

## Giovanna Nicolaj

### *Formulari e nuovo formalismo nei processi del 'Regnum Italiae'*

[A stampa in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX-XI)*, Spoleto 1997 (Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, XLIV), pp. 347-379. Distribuito in formato digitale da "Scrineum"].

L'ultima, lunga onda dell'età altomedievale lascia sul finire di essa e già alle soglie di un tempo nuovo una manciata di testi strani e misteriosi, affidati ad una tradizione manoscritta semplice ma un po' raffazzonata, che li conserva a corollario del *Liber* cosiddetto *Papiensis* delle leggi di quel mondo.

Quei testi – piccoli e modesti rispetto ad un'opera ben più matura e sistematica quale l'*Expositio* al *Liber Papiensis* e assai lontani da qualche straordinaria riduzione di antiche e venerande leggi romane, come la *Summa Perusina* del Codice di Giustiniano o come la *Lex Romana canonice compta* –, quei testi costituiscono pur tuttavia un singolarissimo capitolo della letteratura giuridica altomedievale.

Essi vengono annoverati nel genere dei formulari e infatti li intitoliamo *Chartularium Langobardicum*, *Formulae ad Librum Papiensem*, *Placiti forma glossata*, *Forma notitiae pro securitate*: ma il genere è sconosciuto nell'Italia protomedievale, diversamente che nei paesi d'Oltralpe, ed è quindi insolito al suo apparire. Peraltro, a ben guardare, tali testi mostrano diversità di taglio. Infatti, solo la *Forma notitiae* è un modello di documento<sup>1</sup>, tutto il resto offre schemi di atti giuridici. Il *Chartularium*, ruvido e corposo, che raccoglie venticinque figure di atti negoziali e di atti processuali componendole di riti di parole e gesti, nella concentrazione della sua scarna tipologia e nelle linee forti di un abbozzo, sembra racchiudere tutto un quadro giuridico<sup>2</sup>. Più piatte le *Formulae* al *Liber Papiensis*: un ruolino spesso un po' ripetitivo e un po' monotono di formule giudiziarie, che scandiscono per ogni caso considerato dalle leggi del *Liber*, in modo dialogico, l'introduzione della lite e, ma non sempre, il regolamento delle prove<sup>3</sup>. Infine la *Placiti forma glossata*, che si presenta come una sceneggiatura diligente ma statica di un processo per un possesso *malo ordine* fino a tutti gli esperimenti di prova<sup>4</sup>: una sceneggiatura forse nata da un'esercitazione scolastica, segnata com'è dal rinvio puntuale e puntiglioso di ogni momento e di ogni elemento del percorso processuale a *leges longobarde*, *capitula carolingi* e a un capitolo di Ottone III, a una *Novella* dall'*Epitome Iuliani*, ad un'aulica *lex Romana*, che nel caso potrebbe indicare solo

<sup>1</sup> Ed. A. Boretius, in *MGH, Leges*, IV, p. 604 (cfr. *Praef.*, p. XCIII, par. 78), dal quale G. Padelletti, *Fontes iuris italici Medii Aevi in usum academicum*, I, Torino 1877, pp. 490-491.

<sup>2</sup> Ed. Boretius, *ibid.*, pp. 595-602 (cfr. *Praef.*, pp. XCII-XCIII, par. 76) e Padelletti, *Fontes* cit., pp. 471-485. Che il Cartulario non sia un formulario per documenti risulta evidente nel confronto con le forme documentarie coeve, che hanno una peculiarità loro e diversa, e ciò è da sottolineare a fronte di alcune incertezze che qualche affermazione potrebbe suscitare: per es. G. Diurni, *L'Expositio ad Librum Papiensem e la scienza giuridica preirneriana*, Roma 1976 (Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 23), p. 106, parla di "modelli per la confezione degli atti privati" (dove per "atti", credo si debba intendere i documenti), o L. F. Bruyning, *Il processo longobardo prima e dopo l'invasione franca*, in "Rivista di storia del diritto italiano", 57 (1984), p. 124, parla di "istruzioni per la redazione di documenti privati in generale e *notitiae iudicati* in particolare". Il fatto, poi, che il documento sia un elemento centrale nelle figure negoziali e processuali disegnate dal Cartulario e che si riscontrino molteplici coincidenze fra passaggi ed espressioni del Cartulario e formule dei documenti deriva dal largo e forte ruolo assunto dalla scrittura documentaria nell'attività negoziale e processuale di quell'epoca.

<sup>3</sup> Ed. Boretius, *ibid.*, ai singoli *capita* del *Liber Papiensis* (pp. 292 e sgg.) e Padelletti, *Fontes* cit., pp. 39 e sgg.

<sup>4</sup> Ed. Boretius, *ibid.*, pp. 602-604, e Padelletti, *Fontes* cit., pp. 486-489.

un'antica tradizione della Chiesa già raccolta da Liutprando<sup>5</sup>, e infine spesso all'*usus* e cioè alla consuetudine, quella fonte arcana e feconda di diritto che qui, nelle strette della glossa, un po' scolorisce e insecchisce.

Per tutti questi testi è difficile fissare una data e un'origine, perché essi, tutti insieme, appaiono materiali raccoglietici e di lavoro<sup>6</sup>; ed è difficile accettarne senza esitazioni una provenienza da una scuola palatina di Pavia, come tradizionalmente si vuole<sup>7</sup>. E infine, questi formulari corrispondono bene, negli schemi di fondo, alle forme praticate nei processi del *Regnum Italiae*, che, come è noto, riguardano per lo più questioni patrimoniali o di *status* personale; e forme e formulari depongono per un deciso e generale formalismo del processo altomedievale; di qui, allora, l'ultimo problema: cosa s'intende per formalismo, e di che tempra è il formalismo di quei processi?

Molti dubbi e interrogativi, dunque. E un *puzzle* complicato, le cui tessere – i formulari e qualche centinaio di placiti conservati nelle *notitiae iudicati*<sup>8</sup> – dovrebbero combaciare in una storia plausibile.

Una possibile storia può muovere dalle figure disegnate nel Cartulario – l'investitura *salva querela*, il *banno regio*, l'*ostensio chartae*, la *finis intentionis terrae*<sup>9</sup> –; figure

<sup>5</sup> La *forma* del placito fa un rinvio ad una "Lege Romana, quae dicit: vox unius testis non audiatur", e l'ed. richiama C. 4, 20, 9, che però recita "responsio" invece di "vox". Invece, che la Chiesa fosse portatrice di "diritto comune volgare" di stampo romano e consuetudinario, e che proprio sul numero dei testimoni, due o tre, i capitoli 8, 15 e 79 di Liutprando richiamino anche precetti evangelici è messo in netto risalto da E. Cortese, *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, ne *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Spoleto 1995 (Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, XLII), p. 640. Peraltro già il vescovo enciclopedista Isidoro, *Etym.* 18, 15, 6, aveva affermato l'esigenza di "tres testes" in giudizio, spiegandoci, per la sua parte, "come prevalse per tutto il medio evo il principio *testis unus nullus testis*", cfr. G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. Del Giudice, *Storia del diritto italiano*, III/1, Milano 1925 (rist. anast. Frankfurt-Firenze 1969), p. 272.

<sup>6</sup> Come ha più volte sottolineato la storiografia, per esempio e da ultimo Diurni, *L'Expositio* cit., pp. 102-103, che ribadisce la "formazione progressiva" delle *Formulae* sulla base dei loro elementi interni. Ma anche i caratteri estrinseci di questi testi e il loro assetto nella tradizione manoscritta illustrano con tutta evidenza la loro peculiare natura. Per esempio, il manoscritto del British Museum, Add. 5411, di ff. 192, è un codice composito di 3 pezzi, i primi due dei quali contengono l'uno l'Editto longobardo (ff. 1-115) e l'altro il Capitolare italico (ff. 116-179), mentre il III (1 senione + 1, ff. 180-192) reca una interessantissima miscellanea di lavoro e di corredo: a f. 180, la *Forma notitiae pro securitate* e un'altra formula *De infantulo qui dat suam matrem ad maritum per largitionem comitis*; a f. 180v, uno straordinario insieme di sinossi-*distinctiones* di fattispecie processuali e negoziali longobarde, condotte però secondo le categorie romane delle *actiones*, di una *appellatio* (o *actio*) *aut in persona aut in rem corpoream*, dei *contractus consensu, re, verbis* e *litteris* – il tutto di mano del XII secolo, forse prima metà, tenendo conto che dai primi anni di quel secolo la cultura giuridica dei pratici italiani recupera i concetti e le griglie delle *actiones* "sive ex contractu vel ex maleficio vel quasi maleficio, sive in rem sive in personam" e dei *contractus* romani, v. G. Nicolaj, *Cultura e prassi di notai preirneriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Milano 1991 (*Ius nostrum*, 19), pp. 83-84, 89 –; ai ff. 181-191v, le *Formulae* (dette *actiones* a f. 184v, *appellationes* a f. 188), con in mezzo la *Forma placiti glossata* (f. 185v) e alcune prove di *subscriptiones* di giudice e di notaio e di *firmatio iudicis in autentico exemplo* (f. 188v); a f. 191v, in fine, ancora una *distinctio* di *appellationes longobardorum*, secondo che *alie finiuntur bello tantum, alie testibus, alie sacramento vel bello finiuntur, alie sacramento solo, alie cum XII sacramentalibus*; a f. 192, uno *stemma cognationum*. Cfr. Boretius, *Praef.* cit., pp. LV e sgg. per la descrizione del ms. londinese, che ho potuto vedere in microfilm per la cortesia dell'amico Antonio Padoa Schioppa.

<sup>7</sup> Da ultimo A. Padoa Schioppa, *La cultura giuridica*, in *Storia di Pavia*, II, *L'alto medioevo*, Milano 1987, pp. 220 e sgg., con grande misura.

<sup>8</sup> Tutti ed. da C. Manaresi, *I placiti del "Regnum Italiae"*, I-II/1-II/2-III/1-III/2, Roma 1955-1960 (Fonti per la storia d'Italia, 92, 96\*, 96\*\*, 97\*, 97\*\*), d'ora in avanti cit. con sigla M. Aggiunte al *corpus* di Manaresi a cura di R. Volpini, *Placiti del "Regnum Italiae" (secc. IX-XI). Primi contributi per un nuovo censimento*, Milano 1975 (estr. da *Contributi dell'Istituto di storia medievale*, III), pp. 245-520.

o percorsi o, come diremmo oggi, istituti processuali che si ritrovano nei processi del *Regnum* a cominciare dagli ultimi anni del secolo IX: si ha così una data di partenza. E si ha anche un punto di partenza, perché proprio l'uso massiccio di quelle notissime figure sembra imprimere al processo altomedievale un complessivo irrigidimento e un formalismo particolare e "nuovo"<sup>10</sup> rispetto alle età longobarda e carolingia.

