



Università degli Studi di Sassari
Dipartimento di Scienze giuridiche
Scuola di Dottorato in Diritto ed Economia dei sistemi produttivi
Indirizzo giuridico
Ciclo XXIV

ALLE ORIGINI
DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA COME POTERE
dalla *Constitutio de Regalibus*
al *De legibus et consuetudinibus Angliae*

Direttore della Scuola di dottorato:
Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor:
Chiar.mo Prof. Pietro Paolo Onida

Tesi di dottorato di: Vanni Piras

ANNO ACCADEMICO 2011 - 2012



Università degli Studi di Sassari
Dipartimento di Scienze giuridiche
Scuola di Dottorato in Diritto ed Economia dei sistemi produttivi
Indirizzo giuridico
Ciclo XXIV

ALLE ORIGINI
DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA COME POTERE
dalla *Constitutio de Regalibus*
al *De legibus et consuetudinibus Angliae*

Direttore della Scuola di dottorato:
Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor:
Chiar.mo Prof. Pietro Paolo Onida

Tesi di dottorato di: Vanni Piras

ANNO ACCADEMICO 2011 - 2012

INDICE

Capitolo Primo

La emersione della «puissance de juger» nell’*Esprit des Lois* e il problema delle sue origini “germaniche”

1. Il problema: origini di un istituto fondamentale e in crisi 4
2. La linea di ricerca nella esperienza ‘germanica’ imperiale-continentale 12
3. La linea di ricerca nella esperienza ‘germanica’ regia-insulare (anglosassone) 25

Capitolo Secondo

Il “potere giudiziario” in un testo della Dieta di Roncaglia

1. La concezione di ‘Stato’ e di ‘legge’ nel diritto germanico sino alla *Constitutio de Regalibus*. 36
2. La natura giuridica della *Constitutio de Regalibus*. 58
3. Il valore giuridico della *Constitutio de Regalibus* 63
4. I diritti enunciati nella *Constitutio de Regalibus*. 71
5. Conseguenze sull’assetto dell’Impero. 88

Capitolo Terzo

Il ‘giudice legislatore’ nell’Inghilterra anglo-normanna e nel *Common law*

1. L’avvento del Regno normanno in Inghilterra dalla battaglia di Hastings (1066). 112
2. Genesi ed espansione del *common law*. 123
3. La figura del ‘giudice legislatore’. 130

Bibliografia 135

3

Vanni Piras

ALLE ORIGINI DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA COME POTERE
dalla *Constitutio de Regalibus* al *De legibus et consuetudinibus Angliae*

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei sistemi produttivi

Università degli studi di Sassari

CAPITOLO PRIMO

LA EMERSIONE DELLA «PUISSANCE DE JUGER» NELL'ESPRIT DES LOIS E IL PROBLEMA DELLE SUE ORIGINI "GERMANICHE"

1. Il problema: origini di un istituto fondamentale e in crisi

a. Grande rilevanza costituzionale e crisi del "potere" giudiziario

In epoca odierna, l'istituto dell'"equilibrio dei tre poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario", come "mezzo di difesa della libertà dal potere", è certamente un'istituzione fondamentale del diritto costituzionale.

La scienza giuridica e quella politologica contemporanee hanno concentrato la attenzione sugli istituti della rappresentanza e dell'equilibrio dei poteri, attraverso i quali le Costituzioni coeve vogliono dare risposta, rispettivamente, alle essenziali e primarie questioni del processo di formazione della volontà collettiva e della difesa delle libertà individuali e collettive.

Oggi, la fiducia su entrambi questi istituti è fortemente incrinata¹.

¹ Lobrano G., *Dottrine della "inesistenza" della Costituzione e il "modello del diritto pubblico romano"*, in *Diritto @ Storia* n. 5-2006 - *Memorie*. In questo scritto l'autore mette in discussione la consistenza-efficienza della Costituzione del modello inglese, con la conseguente possibilità storica e teorica, seppur nella consapevolezza della difficoltà di tale compito, di riproporre la Costituzione del modello romano. Cfr. Catalano P., *Crise de la division des pouvoir et tribunat (le probleme du pouvoir negatif)* in *L'attualità dell'antico*, 6, a cura di Maria Grazia Vacchina, Aosta 2005; Kelsen H., *Il primato del parlamento*, tr. it. (dalla ed. Wien-Leipzig del 1925, *Das Problem des Parlamentarismus*) a cura di C. Geraci, con la presentazione di P. Petta, Milano 1982; Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* 5, hrsg v. J. Winckelmann, Tubingen 1976, lib. I cap. III, pag. 172; Ackermann B.A., *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi giuridici*, Roma 2003.

In particolare, si nega l'efficacia del principio della divisione dei poteri in quanto, non avendo risolto il problema della limitazione del potere², non fornisce le garanzie da esso attese per la/e libertà³.

A questa ragione di crisi si connette infine la presa di coscienza sociale di un altro problema: la natura stessa della funzione giudiziaria e, quindi, dell'"ordine" giudiziario come "potere".

La assimilazione della funzione giudiziaria al "potere" è chiaramente presente, ad esempio, anche nel dettato della Costituzione italiana. Il 'corpo' dei giudici (denominato, peraltro impropriamente sul piano storico/dogmatico, "magistratura")⁴ "costituisce [secondo l'art. 104] un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere". In tale formulazione la presenza dell'aggettivo "altro" tradisce – chiaramente sebbene implicitamente – il riconoscimento, nell'"ordine" giudiziario e nella sua funzione, di un "potere".

b. Contesto settecentesco di emersione della nozione di "potere" giudiziario

L'idea della funzione di giudicare come "potere" non è 'sempre' esistita. La formulazione della nozione di un "potere" giudiziario, così come noi la conosciamo, si riscontra per la prima volta recentemente: nel corso del secolo XVIII, nell'opera di Montesquieu, in particolare

² Labriola S., "Relazione sulla forma dello Stato", in *Commissione Parlamentare per le riforme istituzionali, Documenti istitutivi – Discussioni in sede plenaria – Progetto di legge di revisione costituzionale – Indici II* [= Testi parlamentari 17 lavori preparatori e dibattiti], Camera dei deputati, Roma 1995.

³ Von Hayek F. A., *Law Legislation and Liberty Rules and order*, Chicago 1973, ora in Id., *Legge, legislazione e libertà*, tr. di P.G. Monateri, Milano 1989.

⁴ Nel lessico giuridico latino-romano, da cui queste parole originano, il magistratus non è uno *iudex* e lo *iudex* non è un *magistratus*.

nell'*Esprit des lois*, capitolo 6 del libro XI⁵, nel quadro della famosa formulazione tripartita del potere: legislativo, esecutivo e – appunto – giudiziario. Con il filosofo illuminista francese la questione, di un potere giudiziario separato-distinto dagli altri poteri «da teorica quale era in origine diventò una questione di politica legislativa d'indole addirittura costituzionale»⁶

Il precedente storico di una visione tripartita del potere è offerto da John Locke nei suoi *Trattati sul governo civile* (1680-81, pubblicati postumi nel 1688). Sebbene in questa opera venga affrontata la questione dell'imparzialità, dell'integrità e della indipendenza dei giudici in rapporto al potere legislativo ed al potere esecutivo, il filosofo inglese non parla affatto di “potere giudiziario”. Egli individua il terzo potere nel potere di fare trattati. Secondo Locke, infatti, i tre poteri sono il legislativo, l'esecutivo e il federativo.

Tuttavia, Montesquieu sostiene di trovare la propria tripartizione di poteri, con il “potere” giudiziario, nella “costituzione” inglese⁷, che

⁵ Montesquieu qui introduce l'esame della costituzione inglese come modello della migliore costituzione possibile «Il y a une nation qui a pour but direct de sa constitution la liberté politique» e che apre precisamente con la teoria della divisione e dell'equilibrio dei poteri «Il y a, dans chaque état, trois sortes de pouvoir Tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou de peuple, exercoient ces trois pouvoirs: celui de faire le loix, celui d'exécuter le résolution publiques, e celui de juger le crimes ou le differents de particuliers». Il filosofo-giurista francese chiama il potere di giudicare le controversie “puissance de juger”. Questa espressione come quella di «pouvoir judiciaire», insieme alla formula « le pouvoir arrête le pouvoir» vanno ad arricchire e a ‘ridisegnare’ il lessico giuspolitico del XVIII secolo prefigurando una interazione e un reciproco bilanciamento tra i «poteri», in tal modo nessun di questi può prevalere sull'altro.

⁶ Marongiu A., *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in «Studi Esposito», I, Padova 1972, pag. 682.

⁷ «Pour découvrir la liberté politique dans la constitution, il ne faut pas de peine. Si on peut la voir où elle est, si on l'a trouvée, pourquai la chercher?» *De l'Esprit des lois*, livre XI.

egli assume a “modello”, in quanto garante della “libertà”, di cui i “Germani” in generale erano detentori e portatori⁸ e gli Inglesi in particolare i veri custodi⁹, così come si manifesta precisamente in quella tripartizione. Proprio i “Germani” sono riusciti a conciliare la loro monarchia con la libertà popolare.¹⁰

Montesquieu, anzi, propone il modello inglese come manifestazione moderna di una specifica forma di governo germanica, comune – quindi – in origine ai Franchi come agli Angli, in quanto di “*nos pères les germains*”¹¹, collocandosi nell’ambito della contrapposizione dialettica settecentesca tra modelli costituzionali alternativi¹²: germanico/inglese (aristocratico) e romano (democratico).

Il grande teorico (interprete e ripropositore) settecentesco

⁸ Il Kampers ha proposto Carlo Magno come modello di sovrano che incarna sia la concezione dell’universalismo teocratico sia la idea germanica dello ‘stato’ fondata sulla libertà dell’individuo. Vedi Kampers F., *Karl der Größe*, Mainz 1910, trad. italiana, Milano 1935.

⁹ Vedi Holze E., *Die Idee einer altgermanischen Freiheit vor Montesquieu. Fragmente aus der Geschichte politischer in Deutschland, England und Frankreich*, vom 16 -18. Jahrhundert, München und Berlin 1925.

¹⁰ Vedi de Sartori-Montecroce T., *Corso di storia del diritto pubblico germanico*, Trento-Venezia 1908, pag. 41: «A differenza dei popoli dell’antichità i Germani avevano trovato il modo di conciliare il principio monarchico coll’idea della libertà popolare e non a torto osserva Montesquieu nella celebre opera sull’*Esprit des Lois*, esser nata l’idea del regime costituzionale nelle foreste germaniche».

¹¹ *Esprit des lois*, livre XXVIII chapitre 17, *Manière de penser de nos pères*. Il Montesquieu guarda ammirato l’ordinamento giuridico dei Franchi, in particolare il *Capitulare de villis*. Vedi *De L’Esprit des lois*, livre XXX, *Théories des lois féodales chez le Francs, dans les rapports qu’elles ont avec l’établissement de la monarchie*; livre XXXI, *Théories des lois féodales chez le Francs, dans les rapports qu’elles ont avec les revolutions de leur monarchie*.

¹² I metodi alternativi ai quali mi riferisco, utilizzati per impostare il problema della “migliore forma di governo”, sono il metodo della proposizione della utopia e il metodo dei modelli da riproporre, contrapposizione-scontro risoltasi a favore di quest’ultimo. Vedi Lobrano G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*. Torino 1996, pag. 19 e ss.

dell'alternativo “modello” costituzionale consistente nel “popolo romano” o –in definitiva – nel diritto romano, è Rousseau¹³. In applicazione di questo modello, il filosofo ginevrino (in particolare nella sua opera *Contrat Social*, 1762) è, invece, fautore di una concezione non tripartita ma bipartita del potere¹⁴, con una negazione (implicita ma, per ciò, persino più forte) del “potere” giudiziario. In effetti, nella scienza giuridica romana e nella conseguente tradizione giuridica romanistica, l'attività giudiziaria non è considerata un potere, essendo invece teorizzata e sperimentata la dialettica tra lo *iubere legem* ‘sovrano’ del popolo e il *gubernare* ‘esecutivo’ dei magistrati. Lo *iudex* è propriamente (soltanto) un *privatus*, cioè: senza potere (pubblico) per definizione. Rousseau, conseguentemente, menziona solamente due poteri, quello legislativo e quello di governo, incarnati – rispettiva-

¹³ «...Je ne parlerai pas des anciennes républiques de la Grèce, mais la Républiques romaine étoit, ce me semble, un grand Etat...» *Contrat Social*, III. 12. « J'examine, par voie de comparaison avec le meilleur gouvernement qui ait existé, savoir celui de Rome, la police la plus favorable à la bonne constitution de l'état » *Lettres écrites de la montagne. Lettre VI*.

¹⁴ La “grande invenzione” di Rousseau è l'articolazione tra legge del sovrano-popolo e decreti del governo-principe. Vedi Chevallier J.-J., *Le mot et la notion de gouvernement chez Rousseau*, in Aa.Vv., *Estudes sur le Contrat social*, Paris. 1964, pag. 291 ss.: “Que Rousseau ait tout enflammé mais rien “inventé” selon un mot de Mme de Stael, est faux, tout au moins en matière de politique [...] la distinction du souverain et du gouvernement [...] constitue une inventino de première grandeur”. Vedi anche Bastid P.: *Rousseau et la théorie des formes de gouvernement*, Paris 1964, in Aa.Vv., *Estudes sur le Contrat social*, cit., pag. 316, che così prosegue “le pactum societatis qui est à la base de l'Etat n'a plus rien en commun avec le choix d'un chef: c'est l'acte primordial par le quel “un peuple est un peuple”; sempre Bastid (ibid. pag. 315) ricorda che nel *Discours sur l'inégalité* del 1755, su questi temi, Rousseau si limitava ancora – come egli stesso riconosce – a seguire la “opinion comune”. Vedi inoltre Reiner, H., *Rousseaus idee des Contrat social und die Freiheit des Staatsburgers*, in *Archiv. Fur Rechts – und Sozialphilosophie* 39 (1950), pag. 36 e ss. e Marocco Stuardi D., *Alcune osservazioni circa la distinzione tra 'souveraineté' et 'gouvernement' nella 'Republique' e nel 'Contrat social'* in *Il pensiero politico*, 23 (1990), pag. 19 ss.

mente – dalle figure del sovrano (che è necessariamente il popolo, concretamente inteso come società di tutti i cittadini) e del principe (che è il governo).

c. Logica feudale e “potere” giudiziario

Il “modello” inglese al quale Montesquieu fa riferimento, è di formazione medioevale, affonda le sue radici nella speculazione della scienza giuridica dell’epoca, e risale precisamente alla Magna Carta del 1215¹⁵ e al “Parlamento Modello” del 1294¹⁶.

¹⁵ Holt J.C., *Magna Carta*, Cambridge 1969. Richardson H. e Sayles G. O., *The Governances of medieval England from the Conquest to Magna Carta*, Edimburg 1964. Musca G., *La nascita del parlamento nell’Inghilterra medievale*, Bari 1994. Cfr. Lobrano G., *La respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in *Diritto @ Storia* n. 3-2004-Memorie “La Magna Charta libertatum – il primo [1215-25], grande testo della ‘costituzione’ parlamentare inglese – conferisce più poteri alla ‘City’”. Nel 1265, Simon de Montfort (il feudatario ribelle) per poter opporsi al re Edoardo I, convoca a Parlamento, assieme ai “signori”, i rappresentanti del popolo cioè delle città e dei borghi (i Comuni). Nel 1295, Edoardo I, che pure ha sconfitto Simon de Montfort, convocando il “parlamento” che resterà nella storia con il nome significativo di “*Model Parliament*”.

¹⁶ Si riconosce a tal proposito il diritto di primogenitura della Spagna nella nascita delle istituzioni rappresentative. Cfr. Mayer E., *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal*, Madrid 1926, pagg. 102-103. In particolare il regno di León, quello meglio strutturato rispetto agli altri regni spagnoli, vanta la prima convocazione, ad opera del re Alfonso IX, nel 1188, di una *curia* (anziché *concilium*) dove sono presenti i cittadini rappresentanti (*electi cives*) delle singole città. È possibile ravvisare per questo tipo di convocazioni un precedente storico del 1187, che riguarda la politica digoverno di Federico I di Svevia. Vedi O’ Callaghan J.F., *Le origini delle cortes di Leon-Castiglia*, in *Le istituzioni parlamentari nell’Ancien Régime*, Napoli 1980, pag. 500: «è possibile che le città castigliane siano state convocate per la prima volta a far parte del consiglio reale seppur in modo limitato nel 1187. Nel maggio di quell’anno Alfonso VIII celebrò una curia a San Esteban de Gormaz per discutere con l’inviato di Federico Barbarossa il matrimonio dell’Infanta Berenguela col figlio dell’imperatore Corrado di Hohenstaufen. Il contratto di matrimonio firmato a Seligenstadt nell’aprile del 1188, elenca cinquanta delle principali città del regno i cui maiores giurarono, insieme all’arcivescovo di Toledo, ai vescovi di Burgos, Calahorra e Avila, e ai principi e nobili, di osservare i termini del patto. Benché il contratto fosse sottoscritto in Germania, esso era stato ovviamente preparato a San Esteban nel 1187, ed è possi-

Tale modello nasce e cresce nel quadro dei regni feudali, che secondo la teoria teocratica¹⁷ vedono discendere (*pendet*), seguendo un processo verticale, il proprio potere¹⁸ da Dio. Il *regale ministerium*, ossia la regalità medievale ha carattere sacro¹⁹. Questa concezione teocratica copre la più prosaica idea di un processo di formazione e di esercizio del potere (contrariamente ai ‘fondamentali’ della logica giuridica romana) dall’alto verso il basso²⁰, secondo l’ordine ascendente

bile che i maiores delle città fossero stati convocati alla curia per prestare il giuramento».

¹⁷Bellini P., *Respublica sub Deo. Il primato del sacro nella esperienza giuridica dell’Europa preumanistica*, Firenze 1981, pagg. 4-25 e 81-186.

¹⁸ Vedi, Ullmann W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London 1966, pag. 6. Cfr. Von Simson O., *La Cattedrale gotica. Il concetto medievale di ordine*, Bologna 1989. Lo stesso Federico I Barbarossa è in linea con il principio divino dei re e afferma che il potere reale e imperiale discende solo da Dio “*Cumque per electionem principum a solo Deo regnum et imperium nostrum sit*” in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, III, c. 11, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 143. Le formule riferite al re ‘per grazia di Dio’ e ‘unto del Signore’ suggellano la sacralità dell’ufficio regio. Cfr. Marongiu A., *Storia del diritto italiano. Ordinamenti e istituti di governo*, Roma 1949, pag. 37.

¹⁹ Cfr. Mochi Onory S., *Fonti canonistiche dell’idea moderna dello Stato (imperium spirituale-iurisdictione divisa-sovrانيتà)*, Milano 1951, 237-238.

²⁰ I giuristi fondano l’esercizio della sovranità del parlamento sull’istituto della “finzione della rappresentanza della volontà”. Tale istituto nasce in ambiente giuscanonistico, introdotto da Sinibaldo dei Fieschi (quindi Papa Innocenzo IV, morto nel 1254) attraverso la nozione di *persona ficta vel repraesentata*, a tal proposito vedi Rota A., *La persona giuridica collettiva nella concezione di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, in *Archivio storico sardo di Sassari* 3, 1977, pag. 5 ss.; Rota A. *Natura giuridica e forme di istituzione nella dottrina di Sinibaldo Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, Modena 1956; Cfr. Lobrano G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*. Torino 1996, pag. 63 e ss. Cfr. R. Feenstra, *L’histoire des fondations, (à propose de quelques études recentes)*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 24.1, 1956, il quale, pure registrando presso Pierre de Belleperche (Petrus de Bellapertica, ‘romanista’ della scuola di Orleans) il primo uso dell’espressione *persona repraesentata*, conviene con il riferire a Sinibaldo de Fieschi (ed alla scienza giuscanonistica) la connessa teorizzazione. Cfr. Birocchi I., *Persona giuridica nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, Torino 1996, XIII, pagg. 407-420.

prettamente medievale²¹ .

Il presente lavoro prende, pertanto, le mosse dall'ipotesi che il "potere" giudiziario affidato ad uno specifico "corpo" di "magistrati", formulata da Montesquieu nel 1748 e – a suo dire – basata sul "modello" della costituzione inglese dell'epoca, abbia trovato realmente la sua origine nel corso del Medioevo, all'interno del mondo germanico e feudale al di fuori e anzi in contrasto con la esperienza, la scienza e la tradizione giuridiche romane.

Per approfondire se non verificare tale ipotesi, si è scelto di procedere attraverso un percorso che si articola in due 'linee di ricerca parallele': la prima, che definiamo 'imperiale continentale', relativa alla disciplina della attività giudiziaria (in particolare, per ragioni che saranno spiegate più avanti, nel 'programma di governo' di Federico I Barbarossa); la seconda, che definiamo 'regia-insulare (anglosassone)', relativa alla dottrina del c.d. giudice-legislatore nella '*common law*'.

²¹ Costa P., *Civitas storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al settecento*, Bari 1999, pag. 7.

2. La linea di ricerca nella esperienza ‘germanica’ imperiale-continentale

a. *Le comuni aggregazioni umane autoritarie*

In generale, si è ritenuto opportuno assumere, come punti di riferimento, le forme di aggregazione proprie dell’esperienza germanica: la *Sippe*, di natura parentale, la *Gefolgschaft*²², gruppo militare cre-

²² E’ di capitale importanza rilevare come la collettività germanica senta l’intima necessità di legarsi ad un ‘capo’, logica estranea alla *societas* romana che è acefala per definizione. A tal proposito si può ricordare il ‘*leudesamio*’, giuramento con il quale si costituisce un vincolo di fedeltà tra il re e il suo seguito, la comitiva dei suoi fedeli. Cfr. Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche dell’età feudale*, Brescia 1962, pag. 61. Leicht P.S., *Storia del Diritto Italiano. Il diritto pubblico*, Milano 1972, pag. 112. Un’epistola di papa Gregorio Magno dimostra che il connottato distintivo della *Fara* è dato dal mettersi sotto la guida di un personaggio eminente (il condottiero più valoroso), vedi Gregorio I, *Registrum epistolarum I*, a cura di P. Ewald e L. M. Hartmann, 2 ed. a cura di L. M. Hartmann, Berlin 1891-99. Lo stesso Montesquieu analizzando i capitolari di Carlo Magno, sottolinea la propensione della gente franca e romana, in piena feudalizzazione della società, a mettersi sotto la protezione del re. Vedi *Esprit des lois* livre XXXI, *Théories des lois féodales chez le Francs, dans les rapports qu’elles ont avec les revolutions de leur monarchie*: «Il est donc aisé de penser que les Francs qui n’étaient point vassaux du roi, et encore plus les Romains, cherchèrent à le devenir; et qu’afin qu’ils ne fussent pas privés de leurs domaines, on imagine l’usage de donner son alleu au roi, de le recevoir de lui en fief, et de lui désigner ses héritiers. Cet usage continua toujours; et il eut surtout lieu dans les désordres de la seconde race, où tout le monde avait besoin d’un protecteur, et voulait faire corps avec d’autres seigneurs, et entrer, pour ainsi dire, dans la monarchie fèodale, parce qu’on n’avait plus la monarchie politique». Vedi Ganshof F., *Che cos’è il feudalesimo?*, Torino 1982, pag. 6, riferito alla *Gefolgschaft* «gruppi di guerrieri liberi vincolati volontariamente al servizio di un capo e che combattono con lui e per lui in stretta unione». Questa libera volontà di vincolarsi viene sancita come obbligatoria nel 847 dal “Capitolare di Mersen” (o Meerssen, nei Paesi Bassi) testo normativo con il quale il re franco e Imperatore del Sacro Romano Impero, Carlo II “il Calvo”, fa obbligo agli uomini liberi di individuarsi un capo, scelto tra il re o tra i signori più potenti del territorio e prescrive che tale rapporto non possa essere risolto se non per una giusta causa. Questo capitolare è considerato il punto di partenza formale del sistema feudale in quanto costituisce la vera e propria base per l’affermazione di una società di tipo feudale. Nel X secolo, in ambito anglossassone, una norma di uguale tenore letterale, equipara l’uomo privo di un signore ad un fuorilegge. Cfr. Colish M.L., *The mirror of language: a study in the medieval theory of knowledge*, Lincoln 1983, pag. 34.

sciuto ed organizzato intorno alla figura di un singolo ‘sovrano’ capo, ed il *Bund*²³, che può essere inteso come la prima elementare forma di ‘Stato’ riconosciuta nel mondo germanico. Si nota che l’applicazione della categoria di ‘Stato’ a questa esperienza è fatta sulla base e sulla responsabilità della dottrina ancora ampiamente dominante, nonostante la consapevolezza dell’anacronismo implicito²⁴.

b. Lo specifico sviluppo ‘imperiale’

Uno sviluppo importante ma specifico dell’ordinamento giuridico germanico e, ivi, del suo sistema giudiziario si riscontra nel Sacro romano Impero di Carlo Magno²⁵.

Punto focale dell’analisi di questa ‘linea’ di sviluppo è la fase successiva al periodo carolingio, con riferimento al regno dell’Imperatore Federico I detto Barbarossa, che possiamo considerare ideale erede di

²³ Scovazzi M., *Le origini del diritto germanico*, Milano 1957.

²⁴ Gli anacronismi cui ricorriamo sotto la influenza della dottrina da noi usata e di cui, in questa fase della ricerca, non possiamo ancora affrancarci sono molteplici, alcuni eclatanti. Oltre la nozione di “Stato” (la quale – nel lessico giuridico moderno – indica la persona giuridica o morale titolare della sovranità, da essa – quindi – esercitata a mezzo di rappresentanti) a proposito della esperienza e della scienza giuridiche medievali, è certamente un anacronismo grave, sempre in ambito feudale, la distinzione terminologica e concettuale sia tra la attività legislativa e la attività di governo sia tra la figura del legislatore e la figura del governante, data la concentrazione di tali funzioni e figure in quell’ambito. Dobbiamo anche scusarci del ricorso alla categoria tecnica-giuridica romana di ‘società’ essenzialmente adespota a proposito di aggregazioni fondate sulla presenza di un ‘capo’. Tutte queste categorie e altre ancora usiamo, pertanto, solamente in prima approssimazione, in quanto – come detto – idiotismi cui ricorre *sistematicamente* la dottrina da noi impiegata.

²⁵ Meyer J.D., *Delle istituzioni giudiziarie in Europa, ridotta in epitome ed aggiuntovi un cenno storico sulle istituzioni giudiziarie delle Due Sicilie, dall’avv. P. Liberatore*, Napoli 1828.

Carlo Magno e del suo Impero²⁶.

Nell'azione di governo²⁷ dell'imperatore svevo si è individuata una tappa rilevante del percorso per scoprire e seguire le 'tracce' della funzione e, eventualmente, del 'potere' giudiziario.

Sono le 'tracce' che possono rilevarsi in un testo della dieta di Roncaglia²⁸ del 1158: la *Constitutio de regalibus*. Tale fonte, così come ci è pervenuta, contiene in sintesi una enumerazione di diritti (*iura regalia*), che spettano all'Imperatore. In questa «*universale curia*» Federico I decide la questione di dette 'regalie' e «sedendo *pro tribunali* come corte di giustizia»²⁹ dirime le controversie inerenti i poteri imperiali e le autonomie cittadine³⁰.

Nell'elenco delle 'regalie' stabilite nella Dieta ha notevole rile-

²⁶ Bloch M., *L'empire et l'idée d'empire sous les Hohestaufen*, in *Mélange Historique*, Paris 1963, pag. 540.

²⁷ Cfr. Keller H., *Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont. Deutschland im Imperium der Salier und Staufer 1024 bis 1250* (Propyläen Geschichte Deutschlands, 2), Frankfurt a.M., Berlin 1990, pag. 412.

²⁸ Le assemblee del XII secolo sono la continuazione delle antiche assemblee del regno longobardo-franco e con il tempo diventano più ampie e vanno ad assumere le caratteristiche del regime feudale. Cfr. Marongiu A. *L'Istituto Parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma 1949, pag. 36. Il luogo fisico dove si tengono le diete in seguito alla soppressione di Pavia, come capitale del *Regnum*, si sposta sulle pianure di Roncaglia. Da questo momento le diete assumono un carattere nuovo non più esclusivamente "nazionale" ma "internazionale", non sono più un organo del regno ma dell'impero. Vedi al riguardo Besta E. *Il Diritto Pubblico nell'Italia Superiore e Media dalla restituzione dell'Impero al sorgere dei Comuni*, Pisa 1925, pag. 140. Cfr. Solmi A. *Le Diete Imperiali di Roncaglia*, Parma 1910 pag. 62: "Le assemblee di Roncaglia avevano così la vita di due secoli, che sono i secoli di transizione tra la vecchia costituzione feudale ed il nuovo governo dei Comuni".

²⁹ Vedi. Marongiu A. *L'Istituto Parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma 1949, pag. 39.

³⁰ Dopo qualche riunione consultiva con i vescovi e alcuni principi (11-14 novembre 1158), l'Imperatore apre solennemente l'assemblea, tiene per più giorni il tribunale regio risolvendo le controversie che gli vengono sottoposte, poi tratta *super iusticia regni et de regalibus* definendo la questione delle regalie.

vanza la “*potestas constituendorum magistratuum ad iustitiam expediendam*”³¹, formulazione che indica precisamente la funzione che la “magistratura”, di nomina dell’Imperatore, era chiamata ad assolvere.

Siffatta regalia sembrerebbe, almeno nominalmente, riferirsi a magistrature giudiziarie, ossia ad un tipo di magistratura rivolta soltanto all’amministrazione della giustizia e non a funzioni politiche e di governo³². L’affermazione del potere di nominare giudici/magistrati assume un valore particolare nel contesto storico di riferimento, al punto che pare possibile ipotizzare che l’Imperatore mirasse alla creazione, nelle singole città, di una ‘potere’ a lui fedele.

In tale linea, nella stessa Dieta di Roncaglia, Federico I emana un’altra costituzione con lo scopo di affermare il principio universale della derivazione, e quindi dipendenza, di ogni giurisdizione dal potere del sovrano: questi, infatti, è considerato fonte di ogni potestà pubblica (*omnis potestas a principe*):

*Omnis jurisdictio et omnis districtus apud principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et iusiurandum prestare quale a lege constitutum est*³³.

³¹ In *M.G.H., Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica*, I, ed. Lud. Weiland, Hannover 1893, pagg. 244-245.

³² Rota A., *Il valore politico immediato per l’Italia della Constitutio de regalibus del 1158*, estratto da «Studi sassaresi», vol. XXIII, Fasc. I-II, Sassari 1950.

³³ Questa è chiamata *Lex Omnis Jurisdictio*, e data la sua brevità, il Seckel e il Finsterwalder hanno sostenuto l’ipotesi che si trattasse solo di una sintesi o di un estratto di una legge più lunga. Solo il ritrovamento del testo, da parte del Colorni, presso il giurista Baldo, ha fugato ogni dubbio che si tratti del testo integrale. Si veda Colorni V., *Le tre leggi perdute di Roncaglia (1158) ritrovate in un manoscritto parigino*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 4 voll., Milano 1967, I, pagg. 111-170.

Il Barbarossa, nella duplice connotazione di capo e di sovrano³⁴, è ancora soprattutto il re giudice (*Richter König*) in aderenza con la tradizione germanica³⁵, secondo la quale il « re è il giudice comune sopra tutti » espressa dal giurista tedesco Eike von Repgow, profondo conoscitore del diritto consuetudinario data la sua ‘professione’ di scabino, autore dello Specchio sassone (*Sachsenspiegel*)³⁶. Il re secondo la tradizione feudale-germanica è giudice³⁷, è il custode dell’ordinamento, fa rispettare il diritto vigente, è colui che deve salvaguardare il mantenimento della pace e l’osservanza dell’equità, in altre parole il « realizzatore » della giustizia³⁸. Il tratto caratterizzante e pertanto dis-

³⁴ Vedi Costa P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1100-1433), Milano 1969, pag. 218: «L’imperatore medievale è semplicemente il capo di una gerarchia, di un processo verticale di potere» e questo potere da lui procede e a lui tende. Fu proprio il Barbarossa ad introdurre lo *Heerschildornung, clipeus militaris* una formale gerarchia feudale dove il primo *clipeus* (scudo), ossia il vertice gerarchico, è occupato dall’imperatore. Cfr. Cappellini P., *Gerarchia*, in L. Ornaghi, *Politica-Vocabolario*, Milano 1993, pag. 294.

³⁵ Cfr. Lombardi L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, pagg. 238-240.

³⁶ Pradisi B., *Studi sul medioevo giuridico*, vol. I, Roma 1987, pag. 342.

³⁷ Vedi Marongiu A., *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, in *rivista di scienze giuridiche*, anno V, fasc. I, Milano 1954, pag. 409: «le monarchie medievali appaiono enti supremi rivolti essenzialmente, primariamente, alla attuazione della giustizia : che fanno, cioè della giurisdizione, ossia del rispetto, della conservazione e dell’ applicazione del diritto vigente, la loro prima e fondamentale e tipica attribuzione».

³⁸ Un «indirizzo» di vescovi nell’829, a Luigi il Pio riassumendo la dottrina del tempo intorno al regale ministerium chiama l’imperatore giudice dei giudici (*iudex iudicum*) e vuole che il suo primo dovere sia di vegliare *ut nulla in iustitia fiat*. Alfredus Boretius-Victor Krause, *Capitularia Regum Francorum*, M.G.H.-L.L., s. II, pag.47 (n.196). Bracton E., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. G. E. Woodbine, 2, I, New Haver-London-Oxford, 1922, pag. 305: « *Ad hoc creatus est rex et electus ut iustitiam faciat universis...Separare autem debet rex...ius ab iniuria, aequum ab iniquo, ut omnes sibi subiecti honeste vivant et quod nullus alium laedat, et quod unicuique quod suum est...reddatur*». Note di Marongiu A. *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, in *Rivista di scienze giuridiche*, anno V, fasc. I, Milano 1954, pag. 403. Il Marongiu riporta altresì la for-

tintivo di questa regalità medievale³⁹ è proprio la preminenza del giudicare rispetto alle altre attribuzioni del sovrano, qui inteso come capo feudale di un territorio ad assetto feudale.

Questa visione è in netta contrapposizione⁴⁰ con la figura di sovrano legislatore di tradizione romanistica, chiaramente formulata nel *Corpus Iuris*, che sul finire del XII secolo guadagnerà la sua preminenza grazie alle impostazioni dottrinarie, basate sui *libri legales*, dello *Studium* di Bologna.

