

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

Corso di laurea magistrale in giurisprudenza



TESI DI LAUREA
FONTI, ORDINE E PERSONA NELLE
CONCEZIONI DI PAOLO GROSSI ED
ENRICO DI ROBILANT

Relatore: Prof. Paolo Heritier

Correlatore: Prof. Valerio Gigliotti

Candidato: Luigi Pirri

Anno Accademico 2013-2014

CAPITOLO III – IL MEDIOEVO DEL DIRITTO⁴¹⁵

“Medioevo”: età di mezzo. Questa fu, non senza un pizzico di malizia, la qualificazione che gli umanisti (Flavio Biondo in primis nel suo *Historiarum*) diedero dei secoli che vanno, grossomodo, dalla caduta dell’Impero Romano d’Occidente (476 d.C.) al XIV – XV, col rinnovamento filosofico, antropologico e spirituale promosso dall’Umanesimo: per questo movimento, la media aetas rappresenterà null’altro che una parentesi buia tra due maestose civiltà, la classica e la moderna. Si tratta di un atteggiamento riduzionista, come evidente, oramai superato. Ciononostante, resta, probabilmente, la premessa storica necessaria per riuscire a maneggiare (e ad apprezzare) pienamente il messaggio di Paolo Grossi. Come è facile intuire, non sarà possibile, per ragioni di spazio, una ricostruzione minuziosa degli istituti giuridici medievali: si cercherà, invece, di cogliere quelle linee fondamentali che caratterizzeranno unitariamente il dipanarsi dell’esperienza giuridica, consci della *complessità* dell’essenza del “diritto”, non dimensione meramente potestativa ma coscienza sociale in atto.

⁴¹⁵ È questo il titolo di un fondamentale volume di Francesco Calasso: *Il Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954.

1. *L'incompiutezza del potere politico*

Se è vero che il Medioevo, allo storico del diritto di acuta sensibilità, appare interamente percorso da una coscienza sociale che plasma la scienza giuridica, è altrettanto vero che questa continua dialettica tra formale e fattuale è possibile soprattutto perché il potere politico, nelle sue variegatae manifestazioni (monarchia germanica, comunità ecclesiastica, signoria laica, feudo, etc.) si *disinteressa*, parzialmente almeno, del diritto: è assente quella visione totalizzante e unitaria che sarà essenziale per la nuova costruzione politica moderna, lo *Stato*, che tenderà a uniformare il diritto e la sua amministrazione nell'ambito di un determinato territorio, dando vita a quello che sarà poi categorizzato come principio di *sovranità*⁴¹⁶.

Il perché di questa “appartatezza”⁴¹⁷ è presto detto: nella civiltà proto medievale riecheggia la devastante caduta dell'impero romano, grande organismo sovranazionale a carattere universale. I nuovi protagonisti del teatro della storia, popolazioni germaniche in primis, non sentono la necessità di porre nuovamente al centro delle loro vite una istituzione politica totalizzante ed onnicomprensiva, quale quella romana. La lentezza stessa della caduta dell'Impero favorisce il germogliare di pie illusioni circa il destino ultimo di “*Roma cara urbs*”: il radicamento della mitologia politica, immaginifica di una Roma non umana ma divina, emblematicamente posta a fondamento dell'intero sistema giuridico - politico⁴¹⁸, comporta difficoltà psicologiche nell'abbandono di non poco conto per gli “ultimi uomini” della romanità, costretti, in qualche modo, a fare i conti con la dura realtà che loro si poneva davanti⁴¹⁹.

Il proto medievalismo sarà il risultato dell'incrocio tra gli ultimi romani, spesso ridotti in condizioni sociali ed economiche critiche e le popolazioni germaniche: ad una prima fase, cui si accompagna la “romanizzazione” dei popoli barbari, seguirà la

⁴¹⁶ G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine concetto 'Stato'*, Morcelliana, Brescia, 2007, pp. 77 – 79.

⁴¹⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2007, pp. 39 – 44.

⁴¹⁸ Per una trattazione del fondamento *mitico – simbolico* del diritto cfr. P. HERITIER, *Estetica giuridica: Volume I: Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 3 – 91 e P. HERITIER, *Estetica Giuridica. Volume II: a partire da Legendre: il fondamento funzionale del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴¹⁹ M.P. ARCARI, *Idee e sentimenti politici nell'alto medioevo*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 5 – 8.

“germanizzazione” dei Romani: si compirà l’incontro tra cattolicesimo e tradizione nordica, manifestatosi, emblematicamente, nell’incoronazione di Carlomagno⁴²⁰.

L’atteggiamento “rispettoso” dei Germani verso le tradizioni giuridiche locali, favorirà, inoltre, la commistione tra consuetudini nordiche e diritto romano (sebbene notevolmente impoverito rispetto a quello classico): simbolo di questo “garantismo” giuridico sarà il *prudens* latino, che fornirà al magistrato goto la conoscenza del diritto di Roma nelle controversie che vedranno, appunto, la partecipazione di un Romano⁴²¹.

L’arimanno (dal tedesco “*Herrmann*”, cioè uomo in armi, ad indicare il maschio adulto in grado e legittimato a portare armi), insomma, non si sente il *dominus*, il padrone del proprio diritto, ma tende a percepirlo “passivamente”, quale mero destinatario, fosse il comando di una divinità o una consuetudine ancestrale⁴²². È questa consapevolezza che induce una storica come Paola Maria Arcari a scrivere:

“I principi germanici, fossero o non fossero riformatori, si considerarono tutti inferiori alla consuetudine. Si sentiva inferiore Clotario quando – richiamato dal soldato al rispetto della consuetudine nella divisione del bottino – rinunciò al famoso vaso di Soissons. Si dimostrava ligio alla consuetudine lo stesso Liutprando quando si giustificava di avere introdotto una norma che non si trovava «in edictum» [...]”⁴²³.

Grazie a questa mentalità, l’alto Medioevo vedrà un fiorire incessante di particolarismi, sia giuridici sia politici, all’insegna dell’incontro tra due grandi tradizioni; il *naturalismo* nordico verrà “mitigato” progressivamente dalla contaminazione di elementi tipici di diritto romano (sebbene spesso “volgarizzato”, a causa della mancanza della preparazione culturale necessaria per l’applicazione e l’interpretazione dello stesso). Corollario di questo atteggiamento mentale di estrema riverenza verso la prassi, talora atavica, sarà un’attività meramente *dichiarativa* dei legislatori dei regni barbarici. Il principe non “crea” il diritto ma lo custodisce; la sua attività si concretizza nella *iurisdictio*, calata in quella realtà ordinamentale che l’uomo medievale sente propria e, umilmente, cerca di carpire.

⁴²⁰ E. GENTA, *Appunti di diritto comune*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 11 – 14.

⁴²¹ Ivi, p. 9.

⁴²² P. M. ARCARI, *op. cit.*, p. 607 e sgg.

⁴²³ Ivi, p. 666.

Questa centralità della consuetudine e del *fatto* normativo, che viene tolto alla libera disponibilità del singolo, verrà ulteriormente sviluppata dalla scienza giuridica tardo medievale; la formazione della norma consuetudinaria può apparire come “fatto” (e non come semplice ripetizione di atti) perché, alla sua produzione, partecipano tutte le forze sociali e naturali. Evocative, al riguardo, le parole di Alberto Magno, maestro di Tommaso d’Aquino:

“La *lex* è la norma che si origina da tre soggetti: il popolo, per la cui utilità è posta, che la accetta e la osserva; il maestro di diritto, che la individua e la redige in forme tecnicamente appropriate; il principe, che vi appone il crisma della sua autorevolezza”⁴²⁴.

Non tragga in inganno l’uso del termine “*lex*”: non è certamente la legge dei moderni, ossia l’espressione di volontà sovrana coartante la sfera sociale; la *lex* è il coronamento di validità della consuetudine, il momento di acquisto dell’*auctoritas*, in un interscambio continuo tra fatto (*consuetudo*) e teoria (*lex*).

Questa partecipazione (non riducibile a mera antenata della “partecipazione democratica”) complessiva, nella quale ogni singolarità viene ordinata al *bene comune*, fa sì che il *populus* acquisti la qualità di *universitas*, cioè di realtà intimamente ordinata e *perfecta*, cui spetta la potestà normativa, dichiarata dal principe, interprete della realtà sociale. L’*universitas*, naturalmente, è composta di *singuli*; ma questi nulla possono, nel campo normativo, al di fuori della socialità relazionale costituita dall’inserimento nella *universitas* stessa. Le comunità, a partire da quella locale fino a quella universale, nel momento in cui “*se habeant in unum corpus*”⁴²⁵, danno vita a quell’universo pluralistico medievale che induce Jean – Marie Portalis, nel *Discours Préliminaire* al Codice Civile, a parlare (non malinconicamente, dal suo punto di vista) di società medievale come “società di società”⁴²⁶, in contrapposizione all’insularismo compatto statualista, concretantesi nell’incontro – scontro tra individuo e Stato. Grazie a questa particolare psicologia anti assolutistica, perché sempre calata nella relazione *carnele* tra persone

⁴²⁴ ALBERTO MAGNO, ed. H. Kühle, C. Feckes, in *Opera Omnia*, Vol. XXVIII, Aschendorf, Monasterii Westfalarum 1951, Tract. V – *De justitia, q. II – de legibus, art. I – quid sit lex*, cit. in P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 141.

⁴²⁵ L’espressione è di Jacopo di Revigny in un testo di J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250 – 1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

⁴²⁶ Il discorso può essere consultato in: *Naissance du Code Civil – La raison du législateur: travaux préparatoires du Code civil*, raccolti da P. A. Fenet, Flammarion, Paris, 1989. La citazione è a pag. 36.

umane, la Media Aetas vedrà un fiorire di corporazioni professionali, cetuali, aggregati familiari e sovra familiari, organismi politici, comunità ecclesiastiche.

L'atteggiamento di estrema prudenza e "delicatezza" relativa del potere politico può essere colto in una delle raccolte legislative più significative dell'alto Medioevo: l'Editto di Rotari (641). Rotari, re dei Longobardi, non si arroga un vero e proprio potere legislativo⁴²⁷: la sua è una mera attività di raccolta consuetudinaria. Con le parole di Gian Piero Bognetti:

"L'editto di Rotari prospetta sé stesso come una raccolta di norme già vigenti nella nazione e che il re vuole siano scritte per impedire che i giudici, senza il limite di una siffatta legge opprimano i più poveri, tra la gens Longobordarum. Però proprio per questo scopo di giustizia [...] il legislatore ha creduto necessario di «corregere legem» (intendendosi sempre, con questo termine, nelle fonti longobarde, non già una norma necessariamente scritta, ma, in modo lato, il diritto obiettivo, che, ben inteso, era stato, in questo caso, ancora un diritto consuetudinario)"⁴²⁸.

Queste norme già vigenti erano indicate col nome di "*gawarfida*": come i glottologi hanno rilevato, questo sostantivo implica il concetto di "*coniectum*", cioè di "cosa stabilita col concorso di parecchi"⁴²⁹. La figura del principe – giustiziere e custode del diritto, d'altronde, emerge già dal Prologo dell'Editto, dove lo stesso Rotari ammette che la *sollecitudo* a legiferare è dettata dalle ingiustizie ripetutamente verificatesi nell'attività giurisdizionale degli *iudices*, precisamente nella arbitrarietà della comminazione delle sanzioni pecuniarie. Rotari è mosso "*precipue tam propter adsiduas fatigationes pauperum, quam etiam superfluas exactiones ab his qui maiore virtute habentur*"⁴³⁰; è palese la funzione di realizzazione equitativa ad opera di un "aequus", intento ad attuare una giustizia fondata sulla natura stessa delle cose⁴³¹. L'Editto, inoltre, ben testimonia il clima di influenza reciproca tra Germani e Romani dell'epoca. Di più: stante l'atavica concezione "fattualistica" del diritto, incentrata sugli usi degli antenati, i

⁴²⁷ P.M. ARCARI, *op. cit.*, p. 651. Per una evoluzione del rapporto legge – consuetudine nei regni barbarici cfr.: *Ivi*, pp. 652 sgg.

⁴²⁸ G. P. BOGNETTI, *L'editto di Rotari come espediente politico di una monarchia barbarica*, pp. 250 – 251, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 235 – 256.

⁴²⁹ *Ivi*, p. 251.

⁴³⁰ G. P. BOGNETTI, *op. cit.*, p. 250.

⁴³¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 41.

Longobardi, in un primo momento, non sono così entusiasti della commistione romanistica: ciò soprattutto in riferimento al modello di organizzazione militare; l'esercito dell'Impero Romano d'Occidente, infatti, nella progressiva caduta, aveva visto accrescere il numero dei barbari nelle sue fila. Scrive ancora Bognetti:

“Nello stesso tempo è risaputo che la mentalità germanica teneva come norma di diritto quel che si era praticato dagli avi; e perciò per naturale che tutto quanto era stato introdotto a seguito dell'adeguarsi di una arte delle istituzioni militari al modello romano, potesse esser riguardato, da quei semplici, come una sopraffazione che sarebbe stato merito grande del re o di limitare o di rimuovere”⁴³².

Riassumendo: l'Editto di Rotari aiuta a comprendere la mentalità del principe (proto) medievale e il suo rapporto col diritto; un rapporto non potestativo, nel quale le funzioni esercitate si riducono prevalentemente alla *iurisdictio* e alla realizzazione dell'*equità*.

Queste dinamiche politico – giuridiche rendono palese la difficoltà, filologica e storiografica, dell'utilizzo del termine – concetto “Stato” per descrivere la civiltà politica in oggetto. In particolare, l'impossibilità di catalogare le forme di manifestazione del potere politico medievale (talora tiranniche, sia chiaro) nell'alveo della statualità:

“Il vero e più caratterizzante discrimine fra la monarchia, la signoria, il comune del genuino medioevo e la nozione di Stato riposa non tanto in una relativa ‘sovrànità’ o in una quantità di apparato, piuttosto in una diversissima psicologia del potere. Lo Stato è certo un modo di intendere il potere politico e i suoi compiti, è innanzitutto un programma, un programma globale o che, anche se globale non è, tende alla globalità; è la vocazione a far coincidere l'oggetto del potere con la totalità dei rapporti sociali, è la vocazione a diventare un potere compiuto”⁴³³.

Al contrario: “*il principe medievale si occupa di ciò che gli serve al mantenimento saldo del potere*” e cioè “*della milizia, dell'amministrazione pubblica, delle imposte, della repressione e coazione ai fini di un reale ordine pubblico, ma non è il grande*

⁴³² G. P. BOGNETTI, *op. cit.*, pp. 250 – 251.

⁴³³ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 46. Tale diversa psicologia del potere, nell'innovatore principe longobardo Liutprando: cfr. P. M. ARCARI, *op. cit.*, pp. 666 – 670.

burattinaio che pretende di tenere e manovrare tutti i fili dei rapporti sociali ed economici"⁴³⁴.

