

Fondazione Bruno Kessler

Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient

Contributi/Beiträge 25

I lettori che desiderano informarsi  
sui libri e sull'insieme delle attività  
della Società editrice il Mulino  
possono consultare il sito Internet:  
**[www.mulino.it](http://www.mulino.it)**

Gli inizi del diritto pubblico, 3

Verso la costruzione del diritto pubblico  
tra medioevo e modernità

Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3

Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts  
zwischen Mittelalter und Moderne

a cura di/hrsg. von

Gerhard Dilcher - Diego Quaglioni

Società editrice il Mulino  
Bologna

Duncker & Humblot  
Berlin

FBK - Istituto storico italo-germanico in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento

III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico «Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità / Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne»

Trento, 15-19 settembre 2009

Gli INIZI

del diritto pubblico, 3 : verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità = Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3 : Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne / a cura di = hrsg. von Gerhard Dilcher, Diego Quaglioni - Bologna : Il mulino ; Berlin : Duncker & Humblot, 2011. - 858 p. : ill. ; 24 cm. - (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi ; 25 = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge ; 25)

Atti del III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico tenuto a Trento dal 15 al 19 settembre 2009. - Nell'occh. : Fondazione Bruno Kessler.

ISBN 978-88-15-23432-2 - ISBN 978-3-428-13705-3

1. Diritto pubblico - Sec. XV-XIX - Congressi - Trento - 2009 I. Dilcher, Gerhard II. Quaglioni, Diego III. Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico, 3., Trento, 2009

342.009 (DDC 22.ed.)

Composizione e impaginazione: FBK - Editoria

Scheda bibliografica: FBK- Biblioteca

ISBN 978-88-15-23432-2

ISBN 978-3-428-13705-3

---

Copyright © 2011 by Società editrice il Mulino, Bologna. In Kommission bei Duncker & Humblot, Berlin. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito [www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)

## Sommario / Inhalt

Einführung, von <i>Gerhard Dilcher</i>	p.	9
Introduzione, di <i>Diego Quaglioni</i>		17
I. I FONDAMENTI: DAL BASSO MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA / GRUNDLAGEN: VOM SPÄTMITTELALTER ZUR NEUZEIT		
1. <i>La Chiesa / Die Kirche</i>		
Papst – Konzil – Kardinalskollegium. Das Ringen um die oberste Gewalt in der Kirche im 15. und 16. Jahrhundert, von <i>Hans-Jürgen Becker</i>		27
Résumé		54
Foro della coscienza e foro esterno nel pensiero giuridico della prima età moderna, di <i>Giovanni Minnucci</i>		55
Résumé		82
2. <i>L'Impero / Das Reich</i>		
Die Rechtsgrundlagen von Königtum und Herrschaft in der Gegenüberstellung von «Sachsenspiegel» und «Buch'scher Glosse», von <i>Bernd Kannowski</i>		89
Résumé		109
Das Römisch-deutsche Reich in der Kanonistik. Die Wahrnehmung seiner Verfassung im Spätmittelalter, von <i>Jürgen Miethke</i>		111
Résumé		146
3. <i>Territori e città / Territorien und Städte</i>		
Das Herrschaftsverständnis deutscher Fürsten im späten Mittelalter, von <i>Dietmar Willoweit</i>		151
Résumé		169

Progetti di riforma istituzionale: Milano nell'età di Luigi XII, di <i>Claudia Storti</i>	p.	171
Résumé		194
«Plenitudo potestatis» und Delegation. Die höhere und die höchste Gewalt in Rechtsgutachten vornehmlich für deutsche Städte in Spätmittelalter und früher Neuzeit, von <i>Eberhard Isenmann</i>		197
Résumé		239
4. <i>Giudizio e processo / Gericht und Prozess</i>		
«Periculis obviare et scandala remove». Note sul processo medioevale tra diritto e potere, di <i>Cecilia Natalini</i>		245
Résumé		272
Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt – eine Skizze, von <i>Peter Oestmann</i>		275
Résumé		308
II. VERSO NUOVI ORDINAMENTI / AUF DEM WEGE ZU NEUEN ORDNUNGEN		
1. <i>Mutamenti fondamentali nella teoria e nella prassi / Wandlungen der Grundlagen in Theorie und Praxis</i>		
«Princeps imago Dei»? Il problema della sovranità nell'orizzonte della secolarizzazione, di <i>Pietro Costa</i>		315
Résumé		344
Zum Einfluss der Konfessionalisierung auf das Ius publicum des Reichs, von <i>Martin Heckel</i>		347
Résumé		376
«Contrarium ego assero». Althusius vs. Gentili nella «Politica methodice digesta», di <i>Angela De Benedictis</i>		379
Résumé		396
Jean Tavard – der vergessene «Staatsdenker». «Iurisdictio» und «Imperium» im juristischen Diskurs der französischen Renaissance, von <i>Andreas Karg</i>		399
Résumé		422

