

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**«Cognoscere per quam viam voluerit». Il problema della libertà nella procedura arbitrale in rapporto alla scrittura (secc. XII-XIV)**

**This is a pre print version of the following article:**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1801415> since 2021-09-14T17:25:00Z

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

# MEMORIE

---

Flavia Negro

«Cognoscere per quam viam voluerit».  
Il problema della libertà  
nella procedura arbitrale  
in rapporto alla scrittura (secc. XII-XIV)

Ciò che è equo sembra essere giusto, e l'equo è il giusto che va al di là della legge scritta. [...] Ed è equo avere indulgenza per le debolezze umane. E non guardare alla legge, ma al legislatore, non al dettato della legge, ma al pensiero del legislatore, non all'azione ma all'intenzione, non alla parte ma al tutto, non com'è ora l'imputato, ma com'era sempre o per lo più. [...] E voler andare da un arbitro piuttosto che in giudizio: l'arbitro, infatti, considera l'equità, mentre il giudice la legge, e l'arbitro per questo è stato inventato, per dare forza all'equità.

ARISTOTELE, *Retorica*, Roma, Carocci, 2014, pp. 137, 139, trad. di Silvia Gastaldi

In un noto articolo del 1976, Linda Fowler esordisce con la riflessione del vescovo e decretista Stefano di Tournai, il quale, constatando che Matilde di Canossa e altre figure femminili solevano mediare regolarmente fra i loro sudditi, concludeva che le donne, pur non essendo dotate della capacità di giudicare, sapevano bensì operare dei confronti e cogliere differenze: l'autrice, concedendosi uno scherzoso omaggio al femminismo militante di quegli anni, prometteva di mettere a frutto questa sua innata predisposizione per correggere ciò che recenti nonché erronei 'giudizi' maschili

---

F. NEGRO è docente a contratto di storia medievale presso il Dipartimento di Lingue e Letterature Straniere e Culture Moderne dell'Università di Torino (flavia.negro@unito.it).

avevano prodotto in materia d'arbitrato medievale, in particolare sulla controversa questione delle differenze fra le figure dell'*arbitrer* e dell'*arbitrator*.<sup>1</sup> Tra le tante suggestioni di questo lavoro storiograficamente molto fortunato, ve n'è una che non è stata forse abbastanza valorizzata, in quanto si colloca su un crinale meno specificamente giuridico, e più legato alle ricadute della riflessione teorica nel campo documentario e archivistico: ovvero nell'ambito che più di ogni altro condiziona e limita la nostra possibilità di conoscere non come gli arbitrati dovevano essere, ma come concretamente si svolgevano – con tutte le storture, le forzature, i più o meno consapevoli travisamenti, che le ultime ricerche di taglio storico hanno cominciato a mettere in luce.<sup>2</sup>

Come prima tappa di un'indagine sulla prassi degli arbitrati nel campo delle liti intercittadine – campo sul quale convergono, com'è noto, una serie di questioni densissime di storia istituzionale e politica – si vorrebbe qui riprendere quel discorso mettendo a fuoco alcuni tratti dell'istituto arbitrale essenziali in prospettiva storica, laddove la terminologia delle fonti, le dinamiche che queste lasciano intravedere e i loro stessi silenzi, hanno una stretta rispondenza con quanto veniva contestualmente discusso e forgiato a livello teorico. La questione principale è quella della libertà procedurale dell'arbitro, vista nel suo rapporto con l'altra libertà – attestata già nel diritto romano in un connubio che innerva la secolare riflessione giuridica sull'arbitrato – che gli è concessa nei confronti della scrittura,<sup>3</sup> intesa come l'obbligo di mettere per iscritto le varie fasi

<sup>1</sup> 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, BAV, 1976, pp. 133-147: 133.

<sup>2</sup> La pratica dell'arbitrato nella società comunale è stata studiata tanto in riferimento alle dispute fra privati, come nel fondamentale studio di C. WICKHAM, *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Roma, Viella, 2000, quanto nelle liti che vedevano confrontarsi due istituzioni, ad esempio enti ecclesiastici o comuni cittadini (vedi ad esempio S. MENZINGER, *Forme di organizzazione giudiziaria delle città comunali italiane nei secoli XII e XIII: l'uso dell'arbitrato nei governi consolari e podestarili*, in *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 2006, pp. 113-134; M. VALLERANI, *I rapporti intercittadini nella regione lombarda tra XII e XIII secolo*, in *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI-XV)*, a cura di G. Rossetti, Napoli, Liguori, 2001, pp. 221-290).

<sup>3</sup> FOWLER, *Forms of arbitration*, cit., in part. pp. 134, 144.

del procedimento. In altre parole: in un arbitrato, a differenza di quanto accade in un giudizio, molti passaggi significativi possono essere compiuti in via esclusivamente orale – anche se diventa presto materia di discussione quanto avanti questa libertà possa spingersi senza compromettere la validità del procedimento.

Sulla questione della scrittura, proprio perché intrecciata al tema della libertà dai rigori procedurali, si esercitano tensioni e spinte anche contraddittorie: necessaria la sua (almeno parziale) assenza per garantire la natura veloce ed elastica dell'arbitrato, altrettanto necessaria la sua (almeno parziale) presenza per tutelare le parti ed evitare, in accordo a un principio che troverà formale sanzione nelle parole della *Quoniam contra falsam*, che *iniquitas praevaleat aequitati*, giacché – come argomenteranno i giuristi più attenti – contestare una pronuncia arbitrale sulla base di errori procedurali diventava assai difficile in assenza di documentazione che provasse come l'arbitrato si era svolto.<sup>4</sup> E sulla scrittura si riflettono anche le insidie procedurali innescate dalla comparsa di una terza figura arbitrale, l'*arbiter et arbitrator*, versione potenziata (e per certi versi un po' incestuosa) delle due precedenti: perché in questo caso acquista un maggior campo d'azione la *voluntas* delle parti, oggettivata proprio nella scrittura – stavolta mediata dai notai – del compromesso, e il cui rispetto apre un'altra filiera di interrogativi, ad esempio su come gestire le eventuali inesattezze prodotte da 'volontà' dichiaratamente sovrane ma dalle quali certo non si può pretendere una piena consapevolezza dei termini giuridici e delle loro implicazioni.<sup>5</sup>

A fronte dell'intrico di questioni sottese al rapporto fra arbitrato e scrittura sono relativamente pochi i giuristi che ne rilevano esplicitamente l'importanza. Uno di questi è indubbiamente Baldo, che fa della scrittura la chiave esplicativa del rapporto fra le varie figure arbitrali: così l'*arbiter*, che non può discostarsi dalle norme procedurali del diritto, segue l'«*aequitatem scriptam*», mentre l'*ar-*

---

<sup>4</sup> R.H. HELMHOLZ, *Quoniam contra falsam* (X 2.19.11) and the Court Records of the English Church, in *Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter*, a cura di S. Lepsius e Th. Wetzstein, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2008, pp. 31-50: 34-35.

<sup>5</sup> Sui problemi giuridici innescati dalla «voluntas» delle parti in altri ambiti, quali ad esempio le disposizioni testamentarie e i contratti: G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano, 1997; A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè, 2012.

*bitrator*, che da queste norme è in parte esentato, «sequitur aequitatem sui capitatis». È solo un esempio di come, più in generale, i vasti commenti dedicati all'arbitrato fra il XII e il XIV secolo lascino scoperte, o comunque insufficientemente chiarite, molte questioni; tanto che all'inizio del Quattrocento Lanfranco de Oriano, a premessa del suo *Tractatus de arbitris et compromissis*, definirà la materia arbitrale *utilem* e di uso quotidiano, ma senza dubbio «male explicatam» dai dottori.<sup>6</sup> Nelle pagine che seguono tenteremo di districare alcuni dei nodi della riflessione giuridica intorno a questa procedura su cui, a giudicare dalle lamentele dei giuristi, non avevano sempre le idee chiare neppure i molti soggetti, pubblici e privati, che nella società dell'epoca non esitavano a farvi ricorso.

## 1. LA 'LIBERTÀ' PROCEDURALE DELL'ARBITRO: ORIGINI E LIMITI

1. Nel Duecento Odofredo osserva che «nomen arbitri sumitur equivoce in iure nostro», dato che a volte lo si usa ad indicare il giudice ordinario, altre il giudice delegato, e infine, «tercio modo», anche l'«arbitrator compromissarius»,<sup>7</sup> mentre nel secolo successivo Bartolo da Sassoferrato, autore di un breve *Tractatus de arbitris*, metterà sotto accusa la più nota e la più diffusa delle formule legate a quest'istituto, «tanquam in arbitrum et arbitratores», rilevandone l'intrinseca contraddittorietà: poiché l'arbitro e l'arbitratore sono due figure distinte e per certi versi antitetiche nella dottrina

<sup>6</sup> LANFRANCO DE ORIANO, *Tractatus de arbitris et compromissis*, Colonia, 1590, p. 4.

<sup>7</sup> L. MARTONE, *Arbitrator-arbitrator: forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, p. 76; C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 82. Le figure elencate da Odofredo (*Lectura super codice*, in C. 2, 55 *De arbitris et receptis* [ed. Lione, 1552, f. 123vb]) rappresentano le tre situazioni tipo che fanno da sfondo al ricorso all'arbitrato. L'arbitro-giudice ordinario: le parti hanno iniziato la causa davanti a un giudice e decidono, magari su invito dello stesso, di abbandonare l'iter del giudizio ordinario e utilizzare la via – molto meno dispendiosa in termini di tempo e di denaro – dell'arbitrato (a capo di quest'ultimo c'è sempre lo stesso *iudex*, che però agisce in qualità – e con le modalità – dell'arbitro). L'arbitro-giudice delegato: le parti in conflitto si rivolgono all'autorità superiore, che assegna loro un giudice il quale ha mandato di risolvere la disputa per via arbitrale (dato che la figura è assegnata dall'autorità si dice anche *arbitrator datus*). L'arbitro compromissario: è quello scelto in totale autonomia dalle parti in conflitto, che gli conferiscono il mandato con il compromesso.

giuridica, metterle insieme significa sommare due procedure alternative e apparentemente inconciliabili («quum istae viae tanquam repugnantes non possint insimul concurrere»).<sup>8</sup>

È fuor di dubbio che, nonostante secoli di riflessione giuridica, l'arbitrato era rimasto un istituto alquanto sfuggente agli occhi degli stessi giuristi, e in questo caso la colpa non poteva essere addebitata solo alla *malitia* dei commentatori e al proliferare delle loro glosse, che secondo alcuni si erano abbattute «sicut locuste Pharaonis» sui testi di diritto romano e canonico, e agendo «velut grandines et horribiles tempestates» avevano finito per renderli meno autorevoli di un qualunque statuto cittadino, applicabile «secundum litteram» e «sine glosis et solutionibus alienis». <sup>9</sup> Proprio i glosatori – a partire da Bulgaro e Tancredi – si erano infatti sforzati di inquadrare l'arbitrato a partire dalle prescrizioni contenute nei testi di diritto romano (titolo 8 *De receptis* del quarto libro del *Digesto*, e titolo 55 *De receptis arbitraris* del secondo libro del *Codex*), e avevano individuato gli aspetti che i loro successori continueranno ad indagare e a sviluppare nei secoli successivi: chi è l'arbitro e quali sono i poteri di cui è dotato, in quali tipologie di cause può operare, quale il valore della sua pronuncia, con specifico riguardo alla possibilità di appello (per dirla con Bernardo da Pavia: «quid dicatur arbitrium, quis possit esse arbiter, de qua re, quis arbitrii effectus»).<sup>10</sup>

2. L'arbitrato, via prediletta da coloro che, dovendo risolvere una controversia,<sup>11</sup> «nolint venire ante iudicem ordinarium»,<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Vedi oltre, punto 8.

<sup>9</sup> Il duro giudizio è di BONCOMPAGNO DA SIGNA, *Invectiva contra glosatores (Boncompagni Rhetorica novissima*, in *Scripta anecdota glossatorum [Bibliotheca iuridica medii aevi*, vol. II, a cura di A. Gaudenzi, Bologna, 1892, pp. 249-297, citaz. a p. 292b]).

<sup>10</sup> BERNARDO, *Summa decretalium*, a cura di T. Laspeyres, Ratisbona, 1860, p. 29. Sull'evoluzione dell'arbitrato nel Medioevo dal punto di vista dottrinale: MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1970; TENELLA SILLANI, *L'arbitrato*, cit.; V. PIANO MORTARI, *Arbitrato (Diritto intermedio)*, «Enciclopedia del Diritto», II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 895-899.

<sup>11</sup> Sin dai primi glosatori viene tuttavia escluso, come già accadeva nel diritto romano, il ricorso all'arbitrato quando gli effetti della materia trattata vanno oltre il rapporto giuridico fra privati (MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 45), come nel caso delle cause criminali e di quelle di libertà.

<sup>12</sup> «Si inter aliquos moveatur controversia et nolint venire ante iudicem ordi-

è definito in un continuo parallelo col processo *tout court*, di cui rappresenta la versione *debilior*: così l'arbitro è un giudice ('iudex arbitrarius', 'iudex compromissarius', 'iudex cognitionalis', 'iudex ymaginarius', 'parvus iudex', è definito di volta in volta dai giuristi)<sup>13</sup> ma a differenza del giudice ordinario «nullam iurisdictionem habet», e la sua pronuncia neanche si può definire a rigore 'sentenza' («nec sententiae nomen meretur»), dato che non vincola le parti «plus quam aliquod filum tenuissimum ligaret hominem» secondo la bella e fortunata espressione di Azzone.<sup>14</sup>

La debolezza giuridica dell'arbitrato, che taluni commentatori traducono senza mezzi termini in *vilitas*,<sup>15</sup> è dovuta in estrema sintesi ad un unico dato, la centralità assoluta e insindacabile che vi ricopre la *voluntas* delle parti. Da questa 'volontà' suprema, espressa e sancita dal punto di vista documentario nel compromesso («extra compromissum nihil arbiter facere potest», dice Piacentino),<sup>16</sup> vengono fatti dipendere tutti gli aspetti costitutivi del procedimento: la nomina del 'giudice', perché sono le parti che

---

narium, si in aliquem compromittant, ut stent in tali causa suo arbitrio, ille dicitur eorum arbiter»: sul passo (in *Incerti auctoris ordo iudiciarius pars Summae legum et Tractatus de praescriptione*, a cura di C. Gross, Innsbruck, 1870, cap. 21 *De arbitris*, pp. 152-158: 152, § 1) vedi MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., pp. 36-37.

