

PER UNA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE NEL XXI SECOLO

Por *Emanuele Conte*

RESUMEN:

La historia del derecho es una disciplina muy influida por presupuestos ideológicos y por una historia científica compleja y densa. Esta tradición de estudios puede aún hoy tener influencia y llevar a los historiadores del derecho, por una parte, hacia una exasperación de la dogmática, por la otra, a una separación no natural entre historia de las fuentes e historia de las instituciones jurídicas. El artículo reconstruye la historia de la disciplina de la segunda mitad del siglo XX y propone retomar el estudio del derecho medieval con foco sobre todo en la relación dinámica entre sociedad, economía y derecho.

ABSTRACT:

Towards a History of Medieval Law in the 21st Century

Legal historiography is deeply influenced by political prejudices and by a heavy tradition, dating back to the Eighteenth century. An old-fashioned attitude has its influences even today. Scholars are sometimes tempted so follow the old method of an extreme dogmatism; sometimes they keep following the old method, which separated

Universidad
de Roma III

RECIBIDO: 30/08/08
ACEPTADO: 30/08/08

sharply, if unnaturally, the history of legal literature from the history of legal dogmatism. The article traces the history of legal historiography in the second half of the Nineteenth Century, proposing a new deal in medieval legal history, one that emphasize dynamic relationship between society, economy and law.

PALABRAS CLAVE: *Historiografía del derecho, medioevo, instituciones jurídicas.*

KEYWORDS: *Historiography of Law, Middle Ages, Law Institutions.*



— I —

Firenze 1952: fra rinnovamento e conservazione

La notte del 24 di settembre del 1952 il museo degli Uffizi fu illuminato sfarzosamente per ricevere degli ospiti speciali. Erano professori di diritto romano e dell'antichità provenienti da molti paesi d'Europa e accolti dal sindaco di Firenze –Giorgio La Pira, anch'egli professore di diritto romano– che aveva voluto offrire loro la visita straordinaria dopo averli salutati ufficialmente a Palazzo Vecchio. I professori erano membri di una società scientifica che si era formata in Belgio nell'inverno durissimo del 1941-42, durante l'occupazione tedesca, e subito dopo la fine della guerra s'era trasformata rapidamente nel principale organismo

internazionale che raccoglieva i giuristi europei specialisti di diritti antichi. Quella società, la Société Internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), esiste ancor oggi, e continua le riunioni annuali iniziate proprio nel 1945¹. Ma in quel giorno di settembre del 1952, la riunione fiorentina doveva avere un sapore particolare: vi aleggiava l'esigenza di rilanciare gli studi gloriosi di diritto romano, che avevano occupato un posto di prim'ordine nella cultura dell'Ottocento, e avevano attraversato poi un periodo di crisi proprio nella loro patria tedesca, dove la politica del Nazismo aveva perseguito programmaticamente, nell'accademia come nella pratica, la sostituzione del diritto romano con un diritto comunitario germanico². Così i romanisti tedeschi, ere-

1. Brevissima cronaca della nascita e dei primi sviluppi della Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité (conosciuta come SHIDA) nel *Préface* pubblicato dal direttore Fernand de Visscher nel primo volume della rivista pubblicata dalla Società: *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1 (1948), 7-8.
2. Fin dal programma in 25 punti presentato il 24 febbraio 1920, il Partito Nazionalsocialista tedesco aveva indicato nel diritto romano –strumento perverso di un ordine mondiale “materialistico– una delle cause della decadenza della Germania; perciò, al punto 19, se ne proponeva la sostituzione con un “deutsches Gemeinrecht”. Cfr., per l'efficace rapidità

di di una tradizione splendida, s'erano trovati in difficoltà e avevano visto i propri studi compressi dalla politica del partito. Alcuni di loro, per la verità, avevano guardato con simpatia alla dottrina nazista, e avevano cercato di rileggere il diritto romano per adattarlo alla contingenza politica; altri promuovevano il collegamento con l'esperienza dell'alleata Italia, che dall'esaltazione retorica della romanità aveva tratto incentivo agli studi romanistici.

Tedeschi e italiani, insieme ai colleghi delle altre nazioni europee, avevano cominciato a ritrovarsi insieme nei congressi dell'immediato dopoguerra, ove l'urgenza di recuperare l'unità internazionale delle scienze induceva alla collaborazione accademici rappresentanti di Paesi che s'erano aspramente scontrati fino a pochi anni prima³. Nelle pagine degli atti congressuali i saggi di grandi storici del diritto ebrei come Volterra, Daube o Levy sono stampati accanto a quelli di colleghi che erano stati invece apertamente nazisti o fascisti:

dell'argomentazione, J.Q. Whitman, *The Disease of Roman Law*, in *Syracuse Journal of Intern. Law & Com.*, 20 (1994), 227-234.

3. Già nel 1948 gli storici del diritto si riunirono a Verona per un grandissimo congresso, i cui atti furono pubblicati in quattro volumi: cfr. *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e Storia del Diritto*, a c. di G. Moschetti, Milano 1951-1953.

per tutti l'esigenza principale era quella di recuperare l'esperienza di ricerca che per oltre un secolo aveva fatto della storia del diritto romano e della storia del diritto medievale discipline rilevantissime sia per gli storici sia per i giuristi.

La riunione del 1952 si iscrive a pieno titolo in questa corrente di ricostruzione, e vi svolge un ruolo importante, probabilmente anche per l'atmosfera culturale che si respirava in città, che fu un centro importante per la cultura italiana del dopoguerra, dove i conti con la cultura fascista si fecero in termini di "rinnovamento nella conservazione"⁴. Lo stesso sindaco La Pira, figura carismatica della politica e della spiritualità italiana del dopoguerra, era stato romanista in gioventù, aveva studiato con Emilio Betti ed aveva conseguito la cattedra di diritto romano. Passato alla politica attraverso la militanza antifascista, La Pira aveva però conservato un profondo rispetto per il suo maestro che, invece, era stato convinto sostenitore del regime. La sua storia personale lo induceva dunque a mettere da parte le discordie politiche per rispondere all'esigenza di recupero della tradizione culturale italiana che egli sentiva come prioritaria. Perciò

-
4. E. Garin, *La cultura dopo la Liberazione*, in *Storia d'Italia. Le regioni dall'Unità ad oggi. La Toscana*, a c. di G. Mori, Torino (Einaudi) 1986, 709-731, 711-718.

la sua Firenze divenne con naturalezza un centro molto importante della ricostruzione culturale italiana.

Conservare, recuperare, proseguire nel solco della tradizione scientifica erano del resto anche gli obiettivi condivisi dai cultori di storia giuridica, impazienti di dimenticare gli orrori della guerra e di tornare a indicare con la storia il cammino dei giuristi.

Fra le cose che sembrava indispensabile recuperare dal passato c'era anche una visione del Medioevo che ci interessa particolarmente, e che val la pena di delineare per introdurre adeguatamente il discorso che ci preme. E il congresso del 1952 offre uno spunto interessante proprio in questo senso.

La Società per la Storia dei Diritti dell'Antichità, infatti, aveva deciso di inserire nel programma del convegno una relazione sullo "stato attuale degli studi e degli strumenti di lavoro relativi al destino del diritto romano dopo la caduta dell'Impero". Il compito di svolgere la relazione fu affidato ad uno dei più rappresentativi professori tedeschi, Erich Genzmer⁵.

5. La fama di Genzmer (1893-1970) come grande conoscitore dei glossatori si diffuse in Italia soprattutto grazie al suo importante intervento congressuale del 1933: E. Genzmer, *Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna 1934, 347-430.

Allievo del grande Emil Seckel, Genzmer ne aveva raccolto l'eredità di esperto delle opere dei glossatori, e come tale appariva il più adatto a svolgere il compito che gli fu assegnato. Egli accolse l'invito, e presentò ai congressisti un quadro della situazione degli studi di diritto medievale, disegnato per rispondere alla richiesta che gli era stata posta dai colleghi romanisti: come specialista di Medioevo egli avrebbe dovuto rendere accessibili agli studiosi di diritto romano e ai cultori del diritto vigente gli studi spesso settoriali e filologici che si occupavano di letteratura giuridica medievale. Dopo una carrellata molto sommaria sugli studi compiuti nei principali paesi d'Europa, Genzmer riconosceva, infatti, che essi erano così sparsi e frammentari da scoraggiare i non specialisti e da crear problemi anche agli specialisti.

Viste le premesse culturali di cui s'è detto, non può sorprendere che Genzmer proponesse una soluzione intesa a conciliare la tradizione storiografica con il rinnovamento. Egli propose infatti di rinnovare, con una nuova edizione ampliata e approfondita, il modello indiscusso di tutte le storie del diritto romano nel Medioevo: la Storia (*Geschichte*) di Friedrich Carl von Savigny⁶, sulla quale

6. La composizione e poi l'edizione della sua *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* occupò Savigny per decenni, dapprima nelle ricerche e nei

una secolare tradizione di studi s'era fondata e nella quale generazioni di studiosi avevano trovato risposte al problema della trasmissione del diritto Romano attraverso il Medioevo fino all'età moderna.

— II —

**Ritornare a Savigny
e alle origini della scuola
storica**

Il rinnovamento degli studi proposto da Genzmer, insomma, era un ritorno alle origini. La *Geschichte* di Savigny, infatti, sembrava aver proposto agli storici del diritto un modello che poteva essere migliorato in molti suoi aspetti, ma doveva conservare le sue linee fondamentali, giacché esse costituivano la ragion d'essere stessa della cultura storico-giuridica dapprima tedesca e poi europea.

L'opera monumentale di Savigny svolgeva infatti un ruolo di prim'ordine nella costruzione del sistema della scuola storica che sfociò ben

presto nelle mirabili costruzioni dogmatiche della pandettistica.

