Prof. Giancarlo Vallone

LA COSTITUZIONE MISTA

(Dispensa del corso di Storia delle Istituzioni politiche e parlamentari)

1. La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner

1. Brunner per Schmitt

Questo breve saggio presuppone tre convinzioni che non saranno qui discusse: anzitutto che una costituzione medievale esista[1]; poi che a questa costituzione possa esser riconosciuta la natura d'una 'costituzione mista', non nel senso, naturalmente, della teoria classica delle forme di governo, ma nel senso, già presente a Schmitt, e di recente affiorato con forza in varia storiografia, di una relazione e connessione tra poteri politicamente rilevanti e anche, a volte, di diversa origine tra loro, e perciò non espressi da un monolitico 'unico potere politico'[2], o da un'esuberante istituzione 'statale' ch'esercita il monopolio della forza[3]. Infine, si ritiene che questa costituzione medievale non s'estingua, come per incanto, lì dove la son poste le date convenzionali della fine del Medioevo, ma abbia diversi profili di continuità in epoche successive, ed in sostanza fino alla fine dell'Antico Regime. Se è consentito prendere spunto da quest'ultima affermazione, vorrei anche specificare che la discontinuità tra la costituzione (mista) del periodo medievale e poi del periodo moderno non è fino in fondo comprensibile, se non si pone il tratto fondamentale della loro continuità: la natura esistenziale dei poteri – o di parte di essi – che, nella loro relazione, 'sono' la costituzione. La piena comprensione di questa continuità può essere affidata in generale all'idea di Mousnier, e di altri, nel senso che ogni corpo sociale o 'ordine' è "struttura elementare del potere", e che "le differenze di rango si traducono in diversi gradi di potere". C'è insomma un'inerenza del potere all'ordine, una "intrinseca (sua) attitudine" ad essere potere[4]. Questa inerenza del potere agli ordini, ai 'corps', è esattamente quella continuità di lunga durata della costituzione, che si differenzia radicalmente solo ad iniziare dalle costituzioni liberali, col riconoscimento dei diritti fondamentali all'individuo e la negazione, almeno in via di principio, ai corpi intermedi di ogni diritto 'proprio' al potere[5]. Indubbiamente c'è un arbitrio in questa continuità: resta celato il trapasso dalla natura autenticamente ontologica (nel senso tradizionale) a quella

[1] M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 29, 71.

[2] G.DUSO, *La costituzione mista e il principio del governo: il caso di Althusius*, in «Filosofia politica », XIX, 2005,1, pp. 77-96 : 78.

[3] Il concetto di 'Stato' è intimamente legato a quello di 'monopolio della forza' e dunque ad un determinato periodo storico. L'uso della parola 'Stato', per altri periodi, evoca gravi travisamenti più volte sottolineati, ad esempio da Paolo Grossi; quest'uso è tuttavia costante negli autori (Schmitt, Brunner, Mousnier etc.) qui studiati, e dunque lo riprendo in modo riflesso.

[4] R. MOUSNIER, *La Costituzione nello Stato assoluto*, a c. di F. Di Donato, Napoli, ESI, 2002, pp. 49-52. Non è poi così semplice cogliere nel pensiero di Mousnier (Ivi, pp.54, 81-83; e Id., *Le gerarchie sociali* [(1969) a c. di E. Rotelli, Milano, Editrice Vita e Pensiero, 1971] pp. 2-3, 15) se gli strati della società s'originano da un 'giudizio di valore' sulle 'funzioni sociali' o se sono queste –cioè la divisione del lavoro sociale- ad originare quel giudizio; senza dire della difficoltà di individuare in questa divisione una forza generativa capace di prescindere "dalla proprietà dei mezzi di produzione". In ogni caso ritengo del tutto condivisibile la circostanza, evidente in Mousnier, di non far derivare lo "statuto sociale" di un ordine da norme, ma piuttosto di indicare nell'esistenza dell'ordine la fonte di un diritto 'proprio' (ad esserci) ed 'apposito' (per disciplina autonoma del proprio potere).

[5] In un noto brano (d'ispirazione rousseauviana) è detto: "si dovrebbe considerare l'inizio della Rivoluzione francese come la lotta che il diritto pubblico razionale iniziò contro la massa del diritto positivo e dei privilegi da cui era stato oppresso": G. W. F.HEGEL, *Scritti politici*, a c. di C. Cesa, Torino, Einaudi, 1972 p. 180.

semplicemente esistenziale dei singoli poteri. Nella costituzione medievale, ogni corpo sociale che afferma nel suo potere la propria esistenza rilevante nell'insieme politico, e perciò la società stessa nel suo porsi così , come struttura gerarchica, esprime la ragione di Dio: "omnis multitudo derivatur ab uno" dice Tommaso[6], perché l'unità è nel contenuto stesso del diverso. C'è indubbiamente, in questi corpi sociali "una parte rilevante della costituzione"[7], ma, soprattutto, società e costituzione sono (pensati) ragione e giustizia nella loro stessa esistenza[8]. Tuttavia, già in un percorso ultimo della costituzione medievale, diciamo da Tommaso alla rivoluzione umanistica[9], alcuni corpi sociali, nella loro esistenza, esprimono nient'altro che questa esistenza stessa: la capacità di sopravvivere nei rapporti sociali e nelle relazioni di potere, come potere (pensato ormai) estraneo "al contesto etico"[10]. In questa fase, dunque, è proprio la relazione tra poteri diversi a proporsi come struttura dell'unità. In sintesi: dapprima quel ch'è giusto diviene antico perché conforme all'ordine razionale **(**divino**)** del mondo; se quest'ordine viene meno, quel che diviene antico fonda nella sua esistenza un diritto proprio ad esistere ed è giusto che sopravviva[11]. Gli storici cattolici definiscono quel che 'si sottrae', o sopravvive, a tale caduta, una 'secolarizzazione'; in altri termini verrebbe meno il 'vecchio ordine' proprio nel suo essere "in se stesso, nella sua sostanza, forgiato in senso sacrale e religioso… comprendente tutti gli ambiti della vita, e non ... ancora percorso dalla divisione di «spirituale» e «temporale»"[12]. Ora non conta che questa storiografia indichi qui, nell'età della lotta per le investiture e nel *Dictatus papae*, l'inizio primo dello 'Stato'; conta che quanto residua nel secolo, come 'caduto' in esso, è pur sempre un ordine, un potere politico che sprigiona in tale condizione, e nel suo insieme, cioè nel sistema dei singoli poteri e in ciascuno di essi, una forza di vita, una sostanza che non rinvia oltre di sé le ragioni del suo esserci, e vi pone un diritto ad essere ancora. La questione, insomma, d'un diritto proprio all'esistenza politica[13], espresso nei termini d'una esistenza in qualche modo 'incarnata' o cadùca, perché caduta in se stessa senz'altro fine che di sopravvivere, sembra in grado di prestarsi all'individuazione della costituzione dal Medioevo all'Antico Regime, e, al tempo stesso, sembra così possibile accertare in questa continuità il tratto permanente della sua natura 'mista'. Si tratta, o dovrebbe trattarsi, d'una continuità in

---

[6] Nel *De regimine principum opusculum* II,1.

[7] O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell' Austria medievale* (1939; 1973[6]), a c. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1983, p.185.

[8] È il tratto "ontoteologico" (da Mousnier detto 'teosofico': *La Costituzione* cit. p.49) della dottrina sociale tomistica, messa in rilievo da J. HABERMAS, *Dottrina politica classica e filosofia sociale moderna* in Id. *Prassi politica e teoria critica della società* (1971), a c. di G.E. Rusconi, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 77-125: 84-88; e già prima, tra tanti, da F. BORKENAU, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*. *La filosofia del periodo della manifattura* (1934), a c. di G. Marramao, Bologna, il Mulino, 1984 pp. 33-44. Il fatto che società, costituzione e poteri siano 'pensati' in questo modo indica non solo il loro prestarsi ad una certa dimensione teorica, ma, soprattutto, la concreta disponibilità sociale ad obbedire (e la volontà dei dominanti a far obbedire) poteri ritenuti implicati in tale "contesto etico".

[9] F. BORKENAU, Ivi, pp.103ss., 155ss.

[10] J. HABERMAS, *Dottrina politica*, cit. p.90.

[11] Parafraso da una intuizione di O.BRUNNER, *Feudalesimo. Un contributo alla formazione del concetto* (1958), in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1968), a c. di P. Schiera, Milano , Editrice Vita e Pensiero, 1970 pp. 75-116: 111. L'idea è, nella medievistica, comune: M. BLOCH, *La società feudale* (1939-1940), a c. di B.M. Cremonesi, Torino, Einaudi 1974 p. 133 "quel che è stato ha, appunto per questo diritto di essere".

[12] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), a c. di M. Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006, pp. 34, 36.

[13] Uso questo concetto nel senso di 'esistenza rilevante come parte della costituzione', e non nel senso di potere capace di rappresentare l'unità della costituzione e dello Stato.

qualche modo connotante che resta al fondo della costituzione, come un qualcosa del vecchio modo dei poteri che sopravvive a lungo, e rende più semplice il notare l'irruzione di altra, più prepotente, discontinuità. In via d'anticipazione si può anche dire che la discontinuità è o sarà anzitutto data dall'irrompere e dal proliferare, nella costituzione, di poteri d'altra natura (burocratica), propri della modernità politica; ma, evidentemente, prima della rivoluzione liberale, poteri delle due nature formano, l'uno per l'altro e l'uno nell'altro, un'unità. In effetti, il gioco inestricabile – così a me sembra nonostante ogni tentativo- che Montesquieu intesse tra *pouvoirs* e *puissances*, può forse mostrare che egli non sentisse la necessità d'una loro differenza e che, dunque, il potere come 'corps' o 'ordine' è tutt'uno col potere nella sua effettività, come forza. I 'corpi intermedi' sono, insomma**,** potere per loro stessa esistenza o altrimenti sono – dice egli stesso – come 'nulla': 'questo' nulla è un altro modo del potere, ed è in certa misura la modernità stessa. Non si può comprendere per bene tutto questo se non tornando alla applicazione medievistica del pensiero schmittiano ch'è stata autorevolmente proposta da Brunner puntando su una concezione di costituzione "sufficientemente ampia da avere validità" prima della stagione liberale[14]. Va però detto che questa applicazione non può essere subito semplice ed immediata, perché il concetto schmittiano di costituzione, pur essendo estensibile, a certe condizioni, alla stagione preliberale, ha chiare difficoltà ad adattarsi proprio al mondo medievale. Del pensiero schmittiano resta ora fondamentale la pretesa minima ed indispensabile della costituzione come unità; ma bisogna esaminare con estrema cautela se la questione d'una unità costituita da poteri che pretendono un diritto proprio al potere, tipica del Medioevo, possa accomodarsi non già con l'unità frutto della volontà autodeterminata costituente- e cioè dell' 'unico potere politico' ch'è esclusivo del conio liberale[15]- ma almeno con quell'unità eccezionale e 'decisiva'[16], tipica del pensiero schmittiano e capace, nel proporsi, di rappresentare l'unità politica[17], sprigionata nelle situazioni di crisi radicale della costituzione. In effetti la perentoria affermazione: "sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione" [18], è ambientata da Schmitt, con prepotenza forse eccessiva, già nell'opera di Bodin[19], ma bisogna evidenziare questo potere d'eccezione nella sua relazione profonda con la costituzione, cioè con la sua struttura, per valutare la possibilità – nel pensiero di Schmitt – di arretrarlo ancora al tempo medievale. Si tratta, del resto, d'un esame necessario per lo stesso Schmitt: per lui il 'potere

---

[14] O. BRUNNER, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del Medioevo* (1939), in Id.*Per una nuova storia costituzionale*, cit. pp. 1-20: 6, 8; e Id., *Terra e potere*, pp.157ss.

[15] Si tratta della "moderna sovranità… intesa come potere unico": G. DUSO, *La costituzione mista*, cit. p. 78. Anche A. BIRAL, *Per una storia della sovranità* (1991), in Id., *Storia e critica della filosofia politica moderna* a c. di G. Duso, Milano, FancoAngeli, 2007[7], pp. 275-318; e più in largo G. DUSO, *Fine del governo e nascita del potere* (1992), in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, Polimetrica, 2007[2], pp. 83-122.

[16] C. SCHMITT, *Teologia politica* (1922[2]; 1934), in Id., *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a c. di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 33-41; e Id., *Il concetto di politico* (1932) , Ivi, pp. 122,126,128.

[17]Ad es. C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921; 1964[3]), a c. di F. Valentini, Bari, Laterza, 1975, pp. 110, 254 nt.12; e Id., *Teologia politica*, cit., pp.36, 126 e altrove. In generale G. DUSO, *Teologia politica e logica dei concetti politici moderni in C. Schmitt* (1996), in Id., *La logica del potere*, cit., pp.185-213: 196s.

[18] C. SCHMITT, *Teologia politica* cit. p. 33. Anche C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), a c. di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 154.

[19] In vari scritti; qui basta indicare C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* p.75; Id., *Teologia politica*, cit., pp. 35-37,43; ma, con chiara consapevolezza del contesto costituzionale in cui Bodin pensa la sua idea di sovranità: C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 44-45.

d'eccezione' si adatta a casi-limite, che orientano l'esigenza di conservazione dell'esistenza politica al suo "esterno", alla situazione radicale di crisi; essa vale a definire 'in concreto' chi decide, chi è "il soggetto della sovranità"; ma è solo in ragione di questo concreto che si dice 'astratta' la pratica ordinaria[20] del potere politico. In tal modo è definita "l'essenza della decisione"[21], non certo la 'legge politica'[22] della costituzione. Dunque c'è netta distinzione tra decisione d'eccezione e struttura o forma della costituzione. Questo presupposto non va dimenticato soprattutto notando che, al di là d'ogni distinzione, c'è anche una coincidenza**:** in Schmitt un potere nello stato d'eccezione sembra storicamente potersi svolgere solo dopo la stagione medievale**,** quando nella costituzione una pluralità di poteri inclina all'unico potere; cioè dopo che il Principe assoluto ha (tendenzialmente) 'assorbito' i poteri feudali e perciò ha (tendenzialmente) superato la 'costituzione mista' dello Stato[23]. Tuttavia l''assorbimento'dei poteri è un'operazione istituzionale che, pur senza successi definitivi, mira, attraverso la burocrazia, al monopolio della forza estromettendo i corpi intermedi dalla posizione naturale di potere con un mutamento della costituzione; invece il potere d'eccezione –se la pluralità dei poteri non l'avversa- sospende l'esistenza istituzionale della costituzione al fine di conservarla. Dunque la costituzione, almeno dal punto di vista dell'ordinario dispiegarsi dei poteri secondo la loro natura, se originari o no, resta mista, nella stessa Francia, fino alla fine dell'Antico Regime[24]; e tuttavia – va ribadito – c'è ormai una fortissima discontinuità rispetto all'età medievale, e consiste proprio in tale tendenza monopolistica: "all'origine dello Stato moderno sta quest'orientamento verso la dittatura"[25]. Non interessa ora esaminare il modo legale-burocratico della modernità del potere (condiviso da Schmitt), ed il suo progetto di razionalità delineato dall'oggettivazione del potere in 'statuizioni generali'; però si ricordi**:** è un progetto che, prima del momento storico della sua realizzazione, può dirsi in certo modo già presente in alcune teorie della politica , come quella hobbesiana, ed è anche presente in alcune pratiche organizzative del potere**,** che però si pongono soltanto "in vista" del potere unico; e la principale di queste pratiche è esattamente "la centralizzazione e burocratizzazione del potere nell'apparato statale moderno del regime regio"[26]. Ovviamente non è pensabile che la forza 'moderna' impegnata dalla burocrazia nella compressione dei poteri tradizionali, pur nella evidente distinzione dei rispettivi ambiti d'azione, sia diversa per natura o

---

[20] Già in C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp.28,29, 227 (da giuristi secenteschi come Clapmar e Besold), 37 etc.; Id., *Teologia politica*, cit. pp. 34, 36 e altrove.

[21] C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., pp. 34,37,55; Id., *Dottrina*, cit., p. 40.

[22] Si tratta della "concreta struttura dell'organizzazione del potere", che sarebbe anche la "vera forma " della costituzione, rispetto alla quale il sistema costituzionale dei diritti, frutto della stagione liberale, ha la colpa, rilevata anzitutto nella lettura di Hobbes, di aver infranto la convergente unità di potere politico e volontà individuali ('esterno ed interno'): C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 64, 173, 198ss; e C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di T. Hobbes*' (1938), in Id., *Scritti su T. Hobbes*, a c. di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 61-143: 106, 122-124.

[23] L'operazione di assorbimento' dei poteri, tentata dal Principe assoluto, costituirebbe il 'presupposto' dell'unità politica, affermata poi con la rivoluzione liberale. Si formerebbe uno 'Stato monistico' che supera con la sua 'costituzione pura' la 'costituzione mista' dell' età medievale: C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 69-74,112,114, 268 etc.; v. anche in Id., *Il custode della costituzione* (1931), a c. di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p.96.

[24] C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp.107, 108, 102-103 (per la Germania), e Id., *Il Leviatano*, cit., p. 125 (per l'Inghilterra). Certo, nella *Dottrina*, cit. p. 268, Schmitt avanza l'idea dello Stato assoluto come dotato di 'costituzione pura' e come superamento della costituzione mista medievale; questo avviene perché Schmitt non è interessato alla natura dei poteri in costituzione, ma piuttosto alla loro forza reciproca: se uno di questi poteri può sovrastare gli altri in casi d'eccezione, è quanto basta per il superamento della costituzione medievale, ritenuta, a ragione, mista.

[25] C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp.24-25 etc.

