

Giovanna Nicolaj
Il documento privato italiano nell'Alto Medioevo

[A stampa in *Libri e documenti d'Italia: dai Longobardi alla rinascita delle città*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei Paleografi e Diplomatisti (Cividale del Friuli (UD), 5-7 ottobre 1994), a cura di C. Scalon, Udine 1996, pp. 153-198. Distribuito in formato digitale da 'Scrineum']

1. Premesse. 2. La funzione probatoria del documento tardoantico. 3. La funzione negoziale (formale e costitutiva) del documento tardoantico. 4. Il passaggio al primo Medioevo. 5. La funzione negoziale (al fine dispositiva) del documento altomedievale. 6. *Charta* e *notitia*; carta e *wadiatio*; carta e *convenientia*; carta e *stipulatio*. 7. La funzione probatoria del documento altomedievale. 8. Gli scrittori di documenti: dalle età longobarda e carolingia al rinascimento dell'XI-XII secolo e alla nuova "soluzione" di un problema giuridico antico.

1. Dagli anni del Brunner e delle sue famose tesi sul documento tardoantico e medievale¹ molti storici, giuristi o diplomatisti, e alcuni di loro veramente eccellenti, si sono occupati del documento altomedievale, trattandone profili generali di fondo o punti cruciali, con dottrina e sapienza e talvolta attraverso brillanti esegesi.

Credo però che quelle *cartule* così antiche sollevino ancora molti dubbi e che quei secoli così profondi e avari di dati chiari e certi racchiudano ancora molte zone d'ombra. Penso allora che non sia inutile esporre in una carrellata forzosamente veloce e sintetica una ulteriore, personale visione delle cose, frutto di annosi interrogativi e riflessioni su fonti da me assai amate e frequentate: e penso che non sia inutile non certo a raggiungere una verità conclusa e definitiva, ché ciò sarebbe pretesa quanto mai sciocca, bensì a presentare una lettura di quelle fonti forse poco canonica a fronte di letture autorevolissime, ma tale da riproporre domande fondamentali in modo nuovo, da indicare possibili ipotesi di lavoro, da mettere in guardia da soluzioni che non tengano conto sufficientemente di molteplici fattori.

Ho detto di una lettura personale, perché le tante teorie e tesi di giuristi e diplomatisti accumulate tra Brunner e Brandileone, Schiaparelli e Steinacker e Costamagna, per fare solo qualche nome, che pur sono qui presupposte², comporterebbero riferimenti, discussioni e confutazioni di punti specifici che renderebbero tre volte più lungo e insopportabile il mio discorso, già di per sé difficile e pesante. E poi, lo con-

¹ H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin 1880 (rist. Aalen 1961).

² Penso, per esempio, a BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte* cit.; F. BRANDILEONE, *Le così dette clausole al portatore nei documenti medievali italiani* (del 1903), *Origine e significato della "traditio chartae"* (del 1907), *Le così dette clausole al portatore nelle carte di alienazione degli immobili* (s.d.), *Nota preliminare sull'origine della "stantia" o "convenientia"* (del 1923), *La "stipulatio" nell'età imperiale romana e durante il medioevo* (del 1928), ora in BRANDILEONE, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, a cura di G. Ermini, II, Bologna 1931, pp. 89-146, 59-87, 213-277, 407-418, 419-528; L. SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche sulle carte longobarde*. III: *La formula "post traditam (chartam)"*. IV: *La formula "post traditam (chartam)" e la "traditio chartae ad proprium" del Chartularium Langobardicum* (del 1933). V: *La formula "sub stipulatione et sponsione interposita"* (del 1934), ora in SCHIAPARELLI, *Note di diplomazia (1896-1934)*, a cura di A. Pratesi, Torino 1972, pp. 248-301; H. STEINACKER, *"Traditio chartae" und "traditio per chartam", ein Kontinuitätsproblem*, *"Archiv für Diplomatik"*, 5-6 (1959-1960), pp. 1-72; G. COSTAMAGNA, *L'alto Medioevo*, in M. AMELOTTI - G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975 (Studi storici sul notariato italiano, 2).

fesso, quelle teorie, anche se basilari, mi sembrano ormai altro e lontane dalla carrellata storica che da tempo ho in mente e che vi proporrò.

Carrellata che muove da tre premesse. In primo luogo sarà messa in secondo piano una prospettiva di storia del notariato, pur così praticata negli ultimi decenni, perché ritengo che questa, almeno sino all'istituzione del notariato pubblico, sia solo un corollario alla storia del documento³: vale a dire che sono convinta che solo sforzandoci di capire che cosa è stato un documento nelle varie età della storia e quali funzioni ha svolto, solo così si possa arrivare ai profili, ai ruoli e alle funzioni del redattore di esso.

In secondo luogo, allora, si guarderà sia alle morfologie del documento (forme e formule) sia alle sue funzioni, perché sono convinta che le prime non siano altro che un riflesso e un'espressione delle seconde. Ed è qui che il discorso si fa arduo, perché si allontana dal terreno strettamente formale e diplomatistico (e in qualche caso pericolosamente angusto) e va a toccare l'ambito del negozio giuridico e delle obbligazioni, da una parte, e quello del processo, dall'altra, sfere nelle quali e per le quali soltanto lo stesso documento è esistito. Bisognerà stare attenti a non entrare vanamente nel campo giuridico, e pure non si potranno eludere problemi di fondo e profili giuridici strutturali della prassi documentaria, che si sono tradotti in profili formali della documentazione.

E quanto alla prassi documentaria si viene alla terza premessa accennata, relativa ad una costante dinamica di base che la riguarda e che costituirà il nostro 'filo rosso'. Vale a dire che la prassi documentaria è una delle facce del diritto usuale, o volgare, come lo chiamano gli storici giuristi⁴, è una delle specie del "diritto applicato" e "vivo"⁵, che ha

³ Una storia del notariato nell'alto Medioevo, estremamente importante sotto il profilo culturale e sociale delle vicende italiane, ma susseguente e conseguente a una storia del documento sotto il profilo della diplomatica (come storia della documentazione e preistoria e storia dell'istituzione notarile), è stata assai sottolineata dagli studiosi degli ultimi cinquant'anni: v. G. CENCETTI, *Il notaio medievale italiano*, in "Atti della Società ligure di storia patria", n.s., 4 (1964), pp. VII-XXIII, e ID., *Dal tabellone romano al notaio medievale*, in *Il notariato veronese attraverso i secoli. Catalogo della mostra in Castelvecchio*, Verona 1966, pp. XIX-XXIX; G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Roma 1970 (Studi storici sul notariato italiano, 1); AMELOTTI - COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato* cit.; le varie monografie nella collana di *Studi storici sul notariato* cit., edita dal Consiglio Nazionale del Notariato; A. PRATESI, *Lo sviluppo del notariato nel Ducato spoletino attraverso la documentazione privata* (del 1983), ora in PRATESI, *Tra carte e notai. Saggi di diplomazia dal 1951 al 1991*, Roma 1992 (Miscellanea della Società romana di storia patria, XXXV), pp. 507-520; PRATESI, *Appunti per una storia dell'evoluzione del notariato* (del 1983), ora *ibid.*, pp. 521-535; F. MAGISTRALE, *Notariato e documentazione in Terra di Bari. Ricerche su forme, rogatori, credibilità dei documenti latini nei secoli IX-XI*, Bari 1984 (Società di storia patria per la Puglia, Documenti e monografie, XLVIII); G. NICOLAJ, *Divagazioni intorno al notaio medievale. "Ma come davvero sia stato, nessuno, nessuno sa dire"*, ne *La testimonianza del documento notarile come fedeltà e interpretazione. Forum del XVII Congresso internazionale del notariato latino*, Firenze, 5 ott. 1984, Milano 1986, pp. 49-67; PRATESI, *Il notariato latino nel Mezzogiorno medievale d'Italia* (del 1987), ora in PRATESI, *Tra carte e notai* cit., pp. 235-265 (che pone correttamente i termini nel successivo *Il documento privato e il notariato nell'Italia meridionale nell'età normanno-sveva* (del 1989), ora *ibid.*, pp. 285-296). Tale taglio prospettico potrebbe suggerire di primo acchito o ad osservatori poco avvertiti il capovolgimento di posizioni storiche e logiche basilari, e cioè che possa essere indagato prima il notariato e poi il documento, e questo sarebbe del tutto fuorviante. Naturalmente i termini della questione sono più netti e chiari per il basso Medioevo (dall'avvento dell'istituzione notarile), quando, tenendo sempre logicamente distinti i molti e consistenti ruoli del notariato pubblico nelle fasi di quel lungo periodo (comunale, signorile e così via) dalle funzioni giuridiche della documentazione notarile, è meno rischioso e meno equivoco un tema come, per esempio, *Il notaio nella civiltà fiorentina. Secoli XIII-XVI*, scelto per la *Mostra nella Biblioteca Mediceo Laurenziana, Firenze 1 ott.-10 nov. 1984*, Firenze 1984, mostra allestita in occasione del XVII Congresso Internazionale del Notariato latino.

⁴ Quel diritto che gli storici giuristi da H. Brunner a L. Mitteis a E. Levy a F. Calasso chiamano "volgare" preferirei definirlo "usuale", proprio in accordo, spero, con l'interpretazione di Calasso, che mi piace moltissimo, di un diritto corrente, dell'uso. v. F. CALASSO, *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune*, in CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 209 e ss., e ID., *Medio evo del diritto*, I, *Le fonti*, Mi-

a riferimento la norma astratta, generale e colta, ma si attua nei mille casi concreti della realtà, che penetra e informa appunto la prassi dei tribunali e quella negoziale, e cioè la quotidiana vita giuridica di una società.

Nelle diverse età della storia quanto più sarà vigoroso e sistematico il diritto ufficiale, canonizzato nella norma e autorevolmente consolidato nella giurisprudenza, tanto più la prassi – seppur agguerrita e forte nel suo ruolo di mediazione fra diritto ufficiale e evoluzioni sociali, di mentalità e di esigenze concrete – sarà comunque sottomessa alla norma. Invece, quanto più sarà carente e debole la norma e sarà fiacca o nulla la giurisprudenza, tanto più la prassi occuperà spazi vuoti, costruirà da sola e nei fatti capitoli importanti sia dell'ordinamento giuridico sia del 'sistema' documentario e si farà consuetudine e fonte di diritto. Questa dinamica la si coglie particolarmente al passaggio dall'età romana tardoantica al Medioevo delle origini.

2. Nell'età romana, dalla quale è d'obbligo partire (anche perché tante divergenze scientifiche sul documento altomedievale muovono di lì), nell'età romana dunque la norma è poderosissima: stratificatasi alluvionalmente attraverso i secoli, ricondotta e ordinata quindi in codici di leggi, se anche non tratta del documento in forma sistematica, comunque regola largamente la materia delle obbligazioni e delle prove, alle quali quel documento si riferisce; e perciò nomina e regola in più punti, pur se in forma casistica com'è suo uso, il documento stesso.

Cosa si evince, dunque, circa la documentazione da una lettura incrociata di prassi e norma, rappresentate, per esempio, dai papiri documentari Tjäder⁶ e dalle citazioni e dai casi che ne fa la norma stessa?

Dal punto di vista probatorio, sono d'accordo in linea di massima con la storiografia tradizionale. Il documento tardoantico è ormai una prova usatissima per la sua utilità e le sue qualità intrinseche: è infatti una *memoria sempiterna*, come dice P. Tjäder⁷, dotata di immediatezza e permanenza rispetto alla prova pur tradizionale e preferita dai Romani ma mediata e labile offerta dai *testes*⁸.

Il documento di prova, perciò, è stato oggetto di molte attenzioni del legislatore: dalla sigillatura regolata da un senatoconsulto⁹ e dalla copertura della *lex Cornelia* detta de

lano 1954, pp. 57 e ss. Diversamente da Calasso ma conseguentemente alle sue premesse, non penso che quel diritto usuale, o volgare, nasca solo "in tempi di carenza del potere pubblico, d'inoperosità della giurisprudenza" (*Medio evo* cit., p. 65), ma penso che scorra sempre, ci sia sempre come una faccia del prisma del diritto, faccia certo rilucente con intensità e taglio diversi nelle diverse epoche, in rapporto alla portata della norma e della giurisprudenza contemporanee.

⁵ CALASSO, *Medio evo* cit., p. 65.

⁶ J.-O. TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700*, I- II, Lund-Stockholm 1955-1982 (*Acta Instituti romani regni Sueciae*, ser. in 4°, XIX: 1-2).

⁷ Dell'anno 564, v. TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri* cit., I, p. 240: nell'arena lacunosa del documento lo scopo espresso dalla frase "ut omnes de cetero sopiatur oblivio et res memoriae sempiternae mandetur" è certamente quello conseguito dalla scrittura.

⁸ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Parte generale: *Il concetto giuridico della prova*, rist. Milano 1992, pp. 109-110, sulla diversità strutturale fra testimonianza e documento e sulla "eccellenza" della prova documentale.

⁹ Pauli *Sent.* 5, 25, 6: "Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent", cf. Svetonio, *Nero*, 17: "...adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto designarentur; cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascribit", e sul caso particolare del testamento v. V.

*falsis*¹⁰ del I secolo alla richiesta di tre testi sottoscrittori per chirografi di una certa entità in età giustiniana¹¹; ma quella scrittura probatoria, poiché soprattutto in età post-classica ha conquistato altri spazi e peso in giudizio, ha sollevato perciò ancora molte cautele.

Tali cautele hanno quindi posto e articolato il problema e il concetto difficile di *fides*, un concetto che nella specificazione di *fides scripturae* o *fides instrumentorum*¹² e nell'accezione più tecnico-giuridica è arrivato a significare l'affidabilità e perciò la capacità e l'efficacia probatoria dell'*instrumentum* e così al dunque è arrivato al presupposto di quella affidabilità e cioè al problema dell'autenticità in senso giuridico.

Che cos'è, infatti, l'autenticità di un documento, che è poi un portato del problema storico della *fides*? In primo luogo, essa è la "corrispondenza fra l'autore apparente e l'autore reale" del documento, intendendo per 'autore' dei nostri documenti sia l'emittente e scrittore, o solo sottoscrittore, insieme, nel caso di documenti autografi ossia chirografari, sia l'emittente e lo scrittore distinti nel caso di documenti non chirografari: a questo grado, l'autenticità è in effetti l'originalità e genuinità del pezzo. In secondo grado, l'autenticità è, però, la "certezza" di quella corrispondenza, la possibilità e capacità del documento stesso di provare e certificare la propria provenienza e formazione, insomma la sua efficacia probatoria circa la sua propria originalità, che ne sia presupposto di *fides*¹³.

Bene, come sappiamo, il documento romano non arriva a , portare in sé la certezza della sua autenticità e perciò della sua *fides*, ma alla bisogna, in giudizio, questa deve essergli conferita attraverso un'*impositio* (*fidei*) da parte dei testi¹⁴ o gli può essere impressa preventivamente attraverso l'*insinuatio* negli *acta* pubblici, che comporta un'istruttoria sul documento presentato e un riconoscimento di esso da parte dell'autore giuridico e dei testi, che è poi ancora un'*impositio fidei*¹⁵.

3. Quanto alla posizione e funzione del documento rispetto all'esistenza del negozio, invece, la questione è assai più complessa e controversa, ed è stata lungamente ana-

ARANGIO RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone* (del 1952), ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. BOVE, Napoli 1974, pp. 382-389.

¹⁰ D. 48, 10, 2; Pauli Sent. 4, 7, 1 e 5, 25, 1; Mos. et Rom. legum Coll. 8, 7, 1 (cf. D. 48, 10, 9, 3); D. 48, 10, 1, 4 e D. 48, 10, 16: sul tema G. G. ARCHI, *Problemi in tema di falso* (del 1941), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981 (Università di Firenze, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 42/3), pp. 1487-1587, e "Civiliter vel criminaliter agere". In *tema di falso documentale* (del 1947), ora *ibid.*, pp. 1589-1668.