Il diritto pubblico nel rinnovamento della tradizione dottrinale. Il «De Iurisdictione» di Scipione Gentili (1601), di <i>Lucia Bianchin</i>	p.	425
Résumé		445
Die Bedeutung der «guten Policey» und vormodernen Ordnungsgesetzgebung für die Ausformung des öffentlichen Rechts im späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit, von <i>Karl Härter</i>		449
Résumé		479
Dal contratto al dono: la normazione parlamentare in Sicilia fra XV e XVI secolo, di <i>Beatrice Pasciuta</i>		483
Résumé		500
2. <i>Problemi dottrinali tra diritto pubblico e privato / Probleme zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Rechtswissenschaft</i>		
La dottrina feudistica italiana fra tradizione medievale e modernità, di <i>Christian Zendri</i>		505
Résumé		532
Ius commune in der Reichspublizistik der frühen Neuzeit, von <i>Susanne Lepsius</i>		533
Résumé		563
Potere pubblico e libera concorrenza. Il valore dell'«utilitas publica» nel «crimen monopolii» e nel «monopolium principis» in un «consilium» di Andrea Alciato, di <i>Fulvio Mancuso</i>		565
Résumé		594
Tra «pubblico» e «privato»: i principi giuridici sulla gestione dei beni comuni e un «consilium» cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi, di <i>Alessandro Dani</i>		599
Résumé		635
«Res publica» e «utilitas privatorum»: il problema della responsabilità della comunità nella letteratura consulente (secc. XV-XVI), di <i>Giuliano Marchetto</i>		639
Résumé		658

III. L'AFFERMAZIONE DI UN NUOVO ORDINE DEL «IUS PUBLICUM» / DIE ETABLIERUNG DER NEUEN ORDNUNG DES «IUS PUBLICUM»	
«Dominium», «iurisdictio», «imperium». Gli elementi non- moderni della modernità giuridica, di <i>Diego Quaglioni</i>	p. 663
Résumé	678
Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat, di <i>Bernardo Sordi</i>	679
Résumé	694
Reichsgrundgesetze als Verfassung im System des Ius publicum, von <i>Heinz Mohnhaupt</i>	697
Résumé	723
Kaiserliche und ständische Positionen im Ius publicum des Reiches, von <i>Dieter Wyduckel</i>	725
Résumé	741
Una sensibilità nuova per il «ius inter gentes»: la riflessione di Genovesi, di <i>Italo Birocchi</i>	743
Résumé	766
Die Begründung des öffentlichen Rechts in der Naturrechts- theorie des 17. und 18. Jahrhunderts, von <i>Jan Schröder</i>	769
Résumé	791
IV. LO SPECCHIO DEL XIX SECOLO / DER SPIEGEL DES 19. JAHRHUNDERTS	
Staatsbegriff und Korporationsbildung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Spiegel der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes, von <i>Gerhard Dilcher</i>	797
Résumé	824
Tavola rotonda / Ergebnisse im Rückblick, <i>Martin Heckel,</i> <i>Filippo Liotta, Pierangelo Schiera, Dietmar Willoweit, Diego</i> <i>Quaglioni, Gerhard Dilcher</i>	827



# Einführung

von *Gerhard Dilcher*

Es geht nun schon um die dritte Tagung einer Tagungsreihe zum Thema «Die Anfänge des öffentlichen Rechts». Die erste fand statt im Juni 2006, die zweite im September 2007; die Ergebnisse beider Tagungen liegen in zweisprachigen Bänden der Reihe des Trienter Instituts vor, in der auch dieser dritte Band erscheint. Das sieht so aus, als habe es sich um eine von Anfang an gezielte Planung dreier Tagungen gehandelt. In Wirklichkeit war es keineswegs so. Vielmehr ging die erste Tagung auf die Lehrveranstaltungen der Jahre 1999-2004 an der Juristischen Fakultät der Universität Trient, die ich auf Einladung von Diego Quaglioni hier halten durfte, zurück. Sie sollte das Zusammenspiel der Rechtserfahrungen der beiden Länder Italien und Deutschland als ein Teil der rechtlichen Grundlegung Europas beleuchten. In unserem daran anschließenden wissenschaftlichen Gespräch konstatierten Diego Quaglioni und ich immer deutlicher eine Forschungslücke in Bezug auf die Gesetzgebung des großen Reichstag Friedrich Barbarossas zu Roncaglia vom Jahre 1158, der das deutlichste mittelalterliche Beispiel für diese Begegnung zweier Rechtskulturen darstellt. Nachdem erst aufgrund des sensationellen Quellenfundes von Vittore Colorni in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts der ganze Umfang dieser Gesetzgebung klargestellt war, konnte dieser durch die Monumenta-Ausgabe der Barbarossadiplome voll dokumentiert werden. Doch blieb eine intensivere rechtshistorische Auswertung Desiderat. Zusammen mit der chronikalischen Überlieferung zeigt die roncalische Gesetzgebung einen neuen Ansatz des Verständnisses nicht nur der Regalien, sondern der Stellung des Kaisers als Princeps überhaupt. In der Überlieferung selbst finden sich die Hinweise, wie damit die Stellung des Herrschers in Anlehnung an römische Rechtsvorstellungen als eine öffentlichrechtliche verstanden wurde. Dies dokumentierte die erste Tagung. Von daher begründete sich unsere Themenstellung auf das öffentliche Recht.