In effetti, non si intende la dipendenza della storiografia giuridica da Savigny se non si tiene presente la profonda interdipendenza che legò, nel suo lucido progetto culturale, la ricerca storica e la costruzione dogmatica. La scelta di Savigny e della Germania per la storia era infatti maturata con il rifiuto del razionalismo giusnaturalistico, anche in nome di una tradizione accademica che fin dal Seicento aveva prestato attenzione alla storia nazionale tedesca. D'altra parte, però, i giuristi del primo Ottocento non potevano certo limitarsi a proseguire la tradizione del vecchio *gemeines Recht*, il diritto composito del Settecento che integrava fra loro fonti normative, dottrinali e giurisprudenziali di origine romana, canonica o locale. I tempi imponevano la creazione di un sistema di diritto privato in grado di favorire lo sviluppo economico e politico degli stati nei quali era divisa la Germania; rifiutato il modello francese della codificazione in favore del richiamo alla storia come fondamento di una nuova scienza del diritto⁷, Savigny proponeva alla na-

lavori preparatori, e poi in una incessante produzione di libri a stampa: la prima edizione, in sei volumi, apparve tra il 1815 e il 1831 e la seconda, in sette volumi, uscì fra il 1834 e il 1851. Come dire che fra gli studi e la cura delle edizioni, Savigny non cessò di lavorare alla sua Storia del diritto romano nel Medioevo per mezzo secolo.

7. Celebre è il pamphlet pubblicato da Savigny nel 1814 contro l'ipotesi di un codice civile per la Germania (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, rist. molte volte e tradotto in molte lingue), nel quale egli propone di intendere il diritto innanzitutto come

zione tedesca un sistema di concetti che attualizzava gli istituti privatistici romani per renderli funzionali alla società liberale dell'Ottocento⁸.

Conciliare questo ricorso al diritto romano con la rivendicazione di una scienza giuridica interprete del *Volksgeist* tedesco non era cosa semplice: l'insegnamento del diritto tedesco nelle Università tedesche era separato da quello del diritto romano fin dalla fine del Seicento, e l'idea di fondare una scienza giuridica nazionale rinnovata sul Digesto che Giustiniano aveva promulgato a Costantinopoli tredici secoli prima non poteva apparire troppo naturale. Sicché lo sforzo di cinque decenni per la realizzazione della *Geschichte* potrebbe interpretarsi come il tentativo lucido di integrare la dogmatica basata sul Digesto nella metodologia storica che Savigny andava imponendo ai giuristi del suo tempo.

In effetti, il passaggio attraverso il Medioevo poteva ben giustificare l'accoglimento del diritto romano da parte della Germania. Non v'erano dubbi, all'inizio dell'Ottocento, che il Medioevo fosse stato l'età del trionfo della Germania su tutta l'Europa.

scienza, capace di elaborare concetti complessi e di rispondere alle esigenze della società.

8. Pur se restato incompiuto, il suo *System des heutigen römischen Rechts*, pubblicato a Berlino tra il 1840 e il 1847 ha svolto una funzione importante di modello per la pandettistica di tutto il secolo.

Il crollo dell'Impero romano, con l'instaurarsi dei regni romano-barbarici, segnava nella mentalità romantica la fine del mondo antico e l'inizio di un'età nuova dominata dai nuovi popoli: sicché anche le regioni più meridionali e mediterranee dell'Europa vennero considerate "germanizzate" poiché dominate dai Visigoti, dai Franchi, dai Longobardi, dai Normanni. Una grande Storia del diritto romano nel Medioevo poteva dunque fornire una giustificazione – storica, per l'appunto – dell'operazione un po' forzata con cui Savigny proponeva alla Germania un diritto privato costruito sui materiali romani, e nello stesso tempo richiama la nazione a seguire lo spirito del popolo.

Nel progetto culturale di Savigny, il diritto assume un'immagine razionale grazie alla centralità della scienza giuridica e dei giuristi accademici. Non c'è da stupirsi, perciò, se la sua *Storia del diritto romano nel Medioevo* fu progettata all'inizio come una "storia letteraria": storia di autori e di opere più che storia di istituti giuridici. La considerevole sensibilità filologica di Savigny lo spinse a basare la sua opera su ricerche bio-bibliografiche minuziose, compiute in gran parte su manoscritti e di prima mano. La parte più preziosa della *Geschichte* è perciò ancora oggi quella che allinea una dopo l'altra vite e opere di giuristi che dedicarono la loro attenzione alle fonti del diritto

— III —

**L'età dell'oro
del diritto romano**

giustiniano. La *Geschichte* di Savigny, dunque, è innanzitutto storia della scienza giuridica. Ed è naturale, giacché nella sua visione il cuore del mondo del diritto era occupato proprio dalla *Rechtswissenschaft*, dalla scienza che assegnava a sé stessa il compito di riassumere la tradizione, interpretarla, adattarla ai tempi e applicarla alla nazione⁹.

Com'è noto, questa scelta di Savigny per la scienza del diritto aveva una motivazione di carattere politico: poteva proporre alla Nazione tedesca, suddivisa in diverse organizzazioni statuali, un diritto privato unificato ancor prima di raggiungere l'unità politica. Il *System des heutigen römischen Rechts*, seconda grande opera di Savigny, proponeva proprio questo modello di nuovo diritto privato attinto dalla fonte scientifica.

Questa potente costruzione ideologica era destinata a suscitare grandi entusiasmi e a subire profonde critiche sia da parte dei giuristi puri sia da parte degli storici del diritto.

Fra gli entusiasti v'erano, ovviamente, i professori di diritto romano, che tra Ottocento e Novecento avevano visto crescere la propria importanza all'interno delle Facoltà di Giurisprudenza. Poiché il successo tedesco della scuola storica e poi della pandettistica aveva ben presto superato i confini della Germania, anche in Francia, in Spagna e soprattutto in Italia gli studi e gli insegnamenti di diritto romano erano divenuti fondamentali e s'erano adeguati allo stile tedesco, che sposava un po' forzatamente accuratissime ricerche filologiche e antiquarie e una sistematizzazione degli istituti romani in un quadro dogmatico piuttosto distante dalla realtà storica di quel diritto. Il rispetto per la storia si esprimeva nella pratica positivista della filologia, che tende a ricostruire i testi nella loro forma originale, e perciò storicamente esatta. D'altra parte, però, della storia si faceva a meno quando gli istituti giuridici romani venivano descritti ricorrendo a una dogmatica astratta, pretendendo che

9. Si può rinviare, fra i moltissimi contributi su Savigny, alla penetrante interpretazione di Carl Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1944-45), che si può leggere in traduzione italiana a c. di A. Carrino, *La condizione della scienza giuridica in Europa*, Roma 1996, 69; per Savigny "la scienza del diritto è appunto essa stessa l'autentica fonte del diritto. La legge è per la scienza del diritto solo la materia che essa, se possibile, forma e raffina"; 72: "In Germania... si è sorprendentemente tentato, attraverso Savigny, di attribuire alla scienza del diritto il significato di autentica custode del diritto".

la loro logica infallibile potesse applicarsi a qualsiasi società umana. Questo strabismo delle discipline romanistiche era rispecchiato nella distinzione didattica fra un corso di “storia del diritto romano”, che si occupava delle fonti e delle istituzioni del diritto pubblico, e un corso di “istituzioni di diritto romano”, che presentava un disegno sistematico dell’ordinamento privatistico romano piuttosto distante dalla sua reale vicenda nell’antichità. Un terzo corso avanzato, “diritto romano”, intendeva prospettare le vicende degli istituti romani attraverso i secoli, seguendone la prodigiosa evoluzione dall’antichità fino alle codificazioni moderne.

Questo proliferare di cattedre e di libri, come la presenza del diritto romano nel cuore della riflessione di quasi tutti i giuristi italiani della fine dell’Ottocento, costituisce una vera e propria età dell’oro che ogni romanista sognava (e in certi casi sogna ancora) di richiamare in vita. Così, lo si è visto, la fine della terribile crisi europea che aveva attraversato il primo conflitto mondiale, poi l’età delle dittature e infine la guerra del 1939-45, aveva sollecitato i romanisti di tutta Europa a impegnarsi energicamente per tornare a occupare il ruolo che avevano avuto in quella che è stata chiamata età dei “fasti aurei del diritto romano”¹⁰.

10. Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*,

V’era, fra i professori riuniti a Firenze nel 1952, anche Salvatore Riccobono, l’anziano maestro della Sapienza di Roma che, per la sua età (era nato nel 1864), aveva vissuto i trionfi della scuola storica e ne conservava gli entusiasmi. Eletto presidente onorario della Società proprio nella riunione fiorentina del 1952, era stato anch’egli un difensore dell’eterna validità del diritto romano: nella sua forma giustiniana, secondo Riccobono, il diritto romano era stato trasferito intatto all’Europa medievale e moderna, e intatto era rimasto fino al mondo contemporaneo, pronto a servire i giuristi del futuro¹¹. Nell’immagine a tinte ac-

Milano 2000, 39-44, che riprende efficacemente il titolo di un libro del romanista e civilista Biagio Brugi, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa 1879.

11. Presenti in molti dei suoi scritti, le idee di Riccobono sono chiaramente espresse, ad esempio, nell’appendice a uno studio sulla *stipulatio* nel diritto giustiniano che egli pubblicò sulla *Zeitschrift der Savigny Stift. f. Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 43 (1922), 395: qui, egli raccoglie impressioni di carattere generale sull’interpretazione del *Corpus iuris*, che sfocia nel diritto moderno, il quale non sarebbe “prodotto d’interpretazione evolutiva del diritto romano, effettuata dalla Glossa, o di formazione medievale, con elementi misti, ma nella sua essenza è un prodotto dell’evoluzione del diritto verificatasi, in primo luogo, nei sec. IV e V d.C.”. Sicché noi “possiamo seguire le vicende de

cese prospettata dal vecchio maestro, dunque, il Medioevo svolgeva semplicemente la funzione di tramite, incaricato di consegnare al mondo moderno il prodigioso deposito di sapienza giuridica ch'era il *Corpus Iuris* di Giustiniano¹². Era la manifestazione più estrema della fedeltà alla pandettistica tedesca, che era sopravvissuta alla guerra e in taluni casi resiste ancora in certa storiografia romanistica di oggi, che vorrebbe fornire soluzioni alle questioni più attuali prospettate dal mondo globalizzato grazie alla padronanza di

quel diritto capace di superare intatto i secoli¹³.

