

*Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt -
Bürger und Bauer im Alten Europa,
von Karl S. Bader und Gerhard Dilcher,
in Enzyklopädie der Rechts- und
Staatswissenschaft, Berlin-Heidelberg etc.,
Springer Verlag, 1999, pp. V-XXVII, 853**

Gerhard Dilcher

La ricostruzione storico-giuridica qui presentata abbisogna di qualche parola introduttiva sulla sua origine, svolgimento e struttura. Essa si distacca infatti notevolmente da quanto è abituale nella disciplina ed è inoltre ancora non conclusa.

Nel 1971, Karl Siegfried Bader mi aveva invitato all'ideazione di una "Storia del diritto tedesca" per la *Enzyklopädie* dell'editore Springer. Ci accomunava allora la convinzione che lo schema tradizionale di rappresentazione della disciplina non potesse più essere soddisfacente per noi: esso risaliva ai fondatori della Scuola Storica, in particolare a Karl Friedrich Eichhorn, ed era stato di nuovo ancora una volta posto a fondamento di una sintesi imponente nel manuale di Hermann Conrad. La concezione della Scuola Storica aveva soprattutto prodotto quei grandi manuali di storia del diritto tedesca che Heinrich Brunner e Richard Schröder avevano scritto ancora prima della fine del XIX secolo. L'idea di fondo della loro visione era notoriamente questa: una divisione cronologica, a partire dall'età germanica, che conduceva agli sviluppi del diritto "tedesco" in età franca e nei secoli centrali del medioevo (fino al *Sachsenspiegel*), ma che in ogni caso dava scarso peso all'età moderna, segnata da un influsso maggiore del diritto romano, "straniero". Dentro a questa articolazione temporale funzionava poi un ordine per contenuto che, dall'ambito politico di stato e costituzione, scendeva ai singoli settori del di-

* Vengono qui tradotte, per gentile concessione dell'editore, le prime pagine della Premessa dal volume in questione redatta da Gerhard Dilcher (fino al segno ***). Il testo che segue è stato amichevolmente scritto per noi dallo stesso Dilcher per offrire al pubblico italiano, attraverso la nostra rivista, i chiarimenti metodologici e sostanziali da lui ritenuti necessari. (Nota del traduttore *Pierangelo Schiera*).

ritto, civile, penale, processuale. Lo schema seguiva dunque i criteri di differenziazione sviluppati nel corso del XIX secolo per l'ordinamento giuridico dello Stato di diritto moderno. Ciò corrisponde d'altra parte agli interessi di ricerca e ai principi di metodo della Scuola Storica che, nonostante il suo nome, è sempre stata primariamente orientata allo studio dell'ordinamento giuridico moderno e alla formazione dei giuristi sulla base di quest'ultimo. Tanto il manuale di storia del diritto tedesco, come quello di storia del diritto romano non erano dunque altro che il pendant, orientato in senso storico-evolutivo, dei manuali dogmatici di diritto privato tedesco e delle pandette (che Savigny infatti chiamava 'Sistema del diritto romano attuale'). Ma, fino al BGB alla fine del XIX secolo, essi avevano la funzione di ordinamento giuridico vigente elaborato dalla scienza sulla base di materiale storico. E non solo la storia del diritto, ma anche la scienza storica generale seguiva allora il modello di una rappresentazione della storia tedesca ispirata allo Stato. Ciò è dimostrato ancor oggi dall'importanza attribuita da Georg von Below all'affermazione del suo quadro dello "Stato del medioevo tedesco", mentre non riuscì invece ad affermarsi il quadro contrapposto di Otto Gierke, che presentava uno sviluppo storico della dialettica fra signoria e consociazione.

Vi è una seconda tradizione interpretativa della disciplina che a prima vista appariva più vicina alla nostra opinione che il diritto più antico debba essere ricostruito storicamente in una cornice ad esso adeguata. Vanno qui citate le "Antichità tedesche del diritto" (*Deutsche Rechtsaltertümer*) di Jacob Grimm e il "Diritto germanico" (*Germanisches Recht*) di Karl von Amira. Entrambe le opere si distanziano sia da una comprensione storica di tipo teleologico, proiettata verso il presente, come pure da un rapporto troppo diretto con il diritto vigente e tentano piuttosto di ritrovare criteri immanenti di struttura dell'antico diritto. L'obbiettivo dichiarato di Jakob Grimm era di rappresentare tale ordinamento giuridico «come in stato di quiete». Ma per quanto si debbano a queste opere delle intuizioni così precise, allo stesso modo si deve considerare superata la loro pretesa di individuare in ultima istanza il punto di partenza per la comprensione e la rappresentazione dell'antico diritto nello spirito (*Volksgeist*) dei popoli tedeschi o germanici. A partire da una simile concezione, non potevano certo essere tenuti in conto gli influssi del cristianesimo, della cultura latina medievale, del diritto dotto romano-canonico: come veniva detto espressamente per il diritto romano stesso, tali elementi restavano "estranei" e venivano dunque esclusi dalla rappresentazione. Proprio se si considera la cultura