Così, l'utilizzo del termine / nozione Stato "*nel generico significato di entità politica munita di effettività potestativa in un determinato territorio*" ci porterebbe ad inoltrarci "*su un sentiero malfido, giacché quel termine/nozione si è caricato durante l'itinerario della modernità [...] di ulteriori e più pesanti contenuti, trasfigurandosi da supremo potere effettivo in una precisa psicologia del potere, intensa e violenta, con la vocazione totalizzante a controllare tutto quanto, a livello sociale, si svolge nella sua proiezione territoriale*"⁴³⁵.

Ecco l'impossibilità di avvalersi delle categorie moderne per descrivere il sistema giuridico in esame: abbiamo di fronte due modelli diversi se non, per tratti almeno, completamente opposti. Con queste premesse, il rischio è quello di collocare lo Stato in una sorta di spazio metafisico privo di storicità e temporalità⁴³⁶: ciò ancora, una volta, risulta poco interessante circa l'essere stesso, perché utilizza una figura descrittiva che, per dirla con Grossi, "non pesca nel reale". Può risultare utile come approssimazione al lettore novizio che si avvicina alla storia giuridica; ma ciò solo a scapito della chiarezza generale, proprio perché i caratteri tipizzanti della statualità vengono idealmente trasmessi, in una operazione filologicamente discutibile, alle istituzioni politiche

⁴³⁴ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit. p. 12. Ciò detto, c'è chi, tra gli studiosi della storia del diritto, non ha mancato di sottolineare una certa *continuità* tra le istituzioni politiche medievali e lo Stato moderno, servendosi agilmente del secondo concetto per descrivere quelle autorità politiche calate in una fitta rete di poteri e contropoteri, pur consapevoli della limitatezza di un tale approccio. Tra questi, Ernesto Sestan: "Vale a dire: essendo l'impero romano un grande organismo statale a carattere universale, sovranazionale, che si dissolve, entro la sua parte occidentale, in formazioni statali nuove le quali a loro volta, sono ricomposte, da Carlomagno, in una momentanea e molto diversa unità politica sovranazionale, per dissolversi di nuovo in formazioni molecolari non più ricomposte fino ad oggi; essendo tutto questo, si domanda: ci sono delle relazioni, e quelle relazioni, fra il momento politico, lo Stato, e gli altri momenti od elementi che entrano in gioco nella formazione di queste tre nazioni?"⁴³⁴; lo stesso Sestan aggiunge: "Certamente, se vogliamo ritrovare nel Medioevo lo Stato, con tutti gli attributi, massimo quello della sovranità, che al dire dei giuristi soltanto lo definiscono come stato, non lo ritroveremmo" (E. SESTAN, *Stato e Nazione nell'alto medioevo*, Esi, Napoli, 1952, pp. 20 – 21).

⁴³⁵ P. GROSSI, *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, p. 4, in A. ZORZI (a cura di), *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale. Atti del convegno internazionale di studi (Pistoia, 9-10 aprile 2005)*, Firenze University Press, pp. 1-18

⁴³⁶ "Accettando di parlare di stato per l'età moderna, per il medioevo, per l'antichità, di parlare di stato degli Ateniesi, degli Ebrei, degli Egizi, degli Incas, degli Aztechi, di uno stato tribale e di uno stato feudale, si viene a considerare lo stato come un universale storico, come una istituzione politica che, superata la fase della primordialità che non ha storia, si ritroverebbe in tutti i tempi e sotto tutti i cieli, sia pure con dei segni diversi da tempo a tempo, da luogo a luogo, ma con un nucleo di connotati permanenti in ogni tempo e in ogni luogo" E. SESTAN, *op. cit.*, p. 24.

premoderne, in un sorta di *back – projection*: per Sestan, sostanzialmente, la storia è una storia di *Stati*⁴³⁷.

In definitiva, nella società medievale, dal punto di vista giuridico, sembrano essere presenti alcune delle caratteristiche epistemologiche e cognitive della teoria reticolare esposta da Ost e Van de Kerchove⁴³⁸ (*supra* II, 4.3); nello specifico:

- Assenza di un centro unico *sovrano*;
- Confusione (e identificazione) tra *fatto* e *diritto*;
- *Pluralità* di sistemi giuridici;
- Interazione tra centri di potere.

Vediamo meglio quali sono, da un punto di vista epistemologico e cognitivo, le caratteristiche dell'ordine medievale, focalizzando la nostra attenzione sulle fonti di produzione e cognizione delle regole giuridiche.

⁴³⁷ Una prospettiva non dissimile è sposata, altresì, da Francesco Calasso, rinomato cultore della materia, cui si deve, tra i primi, l'intuizione della unitarietà dell'esperienza giuridica medievale, nel solco che va dal V – VI secolo fino alla fine dell'esperienza sapienziale pre rinascimentale (*infra* 1.3.2): anche questo grande studioso sembra essere vittima di una ricostruzione illuministicamente viziata dalla presenza asfissiante di un monopolista della produzione giuridica, monopolista che, ai suoi occhi, appare onnipresente, intimamente razionale, intento a conferire unità e organicità ad un corpo sociale altrimenti privo di qualsiasi giuridicità.

⁴³⁸ P. OST e M. VAN de KERCHOV, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2002. Per una trattazione sintetica della teoria: P. HERITIER, *Urbe – Internet. Volume I: la rete figurale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 41 – 50.

2. Giuridicità medievale

L'incompiutezza politica medievale, naturalmente, ha conseguenze gravi per tutto il settore del diritto: la riverenza verso l'uso, l'incapacità di costruire una sovrastruttura teorica adeguata alla comprensione fenomenica, cela una *simbiosi tout court* con il mondo delle cose. L'uomo dell'età romano barbarica è privo dei filtri politici e culturali che il cittadino imperiale aveva a disposizione: crollato l'universalismo romanocentrico, i primi uomini del Medioevo trovano rifugio in un rapporto "primitivo" con il mondo materiale. È il *reicentrismo* medievale:

“L'ordinamento si di – verte dal soggetto alle cose, e la cosa nelle sue esigenze primordiali, nella sua fattualità non condizionata non mortificata non filtrata, diviene la protagonista di esso e la fonte in senso sostanziale di tutto il divenire giuridico”⁴³⁹.

Non è certo un atteggiamento sorprendente, date le premesse: il naturalismo germanico non può che esasperare una simile tendenza, che trova terreno fertile in una società priva di certezze culturali e giuridiche. Questa importanza prevalente del fenomeno, nelle forme in cui si manifesta quotidianamente, rappresenta, per certi versi che meglio analizzeremo nel prosieguo, l'esatto opposto della mentalità precedente: se il cive classico era *individuo*, “ben pasciuto e voglioso di dominio”⁴⁴⁰, il nuovo homo romano barbarico tenderà a guardare timidamente e con soggezione verso il mondo stesso, accettando (ed anzi, esaltando) tutte quelle sedimentazioni che l'interazione sociale, culturale ed economica sapientemente e spontaneamente costruisce, giorno dopo giorno. Questa differenza, oseremmo dire “ontologica”, circa la sostanza stessa del diritto, è fotografata con maestria dalle situazioni reali dell'epoca medievale: è in questi istituti che si scorge il peso del fatto, l'incontro senza filtri con la *cosa*, il *reicentrismo* medievale.

Per meglio comprendere il discorso, sarà utile dividere in due brevi paragrafi la trattazione, distinguendo tra Alto e Basso Medioevo; distinzione che, però, non è separazione, perché l'età medievale, nell'ottica grossiana, è letta come un *continuum* storico giuridico peculiare.

⁴³⁹ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 72.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

2.1.1 “*Dominium*” classico e situazioni reali medievali: il reicentrismo protomedievale

Il “*dominium*” classico è il perno della costruzione giuridica romana: non se ne può cogliere il senso da un punto di vista meramente economicistico – utilitaristico; è lo “strumento volto a garantire l’appartenenza della res ad un determinato soggetto”⁴⁴¹. Il dominio era regolato dal diritto civile antico: proprio alla sua derivazione dall’istituto del *mancipio quiritario*⁴⁴², regolato dallo *ius quiritium*, il primo sistema formale giuridico romano, deve la denominazione di *dominium ex iure quiritium*.

Il *mancipium*, l’antenato del *dominium*, si sviluppò in un clima socio culturale costituito, prevalentemente, da gruppi familiari agnatici: superato un primo momento in cui, presumibilmente, si riscontrava la prevalenza dell’attività pastorale, la società quirizia si strutturò in gruppi familiari, con a capo il *pater familias*, ognuno di essi desideroso della propria relativa indipendenza, da misurarsi non più nella semplice disponibilità di fatto del fondo (*possessio*) bensì nella titolarità formale di un rapporto assoluto, il *mancipio appunto*⁴⁴³. Oggetto del *mancipio* era, dunque, tutto il gruppo familiare e gli elementi ad esso facenti capo: sottoposti al *mancipio* erano i discendenti in linea maschile (*adgnati*), le future mogli del capo e dei suoi figli (*uxores in manu*), gli schiavi e, ciò che più interessa, il *domus*, cioè l’abitazione familiare, con il piccolo potere circostante⁴⁴⁴. La crescente complessità economica e diversificazione degli oggetti di proprietà dimostrò l’inadeguatezza dell’antico diritto quiritario: di qui la costituzione di tre nuclei distinti di rapporti giuridici assoluti: quelli *familiari* in senso stretto, quelli *parafamiliari* e quelli *dominicali e paradominicali*, relativi all’istituto del dominio quiritario.

Il *dominium ex iure quiritium*, secondo la denominazione raggiunta faticosamente verso la fine del II sec. a.C., ereditò, dal *mancipium*, il carattere di “piena giuridicità”; dal

⁴⁴¹ Cfr. G. ARCHI, *Il concetto di proprietà nei diritti del mondo antico*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité*, s. III, t. VI (1959), p. 239.

⁴⁴² A. GUARINO, *Ragguaglio di Diritto Privato Romano*, Jovene, Napoli, 2002, pp. 118 – 121.

⁴⁴³ *Ivi*, p. 120.

⁴⁴⁴ *Ivi*, pp. 119 – 120. La condizione giuridica era diversa per gli oggetti e per gli umani: la casa, il fondo, gli animali erano oggetti “per rerum natura”; mentre i secondi sotto *mancipio* potevano essere affrancati, fossero schiavi o discendenti agnatici.

possesso extra giuridico quiritario, situazione di fatto, il carattere di “rapporto a fondamento economico attinente a res”⁴⁴⁵. Successivamente, in età postclassica, il *dominium ex iure quiritium*, insieme all’*in bonis habere* pretorio e alla *possessio vel usufructus* dei fondi provinciali⁴⁴⁶ verrà ad essere indicato sotto la denominazione di “*dominium*”.

La nuova concezione della società romana, di cui il *dominium*⁴⁴⁷ è corollario, è incentrata sulla produzione della ricchezza e circolazione giuridica della *res*: il *dominium* instaura una relazione diretta tra il *dominus* e la cosa stessa; è la proiezione, sul terreno del diritto privato, della personalità del *pater*⁴⁴⁸. È, quindi, uno strumento etico – politico prima che giuridico: tende alla promozione civile di soggetti particolarmente qualificati (i *patres*). Questa concezione esclusiva, che assicura al titolare ampi poteri sulla cosa, definiti solo negativamente attraverso l’individuazione dei loro limiti⁴⁴⁹, è particolarmente evidente nella problematica degli *iura in re aliena*: questi erano considerati una menomazione delle caratteristiche dell’unitarietà ed esclusività del dominio più sopra accennati; il diritto romano fu ad essi tendenzialmente sfavorevole⁴⁵⁰.

Completamente diversa, per non dire di segno opposto, la coscienza altomedievale. Come sopra accennato (supra, 1.1), nel travagliato periodo storico successivo al lento ma inesorabile collasso dell’Impero Romano d’Occidente, l’uomo romano – barbarico si trova completamente privo di certezze, soggetto alla vitalità prorompente del selvaggio ambiente circostante. E questa vitalità, paradossalmente, diventa il centro della nuova esperienza giuridica: la prassi, ben supportata inizialmente da una sapiente e vigorosa attività notarile, elabora nuove *figure*, si fa portatrice del naturalismo giuridico che caratterizzerà tutta la Media Aetas. L’uomo non è più al centro del progetto terrestre: su di lui incombono “ataviche paure” e una “natura non più

⁴⁴⁵ A. GUARINO, *op. cit.*, p. 121. Per una diversa ricostruzione storica dell’istituto cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 206 – 208.

⁴⁴⁶ A. GUARINO, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁴⁷ In questa sede, con la dicitura “*dominium*”, si farà riferimento al *dominium ex iure quiritium*, rispetto al quale gli altri due rapporti possono essere considerati sostanzialmente “affini”.

⁴⁴⁸ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Cedam, Padova, 1968, p. 19.

⁴⁴⁹ M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano, cit.*, pp. 210 - 211

⁴⁵⁰ Questo sfavore si manifestò in due atteggiamenti, a prima vista contrastanti ma ad un esame più attento complementari: tendenza all’unitarietà del dominio attraverso la proposizione di strette limitazioni alla proprietà originaria, concretantesi in obbligazioni a carico del titolare; risoluzione della servitù in un condominio di due proprietari. P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 25.

trattenuta e ormai strabocchevole nella prorompente della vita vegetale”⁴⁵¹. Il paesaggio è caratterizzato da una economia agricola tranquillamente definibile “primitiva”, caratterizzata da un’altissima percentuale di terre non coltivate in rapporto alla superficie, da un processo lavorativo del tutto inadeguato, supportato da strumenti quali zappe e vanghe⁴⁵². La cultura stessa è assente dalla scena, se non in monasteri o edifici ecclesiali. Questa precaria situazione esistenziale, insieme al crollo dell’edificio statuale romanistico e del suo monismo formalista, porta all’emersione di una psicologia affatto particolare: i soggetti vivono il rapporto col reale senza intermediazioni schematiche adeguate e da questo rapporto si lasciano trasportare; in esso trovano sicuro rifugio.

Questo particolare sentire, tipico della mentalità primitiva, è stato definito, da Lucien Lévy-Bruhl (1857 – 1939), sociologo francese, come “principio di partecipazione”⁴⁵³, principio richiamato dallo stesso Grossi nella configurazione della mentalità medievale⁴⁵⁴: è questo criterio a reggere le società inferiori, dominate dal collettivismo. Di che cosa si tratta?

“Secondo Levy – Bruhl, la mentalità primitiva è dominata da una funzione sintetica sui generis, in virtù della quale tra esseri oggetti o fenomeni per noi diversi o indipendenti è istituita una identità sostanziale od una connessione specifica [...] o, con termine generico, una partecipazione”⁴⁵⁵.

Sulla base di queste connessioni di natura intuitiva, l’uomo primitivo è attraversato da un’estrema intensità emozionale, che lo rende tutt’uno con l’oggetto: un churinga (tavoletta di legno o pietra dipinta o incisa, precursore del totem) associato a un albero non può rappresentare un emu; lo stesso churing, se associato a una rana, rappresenta, appunto, una rana⁴⁵⁶. Sostanzialmente, alla mentalità primitiva, manca la rappresentazione astratta di *spazio*, sostituita da regioni spaziali concepite quali “insiemi complessi, in cui ciascuna regione è inseparabile da ciò che la occupa”⁴⁵⁷. Questa

⁴⁵¹ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 44.

⁴⁵² *Ivi*, p. 45.