Un primo irrigidimento del processo lo si coglie espressivamente nella forma più schematica e fissa delle *notitiae iudicati*. Una forma più concisa si riscontra dapprima, come aveva già notato Ficker, nei documenti del Ducato di Spoleto, e in particolare nella documentazione trasmessa dal Cartulario di Casauria<sup>11</sup>; e qualcuno fa l'ipotesi che dal Ducato essa possa essere passata nel Nord<sup>12</sup>. Ma ciò non sembra convincente. Infatti, i documenti di placito cominciano ad assestarsi nel tardo secolo IX; e i primi a normalizzarsi, intorno agli anni '70, sono appunto quelli spoletini, assumendo una particolare struttura, un po' stringata e ferma, che conserveranno distinta fino all'XI secolo. Così come si distingueranno le forme di Roma e di Ravenna. Ma queste varie macchie di colore – colore lessicale, di stile, compositivo – non si mescoleranno tra loro e con quelle del Nord, anzi resteranno riconoscibili e ben aderenti ai rispettivi *usus scribendi* e perfino, si direbbe, ai propri paesaggi di sfondo.

Altro discorso è quello, invece, dell'ordinamento giuridico, degli istituti e delle procedure operanti in concreto sotto quei colori. Perché, in sostanza, ho idea di un'accentuata coinè giuridica e molti dubbi circa la distinzione tradizionale, e comoda, fra territori longobardi e zone romaniche, che mi sembra piuttosto una petizione di principio: così la mitica *lex Romana* che aleggia su Roma e Ravenna mi appare, nella concreta vita del diritto, ora un ricordo aggrappato a pochi relitti e dilatato dalla lontananza, ora un blasone sbiadito e scaduto; anche se, di contro, mi sembra del tutto plausibile e affascinante quella "forma d'intelletto" di un diritto romano inteso come *lex mundialis*, che Cortese rintraccia nei regni d'Europa degli inizi del VII secolo – soprattutto, si badi, nelle antiche province dell'Impero –, e che rispunterà come la "*lex Romana quae est omnium humanarum mater legum*" di Benedetto Levita e come la *lex omnium generalis* dei giuristi longobardi di Palazzo<sup>13</sup>. Perciò, al di qua di un volatile, intermittente e preziosissimo filo ideale, quelle due briciole di *Iustiniana lex* che si trovano in due placiti tenuti a Roma in anni ravvicinati a cavallo fra X e XI secolo sembrano piuttosto l'affioramento di una vena d'oro ancora sommersa in chi sa quale biblioteca<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Formule 17, 19, 20-21 e 25 del Cartulario (cfr. supra n. 2), e su queste procedure v. soprattutto G. Mengozzi, *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'alto Medio Evo*, Pavia 1924, pp. 43-275, e A. Padoa Schioppa, *Aspetti della giustizia milanese dal X al XII secolo*, Spoleto 1989 (Atti dell'11° Congresso intern. di studi sull'alto medioevo, 1), pp. 486-503.

<sup>10</sup> Padoa Schioppa, *Aspetti cit.*, pp. 460, 467.

<sup>11</sup> J. Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, I, Innsbruck 1868 (rist. Aalen 1961), par. 13.

<sup>12</sup> F. Bougard, *La justice dans le royaume d'Italie de la fin du VIII<sup>e</sup> siècle au début du XI<sup>e</sup> siècle*, Roma 1995 (Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome, 291), pp. 310-311, ma a onor del vero lo stesso A. considera anche che "les mêmes besoins ont pu tout aussi bien susciter les mêmes solutions en des endroits différents".

<sup>13</sup> E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto medioevo*, Roma 1995, pp. 62-64, 66, 77, 227, 229; II, *Il basso medioevo*, Roma 1996, p. 24.

<sup>14</sup> M II/1, n. 254, e M II/2, n. 285 (aa.999, 1014), cfr. F. Patetta, *Annotationes codicum domini Iustiniani (Summa Perusina)*, in "Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja", XII (1933), pp. XLII-XLIII: nel placito del 1014, e una volta prima nel 1007, è nominato un *liber iudicialis* o *liber iudicum*,

Si guardi allora dritto alle nostre figure, per le quali, tra l'altro, il *Chartularium* suggerisce un nome<sup>15</sup>: e ciò è importante, perché la realtà è magica, e dare un nome alle cose è come farle esistere. L'*investitura salva querela* è l'istituto meno discutibile: per esso, infatti, si attribuisce il possesso di un bene ad una parte querelante in contumacia dell'altra parte, "salva querela" successiva della parte contumace; possesso e possessore sono messi sotto la protezione del banno del re. Dopo qualche precedente negli anni '70<sup>16</sup>, questa procedura si delinea netta in placiti di Pavia, Milano, Firenze e Piacenza degli anni 894, 896 e 897<sup>17</sup>, e prosegue largamente per il X e XI secolo. È da sottolineare che questo istituto si normalizza alla fine del secolo IX appunto, in anni di disordine e di un potere pubblico assai agitato, che possono ben suggerire una definizione più decisa e spedita delle situazioni controverse.

Proprio negli stessi anni s'incontra nei placiti del *Regnum* quella figura di *ostensio chartae*, che costituisce invece un problema molto dibattuto: i primi esempi sono tutti di Piacenza e degli anni 880-881, 892, 897, 898<sup>18</sup>, quindi se ne registra una forte ripresa in età ottoniana e il proseguimento nell'XI secolo.

Lo schema e il tenore di questa procedura sono noti: si produce in giudizio un documento di qualunque tipo – una *charta* privata, un diploma sovrano, perfino una precedente *notitia iudicati* – e il documento viene letto e infine riprodotto per intero o

che però resta un fantasma (cfr. Nicolaj, *Cultura e prassi* cit., p. 5 n. 3); mentre nel bellissimo placito romano coevo M II/1, n. 236 (a.998), l'insistita richiesta circa il pagamento di una *pensio* per decidere di una proprietà (p. 371 rr.23-24, p. 372 rr.25-27) può ricondursi, oltre che alla prassi, al testo elementare delle Istituzioni III, 24, 3, e ciò richiama alla mente il famoso ms. di Bamberg, Jur. 1, attribuito proprio a Roma e al X-XI secolo, cfr. P. Supino Martini, *Roma e l'area grafica romanesca (secoli X-XII)*, Alessandria 1987 (Biblioteca di Scrittura e civiltà, I), p. 127. Insomma, anche per Roma fra X e XI secolo (primi sessanta-settanta anni) resta valida l'osservazione generale di Salvioli, *Storia della procedura* cit., p. 395, per cui "le forme processuali" praticate nei territori romanici non differiscono sostanzialmente da quelle usate nei territori longobardi; e pure P. S. Leicht, *Lineamenti del diritto a Roma dal IX al XII secolo*, app. a P. Brezzi, *Roma e l'Impero medioevale (774-1252)*, Bologna 1947 (Storia di Roma dell'Istituto di studi romani, X), pp. 559-592, non modifica questo quadro, anche perché il suo *excursus* si allunga alla fine del secolo XI e al secolo XII, che, a mio parere, rappresentano invece un momento particolare e cruciale. Perciò sembra assai stonata la frequente attribuzione a Corrado II il Salico e al 1038 di quel *Mandatum de lege romana* (ed. L. Weiland, in *MGH, Const. et acta publica imperatorum et regum*, I, p. 82, n. 37), che sanziona l'applicazione esclusiva delle *Romane leges* "tam inter Romane urbis menia quam etiam de foris in Romanis pertinentiis" e anche in presenza di un *actor* o un *reus Langobardus*; peraltro, se si considera che questa costituzione non è presente nel *Liber Papiensis* ma è invece tradata soltanto nella *Lombarda* e che nel ms. più antico di questa – il Cassinese 328 del XII sec., cfr. M. Inguanez, *Codicum Casinensium manuscriptorum catalogus*, II/2, Monte Cassino 1934, pp. 167-168, e G. Dolezalek, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, Frankfurt a.m. 1972, s.v. – è appena trascritta in un foglietto cucito all'interno, un così deciso intervento per le leggi romane sembra più plausibilmente riferibile al XII secolo e a Corrado III di Svevia, che già scrive ai romani e al papa (ed. Weiland cit., pp. 187-188, nn. 132, 133), come sosteneva A. Gaudenzi, *Lo Studio di Bologna nei primi due secoli della sua esistenza*, Bologna 1901, p. 100, accettato da R. Trifone, *Del valore e dell'autenticità della Lombarda alla fine del Medioevo*, in *Studi di storia e diritto in onore di C. Calisse*, I, Milano 1940, p. 192.

<sup>15</sup> Le *inscriptiones* sono precisamente: *Qualiter sit noticia salvae quaerelae* (form. 20), *Noticia de bano* (form. 25), *Qualiter carta ostendatur* (form. 17), *Qualiter sit finis intentionis terrae* (form. 19).

<sup>16</sup> M I, n. 72: a.872, in contumacia di una parte l'imperatore ordina ai giudici "ut statim ... reinvestirent"; M I, n. 77: a.872, *traditio* "in integrum per fuste de mano ..., salva tamen requisicionem" della parte contumace (p. 281, rr.25-34).

<sup>17</sup> Bougard, *La justice* cit., p. 411 n. 104 (894 Pavia); M I, nn. 101 (896 Milano), 102 (897 Firenze), 111 (901 Roma), 123 (911 Piacenza).

<sup>18</sup> M I, nn. 91, 99, 105, 107: in questo ultimo caso nessun terzo viene interpellato, come in M II/1, nn. 207, 213 e M III/1, nn. 337, 362.

largamente riassunto nella *notitia* del placito<sup>19</sup>; si dichiara quindi di presentare la carta affinché essa non resti “silens aut occulta vel concludiosa” e di detenere “ad proprietatem” la *res* “que in ea (charta) legitur”, pronti a stare in giudizio con eventuali avversari; infine, “quod plus est”, si chiede che un terzo – per lo più l’autore dell’atto documentato o il rappresentante della parte pubblica quando si tratti di un diploma, ma anche un terzo interessato – dica se la carta è “bona et vera” e se ha intenzione o non di “contradicere aut subtrahere” la *res* “que in ista legitur cartula”. La *professio* di chi è stato interpellato e la sentenza dei giudici sono del tutto conformi alle richieste di chi ha prodotto il documento<sup>20</sup>.

Si è scritto tanto in proposito, e il problema si è ingarbugliato. Si è detto di processi fittizi e apparenti, celebrati per convalidare il documento<sup>21</sup> – ma qualcuno è risalito all’*insinuatio apud acta* d’età tardoantica o qua e là si è parlato di autenticazione<sup>22</sup> –, e di contro si è detto di processi reali, relativi a liti vere e proprie e solo tagliati e modellati sulla formula 17 del Cartulario<sup>23</sup>; e si è parlato anche di situazioni controverse ovvero di operazioni economico-giuridiche complesse, le une o le altre accomodate in quel documento, che, prodotto al placito, avrebbe assicurato pieni effetti giuridici e pubblicità contrattuale<sup>24</sup>.

Evitando discussioni puntuali e troppo tecniche, penso che si debba sbrogliare la questione e riportarla saldamente ai termini, al percorso e allo scopo evidente di questa procedura così singolare e tipica, e così incentrata sul documento, dal quale dunque si deve partire perché proprio in esso e nelle sue funzioni è la soluzione, che gli storici giuristi – da Ficker a Mengozzi soprattutto, ad Astuti a Calasso<sup>25</sup> – con migliore orecchio per le logiche di queste fonti, hanno in buona parte colto.

