

VITO PIERGIOVANNI

Norme, scienza e pratica giuridica
tra Genova e l'Occidente
medievale e moderno



L'arbitrato. Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno

1. *Introduzione: tra dottrina e storiografia*

La storia dell'arbitrato dal diritto romano sino alla vigilia della rivoluzione francese non ha avuto lo svolgimento lineare, caratterizzato da fasi alterne di prevalenza degli elementi di contrattualità o di giurisdizionalità, come descritto da una parte della storiografia e della dottrina.

È stato facile, in dottrina, riportare una simile schematizzazione a livello ideologico parlando di libertà individuale contrapposta allo statalismo: si configurerebbe un rapporto tra le parti libero di adattarsi alle volontà espresse, oppure si modellerebbe come una articolazione atipica del sistema giurisdizionale operante in un ordinamento giuridico.

La letteratura in tema di arbitrato è stata spesso finalizzata alle opzioni metodologiche dei singoli autori¹: soprattutto i giuristi positivi analizzando l'istituto arbitrale e constatando la presenza in esso, in epoche diverse, di connotazioni e problematiche spesso coincidenti, hanno frequentemente utilizzato e trasposto al presente le testimonianze storiche, al fine di appoggiare le tesi contrastanti in dottrina. L'utilizzazione di *auctoritates* tratte dalla esperienza del passato ha indotto risultati talora discutibili.

Un esempio di tale impostazione metodologica è la pur validissima opera di Satta del 1931, nella quale l'autore ha sintetizzato la tradizione storica del contrasto dottrinale tra contrattualità e giurisdizionalità:

« Apparenza e sostanza: è sempre il piccolo dramma dell'arbitrato. Perché da Paolo (L. 1. D. 4. 8) in poi, *ad similitudinem iudiciorum, velut iudicia, ad instar iudiciorum* sono le immagini immancabilmente richiamate dal compromesso; ed è questa pur legittima si-

* Pubbl. in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da G. ALPA, Torino 1999 (Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale), pp. 3-15.

¹ Un importante panorama complessivo della storia dell'istituto, con copiosi riferimenti alle fonti dottrinali medievali e moderne con bibliografia, è quello di L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984.

militudine, che scambiata colla verità, finisce coll'essere un presupposto aprioristico di tutto il giuridico ragionamento »².

Espressioni sostanzialmente simili sono usate da Baldo degli Ubaldi per equiparare la fede delle scritture mercantili a quelle notarili³.

La scelta di campo dottrinale a favore della contrattualità nella configurazione dell'istituto è netta, e pone chiaramente in contrapposizione o il deferimento delle controversie alla giurisdizione ordinaria, con i suoi riti, oppure, in alternativa, la loro soluzione rimessa alla regolamentazione di un istituto diverso, frutto dell'accordo tra le parti. L'opera di Satta, peraltro, è il frutto di una «cultura» storico-giuridica datata (anche se solidamente padrona di un grande e tradizionale patrimonio di fonti antiche): l'autore, pur non ponendosi nella sua ricostruzione dogmatica problemi di contestualizzazione o di storicizzazione, afferma che, ai fini della comprensione dei profili dell'arbitrato contemporaneo, «non c'è che da rifarsi alla storia»⁴. Il punto di partenza per la giustificazione delle radici contrattualistiche dell'arbitrato viene da Satta conseguentemente ricavato da una puntuale lettura dei testi romanistici, arricchiti da pochi riferimenti medievali e moderni: c'è una assoluta fiducia nella capacità esplicativa di una ricostruzione tutta interna al diritto ed alla dogmatica giuridica, indifferente ai fattori esterni, provenienti da contingenze storico-politiche, che sono invece quelle che hanno dato all'istituto, nel corso dei secoli, incertezze e discontinuità.

È la stessa utilizzazione delle fonti giuridiche limitata e strumentale al rapporto con l'attuale ordinamento positivo attuata da Marani. L'autore, dopo aver sostenuto che una indagine solo codicistica è insufficiente a dare ragione della coesistenza in seno all'arbitrato moderno di aspetti privatistici e pubblicistici, propone uno studio sull'evoluzione storica dell'arbitrato che, attraverso l'esame dell'origine e delle successive modifiche dello stesso, pervenga «a cogliere l'esatta struttura dell'istituto quale è conosciuto oggi»⁵.

² S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1969, p. 12

³ V. PIERGIOVANNI, *Il notaio nella storia giuridica genovese*, in *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana*, Atti del Convegno internazionale di studi storici, Genova 12-14 marzo 1992, a cura di V. PIERGIOVANNI, Milano 1994 (Per una storia del notariato nella civiltà europea, II), p. 87.

⁴ S. SATTA, *Contributo* cit., p. 76.

⁵ G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato* (*Contributo alla dottrina dell'arbitrato*), Torino 1966, p. 1 e sgg.