Die Ergebnisse der ersten Tagung forderten eine Weiterführung der Thematik, war doch offenkundig, wie einerseits der Enkel, Kaiser Friedrich II., auf den vom Großvater gelegten Grundlagen sein hochfahrendes

neues Herrscherverständnis aufbaute, andererseits die Problematik der Herrschergewalt, ihrer rechtlichen Grundlagen und Grenzen eine breite Behandlung in der Rechtswissenschaft des Spätmittelalters fand. Daraus stellte sich die Thematik der zweiten Tagung. Sie griff dann selber schon in einzelnen Themen in die Neuzeit hinüber und bereitete damit diese dritte Tagung vor. So ergab sich aus der organischen Entwicklung der Thematik selbst die Tagungsfolge, in deren drittem Abschnitt wir nun stehen.

Diese weite Entfaltung der zuerst aufgegriffenen Thematik der Entstehung des öffentlichen Rechts aus einer Begegnung der tradierten Verfassungsordnung – auf dem Reichstag in Rechtshandlungen und Ritualen dargestellt – mit den weitgehend neuen italienischen Verhältnissen (bestimmt vor allem durch die kommunale Welt) und dem sich entfaltenden wissenschaftlichen Denken auf der Grundlage der antiken Rechtstexte – dies in seinen verschiedenen Aspekten wissenschaftlich darzustellen war nur möglich durch die Bereitschaft und den Enthusiasmus der italienischen wie der deutschen Referenten aller dreier Tagungen. Ihr verdanken wir die Ausführung der angedachten Themenbereiche in so vielen, oft überraschenden Linien, wie auch die schnelle Vorlage der Manuskripte für die Tagungsbände, die die weitere Planung erst ermöglichten. Durch die beständige und stets erneute Unterstützung sowohl der Juristischen Fakultät der Universität Trient wie vor allem des Trienter Italienisch-Deutschen Historischen Instituts, jetzt unter dem Dach der Fondazione Kessler, und durch die professionelle und perfekte Unterstützung des Tagungsablaufs, der simultanen mündlichen und der schriftlichen Übersetzungen und der redaktionellen Bearbeitung der Bände durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts und das Team der Simultanübersetzer war sowohl ein optimaler kommunikativer Tagungsablauf ermöglicht wie die Publikation der Bände in, wie man wirklich sagen kann, Rekordzeit zustande gebracht. Dafür sei hier schon herzlich gedankt, weil es ohne diesen doppelten Hintergrund kaum zu dieser dritten Tagung gekommen wäre. Ein weiterer Dank gilt der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die sich nicht nur an der Finanzierung dieser dritten Tagung beteiligt hat, sondern auch durch die Gewährung einer Mercator-Gastprofessur an der Goethe Universität Frankfurt für Professor Quaglioni im Sommersemester 2009 eine besonders intensive inhaltliche und organisatorische Planung dieser Tagung ermöglicht hat. Die Mercator-Vorlesung in Frankfurt behandelte das Thema unserer Tagungen vor einem hochrangigen Kreis von jüngeren und älteren Wissenschaftlern; die dort gewonnenen Ergebnisse und die Diskussionen sind Teil dieses Projektes geworden. Besonders wertvoll

war hier die aktive und kritische Teilnahme von Prof. Michael Stolleis. Schließlich hat die Gerda Henkel Stiftung mir über mehrere Jahre Mittel für eine Hilfskraft für die wissenschaftliche Vorbereitung und die Durchführung dieses Projektes gewährt. Auch dafür sei hier herzlich gedankt.