Il grande interprete della procedura di *ostensio* è, dunque, il documento altomedievale italiano: una creazione originalissima che, muovendo da un ritrovamento roma-

<sup>19</sup> Per es. M I, n. 105 (a.897): in questo caso nel riassunto si danno gli elementi sostanziali del negozio documentato e gli elementi formali del documento relativo, come la *firmatio* dell’autore giuridico, la *roboratio* dei testimoni, la scrittura di un *publicus notarius*, e quindi la *traditio*, la *completio*, e la data.

<sup>20</sup> In qualche caso non c’è neppure la sentenza, ma solo la *iussio* dei giudici di fare la *notitia pro securitate* (per es. M I, n. 107; II/1, n. 213; III/1, nn. 337, 354, 362) o solo una reinvestitura giudiziale con banno (per es. M II/2, n. 291; III/1, n. 354).

<sup>21</sup> Ficker, *Forschungen* cit., I, pp. 40-41, che parla di “Sicherheit einer Urkunde”; G. Mengozzi, *Ricerche sull’attività della scuola di Pavia nell’alto Medio Evo*, Pavia 1924, p. 100, che parla di una “conferma del documento” e poi allarga il discorso.

<sup>22</sup> G. Barni, *Il processo per ostensio cartae ed un recente documento sardo*, in “Archivio storico lombardo”, gen. giu. (1939), pp. 3-26, riparte dal Codice Teodosiano e dall’istituto dell’insinuazione presso le curie per una ricostruzione meccanica e macchinosa; all’autenticità-autenticazione accennano in tanti, fino a Bougard, *La justice* cit., p. 320, che dice di una “forme publique” di un atto sovrano e di una *fides publica* di un cancelliere o di un giudice, secondo concetti e prospettive del tutto incongrui, a mio parere, per quest’età.

<sup>23</sup> C. Manaresi, *Della non esistenza di processi apparenti nel territorio del Regno*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, XXIII (1950), pp. 179-217, XXIV (1951), pp. 7-45: la tesi dell’A. presuppone l’esistenza del Cartulario, che infatti data a poco prima dell’885, e la sua sicura natura e funzione di formulario, e trascura la tipicità giuridica e la struttura di per sé compiuta del procedimento.

<sup>24</sup> Bougard, *La justice* cit., pp. 323-329: il solo punto sul quale concordo con l’A. è circa la povertà tipologica della documentazione altomedievale (p. 328), ed anche negoziale aggiungerei, e che quindi alle spalle dell’*ostensio* ci possa essere un’operazione complessa, non dissimulata; ma che una “transaction” ci sia stata in qualche caso di *ostensio* – e lo storico eventualmente lo indagherà – non cambia affatto la figura e lo scopo giuridici della procedura.

<sup>25</sup> Ficker cit., Mengozzi, *Ricerche* cit., pp. 43-158; G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano 1952, pp. 274-275; F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano 1967, *App.* pp. 347-382; Mengozzi, Astuti e Calasso puntano giustamente sul tema saliente dell’“accertamento”.

no, si è impastata di retaggi barbarici, pratiche giuridiche volgari e di una mentalità allo stato nascente e che, dopo un primo e incerto cammino in età longobarda, si è assestata in età carolingia nei suoi ruoli e significati. Quel documento si è sviluppato come dispositivo della volontà del suo autore, come *titulus* e cioè come fondamento giuridico dell'acquisto<sup>26</sup> e come trama visibile e ferma di *iura*, quegli *iura* che invece le poche leggi scritte trascurano e lasciano indeterminati<sup>27</sup>; al tempo stesso è divenuto una prova molto speciale, perché, come accennerò più avanti, si è adeguato alle prove germaniche e perciò ha assunto una carica forte e decisiva: un risultato singolare e nuovo, che comunque i signori del processo trattano a modo loro e che perciò adoperano insieme ad un'accusa di falso, che, se lanciata, porta senza scampo ai giuramenti di 12 *sacramentales*, come vuole Guido<sup>28</sup>, o all'ordalia del duello, come vuole Ottone<sup>29</sup>.

Di qui l'*ostensio*: per essa si cava dal suo silenzio un documento ormai carico di valenze e funzioni, ma sentito anche come pericolosamente muto e nascosto fin dai tempi di Lotario<sup>30</sup>, e lo si fa conoscere al massimo della pubblicità, davanti a un tribunale – e infatti talvolta la parte producente aggiunge di volerlo “omnibus cognitum”<sup>31</sup> –, lo si fa riconoscere come buono e vero e perciò lo si rende inattaccabile per il futuro, e così si dà sicurezza, come talvolta dicono le fonti<sup>32</sup>, e certezza, come diremmo oggi, al titolo e ai suoi *iura*, corroborandoli con una sentenza<sup>33</sup>. Non si tratta di autenticazione: il problema razionale dell'autenticità non si pone per quei secoli alti, non esiste, come non esiste allora il concetto di *publica fides* per i documenti pubblici<sup>34</sup>. Né si tratta precisamente di un “accertamento” giudiziale, che è figura della

<sup>26</sup> L'Exp. a Liutpr. 115, *Si quis possederit ... per cartolam falsam*, commenta “Hic videtur quia possessio nil valet falso titulo”; Exp. a Otto I 1, par. 6. “sola carta potest predium acquirere”.

<sup>27</sup> È parlante, in questo senso, un giudicato ferrarese del 970 (M II/1, n. 164) che stabilisce che i documenti presentati dall'arcivescovo di Ravenna a difesa dei suoi diritti “firmas et stabilissima permanent de quantacumque inibi relegitur ad iura et dominium sancte Ravennatis ecclesie” (p. 100); ma su tutto ciò v. G. Nicolaj, *Il documento privato italiano nell'alto Medioevo*, in *Libri e documenti d'Italia: dai Longobardi alla rinascita delle città*, Udine 1996 (Atti del Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana Paleografi e Diplomatisti, Cividale, 5-7 ottobre 1994, a cura di C. Scalon), pp. 167-174.

<sup>28</sup> Wido 6, e cfr. con il precedente Loth. 72.

<sup>29</sup> Otto I 1, 2(3), 5, 9(10); cfr. M II/1, n. 170, a.972 Verona: lanciata un'accusa di falso ad una carta, le parti si scambiano la *vuadia*, l'una “per punna clarisendum qualiter ipsa cartula falsa eset”, l'altra “per punna defendendum et eadem cartula adverandum iusta capitulare qualiter domnus Otto ese institutum” (p. 119, rr.13-24).

<sup>30</sup> Loth. 12 “Ut cangellarii ... cartas publice conscribant”, e cfr. Loth. 13 e 71(69): “...Notarius autem ... nec in occulto aliquod scriptum faciat”; ad un placito di Reggio Emilia dell'824 i giudici fanno redigere la *notitia memoracionis* per la parte vincente e insieme fanno dare alla parte soccombente “ad commemoradam causam aliquos ictos” (M I, n. 36), mentre in un placito piemontese dell'827 si dice di una carta *ostensa* inutilmente perché rimasta “de treginta annorum tacita” (M I, n. 37).

<sup>31</sup> M I, nn. 113, 119; M II/1, nn. 206, 207; M II/2, n. 289.

<sup>32</sup> Nel placito di Piancarano del 976 la sentenza recita che la parte che ha prodotto la carta “haberet et teneret in securitate” i beni in oggetto (M II/1, n. 179), mentre nel placito di *Calceraki* del 1072 – un placito relativo a una *finis intentionis terre*, che è una procedura, come vedremo, complementare a quella di *ostensio* – la sentenza recita che gli attori “debent essent securi, soluti et indempnes omni tempore” (M III/1, n. 426). Del resto è usuale la definizione di *notitia pro securitate* per il documento di giudicato.

<sup>33</sup> È bello il dettato di un placito pavese del 967 (M II/1, n. 158): l'abate e il suo *advocatus* dichiarano circa l'*ostensio* fatta di due carte “Ideo ostendimus in vestra potestate et presentia ne silentio contentantur ... ; ideo autem moniminas istas ostendimus ut probaremus si bene firma et roborata essent” (p. 74, rr.18-19, p. 75, rr.1-2); e la sentenza è così introdotta “His itaque rite peractis et ratio eorum seriatim ostensa, clare patuit iudicibus et auditoribus esse comprobanda et legalibus assertionibus confirmanda...” (p. 76, rr.6-8).

<sup>34</sup> Nel placito M II/1, n. 238, del 998, viene prodotto un precetto di Ottone III e l'imperatore stesso, su richiesta di parte, riconosce: “Vere preceptum ipsum, quem vos hic ostensistis, bonum et verum est,

dottrina moderna; ma innegabilmente si ha un procedimento mirato allo scopo di ridurre le incertezze giuridiche, perché malizia e insolenza umane appannano i contorni delle cose e sollevano liti e *zizania*, come si dice apertamente a Roma nel 1014<sup>35</sup>. E infine è un falso problema, o mal posto, quello di un processo “apparente” o meno: un procedimento che termina con una sentenza c’è e la sua “apparenza” significa solo, come ha notato Padoa Schioppa, che manca di un “suo carattere conflittuale”<sup>36</sup>; ma quel procedimento, a prescindere da eventuali transazioni che lo precedano – e la tesi di Manaresi in questo senso, globalmente, è costruita su molte presunzioni –, ha una sua compiuta autonomia, un andamento del tutto adeguato alla natura, alla forza funzionale e insieme alle debolezze della documentazione coeva, un suo scopo evidente di maggiore certezza di titoli e diritti.

Nella sfera delle cose e degli averi, accanto al documento, l’altro grande ruolo spetta al possesso o, meglio, alle situazioni reali e di fatto<sup>37</sup>, e sono proprio queste il tema dell’ultima figura o procedura da considerare, quella *finis intentionis terre* così chiamata dal titolo del formulario 19 del Cartulario<sup>38</sup>.

Il possesso di una cosa o più generalmente l’appartenenza di essa ha radici primeve e profonde nella mentalità e nell’ordinamento di quel mondo e vi trova una comprensibilità immediata e assoluta; ma è una condizione difficile da difendere da avidità, prepotenze o anche dal caso, ed è difficile da far “valere” come dice l’*Expositio*, e da provare “vel testibus vel alia cartula vel certis indiciis vel deficiente reo”<sup>39</sup>. Di qui la procedura di *finis intentionis terre*, che compare dall’899, prima raramente – e ai suoi inizi sembra rispondere a situazioni controverse<sup>40</sup> –, e poi diviene frequentissima in età ottoniana, dopo che Ottone I ha dato un giro di vite anche alle contese *de investitura*<sup>41</sup>: e in questa fase d’esplosione, l’istituto appare come modellato su quello di *ostensio charte* e, a complemento di quello e in contrappunto, sembra funzionare anch’esso come un ‘accertamento’ e avere lo scopo di rendere stabili le situazioni e prevenire le liti.

et ego ipse domnus Otto gloriosissimus imperator eum fieri rogavi, et meum annulum in calce iussi sigillare...”. Su questo punto v. Nicolaj, *Il documento privato* cit., pp. 181-183.