¹¹ C. 4, 2, 17, a. 528: la norma riguarda i documenti chirografari relativi a somme superiori alle 50 libbre d'oro.

¹² Per esempio C. 9, 22, 5 (a. 230), C. 9, 22, 9-11-16-17 (aa. 284, 287, 300-305), v. ARCHI, "Civiliter vel criminaliter agere" cit., pp. 1595 e ss., e p. 1610 sulla genuinità dell'espressione *fides scripturae*; v. ancora la famosa costituzione di Costantino in C. 4, 21, 15 (a. 317): "In exercendis litibus eandem vim obtineant tam fides instrumentorum quam depositiones testium".

¹³ Mi servo di riflessioni e concetti molto suggestivi e lucidi, espressi nell'ambito del diritto positivo da CARNELUTTI, *La prova civile* cit., rist. 1992, p. 151, e cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1926 (rist. anast. 1986), pp. 487-488.

¹⁴ Nov. 73, a. 538, e fra i testi è da considerarsi anche il tabellione. Nov. 73 accoglie largamente e codifica il principio dell'*impositio* già emerso per alcuni generi documentari: per le *scripturae nefariae* di C. Th. 11, 39, 7 (a. 378), e per il *chirographum debiti* di C. Th. 2, 27, 1 (a. 421), v. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (del 1943), ora in ID., *Scritti cit.*, III, p. 1843 n. 116, e "Civiliter vel criminaliter agere" cit., p. 1655.

¹⁵ G. PETRONIO NICOLAJ, *Il "signum" dei tabellioni romani: simbologia o realtà giuridica?*, in *Palaeographica, diplomatica et archivistica. Studi in onore di Giulio Battelli*, II, Roma 1979 (Storia e letteratura. Raccolta di studi e testi, 140), pp. 25-28, sul profilo paraprocedurale e probatorio della procedura *apud acta*.

lizzata dalla storiografia da punti di vista diversi e talvolta troppo settoriali o di parte: per esempio, è stata vista sullo sfondo di una contrapposizione e poi di un incontro, spesso enfatizzati, fra il diritto romano puro e ufficiale, "refrattario in massima alla forma scritta" per i negozi¹⁶, a parte l'arcaico e abbastanza misterioso *nomen transcripticium* di Gaio III 128¹⁷, e i diritti provinciali, adusi ad una larga documentazione, della quale ancora non capisco affatto bene la funzione¹⁸; ovvero quella questione è stata vista in base a C. 4, 21, 17, d'età giustiniana, sui *contractus in scriptis*¹⁹; ovvero è stata vista in nesso con la storia della *stipulatio*, quella fonte e forma di obbligazioni cardine del sistema romano, che secondo la maggioranza degli storici giuristi in età tardoantica o sarebbe caduta in disuso o, di fronte alla scrittura, sarebbe degenerata o, per alcuni, si sarebbe trasformata da forma orale in forma scritta, e cioè sarebbe sfociata in una *scriptura* documentaria, che perciò ci riguarderebbe²⁰.

Non si può in questa sede entrare in merito a problematiche tanto vaste e ingarbugliate né a fonti, normative e documentarie, numerose e di discussa e discutibile interpretazione.

Devo invece dire che non sono d'accordo con nessuna delle tesi proposte. Infatti, semplificando al massimo e tenendo fermi sia il tradizionalismo giuridico romano, sia le

¹⁶ V. ARANGIO RUIZ, *Documenti probatorii e dispositivi in diritto romano* (del 1953), ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici* cit., p. 425.

¹⁷ A illustrazione del quale v. V. ARANGIO RUIZ, *Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale* (del 1950), ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici* cit., pp. 355-362.

¹⁸ Vale a dire che non so proprio se esisteva un contratto letterale greco o no, v. F. BRANDILEONE, *Sulla supposta "obligatio litterarum" nell'antico diritto greco* (del 1919-1920), e *Note a recenti difese del contratto letterale nell'antico diritto greco* (del 1923), ambedue ora in ID., *Scritti* cit., II, pp. 293-378, 379-405. A consolazione della mia confusione mi rifugio dietro G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963³, p. 139, il quale in proposito conclude che "l'esistenza e il carattere di un contratto letterale greco è oggetto di viva discussione". Vorrei aggiungere un dubbio: nel mondo greco "i contratti sono indicati con nomi che si riferiscono alla diversa struttura formale del documento. Così fra i documenti privati... si usa distinguere il χερσόγραφον documento unilaterale preferito per le obbligazioni da mutuo e somiglianti, e redatto in forma di lettera..., e ἑπιόμνημα contenente in apparenza un'offerta di contratto, ma trasformato in contratto perfetto dalla sottoscrizione della controparte... Altre volte il documento privato prende il nome di συγγραφή e la forma di una relazione oggettiva degli avvenimenti..., sottoscritta da sei testimoni" (V. ARANGIO RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano 1928, p. 16). Ecco, penso che l'uso di quei nomi ad indicare i contratti non deponga automaticamente e necessariamente per una funzione formale o dispositiva del documento greco, ma possa dipendere sia dalla mancanza di figure e categorie del negoziare greco sia dalla possibilità che i greci "ritenessero il solo consenso come sufficiente in ogni caso a generare l'obbligazione" (BRANDILEONE, *Sulla supposta "obligatio litterarum"* cit., p. 306), e perciò sopperissero così alla lacuna di *nomina* contrattuali.

¹⁹ F. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scrittura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano 1965, pp. 411-443, che allarga enormemente la portata della norma presa in esame con un'esegesi sulla quale ci sarebbe molto da discutere.

²⁰ La letteratura sulla *stipulatio* è vastissima; a titolo indicativo mi limito a: BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte* cit., pp. 62-63, 66, 87; S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", Rom. Abt., (1914), pp. 214-305, (1922), pp. 262-397; BRANDILEONE, *La "stipulatio"* cit.; G. G. ARCHI, *Studi sulla "stipulatio". La "querella non numeratae pecuniae"* (del 1938), ora in ID., *Scritti* cit., I, pp. 521-641; ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale romano nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (del 1943), ora in ID., *Scritti* cit., III, pp. 1809-1833; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* cit., pp. 130-132; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano 1952, cap. II (pp. 85-132); B. NICHOLAS, *The Form of the Stipulation in Roman Law*, "The Law Quarterly Review", 69 (1953), pp. 63-79, 233-252; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, pp. 34-59; A. WINKLER, *Gaius III, 92. Anlässlich der These von B. Nicholas: nur die hier genannten Stipulationsformen seien bis zum Jahre 472 zugelassen gewesen*, "Revue internationale des droits de l'antiquité", 3^e ser., 5 (1958), pp. 603-636; J. C. VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénérée?*, "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenes", 26 (1958), pp. 409-436; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio* (del 1958), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano 1965, pp. 249-256.

spinte esercitate dalla prassi nei secoli e gli spazi guadagnati nell'uso, sia infine le inquietudini e le ansie che percorrono il vasto impero cosmopolita dall'età del dominio e che cercano in ogni modo certezze, sicurezze, garanzie, *firmitas*, ebbene si sperimenta nelle fonti un formalismo esasperato – il formalismo non è sempre semplificatore e chiarificatore come vorrebbe Schulz nel suo bellissimo libro²¹ –, si coglie insomma un formalismo barocco, tutto mirato ad accumulo di garanzie, ognuno dei quali è “una specie di pezzo di riserva del meccanismo negoziale”²².

Se questo è vero, non solo la *stipulatio* non degenera né trasmuta, la sua forma da orale a scritta (come vorrei sostenere in altra sede), ma la scrittura, di per sé e per conto suo, arriva a una funzione negoziale che si va ad aggiungere a quella della *stipulatio*, come “pezzo di riserva”. Come? Non è possibile qui seguire i cammini e i passaggi percorsi dalla scrittura fino a raggiungere questa meta; né è possibile districare qui l'intreccio di spinte e fattori pregiudiziali o extragiuridici – di crescita massiccia delle pratiche di scrittura, di usi e di mentalità comune – e giuridici – di diritto usuale – che ha operato in questa direzione. A indicazione minima, si può appena segnalare la via rappresentata dal tema della *firmitas*, quel tema che in età tardoantica diviene assillante e centrale nella sfera negoziale: perché *firmitas* è *robur*, *vigor* e cioè validità, ma è anche *soliditas*, *stabilitas*, *diuturnitas*²³ e cioè saldezza e perciò difendibilità, costanza e durata. E se la capacità probatoria del documento ha giocato e gioca forte sul fronte della difendibilità e durata, ciò ha spinto quel documento a straripare dai suoi argini originari fino a rappresentare, nella mentalità corrente, anche un requisito di forma (e di una forma concreta, ferma e duratura) atto alla validità.

E questo straripamento, al termine di un lungo cammino, è al fine raccolto e incanalato dalla norma, che con C. 4, 21,17 dell'anno 528 canonizza una scrittura formale. Una scrittura che definirei formale, appunto, e costitutiva, non dispositiva, distinguendo attentamente le possibili funzioni negoziali del documento *ad substantiam*, e usando, con i necessari adattamenti, di nomenclature moderne, spiegate per esempio da Pugliese in questi termini: “l'essere requisito essenziale per l'efficacia della dichiarazione di volontà è proprio dei documenti costitutivi, sia la forma scritta richiesta dalla legge o dalle parti” (e questo secondo caso è quello contemplato da C. 4, 21,17); “invece, se il documento esprime la volontà... e perciò partecipa al perfezionamento di un negozio... o contiene la dichiarazione negoziale” il documento è dispositivo (e questo caso sarà adattabile al documento altomedievale)²⁴.

²¹ F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO RUIZ, Firenze 1949 (Collana di studi economici, giuridici, politici e sociali, ser. II, I), p. 69.

²² F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, “Rivista di diritto processuale civile”, III (1926), p. 197.

²³ *Thesaurus linguae latinae*, VI/1, fasc. IV, s.v.

²⁴ G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova 1938 (Studi di diritto privato diretti da M. Roton-di, XIII), pp. 164-165. Meno perspicua e mirata mi sembra la nota a proposito di “documento costitutivo, o dispositivo” di M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, p. 555 n. 60: “Si suole talora, com'è noto, distinguere fra documento costitutivo e documento dispositivo, in quanto nel secondo il documento sarebbe necessario non soltanto – in quanto documentazione – per la nascita del rapporto negoziale, ma anche per l'esercizio dei diritti che nascono dal negozio, dando luogo ad una sorta d'incorporazione del diritto nel documento”, cf. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 204-205. A fronte della generale riluttanza dei Romani ad usare di definizioni, tradurrei poi con ‘formale’ quel *sollemnis* che talora sfugge ad alcune fonti: per esempio, C. Theod. 59 “sub idonea et sollemni scriptura”, o P. Tjäder 33 dell'anno 541 “instrumentis sollemniter confectis”.

Quindi, alle somme, si è profondamente convinti che nella prassi tardoantica e in particolare giustiniana le forme e le formule dei documenti rispecchino veramente nel senso e nella funzione i tanti e stratificati elementi del sistema e che tale sistema sia coerente, avvertito e colto pur nel suo barocchismo: per esempio, un qualsiasi P. Tjäder di vendita testimonierà sotto il profilo probatorio le dichiarazioni dei testi sia al negozio sia al documento e testimonierà perfino la *licentia* d'insinuazione *apud acta* che ne assicuri la *fides* per un eventuale giudizio; sotto il profilo sostanziale poi configurerà un contratto che continua a nascere e a valere *ex consensu*, ma che anche, a cautela, è formalizzato da una *stipulatio*, per niente affatto degenerata o trasformata ma testimoniata dal documento, e poi è formalizzato ancora da una *scriptura* con i requisiti voluti da C. 4, 21, 17.

E non basta. A conclusione di tanta sequela di formalismi e a ricciolo finale di tante volute, quel documento di vendita così complicato di formule ma così fermo di gesti verrà sottoposto ad un ultimo, enfatico atto formale e solenne quale l'*absolutio-traditio*: un atto che nessuno ci racconterà mai attraverso quali passaggi logici e linguistici sicuri dall'*ἀπολύειν* dei giuristi di Palazzo sia approdato nella pratica, reiterandosi nella *traditio* di parte e nell'"absolvi" del tabellone; ma un atto che comunque deve essere visto come essenziale, se la norma ci torna su tre volte²⁵ e se la pratica lo testimonia a chiusura del contratto nelle sottoscrizioni testimoniali delle donazioni e nella *completio* delle vendite, proprio mentre la cancelleria combatte i "verba superflua... quae rerum effectus nullus sequitur" e la "verbositas"²⁶.

Se il quadro del documento tardoantico è complesso e ridondante, anche il panorama degli scrittori di documenti è variegato, affollato e fluido, e quel poco che ne è sopravvissuto - la produzione tabellionale di Roma e di Ravenna - non è che la punta di un iceberg. La documentazione degli atti dei privati non era monopolio dei tabellioni, come per lo più ci verrebbe fatto di pensare; anzi, i tabellioni professavano "in civitatibus", magari in grandi città, ma "in agris"²⁷, nelle piccole città o nei centri minori?

E poi, d'altra parte, ci sono i tanti chirografi ricordati dalla norma, le tante *cautiones* o i tanti *brevia* elencati negli inventari²⁸, le scritture fatte "secrete" e cioè privatamente, domesticamente, per mano dei contraenti o di un *alter quilibet* o per mano se non di professionisti della documentazione comunque di scrivani e cioè *notarii*²⁹, ovvero in piccoli *municipia* e in tempi perigliosi e di sconquassi i documenti redatti da scribi di curia e cioè *exceptores* e *tabularii*³⁰.

Insomma, nella realtà dei fatti e nell'uso, un mosaico policromo di affari e di negozi e perciò di istituti, di strumenti giuridici e di persone: un mosaico le cui innumerevoli tessere fino all'ultimo, grazie a una norma imponente, pervasiva e imperiosa e ad una dottrina sapiente e sottile, sono tutte connesse e coese.

4. Questo mosaico multiforme ma unitario si frantuma e si dissolve in Italia alla conquista longobarda: venti impetuosi e turbinosi lo disperdono in mille tessere, alcune delle quali - le più varie - ricadono qua e là negli spazi misteriosi e silenziosi del primo Medioevo³¹.

²⁵ In C. 4, 21, 17, ma cf. anche Nov. 44, 1: "dum dimittitur" o "quum perficitur".

²⁶ C. 8, 53, 37.

²⁷ Nov. 73, 9.

²⁸ P. Tjäder 47-48, in TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri* cit., II, pp. 190-192.

²⁹ C. 8, 17, 11.

³⁰ Nov. 73, 8.

³¹ È bello, come sfondo, il quadro tratteggiato da V. FUMAGALLI, *L'alba del Medioevo*, Bologna 1993.

Sono ormai accanto i Romani e soprattutto la Chiesa, che trattengono pochi relitti stinti di una civiltà travolta, e i Barbari, che si stanziavano per gruppi e conoscono vincoli giuridici stretti per *thingatio* e *wadiatio*, e cioè per atti formali e simbolici o per una *res praestita*, e cioè per obbligazioni reali³². I primi sono sopravvissuti ad un ordinamento scritto ma perduto; i secondi hanno sempre vissuto secondo un ordinamento orale e consuetudinario – le “*antiquas legis patrum... quae scriptae non erant*” di Roth. 386 –, infine scritto nella lingua dei vinti ma pur sempre poco segnato da usi di affari e negozi: si pensi che l’Editto longobardo più antico, quello di Rotari appunto (a. 643), tratteggia una società molto scarna e semplice quanto a diritti reali e ad obbligazioni, trattati da pochissimi dei primi 366 capitoli³³. E gli uni e gli altri – Chiesa, Romani e Longobardi – sono ormai lontani dalle proprie civiltà d’origine, e sono in se e me a riavviarsi verso un futuro da inventare.