Gerade die Besprechungen und die Frankfurter Lehrveranstaltung von Diego Quaglioni, gestaltet in Zusammenwirken mit Susanne Lepsius und mir, haben uns deutlich gemacht, wie sehr die Linien, welche das gesamte Thema der Anfänge und der Entstehung des öffentlichen Rechts in den drei Tagungen strukturiert haben, schon in dem Ereignis von Roncaglia und damit in der ersten Tagung angelegt waren. Weil es auf dieser dritten Tagung gilt, diese Linien herauszuarbeiten, in den Diskussionen zu vertiefen und sie in der Schlussdiskussion des Runden Tisches zusammenzufassen, möchte ich sie hier zur Einführung noch einmal kurz benennen.

Der erste und vielleicht wichtigste Aspekt ist das Zusammentreffen des Kaisers, seines Hofes und der Repräsentanten des deutschen wie des italienischen Reiches mit den Doktoren der Schule von Bologna. Wir konnten dieses Ereignis gegen inzwischen aufgekommene wissenschaftliche Zweifel durch intensive Analyse aller Quellen als Faktum wie als traditionsbildende *memoria* auf der ersten Tagung klarer darstellen. Dieses Zusammentreffen des Kaisers und der Großen mit den rechtserfahrenen Honoratioren der Städte und den gelehrten Juristen zeichnet schon die Spannweite unserer Betrachtungen durch die gesamte Tagungsfolge. Sie umfasst einerseits die durch Rechtsgewohnheiten vorgeprägte Lebenswirklichkeit des Ablaufes, der Rituale und der Rechtsetzungsakte des Reichstags, also ein Stück gelebte Verfassung einer weitgehend oralen Welt, die gerade durch die Gesetzgebungen des Reichstages eine entscheidende Verschriftlichung erfährt. Sie umfasst andererseits die vom Kaiser gewollte Begegnung dieser Welt mit jenem Denken der gelehrten Juristen von Bologna, die die antiken Texte des römischen Rechts aufgenommen und ihnen dadurch neues Leben gegeben hatten, und die nun versuchen, mit Hilfe und im Interesse des Kaisers die Ergebnisse ihres textgebundenen Denkens mit der Rechts- und Verfassungswirklichkeit der Zeit in Verbindung zu bringen. Indem wir diese doppelte Linie weiterverfolgten, so mussten wir die Parallelitäten und Wechselwirkungen einerseits der vor allem durch mündliche Rechtsgewohnheiten geprägten politischen Verfassungstradition des Reiches und andererseits der auf autoritative Texte gestützten Traditionen gelehrten Denkens im Auge behalten – ohne dies jedoch in die vereinfachende Dichotomie von Rechtswirklichkeit und Theorie zu pressen. Außerdem ist gerade für diese dritte Tagung zu beachten, welcher tiefgreifendem Wandel beide Seiten und damit das Verhältnis von gelebter

Verfassung und theoriegeleitetem Denken im Laufe des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit unterlagen, mit dem immer stärkeren Vordringen der Jurisprudenz in die Praxis und der Einbeziehung der Rechtsgewohnheiten und der aus ihr entstandenen Verfassungsdokumente in die wissenschaftliche Reflexion. Hier gewinnt der bisher gegenüber Italien zurückstehende nordalpine Raum des römisch-deutschen Reiches besondere Bedeutung durch konsensuale Festlegung von Verfassungsdokumenten, die dann als Reichsgrundgesetze zusammengefasst und gelehrt bearbeitet werden und einen Grundstock eines universitären *ius publicum* bilden.

Aufgrund dieser Entwicklungen setzt bekanntlich die maßgebende *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* von Michael Stolleis die Etablierung eines *ius publicum* an den deutschen Universitäten in der Zeit nach 1600 an den Anfang. Der Ansatz unserer historischen Rückfrage nach den Anfängen des öffentlichen Rechts, über den wir auf der genannten Frankfurter Lehrveranstaltung ausführlich und teilweise kontrovers diskutiert haben, geht dagegen weiter zurück auf die Problem Diskussionen und Begriffsbildungen innerhalb des mittelalterlichen *ius commune*, das an den vorgegebenen antiken und kirchlichen Texten anknüpft, aber auch vom Verfassungsleben seiner Zeit herausgefordert ist. Gerade aus dieser Wechselbeziehung, lässt sich die langsame Herausbildung eines Staats- und Souveränitätsbegriffs wie auch die Legitimation und die Bindung herrschaftlicher öffentlicher Gewalt verstehen, die für uns den Bereich des öffentlichen Rechts bildet. Ich werde versuchen, am Ende der Tagung im Spiegel des Denkens Otto von Guericke wie auch in der Schlussrunde der *tavola rotonda*, meine Antwort auf diese Frage zu geben.