[26] J. HABERMAS, *Dottrina politica*, cit., p.102: si intende il tentativo di esercizio esclusivo del potere attraverso l'istituzione giuridica degli *offìcia* regi.

priva d'effetti sulla capacità della volontà decidente (nella crisi) di slanciarsi oltre il blocco opposto od opponibile da altri poteri all'interno dell'unitario loro 'campo di tensione' ch'è la costituzione. Questa volontà deve esprimersi in un potere se non ancora unico, certo 'irresistibile ' dagli altri ; il che avviene, o può avvenire, quando uno dei poteri riesce ad 'eliminare' gli altri, almeno nel senso che questi non gli si possono più contrapporre come 'ostacolo' insormontabile nello stesso interno della costituzione[27]. In questo senso l'opera demolitrice ed unificante del potere burocratico va pensata alle spalle della decisione sulla crisi.

Insomma: che un potere – quello di crisi - e l'altro – quello dispiegato nella 'vera forma' della costituzione, siano orientati entrambi verso l'unico potere, non è storicamente casuale, è il frutto della stessa capacità di autodeterminazione della volontà politica quando s'inizia a configurare una sovranità come "forma radicale di volontà"[28]; si tratta però di coincidenza di destini diversi che non ha a che fare con la necessità di connettere l'uno nell'altro in una sorta di legittimazione[29]; anzi il potere di decidere sulla crisi sembra esistere – per definizione - al di fuori e per il di fuori del progetto di razionalizzazione che ha il suo epicentro nel diritto[30]. Un tale potere c'è, ed è così –decisivo- appunto per potere trascendere, rappresentandolo, anche quel progetto e quel dispiegamento ordinario di poteri.

Per quanto la questione in sé sia anzitutto simbolica del possibile punto di frattura tra costituzioni, e della affermazione d'un potere che non vuol essere più soltanto sovraordinato agli altri, ma invasivo, e addirittura sostitutivo[31], essa è anche storicamente determinata, perché Schmitt ritiene tratto peculiare, e a volte perdurante, dello Stato plurale del Medioevo, quel 'diritto di resistenza' che i corpi intermedi 'feudali, cetuali ed ecclesiastici' possono opporre[32], e che anzi hanno storicamente opposto, come mostra la vicenda di Wallenstein[33], e che, più in largo, può effettivamente mostrarsi dalla storia costituzionale di quegli Stati con istituzioni parlamentari significative nelle relazioni di potere, come non solo l'Inghilterra, ma la Germania, appunto, la Spagna e la stessa Francia. Il diritto di resistenza – oltre il quale emerge la modernità politica - è dunque, o sembra a Schmitt, la condizione estrema di sopravvivenza della costituzione mista in un'unità politica di più poteri, il diritto dei quali ad esistere è, in definitiva, garantito dalla necessità ineludibile della

---

[27]C. SCHMITT, *La dittatura*, cit. p. 110; Id., *Dottrina*, cit., pp. 74,75; Id., *Teologia politica*, cit., p. 33; Id., *Il concetto di politico*, cit., pp. 91, 129-130.

[28] M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società* (1976), a c. di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 86.

[29] Ad esempio C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., pp. 55-56; Id., *La dittatura*, cit., p. 29.

[30] C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., pp. 34, 54ss.

[31] Dunque 'illeggittimo' se misurato sull'ordine giuridico antico : C. SCHMITT, *Il Leviatano*, cit., p. 96; Id., *Dottrina*, cit., 74.

[32] C. SCHMITT, *Il Leviatano*, cit., pp. 95-97, 102, 121; e Id., *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1937/1938), in Id. *Scritti su T. Hobbes*, cit., pp. 45-59: 52. Si usi anche la lettura di Montesquieu in C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 108-113. Sotto l'influenza di Schmitt, indubbiamente O.BRUNNER, *Terra e potere*, cit., pp 559-560, e altrove. Gli storici non direttamente interessati al problema della costituzione e del potere, possono tuttavia giungere acutamente ad usare lo stesso concetto indicando tra le caratteristiche salienti dello Stato moderno "l'instaurarsi di un deciso, effettivo potere centrale, il quale non ha più a temere le insurrezioni dei signori feudali": A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, Laterza, 1954, pp.18ss.

[33] C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 86-103; Id., *Dottrina*, cit. p. 74. Si riscontri anche O.von GIERKE*, G. Althusio e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto* (1880), a c. di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1974, pp. 144ss**.** Non rinuncio a citare il corso di diritto comune sul diritto di resistenza di G. CASSANDRO, *I limiti del potere statale* (Roma, Bulzoni, s.d.[1968?]).

partecipazione di ciascuno di essi al potere con un potere. In questo senso Schmitt parla dello Stato medievale come di 'Stato garante del diritto'[34], secondo un'espressione ripresa da Kern[35], da intendere esattamente nel senso che nessun corpo intermedio può eliminare o sospendere l'altrui diritto al potere. Così lo Stato medievale è per Schmitt, come già per Weber, uno 'stato di diritto'[36], da intendere, precisamente, come 'comunità di diritti'[37]. Così, la faida, come inimicizia giusta, ed uso perciò 'legittimo' della forza, è praticabile solo in uno Stato nel quale sono costituiti diritti (originarî) al potere ed alla forza di 'corps', che evidentemente escludono la configurabilità d'un monopolio della forza[38].

Non sorprende, insomma, che tra lo 'Stato moderno' e quello medievale Schmitt individui una 'abissale contrapposizione'[39]. Si tratta d'una contrapposizione che risalta dalla stessa orditura del pensiero costituzionale di Schmitt, che ha un fondamento necessario: la 'decisione' espressa da una volontà autodeterminata (sia essa costituente o d'eccezione); e questa volontà, per esaltare il suo tratto genetico di preesistenza a norme, è pensato nella dimensione quasi biologica dell'esistenzialità[40]. Ora la costituzione medievale non può esprimere una simile volontà autodeterminata[41]; in essa ogni volontà deve misurarsi sull'ordine razionale dell'esistente che la predetermina alla giustizia[42]. È detto : "voluntatis.. causa nihil aliud esse potest quam Deus "[43], e dunque questa diversa fibratura della volontà giusta – in ragione della quale ogni potere sulla terra è potere costituito[44] – consente una sola volontà costituente, quella "di Dio"[45]. Ogni altro potere o decisione, anche quella d'eccezione, vi si deve conformare; e, come si sa, nell'esperienza del diritto comune classico la *necessitas* che costringe all'atto di ristoro dell' ordine leso, ne è *iusta causa*: in esso sono chiare le "implicazioni ontologiche"[46] e la sostanza razionale della decisione**.** Appunto questa concezione sostanzialistica "del diritto e della costituzione" confligge con l'idea schmittiana del volontarismo della costituzione e del potere irresistibile, consentendogli di negare alla "situazione politica del tardo Medioevo (dal XIII al XVI secolo)" unità effettiva, Stato e costituzione, almeno nella forma

---

[34] C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in Id., *Le categorie del politico*, cit., pp. 209-244: 215.

[35] F. KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter* (1919), r. an.Tübingen, H. Kaupp, 1952, p. 73 etc.; ma si deve pur notare che Kern distingue la teoria e la pratica del potere politico medievale in modo che nell'ultima possa manifestarsi un 'assolutismo di fatto': F. KERN, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in früheren Mittelaltrer. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (1914; 1954[2]); r. an. Darmstadt, Wissensch. Buchgesellschaft, 1980, pp. 139ss.

[36] M.WEBER, *Economia e società* (1922), voll. 2, a c. di P. Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, vol. II, p. 399; C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 176-177; Id., *La dittatura*, cit., pp. 29, 44; Id., *Legalità e legittimità*, cit., p. 223.

[37] C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit. p. 216.

[38] BRUNNER, *Terra e potere*, cit., pp.59s, 67s, 74-75, 150s, 559-560, 629.

[39] C. SCHMITT, *Il Leviatano*, cit., pp. 95, 97; in Id., *La Dittatura*, cit., p. 151 ritiene un 'miracolo' proprio la frattura dell'ordine giuridico medievale dalla quale emerge lo 'Stato moderno'.

[40] C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 23, 40-41, 110 e in diversi altri luoghi significativi.

[41] C. SCHMITT, Ivi, pp. 112, 113: qui è evidente che i concetti di 'libera decisione totale' e di 'decisione consapevole' sono pensati come superamento delle 'concezioni teologico-cristiane del potere costituente di Dio'; ed è anche in questo senso che essi si contrappongono 'ad ogni dipendenza da un giustezza normativa o astratta' (110, 23).

[42] Tra mille possibili citazioni, indico un'incisiva formulazione in A.BIRAL, *La genesi dell'opposizione tra 'pubblico' e 'civile'* in *Per una storia del moderno concetto di politica. Genesi e sviluppo della separazione tra politico e sociale*, a c. di M. Tronti, Padova, CLUEP, 1977, pp. 11-29 :15.

[43] TOMMASO, *Summa Theologiae* I[a] II[ae] q. 9 a.6. Si tratterebbe di sentire "in sé la sovranità del volere divino" come s'esprime la storiografia classica di A. DEMPF, *Sacrum Imperium. La filosofia della storia e dello stato nel Medioevo...* (1929) , a c. di C. Antoni, Messina, Principato, 1932, p. 22.

[44] C. SCHMITT, *La dittatura* , cit.,141-142.

[45] C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 112 e 23, 110.

[46] Così E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1961, vol. I, pp. 262-266: 264.

specifica della modernità[47]. La negazione, tuttavia, contraddice l'ambizione di Brunner di individuare nel pensiero di Schmitt "un concetto di costituzione" ampio al punto da estendersi al Medioevo. In effetti, per quanto ampio, il concetto di *Verfassung* non può implicare, e non lo può esattamente per il percorso dell'età medievale indicata da Schmitt, proprio "una decisione complessiva sul tipo e sulla forma dell'unità politica "[48].

2. Brunner per Schmitt

Resta tuttavia un tratto da cogliere nell'idea generale schmittiana di costituzione e nel suo concetto stesso di decisione, elaborato peraltro in chiara polemica con Kelsen; è la necessità della preesistenza a norme della volontà decidente, sia essa costituente o d'eccezione; insomma il tratto che possiamo definire dell'esistenzialità del potere. Ora l'esistenzialità del potere, nel senso estremo della sua preesistenza a norme, benché priva del connotato volontaristico, è propria anche dei poteri della costituzione medievale. Va però precisato che questa priorità del potere sulle norme, vale per quelle norme riscontrabili – a loro volta – in un connotato d'esistenza; cioè quelle norme la cui stessa specifica origine – ed è qui il nodo fondamentale della cosa – può essere riconosciuta nella dimensione dell'esistenza: norme 'positive', dunque, ma solo perché poste (sia pure in conformità dell'ordine etico) da un'autorità terrena[49], e la cui esistenzialità non è limitata alla loro osservanza e vincolatività, perché, indubbiamente può essere osservata anche una norma etica oppure del diritto naturale o divino[50]: ma questo definisce il piano della loro vigenza, non quello della loro 'concreta esistenza'[51], benché questo piano della vigenza possa esprimere un'altra dimensione dell'esistenza delle norme, ch'è poi quello stesso dei poteri: il piano del 'fatto' che definisce la piena e forte mondanità della norma (o del potere) come priva d'origine oltre di esso. Questo equivale – sia detto per inciso - a proporre –storicamente- un'incertezza nell'origine (cioè il difetto d'una origine certa) per la maggior parte dei poteri della costituzione medievale, perché, ad esempio, non conosciamo, e non ci sono, in generale, norme 'positive' istitutive delle monarchie europee, della feudalità, delle municipalità o dei parlamenti, e il

[47] C. SCHMITT, *Dottrina* cit., pp. 69-74, etc. Indico anche il suo scritto minore del 1941 *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985[3], pp. 375-385 con osservazioni anche sul 'piccolo mondo' italiano del Rinascimento che sarebbe privo di ogni profilo di modernità politica, mentre M. Weber, *Economia e società*, cit., vol. II pp. 634, 635, 638 vede nello stesso fenomeno la prima forma di "amministrazione razionale" di tipo 'statale'.

[48] O. BRUNNER, *Il concetto moderno di costituzione*, cit., 6-7, con riferimento ai primi paragrafi della *Dottrina* schmittiana e in specie al terzo che, al di là del concetto di 'decisione', impraticabile per il Medioevo, è del tutto destinato ad esaminare la costituzione come espressione d'un potere costituente terreno: ciò che nel Medioevo non può darsi. La distinzione terminologica tra *Verfassung* e *Konstitution* che Brunner adotta per distinguere l'esperienza medievale da quella liberale di costituzione, non ha in generale nulla a che fare con l'uso concettuale che Schmitt fa di quella terminologia (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot,1986[6], pp.20ss.); si legga più in generale la *Introduzione* di P. Schiera a E.W. Böckenförde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono.Problematica e modelli dell'epoca* (1961) a c. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 19-49: 22-25.

[49] Prescindo dunque dai riferimenti metagiuridici d'una possibile positività come quelli sostenuti in H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), a c. di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 135-137 , ed in altre opere.

[50] H. KELSEN, Ivi, pp. 137, 306ss. etc.

[51] C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 21, 23: nel senso del loro esser 'poste' da un'autorità.

dubbio storico si risolve nel dubbio storiografico[52]. Questi poteri, è vero, sembrano disposti in un ordine ch'esprime il divino; ma quest'ordine costituisce intanto la loro legittimazione[53] e non dichiara per nulla una loro concreta origine terrena. Da questo punto di vista si tratta di 'poteri' che preesistono a norme istitutive e che, infatti, costituiti o piuttosto dati in una 'implicazione ontologica', occultano con essa ogni specificità d'origine nel fatto della loro esistenza. Anzi, nel difetto d'origine il fatto si mostra come 'già stato fatto' ed esalta la sua esistenza come 'da prima', e perciò giustamente, esistente, in ragione, se vogliano adottare questa inclinazione, dell'ordine del mondo creato. Dunque la questione storica dell'origine di tale esistente scompare nella sua dimensione creaturale: la ragione riposta di ogni esistente va posta nell'essere l'esistenza creata da Dio. Come mostra, nel sapere filosofico, l'antica *questio* scotista dell'*ordo originis*, la creaturalità, benché derivata dall' Inderivabile, ne deriva per creazione, che certo imprime nella creatura un profondo segno, ma la destina ad un'emersione originaria nel seno della vita, che vale a fissare la creatura come non derivata nel suo ordine naturale: nella originarietà della sua esistenza[54], dato che l'originario è l'inderivato per origine, ed è, così, quel che non ha, o può non avere, origine determinata. So che, per la recente filosofia, la 'creaturalità' ha un modo di essere prefigurata (dal Creatore) nel suo farsi storico, ben diverso dalla'natalità' ch'è -in certa misura- gratuita nella sua emersione storica[55], ma nell'uso storiografico (quando quest'uso non deve giustificare in una teoria la storia) la differenza può cadere, in vantaggio di altre, più empiriche differenze. Qui si profila, appunto, una differenza tra origine (e l' "altro che da essa muove": l' originato) e originario, utile al giurista, ma per ora superflua. Sono riflessioni che mostrano l'approssimazione di alcune impostazioni classiche in storiografia; ad esempio è soltanto perché non viene rilevata la condizione d'esistenza dei poteri, che un autore come Ullmann può piegare la premessa di "un unico supremo organo in cui risiede tutto il potere e che (…) è Dio stesso" alla conseguenza che ogni potere n'è "delegato o derivato"[56]. Sfugge che la condizione terrena di tale derivazione è appunto nell'originarietà esistenziale dei poteri, ch'è come definirli concretamente inderivabili. Anzi, proprio questa imprudenza consente agevolmente (ed è licenza assai diffusa) di reintrodurre nel principio della 'nulla potestas nisi a Deo' l'astorica riproposta del potere politico unico e della costituzione monista: e, subito, il vertice terreno di Dio – il suo 'vicario' - diviene colui "che possiede la somma del potere"[57]. Qui ora interessa riprendere un discorso più coerente con la 'cosa' costituzionale, e indicare che il fatto dell'esistenza è capace di norma:

---

[52] Ad esempio sulla questione storiografica dei parlamenti medievali Bloch sostiene la forza paralizzante e il dilemma irrisolvibile 'del problema delle origini': M. BLOCH, *Pour une histoire comparée des sociétés européennes*, in «Revue de synthèse historique », t. 46 (1928) p. 27.

[53] Ad esempio C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 213, 215-216. Anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato*, cit. p. 37.

[54] Rinvio all'opera del mio omonimo francescano, fr. Ioannis (Caroli) Vallonis *Lectura absolutissima in Formalitates Scoti*, Venetiis, apud Fr. de Franciscis, 1588, pp. 314-325.

[55] La distinzione è della Arendt. Ne tratta R. Esposito, *L'origine della politica. Hannah Arendt o Simone Weil?* (1996), Roma, Donzelli, 2014^2, p. 21s., ma l'intero volume è importante per il tema filosofico dell'origine.

[56] W. ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo* (1961; 1966^2), tr. di E. Cotta Radicati, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 15-16.