del popolo come titolare di un'importante tradizione, soprattutto per quanto concerne il diritto medievale – e questo è esattamente il campo tradizionale di lavoro della disciplina della storia del diritto tedesca – non era possibile, procedendo da un simile approccio, inserire quest'ultima in un quadro moderno del medioevo e della storia del diritto europea.

Il primo compito del nostro piano doveva dunque consistere nella proposta di una nuova articolazione che consentisse di concretizzare la nostra concezione in maniera adeguata. Negli anni settanta e ottanta si svolsero parecchie discussioni in proposito, di cui vorrei qui ricordare in particolare un incontro dell'autunno 1983 all'Archivio di Costanza, grazie all'amichevole ospitalità di Helmut Maurer, che portò ad una prima conclusione delle nostre considerazioni. Si trattava, in sostanza, di porre l'accento, per il mondo giuridico precedente al moderno, non sulla creazione di diritto statale-autoritaria, quanto piuttosto di far risaltare il più possibile il diritto in connessione diretta con gli ambiti di vita degli uomini. La storia del diritto, dunque, come base per una dottrina sociale del diritto: un campo in cui il più dev'essere ancora fatto.

Punto d'attacco in tale direzione dovevano essere le strutture comunali-consociative che formavano gli ambiti di vita degli uomini: solo coll'irrompere del moderno, a cavallo del XIX secolo, si è infatti realmente costituita una "società", concepita a partire dall'individuo, come qualcosa di contrapposto allo Stato. Le unità di base in questo processo – che poi, nel corso dello sviluppo qui considerato, si sarebbero venute costituendo in "comune" (*Gemeinde*) in un senso molto specifico – erano rappresentate dall'insediamento agrario-contadino e da quello cittadino-borghese: il villaggio e la città. Propria di entrambi era la costituzione comunale-consociativa, all'interno della quale si è formato anche il diritto. La differenza stava nell'economia sottostante: da una parte quella agricola, dall'altra quella basata su produzione artigianale e commercio, la cui distinzione giuridica è stata superata solo dalle riforme all'insegna del liberalismo. La cosa principale era però che, parallelamente a ciò, si era andata costruendo all'interno dell'antica società europea una strutturazione di tipo cetuale, in particolare di contadini e cittadini. La rappresentazione della costituzione giuridica di villaggio e città, di contadino e cittadino comprende perciò l'ambito di vita della stragrande maggioranza degli uomini, che non appartenevano al ceto della nobiltà o del clero. Naturalmente occorreva tener conto anche della produzione giuridica e degli influssi provenienti dall'ambito del potere e della nascente statualità. Questi ultimi però producevano effetti, nell'ordinamen-

to dell'antica Europa (*Alteuropa*)¹, solo in rifrazione col mondo comunale, villaggio o città che fosse, esattamente come accadeva, sia pure in modo diverso, per la nobiltà e non erano dunque in grado di creare direttamente diritto per un individuo pensato come autonomo.

In tal modo era fissato anche lo schema della Prima Parte della nostra Storia del diritto tedesca, che giunge ora a pubblicazione in questo primo volume. Poiché qui vengono descritte in stretto rapporto fra loro strutture normativo-giuridiche e socio-esistenziali, ci è sembrato che fosse anche consentito separare, secondo uno schema prefissato, gli influssi storici e le parti della costituzione complessiva che appartengono all'ambito del potere e della statualità (comprendendovi anche la Chiesa), prevedendole per una successiva Seconda Parte della trattazione. Rientrano in ciò la procedura giuridica basata su coercizione dell'autorità, ivi compresa la costituzione giudiziaria, l'ambito della pena, il mondo signorile di re principe e nobiltà, ivi inclusa la rilevanza della Chiesa in questo campo, la costruzione dello Stato con gli strumenti di potere ad esso ordinati dell'amministrazione e della legislazione. D'accordo con l'editore abbiamo potuto dedicare a quest'ambito un secondo volume, anche in considerazione dell'ampiezza crescente delle parti su villaggio e città.