Che si tratti di una ricostruzione storica parziale lo conferma la prefazione al volume, che chiarisce il metodo prescelto nell'analisi dell'istituto arbitrale, affermando che non si è voluto indulgere ad « una ricerca storica fine a se stessa » (che forse l'Autore ritiene disdicevole). Si è operata, invece, una scelta di ricostruzione evidentemente finalizzata a sostenere, attraverso una carrellata di opinioni dottrinali e di norme, una precisa opzione dogmatica: si vuole, infatti, provare che « l'omologazione necessaria accolta dal nostro codice ..., sia "abnorme" rispetto a tutta la tradizione storica italiana e francese, ed alla stessa intenzione concreta del legislatore ed abbia operato una vera "deformazione" di fondo dell'istituto arbitrale »⁶. Secondo questo autore si tratterebbe, a ben vedere, della purezza iniziale dell'arbitrato romano, successivamente deformata e tradita da evoluzioni « abnormi » che gli hanno fatto perdere le vere connotazioni, che occorre invece recuperare.

Il risultato finale di queste acritiche commistioni di fonti diacroniche sono ricostruzioni che si svolgono al di fuori della storia, in un universo popolato di istituti che, deformati dalla forza degli eventi a cui il diritto deve adattarsi, perdono le primitive caratteristiche e si imbastardiscono: per affermare l'opportunità di un recupero degli aspetti contrattualistici nel nostro ordinamento vigente, si istituisce una scala di valori che assume il diritto romano, e correlativamente la configurazione in esso dell'istituto, come ideale punto di riferimento, e pone le vicende dell'arbitrato in altri periodi come momenti di deviazione e di sostanziale decadenza. In realtà i mutamenti di configurazione dottrinale non possono essere spiegazione unica e soddisfacente di vicende che complessi eventi storici condizionano e determinano; può essere certo utile il richiamo dell'antico modo di essere di un istituto come riferimento culturale per riaffermare la vitalità di concetti come la contrattualità o, al suo opposto, lo statalismo: esso, però, non può essere assunto come il presupposto teorico che determina la validità attuale di un istituto. La circostanza che l'arbitrato fosse strutturato in un certo modo nel mondo romano non è di per se stesso una giustificazione sufficiente della funzione e della natura giuridica che si vorrebbe che l'istituto avesse oggi. La storia, e quella giuridica che pure di dati tecnici largamente si nutre, non può essere astratta riproposizione di evoluzioni o involuzioni dogmatiche, quasi scolastiche esercitazioni operate comparando testi di dottrina o di legislazione. Il significato della ricostruzione storica, e la sua

⁶ E. MINOLI, *Prefazione* a G. MARANI, *Aspetti negoziali* cit.

validità culturale anche per gli aspetti di mutamento dei profili di dogmatica giuridica, risiede nel continuo rapporto con i contesti politico-culturali entro cui gli istituti hanno avuto origine ed hanno operato: ed in questo senso le vicende dell'arbitrato possono essere molto significative delle capacità di adattamento dell'istituto, e delle esigenze personali e sociali di cui esso è portatore, alle contingenze storiche più diverse.

2. *L'arbitrato nel diritto romano*

L'arbitrato nel diritto romano nasce dal *compromissum*, con il quale

« due soggetti attribuiscono, di loro spontanea volontà, ad un privato scelto di comune accordo l'incarico di giudicare su una controversia sorta fra di loro. Nell'esperienza romana, l'unico modo in cui i contendenti potevano obbligarsi al giudizio arbitrale e ad eseguire la sentenza era rappresentato dalla *stipulatio* con cui si prometteva di pagare una pena convenzionale, nel caso non si rispettassero gli obblighi assunti. Sulla base di tale promessa, il pretore esercitava la *coercitio* sull'arbitro che, avendo assunto il compito di giudicare mediante il *receptum arbitri*, non volesse assolverlo »⁷.

Una conseguenza di tale impostazione è la inappellabilità della decisione dell'*arbiter ex compromisso*, in quanto non poteva formare giudicato. Tale sistema si modifica con Giustiniano il quale passa

« dalla considerazione del *compromissum* quale risultato di una doppia stipulazione alla sua valutazione nei termini di *pactum legitimum*. Inoltre, venne anche concessa all'attore una *actio in factum* affine alla *actio iudicati*, che non trovava giuridicamente il suo fondamento nell'inadempimento della *stipulatio poenae*, ma direttamente nell'efficacia obbligatoria dell'arbitrato inteso come *pactum legitimum* »⁸.

Accanto a questa figura, peraltro, il diritto romano conosce quella di un altro tipo di *arbiter* al quale « le parti abbiano rimesso la determinazione di un elemento del negozio giuridico o la valutazione di un fatto inerente ai suoi effetti »⁹.