[57] W. ULLMANN, *Ibidem*.

propone il suo esserci, proprio perché 'già stato', in un dover esserci; e come il comportamento, per reiterazione, si fa necessario, ed è fatto normativo, così è il fatto del potere a determinare la norma e la necessità del potere[58]. È esattamente questa determinazione che, per un lungo tempo della stagione medievale, è pensata nello stesso piano etico della sua legittimazione. Non si tratta d'un pensiero solo teorico; piuttosto d'una condizione d'essere dell'esistente, sia pur questo il potere, che dobbiamo pensare effettiva nelle stesse fibre intellettuali dei suoi portatori[59]. Ora importa quel che, nell'implicazione, resta difforme e irriducibile al condizionamento o all'implicazione stessa: quanto nel mondano è inevitabilmente originale (originario) perché finito, cioè esistente, quand'anche solamente come 'fatto'; insomma il fatto stesso del potere. Questa difformità, ch'è esistenza (al potere), gettata tra una sua costituzione politica soprana (che esistenzialmente non può essere, perché difforme, la sua origine) ed una volontà mondana d'esistere al potere non costitutiva perché predeterminata, ebbene questa difformità può dispiegare il suo carattere originario proprio negandosi ad ogni origine che non indichi il suo essere come un essere stato (fatto). E quando, nel processo dei tempi, si dissolverà il 'contesto etico' dei poteri ed ogni complessità insita nel sostanzialismo politico, quel che residua da ogni caduta implicazione, è ancora la fattità del potere, il suo diritto ad esistere perché esistente, e cioè 'storicamente' esistente senza vera pretesa d'incarnare anche qualcosa d'altro da sé capace di significare un destino o una missione. Insomma la determinazione del suo esserci dall'esistenza. Qui si profila il tratto essenziale della continuità della costituzione medievale e di quella d'Antico Regime: la esistenzialità dei poteri, la loro preesistenza a norme positive ed istitutive, la loro originarietà, pur nella diversità delle condizioni d'esistenza; una continuità ch'è poi manifesta per quel ch'esiste come costituzione fino alla Rivoluzione: Re, feudi, città, ceti. Ora proprio Brunner ha tentato – in modo estremamente convincente- di evidenziare i tratti fondamentali, o alcuni tra essi, della costituzione propriamente medievale, e l'ha fatto all'interno d'una critica radicale dell'uso improprio del monismo costituzionale, cioè dell'idea liberale di costituzione e d'unico potere politico, applicata in modo irriflesso nella medievistica tedesca[60], ed in molte altre[61]. I punti più importanti di questa critica - per quel che ora interessa- riguardano il rifiuto della derivazione per delega di ogni potere da un "potere statale sovrano"[62] e, per converso, la necessità "di riflettere intorno all'essenza del territorio" in termini di potere[63] . C'è dunque, già qui, la netta indicazione che uno dei caratteri proprî e differenziali della costituzione medievale consiste

[58] Bisogna accettare che, nella sua naturale inclinazione verso i sottoposti, il potere per modo proprio sia, almeno in un certo punto cronotopico, a sua volta giuridico e normativo; ma questo non significa ancora subordinare necessariamente la forza dell'esistente ad un ordine metagiuridico di natura logica.

[59] Ad es. F. BORKENAU, *La transizione*, cit., p. 155. La questione potrebbe essere ben diversamente sviluppata: intanto la dimensione 'ontologica ' del potere medievale, non è, in direzione dei sottoposti, un'invenzione destinata alla semplice 'manutention des esprits', ma è la costituzione stessa delle psicologie e della morale individuali, secondo – bisogna pensare- la loro pratica. Certo, di questa pratica non possiamo produrre altra prova che teorica; ma l'accusa di 'formalismo' non può ridursi a questo, ed essendo essa stessa teorica non può produrre le sue asserzioni sul fondamento di alcuna evidenza.

[60] O. BRUNNER, *Il concetto moderno*, cit., pp 7-18; e Id., *Terra e potere*, cit., pp.169-186, e altrove (cfr. Id., *Feudalesimo*, cit., pp. 104-105).

[61] Fa invece chiaro riferimento a questo saggio di Brunner, ed alla dottrina schmittiana, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (1995), Bari, Laterza, 2006[12], p. 35 nt.20.

[62] O. BRUNNER, *Il concetto moderno*, cit., pp. 11-12,13 con riflessioni notevoli, come spesso avviene in Brunner, sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Anche importante Id., *Terra e potere*, cit., pp. 170, 174-175, 181, 213.

[63] O. BRUNNER, Ivi, pp. 16,19: non sorprende in Brunner una simile esigenza.

nella dimensione territoriale di alcuni poteri, cioè poteri non delegati o non derivati da altro potere, e dunque originarî. Si può notare che tutta questa costruzione brunneriana, e almeno questa, è, in verità, oltre il pensiero di Schmitt, ma non contro di esso, perché la struttura riposta di quel pensiero costituzionale è la esistenzialità del potere, nel senso della sua preesistenza a norme positive. È vero, la preesistenza si connota, per Schmitt, in modo esclusivo: preesiste la volontà politicamente autodeterminata (della decisione eccezionale o del potere costituente); ma questo è, per lo stesso Schmitt un modo costituzionale esclusivo solo della (o dalla) modernità politica**.** In tal caso il 'monopolio della forza' , o il 'potere irresistibile', è garanzia esclusiva dell'unità politica, e, nell'esercizio estremo della propria volontà, fa esser presenti – rappresenta- le volontà assenti (ad es. il popolo), ed è unità. Tuttavia quando questa forza eccezionale e fisica difetta, e cioè nel Medioevo, è nell'ordinario dispiegarsi delle forze e dei poteri concertati in unità, che questa unità s'afferma come ordine di quel che ha diritto ad esistere e resistere in essa e per essa, perché preesistente, per sua intima ragione, in essa. La teoria kelseniana – lo dico di passaggio – pur tentata anch'essa in direzione del Medioevo[64] - non può altrettanto. Per Kelsen ogni possibile costituzione riposa su una 'norma originaria che fonda l'unità'[65], e la norma originaria è una 'ipotesi giuridica', una sorta di 'radice impersonale del diritto' che determina in via trascendentale l'unità anche del sistema politico come ordinamento giuridico; è esattamente questa "determinazione (che) è insita nella creazione della costituzione"[66]. Dunque lo stesso concetto di 'origine' o di 'originario' è proposto direttamente come categoria logica. Tale *medium* giuridico si pone allora come preesistenza 'logica' ad ogni concreto potere, ed all'opposto del pensiero di Schmitt, ogni concreto potere non è che delegato, e derivato da norma, ogni pluralità di poteri è, al fondo, unità, e, in questi senso, "ogni Stato è uno Stato di diritto"[67]. Anche storicamente ci sarebbe differenza solo quantitativa (quella segnata dalla burocrazia moderna) "fra la comunità giuridica primitiva e la comunità giuridica statale"[68]. Questo punto di vista storico non è che il prodotto sintetico dello stesso ingegno costruttivo della 'dottrina pura', e consente una storia solo come suo stesso interno. Non è certamente la prima volta che una storia del diritto e delle istituzioni è tentata come una teoria forte, cioè come ordine capace di prefigurare il divenire; ma una storiografia scientificamente consapevole mette in opera un quadro categoriale il cui oggetto si forma del tutto naturalmente, (ri)conoscendolo nel suo essere 'concretamente esistente'[69]. Ciò probabilmente avviene (ed il paziente lettore vorrà concedermi ancora un breve inciso) perché la storiografia finisce pur sempre per disporre la sua ricerca sul fondo della condizione umana (dell' "essere dell'Esserci", dice il filosofo) o, se si vuole, all'interno della costituzione d'essere – un'esistenza- che s'interroga nel ricercare, e dunque in termini di finitezza e

[64] Ad es. G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1130-1322*, Princeton, Princ. University Press, 1964, pp. 7-8.
[65] Basti qui il rinvio a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, a c. di R. Treves, 1970, pp. 98ss., 105ss.; H. KELSEN, *ll problema della sovranità*, cit. p. 136.
[66] H. KELSEN, *ll problema della sovranità*, cit., p. 87.
[67] H. KELSEN, Ivi, p. 41.
[68] H. KELSEN, *Lineamenti*, cit. p. 141; H. KELSEN, *ll problema della sovranità*, cit. p. 380.
[69] Mutuo l'espressione da Schmitt *Dottrina* 21.

concretezza[70]. A differenza di altre scienze la storiografia è, nella sua struttura, più intimamente legata alla questione dello svelamento dell'origine [71]. Così non è veramente possibile sottrarre alcun oggetto di storiografia (un potere politicamente rilevante, un'unità politica, una norma positiva) alle sue condizioni d'esistenza[72], salvo a farne oggetto d'altra scienza. Lo stesso ingegno trascendentale della 'norma fondamentale' (o il *Volkgeist*, o altro) non può essere storicamente pensato se non come esistente, nel suo essere (stato) pensato. E indubbiamente, per quanto un potere medievale possa pretendersi prodotto in una condizione giuridica trascendentale, in modo tale ch'esso 'sia' norma, storicamente non si dà la norma 'positiva' della sua costituzione, cioè la condizione storica di una norma preesistente al potere. Forse per tutto questo, o anche per questo, lo storico Brunner non poteva che fondarsi, per l'oggetto storico ch'è la costituzione medievale, sulla costruzione schmittiana, che propone potere e costituzione nel fatto della loro esistenza già per la sua stessa teoria del diritto costituzionale. Il concetto di 'fatto giuridico' non a caso riproposto al centro della giuridicità medievale[73], al di là del suo apparire punto d'appoggio semplice ed immediato di storiografia, nasconde tra le pieghe del suo farsi conoscenza late complessità da infuturare. Appunto non derivando da un atto umano d'origine, il fatto sembra avere un'originarietà indistintamente preesistente che, fondata anch'essa nella finitezza, porta però con sé, intimamente a rivelare un giusto destino d'esistenza, il segno della trascendenza. E la storiografia giuridica più attenta, indicando i poteri e la costituzione medievale nell'ordine divino del mondo ne coglie la rispondenza terrena come stato fattuale e plurale della loro esistenza[74], come 'cosa' stessa della costituzione medievale.

Testi antologici tratti dalle edizioni citate:

Carl Schmitt, *Le categorie del politico*, pp. 33-34 e 43-44.

Carl Schmitt, *La dittatura*, pp. 28-29.

Otto Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, pp. 6-7.

---

[70] M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), Torino, UTET, 1969, a c. di P. Chiodi, § 3, pp. 61ss.; § 72- 75, pp. 538ss.

[71] Sono il primo a rendermi conto di quanto sommariamente quel che dico (che qui mi par sufficiente) è ispirato da M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., § 76, pp. 560ss.

[72] Offre spunti in questo senso lo stesso H. KELSEN *ll problema della sovranità*, cit., p. 134, in polemica con K. Bergbohm.

[73] Il quadro di pensiero, ad es. in F. KERN, *Recht und Verfassung*, cit., pp. 30s; E.CORTESE, *La norma*, cit., vol. II, pp. 150-160; più centrale P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 52ss., 56ss., 74ss.

[74] M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 59; P.GROSSI, *Unità giuridica europea: Medioevo prossimo futuro?*, in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 55-73: 65.

Carl Schmitt

Le categorie del 'politico'

Saggi di teoria politica
a cura di Gianfranco Miglio e di Pierangelo Schiera

Società editrice il Mulino Bologna

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI LECCE
DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI

I. Definizione della sovranità

Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione.

Questa definizione può essere appropriata al concetto di sovranità, solo in quanto questo si assuma come concetto limite. Infatti concetto limite non significa un concetto confuso, come nella terminologia spuria della letteratura popolare, bensí un concetto relativo alla sfera piú esterna. A ciò corrisponde il fatto che la sua definizione non può applicarsi al caso normale, ma ad un caso limite. Risulterà dal seguito che qui con stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio. Il fatto che lo stato d'eccezione sia eminentemente appropriato alla definizione giuridica della sovranità ha una ragione sistematica, di logica giuridica. Infatti la decisione intorno alla eccezione è decisione in senso eminente, poiché una norma generale, contenuta nell'articolo di legge normalmente vigente, non può mai comprendere un'eccezione assoluta e non può perciò neppure dare fondamento pacificamente alla decisione che ci si trova di fronte ad un vero e proprio caso d'eccezione. Quando Mohl [1] dice che la prova dell'esistenza di uno stato d'emergenza non può essere giuridica, egli muove dal presupposto che una decisione in senso giuridico deve poter essere pacificamente derivata dal contenuto di una norma. Ma proprio qui sta il problema. In generale, per il modo in cui esprime il principio, Mohl è solo un'espressione del liberalismo dello Stato di diritto e disconosce il significato autonomo della decisione.

Lo schema astratto che è stato proposto come definizione

[1] R. von Mohl, *Staatsrecht Völkerrecht und Politik, Monographien*, Tübingen, 1862, vol. II, p. 626 (ora in edizione anastatica, Graz, Akademische Druckund Verlagsanstalt, 1962).

della sovranità (sovranità è il potere sovrano supremo e non derivato) può essere mantenuto oppure no, senza che ne derivi una grossa differenza di ordine pratico o teorico. In generale non si disputa intorno ad un concetto in sé, quanto meno nella storia della sovranità: si disputa intorno al suo concreto impiego, cioè su chi in caso di conflitto decida dove consiste l'interesse pubblico o statale, la sicurezza e l'ordine pubblico, le *salut public* e cosí via. Il caso d'eccezione, il caso non descritto nell'ordinamento giuridico vigente, può al massimo essere indicato come caso di emergenza esterna, come pericolo per l'esistenza dello Stato o qualcosa di simile, ma non può essere descritto con riferimento alla situazione di fatto. Solo questo caso rende attuale la questione relativa al soggetto della sovranità, che è poi la questione della sovranità stessa. Non si può affermare con chiarezza incontrovertibile quando sussista un caso d'emergenza, né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso estremo di emergenza e del suo superamento. Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui necessariamente illimitati. Anzi dal punto di vista dello Stato di diritto non sussiste qui nessuna competenza. La costituzione può al piú indicare chi deve agire in un caso siffatto. Se quest'azione non è sottoposta a nessun controllo, se essa non è ripartita in qualche modo, secondo la prassi della costituzione dello Stato di diritto, fra diverse istanze che si controllano e si bilanciano a vicenda, allora diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano. Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa. Tutte le tendenze del moderno sviluppo dello Stato di diritto concorrono ad escludere un sovrano in questo senso. Da ciò derivano come conseguenza le idee di Krabbe e Kelsen, che saranno discusse nel capitolo seguente. Ma non è un problema giuridico stabilire se il caso estremo di eccezione possa essere oppure no realmente eliminato dal mondo. La fiducia e la speranza che esso possa essere di fatto eliminato dipendono da convinzioni filosofiche, e particolarmente storico-filosofiche o metafisiche.

Esistono alcune ricostruzioni storiche dello sviluppo del concetto di sovranità. Esse però si accontentano di mettere insieme le ultime formule astratte nelle quali sono contenute, in modo manualesco e non problematico, le definizioni della sovranità. Nessuno sembra essersi dato la briga di esaminare piú a fondo, negli studiosi piú famosi del concetto di sovranità, il significato dell'espressione, continuamente ripetuta ma del tutto vuota, di potere supremo. Già in Bodin appare chiaro che questo concetto è orientato al caso critico, cioè al caso d'eccezione. Esso costituisce l'inizio della moderna dottrina dello Stato, insieme alla sua dottrina delle « Vraies remarques de souveraineté » [2], piú che non insieme alla sua spesso citata definizione (« Per sovranità si intende quel potere assoluto e perpetuo che è proprio dello Stato »). Egli illustra il suo concetto con molti esempi pratici e ritorna poi sempre alla questione: in che misura il sovrano è legato alla legge e obbligato nei confronti dei ceti? A quest'ultima domanda, particolarmente importante, Bodin risponde nel senso che le promesse sono vincolanti poiché la loro forza obbligante risiede nel diritto naturale; nel caso d'emergenza però il vincolo viene meno in base a principi naturali fondamentali. In generale egli dice che il principe è vincolato nei confronti dei ceti o del popolo solo finché l'adempimento della sua promessa coincide con l'interesse del popolo stesso, ma che egli non è piú vincolato, « se la necessità è urgente ». Queste non sono, in sé, tesi nuove. Ciò che è decisivo nelle affermazioni di Bodin è che egli riduce la discussione delle relazioni fra principe e ceti ad una semplice alternativa, e che rimanda precisamente al caso d'emergenza. Questo è il lato propriamente decisivo della sua definizione che intendeva la sovranità come unità irriducibile e decideva in modo definitivo la questione del potere nello Stato. La sua validità scientifica e la ragione del suo successo consistono dunque nel fatto che egli ha introdotto la decisione nel concetto di sovranità. Non vi è oggi nessuna spiegazione del concetto di sovranità nella quale non ricorra la citazione tradizionale di Bodin. Ma in nessuna di esse si trova citato il punto cruciale di quel capitolo della *Repubblica*

2 J. Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1576, trad. it. *I sei libri dello Stato*, a cura di Margherita Isnardi Parente, Torino, UTET, 1964, vol. I, libro I, cap. X, pp. 477 sgg.

II. Il problema della sovranità come problema della forma giuridica e della decisione

Se è vero che le teorie e i concetti di diritto pubblico si trasformano sotto la spinta di avvenimenti e di mutamenti politici, è chiaro che la discussione intorno ad essi sorge innanzi tutto in base ai punti di vista pratici del momento e modifica le concezioni precedenti in funzione dello scopo di volta in volta perseguito. L'attualità nuova può provocare un nuovo interesse sociologico ed una reazione contro il metodo « formalistico » di trattare i problemi di diritto pubblico. È però anche possibile che compaia la tendenza a rendere la trattazione giuridica indipendente dal mutamento delle condizioni politiche e a conquistare l'obbiettività scientifica proprio attraverso un procedimento di trattazione formale e conseguente. È dunque chiaro che dalla medesima situazione politica di fatto possono derivare differenti tendenze e correnti scientifiche.

Di tutti i concetti giuridici, quello della sovranità è il piú soggetto all'influsso di interessi attuali. Si è soliti far cominciare la sua storia con Bodin, ma non si può dire che esso abbia avuto, a partire dal XVI secolo, uno sviluppo o un progresso logico. Le tappe della sua storia sono caratterizzate da diverse lotte politiche per il potere e non da una crescita dialettica progressiva in base all'immanenza dei suoi concetti. Nel XVI secolo sorge, dalla definitiva trasformazione dell'Europa in Stati nazionali e dalla lotta del principe assoluto coi ceti, il concetto di sovranità di Bodin. Nel XVIII secolo, la coscienza nazionale degli Stati appena consolidati si riflette nel concetto di sovranità di diritto internazionale di Vattel. Nel nuovo Impero tedesco, subito dopo la sua fondazione, sorge la necessità, dopo il 1871, di fissare un principio per la delimitazione della sfera di sovranità degli Stati membri nei confronti dello Stato federale, e sulla base

di questo interesse la dottrina dello Stato tedesca introduce una distinzione fra il concetto di sovranità e quello di Stato, in virtú della quale è possibile attribuire ai singoli Stati il carattere della statualità, senza dovere riconoscergli anche la sovranità. Si continua però a ripetere, pur nelle piú diverse variazioni, l'antica definizione secondo cui la sovranità è il potere supremo, giuridicamente indipendente e non derivato.