A questo punto è stata la differenza generazionale fra i due autori a portare ad un ritmo differenziato di stesura. Karl Siegfried Bader ha redatto il suo testo fra la fine degli anni settanta e l'inizio degli ottanta, soprattutto dopo che fu sollevato grazie all'emerita-

¹ Il termine è di ascendenza brunneriana e rappresenta, nel quadro della produzione di Otto Brunner, un passaggio decisivo dalla prima fase (in epoca nazional-socialista) alla seconda (postbellica) della sua produzione storico-costituzionale. Si tratta di un concetto di carattere eminentemente storiografico, che non ha riscontro nella tradizione italiana: perciò la sua traduzione resta equivoca. Per un'ampia trattazione di questo importantissimo problema, cfr. R. BLÄNKNER, *Von der "Staatsbildung" zur "Volkwerdung". Otto Brunners Perspektivenwechsel der Verfassungshistorie im Spannungsfeld zwischen völkischem und alteuropäischem Geschichtedenken*, in L. SCHORN-SCHÜTTE (ed), *Alteuropa oder Frühe Moderne. Deutungsmuster für das 16. bis 18. Jahrhundert aus dem Krisenbewußtsein der Weimarer Republik in Theologie, Rechts- und Geschichtswissenschaft* (Zeitschrift für historische Forschung, Beiheft 23), Berlin 1999, pp. 87-135. La posizione di Gerhard Dilcher rispetto a Brunner è molto sfumata, particolarmente per quanto riguarda proprio il rapporto fra moderno, primo-moderno e pre-moderno, anche con riferimento alla *Sattelzeit* proposta da Koselleck. Sarebbe auspicabile un prossimo dibattito sul tema su queste pagine, tenendo anche conto delle recenti considerazioni di R. DELLE DONNE, *Nel vortice infinito delle storicizzazioni: Otto Gerhard Oexle, Adalberone di Laon e la 'scienza storica della cultura'*, in G. ROSSETTI-G. VITOLO (edd), *Medioevo Mezzogiorno Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, Napoli 1999, specialmente pp. 345 ss. (Nota del traduttore).

zione dal suo impegno didattico a Zurigo. Quando insorse la malattia che ne limitò le forze, il lavoro era già finito. Esso rappresenta una conclusione sintetica e a mio avviso formulata in modo molto chiaro dell'opera di una vita, ma contemporaneamente anche una sorta d'introduzione alla sua opera più strettamente monografica in tre volumi sul villaggio². Su desiderio e richiesta dell'Autore ci si è astenuti, nel presente testo, da attualizzazioni (fino alle più minute correzioni), mentre la letteratura apparsa nel frattempo è stata riportata nelle note e nei sommari bibliografici. Ciò appare legittimato anche dal fatto che effettivamente, per quanto riguarda la storia del settore rurale, vi è stata una produzione notevole, anche con nuove prospettive: ma anche rispetto ad essa la Storia del diritto di Bader sul villaggio continua a restare un classico.

La mia situazione personale in questi anni è stata completamente diversa. Lo devo dire perché a me risale la responsabilità del ritardo della pubblicazione. Mentre al tempo del primo progetto la parte sulla città avrebbe dovuto consistere di una sintesi delle fondamentali ricerche di Hans Planitz, Edith Ennen e Wilhelm Ebel, io stesso sono giunto, nel corso degli anni ottanta, a decisi approfondimenti, grazie a lavori perlopiù occasionati dalla partecipazione a convegni sul tema. Ciò ha toccato aspetti cruciali della concezione di base sopra enunciata: in primo luogo la struttura consociativa della città borghese, il processo di giuridicizzazione della società cittadina e la dimensione europea del fenomeno, il comune cittadino come forma politica. Solo dopo essermi chiarito questi aspetti – ed aver potuto presentare gli studi corrispondenti anche come raccolta di saggi³ – mi è stato possibile redigere, in forma più sinteticamente pensata, la presente ricostruzione.