<sup>13</sup> L'espressione 'iudex ymaginarius' si trova nella *Animal est substantia o Summa Bambergensis*, dell'inizio del XIII secolo: *Der Ordo iudiciarius des Codex Bambergensis*, a cura di J.-F. Ritter von Schulte, Vienna, 1872, D. 12, c. 4 'Illud te'; per 'iudex compromissarius' vedi ad. es. AZZONE, *Lectura et magnus apparatus*, C. 2, 55 *De receptis arbitris*, n. 1 [ed. Parigi, 1581, p. 157, col tit. numerato 56]; per '[iudex] arbitrarius': *Der "Curialis"*, in L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, vol. I/3, Innsbruck, 1905, p. 3; 'iudex cognitionalis' è nell'*Ars notaria* di Rainerio di Perugia (in *Bibliotheca iuridica*, cit., vol. II, pp. 25-67: 54); 'arbiter parvus est iudex' è espressione dell'Ostiense (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, lib. 1, *De arbitris*, n. 5 [ed. Basilea, 1573, col. 343]).

<sup>14</sup> PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., pp. 82-83 e n. 164. Per le tre espressioni vedi rispettivamente AZZONE, *Summa aurea*, in C. 7, 62, al n. 22 [ed. Lione, 1596, *pars prima*, p. 1059]; *Tractatus appellationis* [Bib. Nat. Parigi, ms lat. n. 4603, f. 81vb; reperibile su Gallica]; e infine nuovamente AZZONE, *Lectura et magnus apparatus*, C. 2, 55 *De receptis arbitris*, n. 1 [ed. Parigi, 1581, p. 157, col tit. numerato 56].

<sup>15</sup> Sotto, n. 21.

<sup>16</sup> PIACENTINO, *In Codicis Dn. Iustiniani ex repetita praelectione libros IX summa*, C. 2, 55 *De receptis arbitris* [ed. Magonza, 1536, p. 91]. Sull'importanza del compromesso: C. STORTI STORCHI, *Compromesso e arbitrato nella Summa totius artis notariae di Rolandino*, in *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, a cura di G. Tamba, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 329-376.

decidono a chi affidare la risoluzione della loro vertenza («arbitri sunt, qui de consensu partium eliguntur»),<sup>17</sup> e a fornirgli tramite il compromesso la ‘giurisdizione’ di cui è per sua natura carente;<sup>18</sup> l’oggetto del procedimento, perché sono le parti a decidere su cosa l’arbitro si deve esprimere: l’arbitro può essere chiamato a definire anche solo uno degli elementi che compongono la controversia, e in ogni caso la sua pronuncia è nulla se esula dai limiti espressi dalle parti nel compromesso;<sup>19</sup> l’iter del procedimento, ovvero le regole che l’arbitro applicherà nell’acquisizione degli elementi di giudizio: l’arbitro può, a seconda del mandato ricevuto, seguire passo a passo l’iter previsto dalla procedura ordinaria (contestazione di lite, libello etc.), discostarsene in parte o anche del tutto, procedendo «nullo iuris ordine servato».<sup>20</sup> Perfino l’atto che segna il concludersi del procedimento giudiziario, la ‘sentenza’, assume nell’arbitrato caratteristiche peculiari: il suo rispetto non può in alcun modo dipendere dal potere coercitivo dell’arbitro – che come abbiamo visto manca di qualunque *iurisdictio*, e non ha poteri se

<sup>17</sup> TANCREDI BONONIENSIS, *Ordo iudiciarius*, in Pillii, *Tancredi, Gratiae Libri de iudiciorum ordine*, a cura di F. Bergmann, Göttingen, 1842 (Nachdruck, 1965), pp. 87-316: 103 (analogamente BULGARO, *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, in L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, IV-1, p. 1: «Arbitrum itaque eum dicimus, cui proprio consensu compromittentes actor et reus partes iudicis committunt»).

<sup>18</sup> Anche dopo il compromesso l’arbitro non ha ‘potestas’: «arbitrarius dicitur ille, in quem facta est compromissio aliqua, nulla tamen potestate concessa eidem, cum ipse de concessu et voluntate partium in iudicem sit electus» (*Der Curialis*, cit., p. 3). Gli arbitri non devono necessariamente essere esperti di diritto, la dottrina prevede infatti per questo ufficio limiti di carattere generale, analoghi a quelli che regolano l’accesso al procedimento in qualità di testimoni: non possono essere arbitri i minori, le donne, i servi, i muti, i sordi, e neanche i *mente capti* (vedi ad es. *Summa aurea*, p. 182, questione «quis posset esse arbiter?»).

<sup>19</sup> TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, cit., p. 107: «Finitur arbitri iurisdictio, si de omnibus, de quibus in eo compromissum est, sententiaverit; non, si de quibusdam; nisi actum sit in compromissio, quod de parte litis sententiare possit» (con riferimento a D. 4 8 [*De receptis arbitris*], 21 [*Quid tamen*]). Analogamente Benedetto da Isernia – *Fragmenta*, p. 14: «nec enim habet arbiter de alio se intromittere quam sit cautum in compromissio» –, e in Giovanni Teutonico («arbitria enim stricta via incedunt: nichil enim extra compromissum facere potest arbiter [...]. Nam id solum venit in arbitrium de quo actum est ut veniret»: *Iohannis Teutonici Apparatus glossarum in Compilationem tertiam*, Città del Vaticano, BAV, 1981, p. 164). Su questo: MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 50 e, per gli antecedenti del principio nel Digesto (4 8 *De receptis* 32 *Paulus* § 15 *De officio arbitri*), p. 43.

<sup>20</sup> MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 34; STORTI STORCHI, *Compromesso*, cit., p. 334.



non quelli, temporanei, concessigli dalle parti – bensì, ancora una volta, dall'impegno volontariamente espresso da queste ultime a sottostare a una penale (il cui importo è fissato nel compromesso) in caso di inosservanza.<sup>21</sup>

3. Gli studi dedicati alla storia dell'arbitrato – da quelli ormai classici di Martone e Padoa Schioppa, a quelli più recenti di Claudia Storti e di Chiara Tenella Sillani – sottolineano la duttilità dell'istituto, la sua capacità di evolversi nel tempo adattandosi alle mutevoli esigenze della società: gli stessi capisaldi dell'arbitrato, che abbiamo cercato di sintetizzare per punti qui sopra, sono frutto di un'evoluzione, e non sono stati espressi in modo così chiaro sin dalle prime formulazioni teoriche. Basti pensare all'aspetto centrale della procedura: la libertà dell'arbitro di seguire o meno i dettami dell'*ordo iuris* è un dato che non emerge subito nella dottrina giuridica, e anzi in una prima fase (XII secolo) i giuristi sembrano lasciar intendere che l'arbitrato si svolga con la stessa sequenza di atti prevista nel giudizio ordinario. In molti casi si tratta di una prova *e silentio*: il giurista dichiara una generica similitudine fra arbitrato e giudizio (con espressioni del tipo «ad instar iudiciorum arbitria sunt redacta»)<sup>22</sup> e quando passa ad indicare in cosa il primo 'dif-

<sup>21</sup> È in riferimento a questa specifica caratteristica della pronuncia arbitrale, e al connesso problema dell'appello (che l'arbitrato non consente), che alcuni giuristi si spingono ad utilizzare un termine greve come 'vilitas': cfr. i casi, citati da PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., p. 82, n. 164, del *Tractatus appellationis* («propter vilitatem iudicii prohibemur ab arbitro appellare»: Bib. Nat. Parigi, ms lat. n. 4603, f. 81vb), di Rogerio («arbitri sententia dicitur eo debilior, quod ab ea provocare propter eius vilitatem lex prohibuit»: *Rogerii Enodationes quaestionum super Codice*, in H. KANTOROWITZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Aalen, Scientia, 1969 [ed. or. 1938], p. 290), cui possiamo aggiungere il più tardo Iacopo Butrigario («Sententia arbitri actionem non parit quia vilis»: *Super codice lecturam*, C. 2, 55 *De receptis arbitris* [ed. Parigi, 1516, f. 82vb]).

<sup>22</sup> Molti degli autori più antichi affermano, con rimando a un passo del Digesto (D. 4, 8, 1), che gli arbitrati 'sono simili' ai giudizi: «ad instar iudiciorum arbitria sunt redacta» (TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, p. 103); «arbitrium quodammodo imitatur iudicium» (*Incerti auctoris ordo iudiciarius*, cit., p. 152); «arbitria enim iudicii similitudinem habent» (*Summa Codicis des Irnerius*, a cura di H. Fitting, Berlino, 1894, p. 43); «arbitria sunt redacta ad instar iudiciorum» (*Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna*, in L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des RömischeKanonschen Prozesses im Mittelalter*, vol. I/1, Innsbruck, 1905, p. 4); «arbitria tractantur velut iudicia» (PIACENTINO, *Summa codicis*, p. 89, commento a *De receptis arbitris*, tit. 55, ma 56). La similitudine viene evocata di conseguenza anche per gli artefici dei due procedimenti, ovvero l'arbitro e

fert' dal secondo ignora del tutto le questioni di procedura, suggerendo l'idea che sotto questo profilo i due istituti possano essere considerati analoghi. Ma non mancano autori più espliciti. Azzone afferma che la similitudine fra arbitrato («arbitrium») e giudizio si manifesta in tutte le fasi del procedimento: all'inizio, perché in entrambi «exigitur libellus» (si presenta cioè un documento nel quale le parti espongono in forma giuridica le loro richieste); «in medio», perché le prove che si richiedono in un arbitrato sono le medesime che si producono «apud ordinarios iudices» (cioè prove testimoniali e documentarie); infine tanto nell'uno quanto nell'altro si produce una sentenza scritta («In fine etiam simile est arbitrium cum iudicio, quia fertur in scriptis hic, sicut ibi»).<sup>23</sup> Notiamo qui solo tangenzialmente la comparsa del tema della scrittura, considerata da Azzone imprescindibile tanto nel giudizio quanto nell'arbitrato, mentre solo nelle transazioni e nell'amichevole composizione («arbitratus»), come dirà il giurista in altro luogo, ad essa si poteva parzialmente o anche totalmente rinunciare, in una gradazione («sine aliqua scriptura, vel per annotationem in scriptis, aut iudicando cognitionaliter procedendo secundum legem») che dipendeva da quanto, nel raggiungimento dell'accordo, entravano in gioco gli aspetti giuridici.<sup>24</sup>

Come mostrano le più antiche raccolte di pareri dottrinari divergenti, le cosiddette *Dissensiones dominorum*, vi erano poi interpretazioni diverse su quanto profonda fosse la 'similitudine' di pro-

---

il giudice, ma con l'avvertenza, come dice Goffredo da Trani commentando l'impossibilità per un giudice ordinario di operare in qualità di *arbiter*, che similitudine non vuol dire identità: «lex dicit arbitrum similem esse iudici [...] ergo est alius a iudice, quia cum inter utrumque similitudo notetur, aliquid simile esse sibi ipsi non potest» (GOFFREDO DA TRANI, *Summa in titulos decretalium*, Venezia, 1570, *De arbitris*, f. 66r col. a).

<sup>23</sup> AZZONE, *Lectura et magnus apparatus*, C. 2, 55 *De receptis arbitris*, nn. 12-13 [ed. Parigi, 1581, col tit. num. 56, p. 159].

<sup>24</sup> Si procede «sine aliqua scriptura» se l'accordo è raggiunto semplicemente consultando la volontà delle parti («Quia querent ab utroque, quid dares tu illi? Et sic componitur amicabiliter»); «per annotationem in scriptis» se i compositori si esprimono «ex primo motu animi sui», senza procedere rigorosamente secondo diritto e tuttavia «audito iure utriusque», proponendo alle parti la soluzione che sembra loro equa; infine la terza declinazione, con utilizzo pieno della scrittura, è quella secondo diritto (AZZONE, *Lectura et magnus apparatus*, C. 3, 1, 16 [ed. Parigi, 1581, p. 173]).

cedura fra arbitrato e giudizio,<sup>25</sup> ma le discussioni non inficiavano l'assunto predominante nella dottrina, e cioè che le parti che decidono di litigare *coram arbitro* si trovano ad affrontare nella sostanza un vero e proprio *iudicium*.

4. Questo stato di cose muta nel Duecento – con un lungo e articolato processo che giunge a maturazione alla metà del secolo, ma ha le sue radici ancora nella riflessione canonistica e civilistica degli ultimi decenni del precedente –,<sup>26</sup> secondo alcuni per influenza della prassi: crescono per numero e importanza gli ambiti d'applicazione dell'arbitrato – primo fra tutti il commercio e le relazioni societarie – che necessitano di una modalità di risoluzione dei conflitti rapida e condivisa, senza le rigidità e le lungaggini tipiche del diritto, e la dottrina accoglie questa esigenza valorizzando quegli aspetti di flessibilità dell'istituto arbitrale che erano in realtà già presenti nel diritto romano (nel noto passo di Proculo D. 17, 2, 76), ma che finora erano stati ignorati.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Ad esempio sulla necessità, comune ad entrambi, di presentare il libello: UGO LINO DE PRESBITERI, *Dissensiones dominorum*, a cura di G. Haenel, Lipsia, 1834, pp. 250-552, n. 124, alle pp. 354-355.

