

Giordano Ferri

**Riflessioni sulla teoria del potere discendente
e della 'eclissi del costituzionalismo' nell'Alto Medioevo**

*Reflections on the theory of descending power
and the 'eclipse of constitutionalism' in the early Middle Ages*

ABSTRACT: This article highlights some reflections on the theory of top-down power and on the abandonment of the constitutional model of Roman juridical experience in the Middle Ages. In particular, the author's reflections focus on the juridical historiography that dealt with the early Middle Ages and which has highlighted the resistance to the emergence of the theory of descending power and a true eclipse of constitutionalism.

KEYWORDS: Eclipse of constitutionalism; theory of descending power; feudal law.

SOMMARIO: 1. L'eclissi del costituzionalismo nella teoria del potere discendente: confini e precisazioni. – 2. La natura militare della società germanica e la figura del *rex*. – 3. Le contrastanti posizioni storiografiche sugli esiti delle riforme istituzionali nel regno visigoto di Spagna. – 3.1 Sulla dignità popolare-militare del re merovingio. – 4. Il Sacro Romano Impero come inizio più certo dell'eclissi e del potere discendente? – 5. La natura contrattualistica dell'ordinamento feudale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *L'eclissi del costituzionalismo nella teoria del potere discendente: confini e precisazioni*

Mario Dogliani, nella sua *Introduzione al diritto costituzionale*, offre alla storiografia giuridica del Novecento¹ l'idea dell'eclissi del diritto costituzionale nel Medioevo². Questa idea viene coltivata, nello scritto di Dogliani, nell'ambito di una riflessione che ruota attorno alle radici del concetto di costituzione e che volutamente non tralascia, da un lato, gli aspetti cogenti della crisi del diritto costituzionale contemporaneo (insiti nel mutamento degli istituti della rappresentanza, nell'ingresso preponderante del diritto sovranazionale in quello interno, nelle nuove forme dei diritti di libertà), e dall'altro l'indagine, in prospettiva storica, dei diversi modelli costituzionali avvicendatisi nell'esperienza giuridica romana, quindi nel periodo intermedio e poi in quello moderno.

L'autore apertamente richiama la teoria del potere discendente elaborata qualche decennio prima dallo storico medievista Walter Ullmann il quale, nella sua monografia su *The individual and society in the Middle Ages*³, aveva opposto alla concezione ascendente del governo e della legge, propria della stagione classica e repubblicana romana, la concezione discendente, propria dell'esperienza imperiale e medievale, secondo cui il potere esecutivo e quello legislativo derivano da un solo organo supremo e investono i sudditi, talvolta secondo una impostazione teocratica e teocentrica del potere.

Su queste basi Dogliani costruisce la tesi secondo la quale se nell'esperienza romana precedente la stagione imperiale i cittadini costituivano l'essenza della costituzione, tale da potersi ritenere essa stessa la «proiezione normativa ed organizzativa dei diritti» di cui i *cives* si consideravano portatori, nell'esperienza medievale è prevalente la percezione dei cittadini come sudditi sottoposti ad un potere centrale che si articola in modo piramidale e che, proprio per questa articolazione discendente, abbandona l'idea tradizionale di costituzione come insieme delle regole espressive dello *status* di cittadini.

L'eclissi della costituzione nel Medioevo si sarebbe così concretizzata nell'abbandono dell'antica idea di costituzione intesa come diretta partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica e, utilizzando un'espressione che mal si attaglia alla ricostruzione storica più risalente ma che rende il pensiero nell'ottica e nel linguaggio moderno, come gestione condivisa del potere

¹ Ampi riferimenti in P. Costa e D. Zolo (curr.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano 2002.

² M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, pp. 111-150.

³ W. Ullmann, *The individual and society in the Middle Ages*, Baltimore 1966. La versione qui citata è la traduzione in italiano: Id., *Individuo e società nel Medioevo*, Bari 1983.

pubblico, per approdare alla formazione di diversi modelli di assetto del potere aventi come minimo comune denominatore una identità verticistica.

Eclissi, dunque, intesa non come fine del costituzionalismo nell'affacciarsi del Medioevo sulla romanità del Basso Impero, ma come tramonto di una realtà costituzionale esistente nei secoli della lunga tradizione giuridica romana pre-imperiale che così acquisisce un diverso volto e un diverso significato nei secoli del periodo intermedio.

Il modello costituzionale della Roma classica, per il quale tanto la forma dell'organizzazione politica quanto il contenuto del diritto erano indissolubilmente legati ad un insieme di principi condivisi dalla collettività, non poteva resistere nella società medievale, viceversa, caratterizzata da una frammentaria realtà ordinamentale e dalle influenze del cristianesimo. A Roma, come aveva sostenuto in una ben studiata definizione⁴ Cicerone, l'assetto istituzionale e il corpo normativo erano frutto della volontà del popolo inteso non come «*omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*»⁵; e, peraltro, val la pena precisare che tale assetto costituzionale si radicava sul presupposto che non vi era propriamente *res publica* cioè *res populi*, quando non vi era quell'equilibrio fra *populus*, *magistratus* e *senatus* in cui stava l'essenza della costituzione della *civitas*. Di conseguenza nelle forme di demagogia, di oligarchia e di tirannia non c'era più una *res publica*, cioè una *res populi* in quanto in tutti e tre i casi non vi era più quella *societas iuris* plasmatasi sulla *res populi*.