Da ciò dipende anche la sproporzione fra la parte rurale e quella cittadina di quest'opera, che Karl Siegfried Bader aveva accettato – cosa di cui gli sono molto grato. Da una parte si doveva rendere chiara la dinamica così accentuata della vita cittadina, in particolare nel basso medioevo, rispetto alla continuità della vita giuridica di villaggio, insieme al parallelo verificarsi della sua differenziazione e giuridicizzazione. Ciò richiedeva una descrizione più dettagliata, tanto più che ormai esisteva, nell'opera di Eberhard Isen-

² K.S. BADER: *Das mittelalterliche Dorf als Friedens- und Rechtsbereich*, Köln-Wien 1957; *Dorfgenossenschaft und Dorfgemeinde*, Köln-Graz 1962; *Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf*, Wien-Köln-Graz 1973.

³ G. DILCHER, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien 1996.

mann, una ricostruzione di uno storico basata su basi simili⁴: la differenziazione rispetto a quest'ultima rappresentava in certo modo un criterio per lo sviluppo di una concezione per molti versi parallela ma più fortemente inclinata in senso storico-giuridico. D'altra parte, io potevo certamente basarmi sugli studi recenti appena accennati, ma non, come invece Karl Siegfried Bader, su una ricerca storico-giuridica complessiva. Già per questo motivo c'erano punti da approfondire e da fondare meglio, per mantenere il livello scientifico cui noi ambivamo per la nostra opera. Io spero comunque che, per il lettore, le proporzioni siano state mantenute anche dal punto di vista della più ampia descrizione delle istituzioni degli evoluti comuni cittadini medievali. In ogni caso la storia del diritto rurale doveva essere anteposta a quella cittadina: le forme giuridiche originarie dell'Europa centrale e settentrionale si sono venute costruendo in un ambito di vita agrario-contadino, e solo lentamente si è venuta formando la città, nei secoli centrali del medioevo. Il "diritto borghese" (*bürgerliches Recht*), sia quello di origine propriamente cittadina che quello nutrito dal patrimonio del *ius civile* romano, acquisterà dominanza nel corso dell'età moderna solo grazie all'aiuto dei tribunali, delle amministrazioni e della legislazione statali. Ricostruire nei dettagli tale processo non è però compito di questa ricerca, ma di una vera e propria storia del diritto privato dell'età moderna.

La distinzione di fondo qui introdotta come elemento strutturale fra mondo rurale e cittadino, fra il ceto dei contadini e quello dei cittadini (*Bürger*), si esaurisce, almeno in quanto ordinamento giuridicamente vincolante, solo all'epoca delle rivoluzioni e delle riforme, in quella "età a cavallo" (*Sattelzeit*) che Reinhard Koselleck ha situato, ponendosi nella prospettiva della semantica politica, prima e dopo il 1800⁵.

Qui dovrebbe terminare anche questo primo volume: sulla soglia del "moderno" in senso proprio, allorché il concetto di cittadino (*Staatsbürger*) e il postulato dell'uguaglianza, elaborato in antitesi all'ordinamento per ceti, diventano sempre più il riferimento dell'ordinamento giuridico e costituzionale. Lo Stato rivendica il primato nella creazione del diritto, il diritto consuetudinario come pure la legislazione statutaria vengono viste con crescente diffidenza e sempre più vincolate a rigide precondizioni nella loro efficacia giuridica. Il centro della creazione del diritto si è spostato.

⁴ E. ISENMANN, *Die deutsche Stadt im Spätmittelalter 1250-1500. Stadtgestalt, Recht, Stadtregiment, Kirche, Gesellschaft, Wirtschaft*, Stuttgart 1988.

⁵ Non mi sembra inutile ricordare qui che i *Geschichtliche Grundbegriffe* di Brunner, Conze e Koselleck traggono ispirazione metodologicamente forte anche dal concetto di *Alteuropa* presentato alla nota 2 (Nota del traduttore).

Questo taglio è così netto che è risultato impossibile trasferire al di là di esso la concezione che sta alla base di quest'opera. Una storia del diritto del moderno in senso proprio dev'essere impostata a partire da altri punti di vista. Ciò che qui si presenta – sulla base dei punti illustrati – è l'ordinamento di vita, in termini giuridici, degli uomini vissuti in quella lunga epoca che è stata definita come *Alteuropa*. In un'epoca come la nostra di omologazione planetaria, la conoscenza e la coscienza dell'esistenza di ordinamenti antichi di questo genere svanisce rapidamente. Tuttavia, per chi guarda con occhi attenti a questo mondo di oggi, continua ad essere chiaro quanto permanga nella cultura politica dell'occidente (e in particolare anche in quella degli USA) della storia di lunga socializzazione e incivilimento di cui il diritto è parte essenziale. Perciò agli autori è parso giusto dedicare una trattazione così ampia a questa parte della storia del diritto europea.