⁴⁵³ E. DE MARTINO, *Naturalismo e storicismo nell’etnologia*, Laterza e figli, Bari, 1941, p. 23.

⁴⁵⁴ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., pp. 92 sgg.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ E. DE MARTINO, *op. cit.*, pp. 23 – 24, nota 12.

⁴⁵⁷ LEVY BRUHL, *La mentalité primitive*, Alcan, Paris, 1922, pp. 231 sgg. Cit. in DE MARTINO, *op. cit.*, p. 27.

“partecipazione mistica”, fondamento della teoria del Levy Bruhl, attraverso lo strumento delle “rappresentazioni collettive”, consente di leggere interamente i condizionamenti socioculturali all’interno di un piano percettivo cognitivo: per il primitivo, le “pertinenze” si identificano con la persona stessa⁴⁵⁸. Si tratta di un modo completamente differente di approcciarsi alla realtà materiale, necessario per cogliere correttamente il sentire primitivo. Come nota lo stesso sociologo francese:

“Invece di sostituirci in immaginazione ai primitivi che studiamo, e di farli pensare come noi penseremmo se fossimo al loro posto, cosa che non può condurre che ad ipotesi tutt’al più verosimili e quasi sempre false, sforziamoci al contrario di metterci in guardia contro le nostre stesse abitudini mentali, e imponiamoci il compito di scoprire quelle dei primitivi attraverso l’analisi delle loro rappresentazioni collettive e dei legami tra queste rappresentazioni”⁴⁵⁹.

Ci troviamo di fronte a due modi di pensare completamente diversi, per certi versi antitetici: uno logico positivo, che appartiene alle società occidentali moderne; l’altro pre-logico mistico, appannaggio delle società primitive⁴⁶⁰. I primitivi “vedono con occhi uguali ai nostri ma non percepiscono con lo stesso spirito”⁴⁶¹: il pensiero logico è interessato alla ricerca di una interdipendenza razionale che rispecchi l’ordine oggettivo delle cose, *esaltando* la presunta coincidenza tra pensiero logico formale e realtà empirica; i primitivi, invece, concentrano la loro attenzione sulle forze occulte, sulle proprietà mistiche e segrete dei fenomeni e degli esseri: vi è una “*ipervalutazione* degli aspetti affettivo – soggettivi e una *sottovalutazione* di quanto procede secondo un andamento regolare, meccanico, oggettivo”⁴⁶².

La capacità di astrazione e di riflessione critica verrà recuperata nel medioevo sapienziale, attraverso lo strumentario offerto dal Corpus iuris: tuttavia, si tratterà sempre di riflessione saldamente ancorata al mondo dei fatti, tutta tesa a ricercare un *ordine* tra le cose, la cui molteplicità “proviene dal primo agente, che è Dio. Infatti egli ha prodotto le cose nell’essere per comunicare la sua bontà alle creature, e per rappresentarla per

⁴⁵⁸ S. MANCINI, *Da Levy Bruhl all’antropologia cognitiva: lineamenti di una teoria della mentalità primitiva*, Dedalo, Bari, 1989, p. 6

⁴⁵⁹ L. LEVY BRUHL, *La mentalité primitive*, Bollati Boringhieri, Torino, 1975, p. 18.

⁴⁶⁰ S. MANCINI, *op. cit.*, p.86.

⁴⁶¹ L. LEVY BRUHL, *Les fonction mentales dans les sociétés inférieurs*, Alcan, Paris, 1910, p. 68.

⁴⁶² S. MANCINI, *op. cit.*, p. 98.

mezzo di esse. [...] Perciò più perfettamente partecipa e rappresenta la divina bontà tutto l'universo, che qualsiasi particolare creatura”⁴⁶³.

Nell'Alto Medioevo questa partecipazione tende a minimizzare la figura del proprietario, del “dominus fundi”: il centro sociale e culturale non è più il *pater dominus* dell'età classica; piuttosto, il nuovo centro è la *res*, in tutta la sua vitalità e prorompentezza. Tutte le diverse figure di concessionario vengono valorizzate dal loro rapporto simbiotico con la realtà materiale: si assiste alla degradazione del *dominus*⁴⁶⁴, relegato a titolare formale spogliato di effettività giuridica. Ogni contatto con la cosa, prolungato per un arco di tempo significativo, accentua la sconnessione tra titolarità formale e sostanziale: la *durata* permette l'instaurazione di un rapporto costitutivo (e, vedremo, spesso giuridicamente tutelato) sulla cosa, “insinua il concetto della normatività di quell'esercizio”⁴⁶⁵. Non si tratta, però, di un esercizio causato dalla inerzia o passività del titolare formale: è un esercizio da egli autorizzato, per esempio attraverso la contrattualistica agraria; siamo di fronte ad un istituto completamente diverso dalla prescrizione o dall'usucapione moderne.

Accanto alla *durata*, troviamo il *lavoro*: esso è strumento partecipativo per eccellenza di una società che si trova alle prese con carestie, pestilenze, ostilità ambientali di vario genere. Non è però chi veda in tutto questo un'attenzione particolare alla dignità sociale del *laborator*; una volta di più, l'esigenza pressante è quella della “realizzazione” della situazione giuridica, fino a giungere alla *iurisdictio* della *res*, che sedimenterà diritti e obblighi, trasmettendoli al futuro avente causa⁴⁶⁶.

Questi i fatti fondamentali dell'ordine altomedievale: *terra*, intesa come “cosa produttiva per eccellenza e realtà indomabile”⁴⁶⁷; *durata*, come “martellio continuo di fatti”⁴⁶⁸ e *lavoro*, quale forza regina del principio di partecipazione.

Ad essi si aggiungerà il *sangue*, operando un legame culturale tra soggetti, all'insegna di quella *personalità del diritto* che diventerà il cardine del nuovo sistema

⁴⁶³ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, Pars Prima, q. 47, art. I.

⁴⁶⁴ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 96.

⁴⁶⁵ *Ivi*, p. 97.

⁴⁶⁶ *Ivi*, p. 111

⁴⁶⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p.74.

⁴⁶⁸ *Ivi*, p. 75

giuridico⁴⁶⁹ e che rinverremo nelle “*professiones iuris*” fino a tutto il XII secolo⁴⁷⁰, nel solco del permissivismo giuridico barbaro, il quale non pretendeva l’assoggettamento dei vinti al diritto dei vincitori (*supra* 1.1). E, tuttavia, proprio l’attenzione conferita al fatto, di conseguenza alla fonte *consuetudinaria*, farà sì che la terra, incorporando regole giuridiche, siano esse “*consuetudo regionis*”, “*consuetudo loci*” o “*consuetudo fundi*”⁴⁷¹, diventi la protagonista dell’Alto Medioevo compiuto: l’*Edictum Pistense* (a. 864) rappresenterà il primo documento testimone di questa transizione, distinguendo le *regioni* nelle quali è valido il diritto romano dalle altre dell’Impero, sebbene esso descriva ancora i romani come *qui secundum legem romanam vivunt*⁴⁷². Persino il vassallaggio, da rapporto squisitamente *intuitus personae*, comportante la fedeltà ad un signore in cambio di protezione⁴⁷³, si “realizzerà”, non appena la terra inizierà ad entrare in contatto con l’istituto: la *res*, il feudo, incorporerà il rapporto, degradando l’elemento fiduciario, originario fondamento giuridico ad elemento secondario.

La questione dei diritti reali su cosa altrui, sfavoriti e guardati con estremo sospetto dalla mentalità romana, è completamente capovolta: non più un numero chiuso, non più uno sfavore legislativo ma la valorizzazione libera delle situazioni di fatto che comportano il godimento della *res*, modellate dalla consuetudine. Venendo la proprietà ad essere concepita come “diritto di possedere in nome proprio”⁴⁷⁴, non si ha più difficoltà a parlare di *ius perpetuum* e *ius emphyteuticarium*:

“Pur restando ferma ed essendo sostanzialmente corretta la terminologia contratto agrario, ben spesso il carattere schiettamente contrattuale dei rapporti si offusca, e per la enormemente diversa posizione de facto delle parti, come nel caso della precaria e per l’azione non sempre interamente libera della volontà dei soggetti per il vincolo posto dalle consuetudines loci, dagli usus fundi”⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ A. DI MARTINO, *Il territorio dallo Stato nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 32 – 35.

⁴⁷⁰ P. GROSSI, *L’Europa del Diritto*, cit., p. 26

⁴⁷¹ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 68

⁴⁷² A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁷³ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 83.

⁴⁷⁴ *Ivi*, p. 106

⁴⁷⁵ *Ivi*, p. 502.

In questo contesto, pur restando usuale l'applicazione degli strumenti giuridici del Basso Impero, la *locatio* viene a perdere tutta la sua centralità: se per l'età romanistica classica la figura centrale della costruzione contrattualistica agraria fu quella della locazione, per l'uomo altomedievale, il rapporto di godimento non è più relegato nell'angusta ristrettezza della subordinazione formalistico proprietaria; l'attenzione per chi detiene, libero da qualsivoglia *animus possidenti*, è massima. Così facendo si giungerà, nella rinascenza medievale, alla compiuta elaborazione dell'istituto del *dominium utile*⁴⁷⁶. Mentre nel diritto classico romano, quindi, il problema dei contratti agrari “si risolve attraverso varianti dello schema della locazione”⁴⁷⁷, l'Alto Medioevo elabora una serie di istituti tesi a svilire tutta la concettualizzazione formalistica romana.

2.2. Rinascimento giuridico: il sistema del diritto comune

Con l'incoronazione di Carlo Magno (notte di Natale dell'anno 800), viene formalmente saldato il rapporto tra il mondo barbarico e la *christianitas*⁴⁷⁸: un barbaro diviene Imperatore. Simultaneamente alla sua ascesa si assiste ad una rinascenza culturale e commerciale, che, nella seconda metà del secolo XI, diverrà “una dinamica incomparabilmente più viva”⁴⁷⁹: questo indurrà alcuni studiosi ad operare una cesura netta tra i due momenti dell'esperienza medievale (Alto Medio Evo e Rinascimento giuridico). In particolare, la scuola storica, preta di romanticismo, esalterà il distacco tra queste due epoche quale “rappresentazione dello spirito del popolo”⁴⁸⁰: l'una, quella altomedievale, caratterizzata da un'economia rurale di sussistenza; l'altra incentrata sull'economia monetaria, appena nascente, ma già intensa⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Sul *dominium utile* cfr.: P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 68 – 83.

⁴⁷⁷ P. GROSSI, *Problematica strutturale dei contratti agrari nell'esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, p. 494 in *Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'Alto Medioevo: Atti delle settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo* (22 – 28 aprile 1965), Spoleto, 1966, pp. 494, 495.

⁴⁷⁸ E. GENTA, *Appunti di diritto comune*, cit., p. 17.

⁴⁷⁹ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 131.

⁴⁸⁰ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 350. Di qui l'accento della stessa sulla famosa leggenda dell'anno Mille, aspettato quale anno fatale, destinato a porre fine al mondo stesso.

⁴⁸¹ *Ivi*, p. 351.

Altrettanto evocativa la posizione del successivo indirizzo positivistico, succeduto a quello romantico: Gian Domenico Romagnosi non esitò a definire questo momento storico come “palingenesi della civiltà”; sostenuti dalla concezione *materialistica* della storia i fautori del positivismo si concentrarono prevalentemente sugli aspetti economici, considerati la causa prima dei mutamenti sociali. Ferma la rilevanza di queste trasformazioni economiche, ben presto l’occhio degli storici attenti, però, cadde e si fermò su altri elementi, fino allora considerati accidentali: l’aumento della popolazione e il movimento d’immigrazione dalla campagna verso la città⁴⁸²; lo sviluppo di un nuovo sistema di produzione e di circolazione della ricchezza, spinto dalla nuova costituzione della popolazione (aumento dei ceti “inferiori”, i quali premevano sempre più contro i signori feudali)⁴⁸³. In altre parole:

“Il problema economico fondamentale non è più quello della riconquista della terra, ma è quello di un traffico commerciale a medio e largo raggio, è cioè, più ancora che un problema di produzione, un problema di circolazione”⁴⁸⁴.

Testimoni di questa crescita impetuosa dell’economia monetaria saranno, soprattutto nei secoli a venire, mercanti e artigiani: i primi saranno i protagonisti di una fittissima attività commerciale, destinata a stravolgere l’assetto socio istituzionale medievale⁴⁸⁵; i secondi, sebbene appartenenti ad un mondo più stabile, diverranno partecipi di quelle *corporazioni*⁴⁸⁶ che costituiranno una delle più tipiche *società di società* di cui tutto il Basso Medioevo testimonierà vitalità e autonomia.

Se la concezione positivistica permette una ricerca empiricamente fondata e solidamente fattuale, nonostante l’aporia stessa insita nelle sue basi epistemologiche e filosofiche⁴⁸⁷, non meno rappresentativa del nuovo mondo fu la trasformazione in campo culturale: l’ambiente altomedievale, caratterizzato “da uno iato profondo tra cultura e

⁴⁸² *Ivi*, p. 350.

⁴⁸³ *Ivi*, p. 351.

⁴⁸⁴ *Ivi*, p. 132.

⁴⁸⁵ *Ivi*, p. 352.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ “[...] poiché quel principio di causalità, sul quale si fonda e in virtù del qual ritiene di mettere a nudo le radici più profonde dei fatti umani, si rivela come un mero empirismo appena si rifletta alla impossibilità di scoprire la causa prima di tutte le cause identificate, la quale certamente è raggiungibile, perché avrà a sua volta dietro di è altre cause, di cui essa stesa è un prodotto. [...] quindi, il problema storico del loro cosiddetto determinismo nella vita morale, non potrà essere altrimenti posto e risolto se non come problema di forze morali”. F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit. pp. 353 – 354.

società”⁴⁸⁸, lascia il posto ad un panorama affatto diverso; il mercante professionale, infatti, oltre a promuovere l’impetuosa crescita materiale, “dà il suo contributo alla rottura dei circoli culturali chiusi, al movimento intellettuale al di fuori di quei circoli”⁴⁸⁹. Accanto a questo inserimento mercantile nella sfera culturale, si assiste ad un altro fenomeno di estremo rilievo: la nuova posizione della scuola; queste sono “istituzioni ben diverse da un seminario o da un collegio di casta, ma nella loro apertura a tutti, laici e chierici, cittadini e stranieri, ricchi e poveri, affermano non soltanto una loro funzionalità sociale, ma danno un contributo non lieve alla creazione di una koiné culturale a larga e capillare espansione”⁴⁹⁰.

Quali sono, se vi sono, le conseguenze di queste imponenti mutazioni socio economiche nella sfera giuridica?