— IV —

**La reazione a Savigny:
i germanisti**

Come si è detto, però, il progetto di Savigny e il suo rapido realizzarsi in Germania suscitò in breve anche forti critiche, che esprimevano in gran parte le stesse aspirazioni che avevano determinato il successo della scuola storica. L'esaltazione della storia nazionale come luogo dell'identità tedesca, e il collegamento fortissimo del diritto alla nazione, ch'era centrale nell'ideologia di Savigny,

diritto nell'Occidente nel corso di più di XXV secoli, dalle origini romane ai nostri giorni, una meravigliosa unità, senza interruzioni, né influenze estranee particolarmente notevoli”.

12. Ancora nel 1942 Riccobono ripeteva le sue idee ai colleghi dell'Università di Berlino, come riferisce Carl Schmitt, *La condizione della scienza giuridica...*, cit. 45 nota 12: “Un vecchio maestro italiano del diritto romano, il prof. Salvatore Riccobono, della Regia Università di Roma, ha illustrato il 6 dicembre 1942, nell'aula dell'Università di Berlino, il proprio convincimento sull'eterna validità della produttività concettuale del diritto romano in lingua latina. Sottolineando in particolare la convinzione di volersi riferire non al diritto antico o classico, bensì al diritto del *Corpus Iuris Iustiniani* e difendendo il *mos italicus* dei glossatori contro il *mos gallicus* degli umanisti”.

13. La discussione metodologica sul ruolo del diritto romano nella cultura giuridica attuale è ovviamente molto ampia. I toni di più forte critica che si sono levati di recente (cfr. P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma 2005) sono intelligentemente sfumati da A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 5-18, che prende atto dell'inesorabile allontanamento delle culture giuridiche moderne, globalizzate ed economicistiche, dalla cultura tradizionale del giurista che partiva dal *Corpus Iuris Civilis*. Questo distacco, osserva Schiavone, consente di poter “osservare finalmente da lontano un'eredità che ci ha condizionato tanto a lungo”. A patto –beninteso– di rinunciare alla nostalgia e al “rimpianto per le posizioni perdute”.

doveva inevitabilmente rompere l'equilibrio precario che egli stesso aveva creato fra il diritto antico e la sua vita medievale nell'Europa germanizzata. Premevano le forze culturali del romanticismo e dello storicismo, e premeva soprattutto la tensione politica verso la costruzione di uno stato nazionale, che in Germania significò in primo luogo identità storica di un popolo e della sua cultura.

Proprio fra gli allievi di Savigny ve n'erano alcuni che sentivano più fortemente di altri queste spinte: basti pensare a Jacob Grimm, notissimo per aver raccolto insieme al fratello Wilhelm le fiabe popolari tedesche, nelle quali i due intellettuali cercavano l'espressione più genuina del sentire nazionale. Oltre a coltivare romanticamente questi interessi letterari, che accostava a competenze linguistiche, filologiche e filosofiche, Jacob era anche un giurista, ed era stato molto vicino alla cerchia degli allievi e collaboratori di Savigny. Così egli avviò una grande raccolta di testi giuridici che scaturivano direttamente dalla pratica, utilizzavano la lingua tedesca e avrebbero dovuto riflettere lo spirito giuridico del popolo così come le fiabe, che si volevano prodotte senza mediazione letteraria, ne esprimevano la creatività artistica¹⁴. I suoi *Deutsche Rechtsal-*

tertimer, pubblicati nel 1828, esprimono lo stesso intento di testimoniare le *antiquitates* del diritto nazionale cercandone i principi là dove il linguaggio tecnico influenzato del diritto romano non aveva potuto inquinarli.

Del resto, lo stesso atteggiamento romantico faceva capolino anche in un altro giurista assai vicino a Savigny, Georg Friedrich Puchta, al quale si attribuisce in genere la nascita della "giurisprudenza dei concetti", che tanto ha influito sulla piega presa dalla scuola storica nell'Ottocento maturo¹⁵. Nel suo classico libro sulla consuetudine, Puchta avanza alcune considerazioni sulla differenza fondamentale fra la storicità dell'antico e quella del medioevo, che per il giurista formato alla scuola storica dovevano svolgere due funzioni ben diverse. Se infatti egli considerava possibile tentare una ricostruzione articolata e sistematica per il diritto romano antico, che costituiva un oggetto ormai concluso e distante dal presente, il compito gli pareva assai più arduo per il di-

Poesie im Recht, in *Zeitschrift für geschichtlicher Rechtswissenschaft*, 2 (1816), 25-99.

15. Cfr. Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffjurisprudenz“*, Frankfurt am Main 2004 (Studien zur eur. RG 171). Per molti profili è però utile ricorrere all'ottima voce di Jan Schröder in *Handwörterbuch zur deutsch. Rechtsgeschichte* 4 (1990), 95-99.

14. Piuttosto romanticamente, Grimm stabiliva un collegamento fra diritto e poesia, entrambi espressione del *Volksgeist*: cfr. J. Grimm, *Von der*

ritto medievale, che –per Puchta e per una schiera di giuristi storici dopo di lui– fonda il *neues Recht*. Perché il Medioevo “non è affatto un passato al quale si possa guardare retrospettivamente come ormai concluso”: al contrario, è un passato vivo, “al cui centro noi stessi ci troviamo ancora”¹⁶. E’ un atteggiamento già chiaramente romantico e nazionalista, che si accorda bene con la scelta di consacrare il primo studio maturo al diritto consuetudinario, manifestazione diretta dell’identità del popolo. L’attualità del Medioevo, che è storia ed è presente, conferisce legittimità alla consuetudine germanica che si radica nel popolo tedesco, al di là delle frontiere dei principati

che ancora dividevano politicamente l’unico *Volk*.

Ecco dunque, alle radici della scuola di Savigny e nel cuore del suo insegnamento, maturare un’idea di Medioevo molto diversa da quella che il maestro aveva voluto delineare con la sua *Geschichte*. E’ un Medioevo che non è soltanto tramite del diritto romano, ma vero protagonista della storia d’Europa: tempo della formazione dei popoli, delle nazioni e dei loro diritti peculiari. E’ al Medioevo e non all’antichità che il giurista dell’Ottocento avrebbe dovuto guardare per cercare la storia delle istituzioni nazionali, che egli vedeva trionfare nella politica del suo tempo.

Nel 1828, quando uscì il primo volume del libro di Puchta e la raccolta di Grimm, fu pubblicato anche il libro di Wilhelm Albrecht sulla *Gewere*¹⁷, che costituiva la sfida più esplicita a Savigny e al predominio del diritto romano in Germania. La *Gewere*, infatti, era considerata l’alternativa genuinamente tedesca a quel possesso romano al quale era dedicato il primo libro pubblicato dal fondatore della scuola storica¹⁸. Entrando a soli ventiquattro anni nella difficile discussione sulla natu-

16. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen 1828, 123-124: „Die Untersuchung der neueren Geschichte, im Gegensatz zu der alten, und die Ausstellung eines Resultats für die Gegenwart, eines Systems, hat eine in der Sache selbst liegende Schwierigkeit. Während nämlich das Alterthum, also die alte Welt im Gegensatz zu den neuen, etwas abgeschlossenes ist, und darin somit die Möglichkeit liegt, dass sich jemand desselben, als solchen, und seines Inhalts ganz bemächtigt, so ist dies ganz anders für die neuere Zeit, in deren Mitte wir uns selbst noch befinden. Wenn wir selbst auf unsere Vergangenheit z.B. auf das Mittelalter zurücksehen, so ist diese keine Vergangenheit, welche in keiner Rücksicht als eine schon beschlossene angesehen werden kann“.

17. W. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, Königsberg 1828.

18. F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Giessen 1803, ristampato con modifiche nel 1806, 1818, 1822, 1827, 1837 e –postumo– nel 1865.

ra giuridica del possesso e soprattutto sulle sue conseguenze in materia di prescrizione acquisitiva e di tutela possessoria, Savigny aveva proposto alla dottrina tedesca di restaurare l'istituto del possesso nelle sue linee romane, come esercizio di fatto di diritti che rispecchiano la proprietà o altri diritti reali, e di escludere così dalla tutela possessoria ogni altro godimento che derivi da una relazione personale con un debitore¹⁹. Il suo libro aveva avuto un successo enorme, tanto che era già arrivato alla quinta edizione quando, nel 1828, il ventottenne Wilhelm Albrecht pubblicò il proprio lavoro. Egli difendeva con forza la tradizione germanica che al rigido possesso romano aveva sostituito una considerazione più ampia e flessibile degli effetti giuridici del fatto: la *Gewere*, controfigura germanica del possesso, se ne distingueva perché capace di fondare la legittimità di ogni tipo di diritto, sia esso reale, di credito, di superiorità personale, persino di eser-

cizio di un potere di carattere pubblico²⁰.

Forse al di là delle intenzioni del suo autore, il libro di Albrecht fondò una scuola: la corrente germanistica della scuola storica.

Liberatisi dell'ossequio nei confronti di Savigny, i germanisti si moltiplicarono rapidamente, grazie all'immediatezza della loro lettura della storia giuridica nazionale e all'aggressività con cui essi trasferivano nella storia giuridica le passioni nazionaliste del Risorgimento tedesco. Nel 1843 un piccolo libro di Georg Beseler proponeva un'interpretazione della storia del diritto basata sulla contrapposizione insanabile fra diritto del popolo e diritto dei giuristi, accusando i giuristi formati per secoli sul diritto romano di aver espropriato la Germania del suo proprio diritto²¹. La recezione del

19. Il più recente studio sul trattato del possesso di Savigny, ove esaurienti indicazioni di precedente bibliografia, è K. Moriya, *Savignys Gedanke im Recht des Besitzes* (Savignyana 6 = Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 164), Frankfurt am Main 2003. Ma sull'impatto sociale della teoria resta fondamentale James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, Princeton NJ 1990.

