

ENNIO CORTESE

IL PROBLEMA
DELLA SOVRANITÀ
NEL PENSIERO
GIURIDICO
MEDIOEVALE



Senato della Repubblica



ENNIO CORTESE

IL PROBLEMA
DELLA SOVRANITÀ
NEL PENSIERO
GIURIDICO
MEDIOEVALE

INTRODUZIONE ALLA NUOVA EDIZIONE
DI EMANUELE CONTE



Senato della Repubblica

La pubblicazione contiene il testo dell'opera
Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale di Ennio Cortese
tratto dall'edizione Roma, Bulzoni, 1966

Edizione a cura di Alessandra Casamassima

L'introduzione alla nuova edizione è stata redatta
da Emanuele Conte, con il contributo di Antonia Fiori e Luca Loschiavo

Il volume fa parte della collana
Biblioteca di storia del diritto

Comitato scientifico della collana:
Francesco Pappalardo, Consigliere anziano
della Biblioteca del Senato della Repubblica "Giovanni Spadolini" (Presidente del comitato)
Alessandra Casamassima, Biblioteca del Senato della Repubblica "Giovanni Spadolini"
Emanuele Conte, Università degli studi di Roma Tre
Antonia Fiori, Sapienza Università di Roma
Luca Loschiavo, Università degli studi di Teramo

In copertina: *Regni Sicilie constitutiones per excellentissimum i.u.d. do.*
Andream de Isernia et alios doctores commentate, Napoli, 1533, particolare del frontespizio

Supervisione e coordinamento
del Segretariato Generale del Senato della Repubblica

Le pubblicazioni del Senato sono disponibili
gratuitamente online in formato elettronico
www.senato.it/pubblicazioni

Senato della Repubblica 2024
CC-BY-NC-ND 4.0

*Dedicato alla memoria
di Francesco Calasso*

PRESENTAZIONE

Con il terzo volume della collana in formato elettronico intitolata *Biblioteca di storia del diritto*, la Biblioteca del Senato continua a valorizzare e a rendere fruibili testi classici della storiografia giuridica italiana, conservati nelle proprie raccolte e liberi da vincoli di *copyright*. Inaugurata nel 2020 con *La norma giuridica* di Ennio Cortese, la collana prosegue con un altro testo dell'insigne maestro, *Il problema della sovranità*, sulla cui elaborazione e sulle cui caratteristiche ci si sofferma nell'*Introduzione*.

La scelta del testo è stata suggerita senz'altro dalla volontà di mettere a disposizione di tutti uno studio di particolare valore e di difficile reperibilità – secondo i criteri ispiratori della raccolta – ma anche di portare un contributo alle odierne discussioni sulla sovranità.

Infatti, il tema ha acquistato nuovamente rilievo fra gli studiosi in seguito alla crisi dello Stato nazionale quale soggetto sovrano – crisi sulla quale non tutti concordano (1) – conseguente alle sfide che nascono dai processi d'internazionalizzazione dell'economia e dei mercati finanziari, dalle pressioni di nuove entità sovranazionali, anche di natura criminale, e dalla conseguente debolezza nel fronteggiare i flussi di persone, investimenti e informazioni, che oltrepassano ogni giorno i confini statali, facendo dello Stato un protagonista non più esclusivo dei rapporti internazionali (2).

(1) Cfr., in ultimo, Giuliano Amato, *Bentornato Stato, ma*, il Mulino, Bologna 2022.

(2) Per un accostamento al tema, limitato ad alcuni titoli e agli ultimi decenni, cfr. Luigi Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari 1997; Dimitri D'Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31, n. 1, Milano 2002 (numero monografico su *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*), pp. 77-108; Diego Quaglioni, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004; Carlo Galli, *Sovranità*, il Mulino, Bologna 2019, e la recensione di Pietro Costa, *Chi ha paura della sovranità? A proposito di un'opera recente di Carlo Galli*, in *Parolechiave*, fasc. 1, Roma gennaio-dicembre 2020; Francesco Tuccari e Giovanni Borgognone, *La sovranità. Trasformazioni e crisi in età contemporanea*, Carocci, Roma 2021.

Ovviamente, l'utilizzo di termini come «Stato», «sovranità», «potere» – che veicolano immediatamente concetti moderni – deve tener conto di quanto il loro significato sia cambiato nel corso dei secoli. Calasso fu tra i primi a mettere in guardia sul rischio di fraintendimenti, a causa dell'influenza di concetti contemporanei che non hanno corrispondenza in quel periodo: «*se infatti noi concepiamo lo Stato come un ente astratto, unico, originario, con l'attributo della sovranità, di un potere cioè che è eminente su ogni altro e che non conosce alcun altro sopra di sé, noi cercheremmo invano nel medio evo questa realtà*» (3).

Non che nel Medioevo, genericamente definito, non ci si interrogasse sulla sovranità, ma la questione veniva affrontata – lo si è ricordato opportunamente nell'*Introduzione* – come un problema articolato e complesso. Ciò non toglie che un abisso sembra separare le due principali concezioni sul tema, quella propria della monarchia «medioevale», che conosceva un'idea di sovranità stemperata in attribuzioni e funzioni distinte, esercitabili a titolo originario e non per delega dello «Stato», e quella «moderna», dotata dei caratteri di pienezza, unicità ed esclusività propri del nuovo potere statale.

La sovranità immaginata da Jean Bodin, dunque, è ben differente dalla *suzeraineté* feudale, che indicava solo una posizione di preminenza, una superiorità all'interno di una scala gerarchica, e implicava un rapporto diseguale ma comunque pattizio fra il «signore» e i vassalli.

Il percorso di affermazione della sovranità è noto, almeno agli addetti ai lavori. Attraverso un processo accidentato, e talvolta accidentale, frutto di contrattazioni e di compromessi con le altre realtà sociali, si è affermato un sistema di potere molto diverso da quelli che l'hanno preceduto, un sistema nuovo e concentratore di un'ampia facoltà decisionale, presto designata appunto con il termine di «sovranità».

(3) Francesco Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Giuffrè, Milano 1965, p. 237.

Il 1648 – data di conclusione della Guerra dei Trent'anni con i trattati di Münster e Osnabrück, che danno luogo alla Pace di Westfalia – segna una svolta molto importante, perché rappresenta il momento in cui gli Stati iniziano a non accettare sovranità a essi sovra-ordinate, trasformando il mondo occidentale e cristiano in un *unicum*, dal momento che viene eliminato ogni vertice unitario e unificante di un mondo vario ma omogeneo.

Oggi, in realtà, il vecchio paradigma piramidale dello Stato e del diritto comincia ad essere sostituito da una logica diversa, quella della «rete», nella quale lo Stato medesimo cessa di essere l'unico soggetto dotato di potere sovrano e diventa il terminale di uno dei tanti «nodi» in cui transita il potere di comando. Come nuova modalità di governo prevale la *governance*, un termine che non ha un corrispondente nella lingua italiana, anche perché è «*un concetto acchiappa-tutto della politica contemporanea, messo in campo come strumento per governare una società liquida*» e per indicare «*un regime anfibio, risultante da una commistione di democrazia e tecnocrazia*» (4).

Il testo di Cortese che viene messo a disposizione dei lettori si muove in tutt'altro campo, ma può costituire una solida base dalla quale partire.

FRANCESCO PAPPALARDO

Consigliere anziano della Biblioteca del Senato

(4) Pier Paolo Portinaro, *Il lessico del potere. L'arte di governo dall'antichità alla globalizzazione*, Carocci, Roma 2021, pp. 151 e 154.

INTRODUZIONE*

Il titolo del piccolo volume che si ripubblica qui in una nuova veste tipografica è di per sé piuttosto significativo. Non era scontato, infatti, che per il pensiero giuridico medievale la sovranità costituisse “un problema” e non un evidente assunto che richiedeva soltanto una pacifica descrizione: col titolo, insomma, si propone un metodo. Nel 1966, quando il giovane professore Ennio Cortese consegnò questo breve manuale da litografare all’editore romano Bulzoni, era passato solo un anno dalla morte improvvisa del suo autorevolissimo maestro Francesco Calasso. Quell’anno Cortese lo aveva passato fra Roma, dove abitava con la sua famiglia, e Cagliari, dove da qualche anno ricopriva la cattedra di Storia del diritto italiano. E lo aveva passato, evidentemente, a riflettere sull’influenza che Calasso, con la parola, con gli scritti, con l’esempio di accademico e di infaticabile organizzatore culturale, aveva avuto sulla sua propria attività di ricerca, durante i poco più di dieci anni passati a lavorare fianco a fianco nell’Istituto di Storia del Diritto Italiano dell’Università di Roma.

Era stato Calasso a fondare il nuovo Istituto, separandolo dall’Istituto di diritto romano. Grazie alla collaborazione attivissima di Cortese, lo aveva dotato di una straordinaria biblioteca di diritto comune, indispensabile laboratorio per creare un’officina di studi sulle dottrine dei giuristi medievali, che per Calasso costituivano l’elemento unificante del sistema del diritto comune, cioè del fulcro dell’intera vicenda del diritto medievale, non solo per l’Italia, ma per l’Europa intera.

Lavorando alla sua amplissima ricerca sulla *Norma giuridica*, pubblicata in due volumi fra 1962 e 1964 (1), Cortese si era immerso in quelle fonti, integrandole con una analisi minuziosa di testi manoscritti che non potevano consultarsi nelle cinque-

* Questo testo è stato redatto da Emanuele Conte, con il contributo di Antonia Fiori e Luca Loschiavo.

(1) Di recente riedita per cura del Senato come numero 1 della collana in cui appare anche questo volume: <https://www.senato.it/Leg18/4846?categoria=1901>

centine acquisite dall'Istituto. E aveva assunto in tal modo una postura tipica dell'argomentare giuridico medievale, per il quale ogni concetto giuridico non costituisce un assunto pianamente descrivibile, ma rappresenta – appunto – un *problema*: un nucleo concettuale intorno al quale coagulare *argumenta* opposti.

La sovranità, dunque, costituiva uno di questi problemi dialettici della dottrina giuridica medievale, e come tale Ennio Cortese lo vedeva (2).

Questo era senza dubbio l'effetto principale dell'operazione culturale che aveva visto Calasso impegnarsi con tutta la sua prorompente energia intellettuale per conferire centralità assoluta, nel disegno della storia del diritto medievale e moderno, all'età del diritto comune, che era stata contraddistinta, appunto, dalla nascita, dalla maturazione e dal trionfo della *iurisprudencia* come disciplina intellettuale, come formazione universitaria e come letteratura tecnica dotata di proprie forme argomentative. Per i giuristi formati in Italia a partire dagli anni Cinquanta del Novecento, quando il manuale di Calasso *Medio evo del diritto* (del 1954) cominciò a dominare completamente la scena dei corsi universitari italiani (3), questa centralità dell'età della scolastica giuridica, del pensiero dei giuristi medievali, e delle opere letterarie che essi produssero è una cosa ovvia. Anche per chi ha studiato storia del diritto fuori d'Italia – non dappertutto, ma in un certo numero di sistemi educativi nazionali – quello che Calasso descrisse come “sistema del diritto comune” occupa un posto cruciale nella narrazione del diritto in Europa e in Occidente (4). Eppure, questa centralità della dottrina e del pensiero giuridico non era affatto scontata prima che Calasso la imponesse come paradigma di ogni narrazione storica

(2) Cfr., per tutto questo, Emanuele Conte, Antonia Fiori, Luca Loschiavo, Mario Montorzi, *Introduzione* all'edizione *online* di E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici del diritto comune classico*, Roma, Senato della Repubblica, 2020.

(3) Per osservazioni penetranti e pertinenti sul ruolo svolto da Francesco Calasso nella storiografia giuridica italiana, e per qualche indicazione sull'accoglimento della sua proposta fuori d'Italia, cfr. Carlos Petit, *Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto* (ottava appendice dell'*Enciclopedia italiana*), dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Enciclopedia italiana, 2012, 741-748.

(4) Cfr., ad esempio, il recente lavoro didattico di Tamar Herzog, *Breve storia del diritto in Europa. Dal diritto romano al diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2024, che dedica ampio spazio al *ius commune*.

sul diritto in Europa. Al contrario: le storie del diritto erano tutte nazionali, e come tali si concentravano in primo luogo sui secoli dell'alto Medioevo, durante i quali l'unità dell'Impero romano s'era disgregata, e finalmente i "popoli" avevano potuto lasciar emergere i propri valori giuridici profondi, non più costretti dalla cappa delle costruzioni giuridiche romane. Questi valori giuridici – così si riteneva – erano pensati come saldamente radicati nell'identità dei popoli. Quando trovavano forma scritta, non era certo la volontà del legislatore a determinarne la giuridicità; al contrario, il legislatore doveva ridursi al rango di "notaio della consuetudine", giacché la norma popolare non traeva la sua forza dalla *voluntas* del legislatore, né a rigore da una volontà del popolo espressa in un certo momento attraverso forme giuridicamente identificabili. Tutt'altro: nella interpretazione proposta da Georg Puchta nel suo basilare studio sul *Gewohnheitsrecht* (5) la giuridicità della norma popolare risiedeva nel tacito accordo di tutto il popolo, il quale avrebbe condiviso tacitamente la propria convinzione sulla giustizia dei rapporti giuridici. Questa convinzione non ha bisogno di una espressione esterna per dare efficacia alla norma. A rigore, neanche un comportamento di fatto collettivo e permanente sarebbe necessario per stabilire una norma consuetudinaria, giacché quel che conta sarebbe piuttosto la premessa spirituale di quel comportamento. Quel che conferisce valore normativo alla consuetudine non è il fatto rappresentato dal comportamento univoco di una comunità, bensì la convinzione popolare della sua legittimità (*Überzeugungstheorie*). Il comportamento conforme del popolo, in altre parole, non è altro che la manifestazione della volontà comune, che basta di per sé a produrre la norma giuridica; tanto che in proposito si è parlato di *Gewohnheitsrecht ohne Gewohnheit* (6). Premessa essenziale di questa dottrina non è dunque l'accertamento di un comportamento conforme da parte del popolo, né di uno stile di giudizio nei tribunali; è piuttosto l'identificazione di un soggetto del volere normativo: una comunità di popolo che possa maturare le convinzioni che generano diritto. Cioè

(5) Georg Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 voll.: Erlangen 1828; Erlangen 1837.

(6) Landau, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, ZSt. KA 108 (1991), 156-196, 170.

un popolo, un *Volk*, caratterizzato etnicamente o territorialmente, e soprattutto dotato del proprio *Volksgeist*.

Perciò il Medioevo romanticamente disegnato dalla storiografia giuridica fino alla metà del Novecento è così diverso dal Medio Evo del diritto di Calasso: perché l'ordine giuridico dei popoli germanici, che dominerebbe il mondo medievale, non prevede affatto una "sovranità" perché non può prevedere una qualsiasi forma di Stato. "Diritto e giustizia, diritto e legge sono in ultima analisi la stessa cosa... perché il diritto è legge del popolo, la convinzione (*Überzeugung*) di ogni individuo, dal cui petto esso prorompe con forza elementare" (7).

Commentando il volume di Otto Brunner che conteneva queste parole, l'affermato storico del diritto germanico Heinrich Mitteis vi aderiva con entusiasmo, osservando che nell'ordine medievale non esiste uno Stato "sovrano" in senso moderno, giacché non esiste un'autorità secolare che possa dirsi superiore a questa legge-convinzione, che anzi esige rispetto e responsabilità da parte dei governanti nei confronti dei governati (8).

(7) Così Otto Brunner, *Land und Herrschaft* (1° ed. 1939; trad. it.: Milano, Giuffrè, 1983), 1943, 157 e s.: "Diese Formel vom guten alten Recht ist der stärkste Ausdruck eines Rechtsdenkens, dem Recht und Gerechtigkeit, Recht und Gesetz letztlich doch eines sind, dem alles ‚Gesetz‘, alle Ordnung, Satzung, alles Gebot doch nur im Rahmen des ‚Rechtes‘ gilt, jenes volksmäßigen Empfindens, das ideales und positives Recht nicht trennen kann und nicht trennen will, da Recht Volksrecht ist, ‚die Überzeugung der Gesamtheit vom Richtigen, Billigen, die Überzeugung jedes Einzelnen, aus dessen Brust es mit elementarer Gewalt hervorbricht‘. Nur eben, daß den Menschen jener Zeit ihre Überzeugung vom Rechten, Billigen, als unwandelbar, ewig, als ewa erscheint und alles ‚positive‘ Recht als Teil dieser dauernden Ordnung empfunden wird, so daß ein Gegensatz von Recht und Gerechtigkeit gar nicht aufbrechen kann. Darum hat Heinrich Mitteis das mittelalterliche Recht ein ‚Überzeugungsrecht‘ genannt".

(8) Heinrich Mitteis, *Land und Herrschaft. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch Otto Brunners*, in *Historische Zeitschrift* 163 (1941), 266-281, 271. Legato a questa visione immanente del diritto e della giustizia come preesistente rispetto a ogni forma di ordinamento giuridico e di sovranità è anche il principio del diritto di resistenza, che già nel 1914 un fortunato lavoro di Fritz Kern aveva collegato allo spirito germanico: cfr. Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*: due edizioni nel 1914 e 1954, e sette ristampe fino al 1980.

Queste visioni identitarie dell'ordinamento giuridico escludevano evidentemente il principio della volontà sovrana come elemento creativo della norma giuridica. Nata dall'*Überzeugung* profonda del popolo visto come comunità naturale, la norma giuridica "prorompe dal petto" di ciascun componente del popolo, senza che una volontà sovrana l'abbia mai formalmente promulgata.

Ora, il recupero delle dottrine dei giuristi di scuola al novero delle fonti storiche indispensabili per comprendere il diritto medievale tutto intero, determinò in Calasso la critica esplicita di quella tradizione per cui il Medioevo non aveva conosciuto né il concetto di Stato né quello di sovranità. Al contrario, le opere della dottrina, quelle che fornivano la struttura giuridica al mondo politico medievale, dimostravano che fin dalle origini della scuola e della scienza del diritto in Europa i giuristi s'erano posti insistentemente il problema della natura del potere del sovrano, e delle forme entro le quali la sua volontà si faceva norma.

È a queste fonti che per Calasso si doveva guardare se si voleva cogliere il senso del diritto medievale. Perché i glossatori non avevano letto né Gierke, né Kern, né Brunner, né Mitteis, e quindi non pensavano affatto che gli ordinamenti medievali fossero espressione spontanea del sentire identitario delle comunità, né avevano mai creduto che la norma scaturisse senza mediazioni formali dal sangue e dalla terra. Avevano letto invece Giustiniano e il *Decretum*, e perciò prospettavano un legame inevitabile fra il potere del legislatore qualificato dal diritto e la natura normativa delle leggi che egli promulgava.

Tuttavia, nonostante le sue esplicite critiche alla tradizione storiografica della storia del diritto e alla teoria dei fattori storici (9), Francesco Calasso non si era sottratto del tutto al fascino di queste visioni identitarie. Se criticava certe esagerazioni evidenti dei suoi colleghi storici del diritto, aveva subito però fortemente il fascino del pluralismo giuridico che nel suo celebre saggio sull'ordinamento giuridico Santi Romano aveva disegnato come la compresenza di molti ordinamenti spontanei,

(9) Cfr., fra gli altri saggi, F. Calasso, *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune*, ora in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 207-282. Sul punto sia consentito rinviare a E. Conte, *Storicità del diritto. Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in *Storica* 22 (2002), 134-162, 138.

che traevano legittimità dal loro naturale collegamento con le identità delle società umane (10). Quel modello romaniano Calasso lo aveva applicato al suo medioevo, configurando una pluralità di ordinamenti giuridici la cui molteplicità era ricondotta a sistema proprio dal diritto comune, visto come quel complesso di concetti, di pratiche e di cultura che l'Europa edificò sulla base dello studio scientifico e dell'insegnamento dei complessi legislativi dell'Impero e della Chiesa.

Però questo diritto comune, intorno al quale ruotava tutta la storia del diritto, per Calasso era innanzitutto una esperienza intellettuale e come tale – nelle parole del maestro – “un fatto spirituale”. Cioè un fatto storico la cui concretezza non era diminuita dalla sua natura intellettuale. Sicché la ricostruzione delle dottrine dei giuristi medievali era esercizio indispensabile per cogliere la storicità del fenomeno.

Se dunque Ennio Cortese, assistente ordinario di Calasso alla Sapienza, realizza il suo prodigioso studio sulla norma giuridica nel diritto comune classico è perché su quella strada lo aveva indirizzato il suo maestro, certo che il passaggio per la dottrina di diritto comune fosse indispensabile per comprendere le creazioni del diritto occidentale, a partire proprio dalla dimensione oggettiva (la *causa legis*) e soggettiva (la *voluntas* del legislatore) del fenomeno normativo che ne è alla base.

L'immersione di Cortese nelle scritture prodotte dai giuristi di diritto comune fu profondissima e integrale, come sa ognuno dei molti e diversi lettori de *La norma giuridica*. Come ogni immersione nelle fonti, indusse il ricercatore a modificare o smentire le sue ipotesi di partenza, incluse alcune di quelle che venivano dal magistero di Calasso.

La dialettica fra *causa legis* e *voluntas* qualificata determinava la giuridicità della norma nelle opere dei civilisti e dei canonisti medievali: questo aveva trovato Ennio

(10) Ho proposto un coordinamento fra le interpretazioni storiografiche dei germanisti tedeschi e la dottrina dell'ordinamento giuridico di Santi Romano in E. Conte, *Legal Pluralism from History to Theory and Back: Otto von Gierke, Santi Romano, and Francesco Calasso on Medieval Institutions*, in *Law and History Review*, Published online 2023:1-12. doi:10.1017/S0738248023000159. Cfr. anche Diego Quagliani, *Tra Italia e Germania. Sovranità e diritto comune pubblico nel pensiero di Francesco Calasso (1904-1965)*, ora in Id., *Scritti*, a c. di L. Bianchin, G. Marchetto, C. Natalini, Ch. Zendri, Foligno, Il Formichiere, 2022, vol. 2, 1067-1085, 1072-1076.

Cortese nelle fonti che scandagliò con profondità e ampiezza inusitata per anni. Non vi trovò la spontaneità degli ordinamenti giuridici, il collegamento naturale tra società e ordinamento che Calasso aveva tratto da Santi Romano per proporre il sistema pluralistico del diritto comune. Senza però aderirvi del tutto: nelle ore angosciose del 1943, mentre le due guerre mondiali e il ventennio fascista sembravano aver dimostrato che Romano aveva colto nel giusto quando profetizzava la “crisi dello Stato” (1909) (11), Calasso tornava alle dottrine dei suoi glossatori per rintracciare nelle loro opere un disegno fatto di sovranità e di legalità. Il suo studio su *I glossatori e la teoria della sovranità* ebbe poi tre edizioni successive, l’ultima delle quali (la terza) vide la luce nel 1957.

In quello stesso anno uscì un libro che avrebbe influenzato enormemente le interpretazioni degli storici, le dottrine giuridiche e quelle filosofiche. Ci riferiamo a *The King’s Two Bodies* di Ernst Kantorowicz.

Destinato a diventare un punto di riferimento per la storiografia europea solo dopo la sua “seconda vita” segnata dalle traduzioni in francese, tedesco e italiano (12), il gran libro sui due corpi del re era stato però oggetto di un’attenzione dettagliata da parte di Ennio Cortese, che lo aveva tenuto ben presente, insieme al resto della produzione del geniale Eka, già durante la redazione della *Norma giuridica*. Cortese vi aveva trovato conferma autorevole e documentatissima dello stesso dualismo che egli stesso aveva registrato nei suoi studi sulla *Norma*.

Kantorowicz aveva letto con attenzione il Calasso dei *Glossatori e la teoria della sovranità*, citato per tre volte nei *Due corpi del re*, (13) sempre per attingere fonti e

(11) Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico nella R. Università di Pisa*, letto il 4 novembre 1909 (Vannucchi: Pisa 1909).

(12) Cfr. A. Boureau, *Introduzione* a E.H. Kantorowicz, *I due corpi del re. L’idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 1989. Ora anche Raphaël Eckert, *La réception de l’œuvre d’Ernst Kantorowicz par les historiens du droit français (1970-1990). Une histoire politique de l’État*, in *Droit et Philosophie*, num. hors-série 3: *Ernst Kantorowicz, un historien pour les juristes?*, novembre 2023 (anche in veste autonoma, in accesso aperto: https://droitphilosophie.com/upload/files/pdf/dphs3_ebook-V6.pdf)

(13) Nella traduzione italiana (che manca di indice degli autori citati): p. 41 nota 6, p. 47 nota 20, p. 85 nota 29.

idee sulla costruzione giuridico-teologica della sovranità sveva. Non aveva mancato di osservare che alle dichiarazioni di sacertà del re e di pienezza della sua potestà che si trovano nel proemio di Marino da Caramanico al suo apparato di glosse al *Liber augustalis* si opponeva, nella pagina a stampa dell'edizione Cervone (14), la visione legalitaria dichiarata dal commentatore Andrea d'Isernia.

A questa ambiguità nell'interpretazione della sovranità incarnata in un regno storicamente determinato, e concretizzata in un complesso legislativo che meritò un approfondimento esegetico importante, è dedicato l'intero secondo capitolo del volume di Cortese. Leggendolo si coglie pienamente il significato di quel riferimento alla sovranità come "problema": perché la natura dialettica del pensiero medievale l'aveva prospettato come tale.

Parimenti dialettici sono gli altri due capitoli che – insieme al primo, che pone il problema storiografico – compongono il breve studio: i due volti del potere, che analizza i dibattiti sull'origine della potestà sovrana, e l'opposizione fra *potestas plena* e *potestas ordinata*, con il quale si tocca ancora il confine fra diritto e teologia nel delineare la natura dei limiti legalitari al potere del Principe (e dunque anche del re secondo la celebre formula *Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*).

Se la vecchia germanistica tedesca, che ha contato e conta fino a oggi alcuni sostenitori consapevoli e molti inconsapevoli anche fra gli storici del diritto, aveva dichiarato che nel Medioevo non esiste la sovranità, le fonti del diritto comune – invece – propongono la sua definizione come un *problema* articolato, esteso, complesso. E del resto anche Kantorowicz, nonostante la sua formazione di storico tedesco ben immerso nella tradizione storiografica germanica, una volta consumata la tragedia della dittatura e della guerra s'era rivolto allo studio delle molteplici dottrine medievali della sovranità, includendo le opere dei giuristi fra le sue fonti principali, accanto ai

(14) *Constitutiones regni Siciliarum libri III... editio absolutissima*, Neapoli, sumptibus Antonii Cervonis, 1773 (rist. an. a c. di A. Romano, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999). Sulle altre edizioni degli apparati al *Liber Augustalis* cfr. da ultima Beatrice Pasciuta, *Tra diritto e politica: Andrea da Isernia e la Lectura al Liber Augustalis*, in *Juristische Glossierungstechnik als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierung*, ed. Susanne Lepsius, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2022, 217-234.

testi teologico-filosofici, alle iconografie e alle simbologie del potere. E non aveva esitato, al termine del suo percorso di ricerca, a definire il problema della volontà qualificata del Principe come uno dei più profondi, articolati e multiformi “mysteries of State” (15).

Ennio Cortese scrive a valle di questo travaglio, quando le esperienze di vita di Calasso e Kantorowicz si sono da poco concluse, a pochi mesi l’una dall’altra. Si capisce allora come mai il brevissimo *Epilogo* del suo breve e densissimo libro inizi con il rigetto di ogni visione unilaterale, con il richiamo alla duplicità fra astratto e concreto, con la necessità di integrare le dottrine dei civilisti con quelle dei canonisti. Una lezione che merita ancora oggi di essere considerata con attenzione.

(15) Si veda ora l’ottimo intervento di L. Mayali, *Ernst Kantorowicz et les mystères du droit, Droit et Philosophie*, num. hors-série 3: *Ernst Kantorowicz, un historien pour les juristes?*, cit.

CAPITOLO PRIMO

Il problema della sovranità in talune impostazioni storiografiche

1. La formula «*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*» e la ricerca delle sue “origini”. — 2. La visione del Calasso. — 3. I nuovi stati nazionali: difficoltà di un inserimento nel quadro teorico tradizionale. — 4. Le tesi ierocratiche e la loro incidenza sulla teoria della sovranità. — 5. La reazione dei canonisti duecenteschi alle pretese ierocratiche: perdurante fedeltà al dualismo gelasiano. — 6. Scarsa apertura dei glossatori civilisti bolognesi verso il problema degli stati nazionali. — 7. Ragioni storiche di tale loro insensibilità. — 8. Le posizioni assunte dalla dottrina francese. — 9. Il pensiero giuridico inglese fino a Bracton. — 10. La condizione particolare del *Regnum Siciliae*. — 11. La sovranità nel passaggio dall’epoca sveva a quella angioina. — 12. Conclusioni.

1. *La formula «rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator» e la ricerca delle sue “origini”*

L’accezione attuale della sovranità, malgrado le numerose incertezze di cui si correda, rimane concettualmente collegata con la figura dello Stato, anch’essa ormai definita stabilmente in chiave moderna e acquisita al patrimonio teorico del giurista come rappresentazione di una entità qualificata negli aspetti propri del giorno d’oggi.

Sovranità da una parte e Stato dall’altra evocano dunque l’una il funzionamento di una realtà, l’altra, rispettivamente, una realtà funzionale nell’ambito di una delimitazione soggettiva - un popolo - e obiettiva - un territorio circoscritto.

L’abitudine a maneggiare il binomio Stato-sovranità in tali suoi aspetti, ormai consacrati dall’elaborazione più recente, ha forse costituito l’inconsapevole spinta a quella ricerca storica che nel Medio Evo si è indirizzata essenzialmente alla ricostruzione della sovranità con il solo riferimento agli stati nazionali.

È ben noto l'interesse suscitato nella storiografia medievalistica non soltanto italiana dell'ultimo cinquantennio dalla formula «*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*».

È una formula di cui si è andati a lungo ricercando le "origini" in conformità con il tipo di curiosità fino a non molti anni or sono prevalente, e tradotto in un'impostazione metodologica generale di cui sopravvivono gli echi ancor oggi.

Dopo le prime consapevoli ricerche del Woolf (1), che la nascita della formula riconduceva al pensiero di quel Bartolo da Sassoferrato che ha costituito a lungo il *deus ex machina* pronto a risolvere i maggiori problemi di diritto pubblico dell'età di mezzo, la polemica svolta tra il Calasso e l'Ercole negli anni Trenta, e presto assurta a rinomanza europea, ha tolto il suo motivo ispiratore non soltanto dal tentativo di una retrodatazione di qualche decennio della nascita di una definizione presto divenuta famosa, ma ha arricchito la problematica di un elemento nuovo, che dallo studio delle "origini", tuttavia, non si distaccava rappresentandone anzi un approfondimento: la ricerca, cioè, di una localizzazione geografica del fenomeno del sorgere e del primo affermarsi della formula (2).

Nell'impostazione stessa di questo nuovo problema giocavano certo motivi disparati, dei quali il più importante discendeva da una premessa metodica di validità indubbia: la sicurezza, cioè, che un'elaborazione dottrinale tesa, nell'istituto della sovranità, a toccare gli apici del diritto pubblico potesse formarsi e svolgersi soltanto in un ambiente che presentasse, ormai consolidati nella pratica, i presupposti politici per un inquadramento teorico di una realtà di fatto, a opera di un pensiero aperto all'importanza storica che tale realtà assumeva.

Fu una visione unilaterale quella dell'Ercole che quei presupposti politici credette di poter scoprire soltanto nella Francia del Duecento, ove una monarchia vieppiù

(1) Woolf, *Bartolus of Sassoferrato*, Cambridge, 1913, specialmente p. 120 ss. Ma già Gierke, *Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlin, 1881, p. 267 ss.

(2) Ercole, *L'origine francese di una nota formola bartoliana*, in *Arch. stor. it.*, 1915, p. 241 ss., studio rimaneggiato e inserito nel volume *Da Bartolo all'Althusius*, Firenze, 1932, p. 157 ss. A questo saggio si aggiunsero, dello stesso Ercole, gli *Studi sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1917, ora nel vol. cit., p. 49 ss. La polemica fu avviata dal Calasso con le sue *Origini italiane della formola "Rex in regno suo est imperator"*, in *Riv. di storia del dir. it.*, 1930, p. 213 ss.

forte stava raggiungendo l'obiettivo che i re d'oltr'Alpe da tempo si erano posti e avevano perseguito con costante, ostinata fedeltà: la creazione di uno stato nazionale idealmente fondato su quelle tendenze - appunto - nazionalistiche, che allo spirito francese sono sempre state, ed eran già allora, congeniali e venivano in mille modi alimentate.

Certo la visione politica dell'Ercole, che racchiudeva in sé tanta parte di verità, sembrava ulteriormente corroborata - e diede all'autore una sicurezza talvolta sorprendentemente chiusa a ogni equilibrata revisione critica - dalla scoperta della formula in fonti anteriori a quelle trecentesche illustrate dal Woolf e tutte in qualche modo riconducibili all'ambiente francese: un passo dello *Speculum* del Durante e un altro del *Tractatus de feudis* di Jean de Blanot.

Nel fervore della scoperta, che lo spingeva a ripudiare il dubbio, l'Ercole non pose mente a sufficienza - per esempio - alla circostanza che la nascita francese del Durante non poteva far dimenticare la sua formazione in larga misura italiana, e un più sereno giudizio su questa circostanza sarebbe bastato a far cadere gran parte dell'impostazione "geografica" del problema. Dalla quale non si staccò, in sostanza, la prima risposta polemica data coraggiosamente dal Calasso, che - pur limitandosi a segnalare nel proemio di Marino da Caramanico al federiciano *Liber Augustalis* una fonte suggestiva ove la formula della sovranità, nonché una semplice enunciazione, trovava una illustrazione esauriente - apriva tuttavia la strada a una meditazione che doveva dare frutti assai copiosi.

Non soltanto il proemio di Marino, difficilmente databile con precisione ma da situare intorno agli anni '70-'80 del XIII secolo, risultava pressoché coevo delle opere di Jean de Blanot e di Guglielmo Durante già messe innanzi dall'Ercole; ma per di più la sua differente localizzazione "geografica" attirava lo sguardo sul Regno di Sicilia, sicché, di fronte alla Francia di quei tempi, un altro stato nazionale s'imponeva all'attenzione come realtà politica dotata di tutti i presupposti pratici perché una scuola, anch'essa come quella oltremontana assai fiorente, li riversasse in un'elaborazione dottrinale alimentata da interessi propri dell'ambiente. Elaborazione, dunque, da non considerare aprioristicamente merce d'importazione dalla Francia, come l'Ercole in via polemica aveva suggerito.

