

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXIII

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS

JUST
LIT



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1996

La distinzione ,ius publicum/ius privatum' nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)*

1. Se si esaminano le posizioni dei giuristi culti in tema di distinzione tra *ius privatum* e *ius publicum* non si nota a prima vista alcun salto di una certa visibilità rispetto alla dottrina tardomedievale. Mentre infatti appare evidente che il nucleo fondamentale dell'analisi riposava ancora sul passo di Ulpiano riportato in D. 1.1.1.2, sicuramente si constata una profonda incertezza nella definizione dei confini del diritto pubblico, che nel frammento ulpiano si asseriva attenersi *ad statum rei Romanae* e consistere *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*:¹ confini incerti non solo rispetto al *ius privatum*, che si diceva costituito «ad singulorum utilitatem» e si faceva derivare dai precetti del *ius naturale, ius gentium* e *ius civile*, ma anche rispetto alle discipline della politica e della storia, a lungo considerate inseparabili e confuse.² Né forse potrebbe essere diversamente, posto

* Dedicato a chi ha migliorato queste righe.

¹ «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus» (D. 1.1.1.2, Ulpiano lib. primo instit.). La sostanza di questo passo è riportata anche in Inst. 1.1.4. Poiché non interessa in questa sede la discussione sulle interpolazioni, basti solo ricordare che anche qui si registra un ribaltamento rispetto alle precedenti posizioni interpolazionistiche (riconosce la sostanziale genuinità del passo G. ARICO' ANSELMO, *Ius publicum – ius privatum* in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in: *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* XXXVII (1983), p. 464).

² Su questa „commistione“ molti riferimenti alla dottrina del Sei-Settecento in H. MOHNHAUPT, „Europa“ und „ius publicum“ im 17. und 18. Jahrhundert, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (Ius Commune Sonderheft 17), Frankfurt am Main 1982, p. 215 ss. Quanto alla compilazione giustiniana G. NOCERA, *Privato e pubblico (diritto romano)*, in: *Enciclopedia del diritto* XXXV (1986), p. 657, mette in evidenza che la riduzione ad un semplice cenno della menzione del diritto privato e pubblico indica una visione di inscindibilità del diritto, ormai tutto derivante dalla legge imperiale.

che gli umanisti sono in primo luogo *grammatici* e cultori di arti liberali,³ e quindi riprendono con i loro strumenti nuovi l'analisi linguistica già condotta dai glossatori sugli ambigui passi del Digesto e delle Istituzioni riguardanti il rapporto *ius privatum / publicum*.

Già da Bulgaro era stato rilevato che uno dei significati di *ius publicum* era quello di *ius commune*, cioè un diritto che si applicava generalmente a tutti; e ancor più nettamente Piacentino, dopo aver affermato «*ius publicum dicitur multis modis*», aveva in particolare distinto un significato di *ius publicum* = *ius commune omnium* e un altro significato in cui esso «*constitutum est in dominio cuiuscumque rei publice*». La consapevolezza dei diversi significati dell'espressione *ius publicum* si approfondisce e sta alla base di molti commentari umanistici sul nostro tema; così, ad esempio, Zasius e Alciato distinguevano quattro significati diversi di *ius publicum*, secondo un'analisi già nettamente delineata dal tardo commento e ripresa ancora dagli umanisti della generazione successiva.⁴

³ V. la diretta testimonianza di Marsilio Ficino in una lettera all'astronomo Paolo di Middelburg riportata in: E. GARIN, *La cultura del rinascimento*, (ediz. originale, in tedesco, 1964), Milano 1995, p. 65: «Questo secolo d'oro ha riportato alla luce le arti liberali già quasi scomparse, la grammatica, la poesia, l'oratoria ...». Il punto è stato colto da E. CORTESE, *Tra glossa, commento e umanesimo*, in: *Studi senesi* 104 (III serie, 41) (1992), p. 490 ss, ora anche in: *Miscellanea Domenico Maffei dicata III*, cur. A. GARCÍA Y GARCÍA e P. WEIMAR, Goldbach 1995, p. 61 ss (da cui si citerà più avanti).

⁴ PIACENTINO, *Summa Institutionum, de iusticia et iure* (1.1), n. 2 (ed. by J.D. ADAMSON, Toronto 1992, p. 15; cfr. F. CALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico* [1943], in: *Annali di storia del diritto* 9 [1965], p. 68); U. ZASIUS, *Paratitla in primam Digesti veteris partem, de pactis, l. Ius publicum*, (D. 2.14.38), nn. 2-6, in: *Opera omnia I*, Lugduni, apud Sebastianum Gryphum, 1550, coll. 598-99; A. ALCIATO, *Commentaria in aliquot Codicis Iustiniani titulos, de pactis, l. pacta*, (C. 2.3.6), n. 10, in: *Opera, Basileae, per Thomam Guarinum, 1571, t. III, col. 332*; pure quattro significati, e in modo coincidente, aveva distinto GIASONE, *In primam Digesti veteris partem commentaria, de pactis, l. Ius publicum*, (D. 2.14.38), n. 2, (nell'ediz. Venetiis, apud Iuntas, 1622: f. 166 vb). Tra gli umanisti successivi Cujas propendeva piuttosto per una triplice accezione (J. CUJAS, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani, in lib. II quaest. Papin.*, in: *Opera IV*, Prati, ex officina Fratr. Giachetti, 1837, col. 583). Va detto che in queste distinzioni i giuristi si impegnavano a cogliere i diversi punti di vista dai quali il *ius publicum* poteva entrare in considerazione: ad esempio, per Cujas, «*publicum dicitur primo, quod consistit in sacris, sacerdotibus, religione, magistratibus ... secundo jus fiscale dicitur jus publicum ... tertio jus publicum dicitur jus commune omnium, id est jus civile, leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta praetorum, mores populi Romani, qui respiciunt omnium utilitatem, non etiam commodum privati hominis*». Per la disamina delle posizioni di Alciato e di Cujas v. NOCERA, *Jus publicum* (D. 2.14.38). Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle *regulae iuris*, Roma 1946, rispettz. p. 41 ss e 45 ss.

Lo stesso potrebbe dirsi del termine *positiones* che, riferito nel passo di Ulpiano allo studio del diritto privato e pubblico, vide impegnata la giurisprudenza umanistica a riprendere e precisare le analisi della dottrina medievale.⁵

Dalla constatazione di una tale continuità di approcci e contenuti potrebbe apparire fondata la posizione del Calasso il quale, dopo aver studiato il rapporto tra *ius publicum* e *ius privatum* nel diritto comune classico, concluse che dopo il periodo d'oro dei glossatori e dei commentatori il problema si sarebbe trascinato per forza di tradizione, perdendo la sua freschezza;⁶ e questo perché la grande dottrina medievale in tema di distinzione tra *ius privatum* e *ius publicum* muoveva sì dai passi della compilazione giustiniana, ma aveva uno stretto legame con la vita delle istituzioni contemporanee ed in particolare rifletteva l'atteggiarsi dei rapporti tra i privati, i Comuni e l'Impero. Da qui il significato storico del lavoro dedicato dai giuristi a studiare quella distinzione, che peraltro veniva inquadrata nella visione sostanzialmente unitaria del diritto propria degli interpreti medievali, e la

⁵ Se per la glossa *positiones* significava *divisiones* (gl. *positiones*, in ff. de iustitia et iure, l. iuri operam, § huius studii [D. 1.1.1.2]), gli umanisti oscillarono tra il significato di *theses* (G. BUDÉ, *Annotationes in quatuor & viginti Pandectarum libros* [ed. Venetiis, ab Iodoco Badio Ascensio impressae, 1534: f. 15v-16r]: il giurista si soffermava a lungo sull'analisi linguistica e ricordava che talvolta il termine era assunto per indicare la *natura cuiusque rei*), di *partes* e *species* (F. CONNAN, *Commentarii juris civilis*, lib. I, cap. IV, n. 3 [nell'ediz. Neapoli, ex officina Antonii Tivano, 1724: t. I, pp. 10-11]) o piuttosto di „*leges positae*“ (come interpretava R. BACHOFF VON ECHT, In *Institutionum iuris Iustiniani libros quatuor commentarii*, ad 1.1.4: nell'ediz. Francofurti, impensis Theobaldi Schönvvetteri, 1628: p. 8); c'era poi anche chi confessava le proprie perplessità sul significato del termine (H. VULTEJUS, In *Institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius*, ad 1.1.4 [nell'ediz. Marpurgi, apud Paulum Egenolphum, 1613: p. 11]). Nella moderna romanistica G. ARICO' ANSELMO, *Ius publicum - ius privatum*, (nota 1), p. 454 interpreta «le due *positiones* del mestiere del giurista» come «i due ambiti di specializzazione professionale entro i quali quella missione o mestiere può, alternativamente, essere esercitato».

⁶ CALASSO, *Ius publicum* (nota 4), p. 86. Sulle stesse posizioni si esprime successivamente lo Chevrier, in alcuni saggi che per la dottrina medievale ricalcano in buona parte gli studi di Calasso e che esplicitamente negano carattere di novità alle elaborazioni successive ai commentatori (G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français*, in: *Archives de philosophie du droit*, nouv. série, La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique, Paris 1952, spec. p. 39 ss e, del medesimo autore, *Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale*, in: *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras II*, Paris 1965, p. 841).

ripetitività delle posizioni manifestate dai giuristi successivi, ormai lontani da quella realtà istituzionale.⁷

Ora, in prima approssimazione si può accettare l'affermazione che anche per gli umanisti la distinzione *ius publicum*–*ius privatum* non fosse essenziale, in parte perché fondamentalmente anch'essi possedevano una concezione unitaria del diritto, in parte perché applicavano alla materia pubblicistica le strumentazioni e le concettualizzazioni complessivamente tratte dal *ius civile*:⁸ è certo un fatto che anche

⁷ Nel saggio, tuttora fondamentale, il Calasso si inseriva, da storico, nel vivo di un dibattito nel quale erano impegnati soprattutto pubblicisti e teorici del diritto. In sintesi, da un lato, per lo più in corrispondenza di ideologie autoritarie, emergeva la tendenza a subordinare il diritto privato al pubblico (echi del difficile clima si traggono dalla testimonianza di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in: *Enciclopedia del diritto* XII [1964], p. 697 nt. 1); dall'altro si rigettava il fondamento della partizione fra diritto privato e pubblico, ritenuta espressione di pregiudizi ideologici e piuttosto si proponeva una concezione normativistica del diritto coerente con una concezione dello Stato di diritto. Si allude, ovviamente, alle posizioni di Kelsen, le quali, sebbene non originali (come rileva P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico [diritto intermedio]*, in: *Enciclopedia del diritto* XXXV [1986], pp. 684–685) assumevano una particolare forza per l'inquadramento sistematico nell'ambito della sua teoria pura del diritto. In Italia poi le posizioni del grande giurista praghese furono amplificate perché espresse in un saggio pubblicato in italiano (H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4 [1924], p. 340 s: per la notazione che si tratta molto probabilmente di un saggio concepito esclusivamente per il pubblico italiano v. M. MARCHETTI, *La fortuna italiana di Kelsen prima della seconda guerra mondiale*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 8 [1979], p. 471, e sui suoi contenuti recentemente N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in: *Rivista di diritto civile* 40 [1994], I, 16 s). A Kelsen diversi mediocri personaggi non seppero fare a meno di rispondere, con argomenti che, tratti dall'armamentario della cultura autoritaria, non mette conto riferire: ad es. G. MAGGIORE, *Quel che resta del Kelsenismo*, in: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1940, I, p. 55 ss. Va aggiunto che la dottrina romanistica, anche a tacere di quanti, come il De Francisci, improntarono o fecero proprie le posizioni della cultura ufficiale, spesso si arroccò sulla difesa del valore della distinzione, arrivando a forzature palesi come quando si affermava che i giuristi romani ebbero un solo concetto di diritto pubblico (così SILVIO ROMANO, *La distinzione fra „ius publicum“ e „ius privatum“ nella giurisprudenza romana*, in: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* IV, p. 167).

⁸ Così, puntualmente, M. REULOS, *La naissance d'une théorie politique en France: l'influence respective de la tradition juridique romaine et de l'expérience*, in: *Théorie et pratique politiques à la Renaissance (XVIIe Colloque International de Tours)*, Paris 1977, p. 140; ma v. anche MOHNHAUPT, „Europa“ und „ius publicum“ (nota 2), p. 208; H. HÖFFL, *Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France*, in: *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, hg. von R. SCHNUR, Berlin 1986, pp. 352–353; per la dottrina belga sono simili le constatazioni di PH. GODDING, *La distinction entre droit public et droit privé dans les Pays-Bas Méridionaux avant 1800*, in: *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 6–13 août 1966, Bruxelles 1966, p. 1 ss.

quando si delinea lo studio autonomo del *ius publicum*, esso si nutre complessivamente di principi tratti dalla filosofia, dalla storia e dal *ius commune*, senza una particolare attenzione ai profili tecnico-giuridici della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*.

A ben guardare, tuttavia, in relazione alla materia proposta, nel Cinquecento sembrano presentarsi alcuni segni che meritano interesse. Innanzi tutto, il singolare sforzo di elaborazione di cui, singolarmente e spesso con autonomia di trattazione, sono stati oggetto i due poli della distinzione *ius publicum-ius privatum*. Questo è del tutto evidente per quanto riguarda il *ius publicum*, ma vale anche per il *ius privatum*.⁹

In secondo luogo, il delinearsi, sul terreno sociale, dell'antitesi privato-pubblico con i suoi momenti costitutivi, dati, da un lato, dal processo di affermazione dell'individualismo moderno, tendenzialmente sciolto dai vincoli di appartenenza a comunità o gruppi, e, dall'altro, dall'enuclearsi di una sfera pubblica, «che *proprio in quanto puramente pubblica* è una *funzione* delle sfere private autonome»: ¹⁰ un settore pubblico che assume come punto di riferimento lo Stato, costruito decisamente come ente artificiale, corposamente presente nell'organismo sociale con i suoi ufficiali e magistrati e distinto se non separato da esso.¹¹

Ce ne è abbastanza per invogliare a tastare il problema della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum* nelle fonti della scuola culta. Ma va detto fin dall'inizio che nell'esaminare la questione si rifiuta qui l'idea che essa sia il risultato di quell'improbabile *continuum* generalmente noto come il processo di affermazione dello Stato moderno: concetto abusato, oggi in crisi, di certo di difficile uso per la sua equivocità. Il modesto compito che in questa sede ci si propone è quello di indagare sulle dottrine di alcuni giuristi culti dotati di forte personalità, i quali, nella seconda metà del Cinquecento, prospettarono

⁹ Quest'ultima affermazione si trova per la verità in contrasto con una autorevolissima storiografia che annovera tra gli altri Koschaker, Astuti e Coing. Più di recente, sebbene gli studi sulla giurisprudenza umanistica siano ancora abbastanza rari, si è però proposto un indirizzo diverso, che sembra da condividere: v. K. LUIG, *Humanismus und Privatrecht*, in: *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, hg. von G. KLINGENBERG, J. M. RAINER, H. STIEGLER, Graz 1992, p. 285 ss.

¹⁰ U. CERRONI, Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, s. III, 37 (1960), p. 355 ss (qui: 363).