Nonostante qualche dubbio, ci è parso che il titolo *Deutsche Rechtsgeschichte* fosse adeguato. I due autori si riconoscono nella tradizione scientifica di questa disciplina e vogliono portare avanti le discussioni inerenti ad essa, come risulta dai sommari bibliografici posti all'inizio dei capitoli principali: una disciplina peraltro che si trova dichiaratamente in stretta connessione con la storia sociale, economica, politica e generale. Come già detto, la dottrina dello spirito del popolo della Scuola storica non può certo più offrire, anche a seguito degli abusi razziali durante il nazionalsocialismo, fondamento metodologico. A differenza di quello dello Stato nazionale moderno, il diritto dell'antico mondo europeo è caratterizzato da una parte in senso europeo e dall'altra in senso regionale. Così "tedesco" può essere ancor oggi storicamente riferito, a pieno titolo, al nesso politico dell'antico Impero – che non era irrilevante per lo sviluppo del diritto – come pure alla comunanza di lingua, che è, in quanto concettualità e mezzo di comunicazione, il *medium* principale del diritto.

Nella nostra trattazione, l'inquadramento dell'evoluzione tedesca del diritto entro quella europea deve apparire chiaramente. Ma una storia del diritto strettamente collegata alla storia sociale abbisogna del sostrato sociale concreto e non si lascia semplicemente elevare al piano di astrazione dell'"europeo". Solo così il dato tedesco può essere visto come caso esemplare dell'europeo. La coesistenza e reciproca interferenza di mondo rurale e cittadino costituisce in ogni caso un carattere generale delle antiche società europee.

La regionalità dell'antico diritto europeo, del *ius proprium* prima del *ius commune*, appare in piena evidenza nella nostra trattazione: in quella di Karl Siegrfried Bader già nella fondazione delle sue ri-

cerche nell'ambito delle fonti svizzere e della Germania meridionale e nella mia, nella mutevole messa a fuoco di differenti paesaggi cittadini.

In questo volume viene presentata la nostra idea di una trattazione della storia del diritto antico, premoderno: essa però dev'essere ancora arricchita con l'esame delle strutture superiori, quelle cioè relative al potere e alla formazione dello Stato, alla legislazione di autorità, al mondo giuridico dello strato signorile nobiliare, ma anche al sistema giudiziario, alla procedura e al diritto penale.

* * *

Tale concezione di fondo ha ora bisogno di essere da me espressa un po' più precisamente con riferimento alla parte da me curata di "Storia del diritto della città".

Come risulta dal titolo generale dell'opera, ma anche dai titoli delle due singole Parti su campagna e città ("Storia del diritto dell'insediamento agrario e, rispettivamente, della città"), si tratta qui espressamente di una storia del diritto, nonostante il forte interesse per le condizioni sociali economiche e culturali. Il diritto tuttavia non solo non viene visto come prodotto dello Stato (e del suo apparato coercitivo, che nell'epoca più antica per l'appunto non c'era) ma neanche come una categoria permanente, ontologicamente sempre uguale a sé stessa.

Per noi il diritto non è altro che una forte struttura normativa, come condizione e insieme risultato di ogni socializzazione umana. Con una qualità e una sostanza, però storicamente mutevole, in rapporto reciproco con la qualità e la struttura della socializzazione, appunto. Il diritto non rappresenta dunque tanto un oggetto storico fisso, quanto piuttosto un punto di partenza prospettico ed una problematica aperta all'indagine e alla conoscenza del processo storico.

