

JURISTAS DE FORMACIÓN EUROPEA
ENTRE ESPAÑA Y LAS INDIAS,
SIGLOS XVI A XVIII

Coordinadora
Emma Montanos Ferrín

Contribuciones de
M. Bellomo - E. Montanos Ferrín
A. Dougnac Rodríguez - E. Galván Rodríguez

Euno Edizioni

Constituye el resultado de la investigación financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad de España con cargo al proyecto DER2012-31265 (“Juristas de formación europea entre España y las Indias, siglos XVI a XVIII”) que implicó durante tres años a los miembros del grupo de investigación creado al efecto y que pertenecen, como catedráticos, a Universidades de alto prestigio europeas y americanas. La coordinación la llevó a cabo Emma Montanos Ferrín (La Coruña, Spain), siendo además componentes del mismo: Manlio Bellomo (Catania, Italia), José Antonio Escudero López (Madrid, España), Antonio Dougnac (Santiago, Chile), José Luis Soberanes (Ciudad de México, México), Federico Aznar Gil (Salamanca, España), Feliciano Barrios Pintado (Toledo, España), Eduardo Galván Rodríguez (Las Palmas de Gran Canaria, España).

© Prima edizione 2015

Euno Edizioni
via Mercede 25 - 94013 Leonforte (En)
Tel. e fax +39 0935 905877
www.eunoedizioni.it
info@eunoedizioni.it

ISBN 978-88-6859-078-9

Finito di stampare nell'ottobre 2015
da Photograph - Palermo

Índice

- 7 Introducción
- 9 1. *Ius e leges* alle origini dell'Europa moderna. Dall'arbitrio signorile alla libertà cittadina
de *Manlio Bellomo*
- 31 2. El chocolate, el ayuno, y las categorías jurídicas en León Pinelo (1590-1660)
de *Emma Montanos Ferrín*
- 69 3. Conocimiento del pensamiento jurídico italiano en la América española
de *Antonio Dournac Rodríguez*
- 111 4. Juristas europeos y americanos en los debates sobre la abolición de la esclavitud (México y Cádiz, 1810-1815)
de *Eduardo Galván Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

En enero del 2013 el grupo de investigadores europeos y americanos que coordinó asumió el compromiso de desarrollar el proyecto DER2012-31265 (“Juristas de formación europea entre España y las Indias, siglos XVI a XVIII”) bajo los auspicios y financiación del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

Como resultado del mismo, y a punto de concluir el término asignado para su desarrollo, ve la luz este libro que afronta un punto esencial, hasta ahora poco estudiado siguiendo recientes direcciones historiográficas. Supone una remodelación de los usos historiográficos de buena parte de los estudios jurídico-históricos españoles, que sitúan la ciencia jurídica española y, en particular la indiana, ajenas a la influencia de Europa. A través de los diferentes capítulos que lo integran se demuestra la superación del planteamiento, ya en esos siglos, de una España aislada en sus confines científico- jurídicos, y se supera también la visión influenciada por el “colonialismo” del Ochocientos (hispano-céntrico).

Sale a la luz una visión más “europea e internacional” en la realidad científico-jurídica indiana. Por ello, los autores

hemos tenido en cuenta las raíces y los desarrollos de fenómenos socio-políticos y de las realidades institucionales que han ligado el derecho ibero-americano al derecho europeo-continental. En estos procesos históricos España ha tenido un papel fundamental, porque la formación jurídica europea de los juristas formados en Salamanca y en otras Universidades de la Península ibérica tuvo el modo de hacerse valer en Ultramar, también por mérito de cuantos trabajaron en aquellos territorios ejerciendo importantes instituciones al más alto nivel (civil y eclesiástico) y también más modestas en ámbito local, en el nombre de la Monarquía de España. Para intentar verificar que nos hallamos ante una civilización jurídica similar, aunque diversa por sus circunstancias peculiares y sus condicionamientos históricos, este grupo de historiadores del derecho europeos y americanos, conocedores de las realidades jurídicas particulares, hemos seleccionado los diversos exponentes hasta sus fuentes, y hemos establecido las redes e influencias que determinan las relaciones existentes en el conocimiento jurídico de esa época.

El resultado final de este libro es la valoración de toda la literatura europea y el reclamo de atención sobre la importancia que ésta tuvo en la literatura jurídica indiana.

Emma Montanos Ferrín

IUS E LEGES ALLE ORIGINI DELL'EUROPA MODERNA.
DALL'ARBITRIO SIGNORILE ALLA LIBERTÀ CITTADINA

Manlio Bellomo

È convinzione corrente che al tempo dell'antica Roma il diritto si sia formato come scienza autonoma nel confronto con la filosofia e la teologia. Per essere *scientia* ha creato e ha assunto propri metri di giudizio e di calcolo. Misure fisse, funzionali per i bisogni della prassi. Misure reiterabili secondo bisogni individuali e collettivi, delle quali si possa e si debba verificare la ripetitività. Misure che non si consumano nell'uso. Senza di che non può esservi scienza.

Nel linguaggio elementare tali misure furono designate con un nomi rappresentativi: *causa*, anzitutto (oggi diremmo anche categoria giuridica). Oppure, con altro nome, *figura*.

Mi continuo a chiedere, dopo i miei tanti anni di vita scientifica e accademica, quale sia stata la grande 'invenzione' che ha consentito ai romani di essere considerati i fondatori di una *scientia iuris* mai prima pensata, e perciò mai prima esistita.

Per capirne qualcosa comincio dai *Digesta* e dal *Codex* di Giustiniano, ultimi avamposti di un mondo che andava sgretolandosi, quello romano del tardo impero¹.

¹ A proposito del decadimento della *iuris civilis scientia* e del triste squallore

Perché scelgo i *Digesta* e il *Codex*?

Perché i primi hanno salvato quanto si poteva degli *iura*, il secondo delle *leges*.

Ius e *lex*: i due originari capisaldi di quella scienza che dopo Giustiniano sarebbe scomparsa dall'orizzonte delle culture e delle società europee-continentali, salvo sparute eccezioni: sarebbe scomparsa, grosso modo, per circa cinque secoli, tra il sesto e l'undicesimo².