¹¹ CERRONI, Sulla storicità della distinzione (nota 10), e R. KOSELLECK, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, trad. ital., Bologna 1972, p. 17 ss.

nettamente questa distinzione, del cui carattere ci sarà naturalmente da discutere.¹²

2. Nel *De institutione historiae universae et ejus cum jurisprudentia conjunctione*, apparsa nel 1561, François Baudouin rilevava che, mentre ci si attardava nella tessitura delle teorie privatistiche, ancora non si coltivavano gli studi di diritto pubblico, che erano di tanta utilità alla pratica.¹³ Il giurista insisteva perché gli studi del diritto venissero finalizzati al loro uso e questo, in particolare, per quanto riguardava il diritto pubblico: criticando le posizioni dei „grammatici“, Baudouin riteneva che occorreva prestare la maggiore attenzione alle istituzioni del presente e dunque a quelle nazionali, giacché essere francesi o tedeschi o italiani implicava conoscere in primo luogo la storia e l'assetto delle istituzioni del proprio paese. Si tratta di posizioni emblematiche espresse allora con forza dalla generazione di giuristi che si riconosceva allieva di Alciato e di Budé.¹⁴

¹² Chi da ultimo, e con ottima attrezzatura, si è interessato al rapporto tra pubblico e privato sotto il profilo storico-giuridico ha cercato di superare le impostazioni correnti e ha formulato infine l'invito ad elevare la discussione, portandola sul piano della scienza giuridica, così da guardare alla relazione diritto pubblico/privato non per come appare nelle differenti ricostruzioni dogmatiche, ma per come è: un modo «di fare cultura, non ideologia» e di togliere «al problematico rapporto pubblico-privato quell'aria di stanco e opaco *divertissement* intellettuale, che oggi gli è propria, per restituirgli il peso ch'esso occupa nella nostra vita, non solo giuridica» (G. LO CASTRO, «Pubblico» e «privato» nel diritto canonico, in: *Il diritto ecclesiastico* 106 (1995), qui p. 139). Salvo che le direttrici prospettate dall'autore appaiono restringere il problema entro una visione metafisica del diritto (p. 124 e passim).

¹³ F. BAUDOUIN, *De institutione historiae universae et ejus cum jurisprudentia conjunctione*, in: *Jurisprudentia romana et attica* I, Lugduni Batavorum, apud A. Kallewier et J. et H. Verbeek bibliop., 1738, coll. 1455 ss. Su questa opera v. E. FOURNOL, *Quelques traités de droit public du XVI^e siècle*, in: *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 21 (1897), p. 301 ss., J. MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Paris 1933, p. 36 ss., D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1972 (rist. dell'ediz. 1956), p. 120, J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin and The sixteenth-century revolution in The methodology of law and history*, New York and London 1963, p. 116 ss., D. R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship. Language, Law, and History in the French Renaissance*, New York and London 1970, p. 116 ss. e V. PIANO MORTARI, *La scienza del diritto in François Baudouin*, nella raccolta di studi dello stesso autore: *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, p. 405 ss. I suoi insegnamenti diventeranno patrimonio comune di tanta dottrina che pure spesso passa per originale (da Hotman a Thomasius), e del resto l'opera di Baudouin rientra in un genere che avrà molto successo fino al Settecento (si può ricordare l'*Oratio de dignitate et utilitate juris ac historiarum et utriusque disciplinae amica conjunctione*, 1711, con cui J. BARBEYRAC inaugurò il suo corso a Losanna *en Droit et en Histoire*).

¹⁴ Basti ricordare le due opere di François Hotman, l'*Antitribonian* e la *Francogallia*, straordinarie non tanto per i contenuti – che in sé ricalcavano gli insegnamenti dei

L'istanza della prassi o dell'*utilitas* dello studio del diritto era posta, ovviamente, in termini del tutto diversi rispetto all'approccio pragmatico della vituperata giurisprudenza del *mos italicus*. Ora l'uso dello studio del diritto veniva riconnesso all'opera di storicizzazione delle fonti giuridiche e tale congiungimento dello studio storico con l'esigenza pratica costituì la vera novità proposta da quella generazione di giuristi. Da tempo, infatti, nella rinnovata attenzione con la quale dal Trecento si era guardato alle parti del *corpus* giustiniano più immediatamente afferenti alla materia del diritto pubblico, si erano manifestati i gusti filologici e storici degli interpreti,¹⁵ e furono indubbiamente la circostanza che nel *corpus* giustiniano i giuristi non trovavano un'elaborazione di categorie pubblicistiche paragonabile a quelle del *ius privatum* insieme alla evidente constatazione della distanza che intercorreva tra le istituzioni romane e quelle degli Stati contemporanei¹⁶ a favorire lo sviluppo dell'approccio storicizzante: che poi è quello che tende a studiare per imitare e dunque, in prospettiva, per costruire. Ma se lo studio storico delle *antiquitates romanae* può essere considerato il presupposto per l'affermazione di un nuovo diritto

maestri precedenti – quanto per la singolare capacità di legare la sapienza giuridica alle finalità politiche del partito ugonotto (F. HOTMAN, *Antitribonianus*, cap. I, *Inutile esse studium artis extra usus positae*, e cap. II, *Statum Reipublicae Romanae multum differre a statu Galliae, et nihilo secius ex libris Justiniani non posse addisci*: nell'ediz. in *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia* VII, Pisis 1771, rispettz. p. 139 ss e 143 ss) e, dello stesso autore, *Francogallia*, consultata nell'ediz. critica con trad. inglese, ed. by R. E. GIESEY e J. H. M. SALMON, Cambridge 1972.

¹⁵ Se per quanto riguarda Luca da Penne forse non si può parlare ancora di una storicizzazione delle fonti (v. MAFFEI, *Gli inizi* [nota 13], pp. 97–98), non occorre insistere su questo carattere della successiva giurisprudenza umanistica (ivi, spec. 118 ss) e in particolare di un Budé e di un Alciato (su quest'ultimo v. A. VISCONTI, *Sul «De formula romani imperii» di Andrea Alciato in un ms. Braidense*, in: *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 277 ss).

¹⁶ Il Senato fu forse il tema classico di comparazione storica di cui si occuparono i culti (Budé, Montaigne...) sin dal primo decennio del Cinquecento (v. V. I. COMPARATO, *Sulla teoria della funzione pubblica nella «République» di Jean Bodin*, in: *Il pensiero politico XIV* [1981], p. 96 s; è in corso di stampa la ricerca specifica di U. PETRONIO, che comparirà in una pubblicazione a cura del Senato della Repubblica italiana). Quanto detto nel testo sulla mancanza di categorie pubblicistiche paragonabili a quelle privatistiche non sembra inficiato dalle acute puntualizzazioni recentemente espresse da P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in: *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* XLIII (1995), p. 229 ss, che ha indicato le principali ragioni che nell'età moderna hanno attribuito un posto marginale alla peritia iuris publici. La lettura quasi esclusivamente privatistica della compilazione giustiniana è comunque un fatto (v. i rilievi in NOCERA, *Privato e pubblico* [diritto romano] [nota 2], spec. pp. 656 s).

nazionale, non porta automaticamente ad esso: si parla qui del diritto nazionale francese, verso il quale converge – certamente in consonanza con l'esperienza istituzionale del tempo – non tanto una generica cultura umanistica quanto invece uno specifico filone culturale maturato attorno alla metà del Cinquecento, interessato al metodo e animato in particolare da una nuova concezione della storia, comparativa e relativistica.¹⁷ Se è vero, infatti, che l'originaria unità europea del *ius commune* nel corso del XVI secolo tende a perdersi per quanto riguarda il *ius publicum*,¹⁸ ciò è dovuto sia al netto spicco che, nelle

¹⁷ «Ce qui intéresse les auteurs de méthode, c'est, dans le discours historique, l'enchaînement positif des faits entre eux: la manière plus que la cause, la «syntaxe» de l'événement plus que son «étymologie». En définitive cette attitude tend à trouver dans la matière historique un système de lois qui coordonne les faits: la notion de *rapport* (et par conséquent le principe de relativité qui la sous-tend) remplace la notion de *cause* (et le principe de finalité). Les lois sont des rapports établis entre les phénomènes qui se déroulent dans l'espace et dans le temps. Cette réduction du domaine historique aux dimensions expérimentales de l'univers assure l'autonomie de l'écrivain par rapport au surnaturel et à tout au-delà de la réalité tangible» (C.-G. DUBOIS, *La conception de l'histoire en France au XVI^e siècle (1560–1610)*, Paris 1977, pp. 155–56). Va da sé che il relativismo con cui i culti guardano alla storia è lo stesso atteggiamento col quale guardano al diritto e, in primis, alle leggi; e le radici si trovano nel primo umanesimo (per la precisa testimonianza di Coluccio Salutati v. C. FINZI, *Giustizia, diritto naturale, diritto positivo nel primo umanesimo fiorentino*, in: *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, sous la direction de A. GOURON e A. RIGAUDIÈRE, Montpellier 1988, p. 83; per quella di Poggio Bracciolini v. MAFFEI, *Gli inizi* (nota 13), p. 73 e 78).

¹⁸ MOHNHAUPT, „Europa“ und „ius publicum“ (nota 2), p. 208. È appena il caso di ricordare che fino ai tempi del Calasso era molto diffusa l'idea che i giuristi medievali non si fossero interessati di diritto pubblico (per sconfiggere questa idea l'autore è tornato più volte: CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957, p. 17 e *Diritto* (le basi storiche delle partizioni), in: *Enciclopedia del diritto* XII [1964], p. 830). Ma se certamente si era sviluppata una dottrina di diritto pubblico, questa concerneva categorie generali come „sovranità“, „*iurisdictio*“, „legge“ o magari „imposta“, oppure gli aspetti specifici inerenti le varie *civitates*, od ordinamenti particolari: «Penser l'État et définir les règles qui doivent présider à son fonctionnement ne constitue qu'une étape le plus souvent limitée à l'énumération d'une longue liste de principes. Aller plus loin consiste à s'interroger sur l'existence, la formation, les pouvoirs et le statut de ceux qui ont mission de donner vie à cette *respublica* retrouvée» (così recentemente A. RIGAUDIÈRE, *État, pouvoir et administration dans la Practica aurea libellorum de Pierre Jacobi [vers 1311]*, in: *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir* [XI–XV^e siècles], Bordeaux 1992, p. 195). Sotto questo riguardo interessavano i profili attinenti all'intersecarsi dei piani delle rispettive autonomie (cfr. A. M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, in: *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hg. von E. V. HEYEN, [Ius commune Sonderheft 21], Frankfurt a. M. 1984, spec. p. 8). Insomma, è facile riscontare l'interesse per le tematiche del diritto pubblico, ma in fondo entro il solito quadro dialettico tra *ius commune* e *iura propria*, come ha messo in evidenza A. MAZZACANE,

varie realtà e in diversa misura, assume l'ente-Stato in tutte le sue articolazioni, sia alla consapevolezza teorica e spesso al ruolo trainante di cui danno prova i giuristi nell'opera di costruzione dell'ordinamento:¹⁹ giuristi che sono spesso magistrati e sempre storici e intellettuali impegnati.

Per quanto riguarda la Francia, già nel corso del XIV secolo si possono rinvenire i segni di un tale lavoro nelle riflessioni della dottrina, anche di quella che si dedicava alle *coutumes*, soprattutto attenta a precisare le prerogative del re.²⁰ Si può poi facilmente riconoscere che nel corso del secolo successivo si generalizzi una coerente visione teorica dello Stato:²¹ uno Stato con un ruolo sovraor-

Diritto e giuristi nella formazione dello Stato moderno in Italia, in: *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. CHITTOLINI, A. MOLHO, P. SCHIERA, Bologna 1994, p. 338 ss. Strutturalmente, del resto, il *ius commune* non conosceva l'autonomia di regole giuridiche pubblicistiche ed anzi rifiutava «di accettare la 'dicotomia' pubblico-privato come modalità di 'esposizione' del diritto» (così CAPPELLINI, *Privato e pubblico* [nota 7], p. 672; cfr. D. WYDUECKEL, *Ius publicum: Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984, p. 53 ss).

¹⁹ D. QUAGLIONI, «*Fidelitas habet duas habenas*». Il fondamento dell'obbligazione politica nelle glosse di Bartolo alle costituzioni piane di Enrico VII, in: *Origini dello Stato* (nota 18), p. 383 ha recentemente negato che le letture dei giuristi fossero mere giustificazioni *ex post* dell'ordinamento ed ha appunto parlato di un loro ruolo creativo. Di avviso diverso Genet che, mentre propende per rinvenire la nascita dello Stato attorno alla prima metà del Trecento (J.-PH. GENET, *L'Etat moderne: un modèle opératoire?*, in: *L'Etat moderne: genèse. Bilans et perspectives*, éd. par J.-PH. GENET, Paris 1990) ha affermato che occorre attendere gli anni 1460-70 per assistere, con Fortescue, a un primo sforzo di analisi politica sistematica applicata alla situazione concreta e che solo più avanti ancora – definitivamente con Hobbes – si riscontra uno sforzo cosciente di creazione di una scienza della politica; da qui la conclusione che «l'Etat moderne n'a généré les moyens conceptuels de sa propre connaissance et de sa compréhension qu'après deux siècles d'existence au moins» (ivi, pp. 271-72). È però difficile accettare l'ipotesi di un «ritardo», tanto rilevante poi, della riflessione giuridica rispetto all'affermarsi dell'ente astratto.

²⁰ R. FEENSTRA, *La source du titre des droits royaux de la „Somme rural“ de Boutillier* (1958), ora nella raccolta di studi del medesimo autore: *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde 1974, p. 96 ss, REULOS, *La naissance* (nota 8), pp. 138-39, ma soprattutto ora l'imponente ricerca di J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIe-XVe siècle*, Paris 1993, spec. p. 345 ss.

²¹ T. KUEHN, *Antropologia giuridica dello Stato*, in: *Origini dello Stato* (nota 18), p. 367, che anzi mette in evidenza che *solo* i giuristi possedevano una tale visione. Nel testo adopero il termine „Stato“ in senso debole, secondo le connotazioni dichiarate da G. CHITTOLINI, *Il „privato“, il „pubblico“, lo Stato*, in: *Origini dello Stato* (nota 18), pp. 566-67 e 569-70 e dunque, per la sottolineata presenza di un pluralismo di corpi e centri, con l'accoglimento di quella formula brunneriana che si limita alla definizione di „durevole forma di convivenza ordinata nell'unità politica“ (definizione segnalata anche da L. MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica*, in: *Quaderni fiorentini per*

dinato ma che comunque, anche nell'esperienza francese, esprimeva soprattutto «un sistema di relazioni». ²²

Poiché in questa sede interessano gli atteggiamenti della dottrina in tema di rapporti tra *ius publicum* e *ius privatum*, conviene soffermarsi sulla nuova consapevolezza che in Francia sembra emergere verso la fine dell'età di Francesco I, il monarca umanista oggetto di culto da parte di uomini come Jean Bodin. ²³

È in quegli anni che maturano i *Commentarii juris civilis* di François Connan, che si collocano come spartiacque tra la prima fase dell'umanesimo giuridico e una seconda che si apre a strade differenti. ²⁴

la storia del pensiero giuridico moderno 24 [1995], p. 493: eccellente rassegna dei principali problemi in discussione).