Ma in tutti i primi approfondimenti che le brillanti ricerche di brillanti autori avevano rapidamente sollecitati, restava l'equivoco di fondo dell'obiettivo individuato

nell'accertamento delle "origini" di una formula. Origini che nelle loro successive determinazioni cronologiche lasciavano ampio campo al "provvisorio" - nulla impediva che fonti sempre più antiche emergessero sotto l'impulso di analisi vieppiù minute dall'enorme congerie tramandata dal Medio Evo - e che nelle loro determinazioni geografiche presentavano altrettanti rischi, e in più si snervavano con l'inconsapevole accoglimento di motivi nazionalistici.

2. La visione del Calasso

Fu senza dubbio merito del Calasso quello di togliere a un certo punto il problema, che la polemica aveva certamente irrigidito, dalle pastoie di un'indagine cronologico-geografica di "origini", la cui sterilità gli si rivelò subito evidente quando egli all'improvviso fu colpito dal rinvenimento di fonti sia canonistiche, sia civilistiche risalenti ai primi anni del Duecento, e uscite da quella grande matrice del pensiero giuridico ch'era la scuola di Bologna. Canonisti e civilisti - quanto dire l'intero ambiente scientifico europeo a distanza di un solo secolo dai primi timidi passi fatti dall'insegnamento irneriano - gli apparvero esperti nell'uso di una formula di cui sembrava pertanto plausibile immaginare una certa diffusione in tutta la dottrina coeva. Gli orizzonti si aprivano.

Alla ricerca delle "origini", necessariamente estrinseca, era tempo di sostituire ormai un'indagine più sostanziale; una formula, che nella prima fase degli approfondimenti si era ridotta a una definizione quasi meccanica, era destinata a perdere rapidamente la scorza rigida che ostacolava l'emersione del suo significato storico, e questo significato storico doveva cercarsi nei ricchi svolgimenti dottrinali dell'età di mezzo sui temi maggiori del diritto pubblico, quasi per inserirvi la questione della sovranità come una pietra nel vivo di un edificio unitario.

Tra il '43 e il '45, in anni in cui un'umanità estenuata da una lunga guerra aveva visto mutato l'aspetto politico e le forme della società europea; in anni in cui con maggiore insistenza tornava il *Leitmotiv* di una crisi del diritto, e su questa urgeva il problema della crisi dello Stato, apparentemente condannato a lasciar che si mettesse in discussione il suo tradizionale sostrato nazionalistico; in quegli anni tormentati e vivaci, dunque, il Calasso scrisse i suoi *Glossatori e la teoria della sovranità*, dei quali - se oggi a distanza di 20 anni si volesse intuire il motivo ispiratore - non si potrebbe

dir altro se non che furono dettati dall'ansia di uno storico sensibilissimo di saggiar nella storia gli aspetti più profondi, e quasi le radici lontane, di quella realtà politica statuale che sembrava scossa dal vento impetuoso di aspirazioni e di certezze nuove (3).

La formula della sovranità apparve, sin dalla prima edizione del libro, animata da una vita propria.

Se la prima parte - «*rex superiorem non recognoscens*» - rivelò definitivamente il nesso con circostanze affatto contingenti, alludendo cioè all'indipendenza politica di singoli re da *superiores* inizialmente intesi nel mero senso feudale della parola, la seconda parte - «*in regno suo est imperator*» - palesò un dato teorico di valore generale, con l'esplicito paragone tra la figura del re libero da una parte, e dall'altra quella dell'imperatore, da mille anni definita in vari spunti offerti dal diritto romano e via via arricchita di atteggiamenti che ne facevano un'immagine sicura.

In fondo, per il civilista medievale, anche ragioni estrinseche e formali obbligavano a indirizzare l'indagine della figura nuova del re libero, e dei poteri che gli andavano assegnati, ad un confronto con la figura dell'impero, perché era soltanto quest'ultima a ricevere una illustrazione sufficiente in quel *Corpus Juris* ch'era l'unico libro di testo del giurista e il concentrato dell'intera *civilis sapientia* dell'età sua.

Ma questi motivi formali non restavan solo tali.

Il paragone con l'impero assumeva quasi il tono del dramma per il giureconsulto che, come gran parte della cerchia intellettuale e il mondo stesso del suo tempo, credeva in quell'immagine politica puramente ideale che rinnegava ogni delimitazione geografica, per rispondere unicamente ad esigenze di universalità.

Mai forse, come nel Medio Evo, l'anima italiana sentiva sul terreno politico la dialettica tra due principi opposti che soli l'affascinavano, quello particolare individuato da ognuno nella propria città o addirittura nella propria fazione, e quello universale che assomigliava a una pura forma d'intelletto, era un oggetto di fede, e si trasponeva in un'istituzione sostanziata di motivi che sembravano discendere più dalla fantasia che dalla ragione.

(3) Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità*, pubblicati per la prima volta a Firenze nella primavera del 1945, ora nella III ed., Milano, 1957.

Particolare e universale, *urbs et orbis*: due momenti antitetici che fornivano, in una contraddizione solo apparente, i due poli tra i quali si svolgeva la vita civile italiana dell'età di mezzo. E di questi due poli ideali la materializzazione nella realtà politica era costituita dalle ben circoscritte forme comunali - o addirittura corporative - da una parte, dall'altra invece dall'organismo che negava ogni confine e ripudiava limiti concreti di qualunque natura; universale nel senso più pregno della parola e quindi aperto a quei due fenomeni caratterizzanti l'epoca intermedia che, per esser d'ordine essenzialmente spirituale, erano fatalmente imbevuti di universalità: la fede cristiana sul terreno religioso, la tradizione di Roma su quello culturale.

È di nuovo al Calasso che si debbono pagine illuminanti sull'apporto di sostanza che la componente religiosa e quella culturale latina, fondendosi quasi in una forza creatrice unitaria, hanno fornito alla formazione di quel sogno che fu l'impero medievale non a caso denominato sacro e romano.

Ed è al Calasso che si deve la ricostruzione giuridica, impostata sul piano delle fonti normative, della dialettica tra *urbs et orbis*, così cara all'anima italiana, con il disegno di quel sistema del Diritto comune ove l'opposizione tra gli *iura propria* risalenti agli ordinamenti particolari e gli *iura communia* discendenti da quelli universali si trasformava in una convivenza fondata su una reciproca integrazione (4).

3. I nuovi stati nazionali: difficoltà di un inserimento nel quadro teorico tradizionale

In questa visione, tuttavia, la realtà dei regni nazionali riusciva difficilmente a trovar posto.

Anche soltanto a prima vista il loro inserimento nella classe degli ordinamenti particolari doveva necessariamente costituire, se non altro per alcuni lati, una forzatura: a meno di voler porre in discussione la tesi del Calasso, che non poté fare a meno di rappresentare la somma di poteri spettante agli ordinamenti particolari sotto l'aspetto moderno dell'attuale concetto di autonomia. Concetto relativo, che, contrapposto a quello assoluto di sovranità, rispecchia appunto l'esigenza di un coordinamento del più

(4) Basti vedere *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954, p. 367 ss.

limitato ordine dei comuni e delle corporazioni con quello illimitato, perché universale, d'un impero che la tradizione romana aveva elevato a simbolo supremo d'ogni potestà.

Restringere la sovranità dei regni nazionali per comprimerla entro gli angusti confini di un'autonomia pari a quella dei vari organismi cittadini creava dunque un'immagine del tutto insufficiente. E la prova migliore di tale considerazione sta proprio in quella formula della sovranità che ripudiava teoricamente la distinzione tra i vari *reges* e il supremo *princeps*, giungendo a una equiparazione che i poteri degli uni e degli altri riduceva a una realtà unica: «rex... in regno suo est imperator».

Da qui dunque l'incertezza e gli sbandamenti dei giuristi, che, abituati a credere in un ordine politico nel quale campeggiava l'impero universale, sentivano le entità recenti dei regni nazionali come un corpo estraneo difficilmente teorizzabile. E il loro smarrimento aveva radici ben profonde, perché le nazionalità nascenti costituivano appunto il maggior sintomo del declino dell'età medievale e di tutte le idealità di cui si era nutrita, e aprivano la strada all'avvento di ciò che noi chiamiamo - per usare un'espressione generica ma usuale - il mondo moderno.

4. Le tesi ierocratiche e la loro incidenza sulla teoria della sovranità

La sostanziale modernità della figura del re libero e la contraddizione di fondo con gli aspetti più tipici della mentalità medievale, che aveva trasfuso la propensione per l'universalità nell'immagine di un *princeps* reggitore dell'*orbis* cristiano, risultano altresì da noti spunti del pensiero canonistico, nei quali, d'altronde, è facile riconoscere premesse e intendimenti di ordine politico vivaci e tutt'altro che nascosti.

La storiografia si è soffermata a lungo sulle tesi ierocratiche, indirizzate a sostituire alla assoluta preminenza di un *dominus mundi* nelle materie temporali, da affiancare alla supremazia di un pontefice in quelle spirituali, la riduzione di ogni potere originario nelle mani del papa, unico dispensatore quindi della stessa potestà secolare.

Erano tesi che avevano un corollario evidente: se da una parte l'esigenza dell'unità del comando veniva salvata e continuava così una tradizione del tutto medievale, dall'altra proprio la concezione medievale dell'impero come investito originariamente di poteri quasi sacri veniva all'atto pratico svuotata, e il vecchio *princeps* ornato di un'aureola quasi mistica si vedeva abbassato al rango di un qualsiasi altro governante temporale. La cosa, in sé, malgrado talune assicurazioni della scienza canonistica, significava

unicamente che la figura dell'imperatore svaniva e si riduceva a quella di un semplice *rex*. Se tra *regnum* e *imperium* - come meglio si vedrà più oltre - il pensiero medievale genuino aveva scavato una frattura teorica essenziale, riservando al secondo l'empito di quella sacertà che sola giustificava l'uso della *plenitudo potestatis*, l'improvviso colmarsi di quella frattura consentiva, nella comune dipendenza dal pontefice, quella parificazione che è appunto la sostanza del contenuto dottrinale della formula: «*rex... est imperator*»,

Le tesi ierocratiche risentivano ovviamente il peso di concezioni e di programmi politici della Sede Apostolica.

È impossibile fare a meno di pensare al lungo equivoco instaurato nei rapporti tra l'Impero e la Chiesa all'indomani stesso dell'incoronazione di Carlomagno, equivoco acuitosi con la seconda restaurazione e sfociato nella lotta per le investiture: ove era emerso senza ambiguità l'antagonismo di fondo per la preminenza nella direzione del genere umano. L'episodio di Enrico IV a Canossa, in definitiva, aveva simboleggiato in un avvenimento occasionale, ma estremamente significativo, proprio la realtà intima delle pretese pontificie.

Lettere come quella, tra le più suggestive, di Adriano IV (5) che rivendicava alla sola cerimonia della consacrazione l'atto capace di trasmettere al principe poteri che venivan da Dio, ed eran direttamente consegnati al suo vicario, son chiari segni anch'essi di una ricorrente aspirazione ierocratica: il *Dictatus papae* di Gregorio VII ha in questo senso espressioni decisive (6).

L'Ullmann, in una serie di scritti dedicati all'argomento, ha sottolineato il fenomeno, accentuandolo forse con un vigore che, non tenendo conto delle circostanze spesso contraddittorie di cui ogni epoca è ricca, conserva in certi punti l'aspetto dell'unilateralità (7).

(5) La lettera, già edita un secolo fa dal Wattenbach, è stata ripetutamente illustrata: cfr. da ultimo Goetz, *Translatio imperii*, Tübingen, 1958, p. 46.

(6) Cfr. il recente studio del Morghen, *Ricerche sulla formazione del registro di Gregorio VII*, in *Annali di storia del dir.*, 1959-1960, p. 35 ss.

(7) Tralasciando i numerosi saggi minori, sarà sufficiente ricordare, dell'Ullmann, i suoi *Medieval Papalism. The Political Theories of the Medieval Canonists*, London, 1949, *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, London, 1955, ora anche in un'edizione tedesca riveduta (*Die Machtstellung des Papsttums im Mittelalter*, Graz-Köln, 1960), *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London, 1961.

Che infatti le pretese ierocratiche stessero alle radici della politica della Chiesa o fossero venute crescendo dal X secolo fino all'età dei glossatori è cosa indubbia: ma che trionfassero ovunque in un coro di adesioni è da escludere.

5. La reazione dei canonisti duecenteschi alle pretese ierocratiche: perdurante fedeltà al dualismo gelasiano

Comunque tali pretese ierocratiche non potevano risolversi sul terreno pratico se non in una violenta azione antimperiale. A questo punto non è forse lecito immaginare che l'arma più efficace che l'epoca nuova aprtasi dopo il Mille offriva a Roma fossero proprio i nazionalismi nascenti e presto tradotti in regni spesso potentissimi? L'antagonismo con l'Impero poneva quindi un'alleanza naturale della Chiesa con i nuovi *reges* specialmente ultramontani.

È un giurista che agli inizi del Duecento, con una ingenuità certo assai minore di quanto la semplicità del dettato possa far supporre, spiega: «divisio regnorum a papa approbatur» (8).

Non è qui il luogo di meditare sull'imprudenza di una politica che non vedeva ancora nei nazionalismi il pericolo latente per la missione universale della Santa Sede, pericolo che i secoli successivi dimostreranno effettivo.

Piuttosto è bene ricordare come la Chiesa, sempre restia a rompere decisamente certe tradizioni, non esitò a più riprese ad assicurare al mondo la continuità di quel principio gelasiano che, nella distinzione dei due poteri spirituale e temporale - e al contempo nella convergenza dato il loro rivolgersi all'anima e al corpo della persona umana vista come un tutto - costituiva una delle costruzioni più tipiche dell'età intermedia.

E, forse ancor più degli scrittori politici, per definizione maggiormente aperti alle passioni di parte, furono proprio i canonisti della scuola di Bologna a dimostrare la fedeltà più tenace al poetico dualismo gelasiano, la cui difesa nell'ambiente giuridico

(8) È un passo di una famosa glossa di Alano, edita dallo Schulte (*Literaturgeschichte der Compilationes antiquae*, in *Sitzungsberichte der phil-hist. Classe der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, Wien, 1870, p. 89 ss.) e ampiamente commentata dal Calasso, *I glossatori*, cit., p. 65 ss., 75.

dovette essere largamente perseguita, se le tanto celebrate affermazioni delle tesi ierocratiche si ricollegano con sicurezza soltanto ai nomi di Tancredi e Alano.

I tentativi dell'Ullmann di generalizzare il favore per tali dottrine ierocratiche, nonché presso gli scrittori politici, anche presso i giuristi, sono in realtà caduti innanzi alle puntuali analisi dello Stickler, che è riuscito a dimostrare come quel favore costituisse un episodio accidentale nel primo secolo di teorizzazione del diritto canonico (9).

Ancora Bernardo da Parma, glossando il *Liber Extra* di Gregorio IX promulgato nel 1234, di fronte alle pretese di una minoranza della scuola, che ierocraticamente affermava la capacità del solo pontefice di elargire ogni potere temporale, poneva a se stesso il problema dei rapporti tra un imperatore assiomaticamente definito *dominus mundi* e un re di Francia, il quale all'atto pratico esibiva un'autorità assoluta e si proclamava indipendente dall'impero: indipendenza solo *de facto*, concludeva il glossatore, ma dipendenza *de iure* dal supremo *princeps* (10).

Distinzione questa - tra uno *status de facto* e uno *de iure* - che rivelerebbe la sua sostanziale inconsistenza se non si tenessero presenti motivi propri dello spirito medievale ai quali si farà più oltre qualche cenno.

Distinzione però che, nel significato storico più lato, rinnegava le pretese ierocratiche di una mediazione pontificia, rivendicando l'antica e tradizionale funzione dell'impero come entità ideale investita direttamente da Dio del potere temporale.

Tralasciando dunque per ora ogni quesito sulla validità teorica dell'espedito di contrapporre le situazioni *de facto* e *de iure* della monarchia francese, l'enunciazione di Bernardo da Parma, che per lo stesso suo inserimento entro la glossa ordinaria presume esprimere l'opinione prevalente nella scuola, rende dubbia l'adesione morale dell'ambiente scientifico alle teorie ierocratiche certo più volte propugnate in sede politica, e gonfiate dall'Ullmann come motivo dominante di tutte le manifestazioni del pensiero della Chiesa.

(9) Lo stesso Alano, ostinatamente ierocratico nelle sue opere più mature, non lo sarebbe stato al tempo della prima redazione del suo apparato al Decreto: cfr. Stickler, *Alanus Anglicus als Verteidiger des monarchischen Papsttums*, in *Salesianum*, 1959. Ivi richiami ai lavori precedenti del medesimo Stickler.

(10) Bernardo da Parma, gl. *minime recognoscat* alla decretale *Per venerabilem* (c.13, X, IV, 17).

Motivo, d'altronde, che accolto forse in un primo tempo con relativa consapevolezza da Tommaso d'Aquino, venne da lui, in seguito, rigorosamente ripudiato. Il che dovrebbe bastare a metter sull'avviso.

È certo, tuttavia, che proprio accanto alle rarissime enunciazioni ierocratiche si scorgono gli svolgimenti canonistici di quella formula della sovranità che, sul presupposto di una umiliazione di fronte alla supremazia papale della figura del *princeps*, poneva con naturalezza l'equiparazione di questo a qualsiasi altro sovrano indipendente.

Ora, l'accertato e d'altronde ovvio collegamento concettuale delle enunciazioni canonistiche della formula famosa con quelle così sporadiche delle tesi ierocratiche denuncia irrimediabilmente il carattere sporadico delle stesse elaborazioni in tema di sovranità.

E tale circostanza non può fare a meno di sottolineare l'appariscente assenteismo anche dei civilisti - almeno fino alla metà del Duecento - da un problema teorico di cui noi forse accentuiamo l'importanza proiettando nel Medio Evo vivaci interessi nostri, che invece quell'epoca lontana ebbe certo in misura assai minore.

6. Scarsa apertura dei glossatori civilisti bolognesi verso il problema degli stati nazionali

Colpisce, è vero, nei primi anni del Duecento l'affermazione azzoniana che acutamente il Calasso ha posto in gran risalto: «*hodie videtur rex eandem potestatem habere in terra sua quam imperator*» (11).

Si tratta, in definitiva, dell'espressione completa di quella seconda parte della formula - l'equiparazione del *rex* al *princeps* - che costituisce l'elemento più squisitamente teorico e certo cronologicamente più antico della celebre formula. Ma se al Calasso quello straordinario «*hodie videtur*» è apparso come la prova univoca dell'accettazione corrente del principio nella scuola della glossa, si potrebbe peraltro anche supporre che - nel silenzio quasi generale delle fonti civilistiche, indizio chiaro di una sostanziale assenza di problematiche in proposito - la voluta superficialità della trattazione e la

(11) Calasso, *I glossatori*, cit., p. 33 ss.

parte modesta assegnatale nel contesto azzoniano rivelino in fondo un certo disinteresse per tutta la questione, nel momento stesso ch'essa vien data per scontata. Non sembra infatti inutile sottolineare sia la circostanza che la corta frase quasi si perde nel giro di dissertazioni molto varie, offerte secondo il tipico ritmo della *quaestio*, sia il poco rilievo che all'argomento viene concesso - e infatti l'autore lo respinge così da eccitare la sottile impressione che si tratti alla fin dei conti del ricordo di un motivo innestato sugli altri a titolo di completezza erudita, nell'ambito di una puntuale "esercitazione" tenuta dal maestro per abituare gli allievi al ragionamento tecnico.

Era mai possibile che si desse per generalmente accolto un principio che nessuna fonte romana conteneva, nessuna fonte canonica sanciva, senza che la scuola lo discutesse degnamente? E discussioni certo non se ne svolsero adeguate, se ne mancano a tal punto le testimonianze da rendere impossibile il ricorso al solito argomento giustificatore della dispersione di gran numero di fonti e della nostra imperfetta conoscenza in particolare di quelle manoscritte.

No. In realtà anche i civilisti davano al principio un rilievo molto scarso.

In fondo, se ne è accorto inconsapevolmente anche il Calasso quando, dovendo illustrare il contributo offerto dai glossatori alla teoria della sovranità, ha finito col porre in evidenza come il tema che affascinava la scuola del tempo fosse quello offerto dalla realtà del *populus*, che fonti romane celeberrime rappresentavano contrapposto al *princeps* come detentore originario del potere e di cui si discuteva con accanimento se conservasse o non il diritto di far norme.

Ma questo *populus* sin dal tempo dei più antichi glossatori si era venuto strutturando come ordinamento giuridico - ed è grande merito del Calasso averlo dimostrato - come una società, cioè, destinata a vivere secondo diritto («collectio multorum ad iure vivendum, quae nisi iure vivat non est populus») (12), capace di porsi un proprio sistema unitario, di interpretarlo, e di farlo osservare («Universitas, id est populus, hoc habet officium, singulis scilicet hominibus quasi membris providere: hinc descendit hoc ut legem condant, conditam interpretetur») (13). Questo *populus* dunque non si

(12) *De verbis quibusdam legalibus*, § 39, ed. Patetta, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, II, p. 131.

(13) Il passo è contenuto nel paragrafo 2 del cosiddetto *fragmentum de aequitate*, edito dal Fitting in appendice alle *Questiones de iuris subtilitatibus*, Berlin, 1894, p. 88.

identificava certo agli occhi del giurista con il regno nazionale, il quale poneva il problema ben diverso di un re legislatore e supremo giudice. Si riconosceva piuttosto nelle comunità spontaneamente sorte che nell'Evo Medio offrivano una gamma molto vasta di manifestazioni varie, di cui la più tipica in Italia - e soprattutto nell'ambiente centrosettentrionale in cui prosperava l'insegnamento bolognese - era rappresentata dal Comune.

E, a parlar della somma di poteri che a queste associazioni si assegnavano, si deve appunto ripeter col Calasso che, semmai, tali poteri evocano l'immagine moderna dell'autonomia e non certo quella della sovranità nel senso proprio (14).

7. Ragioni storiche di tale loro insensibilità

Da quanto si è venuto finora ricordando si conferma quindi che il problema specifico della sovranità quale fu tradizionalmente illustrato dalla storiografia - ossia riferito in special modo ai regni liberi e rappresentato nella formula famosa - ricevette nell'ambiente giuridico poca attenzione da parte dei pochi canonisti ierocratici in qualche loro puntata antimperiale, e per tutta l'epoca della glossa passò pressoché sotto silenzio presso i civilisti.

Constatazione - occorre rilevare - valida se riferita all'ambiente bolognese o alle scuole che da tale insegnamento direttamente derivavano.

Ma quanto l'Ercole aveva avuto a suo tempo il pregio di notare, e più sopra si è detto rispondere in linea di massima a un criterio metodologico senza dubbio sano, è che teorie destinate a toccare gli apici del diritto pubblico non possono fare a meno di essere ispirate, o quanto meno influenzate, dall'ambiente politico in cui vivono gli autori.

Ora, è certo che Bologna, e in genere quell'Italia centrosettentrionale ove fioriva l'insegnamento di stampo bolognese, era quanto di meno adatto a eccitare l'interesse per quella figura del *rex* libero che in tali regioni appariva in fondo realtà lontana; erano invece assai più vivi i mille quesiti che riguardavano la vita del Comune, o

(14) Calasso, *Medio Evo*, cit., p. 376 ss.

quella dell'Impero, o quella della Chiesa, o i rapporti correnti tra codesti enti ai quali soli toccava giocare effettivamente un ruolo attivo sulla scena di quei luoghi e di quei tempi.

L'attenzione va dunque spostata verso gli ambienti scientifici attivi nell'orbita degli stati nazionali: e se qui interessa ovviamente in modo affatto particolare, perché innestata sulla storia nostra, la situazione dottrinale del Regno di Sicilia, pochi motivi si possono ricordare intorno a qualche reazione - colta nelle grandi linee - alla posizione assunta dai sovrani in taluno dei maggiori regni oltremontani.

8. Le posizioni assunte dalla dottrina francese

In Francia, a parte l'antica scuola di Montpellier o quella più tarda di Tolosa (fondata nel 1233) che non ci hanno lasciato testimonianze sufficienti o i cui contributi sul tema di cui si sta trattando restano insignificanti allo stato attuale delle nostre conoscenze, l'occhio si volge a quella scuola di Orléans che, operosa sin dalla prima metà del Duecento, ha formato e alimentato un pensiero giuridico di livello elevatissimo, tale da oscurare in qualche momento l'insegnamento italiano della stessa *mater legum*.

Ben poco si può dire dei vecchi Guichard de Langres e Jean de Monchy, tratti dall'ombra più fitta che li ha coperti per secoli dalle pazienti ricerche avviate dal Meijers e continuate a tutt'oggi da chi non ha dimenticato il grande insegnamento del maestro (15): le poche fonti note che si possono loro attribuire rivelano tematiche ancora vincolate a quelle bolognesi. Ma se da queste spesso si distaccano quelle dei maestri più grandi di Orléans - si allude a Jacques de Revigny e a Pierre de Belleperche - le loro soluzioni in tema di sovranità restano apparentemente ispirate dalla moderazione tradizionale.

(15) Meijers, *De Universiteit van Orleans in de XIIIe eeuw*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1919-20, tradotto in francese e inserito nelle *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959 (a cura del Feenstra e del Fischer), p. 3 ss. A parte l'edizione sporadica di singoli brani delle opere di maestri usciti da quell'università (cfr. ad es. Lefebvre, *De quelques fragments d'une "lectura" de Jean de Monchy sur le Code*, in *Tijdschrift*, cit., 1958, p. 294 ss.), si vedano i recenti studi di vari autori negli *Actes du Congrès sur l'ancienne Université d'Orléans*, Orléans, 1962.

L'uno potrà dire sull'argomento scottante del *crimen laesae maiestatis* - che il diritto comune prevedeva ovviamente si commettesse nella sola persona dell'imperatore, ma in Francia riceveva sanzione anche qualora perpetrato nei confronti del re - che dal punto di vista teorico lo si poteva configurare riguardo al sovrano francese soltanto perché questi andava considerato come un *magistratus principis*: e si rifiuterà in tal modo di dare un'esplicita adesione al principio che imperatore e re fossero da equiparare (16).

Né meno prudente Pietro Bellapertica, il quale - riprendendo d'altronde un'opinione difesa dallo stesso Revigny (17) - si sarebbe espresso sullo scottante tema dell'indipendenza della monarchia aderendo alla cauta linea di pensiero di Bernardo da Parma, col riconoscere cioè che quell'indipendenza andava circoscritta nell'ambito del mero *factum* e non escludeva la *subiectio de iure* all'ordinamento universale (18). È vero che le altissime cariche ricoperte da questo singolare personaggio presso la corte di Filippo il Bello, con la conseguente inevitabile propensione a far proprie certe pretese del sovrano orgoglioso ed arrogante, sono forse da collegarsi con certi spunti della sua opera giuridica tali da far ritenere che la sua posizione reale fosse più spregiudicata di quanto finora si sia detto. Ma sono spunti che vanno ulteriormente analizzati, anche perché la storiografia ha cominciato ad attrarre l'attenzione su di essi solo in anni recentissimi (19).

Comunque all'epoca dei contrasti violenti tra Filippo il Bello e Bonifacio VIII, v'è chi dirà del primo che non è *princeps* «quamvis vellet esse» (20), riconoscendo in

(16) Cfr. Calasso, *I glossatori*, cit., p. 150.

(17) «Quidam dicunt quod Francia exempta est ab imperio: hoc est impossibile de iure», egli scrive commentando il proemio del Digesto (cfr. Boulet-Sautel, *Le concept de souveraineté chez Jacques de Revigny*, in *Actes Orléans*, cit., p. 25).

(18) Ercole, *Da Bartolo all'Althusio*, cit., p. 165 ss. e Calasso, *I glossatori*, cit., p. 150.

(19) Si veda l'acuta analisi di taluni aspetti del pensiero del Belleperche sulla sovranità del re di Francia in Maffei, *La donazione di Costantino nei giuristi medievali*, Milano, 1964, p.121 ss., e in particolare il frammento, edito a p. 125 s., nt. 79, in cui Pietro sembra ammettere la prescrittibilità dei diritti sovrani dell'imperatore.

(20) Così si esprimeva, sui primi decenni del Trecento, Petrus Jacobi, come più tardi metterà in rilievo il Degressaille (*Regalium Franciae libri II*, Parisiis, 1538, p. 316: cfr. Ercole, *Da Bartolo all'Althusio*, cit., p. 171 e Calasso, *I glossatori*, cit., p. 145 s.).

tal modo il divorzio in atto tra la realtà di fatto e il conservatorismo - seppur parziale e non sempre sufficientemente esplicito - di certa dottrina nel campo del diritto, più circospetta di quella assai più audace esposta invece negli scritti di natura politica (21).

La Chiesa poi, di cui un secolo prima si poteva ancora celebrare l'approvazione data a conforto del nascere dei regni nazionali, reagiva con violenza alle pretese regie rivendicando - troppo tardi - la subordinazione a quell'impero che ormai alla Santa Sede appariva assai meno pericoloso degli stati nazionali e quasi praticamente inoffensivo (22).

E persino quando, calmatesi le acque del contrasto, un Jean Faure potrà riprendere insieme con spunti ierocratici motivi nettamente antimperiali - condannando ad esempio quell'*orbis* romano imposto con il sangue e celebrando quindi la giustizia del suo frantumarsi - egli finirà col teorizzare i poteri del suo sovrano più sul terreno del *factum* che su quello del *ius* (23); e non dirà qui certo cose nuove, non soltanto perché la distinzione tra le due sfere era stata affacciata già dalla glossa famosa di Bernardo da Parma, alla quale si è avuto modo di accennare, ma perché gli approfondimenti di Jean Faure sono in parte ricalcati su quelli di Pietro Bellapertica (24) contenuti in un passo che rivela una persistente reverenza nei confronti del dogma dell'impero.

In definitiva quindi, a parte il frammento di Jean de Blanot - in sé di modesta rilevanza - sul quale l'Ercole e il Calasso hanno scritto sufficientemente, la scuola francese del Duecento appare alquanto schiva dal delineare una rappresentazione

(21) Si ricordi, tra le numerose fonti, quella *Quaestio de potestate Papae* che, scritta nei primissimi anni del Trecento, giustifica l'indipendenza del re di Francia sia dall'imperatore sia dal papa ricorrendo all'efficacia estintiva della prescrizione centennale (cfr. Calasso, *I glossatori*, cit., p. 79 s.)

(22) Famosa la reazione violentissima di Bonifacio VIII alle pretese di indipendenza di Filippo il Bello (Calasso, *I glossatori*, cit., p. 80).

(23) Joannes Faber, *Prooemium Institutionum*, in *Const. Imperatoriam maiestatem*, paragrafo *omnes populi* e *Breviarium* in l. *Cunctos populos* (C. 1, 1, 1), nr.14.

(24) Petrus de Bellapertica, *Repetitio* della cit. l. *Cunctos populos*, nr. 3. Il ragionamento, destinato a diffondersi nella successiva scuola italiana oltre che in quella francese, si fonda sul presupposto che sarebbe umiliante per l'imperatore imporre comandi a chi *di fatto* si rifiuta di obbedirgli, sicché egli spontaneamente, per opportunità politica, si astiene da ogni attività precettiva nei confronti di popolazioni che *di fatto* non gli sian soggette.

esauriente e recisa di quel problema della sovranità che pur sul piano politico urgeva con violenza.

9. *Il pensiero giuridico inglese fino a Bracton*

Diversa, sebbene forse solo in superficie, la situazione in Gran Bretagna, forse perché la maggior lontananza dai territori dell'impero, la minore connessione nella rete dei rapporti diplomatici, la più scarsa occasione di contrasti e di guerre facevan sì che le pretese di assoluta indipendenza fossero accolte con naturalezza, e non vi fossero ragioni per rintuzzarle seriamente e per creare quindi un problema da discutere.

Il punto infatti che qui più interessa è l'implicita equiparazione del re all'imperatore ch'è facile desumere dal *Polycraticus* di Giovanni di Salisbury, la cui influenza fu sostanziale sul pensiero giuridico medievale inglese, forse non brillantissimo, ma che comunque si fregia già nel secolo XII del nome di Glanvill e soprattutto poi di quello di Bracton (1216 circa-1268).

Se infatti le dottrine politiche di Giovanni da Salisbury (vissuto tra il 1110-1120 e il 1180) hanno come tema centrale il problema, di cui si tratterà più oltre, del *princeps* in astratto *legibus solutus* e in concreto impegnato invece a vivere secondo i dettami delle leggi (25), la trasposizione automatica dell'argomento a illustrare la sovranità del re inglese è chiara in Bracton, che quasi senza rendersene conto sostituisce la parola *princeps* allusiva alla suprema autorità imperiale con la parola *rex* certamente presa in un significato tecnico, dacché il discorso trascorre immediatamente a individuare i requisiti della legalità nella partecipazione dei magnati alla formazione delle norme: con un indubbio riferimento a circostanze tipiche della situazione politica britannica (26).

(25) Teoria che lo Schulz, con un giudizio alquanto antistorico, qualificò artificiosa e inutilizzabile (*Bracton on Kingship*, in *The English Historical Review*, 1945, ora in *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, II, Milano, 1954, p. 57 s.), sollevando la reazione di E.H. Kantorowicz (*The King's Two Bodies*, Princeton N. J., 1957, p. 143 s.): il quale saggiamente notò come la dottrina fosse apparsa alla scuola del tempo tanto utilizzabile da venir adottata concordemente.

(26) «...Nec obstat quod dicitur "quod *principi* placuit legis habet vigorem", quia sequitur in fine legis "cum lege regia, quae de imperio eius lata est". Id est: non quidquid de voluntate *regis* temere praesumptum est, sed quod magnatum suorum consilio, *rege auctaritatem praestante*... recte fuerit definitum...» (Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. Woodbine, II, New Haven-London, 1922, p. 305).

Se la trattazione del Bracton non palesa in sostanza alcuna originalità, perché intessuta di motivi divenuti al suo tempo ormai tradizionali nella scuola di Bologna, il solo aspetto che colpisce è dunque la spontanea equiparazione che vien fatta tra la posizione dell'imperatore e quella del *rex Angliae*. Come colpisce la soluzione abbastanza audace del problema legalitario - problema cui nelle sue linee generali fu attentissimo tutto il pensiero medievale - nell'intervento dei magnati all'attività legislativa, intervento affine a quel famoso *consent of the estates* richiesto dal Fortescue, e che un'acuta interpretazione del McIlwain, del Chrimes, del Jacob e di altri ancora non deriva tanto da una visione "costituzionale" della normazione, quanto dall'esigenza di garantire in tal modo il rispetto delle leggi o consuetudini vigenti (27). Timore, quindi, di creare una frattura fra arbitrari precetti del sovrano e il preesistente ordinamento consuetudinario: ch'è poi il timore ricorrente, qualche decennio innanzi Bracton, nel *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae* del Glanvill (28).