La dottrina medievale conierà la denominazione di *arbitrator* al quale si affida quello che noi definiamo « arbitramento » o « arbitraggio ». Come afferma Talamanca:

⁷ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano 1958, p. 568 e sgg.

⁸ L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit., p. 28.

⁹ F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, Torino 1964, p. 927.

« Per l'arbitraggio del terzo, si colgono, nelle fonti, i primi spunti per una differenziazione, ancora attuale (art. 1349 c.c.), fra il mero arbitrio, in cui il terzo può fissare il contenuto della prestazione nel modo che ritenga più opportuno, e l'*arbitrium boni viri*, in cui è chiamato ad esercitare la sua funzione usando della correttezza della persona perbene, del *bonus vir*, la quale costituisce un criterio oggettivo, in base a cui l'arbitramento può essere eventualmente sindacato »¹⁰.

Sono queste le basi testuali su cui si svolge il lavoro dei giuristi medievali che danno all'istituto una elaborazione adeguata alle mutate situazioni storiche in cui si trovano ad operare.

Se per il mondo romano classico l'istituto è un importante aspetto di un sistema giuridico e sociale che garantisce ai *cives* ampi spazi di autodefinizione, peraltro già limitati in età giustiniana¹¹, nell'alto Medioevo la sua utilizzazione diventa strumento di difesa di identità giuridiche personali messe in pericolo da una mutata situazione politica.

3. *L'alto Medioevo e la Chiesa*

La successiva evoluzione medievale dell'arbitrato sarebbe poco comprensibile se non rapportata ad un sistema di organizzazione sociale che è contemporaneamente libertà e particolarismo e che accanto alle figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator* pone la fattispecie dell'arbitrato necessario.

La dottrina giuridica medievale, peraltro, si è fatta interprete di quello che succedeva nella pratica, e ha visto questo istituto presente in vari modi ad assolvere funzioni giuridiche e di ammortizzatore sociale volta a volta necessarie nei diversi momenti storici: sono tali scopi contingenti che spiegano, come vedremo, l'ampia utilizzazione dell'istituto. Esiste nel mondo medievale la ricerca di strade alternative alla giustizia 'ufficiale' amministrata dall'imperatore o dai suoi delegati.

L'esempio più eclatante e certo il modello più seguito, in ragione dell'autorità da cui proveniva, è quello della Chiesa che, operando anche funzioni di supplenza giurisdizionale in carenza o poca autorevolezza delle autorità civili, si era servita anch'essa del ricorso all'arbitrato, sostituendosi ai tribunali secolari anche per cause non coinvolgenti persone o cose religiose.

¹⁰ M. TALAMANCA, *Ricerche cit.*, p. 517.

¹¹ G. CRIFÒ, voce *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, p. 894.

La Chiesa è l'istituzione che meglio ha compreso ed utilizzato le potenzialità e l'ambiguità giurisdizionale-contrattuale insita nell'istituto. Dopo Costantino l'arbitrato dei vescovi nelle controversie civili assume le caratteristiche di una giurisdizione, contemplando l'obbligo per i giudici ordinari di controllarne l'esecuzione¹².

I canonisti medievali, dopo il XII secolo, cercano di segnare i confini dell'attività degli arbitri rispetto ai giudici, onde difendere soprattutto il *privilegium fori* in materia matrimoniale. Tancredi definisce la competenza degli arbitri asserendo che possono intervenire «de omnibus exceptis criminalibus, et liberalibus et matrimonialibus» e, difendendo in questo modo implicitamente il monopolio della giurisdizione matrimoniale della Chiesa, conferma la natura privatistica dell'attività dell'*arbiter*¹³.

4. *La dottrina, la pratica giuridica e i mutamenti socio-politici nel basso Medioevo*

Anche la dottrina civilistica dello stesso periodo fa emergere come predominante il momento contrattuale attraverso la conferma del divieto di appello contro il lodo arbitrale: questo rimane un atto ben diverso rispetto alla sentenza del giudice¹⁴.

Uno dei fattori che meglio chiarisce le ragioni del crescente interesse della dottrina per l'arbitrato e dà ragione della ricerca di percorsi più rapidi e sicuri per la risoluzione delle controversie, è sicuramente il frazionamento e il cattivo funzionamento della giustizia nel mondo medievale. Come ha sostenuto Tarello gli

«inconvenienti (sia dei sistemi di diritto "privato" sia dei sistemi "penali") si riassumevano nell'estrema incertezza dei diritti di ciascuno, causata sia dai frequenti dubbi soggettivi circa la legge regolatrice dei rapporti sia da oggettivi conflitti di competenza – positivi o negativi – tra sistemi di norme; e nella difficoltà, in parte derivata, di veder tutelati e coerciti i propri diritti sia a causa delle incertezze sulla giurisdizione e dei conflitti fra giurisdizioni, sia anche a causa della frequente inesistenza (continua o intermittente) di forze ordinate a coercire l'uno o l'altro dei sistemi di leggi coesistenti»¹⁵.