Allo *ius* i giuristi della Roma classica avevano demandato il compito di elaborare e di fissare le *variae causarum figurae* che saranno catalogate a fini istituzionali da Gaio e poi da Giustiniano. Alla *lex* il differente compito di imporre specifici precetti per l'azione quotidiana.

Dello *ius* erano responsabili i giuristi (*iuris prudentes*), della *lex* i legislatori (*legis latores*).

Le *variae causae*, o *figurae*, o categorie secondo un moderno linguaggio, furono pensate dai giuristi come stampi fissi, per un calcolo ragionevole e razionale: se l'artigiano ha bisogno di un 'metro' per compiere opera buona, come si dice 'a regola d'arte', perché i giuristi, nell'azione quotidiana, non dovrebbero disporre di uno strumento funzional-

dominante all'epoca del tardo Impero romano basti ricordare quanto constatava, nel 438, l'imperatore Teodosio II, inaugurando il suo *Codex*, destinato a larga diffusione: Teodosio, Const. *De auctoritate Codicis*: "... tam pauci raroque extiterit qui plena iuris civilis scientia ditaretur, et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae".

² Per quei secoli ho parlato di una 'età senza giuristi', e per ciò stesso senza scienza giuridica: vd. Manlio Bellomo, *L'Europa del diritto comune* (Galileo Galilei, Lausanne 1988; 8a ed. Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998) 45-65; anche nelle traduzioni: *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, Foreword of Kenneth Pennington (Washington DC 1995) 34-54; *La Europa del Derecho común*, Introducción de Emma Montanos Ferrín (2a ed., Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1999) 39-60; *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, Geleitwort von Hans Schlosser (Beck Verlag, München 2005) 35-55.

mente analogo? Da questo elementare ragionamento nacquero le prime 'categorie' giuridiche. Variabili, certo, per cui accanto all'usufrutto si pose il 'quasi-usufrutto', accanto al *dominium* e alla *locatio* l'enfiteusi etc. Tutte, però, marcate da una singolare qualità, essere destinate a costituire l'alfabeto essenziale non solo dello *ius* ma anche, a valle (e solo a valle), della *lex*³: un alfabeto che consentiva di forgiare un linguaggio fondamentale, duraturo nel tempo, finché altra ragione e ragionevolezza non avessero voluto o dovuto modificarlo, o finché un furore distruttivo non avesse voluto cancellarlo o ignorarlo.

Nella *lex* si calavano le *figurae* giuridiche, e le *figurae* rendevano comprensibili i precetti singoli, occasionali, variabili, limitati nello spazio e anche nel tempo, duraturi tanto quanto dura una consuetudine, e oggi quanto dura una legge finché non venga abrogata o sostituita. Con una evidente conseguenza: le *leges*, però mai gli *iura*, potevano essere graduate per importanza e prevalenza, sicché quelle imperiali prevalevano sulle altre, e durante i secoli dopo il mille quelle regie o comunali sulle consuetudini, salve le eccezioni, come nel *Regnum Siciliae* dove erano le leggi regie a prevalere sulle norme di *ius commune*⁴. La *scientia iu-*

³ È appena il caso di avvertire che qui parlo della *lex* come di norma giuridica particolare, quale che sia l'autorità che la promulga e quale che sia la configurazione tecnica della norma. Da questo punto di vista anche il riconoscimento ufficiale di una *consuetudo* è *lex* in senso lato: come, per esempio, nel caso di Milano, quando il *commune civitatis*, nel 1216, promulgò il *Liber consuetudinum* della città: ed. E. Besta - G.L. Barni, *Liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI* (Milano 1949).

⁴ Sul problema, impostato in modo inadeguato sulla scia dell'insegnamento di Ugo Nicolini, vd. per l'Italia settentrionale l'ampio saggio di Umberto Santarelli, 'La gerarchia delle fonti secondo gli statuti emiliani e romagnoli', *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 33 (1960) 58-165, appartenente a una fase successivamente ripudiata dall'autore. Sulla stessa lunghezza d'onda, senza ripensamenti,

ris, per sua propria natura, non ammetteva possibilità di graduazione, perché di per sé permeava ogni manifestazione normativa.

La distinzione fra *ius* e *lex* comportava che per passare dallo *ius* alla *lex* si doveva scendere di un gradino: perché la *lex* attingeva alle categorie proprie dello *ius* e di questo incorporava parole e concetti. Per speculare corrispondenza si poteva e si doveva risalire dalla *lex* allo *ius* per intendere significati tecnici e ideali che nello *ius* stavano incorporati.

Oggi pare un discorso difficile da descrivere e ancora più da capire.

Perciò affiora un linguaggio che rivela altra prospettiva, nel silenzio ricorrente di ciò che è *ius*, o allo *ius* dovrebbe somigliare.

C'è chi pensa, volente o nolente, che il diritto sia e possa (o debba) essere solo *lex*, e la parola 'diritto' viene adoperata spesso senza cautela come sinonimo di *lex*. È esemplare

Lamberto Pansolli, *La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana* (Giuffrè, Milano 1970). Diverso il punto di vista di Francesco Calasso, *Medioevo del diritto* (Milano 1954) 454-457, che tuttavia non pensava alla distinzione fra *ius* e *lex*. Sul problema analogo della c.d. 'gerarchia' (delle *leges*) sono da ricordare per la Spagna la *Ley de Alcalá* del 1348 e soprattutto le *Leyes de Toro* del 1505, nelle quali, al cap. I, si dispone che in primo luogo siano applicate le leggi regie, in secondo luogo i *fueros* cittadini purché non contrari a leggi, ordinamenti e *pragmaticae* regie, in terzo luogo le *Siete Partidas* di Alfonso X, e infine, se necessario, che si ricorra alle opinioni di Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi per il *ius civile* e di Giovanni d'Andrea e dell'Abad [*Abbas Panormitanus*, Niccolò Tedeschi] per il *ius canonicum*. Qui, come è evidente, affiora la distinzione fra *leges* e *iura*, e gli *iura* sono attratti nell'orbita delle *leges* (come del resto era normale che accadesse), e pertanto nulla si dispone che sia contrario alla convinzione che gli *iura* dovessero essere elaborati come elementi portanti e strutturali delle *leges*. Delle *Leyes de Toro* è corrente l'edizione *Los Códigos españoles concordatos y anodados* (Madrid 1849). La letteratura su di esse è vastissima, e la interpretazione dominante è ancora legata alla c.d. 'gerarchia' delle leggi, che relega lo *ius* su un fronte ritenuto insignificante, residuale, assolutamente marginale, escludendone la funzione fondativa di ogni legge particolare.