Salvi però alcuni aspetti che decisamente collegano il pensiero inglese più eminente a problemi e preoccupazioni tipici dell'isola, resta che gli approfondimenti del concetto di sovranità in sé appaiono alquanto marginali, tanto più che il punto ove maggiormente si ferma l'attenzione - ossia il limite legalitario imposto ai poteri del re - era corrente a proposito del *princeps* nell'insegnamento italiano classico, che nemmeno aveva trascurato di esaminare l'incidenza della volontà dei *proceres* su quella dell'imperatore (29).

Né a questo punto è necessario dilungarsi sulla situazione prodottasi in Spagna, un altro stato che risentiva della mancanza di confini con l'impero e quindi di una

(27) McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, New York, 1932, trad. it. Ferrara (*Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, 1959), p. 243, dello stesso, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca N. Y., 1947, trad. it. de Caprariis (*Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956), p. 78 ss.; Chrimes, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, Cambridge, 1936, p. 339; Jacob, *Essays in the Conciliar Epoch*, II ed., Manchester, 1953, p. 113, ecc.

(28) Se ne veda il prologo (ed. Woodbine, London - New Haven, 1932, p. 24), che si dilunga a dimostrare come la qualifica di *leges* convenga anche alle consuetudini non scritte, quasi per eludere il pericolo che la contrapposizione teorica tra i due tipi di norme porti a quella dialettica tra *voluntas regis* e *voluntas populi* ch'egli tende appunto a ripudiare.

(29) Cfr. Cortese, *La norma giuridica*, II, Milano, 1964, p. 231 ss.

lontananza che attutiva l'urgenza delle pretese egemoniche del *princeps* sull'intero *mundus*.

A parte il fatto che qui una scienza giuridica costruttrice di un ambiente tecnico puramente locale si sviluppò relativamente tardi, la consapevolezza di un'indipendenza dei regni dall'Impero veniva usualmente affermata dai grandi canonisti spagnoli accorsi a Bologna sin dai primi del Duecento, come ben rivela un Lorenzo Ispano quando, accomunando la propria patria alla Francia in un tentativo di esporre principi generalmente validi, affronterà l'acuto problema della sottoposizione al diritto romano che, come diritto comune facente capo all'impero, presupponeva la soggezione a questo. E spiegherà: «...Francigene et Hispani non obligantur romanis legibus... Proditae sunt autem illis tantum qui sub imperio romano sunt...» (30).

Il principio della collocazione *extra imperium* dei regni veniva così affermato a grande voce.

Il che altro non faceva, in fondo, se non giustificare quell'assunzione di poteri analoghi a quelli dell'imperatore alla quale i vari re spagnoli avevano all'atto pratico proceduto da tempo, se già nel XII secolo una suggestiva frase riprodotta nella *Cronica Najerense* (31) - «ad libitum regum flectuntur cornua legum» - li poneva quasi al di sopra delle leggi, attribuendo loro implicitamente quei poteri assoluti che l'ordinamento giustiniano - e il pensiero che su di esso venne svolgendosi a Bologna - assegnavano in linea di diritto al solo imperatore.

10. *La condizione particolare del Regnum Siciliae e i riflessi sulla dottrina medievale*

Quest'*excursus*, volutamente rapidissimo, su taluni aspetti di fondo dell'ambiente creatosi nei maggiori stati nazionali ha rivelato dunque che, a parte le incertezze e la prudenza della scuola francese - forse almeno in parte spiegabili con quel maggiore attaccamento a certe tradizioni bolognesi che garantiva lo stesso alto

(30) Il passo è riprodotto dal Mochi Onory, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*, Milano, 1951, p. 245.

(31) Ed. Cirot, in *Bulletin hispanique*, 1909, p. 277.

livello scientifico raggiunto a Orléans - uno dei motivi esplicitamente o implicitamente presupposti dalle "teorizzazioni della sovranità" stava nella collocazione *extra imperium* dei regni nazionali, dalla quale poi scaturiva l'equiparazione dei vari re all'imperatore.

Ora, questa collocazione *extra imperium* nel Regno di Sicilia era scontata e si fondava su premesse così univoche e incontrovertibili che non fu mosso in proposito da parte della scienza locale dubbio alcuno, e che la stessa dottrina bolognese, di cui la storiografia ha sempre celebrate le tendenze imperialistiche, finì col preferire un comodo silenzio.

Sulla situazione teorica sviluppatasi nel Regno di Sicilia, per la maggiore importanza ch'essa riveste ai fini di una ricostruzione storico-giuridica "italiana", occorre forse spendere qualche parola in più di quanto si sia fatto per gli stati ultramontani.

11. *La sovranità nel passaggio dall'epoca sveva a quella angioina*

È ben noto che, tra gli argomenti addotti dall'Ercole per confutare la primitiva tesi del Calasso di una nascita meridionale della formula, ve ne son due che sembrano avere un certo peso (32).

L'uno si fondava sulla constatazione che, in una scuola operante per decenni in uno stato retto da un Federico II al contempo re di Sicilia e imperatore, non sussisteva il necessario stimolo allo sviluppo di una problematica che aveva alle radici un confronto fra le due dignità, giacché il confronto implica una contrapposizione o per lo meno una separazione delle realtà da comparare.

A questa prima obiezione il Calasso rispose acutamente rilevando da molti episodi come la corona siciliana fosse tenuta ben scissa da quella imperiale, e addusse le reiterate promesse fatte in questo senso da Federico II a Innocenzo III e ad Onorio III (33).

(32) Ercole, *Sulla origine francese e le vicende in Italia della formola "Rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo"*, in *Arch. stor. it.*, 1931, p. 212 ss.; *Da Bartolo all'Althuisio*, cit., p. 203 ss.

(33) Calasso, *I glossatori*, cit., p. 130 ss.

A tali argomenti si potrebbe aggiungere che l'attività della scuola di Napoli all'epoca di Federico è relativamente poco nota e le fonti tramandate sono scarse, frammentarie e comunque non tali da offrire contributi al tema che qui interessa, mentre gli scritti in proposito più ricchi risalgono a Marino da Caramanico e ad Andrea d'Isernia, che operarono entrambi dopo quell'avvento angioino (1266) al quale seguì un radicale mutamento della situazione che l'Ercole illustrava.

Ma senza voler ritornare ai termini della polemica tra l'Ercole e il Calasso, da tempo definita, quanto sembra più interessante rilevare è che la separazione del Regno dall'Impero fu sempre voluta e imposta dalla Chiesa, come di per sé basterebbe a dimostrare la circostanza che le promesse federiciane al riguardo vennero richieste da papi e nelle mani di papi furono deposte.

Che la Chiesa avesse un particolare interesse nella situazione politica del Regno di Sicilia è evidente.

Si trattava di uno Stato confinante assunto a grande potenza all'epoca normanna, e a più riprese la sua potenza aveva costituito una minaccia. Roma se n'era accorta presto e già Leone IX aveva creduto di dover toglier di mezzo il rischio scendendo militarmente in campo contro Roberto il Guiscardo, proprio agli albori dell'età normanna, intorno alla metà del secolo XI. Ne era uscito sconfitto: e la sconfitta ebbe un grosso peso sul seguito della storia meridionale, perché Roberto, per legittimare il proprio potere col crisma di un riconoscimento da parte di una delle supreme autorità universali, obbligò il pontefice vinto a procedere alle prime ammissioni dei diritti normanni destinate a sfociare in una infeudazione che per secoli, in parecchie circostanze, strinse un legame tra le sorti dello stato meridionale e la politica del pontefice romano.

Una di queste circostanze fu proprio il rovesciamento della dinastia sveva auspicato senza veli dopo i ben noti e violenti contrasti culminati nella scomunica di Federico a opera di Gregorio IX, e perseguito con ostinazione dopo la morte del grande imperatore (1250) ai danni del figlio Manfredi e di Corradino.

L'eliminazione degli svevi si agganciò alla chiamata degli angioini posti sul trono in virtù dell'autorità che il papa si riconosceva appunto come *superior feudi*; in questa sua qualità li costrinse ad accettare pesanti condizioni, nell'intento di cancellare definitivamente il rischio che la formazione di una sovranità piena e

tendenzialmente rivolta a superare taluni limiti che le “libertà” della Chiesa esigevano, si concludesse finalmente in una soffocazione di quella libertà.

Che poi gli angioini mantenessero o non gli impegni assunti è questione diversa: quanto qui importa sottolineare è che l'esistenza di un nesso feudale che legava il regno a Roma non poteva fare a meno di incidere parecchio sulle elaborazioni della sovranità che sin dall'epoca di Carlo I d'Angiò produssero frutti considerevoli nell'ambiente dottrinale.

12. Conclusioni

Ancora una volta il problema non sfuggì alla polemica tra il Calasso e l'Ercole.

Perché la seconda obiezione che quest'ultimo oppose alla possibilità di una formazione meridionale della formula consistette proprio nella constatazione che, se v'era al mondo un re di cui era chiaramente da escludere la qualità di *superiorem non recognoscens* - qualità richiesta dalla prima parte della formula - questi era appunto il *rex Siciliae*, che un superiore riconosceva e per di più feudale.

Dal punto di vista storico l'ostacolo era inesistente, se non altro perché già i glossatori e i commentatori del tempo se l'erano configurato e avevano trovato il modo di aggirarlo.

Ma di nuovo interessa rilevare come, da ogni punto lo si osservasse, il problema della sovranità nel Regno di Sicilia ruotasse intorno a quello della posizione assunta colà dalla Chiesa, e della politica ch'essa vi svolgeva.

E infatti, se certo la struttura dello Stato non variò nel suo fondo, il passaggio dall'epoca sveva a quella angioina segnò parecchi mutamenti proprio dietro la sollecitazione d'un complesso di forze tutte caratterizzate - per usare un'espressione forse troppo vaga - da forti sfumature guelfe.

Sicché intorno ai rapporti con la Chiesa, la scuola ebbe modo di delineare due immagini un po' diverse dello Stato, a seconda delle tendenze degli autori, del loro rimpianto per la ferma spregiudicatezza sveva o della loro adesione alla politica angioina, almeno in apparenza più aperta ai compromessi.

È anzi piuttosto suggestivo che tali due immagini diverse possano cogliersi con sufficiente precisione nei due apparati apposti allo stesso *Liber Augustalis* da due autori che scrissero entrambi sotto i primi re angioini: Marino da Cara-

manico nella seconda metà del Duecento, Andrea d'Isernia nei primissimi anni del Trecento (34).

Due temperamenti diversissimi. Due giuristi che portarono alla teoria della sovranità un forte contributo.

(34) Della datazione della glossa di Marino si occupò il Capasso, *Sulla storia esterna delle Costituzioni di Federico II*, in *Atti Accad. Pontaniana*, Napoli, 1869, p. 74 ss. dell'estr.; successivamente il Monti precisò collocando la glossa malgrado qualche dubbio, e il Proemio con sicurezza, nell'arco d'anni che va dal 1278 al 1285 (*Intorno a Marino da Caramanico e alla formula "Rex est imperator in regno suo"*, ora in *Dai Normanni agli Aragonesi*, Trani, 1936, p. 100 ss.). Quanto alla *Lectura* di Andrea d'Isernia, occorre a tutt'oggi attenersi all'opinione di Luigi Palumbo ch'essa sia stata scritta dopo - ma non molto - l'incoronazione di Roberto d'Angiò (1309): cfr. Palumbo, *Andrea d'Isernia. Studio storico-giuridico*, Napoli, 1886, p. 111 ss.

CAPITOLO SECONDO

La Chiesa e la sovranità del re di Sicilia

1. Aspetti privatistici del rapporto feudale che correva tra la Santa Sede e il Regno di Sicilia. — 2. Le componenti astratta e concreta dei diritti reali nel pensiero giuridico intermedio: i binomi *dominium directum-utile*, e *possessio civilis-naturalis*. — 3. La tesi di Marino: il papa è *dominus directus* della sola *universitas regni*. — 4. Critica di Andrea d'Isernia: un tentativo di conservare i legami tra la Santa Sede e i *corpora singula* dell'ente collettivo astratto. — 5. La concessione feudale relegata entro schemi privatistici e il trasferimento definitivo della *jurisdictio* pubblicistica. — 6. L'*exemptio ab Imperio* del Regno di Sicilia e una singolare tesi di Andrea. — 7. La questione dell'asserita universalità dell'impero e la rivendicazione delle libertà nazionali. — 8. Il dualismo gelasiano e il problema della sacertà del re nel proemio del glossatore. — 9. Una conseguenza di tale sacertà: il diritto sovrano di conferire benefici ecclesiastici. Critiche di Andrea. — 10. I residui diritti regi su talune chiese come effetto di un semplice patronato laicale. «Rex est mere laicus». — 11. Il severo commento alla legislazione matrimoniale normanno-sveva: avocazione della materia alla competenza della Chiesa. — 12. Le limitazioni legalitarie e il significato delle teorie di Andrea in tema di tributi. — 13. Un altro colpo inferto dal commentatore alla sovranità: l'*appellatio ad papam*. — 14. L'opinione di Marino sull'appello al pontefice: la sua difesa della «*excellentia regis Siciliae*». — 15. Conclusioni.

1. *Aspetti privatistici del rapporto feudale che correva tra la Santa Sede e il Regno di Sicilia*

Benché l'obiezione mossa dall'Ercole al Calasso appaia superata sul piano storiografico dopo il rinvenimento di soluzioni uscite proprio dall'ambiente fatto oggetto dell'indagine, resta che l'infeudazione dello Stato meridionale alla Santa Sede costituiva pur sempre, agli occhi dei giuristi napoletani del tardo Duecento e del Trecento, uno dei punti cruciali di ogni trattazione della sovranità del *rex Siciliae*.

Gli schemi usuali entro cui la figura del feudo era stata costretta dalla scienza italiana dell'età intermedia palesavano caratteri prettamente privatistici; anzi, il

ben noto accentuarsi degli aspetti patrimoniali che l'istituto era venuto assumendo rapidamente da noi soprattutto dopo il Mille (1) aveva consentito il suo ingresso in quella categoria di diritti reali su beni altrui che configurava in capo al titolare poteri particolarmente ampi: il feudo, cioè, era stato accostato senza sforzo all'enfiteusi, alla superficie, a certe concessioni agrarie a lungo termine.

Ora, dei diritti che da questi istituti scaturivano il Medio Evo introdusse una rappresentazione affatto peculiare: se ne può cogliere l'intima sostanza facendo leva su talune recenti, acute notazioni svolte intorno a quella *locatio ad longum tempus* che, rappresentando il caso limite dell'applicazione di principi propri di quell'epoca, dà loro un'evidenza singolare (2).

Se è infatti nozione scontata per il diritto romano e quello positivo odierno che la locazione - conduzione, vista nel suo complesso come categoria unitaria, è contratto dotato di semplice efficacia personale, il Diritto Comune, fino al Settecento, sottolineò a tal punto il valore dell'elemento temporale da scindere la figura in due, a seconda della maggiore o minore distanza cronologica del termine di scadenza del rapporto. E, conservando a quello di durata più breve la consueta efficacia meramente personale, ne diede invece all'altro una reale: lo vide insomma idoneo a trasferire un vero *ius in re*.

Ma, a veder le cose *ab imis*, l'inusitata valutazione di quell'elemento temporale ha un significato storico di fondo che non si limita a spiegare il fenomeno - di per sé limitato - degli aspetti speciali assunti dalla locazione, ma apre orizzonti molto larghi sulla concezione della proprietà e, ancora più genericamente, sull'intero sistema dei diritti reali.

2. Le componenti astratta e concreta dei diritti reali nel pensiero giuridico intermedio: i binomi dominium directum-utile e possessio civilis-naturalis

Perché in effetti non era riconosciuta al *longum tempus* quella particolare incidenza su figure dogmatiche quasi per virtù propria; vi si coglieva piuttosto in modo esasperato l'indizio dell'assegnazione di diritti di godimento particolarmente estesi.

(1) Il fenomeno è ampiamente descritto dalla storiografia. Basti ricordare Leicht, *Studi sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, rist., Milano, 1964, specialmente p. 112 ss. e da ultimo Brancoli Busdraghi, *La formazione storica del feudo lombardo come diritto reale*, Milano, 1965, p. 127 ss.

(2) Grossi, *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1963.

Ora, se dal punto di vista teoretico i rapporti dell'uomo con le cose appaiono come il risultato di due diverse componenti - la titolarità astratta da una parte e dall'altra il fenomeno concreto dell'uso -, tali due componenti hanno avuto nella storia una rilevanza variabile che ha spesso alterato l'equilibrio delle loro relazioni, consentendo ora all'una ora all'altra di acquisire una certa preminenza.

Tralasciando pure l'ipotesi della proprietà immobiliare - sulla quale, malgrado le vicende in proposito molto interessanti, non ci si può soffermare in questa sede - basti tener presente che, nei diritti su beni immobili, il Medio Evo tenne a sottolineare l'importanza del fattore godimento (3). E tale sopravvalutazione ebbe conseguenze tanto notevoli da condurre addirittura alla nota scissione del concetto unitario di *dominium* in due istituti diversi: il *dominium directum* che, individuando il momento astratto della semplice appartenenza formale, si traduce nella figura odierna della proprietà nuda, e il *dominium utile* che esalta invece l'effettivo possesso del bene al punto da far assurgere il possessore alla qualifica di *dominus* (4).

Che il fenomeno derivasse, sotto il profilo esegetico, dal trasferimento sul piano sostanziale del problema relativo all'attribuzione sancita dalle fonti di *actiones utiles in rem*, così da consentire in quelle ipotesi la costruzione appunto di *iura in re*, ha poca rilevanza: perché quanto unicamente importa è che all'immagine di un *ius in re aliena* - tecnicamente più adeguata agli schemi logici del diritto romano - si sostituisse quella di un *dominium*. Né toglie gran che all'originalità del pensiero medievale la circostanza che il *Corpus giustiniano* denominasse talvolta l'enfiteuta, appunto, *dominus fundorum*.

Parallelamente alla bipartizione della proprietà si verificò quella del possesso: se qui le fonti romane erano più esplicite e trattavano abbastanza della *possessio naturalis* e della *civilis* - l'una esercitata effettivamente, la seconda ritenuta *animo* - resta che a fil di logica la prima poteva occasionare anche incertezze. Il Piacentino sembra obiettasse addirittura l'impossibilità di farne una vera specie di possesso, perché chi possiede in nome d'altri non è in realtà titolare di un diritto proprio. Ma la contraria opinione

(3) Si veda Grossi, op. cit., specialmente p. 17 ss.

(4) Cfr. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XI^e au XIV^e siècle dans les romanistes*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, 1908, p. 413 ss.

di Giovanni s'impose nella scuola (5): e i legami stretti tra *dominium directum* e *possessio civilis*, tra *dominum utile* e *possessio naturalis* sancirono il trionfo - in una visione organica dell'intero sistema dei diritti patrimoniali - della riduzione dei due momenti astratto e concreto a veri e propri istituti contrapposti.

3. *La tesi di Marino: il papa è dominus directus della sola universitas regni*

Tanto occorre premettere per comprendere il significato dei ragionamenti sul tema - al quale si può ora ritornare - dell'infodazione del Regno di Sicilia.

Non può quindi sorprendere che la soluzione tecnica del problema dei rapporti con la Santa Sede si affacci, con naturalezza, in modo uniforme presso l'intera scuola e, almeno in linea di massima, si fondi sulla distinzione affatto usuale tra il dominio diretto rimasto nelle mani del pontefice e quello utile trasferito al re: «...ista brocardica vulgaria sunt, videlicet quod dominus feudi habet directum dominium et civilem possessionem, feudatarius vero habet utile et naturalem...», avverte infatti Marino nel proemio (6).

Una puntata - ma solo una rapida puntata - il glossatore compie nell'immediato seguito del passo per accentuare i poteri del sovrano e sminuire quelli della Chiesa, e offre una prima prova delle sue preoccupazioni in tale senso: «que utilis et que naturalis prefertur illi directo et illi civili».

Non si trattava, in realtà, di un principio innovatore, almeno se visto dagli angoli visuali da cui l'ovvia regola, che implicitamente era chiamata in causa, imponeva di guardarlo: è chiaro infatti che ogni potere di disposizione o di amministrazione rivendicato dal *dominus directus* cade di fronte al diritto spettante al *dominus utilis*, salva la sussistenza di poche *iustae causae* espressamente enumerate dal diritto feudale. Ma quanto colpisce è che Marino evita volutamente di restringere la propria affermazione entro i confini normali, per darle un tono - nella stessa rapidità dell'enunciato - che sembra adombrare allusioni più ampie. È questione

(5) Meynial, op. cit., p. 436 ss.

(6) § 13 in fine, ed. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità*, III ed., Milano, 1957, p. 192.

di tono, certo, e di nient'altro: l'impressione però che se ne trae viene accentuata dal prosieguo del discorso, in cui non si nasconde l'intendimento di arricchire con ragionamenti tecnici quella pozzosità dei diritti del sovrano solo annunciata nel passo esaminato.

Qui la teoria di Marino diventa originale.

Il regno, egli aveva spiegato poco sopra, è un' *universitas*, cioè un ente astratto che riduce a una sintesi unitaria la pluralità di enti individuali che comprende:

«Nam regnum concessum est quedam universitas facti corporalis que constat videlicet ex distantibus corporibus plurium civitatum, castrorum, villarum subiectarum... Que facti universitas, tamquam res corporea, vindicatur, possidetur, transit et traditur...» (7).

La conseguenza che ne vien tratta è rigorosamente logica: l'inf feudazione ha riguardato la sola *universitas* e non i *singula corpora*, sicché sulla prima soltanto, e non sugli altri, il pontefice può aver mantenuto quel *dominium directum* e quella *civilis possessio* che appunto spettano a ogni *superior* feudale.

«Et ultra procedimus, quod ecclesia romana habet directum dominium et civilem possessionem universitatis regni tantum, videlicet ipsius totalis corporis seu quotarum partium, non autem singulorum corporum seu partium singularum ex quibus universitas regni constat... Una enim est regni concessio per ecclesiam facta, et unum est feudum, scilicet universitatis, non plura feuda quamvis plura sint corpora...» (8).

Ma da ciò risulta un corollario, che suona inequivocabilmente tentativo di limitare i diritti rimasti presso la Santa Sede dopo l'inf feudazione: sui *singula corpora*, sian essi città, *villae* o castelli, al sovrano sono stati integralmente trasferiti entrambi i domini - diretto e utile - ed entrambi i possessi, civile e naturale:

(7) § 13 in pr., ed. cit., p. 191.

(8) § 14 in pr., ed. cit., p. 192.

«Unde habendo respectum ad universitatem regni, sine dubio dominus papa est superior dominus, et, quando de toto seu quota parte eius controversia fieret, ad ipsum cognitio pertinet. In singulis vero regni corporibus apud ecclesiam nichil prorsus remansit, sed totum et integrum dominium et possessio sunt translata in dominum regem...» (9).

Questo ragionamento, svolto con troppa rigidità lungo le linee di schemi privatistici, potrebbe sollecitare l'impressione che appunto sulla falsariga di schemi privatistici venissero atteggiati non soltanto la trasmissione dei poteri da parte del pontefice, ma addirittura - ed è più grave - il complesso dei poteri stessi. In altre parole la sovranità medesima del monarca siciliano.

E potrebbe esser fonte di dubbi ulteriori l'improvviso richiamo alla *cognitio* del papa in controversie riguardanti l'*universitas* contenuta nella concessione feudale, quasi tale *cognitio* - cioè l'esercizio del potere giurisdizionale rappresentato come componente essenziale della sovranità - fosse una facoltà semplicemente derivata da quel *dominium directum* che il contratto feudale attribuiva.

4. *Critica di Andrea d'Isernia: un tentativo di conservare i legami tra la Santa Sede e i corpora singula dell'ente collettivo astratto*

Sebbene, si vedrà più oltre, tante implicazioni non fossero contenute - o almeno non del tutto - nel pensiero di Marino, esse vennero puntualmente rilevate, qualche decennio più tardi, dal commentatore Andrea d'Isernia, e sottoposte a una critica tanto severa quanto talvolta un po' forzata: critica il cui significato storico più intimo si coglie nella premessa ispiratrice, che sta in quel processo di ridimensionamento dell'autorità regia e di accentuazione dei diritti della Santa Sede, che sono espressioni tipiche del nuovo clima politico instaurato con l'avvento angioino.

Non altro senso si può dare all'ansia di fornire una dimostrazione della tesi che, al momento del trapasso a Carlo I d'Angio, il possesso sia naturale, sia civile di tutto il territorio del reame fosse ben saldamente nelle mani del pontefice: il secondo perché

(9) § 15 in pr., ed. cit., p. 193.

ritenuto *animo* anche nell'età normanno-sveva, il primo perché recuperato faticosamente con le armi e strappato così agli eredi di Federico morto nel '50. Dimostrazione, in sé, pleonastica ed in gran parte estranea al nucleo tecnico del problema esaminato; certo largamente influenzata da un particolare stato d'animo dell'autore e da sue preoccupazioni di natura politica.

«Nam Papa quando infeudavit Regem Carolum I civiliter tenebat, licet naturaliter princeps Manfredus occupaverat, ad quam naturalem recuperandam labora(vi)t ecclesia per amicos et devotos ecclesiae... Eo ergo modo, quo tunc erant, res Regni, demania et alia regalia pertinent ad Papam et ecclesiam, quam certum fuit ea possedissee etiam naturaliter...» (10).

Assai più importante invece l'obiezione seguente, ossia che la *traditio* di un'*universitas facti* importa *traditio* di tutti i singoli beni, che - ciò ammesso - la *possessio civilis* di ciascuno resta al concedente e solo quella *naturalis* spetta al concessionario, e che la conclusione necessaria del discorso può essere una sola: «Sed si feudatarius habet possessionem naturalem omnium rerum singularium feudi, necesse habet confiteri quod res singulas habet in feudum».

A voler negare tale conclusione, dando per buona la tesi contraria di Marino che dei *corpora* individui voleva attribuire al re il dominio e utile e diretto, occorrerebbe ricercare un titolo di tale proprietà in una compravendita, in una donazione o in un altro negozio idoneo: il che, ovviamente, nella maggior parte dei casi si rivela impossibile.

La dissertazione, per quanto non esplicitamente sottoscritta dall'autore e in apparenza portata come critica teorica, palesava tuttavia il proposito evidente di rinsaldare i vincoli che legavano alla Chiesa non soltanto la figura astratta di un'*universitas Regni*, che riceveva consistenza nel solo intelletto del giurista, ma piuttosto la realtà concreta di un territorio vasto composto di feudi, di città, di villaggi ciascuno dei quali doveva intendersi pertanto individualmente ricompreso nella *traditio* feudale.

(10) Andrea d'Isernia, *Proemio al Liber Augustalis*, p. XXXI, 2^a col. dell'ed. Cervone 1773 - ch'è la più diffusa - delle *Constitutiones Regni Siciliae*.

Che l'accentuazione dei diritti della Chiesa fosse ciò che Andrea aveva particolarmente a cuore è rivelato dalla chiusa del ragionamento.

Dir che dei singoli *corpora* il re ottiene soltanto il dominio utile e la *possessio naturalis* significherebbe togliergli la possibilità di procedere a infeudazioni: perché, effettuandone, egli dovrebbe trasferire al proprio vassallo gli unici diritti trasmessigli dal papa restando così egli stesso a mani vuote.

Ma ecco profilarsi la soluzione in un insegnamento destinato a dare ulteriore risalto alla singolare interferenza della Chiesa nell'esplicazione dei poteri regi: quando in una concessione taluni diritti vengono eccettuati esplicitamente, s'intendono compresi nell'atto traslativo tutti gli altri; siccome il papa ha revocato le infeudazioni fatte da Federico II dopo la sua deposizione, è chiaro ch'egli ha inteso così confermare quelle precedenti, che trovano a questo modo la giustificazione obiettiva nel *consensus papae*. Ed ha, implicitamente, autorizzato il re a infeudare; a conservare cioè il dominio diretto e ad assegnare quello utile, secondo gli schemi usuali del diritto e in conformità con una prassi che certo il giurista non poteva rinnegare:

«Nam dicit Papa, quod revocat concessiones feudorum, et quorumcunque bonorum factas per Fridericum Imperatorem post sententiam depositionis suae: ergo factas ante dicit tenere... Et per hoc vitatur difficultas illa, quod si habet in feudo res singulas, si dabit aliquam rem, Baroniam vel castrum in feudum, non dabit nisi ea lege qua ipse habet pro feudo...: et si secundus infeudatus a primo haberet utile, primus vero feudatus, ut Rex, nihil haberet... Sed communiter tenent Regnicolae..., ut Curia Regni tenet, quod Baro et feudatarius habet utile dominium, Rex directum...» (11).

5. La concessione feudale relegata entro schemi privatistici e il trasferimento definitivo della jurisdictio publicistica

Se fino a questo punto il ragionamento di Andrea scorre pianamente e oppone una critica consapevole alla tesi di Marino, il pensiero di quest'ultimo appare forse troppo irrigidito, nella foga polemica, quando ne viene censurata la presunta tesi che

(11) Ed. cit., p. XXXII, col. 1^a e 2^a.

il potere giurisdizionale esercitato nei confronti dei beni singoli e delle persone sia un attributo connesso con il *dominium directum* mantenuto sui *corpora* individui.

Non è tanto il caso di soffermarsi sulla lunga diatriba diretta a dimostrare che, se la tesi della glossa fosse stata da interpretare nel senso che al sovrano spettasse la proprietà di tutti i beni sparsi nel territorio, la proprietà privata avrebbe dovuto cancellarsi; l'assurdità di una tale conclusione tratta a fil di logica stava a dimostrare come il *dominium regio* andasse inteso soltanto *quantum ad jurisdictionem*. Si trattava di motivi vecchissimi e scontati, che addirittura erano trascorsi nella leggenda e risalivano alla celebre polemica che avrebbe opposto Bulgaro e Martino innanzi al Barbarossa (12).

Sul tema stesso della *iurisdictio* la reazione di Andrea si svolge in modo alquanto più vivace intorno a un punto diverso: se fosse o non lecito ai sudditi del Regno interporre appello al papa, quando sentenze emanate dai magistrati competenti apparissero elusive dei principi generali di giustizia. Argomento specifico di cui si tratterà più oltre per l'indubbia rilevanza che assume ai fini della definizione dei rapporti correnti tra la sovranità statale e la *superioritas* della Santa Sede; qui basterà notare com'esso offra lo spunto a una recisa distinzione tra il campo privatistico - su cui agisce il binomio *dominium directum-utile* connesso con l'infedazione - e quello meramente pubblicistico ch'è proprio dell'esercizio della *iurisdictio*:

«... non appellatur ad iudicem superiorem illa ratione quia habet proprietatem vel civilem possessionem de rebus vel hominibus litigantibus: quia in extraneis, in quibus nihil habet superior, aditur, ut emendet secundum iustitiam quod male iudicatum est...» (13).

Che la lezione fosse rivolta a Marino non è dubbio: che fosse necessaria è contestabile. Non solo perché nel caso particolare dell'*appellatio ad papam*, pur svolgendo tesi ben diverse da quelle messe innanzi più tardi dal suo contraddittore, Marino evita ogni collegamento con la struttura privatistica del dominio diviso, ma soprattutto perché

(12) Cfr. sempre Andrea d'Isernia, op. cit., p. XXVII, col. 1^a.

(13) Ivi, p. XXX, col. 2^a.

proprio al glossatore risale una coerente e netta negazione di qualunque incidenza attuale sulla sovranità del *rex Siciliae* del perdurante nesso feudale con la Chiesa di Roma.

L'analisi dell'atto medesimo con cui il pontefice aveva assegnato quella parte del *Patrimonium Beati Petri* al monarca meridionale sembrava confermargli l'opinione: il Papa aveva onorato il re con fasto regale e aveva voluto egli stesso che la popolazione gli fosse integralmente suddita; imponendogli le insegne regie aveva mostrato di conferirgli la pienezza del potere; gli aveva trasmesso l'intera *temporalis iurisdictio* con tutte le prerogative che prima dell'infodazione spettavano alla Chiesa:

«Ad quod dicimus quod Sedes Apostolica cum regali fastigio honoraverit dominum nostrum regem Sicilie, conferendo regnum predictum voluit omnes regni subditos in omnibus ei subdi, secundum quod est proprium premium regie dignitatis... Imponendo etiam sibi regalia insignia supradicta contulit ei plenitudinem regie potestatis... Et regno concesso, quod ad ipsam sedem solam ante infeudationem et exemptum et liberum pertinebat, intelligitur contulisse totam temporalem iurisdictionem ita exemptam et liberam sicut erat priusquam infeudatio facta esset...»(14).

Il problema diventa qui assai più ampio di quello da cui si sono prese le mosse: perché non si trattava più di disquisire sui limiti del potere giurisdizionale, nel senso tecnico moderno della parola, che spettava allo Stato, ma il termine *iurisdictio* si allargava e assumeva quel valore amplissimo ch'è d'altronde usuale nel linguaggio del tempo. Alludeva cioè all'insieme dei poteri di governo e, ancor più genericamente, di direzione della società organizzata, di cui l'attività giudiziale in senso proprio non è che uno degli aspetti e delle componenti.

Alludeva, in definitiva, al potere pubblico nel suo complesso: e si è detto che al linguaggio medievale tale significato era assolutamente familiare.

Si pensi alla celebre leggenda che narra di Bulgaro intento a definire la stessa potestà suprema dell'imperatore come un «*dominium quoad iurisdictionem*». *Iudex* era

(14) Marino, op. ed. cit., § 12, p. 190 s.

inoltre qualificato spesso non solo il funzionario pubblico investito dell'esercizio del governo in singole circoscrizioni o, talvolta, in età comunale il console, ma in certe circostanze il re medesimo.

Non si chiamavano forse "giudicati" i quattro staterelli sardi e *iudices* i principi che li reggevano? Essi, che pure in certe fonti si proclamavano, quasi sul modello imperiale, «a Deo electi et coronati» (15), e d'altronde non esitavano a qualificarsi *reges* e a designare il loro giudicato con la parola "regno" (*rennu*): come testimoniano infinite fonti che qui sarebbe inutile elencare.