<sup>35</sup> In un placito romano del 1014 si dice che la *notitia iudicati*, su decreto dei giudici, viene redatta affinché “si quando fortasse malitia humane procacitatis peccatis imminentibus aliqua fuerit orta intentio, huius pagine serie que nunc promulgata et in omnibus confirmata esse cernitur publice ostensa totius litis omniumque zizaniorum amoveat questionem” (M II/2, n. 285, p. 543, rr.3-6).

<sup>36</sup> Padoa Schioppa, *Aspetti* cit., p. 499.

<sup>37</sup> Sulle quali v. P. Grossi, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Padova 1968, e di nuovo, con grande risalto, ne *L’ordinamento giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, pp. 98-103. Ma v. anche Astuti, *I contratti obbligatori* cit., pp. 327 e sgg., 334 e sgg.

<sup>38</sup> Il Cartulario alla formula 19 dà appena un *incipit* e subito rinvia alle formule precedenti, come ha messo giustamente in evidenza Padoa Schioppa, *Aspetti* cit., p. 502 e n. 250, mentre il formulario di questa procedura è completo nei placiti e nella *Forma notitiae pro securitate*.

<sup>39</sup> *Exp.* a Liutpr. 115.

<sup>40</sup> Nel placito pavese dell’899, il primo in cui compare il formulario di *finis intentionis* (M I, n. 108), si può intravedere una situazione controversa in alcune increspature del formulario stesso: davanti al tribunale si presentano due parti in *altercatio*, la prima parte dichiara la situazione di fatto ma prosegue “Set, ut audivi, isti ... querent mihi eadem pecia”, l’altra parte recede subito con una *professio et manifestacio* prestata “semel et bis”, e infine la sentenza recita che la prima parte abbia la cosa “a modo et in antea”. Cfr. ancora i placiti M I, nn. 115, 116, 129 e 131 (903 Chiusi, 904 Lucca, 918 Milano, 921 Parma), nei quali si dice di un’*altercatio* fra due parti intorno ad un possesso, ma la seconda parte recede immediatamente. Sui primi esempi di età ottoniana di *finis intentionis* cfr. Bougard, *La justice* cit., p. 311 n. 116.

<sup>41</sup> Otto 130: “De investitura praedii si contentio fuerit, similiter ut per pugnam decernatur, edicimus”.

Lo schema della figura, dicevo, è parallelo e combinato con lo schema di *ostensio* a tracciare due percorsi alternativi ma molto ben accordati: in uno il procedimento muoveva da un titolo (il documento), qui muove da un fatto (il possesso o la detenzione) dichiarato in apertura da qualcuno che dice di *habere et detinere* una cosa *ad proprietatem*<sup>42</sup>, e il procedimento, accertata la bontà e legittimità del fatto, lo corrobora con una sentenza e cioè con un giusto titolo.

Sullo sfondo, ancora e sempre, esigenze di certezza, di stabilità e di riconoscimento dei rapporti dell'uomo con l'uomo e dell'uomo con le cose, in un mondo troppo spesso insicuro e per vie mai facili: perché il documento vale come definizione di diritti, *firmitas*, suggello materiale e palpabile e insieme fortemente simbolico, ma al fondo resta un'invenzione e un oggetto misterioso; e perché l'appartenenza è conficcata nell'animo dell'uomo, ma allo stesso tempo è aperta alle incursioni di altri uomini e minacciata.

Tant'è che penso che la *finis intentionis terre* abbia svolto sia la funzione di accertare meramente e preventivamente una situazione di fatto sia, non di rado, la funzione di rendere certa una eventuale transazione pre-giudiziale su questioni contestate o litigiose. Un indizio forte in questo ultimo senso è nascosto in due procedimenti di *finis intentionis* del 1072 e 1078, nei quali salta fuori inaspettatamente il termine di *transactio*<sup>43</sup>: e guarda caso – nessuno di noi se n'era accorto –, si tratta dei placiti di *Calceraki* e di *Puntiglo* e l'*advocatus* che agisce ha quel nome inafferrabile ed esasperante di *Peppone*, sul quale favoleggiano le storie di quegli anni<sup>44</sup>.

Alle somme, dagli ultimi anni del secolo IX e dall'occhio del bacino padano – Pavia, Milano, Piacenza – appaiono forme processuali particolari, tutte coordinate e mirate alla tutela di documento e possesso e tutte rivolte ad assicurare speditezza, certezza e incontestabilità di diritti e titoli; e l'osservanza di queste forme conferisce ai processi del *Regnum* quel che è stato definito un nuovo formalismo. Tali linee direttrici si fanno ancor più incisive in età ottoniana, e proseguono per il secolo seguente; anche se poi – dal 3°-4° decennio del secolo XI – gli schemi e la struttura dei placiti mostrano qualche elasticità, il dettato e i formulari si allentano e si colorano, e i modelli ca-

<sup>42</sup> È interessante e tipico il tenore della formula, perché i verbi *habere et detinere* (o *tenere*) in endiadi, nella documentazione, indicano la detenzione, il possesso della cosa, e la detenzione *ad proprietatem* richiama alla mente l'istituto romano del possesso *ad usucapionem*, che godeva di una rivendicazione fittizia per la quale un eventuale convenuto veniva condannato, quando risultasse che l'attore avrebbe usucapito la *res* qualora l'avesse posseduta per il tempo debito; ma non credo che le due figure siano in relazione diretta.

<sup>43</sup> M III/1, nn. 426, 448. Dal tenore dei due documenti sembra di capire che la *transactio* è da riferirsi alla *sponsio* di una pena promessa da colui che è stato interpellato, ed è confermata da un *launegild*, come talvolta si trova in Toscana (cfr. M II/2, nn. 270, 289: 1006 Pistoia, 1015 Volterra). La pena, sia del doppio del valore della *res* sia di una data cifra, la si trova molto spesso promessa da chi ha appena prestato la *professio*, sia nei procedimenti di *ostensio* sia in quelli di *finis intentionis*, e la si trova regolarmente dagli anni '90 del X secolo: ciò mi sembra imprimere all'atto un profilo negoziale e mettere in evidenza quel che Calasso diceva "l'intimo rapporto che lega il negozio e il processo" (*Il negozio cit.*, p. 381).

<sup>44</sup> Su questo primo, famosissimo maestro di diritto v. P. Fiorelli, *Clarum Bononiensium lumen*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma 1978, pp. 415-459; Nicolaj, *Cultura e prassi cit.*, pp. 57 e sgg.; Cortese, *Il diritto cit.*, II, pp. 33 e sgg.: il primo A. ne fa un professore bolognese forse da identificarsi con un vescovo scismatico di Bologna, la seconda un pratico non bolognese, un po' girovago, e tale da potersi rappresentare come un Pietro che in Toscana e in ambiente vescovile e canonica scrive alcuni documenti da notaio, il terzo A. ne fa forse un canonista, probabilmente un ecclesiastico. Come è evidente, questo affascinante personaggio, e emblematico della sua epoca, continua a sfuggire l'accademia dei professori, fortunatamente.



nonici di quegli istituti vengono usati per mescolanze e ibridazioni: per esempio, nel 1061, a Firenze, si tiene un processo a meccanismo composito di lite con *reinvestitura* conclusiva, più *finis intentionis*, più *banno*<sup>45</sup>.

Insomma, grosso modo dagli anni di Corrado il Salico, il formalismo non è più rigido e monotono, ma sembra flettersi e ammorbidirsi a un'aria più mite e aperta.

C'è da chiedersi, allora, da chi e come è nato quel formalismo, e in quale rapporto è con i formulari del Cartulario.

La storiografia da tempo riporta tutto ciò a Pavia capitale del Regno e ad una scuola di Pavia. Da ultimo Bougard mi sembra aver accentuato in parte tale prospettiva, sostenendo che un'ondata di nomine sovrane fra 880 e 945 e che la "vague centralisatrice de la période nationale" – nomine e centralizzazione desunte dalla diffusione di giudici e notai *domni regis* – avrebbero creato un corpo giudiziario stabile e permanente e avrebbero unificato a Pavia un apprendistato per giudici e notai<sup>46</sup>; dall'età ottoniana, invece, la situazione si sarebbe rovesciata, per una ripresa delle istituzioni giudiziarie locali e una "dispersione" regionale dei giudizi e notai del Sacro Palazzo, secondo la tesi di Radding<sup>47</sup>.

Non sono persuasa di questa lettura dei dati e delle fonti, perché il quadro mi appare più complesso e chiaroscurato. Per esempio, quello della scuola pavese forse è un pregiudizio: certo, Pavia e il suo *palatium*, peraltro più di una volta assediati e distrutti, sono un punto focale, ma i sovrani si muovono e si muovono "per totam Italiam"<sup>48</sup> i loro delegati ad amministrare la giustizia; e i notai e i giudici *domni regis* o *Sacri Palatii* non sono di Pavia ma sono, proprio come dicono, notai e giudici del re o di Palazzo.

Inoltre, il punto della nomina non mi persuade. Quel mondo è fitto di tenebre per noi, e non è poi tanto lontano dai tempi della *faida*<sup>49</sup> e della giustizia privata; le sue leggi, longobarde e caroline, dedicate all'esercizio della giustizia, sono discontinue, disorganiche e oscure, e non sappiamo quanta e quale applicazione abbiano trovata e soprattutto non possono essere tradotte in termini moderni<sup>50</sup>. Peraltro, briciole d'informazione come il fatto che Incmaro scriva ancora nell'882 che il re deve "sub se iudices constituere"<sup>51</sup> la dicono lunga sulla elementarità di un apparato giudiziario, una cui organizzazione durante il Regno d'Italia sembra improbabile.

<sup>45</sup> M III/1, n. 412. Cfr. anche M III/1, nn. 391, 393, aa.1054, 1055: nel primo caso, una questione già definita "per pugna" viene ulteriormente corroborata da una procedura di *finis intentionis*; nel secondo caso, il vescovo di Luni reclama parte di un castello di cui è stato spogliato e chiede la prova "per pugnam", la parte convenuta rinuncia e refuta "per fustem", e subito di seguito il vescovo introduce la procedura di *finis* con la dichiarazione "Habemus et tenemus ad proprietatem".

<sup>46</sup> Bougard, *La justice* cit., pp. 281 e sgg.

<sup>47</sup> C. M. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence. Pavia and Bologna, 850-1150*, Yale University, New Haven-London 1988, pp. 68 e sgg.; Bougard, *La justice* cit., pp. 285 e sgg.

<sup>48</sup> Come diranno ancora le *Honorantie civitatis Papie*, a cura di C. Brühl e C. Violante, Köln Wien 1983, p. 16. Già Salvioli, *Storia della procedura* cit., pp. 33, 53, rilevava che "il *palatium regis* non era solo alla capitale di Pavia, ma ovunque egli si trasportava".

<sup>49</sup> Sul *pretium* o *compositio* di una *faida*, che ancora "crescere potest" da una qualche *culpa*, si insiste ancora in K.M. 19, Pip. 27, Hlod. 18, 38, Wido I.

<sup>50</sup> Per esempio, di fronte a norme quali K.M. 55, Loth. 40(39), Loth. 49(48), Loth. 98(94), che spuntano in una generale labilità di disegno e in un contesto così altro dal nostro – oggi è Stato e per di più Stato moderno –, continuo a chiedermi cosa significhino veramente elementi-chiave del tenore delle fonti come un *constituere*, un *eligere*, un *totius populi consensus*.