20. Sia concesso di rinviare a E. Conte, *Gewere, vestitura, spolium: un'ipotesi di interpretazione*, in corso di stampa negli Studi in onore di Anne Lefebvre-Teillard.

21. G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843. Beseler presenta talune fonti della prima età moderna che lamentano l'eccessiva invadenza dei professori di diritto romano nella vita giuridica tedesca: ai primi del Cinquecento i giuristi formati sulla dottrina di origine italiana avrebbero espropriato ("Entfremdung") il popolo tedesco del suo diritto tradizionale: cfr. in part. pp. 40-57. Sulla figura di Georg Beseler cfr. ora per tutti B.R. Kern, *Georg Beseler*:

diritto romano in Germania, che per Savigny aveva consentito la creazione di una scienza del diritto dai caratteri fortemente nazionali, diventava così per Beseler e per i germanisti una “disgrazia nazionale” (*nationales Unglück*), poiché aveva impedito il libero dispiegarsi dello spirito del popolo e del suo senso della giustizia.

Rafforzata dall'ondata rivoluzionaria del 1848 e dall'enfasi nazionalista del processo di unificazione tedesca, la corrente dei germanisti finì per stabilire la propria legittimità al fianco di quella dei romanisti, e una sorta di divisione delle materie si stabilì fra i due rami della scuola storica. Nel 1880 la rivista per la storia del diritto, fondata da Savigny stesso, si divise in due sezioni distinte, l'una dedicata alla storia del diritto romano e l'altra alla storia del diritto germanico. Ai romanisti, che annoveravano fra le loro file giuristi del calibro di Windscheidt o di Bruns, fu lasciato il terreno vastissimo del diritto privato, che essi coltivarono in estensione e in profondità. Ai germanisti, come l'influente e prolifico

Otto von Gierke, toccò il compito di occuparsi del diritto pubblico, e di quelle propaggini della ragione pubblica che si insinuano nel diritto privato, imponendo ai privati regole di tutela sociale. Oltre a pubblicare imponenti lavori storici, Gierke influi sul processo di codificazione tedesco inducendo soprattutto a moderarne il rigido individualismo proposto dai romanisti.

— V —

Dalla storia del diritto germanico alla storia del diritto italiano

Le due scuole, che dall'area tedesca influenzavano progressivamente la Francia, l'Italia e la penisola Iberica, proponevano anche due immagini molto diverse del Medioevo.

Per i romanisti, lo si è visto parlando del Riccobono e dell'idea di “tradizione romanistica”, esso era un periodo di passaggio, attraverso il quale il meraviglioso tesoro del diritto romano era pervenuto al mondo moderno. Per i germanisti, invece, esso era l'età della riscossa dei popoli, della creazione di istituti pieni di umanità e capaci di arginare l'individualismo sfrenato che si incarnava negli idoli liberali della proprietà privata come *ius utendi et abutendi* e nell'efficacia creatrice della volontà privata nei contratti e nelle

Leben und Werk, Berlin 1982, ma è utile vedere anche le pagine di F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. bearb. Auflage, Göttingen 1967, 408-410, tr. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano 1980, vol. II, 90-97.

obbligazioni. Proprietà diffuse e collettive, norme di tutela delle parti deboli nei contratti, tutele reali dei diritti di locazione e dei rapporti di lavoro sono fra gli esempi dell'influenza delle dottrine dei germanisti sul diritto privato disegnato dai pandettisti e codificato nel codice tedesco del 1900²².

Se poi nel campo del diritto privato i germanisti s'erano limitati a influenzare un assetto che era stato costruito dai loro colleghi romanisti, nel pubblico la loro influenza fu determinante, soprattutto sul piano dell'interpretazione storica. Gli stessi romanisti che giudicavano eterna la validità del diritto privato romano, ritenevano però conclusa l'esperienza del diritto pubblico antico²³, la-

sciando volentieri al Medioevo il merito di aver costituito le strutture pubblicistiche che regolavano la gestione dei poteri pubblici. In particolare, l'istituto medievale del feudo, con tutte le sue infinite trasformazioni, appariva come la chiave per comprendere l'evoluzione del diritto pubblico dalla fine dell'Antichità fino all'affermazione dei regni nazionali.

In Italia erano giunti echi molto vivi di queste tendenze. Nella seconda metà dell'Ottocento le Facoltà di Giurisprudenza cominciarono a creare cattedre dedicate alla storia del diritto nazionale nel Medioevo, proprio come era avvenuto nelle Università tedesche. Questo diritto medievale fu chiamato "diritto italiano" per assonanza con le cattedre di *germanisches Recht*, e finì per contrapporsi anche da noi alle cattedre di storia del diritto romano²⁴. La divi-

22. Questi influssi della germanistica sul diritto privato sono delinati magistralmente nel classico libro di F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974), tr. it. *Diritto privato e società industriale*, a c. di F. Liberati, Napoli 1983.

23. V'erano difficoltà politiche che impedivano ai romanisti di "attualizzare" il diritto pubblico romano: la Germania ancora divisa in Principati, infatti, poteva aspirare ad un'unificazione del diritto privato grazie a un ceto unitario di giuristi, ma non aveva uno Stato unitario. Forse per questo gli studi di diritto pubblico romano dovettero attendere l'unificazione nazionale tedesca per trovare il loro grande maestro in Theodor Mommsen, che pubblicò il suo capolavoro soltanto nel 1887: cfr. Y. Thomas, *Mommsen et l'«Isolierung»*

du droit, introduzione alla ristampa della traduzione francese di Th. Mommsen, *Droit public romain*, I (Paris 1984), 10 s.

24. La prima cattedra di Storia del Diritto fu istituita nell'Italia austriaca nel 1857: cfr. H. Lentze, *L'insegnamento della storia del diritto nella riforma degli studi universitari promossa dal ministro von Thun e l'istituzione di una cattedra a Pavia e Padova*, in *Arch. Storico Lombardo*, s. 8, 3 (1951-52), pp. 291-306, che osserva: "[...] si credeva che il diritto naturale avesse generato dei liberali e si sperava che la storia del diritto avrebbe invece formato dei buoni

sione degli studi storico giuridici in Italia, con l'incongruenza dell'etichetta "diritto italiano", che sembrava espellere il diritto romano dalla storia d'Italia, esprimeva assai bene la funzione che svolgeva la storia nella formazione dei giuristi nazionali: gli italiani, che per tutto il Medioevo non furono mai politicamente uniti, avrebbero però avuto un diritto nazionale che li accomunava come popolo; questo diritto, tuttavia, sarebbe stato diverso e in certi casi opposto al diritto romano, che non sarebbe stato patrimonio degli italiani, bensì modello universale capace di attraversare intatto le vicende storiche²⁵.

Ma nonostante le incongruenze logiche di questa sistemazione, essa si affermò nell'accademia e nella produzione scientifica. Così, mentre i romanisti proseguivano i loro quadri istituzionali, sforzi imponenti furono dedicati a costruire una "storia del diritto italiano" come cosa diversa dal diritto romano: del pubblico, che era creazione medievale, e del priva-

to, che secondo alcuni era la manifestazione di più antichi principi che accomunavano tutti i popoli germanici, compresi quelli che s'erano stabiliti in Italia²⁶.

— VI —

**Francesco Calasso
e il problema storico
del diritto comune**

Questa spartizione dei campi della storia del diritto fra romanisti e italianisti si affermò più o meno pacificamente in Italia fra Otto e Novecento, ed ebbe i suoi riflessi sulle dottrine del diritto vigente, che nel frattempo faceva i conti con la codificazione dell'Italia unita. Nel quadro di una prevalente influenza delle categorie romanistiche si insinuava infatti qualche interpretazione innovativa, che spesso s'appoggiava sulla storia del diritto germanico (= italiano) per introdurre nel sistema qualche elemento eterogeneo rispetto alle visuali individualistiche dominanti. Così, ad esempio, in materia

giuristi conservatori" (p. 292). Si veda anche F. Calasso, *Il centenario della prima cattedra italiana di storia del diritto* (1957), ora in Id., *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 3-24.

25. Cfr. E. Conte, *Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgarrechtliche Tradition in den italienischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts*, *Forum Historiae Iuris* (ed. 2004), <http://www.forhistiur.de/zitat/0411conte.htm>.

26. Lo studioso più in vista degli anni fra i due secoli, Francesco Schupfer, pubblicò un disegno del diritto privato medievale in Italia sotto il titolo significativo: *Il diritto privato dei popoli germanici*, Città di Castello 1907-1909 (seconda ed. 1913-15); E. Conte, *Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo*, in *Riv. intern. di Dir. Comune* 17 (2006 ma 2007), 299-322, 301 e s.

di proprietà collettiva²⁷ o di possesso dei diritti²⁸, nonché nell'organizzazione dell'impresa, che provò a trarre ispirazione dal modello corporativo medievale²⁹.

Anche nel campo della ricerca storico-giuridica, però, qualche voce si era levata per criticare le incongruenze che derivavano dall'applicazione all'Italia degli schemi che si erano affermati in Germania. Nel

1888, anno di celebrazioni per l'ottavo centenario dell'Università di Bologna, Francesco Brandileone saliva la cattedra di Storia del diritto italiano dell'Università di Parma e vi pronunciava un discorso di prolusione che era tutto orientato a integrare la grande stagione della rinascita della scienza giuridica all'interno della storia del diritto italiano, superando l'innaturale separazione fra la scienza giuridica – che si voleva “romanistica” – e l'esperienza giuridica vissuta – ch'era etichettata come “italiana” o “germanica” –³⁰. Le dottrine dei giuristi medievali, diceva Brandileone, non furono sterili esercizi di interpretazione di testi antichi, ma strumenti efficacissimi per la trasformazione della pratica: dal processo al diritto penale, dal diritto privato fino alla dottrina della sovranità.

