

Laura Luzi

## «TAMQUAM CAPSARI NOSTRI». IL RUOLO DEL GIURISTA DI DIRITTO COMUNE NEI CONFRONTI DEGLI EBREI\*

### 1. Il sistema giuridico di riferimento: l'immobilismo del diritto

Come è evidente negli studi degli ultimi quindici anni almeno<sup>1</sup>, senza l'impulso normativo conferito dalla Rivoluzione francese nello scardinare via via il sistema di diritto comune e consuetudinario, sul quale, con differenziazioni, certo, gran parte degli ordinamenti dell'epoca si fondava, un'emancipazione reale, un vero mutamento, per gli ebrei, e, finalmente, il passaggio dallo *status civitatis* di Antico regime alla cittadinanza moderna sarebbe stato impensabile. Non certo perché tecnicamente assolutamente impossibile, ma poiché il sistema di riferimento, tutto lo *ius commune*, concorreva, in se stesso, all'immobilismo, pur essendo un diritto giurisprudenziale e quindi, volendo, malleabile.

Il punto è questo. Il problema risiede nel linguaggio e nel sistema. Un sistema dovrebbe essere in grado di contenere e, all'occorrenza, rintracciare al proprio interno i meccanismi e gli strumenti adeguati al proprio evolvere – non che difettassero –, ma il Leviatano del diritto comune aveva, invece, trovato ottimi strumenti e altrettanto ottimi esecutori, nei giuristi, nei funzionari, per arroccarsi e ripetersi, paralizzando non solo gli organismi che compongono un'organizzazione sociale, la loro evoluzione giuspolitica – che avrebbe dovuto riflettere quella concreta della società –, ma anche il diritto stesso, che si muoveva entro binari ben delineati e diveniva la copia immota di se stesso, nei secoli, perpetuando un feroce, rigido e sordo immobilismo sociale e politico. Ogni cosa, dalle strutture al diritto ai giuristi ai funzionari all'amministrazione, contribuiva a rendere inattaccabile e, per ciò stesso, concretamente non modificabile e, dunque, inaccessibile un mondo fatto di caste e di comparti. Se, in quanto *Iudaei*, si era stati catalogati tra i dissidenti religiosi e questi erano definiti in base al diritto romano, tali si restava, nel XIII come nel XVIII secolo, complice la confessionalità almeno intrinseca della struttura sociale. K. Stow parla, non a caso di

different laws for different social strata (...) in a state that was confessional and whose legal system was hierarchical<sup>2</sup>.

---

\* Ringrazio Kenneth Stow per aver letto questo testo e per i suoi commenti e suggerimenti e la prof. Patricia Zampini per le indicazioni sempre puntuali. Ad Andrea, come sempre.

<sup>1</sup> L. Luzi, *Status civitatis: diritti civili e politici degli ebrei tra Antico regime e prima emancipazione (secoli XVIII-XIX)*, Firenze, 1998; L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo*, «Mediterranea. Ricerche storiche», a. V, dicembre 2008, pp. 529 e sgg.; K. Stow, *Equality under Law*, «Jewish History», 25 (2011): 319-37.

<sup>2</sup> K. Stow, *Equality under Law* cit.

Il sistema del diritto ciò consentiva. Lo permetteva anche il linguaggio, la forma che cristallizza la sostanza, eterna difesa dietro cui si arrocca il giurista. Se da lungo tempo si sentiva l'esigenza e si valutava (più di) un modo di modernizzare l'uno e l'altro, solo la spinta politica impressa da Napoleone consentì il balzo verso il nuovo sistema giuridico. Solo quel cambiamento, in realtà, così radicale e potente perché, insieme, politico e giuridico, riuscì a riflettere effettivamente il necessario adeguamento della forma alla sostanza, che, nel frattempo, si era evoluta e domandava anch'essa la cristallizzazione (controsenso!) in formula, fermare il nuovo contratto dell'individuo libero e paritario col proprio governo.

In mano al giurista, il linguaggio, la terminologia, il tecnicismo diventano un'arma. Ecco perché non bisogna mai dimenticare una direttrice comune per come gli ebrei, *iudaei*, ma non solo, vengono definiti, inquadrati, in quali categorie, secondo quali titoli, per tutto il diritto comune. *Iudaei*, non a caso, come ricorda Stow<sup>3</sup>. La cosa sconcertante, per chi sia lontano da questo sistema, è che esso resta immutato o quasi lungo tutti i secoli che ne definiscono la durata. Esso, sistema, che si avvale della terminologia. Non deve stupire se un giurista trecentesco ed uno settecentesco fanno affermazioni simili, categorizzano un soggetto o una situazione giuridica in modo analogo e, peggio ancora, senza quasi mostrare alterazioni nel tempo della terminologia. Il sistema lo consentiva e, in questo modo, si è perpetuato. Quella che, ai profani, può sembrare un'elencazione scoordinata nel tempo di esternazioni simili riconducibili ad autori cronologicamente lontani tra loro, è, purtroppo, la sostanza giuridica di come il diritto comune inquadrava e trattava gli individui oggetto del diritto. La forma in cui il giurista costringe il soggetto di diritto è un impressionante segnale di tentativo di deformare la realtà e plasmarla ai bisogni del sistema (e di chi ne è a capo). Con l'aggravante, nel caso degli ebrei, di ottenere questo attraverso lo strumento dello *status* religioso, cioè di negare i diritti civili attraverso la catalogazione di quelli religiosi e, in sostanza, di inficiare e sminuire lo stato civile attraverso quello religioso<sup>4</sup> - il tutto formalizzato attraverso il linguaggio immutabile dei giuristi -. In ciò, i *doctores* di diritto comune contribuiscono all'immobilità attraverso il rinnovare, secolo dopo secolo, le stesse parole, le stesse definizioni.

Quando si affronta l'argomento dello *ius commune* e degli ebrei, occorre considerare e premettere che si parla di un sistema giuridico di riferimento che si snoda, in un ambito territoriale esteso e spesso, ovviamente, differenziato, per un periodo di tempo ampio e, peraltro, con un'esperienza tutta particolare. Né bisogna dimenticare, come osserva il Colorni, che, nel corso dei secoli, e segnatamente fino al XIX, gli ebrei restano profondamente radicati, per ragioni sia politiche sia religiose, alle proprie istituzioni e pratiche, e che la reazione dei legislatori e dei giuristi interpreti, di fronte

<sup>3</sup> Ivi, p. 3 e ssg.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

a tale attaccamento, è fortemente differenziata nel tempo e nello spazio – si parla usualmente di giurisdizione intesa come giurisdizione interna al gruppo territoriale –, lasciando, talvolta, più ampi margini di autonomia, talaltra imponendo maggiori restrizioni<sup>5</sup>, ma, comunque, conservando una sorta di carattere nazionale o, perlomeno, fortemente improntato nel senso di gruppo a sé, intrinsecamente connotato, definito<sup>6</sup>. Il Colorni tende a sottolineare la preponderanza caratterizzante di una tradizione giuridica, più che di una emarginazione<sup>7</sup>. O, con le parole di Israel, l'analisi delle forme di interazione, anche politico-economica, che si pongono in essere e si riscontrano tra gli ebrei e gli ambiti in cui essi si dislocano e vivono<sup>8</sup>. Senza alcuna pretesa di completezza, quindi, tenendo presente che non molti sono, a differenza delle indagini storiche e di storia ebraica, gli studi di storia del diritto dedicati all'argomento<sup>9</sup>, allo scopo di inquadrare più agevolmente la trattazione, può essere utile fornire cenni su cosa debba intendersi quando si usa il termine diritto comune nell'ambito ebrei.

Si è soliti indicare con l'espressione *ius commune* un corpus costituito dal diritto romano-canonico per come, tra il XII secolo ed il periodo delle codificazioni, fu fatto oggetto di interpretazione ed uso applicativo ad opera della giurisprudenza dottrinale e giudicante e per come, in differenti territori,

<sup>5</sup> V. Colorni, *Legge ebraica e leggi locali. Ricerche sull'ambito d'applicazione del diritto ebraico in Italia dall'epoca romana al secolo XIX*, Giuffrè, Milano, 1945, pp. 7 e sgg. Si veda anche K. Stow, *Equality under Law* cit., pp. 6 e sgg. con svariati esempi e, soprattutto, i lavori ivi menzionati di J. Berkowitz sull'Alsazia, di F. Bregoli su Livorno, di D. Sorkin sull'Europa, di F. Guesnet, sulla Polonia.

<sup>6</sup> J. Israel, *Gli ebrei d'Europa nell'età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 11 e sgg. Il complesso discorso che l'A. propone va, a suo avviso, notato a partire dal 1570, tuttavia non si può negare che le particolari situazioni dei nuclei ebraici, degli insediamenti conferisca una sorta di carattere nazionale o, perlomeno, fortemente caratterizzato nel senso di gruppo, anche in tempi anteriori.

<sup>7</sup> «Zakhor. Rivista di storia degli ebrei d'Italia», *Tra legge ebraica e leggi locali*, Giuntina, Firenze, a. II, n. 2, 1998, pp. 5 e sgg.

<sup>8</sup> J. Israel, *Gli ebrei d'Europa nell'età moderna* cit., pp. 7 e sgg.

<sup>9</sup> K. R. Stow, *Catholic Thought and Papal Jewry Policy, 1555-1593*, New York, 1977, pp. XI e sgg., osserva in proposito nel 1977: «Yet with the exception of the essays of Vittore Colorni and Walter Holtzmann, medieval legal thought about the Jews has been generally ignored by modern scholars». Ovviamente senza dimenticare i più recenti contributi dello stesso Stow, tra cui quelli in seguito citati e quelli indicati nella nota 6 poco sopra; di D. Quagliani, fra i quali, *Fra tolleranza e persecuzione. Gli ebrei nella letteratura giuridica del tardo Medioevo*, in *Gli ebrei in Italia. Dall'alto medioevo all'età dei ghetti*. Storia d'Italia, Annali 11°, vol. I, Einaudi, Torino, 1996, vol. XI, pp. 645-675; in parte, più a livello politico-istituzionale e relativo ad un periodo successivo, P. Bernardini, *La questione ebraica nel tardo Illuminismo tedesco. Studi intorno allo "Über die bürgerliche Verbesserung der Juden" di C. W. Dohm (1781)*, Giuntina, Firenze, 1992, pp. 191; quelli, in cui l'attenzione è maggiormente, per la verità, dedicata agli aspetti interni alle comunità e concentrati tra Cinque e Seicento italiano, apparsi in «Zakhor» cit., pp. 191; i miei, citati *infra*; come, parzialmente, e in tempi più remoti, F. Forti, *Libri due delle istituzioni civili accomodate all'uso del foro*, volume II, presso l'editore G. P. Vieusseux, Firenze, 1841, pp. 7-133; poi G. Volino, *Condizione giuridica degli ebrei in Piemonte prima dell'emancipazione*, Torino, 1904; Q. Senigaglia, *La condizione giuridica degli ebrei in Sicilia*, «Rivista italiana per le scienze giuridiche», vol. 41, 1906, pp. 75-102; G. Spano, *Gli ebrei in Sardegna*, «Vessillo israelitico», 27, 1879, pp. 34; riferita ad un periodo posteriore l'opera di M. D. Anfossi, *Gli ebrei in Piemonte. - Loro condizioni giuridico sociali dal 1430 all'emancipazione*, Torino, 1914.

italiani ed europei, venne usato come diritto universalmente suppletivo nel sistema di fonti dei vari ordinamenti storici. Si tratta, dunque, del modo, tipico, di organizzare in sistema il diritto romano-canonico e le fonti normative (i diritti locali, scritti o consuetudinari), con esso concorrenti nella esperienza giuridica europea, dal XII alla fine del XVIII secolo, nel tentativo di far corrispondere all'unità dell'ordinamento giuridico l'unità del diritto. Sull'idea di *ius commune* si fonderà lo sviluppo dei sistemi giuridici europei, dal XII al XIX secolo<sup>10</sup>. Per la profonda e cronologicamente estesa opera, spesso creativa, di adattamento, rimaneggiamento, sistemazione, siamo di fronte ad uno *Juristenrech.* Fu infatti merito della scuola giuridica di Bologna, tra il XII ed il XIII secolo, l'aver idealmente associato, in una prima concezione di *ius commune*, al definitivo ordinamento politico-temporale, l'*imperium* romano cristiano, simbolo astratto dell'unità della comunità cristiana, il diritto romano, diritto dell'Impero, *unum ius*, diritto universale e soprattutto fattore omnicomprendente rispetto ai diritti particolari<sup>11</sup>.

Successivamente, l'adeguamento delle norme alla realtà è compito dei giuristi. L'adeguamento, come anche la cristallizzazione, ove si ritiene occorra, nel bene o nel male. Gli ebrei sono un caso di questi. Nel corso del XIV e XV secolo, l'emersione di monarchie territoriali e nazionali e di grandi comuni finisce per rendere preminenti gli *iura propria*, riducendo lo *ius commune* al rango di diritto suppletivo, sussidiario, vigente in quanto tollerato dal sovrano e subordinato<sup>12</sup>. L'idea dell'*unum ius* permane, ma ormai svuotata. Il diritto comune è relativizzato, vigendo *ubi cessat statutum*. Resta, però, il sistema di riferimento, improntato di principî e categorie, destinato ad integrare gli *iura propria*, che, normalmente, disciplinano i rapporti di diritto privato e, quindi, operano in un ambito piuttosto ristretto. Il meccanismo di adeguamento progressivo di

<sup>10</sup> Nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, un trattatello giuridico del XII secolo, di incerta provenienza, forse opera, secondo il Kantorowicz, del glossatore Piacentino, si poneva il dilemma «aut unum esse ius, cum unum sit imperium, aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna». L'Impero, ordinamento giuridico unitario, costituiva il fondamento dell'unità del diritto, a sua volta mutuata dalla metafisica scolastica: esiste una naturale gerarchia delle realtà, ordinate secondo la loro partecipazione all'essere e all'unità di Dio. Secondo il Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton University Press, 1957, 1985, 1997, pp. 106-13, «The great Placentinus (died 1192), was in all probability the author (...)». Altro in A. Cavanna, *Storia del diritto moderno In Europa*. Vol. I, Giuffrè, Milano, pp. 40, 52 e sgg.; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 25-89, 143-51, 189-90, 602; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 43-95.