<sup>51</sup> *De ordine palatii*, ed. in MGH, *Capit. regum Francorum*, II, p. 521, c.10, e *Fontes iuris Germanici antiqui in usum scholarum*, II, p. 50, c.3.

Piuttosto la vedrei così. Con Lotario e soprattutto con Ludovico II, gli ultimi carolingi molto presenti in Italia, spunta un personale giudiziario dal profilo tecnico, che proviene dalle fila dei notai, perché questi sono tecnicamente dotati e “legibus eruditi”<sup>52</sup>. I nuovi giudici si provvedono di prime insegne, che sono l’uso di una scrittura artefatta e cioè cancelleresca, la pratica di una scrittura segreta – la tachigrafia<sup>53</sup> – e una intitolazione al re<sup>54</sup>. Ora il centro di propulsione sembra il Palazzo di Pavia e da lì questi giudici partono ad affiancare i *missi* del re nei loro mandati – “cum ipsis ad ipsum missaticum aderant”<sup>55</sup> –, e quindi si mescolano ai giudici locali – scabini, *iudices civitatis*, *Mediolanenses*, perfino *Ticinenses*<sup>56</sup> –.

Ma se questo è l’avvio, ho idea che velocemente il quadro si modifichi: con la fine dei Carolingi e con il Regno Italico si entra in una lunga fase di crisi permanente, di marasma, di affievolimento e condizionamenti dell’autorità regia, mentre affiorano particolarismi e autonomie. Bene, ho idea che una qualche autonomia percorra ora anche l’ambito dei giudici e notai e che dalla fine del secolo spuntino o si irrobustiscano piccoli contingenti di giudici locali – i milanesi, per esempio, o i bergamaschi<sup>57</sup> –, tutti però in cerca di legittimazione sotto la “copertura”, come direbbe Capitani<sup>58</sup>, del titolo *domni regis*. Quindi non una centralizzazione, ma un movimento centripeto; e una nomina, da chiunque e comunque conferita, non voluta dall’alto, ma ricercata dal basso da nuovi esperti che si collocano nella cornice del *Regnum* e così abbozzano, sparsamente, i primi tratti di un apparato.

E penserei che quel banno regio, adottato nei processi della fine del secolo IX, oltre che una garanzia per il vincitore della causa, rappresenti anche l’accentuazione di un interesse pubblico, accanto a quello privato, nell’esercizio della giurisdizione, a tutto incremento dei giudici del re e del loro profilo istituzionale.

<sup>52</sup> Loth. 98(94): “De iudicibus inquiratur si nobiles et sapientes et Deum timentes ... Similiter et notarii legibus eruditi et bonae opinionis constituentur ...”. Una limpida analisi della laicizzazione del notariato e del reclutamento dei giudici dal notariato, dopo Carlo Magno e per la Tuscia, si deve a H. Keller, *La marca di Tuscia fino all'anno mille*, in *Atti del 5° Congresso intern. di studi sull'alto medioevo*, 3-7 ott. 1971, Spoleto 1973, pp. 122 e sgg.

<sup>53</sup> Sulla cancelleresca palatina v. A. Petrucci-C. Romeo, *Scrivere “in iudicio”. Modi, soggetti e funzioni di scrittura nei placiti del Regnum Italiae (secc. IX-XI)*, in “Scrittura e civiltà”, 13 (1989), pp. 5 e sgg.; sulla tachigrafia v. il sempre classico L. Schiaparelli, *Tachigrafia sillabica nelle carte italiane*, in “Bullettino dell'Istituto storico italiano”, 31 (1910), pp. 27-71, 33 (1913), pp. 1-39, rist. in Schiaparelli, *Note paleografiche (1910-1932)*, a cura di G. Cencetti, Torino 1969, pp. 3-89.

<sup>54</sup> Sulle prime, convincenti qualifiche della seconda metà del IX secolo v. Nicolaj, *Cultura e prassi cit.*, p. 19 nn. 38, 39.

<sup>55</sup> Così in M I, n. 68, a.865.

<sup>56</sup> M I, nn. 78 (874 Milano), 100 (892 Milano), 101 (896 Milano), 117 (905 Bellano), 129 (918 Milano): *iudices d. imp.* insieme a *iudices civitatis* o *Mediolanenses*; M I, n. 89 (880 Pavia): *iudices Sacri Pal.* con due *iudices Ticinenses*; M I, n. 91 (880-81 Piacenza): un *iud. Sacri Pal.*, un *iud. d. regis*, un *iud. Ticinense* e *scabini Placentini*.

<sup>57</sup> Per esempio: Aupaldo (892-923), not. e giud. *Mediolanensis*, dal 912 *iud. d. regis*, sempre a Milano (Radding, *The Origins cit.*, p. 192 n. 35); o Lazzaro (909-929) *iud. d. regis* a Bergamo (op. cit., p. 195 n. 65); o Teoderulfo (928-941) e Teobaldo (928-954), sempre a Bergamo (op. cit., p. 198 mi. 95, 96). Per *iudices et notarii regis* a Lucca dal 930 e poi nel resto della Toscana v. Keller, *La marca di Tuscia cit.*, pp. 133 e sgg.

<sup>58</sup> O. Capitani, *Storia dell'Italia medievale*, Roma-Bari 1986, p. 155, dice di una “copertura della corona” ricercata da signori laici ed ecclesiastici. Una tendenza di questo tipo sento in atto tra le fila dei giudici e dei notai, una tendenza che sembra arrivare a tracciare anche dei confini territoriali, come quando in un placito romano dal 901 presieduto da Ludovico III e dal pontefice si schizza uno schema bipolare di *iudices Romanie* e *iudices augusti* (M I, n. 111); mentre è solo il *palatium* chiamato proprio *Ticinense* che Berengario I nel 901 dice “caput regni nostri” (D Ber. I 35).

Con gli Ottoni, invece, nell'imperatore e nei suoi giudici e nell'alone di una sacrale *maiestas* ritrovata, si coglie nettamente un disegno di *iurisdictio* unificante e di vertice; il *breve memoratorium* di un placito romano del 999 presieduto da Ottone III, *breve emesso "de precepto"* dell'imperatore e "*consensu domni apostolici sive iudicum*", esordisce così: "Quia sanctos imperatores Deum semper pre oculis habere sancitum est, quicquid in publicum gesta imperialia transtulerunt nulla ratione divelli potest, quicquid imperiali decreto et iudicum firmis sentitiis corroboratum est quicumque destruere nititur reus maiestatis esse devincitur"<sup>59</sup>.

E infatti con gli Ottoni la scena dei giudicanti si fa corale ed acquista un centro. Crescono vivaci i contingenti locali; ma turbinata per l'Italia un apparato centrale di Palazzo al seguito dell'imperatore o dei suoi rappresentanti: tribunale e cancelleria itineranti ma aggregati e aggreganti, con giudici, notai e apprendisti uniti a formare una robusta officina e un seminario permanente – *workshop*, diremmo oggi –, che si doteranno del *Liber* delle leggi, delle *Formulae* e dell'*Expositio*<sup>60</sup>.

I giudici che compaiono fra IX e X secolo e che non sono conti o vescovi o uomini di corte, possono farsi forti solo di una propria consistenza tecnica e culturale<sup>61</sup>. Se al giudice di Carlo Magno e ancora di Lotario si chiedeva il digiuno in segno di penitenza e di ascesi e di essere *nobilis* e *sapiens* e timorato di Dio<sup>62</sup>, al giudice di qualche decennio dopo, che proviene dal notariato, si chiede evidentemente competenza nella legge scritta e "manifesta"<sup>63</sup>, che però è poca e assai carente, e esperienza di consuetudine, che è fonte sotterranea ma preminente dell'ordinamento e vera "piattaforma costituzionale" di quel mondo<sup>64</sup>.

La consuetudine, che è *lex non scripta* ed è così chiamata "quia in communi est usu", come scrive il solito e notissimo Isidoro<sup>65</sup>, fluisce nella vita quotidiana del diritto, reiterandosi in mille casi del reale; e questo suo perenne fluire e ripetersi modella forme dell'uso giuridico, che si fissano man mano e diventano normative<sup>66</sup>. Ecco, in età altomedievale, i grandi esperti e curatori delle forme e delle tipologie consuetudinarie sono i notai e i giudici, sono loro che conservano e amministrano gli archetipi di an-

<sup>59</sup> M II/1, n. 254.

<sup>60</sup> Nicolaj, *Cultura e prassi* cit., pp. 20 e sgg.

<sup>61</sup> Il fenomeno di uomini 'nuovi' che si affermano per la loro professionalità è ricorrente fra i giuristi, v. per la Roma classica G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in "Jus. Rivista di scienze giuridiche", N.S., 11/I (1960), p. 396, e *La preuve dans le proces romain de l'époque classique*, in *La preuve*, I, *Antiquité*, Bruxelles 1964 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVI), pp. 294-295, cfr. R. Feenstra, *La preuve dans la civilisation romaine. Rapport de synthèse*, ibid., p. 642; per l'età medievale, dopo questa fase fra IX e X secolo, una nuova, forte spinta all'accrescimento culturale, tecnico e professionale si avrà dalla seconda metà dell'XI secolo, e questo nuovo sforzo porterà i giuristi a costituire un ceto e a sciamare per università, tribunali, ambiti di documentazione, uffici comunali e prime burocrazie, v. Nicolaj, *Cultura e prassi* cit., e E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992.

<sup>62</sup> Il motivo della sapienza del giudice è antico, biblico; per uno dei suoi tramiti, che va da s. Paolo a Gregorio Magno, v. G. Arnaldi, *Gregorio Magno e la giustizia*, in *La giustizia nell'alto medioevo* cit., p. 66.

<sup>63</sup> Prendo l'espressione da Grim. ante 70, nel proemio all'editto dell'anno XIV (726), e cfr. Grim. ante 84, proemio all'editto dell'anno XV (727), dove la *lex manifesta* e certa perché scritta è contrapposta alla *consuetudo* o *usus* e all'*arbitrium*.

<sup>64</sup> La definizione è di Grossi, *L'ordinamento giuridico medievale* cit., p. 95.

<sup>65</sup> *Etym.* 2, 10,2-3, e 5, 3,2-4. Sulla *scriptura* come "momento discreto tra legge e consuetudine" per certo pensiero altomedievale v. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano 1964 (Ius nostrum, 6, 2), pp. 356-357 n. 116.

<sup>66</sup> Nicolaj, *Post scriptum a Il documento privato* cit., pp. 196-197.

tichi usi e che regolano le figure di usi nuovi: perché se requisito della consuetudine è, per definizione, il decorso del tempo – la *longa consuetudo* di C.8,52(53) –, in taluni contesti come quello del diritto pubblico o in una società prevalentemente consuetudinaria come quella altomedievale “la formazione della regola consuetudinaria diventa sempre più rapida” e la sua configurazione e recezione sono fortemente determinate proprio dalla pratica giudiziaria e dalla funzione di “far sorgere” e “far agire” proprio “i poteri cui è affidato il funzionamento del meccanismo della sanzione” nell’ordinamento giuridico esistente<sup>67</sup>.

