



Centro di  
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

# I quaderni europei

Scienze giuridiche



## L'EUROPA DEL DIRITTO E LE SUE FONDAZIONI. *IUS COMMUNE, DROIT COMMUN, COMMON LAW* TRA MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA

Maria Sole Testuzza

Giugno n.20

Maria Sole Testuzza

***L'Europa del diritto e le sue fondazioni. Ius commune, droit commun, common law tra medioevo ed età moderna***

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2010/n. 20  
Giugno 2010

URL: [http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/19\\_2010.pdf](http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/19_2010.pdf)

© 2010 Maria Sole Testuzza

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

*Maria Sole Testuzza*, Dottore di ricerca in Storia del diritto.

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su:

<http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato di redazione: Sabrina Carciotto - Silvia De Luca - Giovanna Morso - Valentina Petralia

Edito dal Centro di documentazione europea dell'Università di Catania

Via San Lorenzo, 4 - 95131 – CATANIA

tel. ++39.095.730.7954

fax ++39.095.730.7956

[www.lex.unict.it/cde](http://www.lex.unict.it/cde)

## L'Europa del diritto e le sue fondazioni. *Ius commune, droit commun, common law* tra medioevo ed età moderna.

Maria Sole Testuzza

### Abstract:

Nell'articolo vengono messe a confronto tre esperienze giuridiche europee (*ius commune, droit commun, common law*) che, tra tardo medioevo e prima età moderna, nelle loro specifiche realtà culturali, politico-istituzionali tendono a caratterizzarsi tutte per la superiorità, loro riconosciuta sotto varie accezioni, con intensità, tempi e modalità diverse e fuori da una formale e rigida gerarchia delle fonti, sui diritti particolari. La comparazione intende mostrare come la realizzazione faticosa di nuove forme di regolazione sociale sia passata, con esiti diversi, attraverso la promozione di un diritto comune in un rapporto di reciproco scambio con una pluralità di diritti propri.

The purpose of this paper is to compare three european legal experiences (*ius commune, droit commun, common law*) that, between the late middle ages and the early modern period, in their own cultural and political-institutional realities were characterized by superiority over a pluralism of particular laws and recognized like common law in different ways, with different results and out of a formal and strict hierarchy of sources. The essay shows how new forms of social regulation have been passed through the promotion of a common law in reciprocal exchange with a pluralism of particular laws.

### Keywords

*Ius commune - droit commun - common law - iura propria*

# L'EUROPA DEL DIRITTO E LE SUE FONDAZIONI. *IUS COMMUNE, DROIT COMMUN, COMMON LAW* TRA MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA\*

di Maria Sole Testuzza

*Sommario:* 1.- Tradizioni, valori e principi giuridici comuni?- 2. *Ius commune*.- 3. *Droit commun*.- 4. *Common law*.- 5. Cenni conclusivi.

## 1. Tradizioni, valori e principi giuridici comuni?

L'evoluzione dell'Europa all'interno delle coordinate comunitarie si presenta come un fenomeno difficilmente riconducibile a modelli già visti, ad esperienze già vissute. Tuttavia la creazione di un'identità condivisa, su cui si è tentato di costruire e di far funzionare una tale nuova e singolare realtà ordinamentale, ha portato ad individuare ed enfatizzare una tendenza di lungo periodo che caratterizza lo sviluppo storico delle istituzioni politiche per così dire 'occidentali' e che come tale riguarderebbe anche l'Unione europea: «il crescente peso dell'elemento giuridico come fattore strutturale degli assetti di potere»<sup>1</sup>.

Nel seguire questo processo le diverse ricerche, che in questi ultimi decenni in tutti gli ambiti della scienza del diritto sono state avviate, risultano segnate dall'uso dell'aggettivo *comune*. A voler dare maggiore certezza ed effettività alle regole del nuovo diritto privato europeo e a sostegno di un'ancora più difficile legittimazione e affermazione di un diritto pubblico unitario, le indagini su tradizioni, valori e principi giuridici *comuni* sono infatti diventate numerose<sup>2</sup>. L'attenzione, come è ovvio attendersi, non è venuta meno anche quando, più di recente, è tornata in primo piano l'orgogliosa difesa delle identità, delle culture e delle sovranità nazionali, e di scottante attualità il dibattito su minoranze portatrici di un grado di specificità di cui il vecchio continente non aveva avuto più esperienza nel suo passato prossimo.