<sup>11</sup> L'idea dell'*unum ius* si sarebbe, poi, evoluta in quella di *ius commune*. In un frammento delle *Istituzioni* di Gaio, contenuto in D. I, I, 9, veniva designato come *ius commune* il diritto delle genti, fondato sulla *naturalis ratio*, distinto dagli *iura propria*, quelli delle singole *civitates*: «Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur».

<sup>12</sup> Giuristi come Alano, Azzone, Guglielmo Durante, Giovanni de Blanot, Marino da Caramanico fondarono la sovranità di tali ordinamenti sulla formula «Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator». Si veda anche D. Quagliani, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 2008, v. 52 (2007/2008), p. 55-67.

tali principi alla realtà fattuale risiede nelle mani e nell'opera dei giuristi, sia a livello di tecnica del diritto, sia di pratica nelle questioni concrete<sup>13</sup>.

Quanto all'altro componente del diritto comune, lo *ius canonicum*, esso riveste una posizione particolare, poiché la Chiesa tendeva a non accettare che la regolamentazione di quei rapporti temporali, che avevano rilievo sul piano spirituale (ad esempio, il matrimonio), fosse lasciata agli *iura propria*, ai quali, quindi, non era consentito di derogare ad esso. Gli stessi rapporti tra Chiesa e Impero furono risolti dalla giurisprudenza civilistica, che elaborò il postulato della *ordinatio ad unum* delle due potestà, entrambe supreme ed indipendenti e dotate, ciascuna, di autonoma *iurisdictio*. Tale superiore coordinazione fu definita, dai canonisti, *specialis coniunctio* e, dai giuristi medioevali, *utrumque ius*. Entrambi i diritti erano destinati a ricomporsi nella ideale unità dello *ius commune*. Posta questa breve premessa, tornando all'oggetto del testo, occorre considerare che le leggi romane relative agli ebrei, le norme canoniche, come anche le consuetudini, proprio in quanto diritto comune, si applicano agli ebrei, in Italia, dai secoli XII-XIII e vigono, per forza propria, finché una disposizione speciale delle singole entità politiche particolari non le abroghi o le modifichi<sup>14</sup>.

Per tutto il diritto comune, gli ebrei vengono percepiti quali *Judaei*, e ciò sia da un punto di vista politico, sia giuridico<sup>15</sup>. Colorni usa i termini ebrei etnicamente tali e sottolinea come non tutte le disposizioni del *Corpus Iuris Civilis* e del *Corpus Iuris Canonici* relative agli ebrei entrino nello *ius commune*. Alcune norme romane non VI vengono riportate, in quanto non più attuali, come quelle del Digesto, che riconoscono agli ebrei la piena capacità giuridica: Bartolo, giurista trecentesco di capitale importanza, nei *Commentaria in Primam Codicis Partem*, dopo aver affermato «*Judaei habent ea, quae sunt civium Romanorum*»<sup>16</sup>, nota che, mentre «*licet de iure antiquo forte aliud esset*», essi «*non sunt capaces alicuius dignitatis*»<sup>17</sup>. Questo, come sottolinea Stow, è solo uno degli esempi di come il fattore re-

<sup>13</sup> Interessante, in proposito, M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico negli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 394.

<sup>14</sup> Si veda V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune fino alla prima emancipazione cit.*, pp. 7 e sgg.: La consultazione risulta utile anche per l'elencazione delle fonti, che non riporto: la disposizione più antica risale al 315 ed è contenuta in C.1, 9, 3. La più recente, del 553, si trova nella Nov. 146.

<sup>15</sup> G. Langmuir, «*Tamquam servi*». *The Change in Jewish Status in French Law about 1200*, in M. Yardeni (ed.), *Les Juifs dans l'histoire de France*, Leiden, the Netherlands, Brill, 1980, pp. 11 e sgg.; Id., «*Judaei nostri*» and the Beginning of Capetian Legislation, in *Toward a Definition of Antisemitism*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 137 e sgg.

<sup>16</sup> Bartolo a Saxoferrato, *In Primam Codicis Partem*, Venetiis, M. D. LXXXI, ad lex VI. Il giurista marchigiano, vissuto nel Trecento e allievo di Cino da Pistoia, fu uno dei maggiori del suo secolo ed esponente di spicco della c.d. scuola dei Commentatori, oltre che tra i fondatori del diritto internazionale privato. Tra i suoi allievi, a Perugia, anche Baldo degli Ubaldi. Si vedano M. A. Benedetto, *Bartolo da Sassoferrato*. In *Novissimo Digesto Italiano. Vol. II*, 1958, pp. 279-280; D. Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357*, Firenze, Olschki, 1983, pp. 257.

<sup>17</sup> Bartolo, *Commentaria*, tomo 7°, *In Primam Codicis Partem*, Lione. 1552, ad l. 1 C. *de novo codice faciendo*, f. 3.

ligioso infici quello civile, altrimenti pieno<sup>18</sup>. Altre norme canoniche, come l'imposizione del segno, non vengono rese ovunque applicabili da leggi civili, perché eccessivamente rigorose: dottrina e pratica lasciano le entità politiche libere di recepirle o meno nelle legislazioni particolari, così che esse, necessitando di una normativa civile di attuazione, in mancanza di questa, restano prive di forza cogente<sup>19</sup>.

Lo *ius proprium* è, a sua volta, costituito dal complesso di norme con cui ogni singolo stato territoriale opera aggiunte o modifiche allo *ius commune*. Si tratta di norme, che, nel caso degli ebrei, variano nelle differenti aree; ma che, realizzando i principi canonici, finiscono, una volta diffuse, per differenziarsi solo nei particolari. Dunque, le disposizioni locali, che attuano restrizioni, contenute nel *Decretum* e nelle *Decretales*, ma non nello *ius commune*; oltre che le normative locali, che, dal 1555, anno di emanazione della bolla *Cum nimis absurdum*, e per tutto il periodo della Controriforma, trasferiscono, nella normativa civile, le restrizioni, poste dalla Chiesa a carico degli ebrei.

Il Colorni fa presente come, accanto alle leggi locali, viga lo *ius commune*: se, infatti, si prestasse attenzione solo alle disposizioni locali, si otterrebbe una visione incompleta e distorta, in quanto da molte di esse sembrerebbe potersi dedurre una parità di diritti, che, invece, in forza del complesso sistema del diritto comune, non è<sup>20</sup>. Gli ebrei, in effetti, in questo sistema, sebbene siano teoricamente *cives*, vengono classificati come dissidenti in fatto di religione. Va premesso che, stando alle ben note parole del Colorni, il peggioramento della condizione dei dissidenti in fatto di religione costituisce una costante, nel diritto pubblico europeo, in quanto alterazione del principio di eguaglianza, dal IV alla fine del XVIII secolo. Si tratta di alterazione costante e non discussa, che, in effetti, inficia lo *status* dei soggetti di diritto così caratterizzati al punto da alterarne la condizione giuridica pubblica ed arrivare ad operarne una riduzione, una compressione. Colorni colloca l'inasprimento della situazione dopo l'Editto di Milano del 313, col divenire il Cristianesimo religione ufficiale dell'Impero. Con l'Editto di Tessalonica, nel 380, si compie il passo decisivo, quando Teodosio rende il Cristianesimo l'unica religione lecita e sia i pagani (seguaci della vecchia religione), sia gli eretici (coloro che si discostano dall'ortodossia) vengono fatti oggetto di persecuzione.

Se, fino ad allora, ricorda il Colorni, gli ebrei etnicamente tali avevano potuto conservare la loro fede, che era considerata *religio licita*<sup>21</sup>, a partire

<sup>18</sup> K. Stow, *Equality under Law* cit., pp. 3 e sgg.

<sup>19</sup> Su ciò si veda L. Luzi "Octo sunt permissa". *Controllo dei nuclei ebraici in alcune aree europee tra XIV e XVIII secolo*, in «Mediterranea-ricerche storiche», n. 12, aprile 2008, pp. 95-132.

<sup>20</sup> V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., pp. 9 e sgg.

<sup>21</sup> V. Colorni (Ivi, p. 2, n. 5) cita Tertulliano, *Apologeticum*, 2, 1, «sub umbracula insignissimae religionis certe licitae». Cicerone, *Pro Flacco*, 28. Sulle stesse vicende, netta la presa di posizione di A. Milano, *Storia* cit., pp. 37-8. Secondo il Colorni l'obiettivo era evitare il disprezzo ed il rifiuto ai culti dello Stato. V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., pp. 2 e sgg.

dal 313 e dal 380 i dissidenti in fatto di religione si trovarono in posizione di inferiorità legale e di separazione giuridica, il che comportò, anche nell'ambito civile, un loro proprio *status*, *singulare* e deteriore. Lo *status* privato quindi intaccava quello pubblico e la posizione degli ebrei in seguito, in una società via via sempre più permeata di universalismo, sempre più univocamente orientata, come quella dei secoli successivi, costituiva uno *status* *singulare*, a sé. Nel momento in cui lo stesso ordinamento giuridico appariva permeato di sovrasensi simbolici, dotato di un volto temporale e di uno spirituale, risultanti dalla *coniunctio* delle due distinte potestà universali e dei loro diritti e il diritto si mostrava, esso stesso, come una rivelazione; più che mai si postulava una concezione integralmente cristiana non solo della vita, ma dell'ordinamento sociale. Restava la realtà degli ebrei, presenti nella società cristiana. Essa richiedeva una giustificazione<sup>22</sup> e la religione, la condizione religiosa, diventava e forniva lo strumento per comprimere i diritti pubblici e di eguaglianza. Fin quando non fu possibile scardinare il sistema di diritto comune, ogni singolo diritto (ri)acquisito, venne considerato un privilegio e, come tale, revocabile, avocabile, disponibile e, per bene che andasse, negoziabile.

## **2. Uno *status* *singulare* entro lo *ius commune*: creare una *privilegio* giuridica**

Nota Kenneth Stow che il problema dello *status* pubblico degli ebrei riguarda principalmente i territori dell'Impero con il concetto di *servitus camerae*, mentre è evidente, sempre dalle fonti, che Bartolo, come anche Sessa, secoli dopo, sceglie di lasciare da parte il concetto e di concentrarsi su quello, generico e generale, in quanto non affetto da *deminutiones* legate a *status* singolari, di una cittadinanza senza classi, senza riferimento al fatto che gli individui appartengano alla *civitas* per origine o per naturalizzazione. A ciò va aggiunta la considerazione che, per i giuristi di diritto comune, l'*auctoritas* di quanto la tradizione giuridica precedente tramanda ha un peso che spesso si sceglie di non scansare. Senza contare, come ho espresso in altri miei testi, che la problematica degli ebrei in quanto dissidenti sul piano religioso, li porta ad essere giuridicamente differenziati entro il piano dello *status civitatis*. Questo significa che i *doctores* apprendono a monte a classificare gli ebrei entro uno *status* *singulare* e che, per esprimere e, prima ancora, giustificare tale peculiare catalogazione, essi inanelleranno una serie di motivazioni, condivise o meno, condivisibili o meno, ma tutte,

3-4, 4, n.10, richiama Spartianus, *Vita Severi*, 17, 1: «Judaeos fieri sub gravi poena vetuit. Idem etiam de Christianis sanxit». K. Stow, *Catholic Thought. and Papal Jewry Policy, 1555-1593*, cit., pp. 81-124, in particolare, i capp. IV, sulla legge canonica, e V, sullo *ius commune*. Si vedano anche F. Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 95-108, in particolare sulla tolleranza e sulla condizione giuridica dei dissidenti religiosi; Id., *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 16-26.

<sup>22</sup> Su ciò si veda *infra*, nella sezione dedicata ad Oldrado ed Agostino.

rigidamente, con poche variazioni – e tutte sul tema –, nel corso dei secoli in cui l'esperienza di diritto comune si dipana, e da Bartolo a Sessa, lungo i secoli che separano i due<sup>23</sup>. Ciò è significativo, soprattutto se consideriamo l'adattabilità e flessibilità che un diritto giurisprudenziale, quale è lo *ius commune*, dovrebbe mostrare. Al contrario, in questo caso, il diritto viene forzato a creare una vera e propria prigione giuridica in cui il soggetto di diritto, non colpevole se non di essere di differente credo, viene ristretto, piegato, ridotto, sminuito, deprivato. Si parlava, a riguardo dell'adattabilità del diritto, dell'importante ruolo del giurista e dell'*aequitas* come parametro e meccanismo di adattamento del diritto alla realtà. È ora di riconoscere che il parametro, perfettamente funzionante entro il sistema giurisprudenziale, non fu solo di utilità positiva, ma permise anche ampie strumentalizzazioni, in alcuni casi vergognose: quando si tratta di confinare il “non identico” entro quello che deve essere il proprio ruolo definito, tutti fanno quadrato e l'*aequitas* funziona solo restrittivamente<sup>24</sup>.

Vediamo come il giurista si applichi per far funzionare il meccanismo attraverso cui il soggetto con credo diverso poteva legalmente venire ridotto e sminuito, al punto di arrivare a vulnerare la sua condizione giuridica, la sua capacità, a violarne la pienezza. «Iudaeum esse, est delictum». «Iudaei dicuntur a Iuda». Così riportava il giurista Bertachini<sup>25</sup>. «Iudaeus est peior Saraceno», affermava il Toschi, continuando, poi, «Ecclesia orante pro omnibus non flectuntur genua pro Hebraeis; quia peiores sunt omni natione»<sup>26</sup>.

Affermazioni *tranchant*, in effetti, e che, al giorno d'oggi, colpiscono per il profondo senso di pregiudizio ad esse sotteso. Né dissimili le posizioni dei loro colleghi, nel ribadire, nel corso del tempo, con maggiore o minore veemenza, la diversità dell'ebreo, una sorta di colpevolezza primigenia non meglio giustificata. I giuristi facevano, anche all'epoca, casta e corporazione, e sovente, anche se non sempre, le affermazioni, le definizioni, come, anche, le motivazioni (e questo è più grave), si rincorrevano, non particolarmente

<sup>23</sup> K. Stow, *Equality under Law* cit.; K. Stow, *The Tractatus de Iudaeis of Giuseppe Sessa (Turin, 1716): Legal Uniformity and Evolutionary Emancipation*, inedito; J. Kirshner, «*Civitas Sibi Faciat Civem: Bartolus of Sassoferrato's Doctrine on the Making of a Citizen*», *Speculum*, 48 (1973): 694-713; L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo* cit., pp. 529 e sgg.