È, perciò, in un ambito consuetudinario, tutto pratico e usuale, credo, che va ricercata la prima delineazione di quegli istituti processuali che appaiono alla fine del secolo IX: notai e giudici, pavesi e del bacino padano, raccolgono esigenze e tendenze emergenti nella prassi giuridica – intorno ai grandi temi della contumacia e cioè della indocilità alla giustizia del re e invece del peso del *verbum regis* rappresentato dal banno<sup>68</sup>, della documentazione e delle situazioni reali –, raccolgono quelle tendenze e danno un grande saggio della loro bravura e un segno forte della loro presenza configurando procedimenti adeguati.

Le forme processuali, che credo nate così, si cristallizzano in età ottoniana, proprio quando l’avvio del rinascimento giuridico mette in moto una rivoluzione che capovolgerà il rapporto consuetudine-*leges* a tutto vantaggio delle seconde: perché questo movimento, rivolto a rifondare la legge, in primo luogo raccoglierà e mediterà le norme del proprio tempo nel *Liber Papiensis* e nell’*Expositio*<sup>69</sup>; quindi ricercherà le norme perdute di quella *lex mundialis* di Roma, che nella proiezione di un’idea, nella protezione di manoscritti chiusi in biblioteche e archivi e nelle briciole sparse di una prassi volgare ha superato la fine del mondo antico.

Insomma, quel nuovo ceto di uomini di legge – notai e giudici – spuntato sul finire del secolo IX si allontana da discrezionalità (*propria voluntas*) e arbitrio, come auspica Raterio<sup>70</sup>, e sviluppa la sua cultura dalla consuetudine alle leggi e poi alla superba legge romana, in un crescendo lento e progressivo.

E il *Chartularium* in tutto questo? Un’operetta scabrosa, che crea imbarazzo a studiosi di grande esperienza<sup>71</sup>. Io ho idea che non sia un vero formulario e che si tratti invece di un elaborato scolastico descrittivo di negozi e procedure tipici, costruito secondo moduli retorici oppure secondo una “trama non italiana” di *eloquia et gesta*<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Bella, limpida e ricca di spunti la voce di N. Bobbio, *Consuetudine. Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, pp. 426-443, e già prima *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942.

<sup>68</sup> G. Princi Braccini, *Termini germanici per il diritto e la giustizia: sulle tracce dei significati autentici attraverso etimologie vecchie e nuove*, in *La giustizia nell’alto medioevo* cit., p. 1104.

<sup>69</sup> Sulla seconda, da ultimi, Diurni, *L’Expositio* cit., Padoa Schioppa, *La cultura giuridica* cit., pp. 225 e sgg., Cortese, *Il diritto nella storia medievale* cit., II, pp. 21-24.

<sup>70</sup> *Praeloquia*, 1, 17, in *PL*, CXXXVI, coll. 161-163, e ed. P. Reid, in *Corpus Christianorum*. Cont. med. 46A, Turnholt 1984, p. 19: “Bonus ... iudex nil debet arbitrio suo decernere, nec domesticae voluntatis proposito aliquid iudicare, nil paratum et mediatum domi proferre, sed iuxta leges et iura cuncta pronuntiare, decretis obedire, nil propriae voluntati indulgere” (aa.934/36-951/52). Consuetudine o *usus*, *arbitrium* e *manifesta lex* o certa e definita spiccano chiari nei proemi all’editto di Grimoaldo cit. sopra a n. 63; Loth. 98(94) prescriveva che i giudici giurassero “ut iuxta suorum intelligentiam rectum iudicent”.

<sup>71</sup> Tanto che Padoa Schioppa, *Aspetti della giustizia* cit., p. 502, conclude molto giustamente che il *Cartulario* “indubbiamente porta i segni della trasformazione nella procedura del *Regnum* tra la fine del IX e gli inizi del X secolo, ma non ne costituisce la fonte” e che il formulario dei placiti non può essere il *Chartularium Langobardicum* “nella redazione che ci è pervenuta” (n. 251).

<sup>72</sup> Nicolaj, *Il documento privato* cit., p. 173; Cortese, *Il diritto nella storia medievale* cit., I, p. 327 n. 30, II, p. 19, che pensa anche a possibili “ascendenze transalpine” del formulario: no, il quadro dei negozi e

Penso che l'operetta sia di età ottoniana e della scuola di Palazzo; e penso che alle sue origini possa esserci stato un vero formulario di tipo italiano, e cioè un piccolo *dossier* di documenti, i cui modelli più antichi, forse, potrebbero risalire agli anni di Ludovico II<sup>73</sup>.

A sfondo dei nostri istituti, fra IX e X secolo, si regolarizza e si fissa il formalismo generale del processo altomedievale, come testimoniano i capitoli di Guido e di Ottone I già ricordati, i documenti giudiziari e poi le *Formulae* al *Liber Papiensis* e la *Placiti forma glossata*<sup>74</sup>: un processo, come è noto, che non è diretto "all'accertamento della verità dei fatti, alla formazione del convincimento del giudice e alla conseguente decisione di merito secondo il diritto", ma che invece "si esaurisce nel giudizio ordalico"<sup>75</sup> e cioè nel regolamento formale di prove quali il giuramento e il duello, dal cui esito deriva automaticamente la sentenza (*Beweisurteil*).

Su ciò si è tutti d'accordo. Ma spesso si sottolinea l'insufficienza di verità di quel processo: Cortese, da ultimo qui a Spoleto, notava il profilo di gara ludica dei giuramenti e dei duelli, ai quali poi pian piano si sarebbero accostati testi e documenti e cioè "strumenti diretti all'accertamento della *veritas rei*, in vista di una giustizia più

delle procedure processuali riprodotto dal Cartulario, che non è un formulario, è tutto italiano e tutto corrispondente alle pratiche negoziali e processuali padane, che però dai Carolingi, con il loro *establishment* cosmopolita, e dagli Ottoni si sono colorite di germanesimo.

<sup>73</sup> A suggerire questa ipotesi concorrono tre elementi: il fatto che nell'Italia altomedievale i formulari devono essere stati forniti da *Vorurkunden* e cioè da documenti precedenti presi a modello, come già pensava Schiaparelli; il fatto che ai primi tecnici degli anni di Ludovico II potrebbe risalire un primo *dossier*-formulario di documenti; il fatto che l'*Expositio* a Ahist.16.VII. par. 3, sembra attribuire il Cartulario a un *Theodoricus rex, cartarum compositor*, e questi potrebbe ricordare un omonimo presente fra i notai della cancelleria di Ludovico II, emendando il *rex* in un *notarius* corrotto da una cattiva lettura di un compendio *not* in corsiva e da una confusione con quel Teodorico I re dei Franchi al quale la stessa *Exp.* a Liutpr. 88, par. 2, e a K.M. 70, par. 2, attribuisce la legge salica, v. Nicolaj, *Cultura e prassi* cit., pp. 21-22 n. 45.

<sup>74</sup> Le *Formulae* processuali, databili in base al fatto che le ultime si riferiscono ai capp. 2 e 3 di Enrico II (1004-1024), sono di regola riferite alla prassi, v. Diurni, *L'Expositio* cit., p. 102, e Cortese, *Il diritto nella storia medievale* cit., II, p. 18; a me sembra, piuttosto, che possano essere esercitazioni scolastiche – di una scuola per pratici, certo, che vedrei a Palazzo –, abbastanza "primitive e grossolane" ancora, come osserva Cortese. Più pulita e ordinata è la *Placiti forma glossata*, che sembra un po' più avanti nel tempo e sembra costituire un anello di congiunzione fra le *formulae* e quelle *distinctiones* del XII secolo tradite dal ms. londinese descritto sommariamente sopra a n. 6, relative ai *maleficia* (f.180v), alle *appellationes longobardorum* (f.191v) ecc. In questo insieme di testi sono da porre anche le *Intentiones unde per legem potest haberi pugna* contenute nelle *Quaestiones ac monita*, un'operetta da datarsi agli anni 967-1019, ed. in MGH, *Leges*, IV, pp. 590-594, par. 6, e Padelletti, *Fontes* cit., pp. 463-471, cfr. G. Astuti, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti, età romano-barbarica*, Padova 1966<sup>2</sup>, p. 373; anche per questo scritto Cortese, op. cit. supra, p. 21 n. 34, colpito dall'attenzione prestatavi al diritto salico, sospetta una qualche origine transalpina, mentre a me questo elemento non crea alcun problema, vista la forte presenza in Italia di personaggi di rilievo viventi a legge salica, presenza sottolineata per esempio nei documenti privati nell'età carolingia ma soprattutto nell'età ottoniana.

<sup>75</sup> G. Astuti, *Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico* (1973), ora in Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, I, Napoli 1984 (*Ius nostrum*, 2<sup>a</sup> ser., 1/1), p. 88. Sul giudizio ordalico: L. A. Muratori, *Antiquitates italicæ Medii Aevi*, III, Milano 1740, diss. XIII: *De duello, eiusque origine ac usu*, coll. 633 e sgg.; il classico F. Patetta, *Le ordalie*, Torino 1890 (anast. 1972); le fonti in P. Browe S. J., *De ordaliis*, I: *Decreta pontificum Romanorum et synodorum*, II: *Ordo et rubricæ. Acta et facta. Sententiae theologorum et canonistarum*, Roma 1932-1933 (Pontificia Universitas Gregoriana, *Textus et documenta*, ser. theol., 4 e 11); J. Gaudemet, *Les Ordalies au moyen âge: doctrine, législation et pratique canoniques*, in *La preuve* cit., II, Bruxelles 1965 (*Recueils ... J. Bodin*, XVII), pp. 99 e sgg., e Gaudemet, *A propos de la preuve dans le droit canonique médiéval*, in *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia, Ius, Studium*, a cura di A. García y García e P. Weimar, II, Goldbach 1995, pp. 1-10.

sostanziale<sup>76</sup>; o van Caenegem sintetizzava i limiti di quella giustizia riferendola ad una “società chiusa e primitiva”<sup>77</sup>. E qui ho l’impressione che si manchi il bersaglio.

L’elemento ludico di gara che appare una costante nel processo, da quello in forme arcaiche, come osservava Huizinga<sup>78</sup>, a quello moderno<sup>79</sup>, non deve far dimenticare che nei giuramenti c’è timore e ardimento, nei duelli violenza, crudeltà e paura di magie maligne<sup>80</sup>.

Quanto a una concorrenza fra prove ordaliche germaniche e mezzi razionali di prova di tradizione romano-canonica e quanto a un eventuale progresso verso la verità, mi sembra che, in un sistema concluso al culmine da prove di tipo irrazionale o religioso come i giuramenti e i duelli<sup>81</sup> e segnato da una sentenza di prova, la testimonianza e il documento di origine romana vengano tradotti in linguaggio ordalico e si comportino in modo ordalico. Magari i toni severi d’Oltralpe s’allentano in Italia, terra di tolleranze e cedimenti: qui si spergiura, come stigmatizza Ottone<sup>82</sup> o un duello finisce in rissa<sup>83</sup>; ma il sistema è quello, e condiziona e piega ogni suo elemento<sup>84</sup>. Il documento, per esempio: esso assume decisi caratteri di arcaicità e “globalità”, perché non tende “tanto a dimostrare al giudice l’esistenza o l’inesistenza storica di un dato fatto, quanto a confermare in blocco” nel fatto e nel diritto la pretesa della parte

<sup>76</sup> Cortese, *Il processo longobardo* cit., pp. 637 e 647, e cfr. *Il diritto nella storia medievale* cit., I, p. 167.