L'intuizione di Brandileone fu poi ripresa dai suoi allievi, e in particolare da Francesco Calasso³¹.

Fin dagli inizi della sua attività di studioso, Calasso volle ripensare la storia del diritto italiano intorno ad un centro nuovo, ch'era l'età del diritto comune. Quella nascita della scienza giuridica che a Savigny era sembrata l'inizio della seconda vita medievale del diritto romano, era per

27. L'influenza della storiografia giuridica sulla legislazione in tema di usi civici e demani collettivi è delineata da P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977.

28. Le teorie germanistiche della *Gewere*, istituto piuttosto sfuggente sul piano delle fonti storiche, ma molto presente nelle opere manualistiche sul diritto privato medievale, influenzarono assai le dottrine privatistiche dell'*apparenza del diritto*, che giustificavano un potere di agire sul piano patrimoniale e personale nei soggetti dotati di una legittimazione formale che non coincide con la titolarità di diritto vera e propria. Ampio uso di queste dottrine nel classico libro di Enrico Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915 (rist. Milano 1968, con paginazione diversa dall'originale e con introduzione di Salvatore Romano). Qualche osservazione in Conte, *Gewere*, cit.

29. Il tema è amplissimo e spinoso. Cfr. per un orientamento I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano 2007.

30. F. Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, Bologna 1931, pp. 1-18.

31. Spunti biografici e bibliografici in E. Cortese, *Calasso Francesco*, in *DBI* vol. 16 (1973), 465-469, ora in *Id.*, *Scritti*, Spoleto 1999, 1389-1393.

Calasso un poderoso fenomeno storico, nel quale confluivano esigenze lungamente preparate e dal quale si dipartivano novità destinate a influenzare l'Europa per secoli. Il diritto, inteso sia come pratica sia come scienza, doveva esser visto come un elemento fondamentale della storia europea. E al centro della straordinaria vicenda storica del diritto si poneva il periodo del diritto comune³².

Poiché però il diritto comune era la creazione dei giuristi medievali, che erano in gran parte glossatori e commentatori del diritto di Giustiniano, esso era considerato terreno di lavoro dei professori di diritto romano, mentre Calasso insegnava da una cattedra di Storia del diritto italiano. Egli dovette perciò affiancare alla sua proposta storiografica anche un impegno accademico, che lo opponeva ai colleghi romanisti. Questo

impegno lo portò a riconsiderare in profondità la tradizione storiografica con crescente consapevolezza. Nei suoi lavori del dopoguerra, Calasso dimostra una conoscenza profonda della storia della storiografia giuridica tedesca, delle sue esigenze culturali e delle sue scorciatoie accademiche; poteva così criticare l'assetto della disciplina basato sull'alterità fra diritto romano e diritto germanico, che opponeva la dottrina medievale alla pratica secondo lo schema ottocentesco della lotta fra *Volksrecht* e *Juristenrecht*.

Per Calasso, quest'immagine del diritto medievale non poteva essere più accolta. Il suo bersaglio principale era quel dogmatismo pandettistico che, snaturando il lavoro dello storico, ricostruisce istituti scomparsi con la metodologia del giurista puro. Egli qualificava di *monstrum* la storia dei dogmi giuridici³³, la ricostruzione cioè degli istituti come oggetti slegati dal contesto sociale ed economico in cui la norma e l'interpretazione li avevano formati. Individuava nell'"innaturale" divisione tedesca dei romanisti dai germanisti una delle cause principali della mancanza di "storicità" che si osserva nella storia giuridica³⁴. Risaliva fino al

32. L'insegnamento di Francesco Calasso è esplicitamente richiamato da M. Bellomo, *La 'Carta de Logu' di Arborea nel sistema del diritto comune del tardo Trecento*, in *Riv. Intern. Di diritto comune* 5 (1994), pp. 7-21 e ora in Bellomo, *Medioevo edito e inedito. Il Scienza del diritto e società medievale*, Roma <1997>, pp. 149-164. Nello stesso volume, il secondo della raccolta degli scritti del Bellomo, anche altri contributi importanti che, tra il 1980 e la fine degli anni Novanta, hanno sviluppato ampiamente le intuizioni interpretative di Calasso e la sua idea di diritto comune come punto d'osservazione privilegiato della storia giuridica europea.

33. Calasso, *Pensieri sul problema della 'continuità' con particolare riguardo alla storiografia italiana* (1955), ora in Id., *Storicità del diritto*, Milano 1966, 261-286.

34. *Ibidem*.

le fondazioni ottocentesche della storiografia giuridica per rintracciare le origini di una metodologia che rifiutava: quella dei tre “fattori storici” che avrebbero costituito la nostra storia del diritto: l’elemento romano, quello germanico, quello canonico³⁵. Osservava che la conseguenza più grave che era derivata da questa situazione era stata la sottovalutazione assoluta del più grande fenomeno giuridico del Medioevo: quel diritto comune che la storiografia tendeva a ignorare come fatto storico perché divisa tra la dogmatica storica dei pandettisti e il nazionalismo romantico dei germanisti.

— VII —

La proposta conservatrice di Genzmer e il richiamo alla storicità di Calasso

Quel giorno del 1952, quando Erich Genzmer, ultimo discendente della gloriosa scuola dei romanisti tedeschi, espose di fronte ai congressisti la sua proposta per un rilancio degli studi di diritto romano nel Medioevo, di fronte a lui sedeva Francesco Calasso.

Calasso ascoltò il collega tedesco che, dopo aver descritto le ricerche sul diritto romano nel Medioevo che s’erano svolte nel secolo precedente, concludeva il suo intervento proponendo di riunire le forze degli stu-

diosi d’Europa per redigere un “nuovo Savigny”, un’opera in grado di orientare gli specialisti e i non specialisti attraverso la letteratura giuridica medievale, proprio come aveva fatto la grande *Geschichte*. Genzmer non proponeva di studiare la vita del diritto nel Medioevo, l’uso che la società medievale fece dei testi giustiniani, il formarsi di nuove legislazioni e nuove dottrine nutrite dei principi che la scuola formò sui testi romani; egli voleva dare un quadro “esterno” delle opere che nel Medioevo s’erano occupate di diritto romano³⁶.

L’uso del termine “esterno” non è casuale. La distinzione della storia giuridica in due grandi filoni, la storia interna del diritto e la sua storia esterna, era stata una premessa importante del metodo storico di Savigny. Per la precisione, anzi, la distinzione era stata formulata in questi termini dal maestro di Savigny, Gustav Hugo³⁷, il quale aveva ripreso,

36. Genzmer lo afferma esplicitamente (pp. 437-38 del testo citato): “Le proposte che ho schizzato non si allontanano troppo dall’ambito della cosiddetta storia esterna del diritto...”.

37. Il valore metodologico della distinzione è stato studiato da Luigi Raggi, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica*, in *Bull. dell’Ist. di Dir. Romano*, 62 (1959), 199-222, ora in *Id., Scritti*, Milano 1975, 73-101. Il Raggi non sembra conoscere il fondamentale articolo di Taranowsky, *Leibniz und die sogenannte äußere Rechtsgeschichte*,

35. Ivi, pp. 532-33.

a sua volta, la terminologia proposta da Leibniz nel Seicento, ma ne aveva mutato sostanzialmente il contenuto. Così, nel 1799, Hugo propose di occuparsi di storia giuridica separando la storia esterna da quella interna, intendendo con la prima la tradizione letteraria delle leggi e delle opere d'interpretazione, e con la seconda lo sviluppo dei "principi" del diritto³⁸. Per Leibniz, invece, il diritto era un fenomeno complesso, costituito dall'intreccio tra fonti, interpretazioni, istituti o "principi"; la storia interna del diritto era la storia

di questo intreccio, mentre la storia esterna era costituita dalla storia politica, sociale, economica entro la quale il diritto si muove con la sua propria grammatica³⁹. L'idea storica del diritto era insomma, per Leibniz, caratterizzata dal forte dinamismo del diritto e dalla necessità di conoscere i rapporti del giuridico con la società, e non autorizzava affatto a separare la storia delle fonti da quella degli istituti giuridici⁴⁰.

Gustav Hugo rielaborò la vecchia distinzione, probabilmente in piena coscienza, per adattarla ad un'idea tutta diversa della storia giuridica. Proponendo agli storici del diritto di trattare separatamente la storia dei testi, egli li sollecitava ad affinare la propria competenza filologica, che infatti raggiunse in breve un livello altissimo; ma nello stesso tempo per-

in *Zeitschrift der Savigny Stift. f. Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, 27 (1906), 190-233, che ricostruisce con precisione la formazione storica della distinzione e la sua fortuna in Germania: sicché i due lavori devono essere integrati l'uno con l'altro.

38. G. Hugo, *Lehrbuch eines zivilistischen Kurses*, 2a ed., vol. 3, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlin 1799, §§ 4-5, pp. 2-3: "Die äußere Geschichte des Rechts erzählt nur von dem Anteil der Rechtsquellen, soweit Nachrichten über ihrer Ursprung, ihre Veränderungen und ihre weitere Schicksale vorhanden sind...". Cfr. G. Hugo, *Storia del diritto romano*, tr. it. di Costantino Arlia, Napoli 1856, 7-8. Savigny, nella recensione uscita nel 1806, ora in F.C. von Savigny, *Vermischte Schriften*, vol. 5, Berlin 1850, 1-36, 9 accoglie l'"äußere Rechtsgeschichte" nel senso precisato da Hugo. Per la cronologia delle opere di Hugo e per ulteriori riflessioni sul punto cfr. Vano, *Il nostro autentico Gaio*, cit., 11-12.

39. Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, ed. in G. Th. G. Leibnizii..., *Opera omnia*, Genevae, apud Fratres de Tournes, 1768, tomo IV pars. tertia, 159-252. L'epistola di dedica è datata 1668. A pp. 191-198 Leibniz prevede tra l'altro di redigere una sorta di storia comparata delle fonti e degli istituti giuridici che si sono differenziati dopo Giustiniano (191).

40. La distinzione leibniziana, osservava Taranowsky, *op. cit.*, 193-194, non identificava una storia delle fonti come ambito di studio indipendente, "sondern in Gegenteil den Rechtshistoriker auffordert, den Horizont seiner Forschung bis zu der äußern Umgebung der rechtlichen Veränderung zu erweitern".

seguiva l'obiettivo di consentire alla nascente scuola storica di isolare un oggetto astratto della propria ricostruzione: un diritto romano puro, che poteva studiarsi anche separatamente dalle vicende storiche nelle quali esso era stato pensato, promulgato, applicato, utilizzato.

Genzmer riproponeva questo tipo di "storia esterna" come compito dei medievisti, e pensava evidentemente di lasciare ai romanisti l'analisi "interna" degli istituti giuridici romani, liberati del fastidio di doversi confrontare con le vicende storiche che sollecitarono la loro applicazione.

Le premesse culturali e i motivi accademici che spingevano Genzmer a formulare la sua proposta erano chiarissimi a Calasso, che aveva passato vent'anni a combatterli e aveva raccolto i frutti del suo lungo lavoro in un libro uscito proprio l'anno precedente 1951⁴¹. La sua risposta fu perciò ben chiara, e contiene tutti i punti principali su cui egli aveva fondato la sua proposta storiografica⁴².

Innanzitutto, egli riteneva inaccettabile l'idea che il problema sto-

rico del diritto comune potesse esser ridotto a quello del "destino del diritto romano dopo la caduta dell'Impero", e che proprio questa artificiale limitazione avesse condannato gli storici del diritto al progressivo isolamento dalla cultura storica come da quella giuridica: "Noi faremmo opera vana e di mera accademia, se qui ci limitassimo a fare progetti di studi, di bibliografie, di edizioni, a creare cioè un cantiere di strumenti di lavoro: cosa senza dubbio di grandissimo merito, ma totalmente sterile, e che ci lascerà incarcerati a vita nell'*hortus conclusus* ch'è stato lamentato, se prima non ci saremo intesi sull'oggetto del nostro lavoro: a quale costruzione, cioè, gli strumenti del nostro cantiere dovranno servire"⁴³.

Il ruolo storico svolto dal diritto comune non poteva dunque ridursi a quello delineato dapprima da Vinogradoff, poi da Riccobono, infine da Koschaker, che da ultimo aveva auspicato il ritorno a una specie di "*usus modernus pandectarum* che valga oggi, adattato alle nuove istanze dei tempi, a reinserire il diritto romano nella corrente viva della scienza giuridica moderna"⁴⁴.

La conoscenza storica del diritto comune, concludeva Calasso, significa invece tutt'altro: vuol dire studiarne la funzione nella società medievale, l'intreccio con le fonti del *ius proprium*, l'adattamento alle esi-

41. F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.

42. Il suo intervento è stampato nello stesso volume della *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1 (1948), 441-463, con il titolo *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea* (ora anche in Calasso, *Storicità del diritto*, Milano 1966).

43. Ivi, 442.

44. Ivi, 449-450.

genze dell'economia che cambia. Compito dello storico del diritto non è dunque, per Calasso, la descrizione di astratte evoluzioni di istituti giuridici, ma piuttosto lo studio delle mille relazioni che legano il diritto alla società, cioè alla vita concreta degli uomini che lo formulano, lo interpretano, lo praticano e talvolta lo subiscono.

Queste cose Calasso ripeteva da decenni, non sempre ascoltato. A Firenze, ad esempio, il suo attacco alla proposta di Genzmer non impedì ai suoi colleghi di dar vita al progetto del "nuovo Savigny". Con il titolo di *Ius Romanum Medii Aevi* esso fu pubblicato dall'editore milanese Giuffrè in piccoli fascicoli redatti da diversi autori. Calasso non partecipò all'impresa, ma i volumetti furono pubblicati per vent'anni, dal 1961 al 1981, e non si può dire —per la verità— che essi abbiano davvero raggiunto gli obiettivi che s'erano proposti nel 1952, né che abbiano rimpiazzato il vecchio e glorioso Savigny.

— VIII —

Fortuna e sfortuna della proposta di Calasso

Per altri versi, però, la proposta storiografica di Calasso è stata ascoltata, ed ha determinato una svolta molto decisa della storiografia giuridica. Non tutti seppero mutare le vecchie abitudini, ma molti, fra

gli allievi diretti di Calasso e fra i suoi colleghi, cominciarono a guardare alle fonti del diritto comune con occhi diversi. Le glosse, i commentarii, i trattati non erano più considerati opere di un "droit savant", o "gelehrtes Recht", cioè di un diritto colto staccato dalla realtà⁴⁵, ma strumenti fondamentali per comprendere la complessità di una stagione nella quale la cultura giuridica ha espresso le strutture più importanti della società europea. Così per qualche decennio, l'impegno dei migliori storici del diritto, in Italia e fuori, fu concentrato sulle dottrine dei giuristi medievali, che fossero civilisti, canonisti o feudisti o —come accadeva piuttosto spesso— tutte e tre le cose allo stesso tempo⁴⁶.

Ma i vecchi difetti della storiografia giuridica sono difficili da superare: da Calasso in qua si continuano a pubblicare ricerche esclusivamente dogmatiche su istituti giuridici studiati soltanto nelle ope-

45. K. Pennington, *Learned law, droit savant, gelehrtes Recht: the Tyranny of a concept*, in *Syracuse Journal of International and Commerce Law* 20 (1994), 205-215, = RIDC 5 (1994), 197-209 (on line: <http://faculty.cua.edu/pennington/learned.htm>).

46. Un rapido schizzo sulla storiografia giuridica da Calasso in poi in Conte, *Storia interna*, cit.; maggiori dettagli in E. Cortese, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano, in Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, 785-858, ora in Id., *Scritti*, cit., 619-690.

re esegetiche dei giuristi medievali. Si tentano disegni di pura “storia letteraria” dei glossatori o dei commentatori. Si ripropone, seppur con terminologia accattivante, una visione dell’ordine giuridico medievale in cui i motivi dell’unità si spingono fino a cancellare le dinamiche storiche che inducono il diritto a rispondere alle sollecitazioni della società. Così, in un fortunato libro, Paolo Grossi ha presentato un disegno singolarmente statico dei mille anni di storia del diritto nel Medioevo, nei quali una civiltà unitaria si affermerebbe in Europa, dapprima attraverso il valore normativo del fatto consuetudinario, e poi con il contributo sapienziale di giuristi solo formalmente rispettosi delle norme di Giustiniano o dei papi legislatori, ma in realtà intenti a rivestire di “validità” i contenuti che costituivano “la fondazione stabile dell’intera società”⁴⁷. Ma le società che hanno vissuto nella storia sono state composte di uomini e donne vivi, che si sono scontrati e si sono alleati, che hanno fronteggiato situazioni di difficoltà e sfruttato opportunità, e hanno attinto alle regole del diritto per raggiungere i propri obiettivi di conservazione o di cambiamento. La visione di un “ordine” stabile che esprime la “mentalità” profonda di una società intera non rende giustizia a questa dinamica intima della storia, e ripro-

47. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, 115.

pone in forme nuove quella visione statica e antistorica che Calasso aveva criticato nella storiografia giuridica tradizionale⁴⁸. In particolare, l’immagine di un “Medioevo sapienziale” proposta da Grossi non aiuta a interpretare i rapporti vari, complessi e contraddittori fra le dottrine dei giuristi, gli interventi dei legislatori e le esigenze della pratica durante i secoli del “diritto comune classico”, quelli che vanno dalla metà del Millesimo fino alla metà del Trecento.

— IX —

Dottrine giuridiche e dinamiche sociali: l’esempio del processo

Le dottrine giuridiche elaborate dai maestri del tardo Medioevo sulla base dei testi normativi che essi stessi avevano ordinato e stabilizzato furono invece protagoniste essenziali di una dialettica sociale complessa e tesa, che proprio negli anni del diritto comune classico rispecchiava una società in forte mutamento. Le dottrine dei giuristi furono anzi così profondamente coin-

48. Una critica più approfondita del libro di Paolo Grossi in Conte, *Droit Médiéval. Un débat historiographique italien*, in *Annales. Economie, Sciences Sociales*, 57 (2002), 1593-1613; tr. it. con modifiche Id., *Storicità del diritto. Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in *Storica* 22 (2002), 135-162.

volte nelle dinamiche della società dei secoli XII e XIII, che sarebbe difficile comprendere pienamente i profondi contrasti che caratterizzarono i secoli del basso Medioevo prescindendo dalla conoscenza tecnica delle argomentazioni poste in campo dai giuristi, che furono teorici nelle aule universitarie, ma pratici in quelle dei tribunali, ove tante tensioni si scaricarono in quei decenni.