Sommessamente e a stacchi lunghi ricompaiono intrecci di rapporti giuridici. E i conquistatori stranieri, che ora mettono per iscritto le loro norme, per negoziare e disporre dei loro beni si avvicinano a quel che resta della civiltà dei vinti e della Chiesa e vi portano qualcosa della loro mentalità e dei loro usi, innestandovi alcuni loro tradizionali istituti, come per esempio il *launchild*.

E cosa resta di quella civiltà, la cui norma vasta e raffinata è stata travolta e sarebbe comunque incomprensibile ora? Restano i relitti della pratica, i pochi resti della documentazione, che sono arrivati all’alba del Medioevo in un pulviscolo di forme e formule e per uno sparpaglio di echi e frammenti.

A Piacenza, per esempio, alcuni straordinari documenti di vendita dell’VIII secolo recano quell’arcaica formula “*emit mancipioque accepit*” e si aprono addirittura con quella strana formula introduttiva “*Expensum predeis rustecis*” che, secondo Arangio Ruiz, nel suo attacco fa ipotizzare un lontano archetipo in documenti contabili del tipo di alcune tavolette ercolanesi³⁴.

A Piacenza e a Milano nel 721 e nel 725³⁵ si trovano documenti con quella dichiarazione introduttiva dello scrittore – “*Scripti ego X forensis (o tabellio o exceptor o notarius) rogatus et petitus a Y, ipso praesente, mihi que dictante...*” – che rinvia a un modello di vendite ravennati, come già notava Schiaparelli, e a un modello tabellionale agguingerei³⁶; e la troviamo quella *praescriptio* nel bolognese³⁷ e nella Tuscia occidentale, a Pistoia e a Chiusi³⁸.

³² ASTUTI, *I contratti obbligatori cit.*, pp. 194 e ss. Sulla *thingatio* v. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna 1933, pp. 291 e ss.; F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano 1967², pp. 73-74, 163-164; e da ultimo E. CORTESE, *Thinx, Garethinx, thingatio, thingare in gaida et gisil. Divagazioni longobardistiche in tema di legislazione, manomissione dei servi, successioni volontarie*, “*Rivista di storia del diritto italiano*”, 61 (1988), pp. 33-64.

³³ Cf. indicativamente E. BESTA, *Fonti*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, I/1, Milano 1923, anast. 1969, p. 138, e F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 107.

³⁴ *Codice diplomatico longobardo* (d’ora in avanti CDL), a cura di L. SCHIAPARELLI, I-II, Roma 1929-1933 (Fonti per la storia d’Italia, 62-63), nr. 52, 60, 64, 79, 129, 130, 142; v. SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche*. II, *Tracce di antichi formulari nelle carte longobarde* (del 1933), ora in ID., *Note di diplomatica cit.*, pp. 224 e ss., e ARANGIO RUIZ, “*Mancipatio*” e documenti contabili da Ercolano a Piacenza (del 1956), ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici cit.*, pp. 486-495.

³⁵ CDL, I, nr. 29, 36.

³⁶ SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche*. II, *Tracce di antichi formulari cit.*, pp. 230-231; TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri cit.*, II, pp. 8-9, e cf. P. Tjäder 35, p. 108, e P. Tjäder 37, p. 122.

³⁷ CDL, II, nr. 271.

³⁸ CDL, I, nr. 38, 92, 97; II, nr. 141, 174, 185, 187, 288, 294.

E a proposito di vendite, sempre nel Nord³⁹ – ma ancora con una puntata a Pistoia⁴⁰ – spunta quella dichiarazione di quietanza del prezzo ad apertura di testo e prima della descrizione del bene venduto, secondo una tipologia che, come giustamente rilevava il Voltellini⁴¹, richiama le forme delle quietanze chirografarie del tipo delle tavolette pompeiane e che diverrà prevalente sia in Italia settentrionale sia nella Tuscia⁴².

O ancora: nel Nord – a Pavia, Piacenza, Varsi, Milano, Verona e così via⁴³ – si diffonde nelle carte di donazione quella formula d'apertura con la quale il donatore dichiara "praesens praesentibus dixi"⁴⁴. E tale formula non è da mettere in relazione con l'atto compiuto *inter praesentes* e "con la dichiarazione orale", come vorrebbe Brandileone⁴⁵, né con la documentazione compiuta *inter praesentes* a ricambio della *stipulatio*, come pensava Brunner⁴⁶; essa, invece, che si sviluppa da una formula di *salutatio* e che è testimoniata da una donazione ravennate del 625⁴⁷, va messa in rapporto, a mio parere, con quelle esigenze di pubblicità, notorietà e di manifestazione chiara di volontà sulle quali aveva battuto l'età tardoantica e adesso, nel primo Medioevo, anche con quel rilievo che ha per i Longobardi la pubblicità nei trasferimenti di beni, compiuti alle origini e consuetudinariamente davanti alla *thinx* o *gairethinx* e cioè all'assemblea⁴⁸.

In alcune di quelle donazioni, poi, si trova quell'altra formula che pure diverrà molto comune, del tipo "et non mihi liceat exinde amplius nolle quod semel volui", che richiama anch'essa un passo della prassi ravennate: "Contra quam etiam inrevocabilem donationis meae paginam polliceor numquam esse venturam... quoniam et legebus cautum est, ut, quod semel in loca venerabilia donatum vel quoquo modo cessum fuerit, nullo modo revocetur"⁴⁹; ed è bellissima la formula nella variante pavese del 730⁵⁰ – "quod a nobis semel factum vel conscriptum est, inviolabiliter volumus ut maneat, quippe cum de re semel conlata iura legesque prohibeant aliquam repetitionem movere" –, con quel "conscriptum" a precisazione del "factum" e quel riferimento a *iura legesque* colto e raffinato rispetto al più pratico "legebus cautum est" del papiro sopravvissuto.

Un'altra scheggia di cultura romana e romanza: a Pavia nel 761⁵¹ compare quell'arenga "Commutatio bone fidei noscitur esse contractum, ut vicem emptionis optineat firmitatem eodemque nexu obligat contrahentes", che diverrà usuale nei documenti di permuta, e che riecheggia sia C. 4, 64, 2, sia *Lex Visigotorum* V, 4, 1, legge germanica del gruppo gotico⁵².

Un ultimo esempio: regolarmente a Lucca e in una prima fase a Spoleto⁵³, e una volta

³⁹ CDL, I, nr. 36, 119; II, nr. 137, 226.

⁴⁰ CDL, I, nr. 38.

⁴¹ H. VON VOLTELINI, *Die Südtiroler Notariats Imbreviaturen des XIII Jahrhunderts*, Innsbruck 1899, p. LXVIII.

⁴² P.S. LEICHT, *Formulari notarili nell'Italia settentrionale*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier 1908, anast. Aalen 1969, pp. 54-55, e ID., *Influenze di scuola in documenti toscani dei secoli XI-XII* (del 1909), ora in ID., *Scritti vari di storia del diritto italiano*, II/1, Milano 1948, p. 71.

⁴³ CDL, I, nr. 48, 54, 59, 78, 83.

⁴⁴ Cf. LEICHT, *Formulari cit.*, p. 50.

⁴⁵ BRANDILEONE, *La "stipulatio" cit.*, pp. 504-505.

⁴⁶ BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte cit.*, pp. 21-22, 98.

⁴⁷ P. Tjäder 21 (p. 358), cf. TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri cit.*, II, p. 261.

⁴⁸ CALASSO, *Il negozio giuridico cit.*, p. 74.

⁴⁹ P. Tjäder 20, a. 600 cr. (pp. 346, 348).

⁵⁰ CDL, I, nr. 48.

⁵¹ CDL, II, nr. 155.

⁵² Ed. K. ZEUMER, in M.G.H., *Legum sectio I/1*, p. 218; v. LEICHT, *Formulari cit.*, p. 50.

⁵³ PRATESI, *Lo sviluppo del notariato nel Ducato spoletino cit.*, pp. 511-512.

a Chiusi e a Volterra⁵⁴ i documenti – scritti da ecclesiastici, *notarii*, da un *amicus* dell'autore giuridico come a Volterra o da un suo nipote come a Lucca⁵⁵ – non hanno *completio*, quella *completio* che d'altronde, ed è bene sottolinearlo, Giustiniano aveva richiesto ai soli tabellioni e che perciò, in linea di massima, se doveva essere stata requisito e formula dei documenti tabellionali, doveva invece mancare in molte scritture romane prese a modello.

In conclusione, qua e là tessere disseminate di un mosaico senza più disegni: un mondo fluido⁵⁶ e osmotico, nel quale si fa alla meglio, con i modelli che si hanno o si trovano, con quanto di quei modelli si capisce ancora e con la libertà nella quale come pionieri di una documentazione da rifondare ci si può muovere. Un mondo fluido e senza direttrici sicure che, però, già nella seconda metà dell'VIII secolo va convergendo verso forme documentarie generali e comuni, come testimonia il Nord con la normalizzazione della formula di *completio*, per esempio, o come suggerirà poi, successivamente, il Sud con la ricomparsa e l'uso compatto di una *cartula* priva di *completio*, derivata evidentemente e tipizzata da un modello diverso e non tabellionale⁵⁷.

5. Un'altra girandola di termini e locuzioni, pervenuti anch'essi dall'antichità ma ora affastellati in modi spesso sconnessi, tormentati e un po' sconclusionati, ammulina tante sottintese domande sulle funzioni di quella documentazione.

Per gli storici del diritto la funzione dispositiva assolta dalla *charta* altomedievale nell'ambito dei negozi sembra assodata, anche se non è del tutto chiara e pacifica nei suoi molti risvolti⁵⁸. Non così per i diplomatisti, inceppati da un famoso libro di un loro eccellente maestro, che, messe da parte drasticamente le lontane intuizioni di Brunner e colpito dalla tesi di Brandileone, sosteneva quasi vent'anni fa la funzione meramente probatoria della *charta* stessa⁵⁹.

Ma a me pare che la teoria di Brandileone sia respinta assolutamente dalle fonti e sia stata superata con lucidissima logica dagli storici giuristi successivi, come Astuti, anche se questi però, interessati principalmente proprio alla logica delle obbligazioni, hanno mancato un punto, quello di periodizzare e storicizzare al massimo il profilarsi e l'evolversi delle cose. Vale a dire che sono straconvinta della funzione *d i s p o s i t i v a*, come diremmo oggi, del documento altomedievale: dispositiva, non costitutiva come in età romana, perché ora per le obbligazioni non è più questione di fonti, forme, requisiti

⁵⁴ CDL, I, nr. 66, 84.

⁵⁵ CDL, I, nr. 28.

⁵⁶ Proprio come l'ha ripercorso SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche. II, Tracce di antichi formulari cit.*, pp. 217 e ss.

⁵⁷ F. MAGISTRALE, *Il documento notarile nell'Italia meridionale longobarda*, in *Scrittura e produzione documentaria nel Mezzogiorno longobardo. Atti del Convegno internazionale di studio, Badia di Cava, 3-5 ott. 1990*, a cura di G. VITOLO e F. MOTTOLA, Badia di Cava 1991 (Acta Cavensia, I), pp. 260 e ss. L'A. alle pp. 270-271 richiama giustamente come possibili ascendenti della carta meridionale priva di *completio* o l'*instrumentum quasi publice confectum* o l'*instrumentum* tabellionale d'età teodosiana e comunque pregiustiniana; io proponendo per la prima ipotesi.

⁵⁸ ASTUTI, *I contratti obbligatori cit.*, cap. V, pp. 239 e ss., e cf. ASTUTI, *Obbligazioni (dir. intermedio)*, del 1979, ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, 3, Napoli 1984 (Ius nostrum, 2^a ser., 1/III), pp. 2123 e ss.

⁵⁹ COSTAMAGNA, *L'alto Medioevo cit.*, pp. 275 e ss.: l'A., a mio parere, supera troppo facilmente la lunga e serrata discussione di Astuti (che pure cita a p. 276), discussione che investe con forte logica tutta la questione contrattuale, nelle sue logiche e nelle sue forme, e che, sempre a mio parere, conclude giustamente per un sistema altomedievale di tipi contrattuali; questi tipi sono disegnati pian piano proprio dalla pratica e sono modellati, come accennerò, proprio dalle *charte*.

o altre squisitezze del genere, ma è tempo di una elementarità spoglia, schietta ed espressiva che manifesti e conchiuda i vincoli. Ma sono anche straconvinta che tutta questa storia è da riconsiderare a fondo e da rivedere, però non in blocco bensì per stadi e fasi incisive.

Per esempio, nella prima età longobarda, in carte fortemente impoverite di grammatica, sintassi e formulario ci si affanna a dire a cosa serve quel documento; non solo, ma si fa ancora qualche negozio senza un documento⁶⁰, che poi però viene emesso dopo qualche tempo. E gli scrittori, a motivazione della documentazione, parlano di *monimen*, *cautela*, *stavilitas*, *perennis securitas*, *firmitas*, *confirmatio*, *vigor*, *rovor*⁶¹, tutti termini che Roma aveva coniatati e usati con sapiente consapevolezza e prudenza, e che ora vengono martellati con l'insistenza e anche l'annaspio grintoso di una cultura allo stato nascente e alle strette.

Ma già negli anni di Liutprando e più ancora nella seconda metà dell'VIII secolo la pratica, di per sé e come interprete di una visuale collettiva, comincia a incanalarsi verso uno sbocco: intravede cioè un'obbligazione comune a vincitori e vinti, tutta manifestata e calata nella *charta*, come scolpisce a tutto tondo quella bella *cartola manifestationis* di una vendita pavese del 759⁶², che con il suo foglio di pergamena e la sua scrittura raccoglie, consolida e trattiene per sempre la "professio" palese e sicura della volontà e delle disposizioni negoziali e quindi il vincolo giuridico. Una carta dunque, quella d'approdo, che mette in atto e realizza il negozio e dispone del diritto che vi sta scritto – *per chartam* si dona, si vende e così via –, che si fa 'titolo', come diremmo oggi^{62bis}, profila gli *iura* degli istituti trascurati dalla norma e si solleva ad integrare la *lex*.

Non c'è né tempo né spazio per illustrare tutto ciò, ma si possono richiamare alcuni elementi indicativi. Si pensi, infatti, a quelle formule nelle quali ci si impegna a non andare "contra hanc paginam"⁶³ o "pro hac promissionis pagina" si riceve un *launichild* "secundum legem"⁶⁴, oppure a quelle espressioni secondo le quali le pretese fondate su una *cartula convenientie* vengono respinte perché *q u e l l a c a r t a* "nec per thinx est facta nec per launichild"⁶⁵, formule ed espressioni tutte dove la carta è sinonimo d'obbligazione.

O si pensi a quella causa discussa a Lucca nel 786, nella quale viene fuori che un prete, avendo affidato *per chartam* una chiesa a un altro prete e volendo riprendere la chiesa per affidarla a un certo chierico, non solo fa rubare dal chierico il documento al primo affidatario, ma quando quello glielo ha portato glielo fa distruggere, dicendo "si non delis cartulam istam ibidem te confirmare non possum" (e quello la brucia): dove è chiaro che l'obbligazione *s t a e s t a s o l o* nella carta⁶⁶. O, ancora, si pensi al cap. 116 di Liutprando, dove nel caso di permutate o vendite minacciate da terzi, a difesa dell'avente titolo si dice che "sic deveat esse, sicut in ipsa cartolam legitur"⁶⁷, ovvero ai casi presenti nella pratica di carte atte "ad exigendum" o a che il destinatario con esse "per

⁶⁰ CDL, I, nr. 46, 98, 109; II, nr. 141.

⁶¹ Per esempio, CDL, I, nr. 7, 12, 17, 20, 22, 23, 40, 45, 46, 61, 68... 104; II, nr. 137, 168, 260.

⁶² CDL, II, nr. 137.

^{62bis} Ma cf. già *Exp.* a Liutpr. 115 e a Otto I 1, par. 6.

⁶³ CDL, II, nr. 151, 152, a. 761.

⁶⁴ CDL, II, nr. 152.

⁶⁵ CDL, II, nr. 163, a. 762.

⁶⁶ CDL, II, App.