<sup>24</sup> È pressoché inevitabile, nel prendere atto e descrivere tale prigione giuridica, ricorrere ad una terminologia che faccia riferimento al confine, al limite.

<sup>25</sup> *Repertorium Do. Ioan. Bertachini firmiani*, Tertia pars, Venetiis, 1570. Il Bertachini, marchigiano, vissuto nella seconda metà del Quattrocento, dopo aver ricoperto varie cariche pubbliche, viene chiamato come avvocato concistoriale dal pontefice Sisto IV. Compila il divulgativo *Repertorium*, in cui dimostra il suo pragmatismo ma, altresì, la sua padronanza della cultura giuridica precedente sia in campo civilistico, sia canonistico.

<sup>26</sup> Dominici Tuschi, *Practicarum Conclusionum Iuris Tomus quartus, Iudaei quales, & qualiter tractandi*. Concl. 373, Lugduni M. DC. LX. Il Toschi, reggiano, vissuto a cavallo tra Cinque e Seicento, dopo essere entrato al servizio degli Este, intraprende gli studi di diritto, fino a diventare giurista, magistrato, quasi pontefice, nonché autore delle *Practicarum conclusionum iuris*. Sul Toschi è stato recentemente pubblicato, dopo revisione, il lavoro di R. Govoni (a cura di V. Gardenghi), *Il cardinale Domenico Toschi*, Diabasis, Reggio Emilia, 2009, pp. 160. Altre notizie sul volume qui [http://linformazione.e-tv.it/archivio/20090915/29\\_RE1509.pdf](http://linformazione.e-tv.it/archivio/20090915/29_RE1509.pdf)



differenti, quando non quasi eguali, da un testo all'altro, colpevolmente (nel caso di specie) creando un *corpus* giurisprudenziale, reso potente dall'auto-revolezza stessa degli studiosi che vi contribuivano.

Se il Bertachini, giurista quattrocentesco, riporta *delictum*, la definizione, attraverso il suo *Repertorium*, si tramanderà, cristallizzata, non solo ai posteri ma a tutta la rete di tecnici del diritto destinata a fare uso di quell'opera. *Delictum* è un termine forte, oggi, come allora. E, in un repertorio giuridico, usato in senso tecnico. Infatti il Toschi, giurista più tardo, cinque-seicentesco, non esita a rincarare la dose, forte della "tradizione" e della compattezza dei predecessori. Eppure, si operavano, comunque, dei distinguo: si trattava, tuttavia, di un *delitto* – per usare il termine del Bertachini – non punibile; mentre lo era l'essere eretico. Come a dire un temperamento, come se, in fondo, si riconoscesse al giudaismo un primordio di verità, per cui non lo si può definire completamente falso<sup>27</sup>.

In proposito, vale osservare che il termine *delictum* nel latino classico significa in origine sia "errore, fallo, mancanza", sia "delitto"<sup>28</sup>. Tuttavia, fin da allora, il termine poteva significare "azione colpevole, misfatto, colpa": l'accezione di "delitto, crimine" era presente, anche se non prevalente ed etimologicamente non originaria. Un cambiamento più radicale si registra nel latino medioevale: *delicta sive peccata* si trova in Tommaso d'Aquino<sup>29</sup>. Il giuridico *in flagrante delicto* è una formula medievale, *delictum spinæ dorsī* è la pederastia, punita col rogo<sup>30</sup>. Dunque, il termine, fin dal latino medioevale e successivo, passa a significare "azione criminale", come è del resto confermato dall'italiano "delitto", che dal latino medioevale deriva e ha un senso più forte del latino classico *delictum*. Fondamentale è, in progresso di tempo, la definizione di *delictum* offerta dal Deciani, penalista cinquecentesco. Se, antecedentemente, infatti, si era evitato di ricorrervi per non imbrigliare l'opera dell'interprete, col penalista udinese, in pieno Cinquecento, il delitto diviene il centro, il fulcro espositivo della trattazione penale<sup>31</sup>. No-

<sup>27</sup> Su ciò, si veda *infra*, su Oldrado e Agostino e sull'argomento a cui si fa ricorso.

<sup>28</sup> Ringrazio la prof. Patricia Zampini per le puntuali note sul termine. Il significato delitto risulta essere più raro, perché il termine deriva dal verbo *delinquo*, che, composto da *de*+*linquo* ("lasciare, lasciarsi dietro"), significa propriamente "mancare, commettere mancanza, essere in fallo, sbagliare". Orazio, in *Ars poet.* 442, usa *delictum* nel senso di "errore, sbaglio, mancanza di uno scrittore". Allo stesso modo, nel IV sec. d. C., Ammiano Marcellino, *Storie* 14, 6, 25, ricorre a *delicta* nel senso di "difetti", contrapposto a *praecipua*, "pregi". Analogamente Cicerone in *Pro Murena*, 61 sembra confermare il senso di "mancanza": anzi, parlando dell'intransigenza degli Stoici, è intenzionale la contrapposizione di *delictum*, "mancanza", con *scelus*, la "scelleratezza" vera e propria.

<sup>29</sup> *Expositio in Davidem* a Psal. XXI. «In membris autem Christi, idest ecclesia, sunt delicta sive peccata».

<sup>30</sup> Ch. DuCange, *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, Tomus Tertius, Paris, 1938, p. 52.

<sup>31</sup> In particolare, gli elementi essenziali comuni, la *quidditas*, vengono separati dalle caratteristiche precipue delle varie fattispecie, le *qualitates*, lasciate alla parte speciale. M. Pifferi, *Generalia Delictorum. Il «Tractatus criminalis» di Tiberio Deciani e la «Parte generale» di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 189 e sgg. Si vedano anche le interessanti osservazioni a riguardo di delitto e peccato, pp. 270 e sgg. Il penalista Deciani, udinese, vive nel '500, insegna a Padova e, pur essendo partecipe di bartolismo ed umanesimo, in polemica con l'Alciato,

nostante la definizione appena vista, gli stessi giuristi riconoscono che gli ebrei sono regolati dal diritto comune. Eppure, anche qui, si trova il modo di operare la distinzione che colpisce l'eguaglianza.

«Iudaei vivunt & ligantur iure communi» osserva il Bertachini<sup>32</sup>. Lo seguono i più tardi Scanaroli «Nulla est facienda differentia, nisi in casibus aliter expressis», cinque-seicentesco, e il Sabelli, seicentesco,

Judaei utuntur Jure communi, & juxta jus civile Romanorum iudicari debent. (...) Judaei cum Jure communi Romanorum utantur, omnia, quae non reperiuntur illis expressè prohibita, censeri debent permissa. (...) Inter Judaeos, & Christianos Jura sunt communia, neque cum ipsis, quoad tramites legum Romanarum, jusque reddendum faciendum est discrimen, nisi in casibus aliter expressis. (...) Judaeis dicuntur de populo, & corpore Civitatis, ubi commorantur (si trattengono), & ligantur generaliter omnibus statutis, sive commodum, sive onus afferentibus.

Insomma, è evidente che la *vulgata* passa e si trasmette solida, e spesso immutata, di *doctor* in *doctor*, attraverso le opere ed i secoli. Forte dell'*authoritas* di fonti su fonti, essa si stratifica e si consolida. Soggetti dello *status civitatis*, sì, ma cittadini speciali e, come si accennava, con una propria giurisdizione (autonomia) in questioni interne:

in quibus casibus adhuc hodie servant legem Mosaicam, non attento jure canonico, maximè circa illorum matrimonia, & similes ritus, quatenus tamen non agant in contemptum Christianae fidei, quo casu amittunt omnia privilegia illis à jure nostro concessa, vel tolerata (...). Inter Judaeos (quando illorum leges differunt à jure communi) sint servandae leges Judaeorum (...) & ideò facto inter eos compromisso de jure, intelligitur de jure illorum speciali, & non de jure communi Romanorum.

A quest'ultima osservazione fa eco il cardinal De Luca: «Lex Mosaica servanda est inter ipsos, quando Christianus non est in causa, nec jus commune aliter disponit inter eosdem Judaeos»<sup>33</sup>.

---

si trova a difendere, realisticamente, la funzione giurisprudenziale del giurista, costretto a districarsi, nel panorama del tempo, tra un proliferare di fonti. Di rilevante importanza per la fondazione della moderna scienza del diritto penale, autore del *Trattato di Diritto criminale*, opera destinata a contrapporsi alle *Practicae* all'epoca diffuse e che, con un'analisi per la prima volta approfondita sugli elementi del diritto, distillando la casistica in superiore sintesi, affronta in maniera scientifica e per principi il diritto penale dell'epoca, completando la separazione tra penale sostanziale e processuale e contribuendo all'emersione della parte generale. Si vedano M. Cavina (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del Convegno internazionale di studi, Udine, 12-13 aprile 2001, Forum editrice universitaria udinese, Udine, 2004, pp. 340; M. Pifferi, *Generalia Delictorum* cit., pp. 474.

<sup>32</sup> Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Judaeus*.

<sup>33</sup> Io. Baptistae Scanaroli, *De Visitatione Carceratorum* Libri Tres, Cap. VIII, Romae, Anno Iubilaei M. DC. LXXV; Marc' Antonii Sabelli, *Summa Diversorum Tractatum*, Tomus Secundus, Venetiis, M DCC XL VIII, §. Judaeus. XL. Secondo il Bertachini, *Repertorium*, cit., «Iudaei in successionibus debent servare legem Mosaicam»; *Repertorium, seu Index Generalis Rerum Notabilium, Quae continentur in Theatro Veritatis & Justitiae Cardinalis De Luca*, Neapoli, M

Se, da un punto di vista giuridico, l'appartenenza al popolo romano era la stretta conseguenza del rinnovato vigore, insieme al diritto romano, dell'Editto di Caracalla del 212, che estendeva lo *status civitatis* a tutti gli abitanti liberi dell'Impero, restava la questione più strettamente religiosa, sollevata dalle nuove norme e la presenza degli ebrei, allora, viene riquadrata come soggezione e reinquadrata in un'ottica, in cui la funzione, ad essi assegnata, è di testimoniare la veridicità del Vecchio Testamento, il *primordium veritatis*:

Iudaeus debet esse subiectus Christianis; [Iudaei] debent Christianis subijci, tamquam servi: & sic inducitur servitus de iure canonico. Servi Christianorum sunt, sed in libertatem sustinentur ex pietate. Tolerantur ab ecclesia. Ratio est, quia fides iudaeorum habet primordium veritatis unde non dicitur per omnia falsa. Iudaei licet sint creaturae Dei, non tamen sunt ecclesiae.

si cerca di scavare un profondo divario per isolare negativamente gli ebrei: «Iudaeorum consuetudine uti non debent Christiani»<sup>34</sup> con un costante ritorno dei concetti di servitù e di tolleranza: «Tolerantur ergo ab Ecclesia (...) quia fides Iudaeorum habet primordium veritatis»<sup>35</sup>, (mentre non si tollerano gli eretici), in una scelta «anti-integrazionista, segregazionista, separatista», fondata su di una «chiave interpretativa» della realtà «religiosa»<sup>36</sup>. «Licet dicantur servi Christianorum & Principis»<sup>37</sup>, *servi camerae*, cioè. L'universalismo medioevale non eliminava ancora fisicamente l'ebreo, ma lo relegava in una posizione di marginalità giuridica in un'ottica di mero utilitarismo economico. Di fatto la presenza del diverso imponeva la necessità

---

DCC L VIII, alla voce Hebraei. Scanaroli, giurista modenese a cavallo tra Cinque e Seicento, dopo gli studi di diritto a Macerata, a Roma diviene procuratore dei poveri, partecipando al tribunale della Visita alle carceri, organo giudiziario romano stabile e composto dai giudici dei diversi tribunali romani, col compito di rivedere la posizione dei carcerati: la Visita, infatti, è atto di clemenza. Egli ricopre a lungo l'incarico e vi si ispira per il suo volume, che si iscrive nell'ambito della riforma carceraria a Roma nel '600. L'opera, che propugna la finalità rieducativa e non solo preventiva del carcere, nasce dalla sua esperienza, quando, ormai anziano, con l'aiuto del suo successore, avv. don Zuffo, riorganizza il materiale, rendendolo non tanto un trattato, quando una sua difesa dei carcerati. Su questo C. C. Fornili, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600*, Roma, 1991, Pontificia università Gregoriana, pp. 112-33. Marco Antonio Savelli, latinizzato in Sabellus, è giurista del XVII secolo, originario di Modigliana, auditore della Rota criminale in Firenze, autore di una *Summa* e di una *Pratica* destinate ad avere molta fortuna. Su di lui D. Edigati, *Una vita nelle istituzioni. Marc'Antonio Savelli giurista e cancelliere tra Stato pontificio e Toscana medicea*, Accademia degli Incamminati, Modigliana, 2005. Giambattista de Luca, vissuto nel Seicento, studia diritto a Salerno e a Napoli, dove è prima avvocato, poi, avanti negli anni, trasferitosi a Roma, sacerdote, uditore, indi cardinale, noto per l'indipendenza di pensiero e per aver proposto l'uso dell'italiano nelle produzioni scientifiche, è autore del *repertorium Theatrum veritatis ac iustitiae* di diritto canonico, civile e feudale in 21 tomi, poi ridotto in italiano nel *Dottor volgare*, 15 libri.

<sup>34</sup> G. Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Iudaeus*.

<sup>35</sup> *Tractatus Criminalis D. Tiberii Deciani*, Tomus Primus, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem, M D XC, Lib. V *De Iudaeis*, cap. XI; M. A. Sabelli, *Summa Diversorum Tractatum*, Tomus Secundus, Venetiis, M DCC XL VIII, §. *Judaeus*. XL.

<sup>36</sup> M. Sbriccoli, appunti a margine delle fotocopie del *Tractatus Criminalis* del Deciani, messe a mia disposizione quando ero tesista (1992-95).