²² T. KUEHN, *Antropologia giuridica dello Stato* (nota 21), p. 380, che aggiunge (nt. 28): «le persone che erano coinvolte in questi rapporti non erano ancora immaginate come moderni soggetti privati dotati di diritti ma come „persone“ plasmabili che si definivano relazionalmente». Non è possibile in questa sede anche solo accennare alle discussioni sul cosiddetto problema delle origini dello Stato moderno (si rinvia alla serie di volumi dedicati al programma „Genèse de l'Etat moderne“ curati dal Centre National de la Recherche Scientifique [Paris 1985 ss] ed ai recenti contributi raccolti in: *Origini dello Stato* [nota 18]; per il termine „Stato“ v. A. MARONGIU, *La parola Stato* [1973 e 1975], ora nella raccolta di saggi del medesimo autore: *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne*, Milano 1979, p. 61 ss, G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto „Stato“* [1981], ora in G. MIGLIO, *Le regolarità della politica*, Milano 1988, II, p. 799 ss, A. TENENTI, *Archeologia medievale della parola Stato*, nella raccolta di saggi del medesimo autore: *Stato: un'idea, una logica*, Bologna 1987, p. 15 ss e, in relazione a quest'ultimo, MARONGIU, *Dalla „res publica“ allo Stato*, in: *Studi in memoria di Giovanni Cassandro II*, Roma 1991, p. 569 ss). Sembra comunque di poter dire che la discussione è talvolta fuorviata dal mancato chiarimento della materia del contendere; così, ad esempio, quando il Post rileva che non ha importanza che fosse assente nelle teorie medievali la parola „Stato“ e che conta piuttosto la circostanza che la dottrina attribuisse una personalità fittizia allo Stato e cioè dotasse di astrazione lo *status regni* (G. POST, *Ratio publicae utilitatis, ratio status, and „reason of state“, 1100–1300* [1961], poi nella raccolta di studi del medesimo autore: *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100–1322*, Princeton [New Jersey] 1964, p. 248) sembra confondere la materia del diritto pubblico (a cui si riferisce senz'altro il processo di astrazione dello *status regni*) con quella dello Stato; rilievi critici alle tesi anticipatrici del Post si trovano in A. L. FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State I, Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*, Königstein, Cambridge (Mass.) 1983, p. 320 ss.

²³ MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé* (nota 13), p. 7.

²⁴ È noto che Connan è stato allievo di Alciato ed appartiene cronologicamente alla generazione successiva a Budé, ma la sua opera è quasi contemporanea alla scomparsa dei due grandi umanisti e soprattutto è espressione dello stesso clima in cui in Francia erano maturati i frutti dei due maestri.

Se infatti i *Commentarii del maître de requêtes* di Francesco I, pubblicati postumi nel 1553 ma frutto del lavoro condotto negli anni Quaranta,²⁵ appaiono parecchio distanti sia dagli avvenimenti delle lotte di religione, che tanto segneranno gli aspetti dell'opera dei giuristi successivi, sia dalla fase più viva del movimento culturale nazionalistico, essi esprimevano per la prima volta il tentativo di dare una sistemazione nuova e pratica del diritto,²⁶ secondo una direttrice sulla quale in particolare aveva da poco insistito Douaren.²⁷ Ebbene,

²⁵ L'opera di Connan fu pubblicata dal suo amico Louis Le Roy (Regius) – umanista, noto fra l'altro per l'edizione con la traduzione e il commento dei primi otto libri della *Politica* di Aristotele (v. W. L. GUNDERSHEIMER, *The Life and Works of Louis Le Roy*, Genève 1966 e M. ISNARDI PARENTE, *Loys Le Roy su Platone e Aristotele nell'introduzione ai «Politiques»*, in: *Studi politici in onore di Luigi Firpo I*, Milano 1990, p. 773 ss) – a distanza di circa due anni dalla morte. Non so se veramente Connan abbia atteso alla sua opera, lasciata incompleta, nei periodi di meditazione che pare conducesse nella sua casa di campagna vicino a Parigi nei non brevi intervalli lasciati liberi dal suo ufficio di *maître de requêtes*, come ci dice Louis Le Roy (nella lettera indirizzata al cancelliere François Olivier e pubblicata nelle pagine iniziali delle edizioni dell'opera di Connan): il motivo del ritiro in campagna è infatti un *topos* umanistico, che riecheggia certi stili di età romana. Sta di fatto che Connan vi attese più o meno negli ultimi cinque anni di vita (Ch. BERGFELD, *Franciscus Connanus [1508–1551]: Ein Systematiker des römischen Rechts*, Köln und Graz 1968, p. 20).

²⁶ In accordo con MOREAU-REIBEL, Jean Bodin et le droit public comparé (nota 13), p. 21 e 23 si insiste qui sul valore pratico della sistemazione di Connan, di solito disconosciuto dalla storiografia (v. infra, nel testo); non è senza significato che l'opera di Connan fosse pubblicata postuma non solo dal Le Roy (v. nota 25) – e con una importante prefazione di Barthélemy Faye, uno dei più importanti collaboratori del De Thou nella redazione delle *coutumes* – ma più tardi anche da Hotman (1557) e che J. Bodin, ormai avviato su posizioni critiche nei confronti dell'indirizzo di Cujas, la tenesse in altissima considerazione (si allude ai notissimi giudizi espressi nell'Oratio tolosana del 1559 e nella Methodus del 1566, sui quali v. ancora MOREAU-REIBEL, Jean Bodin et le droit public comparé, p. 17 ss e 28 e M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione a J. Bodin*, I sei libri dello Stato I, Torino 1964, p. 19).

²⁷ Nel 1544 François Douaren rivolgendosi in forma di lettera al suo allievo Andrea Guiliart per esporgli il suo punto di vista *de ratione docendi discendique iuris*, dopo aver indicato i compiti principali per l'opera di riordinamento del diritto, giungeva alla conclusione che questa attività non doveva mai perdere di vista le finalità, che erano esclusivamente rivolte all'uso pratico dei precetti, e d'altra parte doveva basarsi su un metodo scientifico: *usus et methodus*. L'uno senza l'altra era sterile e monco (F. DUAREN, *Epistola ad Andream Guiliartum de ratione docendi, discendique iuris conscripta*, in: *Opera omnia*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1554, f. 145 rv). È ben noto che lo scritto diverrà una sorta di „manifesto“ delle posizioni degli umanisti in relazione al diritto romano, agli interpreti medievali e all'esigenza di fare ordine e di redigere il diritto secondo un metodo. Anche qui, peraltro, la matrice ideale risaliva a GUILLAUME BUDÉ che, quasi in apertura delle sue *Annotationes in quatuor & viginti Pandectarum libros* (nota 5), f. 6r–7r, insisteva sull'importanza di raccogliere l'intero diritto secondo categorie generali (*in genera*), quindi di articolare quelle categorie generali in *membra*, e infine di procedere a dichiarare la sostanza di ogni istituto attraverso una

dell'opera di Connan è stato detto che non è importante ai fini della distinzione tra diritto privato e pubblico perché in essa semplicemente il diritto pubblico è assente.²⁸ Si può peraltro rilevare che, se l'intento da cui si muove è quello di cogliere gli eventuali segni di una considerazione dicotomica della coppia diritto privato/pubblico, allora anche una trattazione esclusivamente dedicata a una sola delle due sfere potrebbe essere interessante.

Non è questa, ovviamente, l'occasione per ricercare quanto nella trattazione privatistica di Connan possa esserci nella direzione di una separazione delle sfere privato/pubblico. È comunque ben nota la sua dottrina contrattuale che, fondata sul sinallagma, sfocia nel superamento delle categorie romanistiche attraverso la concezione del contratto come uno strumento astratto, principale e duttilissima forma giuridica delle relazioni in una società civile basata sugli scambi: strumento di autonomia perché adoperato da eguali – la volontà negoziale è espressione di parti considerate in posizione di uguaglianza e subordinate a leggi comuni –, in vista di un affare da realizzare secondo la libera determinazione comune.²⁹

Di fatto, nonostante il titolo, l'opera di Connan è una riscrittura sistematica del diritto ed offre un modello da cui sia possibile trarre le soluzioni per un diritto che non solo sia tendenzialmente uguale per tutti, come già nelle impostazioni dei commentatori, ma che sia anche nuovo: il giurista costruisce un modello di ragione fondato sull'*aequitas*, ma che si prospetta come diritto positivo.³⁰

definizione (sugli scritti programmatici e sugli sforzi sistematici dei giuristi culti v. i diversi saggi raccolti in PIANO MORTARI, *Diritto logico metodo nel secolo XVI* [nota 13] e, dello stesso autore, *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991).

²⁸ CHEVRIER, *Remarques* (nota 6), p. 44. L'affermazione non è peraltro esatta perché nell'opera di Connan si evidenzia una certa attenzione per il diritto dello Stato e per temi come la sovranità (v. BERGFELD, *Franciscus Connanus* [nota 25], spec. p. 98 ss e 144 ss).

²⁹ G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia*, Milano 1972, p. 120 ss e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in: *Towards a General Law of Contract*, ed. by J. BARTON, Berlin 1990, p. 215 s, 219 nt. 22 e 228 ss.

³⁰ Si spiega, in proposito, il giudizio di Cujas, che divenne poi un luogo comune, perché tante volte ripreso fino al Settecento, riferito al giurista parigino come «*vir doctissimus, sed non iuris; corruptit iudicium et tempus perdit qui in eius commentariis illum ponit*» (BERGFELD, *Franciscus Connanus* [nota 25], p. 43 nt. 26): evidente testimonianza di insofferenza per un'impostazione ricostruttiva del diritto, che non era certo la prima opzione di Cujas.

Veniamo ora a considerare più da vicino le idee di Connan sulla distinzione tra diritto privato e pubblico.³¹ Per diversi aspetti, scriveva il giurista francese, le suddivisioni di Ulpiano sono criticabili. Innanzi tutto la *summa divisio* riguardava il diritto naturale e quello civile (e quello naturale viene logicamente sempre prima di quello civile) e non il diritto privato e quello pubblico. Quanto al *ius civile* esso era duplice, perché in parte atteneva all'utilità pubblica, in parte all'utilità privata; da qui, dunque, la partizione del *ius civile* in pubblico e privato. Connan ricordava poi la critica di Rodolfo Agricola al passo di Ulpiano:³² secondo l'umanista frisone il diritto naturale non avrebbe costituito materia solo per il diritto privato (come invece in Ulpiano), ma anche per il diritto pubblico. Si trattava tuttavia di una posizione non condivisa dal giurista francese, il quale a questo punto si appoggiava all'autorità di Cicerone³³ e si aiutava con l'analisi linguistica: *publicum* veniva da *populus*, che era una „multitudo congregata juris consensu“ e che si poteva anche denominare *civitas*. Ebbene, il diritto della *civitas* – appunto, il diritto pubblico – consisteva nel diritto posto dalle *leges* e in particolare dal diritto scritto. *Sacra, sacerdotes, magistratus*: ecco la materia del diritto pubblico, che era dunque *ius civile* positivo; e se qualcuno avesse obiettato che le cose sacre appartenevano al diritto naturale o delle genti e che perciò o il diritto pubblico sarebbe sostanziato anche di precetti naturali, oppure i *sacra* non sarebbero rientrati nel diritto pubblico, Connan rispondeva che nel passo di Ulpiano si parlava di *sacra* e non di religione: e i *sacra* attenevano alle cerimonie, cioè ad aspetti esterni, senza che nessuno potesse pensare che essi appartenessero al diritto naturale.

³¹ CONNAN, *Commentarii juris civilis*, lib. I, cap. IV, nn. 1–3 (nota 5), pp. 10–11. Solo un accenno in BERGFELD, *Franciscus Connanus* (nota 25), p. 82.

³² Si tratta di una tesi di Agricola cui spesso i giuristi facevano riferimento, di solito senza puntuale citazione (oltre a Connan v. A. ALCIATO, *Parergôn*, lib. I, cap. XXXI, in: *Opera* II, Basileae, apud Thomam Guarinum, 1571, col. 199) o con citazione errata (J. CORAS, *De iuris arte*, pars II, cap. II, in: *Tractatus universi iuris* I, Venetiis 1584, f. 67ra). Il passo comunque si legge effettivamente in R. AGRICOLA, *De inventione dialectica*, lib. II, cap. VII (nell'ediz. Coloniae 1523 e rist. anast. Frankfurt am Main 1967: p. 211). Occorre notare che Alciato – i cui primi tre libri dei *Parerga* furono pubblicati nel 1538 (R. ABBONDANZA, Alciato [Alciati] Andrea, in: *Dizionario Biografico degli Italiani* 2 [1960], p. 73) – nell'accusare duramente Agricola per non aver letto direttamente Ulpiano e nell'espone la sua tesi, copia letteralmente le parole dell'editore ed annotatore dell'opera dell'umanista frisone, Alardus di Amsterdam (nella citata edizione del *De inventione dialectica*: p. 215).

³³ Effettivamente l'ispirazione risale a M. TULLIO CICERONE, *Partitiones oratoriae* XXXVII, 130.

Come si vede, il giurista parigino delineava nettamente la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, nel senso che il primo era connotato dall'essere diritto posto. E se certamente il termine „diritto positivo“ aveva ormai una storia plurisecolare,³⁴ qui va rilevato che l'intervento del legislatore nel porre il diritto non aveva in Connan niente di quel finalismo (*bonum commune*) in vista del quale era chiamato ad operare il legislatore della società medievale, naturalisticamente intesa: il giurista francese piuttosto valorizzava quel filone, pure nettamente delineatosi nelle elaborazioni bassomedievali, per il quale il diritto positivo doveva rispondere al criterio dell'*utilitas*, assai più prosaico e artificiale.³⁵ In particolare si avverte che l'*utilitas*, che pure era il concetto chiave nella distinzione ulpiana tra *ius publicum* e *privatum*, tendeva a porsi come il perno di una rinnovata concezione della comunità politica, favorita dalle riletture umanistiche di quegli autentici successi editoriali che furono l'*Etica* e la *Politica* di Aristotele. Da un lato si muoveva, come nella tradizione, dalla considerazione „naturale“ della società, e a questo sfondo naturale erano ricondotte le

³⁴ A partire da Abelardo e specialmente dai canonisti della seconda metà del XII secolo, che lo trassero forse dal commentario di Calcidio al Timeo di Platone (S. KUTTNER, *Sur les origines du terme «droit positif»* [1936], ora nella raccolta di studi del medesimo autore: *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London 1992, III); cfr. K. PENNINGTON, *Law, legislative authority, and theories of government, 1150–1300*, in: *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, c. 350 – c. 1450, ed. by J. H. BURNS, Cambridge 1988, p. 425; più in generale v. i diversi contributi pubblicati in: *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* (nota 17) e L. MAYALI, *De la juris auctoritas à la legis potestas. Aux origines de l'Etat de droit dans la science juridique médiévale*, in: *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XIe–XVe siècles)* (nota 18), p. 129 ss. Ma su come l'idea medievale del connubio tra *lex* e *ratio* (v. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico I*, Milano 1962 e ristampa 1995, p. 286 ss, 327 e II, Milano 1964 e rist. 1995, p. 34 e 278) persistesse a lungo ancora nell'età moderna v. MOHNHAUPT, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in: *Ius Commune* 4 (1972), p. 199 e passim.

³⁵ È ben noto il ruolo centrale giocato dall'*utilitas* nell'elaborazione di Connan: basti citare MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé* (nota 13), p. 21 s. Nell'impossibilità di indicare in questa sede i collegamenti con le elaborazioni pubblicistiche tardomedievali in tema di *utilitas*, si rinvia a I. BIocchi, *Contratto e persona giuridica pubblica. Spigolature su „causa“, „communis utilitas“ e diritto dei privati nell'età del diritto comune*, di prossima pubblicazione negli Atti del Congresso Internazionale organizzato dalla Società Italiana di Storia del diritto sul tema: *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, (Torino, 17–19 ottobre 1994), § 5; di certo, nella „scoperta“ duecentesca dell'Aristotele politico l'utile individuale era visto entro il *bonum* della comunità politica (v. ora M. S. KEMPSHALL, *The Individual Good in Late Medieval Scholastic Political Thought – Nicomachean Ethics 1.2 and IX.8*, in: *Individuum und Individualität im Mittelalter*, [Miscellanea Mediaevalia 24], Berlin und New York 1996, p. 493 ss).

relazioni interpersonali tra gli individui: il diritto privato, appunto. Dall'altro si accentuava l'aspetto empirico insito nella concezione aristotelica della politica e quindi si favoriva la spinta verso «l'elaborazione di una teoria del potere di natura razionale e mondana».³⁶

Ecco allora che la partizione tra diritto privato e diritto pubblico operata da Connan, mentre richiama per certi aspetti la distinzione prospettata da Baldo tra il *ius positivum voluntarium*, in cui si esercita la *plenitudo potestatis* del sovrano, e il *ius naturale immutabile*, da essa esente,³⁷ appare piuttosto essere nutrita della rimediazione dell'*Etica* e della *Politica* dello stagirita; al fondo essa esprime in forma progettuale l'istanza di una ridefinizione dei rapporti tra sfera privata e comunità politica propria degli ambienti umanistici.