Sollecitata dalle domande di comparazione<sup>3</sup>, la storiografia giuridica è così tornata ad interrogarsi di nuovo su un tema classico: la tensione nell'esperienza altomedievale e protomoderna tra l'idea di un diritto 'comune' inteso in senso lato come un complesso di norme aventi carattere generale, e l'idea di un diritto proprio, o di una serie di diritti propri legati come tali ad un ristretto territorio, a particolari destinatari o a dati rapporti.

Ad essere ripensato in senso critico è stata però tanto la tipica nozione di diritto comune come categoria logica e astratta concepita quale significativo prodotto di un ordinamento ormai 'maturo'<sup>4</sup>, quanto l'uso anch'esso tradizionale della dialettica *ius commune-iura propria* in chiave unitaria e necessariamente sistematica<sup>5</sup>. Si è infatti rilevato come parlare di diritto comune sia di per sé piuttosto

---

\* Testo rielaborato dell'intervento svolto nell'ambito del Convegno di studi su *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Catania 7-8 Maggio 2010, Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Cfr. F. QUAGLIA, *Introduzione all'edizione italiana* di R. C. VAN CAENEGEM, *Il diritto costituzionale occidentale*, Roma, 2010, p. 14.

<sup>2</sup> Sul versante del diritto privato l'interesse per la ricerca di principi comuni è ampiamente consolidato e noto per l'armonizzazione del diritto dei contratti (cfr. a titolo esemplificativo G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007). Si registra più di recente nell'Europeizzazione di altre aree strettamente correlate quale quella per esempio del diritto dell'illecito extra-contrattuale (*Tort of law*), o relativamente ad istituti che caratterizzano il mondo giuridico anglosassone come il *trust* cfr. R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998; M. LUPOI, *La confidentia è il trust*, in P. PRODI (a cura di), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, 2008, pp. 27-40. Sul diverso ma altrettanto prolifero versante del diritto pubblico per un ampio quadro cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; sul processo costituente europeo cfr. G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *QuadCost*, 1/2006, pp. 7-24; sulla sua specialità v. M. FIORAVANTI, *Il processo costituente europeo*, in *QuadFior*, 31/2002, p. 273 ss.

<sup>3</sup> Sul legame tra comprensione storiografica e strumenti comparativi, cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 8. Sullo speculare legame tra comprensione comparativistica e strumenti storiografici cfr. il contributo di R. ZIMMERMANN, *A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations*, in R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, New York, 2001, pp. 107-185. Rimangono peraltro sempre attuali le considerazioni di G. GORLA, voce *Diritto Comparato*, in *ED*, Milano, 1963.

<sup>4</sup> F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, p. 375: «"Diritto comune" è una categoria logica, astratta, che ogni sistema giuridico, antico e moderno, arrivato a maturità di sviluppo, conosce».

<sup>5</sup> Cfr. P. COSTA, *"Ius commune", "ius proprium", "interpretatio doctorum": ipotesi per una discussione*, in "El dret comú i Catalunya". *Actes del IV Simposi Internacional, Barcelona, 27-28 de maig de 1994*, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, 1995, pp. 29-42.

problematico stante la complessità, tra tardo medioevo e prima età moderna, di esperienze giuridiche multiformi ed in costante divenire.

In tale ottica, seppure attraverso una necessaria semplificazione, è stato possibile, ad esempio, mettere a confronto l'espressione francese *droit commun* e quella inglese *common law*, con l'espressione *ius commune* che rinvia invece alla tradizione romano-canonica<sup>6</sup>. Utilizzate per lo più dalla storiografia, esse indicano, nel secolare processo di emersione dei diritti patri, diritti diversi tendenzialmente validi per grossi ambiti geografici che, senza pretese di unicità, entrano in contatto, convivono, alcune volte si contrappongono, rimanendone spesso 'limitati', con gli *iura* e i *privilegia* degli individui, dei ceti, e dei corpi che popolano le società di antico regime.

*Ius commune, droit commun, common law*, appartenenti a realtà culturali e politico-istituzionali tra loro differenti, si prestano ad essere osservati in tal senso da una medesima angolazione in quanto caratterizzati tutti per la superiorità, loro riconosciuta sotto varie accezioni, con intensità, tempi e modalità diverse e fuori da una formale e rigida gerarchia delle fonti, sui diritti particolari.