Una definizione del genere può essere applicata ai piú diversi complessi sociologico-politici ed impiegata al servizio dei piú svariati interessi politici. Essa non è l'espressione diretta di una realtà, ma una formula, un segno distintivo, un segnale. Essa è dotata di significati infinitamente molteplici e può essere perciò o straordinariamente utile o del tutto inutile, nella prassi concreta, a seconda della situazione. Essa impiega il superlativo « potere supremo » per indicare una grandezza reale, benché nella realtà dominata dalla legge di causalità non possa essere isolato nessun fattore singolo al quale un simile superlativo sia applicabile. Nella realtà politica non esiste un potere supremo, cioè piú grande di tutti, irresistibile e funzionante con la sicurezza della legge di natura; la forza non prova nulla per il diritto, per la ragione banale che Rousseau, in accordo con tutto il suo tempo, ha cosí formulato: « La forza è un potere fisico; la pistola del brigante è anch'essa un potere »[5]. La conciliazione del potere supremo di fatto e di diritto costituisce il problema di fondo del concetto di sovranità. Da qui sorgono tutte le difficoltà, e allora si tratta di trovare una definizione che descriva questo concetto fondamentale della giurisprudenza non con predicati generali e tautologici, bensí attraverso la precisazione di ciò che è giuridicamente essenziale.

La trattazione piú approfondita del concetto di sovranità compiuta negli ultimi anni cerca invece una soluzione piú semplice, introducendo una disgiunzione fra sociologia e giurisprudenza e qualificando cosí, mediante un'alternativa semplicistica, qualcosa come puramente sociologico o puramente giuridico. Kelsen ha seguito questa via nei suoi scritti *Das Problem der Souveränität und die Theorie des*

[5] J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Amsterdam, 1762; trad. it. *Il contratto sociale*, in *Scritti politici*, a cura di Paolo Alatri, Torino, UTET, libro I, cap. III, p. 724.

Völkerrechts e *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*[6]. Tutti gli elementi sociologici vengono esclusi dal concetto giuridico ed in tal modo viene costruito, con incontaminata purezza, un sistema di riferimenti a norme e ad una norma fondamentale finale e unitaria. L'antica contrapposizione fra essere e dovere, fra considerazione causale e normativa viene trasposta, con la maggior conseguenzialità e rigore possibili, come avevano già fatto Jellinek e Kristiakowski, ma con la medesima indimostrata auto-evidenza, nel contrasto fra sociologia e giurisprudenza. Sembra appartenere al destino della scienza giuridica che ad essa vengano applicate tali disgiunzioni prese a prestito da altre scienze o dalla teoria della conoscenza. Kelsen, con l'aiuto di questo procedimento, giunge al risultato, per nulla convincente, che per la considerazione giuridica lo Stato debba essere qualcosa di puramente giuridico, qualcosa di valido sul piano normativo, e quindi non una realtà qualsiasi o qualcosa di pensato accanto o al di fuori dell'ordinamento giuridico, bensí nient'altro che l'ordinamento giuridico stesso, inteso naturalmente come unità (che il problema stia proprio qui, non sembra creargli alcuna difficoltà). Lo Stato dunque non è né l'autore né la fonte dell'ordinamento giuridico: tutte le concezioni di questo tipo sono per Kelsen personificazioni e ipostatizzazioni, moltiplicazioni dell'ordinamento giuridico unitario e sempre identico con riferimento a soggetti diversi. Lo Stato, cioè l'ordinamento giuridico, è un sistema di riferimenti ad un punto di riferimento finale e ad una norma fondamentale finale. La distinzione, vigente nello Stato, fra un ordinamento superiore ed uno inferiore riposa sul fatto che dal punto centrale unitario fino al gradino piú basso si svolgono autorizzazioni e competenze. La competenza piú elevata non pertiene ad una persona o a un complesso di potere psicologico-sociologico, bensí soltanto allo stesso ordinamento sovrano, nell'unità del sistema di norme. Per la considerazione giuridica non vi sono persone né reali né finte, ma solo punti di riferimento. Lo Stato è il punto finale di riferimento, il punto al quale « possono fermarsi » i riferimenti che costituiscono l'essenza della considerazione giuridica.

[6] H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1928²; *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr, 1928².

OTTO BRUNNER

PER UNA NUOVA STORIA COSTITUZIONALE E SOCIALE

A cura di PIERANGELO SCHIERA

EDITRICE VITA E PENSIERO

costituzione », che fino allora e dall'epoca della fondazione dell'Impero, sotto l'influsso del positivismo giuridico, non era ancora giunta a compimento [17]. Lo stesso libro di Schmitt descrive « principalmente la dottrina costituzionale dello Stato di diritto borghese », ed è dedicato prevalentemente alle costituzioni tedesche e francesi del XIX secolo, e sopra tutto alla costituzione di Weimar, allora vigente [18]. Però Schmitt prende le mosse da un concetto di costituzione che è sufficientemente ampio da avere validità anche al di fuori delle condizioni descritte nel suo libro. Per lui costituzione dello Stato è « la concreta situazione d'insieme, di unità politica e di ordine sociale, di un determinato Stato », è la « decisione complessiva sul tipo e la forma dell'unità politica » [19].

La dottrina costituzionale di Schmitt è ancora essenzialmente — in corrispondenza all'argomento di cui egli si occupa — dottrina costituzionale dello Stato, anche se egli cerca di comprendere nello Stato la totalità delle associazioni umane ordinate in esso, e non semplicemente lo Stato come apparato. Non si può negare che, dal tempo in cui Carl Schmitt scrisse la sua *Verfassungslehre*, si sono compiuti mutamenti profondi. In primo luogo non si possono piú contrapporre 'Stato' e 'società' in modo cosí univoco come nel corso del XIX secolo. Il pericolo, in ciò insito, di tendenze totalitarie è pure divenuto visibile nella stessa teoria politica di Carl Schmitt. Il concetto di Stato 'sovrano' ha subíto una limitazione. Comunque si possano giudicare tali fenomeni, in nessun caso essi significano un ritorno, e neanche solo un riavvicinamento, a condizioni piú antiche, esistenti prima dell'epoca dell'assolutismo. Tutti i mutamenti recenti presuppongono al contrario proprio lo Stato dell'assolutismo e della rivoluzione, e la 'società' ad esso corrispondente. Poiché però la situazione del XIX secolo permette di riconoscere con chiarezza quella contrapposizione e poiché i concetti sviluppati in base a tale modello hanno contribuito a influenzare le scienze storiche, è necessario prendere le mosse da questi ultimi [20].

Carl Schmitt ha contrapposto al suo concetto generale di costituzione un « concetto ideale di costituzione », che viene riferito, in modo

[17] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München 1928, p. VII.
[18] *Op. cit.*, p. IX.
[19] *Op. cit.*, pp. 3 ss.
[20] Sul mutamento di fondo compiutosi a partire dal XVIII secolo, cfr. il mio libro *Adeliges Landleben und europäischer Geist*, Salzburg 1949, e piú recentemente H. FREYER, *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters*, Stuttgart 1955.

caratteristico, ad una 'costituzione' chiamata cosí solo in virtú del suo particolare contenuto [21]. L'esempio discusso piú da vicino da Schmitt è il concetto di costituzione proprio della borghesia liberale, la quale contestò alla monarchia assoluta che il suo Stato avesse una costituzione, ed ammise l'esistenza di una costituzione solo nel caso che venissero adempiute le esigenze della libertà borghese e venisse assicurato alla borghesia influsso politico sullo Stato. In tal modo si contrappose lo Stato 'costituzionale' allo Stato 'sprovvisto di costituzione', e si individuarono, come caratteri di una 'costituzione', la codificazione dei diritti di libertà dell'individuo, la divisione dei poteri e l'esistenza di un documento costituzionale scritto.

È necessario perciò procedere alla distinzione fra 'costituzione' (*Verfassung*) in senso generale e 'costituzione' (*Konstitution*) come costituzione dello « Stato di diritto liberal-borghese ».

Bisogna in primo luogo chiedersi in quale misura questi concetti condizionano il quadro tradizionale della storia del diritto costituzionale.

Il *Grundriss der germanischen Rechtsgeschichte* di Claudius von Schwerin, apparso nel 1936, suddivide la trattazione dello Stato del popolo tedesco in nove sezioni: la popolazione, l'economia e il diritto fondiario, la struttura e l'amministrazione dello Stato, il diritto e la vita del diritto, la stirpe, la casa e il matrimonio, il seguito, il diritto mobiliare e il diritto creditizio, i delitti, la difesa del diritto [22]. Struttura (cioè costituzione) e amministrazione dello Stato sono perciò solo un settore particolare di una ricostruzione molto piú ampia. La 'struttura dello Stato' viene trattata in due sottosezioni, *a)* il territorio dello Stato e la sua suddivisione e *b)* popolo e comando [23]. Non si parla perciò solo del 'territorio dello Stato': nella sottosezione « Popolo e comando » il discorso verte anche intorno al 'popolo dello Stato', inteso, nonostante l'etichetta desunta dal linguaggio politico del tempo, come la « totalità dei cittadini dello Stato » [24]. A questi cittadini e alle

[21] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, pp. 36 ss.
[22] CL. VON SCHWERIN, *Germanische Rechtsgeschichte*, Junker und Dünnhaupt 1936, pp. 9 ss.
[23] *Op. cit.*, pp. 15 ss. Questo modo di esprimersi condizionato dal suo tempo non dev'essere rinfacciato a Cl. von Schwerin. Anche la prima redazione di questo mio saggio conteneva formulazioni ed espressioni ugualmente condizionate dal tempo in cui era stato scritto.
[24] *Op. cit.*, p. 16.

© Duncker & Humblot, Berlin 1964
Titolo dell'edizione originale
Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitäts-gedankens bis zum proletarischen Klassenkampf
Traduzione di Bruno Liverani

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari

Carl Schmitt

LA DITTATURA

DALLE ORIGINI DELL'IDEA MODERNA DI SOVRANITÀ ALLA LOTTA DI CLASSE PROLETARIA

Editori Laterza 1975

consilia machiavellistica, cioè dall'abuso di potere che è la tirannide, la « cattiva ragione di Stato » * (V, cap. 1); i due tipi di arcana vengono poi posti in antitesi concettuale con gli « *jura* » *imperii et dominationis* [27]. Gli *jura imperii* sono i vari diritti di sovranità che da Bodin in poi vengono enumerati come contrassegno del *summum imperium*, primo fra tutti il diritto di legiferare; essi sono i *fundamenta* degli *arcana* e sono sempre i medesimi in ogni Stato, mentre gli *arcana* devono mutare da situazione a situazione; sono inoltre intrasmissibili, al contrario degli *arcana*; infine, e qui sta la differenza essenziale, essi sono diritto « *fas* » e « *in conspicuo* », mentre gli *arcana* sono piani e accorgimenti funzionali al mantenimento degli *jura imperii* (III, cap. 1). Per *jura dominationis* Clapmar intende il diritto pubblico di creare l'eccezione, in forza del quale chi ne è titolare può derogare dallo *jus commune* in casi di emergenza nell'interesse dello Stato e del mantenimento della quiete e della sicurezza pubblica (*tranquillitas, pax et quies*). Guerra e disordini interni sono i due casi più importanti di applicazione di questo diritto. In quanto tale, il diritto di eccezione si configura come uno *jus speciale* rispetto al normale diritto di sovranità, che è uno *jus generale*. Alla dittatura si fa qui allusione in termini generici, senza menzionarla espressamente [28]. Questa distinzione tra diritti di sovranità ordinari e straordinari, ripresa anche da Besold [29], poggia sull'idea che il sovrano sia vincolato alle regole del diritto umano generale e naturale. Il diritto di eccezione non ha che da rispettare lo *jus divinum*; per il resto cade di fronte ad esso ogni barriera legale. In esso il potere statuale si manifesta in tutta la sua pienezza. Clapmar non esaurisce il concetto di *plenitudo potestatis*; lo stato di eccezione è per lui « qualcosa di simile a una tirannide legittima » (IV, cap. 2). In realtà si tratta di questa *plenitudo potestatis*, un concetto che allora non indicava ancora, come sarebbe stato nel diritto pubblico più recente dell'impero germanico,

* In italiano nel testo.

una semplice somma di determinati diritti riservati all'imperatore e che in fondo si riduceva a un *simulacrum majestatis* [30]. Esso significa invece la potestà giuridicamente e per principio illimitata, che può anche usurpare uffici legittimi e diritti acquisiti. È dunque una potestà superiore ai poteri costituiti, comprendente in sé il potere costituente e operante spesso non diversamente dall'onnipotenza del *pouvoir constituant* nello Stato moderno. Che essa venga circoscritta a casi eccezionali, non ha rilevanza positiva alcuna, trattandosi di una limitazione dedotta da princìpi generali di giustizia. Quel che interessa sotto l'aspetto giuridico è che la decisione sul verificarsi o meno del caso eccezionale spetta sempre al titolare della pienezza del potere. Questo concetto ha avuto tra l'altro un ruolo determinante nel porre fine allo Stato di diritto medievale con la sua gerarchia di uffici basata su diritti acquisiti. Di esso hanno cercato di fare uso soprattutto Carlo V e Ferdinando II per averla vinta sui ceti tedeschi. L'enumerazione degli *jura dominationis* non è in fondo che un tentativo di ridurre a singole relazioni limitate l'illimitata pienezza del potere. Con tutto ciò, anche per Clapmar essi rimangono una facoltà generale di compiere tutto ciò che le circostanze richiedono, e perciò qualcosa di illimitato in linea di principio. In apparenza il diritto di eccezione rimane ancora diritto perché sembra stabilire un limite appunto con la eccezione; in realtà il problema della sovranità è il medesimo che quello degli *jura extraordinaria*. Uno Stato continuamente agitato da lotte tra i ceti e le classi si trova per natura sua in uno stato di eccezione continuato e il suo diritto è anch'esso, fino all'ultimo comma, un diritto di eccezione. Chi ha il controllo dello stato di eccezione, chi ha cioè il potere di stabilire quando esso si verifica e i mezzi appropriati per affrontarlo, ha perciò stesso il controllo della macchina statuale [31]. Ogni diritto finisce dunque col rimandare alle circostanze di fatto. Quanto al diritto privato, si potrebbe sempre garantirgli un certo spazio, per quanto precario e provvisorio. Nella letteratura che tratta degli *arcana* è tuttavia chiaro che diritto

2. L'originarietà dei poteri e la costituzione mista

Premessa.

In questo saggio terrò per costante riferimento altri miei studi in corso di pubblicazione, o già pubblicati, che tendono a consolidare un concetto di 'costituzione medievale' riflettendo sul pensiero di Carl Schmitt e Otto Brunner. Intanto mi atterrò, nei limiti del possibile, a quel che sembra essere la 'cosa' della costituzione medievale, indicando anche il fatto di sue linee di continuità fino alla Rivoluzione dell'Ottantanove, e dunque ben oltre quello che viene considerato il suo tempo storico.

2. La costituzione come pluralità di poteri.

Questa costituzione sembra consistere in una pluralità di poteri – 'ordini'- che, nonostante la loro difformità, sono disposti in un ordine unitario – la costituzione - declinato anche per subordini, non necessariamente in stato di coesistenza pacifica. Il tratto rivelatore di quest'unità delle diversità è nella loro gerarchia: 'ordo idest gradus'[1], dice la Glossa senza farla lunga, intendendo, alla fine, quel che intende Tommaso 'ordo… maxime videtur in disparitate consistere'[2]. Intanto nella loro cerchia d'ordine, i poteri sussistono per forza propria, e dunque determinano il loro esserci come potere, per propria esistenza. Questo va compreso: il potere che principia in se stesso può, con giusto pensiero, esser definito 'originario', nel senso che vanta un 'diritto proprio al potere' cavato dal seno della vita, e per nulla derivato da una norma sovraordinata[3]. Qui poi si tocca un punto strategico della costituzione medievale: la possibile identificazione tra un potere per diritto proprio che preesiste a norme e la sua subordinazione ad altro potere. È naturale che la dogmatica giuridica dell'età liberale e democratica sia disposta a riconoscere l'originarietà del potere solo al livello della sovranità[4], perché la sovranità è ormai sinonimo di potere politico unico, ed esclusivo, né c'è alcun altro potere che non ne derivi; ma fino alla Rivoluzione, nella lunga stagione della costituzione mista (che si va però rastremando nelle parti subordinate per la progressiva espansione del potere regio) ci sono originarietà che non coincidono necessariamente con la sovraordinazione. In questa lunga stagione non può evidentemente parlarsi di potere politico unico od esclusivo, perché varî sono i poteri costituzionalmente rilevanti, anche se uno solo è il potere sovraodinato ('sovrano'/ *superior*) agli altri, i quali, benché subordinati ad esso, possono non esserne derivati; ed è questo l'aspetto indefettibile dell'originarietà del potere, sia esso medievale o moderno: non essere derivato[5].

3. Il potere dopo la Rivoluzione del 1789: la tripartizione funzionale dell' unico potere.

Pensare l'originarietà come esclusività, con l'effetto di ritenere derivato ogni potere della costituzione che sia solo subordinato, è il rischio che si corre, quando, nell'uso storico, si pensa il proprio oggetto nel pregiudizio

---

[1] Gl. *Gradus* in *Cod*. 12, 33 (34 *qui militare*) 5,2.