È indubbio che a questi atteggiamenti della terminologia dell'epoca intermedia corrispondeva una congruente immagine delle funzioni del monarca che, sotto il peso delle esigenze legalitarie piuttosto diffuse, appariva come il tutore del diritto, obbligato a garantirne la vita pacifica: e la qualifica di giudice gli conveniva particolarmente bene in relazione a un tal genere di compiti (16).

6. *L'exemptio ab Imperio del Regno di Sicilia e una singolare tesi di Andrea*

Quanto a noi particolarmente interessa, ad ogni modo, è riscontrare come già in Marino il trasferimento della *iurisdictio temporalis* nelle mani del sovrano meridionale si presentasse come un problema indipendente, sotto il profilo teorico, da quel mantenimento del dominio diretto presso la Santa Sede che il rapporto feudale esigeva. Momento pubblicistico l'uno che non soffriva limitazioni in favore del pontefice, momento di carattere piuttosto privatistico il secondo che di siffatte limitazioni ne poteva ammettere.

Alquanto singolari i punti di vista adottati da Andrea d'Isernia in taluni tentativi di approfondimento che, pur concordando alla fin dei conti con le conclusioni del glossatore - né la realtà politica poteva ispirarne di gran che diverse -, svelano tuttavia aspetti nuovi che confermano le tendenze già note del commentatore.

(15) «Rex a Deo electus vel coronatus» si qualifica infatti, nel lontano 1066, Torchitorio I di Cagliari in un interessante documento (Tola, *Codex diplomaticus Sardiniae* - negli *Historiae Patriae Monumenta*, X -, sec. XI, nr. 7, p. 154).

(16) Si veda Marongiu, *Un momento tipico della Monarchia medievale: il re giudice*, in *Jus*, 1954, p. 403.

Perché questi non si contenta di giustificare quasi l'esercizio della sovranità sulla scorta di una *permissio* implicita del papa - alludendo all'incoronazione non sa trattenersi dall'avvertire che questa fa «...transire omnia quae non sunt exceptuata: *tamen quia in concessione videtur permitti...*» (17) - ma palesa inoltre l'esigenza di ricondurre proprio all'infеudazione ad opera del papa una delle condizioni essenziali per il riconoscimento della sovranità piena annessa al trono di Sicilia.

Perché tale sovranità piena incontra, per Andrea, un unico ostacolo in linea generale: ed è la necessaria soggezione all'imperatore il cui dominio - secondo idealità non ancora spente - deve abbracciare l'intero mondo cristiano e non può fare a meno di impedire lo sviluppo dei sommi poteri entro l'orbita delle varie circoscrizioni nazionali.

Sono motivi, è vero, propri della tradizione alla quale il commentatore non sente in apparenza alcun impaccio a rimaner fedele: per quanto riguarda i suoi interessi tendenzialmente puntualizzati sulla definizione dottrinale del solo Stato in cui egli vive e opera, ogni difficoltà cade col riscontrarne la posizione affatto eccezionale. Il Mezzogiorno è territorio della Chiesa, su di esso l'Impero non vanta alcun diritto: «Item liberi reges et exempti ab Imperio, ut Rex Siciliae qui habet a Romana ecclesia, sunt Monarchae in regno suo» (18).

Il discorso sulla sovranità tralascia quel problema di principio che la prima parte della formula famosa poneva come questione preliminare da discutere in astratto - ossia se il re riconoscesse o non un superiore in genere - per concentrarsi su un unico quesito più ristretto: se egli riconoscesse o non la dipendenza dall'Imperatore. E, per escludere tale dipendenza, diventa argomento appropriato persino l'affermare la soggezione ad altri, nel caso specifico alla Santa Sede!

(17) Andrea, op. cit., p. XXXII, 1^a col. circa fi.

(18) P. XVIII, col. 2^a circa me.

7. La questione dell'asserita universalità dell'impero e la rivendicazione delle libertà nazionali

D'altronde, al problema della prima parte della formula il discorso di Andrea sfugge anche quando si estende, dall'ambito particolare entro cui si poneva per la monarchia siciliana, ai suoi termini più generali, allusivi cioè al fenomeno preso nel suo complesso e nelle sue dimensioni europee per individuarne la sostanza teorica unitaria.

Si colgono qua e là soltanto spunti radi: ed essi emergono quasi casualmente da passi che, eccitati forse da una residua diffidenza di fondo per l'impero, muovono il pur cauto giurista a taluna delle sue non frequenti esaltazioni della dignità regia.

Non attraggono tanto gli squarci narrativi di carattere storico - ispirati volta a volta da passi della Bibbia, di cronache o di fonti giuridiche - volti per esempio a dimostrare la liceità dell'espropriazione di beni privati - fuorché naturalmente di quelli della Chiesa - o il diritto di tenere un *fiscus* (19). Assai più singolare il ragionamento che, al fine di offrire una miglior prova dell'asserita equiparazione dei poteri, tende a svalutare nel confronto la dignità imperiale: e osserva che l'«*imperium est personale, quia per electionem*», mentre il «*regnum reale, ut ita loquar, quia heredi datur, ... unde filius regis est rex*»: ora, si sa che «*realia sunt magis valida quam personalia; nam personalia cum personis extinguuntur, realia non*» (20).

A parte la forzatura evidente di una tale impostazione, non sorprende ch'essa sfoci nel rilievo dato alla circostanza che, ancor prima di essere coronati monarchi universali, i re di Germania e dei Romani siano investiti della *maiestas* e ne abbiano tutte le prerogative. A questo punto, il richiamo alla cerimonia dell'incoronazione evoca di nuovo la figura dell'imperatore, e sollecita l'improvviso ritorno alla definizione di questo come «*dominus totius mundi*». Una definizione tradizionale alla quale - si è detto sopra - Andrea era sembrato rimaner fedele pur affermando con forza l'*exemptio* del Regno di Sicilia: una definizione che occorreva aggirare per ammettere, in linea teorica, l'ipotesi stessa di una sovranità di tipo nazionale.

(19) P. XXVI, col. 1^a in fi. e col. 2^a.

(20) P. XXVI, col. 1^a circa me.

Qui Andrea non osa soffermarsi. Scaglia soltanto una rapida frecciata: l'imperatore era signore dell'intero mondo, ch'egli aveva conquistato con le armi. Nulla di più: ma sembra possibile dedurre che, nel pensiero del giurista, la definizione dell'universalità dell'impero non assumesse un valore astratto tale da porla come regola immutabile, ma dovesse rimanere collegata con la situazione *de facto* come nel *factum* - ossia nelle conquiste e la violenza - essa aveva trovato i presupposti politici della sua formulazione teorica.

La soluzione presentata ai suoi tempi dalla decretalistica prevalente, e codificata da Bernardo da Parma nella glossa alla *Per venerabilem*, parrebbe almeno in parte rovesciata. Non più la tesi dell'universalità *de iure* dell'impero e della sua disgregazione relegata sul piano del fatto: ma su questo medesimo piano degradato lo stesso titolo su cui si fonda il *dominium totius mundi*.

Era d'altronde motivo dottrinale corrente negli stati nazionali sin dal tardo Duecento (21) e Marino l'aveva sviluppato con ben altro vigore: l'impero romano, come risulta dalle stesse ammissioni fatte da Giustiniano in più di un luogo, si è formato con la forza soggiogando nel sangue i popoli più deboli; è quindi giusto che questi riacquistino oggi la loro libertà, nel Regno di Sicilia come altrove, e rinneghino una supremazia imposta loro, a suo tempo, ingiustamente (22).

8. *Il dualismo gelasiano e il problema della sacertà del re nel proemio del glossatore*

La puntata antimperiale di Marino, che viene sviluppata minuziosamente e con foga tale da non ammettere incertezze, contrasta dunque con la prudenza di Andrea, il cui pensiero viene espresso a mezza voce e si lascia intuire più che appurare con sufficiente sicurezza.

Marino, insomma, proclama chiaramente la caduta del dogma dell'impero; Andrea vi consente quasi a malincuore.

(21) Ercole, *Sulla origine francese e le vicende in Italia della formola "Rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo"*, in *Arch. stor. it.*, 1931, p. 224 ss. Alle posizioni di Bernardo da Parma appare invece legato Bartolomeo da Capua, nel suo commento alla prima norma del *Liber Augustalis*.

(22) Marino, op. ed. cit., §§ 17 e 18, p. 196 ss., Calasso, *I glossatori*, cit., p. 138 s.

Non poteva scaturirne, all'atto pratico, che una diversa configurazione della sostanza intima della regalità: su questo punto conviene soffermarsi brevemente.

Non v'è certo traccia, nell'opera del glossatore, dell'adesione a dottrine ierocratiche, che pur in quell'epoca incominciavano ad emergere, in funzione appunto antimperiale, anche presso taluni civilisti soprattutto francesi. Anzi, la vecchia concezione gelasiana appare esplicitamente sottoscritta: mentre la scienza bolognese ne faceva uno strumento idoneo ad assicurare la convivenza delle due massime potestà universali, per Marino essa si limita ad esprimere il solo dato teorico di fondo: la separazione del potere laico da quello sacerdotale. Con il conseguente corollario della sua applicazione anche nell'orbita circoscritta degli stati nazionali, a un livello cioè più basso ed entro una cerchia più ristretta di quelli preferiti nelle elaborazioni di marca bolognese:

«Hodie vero ambe potestates predictae, scilicet sacerdotalis sive pontificalis et regalis sive imperialis, discrete sunt, diversis distincte officiis et diversis distribute personis, ut tamen altera alterius auxilio egeat et utatur» (23).

L'equiparazione dei poteri regi e imperiali è l'evidente presupposto dell'affermazione; ma se - da quanto già si è visto - si trattava di un presupposto già scontato nel contesto del pensiero di Marino, è piuttosto il suo punto di vista sul dualismo gelasiano a richiedere qualche chiarimento.

Da un lato sembra di dover dedurre che il glossatore lo interpretava con rigore estremo, così da lasciarsi andare all'asserzione - ineccepibile sul filo della logica, ma raramente manifestata nella scuola per ragioni di deferenza nei confronti del pontefice - che lo stesso papa *in temporalibus* è soggetto al re e gli deve obbedienza: ed è forse con una punta d'ironia che, a corroborare l'ardito insegnamento, viene richiamato un passo canonistico, tolto dal Decreto (24).

(23) Op. ed. cit., § 9, p. 186.

(24) Il c. *Satagendum*, c. 10, C. XXV, q. 1: si trattava di un'epistola scritta nel 556 da Pelagio I al re franco Childeberto in cui, «pro auferendo suspicionis scandalo», il papa si limitava a riconoscere l'«obsequium confessionis nostrae legibus». Il passo di Marino si legge all'inizio del § 7, op. cit., p. 184.

D'altra parte, però, altri brani dell'esposizione rivelano atteggiamenti che adombrano, almeno in modo implicito, una certa "variazione sul tema" del dualismo gelasiano: si pensi alla lunga e appassionata dimostrazione della sacertà del sovrano.

V'è una logica che rende il contesto unitario e coerente: la ispira l'obiettivo, proprio dell'intero proemio, di celebrare la pienezza dei poteri regi: obiettivo che determina al contempo sia le conseguenze - forse esasperate e un po' unilaterali - tratte dal principio gelasiano, sia l'esaltazione di quel carattere sacro della regalità che serve egregiamente a metterne in risalto l'integrità della *maiestas*.

In epoche antiche i re erano al contempo sommi sacerdoti; da quell'uso deriva ancora oggi la cerimonia dell'unzione e della consacrazione; d'altronde le stesse insegne attribuite al monarca rispecchiano quelle di cui si orna il sacerdote:

«Per clamidem enim regis potestas intelligitur...; item per saulem et per collobium, quod est vestis detensa usque ad talos qua utebantur diaconi, sicut hodie utuntur dalmatica, signum sacerdotii figuratur... Similiter corona in capite signum est regium... et mitra pontificis... Sceptrum vero, quod est virga sive baculus pastoralis, in una manu more pontificis geritur...» (25).

La conclusione, gravida di ulteriori conseguenze come si vedrà tra poco, è tagliente: «Reges enim non sunt mere laici» (26).

9. Una conseguenza di tale sacertà: il diritto sovrano di conferire benefici ecclesiastici. Critiche di Andrea

È cosa troppo nota per richiedere che ci si soffermi ancora su di essa che una grande tradizione, vivace lungo tutto l'alto Medio Evo e consegnata ai giuristi dopo il secolo XI, imponeva alla sovranità quel marchio sacrale messo appunto in risalto da Marino, che in ciò si mostra erede di un vecchio patrimonio ideale. La storiografia

(25) Op. ed. cit., § 7, p. 185.

(26) Op. ed. cit., § 9, p. 187.

se ne è occupata a sufficienza (27): a noi importa soltanto rilevare la dimensione inconsueta assegnata al tema in quella seconda metà del Duecento in cui per tali motivi teorici si apriva ormai la fase del declino. Dimensione adottata volutamente per consentire applicazioni pratiche che nell'età angioina appaiono piuttosto ardite:

«Nec multum differunt ab alterutro sacerdotium et imperium... Et exinde probatur plurimorum consuetudo regnorum secundum quam rex confert beneficia ecclesiastica et habet in certis ecclesiis regni sui ius investiture: sicut olim fuit et hodie est in regno Sicilie...» (28).

A questo punto Andrea d'Isernia, che dal clima angioino trae essenzialmente l'impulso alla difesa costante delle ragioni e delle pretese della Chiesa, insorge.

Consono agli impegni assunti verso la Sede Apostolica, un capitolo di Carlo I - che il Trifone fa risalire al marzo 1266, un paio di mesi dopo l'incoronazione al Laterano - proclama la restituzione alle chiese del regno «que hactenus oppresse fuerunt» di tutti i privilegi, delle giurisdizioni e delle libertà che il regime svevo aveva conculcate (29).

La norma, in fondo, per la sua estrema genericità diceva poco. Ma costituiva un chiaro indice degli indirizzi di politica ecclesiastica che la nuova monarchia - non si sa con quanta convinzione - dichiarava di voler perseguire.

E Andrea: una volta i sovrani presentavano i prelati e li investivano di benefici, o condizionavano la loro designazione al proprio assenso, ma lo facevano in virtù di privilegi papali che soli possono attribuire simili facoltà anche ai laici. Oggi il pontefice ha ritirato gran parte di queste concessioni, sicché taluni diritti rimangono nelle mani del sovrano unicamente circa chiese sulle quali egli eserciti il *ius patronatus* (30).

(27) Indicazioni bibliografiche in Cortese, *La norma giuridica*, II, Milano, 1964, p. 196, nt. 67. Si aggiunga ora Crosara, "Jurata voce". *Saggi sul giuramento nel nome dei re e degli imperatori dall'antichità pagana al medioevo cristiano*, specialmente la parte terza (*Il Cristianesimo*), Milano, 1964.

(28) Op. ed. cit., § 9, p. 186.

(29) Trifone, *La legislazione angioina*, Napoli, 1921, p. 5.

(30) Andrea d'Isernia, op. ed. cit., p. XXVII, col. 2^a.

Significava all'atto pratico sancire il definitivo tramonto dei sogni accentratori della dinastia normanno-sveva che, in parte sollecitata dal desiderio di imitare i modelli bizantini il cui ricordo era rimasto vivo nel nostro Mezzogiorno, aveva predisposto sostanziali interferenze dello Stato nella vita della Chiesa, al cui controllo aveva ritenuto troppo pericoloso rinunciare.

10. *I residui diritti regi su talune chiese come effetto di un semplice patronato laicale*

Né aveva significato salvare taluni diritti su talune chiese ricorrendo all'istituto del giuspatronato. Perché si trattava di una figura a sfondo privatistico: a qualunque persona avesse finanziariamente consentito l'erezione e il mantenimento di edifici di culto era infatti uso riconoscere la prerogativa di designare gli officianti.

Che i poteri connessi con il patronato laicale, così come venivano attribuiti a privati, potessero venir devoluti al re verificandosi i requisiti richiesti in via del tutto generale era teoria fatta per estrarre la questione dal terreno della sovranità: «Aliud est habere ius patronatus, aliud praestare assensum sicut Rex: quod ultimum tollitur», avverte Andrea con chiara consapevolezza dei termini reali del problema.

Sorvoliamo pure sui quesiti posti da quella chiesa di Capua - tra le più celebri del regno - della quale la scuola di quel tempo discuteva se al sovrano spettasse o non il patronato. Marino - cui la faccenda poco interessava, attento com'era a illustrare le prerogative proprie della monarchia in quanto tale - riconosce che soltanto l'antica consuetudine «secundum quam regis postulatur assensus in electionibus prelatorum» si deve ritenere ormai caduta, per quell'espressa rinuncia del beneficiario ch'è inserita nei capitoli dell'infeudazione a Carlo I (31).

(31) Op. ed. cit., § 9, p. 187.

Andrea si spinge invece assai più avanti. E tenta di sbarazzare il terreno addirittura dalla possibilità che troppi diritti sovrani riemergano persino sul fondamento privatistico del patronato; parte dal presupposto che tale patronato debba provarsi volta a volta con titoli idonei e sfida a rinvenire nel caso specifico di Capua - ma le ipotesi possono evidentemente moltiplicarsi a piacere - tracce di interventi regi per l'edificazione o la dotazione: con che egli non nasconde di auspicare che interferenze particolarmente inquietanti per la Santa Sede non si ripropongano *de facto*, per vie traverse, dopo essere state eliminate *de iure* all'avvento angioino (32).

Tutto il discorso ha poi un significato teorico di fondo che traspare da qualche spunto implicitamente polemico nei confronti di Marino: l'esaltazione della sovranità mediante il riconoscimento di una sua forte componente religiosa comporta il rischio dell'insorgere di equivoci e di indebite intromissioni del potere secolare in faccende che la Chiesa, a quei tempi, andava rivendicando in sempre maggior numero alla propria esclusiva competenza. Sicché è bene abbandonare ideologie poetiche ormai superate. E convenire che il *rex «est mere laicus»* (33).

Si apre un'epoca nuova e la concezione per così dire laica della sovranità - nei limiti in cui l'aggettivo va inteso quando è riferito al Medio Evo - comincia a farsi strada sotto l'occulta spinta della Chiesa, per bocca di chi parlava per difenderne le aspirazioni e la politica.

11. *Il severo commento alla legislazione matrimoniale normanno-sveva: avocazione della materia alla competenza della Chiesa*

Che questi angoli visuali finissero con l'aprirsi sul disegno di una separazione - netta per quel che i tempi permettevano - tra le sfere di attività della Chiesa e dello Stato è naturale.

Sul pensiero di Andrea pesava oltretutto la violenta opposizione alla politica federiciana, ch'era poi tema di moda negli ambienti guelfi coevi, e la reazione a talune

(32) Loc. ult. cit.

(33) L'affermazione non può esser sottovalutata, anche se ad Andrea sfugge in un inciso: op. ed. cit., p. XXVIII, col. 1^a, *ante me*.

iniziative accentratrici si traduceva in restrizioni sempre più severe imposte all'ambito entro cui al potere pubblico veniva reso lecito operare.

Sono note, ad esempio, le ripetute critiche rivolte alle assise normanne e alle leggi sveve che ingiungevano l'ottemperanza a certe condizioni, o richiedevano forme, nei matrimoni specialmente dei feudatari (34). Il commento assume toni violenti di fronte a casi di effettivi eccessi, come quello della singolare *constitutio nova* inserita nel titolo *de uxore non ducenda sine permissione curiae* (35): Federico vi sottoponeva al proprio assenso i matrimoni con stranieri, perché la «sinceritas regni» non avesse a soffrire della «mixture gentium».

«Haec (constitutio) iniquitatem continet, sicut et superiores: ideo omnino non servatur», spiega Andrea con acre concisione.

Sebbene certe leggi angioine dovessero essergli presenti innanzi agli occhi, sarebbe inutile cercare la giustificazione obiettiva della critica in quel capitolo *De matrimoniis contrahendis* che fa parte del gruppo di norme emanate da Carlo I, nel marzo del 1283, durante il celebre parlamento tenuto nella piana di S. Martino: capitolo che appunto cancella il requisito dell'assenso regio nei matrimoni sia dei baroni, sia dei sudditi non nobili (36).

In realtà, la molla che spinge il giurista a prendere posizione contro i precetti normanno-svevi e ad affermarne l'invalidità è ben diversa: le continue citazioni di fonti canonistiche ne rivelano a sufficienza la natura. Quanto a lui importa è soltanto rivendicare la competenza esclusiva della Chiesa, in una materia che - come appunto quella matrimoniale - le è tradizionalmente devoluta, e sacrificare pertanto ogni pretesa dello Stato al riguardo.

Che poi l'accettare quella competenza nel suo raggio maggiore, tale da soddisfare le più gravi aspirazioni messe innanzi dai papi di quei tempi, conducesse a sminuire talvolta la sovranità è circostanza che non preoccupa il giurista.

(34) Le illustrò già il Palumbo, *Andrea d'Isernia*, Napoli, 1886, p. 199 ss.

(35) *Liber Const. Regni Siciliae*, III, 23.

(36) Cap. *Item statuimus quod licitum sit baronibus*, ed. Trifone, cit., p. 99.

12. *Le limitazioni legalitarie e il significato delle teorie di Andrea in tema di tributi*

Anzi, l'obiettivo di circoscrivere quella sovranità entro confini ben delimitati sembra eccitare le sue cure più sollecite.

Che altro senso avrebbe, nell'illustrare i poteri normativi, mettere indiscutibilmente l'accento sulla problematica legalitaria? Che al principe non fosse usualmente consentito di violare norme divine, naturali o *iuris gentium* era - a onor del vero - insegnamento corrente nella scuola: ma l'insistere sul mortale peccato che commetterebbe il re usando della propria potestà assoluta in mancanza di una valida giustificazione obiettiva (*iusta causa*); porne la coscienza, con gravi espressioni ammonitrici, innanzi al tribunale celeste cui nessuno può sfuggire; ripetere con tono severo che il «princeps enim positus est ut faciat iustitiam et iudicium, idest iustum iudicium..., et ideo quando terminos iustitiae egreditur non dicitur rex» (37) che altro può significare se non la condanna - sentita nel fondo dell'animo più che giuridicamente motivata - degli eccessi assolutistici e quindi di tutte le esaltazioni della dignità regia idonee a sfociare in tali eccessi?

Marino, una volta di più, non aveva invece nutrito alcun timore di procedere a quell'esaltazione: il re ha potere di far leggi anche contrarie al sistema del diritto comune (38), ha il dominio di cose e persone e il suo volere è quello del padrone. Scrupoli legalitari? Non ne avanza. Anzi, li acqueta *in limine* citando un passo della Bibbia (39): «Nam et in Libro Regum legitur: Hoc erit ius regis, filios vestros faciet servos suos... Et vos eritis ei servi» (40).

Alla potestà tributaria - per esempio - non accenna nemmeno, contento di sapere che tutti i beni dei sudditi sono in dominio del re e che il suo *fiscus* ha gli identici privilegi che le leggi romane accordano a quello dell'imperatore (41).

Andrea invece distribuisce patenti di giustizia e di ingiustizia all'imposizione di certi tributi o al modo di esazione (42). Ch'egli dedichi un'attenzione particolare alla

(37) Andrea, op. ed. cit., p. XXI, col. 1^a.

(38) Marino, op. ed. cit., § 3, p. 180.

(39) *Reg.* 8, 11.

(40) Marino, op. ed. cit., § 6, p. 182 s.

(41) Op. ed. cit., § 22, p. 203.

(42) Palumbo, op. cit., p. 229 ss.

materia non stupisce, conoscendo la sua appartenenza a quella Camera dei maestri razionali - di cui d'altronde compilò i *Riti* - i cui compiti riguardavano appunto l'amministrazione finanziaria.

Ma se si pone mente al fatto che proprio l'esosa politica tributaria era stata uno dei temi correnti della polemica sostenuta dalla Santa Sede contro Federico, e uno dei punti nei quali si erano individuati taluni dei suoi eccessi assolutistici peggiori; se si ricorda che una delle promesse solennemente fatte da Carlo I al momento dell'investitura riguardava l'obbligo di riportare il sistema delle imposte alla struttura dei tempi del buon re Guglielmo; se si pensa che nella moderazione dei gettiti fiscali Roma vedeva la garanzia dell'indebolimento di uno stato che ai tempi dello Svevo era divenuto troppo forte; se si tiene conto, dunque, dell'insieme di queste circostanze appare chiaro che Andrea parlava in nome della Chiesa quando, deprecando i soverchi gravami tributari imposti da Federico ai sudditi, scagliava l'invettiva molto dura: «...imposita fuerunt per illum contra Deum et iustitiam, per quod videtur ille Fredericus quiescere in pice et non in pace...» (43).

D'altro canto proprio a questa materia è collegata la configurazione della *iustitia regis* come servizio dovuto per le entrate percepite, e come conseguenza di quell'obbligo di "custodire" il territorio e i sudditi ch'è visto anch'esso come il corrispettivo necessario dei prelievi effettuati: e il commentatore giunge a impegnare il sovrano a risarcire i privati dei danni subiti per violenze e latrocinii, perché appunto una solerte custodia dovrebbe impedire ch'essi si verificino (44).

Teoria, questa, avallata dalla Chiesa, e ispirata ai giuristi dall'insegnamento di Tommaso (45).

(43) Andrea, *Comm. della Cost. De decimis praestandis, Liber Const. Regni Siciliae*, I, 7.

(44) *Comm.* in v. *Super incisionibus arborum*, in fine della *Cost. De maleficiis clandestinis puniendis* (I, 27) e in v. *Si damna clandestina* (verso la fine) della *Cost.* seguente. La tesi viene esposta con particolare efficacia da Pietro di Monteforte nel *Comm. della Post mundi machinam* (I, 1).

(45) S. Tommaso, *Summa theologiae*, II^a II^{ae}, q. 62, art. 7.

13. *Un altro colpo inferto dal commentatore alla sovranità: l'appellatio ad papam*

Se l'applicazione di questo schema privatistico a certe funzioni tipiche della sovranità in sé non meraviglia perché si adegua bene alla *forma mentis* medievale, nel contesto del pensiero di Andrea essa assume un valore peculiare e fornisce un ulteriore indizio sia della sua tendenza ad assegnare all'istituto una dimensione limitata, sia della sua costante difesa della dottrina e della politica ecclesiastiche.

Aspetti, questi, della posizione teorica del commentatore ch'egli infine lascia trasparire senza reticenze nella disamina di una questione spinosissima: l'*appellatio ad papam*.

Si è già dato un breve cenno della critica rivolta alla tesi che negava al cittadino la facoltà di appellarsi al pontefice, e fondava tale negazione sul fatto che la Sede Apostolica avrebbe conservato il *dominium directum* sull'*universitas regni*, ma non sui singoli beni e sui singoli individui: è una critica che, anche a prescindere dalle conclusioni, rivela di per sé come Andrea rifuggisse dal consentire che il problema venisse risolto con recisione troppo semplicistica.

D'altra parte l'atteggiamento polemico si precisa, e chiarisce gli intendimenti ultimi del giurista, allorché tocca uno degli argomenti cui - a differenza di quello ora ricordato - Marino assegna effettivamente un largo posto. Se negli accordi sulla concessione del regno Carlo I si era espressamente obbligato a non frapporre ostacoli al libero svolgimento degli appelli al papa per quanto riguardava le cause di competenza del giudice canonico, è ovvio - ragionava il glossatore - che da quel tipo di *appellatio* si era inteso sottrarre le cause spettanti invece al foro secolare: «quia quod in uno permittitur in ceteris prohibetur» (46).

Al contrario, risponde Andrea: l'appello da sentenza canonica è ricordato dal pontefice nei capitoli della concessione perché gli spetta «iure suo», di quello in materie temporali non fa cenno solo per non dar da vedere l'intromissione in cose che toccano la *iurisdictio* altrui (47).

(46) Marino, op. ed. cit., § 21, p. 202.

(47) Andrea, *Proemio*, ed. cit., p. XXX, col. 2^a e XXXI, col. 1^a.

Ma se si dà per buona la regola che la giurisdizione secolare non spetti al papa in generale, è teoricamente impossibile affidargliela nell'ipotesi speciale dell'appello. Ciò è vero in linea di principio, ammette Andrea: vi sono però delle eccezioni. Il ricorso alla Sede Apostolica è sempre consentito se una sentenza appare iniqua o se «vacat saeculare iudicium»; anzi, l'ipotesi di "vacanza" della giurisdizione si verifica persino nel caso di semplice negligenza del giudice laico.

Erano eccezioni, dunque, molto ampie e tali da introdurre di soppiatto un istituto ripudiato in via di regola.

Nei casi, poi, di condanne notoriamente inique, ad esempio alla pena capitale, oppure nei giudizi circa delitti di lesa maestà - ove gli ufficiali regi giudicanti più facilmente si lasciano influenzare dalla collera del sovrano ch'è soggetto passivo del reato - non è soltanto un diritto del condannato ricorrere alla Sede Apostolica, ma è addirittura dovere di questa intervenire a tutela della giustizia.

E se da un lato è vero che si presume essere «cor regis in manu Dei», è altrettanto vero che la «praesumptio vincitur per maiores praesumptiones», sicché, quando sia risaputo ovvero il papa medesimo si accorga che il monarca si è lasciato prendere dalla cupidità o dall'ira, il vicario di Dio ha il dovere di «inquirere» e poi di giudicare.

Il colpo inferto a questo modo alla sovranità stessa del re non ha bisogno di commenti.

14. *L'opinione di Marino sull'appello al pontefice: la sua difesa dell'«excellentia regis Siciliae».*

È proprio la difesa di quella sovranità e della sua pienezza a muovere la contraria impostazione di Marino.

Gli argomenti, com'è conveniente, sono tecnici. Di alcuni si è già detto: ma uno soprattutto è posto come il cardine del ragionamento e attira l'attenzione.

Quando un magistrato è investito, insieme con la giurisdizione, anche di un potere normativo, la sua sentenza è legge. Il mondo romano offre il modello delle decisioni inappellabili del senato o del prefetto del pretorio, il mondo medievale l'esempio del verdetto regio: e senza dubbio le une hanno un'autorità inferiore a quella del secondo:

«...quoniam reges et predicti alii, cum possint constitutionem seu legem facere, ...intelliguntur, quando in causa pronuntiant, saltem quantum ad causam illam condere legem...».

Che il quesito, ad ogni modo, coinvolgesse integralmente il problema della sovranità è reso ancor più manifesto da un'altra circostanza: Marino introduce il passo, anticipando le proprie conclusioni, col richiamare l'equiparazione dei re all'imperatore: «...a rege Siciliae appellari non potest, nam, cum sit princeps, stultum est, idest supervacuum, dicere fas esse a principe appellari...» (48).

È quella «plena et rotunda potestas» che, elevata su un piedistallo quasi mistico, affermata con passione, liberata da vincoli e da limiti costituisce la grande protagonista del proemio. Tutto dedicato - lo scrive il glossatore stesso terminandolo - a celebrare appunto la «excellencia regis Siciliae» (49).

15. *Conclusioni*

Nella scuola napoletana la teoria della sovranità scaturisce con naturalezza dai quesiti posti dai rapporti correnti tra la Santa Sede e il Regno e - di riflesso - tra la Chiesa e lo Stato.

Certo pesavano le particolari condizioni politiche del Mezzogiorno, il ricordo ancora fresco del critico passaggio dal regime normanno-svevo a quello angioino, la posizione di forza assunta dalla Chiesa dopo l'incoronazione di Carlo I. Ma v'erano anche ragioni teoriche di fondo - e le si indagherà ora - che comunque esigevano la definizione del trono dovesse darsi illustrandone le relazioni con l'altare.

Guelfo Andrea d'Isernia che, propugnando per reazione all'invadenza sveva una certa separazione dei poteri, lancia una visione "laica" dello Stato ad evitare pericoli cesaropapisti: per una delle tante curiosità proposte dalla storia proprio la Chiesa ispira

(48) Marino, op. ed. cit., § 21, p. 201.

(49) Op. ed. cit., § 23, p. 204.

le prime avvisaglie di concezioni giuridico-politiche destinate col tempo a ostacolare la sua missione e a venir condannate. Appunto perché guelfo, tendenzialmente portato a limitare l'esercizio della sovranità ch'egli tratteggia quindi come un potere racchiuso entro confini.

Ben diverso Marino, il quale, pochi decenni innanzi, toglie ogni remora alla raffigurazione di una potestà «plena et rotunda» che trova, nell'equiparazione con l'impero, il presupposto per un sicuro sviluppo in senso assolutistico. È chiaro il rimpianto per i tempi del grande Federico e per lo stato "moderno" la cui edificazione conserva la sua firma. Ma, per un'altra singolarità della storia, la "modernità" della concezione si traduce talvolta, nel pensiero del glossatore, nell'esaltazione di motivi anche tipicamente medievali e in quegli anni già in fase di declino: come ben mostra la sua attribuzione di una qualità religiosa al re unto e consacrato.

Due immagini della sovranità, dunque, almeno in grande parte divergenti.

Eppure immagini disegnate da giuristi che respiravano la medesima aria angioina e commentavano il medesimo *Liber Augustalis*.

CAPITOLO TERZO

I due volti del potere

1. L'antitesi *regnum-imperium* nella tradizione ecclesiastica. — 2. Larga adesione della scuola decretistica al dualismo gelasiano. — 3. La consacrazione dell'imperatore nell'insegnamento dei canonisti moderati. — 4. La tendenza a scindere la sovranità in due immagini: il binomio *auctoritas-administratio*. — 5. Il rilancio della distinzione romana tra *auctoritas* e *potestas*. — 6. Un parallelo con la teoria privatistica del dominio diviso. — 7. L'*iter* "discendente" e l'*iter* "ascendente" della derivazione del potere. — 8. I civilisti e il problema della *lex regia*: l'interpretazione gosiana. — 9 La tesi gosiana nella scuola fino al chiudersi del secolo XII. — 10. Sua revisione critica a opera degli allievi di Giovanni Bassiano: la *lex regia* come semplice delega dei poteri. — 11. Il problema della provenienza da Dio della sovranità nel pensiero preaccursiano. — 12. «Imperium est a fortuna»: una tesi divulgata da Azzone. — 13. Cino da Pistoia e le radici della sua formula «imperium a Deo, imperator a populo». — 14. Conclusioni.

1. *L'antitesi regnum-imperium nella tradizione ecclesiastica*

Il lungo discorso che si è fatto a proposito di uno stato nazionale che, se non altro per il dato geografico della sua situazione nella nostra penisola, desta il particolare interessamento dello storico giurista italiano, ha rivelato l'importanza che il problema delle relazioni con la Chiesa ha assunta per la configurazione di quella somma di poteri che noi usualmente indichiamo con il termine sovranità.