Le conseguenze sono relevantissime: la città, la scuola e il traffico mercantile, le tre forze principali del cambiamento basso medievale, segnano profondamente il terreno del diritto, la sua diffusione e trasmissione; punto di riferimento fondamentale dell’evoluzione giuridica sarà la nascita della *scuola di Bologna*, centro europeo principale di studi sulla neonata scienza del diritto. La scuola nacque per opera di Irnerio, maestro liberale, il quale rivelò il suo genio attraverso il progetto di autonomizzazione del diritto: nel sapere medievale tradizionale, infatti, questo posto non competeva affatto alla scienza giuridica⁴⁹¹; questa, ora, riesce, trainata dall’insegnamento bolognese, a ritagliarsi uno spazio importantissimo nel paradigma scientifico del Basso Medioevo; gli studiosi bolognesi, immersi nell’assioma della “*reductio ad unum*”⁴⁹², caratteristico di un’epoca fortissimamente connotata dalla trascendenza verso un Dio Creatore e Ordinatore, recuperano il *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, eleggendolo a sistema normativo per antonomasia della configurazione politica medievale, esprimendosi nel Sacro Romano Impero:

“Il giurista, intanto, dubita fortemente che il nome stesso di *lex* possa adattarsi agli statuta delle genti barbariche: dopo che queste si sono tutte congiunte nell’unica

⁴⁸⁸ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 133.

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. 134.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ F. CALASSO, *ult. op. cit.*, p. 368.

⁴⁹² *Ivi*, p. 371.

dell'Impero, sotto il comando di un capo che si fregia dell'augusto nome di imperator, la contraddizione è stridente e non più sopportabile. [...] Di qui l'alternativa solenne: [...] *aut unum esse ius, cum unum sit imperium* [...]"

È questo percorso logico che porta i giuristi medievali al recupero del Corpus; il *principio di unità*, mutuato dalla speculazione aristotelica permea l'ordine cosmico e si riflette nell'organizzazione dell'umanità stessa, "governata da quell'idem principium" che regge l'universo⁴⁹³.

In questa operazione di "riscoperta" (relativa) del diritto giustiniano, è la *validità* della costruzione giuridica che reclama ampi spazi: alla compilazione romana si può riconoscere "di essere la proiezione giuridica di una unità imperiale ancora presente e operante nei secoli XI e XII, ma soprattutto si trattava di un complesso normativo ammantato di sacralità e venerabilità: sacralità, perché ne è autore e promulgatore un principe cattolicissimo [...]; venerabilità, perché si tratta di un complesso normativo risalente ad un'antichità avvertita come remota e favolosa e perciò ammantato di quella indiscutibile rispettabilità che il sedimentarsi dei secoli conferisce agli occhi dell'osservatore medievale"⁴⁹⁴. Se l'*auctoritas*, per la scuola di Bologna, sta a fondamento di ogni scienza⁴⁹⁵, il Corpus iuris è eletto a "*Bibbia del diritto*"⁴⁹⁶.

Ciò detto, sarebbe opportuno parlare di questi due momenti, Alto e Basso Medioevo, come di due esperienze giuridiche separate, quasi a volere utilizzare l'anno Mille a mo' di cesoia?

Nella speculazione grossiana, sembra un'immagine inappagante per il medievista. Non vi è dubbio alcuno che i caratteri distintivi dei due momenti "siano tali da suggerire la loro definizione in due momenti d'una esperienza giuridica"⁴⁹⁷; ma è possibile cogliere una unità di fondo, un terreno di congiunzione impresso nella coscienza proto e tardo medievale. Al giurista dell'epoca spetta l'onere e l'onore di risolvere un quesito

⁴⁹³ *Ivi*, p. 372.

⁴⁹⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit. p. 157.

⁴⁹⁵ E. GENTA, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹⁶ Non a caso per lo storico del diritto canonico Pierre Legendre, nella ricostruzione di un'estetica dogmatica del fenomeno giuridico, il Corpus Iuris Civilis rappresenterà il "prototipo mitico del testo normativo, che contiene in sé un elemento estetico e uno dogmatico". P.HERITIER, *Estetica giuridica. Vol. I*, cit., p. 78.

⁴⁹⁷ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 140.

dirimente: come applicare norme antiche, storicamente adatte a contesti socio economici affatto diversi alla quotidianità medievale? In altre parole: come conciliare *validità* ed *effettività*? Privilegiare la prima, per il giurista della Media Aetas, avrebbe implicato l'espulsione, quale corpo estraneo, di quella *fattualità* del diritto, di quell'intimo legame con le cose (con la terra in particolare) che aveva caratterizzato tutto l'Alto Medioevo; abbracciare senza riserve la seconda, evidentemente, avrebbe reso inutile il recupero stesso del diritto giustiniano. La risposta medievale sta nell'*interpretatio*: nella capacità mediativa di fondo dell'operatore medievale, nella consapevolezza della plasticità del testo legale, pur autorevole fonte di validità⁴⁹⁸; il lavoro incessante dei glossatori prima e dei commentatori poi è tutto un tentativo di conciliazione tra necessità di *storicizzazione* del diritto e *autorevolezza* dei libri legali. L'*interpretatio* medievale (e Grossi utilizza questo termine non a caso per contrapporlo alla "interpretazione" moderna⁴⁹⁹) non è mera esegesi: è costante ricerca di una soluzione storicamente efficace, adeguata alla realtà; nell'incompiutezza del potere politico e nel conseguente relativo disinteresse nella produzione giuridica dell'autorità civile, è alla scienza, coi suoi maestri, che compete l'onere e l'onore di edificare una nuova, ma unitaria, esperienza giuridica. È questa coscienza sociale che porterà, nell'ambito dei *nova negotia* (cioè di situazioni economico sociali sconosciute alla compilazione giustiniana), a richiedere l'*interpretatio* del principe per eccellenza, cioè l'Imperatore, solo ove questo sia presente (condizione ai limiti dell'impossibilità pratica); altrimenti, verrà disposto, "si proceda 'de similibus ad similia'⁵⁰⁰; e sempre la devitalizzazione del dato formale farà sì che, in caso di dubbi sul testo di legge, si farà riferimento al principe (sempre se in loco) solo in subordine all'*interpretatio* consuetudinaria⁵⁰¹. A sorreggere l'attività degli scienziati del diritto e l'*interpretatio* stessa, sta l'*aequitas*, intesa come "tramite prezioso, insostituibile, [...] canale che porta alla corteccia del diritto la linfa della sostanza sottostante e gli permette di non rinsecchirsi"⁵⁰². Ecco il segno della continuità con la coscienza romano barbarica:

⁴⁹⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit. p. 162.

⁴⁹⁹ *Ivi*, p. 163.

⁵⁰⁰ *Ivi*, p. 167.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 178.

“*aequitas est rerum convenientia*”⁵⁰³; l'*aequitas*, l'armonia, l'ordine reciproco, la *convenientia* tra le cose. Nel frammento citato è racchiusa tutta la concezione medievale equitativa: Dio è garanzia di equità, “tutto discende beneficamente dall'alto impregnando di sé l'universo cosmico e storico”⁵⁰⁴.

Questa dinamica è manifesta nella evoluzione basso medievale dell'istituto della proprietà (*rectius*: delle proprietà) e della contrattualistica agraria. Infatti “i valori che l'esperienza altomedievale aveva fissato a fronte di quella classica vengono sostanzialmente salvati; solo che la dottrina, robusta e capace, in questa appropriazione, li vive a suo modo e a suo modo li sistema”⁵⁰⁵.

Il naturalismo proto medievale viene sistematizzato attraverso il costante lavoro della *interpretatio*: la scienza giuridica qualificherà come *dominia utilia* tutte quelle situazioni reali già vigorosamente tutelate dall'ordinamento altomedievale e quindi i livellari, i precariati, i conduttori e i feudatari. *Dominium, possessio e ius in re aliena* tendono sempre più a confondersi, in un contesto che valorizza, sotto il segno della continuità, il rapporto di godimento con il bene, la sua quotidianità espressa attraverso l'uso diretto. Già nel *De Verbis quibusdam legalibus*, opera risalente ai primordi della rinascenza (primi decenni sec. XII), appare netta questa fusione concettuale⁵⁰⁶; la stessa testimonianza è offerta dai *Libri feudorum*, raccolta di consuetudini feudali, nei quali “la posizione del concessionario [...] emerge al punto di togliere nettezza a quella giustapposizione (dominus – non dominus, ndc), di sfumarla a tutto vantaggio del vassallo, immettendosi in quell'itinerario che la dichiarerà *dominium utile*”⁵⁰⁷; ancora: “qui est dominus rei quocumque modo”⁵⁰⁸. La stessa definizione successiva bartoliana (“*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendo nisi lex prohibeatur*”), sebbene “isolatamente presa, possa rivelarci una marca tipicamente romanistica”⁵⁰⁹ è volta a

⁵⁰³ *Fragmentum Pragense*, ed. in H. FITTING, *Juristische Schiften des früheren Mittelartes*, Buchhandlung Waisenhaus, Halle, 1876, p. 216.

⁵⁰⁴ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p.176.

⁵⁰⁵ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 141.

⁵⁰⁶ *Ivi*, p. 148.

⁵⁰⁷ *Ivi*, p. 150.

⁵⁰⁸ Lo Codi, III, XXV cit. in P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 151.

⁵⁰⁹ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 154.

“caratterizzare [...] il dominio utile, anzi anche i vari tipi di dominio utile”⁵¹⁰. “Perfecta dispositione”, infatti, assume il significato di “autonomia di poteri”⁵¹¹: “autonomia di poteri” cui corrisponde, nella mentalità medievale, “l’esistenza di un potere [...] immediato sulla *res corporalis*”⁵¹²; non comporta, insomma, rischi eccessivi “teorizzare un dominio pieno, assoluto ed esclusivo, quando si sa che questo dominio pieno è più un’astrazione che una realtà concreta”⁵¹³.

Le concessioni fondiari non possono che giovare della formalizzazione di un simile istituto: esse subiscono la consolidazione della tendenza altomedievale alla “realizzazione”⁵¹⁴; nella sistematica del diritto comune anche la precaria e il livello superano le incertezze precedenti e, al pari dell’enfiteusi, sono ormai “traslativi d’una situazione possessoria, d’uno *ius in re* e addirittura d’un dominio utile”⁵¹⁵. Si assiste, tuttavia (e non poté essere altrimenti) ad una incertezza definitoria, conseguenza della riconducibilità delle forme negoziali agrarie agli schemi più svariati e non più esclusivamente alle strutture altomedievali o agli antistorici tipi romanistici⁵¹⁶; proprio per questo

“Non si può chiedere a dei giureconsulti, interpreti di un diritto vigente quali essi sono, di porre attenzione a una realtà storica. Essi valutano livello e precaria così come si presentano ai loro occhi e non come i documenti dei secoli alti li elaborarono; li valutano cioè come la continua evoluzione li ha portati, magari deformati e conformati alla loro sensibilità di <moderni>”⁵¹⁷.

In queste peculiarità unitarie si rinviene quella generale inscindibilità, nell’esperienza medievale, della sfera economica da quella giuridico politica⁵¹⁸: se lo studio della signoria fondiaria e delle sue caratteristiche è indispensabile per la comprensione piena dell’Occidente medievale⁵¹⁹, altrettanto importanti restano i

⁵¹⁰ *Ivi*, p. 155.

⁵¹¹ *Ibidem*.

⁵¹² P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 79.

⁵¹³ P. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 157.

⁵¹⁴ *Ivi*, p. 211.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ P. GROSSI, ult. op. cit., p. 213.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 47.

⁵¹⁹ *Ivi*, p. 48.

“modelli” di appropriazione e disposizione: essi rivelano la vitalità perenne, socialmente fondata, della “civiltà possessoria”⁵²⁰ medievale, ove “possessorio” sta per “economicamente e socialmente effettivo”⁵²¹.

Incompiutezza del potere politico, *interpretatio* quale riduzione dell’azione iniqua ad *aequitas*, reicentrismo: queste sono le fondamenta del sistema del diritto comune, cioè di quel coacervo armonioso tra il momento di validità, rappresentato dal *Corpus iuris civilis* e dal *Corpus iuris canonici* e la dimensione fattuale sociale, rappresentata dagli Statuti comunali, dalle consuetudini locali, dal diritto mercantile e da tutte le altre forze che manifestano la prevalenza del giuridico sul politico in senso stretto⁵²². La concezione universalistica del diritto, sottolineata dal Calasso attraverso il richiamo costante del *principio di unità*⁵²³, convive con una miriade di ordinamenti particolari, che, liberi dall’opprimente legame politico potestativo, esprimono in norme la propria autonomia relativa, acquistano uno spazio socialmente avvertito come indispensabile. Se nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* leggiamo affermazioni “di stampo marcatamente imperialista”⁵²⁴, i giuristi medievali cercheranno di conciliare l’esclusività della prerogativa legislativa imperiale, contenuta nel Codex⁵²⁵, attribuendo all’aggettivo “solus” il significato “da solo”, per cui “*princeps solu, civitas non sola*”: entrambi hanno poteri legislativi⁵²⁶.

Superato l’“incubo irneriano della validità”⁵²⁷ e il suo rifiuto di una consuetudine abrogatrice, la scienza giuridica medievale farà uso disinvolto dei testi giustiniani, piegandoli alle esigenze storico sociali contingenti; emblema di questa mentalità *effettivistica* sarà la metodologia di Bartolo da Sassoferrato, il più celebre dei

⁵²⁰ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, cit., p. 66.

⁵²¹ *Ivi*, p. 68.

⁵²² P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 233.

⁵²³ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 367 – 390.

⁵²⁴ E. GENTA, *op. cit.*, p. 67

⁵²⁵ “Leges condere soli Imperatori concessum est”.

⁵²⁶ E. GENTA, *op. cit.*, p. 69.

⁵²⁷ P. GROSSI, *ult.op.cit.*, p. 190 n.

commentatori: egli “prima formulava le decisioni e poi si faceva indicare dal suo amico Tigrinio i passi del Corpus iuris, che loro potevano adattarsi”⁵²⁸.

Questa armoniosa convivenza tra particolarismi, che “non è e non può essere la prosecuzione in terreno medievale dell’antico diritto romano”⁵²⁹, è acutamente descritta da Calasso attraverso lo strumento della teoria istituzionalista di Santi Romano (*supra*, I, 3.1). Se di unità si può parlare, ed è senza dubbio doveroso parlarne in termini di riduzione della molteplicità all’unità, si tratta di unità *scientifica*, potremmo dire “sociale” e non potestativa, come il rimando alla “legalità” calassiano⁵³⁰, in senso moderno, parrebbe lasciare intendere; è questa unità di pensiero sottostante che elabora un “blocco di principi, di istituti, di teorie, di costruzioni giuridiche, che, per quella parte che venne ricevuta dalla maggioranza dei giuristi, per quella parte cioè su cui venne a formarsi una *generalis opinio*, ebbe valore indiscutibile di legge [...]”⁵³¹. Gli scienziati del diritto medievali, calati nel contingente, non potevano infatti avere una idea chiara del concetto di “diritto comune”: il loro comportamento fu simile a quello di un muratore, il quale, “durante la costruzione di un edificio, *non sa come risulterà l’edificio*, ma sa che lo stesso è *l’insieme* risultante dalla calce, dai mattoni, dal legno e così via”⁵³². Insomma, il diritto comune è prima di tutto opera dottrinarica, riflessione scientifica: ma è riflessione che storicizza il momento della *validità*, che utilizza le fonti con estrema disinvoltura, per valorizzare quella che è la coscienza medievale, questa sì unitaria, perché continuamente legata al *mondo delle cose*, all’armonia tra esse, alla sapiente lettura della quotidianità. Il diritto romano, i diritti germanici, le consuetudini e il diritto canonico rappresentano “la

⁵²⁸ H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Forni, Bologna, 1988 citato in P. GROSSI, ult. Op. cit., p. 172.