Die einschlägige mittelalterliche Diskussion der Gelehrten kreist um die oberste Gewalt und ihr Verhältnis zum Recht. Einen wichtigen Ansatz auf dem Weg zum Souveränitätsbegriff haben wir mit der *lex Omnis iurisdictio* des roncalischen Reichstages vor uns. Sie wurde von den Bologneser Doktoren aus der Kenntnis des römischen Rechts formuliert, stellt aber nicht die römische Terminologie, sondern das mittelalterliche Verständnis des Rechtsprechens als zentrales Hoheitsrecht in den Mittelpunkt und definiert auch die Zwangsgewalt nicht durch das römische *imperium*, sondern mittelalterlich mit dem Begriff des *districtus*. Pietro Costa hat in seinem grundlegenden Buch von 1969, konzipiert noch vor der Entdeckung der *lex Omnis iurisdictio* durch Colorni, die semantischen Filiationen von *iurisdictio* als Zentralbegriff der politischen Gewalt in der mittelalterlichen Publizistik analysiert. Peter Oestmann ist es auf dieser Tagung und in diesem Band gelungen, in Form einer Skizze ein Gegenbild der empirischen Entwicklung der Rechtsprechung als oberster Gewalt zu

entwerfen. Über viele Stationen des spätmittelalterlichen *ius commune*, mit den Schlüsselstellen bei Bartolus und vor allem Baldus, führt die wissenschaftliche Begriffsentwicklung dann bis hin zum neuzeitlichen Souveränitätsbegriff bei Jean Bodin (D. Quaglioni). Es braucht hier nur daran erinnert zu werden, dass hierbei wieder der römische, Begriff des *imperium* als oberste Befehlsgewalt mit der Differenzierung in *merum et mixtum imperium* in die Diskussion eingeführt wird und sich mit dem spätantiken Begriff der *majestas* verbindet.

Dieser Diskussionsstrang wird begleitet von jenem anderem, der die Rechtsbindung des Fürsten thematisiert und an die Formulierungen des Prinzips *princeps legibus solutus* beziehungsweise *legibus alligatus* anknüpft, also das Thema *The Prince and the Law* (K. Pennington). Damit sind wir wiederum bei der römischen *lex regia*, der Übertragung der Rechtsmacht vom Volke auf den Herrscher. Das aber beinhaltet das Gesetzgebungsrecht, das *leges condere*, das sich im Verständnis des Mittelalters erst langsam aus der Rechtsprechungsmacht der *iurisdictio* als eigener Bereich löst.

Neben der *lex Omnis iurisdictio*, ihr durch das Ernennungsrecht der Magistrate eng verbunden, steht das ronalische Weistum über die Regalien. Nach der Chronik des Rahewin hat der Kaiser selbst auf sie als *regnorum leges* im Gegensatz zu den *iura civilia* hingewiesen und damit eine erste mittelalterliche Abgrenzung des öffentlichen Rechts geboten. In dem genannten Weistum wird, nur teilweise an Formulierungen des römischen Rechts angelehnt, eine mittelalterliche, aus der Rechtsgewohnheit geschöpfte Aufzählung der Reichsrechte vorgenommen, die erst viel später in die eigentlichen Hoheitsrechte und bloße Fiskalrechte geteilt wird. Hier haben wir wieder mit den Regalien einen Quellenstrang aus dem direkten Verfassungsleben des Mittelalters, der bekanntlich bis weit in die Neuzeit und in die Moderne eine Rolle für die Definitionen dessen spielt, was dem Staate zusteht.

Der Begriff der Regalien erinnert uns an eine Grundtatsache der mittelalterlichen Geschichte: Dass nämlich die Kirche dem Staat in Bezug auf die Ausbildung eines «öffentlich-rechtlichen» Körperschaftsbegriffs mit einer Gesetzgebungsgewalt und einer Verwaltungs- und Jurisdiktionshierarchie zeitlich vorausgeht. Harold Berman hat, im Anschluss an den Begriff der päpstlichen Revolution, nachdrücklich, und in diesem Betracht wohl allgemein anerkannt, grundlegend darauf hingewiesen. Ausgehend von der Trennung *spiritualia* versus *temporalia* in den Auseinandersetzungen des Investiturstreites wurden letztere als königliche oder Herrschaftsrechte, als *regalia* abgegrenzt und definiert. Einen wichtigen und konstitutiven

Strang unseres Problemverständnisses der Anfänge des öffentlichen Rechts bildet also der stete Blick auf die entsprechenden Entwicklungen der Kirche. Er findet sich in vielfältiger Form und zahlreichen Referaten in allen drei Tagungen und den entsprechenden Tagungsbänden.