Si trattava certamente di posizioni appena abbozzate e inserite, del resto, in una trattazione complessivamente ristretta. Ma non può sfuggire che, prospettando l'equazione tra diritto pubblico e diritto positivo e, corrispondentemente, tra diritto privato e diritto naturale, esse delineavano un impianto che è alla base di tante sistemazioni successive. In primo luogo di quella, ben più nota, di Jean Domat.³⁸

3. Consideriamo ora una delle direzioni in cui si diparte l'insegnamento di Douaren e poi di Connan, e che anzi appare in diretta derivazione da essi: si allude ai *Commentarii de iure civili* di Hugues Doneau che, nella parte riguardante il nostro tema, furono pubblicati nel 1589, quasi alla vigilia della morte del giurista.³⁹

È stato già rilevato che il pupillo di Douaren opera una netta suddivisione tra le materie appartenenti al diritto pubblico e quelle

³⁶ Sono parole di C. VASOLI, La «Politica» di Aristotele e la sua utilizzazione da parte di Marsilio da Padova, in: *Medioevo* 5 (1979), p. 241, che sottolinea le conseguenze della distinzione aristotelica tra «uomo» e «cittadino», trasformatasi in vera e propria separazione nell'età umanistica; v. anche M. RIEDEL, *Metafisica e metapolitica. Studi su Aristotele e sul linguaggio politico della filosofia moderna* (1975), trad. ital., Bologna 1990, p. 140 s e, dello stesso VASOLI, La «naturalità» dello Stato e la sua «patologia» nella tradizione politica aristotelica, in: *Il pensiero politico* 26 (1993), p. 3 ss. Più in generale si rinvia ai contributi apparsi in: *Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert*, hg. von J. MIETHKE, München 1992, con diversi saggi dedicati specificamente alla recezione, anche negli ambienti dei giuristi, della *Politica* di Aristotele.

³⁷ CORTESE, La norma giuridica I (nota 34), p. 166.

³⁸ V. oltre, nota 86.

³⁹ M. AHSMANN, *Collegia en colleges*, Groningen 1990, p. 69.

appartenenti al diritto privato.⁴⁰ E il giurista francese è abbastanza originale nella sua trattazione, che esprime, anche su questo punto, una forte tendenza alla sistemazione.

A differenza da Connan, per la distinzione tra diritto privato e pubblico Doneau fa leva sulla *res* ed esordisce criticando l'enumerazione di Ulpiano, che è angusta e problematica: angusta, perché lascia fuori dalle *res* che attengono al diritto pubblico tante materie che vi rientrano; problematica, perché nel merito si può dubitare che i *sacra* e i *sacerdotes* appartengano alla categoria del diritto divino.⁴¹

Doneau procede dunque con la sua sistemazione – come sempre fondata su *inexorable logic*⁴² – e individua due classi di cose pertinenti al diritto pubblico. La prima è composta da quanto è talmente legato alla costituzione della *res publica* che vi attiene per propria natura (*propter se*) e necessariamente: qui Doneau specifica che allude alla materia della procreazione della prole legittima e del demanio. La seconda riguarda la materia che appresta rimedi e mezzi per contrastare gli *incommoda* che investono la cosa pubblica (*propter aliud*); tali pericoli possono derivare o dall'ira divina o dall'azione umana e in quest'ultimo caso si distinguono per la provenienza o dai nemici esterni – è il caso della guerra, per la quale vige quella branca del diritto pubblico che è il *ius militare* – oppure dai cittadini stessi. Quest'ultima ipotesi (*incommoda domestica*) si articola a sua volta in tre direzioni, a seconda che si tratti di atti criminali (*maleficia*), di controversie sul diritto applicabile oppure di comportamenti ascrivibili a persone deboli o miserabili (minori, furiosi, mentecatti o minorati fisici): corrispettivamente costituiscono materia pubblicistica a) il *ius criminale*, b) la disciplina dei giudizi e certi istituti come l'usucapione, introdotti per

⁴⁰ Dopo le considerazioni di S. GAGNÉR, *Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel «Öffentliches Recht und Privatrecht» im kanonistischen Bereich*, in: *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, ed. E. VON CAEMMERER und K. ZWIGERT, Berlin und Tübingen 1967, v. ora M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I*, München 1988, p. 75. Sulle nozioni di *ius publicum* nella dottrina di Doneau v. NOCERA, *Jus publicum* (nota 4), p. 50 ss; solo un accenno nella classica opera di A. P. TH. EYSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages*, trad. dal latino di J. Simonnet, Dijon 1860 e rist. Genève 1970, p. 223.

⁴¹ H. DONELLUS, *Commentarii de jure civili*, lib. II, cap. V, n. 5 (in: *Opera I*, Romae, Typis Josephi Salviucci, 1828: col. 209).

⁴² P. STEIN, *Donellus and the origins of the modern civil law*, in: *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg (Suisse) 1993, p. 450; dello stesso autore v. anche *Il diritto romano come teoria generale del diritto*, in: *Index 23* (1995), p. 53, per un'altra notazione sull'uso della logica deduttiva da parte del giurista francese.

evitare le liti, e c) la normativa sulla tutela e la curatela, nonché le istituzioni di ricovero come gli orfanotrofi e i luoghi di cura. Per far fronte a questi *incommoda* naturalmente lo Stato dispone di una forza di intervento umana (magistrati e ufficiali) e di risorse finanziarie (*fiscus*).⁴³

Se questo era l'ampio impianto della materia pubblicistica proposto da Doneau, si può allora comprendere quanto nella libera ricostruzione del giurista ugonotto dovessero apparire insufficienti i contenuti del *ius publicum* enunciati nella *sedes materiae* del *corpus* giustiniano. Doneau, tuttavia, si fermava qui nella trattazione, che subito dopo passava al diritto privato. Sotto questo profilo si potrebbe perciò assimilare la sua posizione a quella di Connan. Ma della trattazione rivolta in primo luogo al diritto privato Doneau offriva anche una giustificazione teorica, dalla quale è possibile sapere di più sulla sua concezione dei rapporti tra l'una e l'altra branca del diritto. Per lui la *res publica* era in posizione di superiorità (*prestantior est*) rispetto a quella privata e di conseguenza il diritto pubblico era superiore a quello privato; tuttavia non si poteva esporre il diritto pubblico se non dopo che si fosse approfondita la conoscenza del diritto privato.⁴⁴ E questo sia perché molti rapporti giuridici facenti capo alla persona giuridica pubblica (*civitas*) erano comuni a quelli di diritto privato, sia perché il suo stesso „statuto“ era formulato in primo luogo attraverso un'assimilazione a quello dei privati.⁴⁵

⁴³ DONELLUS, *Commentarii de iure civili* (nota 41), lib. II, cap. V, n. 6 ss e cap. VI, n. 1 ss (rispett. col. 209 ss e 215 ss). Si può notare che Donello assegnava al diritto pubblico materie di cui nella legislazione giustiniana era messo in rilievo il profilo dell'utilitas per la *res publica* (cfr. T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 95 [1978], p. 93 ss e spec. p. 117 in tema di procreazione): come al solito il giurista francese era innovativo nella sistemazione, per la quale peraltro traeva il materiale dal *corpus iuris*. Uno schema identico, e forse più chiaramente espresso per l'esposizione sintetica, si ritrova in A. VINNIUS, *Jurisprudentia contracta sive partitiones juris civilis*, lib. I, cap. I (ediz. Florentiae, apud Josephum Celli, 1837, coll. 12-13), a conferma dell'assoluto rapporto di dipendenza che quest'opera del giurista olandese manifesta verso i *Commentarii* di Doneau.

⁴⁴ L'annotatore di Doneau opportunamente precisava che la posizione del giurista francese non era di disinteresse rispetto al diritto pubblico, bensì di posposizione di tale materia rispetto al diritto privato: Doneau avrebbe sicuramente atteso alla parte pubblicistica «*si vita suppetiisset*» (O. HILLIGER, in DONELLUS, *Commentarii de iure civili* [nota 41], lib. II, cap. VI, n. 16, nota 5, coll. 221 s).

⁴⁵ «*Etsi enim res publica praestator est quam privata, jus publicum quam privatum, tamen de jure publico recte dici, nisi privato jure prius cognito, non potest. Nam primum in iis, quae jure publico civitatibus tribuuntur, multa sunt communia cum jure*

Da questa impostazione derivava una conclusione assai importante: che il diritto pubblico costituisse un *ius singulare*, e cioè un diritto di eccezione rispetto al diritto privato, considerato diritto comune a tutti. E se il diritto pubblico costituiva l'eccezione, si comprende perché in primo luogo si dovesse studiare il diritto privato, che poneva la *regula*. È una posizione, mi pare, che ha dei punti in comune con quella, formulata poco meno di due secoli dopo, del giurista di Göttingen Pütter, che pure nella considerazione del *ius publicum* come *Sonderrecht* è stato definito una sorta di precursore.⁴⁶

Si tratta di posizioni che mi paiono dar ragione alle analisi sulla formazione storica del diritto pubblico-amministrativo prospettate negli ultimi anni da Mestre in Francia⁴⁷ e da Mannori in Italia: quest'ultimo, in particolare ha riscontrato che per buona parte dell'età moderna il fisco e le varie *universitates* portatrici di interessi collettivi erano considerati come titolari di uno statuto tendenzialmente privatistico, sebbene dotato anche di elementi di specialità.⁴⁸ E questo è forse lo sbocco obbligato per chi, come Doneau, procedeva muovendo dalle *res* e dai rapporti che a queste legavano i soggetti di diritto (persone giuridiche): si trattava di *res* e di rapporti che *in primis* si erano sviluppati sul terreno privato. In sostanza al giurista francese, spirito calvinista alieno dal fare dello Stato il soggetto centrale dei rapporti, era ancora congeniale quella considerazione elaborata dalla scienza giuridica medievale per la quale l'ente politico – la *civitas* – che

privato. Multa proinde, quae iisdem regulis & praeceptis juris contineantur. Ideo in his jus privatum prius cognosci oportet. Tum autem si quid hic dissidet a jure privato, id singulare jus est, exceptum a jure & caussa privatorum. Prius autem regulam statui, quam exceptionem convenit. Postremo in omni jure publico in rebus his, quae civitati tribuuntur, affingitur persona civitati ad similitudinem privatorum» (DONELLUS, *Commentarii de jure civili* [nota 41], lib. II, cap. VI, n. 16, col. 222).

⁴⁶ CAPPELLINI, *Privato e pubblico* (nota 7), p. 678 e 687.

⁴⁷ J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985, pp. 155 ss.

⁴⁸ L. MANNORI, Per una „preistoria“ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 19 (1990), p. 427 e passim. Sui problemi legati alla considerazione del fisco come persona piuttosto che come cosa v. B. CLAVERO, *Hispanus fiscus, persona ficta*. Concepcion del sujeto politico en el ius commune moderno, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 11–12 (1982–83), p. 142 ss; più in generale, oltre al classico GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* IV, (1913), rist. anast. Graz 1954, p. 245 ss, v. CORTESE, *Fisco* (diritto intermedio), in: *Enciclopedia del diritto* XVII (1968), spec. p. 678 ss; sulla disciplina normativa v. H. COING, *Europäisches Privatrecht* I, *Älteres Gemeines Recht* (1500 bis 1800), München 1985, p. 266 s.

nell'interpretazione medievale aveva diverse accezioni,⁴⁹ poteva semplicemente godere talora anche di uno statuto che noi diremmo pubblicistico.⁵⁰

In definitiva nella dottrina di Doneau il diritto pubblico è materia assai snella, riferita a pochi elementi generali necessari per la sussistenza dello Stato (la disciplina della procreazione legittima e del demanio: ovvero, popolazione e territorio) e ad alcuni compiti specifici per impedire il suo dissolvimento (la disciplina di tutela dai nemici esterni e di repressione e prevenzione dei conflitti interni). Di certo al giurista francese importa definire i contenuti rispettivi della sfera privatistica e di quella pubblicistica e stabilire i reciproci rapporti: se, per la sua natura di *ius politicum*, il diritto pubblico è sovraordinato al privato, a questo deve tuttavia cedere quanto alla forma e ai modelli degli istituti, essendo in una relazione di specialità con esso. Si apriva così la strada per considerare come „vero“ diritto quello privato: al diritto pubblico si addiceva una posizione ancillare, anche se mitigata dalla posizione di superiorità che assicurava la rispondenza all'*utilitas publica*.

4. Un'altra direzione in cui ha trovato sviluppo l'insegnamento di Connan a proposito della teoria del diritto pubblico come diritto posto

⁴⁹ Cfr. M. STASZKÓW, 'Civitas' et 'Respublica' chez les glossateurs, in: Studi in onore di Edoardo Volterra III, Milano 1971, p. 605 ss; sulle accezioni del termine *res publica* nel tardo Medioevo v. W. MAGER, *Res publica* chez les juristes, théologiens et philosophes à la fin du Moyen Age: sur l'élaboration d'une notion-clé de la théorie politique moderne, in: *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Roma 1991, p. 229 ss; per il rapporto tra gli usi dei termini *civitas*, *Commune* e *res publica*, O. BANTI, «Civitas» e «Commune» nelle fonti italiane dei secoli XI e XII, originariamente in: *Critica storica* IV, 1972, p. 568 ss, più volte ristampato tra cui in: *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, a cura di G. ROSSETTI, Bologna 1977, p. 217 ss (da cui si cita). Non stupisce che fosse necessario sottoporre a *interpretatio* il passo del Digesto che disponeva: «Civitates enim privatorum loco habentur» (D. 50.16.16, Gaio lib. III ad edict. prov.).

⁵⁰ La glossa al citato passo infatti diceva: «quandoque tamen privatorum loco non habentur» (gl. *habentur* in l. eum qui vectigal, ff. de verborum significatione (D. 50.16.16); sul punto v. J. GAUDEMET, *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'État*, in: *Diritto e potere nella storia europea*. Atti in onore di Bruno Paradisi I, Firenze 1982, p. 28 ss e STASZKÓW, 'Civitas' et 'Respublica' chez les glossateurs (nota 49), p. 607. È appena il caso di ricordare come nella dottrina medievale l'*utilitas publica* non era intesa come l'*utilitas* che faceva capo a un soggetto-Stato, bensì come valore che reggeva la vita collettiva o che orientava l'esistenza di enti determinati come il *fiscus* (MANNORI, *Per una preistoria* [nota 48], p. 460 nt. 345, che si rifà a Nicolini).