Si potrebbero avanzare molti esempi di questo intenso coinvolgimento della dottrina nella storia politica, economica e sociale, a cominciare dal mutamento profondo del rito processuale, che nella prima metà del XII secolo vide convergere le aspirazioni della Chiesa gregoriana, dei primi esperti di diritto romano e dei primi comuni italiani. Secondo il racconto ormai ben noto del teologo inglese Radulfus Niger, il bisogno di superare le procedure irrazionali basate su giuramenti, duelli e prove ordaliche avrebbe addirittura spinto a ricercare i testi di Giustiniano, che promettevano un procedimento razionale e conforme alla *veritas*⁴⁹. E' probabile che l'indicazione di Radulfus sia fondata, poiché in effetti fra le prime glosse redatte alle

Istituzioni o al Codice numerosissime sono quelle intorno al titolo *de actionibus* delle prime o al titolo *de edendo* del secondo, entrambi dedicati all'introduzione rituale del giudizio. Le dottrine che si costruivano commentando quei testi dovevano poi ricadere immediatamente sulla pratica: a Roma, dove le dottrine gregoriane sul primato anche giudiziario della sede apostolica erano più forti, il rinnovamento del processo è evidente e precoce⁵⁰. Ma gli antichi principi codificati da Giustiniano rinnovano il processo anche in ambito laico: a Roma durante il prodigioso *revival* legato alla rifondazione del Senato del 1143⁵¹; a Milano nel XII secolo studiato da Padoa Schioppa⁵²; a Pisa, cui dopo gli studi clas-

49. Celebre il passo dei *Moralia Regum* del teologo inglese edito da H. Kantorowicz, *An English Theologian's View of Roman Law: Pepo, Irnerius, Ralph Niger* (1943), ora in Id., *Rechtshistorische Schriften*, Freiburg 1970, 242.

50. Cfr. Conte, *Poseción y proceso en el siglo XII*, in corso di stampa in *Procesos, inquisiciones, pruebas*, a c. di M. Madero e E. Conte, Buenos Aires.

51. Dopo J. Fried, *Die römische Kurie und die Anfänge der Prozeßliteratur*, ZSS KA 59 (1973), 151-174, cfr. almeno G. Chiodi, *Roma e il diritto romano: consulenze di giudici e strategie di avvocati dal X al XII secolo*, in *Roma fra Oriente e Occidente* (Settimane Spoleto 49), Spoleto 2002, 1141-1245.

52. A. Padoa Schioppa, *Aspetti della giustizia milanese dal X al XII secolo*, in *Atti dell'XI Congresso internazionale di Studi sull'Alto Medioevo*, Spoleto 1989, I, 459-549; Id., *Note sulla giustizia milanese del secolo XII*, ora in *Miscellanea Domenico Maffei dicata: Historia -ius- studium*, a c. di García y García e Weimar, Goldbach 1995,

sici di Volpe e d'Amia⁵³ è ora dedicata la verifica sul testo del *constitutum* di Claudia Storti Storchi⁵⁴ e la discussione complessiva di Chris Wickham⁵⁵.

A Pisa, a Roma, in altri centri d'Italia si incrementa l'attenzione che per il sistema giurisdizionale, richiamando in vita il sistema antico delle *actiones*, che Giustiniano aveva inserito nelle Istituzioni con intenti assai più didattici che pratici: al tempo suo, infatti, il processo non richiedeva più un formalismo rigido come quello previsto dalle azioni classiche. Nelle Istituzioni, però, un lungo titolo è dedicato a prospettare un catalogo ricchissimo delle formule con le quali nell'età classica l'attore doveva rivolgersi al magistrato per ri-

chiedere giustizia. Ignorato dalla pratica del suo tempo, questo classicismo giustiniano fu applicato con sei secoli di ritardo nelle corti laiche ed ecclesiastiche del XII secolo, con risultati assai rilevanti per la formazione di un ceto di giuristi tecnici⁵⁶. La griglia delle azioni, infatti, provvede di esistenza giuridica, nella dinamica processuale, soltanto quelle pretese soggettive che l'ordinamento giustiniano ha fornito di un'azione tipica. Poiché l'azione è nient'altro che il diritto di perseguire i propri diritti in giudizio –insegnano i primi glossatori sulla scorta di un celebre passo delle Istituzioni⁵⁷– l'accesso alla giustizia è così condizionato dall'espressione della *causa petendi*, cioè della giustificazione sostanziale del diritto soggettivo che è stato turbato e deve essere restaurato.

Diviene così indispensabile interpretare la realtà economica e sociale alla luce degli istituti giuridici romani, perché soltanto la corretta lettura giuridica di un fatto può consentire di ricorrere all'azione appropriata davanti al giudice. Si prenda un esempio assai diffuso nell'Italia del basso Medioevo: il ricorso agli interdetti possessori che, nel quadro

vol. 4, 219-230; Id. *La giustizia milanese nella prima età viscontea*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, 1-46.

53. Dopo D'Amia, *Diritto e sentenze in Pisa ai primordi del rinascimento giuridico*, Pisa 1960, cfr. gli studi raccolti in D'Amia, *Rinascenza pisana del diritto e di cultura e d'arte. Rivelazioni storiche romanistiche sull'ordinamento giuridico e giudiziario, da sentenze del sec. XIII*, Pisa 1975.

54. *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso (secolo XII)*, Napoli 1998 (Europa mediterranea, quaderni 11).

55. *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella toscana del XII secolo*, Roma 2000, 185-278.

56. Vedi ora sulla formazione del ceto professionale dei giuristi J.A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago-London 2008.

57. Inst. 4.6 pr.

rigoroso del processo romano, consentivano una soluzione dei conflitti –almeno interlocutoria– sulla base di mezzi di prova semplificati. Ebbene, gli interdetti possessori possono essere esperiti soltanto da chi possa dimostrare il proprio possesso in buona fede, munito di titolo, di una *res habilis*, atta cioè a formare oggetto del possesso. Ove ravvisi la carenza di uno di questi elementi, il convenuto potrà obiettare che l'azione è stata intentata scorrettamente, e indurre così il giudice a interrompere il procedimento. Oppure, anche quando la situazione dell'attore possa qualificarsi come vero e proprio possesso secondo le categorie romane, il convenuto potrà ancora eccepire che l'interdetto si può concedere soltanto in caso di spogliazione violenta o di consistente minaccia al pacifico godimento di un bene. Analoghi ragionamenti potrebbero farsi per tutte le molte decine di azioni proposte dalle Istituzioni giustiniane e dalle numerose operette composte in materia dai giuristi del XII secolo per servire alla pratica.

Si tratta di un sistema in profondo contrasto con i principi elaborati nell'alto Medioevo, quando la razionalità aveva conservato un ruolo limitato nel processo, il quale tendeva in primo luogo ad evitare le inimicizie e a promuovere la *pax* tra le parti, quasi sempre indipendentemente da un quadro dei diritti so-

stanziali e dei riti corrispondenti dell'aula del giudizio⁵⁸.

— X —

Nuovi testi e nuove dottrine per una società che cambia

Un esito pratico di questa importanza fu possibile grazie a un'altra novità introdotta dalle scuole giuridiche del XII secolo: la stabilizzazione del testo normativo.

Attratta soprattutto dalla riapparizione dell'immenso *Digestum* di Giustiniano, la storiografia giuridica non ha valutato con sufficiente attenzione il profondo mutamento di atteggiamento nei confronti del testo normativo che segna il processo di riscoperta e ricostruzione dei testi del diritto romano. Dopo secoli durante i quali le norme scritte erano tramandate in maniera fluida e diseguale, con interpolazioni, adattamenti, omissioni; dopo che le raccolte di testi normativi avevano accostato frammenti biblici e patristici, canoni conciliari, norme di sovrani laici, testi estratti da *corpus iuris* di Giu-

58. Cfr. F. Bougard, *Rationalité et irrationalité des procédures autour de l'an mil: le duel judiciaire en Italie*, in *La justice en l'an mil, actes du colloque de Paris, 12 mai 2000*, Paris, La Documentation française (Histoire de la justice, 13), 2003, p. 93-122.

stiniano, componendoli in ordini diversi e con presenze e assenze che caratterizzano ciascun manoscritto, con la *renovatio* dei libri giustiniani si torna a compilare libri dal testo uniforme, uguale in tutte le copie. Gli scribi dei libri di diritto romano si limitano a riprodurre il testo come esso è: non introducono norme estranee, come si era sempre fatto; non omettono norme incomprensibili o in contraddizione fra loro; non appianano ciò che non capiscono, ma si limitano a riprodurlo perché sia la scuola a risolvere le antinomie.

Questa stabilizzazione del testo è in effetti la premessa indispensabile perché possa svilupparsi una *scientia* del diritto in senso medievale: una scienza cioè che si applica innanzitutto a chiarire il senso del testo e a conciliarlo con altri testi ugualmente autorevoli ma apparentemente contrari. Questo è il compito principale dei glossatori, e da questo lavoro cominciano a emergere regole generali che costituiscono il nucleo della nuova scienza.

Il successo di questa scienza fu tale, che dopo pochi anni anche il diritto canonico si diede un testo stabile, identificandolo un po' fortuitamente con il decreto di Graziano. Così, sia il diritto laico sia quello ecclesiastico nascono come scienze stabilizzando e delimitando i propri testi di lavoro: le norme giuridiche possono ora trovarsi soltanto

dentro il testo; e *dentro* il testo il giurista saprà trovare soluzione a qualsiasi problema posto dalla pratica, fino a proclamare orgogliosamente con Accursio: "Omnia in corpore iuris inveniuntur".

Il diritto comune si edifica così sulla base solida di due compilazioni autorevoli e stabili, cui solo nel Duecento si aggiungono nuovi complessi normativi. Anche allora, tuttavia, i testi che raccolgono le nuove norme dei papi o le costituzioni di sovrani si promulgano e si riproducono in forma stabile e subiscono immediatamente i commenti dei giuristi di scuola, che redigono glosse, *summae*, *distinctiones*.

Queste opere che fanno propria l'autorità altissima della norma non restano chiuse all'interno delle scuole: forniscono *argumenta* a quella pratica che si è ormai incanalata nel sistema processuale romano canonico, fondato sul confronto fra le ragioni delle parti. Così, il diritto romano rinnovato è lontanissimo dal rievocare semplicemente l'ordinamento di Roma: esso è un deposito inesauribile di argomentazioni elaborate in teoria e sperimentate in pratica, che ebbero spesso la forza di mutare efficacemente assetti di potere consolidati da secoli.