Ed è un fenomeno, questo, che ha in realtà una portata assai più vasta di quanto le circostanze peculiari del nostro Mezzogiorno potrebbero far supporre, un po' perché nel clima accentuatamente religioso dell'età intermedia la Chiesa non poteva restare assente dal processo di configurazione di un istituto dalle implicazioni etiche evidenti, un po' perché essa non poteva dimenticare, e non dimenticò mai, il contributo portato, nella cerimonia svolta in S. Pietro nel famoso Natale dell'800, alla resurrezione del massimo organismo temporale, né il marchio cristiano impresso alla sua funzione e quindi all'esercizio del potere.

È questo il punto ove la teoria della sovranità trova la sua chiave di volta.

La formula famosa, sulla quale la storiografia si è tanto intrattenuta, in fondo non diceva niente o quasi. «Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator»: se un valore teorico poteva assumere, occorreva assegnarglielo per *correlationem*.

Nel mondo medievale la sovranità trovava manifestazione tipica soltanto nel complesso di poteri attribuiti al *princeps* per antonomasia.

La tradizione più antica, a dire il vero, aveva conservato una distinzione tra *regnum* e *imperium*, e la cosa ha da tempo attratto la storiografia. Il *regnum*, immagine di marca germanica, avrebbe rappresentato la potestà effettuale, destinata a estrinsecarsi in una pratica di governo senza perciò corredarsi di particolari valori ideali; tutta intessuta invece di idealità la figura dell'impero, erede delle concezioni maiestatiche romane che aveva arricchite di nuove colorazioni religiose: sin dall'epoca di Carlo Magno secondo lo Stengel (1) o per lo meno da quello degli Ottoni a giudizio dell'Erdmann (2).

Ora, proprio la Chiesa e il pensiero ch'essa ispirava conservarono accuratamente il significato dell'antitesi contenuta nel binomio *regnum-imperium*, tanto più che, almeno in alcune posizioni teoriche, del passaggio dall'un termine all'altro sembrò restasse arbitro il pontefice: l'incoronazione e la consacrazione a opera del papa poterono infatti apparire talvolta, soprattutto dopo il Mille, come l'atto che trasformava il semplice *rex* nell'augusto imperatore.

Molto suggestiva in proposito la lettera scritta il 19 marzo 1158 agli arcivescovi di Treviri Colonia e Magonza dall'inglese Adriano IV (3), lettera della quale si è fatto più sopra un breve cenno (4). La sua formulazione assai recisa risente certo

(1) Stengel, *Kaisertitel und Suveränitätsidee*, in *Deutsches Archiv für Gesch. des Mittelalters*, 1939, pp. 3 ss., 23 ss.

(2) Erdmann, *Forschungen zur politischen Ideenwelt des Frühmittelalters*, Berlin, 1951, pp. 3 ss., e soprattutto 43 ss. Si veda anche Lintzel, *Das abendländische Kaisertum im 9. und 10. Jahrhundert*, in *Die Welt als Geschichte*, 1938, p. 423 ss.

(3) Jaffé, *Regesta*, II, n. 10393.

(4) Cfr. il cap. I, nt. 5.

degli infelici rapporti con l'Impero dopo la forzata infeudazione delle terre meridionali che il papa dove' concedere al normanno Guglielmo nel 1156: «...notate verba: ante consecrationem solummodo rex, post consecrationem imperator et augustus...». Redatto in termini così perentori, non stupisce che il principio sfoci con naturalezza in conseguenze che sembrano annunciare pretese di stampo ierocratico: «...ergo per nos imperat».

Che l'incoronazione dell'imperatore fosse prerogativa papale e costituisse lo strumento necessario per l'attribuzione della pienezza della dignità e dell'onore era tuttavia un'idea che si riallacciava a un'antica tradizione occidentale; espressa a più riprese - ancor prima di Adriano IV - in numerosi spunti di pontefici, essa era venuta accentuandosi specialmente nel secolo XII, tutto imbevuto delle grosse polemiche che avevano accompagnato la lotta per le investiture. È vero che chi ha esaminato di recente tali spunti ha tenuto a ridimensionarne la portata, propendendo per la tesi che - fino al Duecento - essi fossero piuttosto allusivi all'assegnazione da parte del papa di una *dignitas*, anziché della *potestas* vera e propria, la quale sarebbe stata invece attribuita all'imperatore soltanto dall'elezione da parte dei principi tedeschi (5).

E tuttavia, a ben guardare, se è vero che soltanto la provenienza diretta di tutto il potere dal pontefice riuscirà a configurare le pretese estreme raggiunte dalla Chiesa nella sua corsa verso la supremazia - e si tratterà di quelle aspirazioni ierocratiche emerse con contorni giuridici precisi soltanto nei primi anni del Duecento - resta che anche il motivo assai più moderato del semplice conferimento di una *dignitas* a opera del papa non disconosceva certo un'importante opera mediatrice della Sede Apostolica.

In fondo, di quest'opera mediatrice la lettera citata di Adriano IV ha presentato con chiarezza sufficiente il significato intimo.

Il principe mostrava due aspetti differenti: la titolarità di un *regnum* materiale e contemporaneamente quella di un *imperium* spirituale. Di quest'ultimo la Chiesa restava dunque la dispensatrice.

(5) Maccarrone, *Papato e Impero dalla elezione di Federico I alla morte di Adriano IV (1152-1159)*, Roma, 1959, p. 185 ss.

2. *Larga adesione della scuola decretistica al dualismo gelasiano*

Una sentenza di papa Nicolò II, riprodotta nel Decreto (6) e volta a rivendicare la preminenza del pontefice su ogni altra dignità ecclesiastica, si avvaleva, tra l'altro, del principio che il Cristo «...beato aeternae vitae clavigero *terreni* simul et celestis imperii iura commisit...».

Commentando un testo così significativo e ricco di possibili implicazioni, nello stesso giro d'anni in cui Adriano IV scriveva la sua lettera, un grande decretista, Simone da Bisignano, cominciò a tratteggiare un quadro dei rapporti tra papa e imperatore che rivela con chiarezza come talune pretese di supremazia avanzate dai pontefici in sede politica riecheggiassero sì nelle aule accademiche, ma fossero in sostanza scarsamente condivise dalla maggior parte dei giuristi, fermi a quel dualismo gelasiano che rivendicava l'originarietà e la reciproca indipendenza dei due poteri destinati ad agire in campi differenti:

«id est data fuit eis potestas ligandi et solvendi tam clericos quam laicos. Unde per hoc non probatur quod imperator habeat potestatem gladii ab apostolico, licet quidam hoc velint ex eo quod est infra, C. XV, q. 6, c. alius item».

La citazione del canone *alius item* (7) ci riporta ad un'altra fonte che, tra quelle contenute nel Decreto, evoca il problema con speciale immediatezza: vi era contenuto il ricordo della deposizione del merovingio Childerico III avvenuta nel 751 con il consenso di papa Zaccaria. Anche qui Simone spiega:

«Hinc quidam colligunt imperatorem potestatem gladii habere ab apostolico... quod non videtur nisi in quibusdam provinciis. Ante enim principes fuerunt quam apostolici».

Se la glossa interessa soprattutto perché rivela l'opinione personale dell'autore, nella *Summa* dello stesso decretista, a proposito del medesimo canone *alius item*,

(6) *Decretum*, c. 1, D. XXII.

(7) *Decretum*, c. 3, C. XV, q. 6.

si trova finalmente la testimonianza dell'esistenza di due correnti dottrinali opposte, insieme con un quadro succinto delle principali argomentazioni addotte sia dall'una, sia dall'altra:

«unde hinc volunt quidam colligere quod imperator potestatem gladii ab apostolico percipiat; non enim videtur posse auferre ei gladium si ei non dedisset... Quidam tamen hoc non asserunt, sed potius inficiantur dicentes ante fuisse principes, qui habebant potestatem gladii a domino Deo, a quo est omnis potestas, quam apostolici ratione ecclesie possiderent. Duo enim sunt divisi gladii, per quos due divise potestates figurantur, quarum nulla ex altera pendet. A populo ergo romano principi potestas imperii tribuitur, sed in unctione ab apostolico confirmatur» (8).

I primi annunci delle tesi ierocratiche cominciano dunque a risuonare debolmente: papa Zaccaria non avrebbe potuto partecipare alla deposizione di un sovrano se egli non fosse stato in qualche modo dispensatore dello stesso potere temporale. L'opinione opposta, che riceve nella *Summa* un maggiore sviluppo e viene senz'altro difesa nella glossa, è certamente condivisa da Simone. E l'ortodosso dualismo gelasiano doveva raccogliere i consensi di gran lunga più diffusi presso i canonisti ancora sullo scorcio del XII secolo se Uguccio, il più grande maestro di quest'epoca, ha espressioni in tale senso univoche.

«... Ego autem credo quod imperator potestatem gladii et dignitatem imperialem habet non ab apostolico, sed a principibus et populo per electionem...» (9).

D'altronde qualche decennio più tardi anche Giovanni Teutonico, che presumibilmente raccolse nel suo apparato ordinario l'insegnamento comune della

(8) I passi della glossa e della *Summa* di Simone sono stati editi dal Juncker, *Die Summa des Simon von Bisignano und seine Glossen*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, 1926, *Kan. Abt.*, pp. 399 e 489 s.

(9) Huguccio, gl. *officiis* in c. 6, D. XCVI, ed. Maassen, *Beiträge zur Gesch. der juristischen Literatur des Mittelalters, insbesondere der Decretisten - Literatur des zwölften Jahrhunderts*, in *Sitzungsberichte der phil. - hist. Classe der kaiserl. Akademie*, Vienna, 1857, p. 68, nt. 1.

scuola, non esitò a mostrarsi aderente alla vecchia tradizione di Gelasio, seppur senza indulgere a svolgimenti polemici del tema che il rinforzarsi della corrente avversaria avrebbe giustificati, ma la sua naturale prudenza gli inibiva (10).

3. La consacrazione dell'imperatore nell'insegnamento dei canonisti moderati

Eppure - occorre a questo punto sottolineare - anche il fermarsi dell'opinione dominante su posizioni in apparenza tanto moderate non escludeva del tutto l'ammissibilità di una certa mediazione del pontefice nell'atto del conferimento dei poteri al principe.

La cerimonia dell'incoronazione rimaneva un requisito formale necessario perché si completasse l'*iter* per l'assunzione della suprema dignità; e che tale requisito non si limitasse a venir invocato nelle aule accademiche trova conferma nella costanza con cui gli imperatori vi si sottomisero e talvolta ostinatamente lo richiesero.

Se dunque, sotto il profilo sostanziale, gli atteggiamenti scientifici comuni aderivano alla prassi politica - che da una parte aveva da secoli collegato il conseguimento dei massimi poteri con l'azione del principio elettivo, magari combinato con quello ereditario (11), e dall'altra si preparava a sfociare in quelle diete di Rhens e di Francoforte del 1338 ove sarà sancito che l'imperatore eletto non abbia bisogno di conferme o approvazioni pontificie (12) - restava tuttavia che i canonisti non potevano fare a meno di riconoscere un tipo particolare di efficacia alla consacrazione ad opera del papa.

Salvo che, coerentemente con le premesse dualistiche che si fondavano in linea di principio sulla separazione dei poteri ecclesiastico e civile, messa da canto l'ipotesi di una vera trasmissione dei poteri, a quella consacrazione finivano con l'assegnare

(10) Si vedano la discussa gl. *imperatorem* in c. 24, D. XCIII (sulla quale Hugelmann, *Die Wirkungen der Kaiserweihe nach dem Sachsenspiegel*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, 1919, *Kan. Abt.*, p. 19), le gl. *quibus auctoritas, te pendere* in c. 10, D. XCVI, la gl. *discrevit* in c. 8, D. 10, ecc.

(11) Si veda per tutti Mitteis, *Die deutsche Königswahl: Ihre Rechtsgrundlagen bis zur Goldenen Bulle*, Baden bei Wien, s.d. (ma 1938), p. 15 ss.

(12) Cfr. Mirbt, *Quellen zur Gesch. des Papsttums und des römischen Katholizismus*, IV ed., Tübingen, 1924, p. 223, n. 383 s.

un carattere soltanto spirituale: essa aveva continuato d'altronde, fino al secolo XII, a venire annoverata tra i sacramenti e ad atteggiarsi un po' come l'"ordine" dei sacerdoti al quale fino a quel tempo rimase appunto collegata (13). E la cosa doveva avere conseguenze di rilievo: perché in tal modo si poneva l'accento sulla dignità religiosa trasmessa al consacrato.

È un punto la cui importanza non va sottovalutata.

Perché certo l'elemento religioso costituiva una notevole componente dell'istituto della sovranità quale venne delineato dal mondo medievale genuino, e si può dire che in questo mondo fu una delle ragioni principali del comune e incontrastato riconoscimento della straordinaria potenza deposta nelle mani dei principi, tale da estrinsecarsi nell'istituto della pienezza dei poteri.

«Rex non est mere laicus» ripeterà ancora sul finire del Duecento Marino da Caramanico (14) innestandosi su una tradizione specialmente diffusa nella scuola canonistica.

La forza intima della realtà che esprimeva questa affermazione era stata da tempo saggiata anche sul piano politico, perché già negli anni movimentati di Gregorio VII i curialisti ne avevano tratto un considerevole argomento per garantire la legittimità delle interferenze pontificie nei confronti di un potere che veniva fino a un certo punto assimilato a quello episcopale. Argomentazione che alla mentalità medievale non sembrò certo ardita come pare a noi, e si rivelò accettabile ad autori della levatura di un Manegold von Lautenbach (15).

In questo ambiente di pensiero, dunque, è allusiva a un'importante interferenza pontificia anche l'opinione moderata, diffusa nella scuola canonistica, che individuava nell'incoronazione soltanto l'efficacia di una *unctio* e di una *confirmatio*.

«Si ergo alicubi inveniatur vel innuatur, quod imperator habet potestatem gladii a papa, sic intelligo, id est unctionem et confirmationem quam a papa accipit et iurat fidelitatem...».

(13) Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, II ed. a cura di R. Buchner, Münster-Köln, 1954, p. 68 ss.

(14) Sul suo pensiero in proposito ci si è già intrattenuti più sopra (cap. II, paragrafo 8).

(15) Fliche, *Les théories germaniques de la souveraineté à la fin du XIe siècle*, in *Revue historique*, 1917, p. 43 ss.

scrive Uguccio (16), che non a caso si sceglie nella sua veste di maggior rappresentante della corrente dualistica tra gli studiosi del Decreto prima del Duecento.

E in un altro frammento ancora più significativo:

«Nota quod non dicitur imperator antequam accipiat coronam a papa. Sed dico: non ante *dicitur* imperator, *est* enim imperator, non quoad unctionem vel confirmationem, sed quoad impletionem et iurisdictionem» (17).

Specialmente quest'ultimo brano contiene forse più di quanto in apparenza non esprima.

È anzitutto notevole sapere che nel linguaggio del tempo la qualifica di “imperatore” competeva all'eletto soltanto in seguito alla cerimonia religiosa, segno della diffusa convinzione che soltanto quando la componente sacra della *maiestas* aveva ricevuto regolare suggello in un atto formale eseguito dal massimo sacerdote della cristianità, soltanto allora la dignità suprema poteva dirsi compiutamente assunta dal nuovo *princeps* scelto dalla ristretta cerchia di elettori.

L'espressione di Uguccio si carica dunque di significati impliciti.

È vero che la *iurisdictio* in sé, la quale all'atto pratico rende il sovrano capace di governo, non può venir trasmessa dal papa che non ne è il dispensatore; ma l'aureola della sacralità, ch'è elemento sostanziale e necessario dell'impero, può venir assegnata soltanto dal pontefice; è un marchio indispensabile che imprime unicamente il sacerdote, mediatore tra Dio nel cielo e i fatti umani sulla terra.

Sempre sulle posizioni moderate, e in fondo sostanzialmente in linea con l'insegnamento di Uguccio, l'ignoto autore della *Summa* oltremontana *Et est sciendum* apre definitivamente gli orizzonti. Negandosi, come deve negarsi, un intervento attivo del pontefice nell'assegnazione dei poteri concreti, cosa riceve il principe quando viene “unto”?

(16) Gl. *officiis*, cit., ed. Maassen, loc. cit.

(17) Huguccio, gl. *sicut iam* in c. 1, D. XXIII, illustrata dall'Ullmann, *Medieval Papalism. The political Theories of the Medieval Canonists*, London, 1949, p. 143, nt. 2.

«Quid ergo a papa accipit cum inungitur imperator?». La risposta è succinta e molto suggestiva: «confirmationem potestatis accepte, vel ut ei tanquam Imperatori liceant, non simpliciter» (17a).

Tornava evidentemente l'immagine di una metamorfosi del *regnum simplex* nell'*imperium* per mezzo della cerimonia sacrale.

Questi motivi ideali, che all'inizio della scuola si colgono con vivacità particolare nella dottrina canonistica - non solo per il naturale interessamento maggiore suscitato qui dall'intervento del pontefice in una cerimonia di natura religiosa, ma altresì per i più espliciti appigli testuali nelle fonti - finiranno col riverberarsi sul pensiero civilistico.

Basti per ora anticipare uno dei più significativi traguardi raggiunto in pieno Trecento dal pensiero di un giurista dei più grandi: a Baldo degli Ubaldi la consacrazione dell'imperatore apparirà atta a largirgli quella *plenitudo potestatis*, quasi mistica che, innalzandolo al di sopra dell'ordinamento, lo condurrà alle vette supreme del potere. La normale *administratio*, ossia il diritto di governo, conseguirà invece alla semplice designazione da parte dei principi elettori.

Ma son teorie che troveranno più avanti una migliore spiegazione. Per ora si torni ai canonisti.

4. *La tendenza a scindere la sovranità in due immagini: il binomio auctoritas-administratio*

La consapevolezza dell'esistenza di un binomio *regnum-imperium*, costituito da termini non confondibili, affondava dunque le radici in vecchi motivi che, ri-emergendo con forza nel primo secolo dell'elaborazione canonistica, fornirono a questa la chiave per la soluzione più accreditata d'un problema per l'epoca certo scottante: quello relativo alla posizione del papa nel momento dell'assunzione dei poteri da parte dell'imperatore.

(17a) Ed. Gillmann, *Die Dekretglossen des Cod. Stuttgart. hist. f. 419*, in *Archiv fuer katholisches Kirchenrecht*, 1957, p. 213 s.

Ma di questo binomio occorre sottolineare ora l'implicazione forse più suggestiva: cioè il suo evidente presupporre una bipartizione del concetto di sovranità in due aspetti non solo affatto diversi, ma per di più reciprocamente indipendenti, così da permettere all'occasione che l'uno vivesse, staccato dall'altro, una propria vita autonoma. Il caso del principe eletto ma non ancora consacrato ne offre un esempio chiarificatore: egli è dotato del *regnum* e non ancora dell'*imperium*, o di questo tutt'al più - per tenere conto di certe posizioni ben rappresentate dalla glossa di Uguccio ricordata ora - soltanto nella sua configurazione effettuale priva cioè di quel contenuto di idealità e di quel carattere sacro che ne costituiscono la sostanza più pura.

Ora, la tendenza medievale a scindere il potere in due immagini contrapposte è forse la caratteristica maggiore del pensiero giuridico-politico dell'età di mezzo.

È già, in definitiva, manifestazione di questa tendenza la concezione corrente presso i decretisti che nell'indagare il problema del *gladius materialis* - inteso nel senso tecnico di potere coattivo della Chiesa in conformità con la moderna tesi dello Stickler suffragata da un imponente esame delle fonti - ne videro la titolarità astratta restare nelle mani del pontefice, e il suo mero *usus* o *exercitium* venir delegato al principe, che in tal modo avrebbe adempiuto ai compiti di braccio secolare.

Titolarità teorica da una parte, dall'altra l'*exercitium* vero e proprio o l'*usus*: è una distinzione talmente diffusa nella scuola decretistica da non richiedere un elenco di fonti che risulterebbe inutile (18), ed è una distinzione che già rivela a sufficienza come la bipartizione del concetto del potere si fondasse sul paragone tra un'autorità puramente "astratta" e una potestà esercitata in "concreto" nella prassi quotidiana.

L'identico significato di sostanza è da scorgersi in altra distinzione ch'ebbe singolari fortune presso i decretisti e, opponendo l'*auctoritas* all'*administratio* sem-

(18) Basti ricordare quelle illustrate dall'Ullmann (*Medieval Papalism*, cit., p. 195 s.), quelle numerose edite dallo Stickler (specialmente nei suoi studi *Der Schwerterbegriff bei Huguccio*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1947, p. 215 ss.; *Sacerdotium et Regnum nei decretisti e primi decretalisti*, in *Salesianum*, 1953, p. 588 ss.; *Imperator Vicarius Papae*, in *Mitteilungen des Instituts fuer oesterr. Geschichtsforschung*, 1954, p. 183 ss.), in gran parte riprese dal Kempf (*Papsttum und Kaisertum bei Innocenz III*, Roma, 1954, p. 201 ss.), nonché gli interessanti frammenti pubblicati dal Juncker (*Die Summa des Simon*, cit., p. 492 ss. in nota).

plice, intendeva qualificar diversamente i poteri di natura disparata assegnati a vari gradini della gerarchia ecclesiastica. È una distinzione già sufficientemente elaborata, ai primordi della scuola, in un celebre passo di Rufino che per meglio illustrarla si richiama alla posizione differente fatta al vescovo e all'economo:

«...summus Pontifex, qui beati Petri est vicarius, habet iura terreni regni. Sed animadvertendum est quod *ius aliud est auctoritatis, aliud amministrationis*. Et quidem ius auctoritatis quemadmodum in episcopo, ad cuius ius omnes res ecclesiastice spectare videntur, quia eius auctoritate omnia disponuntur; ius autem amministrationis sicut in yconomo; iste enim habet ius amministrandi, sed auctoritate caret imperandi: quicquid aliis precipit, non sua sed episcopi auctoritate indicit... Ipse vero princeps post ipsum (=pontificem) auctoritatem habet seculares regendi, et preter ipsum officium amministrandi...» (19).

Sorvoliamo pure sull'argomento della problematica prospettata in questo passo che, partendo dal più ristretto significato del *gladius* inteso come simbolo del potere coattivo materiale della Chiesa, una volta collegatolo con le funzioni del principe, almeno in apparenza trascorre a confonderlo con la più vasta immagine della *iurisdictio* statale: trasformando cioè l'assegnazione al sovrano laico dei compiti protettivi, propri del "braccio secolare", nella delega di poteri assai più ampi.

Quanto più importa è che il binomio *auctoritas-administratio* non sembrò capace di un'utile applicazione al problema della sovranità, se non altro perché il secondo termine, individuando il complesso di diritti di amministrazione che competono all'economo - il quale li esercita sì con un'azione di comando, ma svolgendola solo nel nome del suo superiore - da una parte richiamava fenomeni di delega forse in questo caso troppo intimamente connessi con il diritto privato, dall'altra avrebbe potuto condurre con facilità a qualche fraintendimento e postulare, nell'ipotesi di un riferimento al principe laico, una reale subordinazione al pontefice

(19) Rufinus, *Summa*, alle parole *terreni simul* del c. 1, D. XXII, ed. Singer, Paderborn, 1902, p. 47.

inteso come superiore e come unico detentore originario ed effettivo del potere temporale. Avrebbe cioè potuto con qualche forzatura presupporre l'accettazione di quelle tesi ierocratiche che fino al Duecento stentaron invece a emergere. Sebbene - occorre ricordare - la tematica genuina si limitasse per lo più a coinvolgere l'attribuzione all'imperatore, o eventualmente al re, del solo potere coattivo materiale della Chiesa.

Comunque, con un approfondimento singolare, un'altra *Summa* anonima e sufficientemente antica ritenne di dover porre un momento intermedio tra l'*auctoritas* e l'*administratio*, e preferì insegnare: «...est enim *ius auctoritatis* in papa, *potestatis* in imperatore vel episcopo, *administrationis* in yconomo...» (20).

Dove il termine *potestas*, instaurando un paragone tra imperatore e vescovi, sembrava meglio salvare la dignità del primo e lasciava forse minor agio ad ardite costruzioni ierocratiche.

Se tuttavia questa tripartizione non ebbe successi duraturi, ciò che nel passo citato attira maggiormente l'attenzione è il rilancio della vecchia antitesi tra *auctoritas* e *potestas* che il mondo romano aveva disegnata utilizzandola in campi particolari, e nel Medioevo andava acquistando ormai valori nuovi e assai più generali.

5. *Il rilancio della distinzione romana tra auctoritas e potestas*

Già all'epoca romana, ad ogni modo, l'*auctoritas* aveva rappresentato quella "suprema autorità carismatica" - per usare una suggestiva definizione dello Schulz (21) - di cui era investito il senato e fu investito il principe, e sin dai tempi antichi si contrapponeva alla *potestas* che conferiva invece il potere sul piano esecutivo. Due termini di un binomio, dunque, la cui correlazione era andata accentuandosi durante il Basso Impero, in un processo forse facilitato - dopo che

(20) Così la *Summa Tractatus magister*, alle parole *terreni simul* del c. 1. D. XXII, ed. Stickler, *Imperator Vicarius Papae*, cit., p. 203.

(21) Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, p. 182.

i barbari divennero protagonisti sulla scena politica del tempo - dal confronto latente tra il monarca di Bisanzio e i re germanici. Un processo, in definitiva, che sta alle radici di quell'antitesi tra *regnum* ed *imperium* che si è vista percorrere il Medioevo nel corso di una lunga tradizione, antitesi sulla quale non ci si è soffermati a caso.

Mentre non è qui il luogo di approfondire il significato romanistico del binomio *auctoritas-potestas* - d'altronde ben noto alla storiografia - basterà ricordarne i caratteri di fondo, che son poi quelli che verranno accentuandosi coi secoli e maggiormente illumineranno il problema medievale della sovranità: l'*auctoritas* continuò a designare un potere astratto, la *potestas* a propendere per il concreto, ossia per l'effettivo, quotidiano esercizio di un governo.

Che i canonisti, dopo la nascita della scuola bolognese, avessero introdotto con tanta disinvoltura quei due concetti nel loro patrimonio tecnico, può forse consentire di supporre un uso tradizionale in qualche modo risalente al Basso Impero (22): epoca in cui se ne ha testimonianza in una famosissima lettera papale.

Si allude a quell'epistola di Gelasio I in cui il pontefice affermava la distinzione dei poteri spirituale e temporale, contrapponendo, appunto, l'«*auctoritas* sacra pontificum» e la «*regalis potestas*».

Se è possibile che tale contrapposizione riflettesse indirettamente quella parziale svalutazione del potere laico che lo stesso Gelasio, ribadendo l'inferiorità delle cose temporali nei confronti di quelle spirituali, aveva suggerita, è assai probabile che si trattasse di un atteggiamento psicologico più o meno consapevole e non dell'impiego puntuale di una terminologia tecnica. All'Ullmann, che ha difeso quest'ultima opinione (23), il Folz ha fatto osservare come il suo discorso, per quanto logico e attraente, sfociasse in conclusioni forse troppo ardite: ossia che Gelasio proclamasse già ai suoi tempi il potere imperiale subordinato alla Chiesa e al suo

(22) Alle vicende del binomio ha dedicato uno studio specifico il David, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IXe au XVe siècle*, Paris, 1954, specialmente pp. 16-86.

(23) Ullmann, *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, London, 1955, p. 20 ss.

controllo proprio in una lettera chiaramente rivolta invece a configurare due dignità distinte e autonome (24).

Ed è, tutto compreso, più facile supporre che le parole differenti adoperate da Gelasio a designare la dignità papale e quella regia non indicassero una loro diversa qualificazione obiettiva - attribuendo intenzionalmente all'*auctoritas pontificum* un contenuto peculiare atto a innalzarla ad un rango più elevato - ma avessero il compito di strumentare una semplice antitesi retorica (25).

Ad ogni modo, abbia o non Gelasio attribuito al binomio un senso tecnico, qui potrà esser sufficiente sottolineare l'importanza della sua introduzione nel linguaggio ufficiale della Chiesa, e in particolar modo in un frammento destinato ad essere inserito, a distanza di sei secoli, in quel Decreto di Graziano (26) che costituirà il libro di testo di parecchie generazioni di giuriconsulti. Qui infatti risiede la rilevanza storica del testo, perché in sé, a onor del vero, l'epistola gelasiana non aveva operato alcuna innovazione sul piano terminologico adottando quell'antitesi: sin dal tempo di Tertulliano e di Cipriano la Chiesa usava attribuire a Dio, e quindi ai vescovi, un'*auctoritas* somma da una parte e dall'altra una *potestas* volta al comando concreto e alla sanzione (27), prendendo ovviamente a prestito termini e concetti dal mondo giuridico romano.

6. *Un parallelo con la teoria privatistica del dominio diviso*

Auctoritas-administratio, *auctoritas-potestas* son dunque forme di quella stessa contrapposizione teorica tra due aspetti del potere in cui il pensiero dell'età intermedia espresse la propria tendenza a scindere la sovranità astratta e sacrale dall'effettuale e concreto diritto di governo.

(24) Folz, *La papauté médiévale vue par quelques-uns de ses historiens récents*, in *Revue historique*, 1957, p. 37.

(25) Già suggerita dallo Stein e dal Gmelin, quest'opinione è ora difesa dall'Ensslin, *Auctoritas und Potestas. Zur Zweigewaltenlehre des Papstes Gelasius I.*, in *Historisches Jahrbuch*, 1955, p. 665 ss.

(26) *Decretum*, c.10, D. XCVI.

(27) Tabacco, *La relazione fra i concetti di potere temporale e di potere spirituale nella tradizione cristiana fino al secolo XIV*, Torino, 1950, p. 19 ss.

Tendenza il cui valore generale è ben dimostrato dalle manifestazioni tutt'altro che limitate al mondo del diritto, ma significativamente presenti anche in quello filosofico-teologico.

Si pensi a S. Bernardo, cui la storiografia ha conferito a lungo un posto di rilievo tra i teorici della bipartizione del potere: il suo distinguere tra le potestà ad *nutum* e ad *usum* non è probabilmente che il rilancio di una teoria già affermata nella tradizione (28). Pur riferita alla dottrina delle due spade e quindi probabilmente da intendersi nella portata più ristretta del significato tecnico rivendicato ai *gladii* dallo Stickler, essa è comunque illuminante come conferma di una contrapposizione tra il concetto ideale della sovranità e il suo esercizio pratico. Contrapposizione corroborata dal collegamento con una metafora teologica, che individuava l'origine mistica dello Stato astratto in quella classe di enti del corteo divino designati come *Potestates*, quella invece del governo effettuale nelle *Dominaciones*: conferma definitiva - di cui è inutile rilevare l'apparente indeterminatezza come ha fatto lo Scaduto (29) - della fede nella realtà sostanziale e necessaria della bipartizione di cui qui si tratta.

Quando, più tardi, l'influenza di schemi aristotelici sull'esposizione della teoria del *gladius* materiale condiziona a mezzo del Duecento l'insegnamento di Innocenzo IV, si udrà parlare di una potestà *potentialis* opposta a una *actualis*: la prima spettando al papa, la seconda al principe (30). Qualche decennio prima un passo di Alano aveva già espresso il medesimo concetto in un linguaggio più familiare ai suoi contemporanei, e aveva distinto una *potestas* in *habitu* e una in *actu*, confermando un uso terminologico che riscosse larghi successi presso i giuristi del tempo della prima-decretalistica (31).

(28) Cfr. Arquillière, *Origine de la théorie des deux glaives*, in *Studi Gregoriani*, 1947, p. 503.

(29) Scaduto, *Stato e Chiesa negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Ludovico il Bavaro (1122-1347)*, Firenze, 1882, p. 20 s.

(30) Tabacco, *La relazione fra i concetti*, cit., p. 187 s.

(31) Il passo di Alano è stato messo opportunamente in risalto dall'Ullmann (*Medieval Papalism*, cit., p. 195): il quale tuttavia sostituisce arbitrariamente il termine *potestas* con l'espressione *plenitudo potestatis*, inducendo così in un errore che non è soltanto terminologico, ma addirittura concettuale.

V'è chi di fronte alle suggestive dottrine lanciate nella scuola canonistica in termini diversi, ma come si è visto con un tema unico, ha tentato di chiarirne il senso più riposto ricorrendo a un paragone tratto dal mondo civilistico. È un paragone da utilizzare ovviamente con cautela, ma certo assai attraente: quello con la teoria del dominio diviso che rappresentò il cardine della concezione medievale della proprietà (32). Se ne è trattato nel precedente capitolo: e si è detto come nel *dominium directum* si individuasse la semplice titolarità astratta di un diritto, mentre il *dominium utile* raccoglieva quei poteri di effettiva amministrazione e di godimento che sembravano troppo ampi per venir costretti entro la categoria degli *iura in re aliena*, ed evocavano, piuttosto, l'esercizio delle facoltà di un vero proprietario.

Ora, è bene rammentare che il problema privatistico del *dominium* e quello pubblicistico della sovranità non erano poi così distanti l'uno dall'altro come potrebbero apparire al giorno d'oggi: non è forse vero che le prime definizioni dei poteri del principe presero l'avvio proprio dall'istituto della proprietà? Si è già fatto cenno della celebre polemica, sollevata secondo la leggenda da un quesito posto da Federico Barbarossa, sul modo d'interpretare la qualificazione dell'imperatore come *dominus mundi*: per venire incontro ai desideri del monarca, Martino ne avrebbe fatto un proprietario di tutti i territori racchiusi nell'Impero (*dominium quoad proprietatem*); più moderato, Bulgaro avrebbe per primo tentato invece, pur senza osare ancora negargli la titolarità di un *dominium*, una maggior caratterizzazione di questo in senso pubblicistico indirizzandolo principalmente verso compiti di governo e di tutela (*dominium quoad iurisdictionem et protectionem*) (33).

La tesi di Bulgaro ottenne per molto tempo il favore della scuola, anche per la ragione squisitamente tecnica che l'opposta dottrina sembrava non tener conto della circostanza che la proprietà del principe sul mondo avrebbe dovuto comprendere quella di tutti i beni stabili nel mondo contenuti, i quali facevano invece

(32) È un parallelo proposto dal Pacaut, *La théocratie. L'Eglise et le pouvoir au Moyen Age*, Paris, 1957, p. 183.

(33) La leggenda e le sue varianti furono già descritte dal Savigny, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad.it. Bollati, II, Torino, 1857, p. 98 s.

capo a singoli proprietari: di questi e dell'imperatore si sarebbe dunque dovuto configurare di necessità un *dominium* solidale, mentre il *dominium* solidale, com'è noto, non esiste.