è quella della sistemazione del diritto nazionale francese. E in proposito sembra particolarmente utile soffermarsi sull'opera di Louis Charondas Le Caron, un personaggio le cui prime opere escono nello stesso anno dei *Commentari* di Connan;⁵¹ ma era allora giovanissimo e in realtà la sua vita attraversa diverse generazioni, se è vero che fu attivo per circa un sessantennio.⁵²

Interessato al movimento della *Pléiade*, allievo di Douaren e di Baudouin a Bourges, avvocato al *Parlement* di Parigi e poi luogotenente generale al *Balliage* e *Comté* di Clermont, Le Caron è un letterato e filosofo che negli ultimi tempi sta vivendo una stagione di rivalutazione ma soprattutto è un giurista straordinario, piuttosto noto come pubblicista;⁵³ lo si può forse in qualche modo avvicinare a

⁵¹ Si fa riferimento a *Peithanón seu Verisimilium libri tres*, a *Scholia ad titulum de verborum obligationibus* e a *Libellus de jurisdictione et imperio* (1553), pubblicati anche nelle varie edizioni del *Thesaurus juris romani* a cura di E. OTTO. Tra le opere giovanili si possono ricordare anche i *Dialogues* (1556) – recentemente riediti a cura di J. A. BUHLMANN e D. GILMAN, Genève 1986 – a cui generalmente si riconosce un'impronta platonica e che contengono idee sviluppate nelle opere della maturità (in particolare sulla importanza dell'educazione filosofica del principe e sull'opportunità che egli ricompensi i meriti v. U. G. LANGER, *Merit in Courtly Literature: Castiglione, Rabelais, Marguerite de Navarre, and Le Caron*, in: *Renaissance Quarterly* XLI [1988], pp. 239–40).

⁵² Sulla figura di Le Caron, che presto aggiunse al suo nome originario quello dell'antico legislatore siciliano, è tuttora fondamentale la dissertazione di F. GOHIN, *De Ludovici Charondae vita et versibus*, Paris 1902. Si tratta di un personaggio abbastanza conosciuto anche per gli interessi letterari, ma di cui sono ignoti ancora tanti aspetti (a cominciare dalla biografia: le stesse date di nascita e morte sono prospettate diversamente in base a congetture); una messa a punto delle notizie disponibili si trova comunque nell'introduzione alla recente edizione dei *Dialogues* (nota 51), pp. 11–20. Sul giurista francese è attualmente in corso una indagine di Ombretta Cancedda, per il corso di dottorato di ricerca in Storia del diritto italiano (Roma).

⁵³ M. P. GILMORE, *Argument from Roman Law in Political Thought 1200–1600*, Harvard 1941 (= New York 1967), pp. 82–85; W. F. CHURCH, *Constitutional Thought in Sixteenth-century France. A Study in the Evolution of Ideas*, Cambridge (Mass.) 1941 (= New York 1969), pp. 195–201; CHEVRIER, *Remarques* (nota 6), pp. 45–48; V. DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione I (1559–1572)*, Napoli 1959, spec. p. 214 ss; M. FOISIL, *La loi et le monarque absolu selon les Pandectes ou Digestes du droit français de Louis Charondas Le Caron (XVI siècle)*, in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa I*, Firenze 1977, p. 221 ss; FELL, *Origins of Legislative Sovereignty I* (nota 22) e II, *Classical, Medieval, and Renaissance Foundations of Corasius' Systematic Methodology*, Königstein, Cambridge (Mass.) 1983, passim; HÖPFL, *Fundamental law* (nota 8), p. 351 nt. 69 e p. 353 nt. 74 e MANNORI, *Per una preistoria* (nota 48), pp. 367–70 e 372–73 nt. 109. Di contro, appaiono solo rari, salvo errore, i riferimenti alla dottrina privatistica di Le Caron: si possono ricordare H. CAPITANT, *De la cause des obligations* (*Contrats, Engagements unilatéraux, legs*), Paris 1923, p. 121, nota 3 e p. 150 s, F. SPIES, *De l'observations des simples conventions en droit canonique*, Paris 1928, p. 239 ss e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale* (nota 29), p. 237, tutti in materia contrattuale.

Dumoulin per la sua capacità di legare la strumentazione tecnica e l'aderenza ai temi dibattuti a un grande bagaglio di erudizione. Come si accennava poc'anzi, peraltro, si tratta di due personaggi appartenenti a diverse generazioni: Dumoulin è il giurista della *coutume* di Parigi, è l'uomo che dà una potente spinta al diritto nazionale in Francia a partire dal diritto comune come diritto delle *coutumes*⁵⁴ e che, parallelamente a quanto va proponendo Joachim Du Bellay per la lingua francese nei rapporti con il latino, auspica un oculato processo di vaccinazione del diritto francese con imprevisti del diritto romano.⁵⁵ Nel periodo della maturità, invece, Le Caron ha già tutto questo alle spalle: lui scrive, nella lingua nazionale, le *Pandette* del diritto francese.⁵⁶

L'appartenenza del diritto pubblico al *droit civil* (*ius civile*), già sinteticamente affermata nei *Verisimilium*,⁵⁷ è al centro del principale lavoro di Le Caron, le *Pandectes ou Digestes du droit français*, che è

⁵⁴ V. ora J.-L. THIREAU, *Le comparatisme et la naissance du droit français*, in: *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 10-11 (1990), p. 160.

⁵⁵ I. DU BELLAY, *La deffence et illustration de la Langue Francoise*, lib. I, cap. VIII (nell'ediz. a cura di E. PERSON, Paris 1892: p. 71 ss); cfr. X. MARTIN, *Langue française et droit coutumier en France à l'époque moderne*, in: *Langage et droit a travers l'histoire. Réalités et fictions*, éd. par G. VAN DIEVOET, PH. GODDING et D. VAN DEN AUWEELE, Leuven et Paris 1989, p. 138. Su Dumoulin l'opera di riferimento resta THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève 1980.

⁵⁶ Su Le Caron e il diritto nazionale in Francia è fondamentale KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship* (nota 13), ad indicem e, del medesimo autore, *Louis Le Caron philosophe* (1976), ora nella raccolta di studi dello stesso Kelley, *History, Law and the Human Sciences*, London 1984, IX, che mette ben in evidenza la complementarietà tra le idee storico-filosofiche e la dottrina giuridica di Le Caron; v. anche PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese*, Napoli 1990, p. 287 s e il recente THIREAU, *Le comparatisme et la naissance du droit français* (nota 54), p. 153 ss, che tra l'altro nota che nel *Panegyrique au Roy Charles VIII* pubblicato dal giurista francese nel 1566 si trova una delle prime espressioni del termine «*droit français*» (154). È sintomatico che la sua prima opera, *Peitanón seu verisimilium*, che appare di pretto stampo antiquario, sia preceduta da una prefazione attorno al problema, vivissimo in quegli anni, della redazione della giurisprudenza „in artem“ e contenga tra l'altro l'affermazione che l'opera era stata pensata nella lingua nazionale e solo pubblicata nel più ornato latino (LE CARON, *De restituenda & in artem redigenda Jurisprudentia praefatio*, in: *Thesaurus juris romani I*, Basileae, impensis J. Ludovici Brandmulleri, 1741, p. 678).

⁵⁷ Nei *Verisimilium* la trattazione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è stringatissima, ma coincide con quella di Connan (che non viene nominato: potrebbe aver conosciuto l'opera di Connan, magari in manoscritto?): Le Caron dice che il diritto pubblico consta di precetti civili ed è stabilito da ogni *civitas* per l'*utilitas publica* e per provvedere alla propria conservazione (LE CARON, *Verisimilium*, lib. I, cap. I, in: *Thesaurus juris romani I* [nota 56], col. 682).

forse la prima opera complessiva di diritto nazionale francese.⁵⁸ È un'opera che andrebbe letta insieme alla raccolta di norme reali che va sotto il nome di *Code du Roy Henry III*, ampliata nel 1601 da Le Caron con le *ordonnances* di Enrico IV e corredata con le relative annotazioni, su incarico del cancelliere di Francia: quest'ultima è soprattutto, ma non esclusivamente, una raccolta di norme di diritto pubblico, in cui il giurista ha modo di esprimere le sue idee sulla necessità che lo Stato sia governato da leggi tanto nel settore pubblico quanto in quello privato (leggi che evitino la sopraffazione dei più forti sui più deboli) e sull'importanza di disporre di un codice di norme.⁵⁹

Ma veniamo alle *Pandectes*: un'opera integrale di diritto⁶⁰ che, quando apparve nel 1587,⁶¹ conteneva solo un libro, riguardante il diritto pubblico, ma che poi, dopo vari accrescimenti di questa materia, tra il 1607 ed il 1610 si completò di altri tre libri, concernenti il diritto privato e le procedure.⁶²

⁵⁸ La pubblicazione dell'opera di Le Caron precede di poco (o è contemporanea se si considera la sua prima edizione completa) quelle altrettanto note di Loisel e di Coquille.

⁵⁹ LE CARON, *Epistre au Roi*, in: *Le code du Roy Henri III roy de France et de Pologne redigé en ordre par messire Barnabe Brisson ... depuis augmenté des Edicts du Roy Henri III* par L. CHARONDAS LE CARON, Paris, chez Iamet Mettayer & P. l'Huillier, 1601 (pp. non numerate, ma 2). Come è noto, il code («beau texte sur „l'Estat de police“ conçu comme „l'ordre de l'administration civile“»: S. MASTELLONE, *La naissance de l'Etat administratif: cadres, organisation et théorie*, in: *Théorie et pratique politiques à la Renaissance [XVIIe Colloque International de Tours]*, Paris 1977, p. 478) fu commissionato da Enrico III al presidente Brisson in risposta alla domanda degli Stati di Orléans e di Blois di procedere allo spoglio completo delle *ordonnances* reali e di farne una raccolta ordinata e chiara (v. REULOS, *L'action législative d'Henri III*, in: *Henri III et son temps [De Pétrarque a Descartes LVI]*, Paris 1992, p. 177 ss). Già nei Panegyriques del 1566-67 Le Caron aveva lanciato la proposta di un codice generale per tutti i cittadini del regno (v. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese* [nota 56], p. 288).

⁶⁰ A differenza della *République* di J. Bodin, che pure è opera di un giurista che usa però i suoi strumenti ai fini di un testo di scienza della politica. Sono ben noti i rilievi sullo stato della scienza della politica avvolta nelle tenebre compiuti da Bodin nella dedica al suo capolavoro, come pure la sua esortazione a servirsi della scienza giuridica (J. BODIN, *I sei libri dello Stato I* [nota 26], dedica a Monsignor Du Faur, p. 136); tra i tanti autori che hanno segnalato il passo v. MASTELLONE, *L'individu face au pouvoir dans la pensée de Jean Bodin*, in: *L'individu face au pouvoir - Man versus political power*, *Ve partie* (Recueil de la Société Jean Bodin 50), Paris 1988, p. 110 e 112.

⁶¹ Non nel 1596 come talvolta si scrive: v. ad es. MASTELLONE, *Venalità e machiavellismo in Francia (1572-1610)*. Alle origini della mentalità politica borghese, Firenze 1972, p. 186.

⁶² La mia lettura è stata condotta sulla I edizione completa, che è del 1607 (libb. I-II) - 1610 (libb. III-IV). (L. CHARONDAS LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, Paris, chez P. Mettayer). Incidentalmente si può notare che nell'opera di Le Caron - pur del tutto sistematica e coerente - si avverte che il lavoro si è accumulato nel tempo: ad es., nel II libro si ritorna sul concetto generale di diritto pubblico, su cui naturalmente

Si tratta di un testo traboccante di spirito umanista, che lega i riferimenti tipici dell'indirizzo culto (alle fonti giuridiche bizantine, alla cultura classica – *in primis* Cicerone –) all'obiettivo di definire il diritto vigente in Francia. In questa ottica, si spiegano nell'opera di Le Caron i richiami puntuali – ma essenziali e sempre inseriti entro un filo logico – agli *arrêts* della giurisprudenza ed alle ordinanze dei sovrani (con aggiornamento fino ai primi anni del Seicento). E le *coutumes* sono considerate in perfetta fusione con le altre fonti del diritto: le *rationes* del diritto romano, le ordinanze regie e il diritto delle genti.

Ora, in particolare, il diritto privato è considerato da Le Caron come il diritto comune, inteso come il diritto che appartiene, o meglio riguarda, tutti ugualmente.⁶³ Ma accanto ad esso occorre che anche lo Stato fosse retto dal diritto, suo vero appoggio e fondamento: «[les loix] sans faveur & corruption declarent tousiours & d'une mesme voix ce qui est iuste, & qu'il convient faire ou fuyr & eviter».⁶⁴ E in Francia il potere di fare le leggi lo aveva solo il re.⁶⁵

c'è già una trattazione nel I libro. L'elenco più completo delle opere di Le Caron, con l'indicazione delle varie edizioni, è pubblicato nella recente edizione dei *Dialogues* (nota 51), p. 375 ss.

⁶³ «Quand ie parle du droict privé, j'entends le droict commun, appartenant à tous esgalelement, & concernant chacun pour sa cause & utilité particuliere: duquel l'homme privé de quelque ordre & qualité qu'il soit, est autant participant, que le souverain, la Republique ou le Magistrat: & quant le souverain, la Republique ou le Magistrat s'en ayde, ce n'est en consideration de leur personne publique, ne pour l'utilité publique, ains pour la mesme cause que seroit un privé. Car (comme dit le Jurisconsulte [l. I, D. de iust. & iure]) quelques choses sont publiquement utiles, & aucunes privément: c'est à dire, qu'il y a des choses qui appartiennent à l'utilité de l'estat public, & les autres au profit particulier de chacun en sa condition privée. Ce que Ciceron declare tresbien, quand il dict qu'il ne faut que le gouverneur de la Republique soit tant addonné à l'utilité publique, qu'il face tort & dommage aux commoditez, droicts & profits des privez» (LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. XXV, p. 396).

⁶⁴ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. I, p. 2.

⁶⁵ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. II, p. 12 e cap. III, p. 15. Sono idee largamente diffuse tra i *politiques*: così Pierre Du Bellay, – «le plus célèbre pamphlétaire politique des années 1585–1589» – scriveva nel 1587 che i francesi erano tutti coloro che vivevano sotto le leggi del regno di Francia e del suo re (il relativo passo è riportato in M. YARDENI, *La conscience nationale en France pendant les guerres de religion [1559–1598]*, Louvain, Paris 1971, p. 178 nt. 42). Sulle stesse basi, ma guardando questa volta al rapporto tra la legge e la società civile dal punto di vista del sovrano, Jean Bodin aveva da poco esposto la sua teoria della sovranità, principalmente incentrata sul potere di dare la legge a tutti in generale e a ciascuno in particolare (BODIN, *I sei libri dello Stato I* [nota 26], lib. I, cap. X, p. 491 e 493 s).

Parliamo qui delle leggi umane, che costituiscono una delle partizioni del diritto insieme al diritto divino o naturale e al diritto canonico.⁶⁶ Ora, distinto a sua volta il diritto umano in diritto delle genti e diritto civile – tra loro in un rapporto per il quale il secondo aveva la funzione di aggiungere o derogare al diritto delle genti –⁶⁷ la ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato riguardava ed esauriva l'intero diritto civile. E il giurista precisava: «ie n'entends le droict public celuy qui appartient à l'utilité commune des hommes»: in tal caso il diritto pubblico farebbe parte del diritto delle genti e anzi tutto il diritto delle genti sarebbe diritto pubblico.⁶⁸ Piuttosto Le Caron, rintracciando con la solita analisi linguistica i diversi significati di „pubblico”⁶⁹ e rifacendosi esplicitamente ad Ulpiano, definiva il diritto pubblico in contrapposizione al diritto privato come quello che concerneva l'esistenza e la vita dello Stato (l'estat de la Republique) e non i singoli in particolare.⁷⁰ E precisava: «L'Estat est la forme du gouvernement de la Republique, ou l'ordre establi en la Republique pour le gouvernement d'icelle». Così il diritto pubblico non doveva essere rapportato se non con se stesso, perché era il diritto dello Stato che era governato dalle leggi del suo stabilimento.⁷¹

Le Caron era estremamente concreto e d'altronde si poneva l'obiettivo preciso di esporre il diritto vigente. L'intera materia del

⁶⁶ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. VI, p. 57.