⁵²⁹ P. GROSSI, *ult.op.cit.*, p. 228

⁵³⁰ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Giuffrè, Milano, 1965. Come ancora fa notare Grossi (P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., pp. 229), le considerazioni “legaliste” di Calasso sorprendono ulteriormente il lettore, tenuto conto della felice intuizione circa “il diritto comune come fatto spirituale” (F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, pp. 160 e sgg): lo storico del diritto leccese è ben consapevole dell’importanza del carattere di universalità che la cultura medievale assunse, cultura “che non rinnegava la molteplicità e varietà umana, ma la esaltava in una sintesi ideale” (*Ivi*, p. 160); egli colse pienamente la valenza socio giuridica del concetto di *aequitas*, non “querula istanza di misericordia” ma problema fondamentale della società medievale (*Ivi*, pp. 166 – 167). Fu, in altre parole, pienamente conscio della *dimensione fattuale* dell’esperienza giuridica medievale, intenta a “ragionare in termini di giustizia”; *aequitas* come “criterio misuratore infallibile” di tutto il diritto e quindi forza creativa, “ideale di una giustizia coincidente con la <voluntas Dei>” (*Ivi*, pp. 167 – 172).

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Vita e Pensiero, Milano, 1935, p. 22.

materia greggia da cui vennero ricavati i materiali per la costruzione del *ius commune*⁵³³. Di più: in questa elaborazione non troverà posto una rigida gerarchia delle fonti, in grado di statuire la prevalenza *per se* di un determinato diritto, o sistema di diritto, su un altro; per questi motivi “il diritto universale, il diritto collaudato nei secoli, il diritto scientifico può cedere di fronte alla piccola emersione locale. Non è una gerarchia di fonti ma un gioco di rapporti fra ordinamenti”⁵³⁴.

Il Sacro Impero, nei secoli del diritto comune classico, nulla è se non un maestoso simbolo⁵³⁵: l'applicazione della teoria romaniana alla Media Aetas non può che essere colta sgombrando la mente dalle influenze illuministiche che così tanto hanno segnato la riflessione giuridica negli ultimi tre secoli; “pienamente” vuole dire osservando il diritto nella sua squisita dimensione socio istituzionale, al di là della forma politica (moderna) per antonomasia: quella dello Stato. Se di “legalità” si può parlare, questa non è certamente “legalità” in senso moderno, cioè aderenza tecnica ad un precetto formalmente sovraordinato, ma “legalità” come sinonimo di giustizia sostanziale, approdo, prima intuitivo e poi scientificamente fondato, di istanze genuinamente e spontaneamente sociali.

⁵³³ *Ivi*, p. 55.

⁵³⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit. pp. 233 – 234.

⁵³⁵ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 234.

3. San Tommaso d'Aquino e la visione *ordinamentale* del diritto

3.1 *La sintesi tomista*

Lo sviluppo della dimensione sapienziale – tecnica del diritto cui si assiste nel Basso Medioevo trova nell'opera di San Tommaso d'Aquino la sistematizzazione principale. Dalla “*partecipazione*” altomedievale, tipica della mentalità primitiva, si passa alla *formalizzazione* e alla *razionalizzazione* del sapere scientifico giuridico, oramai pronto ad essere letto attraverso strumenti metodologici di altissima nobiltà, ad opera di una classe di giuristi e filosofi avvedutissimi. Non si pensi, però, ad una *rottura* del sentire medievale, tipicamente reicentrico: la *filosofia dell'essere* tomista, pietra angolare della riflessione dell'Aquinate e strumento indispensabile per la definizione del *concetto* di “diritto”, è incentrata sull'idea di *realtà*; con le parole dell'Olgiati:

“*Partire dall'esperienza giuridica per elaborare il concetto di giuridicità: ecco il metodo ed il programma della filosofia dell'essere, la cui natura verrebbe deformata da chi trascurasse l'uno o l'altro punto. È a questa tradizione scientifica che essa, da Aristotele a S. Tommaso, è rimasta fedele almeno nelle ore splendide della sua vitalità*”⁵³⁶.

È la trasposizione, nel settore del diritto, della gnoseologia tomista: “*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*”⁵³⁷ (*supra*, I, 2.2.2). Il centro della filosofia tomista è e resta, quindi, l'idea di *realtà*; una *realtà* (giuridica), però, che ora viene affrancata da un misticismo tipicamente *primitivo* e valorizzata attraverso la riscoperta dell'aristotelismo⁵³⁸. L'opera tomistica, depurata di talune forzature neoplatoniche, costituisce la sintesi di tutto il percorso medievale, percorso che ribadisce con insistenza l'autonomia del *reale*, ora colto anche nella “*pienezza dei valori profani*”⁵³⁹:

“La diversità e molteplicità delle cose è voluta da Dio. Egli infatti creò le cose come strumento di comunicazione della bontà alle sue creature. E, per essere convenientemente rappresentato, creò molte e diverse creature, affinché le manchevolezze dell'una potessero essere integrate e colmate da un'altra: infatti, se in Dio la bontà è un attributo semplice conseguentemente alla sua essenza unitaria, nelle creature è virtù variamente presente.

⁵³⁶ F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano, 1942, p. 6.

⁵³⁷ S. TOMMASO D'AQUINO, *Quaestiones disputatae de veritate*, 2, 3, 19.

⁵³⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 79.

⁵³⁹ *Ibidem*.

Onde più perfettamente partecipa della divina bontà [...] tutto l'universo che non qualsiasi altra creatura singola”⁵⁴⁰.

La traduzione, sul terreno giuridico e politico, di questa impostazione filosofica e gnoseologica conduce ad un *pluralismo istituzionale* naturale, nel quale le *societas* vengono a costituire la nicchia inevitabile di protezione del singolo dalle avversità quotidiane, promuovendo la “comunità in tutte le sue manifestazioni e gradazioni a [...] a vera protagonista di questo ideario teologico – politico – giuridico”⁵⁴¹. Riassumiamo i tratti caratteristici del sistema medievale:

- La figura del *legislatore*, come abbiamo visto (*supra*, II, 1.1), viene ridotta a mero “lettore” della *realtà*, *princeps – iudex* deputato alla *iurisdictio*, cioè alla funzione di enunciazione di un diritto che non è *creato* ma, appunto, “detto” e quindi reso manifesto, applicato ma non creato⁵⁴²;
- Consapevolezza dell’insufficienza del singolo e *dell’inclinazione* naturale verso la società (*rectius*: le società) e la comunità politica: “il medioevo giuridico è un mondo di *societas perfectae*”, cioè relativamente autonome, “indipendenti rispetto ad alcuni ordinamenti ma non ad altri”⁵⁴³;
- Centralità, nell’intera esperienza medievale, della fonte di produzione consuetudinaria, fonte genuinamente sociale, spontaneamente rispecchiante le radici ultime di una determinata comunità e *fortemente limitatrice* delle pretese di questo o quel potere politico;
- Primato dell’*effettività*, cioè della rispondenza del diritto alle necessità contingenti del corpo sociale rispetto alla *validità*, “fondazione formale del proprio discorso”⁵⁴⁴. Con una precisazione: il supporto di validità, nel nostro caso il *Corpus iuris*, mantiene inalterata la sua funzione fondatrice; ad armonizzare i due momenti sarà “la capacità mediativa” degli scienziati

⁵⁴⁰ TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, I, q. 47, art. I.

⁵⁴¹ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 79.

⁵⁴² Ivi, p. 131.

⁵⁴³ Ivi, p. 48.

⁵⁴⁴ Ivi, p. 160.

medievali, “la loro umiltà di fondo, la loro abitudine al complesso e al problematico”⁵⁴⁵.

Sono questi, senza sorpresa alcuna, i caratteri che ritroviamo nella definizione tomistica di “legge”:

“[...] *quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*”⁵⁴⁶.

La legge è un “ordinamento operato dalla ragione, rivolto al bene comune, redatto da chi ha il governo di una comunità”⁵⁴⁷. Proviamo a scomporre la sentenza dell’Aquinata, tentando di cogliervi gli aspetti tipici della giuridicità medievale:

- Innanzitutto, *condizionatezza del potere legislativo*: la legge non è unicamente il frutto della volontà del detentore del potere politico; perché la volontà del potere politico diventi *lex* occorre la *rationabilitas*⁵⁴⁸. E infatti, perché la volizione abbia natura di legge, occorre che sia regolata dalla ragione; altrimenti si tratterebbe di *iniquitas*⁵⁴⁹;
- Spiccata *dimensione comunitaria* del fenomeno giuridico: la “cura comunitaria” rimanda alla pastoralità tipica del diritto ecclesiale, nella quale la persona umana è accompagnata nel cammino terreno verso la Salvezza, nel rispetto della sua dignità e delle inclinazioni personali;
- Ordinazione al *bene comune* del fenomeno giuridico: “bene comune” da intendersi non come “bene dell’autorità politica” o “bene secondo l’autorità politica” ma quale insieme di condizioni politico – sociali che favoriscono lo “sviluppo personale dei valori dell’uomo, quale immagine di Dio”⁵⁵⁰. Il *bene comune*, quindi, della *moltitudine ordinata*, che “non ha nulla a che fare con lo Stato nel senso moderno del termine”, è “la *civitas*, traduzione letterale della

⁵⁴⁵ *Ivi*, p. 161.

⁵⁴⁶ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, I, q. 90, art. 4.

⁵⁴⁷ P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 139.

⁵⁴⁸ Sulla nozione di “rationabilitas” cfr. R. BERTOLINO, *Lezioni di diritto canonico*, p. INSERIRE

⁵⁴⁹ S. TOMMASO D’AQUINO; *STh*, I, q.90, art. 1, ad.3.

⁵⁵⁰ Pio XII, *Messaggio Natalizio* del 1942.

polis aristotelica, che indica non l'agglomerato urbano, e nemmeno il territorio (città più campagna), bensì l'insieme dei cittadini"⁵⁵¹;

- Necessità del riferimento di *validità* nella costruzione della giuridicità; quasi a suggellare l'essenzialità della descrizione precedente, la promulgazione viene a posizionarsi, simbolicamente, alla fine della definizione stessa.

Oltre a ciò, se si ha cura di proseguire nella lettura del *Trattato sulla Legge* dell'Aquinate, "se ne possono dedurre osservazioni significative: innanzitutto una insistenza ripetitiva sulla funzione ordinatrice della *lex*, quasi a indicare al lettore la cifra essenziale"; e non si tratta di apriorismi logici, poiché "la *Summa* di Tommaso rivela nella sua articolazione strutturale di appartenere pienamente a un sapere medievale intriso di umiltà, che punta certamente alla verità ma sa di doverla conquistare, di potervisi avvicinare solo per gradi, solo attraverso la posizione di dubbi e problemi, solo dopo aver comparato e vagliato le possibili soluzioni"⁵⁵².

Siamo molto lontani dalla ragione *assolutizzata* tipica del giusnaturalismo moderno (*infra*, IV, 3), il quale pretende di far discendere *more geometrico*, partendo da idee innate, interi sistemi giuridici, fin nelle loro disposizioni particolarissime⁵⁵³, quasi ad imitazione delle fiorenti scienze fisiche e matematiche; la *rationabilitas* tomista implica la "preferenza accordata alla ragione sulla volontà, da cui discende che è vincolante solo il comando dell'autorità che sia coerente ai valori fondamentali [...]. Il concetto di *rationabilitas* non va inteso come semplice ragionevolezza umana ma, in un senso più profondo ed ulteriore, come coerenza alla *suprema Ratio*, che è il criterio ultimativo della giustizia divina"⁵⁵⁴.

Per Tommaso, insomma, la ragione umana non è autosufficiente, non può costituire il criterio ultimo di misura della conoscenza: questo è invece *l'ordo rerum*, la realtà oggettiva, cui l'uomo stesso appartiene⁵⁵⁵; non potrebbe essere altrimenti, data la

⁵⁵¹ E. BERTI, *Il concetto di "bene comune" di fronte alla sfida del terzo millennio*, in L'UMANESIMO CRISTIANO NEL III MILLENNIO PROSPETTIVA DI TOMMASO D'AQUINO CONGRESSO TOMISTA INTERNAZIONALE, ROMA, 21 - 25 settembre 2003, p. 6, pubblicato integralmente su: http://www.e-aquinas.net/pdf/pl_berti.pdf

⁵⁵² P. GROSSI, *ult. op. cit.*, p. 139.

⁵⁵³ H. ROMMEN, p. 69.

⁵⁵⁴ R. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁵⁵ H. ROMMEN, *op. cit.*, p. 69.

posizione tomista sulla verità, a cavallo tra le cose e l'intelletto (*supra*, I, 2.2.2), quindi condizionata dal reale e non *condizionante* il reale.

Dunque, ecco i segni caratteristici di tutta la giuridicità medievale (potere politico come “*iurisdictio*”, *lex* quale rivelazione di un ordine giuridico, dimensione fattuale del diritto e valorizzazione dell'aspetto antropologico comunitario⁵⁵⁶): segni che, adesso, vengono formalizzati, attraverso gli schematismi e lo strumentario offerto dalla *scienza giuridica*, maestra di verità e “prima fra le scienze”⁵⁵⁷; scienze che, nell'ideario medievale, fungono da struttura unificatrice della realtà, povera di sovrastrutture statuali unitarie ma ricca di pluralità istituzionali frammentate ma solo *relativamente* autonome⁵⁵⁸. La mancanza di una entità politica assolutamente *sovrana*, destinata a proiettare territorialmente la sua potestà senza ombre, lascia alle forze sociali la possibilità di costruire un paradigma *alternativo*, ai nostri occhi quasi sacrilego, paradigma nel quale la riduzione della molteplicità ad unità non è affidata alla forza di questo o quell'apparato politico ma alla *scienza*, alla riflessione, *aperta verso l'alto*, sui dati oggettivi, sulla realtà circostante: dalla sensazione particolare, che cattura l'essere in forma concreta, l'*elaborazione razionale* procede al *concetto*, attraverso quella “astrazione universalizzatrice che considera tutto l'oggetto, ma prescindendo dalla sua singolarità”⁵⁵⁹: “bisogna ricordare che la conoscenza intellettuale deriva in qualche modo da quella sensitiva. E poiché il senso percepisce i singolari, mentre l'intelletto ha per oggetto gli universali, ne segue necessariamente che nella nostra conoscenza i singolari precedono gli universali”⁵⁶⁰. Lo stesso dicasi per il *concetto* del diritto: attraverso il lavoro della mente, “che scruta il reale con la stessa pazienza con la quale lo scienziato passa le ore al microscopio nel suo laboratorio”, riusciamo ad *intus legere*, a leggere dentro quella determinata realtà⁵⁶¹.

All'apice del sistema scientifico propriamente detto troviamo, quindi, la *metafisica*, scienza superiore, “che tiene il primato su tutte le scienze” e “non ha un'altra

⁵⁵⁶ Cfr. P. GROSSI, *ult. op. cit.*, pp. 127 sgg.

⁵⁵⁷ Ivi, p. 151.

⁵⁵⁸ Ivi, pp. 144 sgg.