Lo stesso archetipo del rapporto tra popolo, assetto istituzionale e formazione del diritto vive successivamente nel pensiero dell'interprete dello stoicismo eclettico di età imperiale Lucio Anneo Seneca che, nel *De ira*, scrive:

Nuocere alla patria è delitto: dunque è delitto anche nuocere a un cittadino, poiché egli fa parte della patria. Le parti sono sacre, dal momento che il tutto è degno di venerazione. Dunque è delitto anche nuocere a un uomo, poiché egli è tuo concittadino in una città più grande. Che succederebbe se le mani volessero far male ai piedi? O gli occhi alle mani? Come tutte le membra del corpo umano

⁴ Cfr. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 189 ss.; si vedano da ultimo: M.P. Baccari, *Societas tra diritto pubblico e diritto naturale*, in M. P. Baccari (cur.), *Itinerari di riflessione da Pio XII e Giorgio La Pira. Per l'ottantesimo della Lumsa*, Collana Iuris Societas Civium, dir. M. P. Baccari e M. Ronco, Modena 2019, pp. 111 ss.; Id., *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-V*, Torino 2011, pp. 56 ss.; in particolare anche il Capitolo *Coetus multitudinis*, pp. 195 ss.; G. Lobrano, *Dottrina della 'inesistenza' della costituzione e 'modello del diritto pubblico romano*, in M.P. Baccari - C. Cascione (cur.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, I, Napoli 2006, pp. 321 ss.; Id., *Dalla rete di città dell'Impero "municipale" romano, la alternativa al pensiero unico statualista anche per la 'Costituzione' europea*, in *Roma, la convenzione e il futuro dell'Europa*, (Atti Convegno Roma 11 febbraio 2003), Roma 2003, pp. 23 ss.

⁵ Cicerone, *De Republica*, I, 25, 39.

funzionano in armonia tra di loro, poiché è nell'interesse dell'insieme la conservazione di ogni singola parte, così gli uomini dovranno risparmiare i singoli individui, perché sono nati per vivere in comune. La società non può essere salvata che a patto della sicurezza e dell'amore delle sue parti⁶.

In anni recenti, peraltro, la storiografia giuridica romanistica ha avvertito l'esigenza di sottolineare come anche nella fase imperiale pre-severiana il popolo, più o meno formalmente, veniva riconosciuto quale fonte di legittimazione del potere sovrano: per un verso, con la sottolineatura nell'alveo del sistema giuridico romano dell'importanza della consuetudine, norma che continua a manifestarsi *rebus ipsis et factis* anche dinnanzi al potere del *princeps*, attraverso i cittadini che esprimono il necessario e valido consenso a che un determinato comportamento assurga a norma giuridica⁷; per altro verso, con la permanenza della *lex de imperio* quale momento di attribuzione del potere all'imperatore, almeno fino al noto frammento del più importante giurista severiano Domizio Ulpiano⁸.

Un abbandono, dunque, del tradizionale modello costituzionale fondato sulla partecipazione attiva dei cittadini nella formazione del diritto che, per ragioni e forme diverse, si palesa sfumando con l'*imperium Romanum* assolutistico e che però prosegue – è bene sottolinearlo fin da subito in una posizione di parziale critica alla tesi di Dogliani – con caratteri peculiari e indubbiamente con momenti di incertezza e discontinuità, nel lungo sviluppo della pluralità degli ordinamenti giuridici del primo medioevo.

2. *La natura militare della società germanica e la figura del rex*

Ora, muovendo i passi dalla tesi che l'eclissi del costituzionalismo nel periodo intermedio non ha significato la fine del costituzionalismo, ma la trasformazione dell'assetto del potere e del modo di concepire il diritto nella sua formazione – dunque, nuovo o diverso costituzionalismo – occorre guardare alla stagione alto-medievale per porre attenzione all'articolarsi dell'ordine costituito nella sua natura e nei suoi modi di atteggiarsi durante le fasi di disapplicazione o parziale ricorso alle fonti giuridiche della tradizione

⁶ Seneca, *De ira*, Libro II, Cap. 31.

⁷ Si veda da ultimo: F. Gallo, *La consuetudine grande sconosciuta*, in "Rivista di Diritto Romano", XIII (2013), pp. 1-16.

⁸ D. 1.4.1: «cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat». Sulla contestualizzazione e interpretazione del frammento si vedano da ultimo: A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017, pp. 413 ss.; S.A. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Parte seconda, Milano 1993, pp. 300 ss.

romana.

La società giuridica, infatti, si manifesta in modo diverso nella complessa realtà istituzionale del Medioevo e non consente costruzioni teoriche uniformanti tali da comportare l'individuazione di una sola linea di superamento del modello costituzionale proprio del sistema giuridico romano classico, ma più linee eterogenee di realizzazione di un assetto costituzionale: un assetto costituzionale che, tuttavia, non sempre poggia le basi sull'indipendenza del sovrano dal popolo e che non consente l'approdo completo e definitivo alla concezione discendente del potere.

Non è un caso che l'attenta e indiretta analisi dell'esercizio del potere nell'Alto Medioevo offerta alla storiografia giuridica novecentesca da Charles Howard McIlwain, nella sua monografia del 1932 su *The Growth of Political Thought in the West. From the Greeks to the End of the Middle Ages*, sottolinei l'influenza delle idee universalistiche romano-cristiane nella realizzazione di una unitaria realtà politico-istituzionale guardando segnatamente alla costituzione del Sacro Romano Impero⁹. Dunque, McIlwain restringe la portata della concezione universalistico-discendente del potere al periodo franco del IX secolo d.C., quando si giunse non tanto alla disapplicazione del principio della personalità del diritto in forza della trasformazione del tessuto giuridico consuetudinario in legge della comunità, vincolante per domicilio e non per stirpe, quanto all'intento imperiale di superare lo stesso principio della territorialità del diritto, per ambire ad una normativa uniforme in gran parte di quelle terre che un tempo avevano formato l'Impero Romano d'Occidente.