⁶⁷ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. VI, p. 59; la mente va naturalmente al passo di Ulpiano in D. I.1.6.

⁶⁸ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. VI, p. 60. È appena il caso di notare che si tratta di una notazione ripetuta fin nelle opere contemporanee di teoria o di diritto positivo.

⁶⁹ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. VI, p. 60 e lib. II, cap. I, p. 1.

⁷⁰ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. VI, p. 60 e lib. I, cap. XIV, p. 149.

⁷¹ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. II, cap. I, p. 3. Secondo MASTELLONE, *Venalità e machiavellismo* (nota 61), p. 187 nella distinzione tra diritto civile e diritto pubblico Le Caron non si rifà al diritto romano: affermazione fondata sull'idea che il giurista francese metterebbe in antitesi il *droict civil* (proprio di ciascuna città e provincia) ed il *droict public* (proprio dello Stato) ma in realtà viziata dall'equivoco di tradurre *droict civil* come diritto privato mentre invece si tratta del *ius civile* (comprensivo di *ius privatum* e di *ius publicum*). B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'Etat moderne: Charles Loyseau (1564–1627) théoricien de la puissance publique*, Paris 1977, p. 94 ha invece sostenuto che Le Caron si è ispirato al diritto romano: affermazioni in fondo non contraddittorie, se solo si ponga mente all'atteggiamento di „imitazione” con cui il giurista francese guardava al patrimonio delle fonti classiche (v. oltre, nota 91).

diritto pubblico veniva articolata in tre grandi settori: la sovranità (poteri del sovrano in ordine al diritto interno ed esterno, successione del regno, Stati Generali), le finanze e i magistrati. Del tutto in linea con questa nitida concezione del diritto pubblico stava quella del diritto privato, inteso come appartenente a tutti egualmente e concernente ciascuno nella sua individualità: da questo punto di vista, aggiungeva Le Caron, ciò che faceva il sovrano o il magistrato nella sua qualità di uomo privato o nei rapporti con le cose private rientrava nel diritto privato. Parallelamente esisteva una sfera di „comodità, di diritti e di profitti dei privati“ che non poteva essere intaccata da chi governava lo Stato, neanche sotto il pretesto dell'utilità pubblica.⁷² Certo si nota una grande distanza, ad esempio, rispetto a un umanista come Wesenbeck, che solo un paio di decenni prima aveva detto che il diritto pubblico non osserva né stabilisce l'*aequalitas* tra i privati, visto che è rivolto *ad tuendum statum rei publicae* e che pertanto è improntato a criteri di opportunità e convenienza.⁷³

Non sembra che, prima di Le Caron, una definizione così articolata tra sfera pubblica e sfera privata fosse stata tracciata. Ed era una separazione che esprimeva in Francia, forse un poco prima che in Germania, l'esperienza dello stato amministrativo;⁷⁴ ma forse si può

⁷² Per queste idee v. LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. XXV, p. 396 e cfr. supra, nota 63. Qui probabilmente il giurista francese si spingeva al di là delle posizioni usuali del giusnaturalismo del secondo Cinquecento se è vero che nella dottrina di un Fernando Vázquez, che pure sotto questo profilo è stato ritenuto un „isolato“, la libertà dell'uomo può essere limitata anche se solo per una *evidens utilitas* (cfr. H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte G. A.* LXX [1953], p. 252). Naturalmente si potrebbe rilevare che si trattava di posizioni già rinvenibili nella giurisprudenza medievale, ma resta il fatto che gli insegnamenti correnti tendono ad assumere in Vázquez un carattere originale, che spiega il suo grande ascendente presso i giusnaturalisti successivi e specialmente in Grotius; il giudizio sull'isolamento rispetto alla coeva scuola di Salamanca è in H.F. KÖCK, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, Berlin 1987, p. 34.

⁷³ «*Ius enim publicum hic intelligimus, non respectu formae, quod publice constitutum est (quomodo sunt omnia iura civilia) sed ratione obiecti & finis. . . : quod tutum non ad normam aequitatis, vel aequalitatis, ut iura privatorum, sed ad id, quod reipublicae est opportunum, praecipue aptatur. Neque enim versatur hoc ius circa aequalitatem inter cives retinendam, quare nec ad aequalitatis regulam exigitur, sed pertinet ad tuendum statum reipublicae, unde pro reipublicae commodo, atque bono conditur, nec quicquam aliud praeter publicam utilitatem in eius constitutione legislatores sequuntur*» (M. WESENBECK, *Commentarii in Pandectas, de iustitia et iure* [D. 1.1], n. 14 [nell'ediz. Patavij, Typis Pauli Frambotti, 1658, pp. 16–17]).

⁷⁴ Così MASTELLONE, *La naissance* (nota 59), p. 480, proprio con riferimento a Le Caron. La posizione di Le Caron è stata segnalata da CHEVRIER, *Remarques* (nota 6), p. 45 ss.

andare più avanti e affermare che alla base della sistemazione di Le Caron stava una vera e propria teorizzazione dello Stato di diritti:

«Pour représenter au Monarque la vraie regle de bien regner, non seulement pour conduire & deffendre ses sujets, ains aussi pour entretenir plus seurement & perpetuer son Estat, & empescher qu'il ne se ruyne par tyrannie, il a esté besoin d'establir un certain droit, comme vray appuy & fondement de Republique, afin de faire vivre par une proportion harmonique le Monarque & Prince souverain avec ses sujets, & en concorde & tranquillité les grands & plus puissans avec les petits & plus foibles, & garder entre eux un ordre & mesure, rendre à chacun iustice egale ... [les loix] sans faveur & corruption declarent tousiours & d'une mesme voix ce qui est iuste, & qu'il convient faire ou fuyr & eviter. Car ie ne puis me persuader, combien que plusieurs soustiennent le contraire, qu'une Republique doive estre telle estimee, qui n'est appuyee & soustenue de quelque Loix». ⁷⁵

In questo passo è facile avvertire la completa fusione tra il patrimonio culturale classico e le idee legate ai compiti del presente. In primo luogo, infatti, si riprendeva l'antico concetto aristotelico della «società civile», intesa come comunità di cittadini, liberi ed eguali, legati tra loro dalle norme del diritto, a sua volta rilanciato dalla cosiddetta seconda recezione aristotelica compiuta dagli umanisti.⁷⁶ Né quanto ora si è detto è sminuito dalla considerazione che nella „società civile“ ognuno operasse secondo il rispettivo *status*, il cui mantenimento anzi la legislazione del sovrano era chiamata a garantire. Infatti, come il riconoscimento degli *status* non è astrattamente in contraddizione con il concetto di capacità giuridica,⁷⁷ così nella ricostruzione di Le Caron il permanere degli *status* non era in antitesi con la distinzione tra le due sfere privato/pubblico, ma solo rientrava in una specificazione del diritto privato.

In secondo luogo nel passo di Le Caron si richiamavano idee sulla funzione dello Stato e del sovrano profondamente penetrate nella

⁷⁵ LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droit françois* (nota 62), lib. I, cap. I, p. 2.

⁷⁶ RIEDEL, *Metafisica e metapolitica* (nota 36), p. 143 e FINZI, *Giustizia, diritto naturale, diritto positivo* (nota 17), spec. p. 87. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul richiamo alla proporzione armonica contenuto nel passo di Le Caron: v. D. MAROCCO STUARDI, *La teoria della giustizia armonica nella «République»*, in: *Il pensiero politico XIV* (1981), p. 134ss nonché le considerazioni e la bibliografia in CORTESE, *Tra glossa, commento e umanesimo* (nota 3), p. 68 ss.

⁷⁷ CAPPELLINI, «*Status*» accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di «capacità giuridica» e «sistema del diritto romano attuale», in: *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, p. 112 e 122; l'autore ricorda anche che «persona (in senso giuridico) si definisce a partire da *status*» (p. 90).

mentalità di giuristi dalla posizione radicale come Hotman, ma in generale fra i *politiques*.⁷⁸ È ben noto, ad esempio, il discorso di Michel de l'Hôpital agli Stati Generali del 1561 e la sua affermazione per la quale tutti gli Stati si mantengono e si conservano soltanto nel rispetto della legge.⁷⁹

Ai nostri fini sembra in particolare di poter scorgere in Le Caron la consapevolezza che sì il diritto, come complesso di regole per il vivere civile, è un tutto unitario, ma contempla due sfere autonome: quella del diritto pubblico e quella del diritto privato. Il giurista guardava alla realtà giuridica come fondamentalmente incentrata su due poli: da un lato il privato, che esiste di per sé e che opera mosso da interessi (in senso lato) economici; dall'altro lo Stato, del tutto personalizzato e con una disciplina che dettava le regole per il proprio funzionamento. E naturalmente autonomia implicava l'instaurarsi di interrelazioni, poggianti su un terreno comune: che era quello di una società munita di leggi precise, emananti dal sovrano e tutelanti i privati, e amministrata dagli *officiers*.⁸⁰

5. In queste posizioni si manifesta certamente una continuità con le elaborazioni pubblicistiche tardomedievali, a partire da quella che fin dal tempo di Jacques di Revigny aveva nettamente separato la figura fisica del *princeps* e il titolare della sovranità:⁸¹ dottrina profondamente assimilata ed utilizzata nelle sue diverse articolazioni secondo le finalità che di volta in volta parevano più pressanti.⁸² Ma va sottoli-

⁷⁸ Sul confluire delle posizioni dei giuristi calvinisti e dei *politiques*, specialmente dopo il 1585, v. YARDENI, *La conscience nationale* (nota 65), p. 172; sull'importanza che assume il profilarsi della candidatura al trono di Enrico di Navarra in tale consonanza di posizioni sono significative le modifiche apportate da Hotman alla terza edizione della *Francogallia* (1586), in particolare con l'introduzione del capitolo XXV sulle leggi fondamentali del regno tra le quali un posto di assoluto rilievo era appunto dato alle norme sulla successione fondate sulla legge salica, che garantiva al principe borbone l'ascesa al trono.

⁷⁹ MARONGIU, *La parola Stato* (nota 22), p. 88.

⁸⁰ Cfr. MASTELLONE, *La naissance* (nota 59), p. 480, che si rifà proprio a Le Caron.

⁸¹ E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*. L'idea di regalità nella teologia politica medievale (1957), trad. ital., Torino 1989, spec. p. 269 ss e CORTESE, *Sovranità* (storia), in: *Enciclopedia del diritto* XLIII (1990), p. 213; v. anche J. A. WAHL, *Baldus de Ubaldis and the Foundations of the Nation-State*, in: *Manuscripta* XXI (1977), p. 80 ss e J. P. CANNING, *Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1450*, in: *The Cambridge History of Medieval Political Thought* c. 350 - c. 1450 (nota 34), p. 469 ss.

⁸² Si pensi al vecchio insegnamento che considerava il sovrano come un semplice amministratore, assimilabile alla figura del marito - amministratore e non proprietario dei beni costituenti la dote - riproposto talvolta con valenza antiassolutistica (così

neato che nell'opera di Le Caron si affaccia l'autonomia dello Stato come persona giuridica pubblica e l'individuo non tanto come entità fisica, quanto come soggetto giuridico, secondo un concetto che fondamentalmente era costruito sul riconoscimento dei diritti naturali.⁸³ È appena il caso di richiamare alla mente il poderoso impatto – anche nella dogmatica giuridica – di avvenimenti come la „scoperta“ degli uomini del nuovo mondo: barbari, si diceva, ma titolari di diritti naturali inviolabili (la tesi neoaristotelica della necessità della loro sottomissione fu infatti sconfitta).⁸⁴

HOTMAN, *Francogallia*, cap. XXV dell'ediz. 1586 [nota 14], p. 472); la dottrina risale alla canonistica medievale, come al solito duttilmente inserita entro i propri schemi dal giurista ugonotto, che tra l'altro potrebbe averla ripreso da Dumoulin (MASTELLONE, *La naissance* [nota 59], p. 478), con il quale entrò in contatto e che gli fece da maestro negli anni Quaranta.

⁸³ Il lettore orientato verso interessi teorici storcerà forse la bocca di fronte a queste affermazioni, dato che nell'opera di Le Caron – così impegnato a riflettere sulla realtà della Francia – la costruzione teorica della persona giuridica sta solo sullo sfondo ed appare per così dire „incompiuta“. In proposito le elaborazioni risalenti a Hobbes stanno davvero su un altro piano (v. ora A. AMENDOLA, *Il concetto di persona nel pensiero di Thomas Hobbes*, tesi di dottorato di ricerca di Filosofia analitica e teoria generale del diritto, ciclo VIII, Università degli studi di Milano, a. a. 1994–95).

⁸⁴ Si allude alle posizioni di J. G. DE SEPÚLVEDA, espresse in modo specifico nel *Democrates alter*, la cui prima redazione dovrebbe essere del 1545; la pubblicazione ne fu impedita, secondo la testimonianza dello stesso Sepúlveda a causa delle manovre di Las Casas: il testo non si trova in nessuna delle raccolte delle *Opere* di Sepúlveda fino al 1892 (edizione a cura di MENENDEZ Y PELAYO, riedita nel 1941). Nel 1548 uscì poi la traduzione della „Politica“ di Aristotele – una delle migliori e più seguite – di cui l'umanista spagnolo tenne conto, visto che la cita, nella nuova redazione del „*Democrates*“. Quest'ultima redazione è successiva alla disputa di Valladolid con Las Casas (1550–51) ed è stata pubblicata dal Losada nel 1951; al *Democrates secundus* occorre aggiungere almeno l'Apologia all'opera che non aveva potuto pubblicare (l'Apologia, che è del 1550, fu lodata da Antonio Agustín, allora membro della Sacra Rota Romana); nella sterminata bibliografia sullo storico di Carlo V basti citare il recente: *V centenario del nacimiento del dr. Juan Ginés de Sepúlveda. Actas del Congreso Internacional celebrado en Pozoblanco del 13 al 16 de febrero de 1991*, Córdoba 1993. Come è noto, già le leggi di Burgos (1512) avevano riconosciuto la libertà degli indigeni e il loro diritto a possedere, ma la normativa si scontrò con l'attuazione pratica del sistema delle encomiendas e con le spoliazioni compiute nelle spedizioni di conquista come quelle del Messico e poi del Perù. Per quanto se ne discuta il significato (v. A. DE LA HERA, *El derecho de los indios a la libertad y a la fe. La bula «Sublimis Deus» y los problemas indios que la motivaron*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español* XXVI [1956], p. 89 ss), di solito si fa risalire alla cosiddetta bolla *Sublimis Deus* (1537) (ora pubblicata con la denominazione *Veritas ipsa in: America pontificia primi saeculi evangelizationis 1493–1592*, ed. J. METZLER, Città del Vaticano 1991, I, pp. 364–366) il riconoscimento solenne dei diritti inviolabili degli indigeni americani («... predictos Indos et omnes alias gentes ad notitiam christianorum in posterum deventuras, licet extra fidem christianam existant, sua libertate ac rerum suarum dominio huiusmodi uti et potiri et gaudere libere et licite possesse, nec in servitutem redigi debere, ac quidquid secus fieri

E non è nemmeno il caso di soffermarsi sul processo di laicizzazione delle mentalità, che guardava sempre più prosaicamente alle ricchezze prodotte dagli scambi e dal lavoro: ricchezze legate alla proprietà e alla libertà dell'uomo, *commoda* che dovevano essere rispettati a partire proprio dalla considerazione della inviolabilità della sfera (più o meno grande) dell'autonomia privata.

Sta di fatto che nella dottrina si scorgono nettamente i segni di distinzione delle due sfere; insieme ad essi, ovviamente, emerge anche il problema del loro rapporto, che presenta diverse sfaccettature.