Die in der Kirche zuerst vorgebildete Konzeption einer umfassenden obersten Gewalt, einer *plenitudo potestatis*, widerstrebe der strukturellen Pluralität mittelalterlicher Herrschaftsgewalt, die neben dem Königtum autogene Adelsrechte und dann auch eidgenössische Autonomien der Städte, der Gilden und auch der Universitäten kannte; diese waren ja gerade im 12. Jahrhundert zu einem Problem für eine Revindikation der Reichsrechte geworden. Friedrich Barbarossa versuchte, im roncalischen Gesetz und im folgenden Frieden von Konstanz die kommunalen Autonomien durch einen Delegationszusammenhang von Gerichtsbarkeit und Banngewalt einzubinden; doch war die mittelalterliche plurale Verfassungswirklichkeit stärker. Aus ihr gingen, teils in Form von Herrschaftsverträgen, die *leges fundamentales* des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit hervor. In ihnen vor allem verkörperte sich normativ die Rechtsbindung des Herrschers in der Verfassungswirklichkeit, die eben gerade den Ansatz für die Einbindung der traditionellen Herrschermacht in einem öffentlichen Recht darstellt, das dann in der Neuzeit auch kategorial als *ius publicum* zusammengefasst wird. Damit gibt es einen Gegenpol zu einem im Souveränitätsbegriff zusammengefassten Verständnis eines fürstlichen Absolutismus, dem schon in der mittelalterlichen Theoriebildung der Gedanke der Volkssouveränität entgegengestellt wurde.

Neben die theoretische Zusammenfassung der Herrschaftsrechte an der Spitze stellt das Lehnrecht die gestufte Vielfalt der Verfassungswirklichkeit, mit seiner doppelten Begründung auf personalen wechselseitigen Treubeziehungen und gestuften Berechtigungen an Grund und Boden; diese wiederum von der Rechtswissenschaft erfasst in der Aufspaltung des Eigentumsbegriffs in *dominium directum* und *utile*. Auch das Lehnrecht findet einen wichtigen Ansatz in der Gesetzgebung von Roncaglia. Es begleitet die europäische Verfassungswirklichkeit zumindest bis zum revolutionären Umbruch von 1789 und dem Ende des Alten Reiches. Auch diese Thematik, das Lehnrecht also, bildet einen durchgehenden Strang in der Abfolge unserer Tagungen. Unter den Themen dieser dritten Tagung hätte es vielleicht eine noch stärkere Berücksichtigung verdient, doch ist gerade das Lehnrecht der Neuzeit wenig bearbeitet.

Es kam mir darauf an in dieser Eröffnungsstunde, noch einmal die Vielfalt und die wechselseitige Verschlungenheit der thematischen Linien in

Erinnerung zu rufen im Hinblick nicht nur auf die vergangenen Tagungen, sondern auch in Bezug auf die bevorstehenden Diskussionen, und nun in der schriftlichen Fassung auch zur Einstimmung des Lesers auf die Komplexität des Gegenstandes in seiner historischen Entwicklung. Wenn wir im Verlaufe der Referate, der Diskussionen und der Abschlussrunde zu größerer Klarheit in Bezug auf die Anfänge des öffentlichen Rechts innerhalb der Entwicklung der westlichen Rechtskultur vorstoßen wollen, so müssen wir diese Stränge analytisch trennen, aber auch wieder miteinander in Verbindung bringen. Wir werden dann, so möchten wir hoffen, die lange und kontinuierliche Arbeit von Generationen in der Gestaltung der Verfassungswirklichkeit wie der wissenschaftlichen Theoriebildung erkennen können, die in der westlichen Tradition zur Erfassung und Formung der Institutionen der politischen Macht und der öffentlichen Gewalt durch die Kategorien des Rechts geführt hat.





## Introduzione

di *Diego Quaglioni*

Nel dare il più cordiale benvenuto agli studiosi riuniti a Trento per il terzo Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico, vorrei rivolgere un ringraziamento a tutte le persone e le istituzioni che in Italia così come in Germania hanno sostenuto e reso possibile questa impresa scientifica. Grazie a questi sforzi congiunti, e grazie all'impegno degli studiosi italiani e tedeschi che hanno offerto il loro contributo nei due precedenti incontri, siamo oggi giunti al terzo appuntamento. (Gli Atti dei primi due colloqui, del 22-24 giugno 2006 e del 20-22 settembre 2007, sono già disponibili nei due volumi pubblicati nella collana dei «Contributi/Beiträge» dell'Istituto storico italo-germanico. Di ciò occorre rendere grazie alla solerte perizia di Chiara Zanoni Zorzi).