⁶⁷ Sul fatto che la *cartola* sia un elemento recepito, usato e comune a Longobardi e Romani cf. Liutpr. 7, 10, 22, 23, 29, 58, 63, 91 ecc.

se ipso se deveat se defendere”⁶⁸. Ovvero infine, per la carta che, in una prospettiva di consuetudine, ora equivale alla *lex*⁶⁹, si pensi a quella formula che compare in un placito spoletino del 791⁷⁰ e che diverrà usuale nei placiti del *Regnum*, per la quale il tribunale, in presenza di documenti, sentenza “secundum quod ipsa cartula continebat... et secundum legem” o a quegli incisi nei documenti del tipo “sicut superius legitur” che si riferiscono non solo alla *res* in oggetto, ma spesso anche agli *iura* configurati dal documento stesso e al suo *tenor*.

Insomma, verso la fine dell’VIII secolo in Italia la carta si va caricando di significati e funzioni; e proprio a questo punto si pone quell’altra croce storiografica che è la *traditio chartae*, espressa e compendiata dalla formula *post traditam* nella *completio*.

È nota la tematica risalente al Brunner, per il quale un atto di *traditio* sarebbe stato necessario al perfezionamento del negozio e della *charta* dispositiva⁷¹. Di seguito al Brunner discussioni e interventi, tra i quali, per esempio, quello di Schiaparelli, volto ad affermare che la formula *post traditam* si riferirebbe in genere ad una *traditio super altare* e cioè ad un atto non rilevante giuridicamente⁷².

Anche qui non posso indugiare, ma mentre penso che la tesi di Schiaparelli per l’età giustiniana prima e per i secoli a partire dal IX poi sia insostenibile, penso che per il primo Medioevo qualche ragione essa la abbia e che la tesi di Brunner, complessivamente più acuta e robusta, presenti però dei punti deboli. Il fatto è che i due studiosi consideravano il problema secondo prospettive un po’ unilaterali, e cioè il primo (Schiaparelli) da un’angolazione longobarda, il secondo (Brunner) dall’angolazione dell’epoca giustiniana e poi del *Cartularium Langobardicum* della fine del secolo X, mentre ancora una volta è assolutamente necessario periodizzare e guardare all’evoluzione.

Dopo il VI secolo dunque, che abbiamo già toccato, in età longobarda e alla ripresa di una pratica di documentazione, la formula *post traditam* nella *completio* riappare nel Nord prima timidamente e con qualche intermittenza: non c’è a Treviso nel 710 né a Pavia nel 714 né a Pisa nel 720 e 727⁷³; sembra allargarsi nell’uso, invece, negli anni di Liutprando – da Piacenza a Milano, poi Treviso, Pistoia, Novara, Pisa, Pavia⁷⁴ –, restando episodica a Lucca dove peraltro non si usa granché la *completio*; infine, a partire dalla metà dell’VIII secolo, si afferma anche a Lucca con la *completio*, e intanto arriva a Farfa ma non a Spoleto e Rieti⁷⁵.

Ritengo pertanto che di una *traditio* a perfezionamento del negozio e della carta per quella prima età longobarda non si possa neanche parlare, tenuto oltretutto conto che di un negozio, della *charta* e di un perfezionamento di essi in quei decenni faticosi e ‘primitivi’ non si sarà avuto nessun chiaro senso giuridico. Ritengo poi che, solo sul finire del regno longobardo con l’avvio della carta verso un ruolo dispositivo e solo nel Nord con la normalizzazione della *completio*, la formula abbia cominciato anch’essa ad assu-

⁶⁸ CDL, II, nr. 281, a. 773; *Chartae latinae antiquiores*, Part XXVII, Italy VIII, a cura di J.-O. Tjäder, Dietikon Zürich 1992, nr. 832, a. 796 Piacenza.

⁶⁹ Sulla “posizione di netta preminenza assunta dalla consuetudine rispetto alla legge e alle altre fonti di diritto” in questo periodo v. ASTUTI, *Legge (dir. intermedio)*, del 1973, ora in ID., *Tradizione romanistica* cit., 3, p. 2053, e E. CORTESE, *Norma giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, 28, Milano 1978, pp. 393-394, 396-397 (par. 5).

⁷⁰ C. MANARESI, *I placiti del “Regnum Italiae”*, I, Roma 1955 (Fonti per la storia d’Italia, 92), nr. 8.

⁷¹ BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte* cit., pp. 86-87, 97 e ss.

⁷² SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche*. III, *La formula “post traditam (chartam)”* cit., pp. 248 e ss.

⁷³ CDL, I, nr. 14, 18, 23, 40.

⁷⁴ CDL, I, nr. 29, 36, 37, 38, 44, 45, 48.

⁷⁵ CDL, V, *Le carte dei ducati di Spoleto e di Benevento*, a cura di H. ZIELINSKI, Roma 1986 (Fonti per la storia d’Italia, 66), nr. 30, 49.

mere, se non ancora un significato giuridico preciso, canonico e fermo, almeno una qualche normalizzazione ed una qualche risonanza suggestiva e rituale – come indicano per esempio quelle carte di permuta che i due autori “ad invicem tradiderunt”⁷⁶ –. Aggiungo, per inciso, che quei casi in cui una *traditio* viene fatta “super altare”⁷⁷ non mi sembrano spostare di niente i termini di questa vicenda, perché in essi il destinatario è un ente religioso, una chiesa, e perciò è rappresentato in forma icastica appunto dall’altare.

Una spinta decisiva alla fissazione di un atto di *traditio chartae* e alla canonizzazione della formula *post traditam* credo si verifichi con la conquista franca del *Regnum*, in quel mondo cosmopolita di Romani, Longobardi, Burgundi, Alamanni, Franchi. Perché i Franchi dominatori, da un lato, i più ‘puri’, germanici e meno romanizzati dei conquistatori, e quella congerie di Germani di tanti ceppi e tante storie che con loro arriva, dall’altro, hanno al fondo del loro bagaglio mentale e culturale negozi e obbligazioni compiuti per simboli, ossia con atti rituali consistenti nella *consegna* di simboli⁷⁸.

Questi atti germanici, compiuti per riti, quando sono documentati, vengono testimoniati per *notitia* o *breve*⁷⁹; e se si tratta di atti di alienazione – e in particolare di quel negozio che è la donazione – vengono tradotti nella lingua latina e figurativamente con il termine di *traditiones*: sono *traditiones* gli atti di ultima volontà o *pro anima* di K.M. 78, 92 e 105⁸⁰, è un *tradere* il donare *pro anima* di Hlud. 11, è un negozio di alienazione, che può comprendere la vendita, la *traditio* di Loth. 31⁸¹.

Anche i nuovi conquistatori, in Italia e ben presto, si piegano al ‘sistema della charta’, ma vi trovano appiglio per il loro proprio simbolismo appunto nella *traditio* espressa dalla formula finora oscillante e che da ora – nella società composita di Romani e Germani di tante stirpi – diventa canonica e ferma e lo resterà fino a tutto il secolo XI e oltre, pur nella secchezza di un ramo morente.

Dunque, la *traditio chartae*, fra stadi longobardo e franco, sembra aver seguito la vicenda appena accennata: una vicenda che corre dalla incerta eredità di una formula giustiniana alla canonizzazione della stessa formula per una pennellata germanica aggiunta alla carta in età franca: e in questo senso la *traditio* non è tanto espressiva del perfezionamento del contratto e della carta, dispositiva già di per sé, quanto piuttosto è una formalità complementare e addizionale che lega il retaggio delle consuetudini e della mentalità dei vincitori al retaggio della romanità⁸², per un risultato tutto nuovo e originale, medievale e ‘romanzo’.

E ciò mi sembra confermato dal Cartulario Longobardo. Quella *summula* scolastica e teorica sulle obbligazioni⁸³ di una età ottoniana così vivacemente colorita di germanesi-

⁷⁶ CDL, II, nr. 155, 249.

⁷⁷ CDL, I, nr. 117.

⁷⁸ A. de BOÛARD, *Manuel de diplomatique. L’acte privé*, Paris 1948, pp. 59, 62 e ss., 74, 107-125.

⁷⁹ Per la Francia v. BOÛARD, *Manuel cit.*, pp. 76-78, 107-113; per l’Italia cf. *Codex diplomaticus Langobardiae*, a cura di C. PORRO LAMBERTENGHI, Torino 1873 (Historiae patriae monumenta, XIII), nr. CCXLIII, CCXLVII, CCCCLXXXV, o documento inserito in MANARESI, *I placiti cit.*, I, nr. 128.

⁸⁰ Diversamente la più tarda *Expositio ad Librum Papiensem* a K.M. 78, che intorno al termine di *traditio* ragiona di *corporalis traditio*.

⁸¹ E cf. la *Formula* al cap.

⁸² Sono assolutamente d’accordo con ASTUTI, *I contratti obbligatori cit.*, p. 283, quando specifica che “la funzione dispositiva della *charta* non si fonda soltanto sull’atto formale della *traditio*... ma anche e soprattutto sulla speciale efficacia materiale riconosciuta alla forma scritta, al documento come forma negoziale”, ed è per questo che la stessa funzione la svolge anche la carta meridionale non sottoposta a *traditio*.

⁸³ Si discute sul carattere più o meno pratico del *Chartularium* e cioè di formulario per la redazione di documenti privati, v., fra gli ultimi, G. DIURNI, *L’Expositio ad Librum Papiensem e la scienza giuridica preir-*

mo sembra rappresentare a tratti forti il quadro contrattuale e documentario dei tempi: un quadro che ha assunto i modelli latini della documentazione nelle loro tracce ancora visibili e comprensibili, ma li legge alla longobarda (e se chi contratta "Romanus est, similiter"), alla salica, alla ripuara e così via, e li infiochetta di *eloquia et gesta* che – se non sono tutti retorici, come pur in parte è possibile⁸⁴ – riecheggiano antiche tradizioni di riti contrattuali d'Oltralpe, già ricordate nelle *Formulae Marculfi* o nella *Lex Salica*⁸⁵; e a ripresa di quei *gesta* traduce per i Germani il sistema imperniato sul documento proprio con la *traditio chartae*.

Ma al di là del pot-pourri di colori, resta che la carta uscita dal crogiuolo romano-barbarico dell'alto Medioevo ha una portata forte e originale e nella sua apparenza asciutta e severa, spesso povera e dimessa, e nel grigiore delle sue forme riveste una realtà corrusca e carica di valenze.

Intanto essa non è una semplice somma di fattori e apporti (romani e barbarici), ma è un frutto tutto nuovo, spuntato e cresciuto là dove il gelo della rovina per i Romani, della decadenza e marginalità per i Bizantini e della lontananza dalle origini per le *gentes* d'Oltralpe ha coperto e cancellato sistemi giuridici chiari e netti di partenza e di riferimento.

In secondo luogo, la carta nata nell'alto Medioevo, per la penuria di norme di diritto privato di quell'età e per l'abbondanza invece di documentazione sempre in aumento dall'VIII-IX secolo, con i suoi profili e le sue formule finisce per tipizzare i contratti, disegnando essa nella sua usualità e totalità la mappa o il sistema delle obbligazioni; ma questo riguarda gli storici del diritto.

Infine, quella carta, come concreta e comprensibile manifestazione e formalizzazione negoziale, svolge un'immediata, diretta e insostituibile funzione dispositiva e di tessitura di rapporti giuridici obbligatori, nel Nord conquistato dai Franchi e nel Sud longobardo e bizantino.

6. A corollario della funzione dispositiva della *charta* restano da toccare alcuni punti problematici: quello delle rispettive posizioni di *charta* e *notitia*, e quelli dei rapporti ed eventuali nessi della *charta* con la *wadiatio*, con la *convenientia*, con la *stipulatio*, tre termini che risuonano in tanti documenti, che rinviano a temi giuridici di gran peso e che spesso s'intrecciano nelle considerazioni degli storici giuristi, mentre tenderei a tenerli separati ai fini di una maggiore chiarezza.

Quanto al primo problema – *carta/notitia* – penso, come ho detto, che la carta dispositiva sia fulcro di tutto il 'sistema' romano-barbarico dei contratti obbligatori, e soltanto di quello: tutte le obbligazioni o di derivazione romana, o formatesi mistamente su tracce romane e con innesti barbarici, o sviluppatasi variamente su tracce romane negli usi spesso locali di quei secoli (come i contratti agrari) trovano fondo e cornice nella carta. Invece, ciò che resta fuori da quel sistema e cioè le obbligazioni barbariche originarie e pure, come le *wadiationes* del Sud – resistenti perché lì è più forte, come dice

neriana, Roma 1976 (Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 23), p. 106, che parla di "modelli per la confezione di atti privati". A me sembra, invece, che l'operetta non riguardi affatto la redazione di documenti, ma tratti appunto del 'sistema' delle obbligazioni dell'epoca, incentrato certo sulla *charta*.

⁸⁴ P.S. LEICHT, *Le ultime vicende della "mancipatio" in Italia*, "Rivista di storia del diritto italiano", 5 (1932), pp.19-21.

⁸⁵ *Formulae Marculfi, Praef.*, ed. K. ZEUMER, in M.G.H., *Legum sectio V. Formulae*, p. 32, cf. BOÜARD, *Manuel* cit., p. 68; *Lex Salica*, 86, 3: "et accipiat fistucam et dicat verbum", ed. K.A. ECKHARDT, in M.G.H., *Legum sectio I. Legum nationum Germanicarum*, IV/2, pp. 148-149.

Magistrale, la “persistenza del diritto longobardo”⁸⁶ – o gli atti giuridici non contrattuali, tutto ciò è calato nel *breve* o *notitia* o *memoratorium*, un documento che perciò ha e può avere soltanto valore probatorio.

Aggiungerei che penso che il *breve* o *notitia* o *memoratorium* altomedievale tipizzi le sue strutture formali proprio nel Medioevo, partendo probabilmente da scritture memorative atipiche, amorfe e informali – e perciò flessibili e atte ad essere modellate *ex novo* – d’ascendenza tardoantica⁸⁷: scritture che troviamo citate più volte in fonti romane⁸⁸, che troviamo esemplificate in P. Tjäder 8 dell’anno 564 come semplici elenchi “*subter adnexi*” ad una *chartula*⁸⁹, e che vediamo ripetersi nel primo Medioevo come elenchi o registrazioni di testimonianze, per esempio, o di beni o di uomini o di “*moniminas*”, magari con l’aggiunta di qualche elemento formalizzante come l’invocazione o la data o una dichiarazione dello scrittore o le sottoscrizioni dei testi⁹⁰. Penso, perciò, che proprio l’assenza di caratteri formali tipici di scritte comunque d’ambito documentario e d’età romana – usate per elenchi, note, registrazioni, inventari, brevi relazioni – abbia permesso il nuovo e lento modellarsi dei *brevia* o *memoratoria* probatori che troviamo dal IX-X secolo (quando nella sfera contrattuale romano-barbarica si canonizza la carta dispositiva) e, prima ancora, abbia permesso lo strutturarsi delle *notitiae iudicati* medievali come relazioni sintetiche di una serie di elementi e di atti salienti del processo⁹¹.

⁸⁶ F. MAGISTRALE, *Il documento notarile nell’Italia meridionale longobarda* cit. p. 272. L’A. nota (p. 265) inoltre che “la prima particolarità del *memoratorium*” e “il nucleo giuridico” di esso consiste nella “concessione della *guadia*... e designazione del *mediator*, espresse a nome della controparte, con le quali quest’ultimo personaggio rilascia all’autore una precisa garanzia in merito ad accordi o *convenientie* relativi a fatti giuridici o a negozi di natura diversissima”; già alcuni anni prima, a proposito della diversità funzionale fra *charta* e *notitia* o *breve*, facevo l’ipotesi che i contratti altomedievali d’origine romana, anche se segnati di germanesimo perché magari fermati con *wadia* o per *thingatio*, fossero calati nella forma della carta, mentre obbligazioni longobarde pure o investiture saliche o atti non contrattuali come le *divisiones* fossero calati nella forma meno tipizzata e, aggiungerei, non obbligatoria della *notitia* (cf. il mio *Documento privato e notariato: le origini*, in *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV. Actas del VII Congreso Intemacional de Diplomática*, València 1989, p. 985): resto dello stesso parere, puntualizzando che le *convenientie* che Magistrale trova nel Sud sono per lo più patti fermati dalla *wadia*, mentre le *convenientie* che io trovo nel Nord (e che richiamavo in quell’ipotesi sopra ricordata) sono contratti obbligatori, v. in seguito.