Distinguere il privato dal pubblico, infatti, può portare a guardare la realtà come una rete di relazioni in cui sia ben differenziato il profilo economico da quello politico: qui l'individuo è tendenzialmente considerato come separato dalle comunità di appartenenza e presente sul mercato in rapporti formali di uguaglianza. In questo caso la distinzione privato/pubblico appare come distinzione tra la società del borghese, che cura i propri interessi privati, e quella dei cittadini,

contigerit irritum et inane... decernimus et declaramus»). Ad ogni modo il punto di riferimento per il riconoscimento dei diritti naturali degli indigeni d'America è F. DE VITORIA, *Relectio de Indis* (nell'ediz. Madrid 1967 anche con testo spagnolo a fronte). Va da sé che non è possibile in questa sede anche solo sfiorare la questione della riscoperta dell'individuale (per un punto di riferimento: C. MORRIS, *The Discovery of the Individual, 1050–1200*, Toronto 1991) e delle sue proiezioni nell'ambito giuridico. Comunque l'uso del termine *ius* nel senso di diritto soggettivo è stato rinvenuto in fonti canonistiche e teologiche anche ben precedenti all'opera di Ockham, che invece la vecchia storiografia accreditava come origine del moderno concetto di diritto soggettivo (sinteticamente v. ora PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200–1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley, Los Angeles, Oxford 1993, p. 122ss). Di certo, la visione di un Medioevo tutto comunario (alla Gierke, e in genere secondo le interpretazioni sia del tardo illuminismo, sia del romanticismo) si è rivelata un mito (A. BLACK, *The Individual and Society*, in: *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350 – c. 1450* [nota 34], p. 588), anche se nel complesso operò sempre molto nettamente il senso di comunità (ivi, p. 591), in piena aderenza alle nuove forme di vita sociale, le cui esigenze principali non erano rivolte a sottolineare i diritti individuali, bensì a definire i termini della partecipazione del singolo all'entità collettiva (J. QUILLET, *Community, Counsel and Representation*, ivi, p. 521 e 525). La questione poi si complica per le connessioni con la dottrina canonistica, le cui precipue finalità volte alla tutela dell'anima talvolta sono scambiate per una sorta di trionfo del diritto soggettivo (sul punto puntuali considerazioni critiche in K. W. NÖRR, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, Stuttgart, Berlin, Köln 1992, p. 193ss e, dello stesso autore, *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo: riflessioni dal punto di vista della identificazione del concetto di diritto* [1992], ora in: *Miscellanea Domenico Maffei dicata III* [nota 3], spec. p. 240; v. anche Lo CASTRO, «Pubblico» e «privato» [nota 12], p. 135).

nella quale rileva l'interesse pubblico.⁸⁵ Sotto un'altra angolazione la sfera privata, in quanto riconducibile agli individui e in quanto concerne il tuo e il mio, le successioni, gli atti di liberalità, il commercio, può essere vista come espressione di relazioni „naturali“ e correlativamente la sfera pubblica appare come un aspetto artificiale, nel suo esprimersi attraverso atti di volontà degli organi: qui dunque la distinzione tra privato e pubblico si risolve in quella tra diritto naturale e diritto arbitrario.⁸⁶ Da un altro punto di vista ancora, il rapporto tra le due sfere può essere riguardato come una relazione in cui una delle due è sovraordinata o nel senso di una prevalenza del privato sul pubblico (fondata sulla considerazione prioritaria dell'individuo come entità che viene logicamente prima della società oppure per i valori di cui è portatore) o viceversa. Ognuna di tali visuali può essere poi scomposta: ad esempio, nell'ultima ipotesi prospettata si può sostenere che la prevalenza del pubblico sul privato è stabilita in funzione di tutela, intendendo il diritto pubblico come un diritto posto per impedire le violazioni del privato.⁸⁷

⁸⁵ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1981), ora nella raccolta di saggi del medesimo autore: *Stato, governo, società*, Torino 1985, p. 6 s.

⁸⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*: nell'opera del giurista giansenista si tratta di una distinzione tanto nota quanto basilare, e si trova del resto enunciata sin nella préface sur le dessein de ce livre (nell'ediz. Paris 1777: t. I, pp. iniziali non numerate) prima di essere esposta nel famoso *Traité des lois*, spec. capp. XI-XII (ediz. cit.: I, p. XXI ss). Si può ricordare che nel 1716 il cancelliere Daguesseau, che era stato allievo di Domat (M. PREVOST, *Aguesseau Henri-François d'*, in: *Dictionnaire de biographie française* I, 1932-33, col. 827 ss), scrivendo al figlio per indicargli le direttrici per la preparazione giuridica, metteva l'accento sulla formazione in diritto privato e, quanto alla distinzione tra diritto privato e pubblico, la individuava in quella tra diritto naturale e diritto positivo o arbitrario (H.-F. D'AGUESSEAU, *Instructions sur les études propres à former un magistrat* I, *Plan général d'études et en particulier celle de la Religion et celle du Droit*, in: *Œuvres* I, Paris, chez Les Libraires Associés, 1759, p. 268). Dal canto suo Leibniz, applicando la sua distinzione tra storia interna e storia esterna del diritto, affermava che per la comprensione del diritto privato era utile conoscere la storia romana perché il diritto romano era ritenuto in campo privatistico come esprimente la *ratio* assoluta del diritto, mentre per la comprensione del diritto pubblico importava conoscere la storia contemporanea perché esso era ritenuto contingente, legato alle concrete situazioni e dunque, di nuovo, arbitrario (L. RAGGI, *Storia interna e storia esterna del diritto nella letteratura romanistica*, in: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* LXII [III serie, I] [1959], p. 209; il saggio è riproposto nella raccolta di Scritti, Milano 1975, qui 85).

⁸⁷ Questa era, ad esempio, l'idea espressa da Francis Bacon (v. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato* [nota 7], p. 718 nt. 214). Più avanti, Emmanuel Kant dirà che il diritto privato è un *prius* rispetto al diritto pubblico perché comprende rapporti legati non alla qualità del cittadino, bensì della persona che agisce tra uguali nello stato di natura (cfr. G. LUMIA, *Diritto pubblico e diritto privato nel pensiero di Kant*, in: *Rivista*

Si tratta di angoli di osservazione che è dato cogliere già agli inizi del Seicento e in cui sono ben presenti i risvolti ideologici, ma certo assai meno pregnanti rispetto a quelli esibiti dalla scienza pubblicistica ottocentesca, con la sua mitologia dello Stato e con l'utilizzazione degli schemi pandettistici.⁸⁸

Di certo, nelle sistemazioni di Doneau e di Le Caron, tra pubblico e privato non potevano esserci quei confini che hanno finito per essere intesi come distinzioni di „essenze“ diverse per l'inerenza del diritto pubblico all'istituzione politica assorbente e per la sua funzione di *ius politicum*.⁸⁹ D'altra parte è abbastanza evidente che, a differenza che nell'*interpretatio* medievale, la prospettiva con cui veniva affrontata la distinzione *ius publicum-ius privatum* oltrepassava il piano meramente tecnico-descrittivo.⁹⁰ Si spiega così perché il passo di Ulpiano ormai non bastasse più, quantunque esso spiccasse nettissimo nella riflessione del giurista e ne costituisse anzi il punto di partenza.⁹¹ Sicuramente ci troviamo in un momento particolare che, se non segna del tutto l'abbandono della visione naturalistica della società politica, mostra però insistentemente l'istanza di un ordine fondato su un rapporto bipolare tra potere pubblico del sovrano e diritti dei sudditi.⁹²

internazionale di filosofia del diritto XXXVII [serie III] [1960], p. 385 ss e BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino 1969, p. 141 ss).

⁸⁸ F. SINI, *A quibus iura civibus praescribebantur*, Torino 1995, p. 34 e passim.

⁸⁹ Uno spunto molto acuto in B. CLAVERO, *Institución histórica del derecho* (B. CLAVERO, A. HESPAÑA, C. PETIT, J. VALLEJO, *Curso general de historia del derecho* I), Madrid 1992, p. 83; soprattutto le considerazioni riportate nel testo si trovano in sintonia con quelle, riferite particolarmente alla Germania, di D. GRIMM, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in: *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hg. von W. WILHELM, Frankfurt am Main 1972, p. 224 ss.

⁹⁰ CAPPELLINI, *Privato e pubblico* (nota 7), pp. 662-63.

⁹¹ G. FORCHIELLI, *Il concetto di «pubblico» e «privato» nel diritto canonico*. (Appunti di storia e di critica della sistematica), in: *Studi di storia e di diritto in onore di Carlo Calisse II*, Milano 1940, p. 551 nega che la scienza del diritto pubblico statuale sia il risultato dell'imitazione di modelli romani e piuttosto rileva che essa è sorta su concetti elaborati a seguito della rivoluzione religiosa e poi dei rivolgimenti politici della fine del Settecento, nonché attraverso la filosofia moderna: ma se si intende l'attività di imitazione, che così potentemente ha caratterizzato gli ambienti umanistici, come un fenomeno creativo e per niente pedissequo, non può certo sfuggire che l'accurata indagine storico-antiquaria costituisca la base per una sintesi originale come quella di Le Caron. Questi, del resto, profitto sempre del singolare patrimonio antiquario di cui si era nutrito sin dagli anni giovanili.

⁹² Sarà nel corso Seicento che i processi innescati dall'affermarsi della filosofia e della scienza sperimentale nonché del ruolo centrale dell'individuo sovvertiranno il modello naturalistico: D. FRIGO, *La dimensione amministrativa nella riflessione politica*

Si tratta infatti di posizioni da storicizzare. Così non sembra dubbio che le idee di Le Caron – sin dagli anni giovanili convinto sostenitore dell'istituzione monarchica, cattolico, profondamente intriso di cultura classica e nel contempo deciso assertore del diritto nazionale – esprimano orientamenti specificamente propri di quel finale di secolo a cavallo tra i turbolenti anni della monarchia di Enrico III⁹³ e l'ascesa al trono di Francia di Enrico IV, che sconfigge i tentativi – questa volta dei *ligueurs* – di intendere il potere come l'applicazione di un contratto tra re e sudditi, abiura la fede calvinista e propone una politica di concordia.⁹⁴

Se nelle distinzioni che si rinvencono nell'opera di ricostruzione giuridica di Doneau, profondamente segnata dalla sua esperienza di esule, prevale il modello logico-razionale, nella dottrina di Le Caron si manifesta un deciso coinvolgimento entro le istituzioni e lo spirito pubblico, con una profonda fiducia nel ruolo del giurista, consigliere del principe e architetto dell'ordine giuridico: lui che intrattenne sempre stretti rapporti con la monarchia e in particolare con Enrico IV e che si può senz'altro annoverare tra quei nobili di toga in piena ascesa in quegli anni di conciliazione religiosa. L'indirizzo neostoico prevalente nella filosofia politica del nuovo re⁹⁵ ed il clima di tolleranza e di sicurezza che consentiva una sorta di „privatizzazione della fede e del pensiero“⁹⁶ dovevano certamente essere congeniali al giurista, che

(secoli XVI–XVIII), in: L'amministrazione nella storia moderna (Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, Archivio, nuova serie 3), I, Milano 1985, p. 53.

⁹³ Un quadro molto vivo è ora offerto da D. POTTER, *Kingship in the Wars of Religion: The Reputation of Henri III of France*, in: *European History Quarterly* 25 (1995), p. 485 ss, che conclude con una valutazione positiva delle capacità politiche del re assassinato (p. 513 ss) e col riconoscimento che «whatever Henri III attempted to do was invariably distorted by public opinion, partly blind, partly orchestrated, produced by an immensely complex situation» (p. 515); più in generale sull'esperienza della monarchia di Enrico III v. gli atti del Convegno Henri III et son temps (nota 59).

⁹⁴ L. GAMBINO, *I politiques e l'idea di sovranità (1573–1593)*, Milano 1991, spec. cap. IV. Per una interpretazione sintetica ed equilibrata dell'azione di Enrico IV v. J. BERENGER, *Die Entstehung des modernen Staates in Frankreich unter Heinrich IV.*, in: *Die Bildung des frühmodernen Staates – Stände und Konfessionen*, hg. von H. TIMMERMAN, Saarbrücken, Scheidt 1989, p. 87 ss.

⁹⁵ Così J. MESNARD, *Au-delà de la Renaissance, 1580–1630. Genèse d'une modernité*, nella raccolta di scritti del medesimo autore: *La culture du XVIIe siècle. Enquêtes et synthèses*, Paris 1992, p. 35 e D. CROUZET, *Henry IV, King of Reason?*, in: *From Valois to Bourbon*, ed. by K. CAMERON, Exeter 1989, p. 77 s.

⁹⁶ Così K. GARBER, *Paris, die Hauptstadt des europäischen Späthumanismus. Jacques Auguste de Thou und das Cabinet Dupuy*, in: *Res Publica Litteraria. Die Institutionen des Gelehrsamkeit in der frühen Neuzeit*, hg. von S. NEUMEISTER und C. WIEDEMANN, I, Wiesbaden 1987, p. 74 s.

poteva vedervi rispecchiati molti elementi della propria formazione. Come ben è stato detto, le nuove forme di sovranità studiate nelle opere che fioriscono nei decenni finali del secolo esprimevano l'accentuarsi dell'interesse verso i profili giuridici: che era poi un ricupero del ruolo del diritto rispetto ai fondamentalismi religiosi di diverso colore.⁹⁷

Sono le circostanze storiche nelle quali Jean Bodin – testimone qualificato e nel contempo protagonista del processo di costruzione dello Stato –⁹⁸ sostiene che non si può scrivere di scienza politica senza un bagaglio ben fornito di leggi e di diritto pubblico.⁹⁹ È in questo clima che appare pregnantemente ripetuta, proprio da Le Caron, la vecchia affermazione per la quale la vera filosofia sta nei libri del diritto.¹⁰⁰ E del resto una precisa testimonianza della nuova situazione politica che aveva reso possibile il suo ritorno agli studi si può riscontrare nelle avvertenze al lettore premesse all'edizione accresciuta del *Code du Roy Henry III*.¹⁰¹

6. In quegli stessi anni un altro giurista di formazione umanista, Vincent Cabot, manifestava tutto il suo scetticismo nei confronti di un'operazione come quella di Le Caron, peraltro mai nominato. Nelle sue *Disputationes variae juris publici et privati*, infatti, frutto delle lezioni tenute come professore a Orléans,¹⁰² il Cabot, forse anche con

⁹⁷ G. A. DI MARCO, «La politica non è un regolamento di condominio». *Auctoritas e veritas* nelle tesi contrattualistiche di Paolo Prodi sul giuramento nella storia costituzionale dell'Occidente, in: *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento* XIX (1993), p. 534, ove sono ben evidenti i riferimenti al pensiero di Schmitt e, recentemente, di Prodi; l'autore rileva tra l'altro che in quegli anni la dottrina giuridica diede un apporto decisivo per il superamento, sul piano interno, della teoria della guerra giusta che esprimeva una commistione tra considerazione religiosa e dottrina giuridica. Cfr. anche YARDENI, *La conscience nationale* (nota 65), p. 168, 177 e passim.

⁹⁸ MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica* (nota 21), p. 499 s, con notazioni generali sul ruolo dei giuristi.

⁹⁹ V. nota 60.

¹⁰⁰ LE CARON, *Responses du droit français*, cit. in MASTELLONE, *La naissance* (nota 59), p. 476. L'opera ha avuto varie edizioni a partire dal 1572.