Nel settecento sembra quindi ritrovarsi la figura del sovrano «giudice»⁴¹, quasi a «limitare»⁴², se non a surrogare del tutto quella di sovrano «legislatore».

mulazione dell'arcidiacono di Bologna Guido da Baisio secondo la quale - *propriū officium* del re è di fare- *iudicium atque justiciam*, il re che non rende giustizia *non est iudex*. Ancora vedi Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2006, pag. 131: « si è principi perchè si è giudici, giudici supremi». Cfr. Quagliani D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, pagg. 23-81.

³⁹ Vedi Bloch M., *La società feudale*, Torino 1949, pagg. 405-406: « ogni capo... ambiva di essere un giudice, giacchè solo il diritto di giudicare permetteva di mantenere efficacemente nella via del dovere i subordinati o, evitando che si piegassero alle sentenze di tribunali estranei, forniva il mezzo più sicuro di proteggerli e insieme di dominarli». Cfr. Costa P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, pag. 152, l'autore parla di 'iurisdictio', riferito al potere di fare giustizia, come un dei lasciti più duraturi dell'età feudale.

⁴⁰ Cfr. Marongiu A., *Lo Stato moderno*, Roma 1971, pag. 7, qui vengono delineati due tipi contrapposti di monarchia medievale: una è quella del re «giudice», l'altra è quella del re «legislatore». La figura archetipale di sovrano rimane Carlo Magno fino alla riproposizione della figura dell'imperatore «legislatore», da parte dei giuristi bolognesi, che può essere individuata in Federico II di Svevia.

⁴¹ Marongiu A., *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in «Studi Espositivi», I, Padova 1972, pagg. 683-686.

⁴² Giuliani A. - Picardi N., *La responsabilità del giudice*, in *Dialettica, Diritto e Processo*, Milano 1987, pag.67.

c. *Distinzione 'territoriale' tra 'legge' e 'governo' ('decentramento')*

E' comune la rappresentazione storiografica della struttura dell'ordinamento germanico, come dialettica tra assemblea, che ha titolo a legiferare⁴³ e la sfera di potere appartenente al re.⁴⁴

Nella fase feudale, nel corso della quale il re decide di trasformare l'assemblea da generale (gli uomini in armi) in assemblea dei maggiori (i capi delle circoscrizioni amministrative del regno), egli vede i suoi poteri sempre controbilanciati da tali maggiori nell'ambito delle loro rispettive giurisdizioni⁴⁵. Tale 'decentramento'⁴⁶ sopravvive anche nell'ordinamento del Sacro Romano Impero⁴⁷, ed anzi appare

⁴³ Ercole F., *Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del rinascimento italiano*, Firenze 1932, pag. 29.

⁴⁴ Il potere del re franco è limitato dall'assemblea' come stabilito nell'editto Pistense del 864, di Carlo II il Calvo. Edictum Pistense, 864 Iun. 25, in M.G.H., *Capitularia Regum Francorum*, t. II, p. II, *Capitularia Regum Francie Occidentalis (Karoli II)*, ed. Alfredus Boretius-Victor Krause, Hannoverae 1893, pag. 133: «Et quoniam lex consensu populi et constitutione regis fit, Franci iurare debent, quia secundum regium mandatum nostrum ad iustitiam reddendam».

⁴⁵ Il mondo feudale si caratterizza per una frammentazione dei diritti, delle autonomie e delle giurisdizioni, abbiamo una completa feudalizzazione della vita pubblica. A tale riguardo vedere in Bendix R., *Stato nazionale e integrazione di classe*, trad. it., Bari 1969, pagg. 50-51, il passaggio che rimarca gli effetti di detta feudalizzazione «Un sistema di giurisdizioni, e immunità separate e che si sovrappongono reciprocamente. Ogni giurisdizione concede diritti pubblici positivi che permettono a persone particolarmente privilegiate e a gruppi corporativi di esercitare una specifica autorità ed imporre tasse e gabelle per tali funzioni. Queste giurisdizioni, nel loro insieme costituiscono la comunità politica, che può essere saldamente unita a seconda del peso degli avvenimenti passati, delle circostanze esterne, delle capacità personali dei partecipanti e delle vicende della lotta politica».

⁴⁶ Rota A., *Le fonti del diritto civile e la loro autorità alla metà del XII secolo nella considerazione imperiale e in quella dottrina*, in *Studi Sassaresi*, serie II, vol. XXIV, Sassari 1952, pagg. 82-84.

⁴⁷ Il Werner ricostruisce il quadro dell'organizzazione amministrativa dell'Impero carolingio, qui rileva una reale e funzionante presenza di poteri pubblici ravvisandovi una effettiva territorialità dei poteri. Egli considera le circoscrizioni amministrative dei tempi carolingi, i comitati, il loro vero lascito alla storia d'Europa. Vedi

accentuarsi con i successori di Carlo Magno, per poi raggiungere, con l'introduzione del sistema feudale, il suo apice con gli Hohenstaufen attraverso una «politica di consapevole e metodico decentramento»⁴⁸.

È utile rimarcare che la relazione re-maggiori è modellata sugli sviluppi territoriali che ne condizionano i rapporti di forza e favoriscono l'instaurazione di un 'equilibrio' di potere tra re e maggiori. È ormai pacifico che il feudalesimo è un portato germanico ma la sua genesi si ha al passaggio dal nomadismo⁴⁹ allo stanziamento quando le popolazioni germaniche arrestano il loro moto migratorio (*Völkerwanderung*) e attraverso l' 'occupazione'⁵⁰ si stabiliscono in modo permanente in un dato territorio⁵¹.

Cfr. Werner C. F., *Missus-Marchio-Comes. Entre l'administration locale de l'Empire carolingien*, in *Histoire comparée de l'Administration (IVe-XVIIIe siècles)*, a cura di W. Paravicini e F. Werner, München 1980, pagg. 191-239.

⁴⁸ Vedi Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia 1962, pag. 313.

⁴⁹ Vedi Tamassia G., *Lelemento germanico nella storia del diritto italiano*, Bologna 1887, pag. 14: « Il re è il capo delle genti, non il sovrano territoriale; perché la terra entrerà più tardi come elemento dello Stato germanico; ed anche allora sopravvivono i ricordi dell'età nomade». Cfr. Bertolini O., *I germani. Migrazioni e regni nell' Occidente già romano*, in *Storia universale*, diretta da E. Pontieri, III/I, Milano 1965.

⁵⁰ Sono incisive le parole del cronista burgundo Mario di Avenches nella sua opera *Cronica* a. CCCLV-DLXXXI, a cura di Th. Mommsen, Berlin 1894, anno 569: «Alboneus...cum omni exercitu reliquens...Pannoniam...cum mulieribus vel omni populo suo in fara Italiam occupavit». Cfr. Jarnut J., *Storia dei Longobardi*, Torino 2002, pag. 45.

⁵¹ Nel territorio della Germania, ancora nel XII secolo si applica un diritto distinto: *Lehnrecht* e *Lehngericht* diritto feudale con relativo tribunale feudale, opposti al *Landrecht* e al *Landgericht*, ossia diritto del territorio e tribunale territoriale. A conferma di quanto detto si ricorda la vertenza sul ducato di Sassonia che vede come parte in causa Enrico il Leone, cugino dell' imperatore Barbarossa, sottoposto a 2 procedimenti giudiziari distinti: uno secondo il diritto feudale (*Lehnrecht*) e l'altro secondo il diritto territoriale (*Landrecht*). Cfr. Güterbock F., *Der Prozess Heinrichs des Löwen*, Berlino 1909.

Dunque la stanzialità e il conseguente feudalesimo incidono su detta relazione in termini di ‘decentramento’, a differenza della concezione autonomistica romana dei -per così dire- ‘poteri locali’ [città/municipi].

Per quanto attiene la concezione germanica della legge, questa è intesa alla stregua di un patto che richiedeva l’adesione dei singoli uomini liberi⁵².

In questa logica (di pensiero e prassi giuridiche) la distinzione concettuale del potere si colloca non tra legislativo ed esecutivo ma tra governo, *lato sensu*, e attività giudiziaria⁵³, e proprio la loro reciproca definizione e sistemazione è alla base di numerosi conflitti come la lotta per le investiture, per il recupero delle regalie e la ribellione dei baroni⁵⁴ inglesi.

d. Marginalità del diritto romano

Dall’analisi delle costituzioni di Roncaglia emerge inoltre che al diritto proveniente dalle antiche fonti romane non si attribuisce mai carattere di ufficialità, ma si individua in esso un mezzo per un fine,

⁵² Cortese E., *Il diritto nella storia medievale. L’alto medioevo*, vol. I, Roma 1995, pagg. 133-134.

⁵³ A tale riguardo la sintesi di Picardi N., *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*, Milano 2007, il quale osserva come “La giurisdizione ha assunto, nel tempo e nello spazio, significati e valori diversi. Ripercorrendone la storia ci rendiamo conto che tale nozione, come del resto le istituzioni giudiziarie in genere, non sono creazioni arbitrarie ma il risultato della razionalità umana e delle circostanze particolari nelle quali essa opera in concreto. Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che, soprattutto nella nostra epoca si sono prodotte al riguardo, occorre, quindi, ripensare i problemi utilizzando dialetticamente il metodo storico e comparativo, metodo che ci consente di mettere in discussione certezze che sembrano acquisite”. pagg. 14-15.

⁵⁴ Bournazel E., *Le gouvernement capétien au XII siècle. Structures sociales et mutations institutionnelles*, Limoges 1975, pagg. 157-160.

uno strumento di potere (*instrumentum regni*) dell'imperatore, che lo utilizza principalmente per rafforzare la sua autorità. L'imperatore sembra individuare nel diritto romano più un diritto di uso generale⁵⁵ che un diritto ufficiale dell'impero e per questo mantiene inalterata la costituzione germanica nel suo indirizzo originario.

Ragioni contingenti, legate alla situazione ed al contesto giuridico-politico dell'Impero, rendevano evidentemente inopportuna una dichiarazione espressa volta a dare un riconoscimento ufficiale al diritto romano come diritto dell'Impero. In tal modo il sistema politico-costituzionale germanico si manteneva aderente alle concezioni originarie in materia di 'Stato' e di 'legge'.

Occorre comunque notare che la politica imperiale di Federico I si ispira sempre a due modelli: da una parte, l'imperatore Carlo Magno⁵⁶, il cui ricordo è sempre vivo e operante⁵⁷ nella tradizione del medioevo germanico, dall'altra l'Impero romano⁵⁸.

⁵⁵ Legge generale intesa come legge comune e sussidiaria alla quale si ricorre in caso di silenzio della legge germanica. Cfr. Calasso F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pagg. 42-44.

⁵⁶ Ullmann W., *The Carolingian Renaissance and the Idea of Kingships*, London 1969, pag.74.

⁵⁷ Federico I si ricollega alla tradizione carolingia e sancisce questa filiazione attraverso la canonizzazione di Carlo Magno decisa da un sinodo tedesco del 1165.

⁵⁸ Vedi una sentenza dell'Imperatore Federico I che sostiene la teoria secondo cui gli imperatori del medioevo furono successori dei Cesari, "...*Constitutio de testamentifactione clericorum*, 1165, Sept. 26 § 3: *Nos igitur predecessorum nostrorum divorum imperatorum, magni Costantini vide licet et Iustiniani et Valentiniani necnon Caroli et Ludivici vestigiis inherentes et sacras leges eorum tamquam divina oracula venerantes, imitari non erubescimus Costantinum Imperatorem de sacrosanctis ecclesiis et rebus et privilegiis votum constituentem ac dicentem...*". In *M.G.H., Const. I*, pag. 322. Questa teoria ha avuto una certa circolazione nel Medioevo, ma per quanto riguarda la sua influenza sulla vita del diritto del duecento ha avuto scarso peso. Cfr. Coing H., *La Pre-recezione in Germania*, in *Annali di Storia del Diritto*, III-IV, Milano 1959-60, pag. 5.

Per tale motivo è possibile riscontrare due costanti nella azione di governo dell'imperatore svevo: la tradizione carolingia-feudale⁵⁹, fattore sicuramente preponderante, e l'idea della continuità con l'Impero Romano-Bizantino.

Federico I agisce come un sovrano medievale⁶⁰, e ricorre all'autorità del diritto romano solo per consolidare ed espandere il suo potere, più che per incidere sul proprio apparato organizzativo. Egli conserva quasi immutata la struttura prettamente feudale⁶¹ dell'Impero e mantiene la tradizione di diritto e la prassi dei suoi predecessori. Nel

⁵⁹ L'azione dell'imperatore svevo si svolge nel periodo Carolingio-Feudale secondo la periodizzazione proposta dal Leicht P.S., *Storia del Diritto Italiano. Il diritto pubblico*, Milano 1972, pag. 3. Tutta l'opera di Federico Barbarossa si svolge nell'osservanza delle consuetudini feudali. Appena incoronato re di Germania compie la cavalcata regia attraverso il Regno Germanico, non solo, per prenderne possesso e ricevere l'omaggio dei sudditi, ma anche per amministrare la giustizia e risolvere le controversie feudali. L'imperatore rispetta la consuetudine germanica inastando lo scudo regio alla sua prima discesa in Italia nel dicembre del 1154, insieme con il suo esercito nei prati di Roncaglia, presso Piacenza: "*Est autem consuetudinis regum Francorum, qui et Teutonicorum, ut, quotienscumque ad sumendam Romani imperii coronam militem ad transalpizandum coegerint, in predicto campo mansionem faciant. Ibi ligno in altum porrecto scutum suspenditur, universonumque equitum agmen feoda habentium ad excubias proxima nocte principi facienda per curiae preconem exposcitur*", in *Ottonis Et Rahewini, Gesta Friderici I Imperatoris, II, c. 4*, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 91. Vedi Wies E. W., *Federico Barbarossa*, Milano 2006, pag. 37.

⁶⁰ *Il secolo XII: la renovatio dell'Europa cristiana*, a cura di Constable G. - Gracco G. - Keller H. - Quagliioni D., pag. 265.

⁶¹ *Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, quaderno 10, a cura di Manselli R. e Riedman J., Bologna 1982, pagg. 192-193: «sembra lecito affermare che Federico mirava a ricostituire il suo Stato poggiando sui nessi feudali, facendo derivare ogni potere pubblico dall'investitura che egli concedeva ai dipendenti (nobili, ecclesiastici, finanche i comuni)...il giuramento di *fidelitas* era, per così dire, il fulcro di tutto il sistema, l'asse portante della costruzione...il legame feudale gli apparve ancora, nel contesto storico-sociale del secolo XII, lo strumento più comodo e pertinente per regolare i rapporti tra l'imperatore e i suoi dipendenti». Per quanto riguarda il significato e la portata del giuramento e della fedeltà reciproca di marca germanica vedi Becher M., *Eid und Herrschaft. Herrschetos bei Karl dem Grossen*, Sigmaringen 1993.

XII secolo i suoi sudditi percepiscono l'Impero come una «creazione germanica» e come uno strumento «dell'egemonia teutonica»⁶².

e. *Rilevanza del Diritto germanico e sua traduzione feudale*

È possibile, alla luce di queste considerazioni, scorgere, nell'assetto politico dell'Impero, la tradizione vetero-feudale del pensiero costituzionale aristocratico e germanista e affermare che qui trovi espressione l'aristocrazia feudale di matrice germanica, con la conseguente realizzazione del “governo gotico”.

Oltre le costituzioni, assai utile per comprendere a fondo l'azione politica di Federico I, è il discorso programmatico con il quale egli apre la seduta inaugurale della dieta di Roncaglia del 10 novembre 1158, alla presenza delle maggiori dignità dell'impero, ecclesiastiche e laiche, dei signori e dei rappresentanti dei comuni. In tale discorso sono contenute dichiarazioni sull'origine dell'autorità imperiale, sulla funzione dell'imperatore e sulla legittimità del suo governo.

In un passo particolarmente significativo di tale discorso Federico I enuncia l'*officium* dell'imperatore, inteso come missione di giustizia a lui spettante in quanto depositario della *imperialis maiestas* e la sottomissione della autorità imperiale alla legge.

L'imperatore Federico avverte sempre il vincolo delle “*leges regnorum*”, riconoscendo il valore delle leggi germaniche promanate dall'autorità normativa di ogni regno, ossia dalle assemblee dei singoli

⁶² Gualazzini U., *Federicus, rex Italiae*, in *Studi storici in onore di O. Berolini*, Pisa 1972, pag. 426. L'Autore riporta il testo di un ignoto cronista del XII secolo, dove l'Impero carolingio viene indicato come la premessa naturale di quello svevo: «*Tunc etiam pactio dicitur facta inter papam, Romanos et principes Germanie, ut devictis Langobardis et Gothis imperium in Germaniam transiret, quod etiam usque hodie durat*».

regni. Tutta la sua opera si sviluppa sui binari dell'osservanza delle consuetudini feudali.

f. *Prospettiva*

Vista l'attenzione dedicata dall'Imperatore Federico I all'attività legislativa e soprattutto all'elemento giudiziario, ben evidenziata anche in alcuni versi di Goffredo di Viterbo⁶³ ci si può porre il quesito se nelle sue costituzioni si ravvisi un embrione della concezione dell'ordine giudiziario come potere a lui sottoposto, che poi giungerebbe, con Montesquieu, ad essere configurato come un potere svincolato dall'autorità regia.

⁶³ «...Principis officium sine Caesare nemo meretur; omnisque honor mundi, te costituente, tenetur; Absque tuo dono vix valeat ullus honor; Tu, lex viva, potes dare, solvere, condere leges; Stantque caduntque duces; regnant, te iudice, reges; Rem, quamcumque velis, lex animata geris», in Viterbiensis G., *Gesta Friderici I et Heinrici VI*, ed. Waitz, Hannoverae 1872, pag. 15.

3. La linea di ricerca nella esperienza ‘germanica’ regia-insulare (anglosassone)

a. Lo ‘spartiacque’ crono-logico

La seconda ‘linea’ di ricerca, quella relativa all’ambito regio-insulare anglosassone, ha come riferimento il contesto storico dell’Inghilterra, la quale può essere considerata, per certi versi, uno “Stato successore” indiretto dell’Impero franco, dal momento in cui, dalle coste della Normandia, è partita la conquista franco-normanna⁶⁴.

La battaglia di Hastings del 1066 può essere considerata, in un certo senso, uno spartiacque: da un lato si registra l’ascesa al trono di Guglielmo il Conquistatore⁶⁵, dall’altro prende il via il processo di recepimento del diritto franco in Inghilterra. Tale data è convenzionalmente riconosciuta sia come il punto di inizio della storia del *common law*⁶⁶ che come introduzione del feudalesimo⁶⁷ oltremarino. Detta introduzione porta un immediato cambiamento di impostazione del rapporto tra re e aristocrazia terriera, e inoltre introduce un elemento di novità rispetto ai tempi anglosassoni nei rapporti di ordine pubblico un «juridisme» basato «sulla nozione di contratto, sottesa alla feudali-

⁶⁴ Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche dell’età feudale*, Brescia 1962, pag. 111.

⁶⁵ Vedi Marongiu A., *I due regni normanni d’Inghilterra e d’Italia*, Spoleto 1968, pag. 550, l’autore spiega l’integrazione dei normanni, popolo vincitore, nel tessuto sociale inglese: «I normanni d’Inghilterra furono geniali nel conservare innovando, nell’inserirsi essi, gente straniera nella società e nello Stato inglese e nel persuadere o nel costringere i propri seguaci a farsi inglesi tra gli inglesi».

⁶⁶ Cannata C.A.- Gambaro A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, dal medioevo all’epoca contemporanea*, vol. II, Torino 1989, pag. 33.

⁶⁷ Vedi Ganshof F. *Che cos’è il feudalesimo?*, Torino 1982, pag. 71.

tà normanna»⁶⁸.

b. La caratteristica organizzativa: il 'giudice-legislatore'

I re normanni, sfruttando una favorevole congiuntura politica, danno vita ad un sistema completamente feudale, istituendo una amministrazione fortemente centralizzata e dando particolare impulso al settore relativo all'amministrazione della giustizia.

Il sistema di *common law*⁶⁹, introdotto, come detto, durante la fase del dominio normanno, si sviluppa nel tempo come un sistema di diritto comune, di impulso giudiziario⁷⁰, creato in forma accentrata da giudici regi e gestito dalle corti secolari.

Questo diritto si definisce comune per vari motivi: si tratta di un sistema che si contrappone ai molteplici diritti locali basati sulla consuetudine precedenti alla conquista normanna e sopravvissuti ad essa; viene creato e amministrato in forma accentrata da giudici regi; rappresenta un diritto di applicazione generale, che trascende il sistema basato sui privilegi sovrani, le norme speciali e i diritti di ceto; mantiene caratteri differenti rispetto all'assetto normativo nato alla fine del medioevo per opera della Cancelleria, definito sistema di *equity*.

Il sistema di *common law* presenta inoltre sostanziali differenze rispetto a quello di *civil law*, per tutta una serie di importanti corollari: l'assenza di una codificazione e di una costituzione scritta; l'assenza

⁶⁸ Foreville R., *Governati e governanti in Inghilterra (1066-1037)*, in *Le istituzioni parlamentari nell'Ancien Régime* di D'Agostino G., Napoli 1980, pag. 336.

⁶⁹ Cfr. Criscuoli G., *Valore semantico e contenuto dommatico della espressione «common law» nel linguaggio giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pagg. 1466-1473.

⁷⁰ Vedi Grossi P., *L'europa del diritto*, Bari 2007, pag. 82, riferito ai giuristi inglesi facitori di diritto: «In Inghilterra continua e continuerà il medioevo giuridico, ossia un modo non statuale di produrre diritto».

di una suddivisione tra diritto privato e pubblico; il ruolo preponderante assunto dai giudici, cui fa da contraltare uno più marginale della dottrina e degli studiosi del diritto; la creazione di un sistema penale di tipo accusatorio e non inquisitorio; il rispetto della lettera della legge, che vincola i giudici nella loro attività di interpretazione delle norme giuridiche.

Il *common law* rappresenta a tutti gli effetti il frutto della attività interpretativa e, per certi versi, creativa, dei giudici, che, a partire dal secolo XII, con una serie ininterrotta di decisioni su casi specifici, costruiscono un vero e proprio complesso di norme e principi.

In un sistema così concepito, la legislazione svolge un ruolo piuttosto marginale, tanto che lo stesso *Corpus Iuris* non occupa quella posizione centrale che ha assunto, almeno formalmente, nell'Europa continentale⁷¹. Questo si può spiegare col fatto che in Inghilterra, soprattutto nel XIII secolo, la radice del diritto feudale è meno intaccata rispetto all'Europa continentale, e il potere regio, e il diritto da esso promanato, non sono compromessi dal regime feudale. L'autorità del re⁷² è abbastanza solida da non avvertire la necessità di trovare un fondamento giuridico nelle *leges imperiales*, anzi è portata 'vocazionalmente' a disconoscerle⁷³.

⁷¹ Padoa Schioppa A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, pag. 205.

⁷² Per dare l'esatta latitudine del potere regio, riferito al suo consolidamento e ampliamento nel corso dei secoli, riporto le parole del diplomatico Sir Thomas Smith che nella sua opera *De Repubblica Anglorum*, scritta tra il 1562 e il 1565, afferma riferendosi al potere del sovrano: «quale autorità suprema dà vita a tutti gli atti compiuti nel regno d'Inghilterra». Vedi Smith T., *De Repubblica Anglorum*, Cambridge 1906, pag. 62.

⁷³ Calasso. F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pag. 316.

L'opposizione al recepimento del diritto romano è netta ed esplicita così come risulta dalla formula perentoria «Nolumus leges angliae mutare» votata nel 1236 nella dieta di Merton, ribadita poi per le respingere le successive proposte di modificare il diritto inglese *ex aequitate iuris civilis*.

Si riportano le parole dello storico inglese Trevelyan che informano che il diritto comune applicato dal ceto professionale dei giuristi non può che scaturire «da un'unica fonte, e questa poteva essere soltanto la Curia Regia» e che per *common law*, si intende «un intrico di casi giuridici, di vecchie e nuove decisioni, all'interno del quale potevano orientarsi solo giuristi esperti»⁷⁴.

A questo proposito, è fondamentale sottolineare la specifica prospettiva: il protagonista nell'ordinamento di *common law* non è il giurista dotto di estrazione universitaria, ma il giudice chiamato a dirimere le controversie e quindi un giurista avente una formazione prettamente pratica⁷⁵. Per queste sue caratteristiche, il sistema di *common law* viene considerato alla stregua di «un tessuto continuo»⁷⁶ in cui ogni suo operatore ha la possibilità di attingere ai precedenti o alle statuizioni risalenti a qualunque periodo del passato ed utilizzarli per la risoluzione del caso concreto sottoposto alla sua attenzione.

Nell'ordinamento di *common law* le pronunce dei giudici assurgono così al rango di vere e proprie fonti del diritto. Il valore cogente del

⁷⁴ Wesenberg G.-Wesener G., *Storia del diritto privato in Europa*, Padova 1999, pagg. 101-103.

⁷⁵ I giuristi non hanno conseguito la laurea in legge, ma hanno appreso i rudimenti del diritto, e completato la loro formazione in modo empirico, apprendendo l'arte del dirimere le controversie lavorando nelle aule dei tribunali.

⁷⁶ Van Caenegem R. C., *I signori del diritto Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991, pag.18.

precedente giurisprudenziale fa dismettere al giudicante i panni del mero esecutore ed interprete del diritto, per conferirgli il ruolo di legislatore⁷⁷.

Si possono designare con il nome aureo di diritto queste pronunce e anche le regole inglesi non scritte, in quanto tutto deriva dal tribunale regio⁷⁸.

Si richiamano in particolare due opere che offrono un contributo fondamentale ai fini della ricostruzione del momento genetico del sistema di *common law*, quella più risalente, datata 1187 (*Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*) che contiene la prima esposizione del nuovo diritto anglo-normanno ed attribuita a Ranulf di Glanvill⁷⁹, giudice regio presso la Corte del re Enrico II, e la successi-

⁷⁷Alpa G., *L'arte di giudicare*, Bari 1996, pag. 16.

⁷⁸Vedi Vinogradoff. P., *Diritto romano nell'Europa medievale*, Milano 1950, pag. 79, si afferma la possibilità di dare il nome aureo di diritto a queste norme: «...perchè esse procedono da un comando sovrano, il re». Inoltre l'autore riporta le parole incisive del Beamoir che danno una chiara definizione del diritto inglese: «Le norme del diritto comune (*common law*) stabilite dalla generale consuetudine devono procedere dall'intero tribunale del Re, e la loro abrogazione o mutazione è di competenza dell'intero tribunale».

⁷⁹Ranulf di Glanvill compila la sua opera lavorando su materiale di matrice inglese, catalogando e discutendo i *writs* regi che progressivamente escono dalla *curia regis*. La prima descrizione di questo 'differente modo' di produrre diritto è contenuta nell'opera dal titolo il Dialogo sullo Scacchiere (*Dialogus de Scaccario*) di Riccardo Fitz Neal e risale al regno di Enrico II. Il *Dialogus* contiene una minuziosa descrizione dell'organizzazione e dell'amministrazione della giustizia e inoltre ci fornisce delle informazioni sul diritto civile e la procedura. Ci mostra anche quale sia stato lo spirito dei normanni nell'organizzazione di un'efficiente amministrazione accentrata, sottolineando il grande intuito politico dei re normanni nel trarre grandi vantaggi da questo sistema centralizzato della giustizia. Cfr. Glasson E., *Histoire du droit et des institutions, politique, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris 1882, pag. 88. Cfr. Van Caenegem R., *Royal Writs in England from the conquest to Glanvill*, London 1959.

va, composta nel 1250 da Henry Bracton⁸⁰, (anch'egli giudice regio) sotto forma di trattato e denominata *De legibus et consuetudinibus Angliae*⁸¹.

Ancora nel corso del secolo XIII, si registra altresì una importante modifica nel sistema giudiziario: l'unica ed originaria corte del re si scompone in tre rami, dando così vita a tre differenti corti centrali: la *Court of Common Pleas*, competente per le vertenze tra privati, la *Exchequer*, cui erano riservate funzioni di giustizia fiscale, amministrativa e finanziaria e la *King's Bench*, presso la quale il re compariva di persona⁸².

Il giurista inglese Edward Coke (1552-1634) nella sua opera *Institutes of the laws of England* (I,138, fol. 97b) definisce la common law, considerando la sua evoluzione nel tempo, una «perfezione della ragione».

c. *Conflitti e soluzioni: Magna Charta e 'Model parliament'*

Nel contesto storico di riferimento, di cui nel corso della trattazione si è evidenziata l'importanza per quanto attiene alla nascita e allo sviluppo del sistema giudiziario, si registra anche una nuova e ulteriore fase in cui è possibile riscontrare una decisa accentuazione del potere regio, che si esplica non solo sulle persone, ma anche sulle proprie-

⁸⁰ Cfr. Pluckett T., *A concise history of the common law*, London 1956, pag.258, l'autore afferma che dopo Glanvill la giurisprudenza inglese tocca il suo acme con Bracton.

⁸¹ L'opera di Bracton è considerata il punto di riferimento della legislazione di *common law* fino alla pubblicazione dell'altra opera monumentale del diritto inglese, quella dell'altro grande giurista Edward Coke, le *Institutes of the laws of England*. Cfr. Marke J., *A catalogue of the law collection*, New York 1953.

⁸² Padoa Schioppa A., *Storia del diritto in Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, pag. 76.

tà dei sudditi.

Il frequente ed arbitrario esercizio di un tale potere ha portato in quel periodo ad inevitabili conflitti.

Il correttivo a tale situazione è rappresentato dalla concessione di ‘carte solenni’, da parte dei sovrani che avevano la funzione di tutelare i sudditi nei confronti degli abusi che potevano derivare dall’esercizio illimitato ed indiscriminato del potere regio.

Primo e più importante esempio di carta solenne è senza dubbio la *Magna Charta*⁸³, redatta il 15 giugno del 1215 e concessa sotto forma di privilegio dal Sovrano Giovanni senza Terra. Si tratta di un testo di legislazione feudale non molto diverso, nella forma e nel contenuto, dalle altre concessioni regie di quel periodo.

Il meccanismo descritto dà impulso alla fase del costituzionalismo europeo⁸⁴.

Quasi contestualmente e parallelamente al costituzionalismo, si sviluppa la fase del parlamentarismo, a seguito della quale, ampliata

⁸³ Musca G., *La nascita del parlamento nell’Inghilterra Medievale*, Bari 1994, pag. 48. L’autore spiega la ragione fondante di tale concessione regia: «...non nacque in ottemperanza ad alti principii, ma su un terreno empirico, come soluzione concordata di un aspro dissidio». Si considera di particolare rilievo per gli sviluppi futuri della *rule of law* l’articolo 39 della *Magna Carta* «Nessun uomo libero sia arrestato o imprigionato o multato o messo fuori legge o esiliato o danneggiato in alcun modo nè ci volgeremo o manderemo alcuno contro di lui, eccetto che per legale giudizio di suoi pari o secondo la legge del regno».

⁸⁴ La ribellione dei baroni feudali costringe il re Giovanni Senzaterra a concedere la *Magna Carta Libertatum*; tale documento mette al riparo i sudditi e i loro beni dall’esercizio arbitrario del potere regio. Van Caenegem R. C., *Il diritto costituzionale occidentale*, Roma 2003, pag. 99, riferito al contenuto della *Magna Carta*: «...il potere politico è tenuto a operare nel rispetto della legge, e che la legge protegge i sudditi/cittadini (nel 1215 gli ‘uomini liberi’) nelle loro persone e nei loro beni».

l'antica *curia regis* feudale, il regnante si trova ad operare di concerto con i rappresentanti elettivi delle comunità rurali ed urbane. Sembra apparire in modo chiaro la differenza, inerente la produzione e lo sviluppo del diritto, tra l'Europa continentale e la *insula* di Inghilterra. Nella prima il diritto si può inquadrare attraverso dei periodi di «riassunzione e di integrazione di movimento», e distinguere delle fasi di sviluppo. In Inghilterra invece si ha un processo in continuo svolgimento del diritto, senza interruzioni temporali, dove è difficile «fissare dei contrassegni che spezzino e distinguano le epoche storiche»⁸⁵.

Si può comunque ravvisare qualche mutamento e assestamento dell'edificio del diritto inglese, con il quale avviene la 'metamorfosi' del «re-giudice» in «re giudice-legislatore». Bracton nel *De legibus*, occupandosi del diritto e della procedura «*secundum leges et consuetudines Anglicanas*»⁸⁶ osservata alla corte del re «*casus qui quotidie emergunt et inveniunt in regno Angliae, ut sciatur quae competat actio et quod breve*»⁸⁷ afferma che il re non può essere soggetto all'uomo, ma a Dio e alla legge⁸⁸, perché è la legge che fa il re (*lex fa-*

⁸⁵ Majorana A., *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in Archivio giuridico, vol. 43, fasc.4-5, Bologna 1889, pag. 576.

⁸⁶ Bracton H., *De Legibus* cit., II pag. 29.

⁸⁷ Bracton H., *De Legibus* cit., II pag. 19, il giurista inglese in questo passo rende esplicito il contenuto della sua opera e dichiara le fonti da lui impiegate per la composizione, tutto materiale che poi viene usato per l'esercizio quotidiano dell'attività giudiziaria: «*Et sciendum quod materia est facta et casus qui quotidie emergunt et inveniunt in regno Angliae, ut sciatur quae competat actio et quod breve, secundum quod placitum fuerit reale vel personale, et super huiusmodi confi-cienda acta sive irrotulationes, secundum proposita et obiecta, agendo et probando, defendendo et excipiendo et replicando et huiusmodi*».

⁸⁸ La parte dove ho ritenuto più opportuno soffermarmi è la parte introduttiva denominata *introductio*, in cui l'autore dichiara il fine della sua opera e esprime la sua concezione di *lex* e di *ius*. Vedi Bracton H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, 19-29.

cit regem)⁸⁹. In questi termini la legge è la fonte del potere regio, e legittima il *rex iustus*, quello equo del *recte agere* che non si abbandona all'arbitrio, all'esercizio dei suoi poteri di giudicare e legiferare. Il giurista inglese tiene distinta la giustizia di Dio «non est variabilis neque temporalibus in dispositionibus et voluntatibus suis, immo eius voluntas est constans et perpetua» da quella dell'uomo «homo ... iustus habet voluntatem tribuendi unicuique ius suum, et ita illa voluntas dicitur iustitia». L'uomo giusto, è colui che riceve il potere da Dio, il re giusto cui spetta la prerogativa della tutela della giustizia. Egli, da Dio riceve e a lui restituisce *duplicata talenta*, attraverso il retto esercizio dei suoi poteri. Le parole del giurista devoniano sono chiare ed incisive, riferendosi al re afferma: «ha il potere giudiziario e il potere di giudicare su tutto ciò che rientra nella sua giurisdizione; sicchè in virtù di questa, come vicario di Dio, egli dà ad ognuno il suo»⁹⁰. La stessa definizione bractoniana di *lex*⁹¹ «è diretta alla più equa amministrazione della giustizia»⁹². E anche l'altra fonte del diritto la *consue-*

⁸⁹Bracton H., *De legibus*, II, cit, pag. 33, «Ipse autem rex, non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem».