¹² G. VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milano 1937, p. 17.

¹³ L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit., p. 45 e sgg.

¹⁴ *Ibidem*, p. 56 e sgg.

¹⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 32 e sgg., che descrive l'eredità lasciata dal Medioevo all'Età moderna).

Il moltiplicarsi delle giurisdizioni ed i loro contrasti fotografano i rapporti di forza politica e gli equilibri sociali ormai mutati all'interno delle entità comunali prima e signorili poi. Gli stessi giuristi devono prenderne atto a proprio svantaggio, negando che la funzione di arbitro richieda una professionalità qualificata nel campo del diritto: i vari raggruppamenti socialmente organizzati cooptano gli arbitri al proprio interno, senza alcun rapporto istituzionale, a differenza dei giudici, con l'ordinamento pubblico: da una parte, per l'arbitro, una attività decisoria fondata sull'autonomia privata e sulla cogenza derivata dalla scelta del percorso di soluzione della controversia, dall'altra, per il giudice ordinario, l'esercizio del potere giurisdizionale¹⁶.

Questi aspetti soggettivi, che fanno prevalere l'appartenenza alla formazione sociale e la specifica sapienza pratica rispetto alle cognizioni giuridiche, sono la diretta conseguenza dei mutamenti intervenuti all'interno della società in cui gli arbitri operano: i nuovi soggetti sociali, normalmente organizzati corporativamente con normative proprie anche in campo giurisdizionale, ricorrono all'arbitrato o a procedure che ai principi di questo si rifanno. Il proporsi di problematiche nuove spinge la pratica prima e la dottrina successivamente, a identificare e canonizzare procedure diverse per la cognizione e la soluzione delle controversie.

Sono le opere notarili quelle che danno un contributo determinante a questo processo di emersione di novità sostanziali e procedurali che la prassi suggerisce. All'interno dell'istituto arbitrale si distinguono, caratterizzandosi diversamente dal punto di vista sostanziale e da quello procedurale, le due figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator*, e Rolandino Passeggeri, nel definirle, pone soprattutto in evidenza le differenze procedurali – giudizio *dato amicabiliter et de facto*: «...arbiter est qui de consensu partium eligitur et in eum sub pena per stipulationem promissa promittitur ut metu pene stetur eius laudo et arbitro», mentre «arbitrator est ille qui amicabiliter et de facto cognoscit»¹⁷.

5. *Arbiter e arbitrator*

Il processo di articolazione interna dell'istituto arbitrale tende a rispondere al meglio alle esigenze di una economia e di una società ormai diverse rispetto al passato, sia quello più vicino che quello più lontano testi-

¹⁶ L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit., p. 63 e sgg.

¹⁷ *Ibidem*, p. 74 e sgg.

moniato dai testi di diritto romano. La prassi dei rapporti mercantili, oltre a richiedere la possibilità di definire autonomamente una parte, anche piccola, del rapporto contestato, chiede anche un approccio arbitrale che decida *amicabiliter et de facto*: per corrispondere al primo requisito non può esserci di meglio che arbitri-giudici, non giuristi ma impegnati nella stessa attività professionale delle parti in lite (sono di questo periodo le nascite dei primi tribunali di Mercanzia). Le novità in tema di arbitrato sono state probabilmente necessitate dal vigoroso sviluppo delle giurisdizioni speciali, e quella mercantile è la più importante. Come è stato sostenuto:

« ... se in un primo periodo la curia mercantile ha ... natura di collegio arbitrale, in un secondo tempo, variamente databile secondo i luoghi ma collegabile al momento in cui il comune o la signoria approvano gli statuti mercantili, non v'è dubbio che presenti, quale che sia il raggio della sua competenza, note pubblicistiche, divenendo ciò che noi diremmo una giurisdizione speciale. Avvisaglia di questa trasformazione potrebbe anche essere, tra l'altro, l'avvento della appellabilità delle sentenze mercantili, normalmente e correttamente esclusa sinché si trattò di pronuncia appartenente ad altro ordinamento ... »¹⁸.

Per il secondo, invece, i mercanti devono organizzare gli statuti mercantili, una normativa di categoria basata sulla prassi più che sul diritto, e in essi prevedere un percorso processuale più agile rispetto alla giurisdizione ordinaria, con cui spesso si entrava in rotta di collisione¹⁹, e più in consonanza con i nuovi problemi contrattuali rispetto al processo di tradizione romanistica²⁰.

La maggiore flessibilità e l'aderenza a schemi processuali ormai premeati dalla pratica, decretano la fortuna dell'*arbitrator*.