¹⁰¹ Rispetto ai progetti, coltivati sin dalla gioventù, di occuparsi della giurisprudenza francese, il giurista affermava di essere stato distolto dai vari incarichi ricevuti nonché dalle «*fescheries ausquelles m'auroient exposé les miseres publiques*» (LE CARON, *Aux Lecteurs François*, in: *Le code du Roy Henry III ...* [nota 59], pp. non numerate); v. anche FOISIL, *La loi et le monarque absolu* (nota 53), p. 223. Interessanti considerazioni in GARBER, *Paris, die Hauptstadt* (nota 96), che studia il significato dell'opera dei tardo umanisti nella Francia di Enrico IV e nega validità alla tesi di una loro estraneità alla vita reale: p. 71 e passim.

¹⁰² H. GILLES, *La succession des chaires à la Faculté de droit de Toulouse au XVI^e siècle*, nella raccolta di studi del medesimo autore: *Université de Toulouse & enseigne-*

un certo astio personale, criticava chi pensava di costruire il diritto francese sostituendosi ai giuristi romani nella loro attività di fornire *rationes*.¹⁰³ Qui, mi pare, non c'era alcuna fiducia sul ruolo del giurista nell'ordinare le regole di disciplina della società civile e delle istituzioni: la conoscenza del diritto pubblico era necessaria solo al *vir politicus*. La speranza – e questo era ovviamente un motivo umanistico sul quale ci si è soffermati in precedenza – era piuttosto riposta sul ruolo della legge, che doveva governare la *civitas* al posto dell'arbitrio.¹⁰⁴

L'esempio della dottrina del Cabot, per quanto giurista di rincalzo, pone in guardia dal ritenere che le posizioni di Le Caron fossero una sorta di punto fermo in un presunto processo ininterrotto di separazione del pubblico dal privato. Anzi, anche se in opere successive è naturalmente possibile trovare molti punti di contatto sulle tematiche esposte,¹⁰⁵ va notato il rapido accantonamento a cui fu soggetta l'opera di Le Caron, per la visione ottimistica nel ruolo del giurista e per i suoi significati propositivi prima che per i contenuti.¹⁰⁶ Non si spiegherebbe, altrimenti, perché François de Launay, commentando nel 1688 le *Institutes* di Loisel, affermasse l'esigenza di un Digesto di diritto francese nei termini in realtà già proposti da Le Caron;¹⁰⁷ né si comprenderebbe il ritardo con cui fu istituita la cattedra di diritto francese rispetto alla proposta maturata ai tempi di Le Caron e la sua successiva scarsa risonanza. Si allude all'insegnamento di *ius patrium*, di cui il diritto pubblico avrebbe dovuto costituire l'ossatura portan-

ment du droit, Toulouse 1992, p. 265. Vincent Cabot si era addottorato a Tolosa nel 1580 e, dopo l'insegnamento orleanese, in questa stessa Università era stato chiamato nel 1595; fu autore de *Les politiques*, che rese celebre la sua memoria (ma v. un giudizio assai critico nella voce di J. LAMOUREUX, in: *Nouvelle Biographie Universelle* VII, [1853], col. 34 s.).

¹⁰³ V. CABOT, *Variarum juris publici et privati disputationum* (sic) libri duo, in: G. MEERMAN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici* IV, Hagae Comitum, apud Petrum de Hondt, 1752, lib. II, cap. I, p. 620 a; cfr. CHEVRIER, *Remarques* (nota 6), p. 46.

¹⁰⁴ CABOT, *Variarum juris publici et privati* (nota 103), lib. II, cap. I, p. 619 a.

¹⁰⁵ BASDEVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'Etat moderne*: Charles Loyseau (nota 71), p. 94 s. rileva i punti di contatto tra Le Caron e Loyseau, il quale utilizzò largamente il primo.

¹⁰⁶ L'edizione degli *Opera* di Le Caron è del 1637, ma già in pieno declino della sua fama, in corrispondenza, del resto, con il nuovo clima politico-culturale che si afferma in quel decennio: è stato notato che allora «ce ne sont pas seulement les maîtres de la Pléiade et leurs épigones de la fin du XVI^e siècle qui tombent dans le discrédit et l'oubli, mais tous ceux qui, jusque vers cette année 1630, ont suivi de près ou de loin leur exemple» (MESNARD, *Au-delà de la Renaissance* [nota 95], p. 28 e 38 ss).

¹⁰⁷ MARTIN, *Langue française* (nota 55), p. 144.

te,¹⁰⁸ e che in Francia, istituito con un editto di Luigi XIV nel 1679,¹⁰⁹ ed affidato a giuristi pratici del foro di scarsa rilevanza, vivacchiò emarginato dal novero delle discipline importanti.¹¹⁰

In realtà ha ragione chi ha sostenuto che neanche in Francia, col processo di centralizzazione, si fece nascere un sistema di diritto fondato sulla contrapposizione tra privato e pubblico e anzi ha notato che piuttosto il *ius publicum* come oggetto di giurisprudenza si afferma nel *Reich* germanico.¹¹¹

Occorrerebbe in proposito addentrarsi entro l'esperienza che, attraverso i secoli dell'età moderna, si sostanzia nella sottolineatura dei diritti eminenti del sovrano, in coesistenza peraltro con la soggettività politica di ceti e comunità.¹¹² Per attenerci alle dottrine umanistiche e segnatamente a quegli esponenti che qui sono stati studiati, quel che

¹⁰⁸ Come ad esempio riconosceva F. RAPOLLA, *Commentariorum de jure regni neapolitani pars prima quae est de jure publico* I, Neapoli, ex typographia Joannis de Simone, 1746, prolegomena; ma per come in Francia veniva considerato l'insegnamento del diritto pubblico in seno alla cattedra di *droit français*, v. CH. CHÈNE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit* (1679-1793), Genève 1982, p. 201 s.

¹⁰⁹ Per le vicende dell'insegnamento di *droit français* v. CH. CHÈNE, *L'enseignement du droit français* (nota 108).

¹¹⁰ Lo attesta, ad es., A.-J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Genève 1782 (= Napoli 1984, con una introduzione di W. Wolodkiewicz), p. 32 s; cfr. R. AJELLO, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematismo*, in: *Rivista storica italiana* XCVII (1985), p. 926 s e nt. 124 e J. PORTEMER, *La politique royale de l'enseignement du droit en France au XVIIIe. Ses survivances dans le régime moderne*, in: *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 8 (1988), p. 26 s.

¹¹¹ CAPELLINI, *Privato e pubblico* (nota 7), p. 672. Ma è d'obbligo rinviare a STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts* (nota 40), il quale comunque ha notato che, nonostante l'accordo sulla materia da far rientrare nel *ius publicum*, fino alla metà del Settecento la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non ebbe valore di sistematizzazione per l'intero ordine giuridico (STOLLEIS, *Öffentliches Recht* I [bis 1750], in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* III, 1984, col. 1196).

¹¹² È emblematico il fiorire della cultura pattista, addirittura dominante in certi settori della dottrina iberica, e ben viva in quella italiana e tedesca, ma certo presente anche in Francia, come testimonia il suo affiorare per lo meno nei momenti di crisi della monarchia (ai tempi della Fronda e negli anni successivi alla morte di Luigi XIV): e che cosa è poi un patto se non un istituto che è utilizzato sia entro il diritto privato sia entro il diritto pubblico, che esprime partecipazione e, secondo una terminologia una volta di moda, indica „commistione“ tra la sfera pubblica e quella privata? Nell'impossibilità di seguire questi filoni si rinvia a A. DE BENEDICTIS, *Consociazioni e «contratti di signoria» nella costruzione dello Stato in Italia*, in: *Origini dello Stato* (nota 18), p. 598, 604 e passim, con indicazione della bibliografia principale, e, della medesima autrice, *Stato, comunità, dimensione giuridica: una riflessione su recenti dibattiti*, in: *Società e storia* XI (1988), p. 379 ss.

emerge è una teorizzazione perfettamente aderente alle condizioni politiche, che è nel contempo anche una costruzione che esprime programmi e dunque ideologie. In particolare, Doneau appare interessato a delineare i confini tra la sfera del pubblico e del privato e di conseguenza a indicarne i contenuti; ma il giurista francese, esule da quasi venti anni nei Paesi Bassi e in Germania e spirito assai diverso da quello del correligionario Hotman, non poteva nutrire attenzione per alcuna specifica vicenda del diritto statuale.¹¹³ In Le Caron, invece, si avverte che l'aspirazione di fondo era quella di ridurre o subordinare il ruolo che nella „costituzione“ della società francese svolgeva la società corporativa e signorile.¹¹⁴ Ma era appunto un'aspirazione: se si guarda alla „costituzione“ concreta e alle pratiche di governo, se si osservano le molteplici sfere in cui il privato era implicato non può non notarsi un distacco rispetto al modello prospettato. Basterebbe perciò questo per mettere in guardia dal considerare le posizioni esaminate secondo le interpretazioni ideologiche ottocentesche.¹¹⁵

Quel che si può notare è comunque che la posizione di un Le Caron esprime istanze ben sentite e non destinate a restare senza ulteriore voce: è l'istanza per la quale ceti e corporazioni si configurano come organi di disciplina entro e da parte dello Stato, in una articolazione verticale del potere.¹¹⁶ Sotto questo aspetto si può dire che la tendenza alle separazioni geometriche generalmente insita nelle politiche dell'assolutismo,¹¹⁷ si manifesta nell'opera di Le Caron come una chiara aspirazione a demarcare i due ambiti del diritto pubblico e del diritto privato. E questi furono poi gli esiti di una dottrina che nasceva

¹¹³ Sul tema in esame Hotman appare, da un lato, molto attento all'esegesi filologica (nei commentari) e, dall'altro, interessato alle grandi architetture istituzionali, così come si sono formate storicamente (nella Francogallia: e si tratta spesso di una storia ricostruita secondo l'interesse politico del giurista). Sui rapporti di amicizia tra Doneau e Hotman, forse già precedenti al professorato comune a Bourges, e sul differente accostamento al diritto dei due giuristi v. EYSEL, Doneau (nota 40), rispett. p. 92 ss e p. 185 ss.

¹¹⁴ Adopero il termine „costituzione“ secondo l'uso di O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1965), trad. ital., Milano 1983, spec. p. 180 e 185.

¹¹⁵ CHITTOLINI, Il „privato“, il „pubblico“, lo Stato (nota 21), p. 569 e 579, parla di una dialettica privato/pubblico svolgentesi su piani assai complessi e fondamentalmente frastagliati.

¹¹⁶ L'idea è in DI MARCO, «La politica non è un regolamento di condominio» (nota 97), p. 551.

¹¹⁷ CHITTOLINI, Il „privato“, il „pubblico“, lo Stato (nota 21), p. 569.

entro la vita delle istituzioni e che poté essere anche accantonata, ma che certamente contribuì a formare nuovi rapporti di equilibrio.¹¹⁸

Se volessimo trarre una sintesi del discorso svolto, potremmo forse rifarci a un personaggio che guardava storicamente questi fatti, nella Francia di fine Settecento. Si tratta di Portalis, ancora in esilio prima di essere chiamato da Napoleone a porre mano al *code civil*, nel periodo in cui scriveva il *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle* (1797). Ebbene, Portalis affermava che la vera scienza della legislazione e dei governi non è altro che la conoscenza dei *diritti dell'uomo*, saggiamente combinata con i bisogni della società;¹¹⁹ ma, aggiungeva il grande giurista illuminista, nella Francia d'*ancien régime* ci si occupava poco degli uomini e assai più del potere.¹²⁰ E così tra la fine del Cinquecento (qui Portalis citava emblematicamente l'opera di Bodin) e la metà del Settecento (qui faceva riferimento a Montesquieu) non si era avuta alcuna opera di diritto pubblico: affermazione stupefacente,¹²¹ se non si tenesse in conto che nella considerazione del giurista liberale il „diritto pubblico“, nettamente separato dal diritto privato, era costruito attorno al riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo.¹²²

Ecco: nel Cinquecento è dato cogliere i segni della coscienza che il privato andava separandosi dal pubblico, nonché gli sforzi della dottrina per costruire distintamente le due categorie *ius publicum-ius privatum*, ben oltre l'antica formula ulpiana ed anche secondo

¹¹⁸ Spunti in P. SCHIERA, Presentazione, e, del medesimo autore, Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno, entrambi in: *Origini dello Stato* (nota 18), rispettivamente p. 11 e p. 47 s.

¹¹⁹ J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, Paris 1820, II, p. 267; su quest'opera v. L. ADOLPHE, Portalis et son temps. „Le bon génie de Napoléon“, Paris 1936, p. 104 ss.

¹²⁰ Ivi, p. 274.

¹²¹ Si potrebbe ricordare che, addirittura, nel 1745 il presidente del Parlement di Besançon, Bouhier, dinanzi alla proposta di istituire l'insegnamento di diritto pubblico in quella Università, poi abortita, dichiarava che un professore di diritto pubblico era del tutto inutile in Francia, dove „on n'a sur cela d'autre code que le bon plaisir du Roi“. L'osservazione è contenuta in una lettera a F. X. Chifflet, consigliere del Parlamento di Besançon (Dijon, 26 décembre 1745) ed è riportata in CHEVRIER, *Remarques* (nota 6), p. 65 nt. 3; cfr. J. PORTEMER, *Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIIIème siècle*, in: *Revue historique de droit français et étranger* 37 (IV série) (1959), p. 343.

¹²² E infatti la costituzione, cioè il diritto pubblico per eccellenza, doveva contenere la garanzia dei diritti individuali e, insieme, doveva fondarsi sulla separazione dei poteri, secondo il celeberrimo art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

ottiche assai distanti da quelle adoperate dagli interpreti medievali. Ciò implicava la ridefinizione dei rapporti, con tutto il carico di valori legati a questioni come la derivazione del potere e come l'originalità dei diritti umani: una elaborazione largamente tributaria dell'esperienza medievale, spesso contraddittoria e presto segnata dal giusnaturalismo moderno. Che si esprimesse la tesi della superiorità dell'individuo rispetto al pubblico o, viceversa, del pubblico (dall'Ottocento si dirà: dello Stato) rispetto al privato, allora vennero poste le basi perché tutta la questione venisse segnata da quelle istanze ideologiche che fino a tempi a noi vicini hanno animato le prese di posizione della dottrina.¹²³

¹²³ In senso conforme GRIMM, Zur politischen Funktion (nota 89), spec. p. 225 e 238 ss. La tradizione di separazione si manifesta anche, se non si va errati, nel riconoscimento che le due sfere diritto pubblico/privato siano i termini di una dicotomia: v. BOBBIO, La grande dicotomia: pubblico/privato (nota 85), p. 3. Per dicotomia Bobbio intende che si è in presenza di una distinzione che a) divide un universo in due sfere; b) stabilisce una divisione che è insieme totale e principale. Della dicotomia Bobbio ammette certo impieghi storici differenti (v. BOBBIO, La grande dicotomia (1974), ora nella raccolta di scritti del medesimo autore: Dalla struttura alla funzione, Milano 1977, p. 146 e 151 ss), ma vede tali impieghi differenti solo come una delle „caratteristiche“ che si rinvencono in ogni dicotomia. In effetti, però, non si può accettare l'affermazione che i due termini *privato*/*pubblico* siano stati storicamente sempre avvertiti come termini di una distinzione che *separasse* l'universo giuridico in due sfere (non ha importanza, ovviamente, la prevalenza dell'una sull'altra, né il criterio adottato per cogliere la loro distinzione). Anche dal punto di vista teorico, inoltre, è stato efficacemente contestato che i due termini comportino una fondamentale bipartizione dell'intero oggetto del diritto: A. ROSS, Diritto e giustizia (1958), trad. ital., Torino 1965, col suo solito spirito caustico, ha paragonato lo sforzo di considerare dicotomicamente le categorie del pubblico e del privato alla pretesa di chi, esaminando la relazione intercorrente tra canarini ed elefanti, affermasse che tutti gli animali che non sono canarini sono elefanti (ivi, p. 195).