Il terzo incontro, che per durata, numero dei partecipanti e articolazione tematica ricorda da vicino le «classiche» Settimane dell'Istituto storico italo-germanico, si tiene ancora una volta a Trento e in questa sede. L'Istituto storico italo-germanico riafferma così la sua vocazione originaria di centro di ricerche deputato all'incontro tra studiosi tedeschi e italiani in dialogo sulla loro storia costituzionale, che è tanta parte di un comune destino. La piena disponibilità al dialogo e allo scambio delle esperienze scientifiche, che ha caratterizzato gli incontri precedenti, accompagnerà certamente anche il terzo colloquio. Non occorre che io ricordi che lo spirito dei nostri incontri risiede proprio nell'aperto confronto fra le diverse tradizioni e tendenze storiografiche. Ci attendiamo dunque molto dalle relazioni degli illustri colleghi qui convenuti, e molto ci attendiamo dal dibattito.

Natura ed ispirazione dialogica ha avuto fin dal suo inizio il nostro progetto: è nato e si è sviluppato nel confronto di esperienze scientifiche e di prospettive interpretative diverse, tanto aperte alla discussione quanto bisognose di un grande sforzo comparativo, sia in senso sincronico (il dialogo fra tradizioni e tendenze storiografiche), sia in senso diacronico (la «lunga durata» della storia del diritto pubblico in Europa).

Dico subito che da questo punto di vista ci sentiamo in sintonia con quanto hanno sostenuto Jacques Krynen e Michael Stolleis nella premessa

al recente volume *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*<sup>1</sup>, vale a dire che oggi è sempre più indispensabile che medievisti e modernisti si raccolgano attorno a problematiche comuni, se si vuol correggere la tendenza che hanno i primi a ritenere che tutto o quasi sia frutto di una creazione del medioevo, e la tendenza che hanno gli altri a considerare il medioevo come una specie di protostoria.

È proprio questa problematica comune che si vorrebbe qui pienamente recuperare, ponendo a confronto le acquisizioni della storiografia italiana e tedesca degli ultimi anni. In un importante saggio, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, apparso due anni fa sulla «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte»<sup>2</sup>, quindici anni dopo una analoga rassegna di Aldo Mazzacane (*Neuere Rechtsgeschichte in Italien*)<sup>3</sup>, Bernardo Sordi ha mostrato quanto sia cambiato in tale lasso di tempo il panorama storiografico italiano, a cominciare da una maggiore inclinazione degli studi verso «a new modern focus». Si è trattato, a suo giudizio – ed è un giudizio che condivido pienamente –, di un periodo particolarmente vitale e ricco di ricerche, specialmente nel campo della storia del diritto pubblico. «The few pioneers of the late 80s» – egli scrive – «have made way for groups of various researchers, working hard with different aims and perspectives and in different chronologies».

Se dunque il medioevo non è il luogo della creazione originaria di ogni istituto giuridico e di ogni concetto del diritto pubblico, non è neppure il luogo di una protostoria, di una storia degli istituti e dei concetti *ante litteram*; noi pensiamo che il diritto intermedio sia il grande laboratorio in cui si forma lo strumentario giurisprudenziale di cui la moderna scienza giuridica si è servita, spesso forzandone e semplificandone la cifra originaria, ma senza mai abbandonarne del tutto l'ammaestramento e l'uso, almeno fino alla grande frattura sette-ottocentesca, e forse neppure allora del tutto.

Il nostro progetto ripropone il problema storico-attuale del costituirsi di un nucleo 'originario' di nozioni, concetti, principi, categorie della sfera

<sup>1</sup> J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, (Studien zur europäische Rechtsgeschichte, 229) Frankfurt a.M. 2008.

<sup>2</sup> B. SORDI, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 29, 2007, pp. 260-276.

<sup>3</sup> A. MAZZACANE, *Neuere Rechtsgeschichte in Italien*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 14, 1992, pp. 243-259.

giuridico-politica nell'incontro fra tradizione germanica e tradizione italiana, nel passaggio dall'universalismo medievale, con la sua tipica dialettica temporale-spirituale, alle manifestazioni più compiute di quello sforzo di 'giuridizzazione della politica' e di edificazione di un sistema scientifico del diritto pubblico, che in Germania e in Italia ha accompagnato e sorretto la costruzione dello Stato (moderno).