la descrizione di Norberto Bobbio: nella giurisprudenza contemporanea si tende “alla riduzione di tutte le tradizionali fonti del diritto all’unica fonte della legge...”, e “mentre il diritto in senso stretto diventa sempre più diritto statale, il diritto statale in senso stretto diventa sempre più diritto legislativo”. Perciò ‘diritto statale’ eguale a legge, e diritto legislativo da intendere “in senso stretto”⁵. Difficile comprendere cosa significa “in senso stretto”. E manca inoltre il ‘diritto in senso largo’!

Corrono altre espressioni di analoghi significati, da parte di chi va alla ricerca di ‘diritti locali’, o di un presunto ‘diritto patrio’ regionale o nazionale: operazione che porta direttamente alla *lex*, e alla *lex* si ferma se esclude lo *ius*, che è *scientia* e non può avere confini territoriali regionali e neppure nazionali.

C’è anche chi pensa a un ‘diritto giurisprudenziale’, il cui corpo si costruisce per via di fluidi atti processuali, e intanto usa un’espressione incompatibile con la *iuris prudentia*, nel cui campo è centrale lo *ius*, e non la sentenza di un giudice o il *consilium* di un avvocato.

Perciò mi pare che la originaria chiara distinzione si vada perdendo, o si sia perduta.

Prendo a caso un solo esempio. Scrive un collega, senza mostrare dubbi, che “il diritto è legato all’epoca e alla società a cui si riferisce”. Se qui, come è evidente, il diritto è solo *lex*, la frase è di una banalità disarmante. Continuo la citazione: “(il diritto) riguarda un presente che varia... necessariamente col tempo”, per cui il giurista odierno deve

⁵ Vd. Norberto Bobbio, ‘Diritto’, in *Dizionario di politica*, Bobbio - Pasquini - Matteucci edd. (Torino 1990) 314.

percepire la “relatività del diritto, sia nelle sue mutevoli espressioni legislative che nelle interpretazioni attraverso il tempo”⁶. Dunque: diritto eguale a *lex* e a null’altro, e perciò continuamente mutabile; interpretazione come affare comaresco fra la *lex* e l’interprete. Ne sia avvertito il ‘giurista positivo’: “... le passate concezioni sull’immutabilità del diritto e dei suoi dogmi sono sostituite dalla percezione di una mutevolezza di regole in costante fase di cambiamento”⁷.

È come dire: dimentichiamo ogni categoria giuridica. E le regole, delle quali qui si parla a sproposito, le decida il legislatore, secondo interesse o fantasia o arbitrio (o incompetenza), perché tutto è mutabile, e non c’è metro che debba valere.

Lo *ius* è scomparso, e con esso è scomparsa la *scientia iuris*. Anzi: deve scomparire, se le c.d. regole le stabilisce la *lex*.

Leges, dunque, e solo *leges*. O sentenze più o meno coordinate attorno a leggi incoerenti, come accade che siano le leggi per necessità locali o per astuzia e interesse dei *legum latores* e delle lobby che premono dietro le quinte.

Leges sparse e sperdute, scritte senza gli stampi delle categorie. E poiché le categorie derivano corpo e anima dai principi e dai valori, *leges* senza i principi e senza i valori che nelle categorie si sono consolidati.

Leges interpretabili *ad arbitrium* proprio perché manca-

⁶ Gian Savino Pene Vidari, *Recensione a Pio Caroni, La solitudine dello storico del diritto* (Giuffrè, Milano 2009), in *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 84 (2011) 508: ammonimento peraltro in linea con l’impostazione del libro recensito. Sul libro di Caroni, con osservazioni in parte critiche, vd. Manlio Bellomo, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell’Europa moderna*, Introd. di Pietro Barcellona (Euno Edizioni, Leonforte 2012) 47 nt. 39, 99 nt. 89.

⁷ Pene Vidari, *op. e loc. cit.*

no di un linguaggio 'scientifico', definito da una specifica scienza autonoma⁸.

Si è persa la memoria che storicamente le categorie, come le *leges* nelle quali si calavano, e il *sistema iuris* che tutto comprendeva, costituiva nell'insieme l'unico argine contro l'anarchia e l'unico strumento utile per opporsi all'arbitrio dei signori territoriali e feudali e poi del principe, e oggi a chi si fa tiranno felpato e ignorante.

Leges e interpretatio sono diventati idoli muti, silenti, estranei alla 'scienza giuridica'. Nientr'altro che questo⁹.

Dopo questa lunga premessa, a mio parere indispensabile per comprendere in qual modo la realtà attuale abbia 'coerenza' ('convenienza'¹⁰) col passato, vengo al punto centrale del discorso.

Chi erano i signori dell'arbitrio dei quali vorrei parlare? E in quale epoca hanno dominato la realtà sociale in modo talmente pregnante da dare un nome al loro tempo?

⁸ Se il diritto si esprime e si riduce alle *leges* si apre un'ovvia conseguenza. Possiamo chiudere le scuole di diritto, perché non c'è alcuna *scientia iuris* da insegnare, e c'è solo una *cognitio legum* e, al più, una *interpretatio legum*: basta perciò trovare sul WEB le singole e disperse *leges*, leggerle, e ciascuno le capisca come crede e sa, e come pensa o pretende di poterle interpretare. Via le 'categorie' giuridiche, astratte, ingombranti frutti di pedanti intellettuali, e via il *sistema iuris*, inutile, e anzi oppressivo. Via la *scientia iuris*.