⁵⁵⁹ F. OLGATI, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶⁰ S. TOMMASO D'AQUINO, *Sth*, I, q. 85, art. 3, co.

⁵⁶¹ F. OLGATI, *op. cit.*, pp. 30 sgg.

scienza sopra di sé”⁵⁶²; “scienza che indaga l’ente in quanto ente come suo soggetto e indaga ciò che per sé appartiene all’ente, ossia le proprietà dell’ente”⁵⁶³: scienza, quindi, che indaga la *totalità delle cose in quanto enti*, permettendo una conoscenza generale delle proprietà comuni a tutte le cose (in quanto *enti*). E proprio il legame col *concetto di ente*, quindi con la *giustificazione ultima della realtà*, sarà il tratto caratterizzante del giusnaturalismo tomista.

3.2 Il diritto naturale nella prospettiva tomista

3.2.1 La *lex aeterna*

Risulterebbe oltremodo parziale una sintesi della filosofia del diritto tomista che non tenesse conto della figura del *diritto naturale*; vediamo allora come l’argomento è affrontato dall’Aquinata, cercando di sgombrare il campo da equivoci grossolani che sono andati stratificandosi nelle reinterpretazioni moderne del pensiero di Tommaso.

Tommaso, nell’esposizione della dottrina del diritto naturale, ama “prendere le mosse dall’idea di *analogia entis*, cioè a dire precisamente dal principio che ogni essere creato, benché di tutt’altra natura che l’Essere divino, ne è pur tuttavia una imitazione ed una partecipazione, dal semplice essere senza vita della natura inorganica, sino all’uomo creato da Dio a sua immagine”⁵⁶⁴. Per cui giova ricordare, innanzitutto, la distinzione, nella riflessione tomista, tra *lex aeterna* e *lex naturalis*: si tratta di una distinzione che, come ha sottolineato Giampaolo Azzoni in un pregevole saggio sull’attualità di un recupero della bipartizione tomista, risulta necessaria “per pensare il diritto naturale non certo come un astorico meta-diritto (tanto più soggettivo quanto più si pretende assoluto), ma come la modalità con cui il diritto è continuamente chiamato ad adeguarsi alle concrete situazioni sociali per realizzare nella storia la giustizia umanamente possibile”⁵⁶⁵. In questo senso l’insegnamento di Tommaso si discosta anche dal diritto naturale stoico, caro ai Padri della chiesa primitiva: “la distinzione tra *lex aeterna* e *lex naturalis*

⁵⁶² S. TOMMASO D’AQUINO, *Sth.*, I, q. 1, art. 8, co.

⁵⁶³ S. TOMMASO D’AQUINO, *Commento alla Metafisica di Aristotele*, 1, IV, lect. I, nn. 529 – 530.

⁵⁶⁴ H. ROMMEN, *L’eterno ritorno del diritto naturale*, traduzione e prefazione di Giovanni Ambrosetti, Studium, Roma, 1965, pp. 36 – 37.

⁵⁶⁵ G. AZZONI, *Lex aeterna e lex naturalis: attualità di una distinzione concettuale* in *La vitalità del diritto naturale*, a cura di P. Heritier e F. Di Blasi, Phronesis, Palermo, 2008, p. 161.

segna una cesura tra il pensiero di Tommaso ed il pensiero stoico che, alle leggi positive dei singoli ordinamenti, sostanzialmente contrapponeva la sola *lex aeterna*⁵⁶⁶; come vedremo, questo è il tratto che distinguerà profondamente anche il giusnaturalismo moderno e la sua “*lex aeterna secolarizzata*”⁵⁶⁷ da quello tomista.

La *lex aeterna* non è niente altro che “la ragione o piano della divina sapienza, relativo ad ogni azione ed ogni moto”⁵⁶⁸. Proprio perché “ogni ente perfetto è una partecipazione di quello imperfetto”⁵⁶⁹, anche le creature irrazionali sono soggette alla *lex aeterna*⁵⁷⁰: tutte le creature “partecipano più o meno della legge eterna, perché dal suo influsso ricevono un’inclinazione ai propri atti e ai propri fini”⁵⁷¹. È evidente, però, che “tra tutti gli altri esseri la creatura ragionevole è soggetta in maniera più eccellente alla divina provvidenza, perché ne partecipa col provvedere sé stessa e ad altri. Perciò in essa si ha una *partecipazione* [corsivo aggiunto] della ragione eterna, da cui deriva una inclinazione naturale verso l’atto e il fine dovuto. E codesta partecipazione della legge eterna nella creatura ragionevole si denomina *legge naturale*”⁵⁷².

Epistemologicamente, quindi, la *lex aeterna* è conosciuta nei suoi effetti: “nessuno la può conoscere come è in sé stessa, all’infuori dei beati che vedono Dio per essenza. Ma qualsiasi creatura ragionevole la conosce, più o meno bene, nelle sue irradiazioni” così come “chi non vede il sole direttamente, può conoscerlo nella sua irradiazione”⁵⁷³. Proprio perché non può manifestarsi totalmente nei suoi effetti, né, tantomeno, essere compresa appieno⁵⁷⁴, la sua conoscenza risulta *soggettivamente e storicamente condizionata*⁵⁷⁵. Per cui “ogni creatura razionale si trova in una situazione ambigua: non

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ *Ivi*, p. 162.

⁵⁶⁸ S. TOMMASO D’AQUINO, STH, I – II, q. 93, a. 1, co.

⁵⁶⁹ S. TOMMASO D’AQUINO, STH, I, q. 93, a. 2, ad. 1.

⁵⁷⁰ *Ivi*, co.

⁵⁷¹ S. TOMMASO D’AQUINO, STH, I – II, q. 91, a.2, co.

⁵⁷² *Ibidem*.

⁵⁷³ STH, I – II, q. 93, a. 2, co.

⁵⁷⁴ STH, I – II, q. 93, a. 2, ad. 2.

⁵⁷⁵ G. AZZONI, *op. cit.*, p. 165.

può conoscere pienamente la legge eterna, ma non può ignorarla completamente”⁵⁷⁶, almeno quanto ai “*principia communia legis naturalis*”⁵⁷⁷.

L’osservanza della legge eterna, nella creatura ragionevole, non è solamente di tipo consapevole: “la creatura razionale ha, infatti una duplice inclinazione naturale verso la sua osservanza”: la prima, l’inclinazione *ontica*, “è comune a tutti gli enti naturali in quanto [...] partecipano alla *lex aeterna* in ciò che fanno o subiscono, poiché essa opera come principio loro interno”; la seconda, l’inclinazione *razionale*, è “*specificata* delle creature razionali in quanto ogni creatura razionale ha insita un’inclinazione naturale verso quanto è consono alla *lex aeterna*”⁵⁷⁸. Ogni creatura, però, partecipa della *lex aeterna* “in funzione del grado di bontà [...]; e poiché in nessun uomo è interamente assente la bontà naturale, nessun uomo può ignorare completamente la *lex aeterna*”⁵⁷⁹.

4.2.2 La *lex naturalis*

La partecipazione della creatura razionale alla *lex aeterna* è determinata dalla *sinderesi* (*synderesis*⁵⁸⁰): essa è “la legge del nostro intelletto, perché è un abito che abbraccia certi precetti della legge naturale, primi principii dell’agire umano”⁵⁸¹. In linea generale, appartengono alla *lex naturalis* tutti quei precetti che seguono l’ordine delle inclinazioni naturali tipicamente umane (*supra*, I, 2.2), quindi:

- Precetti attraverso la cui osservanza la vita dell’uomo viene conservata;
- Precetti attraverso la cui osservanza l’uomo può riprodursi;
- Precetti attraverso la cui osservanza l’uomo permette all’uomo di vivere in società e di conformarsi alla natura della ragione⁵⁸².

Strettamente connessa alla teoria della *sinderesi* è la partizione dei precetti naturali in *primi* e *secondi*: i primi, *praecepta comunissima*, sono conosciuti a tutti e incancellabili

⁵⁷⁶ *Ivi*, pp. 165 – 166.

⁵⁷⁷ STH, I – II, q. 93, a. 2, co.

⁵⁷⁸ STH, I – II, q. 93, a. 5, co.

⁵⁷⁹ G. AZZONI, *op. cit.*, pp. 166 – 167.

⁵⁸⁰ Si tratta probabilmente, di un “termine introdotto da Girolamo probabilmente come calco imperfetto del termine greco per ‘coscienza morale’”. G. AZZONI, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁸¹ STH, I – II, q. 94, a. 1., ad.2.

⁵⁸² STH, I – II, q. 94, a. 2, co.

dal cuore dell'uomo nella loro formulazione astratta, sebbene potenzialmente disapplicabili a causa della *passionalità* umana; i secondi, *praecepta secundaria*, rispetto ai quali, invece, la legge naturale può essere cancellata dal cuore dell'uomo⁵⁸³. Si tratta di un aspetto intimamente collegato al bilanciamento della libertà dell'uomo e della sua partecipazione alla legge eterna: "Tommaso considera aperte alla storia degli uomini le concrete modalità di determinazione e applicazione dei principi universalissimi, ma, altresì, considera garantito ad ogni uomo, attraverso la *sinderesi*, l'accesso a tali principi: dunque, un uomo libero, ma che, nella sua libertà, ha una possibilità di orientarsi che nessuna colpa può estinguere"⁵⁸⁴.

Il criterio di distinzione tra *precetti primi* e *precetti secondi* è di tipo sostanziale: "si ha un precetto *primo* [...] se il comportamento prescritto dal precetto è condizione necessaria del conseguimento di un fine naturale primo [...]. Si ha un precetto *secondo* [...] in due casi: - se il comportamento prescritto dal precetto non è condizione necessaria del conseguimento di un fine naturale primo, ma può favorire il suo conseguimento; - se il comportamento prescritto dal precetto è condizione necessaria [...] del conseguimento di un fine naturale secondo"⁵⁸⁵. La distinzione viene ad influire sul piano della *forza di osservanza* dei precetti: i precetti primi hanno per sé stessi forza coattiva di precetto, i precetti secondi, derivati dai principi primi della *lex naturalis*, non hanno per sé stesse forza coattiva di precetto se non dopo la loro sanzione divina o umana⁵⁸⁶.

Come ha notato Maurizio Chiodi, questa distinzione "segnala un'istanza ineludibile, quella dell'universalità e quindi dell'assolutezza della legge morale, che però chiede di essere ripensata, in modo ermeneutico, non in opposizione, ma in rapporto alla categoria della storicità delle norme morali e alla loro differenza"⁵⁸⁷; ciò riporta alla questione centrale della pretesa *antistoricità* del diritto naturale, ponendo una prima separazione tra principi comuni, che restano i medesimi presso tutti gli uomini di qualsiasi tempo e precetti secondi e correttezza delle loro correlative conclusioni guidate dalla

⁵⁸³ STH, I, II, q. 94, a. 6, co.

⁵⁸⁴ G. AZZONI, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁸⁵ *Ivi*, p. 174.

⁵⁸⁶ *Ivi.*, p. 172.

⁵⁸⁷ M. CHIODI, *La tradizione tomista e l'emergenza del moderno* in G. ANGELINI (a cura di), *La legge naturale: i principi dell'umano e la molteplicità delle culture*, Glossa, Milano, 2007, p. 92.

ragione pratica, la cui rettitudine può venire meno⁵⁸⁸. Accanto alla possibilità di erronea deduzione dai principi primi, vi è, in Tommaso (e nel suo maestro Aristotele), la consapevolezza che “più le deduzioni si allontanano dai principia comunissima, più anche le determinazioni possibili diventano molteplici”⁵⁸⁹: la ragion pratica, infatti, orientata al particolare, si comporta diversamente dalla ragione speculativa; la seconda “trattando soprattutto di cose necessarie, che non possono essere altrimenti, deduce sempre nelle sue conclusioni particolari la verità, senza nessuna eccezione, come nei principi universali”, mentre “in campo pratico non è identica la verità o norma pratica, rispetto ai casi particolari, ma soltanto rispetto ai principii comuni: e anche presso quelli che accettano nei casi particolari un’identica norma pratica, questa non è ugualmente conosciuta da tutti” e le “eccezioni aumentano più si scende a determinare casi particolari”⁵⁹⁰. Per questi motivi, la certezza delle questioni normative, tipicamente determinate dalla ragione pratica, “non è attingibile, né va cercata allo stesso modo in tutti i discorsi nei quali si tratta di un determinato argomento”⁵⁹¹; “la materia della scienza morale è tale che sfugge a una certezza perfetta”⁵⁹².

La questione della *possibilità*, invece, di *mutamento* della legge naturale è così risolta da Tommaso:

“Un mutamento della legge naturale si può concepire in due maniere. Primo, mediante l’aggiunta di qualche cosa. E in tal senso niente impedisce che la legge naturale possa mutare: infatti molte sono le disposizioni utili alla vita umana, aggiunte a codesta legge dalla legge divina e persino dalle leggi umane. Secondo, mediante la sottrazione di elementi che cesserebbero di far parte della legge naturale. E in tal senso la legge naturale è del tutto immutabile quanto ai primi principi di essa. Invece quanto ai precetti secondari, i quali derivano, come abbiamo detto, quali conclusioni prossime e appropriate dai primi principii la legge naturale non può mutare al punto da far sì che il suo contenuto non sia sempre retto

⁵⁸⁸ G. AZZONI, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁸⁹ H. ROMMEN, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁹⁰ STH, I – II, q. 94, a. 4, co.

⁵⁹¹ TOMMASO D’AQUINO, *Commento all’Etica Nicomachea*, lib. 1, 3, n. 1, traduzione di L. Perotto, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1998.

⁵⁹² *Ibidem*.

nella maggior parte dei casi. Tuttavia può mutare in casi particolari ed eccezionali, per cause speciali che impediscono l'osservanza di tali precetti [...]”⁵⁹³.

Sebbene, ovunque ci sia l'essere, “là si verificano, immutabili ed assoluti, i concetti di ente e le leggi dell'ente”, dandosi quindi “una scienza immutabile anche di ciò che si muta”⁵⁹⁴ il diritto naturale tomista “è un diritto che può essere immesso nella storia. Non è la legge eterna, chiusa in *mente Dei*, ma ne è solo la partecipazione umana, onde non può essere completamente sottratto alle infermità di questa”⁵⁹⁵; e non si tratta solo di mutamento che riguarda il *soggetto della legge*⁵⁹⁶, cioè l'uomo che si avvale della sua capacità storica di cognizione e comprensione ma di “mutamenti reali nelle stesse norme di natura”⁵⁹⁷. Caustico Giuseppe Graneris al riguardo:

“Chi ha visto un perfetto parallelismo tra un libro di geometria euclidea ed un Codice di diritto naturale, si è lasciato sfuggire una profonda differenza tra le scienze speculative e quelle pratiche”⁵⁹⁸.

Una *figura* mutevole del diritto naturale, un diritto naturale “a base fissa con applicazioni variabili”, è l'unico compatibile col messaggio evangelico: “Non ci ha detto Gesù Cristo che il divorzio era stato permesso ai Giudei per la loro depravazione? E siamo certi noi di avere già capita tutta la verità racchiusa in quell'altra parola, con cui il Redentore dichiara di esigere dai suoi seguaci una giustizia superiore? Che cosa può essere questa superiore giustizia, se non un affinamento della legge, che deve salire [...] a quell'altezza [...] a cui il Figlio di Dio [...] ha sollevata l'umanità?”⁵⁹⁹.