⁹⁰ Cfr. McIlvain C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia 1956, pag. 85.

⁹¹ Bracton H., *De Legibus*, cit., II pag. 22: «lex est commune praeceptum virorum consultum prudentium, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coertio, reipublicae sponsio communis...Et licet largissime dicatur lex omne quod legitur tamen specialiter significat sanctionem iustam, iubentem honesta, prohibentem contraria».

⁹²Cfr.Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pagg. 535-537. L'autore riporta nella nota 110 pag.535 la edizione dell'opera curata da Woodbine «George E. Woodbine, I-IV, New Haven, 1915-1942, è stata successivamente rivista da Samuel E. Thorne e pubblicata in due volumi, Cambridge, Mass.,1968».

*tudo*⁹³ è in stretta connessione con detta giustizia. Il re che ispira la sua azione di governo alla rettitudine (*recte regit*) non ha che da ricorrere alle armi e alla legge. Bracton sostiene: «In rege qui recte regit necessaria sunt duo haec, arma videlicet et leges, quibus utrumque tempus bellorum et pacis recte possit gubernari»⁹⁴. Il sovrano, in tempo di guerra, ha il dovere di governare attraverso lo strumento militare delle armi, in tempo di pace quello di governare attraverso il mezzo giuridico delle leggi. Ecco riemergere la figura del «re legislatore» di giustiniana memoria, trionfatore *legibus et armis*, tanto cara alla scuola di Bologna e riportata in auge sul finire del XII secolo dai suoi giuristi. A tale proposito occorre ricordare che l'ambiente bolognese non è estraneo a Bracton, anzi lo ha direttamente influenzato in quanto egli studiò proprio a Bologna e fu allievo di Azzone autore di una celebre *Summa Codicis*. Si può affermare che nel giurista inglese «non si trova una dottrina opposta a quella bolognese circa il rapporto rex-lex»⁹⁵. L'impostazione bractoniana, cioè la riconduzione, il riferimento del 'potere di giudicare' ad un precedente e superiore potere legislativo, sia pur visto in chiave religiosa, viene dalla compilazione giustineana attraverso gli insegnamenti di Azzone. In Inghilterra il re non è soltanto giudice (*king's council*) e tutore della pace (*king's peace*) ma è anche legislatore. In terra inglese i tempi sono ormai maturi perché sia il re a fare la legge (*rex facit legem*) e ad adunare in sé, ed esercitare ef-

⁹³ Bracton H., *De Legibus*, cit., II pag. 23 «quid sit lex, et quid consuetudo, sine quibus non poterit quis esse iustus, ut faciat iustitiam et iustum iudicium inter virum et virum».

⁹⁴ Bracton H., *De Legibus*, cit., II pag. 19.

⁹⁵ Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pag. 538.

fettivamente, i due poteri, quello di giudicare e quello di legiferare.

CAPITOLO SECONDO
IL “POTERE GIUDIZIARIO”
IN UN TESTO DELLA DIETA DI RONCAGLIA

1. La concezione di ‘Stato’ e di ‘legge’ nel diritto germanico sino alla *Constitutio de Regalibus*

Oggi con il termine generico di ‘Stato’ si fa impropriamente riferimento a tutte quelle svariate forme di organizzazione politico-giuridiche⁹⁶ che si sono succedute nel corso dei secoli, la città-stato/Stato-città del mondo antico, lo Stato feudale, lo Stato patrimoniale, lo Stato di polizia o Stato assoluto in contrapposizione con il moderno Stato di diritto. Queste sono tutte forme di organizzazione della società che vedono nella sovranità l’elemento tipico dello Stato inteso come ordinamento giuridico primario⁹⁷. Stato e sovranità non sono stati teorizzati dalla giurisprudenza romana nelle vicende plurisecolari e nelle trasformazioni politiche di Roma. Nel mondo romano troviamo rispettivamente l’espressione di *populus romanus* e di *imperium* o *iurisdictio* o *potestas*, come poteri dei magistrati romani o del *princeps* a loro attribuiti dalla volontà sovrana del popolo mediante la *lex de imperio*.

Le esperienze successive dei regni barbarici o romano-barbarici

⁹⁶ Cfr. Marongiu A., *Lo Stato moderno*, Roma 1971, pagg. 5-6, l’autore prova a risolvere ogni disputa giuridica riguardo l’impiego del termine Stato sostenendo che questo sia un «fatto naturale, una realtà di sempre» e una realtà anacronica «al di fuori delle dimensioni temporali».

⁹⁷ Vedi Astuti G., *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1967, pag. 5 e ss.

durante l'alto medioevo vedono inizialmente una compressione delle istituzioni pubbliche romane, organizzandosi queste popolazioni secondo le loro forme tradizionali di governo, adattandole gradatamente anche in forza della convivenza con le popolazioni romane.

È d'uopo a questo punto della trattazione fare una ricostruzione istituzionale del processo formativo del diritto in ambito germanico analizzando le principali aggregazioni sociali in cui si è modellata la società germanica. La *Sippe* è l'organismo primo, la prima cellula del tessuto sociale germanico che raccoglie i discendenti da un antenato comune, secondo una definizione dello Scovazzi "è la vita della natura che si attua nell'ambito di una determinata stirpe umana" e si fonda su una forza naturale chiamata *fridr* che indica "il divenire di tutte le forze naturali che si attuano nell'ambito di molte *Sippen* costituenti la società umana"⁹⁸. I singoli individui, componenti della *Sippe*, sono su un piano di uguaglianza, hanno pari diritti e sono legati gli uni agli altri da un vincolo di assoluta lealtà. La forza di questo legame risiede nella consapevolezza e nel sentimento comune di derivare dallo stesso capostipite.

Alla *Sippe* si può accedere non solo con la nascita ma anche mediante quei negozi giuridici, attraverso i quali si costruisce artificialmente una parentela non fondata sui legami di sangue, quali l'adozione e il matrimonio. I suoi membri hanno come scopo comune la conservazione della pace e lo sviluppo massimo della *Sippe* in tutte le sue manifestazioni per questo ne accettano la legge in tutte le situazioni della vita. In seguito. La *Sippe* col passare del tempo, seguendo

⁹⁸ Scovazzi M., *Le origini del diritto germanico*. Milano 1957, pag. 251 ss.

la naturale evoluzione storica si trasformerà in strutture superiori andando a costituire quello che dovette essere lo Stato germanico. A questa prima organizzazione collettiva si contrappone la *Gefolgschaft* che è formata da un insieme di guerrieri che si sono sottoposti al comando di un capo, il condottiero più valoroso, per essere guidati in battaglia.

In questo organismo sociale lo scopo precipuo non è più il mantenimento della pace ma l'operazione militare mirante a fare preda, ossia l'occasione di mostrare il proprio valore e di fare bottino per essere poi lautamente ricompensati dal proprio capo. L'ingresso del nuovo guerriero nella *Gefolgschaft* è subordinato al giuramento di fedeltà, e al dono di un'arma, normalmente una spada, per sancire la sua accettazione tra le fila dei combattenti. In termini giuridici questo accesso si forma con un atto bilaterale con l'incontro delle due volontà quella del capo da una parte, quella del guerriero dall'altra.

Oltre alla guerra elemento fondante e qualificante la *Gefolgschaft* c'è un altro tratto che ne caratterizza la struttura ed è la reciprocità dei doveri fra capo e guerrieri. Nella figura predominante del capo la collettività dei guerrieri si annulla a differenza della *Sippe* dove il singolo individuo si annulla nella collettività. In questo assunto si coglie lo spirito diverso che informa i due organismi sociali, nella *Gefolgschaft* si sacrificano le manifestazioni di uguaglianza collettiva in nome dei valori individualistici, all'opposto nella *Sippe* in nome delle manifestazioni di uguaglianza si sacrifica il valore individuale.

Si analizza ora il *Bund* (=lega) organizzazione collettiva risultante proprio dall'osmosi delle due espressioni della volontà associativa sin qui delineate. Dalla *Gefolgschaft* il *Bund* ha preso l'elemento militare,

dalla *Sippe* i compiti precipui come la come lo sviluppo e conservazione della pace. La genesi del *Bund* sta nella necessità di trovare un correttivo ai continui contrasti e lotte fra le varie stirpi che stavano dilaniando il popolo germanico, e nel trovare un organismo più adatto a soddisfare le necessità di una società in continua evoluzione, dal momento che la *Sippe* si mostrava totalmente inadeguata a far fronte ai nuovi bisogni. Il *Bund* così riesce a eliminare gli scontri tra le diverse *Sippen* e a garantire meglio una difesa dei valori e degli interessi comuni.

L'ingresso nel *Bund* era subordinato al superamento di prove di abilità e coraggio, oppure attraverso una iniziazione sacra consistente nel contatto con le divinità protettrici del *Bund*. Per perfezionare l'accesso basta il semplice riconoscimento della lega delle capacità del nuovo guerriero. Il *Bund* è la forma associativa più riconducibile alla figura di Stato, e la necessaria premessa per iniziare ad elucubrare una idea di Stato. È comunque un errore immedesimare il *Bund* nello Stato ed altresì un errore pensare l'assemblea popolare, come un organo dello Stato. Questa assemblea, emanazione del *Bund*, è semplicemente un'espressione tangibile delle diverse associazioni presenti in seno a una tribù germanica.

Il *Bund* riuniva periodicamente i propri membri perché manifestassero il loro parere in ordine a quei compiti protettivi che le competevano. Gli uomini si radunavano in armi solitamente nel bosco, il luogo più adatto per creare un contatto con gli spiriti degli antenati e le forze della natura. Il *rex* o il *princeps* espone all'assemblea le questioni riguardanti la comunità, ma non impone mai la propria decisione all'assemblea che rimane libera di approvarla o di respingerla.

Il *Bund* poi si ha la transizione da semplice organismo difensivo militare a organismo complesso, dotato di particolari attribuzioni nella sfera giudiziaria, assume le vesti di organo giudicante, capace di ristabilire quella situazione di diritto che era stata alterata, da assemblea ordinaria in assemblea giudiziaria.

Qualora il *Bund* non riesca ad esplicare con efficacia le sue prerogative giudiziarie, per esempio non riesce a punire il colpevole con la pena della morte lo può interdire dall'ingresso nel paese. Da questo momento fondamentale prese avvio tutta l'evoluzione posteriore che fornì al *Bund* il potere più caratteristico quello di irrogare la sanzione penale.

Dopo aver analizzato le due forme elementari di associazione la *Sippe* e la *Gefolgschaft* e l'organismo sociale più evoluto denominato *Bund*, si può introdurre il discorso, sempre le diverse stratificazioni sociali dei germani, sulla prima forma di governo germanica. La *vexata* e tutt'ora *disputata quaestio* tra gli storici del diritto, se all'origine i germani hanno avuto una repubblica o una monarchia. Maneggiando con cura le categorie del diritto costituzionale moderno, si sostiene che la forma originaria dello stato germanico sia la repubblica in quanto il *Bund* viene inteso come struttura corrispondente alla repubblica.

Ma in seguito la comunità germanica mostra la sua forte e naturale vocazione per la monarchia, ponendo al vertice del *Bund* un condottiero dotato di grande personalità e con particolari doti da mettere a disposizione della collettività per garantirne un sicuro e migliore sviluppo.

La più antica figura in seno alla magistratura germanica era il con-

te (che i germani chiamavano *Graaf*, da cui gravione); in capo a esso erano sia l'autorità civile che quella militare: a lui spettava presiedere le assemblee pubbliche, pronunciarsi sulle controversie (da qui veniva appellato giudice) e comandare l'esercito. Esistevano anche dei magistrati di grado inferiore, che erano messi a capo delle varie comunità elementari di famiglie costituite (i decemvirati e i centumvirati), ma nessuno di questi magistrati poteva giudicare in concorrenza col conte, del quale faceva le veci esclusivamente il *vice-comes*⁹⁹. Il conte veniva scelto dal Re o comunque dal capo, e aveva così la prerogativa esclusiva di risolvere le controversie più importanti, e, a sua volta, poteva scegliere i magistrati di grado inferiore (tale scelta spettava talvolta alle assemblee popolari). I magistrati inferiori erano numerosi e con le funzioni più disparate: si ricordano i *centenarii*, gli *advocati*, gli *sculdascii*, categorie che potevano esercitare l'autorità sia civile che militare; vi erano altresì i *decani*, i *saltarii*, l'*assertor pacis*, il *tyuphadus*, il *millenario*, il *cinquecentario*, il *dispensatore*, il *numerario* e tanti altri tutti di rango inferiore e molti dei quali di cui non ci è nota la reale funzione.

Il conte, a cui veniva affidato il comando supremo (generale) dell'esercito, era chiamato dai romani *dux*, a esso venivano affidate, dal punto di vista della giustizia, esclusivamente le competenze dei casi riguardanti la subordinazione militare e le cause civili e criminali dei soldati durante le spedizioni militari.

L'amministrazione della giustizia era ovviamente modellata sulla

⁹⁹ Meyer J.D., *Delle istituzioni giudiziarie in Europa, ridotta in epitome ed aggiuntivi un cenno storico sulle istituzioni giudiziarie delle due Sicilie dall'avv. P. Liberatore*, Napoli 1828, pag.18 ss.

struttura sociale che prevedeva tre distinte classi sociali, ereditarie per nascita: la nobiltà (*ethilingi*), di cui facevano parte solo i cittadini e da cui erano sistematicamente esclusi gli stranieri, col privilegio di poter accedere agli incarichi maggiori e di poter avere una propria clientela; gli uomini liberi o ingenui, detti anche arimanni, che godevano del pieno diritto di cittadinanza, che non potevano ambire alla magistratura ma potevano assistere ai giudizi, coloro che non potevano partecipare alla guerra si riunivano per mantenere a proprie spese un uomo d'armi, a tale classe appartenevano anche i romani e gli schiavi liberati; gli schiavi, la cui unica occupazione era la coltivazione della terra, si dividevano in fiscalini ed ecclesiastici a seconda che coltivassero le terre dei principi o della Chiesa; non erano invece considerati una classe sociale gli appartenenti al clero, tuttavia su di essi non si applicava il diritto germanico vigente, ma essi stessi formavano una sorta di magistratura autonoma che si regolava da sé. Al clero potevano accedere liberamente appartenenti a tutte le altre tre classi sociali, a cui era permesso perfino di raggiungere i gradi più alti¹⁰⁰.

La società germanica era regolata da un sistema interno di composizioni e ammende, alle quali non erano sottoposti gli stranieri (che necessitavano di una particolare protezione da parte del principe), che non godevano di alcun diritto civile, né sui beni, né personali.

Gli antichi germani passarono da un sistema sorretto dalle consuetudini tramandate di generazione in generazione ad una forte esigenza di un diritto certo, esigenza che nacque in concomitanza con le sopraggiunte ricchezze dovute ai diritti reali acquisiti. Occorreva codifi-

¹⁰⁰ *Ibidem*, pag. 22.

care, mettere per iscritto le leggi; fino ad allora, infatti i magistrati erano chiamati soltanto a ricomporre i privati dissidi. Le continue faide tra capi creavano delle situazioni che solo un diritto scritto e certo poteva risolvere, pertanto al magistrato fu dato il potere di intervenire laddove non vi fosse consenso tra le parti e occorresse stabilire un'indennità e alla statuizione del soggetto preposto alla decisione sul merito. La legge stabiliva chi fosse il giudice che doveva decidere su una determinata controversia prima ancora del sorgere della controversia stessa¹⁰¹. Nel frattempo il clero adottava il diritto romano, e così anche i laici che entravano a farne parte.

Per quanto riguarda la giurisdizione, le due funzioni di cui si componeva, quella contenziosa e quella volontaria, erano unite. Il magistrato interveniva sia nella ricomposizione dei dissidi privati, sia per porre rimedio o evitare eventuali difformità dal convenuto dalle parti, convalidava gli atti, notificava le sue sentenze e obbligava i destinatari a sottomettersi. La funzione volontaria fu estesa a causa dell'assenza di una codificazione scritta, essendo l'esperienza dei magistrati fondamentale per istruire le parti sulla corretta condotta.

Una peculiarità del sistema germanico era la suddivisione tra civile e penale, e l'ammissione dei testimoni, in numero elevato a dire il vero (si arrivava per taluni casi persino a 300 *juratores*)¹⁰². Questo

¹⁰¹ Si tratta di un mirabilissimo esempio di principio di precostituzione del giudice, fatto notevole se si pensa all'epoca in cui vigeva e soprattutto in quale contesto sociale si era affermato.

¹⁰² Così scrisse il cav. Meyer in *ibidem*, pag. 34, nota 1: "Nei casi urgenti che avvenissero nelle assemblee popolari e negli eserciti, niuna autorità giudiziaria ne reprimeva i disordini e gli eccessi. I sacerdoti soltanto par che ne avessero in qualche modo la polizia: nell'assemblea generale essi mantenevano il silenzio, e punivano i contravventori: avevan essi soli il privilegio di bastonare un uomo libero, e metter-

perché ciascun villaggio rispondeva per ciascuno dei suoi membri e garantiva per esso, liberandosi di tale garanzia solo identificando l'autore effettivo del danno cagionato. Qualora il villaggio non potesse risarcire l'offeso, questo dovere spettava alla città; questo sistema comportava che ogni villaggio, città e *hundredum* vigilassero sulla condotta dei propri cittadini, da qui l'attendibilità del testimone in sede di giudizio. La superstizione aveva comunque ancora la sua influenza nei giudizi, ne sono un esempio le *sortes* o le *ordaliae* (i giudizi di Dio)¹⁰³.

Altra peculiarità dei germani fu l'introduzione del combattimento giudiziario nei dibattimenti civili e penali, principio che vede le sue origini nel particolare combattimento uno contro uno ad armi pari che i germani erano soliti intraprendere prima di iniziare una guerra per dedurne dall'esito un'ipotesi di esito finale: la vittoria era della virtù e la sconfitta del delitto. I contendenti erano armati in base alla classe sociale di appartenenza, e chi non poteva misurarsi nel duello (donne, ecclesiastici o membri delle corporazioni) aveva in sua vece gli *advoyes*, oppure un campione, al quale se perdeva veniva mutilata la mano.

L'ordine giudiziario germanico visse cinque distinte 'epoche' o fasi.

La prima epoca fu caratterizzata dalla presenza delle assemblee¹⁰⁴

lo in catene; ma ciò non come giudici, *non quasi in poenam, nec ducis jusso*: l'ispirazione divina loro serviva di pretesto, *velut deo imperante*, e poteva far sopportare un'autorità, che i Germani teneri della loro indipendenza, superbi della propria forza, pronti a sostenere la libertà individuale colle armi che non deponavano mai, ben si sarebbero guardati dal confidare ai loro eguali".

¹⁰³ *Idem*, pag. 53.

¹⁰⁴ Mor C. G., *Storia politica d'Italia. L'età feudale*, vol. II, Milano 1952, pag. 50-52.

generali, in capo alle quali stava la facoltà di pronunciarsi su tutte le questioni riguardanti la città, sia di carattere civile che criminale, anche se non poteva privare alcuno della cittadinanza né allontanarlo dalla città.

L'assemblea provvedeva anche attraverso l'emanazione di bandi a ch  le statuizioni fossero rispettate a garanzia dell'offeso, a pena dell'allontanamento. Queste assemblee erano presiedute dal re, il quale aveva il potere non solo di dirigerne l'attivit  ma anche di provvedere all'effettiva applicazione di ci  che in assemblea si decideva. Le condanne nelle cause civili non si discostavano tanto dalle condanne penali, e prevedevano persino l'esilio e la morte. Tra i Germani era fortemente radicata tanto l'ostilit  verso la recezione delle leggi straniere quanto il senso civico che si manifestava nella continua opera di esortazione del concittadino al rispetto e all'osservanza delle leggi.

Passando alla seconda fase, vediamo come la crescita demografica comport  la necessit  di modificare l'ordinamento giudiziario, perch  le antiche assemblee non erano pi  in grado di occuparsi di tutte le cause proposte. Vennero cos  istituiti i gravioni o conti, magistrati con potere civile e militare che sostituivano gli antichi capi o re nel presiedere le assemblee, dette *placita*¹⁰⁵. Le contee si riunivano solamente per trattare questioni di interesse nazionale, e la giustizia era suddivisa in decurie, centurie e via di seguito in corpi sociali sempre pi  particolari, i quali trattavano tutte le questioni interne e che non coinvolgesero le comunit  confinanti. Quello che esulava dalle competenze di

¹⁰⁵ *Ibidem*, pag. 58. Cfr. Sclopis F., *Storia della legislazione italiana*, vol. I, Torino 1863, pag. 88: "Placiti generali si chiamavano le adunanze nelle quali convenivano tutti gli ordini dello Stato, a cui il re medesimo presiedeva e dove si consultavano le pi  gravi faccende del governo pubblico, e le liti di altissimo momento".

questi organi particolari, era di mera competenza del re e dei comizi nazionali.

Questa fu una prima forma di giurisdizione suddivisa in vari gradi di giudizio per territorio e per competenza. Anche la morte di un cittadino era di competenza delle assemblee nazionali, le quali provvedevano alla corretta suddivisione dei beni del defunto. Il centro dell'attività collegiale della giustizia dei germani era il *mallum*¹⁰⁶, un tribunale di diritto comune, competente per tutte le questioni. Ne esisteva uno per ogni *centena* (suddivisione della contea), si riuniva su una collina o su una montagna, che divenne un luogo sacro, chiamato *Malberg*. Tutti gli uomini liberi vi erano convocati e erano obbligati a recarvisi. Gli assenti erano puniti con un'ammenda.

Il *mallum* prevedeva tre organi: un presidente, gli assessori, gli agenti esecutivi. Il presidente, fino alla fine del VII secolo, era il *thunginus* o *centenarius*, che veniva eletto dall'assemblea degli uomini liberi. Nel VII secolo il presidente era un funzionario reale: il *comes*. Egli presiedeva i vari tribunali di centena, che ad un certo momento, non erano più solo popolari. Gli assessori erano chiamati *raschim-burghs*. Essi erano anziani liberi, dovevano saper scrivere ed essere abbastanza ricchi. Erano i veri giudici, in quanto il *thunginus* si limitava a presiedere.

Quando però il *comes* assunse la presidenza, egli aveva il diritto di scegliere gli assessori e giudicare egli stesso.

Quando la sentenza veniva formulata, il presidente la proclamava e l'assemblea degli uomini liberi l'approvava (o meno). L'esecuzione

¹⁰⁶ Pertile A., *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. VI, P. I, Bologna 1893, pagg. 18-21.

della sentenza veniva rimessa agli agenti esecutivi (*sagibarones*).

L'operato dei conti era controllato dagli imperatori (che li sceglievano e avevano il potere di destituirli) attraverso i *missi dominici*¹⁰⁷; essi inoltre rispondevano nel caso di denegata giustizia o di sentenza non completamente applicata. Le loro sentenze potevano essere impugnate con una sfida a duello contro chi aveva pronunciato sentenza di condanna.

Venendo alla terza fase, la giustizia divenne col feudalesimo uno strumento nelle mani dei conti che le esercitavano soprattutto per i propri interessi e punivano i recalcitranti con l'ausilio dei propri vassalli, e furono stabilite delle sanzioni pecuniarie per chi voleva ovviare alla via giurisdizionale¹⁰⁸, non per snellire la giustizia ma per rimpinguare le casse della contea. Ma gli imperatori, per porre fine a questa pratica, istituirono un ordine di uomini liberi tenuti a partecipare ai placiti, costoro venivano appellati scabini o sudice, e venivano nominati all'interno dei *placita* stessi, e ben presto diventarono, oltre ovviamente alle parti contendenti, le uniche figure ammesse a partecipare al giudizio. Gli scabini potevano contribuire alla corretta amministrazione della giustizia, il loro numero minimo era di sette per ciascuna seduta giudicante, e la loro nomina era determinata dalla legge della contea o della centuria di cui facevano parte¹⁰⁹. Nei giudizi di livello nazionale gli scabini che assistevano il conte erano in numero

¹⁰⁷ Padoa Schioppa A., *Ricerche sull'appello nel diritto nel diritto intermedio*, Milano 1967, pagg. 172-183. Cfr. Calasso F., *Lezioni di storia del diritto italiano. Gli ordinamenti giuridici del rinascimento*, Milano 1947, pagg. 60-61.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pag. 59.

¹⁰⁹ Schupfer F., *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Roma 1908, pagg. 190-191.

non inferiore a dodici. Gli scabini erano una sorta di giuria popolare permanente che rappresentava la volontà del popolo in un determinato giudizio.

Con l'ulteriore espansione territoriale dei regni, si rese necessaria la nomina di un *missus*, un delegato speciale imperiale che aveva il compito di presiedere e coordinare le varie assise delle contee, oltreché vigilare sulla condotta sia dei conti che dei cittadini, pur non potendo destituire i conti meno virtuosi ma limitarsi a fare rapporto ai sovrani, a cui spettava il provvedimento in merito.

I magistrati di grado inferiore erano eletti in presenza dei magistrati ordinari nelle assemblee popolari appositamente convocate e moderate dai delegati imperiali, i quali avevano anche il potere di destituirli dall'incarico. I luogotenenti invece non avevano alcun potere giurisdizionale, ma funzioni prettamente amministrative in virtù della delega speciale del conte.

Questo modello di ordinamento giudiziario era caratteristico dei Franchi, dei Longobardi e di tutti i popoli assoggettati da Carlo Magno. Secondo tale modello tutte le fasi della causa erano pubbliche e avvenivano verbalmente, e ogni giudice si pronunciava a voce alta o tramite segni riconoscibili e convenzionali, e le votazioni erano palesi (alzata di mano o per seduta). Le cause più rilevanti, che riguardavano persone di rango sociale superiore o ecclesiastici, erano affrontate dai *placita* della nazione o da quelli convocati dai missi, che si tenevano poche volte l'anno in ogni contea, poiché i *placita* inferiori erano stati dichiarati incompetenti, essendo chiamati a decidere magistrati di estrazione sociale più debole, ai quali i giudicati non riconoscevano

l'autorità sufficiente¹¹⁰.

La condizione dello schiavo era sicuramente meno disumana che a Roma; essi infatti solo raramente venivano puniti con pene corporali, il loro omicidio era punito, potevano avere dei beni ed erano soggetti a pene pecuniarie, potevano comprare la libertà; erano insomma trattati da cittadini seppur di rango inferiore non da oggetti, come avveniva a Roma. Gli schiavi del re, chiamati fiscalini e in seguito *leudes*, avevano condizioni di vita ancora migliori, quasi comparabili con quelle dei comuni cittadini: non potevano possedere beni, ma avevano molti più diritti dei normali schiavi, e potevano contrarre matrimonio con membri di un ceto superiore senza che il coniuge fosse ridotto in schiavitù, come avveniva per gli schiavi. Ogni causa che riguardava lo schiavo era intentata contro il padrone, sovente la causa si componeva con la cessione dello schiavo, il quale non poteva ne giurare ne domandare il combattimento giudiziario.

L'esenzione dei vassalli dai doveri civici scatenò una lotta di classe che portò alcune riforme all'ordinamento giudiziario: gli *antrustioni* (poi vassalli) non potevano giudicare gli arimanni nei *placita*, né sottomettersi al loro giudizio, occorreva dunque stabilire una apposita giurisdizione presieduta dai conti che si occupasse delle cause che li riguardavano, ciò fece a ché il giudizio dei conti nei loro confronti non poteva essere disinteressato come nei riguardi dei cittadini liberi, ma tale “*vulnus*” resistette anche dopo Carlo Magno.

Nella quarta fase le istituzioni giudiziarie cambiano ulteriormente e si ha l'emersione del sistema feudale. Agli uomini liberi si sostitui-

¹¹⁰ *Ibidem*, pag. 62.

scono i vassalli sottomessi al signore e scompaiono i placiti. I signori iniziano a tenere le corti alle quali devono partecipare tutti i vassalli e nelle quali si dirimono le controversie.

Nella corte, intesa come una specie di placito emerge la figura del signore, che espone le questioni più rilevanti e ne pronuncia e ne fa eseguire la soluzione, i giudizi sono emanazioni del signore stesso. La preminenza del signore in seno alla corte non è dovuta al fatto che è un organo dell'assemblea ma alla sua posizione gerarchica e alla protezione del sovrano. I vassalli riuniti nella corte del signore ottengono, sotto forma di privilegio, di essere giudicati dai loro pari.

Nasce la corte dei pari che trae la sua autorità dalla potestà del signore. Alla corte viene trasferito il potere giudiziario, la giustizia da nazionale diventa feudale, e proprio in quest'ambito diventa possibile introdurre gli appelli. Si parla infatti di corte giudiziaria che non si ingerisce negli affari amministrativi.

Il funzionamento di questo sistema dipende dalla volontà del sovrano, ma tutto cambia quando i signori, grandi baroni, una volta rafforzata la loro posizione decidono autonomamente quando e come convocare i vassalli. Inoltre essi stabiliscono i punti che saranno discussi e impongono al sovrano l'obbligatorietà e il rispetto delle delibere assembleari.

Inizialmente queste assemblee 'parlamenti' sono composte esclusivamente dall'aristocrazia laica ed ecclesiastica (i baroni e i vescovi), ma in seguito sono ammesse anche le città libere, che godono della protezione del sovrano, queste partecipano per mezzo dei loro rappresentanti.

Nella quinta fase dello sviluppo dell'ordine giudiziario si arriva

all'istituzione dei tribunali permanenti, composti da un numero determinato di magistrati e nominati dal re. Il potere giudiziario passa dalle corti baronali ai tribunali.

La forza propulsiva per questo passaggio risiede nella formazione e nel consolidamento delle città libere, che si sottraggono alla giurisdizione dei signori. L'amministrazione della giustizia non rientra più tra le prerogative dei grandi feudatari, si passa 'dalla spada alla toga'.

Con questi tribunali, istituzioni permanenti, il sovrano trova il mezzo per neutralizzare il potere dei signori nei confronti dei loro vassalli, riuscendo a vincolarli saldamente a sé. Così il potere sovrano riprende vigore, attraverso l'instaurazione di un legame di giustizia tra il re e tutti gli strati della popolazione.

In ambito germanico si deve parlare più propriamente di "Regno" e non di "Stato", perché quella di Stato è una astrazione che i germani non conoscono. Le stirpi germaniche hanno il senso del gruppo, ma non quello di stato: la struttura politica cui danno vita nell'Italia centro-settentrionale, dal VI all'VIII secolo, è una monarchia che non ha nulla a che vedere con la concezione di regalità propria dell'area mediterranea. Tale struttura scaturisce dalla visione del condottiero che è a capo del gruppo¹¹¹.

A rigore di termini questo è vero, non si può parlare di Stato nel medioevo se si adottano rigide definizioni tipologiche-giuridiche, non si può attribuire a questo termine il significato che gli viene attribuito

¹¹¹ Grossi. P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova 1969, pag. 51 e ss.

nella prima età moderna¹¹². Non esiste un ente dotato di sovranità e delle altre prerogative dello Stato moderno. Secondo questa considerazione non si può che prendere atto della incompiutezza¹¹³ dello Stato medievale¹¹⁴, mancante nella sua organizzazione del potere pubblico di istituzioni atte a perseguire certi scopi e certi fini.

E' interessante allora vedere come si possano inquadrare e qualificare i regni romano barbarici che emanano leggi e le fanno applicare, i comuni italiani che si atteggiavano a "capitali di Stati"¹¹⁵ e come definire l'Impero della dinastia degli Hohenstaufen. A queste organizzazioni di potere o strutture dell'autorità possiamo applicare un'etichettatura moderna di 'Stato' seppur con le dovute riserve e rischiando qualche forzatura¹¹⁶.

Lo stesso Heinrich Mitteis nel titolo originale della sua opera, *Der Staat des Hohen Mittelalters, Grundlinien einer vergleichenden des Lehnszeitalters*, poi tradotto in *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, impiega il termine Stato riferito al Medioevo. L'autore parla precisamente di Stato altomedievale riferendosi al peri-

¹¹² La dottrina giuridica intermedia designa con il termine generico *princeps*, l'autorità titolare dei poteri d'imperio, indipendentemente dal fatto che l'autorità sia incarnata dall'Imperatore, dal re, o dal Papa o che si identifichi in una *civitas* che esercita funzioni sovrane. Vedi Nicolini U., *Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel comune medievale*, Milano 1972, pag. 86.

¹¹³ Sestan E., *Stato e nazione nell'alto Medioevo. Ricerche sulle origini nazionali in Francia, Italia, Germania*, Napoli 1952, pagg. 22-23.

¹¹⁴ Con riguardo a questa espressione vedi Marongiu A. *L'Istituto Parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma 1949, pag. 16: "Stato di stati, cioè di ordini sociali costituenti ordinamenti per sé stanti, come gli ecclesiastici e gli appartenenti alla nobiltà, specie poi, tra questi, i signori di feudi".

¹¹⁵ Cortese E. *Il diritto nella storia medievale, il basso medioevo*, Roma 1997, pag. 248.

¹¹⁶ Cfr. Fédou R., *L'État au moyen age*, Paris 1971, pagg. 5-7.

odo che va dal 900 al 1300.

Pur ammettendo di non trovare riuniti in questo periodo tutti gli elementi che caratterizzano lo Stato moderno nega l'antitesi Impero-Stato e parla di "Stato ad associazione individuale"¹¹⁷.

Gli ordinamenti originari delle popolazioni germaniche, caratterizzate dall'individualismo e dalla limitazione dei poteri del *dux* o *rex* da parte dell'assemblea degli uomini liberi in armi, diedero sicuramente l'impronta alla nuova forma di governo della società feudale.

E' grazie ai Franchi, ed in particolare alla dinastia carolingia, che si afferma il concetto giuridico di sovranità. Tale concetto si accrebbe con la ricostituzione del *Sacrum Romanum Imperium* che si poneva al di sopra dei vari *regna* debellati e assoggettati, i quali conservavano però il proprio ordinamento e la propria autonomia, così come avvenne per il regno longobardo o italico¹¹⁸.