⁸⁷ PRATESI, *Il notariato latino nel Mezzogiorno medievale* cit., p. 252 e n. 69, pensa che il *breve* o *memoratorium* sia accostabile all’*epistula traditionis* tardoantica del tipo di P. Tjäder 32; ma l’*epistula* romana, sia come documento pubblico che come documento privato, ha una struttura formale molto peculiare, in particolare nel protocollo, che passa grosso modo invariata al Medioevo.

⁸⁸ Cf. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte* cit., pp. 55-57, e O. REDLICH, *Die Privaturkunden des Mittelalter*, München u. Berlin 1911, p. 8; v. soprattutto P. Tjäder 47-48, un inventario d’archivio della prima metà del VI secolo che enumera, fra i documenti, tre *breves* e una *notitia*.

⁸⁹ Ed. da TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri* cit., I, pp. 240, 242. “Breve de diversas species, quae vinditae sunt de successione...”, “notitia de res Guderit”, “notitia... de domus, quae sunt intra civitate Ravenna, seu praedia rustica, quae sunt in diversis territoriis...”.

⁹⁰ CDL, I, nr. 19, *breve de inquisitione* a. 715: registrazione di testimonianze, introdotta da invocazione simbolica, data, invocazione verbale e breve presentazione degli atti sotto elencati; CDL, I, nr. 70, *memoratorium de morgengab*, a. 739: elenco dei beni in oggetto, senza forme particolari; CDL, II, nr. 154, *notitia brevis* circa uomini divisi o liberati, a. 761: elenchi di uomini, appunto, con un escatocollo consistente di data, dichiarazione “*scripsi*” dello scrittore, sottoscrizioni di testi; CDL, II, nr. 161, a. 762; CDL, II, nr. 295, *breve de moniminas*, aa. 768-774: elenco di documenti che comprende *cartule*, *praecepta regis*, *iudicata*, *epistule* e brevi.

⁹¹ CDL, I, nr. 17, *notitia iudicati* a. 714: il documento di placito è già introdotto dal classico *Dum* e aperto dalla indicazione del tribunale, in questo caso consistente nel solo maggiordomo di re Liutprando, e del luogo del giudizio; seguono i momenti fondamentali della causa; chiudono l’*admonitio* del giudice al notaio di scrivere la *notitia* e la data, mancano ancora le sottoscrizioni.

Alle somme, se le forme del *breve* o *notitia* si modellano man mano per ritenere e custodire la memoria di atti non contrattuali o di dati, quanto alla funzione il tradizionale binomio brunneriano – *charta* dispositiva e *notitia* probatoria – trova fondamento e ragioni nella realtà altomedievale degli atti giuridici.

Non sono d'accordo, invece, con Brunner sull'ipotesi di un uso della *charta* come *wadia* e di una assimilazione della *traditio chartae* alla *datio wadiae*, e cioè non sono d'accordo sull'ipotesi che un documento funzioni come “sostituto” della *wadia*⁹². Come ho accennato, la *traditio* ha un'altra e propria storia; e se i due termini di carta e di *wadia* l o g i c a m e n t e avrebbero potuto forse confrontarsi e avvicinarsi, s t o r i c a m e n t e o si passano semplicemente accanto – la prima polarizza la sfera negoziale, la seconda se ne allontana –, ovvero si attestano ambedue, a fianco ma separate. Infatti, a Nord la *wadiatio* longobarda compare appena, ampiamente superata dalla carta nel sistema negoziale comune⁹³ e prima che della carta stessa si canonizzi la *traditio*, mentre a Sud resta a sé e indipendente, intimamente legata alle pratiche originarie e distintive di uno solo dei due popoli, e testimoniata dai *memoratoria*.

Quanto al rapporto della *charta* con la *convenientia*, ho già lungamente sostenuto altrove⁹⁴ come la seconda, a meno che non sia usata nel senso generico di accordo, indichi una ‘categoria’ altomedievale di atti obbligatori che si tipizzano tutti per una spiccata bilateralità e che sono tutti modellati e conclusi proprio nella e dalla carta.

Infine, la raffinata *stipulatio* romana: se i giuristi e i Romani dell'impero di Giustiano sapevano ancora bene cos'era e non la confondevano certo con il documento, essa è ormai incomprensibile al nuovo Medioevo, che arriva a lambire come una risonanza non spenta e però malinconica e marginale. A livello colto c'è chi la ricorda scolorendola a *promissio*, come l'enciclopedico Isidoro – “*Stipulatio est promissio vel sponsio; unde et promissores stipulatores vocantur*”⁹⁵ –, c'è chi la ripescava un attimo quale parola difficile e la usa per “designare” addirittura il contratto formale tipico dei barbari e cioè la *wadiatio*, come il cap. 15 di Liutprando⁹⁶, e chi, in una cerchia di cultura ecclesiastica e sulla base delle venerande *Istituzioni* III, 15 e 19, ne fa oggetto di uno scolastico sommario e di una breve informazione antiquaria, come la *Lex Romana canonice compta* ai capp. CCVI e CCVII⁹⁷. A livello pratico e operativo di concrete negoziazioni e di relativa documentazione, dell'antico e autorevolissimo contratto romano sopravvivono brandelli coloriti ma di modesta rilevanza e certo non più connessi col ruolo netto, centrale e portante della *stipulatio* d'un tempo ormai lontanissimo, brandelli come il verbo *spondere* usato talvolta nei dispositivi e coniugato a significare un promettere negoziale o come quella formula suggestiva che è la formula stipulatoria, incastonata a chiusura di una scrittura documentaria.

⁹² BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte* cit., pp. 66, 147-148; anche ASTUTI, *I contratti obbligatori* cit., p. 284, dice di una “assimilazione della *traditio chartae* alla *datio wadiae*”.

⁹³ Nel centro-nord minime tracce di *wadia* nel primo sistema contrattuale romano-longobardo a tutto vantaggio e agio della carta: una *wadia* aggiunta nell'escatocollo di una carta di cessione di beni per assicurare una prestazione di compenso della cessione stessa a Rieti nel 745 (CDL, V, nr. 6), una *wadia* aggiunta in calce ad una *cartula promissionis* di prestazioni d'opera a Chiusi nel 765 (CDL, II, nr. 192), e il ricordo di una *wadia* prestata “*divitione fatiendum*” a Bergamo nel 772 (CDL, II, nr. 262).

⁹⁴ G. NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai preimeriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Milano 1991 (*Ius nostrum*, 19), pp. 40-57.

⁹⁵ *Etym.* 5, 24, 30.

⁹⁶ Cf. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., pp. 143, 151, 184.

⁹⁷ Ed. C.G. MOR, *Lex Romana canonice compta. Testo di leggi romano-canoniche del sec. IX*, Pavia 1927, pp. 147-153.

Come formula, in età longobarda, la *stipulatio* viene ripresa e spesso fraintesa a Nord, e verso la fine di tale età sembra andare perdendosi, proprio come si perderà nel Sud. Ma nel Nord, prima di svanire del tutto, quella formula ha un revival e trova una ripresa nuova e forte con l'arrivo dei Franchi, proprio come è successo con la *traditio*: perché al seguito di Carlo e con i Franchi ci sono anche Germani della Gallia meridionale, Burgundi per esempio, adusi alla documentazione romana; e nelle carte d'Oltralpe certo formulario volgare e di prassi ripete che la *stipulatio* "omnium chartarum accomodat firmitatem"⁹⁸ e questa allettante anche se illogica affermazione trova un'eco e una fissazione in certi tipi di documenti d'Italia, per esempio a Nord nelle delicate donazioni e a Roma o a Ravenna nelle antiche e tradizionali enfiteusi.

Mi scuso per la brevità e la leggerezza con le quali ho toccato temi tanto difficili e complessi, ma il tempo è tiranno una volta di più e il documento medievale è un cumulo di termini, formule e funzioni, e non è un tutt'uno fisso ma segue i capitoli di storie longobarde e poi franche e poi ottoniane e preirneriane.

Ed è per la stessa tirannia di tempo che non mi soffermo sul periodo ottoniano o, meglio e più ampiamente, preirneriano, e mi permetto di rinviare a un mio studio in proposito⁹⁹: da lì, infatti, spero si evinca abbastanza facilmente e basti ripeterlo in sintesi, come, proprio in quel secolo e mezzo circa, la dottrina - e penso per esempio alla scuola longobardistica del Sacro Palazzo e ad opere come *l'Expositio ad Librum Papiensem* - canonizzi le funzioni e le forme del documento altomedievale, mentre allo stesso tempo già affiorano qua e là spunti di una scienza e di una prassi giuridica nuove, che dal secolo XII muteranno profondamente il quadro della documentazione.

7. Si è derto sin qui della *charta* nella sua funzione dispositiva; resta perciò da guardare al suo profilo probatorio.

Si dice spesso di essa come di una prova "privilegiata"¹⁰⁰, ma confesso che questa definizione non mi convince e non mi piace, e mi spiego. Un concetto di prova "privilegiata" o è troppo generico e dice poco o niente ovvero sembra riferirsi ad un quadro

⁹⁸ *Chartae latinae antiquiores*, XIII, France I, a cura di H. ATSMAN e J. VEZIN, nr. 571, donazione aa. 690-691: "stipolacione pro omne firmitate subnexa"; *Chartae latinae antiquiores*, I, Switzerland, a cura di A. BRUCKNER, nr. 40, vendita a. 744 Gebertswil: "et cartola esta sua obteniad firmitatem Aquiliani Arcaciani leies stibolacionis, quia omnium cartarum adcomodat firmitatem", e cf. nr. 44, donazione a. 744 S. Gallo. L'adagio circa la *stipulatio* "quae omnium chartarum accomodat firmitatem" mi sembrerebbe coniato dalla pratica e non dalla cultura e dalla norma, come sembrerebbe affermare, forse per *lapsus*, certa storiografia da F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello e Roma-Torino-Firenze 1909, pp. 132, 136-137, a CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 185; sulla base delle *Sentenze* di Paolo e di C. Theod. 2, 9, 3 (e non 8, ed. MOMMSEN, Berlino 1954²) = Lex rom. Wisig. 2, 9, 1. Che circa la *stipulatio* usata a formalizzare la clausola penale (e perciò ricordata a chiusura di testo nei documenti) ci sia stata una bella confusione fra Pauli *Sent.* 1, 1, 3 e 2, 22, 2, e C. Theod. 2, 9, 2 e 2, 9, 3, è evidente (si rilegga il secondo esempio documentario citato all'inizio di questa nota, e cf. ASTUTI, *I contratti obbligatori* cit., p. 252 n. 7); ma, a mio parere, l'adagio suddetto, proveniente dal canale della prassi, forse ha all'origine quelle clausole documentarie tardoantiche che citavano un'avvenuta *stipulatio* "de omnibus superscriptis" (P. Tjäder 30, 31, 33, 38-41, e P. Marini 118) e che nella accelerata volgarizzazione del diritto del VII-VIII secolo sarebbero scivolte dalla originaria prova di una *stipulatio* relativa a tutti i punti contrattuali oggetto della scrittura all'affermazione di una *stipulatio* relativa alla scritta stessa.

⁹⁹ NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai preirneriani* cit.

¹⁰⁰ Per esempio P.S. LEICHT, *Dictum ed imbreuiatura* (del 1910), ora in LEICHT, *Scritti vari* cit., II/2, Milano 1949, p. 206; P. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*, Milano 1968, p. 274 n. 12; COSTAMAGNA, *L'alto Medioevo* cit., p. 158; più sfumati e cauti G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano 1925 (anast. 1969), pp. 283 e ss., e ASTUTI, *I contratti obbligatori* cit., pp. 263 e ss.

processuale nel quale si abbia una valutazione razionale, differenziata e sistematica dei possibili tipi di prova, tra i quali il documento goda di una speciale considerazione.

Invece, a mio parere, per l'alto Medioevo si deve partire da tutt'altro ordine di idee e di fatti. E cioè si deve considerare che in quei secoli i signori del processo sono i conquistatori: sono loro che, se sul terreno negoziale hanno in parte ceduto ai vinti e al loro sistema di scritture, sul piano giurisdizionale, con una posizione di segno netto, tengono ben strette in pugno le linee direttrici e le chiavi del giudizio.

Il che significa, per quel che ci riguarda, che tutta quanta la materia probatoria rientra in quel sistema di prove "irrazionali" che Lévy chiama "religiose o soprannaturali", discendenti da giuramenti e duelli¹⁰¹; e che anche il documento d'ascendenza romana, che pur viene assunto tra le prove¹⁰², viene tradotto al modo e ai valori germanici e si colorisce anch'esso di sfumature ordaliche.

Vale a dire che in primo luogo esso è prova non solo di fatti – come in un processo romano o bassomedievale o moderno – ma anche di diritto. Peraltro, come s'è detto sopra, la *charta* oltre che prova è insieme titolo e come tale permette quella "facundia loquendi cum monimen" in giudizio, come direbbe Liutpr. 54, o quel "contendere per cartulam" che spesso dicono i placiti¹⁰³, o quella "licentiam... causas agendi, responsum reddendi, finem ponendi... cum cartula" che dicono i documenti dalla seconda metà del X secolo; e, come prova e titolo insieme, la carta fa prova di se stessa e dimostra quel diritto che essa stessa configura.

In secondo luogo, quel documento, nel suo profilo probatorio e secondo l'andamento di un processo ordalico, non è usato a istruire la causa perché il tribunale valuti le prove ed emetta poi la sentenza, ma determina a u t o m a t i c a m e n t e la sentenza (ed è perciò forse che, staccato dal suo contesto giudiziale complessivo, appare prova "privilegiata").

Insomma, è impossibile trattare la prova scritta altomedievale con categorie e metro inadeguati, perché essa si inserisce in un quadro generale probatorio a r c a i z z a n t e e di matrice ordalica che la condiziona e la forgia ed è impossibile scindervi diritto e fatto: e se proprio dovessi darle un nome, quella carta ritenuta in giudizio "bona et vera"¹⁰⁴ o "vera et legitima"¹⁰⁵, e cioè valida come titolo e veritiera come testimonianza, la chiamerei "globale", seguendo Pugliese che ha coniato il termine per una prova di tipo simile del processo arcaico romano¹⁰⁶.

Quanto questo regime, che ingloba la prova scritta d'eredità romana, sia caratterizzato in senso irrazionale e ordalico ce lo manifestano alcune fonti che gettano lame di luce sul panorama altrimenti fermo e stereotipo offerto dalle *notitiae iudicati*: Liutpr. 118, che pur incerto sui giudizi di Dio, riconferma il vigore della *pugna*, perché "propter consuetudinem gentis nostre Langobardorum legem ipsam vetare non possumus"; o un

¹⁰¹ J.-Ph. LEVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, in *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XVII: *La preuve*, 2ème partie, *Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles 1965, p. 10; J. GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen Age: doctrine, législation et pratique canoniques*, *ibid.*, pp. 99-105; ASTUTI, *Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico* (del 1971), ora in *ID.*, *Tradizione romanistica cit.*, I, pp. 83-104.

¹⁰² E ciò da alcuni viene letto come una concorrenza più o meno marcata della romanità con il germanesimo, v. per esempio SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie cit.*, alle conclusioni di pp. 294-295 o di p. 405; e G.P. BOGNETTI, *Un canone milanese e il diritto penale longobardo*, ne *L'età longobarda*, I, Milano 1966, pp. 322, 324, che parla di "scostarsi" o di "giustapporsi" delle due procedure, la romana per testi e documenti e la longobarda per giuramenti.