Prendiamo un esempio: per alcuni decenni, tra la fine del XII e la prima metà del XIII secolo, i civilisti criticarono nelle loro opere taluni

aspetti della vigente disciplina della cosiddetta “servitù della gleba”. In particolare, furono concordi nel disapprovare una regola consuetudinaria ovunque accettata, e codificata per di più nel diritto longobardo e in molti statuti cittadini, secondo la quale al contadino che fosse rimasto di fatto in stato di semilibertà per oltre trent’anni si negava la facoltà di lasciare il fondo coltivato e il servizio del signore. Una norma che i glossatori interpretavano come acquisizione di uno *status* subordinato, dunque deteriore, per il solo effetto del trascorrere del tempo.

Pur legittimata dalla consuetudine, la regola urtava contro un principio generale che i glossatori avevano desunto da un passaggio (per la verità non così esplicito) del Codice giustiniano: perciò i giuristi sostennero che per pregiudicare la libertà di un individuo libero non poteva essere sufficiente il trascorrere del tempo, ma occorreva anche una esplicita dichiarazione di volontà dell’interessato, alla quale si aggiungeva poi il tempo trascorso come conferma. Perché, dicevano, la libertà è troppo preziosa per metterla a rischio, è *res favorabilis*, e va tutelata in ogni modo.

La critica fu efficace: alcuni statuti corressero la disciplina dell’asservimento *ex tempore* e taluni processi si risolsero in favore dei rustici perché i loro signori non furono in grado di provare la dichiarazione di

volontà di acquisire la condizione semi-servile⁵⁹.

Ancora un caso: la concorde posizione di critica dei civilisti nei confronti dell’attribuzione di diritti alle cose inanimate fu in grado di conseguire l’effetto singolare di trasformare la regola generale vigente ovunque nell’alto Medioevo in una stranezza originale da ricordare come una curiosità della storia del diritto. Come una idea strampalata è stata infatti descritta per decenni la teoria dell’arcivescovo Mosè di Ravenna, che a metà del XII secolo sostenne che i beni di un monastero erano proprietà delle sue mura, e non delle persone che vi erano congregate. Furono i glossatori civilisti a ricoprire di insulti l’idea dell’antico prelato, che invece esprimeva semplicemente il normale assetto della proprietà ecclesiastica praticato nell’alto Medioevo e non escluso neanche da Giustiniano, che per secoli aveva conferito i beni ecclesiastici alle chiese, agli altari, tutt’al più alle reliquie di un santo.

Ma i civilisti, autentici interpreti di una sensibilità nuova, non po-

59. Qualche fonte in Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma 1996 (Ius Nostrum 21), 99-116, integrato con Id., *Declino e rilancio della servitù: tra teoria e pratica giuridica*, in *Mél. de l’École Française de Rome. Moyen Âge*, 112 (2000), 663-685, 668-672.

tevano accettare che si attribuissero diritti a esseri privi di *animus* e di volontà, perché tutto il diritto è stato fatto per l'uomo, come del resto l'intero creato gli è stato consegnato da Dio stesso.

Si tratta, in fondo, di una di quelle manifestazioni di "umanesimo medievale" che fanno della cultura cittadina del XII e XIII secolo il più rilevante precedente del rinnovamento umanistico che nelle stesse città italiane sarebbe fiorito nel XV secolo, fondando ancora sul recupero dell'antico una cultura nuova⁶⁰.

Almeno in questi casi, dunque, i giuristi cittadini del Medioevo italiano non furono passivi notai della mentalità giuridica medievale, né si limitarono a rifornire di "validità" istituti che si erano imposti per "effettività". Furono invece intellettuali di punta di un mondo che voleva rompere con la tradizione, e che per qualche aspetto ci riuscì. Furono poi, per opportunità e per obbligo professionale, anche i difensori dei poteri vecchi e consolidati che, dopo il primo smarrimento, si riorganizzarono e riconquistarono molti degli spazi perduti. Rivolgendosi ai giuri-

sti, che elaborarono anche per loro *argumenta* con i quali difendersi e attaccare in giudizio.

— XI —

Per una storia del diritto medievale nel XXI secolo

Nata con Savigny come storia letteraria del diritto romano nel Medioevo, arricchita dai germanisti con il ricorso agli atti della pratica e il diritto pubblico e feudale, rinnovata da Calasso per integrare in un solo grande disegno storico la scienza e la pratica, il diritto pubblico e il privato, la storia del diritto è stata per due secoli centrata sul Medioevo. Oggi, però, gli storici del diritto che insegnano nelle Facoltà di Giurisprudenza tendono a trascurare quel periodo, per concentrarsi invece sui secoli più vicini a noi. Da una parte ritengono che i giuristi siano più interessati alla storia moderna e contemporanea, dall'altra rifuggono le difficoltà tecniche che sorgono dall'approccio con le fonti medievali, dalla loro tradizione complessa e difficile, dai manoscritti e dagli antichi libri a stampa.

Certo, se la storia del diritto si intende come dogmatica ordinata storicamente che fa da preludio al diritto vigente, come avrebbero voluto gli storici del diritto romano riuniti a Firenze nel 1952, allora non varrebbe la pena di entrare faticosa-

60. Maggiori dettagli sulla sorte della teoria di Mosè e della proprietà attribuita agli edifici in Conte, *Intorno a Mosè. Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune*, in *A Ennio Cortese*, I, 342-363.

mente nel linguaggio del diritto medievale, di indagare le sue fonti attraverso lenti e complessi lavori filologici, di ricostruire ragionamenti scolastici lontani nel tempo ed estranei a noi nella mentalità. Per una storia del diritto fatta a misura delle brevi e inutili “premesse storiche” che si antepongono alle trattazioni di diritto vigente, il Medioevo può ben essere trascurato a vantaggio dei secoli XIX e XX, che davvero bisogna conoscere per lavorare tecnicamente con le norme vigenti oggi. E il mondo del diritto medievale potrebbe essere lasciato utilmente agli storici non giuristi della società e della cultura medievali, che in certi casi si occupano piuttosto bene di fonti e istituti giuridici.

Era proprio questo riassorbimento della storia del diritto nella storia generale che proponeva Arnaldo Momigliano quando prese la parola ad un grande convegno del 1966 dedicato alla “storia del diritto nel quadro delle scienze storiche”. Di fronte a una platea costituita di storici del diritto, il grande filologo e storico della letteratura dovette provare un certo piacere a esordire con queste parole: “Immagino –voglio immaginare– che siamo qui per celebrare un avvenimento storico di qualche importanza, la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica”⁶¹.

61. A. Momigliano, *Le conseguenze del*

Momigliano aveva ragione, anche se dal 1966 ad oggi gli storici del diritto non sono affatto scomparsi. Aveva ragione quanto all’integrazione necessaria del fenomeno giuridico nelle dinamiche della società, dell’economia, del potere e della cultura: di un diritto isolato e autosufficiente non si può far la storia, perché la storia esiste soltanto come sistema di relazioni dinamiche fra gli uomini e le società che essi costituiscono. In questo senso, come voleva Momigliano, sarebbe auspicabile proclamare la fine di una “storia del diritto medievale” per inserire, come fanno i titoli di alcuni importanti manuali italiani, “il diritto nella storia medievale”⁶². D’altra parte, però,

rinnovamento della storia dei diritti antichi, in *La scienza del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, 21-37. Poco più avanti (p. 23), Momigliano insiste: “...Di fatto la eliminazione della storia del diritto come storia indipendente mi sembra sia ormai scontata... Si può oggi pensare che la storia della letteratura, la storia dell’arte, la storia della scienza e la storia della religione possano conservare una qualche autonomia, in quanto radicate in diverse attività degli individui. Non si può più pensare a una autonomia della storia del diritto che è per sua natura una formulazione di rapporti sociali radicati in molteplici attività umane”.

62. Il riferimento è ai manuali di Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995 e Antonio

proprio poiché il diritto non è una tecnica fredda e isolata, ma un protagonista di prim'ordine della dinamica della storia, di esso non ci si può occupare senza conoscerne la grammatica fondamentale, cioè l'articolazione logica interna, che si applica poi al mondo economico e sociale nel momento della legislazione e in quello della giustizia. Sicché lo storico –generale o specialista che sia– ha da farsi per forza giurista per entrare nei complessi ragionamenti tecnici che avevano poi tanta rilevanza concreta –cioè storica– nella vita di persone e di comunità. E ha da farsi anche filologo, perché i testi nei quali quei ragionamenti si trovano devono essere cercati, criticati, emendati, editi, affinché l'analisi dello storico sia corretta e soddisfacente.

Abbiamo bisogno, insomma, di più storia e di più diritto per la storia del diritto. E allora probabilmente non soltanto gli storici, ma anche i giuristi –di professione o in formazione– sarebbero più interessati alla storia giuridica medievale, che sta al centro della loro cultura fin dai tempi di Savigny e che oggi presenta un modello importante di rapporto fra diritto e società perché tratta dei si-

stemi giuridici vigenti prima della nazionalizzazione degli ordinamenti e della concentrazione del potere negli Stati nazionali. Tratta di una grande cultura europea, di un orizzonte ideale condiviso dall'Atlantico agli Urali e dal Mediterraneo al mare del Nord; di una miriade di diritti locali e di un sistema di concetti unitario, dell'integrazione di una quantità di popoli stanziali e migranti, di un'economia in impetuoso sviluppo, di tensioni sociali fortissime e di resistenze conservatrici poderose. Nella storia del diritto medievale, letta con occhi aggiornati ad oggi e liberi dai condizionamenti dell'Ottocento nazionalista, possiamo trovare ancora il fascino di una storia che è la nostra, ma che i secoli trascorsi e lo stato delle fonti fanno distante e lontana da noi. Vicina e contemporaneamente lontana è del resto ogni vicenda umana della quale valga la pena far la storia.



Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia europea*, Bologna 2007. Sulla stessa linea anche il nuovo manuale di Manlio Bellomo, *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma 2002.