Il lento riprendere del pensiero giuridico e la riscoperta da parte del nuovo impero dell'attualità della cultura antica, vede il riapparire del concetto di *populus*, di *civitas* intesa come Stato, e non più come *constitutio populi*.

Le fonti giuridiche romane non tramandano all'età medievale una definizione della struttura giuridica del *populus*, quale entità propria. Il pensiero medievale ereditò invece dalle fonti giuridiche romane

¹¹⁷ Così il Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia 1962, pagg. 13-16: "Per la storia, Stato significa qualsiasi ordinamento di un popolo tendente a raggiungere i suoi scopi politici non solo dunque lo Stato istituzionale del tempo nostro che poggia su istituzioni autorità, ufficiali pubblici e sulla burocrazia". Cfr. anche Brunner O., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1970, pagg. 3-4.

¹¹⁸ Vedi Astuti G., *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1967, pag. 5 e ss.

l'idea giuridica del *populus*.¹¹⁹ La prima fonte medievale della metà del VII secolo è l'opera di Isidoro da Siviglia che così definisce il *populus*: “*Populus est (coetus) humanae multitudinis iuris consensu et concordia comunione sociatus*”¹²⁰. Nella definizione isidoriana vediamo due elementi determinanti la coesione dell'entità giuridica del *populus*, il “*consensus iuris*” e la “*concordia communio*”, entrambi legati dal rapporto di *societas*. Pertanto i singoli particolari individui, che formano il “*coetus*” della “*humana multitudo*” appaiono stretti tra loro, nella unità del *populus*, da un rapporto di “*societas*”.

Secondo la concezione germanica, il potere dello ‘Stato’ risiedeva nell'assemblea che era la sola legittimata a deliberare le leggi e solo il re, con il passare del tempo, riuscì a crearsi una sorta di potere che trovò però sempre un ostacolo dall'assemblea anche quando riuscì a trasformarla da assemblea generale (degli uomini in arme) in assemblea dei maggiori (capi delle circoscrizioni amministrative). Questo decentramento del potere, in parte anche politico, permase anche nel costituito Sacro romano impero, anzi andò accentuandosi con i successori di Carlo Magno con l'introduzione del sistema feudale. Contro questa tendenza decentratrice l'imperatore tentò di porre rimedio nel campo legislativo con i capitolari *per se scribenda*; un tentativo di accentramento fu operato con la istituzione dei *missi dominici*, che rap-

¹¹⁹ Rota A., *Lo Stato e il diritto nella concezione di Irnerio*, Milano 1954, pagg. 18-21. Secondo la concezione irneriana lo ‘Stato’ è una formazione costituzionale risultante dalla trasformazione dell'entità giuridica *populus* in quella della entità giuridica denominata *universitas*, infine lo ‘Stato’ è la sintesi delle entità giuridiche del *populus*, dell'*universitas* e della *respublica*. Per l'opera del grande giurista bolognese, rimando in particolare a Besta E., *L'opera di Irnerio*, I, Torino 1896, pag. 57. Patetta F., *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma*, in *Bullett. dell'Istit. di diritto romano*, anno VIII (1895), pagg. 46-47 e 98 e ss.

¹²⁰ Isidoro da Siviglia, *Etymologiae*, ed. Lindsay, lib. 8.100.9.

presentavano una affermazione del diretto potere imperiale dal centro alla periferia, ma la loro funzione andò col tempo perdendo di efficacia concreta, risolvendosi il sistema feudale come un mezzo per favorire il decentramento e le tendenze autonomistiche delle nuove realtà che si andavano formando.

Strettamente connessa alla nuova concezione dello Stato da parte degli imperatori germanici è il discorso programmatico con il quale Federico I apre la seduta inaugurale della dieta di Roncaglia il 10 novembre 1158, discorso contenente delle importanti affermazioni circa le fonti del diritto e la produzione dello *ius novum*¹²¹.

Il discorso programmatico che precede la costituzione imperiale si apre con una premessa sull'origine dell'autorità imperiale, sull'*officium* dell'imperatore e sulla legittimità del suo governo. Quanto all'autorità imperiale si dichiara che essa proviene da Dio, l'*officium* imperiale consiste in una missione di giustizia fra gli uomini e quanto al governo di diritto che egli esercita, si afferma la subordinazione dell'autorità imperiale alla legge:

*“Cum placitum sit ordinazioni divine, ex qua omnis potestas in Coelo e in terra, Romanos Imperii gubernacula tenere, non immerito quae ad statum eius dignitatis pertinere noscuntur, quantum Deo propitio valemus, prosequimur”*¹²².

Dichiarazione ribadita nella stessa costituzione,

¹²¹ Per la visione politica di Federico I Barbarossa, vedi Brezzi P., *Caratteri, momenti e protagonisti dell'azione politica di Federico Barbarossa*, in *Rivista storica italiana*, serie VI (1940), fasc. II-III, pag. 14 dell'estratto.

¹²² Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 83, IV, c. 4.

*“Imperatoria maiestatis ... regis regnum et domini dominantium vicem gerit in terris in gubernatione universitatis hominum suae iurisdictioni attinentium”*¹²³.

Federico I definisce altresì il contenuto del suo *officium*, inteso come una sua missione di giustizia che a lui compete quale depositario della *imperialis maiestas*:

*“Cumque imperialis maiestas hoc esse non ignoremus officium, in studio nostre vigilantie, ac poenarum metu improbi et inquieti coercentur, boni sublevantur, atque in èacis tranquillitate foveantur: ita novimus quid iuris, quid honoris tam divinarum quam humanarum legum sanctio culmini Regalis excellentiae accommodaverint”*¹²⁴.

Ma più interessante è il passo successivo dove l'imperatore sottolinea il principio della *maiestas imperialis*, intesa non come licenza o arbitrio, bensì come sottomissione della propria autorità alla legge:

“Nos tamen, regium nomen habentes, desideramus, potius legitimum tenere imperium pro conservanda cuique sua libertate et iure, quam ut dicitur, omnia impune facere hoc est regem esse per licentiam, insolescere, et imperandi officium in superbiam dominationemque convertere. Deo favente, mores non mutabimus cum fortuna: quibus initium partum est, his artibus retinere curabimus imperium.

Sed nec per nostrum desiderium quemquam eius gloriam et Excellentiam imminuere patiemur.

Quia ergo vel bello vel pace clarum fieri licet, nec refert utrum melius sit patriam armis

¹²³ M.G.H., *Const.*, edita Weiland, vol. I, Hannover 1893, n. 240, pag. 335.

¹²⁴ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 188.

tutare seu legibus gubernare, alter alterius auxilio indigente”¹²⁵.

Federico I, pur traendo ‘formalmente’ dal mondo romano la legittimità del suo *imperium*, rimane pur sempre vincolato alle leggi barbariche per l’organizzazione e la costituzione del suo nuovo impero.

¹²⁵ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 189.

2. *La natura giuridica della Constitutio de Regalibus*

Per comprendere appieno la reale portata del contenuto di questo atto occorre risolvere, preliminarmente, il quesito se si tratti di un solenne documento feudale promanato dall'assemblea dei delegati della Dieta, oppure di una costituzione imperiale vera e propria.

Difficile appare il tentativo di individuare la natura giuridica del documento in esame a causa delle contrastanti opinioni formulate.

Il Weiland seppur colloca la *Constitutio de regalibus* nel novero delle *constitutiones* di Federico I, si contraddice, non solo, intitolando l'atto stesso "*definitio regalium*" ma, anche, apportando ad esso una premessa critica che inizia con la singolare espressione "*definitionem a iurisconsultis bononiensibus datam edimus ope codicum. ...*"¹²⁶.

In quest'ordine di idee occorre ricordare il privilegio¹²⁷ concesso a Guido conte di Briandate e capitano delle milizie milanesi dall'Imperatore Federico I il sette Febbraio 1159, dove si menziona la definizione delle regalie dell'anno precedente. L'Imperatore le richiama in questi termini, "*quia omnia regalia, placita, districtus et albergaria cum arimannis caeteraque regalia nobis in curia Roncaliae adiudicata sunt*"¹²⁸.

¹²⁶ Vedi la prefazione del Weiland al testo della *Constitutio de regalibus*, cit.

¹²⁷ Gli imperatori utilizzano la concessione dei privilegi, benefici ed immunità come mezzo di consolidamento del feudalesimo. Inoltre l'estensione di queste concessioni dai feudatari laici ai feudatari ecclesiastici fino ad arrivare ai cittadini comporta l'ampliamento della base della società feudale. In questo modo anche le nuove forze politiche vengono ricomprese in questo sistema sociale ed inserite nella rigida gerarchia feudale dove il vertice è occupato dall'imperatore dal quale *omnis iurisdictio discendi*. Cfr. Violante C., *La società milanese nell'età precomunale*, Bari 1953, pagg. 135-142.

¹²⁸ Vedi Stumpf-Brentano K.F., *Acta inedita, inde ab Henrico I. ad Henricum VI. usque adhuc inedita*, n. 350 Innsbruck 1865-1881; Stumpf, *Reg.* 3825, 3842, ri-

In questa formulazione si fa, più semplicemente, riferimento ad una attribuzione (*adiudicatio*) delle regalie accordate dalla curia ron-cagliese all'Imperatore. Ad un'identica considerazione, di mera attri-buzione, corrisponde il racconto del cronista contemporaneo Ragevi-no¹²⁹:

“Requisitique de hoc ipso 2iure, quid esset, adiudicaverunt ducatus, marchias, comitatus, consulatus, monetas, theolonea, forum, vectiga-lia, portus, pedatica, molendina, piscarias, pon-tes omnemque utilitatem ex decursu fluminum proveniente, nec de terra tantum, verum etiam de suis propriis capiti bus census annui reddi-tionem ...”.

A questo punto appare opportuno chiedersi perché l'Imperatore, richiamando i diritti regalici stabiliti a Roncaglia, si riferisca alla *a-diudicatio*.

Sicuramente costituiva un modo per sottolineare, con maggior for-za, la provenienza e la legittimità dell'affermazione di attribuzione de-rivante dall'organo Dieta. Così l'imperatore si metteva al riparo da qualsiasi eventuale addebito di arrogazioni a sé, di attributi e presta-zioni. Si può ravvisare in questa formula un'accorta politica di Federi-co I che stabilisce la sua irresponsabilità giuridica nella costituzione dell'atto, spostandone l'intera responsabilità all'organo Dieta. Egli si riferisce al momento genetico della definizione delle *regalie* dove il compito centrale è svolto dall'assemblea la quale sancisce una situa-zione di diritto e di fatto esistente nei confronti dell'Imperatore. Nella

chiamato dal Weiland in *M. G. H., Leg. sectio*, IV, I, Hannover 1893.

¹²⁹ in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 93.

tradizione germanica la produzione legislativa si fonda sulla collaborazione fra re e assemblea ed è lontana dall'assoluto potere legislativo romano.

In forza delle considerazioni precedentemente esposte non vi sono valide ragioni per interpretare la *adiudicatio* come elemento che possa escludere la natura di *constitutio* alla definizione delle *regalie*.

Proseguendo la nostra analisi, l'atto, sotto l'aspetto formale, presenta alcune particolarità che ne mettono in dubbio l'autenticità. Innanzitutto è sprovvisto della *intitulatio*, e della *subscriptio* in quanto non compare mai il nome dell'Imperatore, (né come autore né come sottoscrittore), né l'indicazione dei suoi sigilli. Manca inoltre della *notificatio*, formula che garantisce la pubblicità del documento, dell'*expositio* o motivazione, della *sanctio* con la quale si conferma l'atto legislativo e se ne prevedono le garanzie di osservanza.

Rimane, così, soltanto la *dispositio* che nell'atto in questione consiste in una semplice dichiarazione "*Regalia sunt haec...*". Tale ultimo elemento formale non può essere estrapolato dal testo integrale e valutato isolatamente, bensì posto in relazione con tutte le altre parti dell'atto. Occorre attribuire all'atto il senso che è fatto palese dal suo testo, che risulta dai rapporti di connessione logica intercorrenti tra le varie parti dello scritto. Si interpreta secondo il significato da attribuirsi ai termini della lista nel loro contenuto e alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'atto medesimo.

Solo in questo modo è possibile ottenere un'interpretazione risultante dall'analisi di tutte le parti del testo in esame, e apprezzarne il reale contenuto, tenendo conto dell'*intentio* originaria del suo promulgatore, e di conseguenza inquadrare la giusta natura dell'atto.

Dopo aver passato in rassegna le argomentazioni a supporto della tesi che nega la natura di *constitutio* dell'atto, si espongono ora quelle a favore.

Un primo punto di partenza è rappresentato dalla tradizione che, da sempre, considera la definizione delle regalie come atto, sancito nella dieta di Roncaglia del 1158 dall'Imperatore Federico I Barbarossa.

Inoltre nei *Libri feudorum*¹³⁰ dove il nostro atto viene riportato sotto la rubrica “*Que sint regaliae*” (Lib. Feud. II, 56), esso si trova riferito immediatamente dopo la *constitutio* di Federico I “*de prohibita feudi alienazione*” (Lib. Feud. II, 55) che viene dichiarata emanata dallo stesso imperatore “*dum ex praedecessorum more universalis curie Roncaliae pro tribunali sederemus*”. Valutando questa collocazione nei *Libri feudorum*, connessa alla costituzione federiciana riguardante il divieto di alienazione dei feudi, è ipotizzabile la medesima considerazione di *constitutio* dei due provvedimenti imperiali.

La ricerca non è agevole perché le fonti narrative non sono sempre precise nella definizione giuridica degli atti cui alludono.

Dopo aver evidenziato le ragioni, contrarie e favorevoli, circa la natura giuridica dell'atto, indipendentemente dalla considerazione che si tratti di un atto, formale e diretto, dell'Imperatore o di un decreto

¹³⁰ Vedi Montorzi M., *Diritto feudale nel basso medioevo*, Torino 1991. Nei *Libri Feudorum*, all'interno del trattato del diritto feudale che il giudice imperiale e console milanese Oberto dall'Orto, invia in forma epistolare a suo figlio Anselmo studente a Bologna, c'è la dichiarazione della prevalenza della consuetudine sul diritto romano: “*Legum autem romanarum non est vilis auctoritas, sed non adveo vim suam extendunt, ut usum vincent aut mores*” Il passo è in *Libri Feudorum*, 1 pr. = *Consuetudines Feudorum*, a cura di Lehmann K., Gottingen 1892, Tit. VIII, 1, pag. 24.

assembleare, la sola certezza è data dalla partecipazione attiva dell'Imperatore a tutto l'iter procedurale di redazione delle regalie. Tutto ciò è sufficiente a considerare l'atto come emanato dall'Imperatore.

La lista roncagliese appare come un atto bilaterale, dove si incontrano due volontà, risultato di una negoziazione intercorsa tra l'Imperatore e i rappresentanti dei comuni e delle autorità locali italiane, ma nell'oggettività dei fatti è il prodotto dell'intima volontà imperiale di riaffermare, nel *Regnum Italiae*, una propria posizione giuridica ed economica.

In altri termini queste regalie corrispondono a una necessità giuridica ed economica dell'Imperatore determinata dalla concreta realtà storica di quel tempo. Il ruolo della Dieta è espresso dal consenso e dalla ratifica solenne della lista, con il giuramento di non ingerirsi nelle pertinenze della corona, riconoscendone l'esclusiva spettanza imperiale. In definitiva è chiaro che Federico I cerca il suggello giuridico a quanto la sua ragione politica esige, vale a dire la rivendicazione di posizioni giurisdizionali, legislative e fiscali che sono parte della sua *plenitudo potestatis*.

3. *Il valore giuridico della Constitutio de Reagalibus*

Allo scoccare del XII secolo¹³¹ si assiste al risveglio del continente europeo; la società medievale è permeata in tutti i suoi aspetti da un forte carattere autonomistico. Da questo clima di profondi mutamenti sociali, economici e giuridici trae alimento il moto comunale che in questo periodo raggiunge la sua maturazione. Il fenomeno comunale si sviluppa in modi e misure diverse da città a città e da regione a regione, sotto la spinta della nascente forza sociale della borghesia¹³².

¹³¹ Vedi Fossier R., *L'infanzia dell'Europa*, Bologna 1987 pag. 698: "...il mondo del XII secolo conosce una serie di restrizioni collettive che implicano autorità e poteri; esso non sfugge alla triade formulata tanto più tardi dai filosofi del XVIII secolo: deliberare, eseguire, giudicare".

¹³² Per il fenomeno comunale rimando a Besta E., *Il diritto pubblico nell'Italia superiore e media dalla restituzione dell'Impero al sorgere dei Comuni*, Lezioni, Pisa 1925. Bosl K., *Il risveglio dell'Europa: l'Italia dei comuni*, Bologna 1985. AA. VV., *Storia d'Italia*, vol. IV., "Comuni e Signorie istituzioni, società e lotte per l'egemonia", diretta da Calasso G., Torino 1981. Per la situazione italiana vedi anche Appelt H., "La politica imperiale verso i comuni italiani", in "I problemi della civiltà comunale", in *Atti del congresso internazionale per l'VIII centenario della prima Lega Lombarda* (Bergamo 4-8 settembre 1967), a cura di Fonseca C. D., Bergamo 1971. Manselli R., "Milano e la Lega Lombarda", in *Atti del congresso storico internazionale per l'VIII centenario della Lega Lombarda* (Bergamo 4-8 settembre 1967), a cura di Fonseca C. D., Bergamo 1971. Vismara G., "Istituzioni della prima Lega Lombarda", in *Atti del XXXIII Congresso Storico Subalpino*, Alessandria 6-7-8-9 ottobre, Alessandria 1970, ora anche in "Scritti di Storia giuridica", vol. 3, Milano, 1987. Vergottini De G., *L'Impero e lo ius statuendi dei Comuni*, in *Scritti di storia del diritto italiano*, a cura di Guido Rossi, Milano 1977, vol. II. Brezzi P., *Le relazioni tra i Comuni e l'Impero*, in *Questioni di storia medievale*, Milano 1946. Brezzi P., *I Comuni cittadini italiani e l'Impero medievale*, in *Nuove questioni di storia medievale*, Milano 1964. Tabacco G., *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979. Artifoni E., *Tensioni sociali e istituzioni nel mondo comunale*, in *La Storia. I grandi problemi dal medioevo all'età contemporanea*, a cura di Tranfaglia. N. Firpo M., II, *Il medioevo. Popoli e strutture politiche*, Torino 1986. Pepe G., *Il Medio Evo barbarico d'Italia*, Torino 1941. Vallerani M., *I rapporti intercittadini nella regione lombarda tra XII e XIII secolo*, in *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI - XV)*, a cura di Rossetti G., Napoli 2001. Volpe G., *Il Medioevo*, Firenze 1958. Menant F., *L'Italia dei co-*

Le linee di sviluppo di questo movimento si possono sintetizzare nell'azione di sottrarre le città all'autorità imperiale, che rappresenta nell'Italia centrosettentrionale e in Germania il perno del sistema feudale.

Proprio nel XII secolo i comuni¹³³ italiani assumono una chiara e ben definita fisionomia; con ogni probabilità uno dei fattori che permetterà l'affermazione e il consolidamento di questi comuni è dato dall'assenza dell'imperatore sul territorio¹³⁴, il quale a sua volta non poteva seguire né tanto meno intervenire nelle vicende italiane in quanto le sue forze erano totalmente assorbite dalle lotte dinastiche tra guelfi e ghibellini che dilaniavano la Germania.

Questa situazione di frantumazione caotica dei poteri politici si risolve con la determinazione di un nuovo assetto scaturito dalla riconciliazione delle due grandi famiglie rivali, quella di Baviera e quella di Svevia.

Ottone di Frisinga¹³⁵, cronista e storico medievale, mette in evidenza l'opera di pacificazione¹³⁶ svolta da Federico di Svevia detto il

muni (1100-1350), Roma 2011.

¹³³ Vedi Bertelli S., *Il potere oligarchico nello stato-città medievale*, Firenze 1978, pag. 14, di particolare rilievo la tesi secondo cui "Il comune nasce come occupazione di uno spazio politico lasciato vuoto dal vescovo o dalla feudalità locale".

¹³⁴ "...*Iuvantur ad hoc non solum, ut dictum est, morum suorum industria, sed et principum in Transalpinis manere assuetorum absentia...*", in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 93.

¹³⁵ Zio di Federico I e vescovo di Frisinga, svolge un ruolo centrale nella scena politica del suo tempo, segue il nipote nel suo primo viaggio in Italia, lasciandone un preciso resoconto, i *Gesta Frederici*, che saranno poi proseguiti alla sua morte, nel 1158, dal suo cappellano Ragevino.

¹³⁶ "...*quod utriusque sanguinis consors tamquam angularis lapis utrorumque horum parietum dissidentiam unire posset...*", in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 83. Molteplici prov-

Barbarossa, definendolo pietra angolare tra i due casati. In base all'accordo raggiunto tutta la Germania settentrionale va sotto il controllo del duca di Baviera Enrico il Leone mentre la corona di Germania va a Federico Barbarossa.

Ottenuta in questo modo la stabilizzazione interna della Germania il nuovo imperatore può indirizzare i suoi sforzi all'Italia.

I cronisti dell'epoca riportano lo scontro tra due opposti modelli politico-istituzionali, quello della tradizione medievale incarnata da Federico I, e quello espresso dalle città dell'Italia settentrionale¹³⁷, le quali raggiunsero la loro piena "autonomia politica" prima delle città comunali del Regno di Germania¹³⁸. Il *Regnum Italiae*¹³⁹ si presenta come una realtà sociale suddivisa in comuni, feudi e castelli tra loro rivali ed in continua lotta¹⁴⁰. Questo stato di cose poteva essere ricon-

vedimenti in difesa della pace, chiamati *Landfrieden*, contraddistinguono il programma di governo del Barbarossa. Cfr. Gli inizi del diritto pubblico.

¹³⁷¹³⁷ "...Denique libertatem tantopere affectant, ut potestatis insolentiam fugiendo consulum potius quam imperantium regantur arbitrio. Cumque tres inter eos ordines, id est capitaneorum, vavassorum, plebis, esse noscantur, ad reprimendam superbiam non de uno, sed de singulis predicti consules elinguntur, neve ad dominandi libidinem prorumpant, singulis pene annis variantur. Ex quo fit, ut, tota illa terra inter civitates ferme divisa, singulare ad commanendum secum diocesanos compulerint, vixque aliquis nobilis vel vir magnus tam magno ambitu inveniri queat, qui civitatis suae non sequatur imperium...Ob ea frequenter contingit, ut, quamvis civis lege flectendus, adversarius armis cogendus secundum leges sit, ipsum tamen, quem ut proprium principem mitem suscipere oportebat, sepius iura propria exposcentem hostiliter excipiant...". in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, II, c. 2, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 93.

¹³⁸ Vergottini de G., *Il diritto pubblico Italiano nei secoli XII-XV*, vol. II, Milano 1959, pag. 10.

¹³⁹ Zanetti G., in *Regnum Italicum e Natio Italica*, Estratto da Studi Sassaesi Vol. XV, Sassari 1937, pag. 20

¹⁴⁰ Più in generale la società del tempo era composta da organismi politici universali, Papato e Impero, e da organismi politici particolari, monarchie e comuni, al cui interno vi sono le corporazioni. Questa pluralità di centri di potere alimenta il parti-

dotto ad unità soltanto con un intervento energico dell'imperatore.

L'opera di Federico Barbarossa¹⁴¹ (1120-1190), incoronato imperatore a Roma¹⁴², in San Pietro, da papa Adriano IV il 18 giugno del 1155, è rivolta alla restaurazione della grandezza del Sacro Romano Impero della nazione germanica. Per la realizzazione di questo ideale l'Imperatore ricorre non solo all'azione militare ma, anche e soprattutto, al diritto con la convocazione delle diete imperiali¹⁴³. L'assedio e la resa di Milano rappresentano una chiara dimostrazione della sua *va-lentia* militare, mentre le diete rappresentano il ruolo che egli riconosce al diritto nella definizione dei rapporti fra potere regio e realtà po-

colarismo giuridico caratterizzato dalla mancanza di unitarietà e coerenza delle leggi, degli usi e delle consuetudini. Lo stesso diritto germanico non è uniforme, *gemeingermanische Einrichtung*, e la produzione giuridica si modella sugli sviluppi della società.

¹⁴¹ Per la vita e l'azione politica di Federico I vedi: Bloch M., *L'empire et l'idée d'empire sous les Hohestaufen*, in *Mélanges Historiques*, Paris 1963. Bosl K., *Die Reichsministerialität der Salier und Staufer*, "Schriften der MHG", X, 1, 1950. Brezzi P., *Caratteri momenti e protagonisti dell'azione politica di Federico Barbarossa*, estratto. Heimpel H., *Friedrich Barbarossa und die Wende der Staufischen Zeit*, in *Friedrich Barbarossa*, a cura di G. Wolf, Darmstadt 1975. Landogna F., *Federigo Barbarossa e i diritti imperiali*, Firenze 1925. Langosch K., *Politische Dichtung um Kaiser Friedrich Barbarossa*, Berlin 1943. Manselli R., *Federico I*, Milano 1967. Tabacco G., *La costituzione del regno italico al tempo di Federico Barbarossa*, in *Popolo e stato in Italia nell'età di Federico Barbarossa. Alessandria e la Lega lombarda*, Torino 1970. Bordone R., *L'influenza culturale e istituzionale nel Regno d'Italia*, in *Friedrich Barbarossa. Handlungsspielräume und Wirkungsweisen des staufischen Kaisers*, a cura di Haverkamp A., Sigmaringen 1992.

¹⁴² Federico I era già stato incoronato Re di Germania il 4 marzo 1152. L'Imperatore del Sacro Romano Impero è anche Re di Germania e d'Italia, ha "doppia qualità di Re e di Imperatore" e di conseguenza riunisce in sé sia la dignità imperiale che quella regale. Vedi Ercole F., *Dal Comune al Principato*, Firenze 1929, pagg. 198-202.

¹⁴³ La moderna dottrina giuspubblicistica riconosce due categorie di diete cui corrispondono due diverse denominazioni. Con il termine *Reichstage* si indica la dieta imperiale, che riguarda tutto l'impero, mentre con il termine *Hoftage* ci si riferisce alla dieta di corte, le cui deliberazioni riguardano solo una parte del territorio dell'Impero.

litiche italiche. Due sono state le diete solenni convocate dall'Imperatore svevo, celebratesi a Roncaglia¹⁴⁴.

La prima risale alla discesa del Barbarossa nella nostra penisola nel 1154; nel corso di questa dieta il sovrano, ascoltati i reclami dei feudatari e delle piccole città contro i comuni, dichiara nulle le acquisizioni di diritti sovrani fatte al tempo di Enrico IV e promulga una nuova legge feudale.

Più solenne e di più ampia portata è la seconda dieta¹⁴⁵, quella del 22 novembre del 1158, convocata sempre nella piana di Roncaglia, per rivendicare il diritto esclusivo del potere pubblico all'impero. Qui la commissione preposta ai lavori è composta dai quattro luminari¹⁴⁶ della scienza giuridica romanistica, da poco tornata a risplendere a Bologna. I quattro *doctores* sono gli allievi e successori di Irnerio: Martino Gosia detto *copia legum*, Bulgaro detto *os aureum*, Ugo di porta Ravennate detto *mens legum*, Jacopo definito dallo stesso maestro *id quod ego*.

In questa dieta vennero promulgate diverse costituzioni: la *Constitutio de regalibus*, la *Constitutio pacis*, la *Constitutio de feudis* e infi-

¹⁴⁴ Vedi Sclopis F., *Storia della legislazione italiana*, vol. I, Torino 1863, pag. 86: «... non più la spada ponevasi sul piatto della bilancia per farla traboccare a pro di chi la impugnava, ma si ricercava da giudici, in apparenza imparziali, un libero consiglio che togliesse dal giudizio ogni ispezione di violenza».

¹⁴⁵ «*Iam dies placiti affuit, quae Romanum principem ad campestria Roncalie, sicut fuerat conductum, invitabat. Veniens ergo cum multo comitatu, super litus Eridani tentoria ponit, Mediolanensibus, Brixiansibus et compluribus aliis in altera parte fluminis e regione castra metantibus. Confluunt ex omnibus regni partibus magna frequentia archiepiscopi, episcopi multique alii aecclesiastici ordinis viri, duces marchiones, comites et proceres, consules et civitatum iudices*», in Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, IV, c. 1, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 186.

¹⁴⁶ De Vergottini G., *I giuristi bolognesi a Roncaglia*, in Id., *Scritti di storia del diritto italiano*, II, Milano 1977, pagg. 695-792.

ne il *Privilegium Scholasticum*. La dieta prova a risolvere tutti i contrasti tra impero e comuni, stabilisce la giurisdizione universale dell'imperatore, rivendica i diritti imperiali usurpati, proibisce la vendita dei diritti feudali d'origine pubblica insieme agli allodi, afferma il diritto di nominare i rappresentanti dei pubblici poteri, proibisce qualunque forma di *coniuratio*.

Intorno ai diritti di regalia¹⁴⁷ si è cercato di fissare una distinzione in maggiori o *essentialia*, (chiamate anche *jura majestatis*) e minori o *accidentalibus*.¹⁴⁸ Quelle minori avevano un contenuto economico e il loro esercizio era alienabile, mentre quelle maggiori riguardavano i diritti relativi alle prerogative essenziali della sovranità, e pertanto inalienabili¹⁴⁹.

Questa distinzione non ha un vero e proprio riscontro nelle fonti dell'epoca, ma appare più come un assioma enunciato dai post glossatori¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Per le regalie la bibliografia è maggiormente significativa quella risalente: Cattel P.J., *Tractatus generalis de regalia*, Utrecht 1689; De Boutarie F., *Traité des droits seigneuriaux*, 1800; Hullmann K.D., *Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland*, Frankfurter 1806; Böhlau H., *De Regalium notione et de Salinarum jure regali commentarii*, s. l. 1855; Strauch H., *Ursprung und Natur der Regalien*, Erlangen 1865; *Regnerus Sixtinus, Tractatus de regalibus*, Cassel 1899.

¹⁴⁸ Blondel G., *Etude sur les Droits Régaliens et la Constitution de Roncaglia*, in *Mélanges Paul Fabre*, Paris 1902, pagg. 237-238: «L'importance attachée au terme droits régaliens dans les textes juridiques du moyen âge est la conséquence à la fois des efforts faits par le pouvoir royal pour ressaisir les prérogatives qui lui échappèrent, et des efforts parallèles des seigneurs pour se les faire concéder».

¹⁴⁹ Struvius G. A., in *Syntagma iuris Feudalis*, Franckfurt 1734, pag. 202, per il quale: «*Ceterum regalia maiora iuxta veriore[m] explicationem vocantur illa iura, quae gubernationem et statum ipsum Reipublicae concernunt. Minora vero sunt commoda et emolumenta quae ex bonis publicis vel alias ratione imperii aut territorii ab imperatore aut principibus conceduntur*».

¹⁵⁰ Baldo degli Ubaldi, *In usus feudorum Commentaria*, tit. Que sunt regalia, Venetiis 1580, pag. 94, fissa chiaramente la distinzione quando definisce le regalie «*res*

I dati che emergono dalle cronache dell'epoca, idonei a collocare nel tempo e nello spazio l'atto che esaminiamo, inducono a ritenere che esso sia da porsi tra i primi atti della dieta imperiale, iniziata in Roncaglia nel novembre 1158. Il testo dell'atto, nella redazione critica offerta dal Weiland¹⁵¹ è il seguente:

“Regalia sunt hec: Arimannie, vie publice, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia que vulgo dicuntur tholonea, monete, mulctarum penarumque compendia, bona vacantia, et que indignis legibus auferuntur, nisi quae spetialiter qui busdam conceduntur, et bona contrahentium incestas nuptias, et dampnatorum et proscriptorum secundum quod in novis constitutionibus cavetur, angariarum et parangariarum et plaustrorum et navium prestationes et extraordinaria collatio ad felicissimam regalis numinis expeditionem, potestas constituendorum magistratuum ad iustitiam expediendam, argentarie et palatia in civitatibus consuetis, piscationum redditus et salinarum, et bona committentium crimen maiestatis, et dimidium thesauri inventi in loco Cesaris, non data opera, vel in loco religioso; si data opera, totum ad eum pertinet”.

Originariamente il concetto di regalia¹⁵² definisce l'insieme dei di-

et iura praecipua. regis vel imperii seu fisci romanorum vel uniuscuiusque regis, qui in regno suo est monarcha”. Cfr. Fried J., *Der Regalienbegriff im 11. und 12. Jahrhundert*, in «DA», 29, 1973, pagg. 450-523.

¹⁵¹ In *M.G.H, Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica*, t. I, Hannover 1893, ed. Lud. Weiland, pag. 244 ss.

¹⁵² L'espressione regalia viene utilizzata già nel *Paschalis II. Privilegium Prime Conventionis* del 12 febbraio del 1111 col quale il pontefice Pasquale II indica i privilegi accordati all'imperatore Enrico V, consistenti in funzioni pubbliche, diritti fiscali e proprietà fondiarie, in *M.G.M., Leges, sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, tomo I, Hannoverae 1893, n.90, pag. 140-142: “*Interdicimus etiam et sub districtione anathematis prohibemus, ne quis episcoporum seu abbatum, praesentium vel futurorum, eadem regalia invadant, id est civitates,*

ritti-privilegi temporali che i Principi ecclesiastici ricevevano dalle mani del re.

Successivamente, nell'impero del XII secolo con questo termine si indicarono le prerogative e i diritti sovrani spettanti al re o imperatore, il quale, utilizzandole anche come strumento politico, poteva cederle in parte ai suoi feudatari.

Il termine *regalia* in questa nuova accezione è legato alla dieta imperiale tenuta a Besancon in Borgogna convocata da Federico Barbarossa. In questa dieta per la prima volta si amplia il significato di questo termine andando a ricomprendere non solo i diritti del re sul patrimonio della Chiesa imperiale, ma anche i diritti sovrani dell'Impero su qualsiasi reddito¹⁵³.