Ciò può avere conseguenze molteplici. In primo luogo una storia del diritto del genere non si occupa della descrizione di testi giuridici, siano essi di carattere documentario, legislativo o dottrinario – per quanto tutto ciò rappresenti, ovviamente, il principale apparato di fonti. Ad essa interessa invece la questione di come si presenta la struttura normativa di una società concreta, sia essa rurale o cittadina, su quali valori essa si basa, con quali regole si esprime e come riesce ad affermarsi, anche in contrasto con le strutture sociali o con il potere esistenti, cioè in maniera controfattuale. La storia del diritto in questo senso non è storia delle norme (se non forse in senso secondario) ma storia sociale e storia della cultura: solo in tal modo essa può realmente ritenersi storia in sen-

so proprio. Ciò implica però anche che la storia del diritto va intesa come storia di giuridicizzazioni (e in certi casi di degiuridicizzazioni) di ambiti di vita e di gruppi socializzati, cioè come qualcosa di elementarmente processuale. Ciò che non era il caso, se non in misura molto limitata, per la più vecchia storia del diritto, quella classica, con il suo concetto persistentemente statico del diritto (diritto statale, diritto processuale, diritto penale, diritto privato dell'epoca germanica, di quella franca, del medioevo ecc.).

Questo tipo di considerazione apre, nella storia europea del diritto, un particolare campo di tensione. Col diritto romano veniva offerto allo sviluppo medievale un diritto altamente differenziato e autonomo ed un corrispondente concetto del diritto. Sia pure senza piena continuità e in forma ridotta, esso era presente già nell'alto medioevo, cioè prima della Scuola di Bologna. D'altra parte, coi popoli germanici, gentilmente chiamati "barbarici", che ora aprivano alla signoria, irruppe nella storia europea un'idea del diritto del tutto diversa, molto meno differenziata e specifica, che per approssimazione potrebbe essere definita con le parole-chiave oralità, consuetudine giuridica, fissazione del diritto in termini real-consociativi. La realizzazione del diritto, il processo di giuridicizzazione nell'Europa del medioevo non può essere delineato né soltanto in considerazione del primo elemento (il concetto di diritto di provenienza latino-romana), né soltanto in considerazione del secondo (la fissazione del diritto tradizional-consuetudinaria).

Proprio in questa struttura di fondo e in questo campo di tensione della storia europea risiede l'importanza particolare della coesistenza di comuni rurali e cittadini come prospettiva di partenza per una ricostruzione storico-giuridica. In tal modo può essere delineato chiaramente il grado differente del processo di giuridicizzazione nei diversi ambiti sociali, come ad esempio quello contadino del villaggio e quello borghese-cittadino. Anche nella presente opera un aspetto importante è costituito dalla posizione particolare attribuita da Max Weber alla città occidentale, sorta a partire dal 1100 con caratteri borghesi e concepita come comune. Nel suo famoso saggio, poi inserito anche in *Wirtschaft und Gesellschaft*, la città viene considerata centrale per il processo europeo di razionalizzazione, il cui momento principale rispetto alla città consiste proprio nello statuto, di diritto non tradizionale bensì a legittimazione razionale⁶.

⁶ Si veda ora su ciò il mio saggio *Max Webers Stadt und die stadteschichtliche Forschung der Mediävistik*, in H. BRUHNS-W. NIPPEL (edd), *Max Weber und die Stadt im Kulturvergleich*, Göttingen 2000 (già in «Historische Zeitschrift», 267, 1998, pp. 91-125).

Il paragrafo intitolato “L’origine della città comunale” (II. C) rappresenta perciò una parte centrale dell’intera trattazione, sia dal punto di vista storico che da quello teorico. Qui s’intrecciano nell’XI secolo le forme molteplici e differenziate di insediamenti non agrari dell’alto medioevo e le corrispondenti forme giuridiche plurali per l’avvio di qualcosa di nuovo, cioè della città occidentale nella forma, diversa dall’antica *polis e civitas*, del comune. Occorre perciò dar conto in primo luogo – mediante la descrizione delle molte vie, della pluralità dei fattori e delle forme – della molteplicità dei percorsi storici contingenti. Il ricorso a un concetto teorico-tipologico di ciò che rappresenta la nuova forma europea del comune dovrebbe consentire di rifiutare, d’altra parte, la spiegazione in termini individualizzanti e storicizzanti che non possiede ormai più alcuna forza esplicativa generale.