<sup>26</sup> La cronologia proposta dagli studiosi riflette lo sviluppo articolato della dottrina: così FOWLER, *Forms of Arbitration*, p. 136, individua negli anni '80 del XII secolo «the first clear statement of a distinction between arbiters and arbitrators» citando Bassiano e Ugucione; TENELLA SILLANI, *L'arbitrato*, cit., p. 82, pone i primi segni di un nuovo atteggiamento «agli albori del XIII secolo», e a p. 83 definisce il passo di Accursio «forse una delle prime volte che il termine *arbitrator* appare in un'opera di dottrina» (ma a questo proposito cfr. il passo, citato dalla Fowler, di Ugucione da Pisa, contenente l'espressione «arbitrans sive arbitrator», in FOWLER, *ivi*, n. 20); secondo MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 38, il «XIII secolo maturo» è «l'epoca in cui alla disciplina dell'*arbiter* si affianca quella dell'*arbitrator*»; PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., pp. 87-88, richiama l'attenzione sulla diversa cronologia che caratterizza, nella ricezione dei nuovi orientamenti, canonisti e civilisti: è «intorno alla metà del Duecento» che «anche i civilisti accoglieranno, in tutte le sue implicazioni, quella dualità di funzioni, facenti capo all'arbitro e all'arbitratore, già ampiamente affermata nella prassi e in parte recepita dai canonisti».

<sup>27</sup> Il passo di Proculo (D 17 2 76) asserisce l'esistenza di due tipi di arbitri («Arbitrorum enim genera sunt duo»), ed è dunque usato dai giuristi medievali per giustificare il binomio *arbiter/arbitrator*. Sui cambiamenti socio-economici che stanno all'origine del nuovo orientamento dottrinale: MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., pp. 70, 92-93; TENELLA SILLANI, *L'arbitrato*, cit., pp. 78-79.

I primi riferimenti espliciti alla possibilità dell'arbitro di non attenersi all'*ordo iudiciarius* si trovano in fonti databili agli anni '20 e '30 del XIII secolo, e seguono l'introduzione di un nuovo termine per indicare la figura arbitrale, *arbitrator*.<sup>28</sup> È questa novità (novità di termini, non di funzioni) che permette ai giuristi medievali di disinnescare le potenziali contraddizioni con la dottrina precedente: l'*arbiter* continua, come prima, a dover seguire la procedura ordinaria (e anzi questo suo dovere si precisa ulteriormente, data la via di fuga ormai offerta dalla nuova figura arbitrale); l'*arbitrator* può invece discostarsene, dal momento che il principale obiettivo del suo operare non è tanto il riconoscimento di un diritto, ma l'accordo e la pacificazione fra le parti (il che si ottiene più facilmente se non si entra in un meccanismo, qual è quello previsto dall'*ordo iuris*, che consiste nell'esaltare gli elementi di contrapposizione fra le parti, e che si conclude inevitabilmente col dare ragione all'uno e torto all'altro). Così Accursio, nella *Magna Glossa*, approfondisce la «differentiam inter duo», e definisce l'*arbiter* come quello che, assunto su mandato delle parti l'*officium iudicis*, promette loro di porre fine alla lite con una sentenza («promittit se litem sua sententia terminare»); l'*arbitrator*, invece, cerca di trovare un punto d'incontro fra le loro posizioni («vult videre an inter eos componere possit»), e a differenza dell'*arbiter* non procede 'al modo' del giudice: «nec procedit more iudicis sicut arbiter facit».<sup>29</sup> Un altro

---

<sup>28</sup> Su *arbitrator*, che pare comparire già negli anni '80 del XII secolo (sopra, n. 26), e che come termine (non come funzioni) non ha antecedenti nel diritto romano e costituisce un'autonoma creazione della scienza giuridica medievale: MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 71. Lo stesso Martone e la Storti Storchi (MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., p. 91, n. 55; STORTI STORCHI, *Compromesso*, cit., p. 336) individuano quale antecedente del termine *arbitrator* quello di *laudator*, che sembra comparire per la prima volta nel costituito pisano del 1161, mentre un altro antecedente pare essere costituito dalla forma *arbitrans* (FOWLER, *Forms of arbitration*, cit., p. 136, n. 19).

<sup>29</sup> ACCURSIO, *Glossa a D. 4, 8, 13 De receptis*, gl. *Recepisse* [ed. Lione, 1627, to. 1, col. 589]; sulle attuali ipotesi di datazione della glossa accursiana, che alcuni collocano, a seconda delle parti, fra la metà e la fine degli anni Trenta: *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Milletti, vol. I, Bologna, il Mulino, 2013, s.v. Accursio, a cura di G. Morelli, pp. 6-9: 8. Anche la forma dubitativa che connota l'attività dell'*arbitrator* – il quale vuole vedere 'se' trova una composizione, e non è detto che la trovi, mentre l'*arbiter* «promittit se litem sua sententia terminare» – ha una corrispondenza nella differenza rilevata dalla dottrina fra le due figure: l'*arbiter* una volta accettato l'incarico è obbligato a emettere una sentenza, l'*arbitrator* no.

esponente dell'ambiente civilista bolognese, Odofredo, di cui è nota, fra l'altro, la vasta esperienza pratica come arbitro e consulente su questioni di procedura giudiziaria, parte da un'ampia disamina delle similitudini e delle differenze esistenti fra giudizio e arbitrato. E mentre le differenze si giocano su questioni di carattere generale (ad esempio l'arbitrato è solo volontario, mentre il giudizio avviene anche contro la volontà della parte; il giudizio si può avviare su qualunque tipo di cause, mentre l'arbitrato solo su alcune, etc.), le similitudini concernono senza dubbio questioni di procedura: le parti fanno *coram arbitro* ciò che fanno *coram iudice*, e cioè presentano il libello («sicut coram iudice debet offerri libellus [...], offeratur ita coram arbitro»), producono i testimoni («sicut testes producuntur coram iudice, ita coram arbitro»), possono chiedere dilazioni («sicut dantur dilationes coram iudice, ita coram arbitro»), e infine ottengono una sentenza per iscritto («iudex debet sententiam ferre in scriptis, ita arbiter»).<sup>30</sup> Osserviamo nuovamente il richiamo alla necessità della scrittura, citata come già in Azzone in riferimento alla sentenza, per focalizzarci sul punto più attinente il nostro discorso: ovvero che, secondo il giurista, nulla di tutto quanto è previsto per l'arbitro avviene di fronte all'arbitratore. Odofredo esemplifica il caso di due individui, chierici o laici, che vogliono compromettere nel loro giudice ordinario, e mentre è fatto loro divieto di farlo nominandolo *arbiter* (presumibilmente perché questo implicherebbe attribuirgli poteri analoghi a quelli che già ha per il suo proprio ufficio) possono attribuirgli il ruolo di *arbitrator*, la cui caratteristica è, per l'appunto, la libertà dalla procedura ordinaria: chi compromette «in arbitratorem», afferma Odofredo, lo fa «ut non cognoscat iure ordinario».<sup>31</sup>

La formulazione più completa ed esaustiva della nuova posizione dottrinale si trova in un *ordo iudiciarius* sul quale permango-

<sup>30</sup> ODOFREDO, *Lectura super codice*, in C. 2, 55 *De arbitris et receptis*, n. 7 *Arbitria ad iudicia habent similitudinem et dissimilitudinem* [ed. Lione, 1552, vol. 1, f. 123vb]. Sull'attività pratica di Odofredo, spesso a servizio dell'amministrazione cittadina bolognese: v. Odofredo, a cura di E. Spagnesi, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1450-1452: 1450.

<sup>31</sup> ODOFREDO, *Lectura super codice*, cit., in C. 1, 4 *De episcopali audientia* § *Si qui ex consensu*, n. 3 *Compromittere in suum episcopum duo clerici qualiter possint* [ed. Lione, 1552, f. 30va].

no tuttora molti dubbi – in merito alla paternità, tradizionalmente attribuita a Grazia, come anche al contesto di redazione, certamente non bolognese, e probabilmente di ambiente ecclesiastico – ma che possiamo verosimilmente attribuire agli anni 1237-1241.<sup>32</sup> In un’ottica spiccatamente pratica, l’autore afferma che, una volta fatto il compromesso, gli arbitri possono procedere in due modi: «secundum iuris ordinem», e in tal caso, come prescrive il diritto, si redige il libello, si fa il giuramento di calunnia «et cetera fient secundum formam iudicii» e questo perché oggi gli arbitrati si fanno «ad modum iudiciorum»; oppure senza rispettare la procedura ordinaria, con la precisazione che in tal caso le parti non possono fare appello (il mancato rispetto della procedura non compromette dunque la validità della sentenza, come accadrebbe in un normale giudizio, ma rientra a pieno titolo fra le vie percorribili in un arbitrato).<sup>33</sup>

5. Notiamo che nel passo appena citato si parla in modo generico di ‘arbitri’, ma il termine *arbitrator* è inserito dall’autore dell’*ordo* nell’esempio di *compromissum* che lo precede,<sup>34</sup> e in un modo che evidenzia fin da subito la fragilità della costruzione teorica appena messa a punto dalla dottrina: qui le *partes* in conflitto si affidano a tre individui qualificandoli al contempo ‘arbitri’ e ‘arbitratori’ – la formula completa è «arbitros, arbitratores, diffinitores, laudatores, et communes amicos» –<sup>35</sup> e dando loro, in conseguenza della duplice denominazione, licenza di definire la causa «ordine iuris servato vel non»: è evidente che tutto lo sforzo dottrinale di distinguere le figure dell’*arbiter* e dell’*arbitrator*, attribuendo all’una e all’altra due diverse modalità d’azione, viene vanificato se poi, nella prassi quotidiana, i due termini vengono riuniti in un’unica formula. Si tratta dell’incongruenza messa in luce in pieno Trecento da Bartolo, e che per tutto il secolo precedente fatica ad emergere tanto nella riflessione giuridica quanto, come vedremo ora, nella produzione

<sup>32</sup> Voce *Grazia*, a cura di A. Padovani, in DBI, vol. 58, 2002, pp. 780-793.

<sup>33</sup> GRAZIA, *Summa de iudiciario ordine*, in Pillii, Tancredi, *Gratiae Libri de iudiciorum ordine*, a cura di F. Bergmann, Göttinga, 1842, 1965<sup>2</sup>, pp. 317-384: 382.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Ma solo i primi due sono giuridicamente significativi: oltre, testo in corr. della n. 40.

eminentemente pratica di ambito notarile. Il fatto è che, data la recente ‘invenzione’ della figura dell’*arbitrator*, le energie intellettuali sono ancora volte a precisarne la natura nei confronti del più tradizionale *arbiter*, con la conseguenza di allargare sempre di più il solco fra le due tipologie di arbitro, e di spingere gli autori a sminuire, quando non a passare del tutto sotto silenzio, la questione disturbante di cosa accada quando i due termini vengono associati in un’unica formula.

Ad esempio Rolandino dei Passeggeri, che compone la sua *Summa* intorno alla metà del Duecento, è consapevole che è di prassi l’uso congiunto dei due termini, tanto che come modello di compromesso sceglie di inserire un atto in cui le parti compromettono «in Philippum tanquam in arbitrum et arbitratorem». <sup>36</sup> E tuttavia – lui così preoccupato di un uso consapevole delle formule notarili, e per giunta forte di un solido background di studi giuridici – <sup>37</sup> non si spinge minimamente a discutere la formula appena citata. Proprio l’*instrumentum compromissi* diventa anzi l’occasione per un ampio *excursus* sulle differenze, che già conosciamo, fra le due figure, all’interno del quale egli arriva a specificare un diverso nome per la loro pronuncia: così l’arbitro «cognoscit ordinario iudicio, sicut iudex», e la sua sentenza, detta *arbitrium*, non consente appello («ab huiusmodi sententia appellari non potest, et sententia huius dicitur arbitrium»); mentre l’arbitratore «est qui non servato iuris ordine cognoscit et diffinit amicabiliter inter partes», e la sua pronuncia, detta *laudum*, può essere ricondotta in caso di manifesta ingiustizia all’ulteriore valutazione di un *bonus vir* («ab hoc potest appellari, et illud potest reduci ad arbitrium boni viri»), ovvero di un giudice ordinario. <sup>38</sup>

<sup>36</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, to. 1, cap. 6 *De compromissis, Compromissi instrumentum*, f. 155v].

<sup>37</sup> Ma, per quanto risulta, senza mai diventare *doctor iuris*: voce Rolandino Passeggeri, a cura di I. Birocchi, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1717-1720: 1717.