Le regalie elencate nella lista roncagliese, infatti, sono intese come di pertinenza esclusiva dell'Imperatore, hanno una fondamentale importanza per la storia del diritto pubblico¹⁵⁴ dell'età intermedia, e in particolar modo per la definizione della posizione costituzionale della massima autorità dell'impero.

ducatus, marchias, comitatus, monetas, teloneum, mercatum, advocatis regni, jura centurionum et curtes quae manifeste regni erant, cum pertinentiis suis, militiam et castra regni, nec se deinceps nisi per gratiam regis de ipsis regalibus intromittant...". Inoltre questo termine è altresì utilizzato nel Concordato di Worms, *Pax Wormatiensis cum Calixto II. Privilegium Pontificis*, del 23 settembre del 1122 con il quale l'imperatore Enrico V rinunciò alla investitura con i poteri spirituali, concedendo alla chiesa libere elezioni secondo il diritto canonico, in M.G.H., *Leges*, sectio IV, tomo I, Hannoverae 1893, n. 108, pag. 161: "*Electus autem (episcopus) regalia absque omni exactione per sceptrum a te recipiat et que ex his jure tibi debet faciat*".

¹⁵³ Mitteis, *op. cit.*, pag. 334.

¹⁵⁴ Blondel G., *Etude sur les Droits Régaliens et la Constitution de Roncaglia*, in *Mélanges Paul Fabre*, Paris 1902, pagg. 236-239.

4. I diritti enunciati nella *Constitutio de regalibus*

Prima di esaminare nel dettaglio le regalie è di capitale importanza delineare il quadro della situazione politica e giuridica in cui si svolse l'opera di Federico I¹⁵⁵.

Le città dell'Italia settentrionale non mettevano in discussione la sovranità dell'Imperatore, la riconoscevano almeno sul piano teorico, ma di fatto, nell'ambito della propria sfera di giurisdizione ribadivano la loro piena autonomia di governo.

Questo atteggiamento contraddittorio tenuto dai comuni costituì una barriera insormontabile per i piani dell'Imperatore svevo. Egli voleva cancellare le concessioni e i privilegi elargiti dai suoi predecessori, ed eliminare tutte quelle situazioni giuridiche e politiche consolidate attraverso la consuetudine, che si frapponivano alla restaurazione dell'Impero.

Il programma imperiale si articolava in due direttrici fondamentali, una di carattere militare e l'altra giuridica.

Quella militare mirava a riportare sotto il diretto controllo dell'Imperatore i territori di maggiore importanza strategica come condizione imprescindibile per riaffermare la sua autorità, mentre quella giuridica era diretta a garantire una partecipazione attiva nel governo delle città comunali.

In questa duplice prospettiva, militare e giuridica, vengono elabo-

¹⁵⁵ Cfr. Fasoli G., *Federico Barbarossa e le città italiane*, in *Convivium*, n.s. I, 1962. Barni G., *Riflessi giuridici della lotta tra comuni e Federico I nelle consuetudini milanesi*, in *Studi in onore di Calderini e Paribeni*, Milano 1956. Nasalli Rocca E., *La dieta di Roncaglia del 1158 nei cronisti medievali*, in *Archivio storico per le province parmensi*, ser. IV, vol. X, Parma 1958. Fumagalli A., *Le vicende di Milano durante la guerra con Federico I*, Milano 1885.

rate le due più importanti regalie roncagliesi, le *arimannie* e il potere di eleggere i magistrati “*ad iustitiam expediendam*”.

Ora partendo dall’analisi del testo della *Constitutio* rileviamo che questa si presenta come un atto di carattere enunciativo dei diritti imperiali. Essa si apre con la perentoria dichiarazione: “*Regalia sunt haec ...*”. Segue, poi, l’enumerazione dei diritti che inizia con le *arimannie* e termina con quello del rinvenimento del tesoro in fondi imperiali o religiosi.

La forza cogente della *Constitutio*, come atto legislativo prescrittivo, risiede nella suddetta dichiarazione di apertura che va a conferire obbligatorietà alla successiva elencazione Ragevino¹⁵⁶.

Tra le regalie enunciate vi sono le vie pubbliche (*viae publicae*), i fiumi navigabili, i loro affluenti e le opere che li rendono navigabili (*et ex quibus fiunt navigabilia*).

Regalie sono, anche, i porti (*portus*), i diritti o spettanze derivanti dalle rive (*ripatica*), le imposizioni dei tributi (*vectigalia quae vulgo dicuntur tholonea*), il diritto di batter moneta (*monetae*), le multe e i proventi pecuniari delle condanne penali (*multarum poenarumque compendia*), i beni vacanti (*bona vacantia*), i beni espropriati a coloro dichiarati indegni, a meno che le leggi stesse non li attribuiscono a persona diversa dall’imperatore (*et que indignis legibus auferuntur, nisi quae spetialiter quibusdam conceduntur*), i beni di coloro che

¹⁵⁶ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, V, c. 7, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, “*Ducatus, Marchiae Comitatus, consulatus, monetas, tholonea, fodrum, vectigalia, portus, pedatica, Molendina Piscariae, Portus omnemque utilitatem ex decursu fluminum provenientem nec de terra tantum, verum etiam de suis propriis capitibus, census annui redditionem*”.

contraggono nozze incestuose (*et bona contrahentium incestas nuptias*), i beni dei condannati e dei proscritti secondo quanto si stabilisce nelle Novelle (*et damnatorum et proscriptorum secundum quod in novis constitutionibus cavetur*), i servizi personali e pecuniari, le prestazioni di carri e navi e il conferimento straordinario in occasione di spedizioni imperiali (*angariarum et parangariarum et plaustrorum et navium praestationes et extraordinaria collatio ad felicissimam regalis numinis expeditionem*).

Sono, altresì, ricomprese nella lista delle regalie, le miniere (*argentariae*), i palazzi pubblici delle città di residenza dell'imperatore (*palatia in civitatibus consuetis*), i beni di coloro che abbiano commesso reati di lesa maestà (*bona committentium crimina maiestatis*). Queste regalie di natura demaniale e fiscale rappresentano la spina dorsale delle finanze statali, il Barbarossa era consapevole che soltanto con l'effettivo dominio del regno italico avrebbe avuto i mezzi finanziari per l'affermazione della sua autorità sovrana.

Come già detto in precedenza questa regalia riveste un'importanza centrale per la riaffermazione del potere imperiale in Italia. Il termine *arimannie*, ha una precisa connotazione militare e, non a caso, apre la lista delle regalie, in quanto l'Imperatore è consapevole di non poter restaurare il *Regnum Italiae* senza averne prima rafforzato i confini.

Le *arimannie* sono un istituto di provenienza germanica, derivante dalla dominazione longobarda, letteralmente significa uomo dell'esercito, quindi guerriero che dipende direttamente dal re e che riceve la terra come compenso del suo servizio militare. L'*arimannus* è l'equivalente del latino *exercitales* e indica l'individuo pienamente libero in cui capacità giuridica e dignità sociale trovano la loro e-

spressione nelle armi.

Coi successori di Rotari di fronte alle modifiche del tessuto sociale, la classe degli *arimanni* e dunque degli *exercitales* non coincide più con quella dei liberi e ciò è dimostrato da alcune carte dell'ultima età longobarda nelle quali la qualifica di *exercitales* si mostra distintiva di alcuni soltanto tra i liberi¹⁵⁷.

Entro la grande classe dei liberi¹⁵⁸, in seguito al mutamento dei quadri della società venne a determinarsi un ceto con propri caratteri, quello degli *arimanni*¹⁵⁹.

Secondo il Cavanna¹⁶⁰ gli *exercitales* e gli *arimanni* di questo secondo periodo della storia longobarda, sono gli appartenenti all'esercito permanente composto da *militēs* di professione; un esercito voluto e faticosamente formato dai re longobardi e che ha origine in una tradizione militare e sociale longobarda, quando l'assemblea in armi prendeva le decisioni col suo re.

Cade pertanto in errore chi vede tra gli *exercitales* anche i romani¹⁶¹ e cade in errore anche chi¹⁶² fa coincidere, a partire dall'VIII sec.,

¹⁵⁷ Vedi, Cavanna A., *Fara, sala, arimannia nella storia di un vico longobardo*, Milano 1967, pag. 285 e ss. Conti P. M., *Ordinamento sociale, tradizione guerriera e struttura politica nel ducato longobardo di Spoleto*, in *Spoletium*, XX, Spoleto 1978, pag. 14 e ss.

¹⁵⁸ Barni G., *I Longobardi in Italia*, Paris 1974, pag. 24: "Per i Longobardi l'*exercitus*, era il popolo stesso, in quanto solo l'uomo libero e capace di portare le armi era il vero longobardo".

¹⁵⁹ Vedi I. Dujcev, atti del convegno *La civiltà dei Longobardi in Europa*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1974, pag.103 «guerrieri accantonati in stabili guarnigioni».

¹⁶⁰ Vedi, Cavanna, *Fara, cit.*, pag. 383 e ss.

¹⁶¹ Cfr. Leicht P. S., *Storia del diritto italiano, Il Diritto Pubblico*, 3a ed., Milano 1950, pag. 84; Cavanna A., *Fara cit.*, pag. 322; Tabacco G., *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979, pag. 122: pur non ritenen-

la classe degli arimanni con quella emergente dei *possessores*, dalle origini etniche addirittura contestabili, che formavano ormai l'esercito il cui reclutamento avveniva sulla base della ricchezza e non dell'appartenenza ad una stirpe. Dai *possessores* sarebbe emerso quel gruppo sempre più numeroso di *gasindi* o *fideles* del re i quali si opporrebbero alla vecchia aristocrazia.

Un carattere militare-giurisdizionale sembra ascrivere alle organizzazioni degli arimanni dalla menzione delle regalie fatta dallo stesso imperatore Federico nel privilegio a Guido Conte di Biandrate del 7 febbraio 1159, dove ricorrono tra gli altri *iura regalia* attribuiti all'imperatore in Roncaglia "*districtus et albergaria cum arimanis*"¹⁶³.

L'importanza dell'affermazione della regalia su menzionata in favore dell'imperatore è evidente: ricondurre alla sua diretta dipendenza le zone *arimanniche* che gli spettano per diritto di successione dal re longobardo. La riaffermazione del dominio su quelle zone e su quei gruppi militari presentava un vantaggio di utilità immediata per

do impossibile che la convivenza dei longobardi con i residui della classe dei possessori romani, abbia condotto alla accettazione di alcuni romani nella tradizione giuridica del popolo dominatore, quest'ultimo autore afferma: "*Ma non vi è indizio di un'imponente assimilazione giuridica e militare di una libera popolazione romana da parte dei longobardi*".

¹⁶² Vedi, Gasparri S., *La cultura tradizionale dei Longobardi*, Spoleto 1983, pag. 107 e ss.; Tabacco G., *Egemonie cit.*, pag. 115 e ss. Secondo questo autore, l'Italia longobarda pervenne nel sec. VIII, alla costruzione di un sistema sociale in cui la classe dei possessori si identificava con la classe militare e politica. Come il medesimo autore avverte però (Tabacco, *op. cit.*, pag. 122 e ss.), le carte notarili dell'VIII secolo dicono che la massima parte dei possessori fondiari era costituita da longobardi: nel senso di uomini liberi che nei rapporti di diritto privato vivevano secondo la tradizione giuridica longobarda, ma che non tutti gli uomini liberi erano arimanni. Cfr. Fasoli G., *I Longobardi in Italia*, Bologna 1965, pagg. 104-109.

¹⁶³ in *M.G.H., Leg. sectio*, IV, I, Hannover 1899, pagg. 244-245.

l'esercito imperiale in marcia e per le operazioni della riconquista militare, ed offriva, a riconquista avvenuta, la garanzia del mantenimento di sicure posizioni nel dominio territoriale del *Regnum Italiae*.

Tra i principali problemi esaminati dai primi glossatori una notevole importanza rivestono quelli sulla scienza pubblicistica, ed in particolare la fonte dell'autorità politica e la conciliazione della preminenza dell'*unum imperium* con l'autonomia dei nascenti *regimina particularia*.

Quanto al primo problema, viene risolto dai giuristi bolognesi che recepiscono l'insegnamento dei giuristi romani¹⁶⁴, i quali riconoscevano nel popolo romano l'unica fonte dell'autorità politica dell'impero.

Nel trattato *De equitate*, attribuito dal Fitting ad Irnerio¹⁶⁵, si teorizza come il potere legislativo e giurisdizionale compete alla *universitas* o *populus*, inteso come corpo sociale organizzato, e non ai singoli¹⁶⁶, come viene espressamente detto in un commentario al Digesto attribuito dal Savigny a Bulgaro¹⁶⁷. La *potestas* legislativa e giurisdizionale risiede pertanto nel popolo, come chiaramente viene detto nelle *Questiones de iuris subtilitatibus*¹⁶⁸

“... *Communitas et unum quasi corpus hu-*

¹⁶⁴ Vedi: Gaio, *Inst* I, 1, 7; Dig. I, 3, 32; I, 1, 7; Dig. I, 2, 2; Dig. I, 3, 1-2; Dig. I, 4, 1; Cod. I, 14, 4; Cod. I, 17, 4.

¹⁶⁵ *De equitate*, ed. Fitting, Berlino 1894, pubblicato in appendice alle *Questiones de iuris subtilitatibus*.

¹⁶⁶ *De equitate*, ed. Fitting: «Universitas id est populus hoc habet officium, singulis scilicet omnibus quasi membris providere. Hinc descendit hoc ut legem condant ».

¹⁶⁷ Bulgarus, *Comm. Dig. L, 177, 176*: “Non est singulis concedendum, quod per magistratum possit fieri” ... “Non enim competit singulis ... tantum universitati”.

¹⁶⁸ *Questiones d. i. s.*, tit. V, 7.

manitatis de singulis curam gerere, velut homo quilibet in suis membris et debet et potest. Et ... partes toti cedunt, totum secuntus ... quicumque ... universitari iudicio cedant. Quique ponte quod bonum est non amplectuntur viribus et gravitate populi pertrahuntur. Et cuncti prorsus neque tempore nec loco possunt congregari. Set sic ubi pars et dignior et potior comunita deprehenditur, ea collectio ... non immerito sibi vendicant ea que ... docuimus universitati congrua”.

I giuristi medievali, così come era avvenuto nel mondo romano, sostengono che la *potestas* sia stata dal popolo delegata all’Imperatore.

I fondamenti del diritto pubblico in Italia nei secoli X-XIII sono essenzialmente quelli della monarchia carolingia che vede riassunti tutti i poteri nella persona dell’Imperatore, e tra questi l’amministrazione della giustizia, anche quando viene dallo stesso delegata, in sua assenza, a chi è investito di particolari regalie o *officia* (*Comes sacri palatii, missus dominici imperatoris, vicarius imperialis aulae*) nonché i vescovi ed i signori feudali investiti del *merum et mixtum imperium* con diritto di “*omnia iudicia agere velut nostro palatino comite*”¹⁶⁹ e le sentenze venivano sempre pronunciate in nome dell’Imperatore¹⁷⁰.

Si è osservato che nell’elenco delle regalie stabilite nella dieta di Roncaglia ha particolare rilevanza quella relativa all’elezione dei magistrati giudici.

¹⁶⁹ Mon. Hist. Patr., Chartr., II, 129.

¹⁷⁰ Vedi Salvioli G., *Storia dl diritto italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III/1, Milano 1925, pag. 155 e ss.

Analizzando le circostanze che determinarono la riaffermazione della regalia in esame, appare evidente che l'attribuzione di tale facoltà all'Imperatore veniva fatta contro il costume dei popoli delle diverse città. I comuni avevano avocato a sé la nomina dei magistrati, compresi quelli relativi alla amministrazione della giustizia.

La regalia relativa alla magistratura comunale, affermate nella dieta di Roncaglia, non attiene, almeno nominalmente, alla magistratura cosiddetta politica e di governo, ma alla magistratura per l'amministrazione della giustizia.

La regalia, infatti, quale viene dichiarata nella *Constitutio de regalibus*, specifica chiaramente la funzione che la magistratura stessa, di nomina imperiale, era chiamata a svolgere; la detta regalia è definita infatti come *potestas constituendorum magistratuum ad iustitiam expediendam*.

Indipendentemente dal testo della *Constitutio de regalibus* nessuna altra fonte, cronistica o meno, contemporanea o con riferimento alla dieta di Roncaglia, accenna al contributo di questa regalia nella forma come ivi viene espressa.

Soltanto il cronista Ragevino, nell'elencare le regalie affermate nella seconda dieta di Roncaglia accenna al *consulatus*. È il caso qui di domandarci se sia riconducibile quest'ultima regalia a quella che noi troviamo nella *Constitutio de regalibus* nella forma predetta di creazione delle magistrature giudiziarie.

È qui da avvertire che il consolato era la suprema magistratura del comune, che riuniva in sé le funzioni politiche e giudiziarie: queste ultime passate poi ad una magistratura dipendente detta dei *consules de placito*. Lo stesso Ragevino accennando in un altro punto lo svolgersi

degli avvenimenti di Roncaglia afferma:

*“Praeterea et hoc sibi ab omnibus adiudicatum atque recognitum est in singulis civitatibus Potestates, consules, caeterosve magistratus assensu populi per ipsum creare debere, qui fideles simul et prudentes et principi honorem et civibus patriaeque debitam iustitiam conservare”*¹⁷¹

In questo passo dunque non solo la magistratura dei consoli, ma altresì tutte le magistrature comunali, sarebbero, in effetti, riservate nella disposizione dell’Imperatore, con la nomina di esse da parte di questo e l’assenso conseguente del popolo.

Circa poi il punto che alla carica venisse chiamata persona gradita all’Imperatore giova quanto ci viene riferito da Vincenzo di Praga¹⁷², appartenente alla corte imperiale, il quale indica altresì il suggerimento offerto all’Imperatore al riguardo da parte dei milanesi, presenti a Roncaglia.

“...Imperator... Mediolanenses in suum advocat consilium quomodo urbes Italiae sibi fideles habeat, quaerit. Qui ei tale dant consilium quod eos quos per civitates Italiae sibi fideles habet, per suos nuntios eos ibi suas constituat potestates, quos illi consules nominant. Quod imperator laudans usque ad tempus huic rei competens in corde suo recondit”.

L’Imperatore interroga i milanesi per avere il loro parere su quale sia il modo con cui egli potrà assicurarsi, praticamente, la fedeltà delle città italiane. A tale domanda i milanesi danno all’Imperatore il con-

¹⁷¹ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, IV, c.6, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 191.

¹⁷² Vincentius Pragensis, *Chronicon*, in Dobner P., *Monumenta Historica Boemiae*, Tom. I, Pragae 1764, pag. 61.

siglio richiesto, esprimendo la loro risposta così: l'Imperatore ha delle persone fedeli nelle varie città d'Italia. Ora per mezzo dei suoi nunzi l'Imperatore potrebbe nominare quelle persone fedeli come suoi potestà (*per suos nuntios eos ibi suas constituat potestates*).

Di qui si vede come l'espressione originaria (*potestas*) della magistratura del potestà conserva ancora il genere femminile, confondendosi con l'altro significato originario del termine, di potestà-potere.

L'interpretazione data sopra del passo del Pragense trova conferma in un altro passo dello stesso autore dove si fa indirettamente allusione al colloquio avuto a Roncaglia dall'Imperatore con i consoli di Milano. Vincenzo di Praga così riferisce:

“...*Nullo modo se hoc facere posse (Mediolanenses) respondent. Veruntamen sicut in privilegio imperatoris habebant, quod ego Vincencius ex parte imperatoris et regis Bohemiae scripseram, se per omnia facturos promittebant scilicet: quod ipsimet quos vellent consules eligerent et electos ad imperatorem vel ad eius nuntium ad hoc constitutum pro iuranda imperatori fidelitate adducerent. Contra hoc nuntii imperatoris respondent: quod ipsi Runcaliae hoc imperatori dederint consilium, quod per suos nuntios in civitatibus Lombardiae ponat potestates, eo consilio utantur et ipsi, attamen quos velint eligant sicut volunt consules vel potestates eos appellent, solummodo per nuntios imperatoris eos eligi permittant*”¹⁷³.

Anche in questo luogo è evidente che il termine *potestates* indica la magistratura di designazione imperiale.

Di qui si vede la trasformazione politica successiva della regalia

¹⁷³ *op. cit.*, pag. 65.

riservatasi dall'Imperatore nella dieta di Roncaglia (la *potestas constituendorum magistratuum ad iustitiam expediendam*).

Questa facoltà, nominalmente, non rappresenta altro che il potere di designare propri giudici per le cause sottoposte direttamente all'Imperatore. E questo potere non era stato mai posto in discussione dalle città, data l'alta giurisdizione riconosciuta sempre alla persona dell'Imperatore, a cominciare dalla giurisdizione dei *missi dominici*, inviati appunto dall'Imperatore per risolvere sul posto le querele portate innanzi al tribunale imperiale.

Nelle varie discese degli imperatori in Italia, essi stessi, assistiti dai giudici imperiali, avevano risolto numerose controversie, come ne è testimonianza la lunga serie dei placiti a noi pervenuti.

Ma la riaffermazione di quel potere ordinario di costituire giudici, fatta dalla dieta di Roncaglia, acquista un valore diverso nella mente dell'Imperatore. Con ogni probabilità nelle mire dell'Imperatore vi era la creazione, nelle single città, di una magistratura a lui fedele.

Il magistrato scelto dall'Imperatore, inteso come *iudex*, era investito di tale potere dall'imperatore e per questo messo al di sopra delle altre magistrature, e al di sopra dello stesso organismo costituzionale della città.

In un primo tempo il potere giudiziario non rientra tra i poteri del comune e del consolato, si tratta di un potere conferito alla *civitas* ancor prima che il comune sorga e anche dopo la prima costituzione di esso viene esercitato dalla preesistente organizzazione giudiziaria. Fin dall'alto medioevo, per effetto della riforma carolingia che aveva sostituito il principio del giudice collegiale al principio del giudice unico, l'organizzazione giudiziaria era costituita da un collegio di persone e-

sperte nel diritto (*boni homines, scabini, civitatis*), cui era affidato il potere di placito da esercitarsi sotto la presidenza di un regio rappresentante (*comes, missus regis*) il quale doveva dirigere il processo mentre le sostanziali funzioni giudicanti (interrogatorio delle parti, esame delle prove, giudizio sulla questione) questi inoltre pronunciavano la sentenza, cui il regio rappresentante dava esecutività.

Questa è l'ossatura della organizzazione giudiziaria costituita da savi conoscitori del diritto, la cui denominazione scabini e *iudices civitatis* dimostra la loro appartenenza alla popolazione urbana. Era una tipica magistratura locale la quale giudicava il quale giudicava *ex boni et aequo* secondo le consuetudini che avevano valore di legge. Il loro giudicato si diceva *placitum*, in quanto rappresentava ciò che il consenso degli esperti del diritto in rapporto alla questione di fatto. Molto interessanti e copiosi sono i documenti attestanti l'ininterrotta continuità dello scabinato milanese nei secoli IX-X-XI. Questo collegio di assessori giudiziari assisteva il *comes* o il *missus regis*, o altro rappresentante del sovrano nell'esercizio delle funzioni giudicanti. Successivamente non troviamo più alcun placito comitale ma solo placiti milanesi del *missus regis*, magistrati straordinari, cui spettava per espressa delegazione sovrana, esercizio della giurisdizione contenziosa civile, e di quella sovrana rimanendo sempre in vigore il sistema carolingio¹⁷⁴.

Così anche il consolato diventa un ramo dell'organizzazione comunale, è del 1153 la prima apparizione di quella magistratura con la denominazione tecnica di *consulatus causarum*, è proprio in

¹⁷⁴ Zanetti G. *Il comune di Milano dalla genesi del consolato fino all'inizio del periodo podestarile*, Milano 1935, pagg. 104-119.

quest'anno si ha lo sdoppiamento fra consoli del comune e consoli di giustizia¹⁷⁵.

In ambito comunale si assiste ad una separazione tra il potere esecutivo e legislativo e si ha una netta distinzione tra legislatore e giudice¹⁷⁶. Si può supporre che i tempi siano maturi perchè l'attività¹⁷⁷ stessa del 'sentenziare' sia distinta da quella del 'legem condere'.

Al contesto storico di riferimento si può sovrapporre il contesto sintagmatico *iurisdictio-imperator*, dove «ad ogni inflessione semantica di *iurisdictio* corrisponde una correlazione sistematica di *iudex*¹⁷⁸». Qui il termine *iurisdictio* è riferibile al reggitore giusto, al re *servus equitatis*, *iudex* per definizione, il cui potere deriva da Dio, al quale è affidata la realizzazione della giustizia (*facere iustitiam*)¹⁷⁹. La stessa struttura organizzativa del comune è basata sul primato della giurisdizione (*iurisdictio*) rispetto al potere politico¹⁸⁰ (*gubernaculum*).

Nella dieta di Roncaglia, oltre alla cosiddetta *Constitutio de regali-*

¹⁷⁵ Ercole F., *Dal comune al principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del rinascimento Italiano*, Firenze 1929, pagg. 209-2011.

¹⁷⁶ Cfr. Nicolini U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955, pag. 25. Cfr. anche con Majorana A., *L'evoluzione storica dei rapporti tra la legislazione e la giurisdizione*, Bologna s.a.

¹⁷⁷ Vedi Costa P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano 1969, pag. 156.

¹⁷⁸ Vedi Costa P., *ibidem*, pagg. 179-181. Cfr. Costa P., *Civitas storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al settecento*, Bari 1999, pagg. 11-13.

¹⁷⁹ Cfr. Mochi Onory, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, n. 12, Bologna 1937, pag. 21.

¹⁸⁰ Giuliani A., *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, 138.

bus, il Seckel¹⁸¹ avrebbe individuato altre tre costituzioni disciplinanti ulteriori regalie in un manoscritto viennese, contenente la *Summa super usibus feudorum* del veronese Jacopo di Ardizzone, nella cui appendice risulterebbero alcune costituzioni, tra le quali una indicata semplicemente con la parola *Omnis* (la parola iniziale della costituzione stessa), riguardante la regalia della giurisdizione¹⁸².

Ancora lo stesso Seckel nel riferire l'ordine della seconda raccolta delle Extravaganti, tenute presenti dall'Ardizzone e ordinate sotto il titolo comune: *Rubrica de feudis e beneficiis constitutiones regales imperiales et decretales*, ha identificato nei nn. 27-30 di quell'elenco le costituzioni come appresso segnate:

27. *idem. Regalia sunt hec, arimannaie, viae publicae etc.*

28. *idem. Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est etc.*

29. *idem. Palacia et pretoria etc.*

30. *idem. Tributum dabatur etc.*

La legge *Omnis*, costituzione sicuramente emanata da Federico I, avrebbe lo scopo di affermare il principio della dipendenza dal potere dell'imperatore di ogni forma di giurisdizione.

Queste sono le considerazioni, ampiamente condivisibili, alle

¹⁸¹ Vedi Rota A., *Il valore politico immediato per l'Italia della Constitutio de regalibus del 1158*, in *Studi Saresi*, XXIII, Sassari 1950, pag. 24 dell'estratto.

¹⁸² Il ms. viennese (*National bibliothek*) 2094 (Salisburg 343) in oggetto contiene le seguenti *regalie extravagantes*: *Capitula et leges sunt hec (hee)*: 1) *regalia* - 2) *omnis* - 3) *Palacia* - 4) *Tributum at sic finitur titulus*. Cfr. il riferimento dal Sekel, in Finsterwalder P., *Die Gesetze des Reichstags von Roncalien*, in *Zeitschrift d. Stiftung fur Rechtsgeschichte (Ger. Abt.) Savigny L. I*, 1931, pagg. 1 e segg.

quale giunge il Rota¹⁸³ riscontrando il riferimento alla *Constitutio Omnis* in alcuni documenti dall'Autore acutamente esaminati. In un parere dato da Baldo degli Ubaldi, si legge:

*“In dei nomine. Ad evidentiam promitto quod imperialis textus constitutionis Federici imperatoris sic dicit: Omnis iurisdictio et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et eius iusiurandum prestare, quale a lege constitutum est.”*¹⁸⁴

Quanto al principio della giurisdizione universale dell'imperatore, sempre secondo il Rota, esso viene affermato dalla *Constitutio de regalibus* anche nei confronti delle città italiane nelle quali ogni forma di giurisdizione, perché sia legittima, deve promanare dalla sovranità imperiale intesa come fonte originaria della *iurisdictio*. Nel seguente passo del *Liber consuetudinum mediolani* del 1216 il Rota vede appunto il principio della individuazione della giurisdizione legittima solo in quella promanante dall'imperatore.

*“Quae omnia superius dicta sunt obtinet, si-ve destr ictus quis habeat seu iurisdictionem legitimam, ides tab imperio abet descendentem sicut est dominus Archiepiscopus, vel aliquis comes vel capitaneus vel civis, qui ab imperio, a quo omnis iurisdictione descendit causam habet: omnes namque tales persomae legitimam iurisdictionem habere intelligitur.”*¹⁸⁵

Infine è interessante esaminare un passo dello stesso Baldo nel

¹⁸³ *Il valore politico immediato per l'Italia della Constitutio de regalibus del 1158*, cit, pag. 25 e ss.

¹⁸⁴ Baldus, *Consilia*, lib. V, cons. 300, Brixiae 1490-1491.

¹⁸⁵ *Liber consuetudinum Mediolani*, tit. XXIV, *Rubrica de honoribus*, Venezia 1872, pag. 55.

Commento alle Consuetudines feudorum che sembrerebbe far risalire il principio della giurisdizione universale dell'imperatore, non alla Costituzione federiciana, bensì a fonti giuridiche romane ed a disposizioni imperiali successive al 1158¹⁸⁶.

“Item ad regem pertinet potestas creandorum magistratuum ut in Auth. De defensoribus civitatum. Nam omnis iurisdictio et districtus ad principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et iuramentum praestare quare a lege constitutum est, etiam post pacem constantiae, ut no supra de pace iuramento firmanda iudices in glossa, quae incipit.”

Come sottolinea lo stesso Rota¹⁸⁷, in quest'ultimo brano Baldo richiama la *potestas creandorum magistratuum* dell'imperatore, mentre nella *Constitutio de regalibus*, dallo Baldo stesso illustrata, parla di *potestas constituendorum magistratuum ad iustitiam expedienda*. Questa diversità di indicazione del potere dell'imperatore porta il Rota a ritenere che la *Constitutio Omnis*, pur sempre da attribuirsi a Federico I, debba essere ascritta in epoca più tarda. Infatti quanto al contenuto dogmatico del principio della giurisdizione universale dell'Imperatore, il Rota vede nella *Constitutio de Regalibus* una *potestas* giurisdizionale nettamente inferiore a quella richiamata nella *Constitutio Omnis*.

Infatti nella prima Federico “apre la prima breccia nell'allineamento di una giurisdizione propria imperiale nell'ambito

¹⁸⁶ Baldus, *In usus feudorum commentaria*, ti. *Quae sint regalia*, II, 56, n. 7, Venetiis 1580, pag. 95.

¹⁸⁷ *Il valore politico immediato per l'Italia della Constitutio de regalibus del 1158*, cit, pag. 26, n. 18.

dei comuni”, poiché pur riconoscendo al potere imperiale di svolgere azione giurisdizionale come tribunale supremo, si negava però la subordinazione delle giurisdizioni locali a quella imperiale. Nella *Constitutio Omnis* invece, e per questi motivi secondo il Rota non databile nella medesima Dieta di Roncaglia, abbiamo una affermazione integrale ed esclusiva sovranità in campo giurisdizionale dove l’Imperatore viene inteso come unica fonte legittima del potere.

5. Conseguenze sull'assetto dell'Impero

L'immagine che ci è pervenuta di Federico I, uno dei personaggi centrali dei più importanti avvenimenti politici e giuridici del XII secolo, è quella dello strenuo difensore e grande restauratore del potere imperiale in Italia¹⁸⁸.

Egli indirizzò i suoi sforzi, e impiegò tutti i mezzi di cui disponeva, *legibus et armis*, per ricondurre il *Regnum Italiae* sotto l'effettiva sfera del comando imperiale. L'estremo tentativo di restaurazione risultò vano e anacronistico in quanto si scontrò con lo scenario territoriale e politico italiano profondamente mutato¹⁸⁹. Questo quadro storiografico che presenta l'imperatore svevo come fautore di un ritorno al vecchio modello giustiniano, come un nemico intransigente dei comuni è in parte da ridimensionare. L'azione di governo del Barbarossa è l'attuazione di una *Realpolitik*, ossia di una politica basata su una concreta pragmaticità intesa al bene generale, che tiene sempre conto delle strutture del mondo feudale. Dà nuovo smalto alla sfera di influenza nei confronti delle città dell'Italia centro settentrionale.

¹⁸⁸ Per quanto riguarda la restaurazione del potere imperiale rimando, senza peresunzione di completezza, a: Pontow M., *Ueber der Einfluss des altromischen Vorstellungen vom Staat auf die Politik Kaiser Friedrichs I*, Halle 1885; Bloch M., *L'empire et l'idée d'empire sous les Hohenstaufen*, in *Revue des cours et de conférences*, 1929; Brackmann A., *Der "Römische Erneuerungsgedanke" und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit*, in *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften, Philos. hist. Klasse*, vol. XVI (1932), pag. 370 e ss.; Morghen R., *La concezione dell'Impero romano germanico e la tradizione di Roma da Carlo Magno a Federico II*, estratto dai *Rendiconti R. Accad. dei Lincei*, Cl. sc. mor., Roma 1938; Brezzi P., *Caratteri Momenti e Protagonisti dell'azione politica di Federico Barbarossa*, estratto dalla *Rivista storica italiana*, Serie VI-V, 1940, vol. V, fasc. II-III.

¹⁸⁹ In tema di rapporti tra il Barbarossa e i comuni italiani, vedi per tutti: Brezzi P., *Le relazioni tra i Comuni italiani e l'Impero*, estratto dal vol. *Questioni di storia medioevale*, Milano s. d., (bibliografia *ivi*).

Egli cerca di ristabilire la pienezza dei diritti imperiali per rinviare il proprio potere in quanto la sua autorità, di fatto, risulta più nominale che sostanziale, e per questo avvia l'esperimento di affidare alle dottrine romanistiche questo compito. Il diritto romano fornisce le sicure argomentazioni giuridiche¹⁹⁰ per il fondamento della sua ideologia imperiale, è funzionale a questo scopo, utilizza il mezzo giuridico per un fine politico.

E' consapevole che la restaurazione dell'impero di Giustiniano è fuori dal suo tempo e pertanto inattuale e inattuabile¹⁹¹. L'imperatore svevo non intende arrestare il corso della storia, ma con il suo intuito politico prova a contenere l'ascesa politica e di ridimensionare le tendenze autonomistiche dei comuni. Nella sua programmazione di governo fa coesistere principi germanici con principi di diritto romano, attraverso una osmosi artificialmente congegnata per trovare argomentazioni giuridiche a sostegno delle sue rivendicazioni.