Sono tutte dottrine - nate nella leggenda e poi fatte proprie dalla scuola - da tempo ormai ben note agli studiosi e sulle quali non val la pena insistere; il loro richiamo in questo luogo vuole soltanto rivelare come il confronto fatto dal Pacaut tra il duplice aspetto assunto dalla sovranità medievale e la doppia qualificazione della proprietà negli istituti del *dominium directum* e *utile*, pur con tutta la prudenza che ogni confronto impone, si può tuttavia accogliere per il valore storico di fondo che rivela, dato il contatto tra le costruzioni pubblicistiche e privatistiche che potevano benissimo venir assoggettate a svolgimenti in sostanza analoghi.

Il *dominium-directum*, infatti, può rappresentare adeguatamente quel *ius nudum* di cui parla il Kempf a proposito dell'astratta *auctoritas pontificis* relativa al gladio materiale (34). Uguccio la chiama *potestas nuda* (35); nell'un caso e nell'altro l'immagine della nuda proprietà viene evocata agli occhi nostri con naturalezza.

E come la concezione del dominio diviso, pur creando due immagini teoricamente contrapposte, le mantiene tuttavia collegate in una necessaria correlazione; come tale teoria non nega l'unità sostanziale di un fenomeno di cui pur coglie articolazioni diverse, così la distinzione dei due atteggiamenti rivelati dalla sovranità non disconosce la natura fondamentalmente unica di una figura che, come Giano, mostra tuttavia due volti.

È singolare, in proposito, l'acuto avvertimento di una *quaestio* contenuta in un manoscritto di Bamberg: «Attende lector, quia non potestas secernitur, sed officia separantur» (36).

(34) Kempf, *Papstum und Kaisertum*, cit., p. 201.

(35) Nella già cit. glossa al c. 10, D. XCVI.

(36) Ed. Stickler, *De potestate gladii materialis Ecclesiae secundum "Quaestiones Bambergenses" ineditas*, in *Salesianum*, 1944, p. 192.

7. L'iter "discendente" e l'iter "ascendente" della derivazione del potere

Chi volesse indagare ulteriormente i motivi storici di fondo che alimentano la tendenza così diffusa nell'età di mezzo a distinguere le due facce della sovranità, delle quali finora si è discusso, non potrebbe fare a meno di cogliervi un'eco vivacissima di un problema che impegna alquanto il pensiero di quei tempi.

Si allude all'esigenza di conciliare il principio elettivo, che regolava la designazione dell'imperatore, con la convinzione, ugualmente radicata, della provenienza da Dio di ogni potere.

Già un secolo fa, quando il tema della sovranità popolare era di moda e gli storici accentuavano l'importanza del "precedente" offerto dal mondo germanico alto-medievale, il Förster invitava tuttavia a non chiudere gli occhi sul principio della derivazione divina del potere, che sull'altro si venne innestando di buon'ora (37). Qualche anno più tardi il von Bezold (38) aggiungeva la constatazione che il Medio Evo non esclude affatto la contemporanea validità dei due concetti: e la storiografia successiva ha continuato a chiedersi come fosse lecito integrare l'un con l'altro - per usare la terminologia dell'Ullmann (39) - un iter "ascendente" e uno "discendente" del potere, a seconda cioè che la corona fosse vista salir dalle mani dei sudditi in quelle dell'imperatore o discendere a lui dal cielo. Il primo processo di carattere empirico-giuridico, spiegò il Kern (40), il secondo ideale teocratico: e questa notazione acuta - senza voler qui anticipare quanto si dirà più oltre - già richiama alla mente quei vari binomi espressivi della bipartizione del potere, nei quali un elemento si indirizzava appunto verso il fatto concreto e l'altro verso la raffigurazione astratta.

(37) Förster, *Die Staatsgedanke des Mittelalters*, Greifswald, 1861, p. 21.

(38) Von Bezold, *Die Lehre von der Volkssouveränität während des Mittelalters*, in *Historische Zeitschrift*, 1876, ora in *Aus Mittelalter und Renaissance*, Muenchen-Berlin, 1918, p. 3.

(39) Cfr., dell'Ullmann, la recensione a Odenheimer in *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, 1958, p. 363; *Die Machtstellung des Papsttums im Mittelalter*, Graz-Koeln, 1960, pp. XXIV, nt. 2, XXXIV, nt. 13, 185 s.; *Law and the Medieval Historian*, nei *Rapports XIe Congrès des sciences historiques*, Göteborg-Stockholm-Uppsala, 1960, III, specialmente pp. 36, 40 s., 55 ss.; *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London, 1961, p. 20 ss., ecc.

(40) Kern, *Gottesgnadentum*, cit., p. 43.

Ora, quanto all'*iter* ideale teocratico di una discendenza della sovranità da Dio, esso era simboleggiato da quell'atto formale dell'incoronazione ad opera del papa di cui si è discusso più innanzi a sufficienza perché sia qui inutile dilungarsi ancora.

Sulla concezione dell'*iter* ascendente, che evoca un'originaria sovranità del popolo, occorre invece a questo punto spendere due parole: e l'argomento conduce ad abbandonare il campo canonistico per inoltrarsi ormai decisamente in un esame del pensiero dei legisti.

8. *I civilisti e il problema della lex regia: l'interpretazione gosiana*

Toccò infatti agli studiosi del *ius civile* render conto di quella *lex regia* di cui essi incontravano più volte il ricordo nelle fonti (41), e ch'è ben nota a tutta la storiografia per la forte incidenza sul pensiero politico-giuridico di secoli: si trattava della decisione comiziale con cui il popolo romano, detentore originario della sovranità, l'aveva conferita piena e integra al principe, segnando in tal modo formalmente la fine dell'età repubblicana.

I glossatori furono di regola proclivi a individuare il contenuto principale del potere trasferito nella facoltà di emanar leggi. Cosa, d'altronde, che non eccita alcuna meraviglia perché certo ai loro tempi, e ai loro occhi di giuristi, l'attività legislativa si presentava come il simbolo più chiaro della potestà sovrana. Essi tennero più volte a ribadirlo, sottolineando i necessari agganci che dovevano legare l'una all'altra: «is quidem auctoritatem legis condende habet qui potestatem precipiendi habet» insegna già l'antica *Summa Trecensis* (42).

Comunque, tenendo presente la constatazione che spesso la *lex regia* veniva esaminata dall'angolo visuale più ristretto e interpretata come la concessione del

(41) Cfr. *Cod.* 1, 17, 1, 7, *Dig.* 1, 4, 1 pr. e *Inst.* 1, 2, 6.

(42) *Summa Trecensis*, I, 14 *de legibus et const.*, paragrafo 3, ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 16.

solo potere di far norme, resta che i glossatori vi dedicarono largamente il proprio studio e la intesero in modi molto vari.

Il primo punto che richiamò l'attenzione, e sul quale si impennò una polemica, fu costituito dal significato da attribuire al verbo *transferre* che le fonti impiegavano a designare l'atto dispositivo dei poteri compiuto dal popolo in favore del principe.

La storiografia usa, a tale proposito, riferire una glossa antichissima, assegnata nientemeno che a Irnerio, il fondatore quasi leggendario della scuola.

Si trattava del primo tentativo - che doveva dar l'avvio a una successiva tradizione molto ricca - di concordare due fonti celebri che contenevano insegnamenti affatto opposti sul tema dei rapporti tra i due tipi maggiori di norme dell'ordinamento: una costituzione costantiniana che negava l'abrogazione consuetudinaria della legge (43), un frammento di Salvio Giuliano che invece l'ammetteva (44).

Quest'ultimo, poi, poteva apparir tale da svuotare in gran parte del proprio contenuto la *lex regia*, col suo configurare interferenze tanto pesanti dell'attività normativa del popolo con quella dell'imperatore. E Irnerio spiega:

«loquitur hec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per desuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi» (45).

Il frammento fu pubblicato per la prima volta oltre un secolo fa dal Savigny, il quale lo ricondusse senz'altro al caposcuola per via della sigla *I*, di cui esso era corredato (46).

(43) *Cod.* 8, 52 (53), 2: «Consuetudinis usque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem».

(44) *Dig.* 1, 3, 32, 1: «Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes... quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur».

(45) Ed. Savigny, op. cit., III, p. 371.

(46) Il problema della sigla del frammento è posto dal Meijers, recensione al Calasso e Mochi Onory, in *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, 1952, p. 120, nt. 4.

Sigla di cui col tempo si negò tuttavia l'appartenenza a Irnerio: e i dubbi sull'attribuzione potrebbero venir ulteriormente alimentati dalla varietà dei segni che, a mo' di firma, vengono riportati da taluni dei manoscritti a me noti in cui la glossa si trova. Se uno di essi reca la sigla *az.* (47) - ma è con tutta probabilità la conseguenza di un'attrazione nell'apparato azzoniano contenuto in quel codice - altri preferiscono la sigla *yr.* (48): che in sé dovrebbe ricondurre a Enrico da Baila, ma lascia tuttavia sospettare una indebita alterazione di quella irneriana formata da una semplice *y*. Tutto compreso, a ogni modo, malgrado le incertezze - che troppo spesso, d'altronde, circondano il problema della paternità di opere del nostro Medio Evo - si può fare a meno di togliere a Irnerio il merito di aver scritto la glossa di cui qui si tratta se non altro perché nell'assegnargliela sono concordi due celebri testimonianze del primo Duecento: l'una di Carlo di Tocco nell'apparato alla *Lombarda*, l'altra di Accursio (49).

Comunque è facile rilevare come il frammento, nel tentativo di conciliare sul piano storico la *lex regia* - che avrebbe dovuto comportare l'illegittimità della desuetudine di leggi - con il passo di Giuliano che la consentiva, proprio sul piano storico incorreva in un piccolo errore, col suo sospingere il pensiero del giurista romano in epoca anteriore alla famosa decisione del popolo romano. Ma se non spetta a noi irridere all'ignoranza di qualche glossatore - tanto più che tale ignoranza è stata fin troppo sottolineata dalla storiografia e con troppa sufficienza - è ben più importante riscontrare come altri giuristi di poco posteriori se ne rivelassero già ai loro tempi consapevoli. Così Ugolino aggiunge alla formulazione irneriana: «sed certe et secundum has leges potestatem hanc habebat imperator...» e richiama a sostegno dell'affermazione Dig. 1,4,1 e Cod. 1,2,2,8: palesando nella precisazione addotta un acume che non può fare a meno di colpire (50).

(47) *Vat. lat.* 1408, fo. 7ra.

(48) *Vat. lat.* 2512, fo. 7ra; Paris, *lat.* 4461, fo. 5va.

(49) Cfr. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità*, III ed., Milano, 1957, p. 90, nt. 26.

(50) Ms. Paris, *lat.* 4461, fo. 5va.

Fino all'epoca di Ugolino, ad ogni modo, la tesi irneriana ebbe un certo seguito, e lo ottenne precisamente presso quella corrente che, dal nome del suo fondatore Martin Gosia, viene appunto designata con la qualifica di "gosiana". Era una tesi che, in fondo, respingendo ogni alternativa popolare al potere legislativo del monarca, finiva con l'accentrare la sovranità rigidamente nelle mani di quest'ultimo. A ben vedere, non era forse questa la tendenza espressa dalla celebre risposta di Martino al Barbarossa? L'intendere il potere imperiale come un *dominium quoad proprietatem*, nei confronti con il più blando *dominium quoad iurisdictionem* bulgariano, non conteneva forse la medesima premessa esaltatrice della potestà del principe ch'era implicita anche nella negazione di ogni facoltà legislativa in senso tecnico in capo ad altri, e in particolare al popolo?

Negazione, si badi bene, che incideva soltanto sull'idoneità a far "leggi" o ad abrogarle. Perché né Irnerio, né i suoi seguaci un po' più tardi si sognarono mai di defraudare il popolo della capacità di creare consuetudini, come ben dimostra la cura di cui quest'ultimo istituto venne circondato anche nella cerchia dei gosiani. Anzi, presso questi ultimi, l'ipotesi di contrasti tra leggi e consuetudini appare accentuata con particolare consapevolezza, e avvia un tentativo nuovo di conciliare l'interpretazione della *lex regia* e il riconoscimento della desuetudine contenuto nel frammento citato di Giuliano.

Fu un tentativo promosso, a quanto narra Accursio, da Martino stesso:

«...Vel secundum Martinum loquitur ibi - cioè nel passo giuliano - de alia consuetudine scripta, scilicet iure municipali, quae tollitur a sequenti consuetudine; non autem lex scripta in corpore iuris tollitur consuetudine...» (51).

Si tratta di una tesi la cui originalità colpisce per l'evidente richiamo a situazioni giuridico-politiche del tempo: perché si fonda sull'antitesi - propria del mondo comunale - tra consuetudini e statuti. Gli statuti, in definitiva, sono anch'essi un *ius scriptum* al pari delle *leges*: si può benissimo salvare il monopolio imperiale di

(51) Accursio, gl. *rationem...aut legem* al cit. *Cod.* 8, 52 (53), 2, *quae sit longa consuetudo, l. consuetudinis*.

queste ultime, pur ammettendo la desuetudine di un certo tipo di *ius scriptum*: basta circoscrivere il fenomeno al campo, appunto, statutario.

La teoria goslana, nella sua sostanza, trovò una eco qualche decennio più tardi nel grande Piacentino, il quale però la venne modificando leggermente.

Non è detto che Salvio Giuliano, parlando di desuetudine di leggi, volesse con il termine *lex* indicare necessariamente un diritto scritto: usò invece un vocabolo generico allusivo a qualunque tipo di norma, anche non scritta.

Sicché nulla vieta di pensare che il potere abrogatorio della consuetudine, quale Giuliano lo tratteggia, agisca solo nei confronti di altra consuetudine:

«...Quod ergo dicitur ff. de legibus, ibi, consuetudinem abrogare legem, sic debet intelligi, id est consuetudinem, non aliam. Sicut enim ius aliud scriptum, aliud non scriptum, sic dici potest lex alia scripta, alia non scripta... Ergo lex scripta tantum per legem scriptam cassabitur, et non scripta - id est consuetudo - tantum per legem non scriptam - id est per contrariam consuetudinem - abrogabitur: multo fortius et per legem scriptam... Item tali argumento hoc arguo: in principem per regiam legem populus Romanus omne ius transtulit, ergo ius condendi iura et abrogandi, sicque ius tale sibi non reservaverit...» (52).

La *lex regia* ritorna dunque al centro dell'argomentazione, in termini sostanzialmente identici a quelli già espressi da Irnerio: la tesi anzi - a parte le due testimonianze di Carlo di Tocco e di Accursio già citate, nelle quali il nome del caposcuola viene ricordato - sarà dalla scienza contemporanea o di poco successiva attribuita di preferenza al solo Piacentino.

(52) Piacentino, *Summa Codicis*, VIII, 56 *quae sit longa consuetudo*. La tesi è chiaramente riproposta dallo stesso Piacentino nelle aggiunte al commento di Bulgaro sulle *regulae iuris* (reg. LXVII - Dig. 50, 17, 67 - ed. Beckhaus, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius et Piacentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonnae, 1856, p. 59 s.) e viene adombrata anche in altro luogo della *Summa Codicis* (1, 14 *de legibus et constitutionibus*) e nella *Summa Institutionum* (1, 2 *de iure naturali*, ca. me.).

Era una tesi che poggiava su un ovvio presupposto: il trasferimento dei poteri nelle mani del principe a opera del popolo aveva avuto il carattere di una vera e definitiva alienazione.

9. *La tesi gosiana nella scuola fino al chiudersi del secolo XII*

Il che non toglie che il ricordo dell'originaria sovranità popolare dovesse conservare un certo peso anche per quei gosiani che ne negavano ormai l'attualità.

Benché tradizionalmente ricollegata con l'ambiente di Bulgaro, la *Summa Trecensis* si trova in realtà assai spesso allineata con l'insegnamento di Martino: e quando descrive l'*officium* che tocca ai detentori del potere - e consiste in ciò che «singulis hominibus provideant ut filiis propriis seu membris» -, essa lo riconduce senza incertezze al contempo al popolo e a colui «cui a populo hoc *permissum est*» (53).

L'immagine di una *permissio* che la collettività avrebbe data al monarca per l'esercizio del potere va vista con cautela, perché non è lecito dedurne il corollario - che apparentemente essa suggerisce - di una perdurante titolarità dei diritti sovrani in capo al popolo. Corollario che, pur con tutti i dubbi alimentati dalla eccessiva concisione della *Summa Trecensis*, sembrerebbe addirittura confermato dalla suggestiva descrizione dell'imperatore come semplice "ministro" o "vicario" dell'*universitas personarum* sulla quale regna.

Benché la storiografia concorde attribuisca al Piacentino la paternità di tale descrizione, essa risale probabilmente a un magistero un po' anteriore, se si prende per buona la sigla che riconduce a Rogerio una glossa parigina in cui si illustrano le modalità in cui la funzione del monarca va espletata:

«Scilicet tanquam ipsius universitatis, id est populi, ministro vicarioque, precipue istius ergo tempore aut ista potestas iam nulli alii competeat aut ab eo forte, ut senatus, eam habebat... R.»(54).

(53) *Summa Trecensis*, I, 14 *de legibus et const.*, paragrafo 3, ed. Fitting, cit., p. 16.

(54) Rogerio, gl. probabilmente in *Cod.* 1, 14, 12, 3 o 4 (ms. Paris, *lat.* 4536, fo. 17rb).

Il Piacentino, è vero, diede alla tesi la maggiore diffusione e ne trasse anzi una conseguenza che, a toglierla dal contesto del suo pensiero, potrebbe suonare come un'ulteriore svalutazione del potere imperiale; trascorrendo sul terreno dell'attività legislativa - secondo un uso che, si è visto, era corrente - egli sembrò addirittura ribaltare una celebre massima dell'assolutismo («quod principi placuit legis habet vigorem») in una vera e propria limitazione dell'attività normativa del monarca:

«...quod enim principi placuit legis habet vigorem: *id est vicem*, nam cum imperator proprie sit vicarius, eius censura, licet non sit lex, legis habet vigorem» (55).

Già il Brugi (56), e dopo di lui la voce fu concorde, derivò dal binomio *princeps-vicarius* la pericolosa rappresentazione di un *populus* la cui sovranità non era ancora spenta, tanto che di essa l'imperatore rimaneva in qualche modo tributario. Rappresentazione che risulta invece difficile da accogliere: basterebbe a mettere sull'avviso la singolare circostanza che proprio gli assertori medievali del binomio non parvero ritenerlo inconciliabile con la tesi dell'alienazione definitiva di ogni potere da parte della collettività.

Rogero è esplicito: «...olim populus habuit potestatem, vel cui populus concedebat. Nunc solus imperator, vel cui imperator concedit...» (57).

E il Piacentino, di cui d'altronde si è già incontrato il nitido pensiero sulla *lex regia* trattando dei rapporti tra legge e consuetudine, si esprime in termini altrettanto univoci: «...populus, in principem transferendo communem potestatem, nullam sibi reservavit...» (58).

(55) Piacentino, *Summa Institutionum*, I, 2 *de iure naturali*, post me.

(56) Brugi, *Le dottrine politiche dei glossatori*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino, 1921, p. 45 ss.

(57) Rogero, *Summa Codicis*, I, 12 *de legibus et const.*, paragrafo 5, ed. Palmieri, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, I, Bononiae, 1914, p. 56.

(58) Piacentino, nei luoghi cit. a nt. 52.

Sicché, pur intendendo l'imperatore come *minister* o *vicarius* in omaggio al fatto della provenienza formale del potere, la scuola fu convinta dell'accenramento assolutistico dell'autorità nelle sue mani, almeno fino alla generazione del Piacentino e del Bassiano: due maestri, infatti, che ancora appaiono in questo tema attestati su posizioni abbastanza vicine malgrado il proverbiale antagonismo (59).

In realtà, se si è fin qui vista la scuola gosiana campeggiare fornendo il materiale più solido alla costruzione, la scuola avversa pare taccia, lasciando l'impressione di una sostanziale uniformità della dottrina. Delle idee di Bulgaro circa la *lex regia* non si sa nulla, la *Summa Vindobonensis*, ch'è la più vicina al magistero bulgariano, omette di trattarne, della *Summa Trecensis* e di Giovanni Bassiano si è già notato il probabile allineamento con i seguaci di Martino nel consentire con la tesi della definitiva alienazione dei poteri a opera del popolo.

10. *Sua revisione critica a opera degli allievi di Giovanni Bassiano: la lex regia come semplice delega dei poteri*

È solo al tempo di Azzone e di Ugolino che la corrente ortodossa reagisce e interpreta la *lex regia* in modo nuovo.

Essa configura un trasferimento non totale di diritti; ne son rimaste *reliquiae* presso il popolo: «...Licet dicatur potestas translata in principem... dicitur enim translata, id est concessa, non quod populus omnino a se abdicaverit eam...», scrive Azzone nella *Summa Codicis* (60).

E altrove specifica che l'atto dispositivo interessa l'imperatore come il più meritevole *de populo*, e comunque si limita a privare dei diritti sovrani qualsiasi altra persona singola, ma non la collettività intesa come ente astratto, ossia come *universitas*.

(59) Lo testimonia Accursio (gl. *non ambigitur* in *Dig.* 1, 3, 9 e gl. *solus imperator* in *Cod.* 1, 14, 12, 5).

(60) Azzone, *Summa Codicis*, I *de legibus et const.*, par. 8.

«...Sed nec est ita translata quin sibi retinuerit; unde non est maioris potestatis imperator quam totus populus, sed quam quilibet de populo...» (61).

E ancora:

«...Vel dic quod non transtulit ita quin sibi retineret, transfert enim quandoque quis aliquid et sibi retinet... ergo si populus ante habebat et adhuc habebit. Dic ergo quod hic non excluditur populus, sed singuli de populo, et est simile in illo exemplo: solus Scipio civitatem vel universitatem Romanam liberavit. Non enim excluditur hic populus, quia falsum esset, sed singuli de populo: quia plus fecit ille quam aliquis aliorum; ideo singuli excluduntur, non universitas sive populus» (62).

È un motivo ricorrente sia in talune glosse anonime facilmente reperibili in parecchi manoscritti, sia - naturalmente - nel pensiero accursiano largamente tributario di quello di Azzone (63): ma poco interessa insistere su di esso.

Piuttosto importa rilevare come il significato del trasferimento dei poteri attuato dalla *lex regia* venisse presto definito sulla scorta di un parallelo con il negozio privatistico del mandato speciale. La scienza medievale ne attribuì concorde il merito a Ugolino: basti pensare alle testimonianze di Accursio nel momento finale dell'età dei glossatori (64) e di Cino ai primordi del commento (65). «...Sed certe non transtulit sic, ut non remaneret apud eum, sed constituit eum quasi *procuratorem ad hoc*...», scrive infatti Ugolino in una *distinctio* edita da Haenel (66).

(61) Azzone, *Lectura* del cit. *Cod.* 8, 52 (53), 2, alle parole *ususque longaevi*, paragrafo 2.

(62) Azzone, *Lectura* di *Cod.* 1, 14, 12, 3, *de legibus et const.*, l. *si imperialis*, paragr. *definimus*, alle parole *soli imperatori*.

(63) Cfr. Accursio, gl. *non ambigitur* in *Dig.* 1, 3, 9; gl. *abrogentur* in *Dig.* 1, 3, 32, 1; gl. *solus imperator* in *Cod.* 1, 14, 12, 5; gl. *imperium* in *Nov.* 6, *Coll.* I, tit. 6 pr.

(64) Cfr. la cit. gl. *non ambigitur*.

(65) Cino, *Comm.* della cit. l. *si imperialis* (*Cod.* 1, 14, 12).

(66) Haenel, *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, p. 585.

Malgrado le apparenti affinità, si trattava di una tesi ben diversa da quella che alludeva a un vicariato dell'imperatore, come le opposte conseguenze tratte in tema di *lex regia* ben dimostrano.

A questo punto il problema dell'origine e dell'effettivo esercizio del potere sembra porre l'uno di fronte all'altro, come termini di un dilemma, il popolo ed il principe.

E il pensiero civilistico a prima vista appare, per la sollecitazione datagli dalle fonti e dalla realtà comunale, propenso a considerare piuttosto quella che con l'Ullmann si è definita visione "ascendente" del potere, contrariamente alle tendenze canonistiche che, per il maggior peso delle convinzioni religiose e dei noti sviluppi della politica ecclesiastica, ci si è rivelato proclive a sottolineare quell'*iter* "discendente" che fa calare la sovranità dai cieli nelle mani dell'imperatore.

Non è qui il caso di soffermarsi sui celebri episodi storici che rivelano quali forti radici le interpretazioni date dai legisti alla *lex regia* avessero nella pratica del tempo: sulla delegazione inviata dai romani a Sutri presso il Barbarossa per ricordargli ch'essi avevano il diritto di eleggere l'imperatore (67); sulle ammissioni in proposito fatte da Federico II per blandire la città di Roma in funzione antipapale (68); sugli appelli rivolti a questa da Manfredi, timoroso di Carlo d'Angiò, per ottenere un'elezione; su quelli lanciati da Enrico di Lussemburgo e poi da Luigi di Baviera - seppur mosse diplomatiche dirette a solleticare la vanità di una plebe - che non avrebbero avuto senso alcuno se il problema del persistere di una sovranità nel popolo romano fosse stato confinato nelle aule accademiche e non avesse avuto una sicura rispondenza nell'animo dell'epoca (69).

11. *Il problema della provenienza da Dio della sovranità nel pensiero preaccursiano*

Ma è anche necessario rilevare come, in ispecie nella seconda metà del periodo della glossa, i civilisti si dimostrassero tutt'altro che insensibili alla questione di

(67) Cfr. Jordan, *Les origines de la domination angevine en Italie*, I, Paris, 1909, *Introd.*, p. CVIII.

(68) Jordan, *op. cit.*, p. CXX.

(69) L'episodio è richiamato con molta frequenza dalla storiografia: se ne vedano le suggestive descrizioni del Gregorovius, *Storia della città di Roma nel Medio Evo*, lib. XI, cap. 1, paragrafo 3 e cap. 3, paragrafo 4.

quel processo “discendente” del potere ch’era, ancor più che un argomento da affrontare sotto la spinta delle fonti, un dogma di fede per il Medio Evo cristiano irrinunciabile.

Le fonti, a dir il vero, qualche appiglio lo offrivano: soprattutto una novella giustiniana insegnava che «imperium... Deus de coelo constituit». E Giovanni Bassiano, probabilmente sul chiudersi del XII secolo, spiegava:

«quia propterea Deus de coelis Imperatorem constituit in terris, ut per eum tamquam per procuratorem leges, factis emergentibus, coaptet, ut hic proficiat subiectis ...» (70).

È difficile dire fino a che punto l’immagine dell’imperatore come *procurator* della divinità assumesse qui un significato tecnico puntuale tolto dall’istituto della delega; ma se anche una larga ispirazione del discorso fosse scaturita da intenti metaforici resterebbe tuttavia ben chiara una sicura consapevolezza della provenienza del potere dal cielo: e si può trascorrere sulla circostanza che il contenuto primo di quest’autorità derivata dall’alto fosse individuato - come più volte si è detto essere stata cosa affatto usuale presso i giuristi - nel retto espletamento di un’attività legislativa.

All’epoca di Accursio i germi racchiusi nell’insegnamento anteriore appaiono sviluppati in una costruzione ormai compiuta: Dio istituisce l’impero *de coelo*, il popolo *de terra*; Dio *permittendo*, il popolo *Dei dispositione*; Dio *auctoritate*, il popolo *ministerium*. Scendendo dal Paradiso per posarsi sul trono temporale, la sovranità passa dunque per le mani del popolo che, assumendo la funzione di semplice intermediario, agisce come incaricato della divinità su suo consenso:

«(imperium... Deus de coelo constituit): immo populus Romanus de terra, ut Inst. de iure naturali, § sed et quod principi (*Inst.* 1, 2, 6), quae est contra. Sed Deus constituit permittendo, et populus Dei dispositione. Vel dic: Deus constituit auctoritate, populus ministerio» (71).

(70) Giovanni Bassiano, *Summa Authenticorum*, Coll. VI, tit. 3, Nov. 73, *de instrumentorum cautela et fide*, in pr.

(71) Accursio, gl. *de coelo* al paragrafo *quia igitur* della cit. Nov. 73.

12. *«Imperium est a fortuna»: una tesi divulgata da Azzone*

Ma un'altra tesi - che compare già, sebbene soltanto in embrione, in numerose glosse antiche inedite ed è consacrata in un frammento azzoniano - avvia singolari svolgimenti che al tempo dei commentatori raggiungeranno risultati molto suggestivi.

Si allude alla sostanziale occasionalità con cui il destino sceglie una persona per investirla della dignità imperiale: lo spunto veniva offerto da una problematica diversa, ispirata dall'esigenza di definire la struttura legalitaria della sovranità.

In una famosa costituzione di Teodosio, infatti, si poteva leggere che l'autorità del monarca proveniva in fin dei conti dal diritto - «...de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas...» - e che pertanto era giusto ch'egli al diritto si sottomettesse! «Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri...» (72). L'interprete medievale era pronto a osservare che il seguir le leggi era una virtù dell'anima, quindi assai più pregevole e apprezzabile della semplice circostanza involontaria di trovarsi elevato sul massimo trono temporale.

«...Maius est si aliquis leges observet, quam si esset imperator. Primum enim de virtute animi est, quia cum quis observat leges non facit nisi licita et honesta, et carnem refraenat a suis desideriis. *Imperium autem est a fortuna unde, si fortuna volet, fiet de rhetore consul; si volet haec eadem fiet de consule rhetor...*» (73).

La tesi appare presto molto diffusa nella scuola e - ancor prima di confluire nella glossa *principatum* dell'apparato accursiano - essa viene fatta propria, con varianti di forma, sia dalla *Lectura* parigina (74) già attribuita dal Meijers a Carlo di Tocco (75), sia da numerose glosse di paternità incerta reperibili in vari manoscritti (76) -

(72) *Cod.* 1, 14, 4.

(73) Azzone, *Lectura* della l. *digna vox* (*Cod.* 1, 14, 4), paragrafi 15 e 16. Si veda anche la *Summa* dello stesso tit. al paragrafo 16.

(74) Nel commento della cit. l. *digna vox*, ms. Paris, *lat.* 4546, fo. 11va.

(75) Meijers, *Sommes, lectures et commentaires*, ora in *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 240 s.

(76) Glosse per lo più anonime alla l. *digna vox*, che brevemente spiegano come l'impero sia un dono della fortuna e l'osservanza delle leggi un segno di virtù, si trovano, ad es., nei mss. *Pal. lat.* 761, fo. 22rb; *Vat. lat.* 11598, fo. 18ra; *Vat. lat.* 11599, fo. 19rb; Paris, *lat.* 4536, fo. 17ra, ecc.

se è possibile ch'esse si riallaccino in qualche modo all'insegnamento azzoniano, non va peraltro escluso che l'opinione fosse già tradizionale all'epoca di quel glossatore.

È vero che la si enunciava, in margine alla legge *Digna vox*, per motivare l'esigenza che il principe, pur definito altrove *legibus solutus*, all'atto pratico si sottomettesse anch'egli ai precetti dell'ordinamento: ma essa evocava l'immagine di un potere astratto che si incarnava, per così dire, nella persona fisica di un governante, e implicitamente poteva suggerire una distinzione di quel potere astratto e delle sue manifestazioni concrete successive all'individuazione in un monarca.

13. *Cino da Pistoia e le radici della sua formula «imperium a Deo, imperator a populo»*

È plausibile che proprio dai germi nascosti nella dottrina azzoniana ricordata ora sia venuta col tempo sviluppandosi la teoria che diede una forma matura alla conciliazione dei due opposti principi della derivazione divina e di quella popolare della sovranità.

È uso attribuirne il merito a Cino da Pistoia, sin da quando il Chiappelli ne mise in rilievo un passo assai importante (77):

«Nec absurdum est quod sic a populo et a Deo, tanquam ab agente universali: sicut aliter dicitur homo hominem generat...Vel melius dico, quod imperator a populo est, sed imperium, cuius praesidatu imperator dicitur divinus, a Deo» (78).

Da una parte la caratterizzazione della figura astratta dell'impero come prodotto immediato dell'opera divina consentiva di riprenderne e sottolinearne quegli aspetti religiosi che si sono già visti esaltare l'immagine del monarca: «Notatur ex lege ista quod iura reputant imperatorem Deum, seu personam divinam, et hoc merito: quia imperium est a Deo» (79).

(77) Chiappelli, *Vita e opere giuridiche di Cino da Pistoia con molti documenti inediti*, Pistoia, 1881, p. 422 s.

(78) Cino, *Comm. in Dig. 1, 4, 3, de const. principum*, l. *beneficium*, in pr.

(79) *Ibid.*

D'altro canto l'elezione da parte del popolo si traduceva in una designazione della persona fisica, sulla quale doveva poi cader dal cielo la dignità universale. È sintomatica la metafora addotta a chiarimento: si dice che l'uomo genera l'uomo, eppure il mistero della nascita muove dal Creatore.

È vero che taluni spunti in questo senso erano stati adombrati nella prima decretalistica - il Post ha ricordato un frammento forse di Silvestro Ispano (80) - e in qualche scrittore politico coevo soprattutto francese: anzi, potrebbe non essere un caso che un'enunciazione di Giovanni da Parigi sia probabilmente di pochi anni anteriore a Cino.

Ed è anche vero che, sotto un certo profilo, il commentatore dovette trarre ispirazione dalla glossa accursiana che vede il popolo attivo come *minister Dei*. Ma certo la forzò a conseguenze non implicite nel pensiero del glossatore: ne nacque una dottrina nuova le cui vere scaturigini - a mio avviso - vanno ricercate piuttosto in talune impostazioni della scuola di Orléans.

Soprattutto un passo, a prima vista contorto e non del tutto perspicuo, di Jacques de Revigny attira l'attenzione. Il discorso prende l'avvio dall'antico quesito - che ci è ormai ben noto - se il principe sia o non da considerare *dominus mundi* nel senso tecnico che la terminologia privatistica assegna all'espressione, cioè se la sua signoria vada o non intesa come "proprietà". Sebbene la risposta affermativa fosse stata ripudiata nella scuola di Bologna da quasi un secolo - ossia da quando la corrente bulgariana aveva imposto il proprio predominio - il Revigny l'accoglie. E poi va oltre. Attraverso tale "proprietà" del mondo il monarca si eleva alla vetta del potere, diventa il rappresentante di Dio in terra, assume la *plenitudo potestatis* e cessa di essere unicamente titolare di un'*administratio* intesa nel senso che più sopra si è illustrato.

(80) Post, *Some Unpublished Glosses (ca. 1210-1214) on the Translatio Imperii and the Two Swords*, in *Archiv fuer katholisches Kirchenrecht*, 1937, p. 414.