<sup>37</sup> T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., Lib. V *De Iudaeis*, cap. XI.

di trovare un senso, una spiegazione di tale elemento di rottura, rispetto alla generale uniformità. Sul piano del diritto, ciò comportava una moltiplicazione in senso soggettivo, in relazione allo specifico *status* degli ebrei; una scissione in senso verticale in una serie di diritti speciali, contrapposti, in quanto collegati a situazioni peculiari. Tale fenomeno di moltiplicazione personale va a riflettere una frammentazione della società in classi, gruppi, ordini, tipicamente medioevale. L'ordinamento si scompondeva in tante sfere giuridiche personali e speciali; il diritto variava di gruppo in gruppo, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello giurisdizionale.

Dal punto di vista sostanziale poteva accadere che, alla disciplina ordinaria, fissata dalle fonti principali, altre fonti, come il diritto canonico o feudale, oppure come gli Statuti delle corporazioni, fissassero deroghe, a vantaggio o a svantaggio di categorie di persone, individuate in base allo *status* sociale, professionale, confessionale; ogni deroga corrispondendo ad una specifica situazione soggettiva. Il diritto canonico, ad esempio, dichiarò intestabile chi praticava la professione di usuraio. Altre volte era la stessa normazione principale a sancire situazioni per così dire riservate, stabilendo una particolare disciplina – diritti e doveri, capacità e incapacità – per un certo gruppo di persone. Ciò avveniva quando le entità politiche stesse (e non la Chiesa o le corporazioni) avevano interesse ad isolare negativamente certe sfere personali.

Una tipica situazione riservata si ebbe quando, con la bolla *Cum nimis absurdum*, Paolo IV fece divieto, agli ebrei, di possedere immobili. La proibizione favorì l'emersione di uno speciale diritto di inquilinato perpetuo sulla casa, forzosamente affittata dai cristiani, detto *ius gazagà* e riservato esclusivamente agli ebrei. Nel campo penale, poi, la qualità della pena non dipendeva esclusivamente dal reato, ma sia dallo *status* personale del reo, sia dalla qualità della persona offesa. Tipici crimini, ascritti agli ebrei dall'immaginario superstizioso medioevale (sia popolare, sia religioso), erano l'omicidio rituale, la profanazione delle ostie, l'avvelenamento dei pozzi, riconducibili all'idea stereotipata del complotto contro la cristianità. Ancora, agli ebrei convertiti (il più delle volte, forzatamente) veniva associato il reato di giudaizzare, cioè di imitare i riti e le consuetudini ebraiche; mentre, per quanto riguarda i non convertiti, si temeva che essi suggestionassero i gentili, spingendoli a giudaizzare a loro volta.

Dal punto di vista giurisdizionale la condizione personale delle parti rimandava alla particolare giurisdizione competente, ad esempio, l'Inquisizione. Nel caso degli ebrei, però, la *potestas puniendi* spettava ai principi secolari, a causa della mancanza della giurisdizione temporale della Chiesa, la quale punisce al solo scopo di riportare alla salvezza spirituale; il che è inutile, nel caso degli ebrei, che, così, dopo i processi, venivano consegnati al braccio secolare. Diversa la situazione per quanto riguardava la giurisdizione interna, cioè quella porzione di regolamentazione autoctona e propria del gruppo che restava a regolamentare le

questioni interne ad esso e che si individuava nel concetto di autonomia.

Nella distinzione tra cattolici e non cattolici albergavano, per i dissidenti, varie limitazioni delle capacità di diritto pubblico e privato: essi erano esclusi dal regime comune del matrimonio, da diritti personali e reali; taluni negozi, però, erano specificamente disciplinati e taluni diritti erano esclusivamente riservati agli ebrei, come la particolare regolamentazione del matrimonio e delle successioni (espressioni di autonomia, appunto), lo *ius gazagà*, l'attività di prestito su pegno. Alcune situazioni evidenti in cui la qualificazione giuridica prende corpo, con lo scollamento del piano pubblico e di quello giurisdizionale, sono, appunto, riferibili alla cittadinanza (*status civitatis*) ed alla giurisdizione, sul piano definitorio. Non solo: le problematiche, infatti, ricercate e indagate dai *doctores*, si estendono alla forzatura della ricerca di un senso della presenza dell'ebreo, il non eguale, nei secoli, in una società stratificata, differenziata, ma, in fondo, tutta coesa e compatta, attraverso il ricorso ai concetti di *servi* a livello canonico e civile, e *capsari*, con cui giustificare il motivo per cui agli ebrei veniva consentito di continuare a stare tra i cristiani. Vediamo come il giurista, lungo i secoli dello *ius commune*, riusa, escogita, amalgama e, infine, piega il diritto alle esigenze del potere.

### 3. La cittadinanza: *dicuntur de populo civitatis*<sup>38</sup>

«Iudaei sunt Cives Romani (...). Legibus uti debent Romanis (...). Ubi tolerantur, utuntur privilegiis Civium (...). Debent legibus Romanis parere, & Judices Civiles adire», osserva il giurista Sabelli. Ciò è confermato anche nelle parole del cardinal De Luca: «Dicuntur Cives Romani, & veniunt sub legibus, & Statutis quae de illis loquuntur». Prosegue, poi, il Sabelli: «Iudaeis dicuntur de populo, & corpore Civitatis, ubi commorantur (si trattengono), & ligantur generaliter omnibus statutis, sive commodum, sive onus afferentibus».

Così anche il Deciani. Usa quasi le stesse parole il Toschi, che, però, aggiunge «quod non sunt de populo quoad spiritualia», concetto, questo, ribadito anche da Alberico De Rosate: «Iudaei subsunt Romano Imperio & legibus, sed Romanae Ecclesiae non, ut extra eo». Aggiunge il Toschi:

ut dicantur de populo loci, quo ad hoc, ut vivant legibus illius loci. (...) quia sicuti includuntur in proclamantibus, quod homines tali loci teneantur ad aliquid; ita etiam in favorabilibus Iudaei habitantes in loco comprehenduntur. (...) Servanda sunt hactenus observata; (...) si de consuetudinem solent gaudere aliquibus beneficiis in loco; debent consuetudines servari.

<sup>38</sup> Quanto qui riportato è il nucleo da cui nascono i miei successivi lavori sullo *status civitatis* degli ebrei, ai quale mi rifaccio. Questo paragrafo va, quindi, inteso come un sunto esemplificato. L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo* cit., pp. 529 e sgg.; Id., *Status civitatis: diritti civili e politici degli ebrei tra Antico regime e prima emancipazione (secoli XVIII-XIX)* cit.

Si tratta, però, di cittadini speciali, che, come detto, possono ancora ricorrere, in alcuni ambiti, all'autonomia interna e, quindi, conservare una propria giurisdizione per casi particolari:

in quibus casibus adhuc hodie servent legem Mosaicam, non attento jure canonico, maximè circa illorum matrimonia, & similes ritus, quatenus tamen non agant in contemptum Christianae fidei, quo casu amittunt omnia privilegia illis à jure nostro concessa, vel tolerata (...). Inter Judaeos (quando illorum leges differunt à jure communi) sint servandae leges Judaeorum (...) & ideò facto inter eos compromisso de jure, intelligitur de jure illorum speciali, & non de jure communi Romanorum.

Leggermente divergente dalla posizione del Sabelli è quella, rimarchevole, del Toschi, che collega l'uso del diritto romano al caso in cui «deficit lex Mosaica»<sup>39</sup>. È indicativo della posizione del giurista come il Bertachini e, tempo dopo, anche il Deciani concordino:

Iudaei aliqua civitate habitantes immunitate eius loci hominibus concessa frui possunt<sup>40</sup>. Immunitas concessa hominibus certi loci, extenditur etiam ad Iudaeos ibi habitantes, (...) & permittuntur servare eorum ritus, & superstitiones, modò non sint in vilipendium Christianae Reipublicae<sup>41</sup>

finendo per cristallizzare la questione nel corso dei secoli e mettendo allo scoperto la rigidità solo di comodo e inopportuna del ricorso alle fonti e alle *auctoritates*. Il *doctor* non ha il coraggio di innovare o, perlomeno, nel caso in particolare degli ebrei, trova comodo arroccarsi nella tradizione. Pur considerando che la questione dello *status civitatis* necessita di un ripensamento, alla luce di studi recenti, in quanto essa era nella realtà variegata e resta complessa, proprio per la sua stratificazione, esemplificando con il Colorni si può sostenere che la dottrina poteva sancire, sulla scorta dello stesso *ius commune*, l'appartenenza degli ebrei al novero dei cittadini; ciò, egli osserva, era dovuto alla riesumazione del diritto giustiniano, al quale apparteneva anche la *Constitutio Antoniniana de civitate*, che aveva esteso la cittadinanza a tutti gli abitanti liberi dell'Impero, che, dunque, erano

<sup>39</sup> M. A. Sabelli, *Summa* cit.; D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, conc. 371; T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., Lib. V *De Iudaeis*, cap. XI, XIV; Albericus de Rosate, *In Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, MDLXXXVI, Tit. XII, *De Iudaeis et Coelicolis*, lex VII. De Rosate (o Rosciate), nato nei dintorni del bergamasco verso la fine del 1200 da famiglia di giudici e notai, visse nel XIV secolo, studiò a Padova allievo anche di Oldrado, e si impiegò prima presso i Visconti, poi fu inviato ad Avignone con vari incarichi. Autore dell'*Opus statutorum*, sui problemi del diritto degli ordinamenti particolari rispetto al diritto romano e canonico, considerato la prima elaborazione dottrinale del moderno diritto internazionale privato. Autore anche di *Commentaria* al Digesto e al Codice, importanti sia per la ricostruzione delle opinioni di giuristi, sia per la teoria delle fonti del diritto e, in particolare, la teoria della consuetudine.

<sup>40</sup> G. Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Iudaeus*.

<sup>41</sup> T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., Lib. V. *De Iudaeis*, cap. XI.

*cives romani*<sup>42</sup> e confermato sia dalla glossa al Digesto<sup>43</sup> «Cives romanos dicas omnes subiectos imperio», sia da quella al *Decretum*, la quale ravvisa una cittadinanza di tipo politico, non di stirpe, che si evincerebbe, secondo il glossatore, dalla l. 8, C. 1, 9 «ubi dicitur quod judaei utuntur romano iure», che, per Isidoro di Siviglia, è peculiare ai soli romani. Lo stesso Bartolo, quindi, seguito da altri insigni giuristi, sancisce che «Judaei habent ea, quae sunt civium Romanorum»<sup>44</sup>. L'Alciato<sup>45</sup> osserva che «cum Antonini constitutione omnes qui in orbe romano erant, cives romani effecti sunt, sequitur omnes Christianos hodie populum romanum esse», intendendo con *christianos* gli stati cristiani – e non gli individui, uti singuli – appartenenti all'*orbis romanus*, contrapposti a quelli pagani o musulmani. Il De Luca<sup>46</sup>, al quesito

an ebrei in aliqua civitate fixum habentes domicilium dicantur cives, utrumque usum activum et passivum seu onerosum et favorabilem habentes, ad instar aliorum civium Christianorum, legum, statutorum et consuetudinum civitatis

risponde

quod hebrei originarii seu veri domicilarii civitatis dicuntur veri cives in omnibus, exceptis illis iuribus honorificis et praemientialibus a quibus tantum per viam limitationis regulae exclusi sunt, praesertim vero circa usum activum legum sive communium sive municipalium et consuetudinum in prophanis et mere temporalibus.

<sup>42</sup> V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., pp. 15-7. Id., *Legge ebraica e leggi locali* cit., pp. 68-70 e, più in generale, da 66 e sgg. La questione, in realtà, non è piana e, a mio avviso, come indicato nel mio L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo* cit., esistono graduazioni differenti e diversamente applicate del concetto di cittadinanza.

<sup>43</sup> Glossa ad v. *civium romanorum* in D.1, 6, 4: «Cives romanos dicas omnes subiectos imperio»; Glossa ad v. *quod nulli* in c.12 Decr., I pars, dist. 2: «Omnes vocantur romani subiecti romano imperio»; Isidoro di Siviglia, c.12 Decr., I pars, dist. 2, quindi anche gli ebrei appartengono al popolo romano, V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., p. 15.

<sup>44</sup> *Bartolus a Saxoferrato*, In *Primam*, cit., tit. *De Iudaeis, & Coelicolis*, Lex VI. Gli altri giuristi, citati in V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune*, cit., pag. 15, sono Lauro Palazzi, Lancellotto Gallia, Nicolò de' Tedeschi, Alessandro Tartagni, Marquando Susani; i primi due, con Bartolo, si rifanno alla l. 8, C. 1,9; gli altri alla glossa al passo di Isidoro.

<sup>45</sup> A. Alciato, *De verborum significatione* [D. 50, 16] *libri quatuor et commentaria*, commento alla l. 118 *hostes* (D. 50, 16, 118), pag. 180, Lione, 1535; V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., p. 16. Andrea Alciato, nato ad Alzate Brianza o a Milano, vive nel XVI secolo. Studia tra Milano, Pavia (con Giason del Maino e Filippo Decio) e Bologna, si addottora a Ferrara, si sposta a vivere ad Avignone, poi a Bourges, è riconosciuto come il fondatore della scuola francese dell'umanesimo giuridico, propugnatore di un'interpretazione filologica e storica del diritto contro quella servile dei glossatori. Autore del *De verborum significatione* e dell'*Emblematum liber*.

<sup>46</sup> G. de Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, libro IV, parte I, *De servitutibus praedialibus*, Disc. 70, nn. 2, 3, pag. 89, Venezia, 1726, V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune* cit., p. 16.

E, ancora, relativamente a una disposizione, con cui Pio IV stabiliva che «*judaeos comprehendi sub statutis et decretis generalibus Urbis*»<sup>47</sup>, il De Luca ribadisce che

de jure, quicquid plures dixerint distinguendo inter leges et statuta continentia rigorem vel aequitatem, verius est, exceptis iis quae concernunt forum spirituale seu internum, hebreos dici in omnibus cives, tam in odiosis et onerosis quam etiam in favorabilibus et privilegiatis, ideoque sub legibus, statutis et consuetudinibus aut indultis comprehendi<sup>48</sup>.