Tenta di dare unità al mondo feudale, ricompattandolo attraverso il ripristino dell'ordine (feudale) e garantendo la certezza del diritto. Cerca di far coesistere l'elemento feudale con quello comunale attraverso un'azione di governo che solo apparentemente si nutre di opposti. Egli tiene in debito conto i fermenti comunali ma rimane anche fedele all'antica concezione imperiale, in altre parole trova un assetto

¹⁹⁰ Schupfer F., *Le origini della Università di Bologna*, in *Memorie della R. Accademia dei Lincei*, classe di scienze morali, IV, I (1889), pagg. 70-71.

¹⁹¹ Nicolini U., *Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel comune medievale*, Milano 1972, pagg. 33-37: "Ma, se le fonti romane sono uno strumento utile, particolarmente atto alla politica italiana di Federico, non è che questa, in realtà, possa essere stata, sia stata, una politica così fuori dal tempo da voler ricalcare le orme, nientemeno, di Giustiniano, e da voler ripristinare il vecchio Impero; le strutture del quale erano del tutto inapplicabili alla società, allo Stato, al mondo medievale".

giuridico al comune di fronte all'impero. Ammette un ruolo e uno sviluppo comunale ma tutto dentro gli argini della società feudale.

Non c'è nessun tipo di assolutismo legislativo tratto dal *Corpus Iuris*, non mette in discussione la legislazione comunale¹⁹², non contesta la *potestas statuendi* alle città, anzi ne riconosce non solo i *mores* ma anche le *leges civitatis* ossia il diritto scritto con il quale le città sancivano il loro nuovo assetto politico giuridico e sociale.¹⁹³

I comuni, dal canto loro, vivono il loro momento aureo¹⁹⁴, essi rappresentano le nuove entità politiche, che durante la prolungata e cronica assenza dell'Imperatore hanno costruito, pietra su pietra, un nuovo assetto politico e giuridico¹⁹⁵. Questi non hanno alcuna inten-

¹⁹² I comuni hanno un loro diritto consuetudinario e statutario. Gli statuti hanno una funzione antifeudale e preservano l'autonomia comunale dalle ingerenze imperiali. Sbricoli M., *L'interpretazione dello statuto*, Milano 1969, pag. 27: «Lo statuto... è : una conquista politica della città che non poteva non recare il segno profondo del suo carattere originario di politicità»

¹⁷⁸ Cfr. Padoa Schioppa A. *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, in *Excerptum ex Studia et Documenti Historiae et Juris XXX*, Roma 1964, pagg. 197-198. Cfr. anche Pertile A., *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. VII-P. II, Bologna 1893, pagg. 164-171.

¹⁹³ Cfr. Vergottini de G., *L'Impero e lo ius statuendi dei Comuni*, in «*Scritti di storia del diritto italiano*», a cura di Guido Rossi, vol. II, Milano 1977, pagg. 478-480.

¹⁹⁴ Visconti A., *Corso di storia del diritto italiano, storia dello Stato e dei mezzi per l'attuazione del diritto*, Milano 1954, pag. 51.

¹⁹⁵ Il periodo in esame è definito "periodo consolare" secondo la terminologia adottata per indicare le linee di sviluppo delle istituzioni medievali. Vedi Vergottini de G., *Problemi di storia della costituzione comunale*, in «*Scritti di storia del diritto italiano*», a cura di Guido Rossi, vol. I, Milano 1977, pag. 361: "...periodo che va dalle prime *coniurationes* comunali alla pace di Costanza, secolo di formazione e di consolidamento delle autonomie comunali attraverso prima l'assenteismo e poi il cozzo con l'Impero". Cfr. Galasso G. *Potere e istituzioni in Italia*, Torino 1974, pagg. 25-29.

zione di perdere il potere conquistato e rinunciare all'autonomia¹⁹⁶ raggiunta¹⁹⁷, che sta ad indicare l'acquisizione di un diritto proprio delle città¹⁹⁸, ma allo stesso tempo riconoscono la potestà imperiale.¹⁹⁹

Il Barbarossa però, non nega la validità delle *leges regnorum*. Occorre a questo proposito ricordare il contenuto delle *Questiones de iuris subtilitatibus* una opera giuridica della prima età dei glossatori, la

¹⁹⁶ Per la definizione del concetto di autonomia vedi Calasso F., *Medioevo del diritto. Le fonti*, vol. I, Milano 1954, pag. 377 «Autonomia, stando al significato etimologico della parola, designa il potere che un ente ha di porre norme a sé stesso. Se questo potere fosse assoluto, completo, illimitato, il concetto di autonomia coinciderebbe evidentemente con quello di sovranità. Al contrario, si sente discorrere di autonomia, ovvero che l'autonomia è riconosciuta o negata, che si afferma o si sviluppa, che cresce o viene soppressa, e similmente. Ciò fa supporre l'esistenza di un ente superiore, di fronte al quale il potere dell'ente autonomo si afferma in misura maggiore o minore, subisce delle vicende, scompare, ecc. Si profila dunque una differenza sostanziale fra il concetto di sovranità, che indica un potere assoluto, illimitato, originario, e il concetto di autonomia, che designa invece un potere derivato, graduato variamente, e quindi limitato». Cfr. Grossi P., *Un diritto senza Stato. (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pagg. 275-292.

¹⁹⁷ Appare opportuno, in ordine alla politica di Federico I in Italia richiamare brevemente alcuni cronisti del tempo. Ottone Morena, in *De rebus laudensibus*, dimostra che Federico nella Dieta di Roncaglia, voleva riaffermare in modo integrale le regalie a lui spettanti come imperatore. Infatti Federico inizialmente aveva chiesto ai giuristi bolognesi “*quod ipsi iudicarent omnia iura regalia, que ratione imperii... ad ipsum spectarent*”. Nello stesso senso Rahevinus, IV, c. 7, secondo cui l'azione dei giudici convocati a Roncaglia “*super iusticia regni, et de regalibus quae longo iam tempore seu temeritate pervadentium seu neglectu regum Imperio deperierant*”. L'Imperatore dovette circoscrivere il suo programma in seguito alle resistenze dei giuristi bolognesi e dei rappresentanti comunali.

¹⁹⁸ Ellul J., *Storia delle istituzioni. Il medioevo*, Milano 1976, pagg. 85-86.

¹⁹⁹ La concezione politico-giuridica dell'età di mezzo concepisce e ammette una pluralità di sovranità. Vedi a proposito di pluralità di sovranità Nicolini U., *La proprietà il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano 1952, pag. 87: “...era manifestamente possibile e tollerabile appunto perchè l'*imperium* si era trasformato, nel pensiero giuridico e politico italiano, da potere effettivo sovrano, in una autorità potenziale, vagamente prominente sulle altre per la coordinazione e la pacifica soluzione di eventuali conflitti”.

cui paternità è incerta²⁰⁰. Tra le sue righe si può sentire un'eco della politica imperiale del recupero delle regalie, essa contiene una vibrante invettiva contro il sistema delle leggi personali ancora persistente nel XII secolo. Secondo il Kantorowicz la sua datazione è di qualche anno successiva alla diata di Roncaglia. Il Cortese²⁰¹ pone un interrogativo è una reazione alla diata di Roncaglia?

In quest'opera si esprime un dilemma nei termini di una solenne alternativa *aut unum esse ius, cum unum sit imperium aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna*²⁰² o si afferma l'unità dell'impero, con la relativa unità del diritto oppure si accetta la molteplicità delle leggi e quindi dei regni, *tertium non datur*. In altre parole se uno è l'impero, uno deve essere il diritto, che non può essere altro che quello romano, diversamente si ammette la disgregazione della unità imperiale in una molteplicità di regni con una pluralità di diritti dove accanto al diritto romano si trovano le leggi barbariche.

Nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* nel passo

“Set hii qui nuncimperant permittunt huiusmodi fieri: unius tamen imperii nomine volunt censerī. Non vident, quid ad nomen consequantur”

si denuncia l'atteggiamento dei nuovi imperatori che permettono il ricorso alle leggi barbariche.

L'autore dell'opera mette in discussione la legislazione barbarica,

²⁰⁰ Zanetti G., *La determinazione cronologica delle Questiones de iuris subtilitatibus*, Estratto dal volume XXIV della *Rivista di storia del diritto italiano*, Verona 1951, pagg. 87-89.

²⁰¹ *Il diritto nella storia medievale. II, Il basso medioevo*. Roma 1995, pagg. 111-115.

²⁰² Zanetti G., *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958, pag. 16.

comprensiva non solo delle norme longobardo-franche contenute negli Editti e nel *Capitolare Italicum* ma anche delle leggi nazionali germaniche, la cui vigenza è imposta dai dominatori barbarici. Egli ne contesta la validità

*“Set si regno eorum, qualecumque fuerit, estinto, ipsi nobisqum ducendo invicem seu nubendo coalescunt, quotiens sue gentis vel nomen vel statuta predicant, non videntur aliud facere nisi vulnus antiqui doloris refricare: statutorum enim vis si qua fuit, una cum suis auctoritatibus iam tunc expiravit”*²⁰³

Con ogni probabilità siamo davanti a un chiaro riferimento all'azione di governo e alla persona dell'imperatore Federico I, inteso come germano invasore errabondo “ Hac ratione transalpini quoque reges”²⁰⁴ “Quod si quis forte errabundus”²⁰⁵ .

L'imperatore ammette le *leges regnorum* pur risevandosi di eliminare quelle cadute in desuetudine, ne riconosce l'autorità

*“Nostis autem, quod iura civilia nostris beneficis in summum provecta, firmata ac moribus utentium approbata satis habent roboris, regnorum leges, in quibus quod ante obtinebat postea desuetudine inumbratum est ab imperiali remedio vestraquae providentia necesse abent illuminari.”*²⁰⁶

E' possibile che con questa espressione *leges regnorum* egli si riferisca non solo alle disposizioni sui feudi (*cosuetudines regni*) ma

²⁰³ Zanetti G., *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958, pag. 15.

²⁰⁴ Zanetti G., *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958, pag. 23

²⁰⁵ Zanetti G., *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958, pag.14.

²⁰⁶ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris IV*, c.4, Hannoverae , ed. Waitz 1884, pag. 189.

anche alle statuizioni delle nuove entità politiche comunali. Sempre riportando il discorso imperiale

*“Sive ergo ius nostrum sive vestrum in scriptum redigatur in eius constitutione considerando est ut sit honestum, iustum possibile necessarium utile, loco temporique conveniens; ideoque tam nobis quam vobis, dum ius condimus, cautius providendum est, quia, cum leges instituae fuerint, non erit liberum iudicari de eis, sed oportebit iudicare secundum ipsas”*²⁰⁷

in questo passo ammette chiaramente accanto alla potestà normativa imperiale (*ius nostrum*) la potestas statuendi dei comuni (*ius vetus*). In questo modo decretando la validità degli statuti cittadini, riconosce implicitamente una porzione del potere legislativo al comune.

A conferma di questo assunto è utile il confronto con il testo di una costituzione federiciana

*“... si ea quae a predecessoribus nostris regibus et imperatoribus statuta et confirmata sunt nostris oracolis roboramus si etiam illa quae negligentiae iactura corruptit vel desuetudo inumbravit imperiali nostra auctoritate dilucidando coorigimus et in melius commutamus saluti nostrae consulimus et regium ministerium susceptum a Domino exercemus.”*²⁰⁸

Qui si utilizza la parola *confirmatio* per indicare l'accoglimento delle leggi dei re precedenti.

E' proprio in questa situazione di caotica frantumazione del diritto che Federico di Svevia persegue con fermezza la sua politica per il recupero delle regalie, che toccherà il suo apice nella redazione della

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ *M.G.H., Const. I, pag. 225.*

lista roncagliese.

Detta lista rappresenta il prodotto di un atto di compromesso che comportava dei sacrifici per entrambe le parti.

In altre parole fu un punto di incontro, a metà strada, tra le pretese imperiali e quelle cittadine, in altre parole una sorta di tregua momentanea che rimandava la soluzione della contesa. La *Constitutio de regalibus* rappresenta una tappa nella costruzione del nuovo equilibrio del rapporto tra comuni e imperatore.

Infatti, le parti non volevano abbandonare le loro originarie posizioni.

Da un lato, l'Imperatore avendo la piena consapevolezza della legittimità del suo potere, diretto ed illimitato, che trovava la sua fonte nel diritto romano, mirava a ripristinare integralmente i diritti regali, dall'altro lato i nuovi organismi politici cercavano in ogni modo di contrastare l'effettiva applicazione della lista per continuare ad esercitare quel potere economico e politico come avevano fatto fino a quel momento. Si badi bene che le città dell'Italia settentrionale non riconoscevano l'autorità dell'imperatore ma si opponevano alla possibilità di essere governate da funzionari imperiali, preferendo rimanere sottoposte ai loro magistrati.

E' probabile che nella lista roncagliese l'imperatore dissimulasse intenzioni di più ampio respiro politico, infatti non la intese in senso tassativo e immobile, anzi in alcune occasioni ne ampliò la sfera di applicazione. Ricordiamo a tale proposito il diploma imperiale del 1159 al conte Guido di Briandate dove si dichiarava:

*“quia omnia regalia, placita, districtus et
albergaria cum arimannis caeteraque regalia*

*nobis in curia Roncaliae adiudicata sunt*²⁰⁹.

Il privilegio del 1159 ai cittadini di Asti:

*“Haec itaque regalia esse dicuntur moneta, vie publice, aquatica, flumina publica, molen- dina, furni, forestica, mensura, bancatica, ripa- tica, portus, argentariae, pedagia, piscationes, redditus, sestaria vini et frumenti et eorum que venduntur ad mensurum, placita batalia, rubi, restitutiones in integrum minorum, et alia omnia que ad regalia iura pertinent”*²¹⁰.

In questi due documenti la lista roncagliese rimane aperta con le formule generiche *caeteraque regalia*, nel primo caso, e nel secondo, ancora più evidentemente, con quella di *alia omnia quae ad regalia iura pertinent*. Con queste formulazioni l’Imperatore poteva affermare ulteriori diritti come regalie imperiali.

Un altro espediente escogitato dall’Imperatore per evitare che la lista si considerasse “chiusa”, determinando in tal modo una autolimitazione del potere imperiale, fu quello di introdurre altre regalie, non stabilite a Roncaglia, nelle convenzioni successive alla *Constitutio*.

Così, mentre nella *reconciliatio Placentiae* del maggio 1162 egli si limita a chiedere nel giuramento di quei cittadini la difesa dell’*“imperium vel regalia sua”*²¹¹, nella *“conventio cum ianuensibus”* del 9 giugno 1162 dona e concede in feudo l’elezione dei consoli e la facoltà ad essi di amministrare la giustizia e di punire i malefici, come pure concede in feudo ad essi

²⁰⁹ Vedi Stumpf-Brentano K.F., *Acta inedita*, cit.

²¹⁰ Vedi l’edizione dal Codice Astense, in *Atti della reale Accademia dei Lincei*, Serie II vol. V, Roma 1880, pag. 73, r. 6.

²¹¹ M.G.H., *Const.*, I. n. 206, pag. 287.

“castra omnia, portus, regalia et possessiones et res universas quas in citramarinis vel ultramarinis habent”²¹².

E nella *Conventio cum Cremonensibus* del 13 giugno 1162 indica per concederli alla città:

“omnia regalia tam in civitate vel extra per episcopatum vestrum sive in agris seu in terris seu in personis sicut habetis vel ante obsidionem Cremae habuistis in theoloneis, pedaticis, ripaticis, in fodro, moneta, in banno in omni iure regalium, et faciendi iustitiam unicuique infra civitatem e per totum epscopatum, secundum leges et bonos mores ad concordiam civitatis”²¹³.

Nella convenzione con Ravenna del 26 giugno 1162 l'imperatore, dopo aver fissato dettagliate disposizioni per l'investitura imperiale dei consoli, la cui elezione doveva avvenire alla presenza del messo imperiale, stabilisce al n. 5 della stessa, quanto segue:

“Et consules electi debent secundum bonum usum terrae.: Et debent omnia regalia et iustitiam et civitatem Ravennam ad servicium el honorem et fdelitatem domni imperatoris conservare, exceptis regalibus quae per iustum feudum vel per privilegium tenent ecclesiae Ravennae et capitanei Ravennae et alii... exceptis domibus quae in civitatibus et suburbiis in regalibus posite sunt. Cetera omnia regalia quae tenent. Ravennates in civitate vel foris, resignabunt domno imperatori, quae pertinent ad districtum Ravennae, et invabunt bona fide recuperare et ad servicium domni imperatoris tenere”²¹⁴.

²¹² M.G.H., *Const.*, I. n. 211, pag. 293.

²¹³ M.G.H., *Const.*, I. n. 212, pag. 297.

²¹⁴ M.G.H., *Const.*, I. n. 213, pag. 299.

Questi accordi manifestano, chiaramente, la volontà dell'Imperatore di ampliare la lista dei diritti imperiali fissati a Roncaglia.

Si ravvisa in questo *modus operandi* dell'Imperatore un evidente contrasto con la natura costituzionale dell'atto, che in quanto tale non avrebbe ammesso il riconoscimento di ulteriori poteri.

Anche le città si impegnarono per contrastare e disconoscere le regalie roncagliesi e tale atteggiamento si può riscontrare nella *petitio* della Lega lombarda della fine del 1175 per un componimento della lotta con l'imperatore²¹⁵.

In questa richiesta gli organismi politici italiani chiedevano che le città continuassero, pacificamente, e secondo i costumi a conservare il consolato (cioè la magistratura dei consoli), *fodrum et coltam*, e che l'Imperatore restituisse tutti i possessi e diritti tolti a città, luoghi, arcivescovi, vescovi, abati e chierici ed annullasse privilegi e investiture da lui concessi in danno dei loro diritti.

In tale maniera i diritti imperiali venivano circoscritti al solo *fodrum* e alla *parata* in occasione della tappa a Roma per l'incoronazione, assicurando a lui e ai vassalli che lo accompagnavano

²¹⁵ Vedi la *Petitio societatis Lombardiae apr. ex. 1175*, in M.G.H., *Const.*, I, N. 244 : “*Et totum quod prefate civitates et loca et marchio et comes et cetera persone modo tenent, ut a suprascripto tempore tenuerunt, libere et quiete teneant. Et nominatim consulatum more solito habeant, sub quo homines cuiusque civitatis vel comitatus ad iustitiam faciendam se distringant et fodrum et coltam prestant et omnia alia more civitatum faciant. Et restituat ipse imperator omnes possessiones et omnia iura civitatibus et locis, archeopiscopis, episcopis et abbatibus et ceteris clericis nostre partis et marchioni et comiti et Rufino et omnibus aliis personis societatis que habuerunt, cassatis omnibus privilegiis et datis et cartis et investituris in aliquam civitatem vel locum seu personam de his collatis*”.

il libero e pacifico passaggio²¹⁶.

Occorre inoltre rimarcare, sempre in questa *petitio* del 1175, il passo riguardante le regalie e le consuetudini che le città rivendicavano, con l'istanza di sottoporre ai consoli delle città le eventuali questioni tra l'Imperatore e le città stesse.

Il passo è il seguente:

“§ 9. *Regalia vero que per eum vel antecessores eius tam a clericis quam laicis fuerunt de-
tenta vel per ipsum seu antecessores eius inve-
stita, quiete dimittat nec de cetero impedi-
at. Consuetudines etiam et comoditates, quas civi-
tates et omnes de societate habere consueverunt
in pascuis, piscationibus molendinis, furnis, ta-
bulis cambiatorum et negociatorum, macellis,
domibus quas habent edificatas in viis publicis
vel supra vel iuxta vias publicas et eternas con-
suetudines antiquas eisdem civitatibus et omni-
bus de societate quiete habere et tenere permet-
ta*”.

“§ 10. *Si autem de supradictis aliqua con-
tentio inter imperatorem et civitates vel loca si-
ve personas Societatis orta fuerit, per consules
civitatis, cum qua contentio habuerit, vel loca
seu personas sui comitatus, secundum mores et
consuetudines civitatis et loci decidatur, iureiu-
rando prestito ah ipsis consulibus, quod mores
et consuetudines tam imperatori quam civitati
vel loco seu persone servabunt*”²¹⁷.

In questa *petitio* si elabora una nuova e diversa strutturazione dei

²¹⁶ Così, *Petitio societatis Lombardiae*, apr. ex. 1175, cit.: “*Hec sunt ea que intelli-
gimus dominum imperatorem habere debere et antecessores habuisse, scilicet fo-
drum regale et consuetum et consuetam paratam cum vadit Romam gratia acci-
piendae coronae et debet habere quietum et consuetum transitum et sufficiens mer-
catum. Et transeat pacifice... vassalli etiam expeditionem ei faciant secundum quod
soliti sunt, cum pergat Rome causa accipiendae coronae...*”.

²¹⁷ *Petitio societatis Lombardiae*, cit., §§ 9 e 10.

rapporti tra i comuni e l'autorità imperiale. Questi nuovi organismi, pur riconoscendo la supremazia dell'autorità imperiale, negavano la possibilità per questa ultima di ingerirsi nell'esercizio del potere comunale.

A breve distanza dalla menzionata *petitio*, vi è un'altra fonte assai importante la quale testimonia pure apertamente lo stato di profonda insofferenza degli organismi politici italiani di fronte alla serie delle regalie imperiali costituite a Roncaglia.

Per dimostrare ulteriormente l'avversione dei comuni alle regalie analizziamo la cronaca²¹⁸ di Romualdo di Salerno, legato di Guglielmo II di Sicilia, alla pace di Venezia del 1177. Dalla cronaca emerge il netto rifiuto delle città al riconoscimento della *Constitutio*. Questa

²¹⁸ Vedi la cronaca di Romualdo di Salerno, *Cronaca*, in Muratori *R.I.S.*, VII, pag. 222 e ss.: “*Quum autem hoc factum esset et rationes multiples fuissent hinc inde prolatae tandem Christianus Cancellarius pro parte imperatoris disiunctivam triplicem dicens: Petit a vobis imperator et postulat ut aut de Regalibus et de his quae ad eum pertinent. quae vos detinetis, illi iustitiam faciatis: aut sententiam a iudicibus Bononiae apud Roncaliam contra vos pronunciatam executioni mandetis. Quo audito Girardus Pesta mediolanensis iudex pro parte Lombardorum respondit: Nos quidem imperatori undecumque nos appellaverit, parati sumus sicut Domino iustitiam facere; sed haec iustitia non est unius hominis, sed multorum, non unius civitatis, sed plurium: secundum causarum merita indicias postulamus, ut deliberantes plenius super his, quae nobis obiecta fuerint, competenti loco et termino apud Communem Iudicem responsuri veniamus. Quod autem dixisti apud Roncaliam a Bononiensibus iudicibus contra nos fuisse sententiam prolatam: plane inficiamur eam non fuisse sententiam, sed imperatoriam iussionem. Etenim quum plures ex nobis, nec per contumaciam fuisset absentis quicquid tunc contra nos dictum fuit, nobis nocere non debet nec pro sententia reputari; secundum leges enim in absentes prolata sententia nullius est roboris vel valoris - Quod vero postulasti ut ea imperatori reddere deberemus quae seniori Henrico a nostris antecessoribus sunt soluta: respondemus quod praenominati imperatoris dispositiones pariter et statuta propter antiquitatem temporis iam pene perdidere memoriam nec vivit aliquis nostrum vel vestrum qui bene posset illius temporis dicta vel facta recolere... Sed si imperatori placuerit ea que antecessores nostri iuniori Henrico, Conrado et Lothario et ei usque ad haec tempora reddiderunt, recipere parati sumus in pace per solvere”.*

presa di posizione può aver spinto i rappresentanti di parte imperiale ad imporre un vero e proprio diktat ai rappresentanti dei comuni: “o voi siete pronti a fare giustizia delle regalie che spettano all’imperatore e che voi detenete, oppure occorre che mandiate in esecuzione la sentenza dei giudici di Bologna pronunciata contro di voi presso Roncaglia”.

Con ogni probabilità si trattò di una dichiarazione con il preciso obiettivo di costringere ad accettare la lista roncagliese, prospettando in caso di rifiuto un eventuale redazione di un elenco più ampio e, quindi, più restrittivo dei poteri comunali.

La risposta delle città lombarde è affidata al giudice di Milano Gerardo Pesta, il quale eccepisce la validità della definizione delle regalie adducendo come motivazione giuridica l’assenza di diverse città nella Dieta di Roncaglia e, conseguentemente, nega l’efficacia vincolante per queste.

Inoltre, il giudice milanese non riconosce le vecchie e, ormai, dimenticate regalie riconosciute a Enrico IV, ma dichiara la disponibilità delle città a corrispondere le regalie che furono prestate al giovane Enrico V, a Corrado II, a Lotario III, e allo stesso Federico I.

Secondo questa dichiarazione i comuni, ignorando il diktat, proposero una soluzione alternativa, un *quartum datur*, ossia una quarta via.

In questo modo le città riuscirono a salvaguardare il grado di autonomia e il potere politico conquistato, e a riconoscere le regalie che, consuetudinariamente, avevano corrisposto agli ultimi imperatori.

Oltre che per questo interessantissimo riferimento della discussione sulle regalie imperiali, tenuto a fronte del deliberato di Roncaglia, il racconto di Romualdo Salerno è altresì importante per la posizione

che sembra riconoscersi ai maestri bolognesi, i celebri *quatuor doctores*, Bulgaro, Martino, Jacopo ed Ugo, nella definizione delle regalie roncagliesi.

Di detta posizione di preminenza nella determinazione di quella lista di regalie, tenuta dai maestri ricordati, non si ha conferma dai cronisti contemporanei agli avvenimenti di Roncaglia; infatti lo stesso Ragevino non ne accenna affatto, anzi parla dei *quatuor doctores* come assistenti l'imperatore a Roncaglia, senza neppure fare un accenno al loro specifico intervento nella decisione delle regalie²¹⁹.

Più illuminante sulla vera posizione tenuta dai quattro maestri bolognesi è la narrazione di Ottone Morena dalla quale appare che furono essi stessi gli autori della massima resistenza opposta all'imperatore e che quindi associati ai *iudices*, rappresentanti delle altre città, dopo aver esaminato assieme ad essi le condizioni giuridiche dei singoli luoghi avrebbero insieme suggerito quella lista limitata di regalie imperiali che doveva poi essere adottata dalla Dieta e formare la base della *Constitutio de regalibus*. Posizione quindi di preminenza quella dei giuristi bolognesi, ma anche di salvaguardia di fronte alle pretese imperiali.

²¹⁹ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, IV, c. 6, Hannoverae, ed. Waitz, 1884: "*Sequentibus diebus plena atque solemniter curia iudicio et iusticie a mane usque ad versperam intentus, querimonias et proclarnationes tam divitum quam pauperum audiebat; habensque quatuor iudices, videlicet Bulgarum, Martinum, Jacobum, Hugonem viros disertos relligiosos et in lege doctissimos legumque in civitate Bonomensi doctores et multorum auditorum praeceptores, cum his alii-sque legisperitis, qui diversi ex diversis civitatibus aderant, audiebant, discutiebant et terminabant negotia*". Vedi anche *ibid* cap. 7, "*Deinde super iusticia regni et de regalibus, quae longo iam tempore seu temeritate pervadentium seu neglectu regum imperio deperierant, studiose disserens, cum nullain possent invenire defensionem excusationis, tam episcopi quam primates et civitates uno ore, uno assensu*".

Il racconto di Romualdo di Salerno relativo alle regalie di Roncaglia si rende peraltro interessante per il modo di come si era proceduto e per come furono stabilite le regalie.

Egli scrive:

“sententiam ac iudicibus Bononiae apud Roncaliam contra vos pronunciatam exequitioni mandati”.

Di qui appare indubitabile la definizione della decisione di Roncaglia come una vera e propria sentenza giudiziale emanata rispetto alle due parti, l'imperatore da un lato e gli organismi nuovi resistenti alle regalie dall'altra.

In effetti quella sentenza preceduta dalla nota *inquisitio* cui accenna Ottone Morena²²⁰ nel passo più sopra riportato, chiudeva una lite sulle regalie imperiali in controversia, sebbene si fosse eccepito più

²²⁰ Ottone Morena, *De rebus Laudensibus, ai 11 nov. 1158*, in *M.G.H. Scriptores XVIII* (edidit Philippus Jaffè), Hannover 1863, pagg. 607-608. *“Interea dominus imperator colloquium in Roncalia... maximum se constituit habiturum, precepitque omnibus fere Italie principibus atque civitaturn consulibus ut ipsi colloquio interessent. Ad quod etiam quatuor principales legis doctores, videlicet dominos Bulgarum et Martinum Gosiam seu Jacobum atque Ugonem de Porta Ravegnana, Bononie Magistros interesse fecit... Cum autem imperator universique principes ac civitatum consules ibi insimul convenissent, in primis vocavit imperator omnes iam dictos Bononienses magistros iussitque eis quod ipsi iudicarent sibi in veritate omnia regalia iura quae ratione imperii in Lombardia ad ipsum spectarent et sua esse deberent. Qui respondentem imperatori dixerunt se nolle hoc facere sine consilio aliorum iudicum universarum Lombardiae civitatum, ibi tunc existentium. Imperator itaque duos uniuscuiusque civitatis Lombardiae iudices elegit iussitque eis, quod ipsi omnes cum predictis quatuor Bononiae Magistris ad Consilium irent omniaque iura regalia quecumque essent diligenter investigarent, ut, cum a consilio recederent sub nomine fidelitatis quam sibi iuraverant ea omnia recto tramite, prout melius possent, publice declararent. Ipsi autem iudices cum 28, exceptis Bononiae magistris, fuerunt, statim ut imperator iusserat ad Consilium euntes, de omnibus regalibus iuribus inter se diligentius contulerunt. Qui postmodum ad imperatorem redeuntes coram omnibus principibus omnibusque civitatum Lombardiae consulibus narraverunt in scriptis omnia iura, que ei iure regalie noverant pertinere”*.

tardi che detta sentenza non poteva aver valore per quelle città che erano rimaste assenti alla contestazione perché non chiamate.

Ma non è da ritenere che la sentenza fosse l'atto terminale della definizione delle regalie, poiché seguì l'approvazione della dieta che la fece sua e poi intervenne a darle autorità l'imperatore, ricevendola, secondo la tradizione, nella *Constituto de regalibus*.

Nella domanda del rappresentante imperiale, riferita da Romualdo Salernitano, sarebbe stata indicata diplomaticamente la fase della decisione giudiziaria, a cui intervennero gli *judices* delle varie città, per vincolare ancora più i Comuni italiani all'osservanza di essa.

Non diverso fu l'atteggiamento di alcuni successivi maestri della scuola bolognese nei confronti della validità della *Constitutio de regalibus* i quali ne contestavano la costituzionalità in riferimento alla condizione dell'Italia che loro percepivano alla luce del diritto romano.

La scuola bolognese considerava il diritto romano non solo come diritto preminente, ma come l'unico diritto capace di contenere le regole della costituzionalità del potere, e della legittimità del diritto.

Ora se l'Italia, come privilegiata, risultava in quel diritto esente dai tributi tale stato di cose non si sarebbe potuto facilmente mutare, soprattutto ove ciò fosse avvenuto per un'errata interpretazione di quei testi.

Di questo avviso appare forse il Piacentino, il quale vigorosamente sembra combattere a favore della libertà dell'Italia dai tributi.

Il noto passo di Piacentino dice quanto appresso:

*“In summa illud tenendum est quod Italia,
ut pote privilegiata non debet tributa: huic sententiae argumentum praebet quicquid in Dige-*

sto, sub titulo de censibus, legitur et C. de episc. et clericis, l. de his, ubi verbum «dumtaxat», intellectu sano, non ad possessores, sed ad provinciales refertur. Nam et non possessores, ut Indaei, tributa praestant. Nec obstat C. sine censu vel reliquiis C. ult. ubi dicitur omnes pro his agris quos possident soli, eas pensitationes agnoscant. Est enim talis loquutio, omnes, qui praestare soliti sunt. Nec vincere debet lex ista; maxime cum non sint domini Iustiniani, sed imperatoris apostati Iuliani. Sed nec illud obstabit quod impie et falsissime et contra proprias conscientias a miseris Bononiensibus Federico imperatori Placentiae suasum est, Italiam factam esse tributariam, per id quod legitur insti. de re. di. per traditionem, ibi; inter quae nec non italica praedia, nulla est differentia etc. Nam illa verba, si sano sensu inspiciantur, et considerentur praecedentia et sequentia, determinant et intelligi debent quo ad alienationem non quo ad tributorum praestationem»²²¹.

Il Piacentino nella sua invettiva verso i *miseri bononienses* rimprovera a questi di aver persuaso l'imperatore a ritenere il fondamento della non libertà dei fondi italici dai tributi nel passo delle Istituzioni, dove i fondi italici erano assimilati a quelli provinciali.

Egli rinfaccia la caducità dell'argomento spiegando che l'assimilazione indotta in quel passo era solo relativa alla modalità dell'alienazione dei predii, poiché a questo riguardo i fondi italici e provinciali erano ormai sottoposti a un'unica disciplina, ma non già che quella assimilazione fosse stata stabilita relativamente alla presta-

²²¹ Placentinus, *Summa trium librorum*, lib. X. tit. 16, *De annonis*, n. 4.

zione dei tributi.

Ma in effetti se Piacentino sembra certo che sul fondamento di quell'erroneo supposto del dettato delle Istituzioni giustiniane la via seguita dall'imperatore Federico sia stata quella di assoggettare anche i fondi italici al tributo, non pare tuttavia che egli sia disposto, per sua parte, a riconoscere la validità della disposizione imperiale.

Egli sembra volerla raffigurare come surrettizia, insistendo sulla vacuità dell'argomento suggerito dai maestri bolognesi all'imperatore, e sembra dichiarare in conclusione che nello stato giuridico dei predii italici non vi è stata una legittima mutazione della loro libertà. Egli, infatti, dopo aver asserito la condizione privilegiata dei fondi italici sulla base dei testi romani esprime la convinzione "*nec illud obstabit*" e prorompe in quel rimprovero ai Bolognesi mostrando l'inconsistenza dell'argomento da loro offerto.

Da ciò sembra risultino due realtà oggettive connesse fra loro: primo, che Piacentino non trova mutata la situazione di libertà dei fondi italici; secondo, che, conseguentemente, egli non riconosce la validità del deliberato di Roncaglia.