<sup>38</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, to. 1, cap. 6 *De compromissis*, ff. 156v-157r]. Rolandino è forse il primo a fare esplicita menzione della possibilità di appello nei confronti della sentenza dell’arbitratore: PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull’appello*, cit., p. 88, n. 177. La *reductio ad arbitrium boni viri* pare identificarsi con l’appello presso il giudice ordinario: vedi ad es. ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, lib. 1, *De arbitris*, n. 6 [ed. Basilea, 1573, col. 344]: «ut tamen arbitreris tamquam vir bonus [...] et vir bonus intelligitur iudex»; BARTOLO, *In secundam partem Digesti novi*

L'approccio disinvolto di Rolandino è tutt'altro che isolato, e avrà ampio seguito nella generazione successiva, come emerge dai due principali commenti alla sua *Summa*, quello di Pietro d'Anzola († 1312) e quello di Pietro Boattieri († 1334 ca.). È vero che i due, a differenza di Rolandino, sentono l'esigenza di esplicitare le conseguenze del compromesso in un individuo che è al contempo arbitro e arbitratore, ma questo avviene senza porsi grandi interrogativi. Così, secondo Pietro d'Anzola, se quando si elegge qualcuno «tantum in arbitrum» lo si fa perché «solum de iure cognoscat», e quando si elegge qualcuno «in arbitratorem tantum» è affinché «de bono et aequo cognoscere possit», ne consegue che quando si elegge qualcuno «in arbitrum et arbitratorem» è perché possa fare come vuole: «ut sic incepere possit cognoscere per quam viam voluerit, scilicet per viam iuris, vel per amicabilem viam de bono et aequo». <sup>39</sup> Ancora più esplicita la scansione proposta da Pietro Boattieri: se le parti «volunt quod cognoscatur solum de iure» si dovrà usare *arbiter*, termine che rimanda alla sfera del diritto («arbiter est verbum iuris»); «si volunt quod cognoscat solum de facto» il notaio scriverà *arbitrator*, che è per l'appunto «ille qui amicabiliter et de facto cognoscit»; vi è poi il caso in cui si compromette «tanquam in arbitrum et arbitratorem et amicabilem compositorem, dispensatorem, et cetera»: questa formula si usa quando le parti vogliono che l'arbitro possa conoscere in entrambi i modi («Ista verba sunt taliter ponenda quando partes volunt quod possit de iure et de facto cognoscere»), e il Boattieri aggiunge una nota interessante, e cioè che gli unici termini significativi dal punto di vista giuridico sono

---

*commentaria* [ed. Basilea, 1588, f. 55ra]: «est recurrendum ad arbitrium boni viri, scilicet iudicis». Il giudice ordinario agisce comunque come arbitratore «in cuius locum succedit»: Francesco ZABARELLA, *Consilia* [Venezia, 1581], f. 140va (vedi anche FOWLER, *Forms of arbitration*, cit., p. 140).

<sup>39</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [Venezia, 1546, to. 1, cap. 6 *De commissis*, f. 147va (commento di Pietro d'Anzola)]. Il passo citato sembra da attribuire a Pietro d'Anzola (si trova infatti anche nel commento di quest'ultimo, edito autonomamente dalla Summa: <https://bildsuche.digitale-sammlungen.de/index.html?c=viewer&bandnummer=bsb00068356&pimage=92&v=150&nav=&l=it>), e non allo stesso Rolandino come a volte è stato fatto (sulla tradizione editoriale della *Summa*, resa complicata anche a causa del sedimentarsi degli apparati: L. SINISI, *Vicende editoriali cinquecentesche delle opere di Rolandino. Brevi note sulla genesi del Corpus totius artis notarie di Bartolomeo dall'Orario*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, Firenze, FUP, 2014, pp. 115-126: 121).



*arbiter* e *arbitrator*, essendo gli altri (amichevole compositore, dispensatore etc.) semplici sinonimi di *arbitrator* e soprattutto ‘verba facti’ (non ‘verba iuris’), quindi con valore puramente ornamentale («omnia alia verba quae componuntur ab istis duobus silicet arbitro et arbitratore, non sint necessaria. Sed ad ornatum ponuntur, quia sunt omnia verba facti»).<sup>40</sup>

6. Ponendo l’accento sul diverso grado di libertà consentito dalle tre ‘vie’ arbitrali, e esplicitandone le ricadute concrete a livello documentario – necessità per il notaio di farsi interprete di ciò che le parti *volunt*, e di tradurlo in un preciso, distintivo e per quanto possibile cogente formulario –, gli autori di cultura notarile spiegano forse meglio dei giuristi l’enorme successo della formula ‘*arbiter et arbitrator*’: in buona sostanza chi ricorre all’arbitrato, via extragiudiziale per eccellenza, tende a non voler briglie di alcun tipo. Il loro limite è semmai di fermarsi troppo in superficie, come emerge dal confronto con un giurista di poco posteriore a Rolandino, Guglielmo Durante († 1296), capostipite di una linea interpretativa alternativa, destinata ad annoverare fra i suoi sostenitori giuristi del calibro di Bartolo da Sassoferrato, e al quale non a caso Martone attribuisce la prima grande sistemazione in materia d’arbitrato.<sup>41</sup>

Nel suo *Speculum*, composto intorno al 1270, Durante apre la rubrica ‘De arbitro et arbitratore’ con la disamina delle differenze fra i due termini, sottolineando il diverso valore della pronuncia arbitrale (inappellabile nel caso dell’*arbiter*, appellabile in caso di iniquità nel caso dell’*arbitrator*), e aggiungendo un tassello – mai esplicitato dai predecessori – riguardante la materia di cui si occupano. L’*arbiter* è dunque quello che le parti «eligunt ad cognoscendum de quaestione, vel lite», e si esprime «super re litigiosa et incerta»; mentre l’*arbitrator* è un «amicabilis compositor», e il fine per il quale è chiamato ad operare non è quello di applicare alla questione oggetto di lite gli strumenti conoscitivi messi a disposizione dal diritto («nec sumitur super re litigiosa, vel ut cognoscat»), bensì

<sup>40</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, to. 2, *Expositio domini Petri de Boatteris*, ff. 1-97, ai ff. 42vab, 43ra].

<sup>41</sup> MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, cit., pp. 93 sgg.

la pacificazione («sumitur [...] ut pacificet, et quod certum est, dividat»). Durante fa l'esempio illuminante delle quote in una società: lì si parte da una situazione certa, qual è l'esistenza di un contratto societario, e si elegge l'arbitro affinché su questa base stabilisca, in caso di disaccordo, cosa spetta all'uno e cosa all'altro: «ut in societate, quam certum est fuisse contractam, ut det cuilibet certam suam partem, quae ipsum ex societate contingit».<sup>42</sup>

Ma l'ampio spazio dedicato alle differenze fra arbitro e arbitratore non impedisce al giurista di esplicitare i problemi connessi a questa rigida impostazione, tanto più che nella sua visione *arbiter* e *arbitrator* danno vita a due veri e propri diritti – lo *ius arbitrii* e lo *ius arbitrarii* – alternativi e difficilmente conciliabili. Il Durante afferma infatti: 1. che le alternative offerte dal diritto a chi vuole risolvere una causa per via arbitrale non sono due, come ci si potrebbe aspettare, bensì tre, dato che si può nominare un arbitro, si può nominare un arbitratore, e si può anche nominare qualcuno che è al contempo 'arbitro e arbitratore' («Et nota quod quandoque fit compromissum in arbitrum tantum, quandoque in arbitratorem tantum, quandoque in utrumque simul»);<sup>43</sup> 2. che la terza opzione, visto quanto detto prima, pone una serie di interrogativi di difficile soluzione. Cosa accade, ad esempio, nel caso frequente («sicut quotidie fit») di un compromesso fatto in un individuo «tanquam in arbitrum vel arbitratorem, seu amicabilem compositorem», con la pronuncia arbitrale di quest'ultimo? La pronuncia sarà considerata quella di un *arbiter*, e verrà dunque trattata con le norme giuridiche tipiche di quest'ultima figura («iure arbitrii tantum»), o la si tratterà con il diritto che si applica all'arbitrato («vel etiam arbitratus tantum»)? O piuttosto con entrambi, o ancora con nessuno dei due («vel utriusque, vel neutrius?»). La questione non

---

<sup>42</sup> Proprio dal tipo di materia – ed è, *in nuce*, una linea che vedremo ripresa con forza più avanti – il giurista fa discendere quasi logicamente la serie di peculiarità dell'arbitratore: che si esprime su una questione «certa» e dunque non deve «cognoscere» («nec sumitur super re litigiosa, vel ut cognoscat»), non è tenuto ad osservare il diritto («nec tenetur iuris ordinem observare»), il che pone limiti all'«iniquità» che la sua pronuncia può reggere («nec statur eius sententiae, si sit iniqua, sed reductur ad arbitrium boni viri»): GUGLIELMO DURANTE, *Speculum* [ed. Lione, 1547, f. 41r].

<sup>43</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum*, *De arbitro et arbitratore*, § *De forma compromissi et arbitrii* [ed. Lione, 1547, f. 45r].

è capziosa, precisa Durante, perché se la pronuncia è quella di un *arbiter* le parti devono accettarla anche se iniqua, mentre se è quella di un arbitratore possono rimandarla al giudizio di un *bonus vir* (proprio questa differenza spinge il giurista ad esprimersi a favore dello *ius arbitrii*, che vieta di fare appello, perché la ragion d'essere dell'arbitrato sta nel risolvere le liti in fretta e in modo definitivo, senza obbligare le parti a perdersi in lungaggini).<sup>44</sup> E ancora: cosa accade se l'arbitro/arbitratore accetta di ricevere il libello, la *litis contestatio* e il giuramento di calunnia – agendo dunque come *arbiter*, dato che quelle sopraelencate sono le prime tappe previste dal rito processuale ordinario –, e poi pretende, in virtù della duplice via che gli è consentita, di completare l'*iter* della causa come 'arbitrator' («postmodum ipse vult tanquam arbitrator cognoscere seu diffinire, et non tanquam arbiter»)? «Non potest», afferma senza indugio Guglielmo Durante, come non può fare l'inverso («si primo coepit cognoscere ut arbitrator, non poterit pronunciare tanquam arbiter»): questo perché se è vero che l'arbitro/arbitratore ha due strade possibili davanti a sé, una volta che ne ha scelta una deve proseguire con quella e rinunciare all'altra («eligendo unam viam alteri renunciat»).<sup>45</sup> Durante, dopo aver delineato con tanta precisione i vincoli imposti dalle vie arbitrali, non sembra poi porsi il problema di come capire, a posteriori, se tali regole e divieti siano stati rispettati. La necessità pratica di questo ampliamento è sottolineata da un'opera coeva e dal carattere eminentemente tecnico e operativo qual è la *Margarita* di Alberto Galeotti da Parma: in relazione alla questione centrale dell'appello occorre guardare se l'arbitro ha 'conosciuto' da *arbiter* o da *arbitrator*, ma questo spesso è difficile da ricostruire e comporta, non di rado, una revisione degli atti del

<sup>44</sup> *Ivi*, f. 46ra.

<sup>45</sup> *Ibid.* A riprova della complessità di questioni condensate nella formula *arbiter/arbitrator*, bastano pochi paragrafi (*ivi*, f. 47va) a ribaltare la rassicurante chiarezza di questo passo: in altro contesto il Durante cita anche l'opinione di chi ammette senza problemi la compresenza delle due modalità nello stesso procedimento – si può dunque conoscere come *arbiter* e sentenziare come *arbitrator*, e viceversa –, legando all'esame della fase finale del processo (si guarda cioè se l'*arbiter/arbitrator* ha sentenziato in qualità di *arbiter* o di *arbitrator*) la decisione di negare l'appello (nel caso abbia pronunciato come arbitro: «Si autem a principio cognovit ut arbitrator, sed pronunciavit ut arbiter: tunc, ut dicunt, non reducitur»), o al contrario permetterlo («Sed si e converso: tunc reducitur»).

procedimento («Et si dubitetur, an tanquam arbiter cognovit, an tanquam arbitrator, id presumam ex actis»<sup>46</sup>).

7. Sulla via aperta da Guglielmo Durante si cimentano in molti, canonisti e civilisti prigionieri dello stesso schema un po' schizofrenico: una sempre più profonda contrapposizione fra *arbiter* e *arbitrator*, cui fa inevitabilmente seguito lo sforzo – ed è qui, ormai, che si misura l'abilità e la *vis* interpretativa di ogni giurista – di rimediare alle incongruenze che derivano dalla riunione dei due termini in un'unica formula. A rendere ancora più complesso il gioco combinatorio dei divieti e delle possibilità, le diverse procedure messe a disposizione dall'arbitrato vengono connesse in modo ancora più esplicito a specifici ambiti d'applicazione, quasi che le vie seguite da arbitro e arbitratore scaturiscano dalla diversa materia in cui sono chiamati ad esprimersi.

Ad esempio Giovanni d'Andrea († 1348) richiama esplicitamente lo *Speculum* del Durante per la spiegazione delle differenze fra *arbiter* e *arbitrator*, per poi elencare le situazioni in cui l'arbitratore può essere chiamato, senza osservare il diritto, a fornire la sua valutazione – stima di un prezzo, del valore di un lavoro, delle quote di una società commerciale, valutazione di un danno («eligitur ut aliquid aestimet, veluti precium, vel operas, vel partes societatis, vel quid sibi videatur de aliqua re, vel de satisfactione alicuius») –, sottolineando la possibilità data all'*arbiter*, se vuole, di pronunciare *inique*.<sup>47</sup> Cosa accade con l'associazione delle due figure? Secondo il canonista può succedere che l'arbitro «partim processit servato ordine, partim non», perché così gli è stato concesso dalle parti («ex forma potestatis sibi data»), e dunque si determini l'interrogativo che abbiamo visto porre già dal Durante, ovvero se, in caso di pronuncia iniqua, venga consentito l'appello (come se fosse la pronuncia di un arbitratore) o no (come sarebbe nel caso dell'*arbiter*). Giovanni sembra schierarsi con chi pensa sia meglio considerare chi adotta la procedura mista un arbitratore, così da consentire la re-

<sup>46</sup> ALBERTO GALEOTTI, *Aurea margarita seu questionum summula*, Colonia, 1595, p. 74, nn. 20-21.

<sup>47</sup> GIOVANNI D'ANDREA, *In decretalium librum commentaria*, lib. 2, tit. 24 *iureiurando*, lex 23 Quintavalle [ed. Venezia, 1612, ff. 192vb-193ra, n. 6].