Alla fine del XV secolo e di questo processo evolutivo dell'istituto arbitrale, che, come si è visto, si è nutrito di elementi tecnico-giuridici e di mutamenti storico-politici, si constata, come ha rilevato Martone, che

« ormai, sia l'*arbiter*, sia l'*arbitrator* decidevano le liti: il primo in base alle norme previste nell'*Ordo iudiciarius*, il secondo indipendentemente da esse ... Come si vede la diffe-

¹⁸ C. PECORELLA, *Fides pro se*, in « Studi parmensi », XXII (1978), p. 137.

¹⁹ V. PIERGIOVANNI, *Diritto e giustizia mercantile a Genova nel XV Secolo: i Consilia di Bartolomeo Bosco*, in *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, a cura di I. BAUMGÄRTNER, Sigmaringen 1995, (Studi, 13. Schriftenreihe des Deutschen Studienentrums in Venedig) p. 71 e sgg.

²⁰ M. ASCHERI, *Tribunali giuristi e istituzioni dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, p. 27 e sgg.

renza è posta in termini processuali. È la diversa ritualità che caratterizza le due figure e rende immediatamente intellegibili i criteri che informavano la decisione: norma legale o logica equitativa»²¹.

6. *L'arbitrato necessario e le organizzazioni familiari, mercantili e corporative*

Ancora più determinante per la dottrina e per la prassi è stata la normativa statutaria, che ha sviluppato l'arbitrato imposto dalla legge, «necessario»: la rilevanza sociale e militare, unita al peso economico, delle organizzazioni familiari all'interno dei comuni medievali ottiene il privilegio di sottrarre le proprie controversie interne al giudice ordinario e di portarle invece alla cognizione di un organismo arbitrale espresso dallo stesso gruppo. L'estensione del gruppo varia secondo i testi statuari: consanguinei, agnati, cognati, linea retta o obliqua fino al quarto grado o oltre, figli legittimi o anche illegittimi, ma in genere non il coniuge. L'arbitrato necessario – evidentemente sostenuto dal consenso di una società che ha eletto la solidarietà di gruppo come uno dei suoi valori fondanti si allarga quasi naturalmente al mondo corporativo (contrastati tra maestri e garzoni, mercanti, artefici, operai), alla comproprietà immobiliare (problemi di divisione), ai soci di una compagnia commerciale, alle controversie di contrada o di parrocchia, per finire alle lotte tra comune e privati o tra gli stessi comuni²².

Un particolare rilievo sociale hanno poi quelle norme che estendono l'arbitrato alle controversie tra *miserabiles personae* o tra ricchi e poveri, che, per la loro ambiguità, già hanno interessato la dottrina giuridica²³.

L'arbitrato diveniva obbligatorio solo per volontà delle parti, ma la norma statutaria si preoccupava di imporre brevità dei tempi di risoluzione della controversia. «Il dovere dell'arbitro «ex necessitate statuti» di giudicare «de plano et de bono et aequo et omni tempore et sine strepitu et figura iudicii» trovò frequente affermazione negli statuti cittadini. Invero la formula che si ritrova negli statuti richiama in modo esplicito la Clementina

²¹ L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit., p. 111 e sgg.

²² G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da P. DEL GIUDICE, 3/2, Milano 1927, p. 175 e sgg.

²³ V. PIERGIOVANNI, *Il mercante e il diritto canonico medievale: «Mercatores in itinere dicuntur miserabiles personae»*, in *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, San Diego, 21-27 August 1988, a cura di S. CHODOROW, Città del Vaticano 1992 (*Monumenta Iuris Canonici. Series C, Subsidia*, 9), p. 617 e sgg.

*Saepe*²⁴. Il legislatore cittadino addirittura attinge dalla *Saepe*, emanata da Clemente V nel 1306, tutte quelle espressioni che caratterizzano il procedimento sommario.

7. *L'Età moderna e i connotati pubblicistici*

I mutamenti istituzionali che, tra le altre innovazioni, comprenderanno proprio il tentativo di comprimere e regolamentare le libertà personali, di gruppo e i particolarismi giurisdizionali, in Età moderna, hanno la conseguenza di mutare parzialmente gli ambiti di operatività dell'arbitrato, anche se questi non saranno certamente rivoluzionati.

Sono proprio gli aspetti di ricostruzione socio-politica che hanno indotto Damaška, in un suo importante contributo, a proporre una lettura della storia dell'arbitrato secondo una evoluzione interna degli ordinamenti, nei quali lo spazio dato all'istituto è in relazione al grado maggiore o minore di libertà o di autoritarismo²⁵. Si tratta certo di un rilievo importante ma che lascia qualche perplessità relativamente ad una visione globale degli ordinamenti di antico regime, soprattutto medievali: si tratta di valutare cioè quanto alcuni modi di essere del diritto derivino da una supposta forza o debolezza statutale o quanto, invece, sia rapportabile al loro specifico modo di essere e di organizzarsi. La ricostruzione della storia dell'arbitrato, nella visione sopra accennata, sembra suggerire l'equazione che il potere centrale debole comporti un istituto libero e sviluppato, mentre il contrario succederebbe nel caso di uno stato forte e centralizzato: la ricerca di generalizzazioni e assolutizzazioni concettuali presenta il rischio di portare ad una eccessiva semplificazione delle articolazioni socio-economiche ed istituzionali degli ordinamenti giuridici medievali e moderni.