Una prima riflessione può prendere spunto, guardando ai secoli precedenti, dal momento dell'invasione dei popoli germanici nelle regioni imperiali romane.

Prima di considerare il problema dell'imposizione di un modello giuridico e di un assetto istituzionale diversi nei popoli latini e a prescindere dal fenomeno della coesistenza di ordinamenti giuridici così lontani – coesistenza resa possibile dal ricorso a soluzioni normative promosse in applicazioni del principio della personalità del diritto – occorre soffermarsi sull'ordinamento originario dei popoli germanici per capire quale assetto costituzionale si possa in esso cogliere e constatare se ed entro quali termini si possa già parlare di impostazione discendente del potere.

La storiografia giuridica, ad esempio, si è molto divisa nel rappresentare i caratteri e i poteri del *rex* germanico. Per un verso, quasi in linea di continuità con i poteri dell'imperatore romano, ha visto in tale autorità un potere di derivazione divina indipendente dalla volontà del popolo che, in tale

⁹ C.H. McIlwain, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, trad. it. di G. Ferrara, Venezia 1959, pp. 212 ss.

ricostruzione, risultava, dunque, come insieme di sudditi soggiogato interamente dalla *potestas* del sovrano¹⁰. Per altro verso, in anni più recenti, a partire dalla tesi di Francesco Calasso formulata nel suo *Medioevo del diritto* del 1954, la carica del *rex* viene legata alla natura militare della società germanica¹¹, per cui i poteri del sovrano sono quelli dei capi militari e non sono da essi distinti. Peraltro, nota caratterizzante i rapporti tra popolo militare e capo militare è il vincolo di fedeltà tra i consociati e il sovrano, vincolo che garantisce l'autorità morale di chi detiene il comando¹².

Alla luce di questa divergenza, è bene ripercorrere, sulla base delle diverse interpretazioni delle fonti offerte dalla storiografia, quale fosse la struttura della società germanica originaria e come si articolasse su di essa il complesso normativo di natura prevalentemente consuetudinaria. Occorre, dunque, guardare al nucleo formativo della società germanica per qualificare la genesi dei poteri del *rex* e per stabilire se essi conservino natura militare e se, per questo, si possa intravedere una forma di legittimazione popolare¹³.

Nelle società germaniche si reputava che le attività e gli interessi degli uomini liberi si concentrassero nella famiglia e che quest'ultima costituisse l'unità elementare organizzativa delle diverse popolazioni. Il dibattito storiografico si è incentrato maggiormente sui caratteri individualizzanti la famiglia originaria.

La storiografia tedesca¹⁴ ha da sempre sostenuto che il nucleo essenziale della società germanica fosse la *Sippe*, cioè la famiglia agnaticia composta da tutti i discendenti in linea paterna maschile da un progenitore comune. La *Sippe*, guidata da un capo unico o da un gruppo di anziani, avrebbe avuto un significato identico a quello individuato nella famiglia, avrebbe, cioè, assicurato ai suoi membri protezione dall'esterno e pace all'interno mediante la tutela dei diritti individuali.

Secondo tale interpretazione l'unità della *Sippe* sarebbe venuta meno prima

¹⁰ H. Mitteis-H. Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, München 1981, pp. 31 ss.

¹¹ F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 123 ss.

¹² M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, p. 24.

¹³ Anche per quanto riguarda il diritto dei popoli germanici – come ha sottolineato Mario Caravale – «si deve riconoscere preliminarmente che le testimonianze relative all'epoca precedente l'invasione delle terre occidentali sono assai scarse e lacunose, e non sempre convergenti, per cui la loro interpretazione continua ad essere oggetto di dibattito da parte della storiografia».

¹⁴ Al riguardo ci si limita a ricordare: H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin 1906, pp. 110 ss.; K. Von Amira, *Grundriss des germanischen Rechts*, Strassburg 1913, p. 169 ss.; W. Schlesinger, *Verfassungsgeschichte und Landesgeschichte*, in "Hessisches Jahrbuch Landesgeschichte", III (1953), pp. 1-34; H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, *Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe, 1954, pp. 23 ss., pp. 47 ss.; M. Scovazzi, *Le origini del diritto germanico: fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milano 1957, pp. 257-259; H. Mitteis-H. Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, München 1981, pp. 20-22.

delle invasioni della parte occidentale dell'Impero e dallo sgretolamento di quella comunità originaria sarebbero derivati i differenti nuclei familiari. Ma, secondo tali autori, i legami agnatizi sarebbero sopravvissuti anche in epoca posteriore.

L'antica *Sippe* avrebbe costituito un'importante unità d'insediamento, nel senso che alle famiglie legate da vincoli agnatizi sarebbe stata assegnata una quota unitaria di terra al fine di dar vita ad un insediamento omogeneo e compatto e nello stesso tempo avrebbe fornito la base sulla quale si sarebbero poi formate le unità dell'esercito germanico¹⁵.

Unitamente ai vincoli di sangue, altri tipi di relazione, secondo altri storici¹⁶, avrebbero avuto la capacità di creare momenti unitari rilevanti nella società primitiva germanica.

Costoro hanno sostenuto la presenza di un altro raggruppamento, il *comitatus* o seguito, vale a dire insieme di uomini liberi, semilibri e servi che in tempo di guerra combattevano al fianco e agli ordini dei capi militari, mentre in tempo di pace operavano al loro servizio riproponendo la relazione intercorrente tra il padre di famiglia e i suoi familiari.

Tali autori sostennero, inoltre, che già nella primitiva società germanica era in vigore una effettiva differenziazione all'interno della comunità dei liberi, tra coloro che possedevano un seguito e gli altri che ne erano privi. Questo avrebbe determinato una distinzione non soltanto sul piano sociale, ma anche su quello giuridico, poiché i capi con seguito avrebbero goduto una sfera di diritti più ampia di quella riconosciuta agli altri.