*ductio ad arbitrium boni viri* e tutelare prima di ogni altra cosa l'equità («ut sic in hoc dubio omnis cedit iniquitas»).<sup>48</sup> Secondo Iacopo Butrigario († 1348) l'arbitratore opera «super contractu» e l'arbitro «super lite dirimenda»: e proprio i due diversi ambiti d'azione dei contratti e delle liti sono all'origine di una diversa natura del giudizio («in hoc mutatur natura iudicii»), e di un diverso *modus operandi* tanto nella fase conoscitiva della lite quanto a livello di pronuncia arbitrale, emanata sulla base esclusiva del diritto nel caso dell'*arbiter*, e temperata dal principio dell'equità nel caso dell'*arbitrator* (è il rilievo qui rivestito dal principio dell'equità – «Arbitrator non debet sequi merum ius sed equitatem» – a far sì che, nel caso dell'arbitratore, sia concessa una sorta di appello «si inique arbitretur»). Poi però il giurista ammette che questa netta ripartizione di compiti e prerogative è sconfessata dalla prassi, visto che «quotidie» non ci si fa alcuno scrupolo a compromettere «in titium tanquam in arbitratorem» anche «quando aliqui habent litem invicem», e dovrebbero dunque nominare un *arbiter*. Il Butrigario, non a caso il maestro di Bartolo, ne esce con una ingegnosa spiegazione, l'unica, sottolineata, che permette di sostenere la «communem opinionem», ovvero «quod arbiter adeatur super lite, arbitrator super contractu»: l'accento si sposta nuovamente dalla materia all'intenzione delle parti, che possono nominare un arbitratore perché in questo caso la loro intenzione non è di risolvere la lite entrando nel merito della questione (il che comporterebbe il ricorso agli strumenti conoscitivi messi a disposizione dal diritto, e dunque ad un *arbiter*), bensì di rinunciarvi chiudendola con una transazione pecuniaria («quasi dicat “recedamus a lite et transigamus ad invicem pro tanta pecunia quantam declarabit titius”»): si tratta dunque solo di stabilire un importo che sia considerato equo da entrambe le parti, compito che rientra precisamente fra quelli concessi all'arbitratore.<sup>49</sup>

8. Il fatto è che l'intrico di prescrizioni e divieti connessi all'*arbiter* e all'*arbitrator* risulta sostanzialmente impossibile da conciliare in un sistema coerente: il risultato è sempre insoddisfacente, a

<sup>48</sup> Ivi, f. 193rb, n. 8.

<sup>49</sup> BUTRIGARIO, *Lectura super codice, De receptis arbitris*, § *Arbiter ab arbitratore in quo differt* [ed. Parigi, 1516, f. 83v].

meno che non ci si rassegni a invertire la tendenza al progressivo allontanamento delle due figure, l'unica via per non far conflagrare le esigenze di rigore della dottrina e quelle, altrettanto pressanti, di elasticità della prassi. Il principio è illustrato in modo emblematico dai due ultimi casi di Bartolo († 1357) e di Baldo degli Ubaldi († 1400): il primo perché, nonostante ceda alla tentazione di cimentarsi in prima persona col rompicapò dell'*arbiter et arbitrator*, è tuttavia chiaro nell'individuare il vizio d'origine che invalida automaticamente ogni inquadramento teorico di questa formula, e cioè che le vie dell'*arbiter* e dell'*arbitrator*, per come le avevano plasmate decenni di riflessione giuridica, erano divenute incompatibili; il secondo, perché di questo assunto tira le conseguenze. Così Bartolo, che per le differenze fra *arbiter* e *arbitrator* riprende pari pari lo schema del suo maestro, se ne discosta precisamente nella parte inerente l'uso dei due termini nella pratica: le insidie maggiori non vengono tanto dal nominare arbitratori nel campo loro vietato delle liti, bensì dal fatto che «quotidie fiunt compromissa tanquam in arbitrum et arbitratorem», con la conseguenza di coniugare due procedure opposte e inconciliabili, «quum istae viae tanquam repugnantes non possint insimul concurrere». <sup>50</sup> Rielaborando i predecessori (Durante e Butrigario), il giurista propone due possibili soluzioni. La prima consiste nell'interpretare la congiunzione 'e' contenuta nella formula come se fosse una disgiuntiva: l'individuo, eletto come 'arbitro e arbitratore', procederà in realtà secondo l'una 'o' l'altra via (viene qui riproposto il principio affermato dal Durante: qualunque sia la denominazione iniziale, bisogna poi scegliere quale strada adottare), e apparirà dal procedimento stesso e dai termini utilizzati nella pronuncia arbitrale se l'individuo abbia agito come arbitro o come arbitratore: «Solutio, dicunt quidam, quod copula, 'et', ponitur pro disiunctiva, et aliam viam habet eligere, necnon et hoc apparebit verbis aut factis, si processerit tanquam arbiter, vel arbitrator». <sup>51</sup> La seconda spiegazione parte dal presupposto che sia possibile agire al contempo come arbitri e arbitratori.

<sup>50</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Quaestiones in materiam Arbitrorum*, in LANFRANCO DE ORIANO, *Tractatus de arbitris et compromissis*, Colonia, 1590, p. 344, n. 23.

<sup>51</sup> *Ibid.* La stessa posizione in BARTOLO, *In secundam partem Digesti novi*, D. 17, 2, 76 [ed. Basilea, 1588, vol. 2, f. 110ra, n. 12]: «Respondeo: ex modo cognoscendi, et pronunciandi intelligimus utrum fecerit, ut arbiter, an ut arbitrator».

Bartolo attribuisce questa ‘solutio’ al suo maestro, ma a ben vedere fornisce una versione un po’ diversa: il caso di partenza – le parti debbono risolvere una lite, ma vogliono farlo per mezzo di una transazione – viene usato da Bartolo non per spiegare la nomina di un semplice arbitratore, come aveva fatto Butrigario, bensì di un individuo che agisce nella doppia veste di arbitro e arbitratore. Secondo Bartolo in questo genere di causa l’individuo opera *tanquam arbiter* in quanto cooptato per una lite, *tanquam arbitrator* in quanto viene incaricato di risolverla esprimendosi non sull’oggetto della stessa, bensì sull’accordo – *transactionis contractu* – che permette di porle fine: l’individuo, conclude Bartolo, è al tempo stesso sia arbitro che arbitratore («et sic diversis respectibus sit arbiter et arbitrator»), il che legittima pienamente la formula usata per nominarlo.<sup>52</sup> E tuttavia siamo ben lontani dall’aver risolto il problema: lo stesso Bartolo offre nei commenti al Digesto un ampio florilegio di *questiones* irrisolte, e l’analisi di Federico Treggiari mostra bene a quali vette di sofisma deve spingersi il giurista per non rimanere vittima delle incongruenze cui ogni norma relativa all’arbitrato dà inevitabilmente adito.<sup>53</sup>

Baldo degli Ubaldi prova a prendere una via diversa. Secondo il giurista tanto l’arbitro quanto l’arbitratore sono dei *boni viri*, ed entrambi sono chiamati a risolvere le liti: ma il primo è eletto per ‘conoscerle’ – cioè valutarle nel merito con gli strumenti messi a disposizione dal diritto, come farebbe un giudice – e chiuderle con una sentenza («super lite cognoscenda, et tandem sententialiter dirimenda»), mentre il secondo deve transigere fra le parti e indurle a trovare un accordo che ponga fine alla lite («super lite transigenda, et ad concordiam via equitatis inter partes inducenda»). Anche per quanto riguarda l’aderenza all’*ordo iuris* la contrapposizione è molto meno marcata, dato che secondo Baldo l’equità è un principio che deve guidare entrambe le figure: l’arbitro si attiene ad una forma di equità più oggettiva, e che fondandosi sul drit-

<sup>52</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Quaestiones in materiam Arbitrorum* [ed. Colonia, 1590], p. 344.

<sup>53</sup> Per le *quaestiones*, affrontate da Bartolo nel commento a D. 4, 8, 27 e a D. 17, 2, 76, i due principali luoghi del Digesto dove si parla di arbitrato, vedi F. TREGGIARI, *Bartolo e gli Ebrei*, in *Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita: diritto, politica, società*, Spoleto, CISAM, 2014, pp. 403-462: 444 sg.

to può essere messa per iscritto (deve «sequi iuris rigorem, et aequitatem scriptam»), mentre l'arbitratore applica un criterio di giustizia basato sul suo personale sentire («sequitur aequitatem sui capitis»).<sup>54</sup> Com'è prevedibile, dopo queste premesse l'analisi della formula *arbiter et arbitrator* si snoda in Baldo con più facilità: un individuo eletto arbitro con la doppia denominazione utilizzerà semplicemente la via che gli parrà più efficace per chiudere la lite («Si quis est arbiter et arbitrator videtur procedere et pronunciare ea via quae validior est») tenendo conto che per quel che concerne l'appello si guarda al ruolo ricoperto dall'individuo in fase di pronuncia: «si processit arbitrator, et diffinivit arbiter, auctoritatem, qua pronunciavit, non auctoritatem, qua cognovit, consydero quo ad admittendam vel respuendam reductionis petitionem».<sup>55</sup>

## 2. IL PROBLEMA DEI LIMITI ALLA 'LIBERTÀ' DELLE PARTI IN RELAZIONE ALLA SCRITTURA

1. La proliferazione di norme, divieti ed eccezioni trovò nell'arbitrato un limite invalicabile: tutto doveva rimanere subordinato alla volontà delle parti e dunque, in ultima analisi, al compromesso. È qui che vengono definiti i poteri conferiti all'arbitro («quantum partes dant de potestate ipsi arbitro in cognoscendo»), cosa quest'ultimo può fare e fino a dove si può spingere («ex his quae in eo ponuntur, colligitur quod et quantum possit arbiter in officio suo facere»), a ribadire il fatto che l'arbitro non può fare ciò che vuole, né ciò che il suo ruolo automaticamente implicherebbe, ma esclusivamente ciò che è scritto in quel documento («Non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet nisi de qua

<sup>54</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *De arbitris* (in GUGLIELMO DURANTE, *Speculum* [ed. Lione, 1547, ff. 51r-52v, al f. 51r]). Sull'uso della stessa espressione – «equitatem scriptam», «equitatem non scriptam» – in Rogerio, ad indicare il diritto derivante dalla legge scritta in contrapposizione allo «ius litigatoris»: PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., pp. 85-86, n. 172.

<sup>55</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *De arbitris* [ed. Lione, 1547, f. 51r]. Vedi analogamente BARTOLO, *Tractatus de arbitris in Consilia, quaestiones et tractatus* [ed. Venezia, 1596, f. 146rv, a 146va]).



re compromissum est»).<sup>56</sup> Di questo dato sono consapevoli, come mostra l'analisi di Claudia Storti, anche gli autori più affascinati dalle sottigliezze giuridiche, che non di rado concludono l'illustrazione di una singola regola o divieto con cautele del tipo «nisi dictum fuisset in compromisso», «nisi hoc actum fuerit inter partes», segno che l'arbitrato aveva sì una molteplicità di regole e norme che bisognava conoscere ed osservare, ma l'accordo fra le parti permetteva di eluderne una buona parte, fino al punto di tollerare vere e proprie contraddizioni.<sup>57</sup> Così, ad esempio, il diritto prescrive che a differenza dell'*arbitrator* l'*arbiter*, dovendo agire *de iure*, produca una sentenza per iscritto esattamente come il giudice? Certo che sì, precisa Boattieri, ma solo se le parti non hanno pattuito che possa farlo oralmente: «nisi sit expresse pactum inter partes ut hic quia arbiter possit ferre sententiam sine scriptis». <sup>58</sup> L'Anzola discute lo stesso tipo di situazione («sciendum est quod arbiter in scriptis sententiam suam ferre debet»), formulando in modo più generale il principio che, fermo il consenso delle parti («ex quo partibus placuit»), a questa e ad altre norme del diritto si può derogare: «videtur quod sine scriptis ferre possit, ut dicunt, quia partium consensu aliquid de iure relaxari potest». <sup>59</sup> Guglielmo Durante arriva persino a esplicitare il principio teorico che sta alla base dell'elasticità dell'arbitrato in fatto di rispetto delle norme, laddove afferma – richiamando il tema della inderogabilità del diritto pubblico ad opera di una *conventio privatorum* – che il diritto che si applica a taluni aspetti dell'arbitrato non costituisce, per *auctoritas* e *utilitas*, diritto pubblico («cum ius illud... non sit ius publicum auctoritate et utilitate»), e dunque il consenso delle parti può rendere lecito ciò che altrimenti non lo sarebbe («Consensus enim litigatorum facit licitum quod alias non liceret»).<sup>60</sup>

<sup>56</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [Venezia, 1546, vol. I, commento di Pietro d'Anzola, f. 147vab].

<sup>57</sup> STORTI STORCHI, *Compromesso*, cit., pp. 369-374.

<sup>58</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, to. 2, *Expositio domini Petri de Boatteris*, f. 43ra].

<sup>59</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, vol. I, commento di Pietro d'Anzola, f. 155va].

<sup>60</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum* [ed. Lione, 1547, f. 46rb-46va].