¹⁰³ Per es. MANARESI, *I placiti cit.*, I, nr. 55.

¹⁰⁴ Per es. MANARESI, *I placiti cit.*, I, nr. 81, 90.

¹⁰⁵ Lud. P. 5.

¹⁰⁶ G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, "Jus", n. ser., 11 (1960), p. 398.

giudizio di Reggio dell'824, nel quale i giudici, mentre fanno redigere la *notitia iudicati* per la parte vincente, fanno dare a quella soccombente "ad commemorandam causam aliquos ictos"¹⁰⁷; ovvero i primi capitoli di Ottone I, dove l'accusa di falso a carta o a *scriptiones* determina la *pugna*; ovvero il giudizio di Garfagnolo addirittura del 1098, dove malgrado l'allegazione di *praecepta regum* e di passi delle Istituzioni e del Codice giustiniani, Matilde di Canossa assegna il duello, secondo le linee di un processo ancora ordalico alla fine del secolo XI¹⁰⁸.

Se già il concetto di carta "bona et vera" è indicativo del ruolo in giudizio delle scritture, anche il contrapposto concetto di falso, che con difficoltà si coglie dalle fonti, è utile ad illuminare qualche punto: sembrerebbe massivo il concetto in Roth. 243, e cioè sembrerebbe comprendere il documento contraffatto o alterato ovvero genuino ma mendace; è come falso il documento genuino ma contro legge di Liutpr. 22 e 91; è falso il documento surrettizio, per esempio un precetto imperiale materialmente vero ma ottenuto con la frode e perciò "a nodo falsum et ideo evacuandum ac destruendum"¹⁰⁹.

Con i Franchi la norma comincia a considerare l'accusa di falso: ma il c. 5 di Ludovico II, il c. 72 di Lotario, il c. 6 di Guido, malgrado qualche pennellata romanica qua e là (come la *collatio* con altri documenti), finiscono poi con i giuramenti; e i coloriti germanici si accentuano con gli Ottoni e il loro duello.

Insomma, con i Franchi, con gli Ottoni e ancora per tutto il secolo seguente l'accusa di falso al documento diventa un atto per passare alle prove ordaliche. Questa ricusazione è indicata con locuzioni come "cartam falsam facere", "chartam falsare", "cartam falsam appellare"; ed essa, che non ha niente a che fare con problemi di falso documentale, porta invece a "purificare chartam", come dicono le fonti, con quelle prove che sono in effetti mezzi di purgazione¹¹⁰, e così a "idoniare" o "idoneam facere" la scrittura: i rigurgiti e le riprese di germanesimo in questa fase procedurale, dall'età franca all'XI secolo, non potrebbero essere più netti e forti.

In una realtà del tipo velocemente tratteggiato sprofonda il concetto di autentico come noi lo intendiamo, e della *fides* romana, in senso razionale e logico-giuridico, si perdono le tracce. Una scrittura è semplicemente "roborata" dai testi al negozio, tra i quali in primo luogo, perché tecnicamente bravo e socialmente autorevole, il notaio. E nessuna norma dice che questi testi, a parte evidentemente il notaio, debbano intervenire direttamente e in prima persona nella documentazione - tanto che non mi meraviglia affatto che nell'VIII secolo si siano trovati tanti *signa crucis* non autografi¹¹¹ -, perché nessuna norma né la cultura di giudici e notai né la prassi giudiziale né la mentalità comune colgono più il problema dell'autenticità del documento e dei mezzi per assicurarla.

Da questa prospettiva di opacità del problema e del concetto di autentico va riguardata anche la procedura di *ostensio chartae* del X-XI secolo. Infatti, se non convince proprio la tesi di Manaresi circa la esistenza di effettive vertenze e veri processi, che sarebbero quasi nascosti dalla monotona e scandita verbalizzazione della produzione del documento al placito e poi del testo del documento stesso e infine del suo riconosci-

¹⁰⁷ MANARESI, *I placiti* cit., I, nr. 36.

¹⁰⁸ MANARESI, *I placiti* cit., III/2, Roma 1960 (Fonti per la storia d'Italia, 97.2), nr. 478, v. NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai* cit., p. 74 n. 196, e ora E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico*, Roma 1992, p. 14.

¹⁰⁹ MANARESI, *I placiti* cit., II/1, Roma 1957 (Fonti per la storia d'Italia, 96.1), nr. 232.

¹¹⁰ SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie* cit., pp. 26 e ss.; ASTUTI, *Spirito del diritto longobardo* cit., p. 90.

¹¹¹ P. SUPINO MARTINI, *Le sottoscrizioni testimoniali al documento italiano del secolo VIII: le carte di Lucca*, "Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano", 98 (1992), pp 87-108.

mento¹¹², non convince neanche la tesi scaturita dal Ficker ma costruita da una parte della storiografia storico-giuridica e diplomatistica circa una pratica procedurale volta all'autenticazione della documentazione¹¹³, una pratica che, si badi, avrebbe riguardato perfino i documenti sovrani che talvolta si trovano prodotti^{113bis}.

Se nessuna delle due soluzioni sembra persuasiva, penso invece, sulla linea di Calasso¹¹⁴, che in realtà l'esibizione del documento al placito sia atto introduttivo di una manifestazione al massimo della pubblicità e della 'pubblicazione' possibili per un accertamento di diritti, di *iura* – così come sono configurati e stabiliti dalla scritta dispositiva –, accertamento che si risolve formalmente, e naturalmente, nel riconoscimento della documentazione che li definisce.

Questa terza spiegazione della procedura di *ostensio*, la più semplice e diretta, non solo aderisce al meglio e senza forzature ai dati, ai modi e ai 'ritmi' degli atti giudiziali così come sono documentati, ma caratterizza anche, forte e bene, una fase storica di incertezze diffuse e endemiche, alle quali risponde uno strumento peculiare come la procedura di *ostensio* appunto, messo in opera da prassi e cultura (e penso alla Form. 17 del *Cartularium Langobardicum*: "Qualiter carta ostendatur") per garantire titoli e beni.

E tutto ciò senza stonature, perché spostare il problema e la sua soluzione a temi di autenticità e autenticazione di documenti, in questi secoli, in questo clima e in questa realtà culturale e pratica, colpirebbe come una stecca: nella vicenda altomedievale della documentazione dispositiva e probatoria così come è stata ricostruita, il motivo puramente probatorio e logico e razionale dell'autenticazione documentaria spunterebbe inopinato e incongruo, infondato e direi perfino un po' insensato.

8. Muovendo dagli stessi presupposti di un concetto di autenticità regredito e sbiadito bisogna riguardare al problema del notariato altomedievale, notariato che come istituzione è logicamente e strettamente connesso a questioni di autenticazione.

Per quanto riguarda i *notarii* d'età longobarda sono ancora del parere di Schiaparelli e Cencetti e cioè che essi non siano che "semplici scribi forniti di una certa esperienza delle formule documentarie, privi di ogni autorità"¹¹⁵.

Un importante e gran bel libro di vent'anni fa, già citato, che sosteneva un qualche nesso del notariato altomedievale con una *auctoritas* "superiore"¹¹⁶, non mi ha mai convinto, anche se avrebbe ben meritato un'attenta discussione della esegesi delle fonti usate, delle argomentazioni addotte e soprattutto del quadro di riferimento storico: per un piccolo esempio, il passo di Cicerone "ad faciendam fidem auctoritas quaeritur"¹¹⁷, usato a base della saldatura del termine *scriba* alla parola *auctoritas*¹¹⁸, dovrebbe essere maneggiato con cautela e levità, affinché non risulti oltremodo equivoco e fuorviante sia perché il passo si riferisce ai testimoni in processo e non agli scrittori di documenti, sia

¹¹² C. MANARESI, *Della non esistenza di processi apparenti nel territorio del Regno*, "Rivista di Storia del diritto italiano", 23 (1950), pp. 179-217, e 24 (1951), pp. 7-45.

¹¹³ Fra gli altri ASTUTI, *I contratti obbligatori* cit., pp. 274 e ss. e PRATESI, *Appunti* cit., p. 526, e ancora *Genesis e forme del documento medievale*, Roma 1987, p. 52; ma già NICOLAJ, *Documento privato* cit., pp. 985-986.

^{113bis} Per esempio MANARESI, *I placiti* cit., I, nr. 106, 113, 118, 119, 136...

¹¹⁴ CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., *Append.*, pp. 351-382.

¹¹⁵ L. SCHIAPARELLI, *Note diplomatiche sulle carte longobarde*. I: *I notai nell'età longobarda* (del 1932), ora in ID., *Note di diplomatica* cit., in particolare le conclusioni a pp. 212-213; G. CENCETTI, *Il notaio medievale italiano* cit., p. XIII = *Il notariato medievale italiano*, "Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova", 4 (1965), p. 4.

¹¹⁶ COSTAMAGNA, *L'alto Medioevo* cit., in particolare p. 176.

¹¹⁷ *Topica* XIX, 73.

¹¹⁸ COSTAMAGNA, *L'alto Medioevo* cit., p. 165.

perché l'*auctoritas* di cui parla Cicerone non ha proprio a che fare con poteri politico-istituzionali ma è invece un "pouvoir moral" e una "force de persuasion" dei testimoni stessi, insomma un'autorevolezza derivante da qualità personali, morali e sociali¹¹⁹, sia perché quel passo non è affatto utilizzato dal mondo giuridico di quei secoli alti. E il dibattito potrebbe allargarsi ad ogni punto e ad ogni passaggio di quel libro, anche ben oltre il periodo longobardo.

Infatti, neanche con i Carolingi e i loro diversi interventi legislativi per il notariato¹²⁰ credo si faccia un passo verso il notariato 'moderno'; e parlerei con molta cautela e qualche disagio in termini di "ufficialità" e di "nomina dall'alto dei notai"¹²¹.

Dall'alto, con i Carolingi e più tardi in tempi ottoniani – penso alla *licentia comitis* voluta nell'832 da Hloth. 71 (69) e richiamata nella *completio* da notai settentrionali della seconda metà del X secolo che rogano fuori distretto –, la sovranità, con un atteggiamento che non si era più avuto dopo quello del Giustiniano di Nov. 44, si pone il problema di certo livello tecnico, di certa deontologia e di certo ordine da ricercare in un campo professionale delicato, tenta di regolare con un controllo pubblico quadri professionali operanti in ambito giuridico, ma non si pone lo scopo di porre le basi per una istituzionalizzazione pubblica di una funzione notarile per la quale non ci sono ragioni e che infatti non si pone ancora a questo punto della storia del pensiero umano. Peraltro, oltre alla mancanza di ragioni di fondo, andrebbe tenuta sempre presente e ferma la domanda di Cencetti circa le supposte "influenze dei notai giudiziari e dei notai comitali voluti dalle leggi dei Franchi" sulla storia del notariato italiano: "ma perché, allora, quei precedenti hanno operato in Italia, terra d'occupazione di Carlo Magno, e non in Francia, terra d'origine dei suoi capitolari?"¹²².

Quindi, lo stesso *capitulare missorum*, c. 3, dell'anno 803, che recita:

"Ut missi nostri scabinios, advocatos, notarios per singula loca elegant et eorum nomina, quando reversi fuerint, secum scripta deferant", a parte gli effetti che possa o non possa aver sortito, non significa l'investitura sovrana (delegata ai *missi*) di una funzione pubblica ai notai, bensì costituisce il tentativo del sovrano di promuovere e disegnare dal centro i quadri di quelli che amministrano la prassi giuridica, giudiziaria e pure negoziale, di scegliere al meglio fra tutti i possibili attori di quella prassi – K.M. 43 (48), per esempio, dice di testimoni "ad rem quamlibet discuciendam" che "a misso nostro et comite... eligantur" – e di abbozzare e censire un ceto ideale di 'uomini di legge'. I motivi e gli obiettivi della scelta sono tecnici; che poi da ciò venga gettato un primo nesso fra il notaio e il sovrano è episodio di rilievo, ma per ora senza sbocchi. E c'è da aggiungere che quel capitolare non viene accolto nel *Capitulare italicum*.

Né cambiano le cose testimonianze poco note e pur singolarissime e di primo acchito scioccanti come quelle di un *tabellio* Leo a Comacchio nel 963 e di un *tabelio* Gaidolfo da Medicina (a oriente di Bologna, verso il Ravennate) nella seconda metà del secolo XI, che dichiarano nella *completio*, l'una "ha domno Agapitus holim Papa sanctissimus urbem Roma... ordinatus tabellionem"¹²³, l'altra "me Victor gratia Dei papa ordinativit"¹²⁴,

¹¹⁹ J. Ph. LEVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano 1965, pp. 63 e ss.

¹²⁰ Per esempio, *Capitulare missorum* a. 803, o Hloth. 12, 13, 71, 98, 102.

¹²¹ Così invece A. PRATESI, *Lo sviluppo del notariato nel Ducato spoletino* cit., p. 517, e *Appunti per una storia* cit., p. 525, che pure negli stessi lavori si dichiara non convinto della tesi di Costamagna per la parte del notariato longobardo.

¹²² CENCETTI, *Il notaio medievale* cit., p. XII.

¹²³ P. FEDERICI, *Rerum Pomposianarum historia*, I, Romae 1781, nr. 9.

non cambiano il discorso, queste testimonianze, perché quell'*ordinatio* richiamata dai due tabellioni rinvia eventualmente a un *ordo*, a una *schola* e cioè ad un collegio professionale di tradizione tardoantica, come ne conservano le zone romaniche, per esempio Ravenna alla metà del VII secolo¹²⁵ o i ducati costieri meridionali¹²⁶, ovvero come ne disegna ancora, nella seconda metà del X secolo, il mondo bizantino nel costantinopolitano *Liber Praefecti* (Ἐπαρχικὸν βιβλίον) al cap. I, *de tabulariis*. Peraltro, al di là del tabellionato e dei collegi professionali, la Chiesa ha piena dimestichezza con una configurazione in *ordo*. Semmai è di tinta vivacissima, nei casi citati, e quasi preannuncio di storie future il fatto che quell'ammissione al collegio e all'esercizio della professione sia data dai papi.

Certo, con i Carolingi e in modi più incisivi e più continuativi dagli Ottoni in poi, riprendono spiccatamente un certo corso delle cose e certi indirizzi della sovranità che toccano i profili degli esperti della documentazione, che li incrementano sia culturalmente sia nella dimensione di un ceto, che muovono passi verso uno sbocco, verso una soluzione: si pensi alla diffusione fra X e XI secolo della figura bifronte del giudice-notaio, che al profilo dell'autore della documentazione somma quello istituzionale del titolare della giurisdizione, un altro tramite fra sovrano e notaio; o si pensi al fenomeno dei notai e giudici del Sacro Palazzo, che configurano bene un apparato centrale di governo, e si pensi, in contrappunto, al propagarsi capillare e variopinto di notariati locali e cittadini, alcuni più conservatori, pigri e perfino accidiosi, altri più mobili e all'avanguardia¹²⁷. Ma anche questo secondo crescendo, secondo dopo quello tardoantico e giustiniano, non ha uscite.

Perché sbocco ci sia, perché nasca l'istituzione notarile con nomina sovrana quale poi è stata e noi la conosciamo, servono *n e c e s s a r i a m e n t e* alcune premesse concettuali relative al documento che nel regime della *charta* dispositiva e delle prove altomedievali, fino agli inizi del XII secolo e oltre, non esistono; e serve, di sfondo o di piattaforma, una norma vasta, esauriente e sistematica quale è quella che il XII secolo inizia a ricostruire. Perché possa proporsi la funzione certificatrice di un notaio pubblico non basta affatto appellarsi al prestigio notarile, come spesso si fa; o non è sufficiente considerare la nuova portata delle *rogationes* e dei *dicta* fra XI e XII secolo; lì è un indizio importante ma non la chiave del problema.