Da qui l'ipotesi avanzata dagli stessi studiosi che già in epoca precedente le invasioni ci fosse un gruppo privilegiato definibile con il termine di nobiltà.

Altri storici¹⁷ hanno poi giudicato il vincolo tra capo e seguaci come manifestazione originaria di un sentimento di fedeltà connaturato nei popoli germanici, sentimento che successivamente avrebbe trovato espressione nel rapporto feudale. Nel contempo hanno ritenuto che il seguito fosse presente a tutti i livelli della società germanica ed hanno configurato, con una certa immaginazione, un'articolazione verticale della stessa strutturata nel modo

¹⁵ Per una chiara definizione si vedano: D. Herlihy, *Medieval Households*, London 1985, pp. 48 ss.; H.J. Hummer, *Visions of Kinship in Medieval Europe*, Oxford 2018, pp. 75 ss.

¹⁶ Per un quadro esauriente della storiografia sull'argomento rinviamo a K. Kroeschell, *Gefolgschaft*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, a cura di A. Erler ed E. Kaufmann, I, Berlin 1971, coll. 1433-1437.

¹⁷ H. Mitteis, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia 1962, p. 23. La stessa tesi è stata sostenuta da W. Schlesinger, *Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte*, in «Historische Zeitschrift», CLXXVI (1953) p. 258 e da J.O. Plassmann, *Princeps und populus Die Gefolgschaft im ottonisch Staatsaufbau nach den sächsischen Geschichtsschreibern des 10. Jahrhunderts*, Göttingen 1954, pp. 24, 34, 134 ss.

seguinte: i liberi meno importanti avrebbero avuto un piccolo seguito; essi avrebbero costituito, contestualmente, il seguito dei capi più valorosi che, a loro volta, avrebbero rappresentato il seguito del capo, il re.

Un'articolazione che avrebbe permesso al re di considerare l'intero suo popolo come il suo grande seguito.

Tuttavia – e questo è il punto nodale della riflessione – tale interpretazione è stata negli ultimi decenni criticata sulla base dell'assunto che il seguito non costituisse una unità in sé, compatta e chiusa, tale da assorbire momenti associativi differenti. Si ammette generalmente che i vincoli di fedeltà si aggiungessero ai legami di sangue, ma si sottolinea che tali vincoli avrebbero operato esclusivamente sotto il profilo militare, in tempo di guerra e che, nei periodi di pace, sulla base del riconoscimento dell'autorità morale del capo, avrebbero avuto la funzione di preservare un equilibrio all'interno del seguito.

In conclusione, si può affermare che, secondo l'interpretazione oggi prevalente, la famiglia si pone come modello primario e perno strutturale dell'intera società germanica primitiva, ampliata per ragioni militari nella sua composizione da obblighi di fedeltà che si aggiungevano ai doveri derivanti dalla semplice appartenenza ad un nucleo familiare.

Da questa posizione della storiografia giuridica esce, dunque, un'immagine della società originaria tipizzata sull'impronta militare-popolare del capo che non ben si concilia con la teoria del potere discendente del *rex*: quest'ultimo sembra, infatti, trovare ancora la sua legittimazione nel popolo, secondo quanto stabilito dalla tradizione consuetudinaria.

3. Le contrastanti posizioni storiografiche sugli esiti delle riforme istituzionali nel regno visigoto di Spagna

Per il passaggio dalla sistemazione ascendente del potere a quella discendente occorrerà attendere, e non senza sfumature e dissensi storiografici, il regno visigoto di Toledo ed il periodo merovingio, quando il sovrano inizia a rinunciare alla sua dipendenza dal popolo e poi si pone in prossimità della divinità.

Non è un caso, infatti, che l'assetto istituzionale dei Visigoti in Spagna manifesti interessanti note di discriminazione rispetto a quello del regno di Tolosa, sia per la realizzazione di un'ufficiale compilazione normativa, la *Lex Wisigothorum*, che attestava la compenetrazione nel popolo della componente romana in quella germanica, sia per la conversione visigota al cattolicesimo.

Ricordiamo che in Spagna, nei tempi immediatamente successivi all'insediamento, si è comunque riprodotto il regime di governo basato sulla

bipartizione degli organi istituzionali, già applicato nel regno di Tolosa: se da un lato, si sarebbero mantenute in vita sia le magistrature imperiali, come il *rector provinciae*, sia le curie cittadine e le cariche del *curator civitatis* e quella *defensor civitatis*, dall'altro lato sarebbe stato di nuovo introdotto l'ordinamento visigotico con autorità militari e conti cittadini.

È nel corso dei secoli VI e VII che si sono attuate importanti innovazioni nell'assetto generale del regno.

La conversione alla fede cattolica del re Recaredo nonché il successivo abbandono della religione ariana da parte dei capi militari più autorevoli ha contribuito in maniera determinante a creare un clima di concordia fra i sudditi, non più divisi dalla disparità di culto. Questo clima ha consentito, nella seconda metà del secolo VII, al re Recesvindo di far confezionare e pubblicare un nuovo testo legislativo, la *Lex Visigothorum*, che avrebbe avuto valenza territoriale in quanto sarebbe stata destinata ad entrambi i popoli del suo regno, abrogando, ad un tempo, sia l'antica *Lex Visigothorum* euriciana, sia la *Lex Romana Visigothorum* emanata da Alarico II nel 506¹⁸.