«Dico quod omnia sunt principis dominio, sicut dixit m(artinus). Unde princeps in terra obtinet locum Dei, et habet universale dominium, et potest vere dicere: ego quidem mundi sum dominus».

A questo punto il discorso si fa delicatissimo:

«Non dico quod Robertus *qui* est imperator sit dominus mundi, sed *quia* imperator *iste* imperator. Quia *iste* est administrator, nec est mundi dominus; sed universale dominium concomitatur imperium, ut quicumque sit imperator, *quia* imperator, sit dominus omnium rerum que sunt in orbe» (81).

Il frammento lascia trasparire la medesima impostazione di fondo che già si è analizzata nel passo ciniano di qualche decennio posteriore: l'*imperium* è una realtà ideale che teoreticamente occorre tener distinta dalla sua manifestazione nella persona singola dell'imperatore. Perciò questa persona viene qualificata dal Ravigny con la parola "iste", che appunto ne mette in evidenza la natura di ente individuale, ed è indicata con un nome proprio scelto probabilmente a caso: sebbene l'assonanza tra il "Robertus" e il "Gibertus" preferito più tardi da Pierre de Belleperche - in un passo edito dal Maffei (82) che spiega la differenza tra il patrimonio personale dell'imperatore e il *patrimonium fisci* - possa far supporre che si fosse già imposto un certo uso nell'esposizione del tema e anche tale scelta dei nomi ne venisse governata.

Quanto alla dignità astratta dell'impero essa trova la sua componente massima in quel *dominium mundi* che è un'astrazione anch'esso: e tuttavia prende forma attuale volta a volta quando investe di sé un individuo. Un "Robertus", per intenderci: il quale però esercita i poteri supremi di cui in tal modo si trova ad essere titolare non in quanto individuo, pur fregiato della corona imperiale, ma in quanto

(81) Jacques de Revigny, *Lectura in Const. omnem (Proem. Dig.)*. Il testo risulta dalla collazione dei due mss. Leiden, *D'Ablaing* 2, fo. 3rb e Napoli, *Branc.* III. A. 6, fo. 2ra.

(82) Maffei, *I giuristi francesi e il "Constitutum Constantini" al tempo di Filippo il Bello* in *Annali Univ. Macerata*, 1959, p. 223 ss., ora in *La donazione di Costantino nei giuristi medievali*, Milano, 1964, p. 122 ss.

strumento attraverso il quale soltanto quella dignità può manifestarsi: «Non dico quod Robertus *qui* est imperator sit dominus mundi, sed *quia* imperator».

La distinzione è sottile.

A ben comprenderla essa appare come la modulazione nuova di un motivo vecchio: di quella tendenza a scindere il fenomeno monarchico nei suoi due aspetti, astratto e concreto, di cui si è indagato più di un segno e che la dialettica interna dei binomi *auctoritas-potestas* e *auctoritas-administratio* aveva rappresentato ormai da tempo (83).

14. *Conclusioni*

Che l'antitesi tra questi due aspetti - sviluppata per la prima volta nel mondo canonistico - stesse alle radici del pensiero di Cino è indubitabile. Ma nel frammento del commentatore italiano essa è innestata sulla visione, tradizionale presso i civilisti, dell'*iter* al contempo "ascendente" e "discendente" del potere, l'uno e l'altro prospettati dalle fonti romane.

L'elezione popolare, ricollegata dottrinalmente alla *lex regia*, configurava il mezzo per la determinazione di una potestà concreta in capo a un individuo; la derivazione da Dio - implicitamente simboleggiata dalla consacrazione ad opera del papa - fondava invece quell'*imperium* astratto che non si identificava nel singolo principe, ma in qualche modo lo sovrastava: rivestendolo sì, ma come un manto prezioso può ricoprire le spalle di un uomo o di un altro pur rimanendone staccato, può qualificare la persona senza perciò lasciarsene assorbire.

Cino si pone dunque al definitivo punto d'incontro tra le dottrine filosofeggianti lanciate nell'ambiente canonistico - con la delicata bipartizione del concetto di potere - e gli indirizzi più positivi della scuola civilistica, costretta dalle sue fonti a indagare piuttosto i fenomeni della consegna della sovranità da parte del popolo

(83) Identico significato ha la correlazione tra *iurisdictio* e *gubernaculum* sulla quale ha tanto insistito il McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, II ed., Ithaca N.Y., 1947, p. 75 ss., trad. it. de Caprariis, Venezia, 1956, p. 87 ss.

nelle mani del monarca, e di quella provenienza dal cielo che la novella giustiniana già ricordata affermava (84).

Non occorre soffermarsi troppo sulla circostanza che Cino mutò poi opinione. Ebbe a notarlo il Maffei analizzando acutamente un'allegazione del Bellamera (85); e lo stesso Maffei ha dimostrato ultimamente come il commentatore iniziasse alla fine della vita una nuova *Lectura Digesti Veteris* di singolare ampiezza tramandataci in un paio di manoscritti sotto il nome di Bartolo (86). In tale opera, ove assume l'inconsueta veste di partigiano della Chiesa, l'autore insegna che questa soltanto deriva direttamente da Dio, al fine di giustificarne così la preminenza «ex nobilitate originis». Può darsi che l'accento posto sull'immediatezza di tale provenienza sottintendesse un richiamo alla teoria, anch'essa corrente presso i civilisti, che raffigurava Dio come *causa remota* e la collettività come *causa proxima* dell'impero (87): e presentava in tal modo l'ennesimo tentativo di ammetterne la derivazione al contempo divina e popolare, utilizzando schemi elementari della filosofia scolastica.

Ad ogni modo, che motivi in sostanza politici abbiano sollecitato il commentatore ad abbandonare la prima opinione tanto suggestiva a noi poco interessa: perché ci basta avere riscontrato la qualità del contributo offerto dalla scuola civilistica alla teorizzazione della dialettica tra i due momenti, astratto e concreto, del potere.

Dialettica di cui è bene esaminare adesso le conseguenze ultime: che il Medio Evo trasse per definire il *contenuto* primo della sovranità.

(84) *Nov. 73* pr., paragrafo 1.

(85) Maffei, *Cino da Pistoia e il "Constitutum Constantini"* in *Annali Univ. Macerata*, 1960, p. 107. Cfr. anche *La donazione*, cit., p. 141, nt. 9.

(86) Maffei, *La "Lectura super Digesto Veteri" di Cino da Pistoia. Studio sui mss Savigny 22 e Urb. lat. 172*, Milano, 1963.

(87) Cfr. soprattutto Kern, *Gottesgnadentum*, cit., p. 43 e da ultimo E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton N.J., 1957, p. 296.

CAPITOLO QUARTO

«Potestas plena» e «potestas ordinata»

1. Struttura tecnico-giuridica della *plenitudo potestatis*. Correlazione con la *potestas ordinaria*. — 2. La tradizione ecclesiastica dal tardo Impero al sorgere della decretistica. — 3. Il punto cruciale dell'esercizio della *plenitudo potestatis* per i canonisti: la *dispensatio*. — 4. Funzione giurisdizionale e funzione normativa della dispensa. — 5. Diritto e morale nel problema della *potestas plena*: l'antitesi *potest-debet* in un passo di San Bernardo. — 6. Il limite religioso all'esercizio dei pieni poteri pontifici. — 7. Il loro carattere astratto e l'efficacia potenziale di fronte alla natura concreta e attuale della *potestas ordinaria*. — 8. L'*absolutio legibus* nel pensiero civilistico. — 9. L'esigenza legalitaria: sue radici etiche. — 10. Interpretazione della l. *Digna vox*. — 11. Taluni tentativi dei postglossatori di definire il dovere morale di osservare le leggi. — 12. La posizione del monarca nei confronti degli ordinamenti divino e naturale. — 13. L'antitesi *aequitas-rigor* come criterio ispiratore della dialettica tra *potestas ordinaria* e *absoluta*.

1. *Struttura tecnico-giuridica della plenitudo potestatis. Correlazione con la potestas ordinaria*

La dialettica tra il momento astratto e quello concreto, che si è vista animare le raffigurazioni canonistiche e civilistiche del fenomeno monarchico, costituisce in effetti il terreno sul quale venne elaborandosi la *plenitudo potestatis*: essa apparve ai giuristi come un concetto relativo definito - appunto dialetticamente - dall'antitesi con un opposto logico. Fu un concetto elaborato con cura. Esso traduceva sul piano teorico uno degli avvenimenti più grandiosi del basso Medio Evo: la nascita e il rapido imporsi degli assolutismi, destinati a caratterizzare fino alla Rivoluzione francese la struttura politica d'Europa.

Quanto è opportuno sin d'ora rilevare è che la *plenitudo potestatis* si atteggiò subito come istituto giuridico, dotato in quanto tale di un proprio meccanismo logico idoneo a governarne l'attuazione nella pratica: rilievo, questo, non così scontato come potrebbe sembrare a prima vista, se ancor oggi gli storici confondono spesso la pienezza dei poteri con la sovranità presa genericamente, o con una determinata

conformazione politica della sovranità - nella specie con l'assolutismo - o addirittura, nei casi di una sua puntualizzazione nel mondo pontificio, con la supremazia ierocratica sul potere temporale. Confusioni, dunque, con semplici fatti, in linea di massima ipotizzabili come presupposti occasionali più o meno remoti.

È un argomento, quindi, sul quale si continua a vagare nel buio - il Tierney lo notava alcuni anni or sono (1) - proprio per la singolare facilità con cui usa trascurarne gli aspetti tecnico-giuridici (2): malgrado da tempo il Nicolini abbia indicato come la strada da seguire per giungere a validi approfondimenti stia nell'esame della correlazione tra le due figure della *potestas plena* e di quella *ordinaria* od *ordinata* (3), che sono entrambe qualificabili soltanto nei modi in cui le disegnarono i giuristi.

Si è detto a più riprese che l'urgenza della teorizzazione dell'intero problema fu avvertita specialmente dagli albori del Duecento in poi, ed è a questa stessa data che vengono ricondotti di regola gli apporti nuovi offerti dalla scuola canonistica in tema di pienezza dei poteri (4). Se a tale scuola può riconoscersi il merito della prima opera di scavo - né può stupire, dopo quanto si è detto sulla natura tecnica di quella tematica, che il contributo dei filosofi-teologi si sia rivelato assai inferiore (5) - occorre tuttavia non prendere troppo rigidamente il secolo XIII come punto di partenza delle indagini: perché qualche timido passo venne effettuato non molto tempo dopo l'apparizione del Decreto di Graziano, sebbene nel primo cinquantennio

(1) Tierney, *Some Recent Works on the Political Theories of the Medieval Canonists*, in *Traditio*, 1954, p. 612, nt. 38.

(2) Insufficientemente lumeggiati anche dallo studio, pur pregevolissimo, del Ladner, *The Concepts of "Ecclesia" and "Christianitas" and their Relation to the Idea of Papal Plenitudo Potestatis from Gregory VII to Boniface VIII* (*Miscellanea Historiae Pontificiae*, XVIII), Roma, 1954, p. 49 ss.

(3) Nicolini, *La proprietà, il principe, e l'espropriazione per pubblica utilità*, rist. Milano, 1952, p. 135 ss.

(4) A.J. Carlyle, *Le développement de la théorie de l'autorité pontificale en matière temporelle chez les canonistes de la seconde moitié du XIIIe siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1926, p. 591 ss., ora in *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, V, p. 318 ss.; Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge, 1955, specialmente p. 143 ss.

(5) Fenomeno rilevato, tra gli altri, dal Rivière, *Le problème de l'Eglise et de l'Etat au temps de Philippe le Bel*, Louvain-Paris, 1908, p. 58 s.; McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, New York, 1932, p. 238, trad. it. Ferrara, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, 1959, p. 292.

di vita della scuola non mancassero quelle incertezze e confusioni (6) che sempre accompagnano i primi approcci ad argomenti nuovi.

Nessuno vuol negare quanto, esplicitamente o implicitamente, la storiografia usa presupporre, ossia che il pensiero canonistico risentì un forte stimolo a inoltrarsi nello studio della *plenitudo potestatis* dalla progressiva attuazione del programma di riforma della Chiesa, culminata nell'opera di Gregorio VII e imperniata sull'esaltazione di quel potere papale che sulla scena del tempo veniva accrescendo l'importanza del proprio ruolo: si è già visto, d'altro canto, come le tesi ierocratiche tradussero sul piano teorico e contribuissero a rafforzare quello stimolo.

Ma era naturale che, ancor prima dell'affermarsi delle tesi ierocratiche, la scuola fosse costretta a volgere lo sguardo su taluni spunti contenuti nelle fonti.

2. La tradizione ecclesiastica dal tardo Impero al sorgere della decretistica

Queste esibivano antichissimi ricordi del concetto di *plenitudo potestatis*. Ricordi che risalivano al magistero papale del V e del VI secolo, se non addirittura di epoche anteriori, ed erano caratterizzati da una costante contrapposizione all'immagine del normale potere vescovile: circoscritto, quest'ultimo, entro i confini della *sollicitudo*, sola ispiratrice del pastore nel governo dei fedeli.

In particolare nella compilazione graziana (7) venne inserita un'epistola ove papa Vigilio, nel 538, descriveva come la Sede di Roma «...reliquis ecclesiis vices suas credidit largiendas, ut in partem sint vocatae sollicitudinis, non in plenitudinem potestatis...» (8). La formula, la cui importanza non è sfuggita alla storiografia (9), non aveva trovato qui un'espressione occasionale e, anzi, non doveva nemmeno la nascita a Vigilio: al tempo di quel papa essa già circolava da parecchio: se ne è infatti

(6) Rilevate soprattutto dal Tierney, *Some Recent Works*, cit., p. 612, nt. 38.

(7) *Decretum*, c. 12, C. II, q. 6.

(8) Jaffé, *Regesta*, I, 907 (589).

(9) Cfr. Rivière, *In partem sollicitudinis... Evolution d'une formule pontificale*, in *Revue des sciences religieuses*, 1925, p. 210 ss. Ma lo studio della formula, situata al posto d'onore persino nelle trattazioni generali (cfr. ad esempio Caspar, *Geschichte des Papsttums*, I, Tübingen, 1930, p. 435), è ormai un passaggio obbligato nelle ricostruzioni del pensiero canonistico in tema di *plenitudo potestatis*.

trovata una enunciazione di circa novant'anni prima in una lettera di Leone Magno al vescovo Anastasio di Tessalonica (10). E dovette circolare per tutto il Medio Evo: il passo di Leone che la conteneva fu inserito volta a volta, in forma ora genuina, ora corrotta, nella *Dionisiana-Hadriana*, poi nelle decretali pseudoisidoriane e quindi, in epoca vicina al sorgere della scuola canonistica, nelle *Sentenze* del cardinale Umberto, nella collezione di Anselmo da Lucca ed in Ivo di Chartres (11).

Comunque, sin dagli albori dell'insegnamento, l'introduzione della lettera di Vigilio nel Decreto obbligò la scienza ad occuparsi del problema.

Già intorno agli anni '60 del XII secolo Rufino, pur mantenendo il proprio discorso nel generico, ebbe il merito di ricondurre l'immagine della *plenitudo potestatis* ai due uffici maggiori affidati da Dio al pontefice: il potere di legare e di sciogliere in materia spirituale e quello di concedere dispense, che in fondo dal primo scaturisce:

«Duo sunt maxime in quibus Romane ecclesie maiestas inaltatur: potestas ligandi et solvendi, et dignitas ecclesias dipensandi. Quos enim ipsa solvit nullus ligat, quos ipsa ligat nullus solvit; ceteri quoque in partem vocantur sollicitudinis, non in plenitudinem potestatis...» (12).

Il passo è notissimo. Esso avviò la consuetudine di individuare nel *ius dispensandi* il punto cruciale dell'esercizio dei poteri pieni da parte del Pontefice. La cosa, d'altronde, aveva una sua logica. Perché la *dispensatio* presuppone il diritto di creare situazioni giuridiche opposte a quelle che l'ordinamento esige, e configura in tal modo il momento più critico del manifestarsi dell'autorità: non è forse proprio l'attitudine a passar oltre i dettami della legge a ispirare quell'immagine del *princeps legibus solutus* cui usa appunto ricondurre - come si vedrà meglio in seguito - la *plenitudo potestatis*?

(10) Jaffé, *Regesta*, I, 411 (189), è incerto se assegnarla al 446.

(11) Ladner, *The Concepts of "Ecclesia"*, cit., p. 76 s.

(12) Rufino, *Summa del dictum* che apre la C. XXV, alle parole *Sancta Romana Ecclesia*, ed. Singer, Paderborn, 1902, p. 421 s.

Occorre tuttavia precisare: perché la *dispensatio* non compete solo al papa, e inoltre presenta talune caratteristiche piuttosto delicate.

3. *Il punto cruciale dell'esercizio della plenitudo potestatis per i canonisti: la dispensatio*

Il pensiero canonistico ne fece anzitutto un'espressione di esigenze equitative: infatti solo l'equità poteva giustificare la deroga di norme generali quando queste, messe a confronto con fattispecie concrete ispirate da motivi umani speciali e imprevisi, fossero apparse troppo rigide e severe.

Già un paio di *dicta* di Graziano (13) aveva divulgato quella definizione della dispensa come *relaxatio rigoris* che verrà fatta propria dall'intera scuola senza discussioni: «*Dispensatio est aequitas contra iuris rigorem introducta*» spiegherà ulteriormente Giovanni da Fintona secondo la testimonianza di Guido da Baisio (14).

Cadeva in tal modo il pericolo che l'istituto rappresentasse una forza disgregatrice dell'ordine giuridico, perché certo non è questa la conseguenza che un intervento dell'equità può generare. Ancora nello scorcio del secolo XII un ignoto decretista dimostra addirittura:

«...quare dispensatio non sit contraria iuri communi, quia nihilominus iura communia in sua permanent auctoritate, licet eis aliquid casualiter derogetur...» (15)

(13) *Dicta* post c. 5, C. I, q. 7 e post c. 1, D. XIV.

(14) Cfr. Gillmann, *Johannes von Phintona, ein vergessener Kanonist des 13. Jahrhunderts*, in *Archiv fuer katholisches Kirchenrecht*, 1936, p. 478.

(15) Ed. Gillmann, *Die Dekretglossen des Cod. Stuttgart. hist. f. 419*, in *Archiv fuer kath. Kirchenrecht*, 1927, p. 230.

Il funzionamento come deroga occasionale richiamava d'altra parte una seconda definizione, anch'essa offerta da un *dictum* graziano (16), che presentava l'antitesi tra *dispensatio* e *ius commune* nei termini della dialettica tra un' *exceptio* e la *regula*.

Ora, la convergenza con il concetto logico di *exceptio*, che predisponeva un meccanismo appropriato per la sua azione, e con quello giuridico di *aequitas*, che ne scopriva la *ratio* e la posizione nel sistema, finiva con il condurre la dispensa sul terreno dell'attività giurisdizionale: perché metteva in risalto il suo compito di adeguare la normazione astratta al caso concreto, che è appunto tipico dell'ufficio del giudice.

Ma tale propendere verso funzioni di natura solo giurisdizionale avrebbe limitato fortemente il suo apporto al disegno della *plenitudo potestatis* - ov'era coinvolta l'attività del monarca non solo nei confronti dell'applicazione, ma, ben più, in quelli della creazione stessa della legge.

È vero che per garantire tale apporto occorreva oltretutto differenziare il *ius dispensandi* assegnato al pontefice da quello di cui godevano ad esempio i vescovi, i quali, sebbene muniti di una certa capacità normativa, erano pur sempre chiamati a esercitarla - come insegnava il noto passo vigiliano - soltanto «in partem sollicitudinis».

4. *Funzione giurisdizionale e funzione normativa della dispensa*

Gli orizzonti, a ogni modo, si allargano presto. E ciò avviene contemporaneamente a una rapida teorizzazione della disparità dei due tipi di dispensa, papale e vescovile.

Sempre sul finire del secolo, due tra i decretisti più famosi - Simone da Bisignano e Uguccio - insegnano concordi che il vescovo non dispensa *auctoritate propria*, ma solo per esplicita concessione del papa o del diritto, così da doversi necessariamente mantenere entro i confini che l'uno o l'altro predispongono (17). La strada per una diversa configurazione dei poteri del pontefice in proposito è tracciata. Ed è una

(16) Post c. 12, D. LVI.

(17) Cfr. Brys, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas*, Bruges-Wetteren, 1925, p. 144 s., nt. 4 e 5; p. 139, nt. 2.

strada che si apre a un sempre più intimo collegamento della *dispensatio*, al di là del campo dell'*interpretatio* soltanto giudiziale, con quello dell'attività propriamente normativa. «...Eius autem est dispensare cuius est condere et interpretari...» scrive Sicardo da Cremona, ponendo un principio destinato ad ampia diffusione (18). Se qui il nesso stabilito sia con il *condere*, sia con l'*interpretari* sembra alludere a una sovrapposizione del momento legislativo e di quello giurisdizionale nell'atto della dispensa, in realtà l'*interpretatio* cui ci si riferisce indica in primo luogo la decisione che, in un contrasto tra legge scritta ed equità non scritta, deve provenire dal legislatore, e solo in secondo luogo quella che spetta, ma solo sussistendo una causa giustissima, ai giudici maggiori.

«Hec potestas (dispensandi) competit regibus, apostolico, conciliis, episcopis et aliis ecclesiarum prelatis. Hi suis legibus derogare possunt, si sunt conditores legum, vel maiores iudices, causa iustissima interveniente»,

precisa un altro passo del medesimo Sicardo (19).

Mentre con estrema rapidità la dispensa va assumendo i contorni di una vera e propria normazione *contra legem*, ed è quindi sempre più esplicitamente ricondotta alla competenza originaria del legislatore, anche i confini posti dalla teoria generale alla stessa produzione normativa derogatoria dei precetti dell'ordinamento tendono ad ampliarsi.

Il Kuttner, in un'indagine recente e assai puntuale, corredata con la pubblicazione di molti passi inediti (20), ha stabilito che comunemente l'arbitrio del papa nel procedere a dispense doveva fermarsi innanzi agli articoli di fede, evitare di toccar materie che comportassero il *periculum animae* dei fedeli, astenersi dallo sconvolgere lo *status generalis Ecclesiae*.

(18) Brys, op. cit., p. 99, nt. 3.

(19) Ed. Brys, loc. ult. cit.

(20) Kuttner, *Pope Lucius III and the Bigamous Archbishop of Palermo*, in *Medieval Studies presented to A. Gwinn*, Dublin, 1961, pp. 409, 416 ss. Si vedano anche i testi pubblicati alle pp. 441-453.

Ma se questi limiti potevano anche divenire pesanti, a seconda della loro interpretazione più o meno rigida nelle singole fattispecie, essi cadevano in sostanza qualora il papa avesse richiamato la propria *plenitudo potestatis*: è questo il punto in cui dispensa e pienezza dei poteri mostrano la più evidente confluenza, e la prima meglio contribuisce a illustrare la seconda, rappresentandone il contenuto principale.

«In summa hoc est tenendum quod dominus papa, qui habet plenam potestatem condendi, abrogandi, interpretandi canones, etsi quandoque dispensare non deberet, si tamen vult et dispensat, tenet»,

scrive Uguccio (21). E in altro luogo:

«In omnibus dispensabilibus plenam potestatem habet apostolicus romanus interpretandi et dispensandi, prout sapientissimo consilio suo decrevit» (22).

La tendenza della *plenitudo potestatis* a sbarazzarsi, per quanto possibile, dei maggiori intralci alle proprie manifestazioni si rivela con il progressivo imporsi della tesi che l'unico confine invalicabile fosse la *laesio fidei*. Persino il turbamento del *generalis status Ecclesiae*, a cui si guardava con particolare interesse in un'epoca irrequieta di riforme strutturali (23), finì con l'apparire baluardo tutt'altro che insormontabile. Se la *dispensatio* che l'avesse generato ebbe una chiara condanna da parte di correnti rigoristiche - forse sulla scorta di una norma di Leone Magno (24) - nei primi decenni del Duecento finì col prevalere una dottrina ben più spregiudicata.

Ancora Giovanni Teutonico, sotto l'influenza dell'insegnamento di Uguccio (25), doveva essersi mostrato riluttante ad ammetterla; ma poco più tardi Bartolomeo da Brescia, riprendendo e integrando l'apparato ordinario del Decreto, gli rinfacciò

(21) Cfr. Brys, op. cit., p. 119 s. e nt. 3.

(22) Brys, op. cit., p. 139, nt. 2.

(23) Quanto al significato da assegnare al concetto di *status ecclesiae*, si vedano le recenti precisazioni del Post, *Ratio publicae utilitatis, ratio status und "Staatsräson" (1100-1300)* in *Die Welt als Geschichte*, 1961, p. 24 ss.

(24) *Decretum*, c. 3, C. XXV, q. 1.

(25) Cfr. Brys, op. cit., p. 133.

l'arretratezza di tale posizione: «...quicquid dicat Ioannes, quandoque dispensat papa contra generalem statum ecclesiae, sicut fecit in Lateranensi concilio generali Innocentius» (26).

In effetti, proprio le norme del IV concilio lateranense (1215), apparse dopo la stesura della glossa ordinaria del Teutonico e prima delle aggiunte di Bartolomeo, avevano dilatato i poteri del pontefice in fatto di dispensa; sicché il passo ricordato ora evoca un momento critico nella storia della Chiesa, segnato dal consolidamento dell'autorità papale e da un riassetto dell'organizzazione interna che non potevano fare almeno di acuire la problematica teorica (27).

D'altra parte, poi, il richiamo dell'opera svolta da Innocenzo III durante il concilio tenuto al Laterano riconduce la mente a una lettera che il medesimo Innocenzo aveva scritta nel 1198 e fatto inserire, oltre 10 anni dopo, nella *Compilatio III* (28) da lui stesso voluta e destinata a raccogliere soltanto materiale uscito dalla sua cancelleria. Una lettera di cui i decretalisti si avvalsero immediatamente e piacque in particolar modo - com'è naturale - a Tancredi e ad Alano, i due grandi esaltatori ierocratici della dignità papale (29); passata poi nel *Liber Extra* di Gregorio IX vide così assicurata la divulgazione (30): «...secundum plenitudinem potestatis de iure possumus supra ius dispensare...».

5. *Diritto e morale nel problema della potestas plena: l'antitesi potest-debet in un passo di San Bernardo*

Se a questo punto la *dispensatio* è chiaramente intesa come uno strumento di carattere normativo rivolto *contra ius* e se essa, in quanto tale, diviene il contenuto

(26) Gl. *apostoli* in c. 6, C. XXV, q. 1.

(27) Si vedano da ultimi Tierney, *Pope and Council: Some New Decretist Texts*, in *Mediaeval Studies*, 1957, p. 200 ss. e Buisson, *Potestas und Caritas*, Graz, 1958, p. 77 ss.

(28) Ove divenne il c. 1, Comp. III, III, 8.

(29) Passi riportati dal Maccarrone, *Vicarius Christi. Storia del titolo papale*, Roma, 1952, p. 120 e dal Kuttner, *Pope Lucius III*, cit., pp. 426, nt. 74 e 427 ss.

(30) *Liber Extra*, c. 4, X, III, 8.

primo e il maggiore contrassegno della *plenitudo potestatis*, non si può dire che il conseguimento di tale traguardo torni ad onore delle sole elaborazioni canonistiche.

Ché anzi sia il problema - che quella scuola aveva ripreso, come si è intravisto, da antichi insegnamenti - sia le stesse soluzioni erano già nell'aria sin dal tempo in cui Graziano compilava il suo Decreto. Proprio all'indomani dell'apparizione dell'opera se ne coglie una testimonianza tanto più decisiva in quanto proveniente da un mondo che non è quello tecnico-giuridico, testimonianza tale da confermare quindi la diffusione di certi motivi in tutto l'ambiente culturale della metà del secolo XII.

Se infatti Bernardo da Chiaravalle, scrivendo al pontefice Eugenio III con il quale intratteneva rapporti familiari, si ispira con tutta probabilità all'espressione di Leone Magno che si è vista circolare in parecchie collezioni pregraziane, egli la completa in un singolare quadro, piuttosto enfatico, della funzione papale:

«Ergo iuxta canones tuos alii in partem sollicitudinis, tu in plenitudinem potestatis vocatus es. Aliorum potestas certis arctatur limitibus, tua extenditur et in ipsos qui potestatem super alios acceperunt...» (31).

Ma questo potere tendenzialmente illimitato che il santo abate non teme affidare alla Sede Apostolica non può fare a meno di sollevare, nella coscienza dell'autore, quesiti circa una valutazione morale di singoli atti compiuti sulla scorta di quella potestà piena. Quesiti che diventano pungenti proprio a proposito del fenomeno della *dispensatio*, il quale dunque - ancor prima delle elaborazioni dogmatiche di cui si è fatto cenno - si situa immediatamente al centro della tematica relativa alla *plenitudo potestatis*.

Lamentando il sovvertimento dell'ordine giuridico e morale che deriva dalle dispense inconsiderate, Bernardo infatti aggiunge:

(31) Bernardo da Chiaravalle, *De consideratione*, II, 8, 16, in Migne, *Patrologia lat.*, 182, col. 752. In proposito Ladner, *The Concepts of "Ecclesia"*, cit., p. 60.

«...Sic factitando probatis vos habere plenitudinem potestatis, sed iustitie forte non ita: facitis hoc quia potestis sed utrum et debeatis questio est...» (32).

Così, proprio negli anni che segnavano la nascita di un insegnamento scientifico del diritto canonico, una voce lontana dalle aule accademiche proponeva con notevole incisività un problema che ai giuristi darà non poca materia di riflessione: quello dei rapporti tra una dignità che in astratto consentiva qualunque arbitrio del pontefice e le esigenze, ispirate da principi etici, di una qualificazione in senso legalitario dell'attività sovrana.

La dialettica tra il *potest* - ossia la facoltà concessa in linea di principio dalle leggi - e il *debet* - inteso come il dovere etico imposto da Dio alla coscienza di ciascuno, e quindi anche delle autorità supreme - rivela i termini di un possibile contrasto che sul piano tecnico richiedeva una conciliazione.

6. Il limite religioso all'esercizio dei pieni poteri pontifici

Che le aspirazioni legalitarie fossero destinate, per i canonisti come anche per i civilisti, ad agire sul piano essenzialmente morale è conseguenza della definizione stessa della *plenitudo potestatis*, quale la si è finora presentata: divenutone il *ius dispensandi* il contenuto primo e atteggiatasi la dispensa, ancor più che come atto di interpretazione giudiziale, piuttosto come vera normazione *contra leges*, la pienezza dei poteri si palesava istituzionalmente idonea a condurre alla deroga di precetti dell'ordinamento, integrando così l'ipotesi del *princeps legibus solutus*. Riconosciutale sotto il profilo giuridico-formale tale caratteristica di fondo, le esigenze legalitarie di necessità svanivano.

Si è visto, tuttavia, ch'esse non potevano fare a meno di riemergere quando la deroga coinvolgeva i principi stessi della fede: perché qui l'arbitrio del pontefice

(32) *De consideratione*, III, 4, 14, ed. Migne, cit., col. 766. Commento in Barraclough, *Papal Provisions*, Oxford, 1935, p. 132.

urtava contro la parola di Dio stesso, la cui autorità nemmeno il papa poteva disconoscere. Inderogabilità, dunque, affermata sì sotto l'impulso di convinzioni etico-religiose, ma anche dietro espresso ammaestramento del diritto: perché se è regola corrente - più volte enunciata nella scuola medievale - che non si possa comandare ad autorità pari, a maggior ragione va esclusa la liceità d'interferire *ad libitum* nei precetti posti dal superiore.

È vero che persino sul terreno scabrosissimo dei disposti evangelici - salvi i casi-limite di violazioni troppo evidenti e massicce - la scuola si rivela timorosa di attentare alla *plenitudo potestatis*, sindacando l'opera papale: se il pontefice, ad esempio, configuri come ortodossa una dottrina che tale non appaia, si discute a lungo se si possa o non convincerlo di eresia e obbligarlo ad emendarsi. Le conclusioni sono largamente divergenti: e si tratta di un tema in cui è implicata la lesione dei fondamenti stessi della fede. A giustificare le incertezze sta solo la constatazione che sembrava assai pericoloso, a certa parte della scuola, ammettere l'esistenza di un'autorità umana capace di giudicare gli atti del supremo sacerdote, di censurarli e di imporre una sanzione, collocandosi quindi a un livello più elevato. Né le tesi conciliari, destinate col tempo a mettere in gravi rischi la supremazia della cattedra di Pietro, potevano esercitare un vero peso in un'epoca e su un mondo scientifico condizionati dalle recenti riforme di Gregorio VII.

Sicché se dubbi sollevava addirittura l'ipotesi di un insegnamento eretico, è naturale che la piena *potestas* si imponesse sempre e senza alcuna discussione ovunque i presupposti primi della coscienza religiosa non venissero coinvolti. Che il "bene", posto dalla morale, ne risultasse poi intaccato era circostanza che non poteva in alcun modo mettere in forse la legittimità e l'efficacia dell'atto compiuto dal pontefice: «...Si alias male faciat et corrigi nolit, tunc enim non restat nisi dolor et gemitus...» (33).

(33) Molto significativo il raffronto testuale che il Tierney ha eseguito tra i passi delle *Summae Quamvis leges seculares*, *Prima primi* e *Duacensis*, tutte dei primi anni del Duecento e variamente collegate con Uguccio (Tierney, *Two Anglo-Norman Summae*, in *Traditio*, 1959, p. 490). Di Uguccio stesso occorre ricordare la glossa edita dallo Schulte, *Die Stellung der Concilien, Päpste und Bischöfe*, Prag, 1871, p. 262 ss. Altre fonti notevoli sono illustrate dal Tierney, *Pope and Council*, cit., p. 206 ss.

Il che non toglie ch'egli dovesse poi risponderne di fronte a Dio e alla propria coscienza, come qualunque peccatore deve rispondere del proprio peccato.

7. *Il loro carattere astratto e l'efficacia potenziale di fronte alla natura concreta e attuale della potestas ordinaria*

A onor del vero, con il trascorrere del tempo, si svilupparono presso taluni autori spunti tali da indurre a ritenere che la consueta sanzione del peccato, comminata per l'esercizio arbitrario della *plenitudo potestatis*, si trasferisse dal piano religioso su quello giuridico comportando l'inefficacia dell'atto.

«...Nisi papa ex iusta causa dispenset peccat, *nec dispensatio prodest...*», scrive nella seconda metà del Duecento Guglielmo Durante (34): e circa un secolo più tardi Pietro Ancarano condanna non solo *in foro animae*, ma altresì *in foro iudiciali*, almeno i provvedimenti lesivi senza giustificazione del diritto naturale (35).