Rispetto alla tipologia weberiana, che contiene a ugual titolo forma costruttiva urbana, importanza militare (fortezza) e funzione di scambio economico (mercato), si attribuirà qui, accanto a questi fattori, una preferenza agli aspetti giuridici (in particolare a libertà, diritto e costituzione) ed una rilevanza centrale alla pace cittadina. Ciò tiene conto dall’acquisizione fondamentale fornita da Otto Brunner nel suo *Land und Herrschaft*, per cui in presenza di faida legittima il concetto di diritto dev’essere pensato in maniera diversa. Ma fin dal XII secolo, nella popolazione cittadina affratellata dal giuramento la legittimità delle faide all’interno della comunità è sostanzialmente esclusa. La pace giurata e fissata da un diritto statutario può e dev’essere perciò presentata come dato centrale della giuridicizzazione della società cittadina. La pace è infatti una condizione sociale che dev’essere assicurata non solo mediante il divieto della violenza privata, ma anche mediante la giuridicizzazione dei conflitti sociali. Allo scopo dovette essere innanzitutto previsto un sistema di regole per la soluzione dei conflitti futuri. Inoltre il processo giudiziale dovette passare dalla semplice conciliazione della faida (cioè da prove formali “irrazionali”, derivanti da giuramenti formali e giudizi di dio) alla soluzione contenutistica del conflitto, mediante l’accertamento della “verità” (*veritas*). Ma proprio questo è il contenuto dei diritti cittadini, che si affermano dapprima come privilegio e poi sempre più come statuto, cioè contenutisticamente come diritto autonomo, emanato⁷. Proprio ciò, il passaggio cioè dal diritto come ordine consuetudinario alla creazione di diritto positivo, fissato per iscritto, viene indicato

⁷ Si veda su ciò G. CHITTOLINI-D. WILLOWEIT (edd), *Statuti, città, territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna* (Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento, Quad. 30) Bologna 1991, trad. ted. Berlin 1992.

dalla sociologia del diritto, da Max Weber a Niklas Luhmann, come il passo decisivo della razionalizzazione e della giuridicizzazione.

Con riferimento a queste trasformazioni basilari si può per la prima volta parlare della comunità cittadina del medioevo come di una società in senso specifico, in una sorta di anticipazione rispetto a ciò che si svilupperà nel XIX secolo come “società civile”. Vengono infatti eliminate le rigide barriere divisorie, di tipo rituale o giuridico, come ad esempio fra stirpi, fra ceti giuridici e fra consociazioni primarie, a favore di una libertà comune (“l’aria della città rende liberi”) e di una comune appartenenza alla città e alla comunità dei cittadini. In tal senso, Max Weber individua nella comunità protocristiana che rifiutava le barriere rituali (Paolo e il “giorno di Antiochia”) una concezione, la cui realizzazione può essere vista come “atto di nascita” nel processo di costruzione del comune borghese medievale. Per tale costruzione è peraltro di grande importanza il ricorso al giuramento⁸, come giuramento individuale e collettivo dei cittadini, in quanto strumento sia di una socializzazione (individualisticamente motivata da interessi) che di una comunitarizzazione (capace di produrre legami di tipo emozionale): un’importanza trascurata da una parte della storiografia sia tedesca che italiana.

A partire dalla forma-comune – ma solo sulla base di questa impostazione – possono poi essere descritte le forme dell’appartenenza, e certamente di un’appartenenza nuova per il medioevo. L’appartenenza primaria di tipo individuale è ora quella come cittadino giurato oppure, solo poco diversa dal punto di vista della posizione giuridica, come abitante (i diritti politici sono peraltro regolati diversamente). Forme di appartenenza graduata esistono per gli ebrei, in parte per i chierici, per gli “ex-cittadini” e per gli ospiti. In contrapposizione a tutti costoro vi sono poi i non-appartenenti, gli stranieri. Solo qui prende inizio una chiara dicotomia fra straniero e indigeno, determinata in base all’appartenenza alla città. Essa si palesa forse nel modo più chiaro nella differenza fra il povero o il mendicante indigeno, che sono socialmente assistiti, e i vagabondi, che vengono invece espulsi dalla città. Per il cittadino, ricco o povero che sia, il bando dalla città rappresenta una delle pene più severe, in quanto revoca dell’appartenenza.