¹⁸ Un ampio quadro della letteratura relativa alle raccolte normative applicate nel regno visigoto di Tolosa è offerto da W. Kienast, *Gefolgswesen und Patrocinium im spanischen Westgotenreich*, in «Historische Zeitschrift», CCXXXIX (1984), pp. 23 ss., in particolare nota 1 e da H. Wolfram, *Storia dei Goti*, ed. it. a cura di M. Cesa, Roma 1985, pp. 337 ss., in particolare nota 1, pp. 338-343.

Sul *Codex Euricianus* cfr.: K. Zeumer, *Leges Visigothorum*, in *Monumenta Germaniae Historica*, Hannover et Lipsiae 1902, *Prefazione*; A. D'Ors, *Estudios Visigóticos*, II, *El código de Eurico* [Cuadernos del Instituto jurídico español, 12] Roma-Madrid 1960, II, pp. 4-6.

Sulla *Lex Romana Visigothorum* si vedano, in particolare: G. Astuti, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padova 1953, pp. 30-33; F. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 72 s; H. Mitteis-H. Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, cit., p. 88; J. Gaudemet, *Le Bréviaire d'Alaric et ses épîtres*, in *Ius Romanum Medii Aevii*, I, 2 b, Mediolani 1965; F. Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1983, pp. 102 s.; R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino 1991; K. Kroeschel, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, Göttingen 1992, pp. 55 ss.

Sull'applicazione nel Regno visigoto di Tolosa del principio della personalità del diritto si vedano: F. Calasso, *Medioevo*, cit. p. 110; E. Schönbauer, *Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Rom. Abt., XLIX (1929), pp. 345-403; G. Astuti, *Sul sistema delle fonti degli ordinamenti dei regni romano-barbarici dell'Occidente*, in *Le Fonti*, ed. 1968, cit., App. II, pp. 489-508; P.D. King, *King Chindasvind and the First Territorial Law-Code of the Visigothic Kingdom*, in *Visigothic Spain New Approaches*, a cura di E. F. James, Oxford 1980, pp.131-157; Id., *The Alleged Territoriality of Visigothic Law*, in *Authority and Power, Studies on Medieval Law and Government presented to Walter Ullmann on his Seventieth*, a cura di B. Tierney e P. Linehan, Cambridge 1980; S.L. Guterman, *The principle of the personality of law in the Germanic kingdoms of Western Europe from the fifth to the eleventh century*, New York 1990; M. Caravale, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino 2013, p. 4.

Si confrontino, altresì, le tesi opposte, favorevoli all'applicazione territoriale sia della *Lex Visigothorum* euriciana che del *Breviarium Alarici*, esposte da A. Garcia Gallo, *Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda*, in AHDE, 13 (1936-41), pp. 168-264; A. D'Ors, *La territorialidad del derecho de los Visigodos*, in *Estudios Visigóticos*, I [Cuadernos del Instituto jurídico español, 5], Roma-Madrid 1956, pp. 91-124; Id., *I Goti in Occidente. Problemi*, nelle *Settimane di studio*

Inoltre, secondo l'interpretazione della prevalente storiografia giuridica, durante il regno di Recesvindo sarebbero state introdotte radicali riforme nel sistema istituzionale del regno, le quali avrebbero comportato l'eliminazione delle precedenti magistrature romane e la costituzione di un unico apparato di funzionari, competenti a risolvere le controversie intentate dai Romani e dai Goti e direttamente subordinati al re. Secondo tale ricostruzione, il re, posto al vertice della nuova entità politica, sin dalla prima metà del secolo VII, avrebbe consolidato la sua supremazia, affermando, con la sacra unzione e l'acquisita preminenza sulla gerarchia ecclesiastica, il carattere teocratico della sua potestà monarchica. Il re sarebbe stato affiancato nell'esercizio del suo potere da un consiglio regio formato dagli esponenti più autorevoli del suo seguito, i *seniores palatii*, tra i quali avrebbero assunto una posizione di grande prestigio i *gardingi*, cioè i componenti della sua guardia personale, nonché il *comes cubicularius*, cioè il capo della cancelleria, il *comes patrimonii*, responsabile della gestione del patrimonio ed il *comes stabuli*, comandante della cavalleria.

Si è poi sottolineato, secondo questo orientamento, che i re visigoti avrebbero anche ristrutturato l'assetto burocratico provinciale, eliminando le magistrature regionali o municipali d'origine romana, sostituendole con altri *officia*, incaricati dell'amministrazione della giustizia a livello locale, quali il *dux provinciae*, al vertice della piramide gerarchica provinciale e principale responsabile anche della riscossione delle imposte, e via via, in scala decrescente d'importanza e di autorità territoriale, il *comes civitatis*, lo *iudex territorii*, il *millenarius*, il *quingentenarius*, il *centenarius*, il *defensor* ed il *numerarius*.

Per la verità, tale ricostruzione dell'intelaiatura amministrativa posta in essere nel regno gotico di Spagna nella seconda metà del VII secolo non ha trovato unanime consenso tra gli storici del diritto medievale. In particolare, Mario Caravale, pur convenendo sull'avvenuta integrazione delle due componenti della popolazione del regno, non ne ha fatto derivare uno stravolgimento globale dell'ordinamento giuridico preesistente. Riferendosi all'interpretazione fornita dalla storiografia dominante ha, infatti, affermato:

Il quadro dell'ordinamento istituzionale gotico ora descritto presenta però non pochi elementi di contraddizione interni. Da un canto si afferma la cessazione dell'ordinamento personale dei romani e la sua sostituzione con un altro che non può non essere che quello germanico, anche se marginalmente influenzato dalla disciplina romana. Dall'altro si dipinge un sistema istituzionale radicalmente diverso da quello germanico e caratterizzato sia da elementi tipici dell'ordinamento bizantino, sia da tratti che sembrano anticipare addirittura la

del Centro di studi sull'alto Medioevo, III, Spoleto 1956, pp. 363-408; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. I. *L'Alto medioevo*, Roma 1995, pp. 58-64.

monarchia carolingia¹⁹.