[2] *Summa Theologiae* I, q. 96 a.3: lo usa O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftrecht* III (1881; r. an. Darmstadt 1954) 553, in tema generale di prospettive politiche del 'principium unitatis' (p.515s, nella celebre sezione sulle dottrine pubblicistiche medievali) per il particolare rapporto tra individuo ed organismo sociale.

[3] M. Weber *Economia e società* [=*ES;* 1922; tr. it. Milano I-II[1961]) I 314. E H. Kelsen, *ll problema della sovranità* (1920; Milano 1989) 86, con ferma distinzione tra diritto proprio e diritto soggettivo. Anche C. Schmitt *Dottrina della costituzione* (1928; Milano 1984, a c. di A. Caracciolo) 75, legando il diritto proprio all' esistenza. E.

[4] Ad es. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale* I (Padova 1970[2]) 50, 64.

[5] Indico due modi diversi (teorico e dogmatico) di pensare lo stesso principio: Kelsen *ll problema della sovranità* 84-86; 164-166, etc.; Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale* I, 51, 63-65

che la sovranità come unico potere sia condizione risalente e forse costante del regime politico[6]. Tale condizione è invece essa stessa un prodotto storico tardo. A metà Ottocento l'attento osservatore invita a scrutare gli effetti della Rivoluzione: "*scorgerete un potere centrale immenso che ha attratto e inghiottito nella sua unità tutte le parcelle d'autorità ed influenza prima diffuse in una moltitudine di poteri secondari, di ordini, di classi, di professioni, di famiglie, di individui, e come sparse per tutto il corpo sociale. Non si era mai veduto al mondo un simile potere, dopo la caduta dell'Impero romano. La Rivoluzione ha creato questo nuovo potere, o meglio tale potere è sorto come spontaneamente dalle rovine che la Rivoluzione ha creato*"[7]. Presuppongo tale avvenimento, quando affermo che solo il potere unico avrà la forza dirompente di oggettivarsi in un piano di statuizioni generali[8], che dispone la (t)ripartizione funzionale del potere come metodo 'razionale' d'organizzazione dell'unico potere, anche se quella ripartizione, nella intenzione liberale, nasce anche con pensiero limitativo della nuova potenza, e memore che quella antica, quella dell'Assolutismo, pur minore, era assoluta e minacciosa proprio perché priva, così si pensava, di 'divisione dei poteri', mentre era, piuttosto, priva di garanzia imprescindibile dei diritti di libertà[9].

Questo necessita di riflessione incidentale: la tripartizione dei poteri, in verità, preesiste alla Rivoluzione: 'in ogni Stato vi sono tre generi di poteri', dice già Montesquieu. Poi è anche vero che alcuni tra questi poteri, ad esempio quello burocratico, hanno base legale per loro stessa genesi storica, come 'nucleo' dello Stato moderno, dice Weber[10]. Nuova è l'oggettivazione 'costituita' o, se si vuole, il basamento 'statuito' della intera tripartizione[11]. Di più; questo basamento è prodotto, per volere costituente, "dall'idea base della libertà borghese"[12], che tuttavia pretende non solo tale 'oggettiva' tripartizione, ma impone anche che le libertà individuali, almeno quelle costituite in 'diritti fondamentali'[13], siano preservate in via generale dalla possibile aggressione dei poteri in costituzione. Lasciamo andare che, per un autore come Schmitt, che cita a tal fine addirittura Mazzini[14], questi diritti sono un impaccio della 'concreta struttura dell'organizzazione del

---

[6] Si mediti sull'impostazione data da G. Miglio, La 'sovranità popolare' negata (1983) in *Le regolarità della politica* II (Milano 1988) 877-899: 879-880.

[7] A de Tocqueville, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* (1856, Torino 1947) 36; confronto questa traduzione con la edizione critica *minor* dell'opera, curata da J.-P. Majer (Paris 1964, p.66): bisogna inserire in questo pensiero l'altro, che nel Settecento, in Francia, il potere centrale sarebbe già riuscito 'a distruggere tutti i poteri intermedi' (p.97; ed. Majer p. 141). È pensiero col quale, in realtà, si allude alla prassi di commissari ed intendenti, la cui prospettiva politica può cogliersi anche in C. Schmitt *La dittatura* ([1921]1964[3]; Bari 1975) 105s.

[8] Per 'oggettivazione' del potere in statuizioni generali qui non intendo la sua 'depersonalizzazione' cioè il fatto del suo esercizio su base legale, portatrice di scopi impersonali (il 'potere legale'), ch'è per Weber capace di legittimare la credenza nella sua razionalità almeno rispetto allo scopo. Intendo invece l'aspetto più formale: il fatto della risoluzione integrale d'ogni potere dotato d'un diritto proprio al potere, in norme legali, in 'diritto oggettivo'; e dunque la novazione della sua originarietà, in una sua provenienza legale, in una derivazione da una norma**.** L'aspetto è formale, perché prescinde – volutamente- dal fatto che quest'oggettivazione del potere, al di là della 'depersonalizzazione', ha anche a che fare con la 'deformazione' del corpo preesistente.

[9] Secondo la celebre affermazione dell'articolo 16 della *Dichiarazione* del 1789. Si noti la reinterpretazione di Schmitt *Dottrina* 173.

[10] Weber *ES* I 217, II 259,260,343,696,699 e altrove.

[11] Ad es. Schmitt *Dottrina* 204-205 etc.

[12] Schmitt *Dottrina* 173,e 247,248.

[13] Schmitt *Dottrina* 219, 222: che qualifica questi diritti come, per lo spirito liberale, 'preesistenti' alla stessa costituzione.

[14] Schmitt *Dottrina* 265. La citazione è dall'opuscolo mazziniano *Dell'Unità italiana* del 1833 nella raccolta dei suoi *Scritti editi ed inediti*, III (Imola 1907) 261-335:268. Forse Schmitt avrà sentito in Mazzini il forte richiamo del 'noi' etico della nazione posto quasi in posizione trascendentale dell'io, ond'è insignificante la singola volontà empirica

potere' ch'è 'vera forma' della costituzione. Nell'idea liberale, questi diritti possono essere aggrediti dai poteri solo nel caso di legittimità dell'aggressione e nell'aggressione, il che avviene sul presupposto costituzionale d'una necessaria previsione legale dei casi d'aggressione giusta (oltreché con garanzia contro l'uso abusivo della legge)[15]. La dimensione liberale, non è nella semplice disciplina legale del potere capace di aggressione e nemmeno nella previsione di rimedi ordinari all'aggressione ingiusta, che, anzitutto teoricamente, non sono mancati neanche nell'esperienza del diritto comune[16]; è nella relazione costituzionale tra diritti e poteri. Ed è bene ribadire: proprio la natura 'costitutiva' della relazione tra poteri e diritti (il loro dialogo fondamentale) fonda la garanzia 'forte' di questi da quelli determinando il caso e il modo dell'aggressione legittima, oltre a indicare la misura legale come sola condizione possibile di questa legittimità, e a porsi poi a fonte di specifica tutela della sua violazione.

4. Pluralità dei corpora *con potere giurisdizionale.*

Così, l'affermazione - in buona misura condivisibile- che, nella monarchia assoluta, l'esercizio del potere burocratico sia "regolato da norme astratte e prevedibili"- espressioni che mostrano operante l'identificazione comune tra Stato moderno e Stato assoluto, - non consente affatto di dedurre**,** che "l'assolutismo… contiene già i principi istituzionali del liberalismo moderno"[17]; nell'età assolutistica importa cogliere un tale potere nel momento istitutivo piuttosto che in quello d'esercizio, ed allora indica soltanto, ed una volta di più, il 'nucleo' storico dello Stato moderno: un 'potere legale' burocratico, cioè l'officio statuito per *leges*[18]; esattamente 'l'apparato amministrativo' che tenta, nell'impostazione classica, il monopolio della coercizione giuridica[19]. Forse va detto che, da un punto di vista storico, questo nuovo modello di gestione non opera subito per il monopolio; costituisce piuttosto lo strumento d'occupazione degli spazi conquistati e perciò, pur delineando il processo di sviluppo dello Stato moderno[20], avrà massima diffusione con la *vis a tergo* del potere politico unico, anche se prima d'allora sarà usato pure all'esterno dello specifico potere burocratico, con interessanti implicazioni costituzionali[21]. La storiografia sostiene che

---

(G.Vallone 'Profili di costituzionalismo municipale' in AA.VV *Ceti dirigenti e poteri locali nell'Italia meridionale. Secoli XVI-XX* [Pisa 2003] 19-42: 41-42), senza però mai pretesa alcuna di determinare le volontà individuali come tutt'uno nella decisione politica. Il 'nulla' della libertà in Mazzini, significa che i diritti di libertà devono essere parte della costituzione in qualunque sua forma.

[15] Invece di ricorrere a concetti di diritto costituzionale generale, indico Schmitt *Dottrina* 178s.

[16] Ricordo l'opera, classica per scelta di tema, di U.Nicolini, *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano 1952, che però sembra scarsamente interessata proprio al rimedio contro l'aggressione ingiusta.

[17] F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (1957; Bologna 1973) 345. Invece la dogmatica più attenta, come in S. Fois, *La 'riserva di legge'. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano 1963, p.15-16 sostiene che "nello 'stato assoluto' risulta addirittura inconcepibile un principio di legalità… quale sarà affermato nella evoluzione costituzionale successiva: nel senso cioè della *necessità* di una base legislativa quale fondamennto degli…atti dello Stato diversi dalla legge"; il principio liberale è in tale necessità sovraordinata- ignota all'assolutismo- che configura il limite all'azione amministrativa e ne fa 'potere esecutivo'.

[18] Weber *ES* I 212s; II 258 s per la costruzione fondamentale, con varie applicazioni notevoli: II 315 etc.

[19] Weber *ES* I 53, e anche I 312,314, 315, II 203-204, 692 etc.

[20] Weber *ES* II 260.

[21] L'esempio specifico è quello degli offici giurisdizionali di titolo feudale, la cui necessità (nel senso del divieto fatto ai feudali di esercitare personalmente la loro giurisdizione) è indubbiamente un punto nodale delle relazioni tra poteri e della vicenda costituzionale. Nel regno meridionale l'evento sembra databile nell'età aragonese, nell'ultimo trentennio del Quattrocento, dopo la prima congiura dei baroni: G. Vallone *Iurisdictio domini. Introduzione a Matteo d' Afflitto ed alla cultura giuridica meridionale tra Quattro e Cinquecento* (Lecce 1985) 155-156 e nt. 107; G. Vallone *Istituzioni feudali dell' Italia meridionale tra Medioevo ed Antico Regime. L' area salentina* (Roma 1999) 135 e nt.13, 194.

il principale processo di conquista, e di dominio, è orientato dalla volontà politica autodeterminata contro la feudalità, e l'opinione è condivisa[22]. Si tratta d'una 'espropriazione' dei 'detentori privati della potenza amministrativa' che intanto però non riesce a eliminare la sostanza amministrativa della feudalità, caduta solo con la Rivoluzione. È qualcosa di simile, ed anche tentato più nello specifico, di quel che Schmitt accenna con la 'eliminazione' di un potere ad opera di un altro[23]. Ed in effetti Weber fa l'esempio della 'fusione' di 'gruppi personali' già capaci di una autonoma 'produzione giuridica' a favore "del monopolio legislativo della produzione statale" che si vuole fonte d'"un diritto comune da applicarsi attraverso una giurisdizione regolata"[24]. A prescindere dai dubbi che tale impostazione può suscitare, oggi, nello storico del diritto, è evidente che non si tiene conto d'un profilo importante: cioè della pluralità dei *corpora* giurisdizionali chiamati a omogeneizzare il diritto; e questa pluralità ripropone in ciascuno di essi, per il semplice fatto di esserci, un diritto proprio alla diversità. Invece Weber avanza una critica radicale e fondata della feudalità esattamente in ordine alle sue prospettive generali di modernità, cioè in ordine al suo essere amministrazione; egli imputa al feudale "l'appropriazione dei mezzi di amministrazione" e la "contrapposizione", in questo, alla modernità dello Stato[25]; si tratta d'un profilo della questione generale della razionalità dell'amministrazione che ha per suo principio la necessità "della completa separazione dell'apparato amministrativo (dalla proprietà) dei mezzi di amministrazione"[26] e dunque dal diritto personale al potere. In definitiva Weber rimprovera ad ogni fenomeno d'appropriazione dei mezzi amministrativi l'impedimento all'organizzazione impersonale del potere, e dunque la frammentazione della possibile oggettivazione del potere (o anche solo di quel potere) per statuizioni generali. Questo è tuttora il punto d'approdo d'ogni teoria che s'interessa alla posizione della feudalità nel farsi dello Stato moderno, e non conosco prassi di ricerca che abbiano portato un qualche serio ostacolo a questa impostazione, che a maggior ragione non può essere incrinata da studi storici che citano Weber di seconda mano: un fenomeno forse più significativo della stessa recezione 'volgare' di Weber[27].

5. La divisione corporata dei poteri

Ora importa che l'appropriazione feudale consente a Weber di percepire una 'divisione dei poteri' quantitativa, che riflette un diritto proprio al potere della feudalità, e corrisponde esattamente alla presenza 'corporata' di poteri nella costituzione, che egli, a ragione, distingue dalla divisione funzionale o 'qualitativa' di Montesquieu[28] (ammesso che il pensiero di Montesquieu sia riconducibile solo alla divisione 'funzionale'). Certo bisogna comprendere perché storicamente la divisione corporata dei poteri si compone in quella funzionale; ora però va notato che Weber sembra vedere nel potere feudale un mera derivazione dal potere

[22] Weber *ES* I 252-256: 256, 262; Schmitt *Dottrina* 74s, etc.
[23] Schmitt *La dittatura* 110.
[24] Weber *ES* II 41, 83 etc. Qui è evidente che Weber è sotto l'influenza di studi storico-giuridici sulla cd. 'personalità del diritto' all'epoca comuni.
[25] Weber *ES* I 229, 255, II 403, 405, 352 etc.
[26] Weber *ES* I 214 etc.
[27] Se ne parla in P. Schiera 'Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno' in AA. VV. *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* (Bologna 1994)17-48: 25.
[28] Weber *ES* II 398-399, e inoltre I 279-280.

politico[29]; questo avviene, assai probabilmente per effetto della storiografia giuridica dominante di H. Brunner, di R. Sohm, G. von Below e di altri.[30] Tuttavia se Weber non vede l'originarietà del potere feudale, e se non ne percepisce il suo più profondo principio, vede però con nettezza la sua condizione nella costituzione, perché indica come tratto essenziale della feudalità, la ereditarietà del suo potere, e ne deduce che la 'divisione' così effettuata lo 'stereotipizza' e lo rende addirittura 'inviolabile'[31], fondandolo, alla fine, in se stesso, come in un 'diritto proprio' al potere[32]. Il pensiero illuministico antifeudale aveva pensato esattamente la stessa cosa definendo quel potere 'innato', e, a cose fatte, si rampognerà il *pouvoir royal* d'Antico regime, che "nella sua bramosia di far quattrini di tutto, aveva messo in vendita la maggior parte delle funzioni pubbliche, e si era così privato della facoltà di conferirle e revocarle a suo arbitrio"[33]. Il titolo sul potere influisce inevitabilmente sul potere.

6. L' originarietà sintomatica del potere e i corpi intermedi.

Questa irriducibilità della originarietà del potere – e dunque del vero tratto della costituzione mista – è, a sua volta, un indizio. In teorie che sono in sufficiente sintonia con la verità del loro oggetto, qualcosa di tale verità resiste, anche se essa non viene ricostituita – teoricamente - nel giusto fondamento, né in un'ermeneutica penetrante. Ci sono parole, in queste teorie, e nelle loro percezione delle fonti, e nelle fonti stesse, che sembrano radicate nella 'cosa': parole 'elementari', la cui forza è esattamente quella d'esprimere – una volta 'scoperta' appropriatamente- una verità prima e resistente ad ogni livellamento semplicistico[34] che, nel nostro caso, finisce per pensare l'antico come il nuovo, il medievale come moderno. Per queste parole, e del loro saper dire *in unum* la condizione di fatto narrata dalle fonti, e del loro sorgere, istintivo o quasi, nella mente dell'accorto lettore non c'è necessità di molti esempi. Così Machiavelli, distingue nei 'principati ereditari' quelli che son 'governati' dal principe col solo aiuto dei suoi 'ministri e officiali' e quelli governati "per uno principe e baroni, e quali non per grazia del signore ma per antiquità di sangue tengano quel grado"[35]. Si vede qui operante, e con una nettezza capace di definire alla radice, la distinzione tra offici e feudi; è altrettanto notevole l'intuizione di indicare l'ambito di maggior discrezionalità principesca (quello fondato sulla sua 'grazia e concessione') nell'officio e non nel feudo. Più importa notare, che dove il corpo feudale esista, e si riscontri la sua 'antiquità', allora, è stato detto, "i prìncipi governano

[29] Weber *ES* I 253, 258; II 255, 343 385 etc.

[30] L'origine dal 'pubblico' del potere signorile o feudale, ch'è naturalmente cosa diversa dalla retrodatazione al Medioevo dello Stato moderno e della sovranità come potere unico, ha sempre goduto, e gode, di credito- spesso irriflesso- in storiografia, e potrebbe trovare riscontro –certo incapace di produrre tutti gli effetti che si pretendono- dal declino del potere regio e dell'istituzione comitale della matura età carolingia, che è ricordata anche da Weber *ES* II 395. Per uno storico come G. Duby, *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori* (1978; Bari 1980) 194, tale origine di poteri plurali costituisce una vera e propria 'rivoluzione'.

[31] Weber *ES* II 352, 353, 385, 389, 390, 399 ed altrove.