⁹ E a proposito, e vorrei dirlo solo in nota: se scompare lo *ius*, e con lo *ius* la *scientia iuris*, perché continuiamo a intitolare i nostri Dipartimenti, col contraddittorio nome di 'Giurisprudenza': che significa *Iuris Prudentia*. A parte la prudenza, non c'è più lo *ius*. Sarebbe logico parlare di "Scuole delle leggi", come del resto è in uso nelle intitolazioni delle scuole giuridiche americane, e non solo: "Law School".

¹⁰ La parola è di Rosario Gregorio, *Introduzione allo studio del dritto pubblico siciliano* (Palermo 1794; rist. anastatica La Stamperia del Faro, Messina 1970) 2: l'A. accenna a 'tempi assai antichi' e di essi si disinteressa perché "niuna convenienza hanno coi nostri", mentre al contrario "niuna cosa e diletta e insegna nella storia, quanto quella, che i presenti tempi rischierà".

Il pensiero corre con immediatezza ai signori territoriali e feudali.

Per lungo tempo la storiografia li ha presi a campioni di un'epoca intera, dei secoli che vanno dal sesto all'undicesimo, con le approssimazioni ovvie che la periodizzazione comporta. La storiografia tradizionale ha indicato quei secoli come 'età feudale', e ha trascurato i signori territoriali e fondiari¹¹. Per un paio di esempi impostati sul perno del dato cronologico (sui secoli) ricordo due libri esemplari, "L'età feudale" di Carlo Guido Mor¹² e "L'età longobarda" di Gian Piero Bognetti¹³.

A me piacerebbe parlare invece non solo di 'età', feudale o longobarda, ma di 'sistema' signorile e feudale. Perché i signori dell'arbitrio hanno creato e vissuto un loro 'sistema' di vita e di relazioni.

Avevano posto al centro i loro principi, secondo esigenze e calcoli politici e tattici variabili per territori o per ambienti. E i loro principi erano la forza della spada più che la discussione e la parola. Erano le prove materiate di violenza. E la tortura prima e fuori di ogni processo. E la faida. E la sopraffazione e la prepotenza del forte sul debole. E l'irrelevanza della volontà individuale incatenata nello *status* personale, di chi domina e di chi subisce, di chi rispetta i vicini e i parenti e di chi non li rispetta. Tutto dentro la rigidità

¹¹ Per la tripartizione dei poteri signorili (feudali, territoriali, fondiari) mi avvalgo della formula proposta decenni addietro da Cinzio Violante nell'*Introduzione* a L.A. Kotel'nikova, *Mondo contadino e città in Italia dall'XI al XIV secolo. Dalle fonti dell'Italia centrale e settentrionale* (trad. italiana dell'originale russo del 1967; Il Mulino, Bologna 1975) XXI-XXII, XXV-XXVIII.

¹² Carlo Guido Mor, *L'età feudale*, 2 voll. (Vallardi, Milano 1953).

¹³ Gian Piero Bognetti, *L'età longobarda*, 4 voll. (Giuffrè, Milano 1966).

dei ceti sociali, e perciò dentro l'impossibilità di una fluida mobilità sociale ascendente.

Fedeli ai loro princípi e ai loro valori, i signori non avevano e non rispettavano lo *ius*. Al posto dello *ius* avevano posto l'*arbitrium*. E dall'*arbitrium* derivavano le norme regie e locali. I signori conoscevano e riconoscevano come legittime le *consuetudines loci* (alcune orrende, come lo *ius primae noctis*, o la pena del sacco¹⁴): ma le consuetudini sono norme, appartengono al campo nel quale i romani collocavano le *leges*.

Devo però riconoscere che qualche sforzo di astrazione fu tentato da chi metteva per iscritto *consuetudines* locali, oppure da chi in modo fluido e controverso tentava di documentare per iscritto i *capitularia* franchi, *leges* orali per eccellenza. Così troviamo parole ignote al vecchio *ius* romano: fra i longobardi e i franchi *bannum* e *ministerium* per designare il potere del comando. Per i rapporti privati *meta*, *morgengabe*, *quarta*, *tertia*, *faderfio*, *thingatio*, *wadiatio*, per citare le *figurae* più note e più enfatizzate¹⁵.

Però mi pongo e pongo un problema: chi scriveva quelle parole usava la lingua latina, corrotta quanto si vuole; aveva una cultura, quella almeno della lettura e della scrittura; aveva udito, nell'esperienza quotidiana, che nei propri ter-

¹⁴ Su questa vd. Emma Montanos Ferrín, 'La atroz pena del saco en el sistema del derecho común', *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 19 (2008) 153-162.

¹⁵ Per motivi di brevità mi riferisco principalmente ai 'barbari longobardi' trasferitisi in massa in Italia dopo la guerra greco-gotica, a cominciare dalla seconda metà del secolo VI. Il discorso può estendersi a ogni altra regione d'Europa che abbia vissuto una esperienza simile. In parte differente fu la realtà del meridione d'Italia, dove fino alla metà circa del secolo XI (prima dell'invasione dei normanni) le popolazioni rimasero sotto il governo bizantino, e ancora diversa la sorte della Sicilia, che dall'824 fino all'arrivo dei normanni subì la presenza di califfati arabi.

ritori si usavano altre parole come *iurisdiction*, *donatio*, *dos*, *emptio-venditio*, *obligatio*. Non è difficile immaginare che si siano sforzati di tradurre in una lingua nuova categorie giuridiche che pure erano lontane da quelle romane, ma come quelle potevano essere utili per evitare l'anarchia. Fluidi tentativi, appresso ai quali la storiografia giuridica ha lavorato molto per capirli, anche se alla fine ha 'costruito in proprio' ciò che in quel lontano passato era solo labilmente intuito e quasi per nulla praticato. Sicché per spiegare cos'era la *wadiatio* si è fatto ricorso a un'ibrida figura giuridica che sta in mezzo fra il *contractus* e l'*obligatio*, e forzando spesso il discorso si è immaginato che la *wadiatio* sia stata una figura volutamente elaborata, seppure in un tempo in cui mancavano le scuole giuridiche e perciò mancavano i giuristi, e viceversa¹⁶.