Ed è significativo che il principio non risparmi affatto la questione di cui abbiamo seguito nelle precedenti pagine la lenta e faticosa elaborazione dottrinale, ovvero la relazione fra i termini *arbiter/arbitrator* e le modalità *de iure/de facto* di svolgimento dell'arbitrato. Le parti possono eleggere un *arbiter* o un *arbitrator*, ma non necessariamente questi termini vincolano il procedimento alle corrispondenti modalità, perché più che il nome con cui si qualifica l'arbitro ciò che conta è l'*intentio* espressa dalle parti nel compromesso: *intentio* che va interpretata, con tutte le difficoltà e le incognite che questa operazione comporta (e che la riflessione giuridica aveva precocemente messo in luce nell'ambito dei testamenti e dei contratti), attraverso un'attenta esegesi delle parole usate nell'atto.<sup>61</sup> «Haec verba sic sunt interpretanda», premette il Durante prima di spiegare che se le parti eleggono un *arbiter*, si può certo in prima battuta intendere che l'individuo non è stato eletto come arbitratore («dic quod non intelligitur electus ut arbitrator»), ma questo con l'avvertenza di verificare se le altre parole usate nell'accordo non lascino presumere un'altra intenzione («nisi ex aliis verbis compromissi appareat de contraria intentione»), perché se ad esempio è stato specificato che l'arbitro in questione può procedere senza osservare la procedura («puta, si dictum sit quod possit procedere ordine iudiciario non servato»), significa che è stato eletto anche come arbitratore, e viceversa.<sup>62</sup> Lo stesso caso (e analoga soluzione) propone Giovanni d'Andrea, ma il canonista aggiunge un'interessante sfumatura sul difficile rapporto compromesso/volontà delle parti che è, innanzitutto, rapporto fra scrittura e oralità. Compito del compromesso è registrare fedelmente per iscritto ciò che le parti «dicunt» oralmente, comprese le eventuali inesattezze sul piano giuridico, e dietro un *arbiter* che, al contrario di quanto prevederebbe la norma, ha il diritto di procedere non secondo diritto, ci sono precise frasi pronunciate dalle parti, che hanno la priorità su tutto il resto: «notandum est quod si partes simpliciter dicant "Eligimus talem in arbitrum", talis non habet potestatem arbitratoris nisi ex aliis verbis, puta quia dixerunt, quod

<sup>61</sup> CHIODI, *L'interpretazione del testamento*, cit.; MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete*, cit.

<sup>62</sup> GUGLIELMO DURANTE, *Speculum* [ed. Lione, 1547, f. 46rb].

non servato iuris ordine posset procedere, vel aliis consimilibus de intentione contraria apparet. Item si dicant partes, “Eligimus talem arbitratorem, vel qui ut bonus vir nostras terminet quaestiones”, talis non habet potestatem arbitri, nisi et per aliqua alia verba posset aliud comprehendi.<sup>63</sup>

2. Dato il carattere vincolante delle parole contenute nel compromesso («Ponderanda ergo et examinanda a dictatoribus sunt verba in compromissis apponenda» avverte l’Anzola)<sup>64</sup> e per converso l’evidente utilità di mantenersi le mani libere il più a lungo possibile (Baldo suggerisce all’attore della causa di stare attento a non limitarsi inutilmente concependo il libello, perché se quest’ultimo sarà indirizzato «coram arbitro» vincolerà a seguire una e una sola strada)<sup>65</sup> non stupisce che si fosse gradualmente affermata l’abitudine di confezionare i compromessi elencando tutte le opportunità possibili, al fine di tutelarsi da possibili contestazioni e di non porre alcun vincolo al futuro agire dell’arbitro. «Cum scriptura vel sine», «semel vel pluries», «diebus feriatis et non feriatis», «sedendo et stando», «partibus presentibus et absentibus», «quandocumque et quomodocumque et qualitercumque et ubicumque». La serie di formule standardizzate che vediamo ricorrere nei compromessi, e che ad una rapida lettura appaiono ripetitive e sovrabbondanti, non sono che la traduzione sul piano procedurale della formula onnicomprensiva *arbitrator/arbitrator*, e hanno ognuna il proprio significato e specifiche conseguenze sul piano giuridico. Così, nella sistematica e puntuale trattazione del Boattieri («Ista verba ad haec operantur», premette prima di spiegarle una ad una), che all’arbi-

<sup>63</sup> GIOVANNI D’ANDREA, *In decretalium librum commentaria*, lib. 2, tit. 24 *iureiurando*, lex 23 Quintavalle, f. 193<sup>rb</sup>. La stessa posizione era stata manifestata da ENRICO DA SUSA, *In secundum decretatum*, lib. 2, tit. 24 *iureiurando*, lex 23 Quintavalle [ed. Venezia, 1581, f. 133<sup>vb</sup>].

<sup>64</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [Venezia, 1546, vol. I, commento di Pietro d’Anzola, f. 147<sup>vab</sup>].

<sup>65</sup> «Caveat tamen sibi actor ne formet libellum coram eo, tamquam coram mero arbitro: quia tunc videretur elegisse certam viam» BALDO DEGLI UBALDI, *De arbitris* [ed. Lione, 1547, f. 51<sup>vb</sup>]. Rarissimi sono i casi citati in dottrina da cui emerge, al contrario, l’interesse delle parti a restringere le strade a disposizione dell’arbitro, e riguardano per lo più il caso, che abbiamo già incontrato sopra, della pronuncia arbitrale in relazione all’appello.

tro/arbitratore sia concesso di pronunciarsi in qualunque luogo, «sedendo et stando», significa che gli è permesso discostarsi dalla modalità prevista per il giudice ordinario, il quale doveva sentenziare in un luogo pubblico appositamente adibito a fare giustizia, e in posizione seduta quale segno della serenità d'animo («eius animus requiescit») con la quale aveva emesso il giudizio.<sup>66</sup> Il fatto che possa pronunciarsi «diebus feriatis et non feriatis» significa che a differenza del giudice può sentenziare anche nei giorni festivi: ma si intende qui i giorni che sono tali «ob mundi necessitatem», ad esempio per le messi e la vendemmia, non quelli «in honorem Dei» come la domenica o la Pasqua, perché la dovuta reverenza nei confronti di Dio non può essere intaccata dai «pacta» tra privati («quia reverentiam divini nominis pacto privatorum tolli non potest»), categoria nella quale rientrano gli accordi del compromesso.<sup>67</sup> «Semel et pluries» fa riferimento alla possibilità concessa all'arbitro di pronunciarsi non una ma più volte e in diversi momenti,<sup>68</sup> il che permetteva di affrontare separatamente i vari punti oggetto di controversia (rendendo più facile il raggiungimento di un accordo), e anche eventualmente di correggere la decisione, anche se sul fatto che queste parole garantissero possibilità così estese e significative (pensiamo all'uso che ne fecero i frati che agirono come arbitri durante il movimento dell'Alleluia) non tutti erano d'accordo. Pietro d'Anzola riferisce che secondo alcuni la pronuncia plurima, oltre a essere contro diritto, favoriva la corruzione dell'arbitro («alii contra [...] asserentes quod partes non potuerunt concedere quia contra ius et quia ex hoc posset arbiter corrumpi, et sic tali potestate aperiretur via malitiis, quod esse non debet»);<sup>69</sup> mentre Bartolo afferma che per correggere la pronuncia non era sufficiente l'espressione «semel et pluries», che garantiva solo di poter sentenziare in mo-

---

<sup>66</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [Venezia, 1546, vol. 2, commento di Pietro Boattieri, f. 43ra].

<sup>67</sup> Il riferimento a vendemmia e raccolto come esempi di *dies feriati* si trova, oltre che in diversi statuti cittadini, nel commento di Giovanni d'Andrea alla clementina *Saepe*.

<sup>68</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, vol. II, commento di Pietro Boattieri, f. 43ra].

<sup>69</sup> ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, vol. I, commento di Pietro d'Anzola, f. 155vb].

menti distinti sui vari punti di disaccordo («Nam intelligitur, quod possit iudicare, pluries; hoc est in uno capitulo semel et in alio postea») e non più volte sullo stesso punto («Nec potest intelligi quod super eodem capitulo iudicet pluries, sive sit arbiter, sive arbitrator. Nam cum super una re non possint ferri plures sententiae»): quest'ultima possibilità, se desiderata, doveva essere indicata nel compromesso con parole esplicite («Ad hoc ergo ut arbiter possit corrigere sententiam super eodem capitulo deberet dici in compromisso hoc expresse, quod possit iudicare semel et pluries et ipsum iudicatum corrigere et mutare»).<sup>70</sup>

Persino nell'indicare il nome del procedimento sottomesso all'arbitro – *lis? causa? controversia? quaestio?* – era buona pratica largheggiare, di modo da non limitare preventivamente la validità del compromesso. La scelta di compromettere in un arbitro poteva infatti essere compiuta anche in seconda battuta, dopo che le parti avevano iniziato l'iter processuale ordinario, e in quest'ambito il nome del procedimento variava a seconda della fase raggiunta: si ha una 'lite' solo quando c'è stata la *litis contestatio*, cioè la controparte ha fatto il passo che determina l'avviarsi del confronto giudiziario («post litem contestatam incipit esse lis»), prima si tratta di una 'causa', e prima ancora di una semplice 'controversia'.<sup>71</sup> La data del compromesso costituisce in ogni caso un limite inderogabile per le materie che potevano essere affrontate dall'arbitro, e l'espressione «de omnibus litibus» del documento andava intesa come riferita alle controversie in atto sino alla sigla del compromesso, e non a quelle che potevano eventualmente insorgere successivamente: «Si ego et tu compromisimus de omnibus controversiis, quae sunt inter me et te», esemplifica l'Ostiense, e poi succede che uno dei due espropria l'altro di un castello, quest'ultima questione non può essere oggetto della valutazione dell'arbitro («de hoc non

<sup>70</sup> BARTOLO, *In primam Digesti veteris*, D. 4, 8, 25, 1 § *Quid tamen* [ed. Basilea, 1589, vol. 1, p. 476].

<sup>71</sup> La distinzione, come sempre non universalmente condivisa (ad esempio Enrico da Susa sostiene che *lite* si usa per le cause civili, contrapposte alle criminali: ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, lib. 1, *De arbitris*, n. 1 [ed. Basilea, 1573, col. 341]) è nel commento dell'Anzola alla *Summa* di ROLANDINO: *Summa totius artis notariae* [ed. Venezia, 1546, vol. I, commento di Pietro d'Anzola, f. 155va]; sull'uso congiunto dei termini: STORTI STORCHI, *Compromesso*, cit., p. 367.

potest arbiter cognoscere»<sup>72</sup>. Se poi le parti vogliono evitare il rischio di un allungamento della causa dovuto all'eventuale richiesta d'appello, è sufficiente ricorrere a un banale – e assai sfruttato: «ut fit tota die», dice Bartolo – stratagemma: si dà all'arbitro «potestatem cognoscendi de facto et sententiandi de iure», vale a dire che l'arbitro, dopo aver sfruttato appieno la libertà operativa dell'*arbitrator* nella fase precedente la sentenza, giunto alla fine dichiarava di pronunciare in qualità di *arbiter* («viam arbitratorum eligentes sic pronunciamus») togliendo il *remedium* dell'appello, e prendendo così il meglio di entrambe le figure arbitrali.<sup>73</sup>

3. La libertà quale condizione primaria e irrinunciabile, dunque, anche se il potere delle parti di incidere sulla procedura trovò un limite nel modello elaborato per il processo sommario su impulso delle decretali *Saepe* (a. 1312-14) e *Pastoralis* (a. 1314).<sup>74</sup> I commenti ad esse dedicati ne diedero una giustificazione anche sul piano teorico, distinguendo gli adempimenti del processo fra quelli che attengono alla specifica lite e permettono di deciderla nel merito (gli «acta causae vel litis», cioè «illa quae instruunt et decidunt causam»: ad esempio le prove testimoniali e documentarie), e quelli che, a prescindere dal caso specifico, danno ordine e forma al giudizio (gli «acta iudicii» come ad esempio la citazione, le *satisfactiones* etc.); e stabilendo che era sui secondi che, previo consenso di entrambe le parti, si poteva agire per abbreviare la lite, perché l'abolizione di alcune *solemnitates* («licet tollant aliqua ex his quae ordinant iudicium») non comprometteva la «cognitio ve-

---

<sup>72</sup> ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, lib. 1, *De arbitris*, n. 10 *Sententia arbitri non infamat* [ed. Basilea, 1573, coll. 350-51].

<sup>73</sup> TREGGIARI, *Bartolo*, cit., p. 443 (BARTOLO, *In primam Digesti veteris*, D. 4, 8, 27, 2 [tit. *De receptis*, lex *Diem proferre* § *Stari autem*] [ed. Basilea, 1588, vol. 1, p. 478]).

<sup>74</sup> La riflessione teorica sull'arbitrato si intreccia con quella che, in ambito ecclesiastico, era stata promossa in merito al cosiddetto processo sommario: TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., pp. 103-105; J. BELDA INIESTA – M. CORETTI, *Le Clementine Dispendiosam e Saepe Contigit come paradigma di sommarietà. Alcune note in chiave utroquistica*, «Monitor Ecclesiasticus», CXXXI, 2016, pp. 361-423: 377-386; C. STORTI STORCHI, *Giudici e giuristi nelle riforme viscontee del processo civile per Milano (1330-1386)*, in *Scritti sugli statuti lombardi*, cit., pp. 271-402: 370-371; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale (Storia del diritto italiano, dir. P. del Giudice, vol. 3.2)*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 180-190, 331-334.

ritatis», cioè quel processo di indagine e accertamento della verità necessario per concludere il processo secondo giustizia (Giovanni D'Andrea).<sup>75</sup> A fare definitivamente chiarezza su quali *solemnitates* si potevano evitare interviene, anche in questo caso, Bartolo da Sassoferrato.<sup>76</sup> Il giurista distingue fra i *substantialia* del processo che sono stati introdotti col diritto comune, e quelli – che è necessario osservare – basati sul diritto naturale o sullo *ius gentium* («Tu dic, quod iudex per haec verba relevatur ab omni forma et figura iudicii inducta a iure civili, et tenetur observare omnem figuram et formam iudicii inductam de iure gentium vel naturali ratione»);<sup>77</sup> e in un continuo rimando agli episodi biblici, a partire da quello di Adamo, Eva e della mela (primo processo, con Dio nel ruolo di giudice, della storia), precisa quali adempimenti del processo ordinario vadano considerati essenziali anche nel processo sommario. Così è per la citazione, che neanche Dio si permise di omettere: Adamo fu convocato, prima di subire l'accusa («vocavit Adam, dum peccavit in Paradiso»), e l'atto della 'citazione' consiste, come precisato da Bartolo, nella frase 'Adamo, dove sei?' («Adam ubi es?»), Ge. 3, 9) rivolta da Dio al «primum hominem delinquentem».<sup>78</sup> Essenziale

<sup>75</sup> GIOVANNI D'ANDREA, *Constitutiones Clementis*, gl. a Clem. 5.11.2 v. 'Defensiones legitime' [ed. Venezia, 1489, f. 72vb]. Per questo stesso principio gli *acta causae* non potevano essere elusi ma tutt'al più moderati al fine di rendere più breve la lite, anche se l'evitare un numero spropositato di testimoni («testiumque superfluum multitudinem refrenando») e ogni altro artificio teso a prorogare *maliciose* i tempi del processo non era cautela tipica del solo procedimento sommario, ma un dovere di qualunque giudice: «in omni causa iudex laborare debeat ad lites breviandas»: *ivi*, f. 72va.