Invece – fermi i tanti, tumultuosi passi di quell'età – è pregiudiziale cogliere un passaggio logico e culturale che si compirà soltanto, in terza battuta, in pieno rinascimento giuridico e con la scienza di Irnerio, producendo un profondo ed epocale rivolgimento nella storia del diritto e così anche nella storia della documentazione.

In un mondo punteggiato di città, formicolante d'affari e sonoro di maestri d'arti e di diritto con la loro scienza nuova dovrà avviarsi la norma ben presto imponente ed elaboratissima del diritto comune: una norma antica e moderna insieme, intellettualmente

¹²⁴ Archivio di Stato di Bologna, *S. Stefano e Bartolomeo di Musiano*, 3/939 nr. 16, 32/968 nr. 62, 33/969 nr. 41 e 60. Gli amici Roberto Ferrara e Giovanni Feo mi confermano che questo notaio, che anni fa mi aveva colpito, non presenta caratteri, grafici e diplomatistici, di zona bolognese.

¹²⁵ P. Tjäder 24.

¹²⁶ PRATESI, *Il notariato latino nel Mezzogiorno* cit., pp. 237-247.

¹²⁷ NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai* cit., per es. pp. 20 e ss.

controllata come la scolastica d'Abelardo e al culmine gremita come un'architettura gotica.

Con la norma antica dovranno riaffiorare tante mete logiche e dottrinali a lungo sommerse e perdute, e rifiorire ai tempi nuovi, pur anche nutrite e rinvigorite dall'humus depresso dai secoli appena trascorsi: riaffioreranno le categorie e le tipologie contrattuali già elaborate dal pensiero giuridico romano e saranno a fondamento e a quadro dei tipi contrattuali sbalzati dalla pratica altomedievale e di altre 'moderne' tipologie, in un sistema non più riferito alle *chartule* ma tutto ridefinito dalle *leges*; con ciò riaffioreranno la distinzione fra contratti e documentazione probatoria e insieme la distinzione concettualmente fondamentale fra funzione negoziale e funzione probatoria del documento.

La funzione negoziale riporterà distintamente il documento, non più perno di un sistema obbligatorio, al tema complesso ma definito e circoscritto, dottrinale e colto dei *contractus in scriptis* di spunto giustiniano¹²⁸.

La funzione probatoria, invece, tradurrà il documento, spogliato e alleggerito di carichi e valenze che lo avevano segnato nei secoli alti, da *charta* a *instrumentum*, e cioè a mezzo di prova in un sistema probatorio razionale e in una procedura processuale ora ad ampio indirizzo istruttorio, a *memoria* che supera l'*oblivio* ed è *optimum testimonium*, e che proprio per questo mette in gioco la sua *fides* e necessita di autenticità certa. E allora, per questa antica *fides* ora riemersa, nel Nord si troverà finalmente la "soluzione" che diceva Cencetti¹²⁹.

Attraverso il passaggio logico-giuridico appena indicato, il solo che apra la via alla definizione 'moderna' e pubblica del notaio, si convoglieranno e precipiteranno fattori di grande peso: il prestigio del notariato, effettivamente definitosi nella partecipazione notarile di prima fila al cosiddetto rinascimento giuridico e alla compagine cetuale dei giuristi e ora pronto a spiccare anche nel 'nuovo' quadro cittadino; le 'moderne' pratiche di documentazione, che puntano a fare della *susceptio* della rogazione da parte del notaio il "punto centrale del processo di formazione del documento" e perciò del notaio stesso il cardine della 'nuova' documentazione (Cencetti); i possibili nessi del notariato - e quindi la sua legittimazione - con la sovranità, che ora va ridefinendo se stessa e i suoi *iura regalia*, con le più alte *auctoritates* della piramide umana - Impero e Papato - e pure, in prospettiva, con le autonomie cittadine.

Il varco sarà aperto e superato con una rimonta di alcuni decenni (della quale sarebbero da studiare mosse e passi) e sull'onda lunga e ormai gonfia di una miriade di spunti, vecchi e nuovi, di prassi e di scienza: ripenso, per esempio, al notaio e giudice che si muoveva nella scena preirneriana; o guardo allo studio pensoso e immaginoso di Irnerio intorno alla l. *iubemus* (C. 1, 2, 14), la quale nei par. 6 e 7 accomuna tabellioni,

¹²⁸ Considerazioni e indicazioni fondamentali di U. PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, in *Civiltà Comunale: Libro, Scrittura, Documento. Atti del Convegno, Genova 8-11 nov. 1988*, Genova 1989 (Atti della Società ligure di storia patria, n. ser., XXIX/CIII, fasc. II), pp. 53-78.

¹²⁹ Vale la pena di riportare il passo di CENCETTI, *Il notaio medievale* cit. p. X: «notariato e istrumento notarile sono la più efficace e brillante soluzione di un problema che ha affannato tutte le civiltà appena sono giunte a una certa maturità di sviluppo, appena, cioè, si sono rese conto preciso che la vita sociale è un tessuto fittissimo di rapporti giuridici, gran parte dei quali posti in essere dalla volontà dei singoli componenti il corpo della società, la quale sente perciò la necessità profonda di assicurare e certificare le dichiarazioni dei privati affidate alla scrittura, in modo che possano ottenere il dovuto riconoscimento nell'ambito dei diversi ordinamenti giuridici».

giudici e *ius gestorum habentes* e può finalmente suggerire al XII secolo l'idea di una comune funzione di amministrazione della *fides publica* e di autenticazione¹³⁰.

Allora, quella antica *fides scripturae* potrà essere garantita da una *fides publica* intrinseca e inerente al documento, come dirà la *Summa Trecensis* (IV, 21), perché calatavi da un notaio che eserciterà la sua testimonianza come un *publicum officium*, come diranno ancora la *Summa Trecensis* (IV, 20) e la *Summa* di Rogerio (4, 21), un *officium* delegato e conferito dal sovrano, come cominceranno a dichiarare i notai più avvertiti nel corso del XII secolo e come espliciterà Boncompagno da Signa agli inizi del XIII secolo¹³¹. Ovvero, in altri termini, quella antica *fides* del documento sarà ora sorretta, avallata e certificata dall'*auctoritas* notarile, questa a sua volta derivante, sostenuta e legittimata dall'*auctoritas* dell'Imperatore o del Papa.

Mentre nel Meridione questa testimonianza pubblica, autenticatrice e aderente al documento, secondo una via già delineatasi nella pratica e di sapore antico, sarà fornita in primo luogo e fissamente dal giudice ai contratti¹³²: una "soluzione", questa del Sud, perfettamente parallela e alternativa a quella notarile, anche se meno peculiare e duttile, meno dirompente e 'moderna'.

Solo in questo modo, dunque, solo sulla base dell'*instrumentum*, mezzo di prova razionale e imbrigliato da norme e da intarsi fitti di scienza dottorale, si potrà costruire l'istituzione, chiudendo con i secoli profondi dell'alto Medioevo e subito, per il flusso incessante del tempo, cominciando a misurare con la gl. *Quodlibet instrumentum* a C. 4, 21, 15 che l'"auctoritas tabellionis videtur equivalere duobus testibus... et ipsum instrumentum valet duos testes"¹³³. Ma questa è un'altra storia.

¹³⁰ G. ORLANDELLI, *Petitionibus emphyteuticariis annuendo. Irnerio e l'interpretazione della legge iubemus* (C. 1.2.14), del 1983, ora in ID., *Scritti di Paleografia e Diplomatica*, a cura di R. FERRARA e G. FEO, Bologna 1994 (Istituto per la Storia dell'Università di Bologna, Opere dei maestri, VII), pp. 253-525. L'A. ha messo in rilievo, acutamente e da par suo, l'importanza della l. *iubemus* nella storia della cultura e dell'istituto notarile; non sono però del tutto d'accordo con il carissimo e bravissimo Maestro: che la "meditazione" e la "memorabile esegesi" irneriana di questa costituzione possano essersi esercitate su una "miscela" esplosiva per avviare una evoluzione risolutiva mi sembra del tutto plausibile e avvincente, ma non sono affatto convinta che negli anni irneriani (1116 cr.) il notariato fosse già un istituto formato nei fatti e fosse già "considerato un supremo *munus imperii*" (p. 524), per il quale Irnerio andasse in cerca di una legittimazione. Penso invece, da un lato, che Irnerio si sia dedicato alla materia notarile per motivi più ampi e cioè per i legami stretti fra prassi e scienza e per il ruolo svolto dal notariato nel rinascimento giuridico, d'altro lato, che quella della *publica fides* sia stata una "soluzione" o una invenzione per risolvere il problema della *fides* e dell'autenticità del documento, una soluzione magari anche suggerita dai par. 6 e 7 della l. *iubemus*, e che sulle basi di quella invenzione si sia poi costruita l'istituzione nel corso del XII secolo: è sintomatico in questo senso che la nomina di notai non rientri ancora nella costituzione *de regalibus* di Roncaglia del 1158. Insomma, semplificando, se il notariato si consolida culturalmente e tecnicamente in età preirneriana e si costruisce come ceti a un'alta quota sociale, a conclusione di questa volata, nel XII secolo, viene prima il problema dell'autenticità/autenticazione, poi la soluzione della *publica fides* e della funzione degli amministratori di essa (i notai), e così la configurazione della istituzione notarile e la sua legittimazione.

¹³¹ Ed. L. ROCKINGER, *Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten Jahrhunderts*, I, München 1863-64 (rist. anast. New York 1961), p. 154: "ab imperatore siquidem et regibus petuntur secularia officia, ...auctoritas audiendi de appellacionibus, faciendi tabelliones, emancipandi, legitimandi, manumittendi, dandi tutores et curatores".

¹³² M. AMELOTTI, *Il giudice ai contratti*, in *Civiltà del Mezzogiorno d'Italia. Libro, scrittura, documento in età normanno-sveva. Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei paleografi e diplomatisti* (Napoli, 14-18 ott. 1991), Salerno 1994, pp. 359-367.

¹³³ Una valutazione calcolata di questo tipo presuppone alle spalle il lavoro della scienza, canonistica in particolare, in materia di prove e per quel che ci riguarda intorno al concetto di autenticità (per es. X, 2, 22; c. 5, X, 5, 20), e presuppone la costruzione di una teoria e gerarchia delle prove, della quale si è occupato ripetutamente J. Ph. LEVY, da *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge, depuis la*

P.S. Questa mia relazione, consegnata nel Natale 1994, aspettava ancora di andare in stampa quando, nella primavera-estate di quest'anno '95, sono usciti due bellissimi libri di storia giuridica: E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. I, L'alto Medioevo*, Roma 1995, e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, alcune pagine o parti dei quali toccano a fondo la ricostruzione che ho appena finito di fare. Infatti, Cortese dedica alcuni paragrafi al documento altomedievale (pp. 321-330) e, poiché nega la funzione dispositiva della *charta*, manda all'aria quello che per me è un *puzzle* assai ampio e complicato; Grossi, per parte sua, dedica tutta la parte prima del libro a quella che intitola *L'officina della prassi* (pp. 39 e ss.), e della prassi altomedievale coglie magnificamente tutto il dilatarsi fra i cieli di Dio e la terra degli uomini e tutto lo spessore, ma della pratica negoziale sostiene anche la "atipicità" e smonta e scolora così un 'reticolato' per me essenziale alla geografia di quel mondo.

Non se ne può più di dibattiti e 'confronti'. Eppure Cortese e Grossi sono troppo intelligenti e troppo seri e autorevoli perché non li si tenga in grandissimo conto. E allora rifletto una volta di più, non butto via il mio tormentato e tormentosissimo *puzzle*, e anzi lo mantengo tal quale; ma devo dirne il perché, in primo luogo proprio a loro, Ennio Cortese e Paolo Grossi.

Prima di Cortese c'è M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma 1994, che dedica un *excursus* (pp. 560-578) al termine *firmitas* attestato dalle carte altomedievali e al suo "ruolo centrale" e, lamentando che si sia "discusso all'infinito circa il valore probatorio od invece dispositivo della *carta*" e che "principalmente" non si siano "volute leggere le *cartae*", da queste poi, un po' da tutta Europa, trae qualche decina di citazioni di *firmitas* a sostegno dell'affermazione di fondo che "la funzione della *carta* è essenzialmente l'eliminazione dell'incertezza giuridica" (p. 561).

A Lupoi si potrebbe rispondere: 1. che alcuni in passato si sono letti molte *chartae*, e ci hanno pure capito qualcosa, e qualcuno se le legge ancora oggi e in dosi massicce; 2. che gli esempi comparativi di una parola sono suggestivi e utili a propagare echi e richiami e ad allargare gli orizzonti, ma sfiorano appena realtà storico-giuridiche molteplici e diversificate, complesse e profonde, e "perciò le parole vanno maneggiate con prudenza, sapendo che vivono a lungo, ma cambiano continuamente senso e valore" (*La letteratura italiana raccontata da G. PETRONIO. I, La civiltà del Comune*, p. 104); 3. che l'affermazione circa la funzione della carta in ordine all'"incertezza giuridica" è del tutto vaga, mentre la spiegazione di *firmitas* "nel senso di durezza, permanenza ed irrevocabilità" (p. 569) è del tutto monca. E la *firmitas* così intesa è dimezzata, perché, se l'"incertezza del futuro" (p. 560), l'insicurezza, la precarietà e l'inadeguatezza sono costanti dell'animo umano sotto tutti i cieli e in tutti i tempi, in ambito negoziale per quei superstiti del mondo di mezzo il problema è: come disporre dei propri beni e diritti, come rendere chiare, manifeste e valide volontà e disposizioni, e infine come eventualmente difenderle. Quindi il problema non è solo il futuro, il dopo, ma è anche il presente, l'ora e qui: come si fa?

Ma veniamo a Cortese, che dovrò riassumere largamente sia per non tradirne i percorsi sia per 'fermare', se è possibile, una qualche vivacità incalzante di argomentazione.

Anche per Cortese, dunque, "il Medioevo aveva imperniato il problema dell'atto giuridico o del negozio... sulla *firmitas* ch'esso doveva conseguire, adottando un angolo visuale... non nuovo, perché integralmente ereditato dalla romanità".

Della *firmitas* anche Cortese accoglie i significati di irrevocabilità e inattaccabilità; ma, avvertitamente, ispesisce il valore dell'irrevocabilità, che "si affaccia già nello stadio iniziale che potremmo chiamare del 'parto' dell'obbligazione e individua il momento in cui le volontà dei contraenti, dopo essere state in movimento per tutta la fase della gestazione del negozio, appunto si 'fermano' su un risultato... La cosa avviene per lo più nell'attimo in cui si espleta una formalità": e cita come formalità la *stipulatio*, l'*insinuatio*, la documentazione secondo C. 4, 21, 17 nel mondo antico, o quelle medievali del *launegild*, della *datio wadiae*, della deposizione della *charta* sull'altare o della *manufirmatio* dei testimoni.

Da tutto ciò, dunque, "emerge... da una parte l'innata vocazione del documento a costituire un mezzo diretto a 'fermare' le volontà delle parti oggettivandole, dall'altro ad assicurare la memoria del suo contenuto". Ma qui entra in scena Brunner che ha fatto del documento "una forma generatrice di obbligazioni e un mezzo per i trasferimenti di proprietà" e "gli ha dato insomma un'efficacia anche dispositiva".

A questa tesi di Brunner, sulla quale ha pesato, riferisce ancora Cortese, l'idea di una *stipulatio* "trasformata... in un contratto letterale", hanno aderito per esempio Astuti, Leicht (sostenitore della *charta* come contratto formale e causa dell'obbligazione), Schupfer (che ha visto nella *traditio chartae* "l'atto da cui il rapporto giuridico traeva origine e si perfezionava"); mentre ad essa si è opposto Brandileone sostenitore della persistenza del contratto orale della *stipulatio*.