[32] Weber *ES* II 259, 389. Si confronti l'uso del concetto in Schmitt *Dottrina* 40,75; e *La dittatura* 59, 70.

[33] Tocqueville, *L'Antico Regime* 141 (ed. Majer p.192).

[34] M. Heidegger *Essere e tempo* (1927; Torino 1969) § 44 b p.336-337. L' avvertimento che tali, o certe, parole debbano guardarsi dalla 'mistica della parola' può essere utilizzato anche nei confronti della celebre 'premessa gnoseologica' di Walter Benjamin, *Il dramma barocco tedesco* (1928; Torino 1971) 7-41:17-18. Qui l'essenza simbolica della parola è immediatamente evocativa d'una 'superiore' verità ideale di cui l'esistenza concreta, nella sua finitezza, lungi da essere la verità stessa, non è che un'occasione.

[35] N. Machiavelli *Il Principe* cap. IV.

con l'intermediazione della nobiltà, il cui potere non dipende dal Re, ma è originario"[36]. E, indubbiamente, un potere determinato in se stesso al punto da essere trasmesso in eredità, non può propriamente dirsi derivato né tantomeno delegato da altro potere; la sua giusta parola - che sgorga dalle 'cose'- è 'originario'. Ed è parola che può intendersi sottostante all'intuizione che "antichità ed ereditarietà sono i due principali caratteri dei concetti di ordine e di *status*"[37], ed anzi, con questi caratteri, il corpo intermedio finisce per assumere il suo vero contorno d'una fisicità quasi cosale: una 'rigidezza' e 'stabilità' data come da una 'tradizione' dell'esser così e quindi 'capace di durare'[38]. Ma l'essere (stato) così, riesce a durare e ad essere ancora – cioè ad esser se stesso dato che ogni esistenza diviene per suo stesso essere, e diviene secondo il suo modo d'essere[39]- solo costituendosi per sopravvivenza in un potere indisponibile[40] da altri poteri. Indubbiamente, la tentazione d'un 'potere unico e indivisibile'[41] trova in questi 'corpi' potenti e definiti[42] un limite 'naturale' e forte alla sua vocazione artificiale (cioè generalizzante e impersonale) al dominio. Questo punto è da approfondire; infatti un tale limite, si noti, non s'identifica subito con la 'persona'[43] ch'è titolare del potere sulla (nella) 'cosa' o 'corpo'. C'è senz'altro un suo 'diritto personale'[44] al potere; ma incide soltanto sulla superficie della 'cosa'. Anzi, in particolare può dirsi che il titolo d'un tale diritto, fissa il regime giuridico[45] del potere e della 'cosa' stessa, ma non può prescindere dal fatto che la 'cosa' esprime un diritto proprio al potere. Già Brunner ha sostenuto che una tale 'cosa', il 'corpo intermedio', è una 'comunità di vita' in blocco ineludibile con un territorio[46]; un tutto che fonde la sua inscindibilità e infungibilità in un potere su di sé che non può che provenire da sé: una giurisdizione, naturalmente; ma una giurisdizione che *è*

---

[36] N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico* (Torino 1976) 72. Un'opera così importante per il rigore dell'analisi giuridico-costituzionale, e così spesso dimenticata, come quella di F. Ercole, *La Politica di Machiavelli* (Roma 1926) non è disposta a riconoscere in questo brano importante l'originarietà del potere feudale, e si rifugia nel concetto di 'autonomie locali' (p. 127-142: 132-133). In verità l'intera opera di Ercole è viziata dal pregiudizio monista dell'unicità del potere statale (ad es. p.128,140, 142) che si espone intanto alla espressa negazione della monarchia mista (p.139). Basta invece leggere i *Discorsi* liviani (I cap. 55) per individuare il 'regno' come unico regime possibile per ordinare i 'gentiluomini' e, in particolare (con riferimento al regno meridionale) "quelli che comandano a castella ed hanno sudditi che ubbidiscono a loro" e hanno "iurisdizione sopra gli uomini". Si tratta, insomma di voler mettere a fuoco la 'natura' dei poteri in costituzione, v. ora F. Raimondi, 'Machiavelli e il problema della costituzione mista di Roma' in *Filosofia Politica* (2005,1) 49-61: 55-58 (dove si parla della 'natura delle parti' del corpo politico, come 'parti naturali'). Si leggano anche le riflessioni di A. Musi *Il feudalesimo nell'Europa moderna* (Bologna 2007) 118s.

[37] R. Mousnier *La Costituzione nello Stato assoluto* (Napoli 2002, a c. di F. Di Donato) 53.

[38] A.M. Espanha 'El espacio politico' (1984) in *La gracia del derecho. Economia de la cultura en la Edad Moderna* (Madrid 1993) 85-121: 100, 101-102, 112.

[39] Gli storici hanno colto questo aspetto dell'esistente che si propone da un'origine (o ch'è, più semplicemente originario) affermando che 'le origini...determinano gli sviluppi successivi e ne indicano sempre la direzione': J.J. Bachofen, *Il matriarcato* (1861), tr. it di F. Jesi, G. Shiavoni, vol. I, Torino, Einaudi, 1988, p.11.

[40] Espanha 'El espacio politico' 99, 101,102, 110, 115.

[41] Espanha 'El espacio politico' 100, 115 etc.

[42] Si intende qui il tema, di estrema importanza nell'età del diritto comune, della confinazione, ch'è uno dei punti estremi di resistenza dei 'corpi' territoriali all'invadenza degli altri poteri: Espanha 'El espacio politico' 95s, 109s, 114s. Per il Regno meridionale, la questione è stata posta, con riferimento all'unione o divisione di feudi (che evidentemente lede la tradizione territoriale) in Vallone, *Istituzioni feudali* 179s ('Il territorio feudale').

[43] Espanha 'El espacio politico' 102.

[44] Weber *ES* II 258, 289, 301, 343 etc.

[45] Espanha 'El espacio politico' 100, 102 afferma con chiarezza storico-giuridica del tutto condivisibile che il titolo patrimoniale sulla 'cosa' territoriale la rinforza dalle aggressioni di altri poteri e, questo, in definitiva, ne potenzia l'originarietà.

[46] O. Brunner *Terra e potere* (1939; 1973[6]: a c. di P. Schiera, Milano 1983) 231-330; Espanha 'El espacio politico' 99 etc..

per questa comunità e *per* questo territorio in modo così intimo e viscerale da essere il territorio. E s'intende, non il mero dato fisico o geografico del territorio, ma quel ch'è il territorio per la vita: una sua sostanza in qualche modo 'politica'; qualcosa dunque ch'è nel territorio perché *è* comunque (per il) territorio e s'attiva quando se ne individua il titolare, che dunque non è colui che porta con sé o in sé il potere, ma colui che, in buona misura, lo incontra[47].

7. L'originario e l'origine.

La dottrina della *cohaerentia territorio* della giurisdizione, classica del diritto comune, e giustamente evocata[48] ora interessa perché dà l'esatta misura dell'originarietà del (suo) potere, che è-esiste non soltanto per il suo esserci stato, ma perché emerge così com'è, e dura, nei tratti suoi cosali e fisici: la vita e la terra; e questi certo preesistono ad ogni norma istitutiva, e si danno, in questa preesistenza, come corpo che esiste. 'Antichità', 'tradizione', anche 'primordialità'[49], esprimono, in un velame, l'originario; un potere – od altro- che, anzitutto, esiste: sorge e vive per forza propria, al punto che non se ne può sapere altro, perché "le sue origini si perdono nella notte dei tempi"[50]. Questo ci fa intuire l'esatto rapporto che intercorre, per quanto qui interessa, tra l'idea di origine e l'originario. Il giurista dice "ab eo causa a quo radix"[51] e vuol indicare la radice, o l'origine, lì da dove l'altro (l'originato) deriva; tuttavia, indubbiamente, l'originario non è ciò da cui l'altro deriva, ma quel ch'è, di per sé, inderivabile, e dunque privo d'origine[52]. La "condizione incondizionata"[53]. Perciò indicare l'origine d'un potere non è ancora stabilire la sua originarietà, che anzi tende a darsi nell'assenza d'origine[54]. In quest'assenza si profila – è stato detto- l'originario come doverci essere (del potere) solo perché 'già stato' e dunque un doverci essere ancora 'storicamente' (cioè nelle condizioni naturali d'una esistenza diveniente), ma, nello spirito medievale, in ragione della conformità

[47] La cd. età della rifeudalizzazione può essere interpretata anche come superamento (non eliminazione) di tutto questo in direzione d'un potenziamento esclusivamente personale del potere sul territorio: spunti in Vallone, *Istituzioni feudali*, *s.v.* 'feudo giurisdizionale'.

[48] Espanha 'El espacio politico' 102, 104, 108, 114 etc. Rinvio a Vallone, *Istituzioni feudali* 210-216 e s.*v. cohaerentia territorio*, per esemplificare quel che più conta: il risvolto istituzionale o concreto di questa dottrina; ma ricordo anche miei assai più risalenti interventi: G. Vallone *Iurisdictio domini* s.*v. cohaerentia territorio.*

[49] Così P. Grossi *L'ordine giuridico medievale* (1995;Bari 2006[12]) 75 per esemplificare il carattere di fatti normativi.

[50] Mousnier *La Costituzione* 53.

[51] Angelo de Ubaldis *consilium* 110 nr. 6 (ed. Francofurti ad Moenum 1574, c.75va), in tema di "origo semper attendenda".

[52] J. G. A. Pocock *The Ancient Constitution and the Feudal Law* (1957; Cambridge 1987[2]) p. 37 coglie bene che la pretesa d'un uso immemorabile (individuato dall'assenza d'una sua origine certa) d'un diritto (o d'un potere) serve ad eludere (ad esempio nell'età Stuart) le pretese monopolistiche della Corona.

[53] Così Kant (*Critica della ragion pratica* I,2,2 [ed. it. Bari, 1947[6], p. 133]) in tema di *originarium*.

[54] L'originario come qualcosa che non deriva, e l'origine come qualcosa da cui si deriva, hanno in comune – in quanto oggetti di conoscenza storica- un riposto, per così dire, carattere 'logico' o 'prestorico' - un distacco nettissimo dal reale- che a volte affiora empiricamente in storiografia con un rinvio ai concetti fondamentali della ricerca, o –a un livello più alto- rinvia al fondamento teoretico e costitutivo di oggetti del suo essere- la storiografia- scienza. Così può intendersi l'originario (la verità) come oggetto di scienza –ch'è dunque subito un pensato- solo 'in un secondo senso' (perché comunque proiezione della costituzione d'essere dell' Esserci: Heidegger *Essere e tempo* § 3, p. 62-64, §4, p. 67s, §44 p.337 etc.); il che vale anche per l'oggetto storiografico che risente in sé, più direttamente, la definizione dalla finitezza (§76 p.566-567). Egualmente, e al contrario, può impugnarsi il carattere 'ideologico' (cioè falsificatorio) dell'origine e dell'originario (perché incapaci di cogliere l'oggetto reale del loro stesso pensiero): L. Althusser 'Su Lévi-Strauss' in *Su Feuerbach* (1967; Milano 2003) 95-105: 96-97. Una esplicita negazione dell'origine come 'categoria logica' -e dunque della sua autenticità nella connessione conoscitiva- è invece in Benjamin, *Il dramma barocco* 25s; ma qui l'origine è detta 'storica' solo perché la storia viene ridotta ad epifenomeno del 'regno delle idee', sicché in ogni fatto o 'fenomeno d'origine' si (ri)presenta l'originario (l'idea) nelle condizioni cadùche del suo esserci storico. L'origine come categoria storica è sempre e solo un' 'idea originaria' nella quale la (sua) storia si giustifica.

d'un tal essere all' 'ordine' divino del mondo[55], e, anzi in una certa sua solitudine in tale ordine. Intanto, una tale parola, l'originarietà, indica il modo d'un potere nella costituzione, e non ancora una costituzione, ch'è infatti, oltre la solitudine, una relazione tra poteri. Il concetto di preesistenza- così spesso istintivamente usato- introduce assai di più alla questione complessiva della costituzione, perché è concetto di relazione ed indica, o può indicare, appunto un rapporto tra poteri, dei quali uno afferma di preesistere ad altri. Una priorità che non solo non può derivare da quel ch'è successivo, ma che, in genere, indica il successivo come non derivato dal preesistente : è il caso della modernità politica. Preesistenza è dunque parola rivelatrice della costituzione mista. Ancora Machiavelli, definendo la costituzione cittadina con la dottrina – che sarà poi di Muratori e di Vico- dei "due umori diversi"[56]– cioè nobiltà e popolo- fa intravedere la loro originarietà come preesistenza di queste parti all'occasione del Principato. Certo questi 'umori', come sarà poi per gli *ordres* in Loyseau, sembrano guise o guaine capaci di farsi potere in una forma costituzionale, più che poteri direttamente 'esistenti' nella costituzione, ed infatti, ammesso che possa parlarsi più in generale, la *contextio* nella costituzione (cioè nella tessitura della costituzione dello 'stato') avviene "dando (a ciascuno) le parti sue"[57]. Quel che ora importa, è che questi 'umori' sono senza ombra di dubbio, "forze del corpo politico…forze politicamente naturali nel senso che sono sempre presenti nella città"[58] e dunque sussistono ad esempio all'avvento del Principato, e perciò anche gli preesistono. E, del resto, nella storia costituzionale tedesca, 'i ceti' si pensano 'preesistenti' allo Stato assoluto[59]. Si potrebbe estendere l'esemplificazione sfruttando le tendenze istintive del linguaggio[60]. Tuttavia, la natura della costituzione mista nei lunghi secoli precedenti la Rivoluzione è più proficuamente còlta indicando che la preesistenza d'un potere all'altro connota alla radice la loro diversità: quel che s'afferma preesistere è proposto nella sua esistenza come inevitabilmente altro dalla diversa esistenza costituita in relazione con esso al fine dell'unità. Insomma, per tratto storicamente definito, il potere preesistente sembra dover essere pensato identico al potere originario (in relazione con altri poteri) non solo perché – effettivamente- preesiste ad altri, ma perché, nella sua esistenza, non è derivato.

---

[55] E tuttavia l'originario, così potentemente tratto al suo divenire dalla sostanza cristiana dell'essere, proprio perché non definito da un'origine storicamente determinata, rilascia la suggestione –non più che questo- d'avere per sé qualcosa capace di 'destorificare' od 'occultare la sua storicità'; un suo riferirsi, quasi, ad una 'metastoria', ad una specie di 'mito delle origini' che fonda (il potere) oltre o prima del suo tempo storico. Naturalmente la produzione simbolica, pur nota e ricca, del potere feudale non ha restituito questo mito. Traggo pensieri da M. Eliade, *Il mito dell'eterno ritorno* (1945; 1949[2]; Milano 1975[2]) 55s, 135s,179s; E. de Martino, *La fine del mondo: contributo all'analisi delle apocalissi culturali* (a c. di C. Gallini, Milano 1977; 2002[2]) 233-255 etc.

[56] Machiavelli *Il Principe* cap. IX e nei *Discorsi* liviani I cap. IV, e nelle *Istorie fiorentine* II cap.12. Per le altre fonti Vallone ''Profili di costituzionalismo municipale' 34-37.

[57] Machiavelli nei *Discorsi* liviani I cap.II. Sul punto Raimondi, 'Machiavelli' 54.

[58] Raimondi, 'Machiavelli' 55-56. La questione degli 'umori' è celebre, ad es. Ercole, *La Politica di Machiavelli* 239s; Althusser *Machiavelli e noi* 101s, ma anche 117-119.

[59] Brunner *Terra e potere* 185.

[60] E senza che ciò implichi un potere denominativo della parola in ordine alla sua essenza ideale, come in Benjamin, *Il dramma barocco* 18s. Abbandona, almeno in parte, il circolo ontologico della finitezza indicato da Heidegger, ad esempio tra storia e storiografia, e lo fa in direzione di un'ontologia della linguisticità anch'essa di fondo ermeneutico, H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960; Milano 1983) 502s.