Il problema del policentrismo decisorio, anche di tipo giurisdizionale, non è riconducibile in maniera meccanica ad una debolezza statutale, che sarebbe spesso stranamente voluta proprio dalle categorie che detengono il potere politico ed economico. Si tratta di forme di organizzazione pubblica che hanno basato gran parte del proprio funzionamento, e della propria funzionalità a nuovi contesti economici, sul decentramento e sull'auto-

²⁴ L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit., p. 159.

²⁵ M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991 (trad. di *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986), p. 68 e sgg.

responsabilità di categorie e di aggregazioni sociali operanti al proprio interno: così le corporazioni e le famiglie. Il problema che ci si deve porre non è tanto, o solo, quello del rapporto tra giustizia ordinaria ed arbitrato, ma anche tra questo e le giurisdizioni speciali. Quanto, cioè, dello sviluppo dell'arbitrato e delle dottrine attorno allo stesso sia o meno derivazione da una prorompente crescita delle giurisdizioni speciali e della necessità di dare a queste e agli arbitrati necessari in campo familiare e corporativo, con cui molto hanno in comune, una soddisfacente collocazione teorica. Ricorda Tarello che

« si era ovunque manifestata nell'Europa del secolo XVII la tendenza ad organizzare in qualche modo quella pluralità di iurisdictiones i cui rapporti erano confusamente stabiliti da complicate e incerte regole di "immunità" (di un soggetto, o membro di un gruppo) da un certo foro, e di "privilegio" (di un soggetto o membro di un gruppo ad essere giudicato da un "suo" foro): tendenza più forte quanto più deboli erano le forze che sostenevano le tradizionali "libertà" e "privilegi", dato che organizzazione e razionalizzazione voleva dire distruzione di poteri concorrenti (...) Quando, perciò, si dice che vi era stata una tendenza ad organizzare in qualche modo la pluralità di giurisdizioni, si dice che i processi di concentrazione del potere politico, dove si erano verificati, avevano dato luogo anche a più precise limitazioni di competenza degli organi cui erano affidati compiti nel senso moderno "giurisdizionali", ed i sovrani non si erano astenuti dal legiferare in materia di procedura. Sempre come linea di tendenza, si era verificata una graduale e parziale unificazione delle giurisdizioni territoriali e delle procedure, ed una graduale (e molto spesso non concludente) limitazione del numero delle immunità e dei privilegi; talvolta le giurisdizioni autonome si erano venute configurando come giurisdizioni speciali »²⁶.

La circostanza che una serie di innovazioni siano derivate all'arbitrato da ipotesi che hanno protagonisti soggetti commercianti appare in questo senso molto significativo²⁷.

Nell'Età moderna muta, quindi, il rapporto stato-corporazioni-famiglia, ma quello che occorre valutare è quanto sia sopravvissuto del decentramento decisionale e giurisdizionale. Le corporazioni perdono potere – non troppo, in realtà – ma conservano la propria giurisdizione, mentre per le famiglie prevale l'arbitrato necessario che propone un diverso modello processuale: lo sforzo di entrambe è cristallizzare privilegi ed equilibri sociali.

²⁶ G. TARELLO, *Storia* cit., p. 53 e sgg.

²⁷ C. PECORELLA, *Fides pro se* cit., p. 136.

L'intervento dello stato è meno incisivo sull'arbitrato libero, che perde rilievo e tende ad appiattirsi su un piano di giurisdizionalizzazione. Si afferma che

« nell'ottica statalista che domina la scienza giuridica da alcuni secoli, dal costituirsi dello stato moderno, non v'è giurisdizione che non sia statale. Il giudice è tale se imposto dall'alto, l'arbitro non è un giudice: di queste idee è già portatore il Menochio ... che espressamente ricorda come *privatorum consensu tribui iurisdictio non possit ... indicare enim munus publicum est*, con una formulazione che rispecchia fedelmente la situazione dei suoi tempi, l'accentramento dei poteri in atto e la sottoposizione di tutto e tutti ai voleri del principe. Non a caso, però, Menochio è in queste affermazione estremamente parco di rinvii dottrinari, o cita fonti romane o cita giuristi suoi contemporanei, senza nessun rinvio a glossatori e commentatori, nella consapevolezza che la grande stagione della cultura giuridica aveva percorso altre strade »²⁸.

Anche quella di Menochio può essere letta come una delle testimonianze, che si moltiplicheranno nel XVIII secolo, della « lotta contro il processo » – o almeno contro il processo di impronta romana –: questa lotta, che pur si comprende all'interno di più generali fenomeni politico-sociali, è stata spesso spiegata come conseguenza di fattori tecnici, legati cioè all'organizzazione e all'economia processuale²⁹.