#### 4. La giurisdizione: *extra nos, ideo nihil ad nos*

Nonostante la tolleranza nel seno della Chiesa, a testimonianza di quello che vorrebbe essere considerato l'errore, costituito dall'ebraismo, rispetto alla "retta" fede cristiana e nella speranza di ottenerne la conversione, gli ebrei restano fuori dall'idea di salvezza spirituale dei cristiani, tanto è vero che vengono afflitti solo con pene corporali o pecuniarie, ma non spirituali, dalle quali essi non possono essere colpiti, perché non sono mai stati inclusi nella partecipazione spirituale. Essi, che pure *dicuntur de populo Civitatis, non sunt de populo quoad spiritualia*. A ciò è dovuta la mancanza, su di essi, di giurisdizione temporale da parte della Chiesa: la *potestas puniendi* spetta ai principi secolari, perché la Chiesa punisce col solo scopo di riportare alla salvezza spirituale ed è vano parlare di salvezza, quando una fede è definita *superstitio* e chi la pratica è caratterizzato da un'*iniqua pravitas*. Il Toschi dedica un'intera conclusione alla estraneità degli ebrei dal mondo cristiano, oltre a ribadire il concetto anche in altri luoghi<sup>49</sup>.

Supervacuè quaeritur de salute Iudaeorum; quia de iis, qui extra nos, nihil ad nos, (...) ideo non sunt excommunicandi, sed puniendi corporaliter, & in pecunia. (...) Item, nihil ad nos, ubi Ecclesia non habet iurisdictionem temporalem; quia eo casu Principes seculares puniuntur, si delinquant (...). Iudaeorum animae non pertinent ad protectione Papae: quia de iis, qui sunt extra nos, nihil ad nos.

Dalle parole del giurista si evince, da parte della Chiesa, una sorta di ripudio, che, però, non ha natura razziale, ma religiosa e che nasce da quello che, all'epoca, viene inquadrato nell'ambito degli errori spirituali; il problema di una fede, considerata inferiore e che non rientra nell'ideologia della

<sup>47</sup> Pio IV, *Costituzione 48*, par. 5, V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune cit.*, p. 16.

<sup>48</sup> G. de Luca, *Theatrum*, cit., libro II, *De regalibus*, Disc. 160, nn.9,10, pag. 320, V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune cit.*, pp. 16-7. L'autore osserva anche che l'emancipazione non «trasforma» gli ebrei «da stranieri in cittadini (...) ma» si limita ad «abrogare le restrizioni comprimenti il già esistente diritto di cittadinanza».

<sup>49</sup> *Dominici Tuschi, Practicarum*, cit., Concl. 368, 371, 372, 373; un riferimento anche in M. A. Sabelli, *Summa cit.*, § *Judaeus*, XL; cfr. anche G. Bertachini, *Repertorium cit.*, alla voce *Judaeus*: «*Iudaeorum cura non pertinet ad nos Christianos de his, quae foris sunt. Quod verum quoad poenam spiritualem non quo ad aliam*».



salvezza; con la quale, però, il cristianesimo condivide i fondamenti e che mostra, agli occhi degli ortodossi, una sorta di spiraglio verso la verità. Per questo motivo gli ebrei non sono propriamente considerati al pari degli eretici: «Iudaei (...) licet non possint esse haeretici, quia non admittitur in eis separatio (αἰρεομαί), cum sint extra nos» spiega il Toschi. Concordano anche il Deciani, il Farinacci e Baldo, per il quale: «Iudaei non sunt haeretici proprie (...) quia Iudaei habuerunt principium veritatis»<sup>50</sup>. Di fatto, gli ebrei non appartengono propriamente, dunque, alla categoria degli eretici, poiché, restando al di fuori del gruppo religioso, non può applicarsi loro il concetto stesso di eresia, né possono esserlo, in quanto, provenendo il cristianesimo stesso dalla loro religione, essi hanno in qualche modo conosciuto una sorta di principio di verità, di cui restano partecipi<sup>51</sup>. Anche Oldrado da Ponte mostra molta durezza nel suggerire una risposta alla questione «quid ad nos de his, qui foris (cioè fuori; corrisponde all'*extra* degli altri autori ed è termine che ricorre nei Vangeli) sunt?»<sup>52</sup>. Egli non esita a ricordare che «cum liberi arbitrij creaverit nos Deus. (...) Ad fidem catholicam, quam veritatem colit, in qua (...) salus invenitur, nemo compellitur. (...) de Iudaeis, multominus ad superstitionem iudaicam compelletur»<sup>53</sup>. Opinione contra-

<sup>50</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei an sint fori Ecclesiastici, vel secularis, et qualiter puniantur*, Conc. 372; T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., cap. XIV; Prosperi Farinacci, *Tractatus de Haeresi*, Quaest. CLXXVIII, §. VI, Venetiis, M. DC. XX.: «iudaei, & alij infideles non dicuntur haeretici proprie, & stricte, sed improprie, & large»; *Consiliorum, sive Responsorum Baldi Ubaldi*, Volumen Quintum, Venetiis, M D LXXX, Consilium CCCCXXVIII. Baldo, perugino, vissuto nel XIV secolo, allievo di Bartolo da Sassoferrato e maestro di Paolo di Castro, autore di *Commentarii* alle varie parti del *Corpus iuris civilis* e alle *Decretales*, contribuisce a gettare le basi del diritto commerciale e gli si deve il primo studio sulla cambiale nei suoi *consilia*.

<sup>51</sup> A tale proposito, vorrei porre l'attenzione sulla traduzione di "proprie", allo scopo di sgombrare il campo da dubbi e fraintendimenti su come questi giuristi considerino gli ebrei quanto alla categoria degli eretici. Con l'occasione ringrazio la prof. Patricia Zampini per gli interessanti chiarimenti in proposito. Il senso del latino "proprie" qui è "in senso proprio", "con precisione", "con proprietà", "specificamente", e non "(per niente) affatto". Ciò secondo i dizionari di latino classico Castiglioni-Mariotti, Campanini-Carboni, Conte e Calonghi, concordi sul punto, sia pure con sottili sfumature. E in effetti il prosiegua della citazione, riportato nella nota precedente, appare ricondurre il significato entro quest'ambito: «non dicuntur haeretici proprie et stricte, sed improprie et large». Dal momento, cioè, che gli ebrei sono al di fuori del gruppo religioso, non possono essere considerati propriamente eretici, perché la parola eretico viene da "aireomai" (che in greco vuol dire "prendere per sé", con l'idea del portar fuori da un insieme – il verbo significa specificamente "scegliere" –). Nel Du Cange, dizionario di latino medioevale, "proprie" è spiegato come "indivise" latino, contrapposto a una proprietà comune. In sostanza, il termine eretici non si attaglia esattamente agli ebrei, gli ebrei non sono eretici in senso stretto, in quanto essi hanno conosciuto un principio di verità, (essendo il cristianesimo nato dalla loro religione).

<sup>52</sup> Su *foris* si veda W. J. Pakter, *De his qui foris sunt. The teachings of the medieval canon and civil lawyers concerning the Jews*, 1974, University Microfilms, Ann Arbor, Mich., pp. 598; Id., *Medieval Canon Law and the Jews*, Ebelsbach, Gremler, 1988, pp. 379; J. Gilchrist, *The Perception of Jews in the Canon Law in the Period of the First Two Crusades*, in «Jewish History», vol. 3, no. 1, Spring, 1988, pp. 9-24.

<sup>53</sup> *Oldradi De Ponte Consilia, seu Responsa, & Quaestiones Aerae, Venetiis, M. D. LXX.*, Consilium LI. Oldrado, citato anche dal Petrarca, che ricorda come, invano, avesse cercato di farlo passare agli studi di diritto, è un giurista trecentesco originario di Lodi, che studia a Bologna assieme a Cino da Pistoia. Si sposta poi a Padova, dove ricopre la carica di Assessore del Capitano del popolo, quindi alla corte di Avignone, prima uditore, poi giudice della Rota. È

ria alla netta separazione, contraria a ribadire, cioè, l'estraneità degli ebrei dal foro spirituale, è quella, riportata dal Toschi:

computantur inter oves Christi. (...) Sunt Iudaei sub protectione Papae; quia in Evang. Ioan. cap.10. Christus dicit de Iudaeis, & aliis: Et alias oves habeo, quae non sunt ex hoc ovili, et oportet eas adducere, et fiet unum ovile. & dixit alibi Petro: Pasce oves meas; non distinguens.

Del resto, anche Oldrado considera gli ebrei partecipi della natura dei cristiani “nedum (e non solo) in anima, sed etiam in corpore” e, così, anche il Bertachini: «sunt enim nostrae naturae participes, & proximi nostri»; mentre, per il Deciani, «in actibus humanis participant nobiscum, non etiam in divinis» e, con lui, concorda il Toschi<sup>54</sup>. Per quanto riguarda la giurisdizione<sup>55</sup>,

subsunt autem foro Ecclesiastico in delictis Ecclesiasticis, & foro seculari in secularibus, & in iis, quae sunt mixti fori, est locus praeventioni, ut ille procedat, qui praeventit. (...) Amplia, ut in tantum subsint foro Ecclesiastico in delictis Ecclesiasticis, vel in mixtis, quando fuit praeventum, ut secularis Potestas nullo modo possit procedere contra eos, nisi ad requisitionem Ecclesiastici, ut poenam imponat, etiamsi ex forma statuti hoc disponderetur.

Il Toschi riporta l'opinione, contraria, di Giulio Claro (con cui concorda il Bertachini), per il quale «Iudaeus propter blasphemiam punitur à iudice seculari», specificando che, solo qualora il giudice secolare sia negligente, può intervenire, «in subsidium», quello ecclesiastico. Quando il foro è ecclesiastico o misto, la potestas puniendi spetta solo all'autorità temporale, perché, se la Chiesa punisce, affinché qualcuno sia condotto ad un risultato migliore, ciò non ha niente a che vedere con gli ebrei, che sono esclusi dalla cristianità. Concorda con ciò Pietro da Ancarano, il quale, per lo stesso tipo di delitti, invoca l'intervento del giudice secolare, «quia licet Iudaei subsint Papae, intelligitur quoad forum poenitentiale, vel in subsidium; sed

in particolare autore di consilia e pareri. G. Tiraboschi, Storia della letteratura italiana, tomo V, Roma, MDCCLXXXIII, per Luigi Perego Salvioni Stampator vaticano, pp. 250-1. Su di lui, in particolare sulla marginalità dei non cristiani nella società medioevale, ha scritto N. Zacour, *Jews and Saracens in the Consilia of Oldradus da Ponte*, Pontifical Institute of Medieval Studies, Toronto, 1990, pp. 114. Anche C. Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia*, Bicocca, Milano, 2000, pp. 841.

<sup>54</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei extra nos, ideo nihil ad nos*, Concl. 368, *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, Conc. 371; Oldrado da Ponte, ...*Consilia*, cit., Consilium CCLXIII; G. Bertachini, ...*Repertorium*, cit., alla voce *Iudaeus*; T. Deciani, *Tractatus Criminalis*, cit., Cap XIV.

<sup>55</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei an sint fori Ecclesiastici, vel secularis, et qualiter puniantur*, Conc. 372, nella quale riporta diffusamente le posizioni di Giulio Claro, Pietro di Ancarano, Baldo degli Ubaldi; M. A. Sabelli, *Summa* cit., §. *Iudaeus*, XL.

principaliter tamquam laici sunt puniendi per secularem». Comunque, «de causis, quae sunt contra canones, & legem divinam», sia per il Toschi, sia per Baldo, la competenza spetta al giudice ecclesiastico, ma «si incideret aliquid, quod ad secularem spectaret cognitio, secularis erit iudex», senza dimenticare che gli ebrei sono sotto la protezione del Papa, il quale, a parere di Baldo, «eos protegere habet, sicut oves suas, quas ei inter alias commisit Petrus, cum dixit, pasce oves meas»<sup>56</sup>. «Limita; quia secundum aliquos (G. Claro) regulariter Iudaei sunt de foro secolari, non autem de foro Ecclesiastico».

## 5. Cercare una giustificazione alla presenza: *servitus secolare e canonica*

Il problema, se così si può definire, è evidentemente fornire una giustificazione formale alla realtà che gli ebrei vivono tra i cristiani<sup>57</sup>. La situazione giuridica sostanzialmente permane immutata lungo il corso del diritto comune<sup>58</sup>. Nei territori in cui vige il diritto romano gli ebrei hanno lo *status* di cittadini dell'Impero: «Iudaei sunt cives Romani» riporta il Sabelli. Dello stesso parere sono anche Bartolo da Sassoferrato («Iudaei habent ea, quae sunt civium Romanorum») e il Toschi<sup>59</sup>. «Cives romanos dicas omnes subiectos imperio» affermava la glossa al Digesto; «omnes vocantur romani subiecti romano imperio», ribadiva la glossa al Decreto; nella l. 8, C. 1, 9 si affermava «quod iudaei utuntur romano jure», diritto che, secondo Isidoro di Siviglia, è peculiare ai soli romani<sup>60</sup>. Per il Bertachini gli ebrei, che vivono in una città, godono delle stesse immunità, concesse agli uomini del luogo e dei privilegi della città<sup>61</sup>. Il Toschi<sup>62</sup> osserva che, secondo l'opinione più diffusa, «Lex Mosaica est spiritualis Iudaeorum, & inter eos est servanda, & in subsidium servanda lex communis», almeno finché non sia vietata dal diritto comune; ma vi è anche chi sostiene la totale prevalenza dello *ius*

<sup>56</sup> Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum* cit., V, Consilium CCCCXXVIII.

<sup>57</sup> Si veda, in proposito, A. Foa, *Ebrei in Europa* cit., pp. 283-92, che fa riferimento a R. Stacey, 1240-1260, *a watershed in Anglo-Jewish relations?* in «Historical Research», n. 61, 1988, pp. 135-150.

<sup>58</sup> L. Luzi, *Status civitatis: diritti civili e politici degli ebrei tra Antico regime e prima emancipazione (secoli XVIII-XIX)* cit.; L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo* cit., pp. 529 e sgg.; L. Luzi, «Octo sunt permissa». Controllo dei nuclei ebraici in alcune aree europee tra XIV e XVIII secolo cit., pp. 95-132.

<sup>59</sup> M. A. Sabelli, *Summa* cit., §. Judaeus XL; Bartolo da Sassoferrato, *In Primam* cit., Lex VI; D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, Conc. 371.