8. La modernità politica

La modernità politica tenterà - è vero- e con relativo successo, di eliminare ogni originarietà di potere altra dalla sua, e tenterà di ridurre ogni preesistenza alla sua forza generativa di potere; ma nonostante questo la preesistenza – se limitata al sistema dei poteri- sembra un carattere proprio del Medioevo e dell'Antico Regime. In verità, al di là di questo percorso storico, se 'preesistenza' rivela, come parola, la costituzione mista, la sua idea sembra condizione di pensabilità e struttura necessaria d'ogni possibile concezione di quella costituzione**.** In Schmitt lo 'Stato borghese di diritto' è misto[61] perché accanto alla 'vera forma' di Stato e di costituzione, ch'è ora data dalla ripartizione funzionale dell'unico potere, s'unisce il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali; e questi non sono istituiti dal potere statale, ma sono piuttosto recepiti dalla costituzione "come preesistenti ad esso"[62]. In modo indubbiamente ancor più avanzato, Balibar definisce la "costituzione mista degli Stati moderni", quelli cioè di democrazia occidentale, nell' "equilibrio" di potere e diritti: un "potere statale" nel quale sembra rientrare anche il fondamento di diritti individuali (derivati) e, dall'altro lato i diritti originari alla partecipazione in lotta contro il potere al fine dell'integrazione[63]. In generale, dunque, la costituzione mista può esser definita come *contextio* di elementi diversi per natura. Nella stagione liberale si tratta dei diritti individuali fondamentali e di poteri, ma prima di allora la *contextio* non riguarda diritti individuali –o riguarda quei diritti al potere proprî dei 'corpi' e imprecisamente detti 'personali'[64]. Riguarda insomma, solo poteri *in mixtione* con altri poteri; poteri necessariamente diversi per natura : uno 'Status mixtus' che, in effetti, non è che una forma della 'vera forma' della costituzione[65]. Ora, tuttavia, atteggiata la 'cosa' della costituzione mista preliberale in base all'originarietà ed alla preesistenza dei poteri, si delinea un problema fondamentale da mettere a fuoco: le condizioni interne dell'unità come fibratura della costituzione. Non c'è alcun dubbio che la questione della statuizione del potere in regole legali, si mostra storicamente legata al monopolio regio della legislazione e si disponga ad archeologia dell'unico potere; si tratta d'un percorso storicamente assai accidentato, perché nell'Europa continentale d'Occidente, ancora agli albori della modernità politica, il diritto legale regio è intanto solo una delle fonti del diritto, ma serve indubbiamente a stabilire il ruolo della supremazia e della subordinazione dei poteri ; e, con questo mostra un radicale cambiamento della costituzione rispetto alla tradizione schiettamente medievale, quando la concezione 'ontologica' del diritto, pretende d'essere sostanza dello stesso potere politico[66] ed è in questo senso profondo che va intesa la questione della supremazia della legge (sul potere). La modernità politica nasce con l'opposta pretesa di un potere politico imperioso che sovrasta e fa la legge e la usa in direzione del dominio indistinto dei sottoposti, siano 'corps' o individui della società. E infatti secondo l'impostazione bodiniana ogni 'corps' è sottoposto alla legge del Re, fuorché

---

[61] Schmitt *Dottrina* 75s, 265-270 ed anche 154, 171-173, 219s, 235s, etc.
[62] Schmitt *Dottrina* 219, anche 173, 222, 235. Lo Stato è, a sua volta, 'presupposto': *Dottrina* 265.
[63] E. Balibar, *Cittadinanza, nazionalità, sovranità: alcune rifessioni* (conferenza del 6 Maggio 1997, da sito telematico); edito anche in *Critica marxista* n.s. 1998 (2/3) pp. 59-64.
[64] O anche, con diversa sfumatura, 'diritti soggettivi': Weber *ES* II170, 343-344, 696 etc. espressamente ripreso da Schmitt *Dottrina* 177.
[65] Schmitt *Dottrina* 64, 154, 268.
[66] Tra le pagine archetipiche possono indicarsi quelle di Gierke, *Das deutsche Genossenschaftrecht* III p. 609s (sulla preesistenza del diritto allo 'Stato').

il Re stesso: "la prima prerogativa sovrana è il potere di dare la legge a tutti in generale e a ciascuno come singolo; ma ancora questo non è sufficiente se non si aggiunge: 'senza bisogno del consenso di nessuno'"[67]; lo si dice con evidente fondamento della soggezione alla legge anche dei 'corps' e del potere di giurisdizione dei 'corps', perché Bodin stesso specifica : "il magistrato deriva il suo potere, dopo che da Dio, dal principe sovrano, e resta sempre soggetto a lui e alle sue leggi…; sotto il nome di magistrati comprendo anche quelli che hanno giuridizione annessa a un feudo, perché riguardo a questa essi dipendono dal principe sovrano allo stesso modo dei magistrati"[68]. Si tratta d'una supremazia esclusiva nel potere legislativo, che lascia però del tutto impregiudicata la questione della natura degli altri poteri. Ed infatti, se storicamente la statuizione in regole legali del potere burocratico esprimerà, con l'istituzione d'un potere di nuovo modello, il tentativo massimo di monopolio della forza; sono poi certamente ulteriori prove di questo tentativo, esercitato attraverso una prerogativa esclusiva, alcuni esperimenti istituzionali, in realtà risalenti: sia il vincolo delle giurisdizioni dei 'corps' a giudicare secondo le leggi regie (è il principio di legalità delle giuridizioni); sia il processo di ingabbiamento legale[69] del potere di feudi e città, così evidente nei percorsi storici, e che esalta la loro subordinazione, ma non intacca per nulla la loro originarietà. Sono processi che, indubbiamente individuano 'un campo di tensione', ma indicano anche l'esatta configurazione della relazione tra poteri che nella loro possibile tensione, esprimono tuttavia, o devono esprimere, un reciproco riconoscimento, determinando l'unità. La subordinazione, così evidente nel tratto imperativo della *lex*, non può affatto prescindere da una partecipazione al potere necessariamente diretta – cioè anche infungibile- del potere subordinato; e naturalmente questa partecipazione non può a sua volta, prescindere o mettere in discussione la propria posizione di subordinazione, che tuttavia, partecipando, deve esprimere un grado o una porzione di potere capace di rispettare l'ordine dell'insieme e il fatto della costituzione come unità: la partecipazione in quanto grado dell'unità, si gradua perciò necessariamente in una gerarchia. Questa partecipazione infungibile è evidentemente una necessità, e per meglio dire, una funzione dell' unità: si tratta della necessaria partecipazione alla funzione d'ogni potere in tensione nella costituzione; ed è funzione che deve affermare ogni potere esistente nella relazione come necessario per sé, naturalmente, ma anche, finché la relazione resiste, all'esistenza altrui. Insomma la partecipazione infungibile d'un' 'corps' al potere, deve potersi costituire in una funzione dell'unità politica. La esperienza medievale e preliberale ha elaborato in modo precipuo ed evidente una sola funzione capace di tanto, e cioè di partecipazione infungibile e di grado

[67] J. Bodin, *De Republica libri sex*, I cap. 10. Uso l'ediz. in latino del 1601 (da Ursellis, ex off. C. Sutorij, sump. I. Rhodij), che confronto con quella in francese del 1583. Il testo è nella traduzione italiana di M. Isnardi Parente (Bodin, *I sei libri dello Stato* I [Torino 1964] p.491). Riprendo la questione *infra*, nel saggio su Bodin.

[68] Il brano è solo nel testo francese del 1583 *Les six Livres de la République* (Paris, chez I. du Puis; rist. an. Aalen, Scientia Verlag 1977) p. 431-432 (l.III cap. 5); lo cito dalla traduzione italiana di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni (Bodin, *I sei libri dello Stato* II [Torino 1988] p.176-177). Qui si tocca uno dei nodi fondamentali del pensiero feudale di Bodin, perché è evidente che, nel brano, s'intende non solo una dipendenza della giurisdizione feudale dalla legislazione regia, ma anche una sua derivazione dal Re; questo obbliga Bodin (a differenza di Loyseau) ad una negazione della *cohaerentia territorio* della giurisdizione feudale, che incespica, in fondo, ad ogni passo contro la circolazione *iure commerciorum* delle giuridizioni feudali e contro la loro ereditarietà. Assai significativo è il confronto sul tema tra le diverse redazioni del testo bodiniano. Anche questo profilo è sviluppato nelle pagine seguenti su Bodin.

[69] Si tratta, in sostanza, d'una delimitazione gerarchica dell'ambito d'esercizio del potere d'un 'corpo intermedio' all'interno d'una funzione corporata: la lunga vicenda della legislazione regia 'sulla' giuridizione feudale (ad esempio nell' Italia meridionale) è esemplare.

strutturale nella partecipazione: la giurisdizione. Ed infatti, mentre la legislazione s'afferma presto come monopolio sempre più esercitato del potere monarchico, la giurisdizione resta per secoli, e fino alla fine dell'Antico regime, il luogo della pluralità e della partecipazione.

Testi antologici tratti dalle edizioni citate:

Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, pp. 265-270.

Max Weber, La politica come vocazione, pp. 58 e 59.

Max Weber, *Economia e società*, pp. 214

TITOLO ORIGINALE:

CARL SCHMITT

Verfassungslehre

Duncker & Humblot, 1928, Berlin
Traduzione italiana di Antonio Caracciolo

Carl Schmitt

Dottrina della costituzione

a cura di
ANTONIO CARACCIOLO

UNIVERSITA' DEGLI STUDI — LECCE
Facoltà di Economia e Commercio
Istituto di Diritto
B.C. 50 DATA 8.9.96
N. INV. 763 D.P.R. 371/82

MVLTA PAVCIS AG

GIUFFRÈ EDITORE
MILANO - 1984

Il principio organizzatorio della distinzione dei poteri appartiene essenzialmente a una costituzione dello Stato di diritto, ed è stata giustamente posta la questione se questo principio sia per la sua fondamentale importanza superiore anche ad ogni modifica e revisione della costituzione. Dal punto di vista dello Stato di diritto la questione dovrebbe essere risolta positivamente, cfr. E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 120 ss. Qui è però negato che la costituzione di un popolo politicamente esistente possa essere formata soltanto dai princìpi dello Stato di diritto, questi formano tutt'al più un elemento moderatore della costituzione, che si aggiunge ai princìpi politici (*infra*, § 16, p. 265).

§ 16.

STATO BORGHESE DI DIRITTO E FORMA POLITICA

I. *La costituzione del moderno Stato borghese di diritto è sempre una costituzione mista.*

1. L'elemento dello Stato di diritto, con i due princìpi dei diritti fondamentali (come principio di divisione) e della divisione dei poteri (come principio organizzatorio), non contiene in sé considerato una forma di Stato, ma solo una serie di limiti e di controlli dello Stato, un sistema di garanzie della libertà borghese e la relativizzazione del potere statale. In questo sistema lo Stato stesso, che deve essere controllato, è presupposto. I princìpi della libertà borghese possono ben modificare e temperare uno Stato, ma da soli non fondano una forma politica. «La libertà non costituisce nulla», come ha detto giustamente Mazzini. Da ciò segue che in ogni costituzione con l'elemento dello Stato di diritto è connesso e misto un secondo elemento di princìpi politico-formali.

Secondo una divisione tramandata dall'antichità si distinguono tre forme di Stato: monarchia, aristocrazia e democrazia. Questa divisione può qui essere provvisoriamente accettata; la diversità essenziale di base dei princìpi politico-formali è illustrata più avanti (II). I princìpi della libertà borghese modificano però la posizione e l'importanza degli elementi politico-formali e fanno delle forme di Stato mere forme legislative o governative. Il concetto di governo è poi di nuovo relativizzato e limitato in un sistema di divisioni e controlli dal predominio della legge e dall'indipendenza della giurisdizione. Con l'aiuto dei princìpi della libertà borghese, quindi, ogni Stato — senza riguardo alla sua forma di Stato o di

governo — può essere limitato nell'esercizio del potere statale. Un'attuazione di questi princìpi trasforma qualsiasi monarchia in una c.d. monarchia costituzionale, limitata da leggi costituzionali, in cui la materia principale non è più il principio monarchico, ma quello costituzionale. In egual modo viene modificato il principio della democrazia e da uno Stato democratico puro si forma una democrazia costituzionale. I princìpi della libertà borghese possono perciò unirsi con qualsiasi forma di Stato, nella misura in cui sono riconosciuti solo i limiti al potere statale propri dello Stato di diritto e lo Stato non è « assoluto ».

Tutti i teorici dello Stato del liberalismo borghese pongono perciò in risalto che ogni potere statale deve essere limitato. Se essi lasciano vigere una sovranità, essi cercano di porre il concetto deviante di una « sovranità della costituzione » (cioè dei princìpi dello Stato di diritto) o astrattamente una « sovranità della giustizia e della ragione » in luogo di una sovranità politica concretamente esistente (*supra* § 1, II, p. 20). Che in particolare la sovranità del popolo abbia i suoi limiti e che anche in democrazia i princìpi dei diritti fondamentali e della divisione dei poteri non possano essere violati, è sempre di nuovo posto in risalto. Non solo da KANT nelle speculazioni teoretiche sullo Stato, ma sopratttutto dai capi del liberalismo borghese nel suo periodo classico, nel XIX secolo. « Il popolo non ha il diritto di colpire un innocente ... e non può delegare questo diritto a nessuno. Il popolo non ha il diritto di violare la libera manifestazione del pensiero o la libertà di coscienza o il processo e i dispositivi di sicurezza della giustizia », dice Benjamin CONSTANT (sulla sovranità del popolo, *Oeuvres politiques*, ed. 1874, p. 13). GUIZOT definisce caos e anarchia la democrazia attuata in modo conseguente. TOCQUEVILLE in un famoso capitolo del suo libro sulla democrazia in America (lb. II, pt. II, cap. 5) dal titolo « Quale specie di dispotismo devono temere i popoli democratici » chiarisce i pericoli della « tirannia egualitaria ». J. St. MILL, *On liberty* (1849), cap. II (sulla libertà di pensiero e di discussione) dice: « Contesto il diritto del popolo di esercitare una simile costrizione (contro la libertà di manifestazione del pensiero) sia attraverso una sua propria deliberazione (popolare) sia attraverso il suo governo. In questa materia il miglior governo non ha più diritti del peggiore ». Lo scritto di Mill è perciò assai significativo, perché sotto l'impressione dell'anno 1848 mostra la contrapposizione dei princìpi liberali e democratici, una contrapposizione che nel frattempo è divenuta ancora più consapevole per l'unione di democrazia e socialismo. Oggi la diversità di questi due princìpi potrebbe essere riconosciuta, su ciò Carl SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1926, p. 21; F. TÖNNIES, *Demokratie und Parlamentarismus*, in *Schmollers Jahrbuch*, Bd. 51 (1927), p. 173 s.; ID., al congresso dei sociologhi tedeschi, nel 1926, p. 35: « La proprietà privata e la divisione dei poteri sono princìpi liberali e non democratici ». In questo contesto si colloca anche la protesta dei maestri di diritto tedeschi come H. TRIEPEL e J. GOLDSCHMIDT contro l'abuso del potere legislativo e l'assolutismo delle decisioni di maggioranza (*supra*, § 13, I 3, p. 193). Persino negli Stati Uniti, la cui costituzione è consapevolmente fondata sulla contrapposizione fra Stato di diritto che divide i poteri e democrazia, ma la cui ideologia politica parlava finora di « democrazia » in modo non problematico e ottimistico solo perché non aveva bisogno in pratica di rendersi consapevole della fondamentale contrapposizione, la distinzione è oggi riconosciuta, cfr. N. MURRAY BUTLER (*Der Aufbau des amerikanischen Staates*, ed. tedesca, Berlin, 1927, p. 253): « È cominciata la lotta fra libertà ed eguaglianza. La storia dei secoli a venire dovrà essere scritta nel segno di questa grande disputa ».

La moderna costituzione dello Stato di diritto può perciò presentarsi tanto nelle forme di una monarchia quanto in quelle di una democrazia. Solo è di ostacolo ad una attuazione conseguente del principio dello Stato di diritto l'attuazione conseguente del principio politico-formale, dimodoché esistono sempre solo monarchie o democrazie moderate, cioè modificate e intralciate dai princìpi propri dello Stato di diritto, fino a che è effettivamente riconosciuto e attuato il principio liberale della libertà borghese. La costituzione dello Stato borghese di diritto è perciò innanzitutto una costituzione mista nel senso che l'elemento in sé autonomo e concluso dello Stato di diritto si unisce con elementi politico-formali.

2. In un senso più ampio la moderna costituzione dello Stato borghese di diritto è una costituzione mista anche perché in essa entro il secondo elemento, quello politico, sono uniti e mischiati insieme elementi e princìpi politico-formali disparati

(democrazia, monarchia, aristocrazia). Questa parte politica delle costituzioni odierne corrisponde ad un'antica tradizione, secondo cui l'ordinamento statale ideale si basa sempre su un'unione e mescolanza di princìpi politico-formali diversi.

L'ideale della costituzione mista risale alle teorie dello Stato dei filosofi greci e a seguito degli scritti di ARISTOTELE e POLIBIO ha avuto in influsso assai forte. Si deve osservare che la divisione delle forme di Stato in democrazia, aristocrazia e monarchia si lega con la distinzione delle costituzioni buone e cattive, poiché ognuna delle tre forme di Stato indicate può « degenerare » e solo la giusta mescolanza offre la migliore costituzione. Su ciò Richard SCHMIDT, *Verfassungsbau und Weltreichsbildung*, Leipzig, 1926, p. 23 ss. Secondo Aristotele nella « politica » si lega il dominare e l'esser dominati. Questo è il suo vero ideale di Stato, che nella concreta attuazione deve sempre condurre ad una mescolanza degli elementi politico-formali. Polibio nella costituzione romana, per lui esemplare, vede la mescolanza delle forme nel fatto che l'assemblea popolare (il *populus*) mette in risalto l'elemento democratico, il senato quello aristocratico e la magistratura quello monarchico. Nella dottrina politica del medioevo è soprattutto TOMMASO d'AQUINO, che ritiene lo *status mixtus* la migliore costituzione della comunità politica: *Summa theologica*, I, II; 105, 1 (su ciò Marcel DEMONGEOT, *La Théorie du Régime mixte chez Saint-Thomas d'Aquin*, Tesi, Aix, 1927).

A partire dal XVI sec. lo Stato del principe assoluto ha respinto questo ideale di una costituzione mista ed ha realizzato l'ideale della costituzione pura, cosicché — storicamente considerata — la teoria della costituzione pura (non mista) appare come la teoria dell'assolutismo. MACHIAVELLI, che peraltro si trova interamente nella tradizione classica, dice tuttavia: uno Stato duraturo deve essere o una monarchia pura o una repubblica pura; forme di Stato che oscillino fra l'una e l'altra sono inadeguate (*Sopra il reformar lo Stato di Firenze*). BODINUS è pure un avversario delle costituzioni miste, ma soprattutto HOBBES e PUFENDORF che lo segue (*de iure naturae et Gentium*, VII, 5; § 12, 13, *de republica irregulari*, § 5 nelle *Diss. Academicae*, 1675, p. 93 ss.).

In opposizione a questa dottrina dello Stato dell'assolutismo la teoria del moderno Stato di diritto inizia con la teoria della forma di Stato mista. Gli avversari del principe assoluto, i c.d. monarcomachi, l'hanno rappresentata. CALVINO, alle cui dichiarazioni risalgono molte tesi politiche importanti dei monarchomachi, ha dichiarato nella *Institutio religionis christianae*, lib. IV, c. 20, e precisamente in un'aggiunta dell'edizione del 1453, § 7 (*Corpus Reformatorum* 29, p. 1105) esser migliore l'aristocrazia o una costituzione temperata di aristocrazia e politica (*vel aristocratiam, vel 'temperatum' ex ipsa et politia 'statum'*). Su Leibniz cfr. GIERKE, *Althusius*, p. 179; sulla teoria dello *Status mixtus* diffusa nel Reich tedesco, *ivi*, p. 181 ss.