È il secolo XIX che arreca i cambiamenti più profondi all'istituto arbitrale, con linee di evoluzione non sempre costanti ed omogenee, che sono da altri ricostruite in questo stesso volume.

Se quelli indicati nelle pagine precedenti sono i presupposti storici più antichi, l'indicazione da trarre ed applicare alla situazione attuale non è certo nel senso di valutare se sia necessario recuperare i contenuti dell'arbitrato romano ed il valore della contrattualità di una società di *cives* ad economia schiavistica, ripristinando i contorni originari dell'istituto, ma considerare piuttosto se sia opportuno e ragionevole, nell'attuale fase storica di sviluppo dei rapporti intersoggettivi ed interstatuali, dare spazio maggiore alla privata autonomia ed ai mezzi di autocomposizione e di eterocomposizione delle

²⁸ *Ibidem*. Giacomo Menochio (1532-1607) fu professore a Padova e Pavia ed autore di un celebre trattato dal titolo *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis, libri duo*, pubblicato per la prima volta nel 1569: L. FRANCHI, *Notizie biografiche di Giacomo Menochio*, in *Contributi alla storia dell'Università di Pavia*, Pavia 1925, p. 338.

²⁹ C. PECORELLA, *Intervento*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (Erice, 22-25 novembre 1988), Palermo 1992, p. 213.

controversie e di contrastare le tendenze alla processualizzazione dell'istituto. Riportare quest'ultimo alla purezza delle sue origini è operazione di semplice archeologia giuridica o opinabile argomento di controversia dottrinale: a mio parere, l'indagine storica sull'arbitrato non ha particolare rilievo teorico e pratico se la sua valenza culturale e comparativa non sia costantemente rapportata alle funzioni economiche e politiche, e non solo tecnico-giuridiche, espletate dall'istituto nel complesso contesto degli ordinamenti giuridici in cui ha operato.

Legislazione. - *Corpus Iuris Civilis*, D.4.8.1; D.4.8.27.2; D.4.8.32.14; D.17.2.76,78,80; C.2.55.1, C.2.55.4, C.2.55.5, *Corpus Iuris Canonici, pars prima, Decretum Magistri Gratiani*, a cura di AE. FRIEDBERG, Leipzig 1879 (rist. Graz 1959), C.II, q. 6, c. 33; pars secunda, Clem., V, 11, 2 (*Saepe*); art. 1349 c. c.

Bibliografia. - A. AMANIEU, voce *Arbitrage*, in *Dictionnaire de droit canonique*, I, Paris 1935, pp. 862-895; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1989; BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Quaestiones Bartoli in materia arbitrorum*, in *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, Venetiis 1584, II/I, cc. 294 v.-295 v.; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, Torino 1964, pp. 925-928; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, pp. 487-491; M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991 (trad. di *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986); J. DAUVILLER, *La jurisdiction arbitrale de l'Église dans le Decret de Gratien*, in «*Studia Gratiana*». IV (1954), pp. 123-129; L. FOWLER, *Forms of arbitration*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Toronto 21-25 August 1972, a cura di S. KUTTNER, Città del Vaticano 1976 (*Monumenta Iuris Canonici, Series C, Subsidia*, 5), pp. 133-147; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino 1970, pp. 480-541; L. GARETTO, *Arbitro e arbitratore (diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, Torino 1964, pp. 928-930; IOHANNIS DE LIGNANO, *Super Clementina Saepe*, a cura di L. WAHRMUND, in *Quellen zur Geschichte des romisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, IV/1, Innsbruck 1925; IOHANNIS BAPTISTI PERUSINI, *Tractatus de arbitris et compromissis*, in *Tractatus cit.*, III/1 cc. 224 v.-294 v.; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 1999 (ristampa integrata); LANFRANCO DA ORIANO, *Tractatus de arbitris*, in *Tractatus cit.*, III/1, cc. 206 v.-223 v.; P.S. LEICHT, *Mediatores ed arbitri nell'antico diritto veneziano*, in *Id.*, *Scritti vari di storia del diritto*, II/2, Milano 1948, pp. 263-267; G. MARANI, *Favore e disfavore per l'arbitrato nella storia giuridica italiana e francese*, in «*Rassegna dell'arbitrato*», IV (1964), pp. 47-67; JACOPO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo*, Venetiis 1569; A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, Sevilla 1981; C. PECORELLA, *Intervento, in Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (Erice, 22-25 novembre 1988), Palermo 1992, p. 213; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*,

VI/1, Torino 1903, pp. 169-180; V. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, pp. 895-899; ROLANDINO PASSEGGERI, *Summa artis notariae*, Lugduni 1537; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 517 e sgg.; TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, in PILLIUS, TANCREDUS, GRATIA, *Libri de iudiciorum ordine*, a cura di F.C. BERGMANN, Göttingen 1842; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976; G. VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milano 1937.