A tutti loro Cortese replica che il Medioevo "si preoccupava d'individuare quale fosse la fonte della *firmitas* e della *stabilitas* ma non quale fosse la fonte dell'obbligazione... Non che, nell'attimo in cui l'*iter* redazionale del documento si concludeva e il negozio diventava *firmum* non nascesse al contempo l'obbligazione. Lo dice chiaramente Giustiniano e persino glosse altomedievali colgono questa coincidenza", glosse che "presentano, proprio in tema di documentazione scritta, la parola *firmare* come sinonimo non solo di *probare* e di *roborare* ma anche di *statuere*..." Però "il documento compare in realtà nelle fonti soprattutto come un *munimen*..., ma il *munimen* non è una 'forma' necessaria". Tant'è che Cortese ricorda tre casi d'età longobarda di negozi compiuti senza documentazione; e ricorda giudizi nei quali i convenuti esibiscono o documenti o testimoni, il che dimostrerebbe che "le due cose avevano parità di efficacia e di funzioni, ...che i documenti spesso non si redigevano".

E le cose non finiscono qui: c'è poi il problema della *traditio* per il trasferimento del possesso, c'è il problema delle cosiddette clausole al portatore, "tali da trasformare in apparenza il documento in vero e proprio titolo di credito", insomma c'è il problema di quell'oggetto misterioso, all'apparenza smorto ma minaccioso che è la scrittura altomedievale. Tant'è che Cortese (alla fine esasperato?) conclude di piglio la sua requisitoria: per il documento altomedievale "nessuna efficacia dispositiva, nessuna trasformazione in titolo di credito".

Allora, vediamo e ragioniamo. Intanto vorrei premettere che sono proprio convinta che non siamo tutti uguali, per esempio c'è chi è più intelligente di altri: voglio dire che Brunner avrà sbagliato alcuni bersagli o alcuni passaggi, ma aveva il fiuto per la pista e

gli orizzonti di un pioniere; che Astuti sarà stato più giurista che storico, ma da giurista c'è da chiedersi se gli funzionava la logica; che un Brandileone, del quale peraltro non condivido tutta la ricostruzione della *stipulatio*, per le fonti aveva un orecchio straordinario. E allora, prima di lasciarci alle spalle ricercatori di questo rango, c'è da pensarci bene: perché gente così trova sempre una traccia giusta o azzecca sempre un pezzo di soluzione.

E veniamo al dunque. Se la storiografia ha moltiplicato e confuso le tracce del documento altomedievale, sgombriamo il campo, ripuliamolo da un vortice di richiami forsennati, improponibili e forvianti, per esempio a contratti letterali di memoria gaiana, a 'forme necessarie', a 'fonti' d'obbligazione e anche di *firmitas*, a titoli di credito che troveremo nella civiltà dei mercanti trecenteschi, a vicende della *stipulatio* e via dicendo: "Il tempo fluisce senza soste: un fiume", ma si distinguono "la direzione del movimento complessivo, e poi, a un certo momento, le svolte, la continuità e l'innovazione... uno stacco evidente" e "a un certo punto, qualcosa ci avverte che la scena è cambiata... è finita un'età e ne è cominciata un'altra" (PETRONIO cit. III, *La civiltà dell'assolutismo e della controriforma*, pp. 8-10); e quei richiami sono tutti fuori tempo, sono tutti riferimenti colti e dogmatici e quindi non utilizzabili, una gabbia.

Accantoniamo per ora, con uno scopo ordinante, problemi pur importanti posti dal documento altomedievale, come quello delle cosiddette clausole al portatore o come quello del trasferimento del possesso: per chi vorrà ci saranno in futuro molte cose da riaffrontare e ripensare, dagli atteggiamenti diversificati che la prassi documentaria assume per aree locali a particolari formule e perciò lineamenti di quella prassi. Per ora andiamo al nocciolo: nel 'sistema' negoziale altomedievale italiano, se lo si può cogliere unitariamente, e io credo di sì, la *charta* ha una funzione, e quale? E come funziona quel 'sistema'?

Liberiamoci infine dalla opprimente ipotesi romanistica: i rinvii al Giustiniano di C. 4, 21, 17 per l'alto Medioevo non servono; e anche la *firmitas* che preme a Cortese non è ereditata dal Medioevo "integralmente" dalla romanità, perché una cosa era la *firmitas* del IV-VI secolo, in quel quadro, con quel po' po' d'ordinamento e quelle pratiche negoziali, una cosa è la *firmitas* nell'VIII-XI secolo, in un contesto del tutto cambiato e che ha a monte una frattura. Una frattura alle origini della prassi altomedievale c'è stata, si palpa, si vede. Certo: quando si ricomincia a scrivere, i modelli sono romani e da quelli si cavano abbozzi di schemi, un po' di lessico, alcuni elementi; ma il mondo è nuovo e diverso, la prassi negoziale esce da una crisi epocale, ha pochissimi riferimenti e frammentari e ora vive fra *gentes* e per *gentes* multicolori.

Dopo anni di silenzio, al quale ci arrendiamo, si riavvia una prassi di scrittura, prima a stento, poi con la forza e la portata di un fiume in piena. Allora, come si fa un negozio? E come si fa, prima ancora di difenderlo?

È vero, sappiamo di tre casi di negozi senza documento: ma sono solo tre casi e di età longobarda, e comunque poi quei tre negozi vengono ripetuti nelle *cartule*.

È vero, in giudizio a difesa dei diritti si producono o documenti o testimoni: ma da sempre esistono modi d'acquisto originari, non per trasferimento da soggetto a soggetto; e allora quei testimoni deporranno sul lungo possesso della cosa contestata e proveranno o non la prescrizione, titolo d'acquisto che infatti nelle vertenze si trova sempre in alternativa alla *charta*.

Dunque, come si fa un negozio? Sembra semplice e piano rispondere con quegli uomini dell'VIII-IX secolo o del X-XI: si fa con la carta, per mezzo della carta, con la carta si mette in essere un atto giuridico e si dispone dei diritti.

Si vuole sottolineare il tema della *firmitas*? Bene, ma intanto *firmitas* non è solo 'irrevocabilità' e 'inattaccabilità', ma è anche proprio tutto insieme 'vigore' e 'efficacia'. E poi Cortese stesso ritorna in più luoghi sulla fissazione e oggettivazione nel documento della volontà delle parti, sulla presenza del documento nell'*iter* negoziale. E lo stesso Cortese sottolinea "il momento in cui le volontà si 'fermano' su un risultato... per lo più nell'attimo in cui si espleta una formalità": e che è più 'fermo' di una scrittura vergata su un foglio di pergamena? e quale formalità è più semplice, naturale e immediata di una *traditio charte*? A me sembra, e non vorrei avere le traveggole, che Cortese in vari passaggi del suo argomentare si risponda da solo.

E allora, per favore, ripartiamo dalla *charta* dispositiva; e se il nome non piace e magari disturba per un'esegesi che ha in molti casi ecceduto, riportiamolo al piano e poi teniamocelo, sia per non perdere i contatti con seri studiosi del passato (e nella speranza che i nostri giovani in futuro non buttino via noi), sia perché non mi sembra ci siano nomi migliori per ora. Ripartiamo di qui, e approfondiamo la 'riscoperta' di questa funzione della carta, i suoi coloriti locali, i risvolti formulari di contorno, e poi anche il problema del trasferimento del possesso, che a guardare all'interno dei documenti è questione che va studiata a sé.

Altrimenti, a buttare via la *charta* dispositiva, temo si rischi di scardinare un bel po' del sistema obbligatorio altomedievale e, questo, Astuti lo aveva capito bene.

* * * * *

S'è appena detto di sistema obbligatorio, e qui entra in scena Grossi. È difficile riferire di lui: se il Medioevo di Cortese cala senza remissioni "la propria incalzante aspirazione al paradiso dalle vette dello spirito giù nelle valli temporali del diritto", il Medioevo di Grossi è, vorrei dire, metafisico e incantato, e se col primo si deve stare saldi, con il secondo si deve stare desti. Oltretutto i due libri sono così strutturati che, a ritagliarne qualche piccola cosa, sembra di farne scempio.

Comunque, per la parte che ci riguarda, il quadro di Grossi è in sintesi il seguente. "In un mondo dove il potere politico sembra rinunciare al proprio compito ordinativo sul piano giuridico e dove si sono rarefatti i modelli da osservare, la sfera del giuridico e quella fattuale tendono a fondersi, la dimensione della 'validità' cede a quella dell'effettività'. Se validità significa rispondenza a certi archetipi, se gli archetipi si sono dissolti col dissolversi dello Stato e della cultura precedenti, l'organizzazione giuridica dovrà riposare su altre fondazioni. Il fatto non diventerà diritto perché una volontà politica se ne appropria... Il fatto qui è già diritto per una sua intrinseca forza, nel momento in cui ha dimostrato la propria effettività, ossia la capacità trovata dentro di sé di incidere durevolmente sull'esperienza. In un mondo così privo di involucri costrittivi il diritto si colora per una sua decisa 'fattualità'" (p. 57). Perciò ecco la "dimensione prettamente consuetudinaria" (p. 60) di questo "protomedioevo", anzi la assoluta "preminenza della consuetudine" (p. 73), là dove "la prassi edifica giorno dopo giorno il suo diritto, lo plasma e lo varia a seconda delle esigenze dei luoghi e dei tempi, apparendoci con un volto incredibilmente composito e non riducibile ad unità" (p. 63), e dove "l'effettività non ha bisogno di modelli da cui dipendere, quei modelli di cui la nascente realtà medievale è assolutamente povera" (p. 65). Quindi, "saranno una, dieci, cento, innumerevoli figure che emergono dal vivo dell'esperienza, più intuitive che disegnate con cura" (p. 102), mentre "la linea tendenziale, che coinvolge però tutta la pratica

negoziale, è quella della atipicità” (p. 104), perché “l’uso aborrisce dalla modellistica rigida” e “i suoi stampi sono duttili e mutevoli” (p. 105).

La lettura di Grossi è avvincente, ma i campi di studio che pratico mi tengono ancorata, e allora quella lettura mi sembra calzante in buona misura, ma non del tutto. D’accordo sulla dimensione consuetudinaria dell’alto Medioevo, d’accordo sulla palpabile dimensione fattuale del giuridico e d’accordo sul panorama generale della prassi e dei negozi così frastagliato e moltiplicato in riflessi innumerevoli.

Ma nel grande mare delle carte negoziali si coagulano, si addensano i vari tipi o figure negoziali, anzi direi che proprio il “primitivismo protomedievale” che dice Grossi, almeno nell’ambito della prassi negoziale, cerca e si esprime in modelli, stampi e tipi. Gli stessi contratti agrari, così apparentemente disordinati e tumultuosi, sono poi riconducibili a moduli e schemi. E così anche dalle tessere locali si viene comunque rinviati a disegni generali di riferimento.

D’altra parte, c’è un alto Medioevo consuetudinario, e c’è una prassi documentaria che è anch’essa consuetudine: ma come si identifica la consuetudine, non disegnata e fermata una volta per tutte in codici di leggi, se non per le sue costanti, per il ripetersi del suo atteggiarsi, per il reiterarsi dei suoi esiti? Sono coordinate normative profonde, quelle consuetudinarie, tutte calate in mille casi del reale perché tutte attuate nel fluire quotidiano e usuale del diritto; e non è il caos ed esiste la consuetudine perché le “innumerevoli figure dell’esperienza” sono tutte riconducibili ad esse.

Così la prassi documentaria, che è consuetudine. Viene da modelli romani e s’innesta anche di forme e di comportamenti consuetudinari e archetipici barbarici. Quindi si cala, componendosi in schema, in un documento, poi in un altro, poi in un altro ancora, tutti in successione, e ognuno di modello al seguente: sono come tanti punti in sequenza, e le sequenze disegnano linee e poi figure, e sono queste che io chiamo ‘tipi’ contrattuali altomedievali. A me sembra di riconoscere, ad esempio, un ‘tipo’-vendita a Bergamo, a Bologna, ad Arezzo, o nel Sud; e questi ‘tipi’ locali sono tutti riconducibili a un ‘tipo’ generale.

Certo, la figura, l’archetipo, lo si ottiene per astrazione, mentre si tocca l’effettività; ma esiste e non potrebbe non esistere visto che è il principio ordinatore della prassi. In verità, il Medioevo di Grossi lo ha un suo ‘ordine’, maestoso e più grande di quello osservato da me, anzi è fondato su un *ordo* e permeato di esso (pp. 13-15). Ma è l’ordine sommo della natura delle cose e di Dio; e gli uomini – negoziatori o notai – negli usi e nelle pratiche lo riflettono e traducono come possono e con i mezzi che hanno, un po’ di fantasia, di intelletto e di coraggio e qualche disperata follia: e così balbettano discorsi, abbozzano disegni, quelli e non altri, e ritagliano figure e inventano ‘schemi’.

E allora certo, “la prassi edifica giorno dopo giorno il suo diritto, lo plasma e lo varia”, ma è vero anche il contrario: se la prassi è duttile e cedevole, essa è anche allo stesso tempo rigida e monodica, e il notaio non segue solo le sue “intuizioni” (p. 105), ma segue anche dei modelli e ne produce di nuovi. Tant’è che leggo sempre la documentazione secondo un doppio registro: un registro, un po’ noioso e monotono, che è quello della conformità, ripetizione e persistenza, e da esso traggo le coordinate e i ‘tipi’; un registro che è quello di eventuali singolarità e divergenze, che sono spie di tessere mancanti o di innovazioni. Insomma, la prassi crea peculiarmente i suoi archetipi; e un suo modello è non “rarefatto” (p. 63) bensì astratto e insieme fitto di riproduzioni concrete.

Anche la terribile, misteriosa e ribelle *convenientia* altomedievale credo che proprio per la forza aggregante della prassi consuetudinaria di quell’età abbia raggiunto una

qualche configurazione. Sulla *convenientia* da ultimo è tornato Cortese (op. cit., pp. 346-350), che, prese in esame le tesi di Schupfer, Besta, Brandileone, Cassandro, Calasso e Astuti, conclude che *convenientia* è un *nomen generale* che “significa principalmente ‘accordo’ o ‘consenso’, nel valore generico rivendicato dall’Astuti”.

M’ero incuriosita anch’io di *convenientia* (*Cultura e prassi* cit., pp. 46-57), e avevo provato a seguirne lo svolgimento nella documentazione che me ne passava per le mani. Così, m’era sembrato di notare che il termine, oltre al suo significato generico di ‘accordo’, era usato a determinazione e denominatore comune di *charte* tutte relative a vincoli segnati da consenso e bilateralità spiccati. M’era parso allora proiettato dalla pratica e riconoscibile un “territorio della *convenientia*”, da porsi accanto ai singoli contratti tipici e da riguardarsi proprio come una peculiare e straordinaria infiorescenza di quell’ambiente altomedievale. Ed ero anche molto contenta, perché mi sembrava che questo angolo di visuale raccogliesse tante intuizioni feconde di Besta, di Calasso, di Astuti.

Cortese chiude questa strada bruscamente: “le apparenze possono anche indurre a immaginare che la *convenientia* predisponga ‘una larga e approssimativa causa giuridica (da principio avevo usato anch’io di un laccio dogmatico!) che si formalizzi e perfezioni per *chartulam*, per quella *charta* che in età franca ha già una stabile funzione contrattuale’. Ma erano appunto apparenze, che rispecchiavano magari modi di sentire volgari ma non meccanismi tecnici” (p. 349 nt. 91). Per allegria mi verrebbe da ribattere con Oscar Wilde che solo i superficiali non giudicano dalle apparenze, ma devo essere seria.

E allora chiedo ai giuristi: ancorate alle innumerevoli *chartule convenientie* si riconoscono o no figure tutte segnate e distinte da un modulo consensuale e bilaterale incisivo e di netto risalto? E se per caso è sì, che si fa?

E alle somme, miei Signori, fra primitivismo, effettività, atipicità e forme mentali, formalità giuridiche e meccanismi tecnici seppur arcaici (e mi si perdoni ancora di ridurre così due letture straordinarie), come usciamo da quella selva secolare di condizioni umane e di negozi che continua a farsi fitta e scura?

Ho nostalgia di stelle. E, forse, potremmo camminare un po’ insieme.

Roma, ottobre 1995