<sup>60</sup> Glossa ad v. *civium romanorum* in D. 1, 6, 4; Glossa ad v. *quod nulli* in c. 12 Decr., I Pars, dist. 2; Isidoro di Siviglia, c. 12 Decr., I Pars, dist. 2, in V. Colorni, *Gli ebrei nel sistema del diritto comune*, cit., pag. 15; Id., *Legge ebraica e leggi locali* cit., pp. 69 e sgg. «Non è la religione, ma (...) la sudditanza l'elemento che conferisce la qualità di *civis romanus*».

<sup>61</sup> G. Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Iudaeus*.

<sup>62</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei in quibus secundum legem Moysis iudicentur, vel non*, Concl. 369, *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, Conc. 371, *Iudaei an sint fori Ecclesiastici, vel secularis, et qualiter puniantur*, Conc. 372.

*civile*. La presenza degli ebrei va tollerata, perché essi, che in un'ottica spirituale sono estranei, dal punto di vista del diritto naturale sono partecipi della natura umana. La metafora con cui il Toschi indica tale status è «oves (...), quae non sunt ex hoc ovili». Ciò non implica che si eviti di ribadire la diversità, la condizione, deteriore, di persone odiose:

statutum conferens beneficium generaliter, puta minuens poenam iuris communis, non videtur includere personas odiosas, & infames, prout sunt Iudaei. (...) Si lex minuens poenam, vel conferens beneficium liberat ab infamia, vel inducit infamiam, quae dispositio non potest applicari Iudaeis: quia sunt perpetuo infames. (...) Ubi duae leges sunt, una rigorosa, altera aequitatis: Iudaeis nunquam servatur aequitas, sed rigor.

Si applica, invece l'*aequitas scripta*. Per il Sabelli<sup>63</sup> rileva soprattutto che gli ebrei, finché «non agant in contemptum Christianae fidei», godono di privilegi, concessi o tollerati dal diritto comune, e usano la legge mosaica. Concessioni e tolleranze servono a colmare lacune, imposte da una legge, che attenta al principio di uguaglianza. Mai un accenno all'equiparazione. Se «iudaicum esse est delictum», perché una società, fortemente impregnata di sovrasensi simbolici religiosi, accetta un corpo estraneo o sente il bisogno di contenerlo, ma giustificarlo, anzi, giustificarsi? Va considerato che, se, fino a questo punto, la problematica della presenza è stata sceverata in chiave giuridico-politica, vale tenere presente che si è di fronte ad un ordinamento che fortemente risponde al dato teologico e che, probabilmente, anche per il carattere canonico che, come abbiamo accennato, caratterizza, accanto a quello civile, lo *ius commune*, non manca di porre riferimento, nelle fonti giuridiche, al senso religioso<sup>64</sup>. Per queste ragioni, la tradizione romana, più schiettamente giuridica, va altresì ricondotta alla tradizione teologica della Chiesa per poter fornire il senso non solo della presenza, ma anche di quella che fu una vera e propria tolleranza voluta e, per così dire, programmata, negli Stati cristiani. Nota Gilchrist che gli storici collocano all'epoca delle prime due Crociate un inasprimento della situazione degli ebrei in Europa. Aggiunge, però, che, già prima del 1096, le fondamentali teoriche erano già reperibili, in particolare, le autorità ecclesiastiche, avevano approntato un corpo normativo il cui scopo era porre gli ebrei in una luce negativa<sup>65</sup>. Nel contempo, però, va registrato che è la Chiesa, a sostenere la presenza ebraica. A questo riguardo, se si riteneva, in passato, che ciò avvenisse sulla scorta della teoria agostiniana, la quale assegnerebbe agli ebrei la funzione di testimoniare la verità della fede cristiana, senza curarsi di una loro, eventuale, conversione, rinviata alla fine dei tempi, gli studi di Kenneth Stow hanno dimostrato come tale impostazione non sia più ade-

<sup>63</sup> M. A. Sabelli, *Summa cit.*, § Iudaeus, XL.

<sup>64</sup> K. Stow, *Equality under Law cit.*

<sup>65</sup> J. Gilchrist, *The Perception of Jews in the Canon Law in the Period of the First Two Crusades*, in «Jewish History», vol. 3, no. 1, Spring, 1988, pp. 9-24.

guata, poiché la frase a cui si ricorre è una *prooftext*, un passaggio biblico decontestualizzato.

Più precisamente, Stow annota che

The medieval solution had been an equilibrium based on limited and legislated segregation. This was far more complex than the simple realization – as is so often inadequately put – of the biblical verse first adduced by Augustine that Jews should not be killed, lest God’s name be forgotten (Ps. 59:12). Augustine himself had explained this verse as: let not their “memory” be destroyed. The true origins of attitudes towards Jews were propounded by Paul, who inextricably linked Christian salvation at the End of Days with the Jews’ integration into the faith; he also could not imagine society without a Jewish presence. (...) Some solution, some balance, had to be achieved – albeit one permanently tilted toward Christian advantage and against the Jews. And in the putative (institutional) unity of the medieval world, this balance worked, within limits, at least for the Church. Secular society lacked the tools to sustain such an equilibrium, and it alternately expelled or massacred its Jews <sup>66</sup>.

Di fatto, per Stow, sebbene in Paolo il concetto di pericolo venga espresso nei confronti del giudaismo in complesso, presto viene legato agli ebrei in sé e tanto profondamente ciò si radica, da ciò, nei giuristi, che le espulsioni e i massacri tra XIII e XIV secolo finiscono per venire giustificati proprio attraverso le parole di Paolo<sup>67</sup>. Quella di Agostino resta, per Stow, di fatto, una *prooftext*, una mera citazione di un passo biblico, estrapolata dal contesto di provenienza e, come tale, fortemente ingannevole o, perlomeno, fuorviante. Mentre, infatti, Tommaso d’Aquino chiarisce che gli ebrei rendono testimonianza dell’esistenza del male contrapposto al bene, (S.T. II-II, 10-12), la citazione di Agostino appare in lettere pontificie, e fin dalla prima età moderna, senza, però, possedere, di per sé, alcun carattere teologicamente vincolante<sup>68</sup>. Secondo Anna Foa, in quel contesto politico, ormai avviato a divenire confessionale e, quindi, maggiormente intransigente, il ruolo dell’ebreo è quello di “specchio rovesciato”<sup>69</sup>, di doppio catartico rispetto alla retta fede, perché al diverso si associa l’idea del timore e del pericolo e viene allontanato, diviene un soggetto marginale, un estraneo. Con frequenza ritroveremo l’espressione «extra nos, ideo nihil ad nos». Ma proprio in quanto *extra, ergo nihil*, il niente dell’ebreo si contrappone alla pienezza della fede cristiana e, in questo senso, è funzionale all’ottica della retta religione, non solo di stato, ma universale. L’ebreo, *nihil*, testimonia la verità piena e, direi, azzardando, totalitaria, del cristianesimo medioevale. Nella *Lettera ai Romani* di Paolo si estrinseca, per la prima volta, l’instaurarsi di

<sup>66</sup> K. Stow, *Theater of Acculturation*, University of Washington Press, Seattle & London, 2001, p. 57.

<sup>67</sup> K. Stow, *Theater of Acculturation* cit., pp. 57 e sgg.

<sup>68</sup> K. Stow, *Theater of Acculturation* cit., p. 164 n.

<sup>69</sup> A. Foa, *Ebrei in Europa* cit., pp. 26, 268.

un legame, in chiave teologica, tra la presenza dell'ebreo e l'economia della salvezza cristiana. Si usa sostenere che essa, ripresa in una citazione di Agostino, costituisce la base della giustificazione della presenza ebraica nel mondo cristiano.

In realtà la questione non è così piana, ed estremamente interessanti si rivelano le osservazioni di K. Stow su Agostino e sulla provenienza di tali concetti, che finiscono per fondare il concetto di tolleranza<sup>70</sup>. E, ancora, nelle Lettere *ai Galati* e *ai Corinzi*, Paolo formula il concetto di contaminazione, la quale si deve alla natura prava, diabolica, idolatra dell'ebreo<sup>71</sup>. A. Foa nota che il concetto di contaminazione ha subito, nel tempo, uno slittamento semantico, non più per religione ma per la natura fisica; l'anti-giudaismo teologico vira, cioè, verso, l'antisemitismo razzista. Prende così corpo la teoria della salvaguardia – dalla e, insieme, della – presenza ebraica nell'universo cristiano e proprio a testimonianza dell'errore di fondo di voler conservare la religione dei padri. In tale ottica, la presenza dell'ebreo è tollerata, in quanto utile alla fede cristiana: nel Salmo 40°, riportato da Oldrado<sup>72</sup>, Agostino arriva ad argomentare che gli ebrei sono nostri sottoposti, come schiavi. L'ebreo, mantenuto in condizione di inferiorità e subordinazione, rispetto alla società cristiana, è tollerato, appunto, in quanto reso funzionale, strumentalizzato, alla verità e rettitudine della fede cristiana; è tollerato allo scopo di tutelare, attraverso un "esempio deviante" costantemente presente e, quindi, costantemente di monito, il destino del popolo cristiano: non è in suo odio che egli è mantenuto tra i cristiani, ma nella prospettiva sotterrica.

La Chiesa, in questo modo, protegge la presenza dell'ebreo. Ed ufficializza la propria posizione nella bolla *Sicut Iudaeis*, che, al pari di una carta

<sup>70</sup> Su questo, riporto l'interessante l'opinione di K. Stow, *Jewish Dogs*, Stanford University Press, 2006, pp. 225-7. Egli sostiene che «Too often, the Augustinian influence is posited, not demonstrated. (...) When Bernard of Clairvaux berated the monk Rudolf for agitating against Jews on the eve of the Second Crusade, he cited Paul, Rom. II:25-26, linked to Ps. 146/7:2, "Aedificans Jerusalem Dominus, dispersiones Israelis congregabit?" From Ps 58:12, Bernard cited only the three words "ne occidat eos?" not Augustine, and certainly not the verse's continuation, "lest my people forget", which supposedly "explains" the Augustinian theory of whiteness. Bernard does speak of Jews as living words of Scripture, but immediately adds: because they recall for us Christ's passion. This does not mean they preserve Scripture or witnesses of pre-Christian truth. (...) Was Bernard specifically reviving Augustine, therefore, or an idea that had filtered its way through time but had exceeded its original context?» L'argomento viene approfonditamente trattato anche in K. Stow, *The church and the Jews: St. Paul to Pius IX*, in K. Stow, *Popes, Church and Jews in the Middle Ages: confrontation and response* (Variorum collected studies series), Ashgate, Aldershot, 2007, article I.

<sup>71</sup> Un'immagine, che rimanda alla corruzione, alla carnalità, non usata esclusivamente in Paolo, né sua originale, ma di origine rabbinica. K. Stow, *Jewish Dogs* cit., pp. XVI-XVII, 7-8.

<sup>72</sup> Oldrado de Ponte, *Consilia* cit., Consilium LXXXVII. Il salmo 40, su cui v. anche n. 91, afferma «Benedetto il Signore Dio di Israele. Egli è infatti il Dio di Israele, il nostro Dio, il Dio di Giacobbe, il Dio del figlio minore, il Dio del popolo più giovane. Nessuno dica: ha detto queste cose dei Giudei, non sono io Israele. I Giudei piuttosto non sono Israele. Perché il figlio maggiore, cioè il popolo più anziano, è stato condannato; il minore è il popolo diletto. *Il maggiore servirà al minore* (Gn 25,23): ora ciò si è realizzato. Ora, fratelli, i Giudei ci servono, sono come nostri schiavi, portano a noi i libri per studiare.»

di *tuitio*, garantisce la stabilità e la sicurezza degli ebrei, imponendo, però, loro uno stato di sottomissione. «Iudaeos Sancta Mater Ecclesia ob iustas tolerat causas», riporta il Sabelli<sup>73</sup>: la giusta causa è lo stato di perpetua servitù, che si induce dalla prospettiva strumentale. L'ebreo può godere della protezione del Pontefice, offerta perché egli, in fondo, è partecipe della stessa natura del cristiano e offre, appunto, duratura testimonianza del suo errore e, a contrario, della verità del cristianesimo. D'altro canto, la protezione, accordata dal Papa, è sicuramente più stabile di quella fornita dai volubili sovrani. A. Foa riporta che, secondo D. Berger manca, almeno fino al XIII secolo, una teoria missionaria nei confronti degli ebrei; mentre, nel XIII secolo, si verifica una rottura, dettata dall'ondata conversionistica degli ordini mendicanti. K. Stow ravvisa la frattura nella politica del Papato nel periodo della Controriforma: è nel Cinquecento che la Chiesa elabora le teorie fondate sull'espulsione degli ebrei dall'intera società cristiana ed incentrate sulla ghettizzazione<sup>74</sup>.

Costantemente, dalla prima Crociata la condizione degli ebrei, che era stata caratterizzata da una forte mobilità, divenne esposta a violenze diffuse, anche perché si instilla nella popolazione la coscienza della difesa intransigente della fede, unica e vera, rendendola consapevole della presenza del diverso; inoltre la maggior parte della popolazione, lontana dal campo di battaglia, in patria, nutrita di superstizioni, credenze, ideali, aveva a portata di rappresaglia spesso solo l'ebreo, che, così, si apprestava ad assumere il ruolo di nemico, provvidenziale capro espiatorio. Anche perché non c'erano diritti, a regolamentare la loro esistenza, se non in base a paradigmi in negativo, volti ad esaltare la diversità, paradigmi strumentali e strumentalizzati. Essi avevano, dunque, bisogno di un referente, che, dall'alto della sua posizione, definisse un loro ruolo, fondandolo su diritti. Fu presso il pontefice ed il sovrano, che gli ebrei cercarono protezione: essi avevano bisogno di un punto fermo e l'autorità era sufficientemente distante da essi, per poterli considerare oggettivamente, nella loro funzione sociale. Si instaurò, così, una dipendenza diretta dal potere, che tramite privilegi, definiva le loro libertà. La funzione fu quella di aiutanti di camera. Essa forniva agli ebrei uno *status* artificiale, diritti, formali ed impersonali, che consentivano loro una determinata posizione in una società, come quella medioevale, in cui ognuno occupava un posto, stabilito attraverso un particolare legame: il servo al signore, il contadino alla terra, l'artigiano alla corporazione. Essi erano legati al sovrano da una relazione formale,

<sup>73</sup> M. A. Sabelli, *Summa* cit., § *Judaeus*, XL.