Qual è dunque il senso di questo discorso?

I signori territoriali e feudali potevano intendere a loro modo parole correnti nelle consuetudini pensate in una lingua originaria, senza grammatica né sintassi, e scritta alla meno peggio da chi sapeva usare la penna per fermare sulla pergamena suoni e voci prima mai uditi.

¹⁶ Poiché mancarono i giuristi e le scuole di diritto, la storiografia contemporanea ha tentato opera di supplenza, e perciò lungo tutto il Novecento ha compiuto sforzi memorabili per tentare di rendere comprensibile il significato e la funzione di ciò che le parole ora ricordate avevano voluto esprimere, o avrebbero dovuto esprimere. Ma lo ha fatto secondo un'ottica oggi del tutto tramontata: vale a dire secondo la logica della vecchia contrapposizione fra il 'diritto romano' e il 'diritto germanico', a vanto, di volta in volta, delle due civiltà che per secoli si erano confrontate negli stessi territori, e quasi sempre in modo poco amichevole. Sulla *wadiatio* e la *thingatio*, e per altre 'figure' del 'diritto germanico' nei distinti campi del diritto pubblico e del diritto privato, vd. per tutti, per riferimenti di base, Francesco Calasso, *Medioevo del diritto* (Giuffrè, Milano 1954) 118-257, e 258 per la *wadiatio*. Più ampia e specifica trattazione in Francesco Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano* (2ª ed, Giuffrè, Milano 1959) 67-84.

L'arbitrio del potere pascolava lietamente e drammaticamente sul campo dello *ius*, facendo scempio di quel che trovava, cioè delle *figurae* giuridiche.

Carlo Magno poteva vagheggiare l'ideale di un potere massimo, quello dell'*imperium* universale. Ma l'*imperium* era una 'categoria giuridica' e questa non ammetteva che il potere potesse essere diviso, o trasmesso ad eredi, o valutato patrimonialmente. Carlo Magno, come i suoi successori, non capì che l'*imperium* era figura giuridica differente da quella del *dominium*, e che pertanto l'*imperium* non poteva essere diviso allo stesso modo in cui si poteva dividere una proprietà privata. Fu l'ostacolo, e non dei minori, sul quale si infranse il sogno di un impero universale, presuntivamente idealizzato come auspicabile¹⁷.

Questo è il primo caso in cui si rivela con evidenza quale enorme potenzialità distruttrice o creatrice abbiano avuto nella storia umana le categorie giuridiche elaborate per la prima volta dagli antichi giuristi romani.

Altro è il problema della dogmatica moderna. Per ora sto parlando di categorie giuridiche che furono pensate dai romani come variabili nel tempo, dettate dalla ragione e dalla ragionevolezza. Quando rinasceranno, a cominciare dal sec. XII, saranno legate per paragone e parallelismo ai dogmi della teologia, a princípi ritenuti immodificabili, a precetti di giustizia teorizzati nell'ambito di una cultura unitaria, dominata dalla religiosità cristiana. Perciò pensate come categorie giuridiche eterne.

¹⁷ Robert Boutruche, *Signoria e feudalesimo. Ordinamento curtense e clientele vassallatiche*, I (*Seigneurie et Feudalité. Le premier âge des liens d'homme à homme*, 1968) (trad. ital. Bologna 1971) 169; Bellomo, *Elogio delle regole*, cit. (*supra* nt. 6), 59.

Storicamente il percorso si snoda nel concreto delle vite vissute. È su questo fronte che le antiche *figurae* giuridiche rivelano la loro carica vitale: *figurae*, che all'apparenza sembrano astratte e lontane da ogni esperienza socio-politica ed economica, si rivelano invece, viste da altro angolo visuale, formidabili e benefici lieviti, utili ad evitare l'anarchia e gli abusi connessi con l'anarchia. E tanto più utili sono le categorie giuridiche quanto più queste sono legate a principi stabili e duraturi. laici e religiosi, e quanto più sono costruite come parte di un sistema, perché è il sistema che ne rende incisiva la funzionalità per il fatto che ogni singola categoria non può essere modificata senza creare interferenze con le altre, senza turbare l'equilibrio del sistema.

Nella società accade qualcosa che somiglia ai meccanismi del corpo umano. In questo ogni sistema particolare (arterioso, venoso, nervoso, linfatico, sensoriale etc.) vive per se stesso, ma vive nell'interdipendenza funzionale dentro un sistema complesso e nell'equilibrio che il sistema globale assicura; e se uno dei sistemi particolari si modifica gli altri ne soffrono e in parte soccorrono come possono. Ma se la sofferenza è acuta muore l'intero sistema corporeo.

Nel campo del sistema giuridico, nel campo dello *ius* (e a valle della *lex*), valga un solo esempio: la categoria del *dominium* si collega a quella del *testamentum*, come a quella della *donatio*, e nei due casi fa 'sistema'. Perché se non c'è *dominium* non può esservi *testamentum* né *donatio* etc., e così accadde che i c.d. barbari non conobbero il testamento e neppure la donazione, per circa cinque secoli: perché conoscevano solo la *gewere*, potere su una cosa (un fondo agricolo, un'abitazione...) che durava tanto quanto durava il

contatto fisico con la cosa e la sua disponibilità materiale¹⁸. Altrettanto può accadere (e accade oggi) quando si perde la distinzione fra *dominium* e disponibilità di *res pubblica* per ragione di funzione pubblica, perché perdendo quella distinzione si può pensare che sia legittimo cercare e trovare il modo di trasmettere a un erede o a un amico o a un parente una carica pubblica, o di ricavarne denaro come da cosa privata.

Dobbiamo chiederci: a chi giovava (e a chi giova oggi) la mancanza di categorie integrate in un *sistema iuris*? E all'opposto: a chi giovava (e oggi gioverebbe) l'esistenza di categorie integrate in un solido *sistema iuris*?