Sono però testimonianze relativamente tarde e per di più sporadiche, che vanno inquadrare in quel rinforzarsi della problematica legalitaria in atto dalla metà del secolo XIII: quando il potere della *voluntas principis* di derogare al diritto divino-naturale, se sostenuta dalla sola *auctoritas* e non coonestata da ragioni giuste, è ormai oggetto normale dei dibattiti. Un'epoca, per di più, in cui la dialettica tra *potestas plena* e *ordinaria*, sufficientemente teorizzata, consentiva alla legalità di agire al livello di quest'ultima.

In fondo, su un punto soprattutto la *plenitudo potestatis* rivela d'incontrare un limite *di fatto*: ed è la circostanza, sulla quale al tempo dei decretalisti è uso insistere, della sua applicazione eccezionale.

A tale eccezionalità conduce, d'altra parte, anche quel requisito della *iusta causa* che negli anni di Innocenzo IV appare tema di moda: l'emergere di una causa comporta il verificarsi di situazioni inconsuete che appunto per la loro anomalia giustificano il comportamento *contra legem* - quindi anch'esso anormale - del pontefice.

(34) *Speculum*, I, part. 1, *de dispensationibus*, § *nunc*, nr. 2.

(35) Pietro Ancarano, *Comm. in c. 8, X, III, 49 de immunitate ecclesiarum, c. quia plerique*, nr. 15.

La *plenitudo potestatis* configura in effetti capacità soltanto potenziali: lo ha sottolineato lo Scholz descrivendo il pensiero di Egidio Romano (36). Questi, nell'opera maggiore scritta negli ultimi anni del Duecento a sostegno delle pretese ierocratiche di Bonifacio VIII, ricorre anzi a una metafora attraente (37): la potestà piena risiede in qualcuno quand'egli abbia la facoltà di compiere da solo quanto ordinariamente esegue mediante una seconda causa. Dio genera l'uomo o il cavallo per il tramite di altri uomini e cavalli, ma se volesse potrebbe - e lo ha fatto in origine - crearli anche senza ricorrere al seme. Come Dio compie il miracolo solo in occasioni eccezionali, così il papa si serve dell'ordinamento per strumentare la sua azione quotidiana. Vi sono norme, ad esempio, che definiscono le modalità delle elezioni di prelati, atteggiandosi cioè come seconde cause di quelle elezioni: seconde cause, però, che il papa potrà eliminare procedendo da solo, senza il consenso del capitolo e richiamandosi alla propria pienezza dei poteri.

Ed ecco la vecchia intuizione di Bernardo da Chiaravalle - con l'antitesi tra il *potest* e il *debet* che sembrava inizialmente destinata a creare una frattura teorica tra il mondo giuridico e quello morale - trasformarsi a distanza di oltre un secolo e, innestandosi sul terreno del diritto, rilanciare la doppia configurazione del potere sulla quale ci si è a lungo fermati. Il momento astratto - ossia la *plena potestas* potenziale - entra in correlazione con il momento concreto, in linea di principio qualificato eticamente: ossia con quella potestà ordinaria della quale occorrerà trattare. Ma qui entrano in campo i civilisti.

8. *L'absolutio legibus nel pensiero civilistico*

Se la trama della problematica canonistica ha di necessità caratteri un po' diversi da quelli propri dell'insegnamento civilistico - se non altro perché così esige la disparità del contenuto delle rispettive fonti - non è dubbio che i motivi di fondo restino i medesimi, meno forse per l'inevitabile simbiosi iniziata di buon'ora, che non per la circostanza, molto più rilevante, ch'erano coinvolte componenti essenziali della formazione e della coscienza dell'uomo di quell'epoca.

(36) Scholz, *Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schoenen und Bonifaz VIII*, Stuttgart, 1903, p. 60.

(37) Egidio Colonna Romano, *De ecclesiastica potestate*, III, 9.

Se i canonisti avevano tenuto a riallacciare la *plenitudo potestatis*, per mezzo della figura della *dispensatio*, all'attività normativa del pontefice e in particolare a quella *contra ius*, lo stesso tema dei rapporti con l'ordinamento, sebbene per vie diverse, si rivela all'ordine del giorno nella scuola civilistica, che anzi ha il merito di dargli uno spicco specialissimo e di condurlo ad approfondimenti singolari.

È chiaro che gli studiosi delle *leges* erano avvantaggiati, nell'imboccare tale strada, dal ricorrere nei loro libri di testo della famosa massima che disegnava il principe come *legibus solutus* e, insieme con le altre presto collegate - «quod principi placuit legis habet vigorem», «princeps est lex animata in terris» - poneva con immediatezza proprio il problema dei rapporti tra il monarca legislatore e il sistema del diritto.

Erano regole, d'altronde, che circolavano anche al di fuori dalla scuola e le cancellerie imperiali, certo interessate a divulgarle, le avevano fatte proprie: si è dimostrato che quelle massime erano in onore presso il Barbarossa e Federico II, ed erano state introdotte nei loro formulari (38).

Ora, che dallo svincolamento del principe dall'ordinamento derivasse, per i civilisti, l'istituto della *plenitudo potestatis*, e questa ottenesse pertanto come contenuto la facoltà di agire in deroga alle leggi comuni, è insegnamento su cui tutta la scuola si mostrò concorde. Se è impossibile rammentare gli infiniti spunti che in proposito ricorrono sin dall'età dei glossatori, basterà richiamare alla memoria il traguardo raggiunto dalla scienza tarda che trasferì addirittura quell'insegnamento in sede definitoria della pienezza dei poteri.

«...Nihil aliud est uti plenitudine potestatis nisi derogare iuri communi seu ordinario...», scrive, ad esempio, in pieno Quattrocento Alessandro Tartagna (39): e traduce dati affatto usuali in una formula inconsueta per concisione e per chiarezza.

Tradizionalmente la storiografia vuole l'*absolutio legibus* ripudiata nel mondo medievale soprattutto dal pensiero inglese, per via del *cliché* di un'Inghilterra, quasi per aspirazioni costituzionali connaturate da sempre nel suo popolo, decisamente negatrice

(38) Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg, 1952, p. 32 s.

(39) Alessandro Tartagna, *Cons.* 30, vol. V, §10 in fine.

dell'assolutismo. È un *cliché* al cui diffondersi contribuì certamente la poderosa opera del Pollock e del Maitland (40); sottolineato con argomenti semplicistici dall'Esmein (41), ribadito più di recente dal Post (42), esso ha in realtà dimostrato la sua scarsa consistenza dopo che lo Schulz, pur non rinnegando l'interpretazione comune del pensiero del Bracton, ha accuratamente individuato le fonti da cui questi attingeva, e le ha viste tutte connesse con il magistero delle Arti o con quello giuridico bolognese (43).

In realtà, malgrado il tono necessariamente vario a seconda delle particolari direzioni assunte dalla vita politica di ciascun paese, anche l'ipotesi del sovrano collocato al di sotto del diritto, e quindi vincolato dai precetti dell'ordinamento, era diffusamente studiata, caldeggiata, sottolineata nelle scuole continentali e in particolare in quella di Bologna, che la pose accanto all'immagine opposta dell'*absolutio legibus* e riuscì a stabilire tra le due una correlazione armonica.

9. *L'esigenza legalitaria: sue radici etiche*

A ben vedere, la visione legalitaria dell'autorità era stata almeno in parte favorita anche dagli indirizzi teocratici - pur per altri versi avviati verso conclusioni assolutistiche - i quali avevano portato il contributo del forte afflato religioso per accentuare la conversione dell'immagine del potere in quella tipicamente medievale di un *officium* e di un *ministerium* (44).

(40) Pollock-Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2^a ed., I, rist. Cambridge, 1952, p. 181 s.

(41) Esmein, *La maxime "Princeps legibus solutus est", dans l'ancien droit public français*, in *Essays in Legal History (International Congress of Historical Studies)*, London, 1913, p. 204.

(42) Post, recensione a David, *La souveraineté*, in *Speculum*, 1956, p. 163.

(43) Schulz, *Bracton on Kingship*, in *The English Historical Review*, 1945, p. 172 ss., ora in *L'Europa e il diritto romano - Studi Koschaker*, Milano, 1954, I, p. 57 ss.

(44) Il fenomeno, che ha variamente attratto la storiografia (significative le pagine del Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im fruheren Mittelalter*, 2^a ed., a cura di R. Buchner, Muenster-Koeln, 1954, p. 47 ss. e Append. VI, p. 262 ss.) è stato ultimamente studiato dal Marongiu, *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, in *Jus*, 1954, p. 390 ss. e, almeno in taluni suoi aspetti, da E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton N.J., 1957, p. 96 ss.

Si tratta comunque di un'immagine che aveva dietro di sé una lunga storia. Persino sotto il profilo terminologico, per tutto l'alto Medio Evo si era insegnato che alle parole *dominari o dominatio* occorreva preferire il verbo *regere* che meglio descriveva l'attività sovrana (45); usava per di più derivare da quel verbo la parola *rex* e riprendere così una notazione, risalente a Sant'Agostino, che sotto l'apparenza soltanto filologica lascia trasparire ovvie implicazioni sostanziali:

«...Non reges aut domini a regnando atque dominando, cum et reges utique a regendo dicti melius videantur, ut regnum a regibus, reges autem, ut dictum est, a regendo» (46).

Se Sant'Agostino continuò a esser noto e studiato durante i secoli cosiddetti oscuri, la diffusione del suo insegnamento fu certo garantita dal rilancio che ne effettuò Isidoro da Siviglia nelle *Etymologiae*, che costituiscono il libro di testo delle scuole di arti liberali: qui, anzi, il vocabolo *rex* veniva riportato non soltanto al verbo *regere*, ma altresì all'avverbio *recte*, con un'ulteriore accentuazione del momento etico e del suo compito di precisa guida di ogni esercizio della sovranità: «...sunt autem etymologiae nominum aut ex causa datae, ut reges a [regendo et] recte agendo...» (47).

Questo momento etico, d'altronde, appare richiamato in sede politica dagli stessi legislatori, nelle loro comuni affermazioni di fedeltà alla *ratio* (48). La *ratio* infatti, lungi dall'esaurire il proprio valore in un significato soltanto logico, otteneva nel Medio Evo una portata vastissima e, sotto la spinta della filosofia prescolastica

(45) Dumas, *Le serment de fidélité et la conception du pouvoir du Ier au IXe siècle*, in *Revue hist. de droit franç. et étr.*, 1931, p. 307 ss.

(46) S. Agostino, *De civitate Dei*, V, 12, 4.

(47) Isidoro da Siviglia, *Etymologiae*, I, 29, 3. Si veda anche *Etym.* IX, 3, 4 e, dello stesso Isidoro, le *Sententiae*, III, 48, 7.

(48) Che hanno condotto taluno a paragonare Federico II con i principi illuminati settecenteschi (Marongiu, *Note federiciane*, in *Studi medievali*, 1952, p. 312 ss. e poi Schoembauer, *Die Imperiumspolitik Kaiser Friedrichs II in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung*, in *Festschrift Hugelmann*, Aalen, 1959, II, p. 526). Il paragone non deve però far dimenticare che la razionalità geometrica degli illuministi è ben diversa dalla *rationabilitas* medievale.

e scolastica, si arricchiva di forti implicazioni morali: la *rationabilitas* appariva di regola come misura di un ordine che, ancor prima di mostrarsi come categoria intellettuale, si poneva con la forza di regola dettata dalla divinità.

Sicché il problema dei limiti da elevare alle manifestazioni del potere, per la forza di tradizioni ben salde, si presentò inizialmente ai glossatori sul terreno etico-religioso, e sebbene a Bologna ci si impegnasse a tradurlo e lo si traducesse in termini di diritto, esso non tagliò mai le radici che a quel terreno lo ricollegavano.

10. Interpretazione della l. *Digna vox*

In effetti lo stesso *Corpus Iuris* che a più riprese raffigurava il *princeps legibus solutus* (49) conteneva pure la celebre costituzione *Digna vox* - nella quale ci si è già imbattuti - ove Teodosio proclamava l'opportunità che l'imperatore si professasse *legibus alligatus* (50).

Ponendo a raffronto i due opposti princìpi, la scuola riconobbe concorde che, se i sudditi debbono osservare le leggi *ex necessitate*, il monarca lo deve unicamente *ex voluntate* (51): soluzione che non è poi impacciata come potrebbe sembrare a prima vista, anche se è vero che taluno sentì di doverla rassodare ricordando gli impegni legalitari che ogni imperatore assumeva esplicitamente dopo l'elezione (52).

Se da una parte il dovere morale creato dall'esigenza legalitaria venne variamente ribadito - si ricordi la teoria azzoniana che sottolineava la pura casualità del conseguimento della corona e per converso esaltava l'osservanza delle leggi vista come

(49) Cfr. *Dig.* 1, 3, 31 e *Inst.* 2, 17, 8 in fine.

(50) *Cod.* 1, 14, 4: «*Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas, et re vera maius imperio est submittere legibus principatum, et oraculo presentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus*».

(51) L'età dei glossatori ci ha tramandato in proposito numerosissime fonti: cfr. Cortese, *La norma giuridica*, I, Milano, 1962, p. 144 s., nt. 4.

(52) Cfr. la gl. *legibus solutus* in *Dig.* 1, 3, 31, che appare siglata Azzone nel *Vat. lat.* 1408, fo. 2va e nel *Vat. lat.* 2512, fo. 2vb, mentre porta la sigla di Ugolino nel *Paris, lat.* 4461, fo. 5rb. Il motivo ricorre d'altronde nella *Lectura* azzoniana della l. *Digna vox*. La garanzia di legalità rappresentata dal giuramento del principe è stata messa in risalto dal Marongiu, *Un momento tipico*, cit., p. 40 ss.

una virtù dell'anima (53) - l'impossibilità della costruzione di un vero obbligo giuridico del principe a comportarsi legalmente sembrò confermata, dall'epoca del Piacentino e degli allievi del Bassiano, dal dettato medesimo della *Digna vox*.

Teodosio aveva designato questa sua legge con l'appellativo di «*oraculum praesentis edicti*». Azzone commenta: «...et bene dicit oraculo, quia per legem istam *orat* futurum imperatorem quod ita faciat, cum ei imperare non possit...» (54).

Data, infatti, l'incontrovertibile regola che il principe non possa ritenersi vincolato in senso tecnico dalle norme dei suoi predecessori, non essendo soggetto alla loro autorità, questi possono indirizzargli tutt'al più un invito, una semplice *suasio* a mantenere un certo comportamento. Posto, cioè, che «*par in parem non habet imperium*» (55), la *Digna vox* non è nei suoi confronti imperativa, tanto che se egli dicesse «...*ego sum legibus obligatus, mentiretur...*» (56).

Dal punto di vista formale, dunque, l'*absolutio legibus* ritornava come un principio ineluttabile.

Non restava che sottoporre il principe alle leggi facendo leva sulla sua buona volontà.

11. *Taluni tentativi dei postglossatori di definire il dovere morale di osservare le leggi*

I primi commentatori, colpiti da ciò che una legge poteva riferire il verbo *oportet* alla persona dell'imperatore, potranno tutt'al più spiegare:

«...dicit hic litera *oportet*, quod est verbum necessitatis, quae non cadit in principem, qui non habet parem vel maiorem... vel *oportet*, *id*

(53) Cfr. il cap. precedente, §12.

(54) Azzone, *Lectura Codicis*, in l. *Digna vox*, nr. 17.

(55) Azzone, *Summa Codicis*, I, *de legibus et const.* nr. 16

(56) Azzone, *Lectura Codicis*, loc. cit., nr. 18.

est oportunum est: nam duplex est necessitas, una ex parte personae, et illa non cadit in principem, alia ex parte rei. Ut ecce: domus corrui nisi reficiatur: oportet ergo ut reficiatur, id est oportunum est propter rem salvandam... Et haec necessitas bene potest esse in rebus principis, sicut in aliis...».

Il passo è tolto dal commento di Cino (57), ma esso rispecchia con puntuale fedeltà un insegnamento di Pietro Bellapertica (58).

Si trattava di un'impostazione che svolgeva spunti già delineati dalla glossa. Non solo di quella civilistica, che aveva ad esempio assegnato alla parola *oportet* il significato di *decet*, ma soprattutto di quella canonistica, cui risale uno schema di distinzioni piuttosto ricco e bene articolato:

«...hoc verbum *oportere* est [hic] verbum honestatis... sicut hec dictio *debet* quandoque honestatem designat... quandoque est verbum officii... quandoque est verbum necessitatis...: hoc ideo dico quia princeps legibus solutus est» (59).

Il richiamo al principio dell'*honestas*, come fonte di un *oportet-decet*, era poi destinato a maturare qualche frutto in ispecie all'epoca del primo commento e dei tentativi di dare maggior forza a quella legalità che, affidata com'era allo spontaneo buon volere dell'imperatore, poteva all'occasione vacillare.

Già il Revigny, pur aderendo sostanzialmente all'opinione tradizionale - «...verius non de necessitate est alligatus, sed de honestate...» -, aveva aggiunto una precisazione che scaturiva dal suo animo di uomo medievale e dal bisogno di rinforzare la componente etica di un problema irresolubile sul piano del rigido *ius strictum*.

(57) Cino, *Comm.* in *Cod.* 1, 14, 1, *de legibus et const.*, l. *inter aequitatem*, nr. 1.

(58) Pierre de Belleperche, *Lectura* in *Cod.* 1, 14, 1, *de legibus et const.*, l. *Inter aequitatem*, ms. di Firenze, *Plut. 6 sin.* 6, fo. (48)va e di Cambridge, *Peterhouse College* 34, fo. (24)rb.

(59) Gl. *oportere* in c. 1, C. XXV, q. 1.

Per una persona nobile, ragiona il maestro francese, l'onestà «...est modus eum ligandi et reputatur vinculum. Unde honestas eum obligat...» (60).

Se sul tronco di questa tesi si innesterà il successivo chiarimento che il principe si nobilita, anziché degradarsi, assoggettandosi alla legge (61), resta pur sempre che, per quanto si facesse al fine di rinsaldarne l'efficacia, il principio legalitario sfuggiva a ogni tentativo di traduzione in termini giuridici.

Cino ribadirà con forza che «honor reputatur vinculum sacri iuris et utilitas ipsius» (62); Signorollo degli Omodei, fatto il dovuto omaggio alla tradizione - «...honestas ligat principem quia *vult...*» -, oserà addirittura ricordare ch'essa «...quandocumque ligat sive velit sive nolit...» (63); si diffonderà vieppiù l'antica massima che assoggetta il monarca al diritto celeste e si traduce in una formula ravvivata da una delle consuete assonanze grate al gusto medievale - «princeps non est sub lege fori, est tamen sub lege poli» (64) -; anche taluni civilisti, specialmente francesi e antimperiali come Jean Faure, vorranno il monarca sciolto dalle leggi ma sottoposto ai canoni, almeno quando l'inosservanza di questi induca al peccato (65): nessuna reale rottura, tuttavia, si verificherà con la primitiva soluzione della glossa, e l'assoggettamento al diritto continuerà a rimanere affidato alla *voluntas principis*.

Né da questa posizione si distacca la celebre formula tomistica che certamente rappresenta il tentativo più maturo e teoreticamente più acuto di sciogliere il nodo: la legge comprende due elementi: una virtù paradigmatica che impone razionalmente un certo modello di comportamento (*vis directiva*), una forza coercitiva che si fonda sull'autorità del legislatore, obbliga sul piano pratico all'obbedienza e minaccia la sanzione (*vis coactiva*). Il primo fattore impegna il sovrano, almeno moralmente, il secondo no.

(60) Jacques de Revigny, *Lectura Codicis* (sotto il nome del Belleperche) in l. *Digna vox*, post pr.

(61) Cfr. Paolo di Castro e Bartolomeo Saliceto alla l. *Digna vox*, rispettivamente nr. 3 e nr. 1.

(62) Nell'*additio* dello stesso Cino alla l. *Digna vox*.

(63) Signorello degli Omodei, *Cons.* 102, nr. 3.

(64) Iacopo Buttrigario, *Comm.* della l. *Digna vox*.

(65) Jean Faure, *Comm.* in *Inst.* 2, 17, 8, *quibus modis testamenta infirmantur*, § *eadem*.

«...Princeps dicitur esse *solutus a lege quantum ad vim coactivam legis*: nullus enim proprie cogitur a seipso, lex autem non habet vim coactivam nisi ex principis potestate. Sic igitur princeps dicitur esse solutus a lege, quia nullus in ipsum potest iudicium condemnationis ferre si contra agat ... Sed *quantum ad vim directivam legis* princeps subditur legi propria voluntate... unde quantum ad Dei iudicium princeps non est solutus a lege quantum ad vim directivam eius, *sed debet voluntarius, non coactus, legem implere...*» (66).

Fu una formula che qualche giurista - come Andrea d'Isernia sul quale la filosofia di Tommaso ebbe un'influenza decisiva - riprese pari pari e introdusse così nel patrimonio delle scuole di diritto.

12. *La posizione del monarca nei confronti degli ordinamenti divino e naturale*

Le istanze legalitarie, agendo su un piano essenzialmente morale, finivano con lo svilupparsi senza incontrare decisamente, per ostacolarne l'attuazione, i principi relativi all'*absolutio legibus* che configuravano quella *plenitudo potestatis* ch'era destinata a svolgersi invece sul piano dello stretto diritto.

Un'unica eccezione poteva individuarsi nell'obbligo fatto al principe di osservare le norme divine e naturali (67); ma qui cadevano molti degli intoppi teorici predisposti alla scienza - come si è visto - dalla fede nel principe svincolato dalle leggi.

E infatti i sistemi superiori non derivavano dalla *auctoritas* del legislatore umano; la regola «par in parem non habet imperium» non aveva quindi ragione di essere applicata; la divinità poteva ben pretendere che persino i monarchi obbedissero puntualmente ai suoi comandi. Per di più i sistemi divino e naturale

(66) S. Tommaso, *Summa theologiae*, I^a II^{ae}, q. 96, art. 5. In proposito Kantorowicz, *Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence*, in *Twelfth Century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, 1961, p. 96 s.

(67) «...plenitudini potestatis nihil resistit nisi duo tantum, scilicet ius divinum et immutabile, ius naturale et necessarium...» (Baldo, *Cons.* 327, vol. I, nr. 2).

non erano forse particolarmente vicini a quel campo etico-religioso nel quale appunto operava la legalità con i suoi richiami alla *honestas* del sovrano?

È vero che anche presso gli studiosi delle *leges* - come già si è potuto intravedere nel pensiero canonistico - si venne manifestando una tendenza diretta ad aumentare il raggio d'azione della *plenitudo potestatis* e a rimuovere taluni limiti comunemente posti ad arginarla. Ferma restando la sostanziale obbligatorietà del *ius divinum* anche per il principe - ma deroghe all'atto pratico erano possibili attraverso un'*interpretatio* - si mise in discussione quella del *ius naturale*, da cui venivano ammesse in linea di principio deviazioni occasionali solo in presenza di una giusta causa *necessitatis* od *utilitatis publicae*. Un giurista vissuto tra il Trecento e il Quattrocento, Raffaele Fulgosio, ragionava con logica stringente: ove è scritto che il monarca è svincolato dalle leggi è ovvio si alluda alle leggi romane; Ulpiano insegna (68) ch'esse constano di precetti sia naturali, sia delle genti, sia civili; a tutti dunque si riferisce l'*absolutio* (69).

Ma in realtà - sebbene non se ne neghi certo l'importanza - non è tanto sulla distinzione tra i sistemi superiori e quello del *ius civile*, entro l'ambito del quale sarebbe stata circoscritta l'indipendenza dalle leggi, che poggia il vero problema della pienezza dei poteri, non solo perché la regola posta in via astratta pativa eccezioni all'atto pratico, ma soprattutto perché essa indicava più il meccanismo con cui l'istituto doveva attuarsi che non la sua sostanza teorica.

13. *L'antitesi aequitas-rigor come criterio ispiratore della dialettica tra potestas ordinaria e assoluta*

Continua infatti a rimanere oscuro, alla nostra mentalità moderna, il modo in cui il dato etico - l'*honestas* che sollecita il principe a sottomettersi *volontariamente* alle leggi - possa rivelarsi strumento efficace a salvaguardare la legalità.

(68) *Dig.* 1, 1, 1, 2.

(69) Raffaele Fulgosio, *Cons.* 143, nr. 4.

Si è oggi troppo abituati a richiedere che problemi giuridici si risolvano mediante il ricorso a criteri normativi per non considerare il richiamo alla “buona volontà” di un soggetto come espediente metagiuridico: ma, forse, la circostanza stessa che a tale richiamo i giureconsulti assegnassero un valore tecnico può indicare che a quel tempo la legalità aveva una struttura diversa dalla nostra ed era tendenzialmente portata a porsi come qualificazione concreta di un comportamento individuale. Adatta quindi a evocare quesiti equitativi più che una regola *de rigore iuris*.

Questo è il punto. La scuola poteva avere del binomio “potere supremo-legalità” una rappresentazione abbastanza precisa riferendolo alla coppia *rigor-aequitas*, che è alle radici di tutta la fenomenologia del diritto. La teoria generale non mostrava - ad esempio - l’iniquità della violazione di una promessa e, ciò malgrado, non escludeva forse *de rigore iuris* la tutela del patto mediante l’esperibilità di un’*actio*? Mutati i termini, il nocciolo teorico è lo stesso.

Da queste premesse può ricevere finalmente luce l’antitesi tra la *plenitudo potestatis* astratta e il potere concreto, governato dall’equità, che venne denominato *potestas ordinaria* od *ordinata* (70). Antitesi la cui rilevanza, a prima vista insospettata, riceve una dimostrazione chiara dal fatto del suo inserimento in legislazioni quattro e cinquecentesche (71), o dall’uso fattone da giudici, fino al Seicento, come criterio determinante per dirimere controversie tra Stato e cittadini (72).

Plena-ordinata potestas: torna il motivo di quella bipartizione del potere che si è vista individuata nel binomio *auctoritas-administratio* e nei suoi equivalenti.

La prima ispirata da istanze assolutistiche, la seconda da esigenze legalitarie; l’una posta come figura astratta, l’altra come manifestazione concreta del governo; quella rappresentata in termini di *rigor* teorico, questa di *aequitas* effettuale: entrambe coesistenti nelle mani del principe.

(70) Nicolini, *La proprietà*, cit., p. 135 ss.

(71) Holub, *Ordinaria potentia - absoluta potentia*, in *Revue hist. de droit franç. et étr.*, 1950, p. 92 ss.

(72) Oakley, *Medieval Theories of Natural Law: William of Ockham and the Significance of the Voluntarist Tradition*, in *Natural Law Forum*, 1961, p. 75 s.

Due aspetti della sovranità che evocano quella doppia natura del re su cui è stata imperniata la “teologia politica” medievale descritta con tanta cura da E. H. Kantorowicz (73): la personificazione di un ufficio eterno e astratto da una parte, dall’altra la persona umana occasionalmente provvista di uno scettro. Torna alla mente la distinzione tracciata in questo senso da Jacques de Revigny (74). L’ufficio eterno e astratto ha la vocazione per la pienezza dei poteri, ma il monarca in quanto essere umano *rationabilis* è vincolato dalle leggi etiche e dal relativo divieto di ogni arbitrio ingiustificato: l’arbitrio, infatti, è consentito al monarca in via teorica dall’ordinamento, egli potrà farne con oculatezza ed eccezionalmente un *uso*, ma dovrà spontaneamente evitare l’illecito morale dell’*abuso*.

Non avevano forse insegnato i glossatori, anche nella materia privatistica, che di ogni obbligazione il *ius naturale* offre la sostanza, e il *ius civile* la tutela del giudice? Il primo è ispirato dall’equità, e le sue *obligationes naturales* costituiscono impegno valido anche nelle ipotesi in cui il *rigor iuris civilis* non preveda una coazione.

Analogamente opera il principio legalitario. La legge positiva, pur auspicandone l’attuazione, non può sancirlo imperativamente e deve invece riconoscere quell’*absolutio legibus* ch’è il contenuto dell’assolutismo.

Ma non per questo l’obbligo di conformarsi al diritto è insussistente: esso procede soltanto su un piano che gli è proprio.

In fondo è la diversità di piani su cui agiscono - li si qualifichi astratto-concreto, di stretto diritto-equitativo, o secondo qualunque altro dei vari atteggiamenti dialettici di cui si è parlato - a consentire la convivenza delle due immagini opposte in cui si traduce la sovranità: la *potestas plena* e la *potestas ordinata*.

(73) E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, cit.

(74) Si veda il cap. precedente, §13.

EPILOGO

Per quanto, dunque, l'affermarsi degli stati nazionali rappresentasse il grande avvenimento politico del basso Medio Evo; per quanto il contemporaneo svolgersi di un intenso pensiero giuridico giustifichi la tendenza storiografica a indagare in questo i riflessi di quell'evento politico, visto come un fatto completo in sé stesso e quindi non bisognoso di agganci con realtà diverse; per quanto, infine, l'uso dei concetti di Stato e di sovranità nel loro significato moderno, sul quale ci si è intesi, spieghi la consuetudine di ricostruire la figura del *rex* in modo autonomo, prescindendo dall'esame del suo termine correlativo necessario, resta pur sempre che l'immagine disegnata in questo modo pecca talvolta di una certa unilateralità.

Perché la *potestas* del re non può intendersi se non riempiendola del contenuto che la scienza attribuiva a quella dell'imperatore: come il dettato stesso della formula «*rex... est imperator*» basta da solo a dimostrare.

D'altronde la dialettica tra i due momenti astratto e concreto, in cui la scuola volle risolvere la teorizzazione della dignità universale, è riprodotta con i dovuti adattamenti al livello delle singole nazioni: le antitesi equipollenti *auctoritas-potestas*, *potestas plena* e *potestas ordinaria*, assolutismo e legalità sono rispecchiate in quella duplice raffigurazione del fenomeno regio - i "due corpi del re" di cui ha parlato il Kantorowicz - che ha persino condotto nel nostro Mezzogiorno ai disegni opposti forniti da Marino di Caramanico e da Andrea d'Isernia.

La notevole componente sacra della *maiestas* del supremo principe chiamava in causa i rapporti di questo con la Sede Apostolica, depositaria di ogni forza religiosa: e le relazioni con la Chiesa, per le identiche ragioni teoriche di fondo, si son viste campeggiare nel problema della sovranità dei *reges*.

Sono tali ragioni di fondo a stimolare l'intervento massiccio del pensiero canonistico. Inutile tentare, come ha fatto il Mochi Onory nelle sue *Fonti canonistiche*

dell'idea moderna dello Stato, antistoriche prove della presunta priorità di una soluzione globale presso i decretisti: in temi come il potere normativo o l'*absolutio legibus* la priorità è senza dubbio insussistente.

Ma certo quella scuola potè dare contributi decisivi, e spesso raggiungere posizioni d'avanguardia, appunto perché essa ebbe incentivi propri a inoltrarsi nella indagine, e si avvale di fonti che bene rispecchiavano l'interesse della Chiesa per argomenti dotati di larghe aperture *in spiritualibus*.

Se poi l'istituto della *plenitudo potestatis* ebbe i suoi contorni dalle elaborazioni svolte intorno alle due dignità universali, il successivo riferimento ai *reges* potè correttamente accompagnare lo sviluppo dei vari stati in senso assolutistico. In questi stati, d'altra parte, l'esigenza legalitaria non si spense, e si attuò attraverso strumenti mutevoli nel tempo, ma tutti impostati sulle relazioni tra i due momenti correlativi - potestà piena e ordinata - che fu merito dei glossatori e dei commentatori delineare a proposito del *princeps* per antonomasia: due momenti che si sono visti ricordati in sentenze e in leggi di vari paesi europei fino al Seicento.

Non per nulla anche i rapporti con l'imperatore furono chiave di volta di ogni definizione della sovranità regia per quasi tutto il Medio Evo. E su questo punto la storiografia è concorde.

INDICE

Capitolo I	Il problema della sovranità in talune impostazioni storiografiche.....	1
Capitolo II	La Chiesa e la sovranità del re di Sicilia.....	25
Capitolo III	I due volti del potere.....	51
Capitolo IV	«Potestas plena» e «potestas ordinata».....	87
Epilogo.....		113

Il titolo del piccolo volume che si ripubblica qui in una nuova veste tipografica è di per sé piuttosto significativo. Non era scontato, infatti, che per il pensiero giuridico medievale la sovranità costituisse “un problema” e non un evidente assunto che richiedeva soltanto una pacifica descrizione: col titolo, insomma, si propone un metodo. Nel 1966, quando il giovane professore Ennio Cortese consegnò questo breve manualetto da litografare all’editore romano Bulzoni, il secondo volume de *La norma giuridica*, di recente riedita come numero 1 di questa collana, era uscito da due anni. Lavorando a *La norma*, Cortese si era immerso nelle fonti dottrinali manoscritte e a stampa e aveva fatto suo l’argomentare medievale, per il quale ogni concetto giuridico non costituisce un assunto pianamente descrivibile, ma rappresenta – appunto – un *problema*: un nucleo concettuale intorno al quale coagulare *argumenta* opposti. La sovranità costituisce, quindi, per Cortese uno dei problemi dialettici della dottrina giuridica medievale, da affrontare con il rigetto di ogni visione unilaterale, con il richiamo alla duplicità fra astratto e concreto, con la necessità di integrare le dottrine dei civilisti con quelle dei canonisti. Una lezione che merita ancora oggi di essere considerata con attenzione.

(Dall’Introduzione alla nuova edizione)

Ennio Cortese, professore emerito di Storia del diritto italiano dell’Università “La Sapienza” di Roma, è stato allievo di Francesco Calasso, con il quale si è laureato nel 1951.

Dal 1958 al 1966 ha insegnato Storia del diritto italiano all’Università di Cagliari, poi, come professore ordinario, a Pisa, fino al 1979, e quindi a Roma, dove dal 1987 al 2000 è stato anche direttore dell’Istituto di storia del diritto italiano della Facoltà di Giurisprudenza.

È stato membro, tra l’altro, del Consiglio Superiore per le Accademie e le Biblioteche presso il Ministero della Pubblica Istruzione, del Beirat del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, del Comitato per l’edizione della glossa accursiana, nonché presidente della Società italiana di Storia del diritto.

Dottore *honoris causa* dell’Università di Paris II, nel 2005 ha destinato la sua biblioteca privata, composta da un migliaio di edizioni antiche di testi di diritto comune e da oltre cinquemila opere moderne di dottrina e storiografia giuridica, alla Biblioteca del Senato.

ISBN 978-88-98483-15-0



9 788898 483150