Senza cadere nella tentazione, a volte pericolosa, di un uso 'normativo' del passato, è immaginabile concentrarsi in breve su questa loro medesima inclinazione al fine di raccogliere alcune riflessioni su un possibile patrimonio giuridico comune europeo.

## 2. *Ius commune*

Senza entrare nel merito dello spinoso dibattito che sin dalla famosissima prolusione catanese di Francesco Calasso<sup>7</sup> ha coinvolto il mondo accademico, specialmente italiano, di quest'ultimi sessant'anni<sup>8</sup>, giova, nella prospettiva accennata, soffermarsi sul fenomeno dello *ius commune romano-canonico*, lasciando da parte qualsiasi pretesa definitoria, nella consapevolezza di quanto esso sia stato, come ha ricordato di recente Ennio Cortese, «una figura sfuggente»<sup>9</sup> del panorama giuridico europeo.

Artefice ne è la dottrina giuridica affermatasi soprattutto in Italia a partire dalla rinascita degli studi di diritto a Bologna nel secolo XII. L'autorevolezza dei libri giustiniani le fornisce le basi per un'interpretazione originale che consente di adeguare il diritto romano alla realtà concreta della società contemporanea e di affiancarlo all'altro diritto universale, quello canonico, che lo completa. Con l'evocazione del mito unitario dell'Impero, sacro e romano, che come tale idealizza un'unità istituzionale bifronte, temporale e spirituale ad un tempo, la scienza giuridica riconosce la compresenza di questi due diritti: il romano per le questioni temporali e il diritto canonico per le materie spirituali. Diritto comune, come è noto, ma non diritto unico. Accanto ad esso nella vivacità della prassi per il tramite degli *usi*, altri diritti, gli *iura propria* rappresentativi di un composito universo intimamente giuridico<sup>10</sup>.

Accade così che un giudice attivo in un Comune dell'Italia centro settentrionale, così come quello di una città dell'Italia Meridionale, debba essere esperto di diritto comune e lo debba applicare in un gioco plastico di estensioni e restringimenti nel risolvere le vertenze a lui sottoposte. La norma particolare cui essi devono rivolgersi, del resto, per integrare le sue lacune invoca, spesso espressamente, rimedi 'esterni' da ricercare nel patrimonio dottrinario del *ius commune*<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998; R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003; M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo*, Bologna, 2005.

<sup>7</sup> F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 31-76.

<sup>8</sup> Sui diversi aspetti della costruzione storiografica del concetto di 'diritto comune' cfr. E. CORTESE, *Alle origini del diritto europeo*, Bologna, 2005, pp. 1-63; p. 46 ss; per una decostruzione del 'sistema calassiano' in particolare cfr. P. COSTA, "*Ius commune*", "*ius proprium*", "*interpretatio doctorum*": ipotesi per una discussione, in "*El dret comú i Catalunya*". *Actes del IV Simposi Internacional*, Barcelona, 27-28 de maig de 1994, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, 1995, pp. 29-42.

<sup>9</sup> E. CORTESE, *Immagini di Diritto Comune medievale: semper aliud et idem*, in I. BIROCCI, A. MATTONE (a cura di) *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, 2006, pp. 3-16.

<sup>10</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2005.

<sup>11</sup> Emblematico è il caso dello Statuto fiorentino del 1415 che così recitava in merito al giuramento del Podestà: «iura reddere secundum formam statutorum et reformationum communis et populi florentini, et ipsis deficientibus ius commune observare». Citazione tratta da P. GROSSI, *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, in A. ZORZI (a cura di), *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale*, Firenze, 2008, p. 12.

Dalla dottrina italiana dei primi secoli dell'età moderna risulta confermata, pur nella estrema varietà delle esperienze, questa essenziale funzione dell'*ius commune* che viene a combinarsi sempre di più per via giurisprudenziale con gli ampi diritti unici che emergono su base territoriale. I diritti propri pretendono sempre di più la loro priorità<sup>12</sup>, ma lo *ius commune*, espressione di una lunga complessa e articolata tradizione interpretativa, rimane dotato di autorità sulla base di molteplici argomenti. Resta, infatti, un diritto superiore che non può essere modificato da leggi generali dell'autorità politica senza la ricorrenza, almeno in via potenziale, della *iusta causa*. A livello dottrinario e giurisprudenziale aiuta a definire le categorie teoriche generali entro cui le norme dello *ius proprium* possono essere inserite. Si presta così ad essere un diritto che ora completa la norma particolare laddove essa partecipi della sua *ratio*, ora la legittima, per via argomentativa, laddove si presenti, per le necessità concrete, come eccezione alla regola.