<sup>76</sup> Meno sistematici i giuristi precedenti, che danno spunti in tal senso quando, trattando delle diverse figure arbitrali, fanno esempi di procedure miste dalle quali si può ricavare quali potevano essere i comportamenti non *de iure* messi in atto da un *arbitrator*: ad esempio l'Ostiense afferma che è da *arbiter* farsi dare il libello, far contestare la lite, mentre è da *arbitrator* ricevere i testimoni senza convocare le parti o pronunciare la sentenza oralmente (ENRICO DA SUSA, *In secundum decretalium*, lib. 2, tit. 24 *iureiurando*, lex 23 Quintavalle [ed. Venezia, 1581, f. 132va]).

<sup>77</sup> BARTOLO, *De summaria cognitione commentarii*, a cura di H.K. Briegleb, Blaesing, 1843, pp. 31-74: 52-53; vedi anche G. CHIODI, *Crimini enormi e tortura ex processu informativo: una violazione dei diritti di difesa dell'imputato?*, «Glossae. European Journal of Legal History», XIII, 2016, pp. 72-107: 77, n. 23. Sugli aspetti specifici della riflessione di Bartolo sul processo sommario, derivante dal trattato sulla costituzione imperiale *Ad Reprimendum*: BELDA INIESTA – CORETTI, *Le Clementine*, cit., pp. 400-405.

<sup>78</sup> BARTOLO, *De summaria cognitione* [ed. Erlangen, 1843], p. 53.

è anche una forma almeno elementare di *petitio*, e in questo caso l'esempio, basico e purtuttavia legittimo, è costituito dalla frase rivolta a Salomone nell'episodio del bambino conteso fra due prostitute, «*filius meus vivit*»: una donna accusa l'altra di avergli sottratto il neonato durante la notte, sostituendolo col proprio che era morto (3 Reg. 3, 16-28), e secondo Bartolo, pronunciando la frase 'mio figlio è vivo', la prostituta sta effettivamente rivolgendosi al giudice un'implicita richiesta di restituzione del bambino in mano alla rivale (anche se una tale *petitio* «*continet solum facti narrationem, non conclusionem*»: l'idea è che la frase equivalga a dire 'il figlio vivo', cioè quello in mano all'altra prostituta, 'è il mio, mi appartiene', e questa *narratio facti* porta inevitabilmente alla *conclusio*, rimasta inespressa, ovvero che il figlio 'mi va restituito').<sup>79</sup>

E ancora sono indispensabili il giuramento di calunnia, che rimanda al tempo di Mosè,<sup>80</sup> e la *publicatio testium*, ovvero l'obbligo di rendere noti solo a un certo punto i nomi dei testimoni e il contenuto delle loro deposizioni, che trova fondamento nell'episodio di Susanna: accusata ingiustamente di adulterio, la donna viene scagionata grazie alle contraddizioni in cui cadono i suoi due calunniatori, interrogati separatamente, *secrete* (Dan., 13).<sup>81</sup> Dall'episodio si deduce tanto la necessità di una fase di segretezza («*quod examinatio fiat secrete*») quanto della successiva pubblicazione, quest'ultima necessaria a garantire il diritto di difesa: «*Et ex hoc sequitur, quod debat publicatio fieri; alias aufertur parti ius defensionis, si enim non publicarentur, non possent impugnari testes et eorum dicta; seu auferre defensionem repugnat iuri naturali*».<sup>82</sup> Al contrario la modalità di un'altra sentenza di Salomone legittima l'esclusione della *conclusio in causa* e persino della forma scritta della sentenza, con le altre *solemnitates* ad essa legate, dal novero degli atti obbligatori: il riferimento, qui, è probabilmente alla 'sentenza' con la quale Salomone, con una sola frase, assolve Adonia («*Vade in domum tuam*», 3 Reg., 53).<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Ivi, pp. 54-55.

<sup>80</sup> Ivi, p. 56; il riferimento, secondo il curatore, è a Es. 22, 10-11.

<sup>81</sup> SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., vol. 3.2. p. 424.

<sup>82</sup> BARTOLO, *De summaria cognitione* [ed. Erlangen, 1843], p. 58.

<sup>83</sup> Ivi, pp. 59-60.



La disamina di Bartolo fornisce dunque l'organigramma procedurale completo della forma più libera di arbitrato. Andando per ordine, chi si affida a un arbitratore, o a un *arbiter et arbitrator* che procede non *de iure* ma «de bono et aequo» e «de facto», secondo l'alternanza binaria che abbiamo visto usare dai giuristi, può dunque fare a meno del libello, cioè dell'atto scritto con il quale l'attore riassume i fatti e formula al giudice e alla controparte le proprie richieste (*petitio*): è sufficiente che la parte formuli la richiesta oralmente (si può persino accettare l'assenza di conclusioni, l'importante è che si capisca dai fatti narrati «quid actor velit»).<sup>84</sup> Rimane invece necessaria la «*legitimatio ad causam*», ovvero l'atto con il quale il giudice verifica che la parte possa agire in giudizio, ma non la citazione, ovvero l'atto scritto con il quale la controparte viene informata della causa ed è chiamata a presentarsi in giudizio (è sufficiente un adempimento orale), e anche per le eccezioni si riduce l'ammissibilità a quelle che impediscono di reiterare i giudizi sulla medesima questione.<sup>85</sup> Viene abolita la *litis contestatio*, ovvero l'atto che, con la dichiarazione delle parti di fronte al giudice di voler proseguire nella lite, dà ufficialmente inizio al processo: nel processo sommario un qualunque atto compiuto nel merito apre automaticamente l'iter e assume il valore di *litis contestatio*. Rimane obbligatorio il giuramento di calunnia, ovvero la dichiarazione da parte dell'attore di credere giusta e legittima la causa e fondati i suoi diritti, ma non le *dilationes*, cioè le scadenze concesse dal giudice alle parti per i vari atti del processo: presentare e ricevere il libello, presentare le eccezioni, produrre i testimoni, presentare le prove documentarie, e così via.<sup>86</sup> È confermata la necessità del giuramento imposto ai testimoni di dire la verità, e anche la *publicatio testium*,

<sup>84</sup> Su questo e i seguenti punti: SALVIOLI, *Storia della procedura*, vol. 3.2, cit. (libello pp. 242-252, *legitimatio ad causam* p. 254, citazione pp. 252-264, eccezioni pp. 290-296, *litis contestatio* pp. 296-305, giuramento di calunnia pp. 305-309, *dilationes* pp. 277-278, giuramento dei testimoni – *publicatio testium* – *conclusio in causa* p. 325).

<sup>85</sup> È l'opinione di Bartolo: le eccezioni – ovvero le obiezioni che, una volta ricevuta la citazione, la controparte può opporre per ostacolare la prosecuzione del processo, e che vengono per questo chiamate *arma reorum* – si possono omettere tutte tranne la *exceptio rei iudicate*, vale a dire l'eccezione che impedisce di procedere su una questione che è già stata oggetto di un precedente giudizio, secondo il principio «ne bis iudicetur in id ipsum».

<sup>86</sup> Bartolo è tuttavia a favore dei termini per la presentazione delle prove.

mentre viene soppressa la ‘conclusio in causa’, ovvero l’atto con il quale il giudice chiude la fase conoscitiva della lite, vietando alle parti di presentare ulteriori prove o allegazioni, e che prelude alla sentenza. Quanto a quest’ultima, si può ammettere che la sentenza possa essere comunicata alle parti solo oralmente, e al contempo che vada redatta per iscritto a fini probatori, perché la parola del giudice è sufficiente solo nel caso che quest’ultimo sia il papa o l’imperatore: «non est necesse sententiam proferri in scriptis, sed in scriptis redigatur, ut possit probari, ut dictum est de petitione; nam soli assertioni iudicis non creditur, nisi sit Papa vel Imperator».<sup>87</sup>

4. Nel complesso i margini di libertà di chi procede «nullo iuris ordine servato» erano assai meno ampi di quel che la formula lascerebbe intendere: il discrimine più significativo del suo operare, cui i teorici danno poco rilievo e che invece ha implicazioni assai rilevanti (e le ha anche, a ben vedere, per noi storici), sembra essere proprio il ruolo – marginale o comunque fortemente ridimensionato – della scrittura. Fra i numerosi giuristi analizzati nella prima parte di questo lavoro, forse solo Baldo lo aveva rilevato col giusto risalto, attribuendo all’*arbiter* il compito di seguire l’equità «scriptam», e all’*arbitrator* quella «sui capitis».<sup>88</sup> Ma non mancano i riscontri sul versante pratico, come testimonia la raccolta di *Consilia* del canonista e vescovo (poi cardinale) Francesco Zabarella. Uno dei più illuminanti è il consiglio n. 139 dove il giurista, chiamato a esprimersi sulla legittimità dell’appello (*reductio ad arbitrium boni viri*) chiesta da una delle due parti dopo la pronuncia di un *arbitrator*, analizza il contenuto del compromesso, ne verifica la congruità con l’operato dell’arbitro alla luce delle posizioni espresse dalle parti, e finisce così per offrire un’ampia rassegna di tutte le principali questioni che, nella prassi arbitrale, potevano essere sollevate in merito alla procedura.<sup>89</sup> La principale è precisamente quella su cui pesa in modo determinante la questione della scrittura: come si fa, a posteriori, a sapere che l’arbitratore ha fatto il suo dovere, compiendo tutti i passaggi necessari per ‘conoscere’ il fatto, dato che

<sup>87</sup> BARTOLO, *De summaria cognitione* [ed. Erlangen, 1843], pp. 59-60.

<sup>88</sup> Sopra, n. 54.

<sup>89</sup> ZABARELLA, *Consilia* [ed. Venezia, 1581], cons. 139, f. 137r.

egli non è tenuto «ad ea, quae dicit vel facit, nec ad ea, quae fiunt et aguntur coram se, adhibere testes vel notarium, qui scripturam de his conficiat pro fide»,<sup>90</sup> ma al contrario la modalità stragiudiziale gli permette di procedere in molte fasi «nudo verbo», senza quindi che dei vari passaggi rimanga testimonianza «in scriptis» nella documentazione?

A dire in vero c'è anche chi vede il problema dal punto di vista opposto, e osserva che l'assenza di scrittura danneggia più l'arbitro che le parti, ed è interesse del primo «quod appareat scriptura actoris clara» in modo tale da evitare a posteriori maligne insinuazioni su ciò che è stato detto e scritto: «ut in posterum malignari actor vel reus non possit, si forsitan dicere vellet alter ipsorum aliter fuisse dictum quam scriptum, vel plus aut minus per notarium causae scriptum».<sup>91</sup> In ogni caso è evidente che il problema doveva presentarsi assai di frequente, ogniqualvolta fosse chiesta da una delle due parti la *reductio ad arbitrium boni viri*, cioè la forma di appello consentita nel caso di un arbitrato concluso da un arbitratore, e la controparte vi si fosse opposta, obiettando che l'appello non era consentito, e rendendo necessario capire *ex actis* quale *ius* arbitrale – se dell'*arbiter* o dell'*arbitrator* – fosse stato applicato.<sup>92</sup>

Secondo lo Zabarella una soluzione, di cui sono immediatamente evidenti i limiti, era che ci si fidasse dell'arbitro, il quale comunque, in fase di pronuncia, doveva ricordare l'avvenuto adempimento dei vari passaggi, dall'audizione delle parti all'esame delle loro divergenze, il tutto sulla base delle indicazioni contenute nel compromesso: «creditur arbitratori, dum proferens laudum, et in laudum dixit, se vidisse compromissum in eum factum, et differentias existentes inter partes, pro quibus in eum fuerat compromissum, audivisse et examinasse».<sup>93</sup> L'arbitro poteva poi essere

<sup>90</sup> Ivi, f. 138ra.

<sup>91</sup> BONIFAZIO VITALINI, *Commentarii in Clementinas constitutiones* [ed. Venezia, 1574, f. 239vb, n. 16].

<sup>92</sup> I giuristi, come abbiamo visto, fanno spesso riferimento alla necessità di capire guardando gli atti del procedimento se si è di fronte all'agire di un *arbiter* o di un *arbitrator*: vedi ad esempio il passo della *Summula* di Alberto Galeotti sopra, testo in corr. della n. 46, e FOWLER, *Forms of arbitration*, cit., p. 144.