Per quanto è nei limiti del mio discorso, devo riandare agli inizi del secondo millennio dopo Cristo.

La domanda diventa concreta. I signori feudali e territoriali traevano vantaggio dalla mancanza di un *sistema iuris* materiato di dottrina giuridica, cioè di una *scientia* che assicurava ripetibilità e verificabilità costante negli schemi dei comportamenti privati e pubblici?

Le fonti sono univoche: senza un *sistema iuris*, e solo con la fluttuazione di *leges* occasionali e di consuetudini locali, e perciò incerte, quei signori avevano campo libero. Le loro *leges*, se leggi erano, e le labili consuetudini orali imposte o accettate per un tempo lungo o lunghissimo, erano il frutto e la garanzia del loro arbitrio e della loro forza: e loro stessi erano perciò i signori della forza arbitraria.

Il potere aveva un nome senza contenuti fissi. Era *ban-num* o *ministerium*, e mai fu oggetto di una teorizzazione

¹⁸ Per un modo sensato di avvicinarsi al significato della parola *gewere* vd., almeno, fra la ricca storiografia in materia, le opere indicate *supra*, nt. 16.

che li elevasse alla dignità di categorie giuridiche. E secondo i casi e i livelli del potere, il *bannum* o il *ministerium* erano diversi per loro natura dal *dominium* e dall'*imperium* di tradizione romana.

Ma nella svolta, o rivoluzione, o rinascimento del primo e secondo secolo del nuovo millennio la nuova, vincente, *scientia iuris* elimina le vecchie parole che indicavano il potere pubblico e le potestà private: ricompaiono sulla scena i giuristi e nel loro linguaggio scompaiono *ministerium* e *bannum*, scompaiono *wadiatio*, *thingatio*, *meta*, *morgengabe*, *faderfio*. Tornano nomi romani: *imperium*, *iurisdictionis*, *obligatio*, *emptio-venditio*, *donatio propter nuptias*, *dos*.

Un nostro illustre collega, di grande successo per numero di adepti e sodali, resta indifferente innanzi a questo scenario, malgrado esso sia solidamente documentato, e serenamente pensa che sarebbe “aberrante”, la parola e il giudizio sono suoi, che sarebbe “aberrante” distinguere il primo dal secondo medioevo, separare l’unità giuridica dell’ordine medievale¹⁹.

Ognuno giudichi secondo scienza e coscienza.

A me interessa tentare di capire in qual modo la riemersione delle categorie giuridiche, nel privato e nel pubblico, concorra a disarticolare o a condizionare il vecchio sistema feudale e signorile, e al contempo a indurre signori feudali e territoriali a tentare di riconvertire i vecchi poteri secondo forme (secondo categorie) che ne possano salvare frammenti vitali oppure residuali e inconsistenti, all’interno di

¹⁹ Mi riferisco, ovviamente, a Paolo Grossi, *L’ordine giuridico medievale* (Laterza, Bari 1995) 28. Sul punto vd. ora Bellomo, *Elogio delle regole*, cit. (*supra*, nt. 6), 50-54, e letteratura ivi ricordata.

una società urbana diventata decisamente incompatibile con l'*arbitrium* esercitato *sine iure*.

Perciò molto accade se al *bannum* e al *ministerium* si sostituisce l'*imperium*. E tuttavia è difficile, o impossibile, districare i fili di una storia che ha spirali complesse, le quali serrano e chiudono realtà che sono variegate. Ma certamente nascono problemi nuovi, dove più e dove meno, in contesti pacifici o turbolenti o violenti, specialmente negli spazi urbani.

I problemi sono più acuti nelle città che riattivano e rendono floridi i loro mercati, mentre al contempo al potere del vescovo-conte si sostituisce il potere del comune cittadino. I problemi sono meno acuti nelle campagne, dove resiste il potere bannale (signorile) e feudale, in parte garantito da consuetudini locali, le quali, non per caso, durante il secolo XII sono copiate e ricopiate e conservate gelosamente, a difesa di tradizionali poteri e diritti, nei monasteri retti da abati, che sono anche signori feudali²⁰.

Ambienti sensibili del mondo feudale cittadino avvertono il pericolo della scienza nuova. Questa ha principi che confliggono con quelli tradizionali: la parola prenda il posto della spada, la sorte dell'uomo sia considerata con pietà e giustizia secondo canoni che garantiscano la libertà di diritti naturali, i diritti individuali siano catalogati e mai più necessariamente connessi con lo *status* personale, il processo sia ordinato secondo un ritmo e un'articolazione, sia *actus trium personarum*, diventi enorme conquista, vera anima del nuovo processo e della civiltà romano-canonica.

²⁰ Sul punto mi permetto di rinviare al mio libro *Elogio delle regole*, cit. (*supra*, nt. 6) 54.

Dalla *sapientia* si passa alla *scientia*, e la *scientia iuris* rir- crea e rimodella le antiche le categorie giuridiche d'età romana e con queste sconvolge l'ordine giuridico tradizionale.

Ai signori dell'arbitrio si pone il problema di rinominare la categoria indistinta del potere signorile.

Giudici feudali avvertono le novità. Non è un caso che alla metà circa del secolo XII Oberto dall'Orto, giudice milanese, ponga l'investitura feudale accanto ai contratti agrari, e non è per caso che a proposito del diritto beneficiale egli pensi che al *dominus* spetti la nuda proprietà e al vassallo un usufrutto perpetuo e trasmissibile, deformata immagine della nitida figura giuridica dell'usufrutto romano che non ammetteva la perpetuità dell'usufrutto²¹.

Giuristi di buona fama si mettono all'opera, e osano tanto da apparire, come sono in realtà, dei 'rivoluzionari'²².

Lo stesso problema si pone a re e ad imperatori. Anzi, da decenni, si era posto, quando nel 1037 l'imperatore Corrado II aveva concesso la trasmissibilità ereditaria dei feudi minori²³: era stato un modo per fare calare, in una categoria che era propria dell'ambito del diritto privato, un potere che aveva in origine altra natura, indistinta, fra il pubblico e il privato, il *feudum*.