Anche se i concetti di società e di appartenenza dimostrano l’avenuta emancipazione dell’individuo all’interno della città, tut-

⁸ P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente* (Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento, Mon. 15) Bologna 1992, trad. ted. Berlin 1997.

tavia l'appartenenza di gruppo rimane un carattere strutturale importante: in tal senso il comune cittadino è parte del mondo ce-tuale e non di quello moderno. Casa e famiglia consentono un'appartenenza anche giuridicamente rilevante, ad esempio al diritto di cittadinanza del capofamiglia o anche ai privilegi politici del patriziato. Società, gilde, arti, fratellanze, cioè le associazioni e corporazioni all'interno della città, attribuiscono privilegi politici ed economico-produttivi. La cosa importante è che esse rappresentano forme giuridiche regolate perlopiù per via statutaria all'interno della comunità cittadina e che sono vincolate a quest'ultima, che sono fondate cioè sul diritto cittadino come forma nuova di diritto creato. Al loro vertice sta però il consiglio come un consesso collettivo, eletto, composto di titolari d'ufficio con competenze definite in dettaglio. Tutto ciò costituisce una forma di potere politico diversa da quella dei diritti dinastici di dominio della nobiltà ereditaria, all'esterno della città (mitteleuropea).

In base a questa concezione della città come spazio proprio e come soggetto importante della storia europea, è possibile collegare e ordinare fra loro determinati sviluppi della storia del diritto in maniera diversa da quanto è stato finora abituale. L'elemento principale dello sviluppo giuridico europeo, cioè l'impatto del diritto romano e di quello canonico e la loro diffusione nella scienza europea del diritto, viene collegato per l'Italia alla scuola giuridica di Bologna nel XII secolo e per la Germania all'istituzione del tribunale camerale imperiale nel 1495. Ma davvero le Alpi hanno rappresentato una barriera capace di produrre un ritardo di più di 300 anni? Se si guarda al differente sviluppo delle comunità cittadine e al loro diverso significato per la struttura economica e politica dei territori a sud e a nord delle Alpi, si può trovare un'altra importante spiegazione: quella relativa al diverso stadio di sviluppo del settore economicamente più attivo e socialmente più moderno, cioè quello delle comunità cittadine. Ma non solo la causa bensì anche il tracciato di crescita del diritto romano-canonico si presenta allora in termini diversi. Per quanto concerne la presente trattazione della città tedesca, la rilevanza della scienza del diritto romano-canonico prende avvio già nel XII secolo, allorché fissa la sua nuova forma di coesione nei concetti giuridico-corporativi del diritto dotto, in primo luogo in quello di *universitas*, ma definisce i suoi titolari d'ufficio come *consules*, collegandoli in tal modo con l'idea romana di magistrato. Il nesso col diritto romano non si presenta, per la città, come "rezezione", ma come lenta intensificazione di un processo di inclusione, lungo tutto il tardo medioevo e la prima età moderna, con fasi differenziate da città a città e da territorio a territorio. L'assunzione di segretari cittadini e di *syndici*

istruiti, la richiesta e raccolta di pareri dotti, le “riforme” dei diritti cittadini influenzate dal diritto romano, l’argomentazione giuridica nel corso di conflitti politici all’interno della cittadinanza: tutto ciò segnala la “recezione” come un processo molto dilatato di mutamento sociale e mentale, di trasformazione culturale, osservato nel centro della formazione sociale più evoluta, cioè la comunità cittadina.

La nascita del diritto commerciale viene evidenziata e trattata nella nostra opera con attenzione spiccata, come fenomeno del tutto particolare, ma in ogni caso concepibile solo nella dimensione europea. Il diritto romano poté qui offrire solo dei principi di base, ad esempio nelle forme contrattuali, nella società, nel diritto marittimo della *Lex Rhodia*. Furono il diritto statutario e la giurisprudenza delle città mediterranee, da una parte, le consuetudini e le annotazioni giuridiche dei mercanti del nord, dall’altra, a sviluppare prima di ogni legislazione cittadina un diritto commerciale, che soprattutto in Inghilterra venne redatto sotto il concetto oggi nuovamente attuale di *lex mercatoria*. Su di esso poggia in misura preponderante la codificazione del diritto commerciale promossa dallo Stato nel corso del XIX secolo. Qui acquista dunque tutto il suo rilievo l’affermazione di un grande sociologo del diritto, Eugen Ehrlich, secondo il quale il nodo cruciale dello sviluppo giuridico in ogni tempo risiede nella società stessa. Proprio attraverso la messa a fuoco dello sguardo storico-giuridico sui comuni rurali e cittadini nell’antica Europa si manifesta nel modo più compiuto e convincente questo punto di vista.

La *Deutsche Rechtsgeschichte* che qui si presenta non ha la pretesa di offrire una ricostruzione esaustiva. Essa intende però descrivere, col suo peculiare tipo di osservazione, il processo di giuridicizzazione, di costruzione e di trasformazione delle strutture giuridiche in Europa.