Potremmo rievocare una pagina dell'introduzione di Vittorio Emanuele Orlando, il padre della scienza italiana del diritto pubblico, ai suoi *Principii di diritto costituzionale*:

«Si paragonino fra loro le varie letterature nazionali relative alla scienza nostra; i risultati, che se ne otterranno, sono assai sorprendenti. Certo, lo spirito scientifico dei vari popoli ha delle naturali differenze, come tutte le manifestazioni di ordine spirituale ... Che quindi, per esempio, la letteratura del Diritto pubblico germanico differisca in alcuna parte da quella inglese, francese o italiana, e così rispettivamente, non sarebbe cosa da meravigliare. Ma c'è differenza e differenza ...»<sup>4</sup>.

Orlando prosegue lamentando che il diritto pubblico manchi ancora di quel metodo e di quel linguaggio comuni ad ogni scienza che voglia dirsi tale, ciò che egli vedeva realizzato nell'ambito del diritto privato: linee e principi di una scienza giuridica che non mutano perché fondati «sopra un'obiettiva certezza». Perciò il grande giurista italiano era portato a considerare come particolarmente gravi le differenze sostanziali rilevabili nel campo del diritto pubblico fra le diverse scuole nazionali. «Così è che passando da uno di questi lavori ad un altro di una scuola nazionale diversa», concludeva, «parrà quasi di essere passati dallo studio di una scienza a quello di un'altra», con l'effetto di una «segregazione» delle diverse scuole nazionali fra di loro e con un disconoscimento dei medesimi «principi essenziali» del diritto pubblico: «perché ... la nostra scienza riconosce l'esistenza di un'idea astratta di Stato moderno ..., la quale appunto suppone che i tratti caratteristici dei principali Stati civili odierni siano ad essi comuni»<sup>5</sup>.

Si tratta evidentemente di una pagina esemplare, di un'istantanea del momento conclusivo del grande sforzo di semplificazione e di astrazione della moderna 'giuridizzazione della politica', i cui drammatici esiti saranno chiari allo stesso Orlando più di cinquanta anni dopo, nel 1944, quando alla Consulta nazionale proclamerà amaramente il fallimento delle grandi costruzioni dottrinali del diritto pubblico otto-novecentesco, travolte dai

<sup>4</sup> V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917<sup>5</sup>, p. 17.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 18.

movimenti e dai regimi totalitari e naufragate nella duplice catastrofe bellica<sup>6</sup>.

In tal senso, e ben lungi da ogni tentazione di anacronistica proiezione delle categorie del moderno diritto pubblico sul mondo medievale, si tratta di rivedere il rapporto fra medioevo giuridico e modernità del diritto pubblico. Se è vero che l'ordine medievale, particolarmente nella sfera pubblica, è spesso apparso come «un mondo di assenze più che un mondo di presenze» (Sordi), è vero anche che davanti alla complessità del mondo medievale è oggi la modernità ad apparirci, se non come un mondo di assenze, come un «mondo di semplificazioni», e spesso come un mondo di tematiche medievali portate alle estreme conseguenze.

Nella prospettiva di una seria revisione di tutti i motivi tratteggiati (e di tutte le mitologie giuridiche) che hanno in qualche modo assolutizzato e tenuto radicalmente separata l'esperienza del diritto comune da quella della modernità giuridica in Europa, il compito dello storico del potere sembra oggi essere quello di riscoprire gli elementi 'non-moderni' della modernità giuridica. Ricordando i lavori di un convegno americano sulle «origini dello Stato», nato nel 1993 in stretta collaborazione con l'Istituto storico italo-germanico, che ne ha pubblicato gli Atti<sup>7</sup>, Sordi ha scritto di una modernità italiana segnata dalla lunga permanenza di elementi non-moderni: «the strong burden of medieval legacies (from the persistence of great political autonomies to the use of ancient instruments of power)».

In questo senso la tradizione del diritto comune pubblico, che in tanta parte è tradizione italiana, può fornire una preziosa chiave di lettura dei mutamenti radicali della modernità giuridica: proprio nel senso che «moderno» è tutto ciò che ha contribuito all'origine della dimensione moderna del diritto e del pensiero giuridico.

La prospettiva non è nuova, e non vuole esserlo; essa si richiama anzi al problema della formazione del diritto pubblico nell'Europa moderna come problema della tradizione (e dunque non di ciò che è morto, ma di ciò che è invece vivo ed attuale nel nostro tempo, nell'odierna crisi dei sistemi di diritto pubblico e delle istituzioni che essi hanno contribuito a formare).

<sup>6</sup> Ne ho scritto in *Ordine giuridico e ordine politico. Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, 2, Bologna 2007, pp. 421-459.

<sup>7</sup> G. CHITTOLINI - A. MOLHO - P. SCHIERA (edd), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 39), Bologna 1994.