Sebbene dia prova di diplomatica arte nell'indurre la speciosità di quel deliberato e nell'addossarne la colpa ai "*miseri Bononienses*", che avrebbero ingannato l'imperatore, appunto perciò la validità del deliberato di Roncaglia appare del tutto compromesso nel suo ragionamento.

L'accusa di Piacentino apriva il problema della condizione dell'Italia di fronte al regime di essa, definito nelle fonti giuridiche romane.

Quanto alla pretesa accusa che l'Italia fosse stata resa tributaria a

Roncaglia, per il mal consiglio dei *quatuor doctores*, c'è il rilievo dell'Italia che sarebbe stata considerata nelle fonti romane non come provincia, ma come *domina provinciarum*²²².

L'eco dell'accusa di Piacentino sulla base delle fonti romane è riecheggiata dal Boncompagni nella sua nota opera *De obsidione Anconae*²²³, e i motivi dell'accusa stessa sono ripresi altresì da Accursio²²⁴, i quali allineandosi con coloro che interpretavano nelle fonti la condizione di esenzione tributaria dell'Italia, sembrano negare implicitamente con quelli ogni efficacia derogante, almeno per la parte tributaria, alla *Constitutio de regalibus*.

La *Constitutio*, mentre non appare citata nella elaborazione dogmatica dell'apparato ordinario alle fonti romane, risulta tuttavia sprovvista di glosse nella sede naturale dei *Libri Feudorum*, se si eccettua una breve allegazione di passi delle fonti giuridiche romane relative alle *angariae* e alle *parangariae*.

Ma vediamo intanto la considerazione dell'Italia nelle fonti roma-

²²² L'espressione *domina provinciarum* non si rinviene nelle testimonianze giuridiche romane mentre appare ricalcata da Iererniae Lamentationes I, I: "*Facta est quasi vidua domina gentium, princeps provinciarum facta est sub tributo*".

⁵⁶ vedi Boncompagno da Signa, *Liber de obsidione Anconae* (a. 1173), ed. Zimolo C., Bologna 1937, in *Raccolta degli storici italiani dal cinquecento al millecinquecento ordinati da L. A. Muratori*, nuova ed. riveduta con la direzione di Giosuè Carducci, Vittorio Fiorini e Pietro Fedele, tomo VI, parte III, pagg. 15-16: "*Nam oppinio me in hanc trahit sententiam ut non credam Italiam posse fieri tributariam alicui nisi ex Italicorum malitia procederet ac livore, nam in legihiis habetur, quod Italia non est provincia, sed domina provinciarum*".

²²⁴ Cod. IV, 47, 3 gl. *omnes* "... *Item nec illud Inst. prodest eis quia qua ad domini tratislationem exaequantur Italica et provincialia praedia sicut et alias exaequantur eadem quo ad usucapionem... et illud Inst. apertum est contra eos cum tantum provincialia praedia ibi appellat tributaria. Nam illae provinciae quae ius italicum habent non praestant tributa, ergo patet quod nec italica. Absit enim quod dicamus principem et dominam provinciarum Italicam esse sub tributo, sicut in Lamentatione dicitur de Hierusalem..*".

ne, quale la videro i glossatori, e la attendibilità dello stato di esenzione dai tributi che verrebbe per essa riconosciuta, secondo gli stessi maestri di Bologna.

La questione dello stato di esenzione dai tributi per l'Italia fu negato, ancor prima della fissazione della lista di Roncaglia a cui parteciparono i *quatuor doctores*, dallo stesso fondatore della scuola della glossa, Imerio.

Questi infatti, illustrando il noto passo delle Istituzioni in cui i fondi italici sono riavvicinati a quelli provinciali²²⁵:

“inter quae (funda stipendiaria et tributaria), nec non Italica praedia ex nostra Constitutione nulla differentia est”, poneva la postilla: *“Antiquis quidem legibus non erant omnia tributaria, sed hodie sunt quia omnia provincialia et italica”*.

Di qui appare come non fosse da addebitare ai *quatuor doctores* la colpa di aver forzato i testi romani e di aver indotto in errore con una falsa interpretazione lo stesso imperatore Federico, prestando a lui l'arma potente dell'autorità del diritto romano per rendere l'Italia tributaria. L'opinione che essi seguivano per riguardo allo stato dell'Italia nelle fonti romane discendeva ad essi da una fonte insospettata e cioè l'iniziale tesi del movimento in un'epoca tanto anteriore alla fissazione delle regalie roncagliesi.

Detto questo sull'atteggiamento dei glossatori partecipanti alla Dieta di Roncaglia, è da vedere se l'interpretazione seguita da Imerio e da altri che l'Italia fosse stata resa tributaria fin dall'epoca romana, avesse un fondamento storico e se comunque con la *Constitutio de re-*

²²⁵ *Glossa a Inst.* II, I, 40.

galibus si poteva ritenere che questa condizione tributaria dell'Italia fosse stata mantenuta.

Il Savigny, che esaminò a fondo la questione, ritenne per il primo punto che fin dall'epoca di Diocleziano l'Italia era stata sottoposta al tributo fondiario, ma che comunque Piacentino, e i glossatori della sua tendenza, male considerassero in proposito il contenuto dello *ius italicum*, riferito dalle fonti, e consistente pure nell'esenzione da ogni gravanza argomentando che il suolo italico era da considerarsi menomamente libero; poiché lo *ius Italicum* nelle Pandette, avvertiva il Savigny, non è il diritto degli italiani, ma il diritto di certe città privilegiate fuori d'Italia, la cui immunità sussisteva ancora sotto Giustiniano.

Vero è tuttavia, e lo riconobbe il Savigny, che alcune imposte dirette, tra cui il prediale e il testatico (dette ambedue capitazioni), erano cessate con la conquista longobarda, e per lo meno di queste non si sarebbe accennato a Roncaglia.

L'unica fonte relativa alle regalie di Roncaglia, che accenna a detti tributi è il passo di Ragevino, il quale riferendosi alla designazione delle regalie fatte dai Signori e dalle città, a seguito della definizione dei diritti imperiali, si esprime in questo modo: “*nec de terra tantum, verum etiam de suis propriis capitibus annui redditionem*”²²⁶.

Ma, come osserva il Savigny, nella lista ufficiale delle regalie²²⁷

²²⁶ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, IV, c. 7, Hannoverae, ed. Waitz, 1884, pag. 91.

²²⁷ In realtà il Savigny F. C. von, *Storia del diritto romano nel Medioevo* (trad. Bolliati), vol. II, Roma 1972, pag. 96 e ss, non si pronuncia sul contenuto della *Constitutio de regalibus*, la lascia intendere l'attendibilità del testo feudale contenuto in II F. 55 (56), rispetto alla lista delle regalie riportata dai cronisti contemporanei come Ragevino.

non si fa cenno di tali gravami e pare poco attendibile che nel passo riferito di Rahevinus si faccia riferimento alla capitazione romana.

Per concludere quindi sul punto se la *Constitutio de regalibus*, instaurando un sistema di contribuzioni con l'appoggio dei maestri bolognesi e i rappresentanti delle città comunali, abbia innovato illegalmente, basterà osservare che se è vero che la situazione giuridica dell'Italia nell'età romana non appariva affatto esente da tributi, si deve ammettere tuttavia che tal genere di contribuzione era venuto meno con la conquista longobarda. Ma più ancora è interessante osservare che, nei secoli X-XI, e nella prima metà del XII, il *regnum* si era andato gradatamente affrancando con una lunga consuetudine dalle prestazioni onerose e dalla stessa autorità più diretta dell'imperatore. Di fronte a tale constatazione è evidente che il riconoscimento benché minimo delle regalie roncagliesi, se pure poteva sembrare un limitato ristabilimento di un ordine giuridico superiore, sanciva tuttavia costituzionalmente una riaffermazione di diritti imperiali per altro verso perduti. È quanto asserisce involontariamente Ragevino là dove commenta amaramente delle regalie

*“quae longo iam tempore seu temeritate
pervadentium seu neglectu Regum Imperio de-
perietan”*.²²⁸

Ecco dunque perché i giuristi successivi si battono contro quel riconoscimento, pur sostenendo legittima la posizione di dominio dell'imperatore, mentre non si accorgono che questa posizione di potere usciva frantumata dall'atto delle regalie e, se pur se ne convinse-

²²⁸ Ottonis Et Rahewini, *Gesta Friderici I. Imperatoris*, IV, c. 7, Hannoverae, ed. Waitz, 1884.

ro, ebbero in questo una ragione di più di negare ad essa ogni autorità legale.

Questo dissidio verso un atto di riaffermazione di un potere limitato dell'imperatore in Italia si spiega tuttavia nella mente degli interpreti, riconoscendo la realtà politica viva dei loro tempi, dove città e signori dominavano sostituendo altri organismi e magistrature politiche del vecchio impero e all'imperatore era riconosciuto un potere superiore di supremazia e di direzione universale, che non avrebbe tuttavia potuto soffocare la nuova forma politica di vita di quegli organismi, quale era viva e legittima nella coscienza di tutti.

Di questo reale e insanabile contrasto dovette infine rendersi conto la stessa autorità imperiale quando, sia pure per salvare il principio della pertinenza imperiale, concesse a titolo di feudo le proprie regalie e quelle ritenute per tali a Signori e a città italiane, anche prima che la stessa autorità imperiale avesse il definitivo arresto con il trattato della pace di Costanza.

CAPITOLO TERZO
IL ‘GIUDICE LEGISLATORE’
NELL’INGHILTERRA ANGLO-NORMANNA E NEL
COMMON LAW

1. L’avvento del Regno normanno in Inghilterra dalla battaglia di Hastings (1066).

La data iniziale della storia del *Common law* si fa risalire alla battaglia di Hastings (1066), quando Guglielmo il Bastardo, rivendicando la successione al trono di Edoardo il Confessore, del quale era lontano parente, sconfigge il re anglosassone Aroldo.

Da questa data in poi non si può più fare riferimento alla Britannia in termini tradizionali, ma si assiste ad una svolta radicale, all’inizio di un nuovo corso storico, politico e giuridico. I cavalieri e i re normanni che avevano partecipato con successo alla battaglia si insediano in Inghilterra, che «si inserisce nella grande corrente storica, giuridica e culturale del continente.»²²⁹

Guglielmo, incoronato nella notte di Natale dell’anno 1066, rappresenta il capostipite di una nuova dinastia di sovrani normanni.²³⁰ E’ importante inoltre notare come la sua ascesa al trono sia stata favorita da un ampio consenso dei suoi sudditi, sia di stirpe anglosassone che normanna. L’inghilterra è quindi terra di incontro tra due *stirpes* distinte, che conservano ciascuna il proprio ordinamento e le proprie

²²⁹ Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche*, cit., pag. 256.

²³⁰ Si può giustamente qualificare il neonato regno di Inghilterra come normanno. Marongiu A., *I due regni normanni di Inghilterra e d’Italia*, Spoleto, 1969, pag. 499.

tradizioni culturali.

Gli anglosassoni restano ancorati all'antico diritto basato sulla consuetudine e mantengono la precedente suddivisione territoriale della comunità, articolata in centene (*hundreds*) e contee (*shires*) così come le corti popolari, espressione di tali realtà territoriali.

In particolare, anche in una fase successiva alla conquista normanna, la centena continua a rappresentare la comunità ed il distretto attraverso la quale veniva riscosso il *danegeld*, imposta popolare tradizionale che deve essere versata dalle signorie e parametrata all'estensione territoriale delle stesse.

La centena viene inoltre utilizzata come punto di riferimento per l'istituzione di un particolare sistema di controllo sugli uomini liberi: il *frankpledge*.

Attraverso tale meccanismo la centena viene suddivisa in gruppi di dieci uomini e l'appartenenza ad uno di tali gruppi assicura all'individuo lo status di uomo libero.²³¹

Con l'insediamento normanno ha inizio un importante processo giuridico, consistente nel recepimento, da parte dell'ordinamento inglese preesistente, del diritto franco, fenomeno che segna anche il contestuale inizio della storia della *common law*.

Alla morte di Guglielmo I diviene re di Inghilterra il suo figlio secondogenito Guglielmo II (1087-1100), mentre al fratello maggiore Roberto Cortacoscia va il ducato di Normandia.

In questo modo il dominio normanno è diviso in due parti. Con la morte di Guglielmo II si ha l'ascesa al trono di Enrico I (1100-1135),

²³¹ Caravale M. *Ordinamenti giuridici dell'Europa medioevale*, cit., pag. 325.

che, dopo aver sconfitto il fratello Roberto, nel 1106, riunifica, sotto la sua corona, la Normandia e l'Inghilterra, in veste di feudatario del re di Francia nella prima, come re della seconda.

Nel corso del regno di Enrico I, il potere del sovrano si caratterizza per una significativa e duplice evoluzione, che coinvolge gli aspetti signorili e di unitarietà del potere regio.

Sotto il primo profilo, assume particolare rilevanza l'opera di riordinamento degli uffici domestici regi. Il re dedica particolare attenzione alla gestione del patrimonio della corona ed alla riscossione dei tributi che da questo provengono, esercitando in modo più frequente ed incisivo la potestà esattiva.

Fin dai primi anni del regno, risulta in funzione un sistema di controllo sui conti che gli sceriffi presentano alla *curia regis*. I funzionari incaricati si riuniscono attorno ad un tavolo sui cui viene «distesa una tovaglia a scacchi, che facilitava la rendicontazione, consentendo di dividere le somme in sterline, scellini e pence».²³² Proprio dalla conformazione della tovaglia, trae il nome la corte, che diventa la Corte dello Scacchiere.

Sotto il secondo profilo, si registra un'intensa attività di tutela e difesa del diritto del regno, che si estrinseca, da un lato, nella protezione e nel mantenimento delle consuetudini, dall'altro, nella eliminazione di tutti gli usi considerati non proficui e la loro sostituzione con regole più eque. In questo periodo viene composta l'importante opera intitolata *Leges Enrici I*, che raccoglie le regole consuetudinarie vigenti.

²³² Caravale M., *Ordinamenti giuridici*, cit., pag. 334.

Proprio dallo studio dell'opera citata si può apprendere come vi sia stato, in questo periodo, un passaggio di competenze giurisdizionali: le corti feudali, popolari ed ecclesiastiche perdono, in favore del sovrano, la legittimazione a giudicare in materia di alcuni gravi delitti, che vengono distinti e suddivisi sulla base della loro offensività.

L'esclusivo ambito di competenza giurisdizionale, che il sovrano aveva avvocato a sé, rappresenta un tratto saliente e di grande rilievo nell'ambito dell'amministrazione della giustizia all'interno del regno.

Sempre a questo proposito, si registra l'istituzione di una procedura giurisdizionale che prevede l'intervento diretto dell'autorità sovrana, mediante l'invio alla corte competente di un *breve*, denominato *writ*²³³, in tutti i casi di potenziale difetto di giustizia, sollecitando l'efficiente funzionamento della curia.

Esistono due principali categorie di *writ*s: il *writ of right*, (*breve de recto*) con cui il sovrano, accertata la effettiva sussistenza di un difetto di giustizia, invita la corte a svolgere correttamente il proprio compito; i *writ*s esecutivi, con i quali il re chiede alla corte la restituzione dei beni sottratti ai soggetti rivoltisi al sovrano stesso.

Viene inoltre istituito un corpo di giudici, che vengono inviati nelle varie articolazioni territoriali del regno, con il compito di curare l'amministrazione della giustizia regia.

Alcuni di questi giudici risultano stabilmente localizzati nelle rispettive aree di competenza (contee), altri invece svolgono le loro funzioni in qualità di giudici itineranti, all'interno di aree prestabilite.

²³³ Il termine sta ad indicare l'atto introduttivo dei giudizi nati nelle corti regie e consiste in un ordine scritto diretto dal re al convenuto tramite lo sceriffo locale, di compiere una determinata attività o di astenersene. I *writ*s regi hanno la funzione di investire la corte regia del potere di decidere sul particolare caso.

La nascita di una sfera giurisdizionale appannaggio del solo sovrano consente un migliore e più omogeneo coordinamento tra tutti gli ordinamenti particolari di stampo feudale ed ecclesiastico presenti nel regno e la conseguente eliminazione di tutti i conflitti di competenza tra le varie corti di giustizia, chiamate spesso a giudicare individui appartenenti contemporaneamente a più ordinamenti.

Sempre al fine di prevenire ed evitare conflitti tra le corti suddette, Enrico I emana, nell'anno 1108 un'ordinanza, con la quale stabilisce e definisce in termini precisi tutte le rispettive aree di competenza giurisdizionale.²³⁴

Dopo la morte di Enrico I, si apre una lunga e grave crisi nel regno inglese. Stefano di Blois (figlio dell'omonimo conte francese) si fa incoronare re, ma il suo breve regno viene contrassegnato da una sorta di anarchia feudale, che termina con l'ascesa al trono di Enrico II, all'epoca ventenne, capostipite della dinastia plantageneta (o angioina).²³⁵

Nel momento in cui Enrico II sale al trono, l'Inghilterra si presenta come un paese diviso, come già era stato anche nel periodo immediatamente successivo alla conquista normanna.

Enrico II sceglie di seguire la linea politica inaugurata da Enrico I, sia nel campo delle entrate regie, sia per quanto concerne l'amministrazione della giustizia, in particolare di quella competenza giurisdizionale spettante al sovrano.

In questo periodo si registra una consistente espansione della competenza giudiziaria riservata al sovrano, soprattutto in materia fi-

²³⁴ Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medioevale*, cit., pag. 333-343.

²³⁵ Rossi M. M., *Storia d'Inghilterra*, Firenze 1952, pagg. 67-105.

nanziaria, attraverso l'istituzione della figura dei *coroners*, agenti regi stabilmente incaricati, assimilabili ai tradizionali *sergents*, ma con in più anche competenze tipiche dei giudici di contea.

L'ambito relativo all'amministrazione della giustizia è quello in cui si registrano le novità più rilevanti. Si tratta di innovazioni che investono due particolari aspetti: l'organizzazione delle corti regie e le rispettive competenze giurisdizionali.

Sotto il primo aspetto, la *curia regis* centrale, chiamata corte dello Scacchiere, assume caratteri di stabilità e viene presieduta da un funzionario regio, che assume il titolo di gran giustiziere.

Alla sezione stabile si affianca in questo periodo anche una sezione itinerante della Corte, che continua a seguire il sovrano nei suoi spostamenti ed è da lui presieduta. Per effetto di tali modifiche la curia regis risulta così perfettamente sdoppiata in due corti, espediente necessario per sopperire alle continue e prolungate assenze del sovrano.

Enrico II provvede inoltre alla riforma delle corti provinciali, abolendo i giudici regi stabili che operano nelle contee e riordinando altresì il funzionamento dei giudici itineranti, riuscendo così ad esercitare in modo più efficace la potestà giurisdizionale unitaria nel regno e ad estendere l'ambito della stessa.

Viene inoltre introdotta una nuova particolare procedura in materia di giustizia penale, che prevede la presenza di una giuria, denominata Grande Giuria, costituita da dodici uomini appartenenti alla centena e da quattro uomini per ciascuna città demaniale della medesima, che viene convocata dai giudici itineranti fermatisi in una determinata località.

La giuria ha il compito di indicare alle corti itineranti le persone

accusate di particolari delitti che rientrano nella competenza regia, nella fase precedente alla consueta procedura ordalica. La Grande Giuria costituisce un chiaro collegamento tra la giustizia penale regia e la comunità degli uomini liberi, tra la potestà unitaria del sovrano e la tradizione popolare.

Proprio partendo dalla consistenza e dallo sviluppo dei legami suddetti, si spiega l'ulteriore espansione della competenza giudiziaria del sovrano, che connota il regno di Enrico II. Tale aspetto appare in tutta evidenza nell'ambito della tutela possessoria.

A partire dall'anno 1164, qualunque soggetto, anche se sottoposto alla potestà di un signore, è legittimato, in casi particolari, a ricorrere direttamente al sovrano per la tutela della propria sfera possessoria. La procedura, in casi del genere, prevede l'emanazione, direttamente da parte del sovrano, di un *writ*, con il quale si ingiunge allo sceriffo della contea di convocare, presso la corte itinerante, una giuria, che viene investita del potere di giudicare sulla controversia (*inquirere*).

Nel periodo in analisi l'ordinamento inglese di *common law* si caratterizza per l'assenza di una dottrina che assumesse il compito di dare, attraverso gli studi e gli scritti, una sistemazione ordinata all'ordinamento.

All'assenza di una vera e propria scienza giuridica teorica, fa da contraltare l'esistenza di un potere regio che assume caratteri sempre più concreti e che si prefigge lo scopo di fissare dei punti fermi nell'ordinamento giuridico, validi ed applicabili per tutti gli uomini liberi, avvalendosi di strumenti precisamente individuati nell'ambito dell'amministrazione della giustizia.

Tuttavia, nel corso del XII secolo Il *common law* non è un diritto

teorico che si insegna nelle università, come negli altri ordinamenti dell'Europa continentale, ma trova spazio all'interno di particolari istituzioni inglesi, definite *Inns of Court* di Londra, che sorgono come scuole di diritto per la preparazione all'esercizio della professione forense e che, in un certo senso, lo preservano e ne impediscono la scomparsa.²³⁶

Dal punto di vista procedurale, l'atto introduttivo nei casi di common law è rappresentato da un *writ* regio e si articola attraverso un giudizio emesso dai giudici itineranti, che si basano sulle risultanze una *inquisitio* condotta da esponenti della realtà territoriale di riferimento (contea) che ha lo scopo di accertare la veridicità dei fatti della controversia.

L'espansione della competenza giurisdizionale del sovrano, e lo spazio riservato ai casi di *common law*, non determinano comunque la crisi o la fine dei tradizionali ordinamenti feudale e signorile, che mantengono le proprie competenze e le loro corti tradizionali. Per di più, nel corso del regno di Enrico II si assiste con frequenza alla concessione, da parte del sovrano, di potestà giudiziarie, disposte in favore di vassalli. Ulteriore impulso viene inoltre dato alle realtà municipali.

In seguito alla morte di Giovanni Senza terra, di cui si è parlato nella prima parte della trattazione in riferimento alla Magna carta, si registra l'ascesa al potere di un gruppo di baroni e funzionari regi, definibili come moderati, che assumono la reggenza in nome del figlio del defunto Giovanni, all'epoca di appena nove anni, che viene inco-

²³⁶ Haskins, C.H., *La rinascita del XII secolo*, Bologna, 1972, pag. 190.

ronato re con il nome di Enrico III.

I reggenti provvedono ad una ripubblicazione della Magna carta, nel corso del 1216 e 1217, dopo avere apporato delle modifiche alla stesura originaria. La versione definitiva, quella destinata ad entrare nella tradizione giuridica inglese, vede la luce solamente nell'anno 1225.

Il regno di Enrico III è caratterizzato da continui contrasti tra la corona e la classe baronale, che vanno a turbare la precedente armonia²³⁷.

La classe baronale rimprovera al sovrano il fallimento di alcune iniziative e scelte compiute nell'ambito della politica estera, in particolare quelle relative al tentativo di conquista delle terre francesi e la scelta di appoggiare il Papa per fronteggiare lo strapotere della potente famiglia degli Hohenstaufen in terra di Sicilia.

In conseguenza della loro disapprovazione, i nobili rifiutano categoricamente di concedere al sovrano il necessario apporto finanziario e militare per la spedizione.

Una delle rivolte più sanguinose e durature (7 anni) è sicuramente quella scoppiata nell'anno 1258, capeggiata da Simone de Monfort.

Il sovrano, data la delicatezza della situazione politica, è costretto a convocare un parlamento, ad ascoltare le richieste precedentemente formulate dai nobili e a concedere le Provvisioni (provvedimenti) di Oxford,²³⁸ (sostituite ed ampliate successivamente dalle *Provisions of*

²³⁷ Cfr. Klein G. B., *Appunti di storia del regime rappresentativo inglese*, Firenze 1913, pagg. 10-25.

²³⁸ Le Disposizioni di Oxford vengono predisposte da un'apposita commissione, costituita da 24 membri, scelti in parti uguali dal re e dai baroni. Le principali disposizioni del documento sono: la previsione di tre sedute parlamentari prestabili e

Westminster)²³⁹, secondo le quali al re sarebbero stati affiancati quindici baroni in veste di consiglieri e di controllori dell'amministrazione. Si costituisce così il primo nucleo di quella che sarà la Camera dei Lord.

Nell'anno 1264 prende vita la cosiddetta 'Seconda rivolta dei baroni'²⁴⁰, nel corso della quale Simone di Monfort affronta e sconfigge Enrico III nella battaglia di Lewes.

L'anno successivo Edoardo I (1272-1307), figlio di Enrico III, ottiene una importante vittoria nel corso della battaglia di Evesham, dove rimane ucciso Simone de Monfort, che, nel corso delle due citate battaglie compie un vero e proprio «atto rivoluzionario».²⁴¹

Proprio nel corso di questa lotta, non più relegata solamente all'interno del ceto feudale, le Istituzioni parlamentari dell'Inghilterra trovano un decisivo ed importante sviluppo.

non più a discrezione del sovrano; l'istituzione di un consiglio di quindici membri di rango baronale che avrebbe affiancato il re nell'attività di governo e che avrebbe dovuto avvertire lo stesso sovrano riguardo le questioni più rilevanti. L'istituzione di un giudice, denominato giudice supremo con funzioni di sorveglianza sull'amministrazione locale. Cfr. Treharne R.F., *The baronial plan of reform 1258-63*, Manchester 1971, pag. 82.

²³⁹Si tratta di disposizioni riguardanti l'ambito legale ed amministrativo, riforme richieste dal ceto baronale. Rappresentano anche la prima legislazione inglese volta a modificare le procedure in vigore presso i tribunali del re.

Le riforme contribuiscono inoltre alla creazione di una serie di relazioni tra la classe baronale ed il sovrano, nonché alla ridefinizione dei rapporti di responsabilità tra gli stessi baroni ed i loro affittuari.

Le provisions contengono inoltre delle proposte volte al miglioramento del funzionamento di tribunali del re, nell'ambito del diritto civile e penale. Infine viene impedita la creazione di nuovi writs. Cfr. Treharne R.F., *The baronial plan of reform 1258-63*, cit. pag. 157.

²⁴⁰La 'Prima rivolta dei baroni' risale al biennio 1215-1217 e porta all'adozione della *Magna carta* da parte del sovrano Giovanni Senzaterra.

²⁴¹Musca G., *La nascita del parlamento nell'Inghilterra medioevale*, Bari, 1994, pag. 99.

Nell'anno 1265, Simone de Monfort, dopo la vittoria di Lewes, ottiene la convocazione di una sorta di assemblea nazionale, alla quale vengono invitati, per la prima volta, anche due rappresentanti per ogni borgo o città e non, come in precedenza due cavalieri per ogni contea. I nuovi rappresentanti convocati diventano esponenti della borghesia e costituiscono il primo nucleo di quella che sarà la Camera dei Comuni.

2. Genesi ed espansione del Common law

Il cammino «*in orbem terrarum*»²⁴² del diritto romano è deciso ed è fruttuoso eccetto che in Inghilterra, dove risulta essere alquanto ‘accidentato’²⁴³.

Nel XI secolo l’ordinamento giuridico dell’isola è costituito dalle leggi di Edoardo il confessore e dalle antiche consuetudini anglo-sassoni e danesi. Guglielmo il conquistatore crea un nuovo assetto giuridico, riorganizza i tribunali laici e li distingue da quelli ecclesiastici, conferma le leggi di re Edoardo, e introduce le consuetudini normanne provenienti dal continente. La legislazione di Guglielmo è considerata come la base della *common law* e presenta qualche traccia romanistica, la prima, sicuramente riconducibile a Lanfranco di Pavia²⁴⁴, trasferitosi in Inghilterra al ‘seguito’ del re normanno, e nominato nel 1070 arcivescovo di Canterbury. Lanfranco è maestro di arti e di teologia, esperto di diritto longobardo-franco e buon conoscitore del diritto romano e, con ogni probabilità, ha fornito un apporto sicuro ed esperto nel dare unità organica al nascente corpo del diritto inglese.

In seguito la traccia romanistica più marcata è da attribuire al maestro lombardo Vacario, che tradizionalmente si ritiene il fondatore di una scuola di diritto romano a Oxford.

²⁴² Espressione usata dal giurista inglese della prima metà del seicento Arturo Duck, nella sua opera *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum*. Citato da Calasso F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pagg. 306-317.

²⁴³ Ascheri M., *I diritti del Medioevo Italiano. Secoli XI-XV*, Urbino 2000, pagg. 244-246.

²⁴⁴ Cfr. Gualazzini U., *La scuola Pavese con particolare riguardo all’insegnamento del diritto*, Spoleto 1969. Besta E. *La scuola giuridica pavese nel primo secolo dopo la istituzione dello studio generale*, Pavia 1925.

La sua opera principale, il *Liber Pauperum*, è una *summa* di estratti dal Codice e dal Digesto, composta «secondo le tecniche epitomatrici tipiche della chiesa»²⁴⁵.

Date queste premesse è lecito supporre che il suolo inglese sia prossimo ad essere definitivamente ‘conquistato’ dal diritto romano, ma ci sono dei fattori che, agendo in senso contrario, frenano e respingono la sua diffusione.

Innanzitutto il mondo della teologia e delle arti, che vedono minacciato il loro duopolio del sapere dall’espansione e dal successo dell’insegnamento del diritto romano, tanto da provocare le proteste dei teologi e dei filosofi «*quod leges imperiales reliquas scientias omnes soffocaverant*» (*Giraldus Cambrensis, Praef. ad librum I. Distinctionum*).

Roberto Holcott, sotto il regno di Enrico III, scrive a tale proposito «*Leges et canones istis temporibus innumerabiliter sunt faecundae, concipiunt divitias et pariunt dignitates; ad illas confluunt quasi tota multitudo scholarium his diebus*» (*Comment. ad lib. Sapient., Praef.*)²⁴⁶.

Il re Stefano I vieta l’insegnamento del diritto romano, divieto poi confermato da Enrico III che ordina «*Ne aliquis scholas regens de legibus in eadem civitate de cantero ibidem leges doceat*».

Come affermato in premessa, le opere più importanti per la ricostruzione dei profili genetici e del meccanismo di espansione del

²⁴⁵ Cortese E., *Il diritto nella storia medievale. Il basso medioevo*. Roma 1995, pag.104.

²⁴⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da Ermini G., *Corso di diritto comune. Genesi ed evoluzioni storica elementi costitutivi-fonti*, Milano 1946, pag. 77.

common law sono senza dubbio quelle di Ranulf di Glanvill e di Henry Bracton.

Ranulf di Glanvill, giudice e giustiziere regio presso la Corte del re Enrico II, scrive la sua opera giuridica *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* nel 1187.

Glanville, buon conoscitore del diritto romano, studia la procedura della corte regia e analizza singolarmente i casi che sono di sua competenza, raccogliendo tutti gli usi e le pratiche giudiziarie. Il metodo è quello di catalogare e discutere i *writs* regi che progressivamente escono dalla *curia regis* fornendo così anche la storia della formazione del diritto nazionale inglese.

Tale opera contiene la prima esposizione del nuovo diritto anglo-normanno²⁴⁷ e dimostra sia che l'ordinamento consuetudinario inglese è definitivamente unitario, sia che è stata raggiunta la fusione in una unica 'natio'²⁴⁸ delle due *stirpes* del regno, ossia quella anglosassone e quella inglese.

Il *Tractatus de Legibus* consta di quattordici libri²⁴⁹, a loro volta suddivisi in capitoli.

Nel primo libro, al primo capitolo, abbiamo la distinzione tra processo criminale e processo civile, mentre nel secondo capitolo viene indicata la ripartizione delle competenze giudiziarie.

Successivamente, l'autore concentra la sua trattazione, dal capitolo terzo del primo libro fino al tredicesimo libro incluso, sugli affari civi-

²⁴⁷ Cfr. Haskins C. H., *La rinascita del XII secolo*, Bologna 1972 pag. 188.

²⁴⁸ Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pag. 348.

²⁴⁹ Glasson E., *Histoire du droit et des institutions, politique, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris 1882, pagg. 83-87.

li. Infine l'ultimo libro, il quattordicesimo, riguarda il processo criminale davanti la corte del re.

Di fondamentale importanza nell'opera di Glanvill è il breve giurisdizionale (*judicial writ*), che satuisce tre importanti punti di riferimento per l'attività giurisdizionale: stabilisce un parametro più ristretto di elementi fattuali per offrire alla parte una immediata tutela in relazione al possesso di un determinato terreno, rimandando ad un successivo momento l'accertamento, più complesso, dell'esistenza del diritto di proprietà vero e proprio; rende la giuria costituita dai vicini competente per l'accertamento sul fatto; stabilisce la giurisdizione del sovrano in merito all'emanazione dell'ordine scritto e alle questioni procedurali relative alla giuria²⁵⁰.

Di seguito si riporta integralmente un brano tratto dall'opera citata: «Il re saluta lo sceriffo. N. si è lamentato che R. lo ha ingiustamente e senza una sentenza spossessato dell'affitto di un tale villaggio fin dal mio ultimo viaggio in Normandia. Pertanto ti ordino che, se N. ti presta una cauzione per la prosecuzione della pretesa, devi provvedere a che i beni presi dall'immobile in affitto siano restituiti e che l'immobile sia rilasciato fino alla domenica dopo Pasqua. Nel frattempo, devi provvedere che l'immobile sia visitato da dodici uomini liberi

²⁵⁰ Vedi Berman H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, pag. 447-448: «A partire dall'ottavo secolo in poi, i monarchi franchi avevano occasionalmente convocato giurie di vicini perché rispondessero alle domande poste dai funzionari regi itineranti, su questioni riguardanti principalmente diritti regi consuetudinari nelle varie località e violazione di ordini regi. I Normanni avevano adottato l'uso occasionale che i Franchi facevano delle inchieste. Subito dopo la Conquista Normanna, Guglielmo I condusse un'enorme inchiesta in Inghilterra, casa per casa, richiedendo la pubblica denuncia di tutte le terre in affitto e tutte le imposte; l'intero censimento venne registrato come il *Domesday Book* (1085-1086)».

e giusti del vicinato e che i loro nomi siano scritti sull'ordine. Convocali per mezzo di bravi uscieri a presentarsi di fronte a me o ai miei giudici la domenica dopo Pasqua, pronti a rendere il loro resoconto. E convoca R., o il suo balivo se lui non si trova, sulla prestazione di pegno e garanzie sicure, di essere presente per ascoltare il resoconto. Che siano presenti i chiamati, questo ordine e le indicazioni delle garanzie. Testimoni, ecc.»²⁵¹

Ancora più rilevante, rispetto al trattato di Glanvill è il *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, composta dal giudice regio Henry Bracton. E' sicuramente l'opera più importante scritta nel corso del regno di Enrico III. Si può definire come un trattato privato sulla *common law* e riguarda la giurisprudenza generale inglese. L'opera si divide in cinque libri: *De rerum divisione*; *De acquirendo rerum dominio*; *De actionibus*; *De assisis novae dissesisinae*; *De recto*.