Così nel secolo XII, e più nei secoli successivi, comincia ad apparire conveniente un'operazione al principio vista

²¹ Per la problematica ricordata nel testo vd. Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso medioevo* (Il Cigno, Roma 1995) 168 nt. 54.

²² Così Cortese, *op. cit.*, 164: che i *Libri feudorum* (nella redazione arduzzoniana) "siano passati dalle mani di longobardisti a quelle del romanista Pillio ha effettivamente un che di rivoluzionario"; per la redazione arduzzoniana e per l'*apparatus* di Pillio da Medicina, *ivi*, p. 163 e *ad indicem*.

²³ È noto che già prima, nell'877, Carlo II, detto il Calvo, la aveva concessa per i feudi maggiori.

con sospetto, e con opposizione aperta o malcelata o dissimulata.

Appare conveniente ripresentare le categorie giuridiche romane dell'*imperium* e della *iurisdictio*.

Il re vuole essere simile all'imperatore, per avere il medesimo *imperium*: nasce la formula "rex superiorem non recognoscens est imperator" e si discute se *superior* vada inteso nel senso gerarchico e feudale del termine o nel senso politico e pubblicistico teorizzato dalla nuova *scientia iuris*. Scontri politici inducono all'azzardo di una formula semplificativa, "rex in regno suo est imperator"²⁴.

C'è altra formula ereditata che torna sulla scena, "imperator legibus solutus".

Come intendere un potere che essendo marcato dalla categoria dell'*imperium* è tanto assoluto da stare sopra alle leggi?

Per dipanare una matassa che ha dato filo da torcere a generazioni di giuristi medievali, e alla storiografia giuridica attuale, occorre semplificare il discorso e ridurlo all'essenzialità delle parole usate.

I giuristi per dottrina di accademia sono responsabili nel forgiare le categorie che danno corpo e senso allo *ius* e di controllare anche se lo *ius* tradisce l'*aequitas* a causa di una erronea o intenzionale falsa configurazione di *causae* specifiche che fanno parte dello *ius*.

I giudici, per l'esercizio del loro ufficio, sono responsabili dell'applicazione della *lex*. A volte essi rilevano che la categoria giuridica ha tradito l'*aequitas*, e sono tuttavia costretti a rispettare la funzione della categoria giuridica, la

²⁴ Ancora fondamentale Francesco Calasso, *I glossatori e la teoria giuridica della sovranità. Studio di diritto comune pubblico* (Giuffrè, Milano, III ed. 1957).

forma che questa ha preso e impone, come nel caso della *stipulatio*²⁵.

Nell'uno come nell'altro caso, per i *doctores* e per gli *iudices*, la *causa*, o *figura* giuridica, che è parte dello *ius*, sta sopra la *lex*.

È chiarissimo ed esemplare un brano di Azzone: "... magister interpretatur leges... sed et iudex legem interpretatur ex causa..."²⁶. Nella frase non va perso il perno sul quale gira l'obbligo di *doctores* e *iudices*: gli uni e gli altri devono interpretare le *leges* "ex causa", vale a dire devono tenere in conto la *causa*, *figura* giuridica che appartiene al *ius*, incorporata in ogni singola norma come elemento strutturale e portante e guida sicura per ogni interpretazione.

In parallelo, chi tiene ed esercita il potere legislativo è obbligato a strutturare le *leges* secondo le categorie predisposte e offerte dallo *ius*.

Però il potere si esprime e si articola in organi di diverso livello, e la realtà può andare per proprie vie, imprevedibili, dettate dalla casualità, da cauta o sventata volontà politica, da circostanze oggettive o malsanamente alimentate.

Quali che siano le nuove magistrature, tutti sono vincolati all'obbedienza della legge. Ma solo l'imperatore è "legibus solutus".

²⁵ Per il problema della *stipulatio*, nella prospettiva del rapporto fra *causae naturales* e *causae civiles*, vd. Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, cit. (vd. *supra*, nt. 21), 98-99

²⁶ Azzone, *Summa Codicis*, in C.1.14, *de legibus et constitutionibus principum* (Venetiis 1584) col. 25 nr. 12: il brano continua proprio in tema di *ius*, e tocca il punto della coerenza fra *aequitas* e *ius*: "et hoc sive dubitetur de verbis legis et qualiter sint intelligenda..., sive dubitetur de casu qui non est comprehensus in lege... Nec contrarium est his quod dicitur infra..., soli principi licere et oportere inspicere interpositam, id est interponendam interpretationem inter ius, scilicet strictum, et aequitatem...".

Secondo la formula, egli non è obbligato a rispettare le leggi dei suoi predecessori e se lo ritiene utile o necessario neppure le proprie leggi precedenti, e perciò può cambiarle, perché da esse è *solutus*, ma finché queste leggi sono in vigore egli deve rispettarle, e se valgono solo in un ambito territoriale ristretto deve rispettarle finché si trova in quell'ambito²⁷.

È chiaro che lo *ius* resta fuori. Deve restare fuori, perché lo *ius* è consustanziato nelle sue *variae causarum figurae*, ed è consegnato ai testi della compilazione giustiniana, libro supremo della 'Legge' fondamentale e generale²⁸, marcato di sacertà e destinato all'eternità, secondo le convinzioni correnti durante il tardo medioevo. Perciò mai troviamo nelle scritture dei giuristi medievali che l'imperatore sia o possa essere *iuribus solutus*. L'affermazione sarebbe stata atto di eresia. E per la stessa ragione mai troviamo di regola, salvo sparutissime eccezioni²⁹, che le leggi imperiali siano entrate a fare parte dello *ius* edificato e contenuto nel *Corpus Iuris Civilis*.

Il problema si incardina dunque sul piano delle *leges*

²⁷ Sul punto vd. Mario Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale* (Il Mulino, Bologna 1994) 529-535: dove però, a p. 530, l'A. ricorda, sulla base di un passo di Azzone, che l'imperatore "era libero dall'osservanza delle leggi imperiali precedenti dal punto di vista meramente giuridico, ma era ugualmente tenuto alla loro osservanza per motivi spirituali".