L'*interpretatio* di cui lo *ius commune* è espressione e prodotto, oltre che a consolidare gli emergenti diritti regnicoli, e prima ancora di offrirsi come uno degli strumenti più longevi di promozione della lettura teorico-razionale delle fonti del diritto, che caratterizza gran parte dell'esperienza giuridica continentale europea<sup>13</sup>, dà forma ad un patrimonio che riguarda in particolare la definizione dei rapporti privatistici e l'emersione della complessa nozione di diritti umani naturali<sup>14</sup>. La dottrina nel preoccuparsi di dare ordine e certezza a quei diritti che queste situazioni regolano, e dibattendo scrupolosamente sui limiti del potere<sup>15</sup>, trascura però di prevedere degli strumenti concreti che possano garantire il rispetto dei medesimi da parte del principe.

Quest'ultimo infatti, lo abbiamo già accennato, non può abrogare le norme di diritto comune, la cui validità discende da una assunzione di razionalità e di fondatezza giusnaturalistica. Le può tuttavia violare con i suoi rescritti ed i suoi comportamenti in casi eccezionali. A tale scopo ad essere affermato è in primo luogo il bisogno di legare il suo comando ad un dato che possa essere presentato come obiettivo. Da qui la necessità di rinvenire una *iusta causa* o una *causa rationabile*, di richiamare di volta in volta l'urgenza di una *necessitas* o più vagamente di un'*utilitas*. Ma nessun mezzo è offerto ai soggetti di diritto per verificare l'effettiva esistenza della situazione eccezionale, né tanto meno, ove tale condizione straordinaria sia stata proclamata, per difendere i propri diritti. Un'obbedienza fiduciale in qualche modo è dovuta dai sudditi all'ordine dell'autorità<sup>16</sup>. Se l'errore è del principe, si può far poco: la legge deve essere rispettata e applicata. Di questo aspetto della tradizione di *ius commune* si deve tener conto, come suggerisce Mario Caravale<sup>17</sup>, nel confronto con le altre esperienze giuridiche della società europea del tardo medioevo e della prima età moderna.

### 3. *Droit commun*

Anche nei territori del regno francese è dato peso alle norme e agli istituti provenienti dalla tradizione civilistica e canonistica. Il rilievo è diverso: molto più intenso nell'area meridionale (*pays de droit écrit*, secondo la nota distinzione) dove tale patrimonio risulta essere assai più radicato nelle consuetudini locali rispetto a quanto avvenga nelle regioni settentrionali (*pays de droit coutumier*), caratterizzate invece dalla prevalenza della matrice consuetudinaria franca.

Un altro è il diritto comune del regno. Il regno francese si regge sulle consuetudine e gli usi, non sul diritto scritto (*regnum nostrum consuetudine moribusque praecipue, non iure scripto regitur*). Lo afferma, con la

---

<sup>12</sup> Per l'osservazione di alcune realtà tra le più significative nello spazio italiano ed europeo cfr. i vari saggi raccolti nel volume già citato I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*.

<sup>13</sup> Sui riflessi nella nozione di interpretazione giuridica continentale cfr. V. PIANO MORTARI, *Dogmatica giuridica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976. Sulla centrale caratterizzazione del diritto comune come scienza del libro cfr. M. BELLOMO, da ultimo in *Medioevo edito ed inedito: scienza del diritto e società medievale*, Roma, 1997, vol. II, pp. 3-21.

<sup>14</sup> Cfr. B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, 1997; per una rapida rassegna cfr. R. H. HELMHOLZ, *Natural human rights: the perspective of the ius commune*, in *CathULR*, 2/2003, pp. 301-325.

<sup>15</sup> Cfr. D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel trecento italiano. Il 'De Tyranno' di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Firenze, 1983. Sulla valenza autoritativa di tali costruzioni anche nella prima età moderna cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, pp. 43-80.

<sup>16</sup> Sulla dubbia effettività dei limiti al potere del principe in una costruzione teorica che fa esclusivamente appello al dato etico della sua *honestas* cfr. E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, 1982, pp. 139-147.