Sembra coerente, a questo punto, la conclusione di Azzoni, per il quale “mentre il giusnaturalismo moderno tende ad un modello di ordine che, con le categorie di Enrico di Robilant, si può definire ‘statico’ [...], un diritto naturale in cui siano compresenti *lex aeterna* e *lex naturalis* conduce ad un ordine ‘dinamico’”⁶⁰⁰ (*supra*, I, 2.1 e II), l'unica *figura di ordine* in grado di rispondere “alle esigenze del conoscere e del cammino verso

⁵⁹³ STH, I – II, q. 94, a.5, co.

⁵⁹⁴ F. OLGATI, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁹⁵ G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino, 1949, p. 115.

⁵⁹⁶ *Ivi*, p. 116.

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

⁵⁹⁸ *Ivi*, p. 117.

⁵⁹⁹ *Ivi*, p. 118.

⁶⁰⁰ G. AZZONI, *op. cit.*, p. 163

l'orizzonte della verità e della pienezza di vita, verso il valore che dà significato a ogni valore⁶⁰¹.

In conclusione, Tommaso risulta interprete genuino della civiltà medievale non tanto o, meglio, non solo per il suo rigoroso procedere logico, per la solidità delle sue argomentazioni ma per l'abitudine ad interrogarsi sulle *ragioni ultime* della scienza, vagliando con estrema sensibilità il particolare, dandogli voce, non rinchiudendolo in formalismi asfittici e rigorosi astrattismi, tanto da indurre uno studioso acuto quale Michel Villey a definire quella tomista “une leçon de souplesse, d'humilité et même dans un large mesure de relativisme”⁶⁰². La stessa distinzione *lex aeterna* – *lex naturalis*, la dicotomia *precetti primi* – *precetti secondi* della *lex naturalis*, l'attenzione alla situazione particolare, nella quale la *deroga* alla norma generale è ammessa (in certi casi addirittura doverosa), derivano della tensione medievale verso la *giustizia sostanziale*, da un *sistema* aperto verso l'alto, che vede la compresenza, spesso sul medesimo territorio, di diritti di diversa indole, di diversa natura e mirati a finalità diverse. Diritti destinati ad *ordinare*, scoprendovi un *disegno razionale* meta – umano, la realtà e non a coartarla attraverso la volontà. La giuridicità medievale presenta, insomma, quei caratteri di *complessità*, *storicità*, *socialità* e *personalità* del diritto che costituiscono l'essenza del fenomeno giuridico.

Per dirla, in chiusura, con Grossi:

“L'enorme insegnamento di San Tommaso, ascoltabile con gran profitto proprio oggi, è di costruire un uomo che la sua essenza razionale proietta al di fuori della singola individualità e delle sue chiusure egoistiche, giacché la ragione – imperniata in un'attività conoscitiva – non è mai auto-referenziale ma – all'opposto – valorizza il contesto oggettivo (sociale e naturale) in cui il singolo si situa. Se l'atto di volontà, nella sua auto-referenzialità, può ben colorirsi di superbia, l'atto razionale si incarna in un supremo gesto

⁶⁰¹ E. DI ROBILANT, *Ordini statici e ordini dinamici nella società complessa*, p. 233, in G. CLERICO, S. RIZZELLO (a cura di), *Il pensiero di Friedrich von Hayek*, vol. II: *Società, Istituzioni e Stato*, UTET, Torino, 2000, pp. 218 – 237.

⁶⁰² M. VILLEY, *Saint Thomas et l'immobilisme*, p. 106 in M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit don un sur la crise universitaire*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 94 – 106.

di umiltà, giacché nel conoscere il soggetto ha sempre bisogno di una realtà oggettiva a lui esterna con la quale misurarsi”⁶⁰³.

⁶⁰³ P. GROSSI, *Il diritto come ordinamento e non come potere*, disponibile su: <http://www.sussidiarieta.net/files/Pdf/022008/Grossi.pdf>.

4. Estetica giuridica medievale: simbolismo e trascendenza

4.1 *L'estetica giuridica*

Particolarmente interessante, ai fini della nostra analisi, è il nesso tra arte e diritto. La comprensione di questo nesso implica il superamento della riduttiva nozione positivista di “testo”: il “testo”, per il positivismo giuridico, di là da compiersi, sarà unicamente costituito dalla *forma libro*; non si danno, insomma, forme espressive altre, che possano essere rilevanti per il diritto, al di fuori del *testo letterario*. Negli ultimi tempi però, stimolato dalla crisi del positivismo e da un nuovo interesse per la retorica e l'argomentazione, sembra emergere un programma di ricerca pluridisciplinare, teso a ricomporre la nozione di “complessità” del diritto e a superare il riduzionismo positivista:

“si tratta dell'idea che, una volta mostrata l'innegabilità della riapertura alla morale dell'arsenale concettuale della teoria del diritto, implicante la necessità di una ridefinizione dei confini esistenti del sapere giuridico, non appaia più facilmente circoscrivibile l'ambito dei movimenti teorici configuranti l'altro polo del normativo (diritto e letteratura, diritto e cinema, diritto e pittura, diritto e architettura e così via, limitandosi all'ambito della cultura umanistica), indubbiamente legato alla formazione culturale e sociale dei principi giuridici”⁶⁰⁴.

Alla base di questa idea una nova nozione di “testualità”, tesa a superare “il carattere esclusivamente testuale della norma giuridica” e a riconoscere “il valore politico dell'immagine”; tale superamento riporta, direttamente, ad una nuova concezione antropologica, nella quale ricomporre la separazione, tutta moderna, tra l'*ordine degli affetti* e l'*ordine degli effetti* (*supra*, I, 2.2). In altre parole, si tratta di recuperare il lato *cognitivo* delle emozioni, di evitare l'appiattimento su un tipo di conoscenza intellettuale meramente razionalistica e, in fondo, superficiale, giacché “il vero assenso scaturisce dalle profondità più intime”⁶⁰⁵ e costituisce “qualcosa di simile ad un enigma”, pur

⁶⁰⁴ P. HERITIER, *Nessi multiformi tra diritto e narrazione*, p. 6 in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione* - A.II (2010) n.1 (gennaio-giugno), pp. 4 – 13.

⁶⁰⁵ RUDOLF ALLERS, *La psicologia individuale in Psicologia e cattolicesimo*, a cura di Roberto Marchesini, D'Ettois, Crotone, 2009, pp. 75 – 88, 82. Per una trattazione sommaria della psicologia allersiana e la sua influenza sulla scienza giuridica cfr. *supra*, I, 2.2.2.

essendo “il principio di ogni convinzione”⁶⁰⁶; proprio per questo motivo è auspicabile andare oltre la rigida dicotomia *razionale / irrazionale* in ordine alla modalità cognitiva.

Il recupero della dimensione *simbolica* (da *symbolon*, cioè “mettere insieme, avvicinare” in opposizione a *diabolico*, “tutto ciò che divide”⁶⁰⁷) mira, effettivamente, alla costruzione di un’antropologia “in cui il rapporto tra le *forze costitutive dell’umano*, ragione e affetti/passioni, non è più così sbilanciato a favore della prima: anche gli affetti mostrano non solo una forza ma anche una specifica e legittima razionalità”⁶⁰⁸. Una *razionalità in senso ampio*, che non sembra essere estranea all’autentico pensiero giuridico; anzi, è proprio la distinzione rigorosa tra sapere scientifico razionalizzabile e sapere puramente “virtuale”, corrispondente alla distinzione tra scienza e retorica⁶⁰⁹ che pare essere fuoriluogo; è un approccio unitario, quello offerto dall’ampliamento della testualità giuridica rilevante, che già ritroviamo in Francesco Petrarca, per il quale “vi sono molti livelli possibili di comprensione della realtà, quali quelli ad esempio ottenuti mediante la retorica e il linguaggio dell’arte, i quali sono patrimonio dell’intelligenza dell’uomo non meno della ragione che opera mediante i sillogismi e le dimostrazioni”⁶¹⁰.

L’operazione epistemologica mira al “recupero dell’antropologico, della riconquista di una figura dell’umano finalmente equilibrata, che rivaluta il sapere del corpo e della fede *accanto* e non contro il sapere del linguaggio e della ragione. Si tratta di spiegare perché una teoria, una poesia e un quadro esprimano ugualmente la nobiltà dell’umano”⁶¹¹.

⁶⁰⁶ *Ivi*, p. 88, n. 20.

⁶⁰⁷ R. DEBRAY, *Vita e morte dell’immagine. Una storia dello sguardo in Occidente*, Il Castoro, Milano, 1999 (1992), p. 52. Il *symbolon* “designava all’origine una tessera di ospitalità, un frammento di una coppa o di una ciotola che due ospiti spezzavano trattenendosene poi i pezzi ai loro figli perché essi potessero un giorno ritrovare le stesse relazioni di fiducia ricomponendo i bordi dei due frammenti. Era un segno di riconoscimento, destinato a riparare una separazione o a superare una distanza. [...] Simbolico e fraterno sono sinonimi: non si fraternizza senza qualche cosa da condividere, non si simbolizza senza unire quel che era estraneo”. *Ibidem*.

⁶⁰⁸ P. HERITIER, *Estetica giuridica, Vol. II. A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 90.

⁶⁰⁹ M. MANZIN, *Retorica ed umanesimo giuridico* in F. CAVALLA, *Retorica, processo e verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 87.

⁶¹⁰ *Ivi*, p. 94.

⁶¹¹ P. HERITIER, *Oltre le due culture: grammatiche antropologiche*, in M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 419.

Per quanto la scolastica medievale possa, probabilmente a ragione, essere considerata l'origine teorica del processo di secolarizzazione, bisogna tenere presente che, nel tomismo, la fede e la ragione non sono in opposizione; più che di "separazione", infatti, si può parlare di "distinzione", cioè di facoltà conoscitive che fanno capo a potenze e a procedimenti diversi: uno analitico discorsivo, l'altro extrasensibile e sovrarazionale.

È a partire dal tardo Medio Evo "che la legittima distinzione tra i due saperi si trasformò progressivamente in una nefasta separazione" e si giunge "di fatto a una filosofia separata e assolutamente autonoma nei confronti dei contenuti della fede"⁶¹². Di più; nel sistema tomista la ragione, fallibile e imperfetta⁶¹³ è subordinata ai contenuti della Rivelazione:

"Come le scienze profane non devono dimostrare i propri principi, ma dai loro principi argomentano per dimostrare altre tesi, così la sacra dottrina non dimostrerà i propri principi, che sono gli articoli di fede; ma da essi procede alla dimostrazione di qualche altra cosa, come fa l'Apostolo, il quale dalla risurrezione di Cristo prova la risurrezione di tutti"⁶¹⁴.

In altre parole: "Solo la fede permette di entrare all'interno del mistero, favorendone la coerente intelligenza"⁶¹⁵. La razionalità di Tommaso non intende scavalcare la fede ma sostenerla; tuttavia "la sacra dottrina usa anche del ragionamento, non già per dimostrare i dogmi, ché altrimenti si perderebbe il merito della fede; ma per chiarire alcuni punti del suo insegnamento. Siccome infatti la grazia non distrugge la natura, ma anzi la *perfeziona*, la *ragione deve servire alla fede*, nel modo stesso che l'inclinazione naturale della volontà asseconda la carità"⁶¹⁶. Il pensiero, dunque, non può porsi in antitesi con la fede: "è necessario che agli uomini vengano proposte come cose di fede verità di codesto genere, per avere di Dio una conoscenza più vera. Allora soltanto infatti noi conosciamo Dio veramente, quando lo crediamo superiore a quanto l'uomo è capace di pensarne: poiché la realtà divina trascende la conoscenza naturale dell'uomo,

⁶¹² G. PAOLO II, Lettera Enciclica *Fides et Ratio*, 45.

⁶¹³ STH, I – II, q. 97, a.1, ad. 1 e *Ivi*, q. 19, a. 6, ad. 2.

⁶¹⁴ STH, I – I, q. 1, a. 8, co.

⁶¹⁵ G. PAOLO II, *op. cit.*, 13.

⁶¹⁶ STH, I, 1, a. 8, ad. 2. Corsivo aggiunto.

[...] perciò dall'esser proposte all'uomo verità divine superiori alla ragione, si conferma nell'uomo l'opinione che Dio è qualcosa di superiore a quanto è possibile pensare”⁶¹⁷.

Di conseguenza “pensiero e ragione si possono conciliare, anzi, la ragione serve agli esseri umani per interrogarsi anche su alcuni enigmi di fede. *Lo scopo della fede e della ragione è lo stesso, se poi la ragione si trova in contrasto con la fede deve cedere a questa*”⁶¹⁸.

Prendere in considerazione modalità di conoscenza extra letterarie, estendendo le modalità di cognizione (*supra*, I, 2.2.2,) contribuisce a rimuovere il pregiudizio volto ad escludere la testualità in senso ampio dal terreno giuridico. Le armi offerte da questa nuova (più che nuova, rinnovata) forma di sapere si prestano perfettamente a leggere la realtà medievale: il Medioevo, abbiamo visto, è *imitazione imperfetta* di un ordine superiore, concretizzazione del disegno divino; *imitazione* che è ridotta ad unità dal sapere scientifico, giuridico in primis. Questa è la missione dello scienziato medievale, *ricondere il molteplice all'unità*, partendo dal singolare, quindi dai sensi, arrivando all'universale, quindi al *concetto*. L'immagine, quella medievale in particolare, è “benefica perché simbolica. Cioè ricomponente e ricostituente [...]. Chi costituisce un legame fa del bene, ma solo il riferimento a un altrove, a un lontano, a un *terzo simbolizzante*, permette a un'immagine di stabilire una relazione con colui che la guarda e, di rimbalzo, fra coloro che la guardano”; “non si dà [...] autentica trasmissione senza trascendenza. [...] L'immagine e la parola servono da agente di relazione, perché esiste a monte del gruppo un'assenza primordiale, un'assenza da riparare. [...] È per questo che non ci si può interessare ai fatti della trasmissione senza interessarsi al fatto religioso”⁶¹⁹. L'ordine medievale è ordine *trascendente*, cioè che *si apre a qualcosa d'altro*, per definizione: il collante della dimensione comunitaria è il fatto religioso, la comunicazione continua con la divinità, divinità che mostra la sua generosità nell'*aequitas*, che è *convenientia* tra le cose, *ordo rerum* (*supra*, 2.1 e 2.2).

⁶¹⁷ TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, I, VI, traduzione a cura di Tito Centi, UTET, Torino, 1975.

⁶¹⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Contra Gentiles*, Introductio, a cura di C. Pera, Marietti, 1967, Torino.

⁶¹⁹ R. DEBRAY, *op. cit.*, p. 52.