²⁸ Vale a dire, nel *Corpus Iuris*: così Azzone, *op. cit.*, col. 25 nr. 11: "Sciam autem legem generalem esse, hoc ipso quod continetur in corpore iuris...".

²⁹ Come accade solamente per la *Const.* 'Habita' di Federico I, Barbarossa, inserita nel *Corpus Iuris Civilis*, *post* C.4.13.5, *ne filius pro patre*. l. *ex patroni*, e per i capitoli 6 e 7 delle 'Leggi dell'incoronazione' (del 1220) di Federico II, collocati per frammenti come segue: Auth. 'Gazaros' *post* C.1.5.19, *de haereticis*. l. *cognovimus*; Auth. 'Statuimus' *post* C.1.4.19, *de episcopali audientia*. l. *iubemus*; Auth. 'Si vero' *post* C.1.5.4, *de haereticis*. l. *Manichaeos*; Auth. 'Credentes' *post* C.1.5.4, *de haereticis*. l. *Manichaeos*.

particolari, promulgate e interpretate secondo spinte di parte, proprie della sfera politica di ogni ordinamento. Si incardina nel concreto di una realtà (e di un sistema) che comprende da un lato lo *ius commune* ereditato come ‘Legge’ fondamentale e gestito da *doctores* nell’interpretazione condizionata dalla supposta eternità e immodificabilità dei contenuti, e dall’altro lato leggi particolari volute da chi regge ordinamenti locali o corporativi e gestite da *iudices* locali secondo l’interpretazione necessaria per l’applicazione quotidiana.

È sul piano della *lex* che l’imperatore è sciolto da ogni vincolo: qui egli è *legibus solutus*. Può cambiare le leggi, ma deve rispettarle finché non vengano cambiate.

La diagnosi e la convinzione emergono con evidenza nel pensiero giuridico del primo Trecento, già in Giovanni d’Andrea³⁰, e nello stesso giro di anni in Bartolo da Sassoferrato: se l’imperatore, o il *rex*, non regnano *secundum legem*, sono tiranni. “Hodie Ytalia est tota plena tyrannis”, dirà Bartolo³¹, e lo dirà anche Dante Alighieri.

Accenti amari, giudizi sconsolati, storicamente significativi.

Al di là delle leggi resta fermo e stabile lo *ius*.

Nel campo del diritto pubblico, nella contrapposizione tra la spinta del rinnovamento e la forza della tradizione feudale e signorile, le categorie giuridiche diventano armi che ciascuno usa secondo propri fini. In se stesse neutre, es-

³⁰ Vd. Orazio Condorelli, ‘Giovanni d’Andrea e dintorni. La scuola canonistica bolognese nella prima metà del secolo XIV’, *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 23 (2012) 117-118.

³¹ Vd. Francesco Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale* (Giuffrè, Milano 1953, rist. II ed.) 151, 261-263.

se offrono possibilità di azione per la conservazione e al contempo per il rinnovamento. È la società che decide la direzione e il verso dell'azione, perché è la società che ha nutrito ed espresso l'esigenza di avere strumenti agili per l'azione, e alla società i giuristi hanno offerto quegli strumenti. La 'forma' ha dato la misura ai 'contenuti' e i 'contenuti' hanno richiesto la conformazione degli strumenti per l'azione. E anche viceversa, in un circolo continuo che non ha un punto di partenza e perciò neppure di arrivo.

Così accade che le stabili e rigide categorie giuridiche possono essere adoperate dai disonesti per truffare gli ingenui, per fare prevalere dolosamente interessi particolari a danno di altri interessi.

Nei vari casi si passa dalla fisiologia alla patologia del potere pubblico e della potestà privata.

Perciò esistono i tribunali, o le rivoluzioni.

Però è ancora utile restare sul piano della fisiologia del diritto.

È possibile fissare limiti fisiologici ai tanti abusi? I giuristi, e non solo loro, li hanno cercati. Esistono i *principia*. E soprattutto occorre, come ho già accennato, un *sistema iuris* che leghi le *variae causarum figurae*, e le renda interdipendenti in modo che la violazione di ognuna di esse, benché singola, costituisca violazione di un intero sistema di vita e di ordine sociale oltre che giuridico. Occorre che si configuri un sistema che nel suo complesso dia *regulae* certe.

Regulae certe. Per lungo tempo, nei secoli che per tradizione chiamiamo del tardo medioevo ma sono già l'inizio del mondo moderno, la certezza fu pensata come fondata sulla metastoria, su un ordine sovranaturale, ispirato da

Dio agli uomini. Poi in tempi successivi si sono cercate altre vie: quelle del giusnaturalismo, quelle utopiche degli illuministi, quelle socialmente e politicamente controllabili della Scuola Storica e della Pandettistica tedesca³². In ogni caso vie nuove e originali.

Oggi manca la prospettiva che qualcosa di solido si possa creare, nella fluidità di un diritto che è scaduto a mera legge, mentre dilagano norme traballanti nelle mani di legislatori spesso incompetenti e di giudici a volte disorientati da insegnamenti squilibrati. E mi scoraggia pensare che tanto possa bastare, o – peggio – tanto sia da desiderare e da difendere.

Qui si chiude il mio discorso.

Capisco il rischio dell'ingenuità: auspicare che anche ai nostri giorni potremmo trovare giuristi interessati a porsi contro corrente, e coraggiosi, e capaci di elaborare e di imporre una nuova *scientia iuris* e un originale *sistema iuris*, utili al fine di evitare l'anarchia incombente.

Voglio sperare, però, che a volte l'ingenuità possa essere feconda di qualche risultato.

³² Ne do rapidissimo e parziale cenno nel mio libro *L'Europa del diritto comune*, passim; anche nelle traduzioni: *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, cit. (vd. *supra*, nt. 2); *La Europa del Derecho común*, cit.; *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, cit. Vd. inoltre Mario Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea* (Laterza, Roma - Bari 2012) 281-289.