<sup>17</sup> M. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo*, Bologna, 2005, p. 63.

celebre ordinanza del 1312, Filippo il Bello il quale, nel riorganizzare il piano di studi nell'università di Orléans, ammette tuttavia il ricorso al diritto romano (*ius scriptum*) non in quanto diritto vigente (*ratione imperii*) bensì in quanto diritto razionale ed efficiente (*imperio rationis*).

Fonte principale del diritto è dunque la consuetudine. Sin dal medioevo era stata però avviata, per iniziativa privata, la compilazione di raccolte di usi locali regionali. A partire dal XV secolo, il fenomeno assume carattere ufficiale. Allo scopo di conseguire un testo chiaro e definito delle singole consuetudini e per rendere così più semplice ed efficace l'amministrazione della giustizia, nel 1454 Carlo VII di Valois<sup>18</sup> ordina che, in ogni distretto amministrativo, commissioni congiunte di giuristi e di rappresentanti dei tre ceti, presiedute da ufficiali regi, procedano alla raccolta e alla redazione per iscritto delle consuetudini locali. Dopo circa un secolo la difficoltosa operazione è completata risultando circa 60 *coutumes générales* ("consuetudini generali", applicate su vasti territori) e circa 300 *coutumes* particolari.

Come osserva Vincenzo Piano Mortari, «il fenomeno della redazione delle *coutumes* fece apparire in Francia una forma di produzione normativa da collocare al di fuori degli schemi tradizionali»<sup>19</sup>.

Tale diritto, che suscitò vivaci dibattiti dottrinali tra i giuristi del tempo<sup>20</sup>, conservava la sua natura consuetudinaria anche dopo l'intervento regio ma presentava caratteri assai peculiari. Nascendo dall'incontro tra volontà regia e 'volontà popolare' esso non poteva identificarsi né con gli atti tipici del sovrano (*ordonnances, loi, édits*) né con le norme tradizionali del *droit coutumier*. Dal momento che era per così dire regionale, non era poi in senso proprio unitario. Non era onnicomprensivo né esaustivo, perché non intendeva affatto eliminare il restante patrimonio consuetudinario dalle fonti del regime positivo del regno, e non impediva del resto l'abrogazione per desuetudine, o per intervento regio di norme consuetudinarie già redatte, né l'eventuale sorgere spontaneo di nuove regole pur diverse e discordanti. Non costituiva, infine, il diritto dell'ultimo rinvio.

Sebbene per lungo tempo rimasero non completamente chiari e precisi i limiti di invadenza del potere centrale nei confronti di competenze ritenute proprie dei rappresentanti del clero, della feudalità, e delle autonomie provinciali e locali, il graduale affermarsi dell'assolutismo nella prima metà del Cinquecento mise in risalto il potere legislativo del re.

La debolezza del diritto comune consuetudinario aveva però sollecitato la scienza giuridica a ricercare nella tradizione francese alcune norme inviolabili, immodificabili, il rispetto delle quali da parte del re venne considerato il segno della continuità del dovere monarchico di non violare i principi della tradizione giuridica nazionale. Tali leggi fondamentali non riguardavano, però, come ha messo in rilievo Mario Caravale il campo dei rapporti intersoggettivi. Una varietà e molteplicità di organismi e di comunità autonome, come abbiamo visto, viveva nel regno col riconoscimento e con la sanzione regia.

Nonostante la sempre maggiore invadenza monarchica, a queste e ai loro diritti era lasciato la tutela della complessa disciplina dei rapporti privatistici. Tali leggi fondamentali, enucleate pur sempre dal patrimonio consuetudinario, riguardarono invece lo *status regni*, alcuni aspetti, cioè, dell'organizzazione e dell'esercizio della potestà regia quali, ad esempio, la legge salica che disciplinava la successione al trono in linea maschile e il divieto di alienazione del demanio<sup>21</sup>.

Nell'affrontare il problema di un 'diritto comune' la dottrina francese e la giurisprudenza delle corti sovrane della primissima età moderna, ora in competizione con l'autorità di vertice ora al suo servizio, raggiunsero così importanti risultati sul piano di un diritto unitario.