<sup>77</sup> R. C. van Caenegem, *La preuve dans le droit du moyen âge occidental. Rapport de synthèse*, in *La preuve* cit., II, p. 753.

<sup>78</sup> J. Huizinga, *Homo ludens* (1938), trad. ital. Torino 1946 e 1948, cap. IV: *Gioco e diritto*, pp. 104 e sgg., proprio sul processo.

<sup>79</sup> S. Satta, *Il mistero del processo* (1949), ora ne *Il mistero del processo*, Milano 1994 (Piccola Biblioteca Adelphi, 324), p. 30, che invero nota “il carattere di lotta, il carattere veramente drammatico che è intrinseco al processo”; P. Calamandrei, *Il processo come gioco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, pp. 485-511.

<sup>80</sup> M III/2, n. 478, p. 434 rr.5-8, 1098 Garfagnolo: “Camphio... iactavit pro maleficio ... vuantonem femmineuin variis coloribus distinctum...”; cfr. Roth. 368, sulle *herbe* “quod ad maleficia pertentit”.

<sup>81</sup> J. Ph. Lévy, *L’évolution de la preuve, des origines à nos jours*, in *La preuve* cit., II, pp. 11 e sgg.; sul giuramento che è un giudizio di Dio v. F. L. Ganshof, *La preuve dans le droit franc*, ibid., II, p. 75, e prima G. Broggin, *La preuve dans l’ancien droit romain*, ibid., I, p. 261.

<sup>82</sup> Otto I, *proem.*: “mos detestabilis in Italia improbusque non imitandus inolevit, ut legum specie iureiurando acquirerent, qui Deum non timendo minime periurare formidarent”.

<sup>83</sup> M III/2, n. 478: ancora nel placito di Garfagnolo, durante il duello dei due campioni, ecco un’invasione di campo e una mischia formidabile.

<sup>84</sup> Quanto al sistema penso con Lévy, *L’évolution de la preuve* cit., p. 13, che nel nostro ci siano sì testimoni e documenti ma che “néanmoins, le simple fait qu’existent ces preuves irrationnelles suffit à caractériser le régime et à le séparer de tout autre”; quanto ad una prova di natura umana e non religiosa e tuttavia irrazionale sono con Pugliese, *La prova nel processo* cit., pp. 387-388, che per l’epoca antica di Roma dice che “una prova avente natura e efficacia puramente umana non era per ciò stesso una prova razionale”, che questa sua “irrazionalità era in parte eco e sopravvivenza dell’antico carattere soprannaturale del giudizio, in parte dipendeva dai tipi di prova in uso e dalla natura dell’organo giudicante” e che per esempio era prova irrazionale la testimonianza. D’altronde, qualche autorevole studioso ha già accennato, senza però insistere, al comportamento singolare delle prove razionali nel processo ordalico: Astuti, *Spirito del diritto longobardo* cit., pp. 96-97, dice che la recezione della prova per testi e per documenti “fu una giustapposizione o commistione di mezzi di prova”, che i nuovi mezzi di prova subirono “significative deformazioni” e che “la prova mediante documenti fu bensì accolta, ma in modo da farla rientrare nel sistema probatorio tradizionale”, come la prova per testi che “i adeguava ai principi della prova ordalica”; G. B. Bognetti, *Un canone milanese e il diritto penale longobardo*, ora in *L’età longobarda*, I, Milano 1966, p. 322, accoglie da Brunner l’assunto che la prova per documento era stata “adottata dai popoli germanici ... ma in modo da farla rientrare il più possibile nel sistema di prove germanico”.

che lo produce, e non propone al giudice un elemento sul quale ragionare ma direttamente il giudizio<sup>85</sup>; e se è respinto dalla parte avversa, va “purificato”<sup>86</sup>.

Infine la verità per una giustizia più sostanziale. Certo, in quel mondo manca il concetto di una verità di fatto, ma così è perché manca la distinzione fra fatto e diritto<sup>87</sup>, perché il diritto è tutto calato e sprofondato nel fatto<sup>88</sup>. E la realtà dei fatti umani è immersa nel cosmo ed è satura di sacro, per contaminazioni e ibridismi straordinari fra miti, simboli e archetipi celesti dei popoli del Nord<sup>89</sup> e visione giudaico-cristiana del mondo e della storia come epifania di Dio<sup>90</sup>.

Quando Liutprando non può vietare la lotta “propter consuetudinem” della sua gente<sup>91</sup>, si coglie nella sequenza lotta-*consuetudo-gens* l’“eterno ritorno” a un archetipo, al modo di Eliade<sup>92</sup>, e forse anche un archetipo come struttura dell’inconscio collettivo, alla maniera di Jung<sup>93</sup>. O quando nei processi dicono che “cum Dei adiutorio” vogliono “per pugnam veritatem invenire”<sup>94</sup>, si scopre una verità integrale di fatto e di diritto, raggiunta per una strada giuridico-sacrale da una società certamente arcaica, ma niente affatto “chiusa”, se anzi in essa l’uomo non ha ancora perduto la profondità del suo passato e l’altitudine dei cieli.

E questa sostanza delle cose è tanto densa che le poche voci contro il duello, che si levano allora, non seguono affatto vie logico-razionali: l’esitazione di Liutprando sul giudizio di Dio sembra suggerita da una “suggerione intima”, per usare ancora le parole di Capitani<sup>95</sup>; e Agobardo di Lione s’opponesse alla *pugna* e alle ragioni del vincitore<sup>96</sup> sia per estrema fedeltà evangelica sia, sembrerebbe, per una singolare intuizio-

<sup>85</sup> Sul concetto di prova globale v. Pugliese, *La prova nel processo* cit., p. 398, e *La preuve dans le proces romain* cit., p. 298.

<sup>86</sup> Per es. *Exp.* a Wido 6, par. 17: *purificatio carte*, par. 23: *cartam idoneare o purificare*.

<sup>87</sup> Per la distinzione fondamentale fra fatto e diritto, strutturale di un processo evoluto e assai sottolineata dai romanisti e invece non considerata in genere dai medievalisti, v. G. Broggin, *La Preuve dans l’ancien Droit romain*, in *La preuve* cit., I, pp. 252-256, e R. Feenstra, *La Preuve dans la civilisation romaine. Rapport de synthèse*, in *La preuve* cit., I, pp. 645 e sgg.; v. anche J. Ph. Lévy, *Réflexions sur l’importance et l’intérêt des questions de preuves*, in *Travaux juridiques et économiques de l’Université de Rennes*, 18 (1954), p. 132.

<sup>88</sup> Grossi, *L’ordine giuridico* cit., pp. 56 e sgg., sulla “fattualità del diritto”, pp. 72 e sgg., sul “reicentrismo”.

<sup>89</sup> M. Eliade, *Il mito dell’eterno ritorno (Archetipi e ripetizione)*, del 1949, trad. ital. ed. Borla 1968-1989.

<sup>90</sup> Eliade, *Il Mito* cit., pp. 135 e sgg.; Y. H. Yerushalmi, *Zakhor. Storia ebraica e memoria ebraica* (1982), trad. ital. Parma 1983.

<sup>91</sup> Liutpr. 118, cfr. Eliade, *Il Mito* cit., p. 48, proprio sulla lotta.

<sup>92</sup> L’archetipo di Eliade è per l’uomo di una società arcaica un modello istituzionale e di condotta “rivelato” e di “origine sovrumana e trascendentale”, cfr. Pref. alla trad. ital., p. 6.

<sup>93</sup> Per esempio C. G. Jung, *Gli archetipi dell’inconscio collettivo* (1934/1954), e *Il concetto d’inconscio collettivo* (1936), ne *La vita simbolica*, trad. ital. 1995<sup>2</sup> (Biblioteca Bollati Boringhieri, 102): non voglio certo avventurarmi in un campo non mio, ma fra tante suggestioni il fatto che gli archetipi junghiani siano “modelli di comportamento istintuale” (p. 71), una cui comune espressione sono “il mito e la favola” (p. 17), o il fatto che un giurista di oggi riconosca a tutt’ora che il carattere di lotta “è intrinseco al processo” (cfr. supra n. 79) mi fanno tanto pensare che il concetto d’archetipo di Jung e quello di Eliade, se pur raggiunti da ottiche diverse e utilizzati in prospettive diverse, non si escludano affatto.

<sup>94</sup> M II/2, nn. 274 e 293; M II/2, n. 290, 1015 Ferrara: “et si postea Christus Dei filius, cuius iuris equitas foret, per duelli pugnam veritatem declararet”. A proposito di giuramento come giudizio di Dio, in M II/1, n. 236, fra un giuramento negato e così decisivo e la pronuncia dei giudici si dice “Impletus est ille sermo qui dictus est: Vincat ergo Cristus qui est via, veritas et vita, et occidat iniquitas” (p. 373, rr.27-28).

<sup>95</sup> Liutpr. 118: “incerti sumus de iudicio Dei”, e Capitani, *Storia* cit., p. 67, dice del re “che fu spirito molto sensibile a certe suggestioni, intime ed esteriori”.

<sup>96</sup> Agobardi Lugdunensis Archiepiscopi, ep. 3, c. 817, in *MGH, Epistolae karolini aevi*, III, p. 161.

ne di quel “bene della sconfitta”<sup>97</sup> e di quella gloria dei vinti che oggi ci narrano pagine bellissime, per esempio di Manzoni<sup>98</sup> o Malaparte o Joseph Roth.

Resta un quesito finale e di fondo: che è stato dunque quel formalismo che regola il processo tra la fine del secolo IX e l’XI? Visto all’esterno, intanto, esso si pone in un quadro di movimento, toccato qua e là di colori, immagini, suoni.

Nel panorama si vedono i tribunali viaggiare e piccoli gruppi di uomini di legge venire avanti a rappresentare una città; e vi si vedono passare i luoghi di seduta – *palatia*, monasteri, logge aperte all’esterno<sup>99</sup> –.

C’è il fosco della violenza di chi, come qualcuno lamenta, “venit cum sua forcia et introivit in ipso meo episcopio ... per vim et disviolavit meam sedem et apreendit meam personam et misit me in vincula, quod est in carcerem et tullit tesaurum”, un buio rischiarato dalla *virga* “superoperata de auro” dell’imperatore, che è avvolto dai colori del suo seguito di Romani, Franchi, Longobardi, Sassoni, Alamanni, e vescovi, duchi e marchesi, e conti e tanti giudici<sup>100</sup>. O c’è la decrepitezza canuta, bugiarda e cattiva di un monaco che vuole arraffare una carica<sup>101</sup>. O c’è il lampeggiare dell’ira di un abate che, ingiurioso e sprezzante verso la corte, “fregit placitum, et cum multis ominibus, qui destractis gladibus et terribiliter vertebant oculos, etiam ascenderunt equis”<sup>102</sup>.