In merito, poi, alle presunte nuove tipologie amministrative sperimentate nel regno con le riforme attuate nella seconda metà del VII secolo, sempre il Caravale ha sostenuto:

Un'ultima osservazione deve essere fatta in merito ai consiglieri palatini ed ai magistrati che operavano nelle province. Quanto ai primi, essi certamente non possono essere assimilati ai membri del *concistorium* imperiale. Essi erano soltanto fedeli del re che lo aiutavano ad amministrare l'ingente patrimonio collegato alla sua carica, così come i fedeli dei grandi collaboravano alla gestione dei latifondi di questi. In altre parole operavano nell'ambito della *domus* regia, della casa del re e soprintendevano alle attività che questa rendeva necessarie: il conte del patrimonio presiedeva alla riscossione delle rendite fondiari; il *comes stabuli* si occupava della gestione delle stalle e quindi delle mandrie e dei pascoli; il *comes scanciarum* era responsabile dell'approvvigionamento della casa del re, il *comes spatariorum* era a capo della guardia personale e così via. [...] Quanto ai magistrati provinciali [...] che risultano in vita dopo la riforma di Recesvindo, denunciano nei loro titoli un'indubbia natura militare: il *dux*, il *comes*, il *millenarius*, il *quingentenarius*, il *centenarius* altro non erano che i capi dell'esercito, i quali secondo l'ordinamento germanico di carattere popolare, avevano il compito di guidare in battaglia i liberi appartenenti alla loro unità e di garantire, durante la pace, l'armonia e l'accordo fra di loro, assicurando il rispetto del diritto secondo le forme della giustizia germanica²⁰.

Logiche, di conseguenza, le conclusioni a cui è approdato:

La riforma [...] non avrebbe modificato la natura popolare delle cariche militari, non le avrebbe trasformate in magistrature di derivazione regia. L'ordinamento avrebbe conservato la sua natura tradizionale ed il re avrebbe continuato a svolgere il suo ruolo consueto di guida delle famiglie, dei clan, dei seguiti militari, ma non avrebbe assunto la funzione del tutto nuova di garantire all'intera comunità il rispetto dei diritti e quindi la pace tra i componenti di quella²¹.

3.1. *Sulla dignità popolare-militare del re merovingio*

Ugualmente controversa si rivela l'interpretazione fornita dalla storiografia contemporanea dell'assetto istituzionale del regno franco.

Secondo l'indirizzo prevalente fra gli studiosi, i Franchi, nella fase del loro insediamento in Gallia avrebbero continuato a riproporre il loro ordinamento tradizionale per poi subire, dopo la conversione alla fede cattolica del re

¹⁹ M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, cit., p. 57.

²⁰ *Ibid.*, p. 59.

²¹ *Ibid.*, p. 60.

Clodoveo, la duplice influenza romana ed ecclesiastica, dando vita ad un sistema istituzionale assai diverso da quello originario di tipo germanico.

Alla base di questo radicale cambiamento vi sarebbe, a giudizio degli storici aderenti a questa corrente di pensiero, la figura del re, assai precocemente trasformatosi da capo militare del suo popolo in autorità suprema.

A seguito, poi, della conversione del *rex* e dei capi militari minori, non soltanto si sarebbe ricomposta la frattura che, all'inizio, avrebbe contraddistinto i rapporti tra l'esigua minoranza franca e la copiosa maggioranza gallo-romana, ma il re, rinnovando, seppur in un contesto completamente diverso, il modello di egemonia costantiniana, si sarebbe attribuito anche il diritto di proteggere la gerarchia ecclesiastica, ponendo la Chiesa alle sue dipendenze ed ampliando così enormemente la sua autorità e la sua funzione di comando.

D'altronde, la superiorità del re sarebbe stata riconosciuta da entrambe le componenti della popolazione già nei primi tempi, quando fu intimato a tutti i liberi viventi nel regno, franchi e romanici, l'ordine di giurargli fedeltà, imponendo loro anche l'obbligo di rispondere al banno di chiamata nell'esercito.

Per adempiere a tale funzione di comando, il re merovingio si sarebbe giovato innanzitutto del consiglio e delle attività dei fedelissimi del suo seguito. Il re, poi, avrebbe delegato i suoi poteri d'imperio ai duchi, ai conti e ad altri ufficiali che assolvevano a compiti istituzionali nelle varie province, mantenendo sostanzialmente in vita l'intelaiatura amministrativa imperiale, incentrata sulla suddivisione del territorio in una rete articolata di distretti.

La ricostruzione dell'ordinamento merovingio, così come prospettata dalla storiografia giuridica prevalente, tuttavia, non è stata ritenuta adeguata da una corrente di pensiero alternativa che ha, ancora una volta, in Mario Caravale il suo sostenitore più convinto. Secondo l'autorevole studioso, infatti, il re merovingio, nel VII secolo, avrebbe ampliato le sue funzioni rispetto al periodo precedente, ma non avrebbe per questo perso «la sua natura di dignità popolare-militare»²². L'aumento di competenze e la crescita d'importanza, si sarebbe espressa, a suo giudizio, «nei settori che concretamente ebbero bisogno di un ruolo più efficace del re, in particolare quello del coordinamento del sistema ecclesiastico con il mondo laico e dell'amministrazione del grande patrimonio passato sotto il controllo del re medesimo». Per Caravale, quindi, il re merovingio sarebbe stato:

Re signore delle sue terre, allora, e non titolare di un potere di derivazione divina che lo poneva al di sopra del suo popolo: se il re avesse acquistato una tale

²² *Ibid.*, p. 80.

potestà, l'intero ordinamento giuridico ne sarebbe risultato radicalmente trasformato e sarebbe inconcepibile la costante armonia tra i capi militari ed i liberi – espressione immediata del sistema tradizionale – da una parte, e il re dall'altra, armonia che trova numerose testimonianze nelle fonti e che la storiografia ha sottolineato a varie riprese²³.