Nella redazione delle *coutumes* il contributo dei tecnici del diritto – romanisti per formazione – avvicinò sempre di più la terminologia impiegata, il contenuto e la struttura delle stesse<sup>22</sup>. Inoltre tale attività di riorganizzazione del patrimonio consuetudinario regionale, anche se funzionale agli obiettivi monarchici, portò al riconoscimento, su un diverso piano, di norme positive superiori al principe dirette

---

<sup>18</sup> Cfr. il testo dell'*Ordonnance* di Montil-lez-Tours che, per la parte che interessa, è riportato in V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, in *QuadFior*, 1/1972, pp. 131-175, alla nota 2, pp. 132-133.

<sup>19</sup> V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, cit., p. 131.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 131-175.

<sup>21</sup> Cfr. M. CARAVALE, da ultimo in *Diritto comune e diritti propri nella dottrina giuridica della prima età moderna*, in *ArchGiur*, 1/2009, pp. 13-45, specificamente pp. 33-34.

<sup>22</sup> Cfr. V. PIANO MORTARI, *La formazione storica del diritto moderno francese. Dottrina e giurisprudenza del secolo XVI*; J. GAUDAMET, *Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'ancien régime (XVI-XVIII)*, entrambi raccolti in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1972, rispettivamente pp. 195-219 e pp. 157-194.

non tanto a tutelare, in via immediata, i diritti dei singoli, quanto piuttosto a disciplinare il funzionamento dell'autorità unitaria del regno.

«In questa distinzione tra *droit commun coutumier* e *lois fondamentales* potrebbe essere scorta in nuce – è stato detto – l'idea, realizzata dalla Rivoluzione francese, di affidare a norme positive fondamentali, espresse nel testo costituzionale, soprattutto il funzionamento dell'autorità sovrana, mentre la tutela dei diritti essenziali dei soggetti privati veniva assegnata a norme che affondano le loro radici non in un diritto positivo, bensì in un diritto di autorità e superiorità universale, il diritto naturale, norme che trovarono poi la loro espressione nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino»<sup>23</sup>. In tal senso si potrebbe parlare di un'importante premessa per la costruzione dell'*État légal* francese caratterizzato dalla sottoposizione degli atti dell'amministrazione al principio di legalità. *État légal* che però non è ancora *État de droit*, fondato, cioè, sulla previsione per i cittadini di rimedi legali contro gli atti dell'autorità lesivi dei loro diritti fondamentali<sup>24</sup>.

#### 4. *Common law*

Soffermiamoci brevemente da ultimo sul caso inglese. Nel regno, sin dal secolo XII, il potere regio fu capace di arrivare capillarmente nelle varie parti del Paese. Le corti regie itineranti affiancarono dapprima, per sostituirle dopo, le corti feudali di giustizia locale. Si tratta di un passaggio significativo che contribuì ad un'omogenizzazione del patrimonio consuetudinario del regno attraverso un'uniforme applicazione giurisprudenziale. Il sistema è noto<sup>25</sup>. La tutela giudiziaria iniziava con la concessione da parte del sovrano al ricorrente, dietro pagamento di una tassa, di un apposito *writ*. Con l'ordine del re, il giudice procedeva all'accertamento. Quelle contemplate dai *writs* erano ipotesi specifiche che portarono ben presto a formule tipizzate. All'incremento dei *writs* e alla conseguente consolidazione del *common law* come diritto uniforme e giudizialmente protetto contribuì poi in maniera decisiva l'attività delle tre corti centrali di giustizia, nate tra il XII e XIII secolo dall'indistinta *Curia regis*. Le sentenze delle corti saranno intese, come è noto, quali atti enunciativi di una preesistente consuetudine.

Senza entrare nel merito del rapporto, dalle importanti implicazioni politiche, tra giurisdizione di *common law* e giurisdizione di *equity*<sup>26</sup> (giurisdizione nata intorno alla stessa cancelleria regia in reazione all'eccessiva rigidità del sistema dei *writs*) è utile sottolineare come l'ordinamento inglese nella sua globalità presenti aspetti che non si riscontrano né in quello francese, né in quello dei territori di *ius commune*.

In realtà il carattere della giurisprudenzialità avvicina le grandi tradizioni europee lungo tutto il Medioevo e la primissima Età moderna<sup>27</sup>, ma il filone inglese presenta con la sua straordinaria unità e continuità una spiccata tipicità. Rimasto estraneo infatti alla prospettiva sistematica, dogmatica, normativa del corpus giustiniano, esso non forniva categorie interpretative, né fungeva da diritto sussidiario. Quando venivano applicate, le norme di *common law* sostituivano infatti direttamente le diversissime consuetudini locali, signorili, cittadini, feudali. A differenza poi della giurisprudenza delle grandi corti continentali quella inglese presentava un minor carattere dottrinale, nonostante la sempre più definita identità professionale dei giudici.