Ci sono le movenze talvolta meschine della giustizia: ecco un papa, che s’è venduto ad una delle parti e perciò è “iratus” e violento con l’altra<sup>103</sup>; o ecco, in rappresentanza di quell’Ottone III che s’è richiamato al biblico re David<sup>104</sup> – ch’era “fulvo, con begli occhi e gentile di aspetto”<sup>105</sup> –, ecco un arcidiacono del Sacro Palazzo che è sordo alle obiezioni dell’abate di Farfa ed è brutale, smanierato e anche comico quando “manibus suis eum comprehendit per cucullam et iuxta se sedere fecit. Cui et dixit: Hodie non exies de isto placito, nisi legem feceris”<sup>106</sup>.

E ci sono le immagini luminose della giustizia, nella persona del sovrano: dal *sere-nissimus* Ottone II “fortis preliator et expugnator belli, humilium adiutor, superborum contritor”<sup>107</sup> al *victoriosissimus* Enrico III, per il quale più modernamente si dice che “omne ius et legum status ab imperiali pendet examine, recte cuncta ditioni eius submittimus eiusque precepta servamus, cuius auctoritate inviolabiliter leges roborantur”<sup>108</sup>.

Verso la fine dell’epoca s'alzano nuovi rumori: nel 1077 si palpa l’assenso tacito dei *cives* di Padova che non osano contraddire un giuramento – “sed omnes tacuerunt”<sup>109</sup>

<sup>97</sup> La citazione è da J. Roth, *I cento giorni*, Milano 1994 (Biblioteca Adelphi, 297), p. 171.

<sup>98</sup> Penso al Manzoni di *Adelchi*, a.V, sc.VIII, vv. 18-43.

<sup>99</sup> Il paesaggio si coglie sfogliando i placiti e seguendo i tribunali, ma v. anche H. Keller, *Der Gerichtsort in Oberitalienischen und Toskanischen Städten*, Tübingen 1969 (Quellen und Forschungen aus Italienischen Archiven und Bibliotheken, 49), pp. 1-72.

<sup>100</sup> M II/1, n. 155, 967 Ravenna.

<sup>101</sup> M II/1, n. 169, 971 Ravenna.

<sup>102</sup> M III/1, n. 404, 1057 Grasciano.

<sup>103</sup> M II/1, n. 254, 999 Roma.

<sup>104</sup> Cap. Ottonis III: “David autem rex et propheta dicit: beati qui custodiunt iudicium et faciunt iustitiam in omni tempore” (Psalm 106,3).

<sup>105</sup> 1 Sam 16,12, cfr. 1 Sam 16,18.

<sup>106</sup> M II/1, n. 236, 998 Roma.

<sup>107</sup> M II/1, n. 204, 983 Ravenna.

<sup>108</sup> M III/1, n. 374, 1047 Ravenna.

<sup>109</sup> M III/1, n. 439.



–, o ci si urta nel 1079 a Ferrara per lo strepito di troppi avvocati – “nimia et prolixa atque infinita advocazione” –, uno starnazzare tale e tanto lungo che si decide di ricorrere al ricordo pacato “bonorum hominum antiquorum” per finire la lite<sup>110</sup>.

Un silenzio fragoroso viene dai *pauperes* e *humiliores*, spesso ricordati nei proemi delle leggi<sup>111</sup>, ma poi assenti in questi processi per lo più sul patrimonio. Solo una volta si coglie una voce, disarmata e dolente: a Milano nel 900 certi uomini rivendicati come *aldii*, richiesti di provare il loro stato di liberi, ricordano: “Pro nostra paupertate libertatem nostram minime aprobare poteremus”<sup>112</sup>. E poi vincono la causa: un caso, o la debole luce di una giustizia più giusta? Non saprei rispondere.

Se questi sono contorni spiccati e variopinti, l'essenza del formalismo può apparire oscura e fortemente ambigua. La vita degli uomini è un reticolo di forme – linguistiche, di costume, morali e via dicendo –, forme necessarie a configurare realtà ed esperienze, a fare scelte, a raggiungere scopi; ma, al confine vago delle forme essenziali, un formalismo ottuso e povero o falso nella sostanza minaccia la vita, può soffocarla e spegnerla.

Quanto al diritto, che è un insieme di figure e regole di rapporti sociali, esso è massimamente un sistema di forme. E il formalismo giuridico pone problemi assai complessi, perché si presenta in molte accezioni e può avere profili ‘buoni’ e funzionali e profili temibili<sup>113</sup>. In particolare, il formalismo nel processo fa paura, se è esasperazione e rigidità delle forme a scapito della sostanza, osservanza di forme vuote e fine a se stesse, insomma “scimmia dell'esperienza”<sup>114</sup>; e proprio sul formalismo nel processo suggestionano fortemente pagine stupefacenti di un insigne processualista dei nostri tempi, Salvatore Satta<sup>115</sup>.

A che scopo dunque le forme del processo? Scrive oggi Satta: “Non si dica, per carità, che lo scopo (del processo) è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità ... Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio ... Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che

<sup>110</sup> M III/1, n. 453.

<sup>111</sup> Proemi agli editti di Rotari, Liutpr. a. XII, Liutpr. a. XV, Ratchis a.745/6 e a.746, e v. anche, per esempio, K.M. 42(43), 58; Hlud. P.8(11). Ma il motivo, come è noto, è biblico, v. per esempio Is 1, 17: “ricercate la giustizia, soccorrete l'oppresso, rendete giustizia all'orfano, difendete la causa della vedova”.

<sup>112</sup> M I, n. 110.

<sup>113</sup> Un approccio complessivo al tema nelle trattazioni, articolate e limpide, di R. Orestano, *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, App. III, Roma 1961, pp. 658 e sgg., e ora in Orestano, *'Diritto' Incontri e scontri*, Bologna 1981, pp. 383-392, di G. Tarello, *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, pp. 571-580, e ora in Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, pp. 19-50, di M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano 1980 (Quaderni di filosofia analitica del diritto, 1).

<sup>114</sup> S. Satta, *Il formalismo nel processo*, in Satta, *Il mistero del processo* cit., p. 87: l'affermazione di Satta, così ricca di implicazioni e intimamente persuasiva, non appare condivisa da tutti e anzi per A. E. Cammarata, *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, 17, Milano 1968, p. 1017 n. 10, “ha tutta l'aria di una *boutade*”; ma devo confessare che mentre la posizione di Satta mi sembra serissima e del tutto fondata sull'acuta distinzione fra processo “formale” e processo “formalistico” (op. cit., pp. 84-85), la posizione di Cammarata mi sembra abbastanza criptica, tutto sommato poco intellegibile per un medio lettore di italiano quale sono e forse, parafrasando Satta (p. 82), troppo costosa per i suoi formalismi.

<sup>115</sup> Satta, *Il formalismo nel processo* cit., pp. 81-110.

è come dire che non ne ha alcuno”<sup>116</sup>. Sono conclusioni pesanti come pietre da parte di chi ha scritto un monumentale *Commentario al codice di procedura civile*.

Una visione meno sconsolata potrebbe rilevare che il giudizio, per monco o addirittura ingiusto che sia, nasce comunque da un’istanza di giustizia e verità e rappresenta comunque un momento, precario quanto si vuole, di certezza, di stabilità e di riposo nel perenne scorrere e dilagare della vita. Così come una valutazione priva di superbie intellettuali e libera da formalismi e pregiudizi logici e ideologici potrebbe concludere che i procedimenti processuali di un *Regnum Italiae* sono sì tipici e rigidi, ma atti a raggiungere una decisione e intensamente conformi al senso di realtà di quel mondo: un senso di realtà per noi irrimediabilmente perduto, ma forse intuibile, se il più razionale processo bassomedievale, che pure misura e conteggia con qualche stupidità e grettezza le sue *probationes*<sup>117</sup> e che adotta la tortura, o se il progreditissimo processo moderno, che partorisce un giudizio fra spire di forme e formalismi e che pure conserva al suo fondo un “permanente nucleo di vendetta”<sup>118</sup>, se questi processi tanto più evoluti ci danno, in verità, qualche sconcerto. E allora per quei procedimenti altomedievali non saprei più di che forme e formalismi dire e se parlare di mera e rigida osservanza di forme d’apparenza o di uso di forme di sostanza e ‘tecniche di scelta’<sup>119</sup>.

In conclusione, mi accorgo che il quadro di partenza – formulari e formalismo –, un quadro abbastanza conosciuto e fermo, è diventato instabile e cangiante; e mi chiedo se questa indeterminatezza abbia un senso e quale e sia, se non fedele, almeno rispettosa di uomini e cose. Mi viene così in mente il placito di Garfagnolo del 1098, che, sullo spartiacque fra un’età che muore e un’altra che s’apre, si pone alto a straordinaria metafora<sup>120</sup>. In quel processo si mette in campo tutto: il giuramento, che chiama in gioco l’anima; le leggi di Giustiniano e i precetti di Carlo e di Ottone, che puntano sulla ragione dell’uomo e sulle gerarchie del potere; la *humilitas*, che significa la mitezza e la resa; la *pugna*, che è un ritorno ad archetipi profondi e un richiamo disperato a Dio. E nel duello il campione è colpito violentemente e crudelmente, cade, si rialza e di nuovo “viriliter et prudentissime volebat pugnare”: e la partita resta aperta, il traguardo si sposta ancora, mentre i giudici – due fra i più grandi di quelli di Matilde<sup>121</sup> – “nullam inde ... dedere sententiam”.

<sup>116</sup> Satta, *Il mistero del processo* cit., p. 24.

<sup>117</sup> Penso alla “gerarchia delle prove” del “laboratorio sapienziale” basso medievale, come lo chiama Paolo Grossi, con la *probatio probatissima*, o *plena*, o *semiplena*, per la quale v., fra i tanti lavori di Lévy, J. Ph. Lévy, *L’évolution de la preuve* cit., pp. 37 e agg., e ancora Lévy, *Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen âge*, ne *La preuve* cit., II, pp. 148 e sgg.; o penso a conteggi come quello della gl. *in exercendis* a C.4,21,15, o come quelli riferiti e commentati da Pietro da Anzola nell’*Apparatus notularum* al *Tractatus notularum* di Rolandino, ed. in *Summa totius artis notariae* Rolandini Rodulphini Bononiensis, Venezia 1546 (anast. a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 1977), f. 470r A: “Et si queras per quot testes probatur contra publicum instrumentum ....”.

<sup>118</sup> Satta, *Il mistero del processo* cit., p. 26.

<sup>119</sup> Di formalismo pratico come “tecnica di scelta” si occupa Jori, *Il formalismo giuridico* cit.

<sup>120</sup> M III/2, n. 478, e sul processo v., da ultimi, A. Padoa Schioppa, *Le rôle du droit savant dans quelques actes judiciaires italiens de XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*, Milano 1979 (Actes du colloque de Montpellier, 12-14 déc. 1977), pp. 353-355, Nicolaj, *Cultura e prassi* cit., pp. 73-74, Cortese, *Il rinascimento giuridico* cit., p. 14.

<sup>121</sup> Ubaldo da Carpineti e Bono da Nonantola.