La civiltà medievale è la *civiltà dell'immagine*, una civiltà, cioè, “nella quale l'immagine ebbe una funzione preminente, e un valore decisivo: nella religione, nella scienza, nella vita civile; e anche nella sfera più intima della privatezza”⁶²⁰. L'archetipo dell'artista non può che essere il Dio creatore; gli artisti terreni non sono che una *partecipazione e imitazione* della perfezione artistica divina. La comunicazione *simbolica*, che *trascende l'immagine*, è comunicazione sovrasensibile, ultrarazionale: è “l'atto supremo dell'intelligenza intuitiva (*intellectus*) oltrepassante i limiti angusti della ragione analitica e discorsiva”⁶²¹. Al contrario della società moderna, che resta pur sempre *civiltà dell'immagine*, ma civiltà *orizzontale*: nel nostro tempo il ricorso alle immagini “è puramente comunicativo e funzionale, esclude ogni valenza che possa combinare le immagini sensibili con idee renitenti alla conoscenza analitico – discorsiva della ragione”; è il costitutivo di una civiltà che utilizza le immagini per veicolare contenuti che si situano pienamente nella razionalità in senso stretto, quella *discorsiva*. Quella medievale, all'opposto, fu civiltà *verticale*: tutte le immagini, in tutti i campi e in tutte le modalità del loro impiego “avevano l'ufficio, imitante quello archetipale di Dante che si specchia nella Trinità, di unificare il particolare e l'universale, mostrando il particolare in forme significanti l'universale ed esibendo l'universale sotto figura di particolarità”⁶²².

Possiamo ammirare la *verticalità* medievale non solo nell'applicazione dell'*analogia entis* a tutta la sfera dell'operatività umana ma anche al continuo interscambio tra *sacro* e *profano*, interscambio che è praticamente *unione verso l'alto* in una “intenzionalità di bellezza accomunante le scritture sacre e quelle profane”⁶²³. Basti, per chiarificare il discorso e senza volere riepilogare le dispute e i problemi sulle immagini sacre, ricordare due Padri della Chiesa greca, Basilio di Cesarea (IV secolo) e Giovanni Damasceno (VII secolo): per il primo “quello che per imitazione è l'immagine è per natura il Figlio; e nelle immagini, che sono opere dell'arte, la somiglianza risiede nella forma, come tra il Padre e il Figlio nella comunanza della natura divina”; per il Damasceno “senza l'aiuto di ciò che è sensibile non possiamo attingere il puramente intelligibile: sicché per mezzo delle immagini dipinte noi contempliamo Dio in sembianze

⁶²⁰ R. ASSUNTO, *L'immagine della civiltà e la civiltà medievale delle immagini*, in AA.VV., *Musica e architettura nel pensiero medievale*, Nuova Compagnia Editrice, Forlì, 1994, p. 11.

⁶²¹ *Ivi*, p. 14.

⁶²² *Ivi*, pp. 14 – 15.

⁶²³ *Ivi*, p. 21.

umane; e nel contemplarlo, per quanto è possibile, percepiamo la gloria della sua divinità⁶²⁴.

Vediamo di calarci, per quanto possibile, in questa mentalità simbolica e di analizzare, da vicino, un paio di immagini medievali *normativamente* significative.

4.2 *Templum Iustitiae*

La prima rappresentazione che prenderemo in considerazione non è un'immagine in senso materiale ma un'*allegoria*, quella della *Giustizia*, contenuta nel Prologo delle *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*. È nota la trama dell'opera; Giustiniano aveva affermato che non dovevano esservi antinomie. Quelle che sembravano tali, si sarebbero potute districare facilmente da chi *subtili animo* (con sottile intelligenza) avesse indagato la *ratio diversitas*: “guidato da quelle affermazioni imperiali, l'autore delle *Quaestiones* si propose di conciliare le leggi che, direttamente od indirettamente [...] fossero tra loro in conflitto, in base alla lettera stessa del testo ed alla sua *ratio*. Ponendo le *quaestiones* in bocca ad un *Auditor*, e le soluzioni in bocca ad un *Interpres*, l'autore attuò in vivace forma dialogica il suo piano, con un senso d'arte non inferiore a quello giuridico⁶²⁵.”

Estremamente interessante l'*Exordium* (il Prologo) dell'opera: lo sconosciuto autore⁶²⁶ immagina, andando a spasso per Roma, di giungere sulla cima di una collina, attratto da un boschetto. Si trova quindi di fronte ad un recinto: varcatolo, scopre il *Templum Iustitiae*; le porte di questo “gli sono aperte con qualche indugio; ma a nessuno è dato conoscere interamente, bensì solo in parte, ciò che contenga l'interno del tempio⁶²⁷”. Le pareti del tempio sono cristalline e terse: su di esse è scolpito l'intero testo dei *libri legales*, cioè delle leggi romane, cui l'autore presta somma attenzione⁶²⁸. Una

⁶²⁴ *Ivi*, p. 20.

⁶²⁵ G. ZANETTI, *Iustitia, Aequitas ed Ius nell'allegoria delle Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*, Hoepli, Milano, 1950, pp. 3 – 4.

⁶²⁶ Sulla paternità dell'opera si è scritto molto: le *Quaestiones* sono state attribuite dal curatore, H. Fitting, a Irnerio e, successivamente, a Piacentino; Kantorowicz ritiene valida la seconda ipotesi. Cfr. E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino, 1989, p. 93, n. 57.

⁶²⁷ G. ZANETTI, *op. cit.*, pp. 8 – 9.

⁶²⁸ *Ivi*, p. 9.

parte del santuario è inaccessibile, l'*adytum*, separato dalle pareti di cristallo impresse dei libri legali: al suo esterno “un venerabile maestro di diritto discute con i propri allievi difficili problemi giuridici”, discussione che sarà riportata nel trattato⁶²⁹. Nel mezzo del tempio, maestosa, appare la Giustizia, nel cui grembo posa un'innocente bambina, l'*Equità dal volto benigno* e, sospesa sopra di loro, da dove osserva “con i propri occhi simili a stelle e la balenante acutezza della mente”⁶³⁰ sta la *Ratio*. Intorno ad essa, sei figure, “vicine come figlie alla madre”⁶³¹: *Religio, Pietas, Gratia, Vindicatio, Observantia e Veritas*⁶³². E “mentre la Ratio col suo acutissimo sguardo scruta le vicende dell'universo, la Giustizia, sospirando, pondera sulla bilancia le cause umane e divine, le azioni proposte al suo giudizio dalla Ratio, sostenuta dall'Equità, al cui cenno molti ragguardevoli personaggi intorno alle pareti si affaticano a cancellare quelle disposizioni dei testi legali che appaiono discordi all'esame della stessa Equità e che essa mostra di non approvare”⁶³³.

Notiamo subito una cosa, che rimanda immediatamente al *ruolo centrale* dell'immagine nella civiltà medievale: “proprio come farebbe un visitatore, curioso del significato di una complicata allegoria gotica, il nostro giurista domanda cosa rappresentino quelle figure, e c'è chi gliene dice i nomi”⁶³⁴. L'immagine rinvia a *qualcosa d'altro*; qualcosa che *unisce*: l'idea (in questo caso, la *dea*) della Giustizia. Essa, come ogni idea, “ha una funzione mediatrice, come *iustitia mediatrix*, fra le leggi divine e quelle umane, o fra la ragione e l'equità”⁶³⁵; l'ordine immanente e l'ordine trascendente comunicano per mezzo di *simboli*, espressi attraverso immagini. La *Iustitia*, maestosa, rappresenta il diritto positivo umano: è la “manifestazione perenne della riverenza universale e del culto professato a quell'idea da ogni popolo, specie dal romano”⁶³⁶.

⁶²⁹ H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 94.

⁶³⁰ *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*, a cura di G. Zanetti, la Nuova Italia, Firenze, 1958, *Exordium*, 3, 29 – 32.

⁶³¹ M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, in AA. VV., *Ordo iuris. Storia e forma dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 48.

⁶³² Si tratta delle “sei virtù civili, già disposte nella stessa sequenza da Cicerone, *De inventione*, II, 53”. M. SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 48, n. 15.

⁶³³ *Ivi*, p. 10.

⁶³⁴ *Ivi*, p. 51.

⁶³⁵ H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 96.

⁶³⁶ G. ZANETTI, *op. cit.*, p. 16.

Si potrebbe intravedere, nella disposizione delle figure principali, proprio l'armonia tra l'ordine razionale e l'ordine sovrarazionale:

- La Ratio, con occhi lucenti, osserva tutte le cose e ispira dall'alto la Giustizia; la posizione sovraordinata denota anche una certa lontananza e *padronanza* dell'ordine immanente. Per render giustizia è necessario procedere “ex ratiocinationis filo”;
- Ma la Giustizia non sarebbe tale senza la benignità dell'*aequitas*: essa costituisce il carattere concreto della dimensione giuridica, la linfa vitale del momento di fondazione del diritto (*supra*, 2.2). A simbolizzare la sua benignità la vicinanza al cuore della madre Giustizia, che tiene stretta la piccola in grembo: nulla sarebbe *giusto* se non fosse *equo*. L'*aequitas* costituisce la mitigazione del giudizio raziocinante, perché, riprendendo Grossi, è “situata nei fatti, [...] da dove attende di essere trasportata, tradotta, interpretata, ridotta in precetti”⁶³⁷; è, infatti, “una piccola *aequitas* ancora bambina, un'anima semplice destinata a trasformarsi ed a progredire, a divenire sempre più grande e ad evolversi”⁶³⁸, è in un concreto divenire, mai stabile ma sempre pronta a scaldare la “freddezza della ragione”. La piccola bimba, ancor più che depositaria, “è forse proprio il simbolo stesso della Sapienza divina, in quanto adombra, anche iconograficamente, Gesù Bambino, sapienza increata”⁶³⁹.

Il *Templum Iustitiae* dell'*Exordium* delle *Quaestiones* è la trasposizione allegorica della mentalità giuridica medievale, della *convenientia* e dell'*armonia* tra il momento di fondazione della validità, nell'allegoria personificata dalla Ratio, che rappresenta la luce onnisciente del sistema giuridico e l'*effettività*, che appartiene al terreno fattuale, deputata a mitigare il rigore della *razionalità giuridica*; le due dimensioni comunicano grazie all'*aequitas*, “tramite prezioso, insostituibile, [...] canale che porta alla corteccia del diritto la linfa della sostanza sottostante e gli permette di non rinsecchirsi”⁶⁴⁰. Il prologo,

⁶³⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 178.

⁶³⁸ G. ZANETTI, *op. cit.*, p. 14.

⁶³⁹ *Ivi*, p. 17.

⁶⁴⁰ P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 178.

in sostanza, costituisce “una chiara enunciazione di quelle teorie equitative” che caratterizzeranno l’opera intera⁶⁴¹.

È un’allegoria che pare, in sostanza, conciliare l’*ordine degli affetti*, rappresentato dalla benignità dell’*aequitas*, posta nel grembo materno, rappresentante il *cuore* della madre e l’incontro tra l’amore umano e divino e l’*ordine degli effetti*, cioè l’ordine giuridico in senso proprio, raffigurato dalla maestosità della *Iustitia*, del diritto positivo immanente e dalla *Ratio*, facoltà conoscitiva che partecipa, analogicamente, della perfezione sapienziale divina.

⁶⁴¹ G. ZANETTI, *op. cit.*, p. 13.

4.3 Il *princeps iudex*

La seconda immagine, questa volta una miniatura, che prenderemo in considerazione, si trova nell'Evangelario che l'imperatore Enrico II donò, nel 1022 o 1023, all'abbazia di Montecassino:



Si tratta di una raffigurazione significativa, che pare sintetizzare, simbolicamente, il ruolo del principe nell'età medievale; ruolo che rimanda alle considerazioni svolte più

sopra circa l'assenza di un potere politico compiuto, quindi totalizzante, nell'assetto giuridico della *Media Aetas* (*supra*, 1.1).

L'imperatore funge da mediatore fra la ragione divina e il diritto umano: sopra, una colomba, figurante lo Spirito Santo e la saggezza divina, infonde "il retto discernimento nella mente dell'imperatore"; accanto alla figura centrale la *Sapientia* e la *Prudentia*, che "si accompagnano al trono come attributi della regalità sin dai tempi più antichi"⁶⁴². A sua volta Enrico, in una doppia scansione superiore – inferiore, caratteristica del sentire medievale, trasmette la sapienza ricevuta all'ordine inferiore, raffigurato dal cerchio appena al di sotto dei suoi piedi, nel quale l'iscrizione recita: "il tiranno sarà giustiziato se così vuole l'imperatore"⁶⁴³. Negli angoli superiori troviamo la *Iustitia* e la *Pietas*; in quelli inferiori, la *Lex*, simbolicamente posta in corrispondenza della *Iustitia* e lo *Ius*, posto in corrispondenza inferiore alla *Pietas*.

Il primo, evidente, richiamo giuridico espresso simbolicamente concerne il ruolo stesso del *principe* e, più in generale, del potere politico, di colui che ha la cura della comunità: egli è *custode* del diritto, *custos iusti*, la cui attività principale consiste nella *iurisdictio* (*supra*, 1.1); *iurisdictio* che non implica la creazione del diritto ma, più modestamente, la sua *esplicitazione* o *esteriorizzazione*, in conseguenza della natura *cosale* della realtà giuridica, scritta nell'*ordo rerum*. Si tratta di una configurazione del principe che, via via, la modernità abbandonerà, a favore di un disegno volontaristico teso a legittimare prerogative sovrane assolute, sganciate da una presunta coerenza oggettiva con l'ordine immanente.

Il secondo aspetto giuridicamente rilevante è costituito dal simbolismo delle virtù:

- la *Iustitia* è posizionata al di sopra della *lex*, nel mezzo di esse si frappone la *Sapientia*: è un accostamento che pare simbolizzare il momento di fondazione della validità del fenomeno giuridico, *l'ordine degli effetti*, collocato nell'autorevolezza, nella completezza e nella chiarezza del testo letterario e nel suo richiamo mitico quale "prototipo iconico di fondazione del normativo" (*supra*, 3.1);

⁶⁴² H. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁴³ "Caesaris ad nutum dampnunt Lex Iusque tyrannum".

- Nell'altro lato, troviamo in alto la *Pietas* e in basso lo *Ius*, separate dalla *Prudentia*: è la dimensione *effettiva* del normativo, che nel Templum dell'Exordium abbiamo visto rappresentata dalla piccola *Aequitas*. La *Pietas* e lo *Ius*, oggettivamente inteso quale sinonimo di *giustizia oggettiva* e non come *potere in capo al singolo*, sono legate dalla virtù cardinale della *Prudentia*, in un trittico che richiama la concretezza del fenomeno giuridico e l'attenuazione del rigore della legge ad opera dell'*aequitas*, destinata ad evolvere e a caratterizzare un diritto che, altrimenti, peccherebbe di astrattismo e rigorismo. È l'*ordine degli affetti*.

In conclusione, anche l'immaginario medievale sembra rispecchiare fedelmente la concezione *ordinamentale* perorata da Grossi, nella quale il diritto non è, o almeno non è primariamente, espressione del potere politico ma “appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo”⁶⁴⁴; concezione basata sulla *visione equitativa* della giustizia, necessariamente attenta al momento concreto e applicativo, frutto del legame fortissimo con le cose e con le creature stesse, considerate, a loro volta, una *immagine imperfetta* della maestosità divina.

⁶⁴⁴ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche*, cit., p. 23.