Le divergenze di opinioni che si son riscontrate in storiografia in merito alla configurazione del potere regio ed alle strutture organizzative del regno franco o di quello visigoto non riguardano, tuttavia, la presa d'atto, comune alle varie correnti di pensiero, della lenta ma progressiva e, infine, ineludibile fusione dell'elemento germanico e di quello gallo-romano in una *natio* unitaria. Se in Italia, infatti, i terribili effetti della guerra fra Goti e Bizantini e il successivo insediamento dei Longobardi in gran parte della Penisola avrebbero impedito di fatto la formazione di una 'nazione' con identità propria e definita, nei regni dei Visigoti in Spagna e dei Franchi in Gallia la grande distanza iniziale fra Germani e Romani sarebbe venuta progressivamente e sostanzialmente diminuendo.

4. *Il Sacro Romano Impero come inizio più certo dell'eclissi e del potere discendente?*

Secondo quanto sostenuto dall'indirizzo prevalente della storiografia²⁴ è da ritenersi, in termini più concreti, superata la derivazione popolare del potere regale e, dunque, la teoria del potere ascendente con Carlo Magno che pose le basi alla costituzione del Sacro Romano Impero.

²³ *Ibid.*, pp. 80-81.

²⁴ Tra gli autori che hanno sostenuto la tesi dominante si segnalano: G. von Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, Leipzig 1914; Id., *Der Ursprung der Landeshoheit*, in Id., *Territorium und Stadt. Ansätze zur deutschen Verfassungs-Verwaltungs und Wirtschaftsgeschichte*, München und Berlin 1923, pp. 1-152; F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris 1948, pp. 39-47, 50-52; L. Halphen, *Charlemagne et l'empire carolingien*, Paris 1949; F.L. Ganshof, *La Flandre sous les premiers comtes*, Bruxelles 1949; A.K. Hömberg, *Grafschaft, Freigrafschaft, Gografschaft*, Münster 1953; Id., *Die Entstehung der westfälischen Freigrafschaften als Problem der mitteralterlichen deutschen Verfassungsgeschichte*, Münster 1953; H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, *Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe 1954, pp. 129-147; F.L. Ganshof, *La Belgique carolingienne*, Bruxelles 1958; J. Fleckenstein, *Karl der Grosse*, Göttingen 1962; F.L. Ganshof, *Charlemagne et les institutions de la monarchie française e Charlemagne et l'administration de la justice dans la monarchie française*, in *Karl der Grosse. Lebenwerk und Nachleben*, I, a cura di H. Beumann, Düsseldorf 1965, pp. 349-393, 394-419; D.A. Bullough, *Europae pater. Charlemagne and his achievement in the light of recent scholarship*, in "The English Historical Review", LXXXV (1970), pp. 59-105; Id., *The age of Charlemagne*, London 1973; H.K. Schulze, *Die Grafschaftverfassung der Karolingerzeit in den Gebieten östlich des Rheins*, Berlin 1973; T. Schieffer, *Das Karolingerreich*, in *Handbuch der europäischen Geschichte*, I, Stuttgart 1976, pp. 560-568; J. P. Cuvillier, *L'Allemagne médiévale. Naissance d'un Etat (VIIIe-XIIIe siècles)*, Paris 1979, pp. 71-82; H. Mitteis- H. Leiberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, cit., pp. 96-105; R. Fossier, *Storia del Medioevo*, I, Torino 1984, pp. 429-431; H. Fichtenau, *L'impero carolingio*, Bari 1986; H.K. Schulze, *Land der Deutschen Merowinger und Karolinger*, Berlin 1987, pp. 214-220.

Il punto di partenza di quello che sarà il ricorso alla terminologia imperiale romana tardo-antica – ricorso ampliatosi sotto la dinastia degli Svevi anche in forza della coeva rinascita degli studi giuridici e, dunque, attraverso la produzione scientifica medievale sulla compilazione giustiniana – spinge a riflettere sulle funzioni regali esercitate da Carlo Magno che avrebbe voluto dar vita ad un sistema di governo unitario e centralizzato nell'ambito del territorio sottoposto alla sua autorità ed ai numerosi popoli che era riuscito ad assoggettare.

Tuttavia, anche per questo momento, segnato dall'incoronazione dell'Imperatore da parte del Pontefice, una parte della storiografia sembra reagire alla individuazione univoca dei poteri del sovrano in un'autorità superiore indipendente dal popolo e dalla sua tradizione giuridica.

Il piano su cui poggia tale reazione interpretativa è quello offerto dalla produzione del diritto e, più segnatamente, dalla volontà del sovrano di non sovvertire attraverso i suoi interventi legislativi l'ordinamento popolare esistente, ma di conservarlo facendo coesistere il rispetto per la tradizione consuetudinaria con il profilo innovativo di una più avvertita esigenza di certezza del diritto.

Infatti, se con i *Capitularia legibus addenda* l'imperatore voleva aggiornare e precisare gli usi dei popoli sottoposti alla sua autorità, attraverso i *Capitularia per se scribenda* voleva cercare di uniformare i modi di affermazione della giustizia nell'esteso territorio dell'impero senza per questo ridurre il peso del popolo nella formazione stessa del diritto²⁵. L'esautoramento della volontà popolare laddove il sovrano sottraeva il testo normativo dall'approvazione dell'assemblea generale degli uomini liberi si giustificava con il fine superiore di tutelare gli ordinamenti popolari e la giustizia nelle varie etnie della popolazione franca.