<sup>74</sup> A. Foa, *Ebrei in Europa* cit., pp. 292 e sgg. D. Berger, (a cura di) *History and Hate. The Dimension of Anti-Semitism*, Philadelphia-New York-Jerusalem, 1986 *Mission to the Jews and Jewish-Christian contacts in the polemical literature of the high Middle Ages*, in «The American Historical Review», 91, pp. 576-91; K. R. Stow, *Catholic Thought and Papal Jewry Policy*, cit., pp. XI e sgg.; Id. *Papal and royal attitudes toward Jewish lending in the thirteenth century*, in «AJS Review», 6, pp. 161-84.

legalistica e astratta, del tutto impersonale, *servi camerae*<sup>75</sup>, una *servitus*, diversamente interpretata, artificio giuridico o concreta perdita di libertà; o, ancora, espediente, volto a garantire la presenza ebraica o a sfruttarla più intensamente.

La stabilità ottenuta va diminuendo, parallelamente all'emersione delle monarchie nazionali, con sempre maggiore pressione finanziaria e diminuita libertà di movimento. Non si tratta solo di questo. Il concetto di *servitus* subisce, nelle mani dei giuristi, un ulteriore slittamento, verso l'autorità politica e religiosa, dalla quale l'ebreo dipende direttamente. Realisticamente, un po' di stabilità, grazie alla durata delle condotte ed a una situazione politica relativamente durevole, è assicurata dal potere, che protegge l'ebreo per utilità economica o, anche, quale *testimonium fidei*. *Servitus* è la definizione a cui i giuristi ricorrono per definire sia la relazione diretta con il sovrano, sia col Pontefice, a giustificare una presenza, costantemente e volutamente mantenuta in condizione peggiore. Questo, a vari livelli, dall'autorità superiore a quella, via via, più bassa.

Innanzitutto, la giustificazione della loro condizione di inferiorità «*Iudaei sunt servi effecti per mortem Christi*»<sup>76</sup>. Lo stato di soggezione («*Iudaeus debet esse subiectus Christianis*»<sup>77</sup>) è, quindi, imputabile alla loro responsabilità, legata all'accusa di deicidio, che nei loro confronti, inizia a circolare dal IV-V secolo; essi «*per effectum operis se illorum servos recognoscere, quos Christi mors liberos, & illos servos effecit. Unde dicunt (...) quod debent Christianis subijci, tamquam servi: & sic inducitur servitus de iure canonico*»<sup>78</sup>. Ciò comporta, tra l'altro, che la loro permanenza sia precaria, assoggettata al volere delle autorità. Si tratta, inoltre, di una *servitus* che la stessa Chiesa rivendica e ribadisce: nella Decretale *Etsi Iudaeos*, di Innocenzo III, si usa l'espressione *perpetua servitus*, a sancire la definitiva condanna degli ebrei, la cui nocività è rappresentata tramite una serie di immagini, che rinviano ad un pericolo, che cova, nascosto.

*Etsi Iudaeos, quos propria culpa submisit perpetuae servituti, pietas christiana receptet, & sustineat cohabitationem illorum: ingrati tamen nobis esse non debent, ut reddant Christianis pro gratia contumeliam, & de familiaritate contemptum: qui tamquam misericorditer in nostram familiaritatem admissi, nobis illam retributionem (ricompensa) impendunt (minacciano) quam (iuxta vulgare proverbium) mus in pera, serpens in gremio, & ignis in sinu (...). sed tamquam servi à Domino reprobati, in cuius mortem nequiter coniurarunt, se saltem per effectum operis recognoscant servos illorum, quos Christi mors liberos, & illos servos effecit*<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> A. Foa, *Ebrei in Europa* cit., pp. 292 e sgg. L'origine dell'istituto è tedesca: Enrico IV, nel 1090, concesse tali privilegi agli ebrei, intesi come gruppo; Federico Barbarossa, nel 1157, usava espressioni come *ad cameram nostram attineant* e Federico II, nel 1234, li definiva *servi nostrae camerae*. Esso divenne di uso generale durante il XIII secolo.

<sup>76</sup> D. Toschi, *Practicarum cit., Iudaei quales, et qualiter tractandi*, Conc. 373

<sup>77</sup> G. Bertachini, *Repertorium cit.*, alla voce *Iudaeus*.

<sup>78</sup> G. Bertachini, *Repertorium cit.*, alla voce *Iudaeus*.

<sup>79</sup> *Decretales D. Gregorii Papae IX cit.*, Lib. V, Titulus VI, *De Iudaeis & Sarracenis, & eorum servis*, Cap. XIII.



Si fa spesso ricorso al concetto di pietà, per indicare l'atteggiamento, che gli ortodossi devono tenere: «servi (...) sed in libertate sustinentur ex pietate»<sup>80</sup>.

## 6. *Capsari nostri*: tolleranza, presenza, modalità, negazioni.

Lo stato di inferiorità, di servitù, in cui gli ebrei vengono relegati dalla dottrina, civilistica e canonistica, nell'ambito di un processo di definizione del senso della loro presenza, nel quadro dell'universalismo medioevale, giustifica l'atteggiamento improntato ad una tolleranza, variamente giustificata, ma generalmente volta a ribadire con decisione il fatto che gli ebrei sono mantenuti tra i cristiani, poiché forniscono loro un *testimonium Christianae fidei* e, comunque, solo nello *status servitutis*. È molto interessante esplorare la progressione che si osserva nelle fonti a questo proposito. «Tolerantur ergo ab Ecclesia, & a Principibus. & licet dicantur servi Christianorum & Principis»<sup>81</sup>.

Una prima ragione è da ricondurre alla loro natura "umana", che, anche se non consente loro di fare parte della Chiesa, li rende, comunque, *creaturae Dei*. «Tolerandi sunt, & non expellendi sine causa; quia participant humanam naturam»<sup>82</sup>. Per il Bertachini «Sunt enim nostrae naturae participes, & proximi nostri». Ulteriore motivo risiede nel fatto che essi costituiscono, impersonando la *caecitas* del giudaismo, ciò che testimonia, *a contrario*, la rettitudine della fede cristiana: «Iudaeos ecclesia tolerat in testimonium fidei». Inoltre non va dimenticato il ruolo giocato dalla speranza conversionistica, se non in un primo periodo, quando più forte era l'influenza della teoria della salvaguardia di Agostino, almeno dall'epoca in cui emerge la spinta francescana: «Inter Christi oves habitare ab futurae conversionis spem (...) quia fides iudaeorum habet primordium veritatis»<sup>83</sup>. Offre, a giustificare la tolleranza, una esaustiva serie di ragioni il giurista Scanaroli<sup>84</sup>. Innanzitutto una motivazione, desunta da S. Agostino (Serm. 15), sostiene che è necessario non trattarli male, per ricondurli alla fede. Inoltre

peculiari misericordia digni, qui ex summa dignitate ad extremam miseriam & calamitatem reciderunt. (...) Habemus etiam ab illis testimonium fidei Christianae, & memoriam prae oculis Dominicae passionis: ob quod hos potius quam Saracenos, & alios Idolatras toleramus; ipsi enim colunt unum, & verum Deum quem colunt Christiani, eorumque ritus olim fuerunt liciti, & representativi, & habuerunt aliquid veritatis. Vide S. Bernardum (Epist. 322) ubi dicit Hebraeos esse testes nostrae Redemptionis. (...) Ex gente Iudaeorum, natus est IESUS; (...) ex illa Apostolos elegerit.

<sup>80</sup> G. Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Iudaeus*.

<sup>81</sup> T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., Lib. V. *De Iudaeis*, cap. XI.

<sup>82</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, Conc. 371; *Jo. Baptistae Scanaroli, De Visitatione* cit., Cap. VIII, 5, 6, 7.

<sup>83</sup>

<sup>84</sup> G. B. Scanaroli, *De Visitatione* cit., Caput IV, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 30, 31.

Un'ultima ragione è che «Iudaei, ubi plenitudo temporis advenerit, salvabuntur». Tenere, nei loro confronti, un atteggiamento ostile, osserva il giurista, li allontana dalla conversione. «Iudaeos Sancta Mater Ecclesia ob justas tolerat causa<sup>85</sup>. Iudaei ob Ecclesiae tolerantiam respectu fori temporalis non sunt personae odiosae», così che «non possunt per Christianos, vel alios iniuria, sive molestia affici, cum tolerantur ab Ecclesia in memoriam Sanctissimae Passionis Domini nostri JESU CHRISTI Salvatoris [l'argomento di Bernardo di Chiaravalle], & ut quandoque à suis erroribus exemplo Christianorum resipiscant» (si ravvedano). Interessante, nel Sabelli, l'idea che siano i cristiani a fornire un esempio agli ebrei. Baldo annota che

ecclesia tolerat ipsos Iudaeos non solum in domo propria, & privatim: sed in loco remoto eorum, non tamen publico, ut publicè per quemlibet accedi possit, sicut ad ecclesias nostras, imo tamen eas clausas. & sic ecclesia eos tolerat in testimonium fidei nostrae;

si tratta di una presenza che si vuole mantenere discreta, nascosta, di contro alla magnificenza e al fasto della Chiesa<sup>86</sup>. La presenza degli ebrei va salvaguardata, secondo Oldrado, dalle espulsioni e dalle spoliazioni: «Papa (...) debet eos tolerare», intanto perché c'è sempre la speranza di avvicinarli alla fede («eos Deo lucrari»), ma, soprattutto, perché sono utili alla fede («quia utiles sunt fidei nostrae»). Oldrado riporta, a conferma, il Salmo 40 di Agostino, in cui si dice che gli ebrei, «tamquam capsari nostri (erano gli schiavi, che portavano la cassetta degli scolari, o, anche, i servi, addetti al guardaroba) nobis serviunt». Infatti, paragonando i cristiani agli studenti, i *capsari*-ebrei *purgant* i codici, grazie ai quali «fidem nostram probeamus» con i pagani e gli altri miscredenti. Se essi fossero espulsi, prosegue Oldrado – tema caldo in quel torno di tempo vista la situazione europea –, non rimarrebbe alcuna traccia; mentre devono essere tollerati, (così prova il Salmo 40), perché in loro si figura Caino, che uccide suo fratello e proprio come Caino, anche agli ebrei, «perversus populus», fu messo un segno, affinché non fossero uccisi, ma tollerati. Il privato non può molestarli; lo può, invece, l'autorità, perché gli ebrei sono diventati servi a causa della morte di Cristo; l'autorità può anche venderli, perché «est eorum dominus». Né possono lamentarsi del loro stato, perché ebbero anch'essi la grazia, come afferma Boezio nel *De Consolatione*, ma ne abusarono, quindi hanno meritato di perdere tale privilegio, perché ingrati. Essi sono come quell'ancella, dalla quale discendono, che si comportò con superbia ed ingratitudine e fu cacciata; allora si disse: «caccia l'ancella e suo figlio». Insomma, gli ebrei non vanno molestati, perché *extra nos*; perché partecipi della natura

<sup>85</sup> M. A. Sabelli, *Summa* cit., §. *Iudaeus*, XL. La stessa frase, in italiano, nella *Pratica Universale del dottor Marc' Antonio Savelli*, Tomo Settimo, §. *Ebrei*, Venezia, MDCCXLVIII, dove «resipiscant» della *Summa* è reso con «si ravvedino» (sic!).

<sup>86</sup> Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum* cit., V, Consilium CCCXXVIII.

umana, e non solo nell'anima, ma anche nel corpo. Non possono sentirsi attratti da una fede, che riserva loro soltanto terrore, asperità, violenze od espulsioni; nei loro riguardi saranno necessarie blandizie, «ut integra sit forma iustitiae, & libertas arbitrij». Se essi fossero espulsi, non offrirebbero più testimonianza della rettitudine della fede cristiana, «fidei nostrae testimonium non praeberent». D'altra parte, sembra che essi abbiano una certa familiarità con le espulsioni: originariamente, prosegue Oldrado, a causa della loro perfidia, essi furono espulsi dal loro regno e dispersi per il mondo; affinché divenissero ovunque testimoni della fede, di cui furono nemici, ed offerissero una testimonianza della verità; esattamente come Caino (ancora il paragone), avendo essi perduto la verità, ma potendo ancora offrire ai cristiani la testimonianza della verità. Di nuovo, quando Oldrado motiva il segno, torna a ricorrere ad una metafora. Infatti, il popolo ebraico simboleggia la figura del fratricida Caino, il quale, proprio per questa ragione, riceve un segno affinché non sia ucciso. Il marchio è il simbolo del tradimento; il popolo fratricida perenne metafora dell'errore, colpito col segno e con la perdita della primogenitura. E, dunque «ut sic iste perversus populus sit signatus, ne occidatur, immo toleretur»<sup>87</sup>.

La giustificazione della presenza serve a motivare la tolleranza. La tolleranza motiva la presenza. Il problema delle espulsioni, in una società in cui, alla presenza dell'ebreo era legata tutta una concezione, che ne reinterpretava il senso in ottica religiosa, va inquadrato nell'ambito della presenza e della tolleranza: se esiste la necessità teologica di salvaguardare la presenza ebraica, allora i giuristi non possono, se non in casi ben specificati, avallare l'espulsione, anche perché esiste, nei confronti degli ebrei, una tutela *a iure*, cioè che origina dal diritto. «Iudaeis tutela data est a iure»<sup>88</sup>, affinché, reciprocamente, i cristiani non insultino gli ebrei e questi non tramino contro la retta fede. Si tratta di un'accettazione, che lega la servitù alla protezione. Il giurista Scanaroli dà una particolare definizione della posizione degli ebrei.

Hi enim non Coelo, ut exteri, sed animo, & religione seiuncti sunt à nobis. Quid enim longinquius, quàm non regionibus, sed moribus, studijs, non terris discretum esse, & quasi circumfuso Hebraicae obstinationis aestu divortia habere fidelium.