<sup>93</sup> ZABARELLA, *Consilia* [ed. Venezia, 1581], f. 138ra.

chiamato a testimoniare sul proprio operato<sup>94</sup> di fronte al giudice ordinario, e a ulteriore garanzia si potevano cercare indizi esterni alla veridicità delle sue parole. Ad esempio la durata complessiva del procedimento, ricostruibile a posteriori attraverso la datazione degli atti contenenti compromesso e lodo, era considerata un buon indice sull'avvenuto rispetto della procedura, in quanto si poteva valutare se era stata sufficientemente ampia da permettere l'acquisizione di tutti gli elementi di valutazione. Lo Zabarella precisa infatti che a nessuno – sia esso *arbiter aut arbitrator* – è concesso di emettere un lodo «ex abrupto» e «incognito negotio», senza aver preso conoscenza del fatto da valutare: anche l'arbitratore è infatti tenuto senz'ombra di dubbio a discutere i diritti delle parti e a investigare la verità («nulli dubium, quod arbitrator tenetur iura partium discutere, et veritatem extraiudicialiter investigare»),<sup>95</sup> anche se subito dopo il giurista precisa che l'arbitro non era tenuto a chissà quale dimostrazione di competenza nei confronti delle parti: gli si chiedeva semplicemente di 'apparire' informato sull'argomento su cui doveva deliberare, o almeno di fare in modo che la sua ignoranza non fosse palese («sufficit ergo, quod aperte non appareat non instructus»).<sup>96</sup>

Sulla stessa linea si colloca Giovanni da Imola († 1436), secondo il quale discutere i diritti delle parti e cercare la verità attraverso «veridicas probationes» quali testimoni e documenti, seppure *extraiudicialiter*, è un dovere non solo dell'*arbiter* ma anche dell'arbitratore: «non est differentia inter iudicem et arbitratorem in hoc, quia uterque debet laborare ad veritatem inveniendam». <sup>97</sup> La differenza semmai, continua il giurista, è nel modo in cui si giudica questa verità, in altre parole è «in animo»: il giudice *iudicialiter* deve giudicare la verità, e quindi con l'ausilio della scrittura («et

---

<sup>94</sup> Operazione legittima, perché se è vero che «arbiter non admittatur ad testificandum ad iustificationem laudi sui» (perché questo contrasta con la norma che vieta la testimonianza «pro se in facto suo»), tuttavia gli si può chiedere di testimoniare sulla correttezza del procedimento, «tamen admittitur ad testificandum super observantia ordinis iudiciarii»: ZABARELLA, *Consilia* [ed. Venezia, 1581], f. 137vb.

<sup>95</sup> ZABARELLA, *Consilia* [ed. Venezia, 1581], f. 137rb.

<sup>96</sup> *Ivi*, f. 142ra.

<sup>97</sup> *Ivi*, f. 143vb.

sic scriptura interveniente»), il che lo differenzia dall'arbitratore («secus in arbitratore»).<sup>98</sup>

La diversità richiamata in ultimo dal giurista non è altro che quella intercorrente fra *ius* e *aequitas*, chiave per intendere correttamente, come già rilevato dalla Storti, il dualismo *arbiter/arbitrator*. Nel puntualizzare che entrambe le tipologie di arbitro esaminano il caso secondo diritto (ferma rimanendo la possibilità per l'arbitratore di non ottemperare alle prescrizioni di ordine formale), la studiosa dedica alcune parole chiarificatrici a cosa voglia dire prendere una decisione in base all'equità e non (non solo) in base al diritto: la decisione dell'arbitratore «non era vincolata all'esito delle prove», nel senso che gli si chiedeva «una valutazione più ampia e articolata», che «comprendesse non soltanto gli elementi del rapporto giuridico rilevanti secondo le prescrizioni normative, ma anche l'accertamento di tutto il complesso di circostanze verificatesi in occasione del o in relazione al rapporto controverso», e questo perché il fine principale dell'arbitratore era «risolvere equitativamente il conflitto di interessi» e «ristabilire quel rapporto equilibrato tra le parti che corrispondeva allo scopo principale di pacificazione proprio dell'arbitraggio». <sup>99</sup>

La pace, dunque, come obiettivo prioritario dell'arbitrato, per raggiungere la quale si può tollerare anche un po' di ingiustizia (tanto la modica quantità concessa all'arbitratore quanto quella, che non prevede limiti di sorta, dell'*arbiter*). Se consideriamo il senso alto e profondamente religioso che riveste il concetto di *pax* nei secoli medievali, si può dire che per certi versi l'equità interviene a ribaltare la gerarchia di valore fra *arbitrium* e *iudicium* che avevamo visto all'inizio di questo percorso: l'arbitrato come una forma *vilis*, inesorabilmente inferiore di giudizio. E lo si vede anche nei casi concreti. Nell'ottobre del 1254 il comune di Firenze, arbitrando una lite fra Genova e Pisa, e con lo scopo esplicito di pacificare l'intera provincia («tota provincia que per longa tempora dudum guerrarum turbine fuit diabolus instigante vexata in perpetua tranquillitate persistat»), si riserva di decidere su una parte delle questioni contese fino al gennaio successivo.<sup>100</sup> È una prerogativa

<sup>98</sup> *Ivi*, f. 143va (*Allegationes* Giovanni da Imola).

<sup>99</sup> STORTI STORCHI, *Compromesso*, cit., pp. 334, n. 11, 366.

<sup>100</sup> *I libri iurium della Repubblica di Genova*, vol. I/6, a cura di M. Bibolini e E. Pal-

non ovvia, e che necessita di essere giustificata di fronte ai suoi interlocutori: i fiorentini precisano che questa modalità d'azione è consentita dal fatto che è stato loro richiesto un arbitrato in qualità non di 'arbitri' ma di 'arbitratori', il che li autorizza a discostarsi tanto dalla procedura che adotterebbe un giudice quanto da quella che adotterebbe un semplice arbitro: «cum arbitratores simus et arbitratorie velimus procedere, non in formam iudicii nec ad modum meri arbitri». <sup>101</sup> Ma ciò che più colpisce, è il modello da loro richiamato a ispirazione e tutela di questo difficile compito. Abbiamo visto che l'episodio che si conclude con la cacciata di Adamo ed Eva dal Paradiso è considerato dai giuristi il primo processo della storia, ma secondo i fiorentini vi era stata poi un'altra occasione, fondamentale e ancor più gravida di conseguenze per l'umanità, in cui Dio aveva emesso una sentenza: e quando, ricucendo quell'antico strappo, l'onnipotente aveva operato per la riconciliazione fra Cristo e l'uomo, non l'aveva più fatto da *iudex* bensì – sostengono i fiorentini – proprio in qualità di arbitro, anzi di «iustus arbiter et arbitrator». <sup>102</sup>

---

lavicino, Genova, SLSP, 2000, doc. 1028, pp. 159-162, citaz. a p. 160. Sul termine 'provincia' in relazione all'esercizio della giustizia: J. CANNING, *The political thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge-New York, CUP, 1987, pp. 125-127.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 161.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 159: «Pater omnipotens verus Dei et hominum mediator, iustus arbiter et arbitrator, excelsus quando primo vulnere prothoplausti ex quo genus perierat humanum per incarnationis misterium salubrem contulit medicinam, hominem reconciliando cum Christo ut in regno suo non solum filius, sed coheres fieret ipsius nostro intersit arbitrio et tanquam lux vera que illuminat universa illustret nostre sentencie arbitrium».

---

---

***Direttore:*** GIULIANO PINTO

---

***Redazione:*** Deputazione di Storia Patria per la Toscana, Via dei Ginori, n. 7  
50123 Firenze

**Registrazione del tribunale di Firenze n. 757 del 27/3/1953  
Iscrizione al ROC n. 6248**

---

FINITO DI STAMPARE  
PER CONTO DI LEO S. OLSCHKI EDITORE  
PRESSO ABC TIPOGRAFIA • CALENZANO (FI)  
NEL MESE DI GENNAIO 2020

FLAVIA NEGRO

«COGNOSCERE PER QUAM VIAM VOLUERIT».  
IL PROBLEMA DELLA LIBERTÀ NELLA  
PROCEDURA ARBITRALE IN RAPPORTO ALLA  
SCRITTURA  
(SECC. XII-XIV)

ESTRATTO

da

ARCHIVIO STORICO ITALIANO

2019/4 ~ a. 177 n. 662



Leo S. Olschki Editore  
Firenze



# ARCHIVIO STORICO ITALIANO

FONDATO DA G. P. VIEUSSEUX

E PUBBLICATO DALLA

DEPUTAZIONE DI STORIA PATRIA PER LA TOSCANA

---

2 0 1 9

---

DISP. IV



LEO S. OLSCHKI EDITORE

FIRENZE

2019

# ARCHIVIO STORICO ITALIANO

FONDATO DA G. P. VIEUSSEUX

E PUBBLICATO DALLA

DEPUTAZIONE DI STORIA PATRIA PER LA TOSCANA

---

2 0 1 9

---

DISP. IV



LEO S. OLSCHKI EDITORE

FIRENZE

2019

# ARCHIVIO STORICO ITALIANO

*Direttore* : GIULIANO PINTO

*Vicedirettori* :

RENATO PASTA, SERGIO TOGNETTI

*Comitato di Redazione* :

MARIO ASCHERI, DUCCIO BALESTRACCI, GIANLUCA BELLI, FULVIO CONTI,  
RITA MAZZEL, MAURO MORETTI, ROBERTO PERTICI,  
MAURO RONZANI, LORENZO TANZINI,  
DIANA TOCCAFONDI, ANDREA ZORZI

*Segreteria di Redazione* :

ENRICO FAINI, CLAUDIA TRIPODI, VERONICA VESTRI

*Comitato scientifico* :

MARIA ASENJO GONZALEZ, MAXINE BERG, JEAN BOUTIER, RINALDO COMBA,  
ELISABETH CROUZET-PAVAN, FULVIO DELLE DONNE, RICHARD A. GOLDTHWAITE,  
ALLEN GRIECO, CHRISTIANE KLAPISCH-ZUBER, THOMAS KROLL,  
JEAN-CLAUDE MAIRE VIGUEUR, HALINA MANIKOWSKA, ROSALIA MANNO,  
LUCA MANNORI, SIMONETTA SOLDANI, THOMAS SZABÓ

*Direzione e Redazione*: Deputazione di Storia Patria per la Toscana  
Via dei Ginori n. 7, 50123 Firenze, tel. 055 213251  
[www.deputazionetoscana.it](http://www.deputazionetoscana.it)

---

## I N D I C E

Anno CLXXVII (2019)

N. 662 - Disp. IV (ottobre-dicembre)

### Memorie

- FLAVIA NEGRO, «Cognoscere per quam viam voluerit». *Il problema della libertà nella procedura arbitrale in rapporto alla scrittura (secc. XII-XIV)* . . . . . Pag. 635
- ANNA POMIERNY-WAŚIŃSKA, *Rationalizzazione dello spazio urbano. La forma civitatis e la misura nelle descrizioni della Milano tardomedievale* . . . . . » 673
- ONDŘEJ SCHMIDT, *Il governo di re Sigismondo di Lussemburgo nel Veneto orientale (1411-1420)* . . . . . » 719

### Documenti

- MARCELLO SIMONETTA, *Guicciardini e la «rovina d'Italia»: venti lettere e un ricordo inedito del Luogotenente* . . . . . » 773

### Recensioni

- ANNA BENVENUTI, *Sante donne di Toscana. Il Medioevo* (FRANCESCO SALVESTRINI) . . . . . » 821
- BARBARA GELLI, *Fra principi, mercanti e partigiani. Francesco Aringhieri politico e diplomatico senese del Quattrocento* (SERGIO TOGNETTI) . . . . . » 824

segue nella 3ª pagina di copertina

MICHELE CAMAIONI, <i>Il vangelo e l'anticristo. Bernardino Ochino tra francescanesimo ed eresia (1487-1547)</i> (DENNJ SOLERA)	Pag. 827
REMO L. GUIDI, <i>Jean-Baptiste de La Salle oltre l'agiografia devota</i> (MARCO PELLEGRINI)	» 830
GIULIA GUAZZALOCA, <i>Primo: non maltrattare. Storia della protezione degli animali in Italia</i> (NICOLETTA BAISTROCCHI)	» 834
<b>Notizie</b>	» 839
<b>Summaries</b>	» 855
<b>Libri ricevuti</b>	» 857
<b>Indice dell'annata 2019</b>	

*Amministrazione*

Casa Editrice Leo S. Olschki

Casella postale 66, 50123 Firenze • Viuzzo del Pozzetto 8, 50126 Firenze

e-mail: [periodici@olschki.it](mailto:periodici@olschki.it) • Conto corrente postale 12.707.501

Tel. (+39) 055.65.30.684 • fax (+39) 055.65.30.214

2020: ABBONAMENTO ANNUALE - ANNUAL SUBSCRIPTION

PRIVATI

Italia € 105,00 (carta e on-line only)

Il listino prezzi e i servizi per le **Istituzioni** sono disponibili sul sito [www.olschki.it](http://www.olschki.it) alla pagina <https://www.olschki.it/acquisti/abbonamenti>

INDIVIDUALS

Foreign € 143,00 (print) • € 105,00 (on-line only)

*Subscription rates and services for Institutions are available on*

*<https://en.olschki.it/> at following page:*

*<https://en.olschki.it/acquisti/abbonamenti>*

La rivista adotta per tutti i saggi ricevuti un sistema di Peer review. La redazione valuta preliminarmente la coerenza del saggio con l'impianto e la tradizione della rivista. I contributi che rispondono a tale criterio vengono quindi inviati in forma anonima a due studiosi, parimenti anonimi, esperti della materia. In caso di valutazione positiva la pubblicazione del saggio è comunque vincolata alla correzione del testo sulla base delle raccomandazioni dei referee.

Oltre che nei principali cataloghi e bibliografie nazionali, la rivista è presente in ISI Web of Knowledge (Art and Humanities Citations Index); Current Contents, Scopus Bibliographic Database, ERIH, JSTOR. La rivista è stata collocata dall'Anvur in fascia A ai fini della V.Q.R. e dell'Abilitazione nazionale, Aree 8 e 11.

ISSN 0391-7770