INDICE

Presentazione	pag.	7
Tabula gratulatoria	»	9

Istituzioni locali e statuti: contributi alla storia genovese e alla comparazione giuridica

Il Senato della Repubblica di Genova nella ‘riforma’ di Andrea Doria	»	13
Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi	»	57
Il sistema europeo e le istituzioni repubblicane di Genova nel Quattrocento	»	65
Il diritto genovese e la Sardegna	»	113
I rapporti giuridici tra Genova e il Dominio	»	123
Leggi e riforme a Genova tra XVI e XVII secolo	»	141
Diritto e potere a Genova alla fine del Trecento: a proposito di tre ‘consigli’ di Baldo degli Ubaldi	»	159
Dottrina e prassi nella formazione del diritto portuale: il modello genovese	»	171
Statuti e riformazioni	»	193
Gli statuti di Albenga ed il progetto di un “corpus” degli statuti liguri	»	209
Celesterio Di Negro	»	219
Le istituzioni politiche: dalla compagna al podestà	»	225

Una raccolta di sentenze della Rota Civile di Genova nel XVI secolo	pag. 239
Alcuni consigli legali in tema di forestieri a Genova nel Medioevo	» 251
Aspetti giuridici della pesca del corallo in un trattato seicentesco	» 263
La ristampa degli statuti novaresi di Francesco Sforza	» 273
Cultura accademica e società civile alle origini dell'ateneo genovese	» 283
L'organizzazione dell'autonomia cittadina. Gli statuti di Albenga del 1288	» 291
Lo statuto: lo specchio normativo delle identità cittadine	» 317
Gli influssi del diritto genovese sulla Carta de Logu	» 329
La normativa comunale in Italia in età fredericiana	» 341
Sui più antichi statuti del ponente ligure	» 359
Considerazioni storico-giuridiche sul testo degli statuti di Acqui	» 365
Note per la storia degli statuti e delle autonomie locali	» 375
L'arbitrato. Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno	» 381
Giovanni Maurizio (1817-1894): le lezioni di diritto costituzionale	» 395
Tradizioni e modelli alle origini del diritto europeo	» 409
Il diritto del commercio internazionale e la tradizione genovese	» 417
L'organizzazione di una città portuale: il caso di Genova	» 427
La cultura giuridica in Liguria nel passaggio dall'Alto al Basso Medioevo	» 439

Prospettiva storica e diritto europeo. A proposito di <i>L'Europa del diritto</i> di Paolo Grossi	pag. 447
Apporti dottrinali seicenteschi in tema di interpretazione statutaria e diritto penale	» 453
La dimensione internazionale di una storia locale: Genova nel Medioevo e nell'Età moderna	» 461
Alderano Mascardi	» 473
Giovanni Maurizio	» 477
Il diritto ed una "filosofia della storia patria"	» 481
Leggendo la storia di Genova attraverso le vicende delle sedi e dei documenti dell'Archivio di Stato	» 487
<i>De iure ovium</i> . Alle origini della trattatistica giuridica sulla pastorizia	» 495

Diritto canonico medievale

Gregorio de Montelongo legato apostolico in Lombardia e patriarca di Aquileia (1238-1269)	» 509
Sinibaldo dei Fieschi decretalista. Ricerche sulla vita	» 519
La lesa maestà nella canonistica fino ad Ugucione	» 547
Il primo secolo della scuola canonistica di Bologna: un ventennio di studi	» 575
La 'peregrinatio bona' dei mercanti medievali: a proposito di un commento di Baldo degli Ubaldi a X 1.34	» 595
Un medioevo povero e potente: a proposito di « profili giuridici della povertà nel francescanesimo prima di Ockham »	» 605

Il Mercante e il Diritto canonico medievale: <i>'Mercatores in itinere dicuntur miserabiles personae'</i>	pag. 617
The Itinerant Merchant and the Fugitive Merchant in the Middle Ages	» 635
Tracce della cultura canonistica a Vercelli	» 651
Il diritto canonico: il Medioevo	» 663
Il pellegrino nella tradizione canonistica medievale	» 685
La « bona fides » nel diritto dei mercanti e della Chiesa medievale	» 697
Innocenzo IV legislatore e commentatore. Spunti tra storiografia, fonti e istituzioni	» 709



Associazione all'USPI
Unione Stampa Periodica Italiana

Direttore responsabile: *Dino Puncub*, Presidente della Società
Editing: *Fausto Amalberti*

ISBN - 978-88-97099-08-6

ISSN - 2037-7134

Autorizzazione del Tribunale di Genova N. 610 in data 19 Luglio 1963
Stamperia Editoria Brigati Tiziana - via Isocorte, 15 - 16164 Genova-Pontedecimo