La separazione, quindi, è culturale. Più oltre, il giurista si pone un problema pratico: «Iudaeos, qui sunt convertendi, vel nunc, vel in fine, si expellamus à nobis, à quibus convertentur?» In questo caso la motivazione è pratica, ma, insieme, morale e fonda le proprie argomentazioni in Agostino: «eos autem nequaquam reducemus malè tractando, ut diximus supra ex

<sup>87</sup> Oldrado de Ponte, *Consilia* cit., Consilium LXXXVII. Il testo è riportato alla nota 75; ID., *Consilium* CCLXIII; ID., *Consilium* LXXXVII.

<sup>88</sup> *Consiliorum sive Responsorum Baldi Ubaldi*, Volumen Primum, Consilium CCCXV, Venetiis, M D LXXX.

OLDRADI  
DE PONT E  
LAVDENSIS  
VTRIVSQUAE CENSURAE LUMINIS  
IN ROMANAE CVRIAE CONSISTORIO

Aduocati Clarissimi.

Consilia, seu Responfa, & Quæstiones Aureæ,

*IN QVIBVS EA QVÆ AD QVOTIDIANVM VSVM IN FORENSIBVS  
negotijs, & controuersijs spectant, subtilissimè & exactissimè perstringuntur.*

Cum expunctionibus, Cælligationibus, & nouis Additionibus Acutissimi Iureconsulti Domini  
Rainaldi Corfi, quas oportunis locis, & separatas ab antiquis, & illis insertas  
hoc asterisco & ordinatas studiosus cognoscere poterit.

*Cum Summarijs, & Indice, in quo allegationes multis  
corruptæ, suis locis restitute sunt.*

CVM PRIVILEGIIS.



VENETIIS.

Apud Franciscum Zilettum.

M. D. LXX.

Augustino Iudaeos, qui sunt convertendi, vel nunc, vel in fine, si expellamus à nobis, à quibus convertentur». Intervengono, poi, ragioni legali:

Tolerantiam Hebraeorum etiam de iure civili; (...) tolerantia antiqua. (...) Non solum alibi, sed etiam Romae, antiquissimam fuisse, habemus textum (...). De iure quoque canonico tolerandos esse Hebraeos, (...) & à Principibus Christianis permittendos esse, dommodo (purché) delicta non committant, propter quae debeant expelli.

Più oltre troviamo: «Iudaeos ob iustas causas Sancta Mater Ecclesia tolerat». Queste giuste ragioni sono indicate nel richiamo, che lo Scanaroli fa, di una Costituzione di Paolo IV: «tolerare in testimonium verae fidei; (...) ut ipsi (...) errores suos recognoscant, et ad verum Christianae lumen fidei pervenire satagant (si impegnino). (...) Quia verò eorum familiaritas potest nobis esse satis pernicioza»<sup>89</sup>, evidentemente, l'espulsione funziona quale meccanismo di sicurezza, destinato a scattare nel momento in cui viene varcato una sorta di limite di sicurezza. Il Bertachini, che si richiama anche ad Oldrado, ritiene l'espulsione degli ebrei ammissibile, a meno che «scandalum non faciant, cum bene vivant». Però «sine causa à Regibus et Principibus expellendi (...) non sunt»<sup>90</sup>.

Due interi Consilia. l'87° e il 264°, Oldrado dedica alla problematica dell'espulsione. Nel primo<sup>91</sup> la questione è «an princeps possit sine peccato expellere Iudaeos, & Sarracenos de regno suo, & eis bona auferre» (non dimentichiamo che molte delle espulsioni furono dettate anche dal desiderio di avocare al Fisco i beni degli ebrei). Oldrado risponde «quod non. Nam quietè Iudaeis sub imperio degentibus molestia inferri non debet, nec eis bona auferri. (...) Papa debet eos tolerare (...) ut (...) eos Deo lucrari possimus.» Questa rappresenta la prima motivazione: l'ebreo non è ancora incluso nell'ottica del testimone necessario, ma rientra in una futura speranza di salvezza. Ulteriore motivazione è che «utiles sunt fidei nostrae. Unde dicit Aug. super psalmo. 40. Iudaei tamquam capsarii (schiavi, che portano la cassetta degli scolari, oppure addetti al guardaroba) nostri, nobis serviunt. Nam studentibus nobis codices nobis purgant.» Un privato non può molestarli, mentre lo può il principe, innanzitutto, perché essi sono servi, a causa della morte di Cristo; inoltre, perché il principe è il loro padrone, ha il diritto di venderli e, tanto più, di espellerli. Così, pure, si legittima la rapina dei loro beni, «cum non habeant ea (bona), nisi ut peculium. (...) Figuratum videtur in illa ancilla, à qua ipsi descendunt, quia eo quod superbe & ingrattè se habuit, ad liberam per quam ecclesia designatur, fuit expulsa. Nam dictum fuit ejice ancilla, & filium eius».

<sup>89</sup> G. B. Scanaroli, *De Visitatione*, Caput III, *Hebraeos in Visita non admitti*; Id, Caput IV, *In Visitatione admittendos esse Hebraeos ob morales ratione*; Id., Caput VIII; Id., Caput VI, *Hebraeos esse admittendos in Visita in vim Constitutionum Pontificum: ubi de licentijs foenerandi*.

<sup>90</sup> G. Bertachini, *Repertorium* cit., alla voce *Iudaeos*.

<sup>91</sup> Oldrado de Ponte, *Consilia* cit., Consilium LXXXVII.

Nel secondo Consilium<sup>92</sup> l'argomento è

Iudaeos sarracenos, vel alios paganos pacificos de terris suis expellere, non potest princeps, nisi parere recusent, vel idolatrae sint. (...) Illa videtur probabilior sententia, quod princeps absque legitima causa pacificos Iudaeos (...) de terris suis non possit expellere (viene considerata più probabile l'opinione che non possono essere espulsi, se desiderano vivere in pace). Et primo quia iuris naturalis est, & divini, quod quaecunque vult princeps sibi iuste fieri, & faciat aliis, maxime suis servis aut tributariis. (...) Tenetur etiam diligere Iudaeos (...) in quantum suae naturae participes, nedum in anima, sed etiam in corpore (...). Expellere ergo tales absque ratione contra praecepta charitatis aperte est. (...) Secundo hosti capto debetur misericordia, (...) multo fortius talis misericordia facienda est servo tributario, ne expellatur. (...) Tertio eadem ratione, qua non debemus Iudaeos, & paganos, & sarracenos pacificos rebus suis spoliare, eadem ratione nec eorum habitaculis, & extra nativa privare. (...) Et quod possident, iure gentium possident, sive res, sive loca, sive iurisdictiones. (...) Item quarto pagani, & Iudaei inter oves Christi computantur creatione, gubernatione, & redemptione ex parte Christi (alias oves habeo, quae non sunt ex hoc ovili). Unde & papa super eos potestatem habet, sicut super oves suas, quas ei inter alias commisit Christus. (...) Cum ergo papa eos pascere debeat & verbo, & exemplo, & humanitate (...). Quinto infideles non terroribus, non asperitatibus, non violentiis sunt trahendi ad fidem, neque expulsionibus, sed blanditiis, & muneribus, ut integra sit forma iustitiae & libertas arbitrij. Sexto (...) domini, quod iustum est, & aequum, servi praestare scientes, quod & vos dominum habetis in coelis. Unde sicut infideles sarraceni, vel alij inter nos habitantes à nobis sunt pro suis sceleribus puniendi (...) sic sine causa non sunt expellendi, vel puniendi. (...) Septimo (...) talibus quiete degentibus nullam debemus facere molestiam. (...) Dispar. (dispariliter?) ibi, qui Christianos persequuntur. Ergo à contrario sensu, si non persequuntur, non sit molestia, neque guerra. (...) Item causa expulsionis (...) ab eorum terris (...) maximè idolatria, quae est contra legem naturae, quae clamat unum Deum (...). Sed Iudaei, & Sarraceni non sunt idolatrae, sed aliàs infideles, neque tales publici hostes principum regentium Christianorum: ergo non debent expelli.

Anche il Toschi richiama Oldrado. Aggiunge, però, che «non expellendi sine causa; quia participant humanam naturam»<sup>93</sup>. Per il Deciani, «verior est opinio, quod regulariter non possunt expelli a Principibus Christianis sine causa legitima, quia hoc esset eos toleratos ab Ecclesia exilio mulctare (condannare all'esilio), contra praecepta charitatis»<sup>94</sup>. Ancora, nel processo di marginalizzazione del diverso, da un punto di vista temporale, l'espulsione è di poco successiva all'imposizione del segno e precede il ghetto. Nel definire l'estraneo, dapprima si ricorre a un simbolo, collegato alla corporeità dell'individuo – il segno si indossa –. In un secondo momento, l'ansia

<sup>92</sup> Oldrado de Ponte, *Consilia* cit., Consilium CCLXIII.

<sup>93</sup> D. Toschi, *Practicarum* cit., *Iudaei quorum sint capaces, vel non*, Conc. 371; ma vedi anche *Iudaei quales, et qualiter tractandi*, Conc. 373.

<sup>94</sup> T. Deciani, *Tractatus Criminalis* cit., Lib. V *De Iudaeis*, Cap. XI.

verso l'altro si placa solo attraverso atti forti, volutamente significativi, simbolici, che sanciscano visibilmente la disparità. È, quello, il periodo in cui la violenza predomina, fisicamente attraverso i *pogrom*, legalmente tramite gli atti dei governanti, che decretano l'espulsione. Successivamente si arriverà alla razionalizzazione del timore con il ghetto, evoluzione delle misure cautelari. M. Foucault<sup>95</sup> nota come, spesso, i folli venissero affidati a battellieri, affinché li portassero lontano; oppure venivano obbligati a partire. Si trattava di misure generali di rinvio, che colpivano gli individui marginali. Nell'immaginario rinascimentale tale vagabondare sarà incarnato dalla Nave dei Folli, il *Narrenschaft*. Nella partenza, nel gesto che scaccia non si incarna solo una misura preventiva; "altri significati più vicini al rito erano certamente presenti; (...) la partenza dei pazzi si iscriveva nel numero di altri esili rituali. (...) La situazione *liminare* del folle all'orizzonte dell'inquietudine dell'uomo medievale; situazione insieme simbolizzata e realizzata dal privilegio che ha il folle di essere *rinchiuso* alle porte della città: la sua esclusione deve racchiuderlo; se egli non può e non deve avere altra prigione che la soglia stessa, lo si trattiene sul luogo di passaggio. (...) È il passeggero per eccellenza, cioè il prigioniero del passaggio"<sup>96</sup>. Si può, forse, allora avvicinare, nella comune marginalità, il folle all'ebreo; l'acqua, in cui naviga la Nave dei Folli, al cammino, intrapreso dopo le espulsioni. Anche perché la propria identità segue l'ebreo anche nell'esilio, i pregiudizi lo accompagnano e, finché non vengono eliminati, lo costringono ad una fuga da se stesso, dalla propria identità. In proposito, Stow osserva:

By subtly – sometimes consciously, but equally often unawares – reinforcing existing cultural bulwarks, the Jews of Rome managed to entrench both their Roman and Jewish identities. This is an achievement that would serve them well during the Ghetto period, and also after the Ghetto was abolished in 1870. (...) The Jews has their own concept of space. The holy space of the ghet was not the same as the holy precinct of Christian Rome<sup>97</sup>.

Da considerare, inoltre, la portata dell'allontanamento. Il castigo discende dal delitto. La pena, di per sé, costituisce un modo, attraverso il quale chi si pone contro determinate convenzioni riconosciute, viene colpito, sia subendo personalmente l'ammenda, sia venendo additato agli occhi della società. Ma, appunto, nel caso degli ebrei, mancava il presupposto della pena.

Per concludere, come si è sostenuto nell'ultimo quindicennio<sup>98</sup>, è eviden-

<sup>95</sup> M. Foucault, *Storia della Follia.*, Rizzoli, Milano, 1963, 1976, 1992, pp. 16-9.

<sup>96</sup> Id., *Storia della Follia* cit., pp. 18-9.

<sup>97</sup> K. Stow, *Theater of Acculturation* cit., pp. 49-50. Id., *Sanctity and the Construction of Space: the Roman Ghetto*, in S. Boesch Gajano e L. Scaraffia (a cura di), *Luoghi sacri e spazi della santità*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1990, p. 601.

<sup>98</sup> L. Luzi, *Status civitatis: diritti civili e politici degli ebrei tra Antico regime e prima emancipazione (secoli XVIII-XIX)* cit.; L. Luzi, *Dallo status civitatis alla cittadinanza. La crisi del diritto comune attraverso il mutamento dello statuto dell'ebreo* cit., pp. 529 e sgg.; K. Stow, *Equality under Law* cit.

te che, senza l'impulso inevitabile conferito dalla Rivoluzione francese al riconoscimento della cittadinanza degli ebrei, le naturalizzazioni e le patenti avrebbero impiegato più tempo ad ottenere un effetto analogo, non inscrivendosi in un teatro di forti spinte motivazionali – se non altro per chi governava – e, soprattutto, non avendo esse ancora scardinato, ciò che, invece, la Rivoluzione iniziò a fare (per arrivare al Code Napoléon), il sistema di diritto comune che, come qui si è visto, per secoli ha fatto cardine e impedito, anche formalmente, appigli per una modifica coerente della definizione dei dissidenti in fatto di religione riconosciuta. Non sarebbe bastato certo quanto l'Illuminismo aveva propugnato a lungo. Gli scrittori politici furono precursori, ma la forza del mutamento si deve al diverso sistema normativo, che prendeva campo<sup>99</sup>. Come più volte ho notato, il giurista non è certo un innovatore. Avrebbe potuto, e potrebbe ancora, però, con qualche coraggio, trovare nella stessa tradizione nella quale si arroccava e proteggeva, armi e strumenti analoghi per riconoscere (e, volutamente, non ricorro al termine concedere, che trovo deprecabile in questo caso) uno *status* doveroso ad esseri umani che vivevano e producevano entro determinati contesti e territori, di fatto, contribuendo ad irrigidire un sistema di discriminazioni e aberrazioni arbitrarie e vergognose.

---

<sup>99</sup> J. Revel, *Juifs et citoyens: les incertitudes de la Révolution Française*, in J. Kirshner, F. Trivellato, et al. (ed.), *From Florence to the Mediterranean and Beyond*, Olschki, Firenze, 2009, pp. 531 e sgg.