Si constata, dunque, al fianco di una tendenza alla centralizzazione del potere del monarca – come afferma Caravale, sostenitore di questa posizione per così dire di resistenza o di alternativa interpretazione delle fonti – «la continuità del diritto popolare in epoca carolingia» constatazione che «consente, poi, di valutare in maniera corretta la tesi che attribuisce al diritto feudale, che proprio in questo periodo cominciava a fare la sua prima apparizione, la funzione precipua di consentire a privati l'acquisizione di potestà di governo esclusivamente riservate al monarca e di esercitarle al di fuori di controlli da parte del sovrano stesso»²⁶.

²⁵ Cfr. M. Caravale, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, cit., p. 11.

²⁶ M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, cit., p. 138.

5. *La natura contrattualistica dell'ordinamento feudale*

Nell'Europa franca, tra l'VIII e il IX secolo, nasce e si sviluppa l'ordinamento feudale regolato dalle norme consuetudinarie e non solo. Gli elementi costitutivi si raccoglievano nella cessione dell'esercizio della potestà bannale da parte dei titolari di aziende curtensi sulle proprie signorie a coloro che avevano dimostrato fedeltà. Ma il rapporto tra signore e vassalli era disciplinato dai contratti feudali e quindi ne derivava il diritto feudale come diritto contrattuale. E i rapporti feudali tra re e sudditi, appunto perché contrattuali, sono estremamente diversi da quelli che derivavano dalla concezione teocratica²⁷.

Da questo conseguiva che il re era un membro della comunità proprio in forza del contratto feudale.

Come ha acutamente sottolineato Guido Astuti nella sua voce *Feudo*, apparsa nella *Enciclopedia del diritto* verso la fine degli anni Sessanta del Novecento, l'intero sistema dei feudi è fondato essenzialmente su vincoli contrattuali ed ha carattere tipicamente e intrinsecamente convenzionale a tal punto che il contratto costituisce nell'età feudale il fondamento dell'intero ordine politico e sociale²⁸. Alla considerazione dello storico del diritto piemontese va aggiunta la riflessione di non poco conto di Walter Ullman relativa alla efficacia del contratto feudale e alla realtà politico-istituzionale che il feudo rappresentava: dal momento in cui il contratto poteva essere annullato o rescisso se una delle parti stipulanti non agiva rispettando le norme in esso contenute e, in particolar modo, se agiva slealmente, non era più sul piano della regalità teocratica, ma solo su quello della regalità feudale che poteva concepirsi una resistenza, non da parte dei sudditi, ma da parte dei baroni; una resistenza che «non era una rivoluzione ma l'adempimento pratico dell'idea implicita del contratto stesso, era in ultima istanza il ripudio del contratto (*diffidatio*), il che, ancora una volta, non era altro che togliere al re la lealtà, la *fides promessa*»²⁹.

Insomma, agli occhi dell'autorevole storico del Medio Evo, se il governo teocratico era unilaterale, quello feudale era bilaterale e la natura pattizia del diritto feudale imponeva al re il dovere di rispettare questo diritto o di modificarlo con la sola partecipazione degli interessati.

²⁷ Sull'ordinamento feudale si vedano da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici: M. Caravale, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, cit., pp. 13 ss.; E. Tavilla, *Le radici profonde d'Europa*, in *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016, pp. 44 ss.

²⁸ G. Astuti, *Feudo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1968, vol. XVII, p. 295.

²⁹ W. Ullmann, *Principi di governo e politica nel Medioevo*, Bologna 1972, pp. 194-195.

6. *Considerazioni conclusive*

Ora, è proprio nella espansione del diritto feudale ad una cerchia di soggetti sempre più ampia che si individua nel Medioevo l'emergere dell'idea di una legge condivisa che, come ha sottolineato lo stesso Dogliani, lega la parte politicamente attiva della popolazione e il re e che spinge a considerare un diverso significato di costituzione (rispetto a quello moderno) realizzatosi nei primi secoli del periodo intermedio come gestione condivisa del potere pubblico.

Inoltre, dal momento in cui la realtà feudale intesa come sistema giuridico volto a regolare i rapporti tra signori e vassalli finì per abbracciare anche la sfera dei rapporti politici non feudali, lo stesso patto feudale diviene prassi volta a riconoscere diritti e doveri dei cittadini.

Si vuole così concludere con una sottolineatura, e cioè che, nonostante abbia opposto alla concezione ascendente del governo e della legge propria dell'esperienza romana la concezione discendente del potere propria dell'esperienza medievale, lo stesso Ullmann tuttavia scrive: «Si potrebbe addirittura arrivare a dire che la costituzione che andava lentamente affermandosi era la conseguenza dei diritti che la pratica feudale aveva riconosciuto all'individuo» e così prosegue: «Il consenso di coloro a cui le leggi dovevano applicarsi costituiva la spina dorsale della vita parlamentare, anche se solo in linea di principio, e doveva portare all'invocazione di un passo (frainteso) del diritto romano: 'Ciò che riguarda tutti deve essere approvato da tutti', di modo che, con l'allargarsi del numero di coloro che sostenevano di essere qualificati a dare il loro consenso e assenso alla promulgazione di determinate norme giuridiche, il diritto divenne comune a tutti (...). La società feudale – amorfa, non chiaramente definita e piuttosto massiccia – divenne il *populus*, i cui membri costituenti erano gli individui nella loro veste di cittadini, con diritti e doveri»³⁰.

³⁰ W. Ullmann, *Individuo e società*, cit., pp. 67 ss. «