Per i giuristi inglesi inoltre l'autorità del *common law* riguardava l'intero complesso delle norme consuetudinarie la cui validazione era però rimessa completamente all'attività di *iurisdictio*. In questo senso, è stato detto, il *common law* «in quanto tendente ad allontanarsi dalla strategia decisionale basata su regole», è ancora oggi immaginabile come «metodo»<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> M. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo*, cit., p. 179.

<sup>24</sup> In tal senso e sul ritardo della Francia nell'elaborazione di un'esplicita teoria dello Stato di diritto cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2003, pp. 17-87, in particolare pp. 28-33. Cfr. anche le osservazioni di Pietro Costa raccolte nello stesso volume, pp. 89-170.

<sup>25</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English common law*, Cambridge, 1988.

<sup>26</sup> Non è possibile altresì qui soffermarsi sul fondamentale ruolo creativo dell'*aequitas* e dell'*equity* nella tradizione giuridica europea, ci si limita a rimandare per un'ampia bibliografia sul tema a O. BUCCL, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.

<sup>27</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 1, Milano, 1982, p. 480, per una rapida panoramica sulle origini e lo svolgimento della *common law* cfr. pp. 478-610.

<sup>28</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, p. 278 ss.

Nella sua interezza il *common law* era infine teorizzato non solo come imm modificabile, ma anche come inviolabile da comportamenti o provvedimenti del principe. Ed è ancora una volta la funzione giudiziaria ad essere individuata come severa guardiana.

Sono diverse le tappe che portano l'alta corte di giustizia del Parlamento infatti ad essere concepita come il principale strumento con cui esercitare questa azione di tutela. A fine trecento si affermò dapprima il principio che le leggi di iniziativa regia dovessero ricevere il consenso di entrambi i rami del Parlamento. Le due Camere ottennero poi il diritto al controllo dell'amministrazione regia e quello di promuovere processi penali contro i ministri del Re. A completamento di ciò la celebre rivendicazione con cui il parlamento si dichiarava essere rappresentante del popolo e titolare del diritto di deporre. Per la prima volta nel regno si assisterà così all'abdicazione di un re, Riccardo II, accusato di essere tiranno.

Va infine menzionata un'ulteriore specificazione della via 'giurisdizionale' inglese. Il riconoscimento di libertà personali il cui fondamento viene fatto discendere non dalla loro naturalità o universalità, ma dalla loro, del tutto mondana, secolare tradizione. Diritti individuali la cui garanzia era attribuita ad un ordinamento, giudiziario appunto, che concepito come indipendente era percepito come il naturale freno alla tendenza espansiva del potere politico e il più logico rimedio per ogni suo intervento arbitrario<sup>29</sup>.

## 5. Cenni conclusivi

La sintetica e inevitabilmente semplificata analisi della natura, del ruolo, del funzionamento di un diritto comune nei tre tipi di ordinamenti presi in considerazione, nel passaggio dall'età medievale all'età moderna, restituisce dunque l'immagine di una separatezza più che di un'integrazione.

*Ius commune, droit commun, common law* rinviano infatti a tradizioni politico-giuridiche relativamente indipendenti, e i loro profili concettuali in tutti i contesti culturali esaminati rimangono particolarmente incerti e controversi. Non a caso la secolare fortuna dell'espressione 'diritto comune', come è stato per il concetto di diritto naturale, è legata proprio alla sua duttilità e alla sua fungibilità ideologica.

Allo stesso tempo però tali esperienze indicano oggi, nella realizzazione faticosa di nuove forme di regolazione della complessità post-nazionale, tre poli, tre modi di concepire, produrre e diffondere, a fronte di realtà spesso giuridicamente frammentate, un tessuto normativo unitario attraverso una molteplicità di mezzi (legislativi, giurisprudenziali, scientifici)<sup>30</sup>.

Un patrimonio di esperienze, dunque, ricche di suggestioni che possono unire piuttosto che dividere sulla base di individualità arroccate su questa o quella tradizione.

---

<sup>29</sup> Sulle peculiarità del *rule of law* anche in una prospettiva storico-comparatistica cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit.

<sup>30</sup> Si veda al riguardo l'ormai classico studio di R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987.