Da notare che l'opera raccoglie ed espone anche dei trattatati processuali contenenti citazioni di fattispecie pratiche derivate da precedenti decisioni risalenti all'attività giurisdizionali di Martin de Pateshull e William de Raleigh, colleghi di Bracton.

Questi due giuristi hanno una grande e diretta influenza su Bracton e la sua opera.

Il de Patshull è uno dei copisti amanuensi di Giovanni d' Inghilterra e giudice itinerante nel 1224, famoso per la sua intensa attività di giusdicente. William Raleigh è giudice di tribunale nel 1228 e nel 1237, nominato tesoriere della cattedrale di Exster²⁵².

²⁵¹ Vedi Berman H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, cit., pag. 447-448.

²⁵² Holdsworth W, *A history of English Law*, London, pagg. 230-232.

Nonostante la chiara impostazione pratica dell'opera, destinata alla formazione del ceto dei giuristi e i chiari riferimenti alla giurisprudenza pratica del suo tempo, l'opera contiene una introduzione principalmente ricavata sulla base della *Summa Codicis* di Azione.

E' significativo che il giudice devoniano abbia fatto ricorso agli insegnamenti romanistici, che utilizza non per fini espositivi, ma come supporti per la compilazione e la costruzione di istituzioni del diritto inglese.

«Alcuni dei principii generali esposti nelle Istituzioni e nei Commentari ad esse, potrebbero servire come una guida luminosa per il pensiero giuridico inglese, mentre figure del tutto straniere alla vita inglese dovevano essere eliminate. Così la introduzione tendeva senza dubbio a rafforzare la dottrina giuridica nativa rinsanguandola con concezioni giuridiche di alto valore, ricavate dalla più alta sorgente di diritto progredito e scientifico, ma potrebbe anche esservi un secondo scopo, cioè, esercitare influsso sullo sviluppo materiale della dottrina giuridica inglese, fornirla di mezzi per la soluzione di problemi difficili e migliorare la pratica vigente dei tribunali. Bracton mirò principalmente al primo di questi risultati, benché in alcuni casi si può notare che egli intendeva esercitare influsso sul diritto sostanziale medesimo»²⁵³.

Di particolare rilievo è la parte dell'opera dedicata alla trattazione del diritto di natura, con riferimento ai due significati che esso può assumere, in primo luogo come derivato della natura di esseri viventi, uomini e animali, ed in secondo luogo come espressione delle conce-

²⁵³ Vinogradoff P. *Diritto romano nell'Europa medioevale*, Milano 1950, pag. 78.

zioni razionali relative connesse alla natura dell'uomo.

Bracton fonde quest'ultimo aspetto con quella dello *ius gentium*, non curandosi di identificare le differenze esistenti tra tali norme razionali e le disposizioni dello *ius civile*, distinzione, a dire il vero, non curata neppure dai giuristi romani.

Lo *ius civile* viene inteso nella caratteristica accezione medioevale, ovvero senza concentrare l'analisi sul diritto originario dei Romani, lo *ius Quiritium*, ma sul diritto dei borghi, lo *ius civitatum* dell'Inghilterra, considerato come *ius civile*.

3. La figura del ‘giudice-legislatore’

Frequentemente, all’epoca del diritto comune, la funzione giudiziaria e quella legislativa vengono esercitate congiuntamente e dalla stessa persona.

Infatti, l’idea della separazione dei poteri dello stato, non ha radici molto profonde e prima del secolo XVIII i governanti sono sia legislatori che giudici supremi, secondo un modello mantenuto nell’organizzazione dell’ordinamento della Chiesa Cattolica.

Accade che organi legislativi abbiano anche la legittimazione ad esercitare contestualmente poteri giurisdizionali.

Secondo un principio tramandato successivamente nella *House of Lords* inglese, un precedente deciso da un legislatore che è anche giudice, acquista forza cogente e diviene vincolante.

Il citato principio si basa sul seguente assunto: la possibilità concessa al legislatore, secondo il diritto comune, di servirsi della sua potestà legislativa in qualunque momento, anche quando opera in veste di giudice e senza particolari formalità.

Se un legislatore, nella decisione di un caso concreto, si discosta dalle norme vigenti, sta, in pratica, legiferando, ovvero, producendo nuove norme.

I giuristi del diritto comune individuano una conferma del loro pensiero in una legge dell’Imperatore Giustiniano: «Se la maestà imperiale ha esaminato una controversia e ha pronunciato una sentenza per le parti costituite, tutti i giudici del nostro impero sappiano che la decisione si pone come legge non solo per la singola causa per cui è

stata emenata, ma anche per tutte le cause simili». ²⁵⁴

Si segnalano anche altre teorie volte all'ampliamento del principio enunciato, che vedono il tribunale supremo come una emanazione della persona del sovrano, che è anche legislatore. Al sovrano spetta il compito di selezionare i giudici che avrebbero composto il citato tribunale, scelti sul presupposto che gli stessi non avrebbero mai preso decisioni difformi da quelle del sovrano stesso. Da ciò deriva che ciascun tribunale ha la possibilità di esercitare la funzione giurisdizionale con gli stessi profili del sovrano.

I precedenti che vanno a formare il diritto consuetudinario sono però solamente quelli considerati ragionevoli, ovvero quelli che si formano in armonia con il diritto vigente.

Viceversa, i precedenti considerati irragionevoli o erronei, non vengono seguiti, anche se sono emanazione del potere giurisdizionale dell'altissimo tribunale.

Si ricorda, a tale proposito, la famosa massima tratta da C. 7,45,13: «*non exemplis, sed le gibus iudicandum est*», è un ammonimento ai giudici a non giudicare con i precedenti, ma con le leggi ²⁵⁵.

«Nessun giudice o arbitro ritenga di dover seguire le decisioni emesse su consultazione che avrà reputato assunte non correttamente e ancor più le sentenze degli eminentissimi prefetti o di altri giudici elevati (difatti, se qualcosa non sia ben decisa, questo errore non deve essere diffuso presso altri giudici, dovendosi giudicare non in base agli

²⁵⁴ Vincenti U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998, pag. 69-70.

²⁵⁵ Cfr. Vincenti U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova, 1995.

esempi ma alle leggi), nemmeno se siano sentenze giudiziarie emanate dalla prefettura spettabilissima o da qualche massimo magistrato: san-
ciamo invece che tutti i nostri giudici si lascino guidare dalla verità e
dalle tracce delle leggi e della giustizia». ²⁵⁶

Da ciò possiamo dedurre che il sistema di *common law*, con le ca-
ratteristiche illustrate nel corso della trattazione, in particolare per
quanto attiene alla produzione normativa di stampo giurisprudenziale,
rappresenta un *unicum* dell'Inghilterra. Questo modo di generare il
diritto «tipicamente inglese è infatti nulla più che un diritto feudale
Continente, che fu importato dai conquistatori normanni, e che non ha
niente a che vedere con le antiche tradizioni del popolo inglese o della
legge anglosassone» ²⁵⁷.

Nel corso della trattazione si è evidenziato come il ruolo del giudi-
ce, almeno in origine, sia stato determinato dalla struttura dello Stato,
una struttura di stampo feudale.

Nel corso del secolo XII si verifica però un graduale cambiamento
che coinvolge la struttura ed il funzionamento delle corti regie. Così
nell'ambito amministrativo assistiamo ad una specializzazione della
curia regis, che viene investita di competenze tecniche, diventando la
Coorte dello Scacchiere.

Successivamente, con l'affermarsi della *Court of Common pleas*,
la figura del giudice assume in modo più preciso e marcato la conno-

²⁵⁶ Vincenti U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, cit.,
pag. 71.

²⁵⁷ Van Caenegem R.C. *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna 1995, pag.
214.

tazione di legislatore e diviene il vero artefice del *common law*²⁵⁸.

Proprio per questo, l'operazione di scelta dei giudici acquista sempre maggiore importanza e rilevanza; in un primo momento questi vengono individuati e scelti nell'alveo della stretta cerchia dei chierici, che gravitano intorno al sovrano.

Successivamente, già nella metà del XIII secolo, il numero dei giudici laici, scelti quindi al di fuori della cerchia dei chierici, assume proporzioni piuttosto rilevanti.

In questo periodo inoltre cominciano a crearsi stretti legami tra i giudici investiti del potere di decidere la specifica controversia e quei tecnici giuristi che assistono le parti in giudizio.

Questi ultimi svolgono un duplice fondamentale ruolo nei loro rapporti con i giudici: da un lato, con le loro disquisizioni, eccezioni e osservazioni formulate nella assistenza alla parte, costituiscono uno stimolo per i giudici; dall'altro rappresentano una garanzia contro il pericolo di un'eventuale eccessiva discrezionalità nelle decisioni ed un rafforzamento del principio dello *stare decisis*.

La relazione tra le due categorie di giuristi diventa sempre più intensa nel corso del secolo, tanto che spesso i giudici vengono scelti all'interno della categoria degli avvocati, fra i *serjeants*, antenati degli odierni *barristers*, i quali frequentano le *Inns of Court* durante tutto il corso della loro formazione.

Nasce così una ristretta casta di giudici che proviene, non da una determinata classe sociale, ma da una classe di tecnici di uguale formazione, che acquista una posizione preminente nella formazione del-

²⁵⁸ Cannata C. A.- Gambaro A., *Lineamenti della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino 1989, pagg. 102-106.

lo Stato, in grado anche di fare fronte alle interferenze del sovrano nell'attività delle corti.

In origine, comunque, i giudici inglesi non sono dotati di indipendenza, ma sono dei semplici funzionari nominati dal sovrano e destinati a rimanere in carica sulla base del mero gradimento di quest'ultimo.

Solamente a seguito dell'emanazione delle *Provision of Oxford* i giudici restano i soli ad amministrare il diritto e si trovano ad operare in una sorta di spazio vuoto, lasciato dallo scontro tra il sovrano e il ceto baronale.

Bibliografia

- AA.VV., *Cittadino e poteri in Inghilterra*, Milano 1990.
- AA.VV., *Nuove questioni di storia medievale*, Milano 1964.
- AA.VV., *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994.
- Ackermann B.A., *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi giuridici*, Roma 2003.
- Albertoni G., *L'Italia Carolingia*, Roma 1997.
- Alpa G., *L'arte di giudicare*, Bari 1996.
- Andenna G. - Pegrari M., *Carlo Magno: le radici dell' Europa*, Brescia 2001.
- Appelt H., *La politica imperiale verso i comuni italiani*, in *I problemi della civiltà comunale, Atti del congresso internazionale per l'VIII centenario della prima Lega Lombarda* (Bergamo 4-8 settembre 1967), a cura di Fonseca C. D., Bergamo 1971.
- Arcari P. M., *Idee e sentimenti politici dell'alto medioevo*, Milano 1968.
- Arnaldi G., *Le origini dell'Università*, Bologna 1974.
- Ascheri M., *I diritti del Medioevo Italiano. Secoli XI-XV*, Urbino 2000
- Ascheri M., *Istituzioni Medievali*, Bologna 1994.
- Ascheri M., *Tribunali, Giuristi e Istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989.
- Astuti G., *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1967.
- Barni G., *Riflessi giuridici della lotta tra comuni e Federico I nelle consuetudini milanesi*, in *Studi in onore di Calderini e Paribeni*, Milano 1956.
- Bastid P., *Rousseau et la théorie des formes de gouvernement, Paris 1964*, in *Aa.Vv., Etudes sur le Contrat social*.
- Becher M., *Eid und Herrschaft. Herrschetos bei Karl dem Grossen*, Sigmaringen 1993.
- Bellini P., *Respublica sub Deo. Il primato del sacro nella esperienza*

- giuridica dell'Europa preumanistica*, Firenze 1981.
- Bellomo M., *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Catania 1979.
- Bellomo M., *Società e istituzioni in Italia tra medioevo ed età moderna*, Catania 1980.
- Bendix R., *Stato nazionale e integrazione di classe*, trad. it., Bari 1969.
- Berman H. J., *Diritto e rivoluzione*, Bologna 2006.
- Bertelli S., *Il potere oligarchico nello stato-città medievale*, Firenze 1978.
- Bertolini O., *I germani. Migrazioni e regni nell'Occidente già romano*, in *Storia universale*, diretta da E. Pontieri, III/I, Milano 1965.
- Besta E., *La scuola giuridica pavese nel primo secolo dopo la istituzione dello studio generale*, Pavia 1925
- Besta E., *Il diritto pubblico Italiano*, Padova 1929.
- Besta E., *Il Diritto Pubblico nell'Italia Superiore e Media dalla restituzione dell'Impero al sorgere dei Comuni*, Pisa 1925.
- Besta E., *L'opera di Irnerio*, I, Torino 1896.
- Bloch M., *L'empire et l'idée d'empire sous les Hohestaufen*, in *Mélanges Historique*, Paris 1963.
- Blondel G., *Etude sur les Droits Régaliens et la Constitution de Roncaglia*, in *Mélanges Paul Fabre*, Paris 1902.
- Böhlau H., *De Regalium notione et de Salinarum jure regali commentarii*, s. l. 1855.
- Bordone R., *L'influenza culturale e istituzionale nel Regno d'Italia*, in *Friedrich Barbarossa. Handlungsspielräume und Wirkungsweisen des staufischen Kaisers*, a cura di Haverkamp A., Sigmaringen 1992.
- Borst A., *Reden über die Staufer*, Ullstein sachbuch, Francoforte 1981.
- Bosl K., *Die Reichsministerialität der Salier und Staufer*, *Schriften der MHG*, X, 1, 1950.
- Bosl K., *Il risveglio dell'Europa: l'Italia dei comuni*, Bologna 1985.
- Bouloiseau M., *La Francia rivoluzionaria, La repubblica giacobina 1792/94*, Roma 1975.
- Bournazel E., *Le gouvernement capétien au XII siècle. Structures sociales et mutations institutionnelles*, Limoges 1975.

- Brackmann A., *Der "Römische Erneuerungsgedanke" und seine Bedeutung für die Reichspolitik der deutschen Kaiserzeit*, in *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften, Philos. hist. Klasse*, vol. XVI (1932).
- Bracton E., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. G. E. Woodbine, 2, I, New Haven-London-Oxford, 1922.
- Brezzi P., *Caratteri Momenti e Protagonisti dell'azione politica di Federico Barbarossa*, estratto dalla *Rivista storica italiana*, Serie VI-V, 1940, vol. V, fasc. II-III.
- Brezzi P., *I Comuni cittadini italiani e l'Impero medievale*, in *Nuove questioni di storia medievale*, Milano 1964.
- Brezzi P., *Le relazioni tra i Comuni e l'Impero*, in *Questioni di storia medievale*, Milano 1946.
- Brunner O., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1970.
- Brunner O., *Storia sociale dell'Europa nel medioevo*, Bologna 1978.
- Bulow O. *Legge e ufficio del giudice*, Milano 2011.
- Calasso F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957.
- Calasso F., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.
- Calasso F., *Lezioni di storia del diritto italiano. Gli ordinamenti giuridici del rinascimento*, Milano 1947.
- Calasso F., *Medio evo del diritto*, Milano 1954.
- Calasso G., *Potere e istituzioni in Italia*, Torino 1974.
- Cammarosano P., *Nobili e re. L'Italia politica dell'alto medioevo*, Bari 1998.
- Cannata C.A. - Gambaro A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. II, *dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino 1989.
- Cantel P.J., *Tractatus generalis de regalia*, Utrecht 1689.
- Caravale M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994.
- Catalano P., *Crise de la division des pouvoir et tribunaux (le probleme du pouvoir negatif)*, in *L'attualità dell'antico*, 6, a cura di Maria Grazia Vacchina, Aosta 2005.
- Cavanna A., *Fara, sala, arimannia nella storia di un vico longobardo*,

- Milano 1967.
- Chevallier J.-J., *Le mot et la notion de gouvernement chez Rousseau*, in *Aa.Vv., Etudes sur le Contrat social*, Paris 1964.
- Coing H., *La Pre-recezione in Germania*, in *Annali di Storia del Diritto*, III-IV, Milano 1959-60.
- Colorni V., *Le tre leggi perdute di Roncaglia (1158) ritrovate in un manoscritto parigino*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 4 voll., Milano 1967.
- Conti P. M., *Ordinamento sociale, tradizione guerriera e struttura politica nel ducato longobardo di Spoleto*, in *Spoletium*, XX, 1978.
- Cortese E., *Il diritto nella storia medievale: il basso medioevo*, Roma 1995.
- Cortese E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992.
- Costa P., *Civitas storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al settecento*, Bari 1999.
- Costa P., *Iurisdiction, semantica del potere politico nella repubblica medievale*, Milano 1969.
- Criscuoli G., *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*, 2° ed., Milano 1994.
- Criscuoli G., *Valore semantico e contenuto dommatico dell'espressione «common law» nel linguaggio giuridico italiano*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1967
- D'Agostino G., *Le istituzioni parlamentari nell'Ancien Régime*, Napoli 1980.
- De Benedectis A., *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna 2001.
- De Vergottini G., *I giuristi bolognesi a Roncaglia*, in *Scritti di storia del diritto italiano*, II, Milano 1977.
- De Vergottini G., *Lo Studio, l'Impero, il Papato*, Bologna 1956.
- Di Avenches M., *Cronica*, a cura di Th. Mommsen, Berlin 1894.
- Dilcher G. - Quaglioni D., *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto*, in *Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht*, Bologne-Berlin 2007.
- Ellul J., *Storia delle istituzioni. Il medioevo*, Milano 1976.

- Ercole F., *Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del rinascimento italiano*, Firenze 1932.
- Ercole F., *Dal comune al principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del rinascimento Italiano*, Firenze 1929.
- Ermini G., *Corso di diritto comune. Genesi ed evoluzioni storica elementi costitutivi-fonti*, Milano 1946
- F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, Città di Castello 1908.
- Fasoli G., *Federico Barbarossa e le città italiane*, in *Convivium*, n.s. I, 1962.
- Fasoli G., *I Longobardi in Italia*, Bologna 1965.
- Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, quaderno 10, a cura di Manselli R. e Riedman J., Bologna 1982.
- Fédou R., *L'État au moyen age*, Paris 1971.
- Fiche J.G., *Reden an die deutsche Nation*, Amburgo 1956.
- Ficker von J., *Rainald von Dassel*, Colonia 1850.
- Firpo M., *Il medioevo. Popoli e strutture politiche*, Torino 1986.
- Foreville R., *Governati e governanti in Inghilterra (1066-1037)*, in *Le istituzioni parlamentari nell'Ancien Régime* di D'Agostino G., Napoli 1980.
- Fossier R., *L'infanzia dell'Europa*, Bologna 1987.
- Freytag G., *Bilder aus der deutschen Vergangenheit*, vol. I, Berlino 1927.
- Fumagalli A., *Le vicende di Milano durante la guerra con Federico I*, Milano 1885.
- Galasso G. *Potere e istituzioni in Italia*, Torino 1974.
- Ganshof F. *Che cos'è il feudalesimo?*, Torino 1982.
- Gasparri S., *La cultura tradizionale del Longobardi*, Spoleto 1983.
- Giuliani A. - Picardi N., *La responsabilità del giudice*, in *Dialettica, Diritto e Processo*, Milano 1987.
- Giuliani A., *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997.
- Glasson E., *Histoire du droit et des institutions, politique, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris 1882

- Grossi P., *L'europa del diritto*, Bari 2007.
- Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2006
- Grossi P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova 1969.
- Grundmann H., *Rotten und Brabanzonen*, Weimar 1942.
- Gualazzini U., *Federicus, rex Italiae*, in studi Storici in onore di O. Berolini, Pisa 1972.
- Gualazzini U., *La scuola Pavese con particolare riguardo all'insegnamento del diritto*, Spoleto 1969
- Güterbock F., *Der Prozess Heinrichs des Löwen*, Berlino 1909.
- Haskins C.H., *La rinascita del XII secolo*, Bologna 1982.
- Heimpel H., *Friedrich Barbarossa und die Wende der Staufischen Zeit*, in *Friedrich Barbarossa*, a cura di G. Wolf, Darmstadt 1975.
- Hespanha A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999.
- Holdsworth W., *A History of English Law*, London 1966.
- Holt J.C., *Magna Carta*, Cambridge 1969.
- Holze E., *Die Idee einer altgermanischen Freiheit vor Montesquieu. Fragmente aus der Geschichte politischer in Deutschland, England und Frankreich vom 16.-18. Jahrhundert*, München und Berlin 1925.
- Homo L., *Le istituzioni politiche romane*, Milano 1975.
- Hullmann K.D., *Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland*, Frankfurter 1806.
- I. Dujcev, atti del convegno *La civiltà dei Longobardi in Europa*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1974.
- Il secolo XII: la renovatio dell'Europa cristiana*, a cura di Constable G. - Gracco G. - Keller H. - Quaglioni D.
- Jarnut J., *Storia dei Longobardi*, Torino 2002.
- Kampers F., *Karl der Große*, Mainz 1910, trad. italiana, Milano 1935.
- Kantorowicz H., *Bractonian Problems*, Glasgow 1941.
- Keller H., *Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont. Deutschland im Imperium der Salier und Staufer 1024 bis 1250* (Propyläen Geschichte Deutschlands, 2), Frankfurt a.M., Berlin 1990.

- Kelsen H., *Il primato del parlamento*, tr. it. (dalla ed. Wien-Leipzig del 1925, *Das Problem des Parlamentarismus*) a cura di C. Geraci, Milano 1982.
- Klein G. B., *Appunti di storia del regime rappresentativo inglese*, Firenze 1913
- Landogna F., *Federigo Barbarossa e i diritti imperiali*, Firenze 1925.
- Langosch K., *Politische Dichtung um Kaiser Friedrich Barbarossa*, Berlin 1943.
- Le Goff J., *Gli intellettuali nel Medioevo*, Milano 1979.
- Le Goff J., *La civiltà dell'occidente medievale*, Milano 1975.
- Leicht P.S., *Storia del Diritto Italiano. Il Diritto Pubblico*, Milano 1972.
- Lobrano G., *Dottrine della "inesistenza" della Costituzione e il "modello del diritto pubblico romano"*, in *Diritto @ Storia*, n. 5-2006.
- Lobrano G., *La respublica romana, municipale-federativa e tribunitia: modello costituzionale attuale*, in *Diritto @ Storia*, n. 3-2004.
- Lobrano G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996.
- M.G.H., *Capitularia Regum Francorum*, Hannoverae 1893.
- Majorana A., *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in *Archivio giuridico*, vol. 43, fasc.4-5, Bologna 1889.
- Manselli R - Riedmann J , *Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania*, Bologna 1982.
- Manselli R., *Federico I*, Milano 1967.
- Manselli R., *Milano e la Lega Lombarda*, in *Atti del congresso storico internazionale per l'VIII centenario della Lega Lombarda* (Bergamo 4-8 settembre 19679, a cura di Fonseca C. D., Bergamo 1971.
- Marke J., *A catalogue of the law collection*, New York 1953
- Marongiu A. *L'Istituto Parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma 1949.
- Marongiu A. *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, in rivista di scienze giuridiche, anno V, fasc. I, Milano 1954.
- Marongiu A., *I due regni normanni d'Inghilterra e d'Italia*, Spoleto

1968

- Marongiu A., *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in «Studi Esposito», I, Padova 1972.
- Marongiu A., *L'Istituto Parlamentare in Italia dalle origini al 1500*, Roma 1949.
- Marongiu A., *Lo Stato moderno*, Roma 1971.
- Maurois A., *Storia d'Inghilterra*, Milano 1938.
- Mayer E., *Historia de las instituciones sociales y politicas de España y Portugal*, Madrid 1926.
- McIlWain C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia 1956.
- McIlWain C.H., *The High Court of Parliament and its supremacy*, London 1910.
- Menant F., *L'Italia dei comuni (1100-1350)*, Roma 2011.
- Meyer J.D., *Delle istituzioni giudiziarie in Europa, ridotta in epitome ed aggiuntovi un cenno storico sulle istituzioni giudiziarie delle Due Sicilie, dall'avv. P. Liberatore*, Napoli 1828.
- Mitteis H., *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia 1962.
- Mochi Onory S., *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato (imperium spirituale-iurisdictione divisa-sovranià)*, Milano 1951.
- Mochi Onory, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, in Rivista di storia del diritto italiano, n. 12, Bologna 1937.
- Montorzi M., *Diritto feudale nel basso medioevo*, Torino 1991.
- Mor C. G., *Storia politica d'Italia. L'età feudale*, vol. II, Milano 1952.
- Mor C.G., Schmidinger H., *I poteri temporali dei vescovi in Italia e Germania nel medioevo*, Bologna 1979.
- Morghen R. *La concezione dell'impero romano germanico e la tradizione di Roma da Carlo Magno a Federico II*, in *Rendiconti Acc. Licei*, classe Sc. Morali, 1938.
- Mortari V.P., *Dogmatica e interpretazione*, Napoli 1976.
- Musca G., *La nascita del parlamento nell'Inghilterra medievale*, Bari 1994.
- N. Firpo M., II, *Il medioevo. Popoli e strutture politiche*, Torino 1986.
- Nasalli Rocca E., *La dieta di Roncaglia del 1158 nei cronisti medievali italiani*, in *Archivio Storico per le provincie Parmensi*, 1958.

142

Vanni Piras

ALLE ORIGINI DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA COME POTERE
dalla *Constitutio de Regalibus* al *De legibus et consuetudinibus Angliae*
Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei sistemi produttivi
Università degli studi di Sassari

- Nicolaj G., *Cultura e prassi di notai preirneriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Milano 1991.
- Nicolini U., *Il principio di legalità nelle democrazie Italiane Legislazione e dottrina politica-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955.
- Nicolini U., *La proprietà il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano 1952.
- Nicolini U., *Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel comune medievale*, Milano 1972.
- O' Callaghan J.F., *Le origini delle cortes di Leon-Castiglia*, in *Le istituzioni parlamentari nell'Ancien Régime*, Napoli 1980.
- Padoa Schioppa A. *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, in *Excerptum ex Studia et Documenti Historiae et Juris XXX*, Roma 1964 .
- Padoa Schioppa A., *Ricerche sull'appello nel diritto nel diritto intermedio*, Milano 1967.
- Padoa Schioppa A., *Storia del diritto in Europa dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007.
- Patetta F., *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma*, in *Bullett. dell'Istit. di diritto romano*, anno VIII, 1895.
- Pepe G., *Il Medio Evo barbarico d'Italia*, Torino 1941.
- Pertile A., *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Bologna 1893.
- Picardi N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007.
- Pluckett T., *A concise history of the common law*, London 1956.
- Pollock - Maitland, *History of English Law*, vol. 1, Cambridge 1956.
- Pontow M., *Ueber der Einfluss des altromischen Vorstellungen vom Staat auf die Politik Kaiser Friedrichs I*, Halle 1885.
- Provero L., *L'Italia dei poteri locali*, Roma 1998.
- Quagliani D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004.
- Racine P., *Aux origines du droit public: la législation de Frédéric Barberousse à la Diète de Roncaglia (1158)*, *Le Moyen Age*, Tome CXIV, 2008/2.
- Richardson H. - Sayles G. O., *The Governances of medieval England from the Conquest to Magna Carta*, Edinburg 1964.

- Richet D., *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Parigi 1973.
- Romanelli R., *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna 1997.
- Rossi M. M., *Storia d'Inghilterra*, Firenze 1952
- Rota A., *Il valore politico immediato per l'Italia della Constitutio de regalibus del 1158*, estratto da «Studi sassaresi», vol. XXIII, Fasc. I-II, Sassari 1950.
- Rota A., *La persona giuridica collettiva nella concezione di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, in *Archivio storico sardo di Sassari* 3, 1977.
- Rota A., *Le fonti del diritto civile e la loro autorità alla metà del XII secolo nella considerazione imperiale e in quella dottrina*, in *Studi Sassaresi*, serie II, vol. XXIV, Sassari 1952.
- Rota A., *Lo Stato e il diritto nella concezione di Irnerio*, Milano 1954.
- Rota A., *Natura giuridica e forme di istituzione nella dottrina di Sinibaldo Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, Modena 1956.
- Saint-Just de L., *Frammenti sulle istituzioni repubblicane*, Torino 1975.
- Salvioli G., *Storia dl diritto italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III/1, Milano 1925.
- Salzer A., *Geschichte der deutschen Literatur*, vol. I, Monaco 1912.
- Santini G., *Europa medioevale, Introduzione allo studio delle strutture territoriali di diritto pubblico, Lezioni di Storia del diritto italiano*, Milano 1986.
- Santini G., *Materiali per la storia del diritto comune in Europa. Lo ius commune nel pensiero giuridico: una struttura di lunga durata*, Torino 1996.
- Sbriccoli M., *L'interpretazione dello statuto Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969.
- Schreiner K., *Friedrich Barbarossa*, nel catalogo *Die Zeit der Staufer*, vol. V, Stoccarda 1977.
- Schupfer F., *Le origini della Università di Bologna*, in *Memorie della R. Accademia dei Lincei*, classe di scienze morali, IV, I (1889).
- Schupfer F., *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Roma 1908.

- Sclopis F., *Storia della legislazione italiana*, Torino 1863.
- Scovazzi M., *Le origini del diritto germanico fonti-preistoria diritto pubblico*, Milano 1957.
- Sestan E., *Stato e nazione nell'alto medioevo*, Napoli 1952.
- Smith T., *De Repubblica Anglorum*, Cambridge 1906.
- Solmi A., *Le Diete Imperiali di Roncaglia*, Parma 1910.
- Spagnesi E., *Wernerius bononiensi ludex. La figura storica di Irnerio*, Firenze 1970.
- Strathearn G., *Il parlamento inglese*, Milano 1950.
- Strauch H., *Ursprung und Natur der Regalien*, Erlangen 1865;
Regnerus Sixtinus, Tractatus de regalibus, Cassel 1899.
- Stumpf-Brentano K.F., *Acta inedita, inde ab Henrico I. ad Henricum VI. usque adhuc inedita*, n. 350, Innsbruck 1865-1881.
- Tabacco G., *Dai re ai signori. Forme di trasmissione del potere nel medioevo*, Torino 2000.
- Tabacco G., *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979.
- Tabacco G., *La costituzione del regno italico al tempo di Federico Barbarossa*, in *Popolo e stato in Italia nell'età di Federico Barbarossa. Alessandria e la Lega lombarda*, Torino 1970.
- Tamassia G., *Lelemento germanico nella storia del diritto italiano*, Bologna 1887.
- Treharne R.F., *The baronial plan of reform 1258-63*, Manchester 1971
- Ullmann W., *Principi di governo e politica nel medioevo*, Bologna 1972.
- Ullmann W., *The Carolingian Renaissance and the Idea of Kingship*, London 1969.
- Vallerani M., *I rapporti intercittadini nella regione lombarda tra XII e XIII secolo*, in *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI – XV)*, a cura di Rossetti G., Napoli 2001.
- Vallerani M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005.
- Van Caenegem R. C., *I signori del diritto Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991.
- Van Caenegem R. C., *Il diritto costituzionale occidentale*, Roma 2003.

- Van Caenegem R. C., *Introduzione Storica al diritto privato*, Bologna 1995.
- Van Caenegem R., *Royal Writs in England from the conquest to Glanvill*, London 1959
- Varano V., *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano 1973.
- Vergottini de G., *I giuristi Bolognesi a Roncaglia*, in *Scritti di storia del diritto italiano*, a cura di Guido Rossi, vol. II, Milano 1977.
- Vergottini de G., *Il diritto pubblico Italiano nei secoli XII-XV*, vol. II, Milano 1959.
- Vergottini de G., *L'Impero e lo ius statuendi dei Comuni*, in "Scritti di storia del diritto italiano", a cura di Guido Rossi, vol. II, Milano 1977. Vergottini De G., *Problemi di storia della costituzione comunale*, in "Scritti di storia del diritto italiano", a cura di Guido Rossi, vol. I, Milano 1977.
- Vergottini de G., *Problemi di storia della costituzione comunale*, in "Scritti di storia del diritto italiano", a cura di Guido Rossi, vol. I, Milano 1977.
- Vincenti U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova, 1995
- Vincenti U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998
- Vincentius Pragensis, *Chronicon*, in Dobner P., *Monumenta Historica Boemiae*, Tom. I, Pragae 1764.
- Vinogradoff. P., *Diritto romano nell'Europa medievale*, Milano 1950.
- Violante C., *La società milanese nell'età precomunale*, Bari 1953.
- Visconti A., *Corso di storia del diritto italiano, storia dello Stato e dei mezzi per l'attuazione del diritto*, Milano 1954.
- Vismara G., *Istituzioni della prima Lega Lombarda*, in *Atti del XXXIII Congresso Storico Subalpino*, Alessandria 6-7-8-9 ottobre, Alessandria 1970, ora anche in *Scritti di Storia giuridica*, vol. 3, Milano, 1987.
- Viterbiensis G., *Gesta Friderici I et Heinrici VI*, ed. Waitz, Hannoverae 1872.
- Volpe G., *Il Medioevo*, Firenze 1958.
- Von Hayek F. A., *Law Legislation and Liberty Rules and order*, Chi-

- chago1973, ora in Id., *Legge, legislazione e libertà*, tr. di P.G. Monateri, Milano 1989.
- Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* 5, hrsg. J. Winckelmann, Tübingen 1976.
- Werner C. F., *Missus-Marchio-Comes. Entre l'administration locale de l'Empire carolingien*, in *Histoire comparée de l'Administration (IVe-XVIIIe siècles)*, a cura di W. Paravicini e F. Werner, München 1980.
- Wesenberg G.- Wesener G., *Storia del diritto privato in Europa*, Padova 1999.
- Wies E. W., *Federico Barbarossa*, Milano 2006.
- Zanetti G. *Il comune di Milano dalla genesi del consolato fino all'inizio del periodo podestarile*, Milano 1935.
- Zanetti G., *La determinazione cronologica delle Questiones de iuris subtilitatibus*, Estratto dal volume XXIV della *Rivista di storia del diritto italiano*, Verona 1951.
- Zanetti G., *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958.
- Zanetti G., *Regnum Italicum e Natio Italica*, in *Studi Sassaressi*, vol. XV, 1937.