Per l'ulteriore sviluppo della teoria del moderno Stato di diritto la dottrina sorta in Inghilterra è di gran lunga la più importante. BOLINGBROKE ha unito la dottrina del bilanciamento dei poteri e dell'« *equilibrium* » (*supra*, p. 245) con le teorie della forma di Stato mista (*mixed government*, in opposizione a *simple government*) ed ha visto già realizzata nella costituzione inglese l'unione ideale: il re inglese rappresenta un elemento monarchico, la camera alta uno aristocratico, la camera bassa uno democratico; una forma pura, non mista sarebbe arbitrio, « *without control* »; la monarchia da sola sarebbe dispotismo, la democrazia da sola anarchia (*Mixed Works*, III, p. 206). La dottrina dell'equilibrio dei poteri e la dottrina della forma di Stato mista si intrecciano. MONTESQUIEU assume e modifica alla sua maniera intelligente questi modi di pensare in una teoria della degenerazione della forma di Stato; egli ritiene ideale una mescolanza di aristocrazia e monarchia e un governo ben temperato (*Esprit des lois*, libro XI e VIII). Anche BURKE, che per il resto è un avversario di Bolingbroke, esalta la costituzione inglese come *mixed and tempered government*, come monarchia limitata dalla camera alta e dalla camera bassa (*Works*, V, p. 229). Nel *Federalista* (1788), le cui vedute sono decisive per la costituzione federale degli Stati Uniti, è pure chiesta una mescolanza e un temperamento, che si volge particolarmente contro la democrazia pura. Infine anche SIEYÈS, l'autore della maggior parte dei progetti costituzionali della rivoluzione francese, aveva idee simili; cfr. la sua dichiarazione del 1801 (in E. HIS, *Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts*, I, 1920, p. 353, nota 151): il fondamento di una buona costituzione deve essere democratico, la parte media aristocratica e la chiave di volta monarchica. Come esempio del pensiero teorico costituzionale dei liberali tedeschi valga la seguente frase di H.A. v. GAGERN: « È nella natura delle forze il fatto che esse siano esercitate, e nella natura del potere il fatto che cerchi di espandersi. Per limitare queste forze e poteri nello Stato, l'elemento monarchico, aristocratico e democratico, in modo che debbano tollerarsi vicendevolmente, l'acume umano ha ideato il sistema della costituzione rappresentativa e la storia l'ha perfezionato » (*Über die Verlängerung der Finanzperioden und Gesetzge-*

bungslandtage, 1827). Questa frase non contiene solo il credo politico del barone von Gagern, ma innanzitutto l'essenza politica dello Stato borghese di diritto. Anche F.C. DAHLMANN nella sua *Politik* (§ 99, p. 83 della III ed. del 1847) dice: « La forma di governo di un grande Stato, per aver durata, non deve essere formata da elementi affini, ma differenziati »; egli trova nella costituzione inglese un siffatto mescolamento e una siffatta divisione.

3. La costituzione dello Stato borghese di diritto conosce propriamente solo forme di governo e di legislazione, in cui il « governo » nel senso del principio della distinzione dei poteri è distinto in quanto esecutivo dal legislativo. In se stesso l'elemento dello Stato di diritto non significa né una costituzione né una forma di Stato autonoma. Perciò in esso l'unità politica non può essere inclusa come tale e come un insieme. Il potere costituente in particolare rimane sempre fuori di questo elemento e con i princìpi e i concetti della mera statualità del diritto il problema del potere costituente non si può risolvere né teoricamente né praticamente. Perciò esso è per lo più o semplicemente ignorato oppure è reso oscuro in una mescolanza di concezioni liberali e democratiche e in astrazioni come « sovranità della giustizia » o « sovranità della costituzione ». Al riguardo si deve ricordare che la questione del potere costituente è inevitabile e che la risposta a questo problema risponde anche alla questione della forma di Stato, mentre invece la mescolanza delle forme politiche nello Stato borghese di diritto deriva dal fatto che « poteri » diversi possono essere distinti solo quando essi siano organizzati secondo princìpi politico-formali, per es. il legislativo democraticamente, l'esecutivo monarchicamente, ecc.

Max Weber

LA SCIENZA COME PROFESSIONE

LA POLITICA COME PROFESSIONE

Traduzioni di Pietro Rossi
e Francesco Tuccari

Introduzione di Massimo Cacciari

OSCAR MONDADORI

conda che il detentore del potere impieghi l'amministrazione sotto la propria regia personale e la faccia gestire da servitori personali o da funzionari al suo servizio o da favoriti e fiduciari personali i quali non sono proprietari, vale a dire possessori a titolo personale, dei mezzi materiali d'impresa, ma vi sono preposti dal signore; oppure che accada il contrario. Questa differenza attraversa tutte le organizzazioni amministrative del passato.

Un gruppo politico nel quale i mezzi oggettivi dell'amministrazione si trovino in tutto o in parte in possesso dell'apparato amministrativo dipendente lo chiameremo un gruppo articolato «per ceti». In un gruppo di tipo feudale, per esempio, il vassallo sosteneva di tasca propria le spese dell'amministrazione e della giustizia nel territorio a lui assegnato in feudo, provvedeva autonomamente al proprio equipaggiamento e al proprio approvvigionamento per la guerra; e i vassalli a lui subordinati facevano lo stesso. Ciò aveva naturalmente conseguenze rilevanti sulla potenza effettiva del signore, la quale si fondava soltanto su un legame di fedeltà personale e sul fatto che il possesso feudale e l'onore sociale del vassallo traevano la propria «legittimità» dal signore stesso.

E tuttavia, risalendo indietro fino alle più remote formazioni politiche, noi troviamo dappertutto anche la regia personale del signore: attraverso uomini che dipendono direttamente dalla sua persona – schiavi, funzionari domestici, servitori, «favoriti» personali e beneficiari remunerati in natura o in denaro dalle sue casse private – egli cerca di mantenere l'amministrazione nelle proprie mani, di procurare i mezzi di tasca propria, dai proventi del suo patrimonio, di creare un esercito che dipenda rigorosamente dalla sua persona, perché equipaggiato e approvvigionato dai suoi granai, magazzini, arsenali. Mentre

in un gruppo sociale articolato «per ceti» il signore domina con il sostegno di un'«aristocrazia» indipendente, con la quale condivide quindi il potere, in questo caso egli si appoggia su schiavi domestici o plebei, vale a dire su strati di nullatenenti privi di un proprio onore sociale, i quali sono interamente dipendenti da lui dal punto di vista materiale e non dispongono in alcun modo di un proprio potere che possa concorrere con quello del signore medesimo. Tutte le forme di potere patriarcale e patrimoniale, di dispotismo sultanistico e di ordinamento statale burocratico rientrano in questo tipo: in particolare, l'ordinamento statale burocratico che è caratteristico, nel suo sviluppo più razionale, anche e soprattutto dello Stato moderno.

Lo sviluppo dello Stato moderno ha ovunque inizio nel momento in cui il principe mette in moto il processo di espropriazione di quei «privati» che accanto a lui esercitano un potere amministrativo indipendente: di coloro cioè che possiedono in proprio i mezzi dell'amministrazione, della guerra, delle finanze e beni di ogni genere che siano utilizzabili in senso politico. L'intero processo rappresenta un perfetto parallelo con lo sviluppo dell'impresa capitalistica attraverso la progressiva espropriazione dei produttori indipendenti. Alla fine vediamo che nello Stato moderno il controllo di tutti i mezzi dell'impresa politica viene di fatto a concentrarsi in un unico vertice e che nessun funzionario singolo è più proprietario personale del denaro che spende o degli edifici, delle scorte, degli strumenti e delle attrezzature militari di cui dispone. In tal modo si è oggi compiutamente realizzata nello «Stato» – ciò che è essenziale per il suo stesso concetto – la «separazione» dell'apparato amministrativo, vale a dire dei funzionari e dei lavoratori dell'amministrazione, dai

mezzi oggettivi dell'impresa.

5) In caso di razionalità vale il principio della completa separazione dell'apparato amministrativo dai mezzi di amministrazione e di acquisizione. I funzionari, gli impiegati e i subordinati dell'apparato amministrativo non hanno in proprietà i mezzi materiali di amministrazione e di acquisizione, ma questi sono loro consegnati in natura o in denaro, ed essi ne devono rendere conto. Esiste quindi il principio della completa distinzione del potere proprio dell'ufficio (o dell'impresa) — ad esempio il capitale — dai mezzi privati (bilancio personale), e così pure della sede dell'ufficio dall'abitazione privata.

6) Nel caso di compiuta razionalità manca ogni appropriazione dell'ufficio da parte di chi lo detiene. Laddove è costituito un « diritto » all'« ufficio » (come ad esempio per i giudici, e di recente per gran parte dei funzionari e dei lavoratori), esso serve di solito non allo scopo di una appropriazione da parte dei funzionari, ma alla garanzia di una condotta di ufficio puramente oggettiva (« indipendente »), e vincolata soltanto alle norme.

7) Il principio della conformità agli atti dell'amministrazione vale anche laddove la discussione orale è regola di fatto o disposizione precisa: almeno le discussioni preliminari, le proposte e le decisioni conclusive, le disposizioni e le prescrizioni di ogni tipo sono fissate per iscritto. Gli atti e l'esercizio continuativo da parte dei funzionari costituiscono l'organo di ufficio, centro di ogni moderno agire di gruppo.

8) Il potere legale può assumere forme assai diverse, di cui più avanti si parlerà in particolare. Di proposito verrà qui analizzata, come tipo ideale, soltanto la struttura più propriamente di potere dell'apparato amministrativo — cioè la struttura del « corpo dei funzionari », della « burocrazia ».

Che la specie tipica del capo venga lasciata da parte, si spiega in base a circostanze che solo più tardi diverranno interamente comprensibili. Tipi molto importanti di potere razionale appartengono, dal punto di vista formale, a tipi diversi per ciò che riguarda il loro capo (esempio di potere carismatico-tradizionale è la monarchia ereditaria, di potere carismatico è il presidente plebiscitario); altri sono razionali dal punto di vista materiale in aspetti importanti, ma costruiti in un modo che risulta intermedio tra la burocrazia e il carismatismo (come il governo di gabinetto); altri ancora sono diretti dai capi (carismatici o burocratici) di altri gruppi (come i ministeri di partito dai capi dei « partiti »). L'apparato amministrativo di tipo razionalmente legale è capace di universale applicazione, ed è il più importante nella vita quotidiana. Infatti il potere è in primo luogo, nella vita quotidiana, amministrazione.

306
WEB
01.01
C.1

MAX WEBER

ECONOMIA E SOCIETÀ

Introduzione di Pietro Rossi

VOLUME I

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI - LECCE
CENTRO DI SCIENZE
BANCARIE - ASSICURATIVE
B. C. N° 8 DEL 26.10.88
INV. 115

FAC. DI SCIENZE ECONOM. - BANCARIE ASSIC. E FINANZ.
BIBLIOTECA
UNIVERSITÀ DI LECCE

EDIZIONI DI COMUNITÀ

3. Una costituzione per Bodin

1. Introduzione

Sembra paradossale, e forse non lo è, che l'idea d'una costituzione, in Bodin, possa essere ricercata in quella 'costituzione mista' alla quale proprio Bodin è, come si sa, contrario. Bodin in verità, è contrario alla teoria classica del 'governo misto' che definisce la costituzione per la differente matrice 'politica' delle parti costitutive (aristocratica, democratica etc.), mentre il rinato concetto di 'costituzione mista', storicamente ambientato dal Medioevo all'Età moderna, definisce piuttosto il modo genetico del potere in mescolanza: se potere originario o derivato. Quest'ultima è una riflessione che poggia su alcuni presupposti che qui non possono essere esaminati o sostenuti; e cioè, anzitutto, sul fatto che fino alla modernità politica, ed all'aprirsi della stagione burocratica, quel che esiste (perché politicamente rilevante) in costituzione si dà in una originarietà esistenziale, e non derivata: 'Dei dispositione' secondo il detto del Glossatore[1]. Inoltre, queste 'parti' della costituzione, che potremmo chiamare, e non sarebbe una novità, 'corpi intermedi', sono potere nel fondamento della loro stessa esistenza, ovvero hanno un diritto proprio al potere (o 'sono' potere), cioè, come dicono gli antichi giuristi, hanno potere 'iure proprio'[2], che è un modo di indicare, il potere originario. L'originarietà non è dunque, come sarà in seguito, è cioè nella stagione successiva alla Grande Rivoluzione, una qualità esclusiva del potere sovrano[3], ma una necessità plurale della costituzione, perché solamente nella partecipazione di queste parti c'è l'unità politica, anche nel senso della necessaria mescolanza di 'poteri' non semplificabili in una derivazione, sia tra loro sia con quei poteri (come quello burocratico) derivati da un maggior potere, che già, in quell'età prerivoluzionaria, ci sono od iniziano ad articolarsi. Che molti dei poteri costituiti in unità necessaria siano nati dal seno della vita, ed originari, lo hanno ben visto Brunner[4], ed altri autori ; ad esempio Mousnier[5], che apre la sua opera maggiore con una chiara distinzione tra feudo ed officio, cioè con la distinzione elementare tra poteri originari e derivati[6]; oltre naturalmente alle percezioni di autori classici e, per così dire, coevi, da Loyseau a Montesquieu, che, in un celebre brano, evoca questa necessità contro il monopolio della forza: la necessità dei poteri cittadini, feudali, vescovili, ed altro. Il potere regio tenta dunque, con successo, grazie alla burocrazia di base legale[7], di affermarsi all'interno della costituzione mista e nell'unità politica, come mostra, ad esempio, il secolare conflitto, e la tensione, tra la giurisdizione del Re e quella feudale, dalla conquista del *dernier ressort* fino alla prassi delle avocazioni a favore delle corti regie, così precocemente evidente nell'esperienza inglese, e poi, significativamente, nella

---

[1] Lo leggo in antico scritto di F. Ercole, *Dal Comune al Principato. Saggi...,* Firenze 1929, p. 227 nt.2.

[2] Uso non a caso un giurista meridionale, che viene istintivo paragonare al poco anteriore Loyseau, e cioè O. Montano, *De regalibus tractatus* (1634), Napoli 1718^2, p. 138 b.

[3] G.Vallone *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, riportato *supra* in questa dispensa.

[4] O. Brunner, *I diritti di libertà nell'antica società per ceti*, pp. 208, 209, 211 (e cfr. p.142).

[5] La questione è evidentemente sottesa, sulle orme di Loyseau, in R. Mousnier, *Le gerarchie sociali* (1969), Milano, Editr. Vita e pensiero, 1971 pp. 51-72 (e 13-16), con dotta prefazione di Ettore Rotelli. Qualche altro riferimento in G. Vallone, *La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner*, riportato *supra*.

[6] R. Mousnier, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971^2, pp. 7-10, 77s, 95s. Sulla natura originaria del potere feudale farò cenni in seguito, e altrove.

[7] L'amministrazione moderna si fonda sull'oggettivazione giuridica, sul diritto astratto, come ha mostrato Weber. Bodin dice, con suggestione moderna, "l'officier est la personne publique qui a charge ordinaire limitee (ed. lat. munus definitum) par edicte": J. Bodin, *Les six Livres de la République* (Paris, chez I. du Puis 1583; rist. an. Aalen, Scientia Verlag 1977) lib. (e non liv.) III, cap.2 p.372 .

Spagna, nell'Italia meridionale e nella stessa Francia. Tutto questo può intendersi indubbiamente come lotta per il 'monopolio della forza', come tentativo in certa misura di successo, ma certo non coincide con l'instaurazione dell'unico potere politico, se con quest'espressione intendiamo quell'unico potere politico che, costituendosi, non riconosce potere originario altro da sé e che corrisponde al potere sovrano nel suo senso pieno e moderno. Viceversa, la costituzione mista dispone più poteri originari in subordine al potere sovrano: un percorso che mostra a sufficienza perché mai, in tale costituzione, la sovranità sia, propriamente *superioritas*. Dunque intuiamo un rapporto complesso, ma assolutamente necessario tra costituzione mista e 'sovranità', indicato in modo esemplare da Loyseau: "la souveraineté est la forme qui donne l'estre à l'Estat, mesme l'Estat et la souveraineté prise *in concreto* sont synonimes"[8] e che deve essere messo in chiaro per Bodin, il che ci pone subito di fronte alla interpretazione schmittiana del suo pensiero costituzionale. Si tratta di una interpretazione celebre e molto discussa, e non indulgo alla molta letteratura che ha prodotto, ma soltanto ai suoi noti nodi tematici. Infatti per Schmitt l'idea, così celebre, che vero sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione,[9] è già un'idea di Bodin, e nella sua opera "appare chiaro che questo concetto (di potere supremo) è orientato al caso critico, cioè al caso di eccezione...La validità scientifica e la ragione del successo (della sua definizione) consistono dunque nel fatto che egli ha introdotto la decisione nel concetto di sovranità"[10]. Schmitt, non fa vera o radicale differenza tra costituzione mista e quella monista quando nella costituzione (mista) s'è affermato quel potere 'irresistibile' che esercitandosi, in particolare, con una decisione sullo stato d'eccezione, assume in sè la totalità dei poteri (comunque) costituiti ed esprime nel suo atto di volontà l'unità politica; avverrebbe così un superamento sintetico della costituzione mista, e siccome lo stesso Bodin parrebbe, secondo Schmitt, orientare in questo senso la sua idea di sovranità, ogni sforzo tentato per accertare la sopravvivenza, in Bodin, d'una costituzione mista parrebbe marginale rispetto alla reale importanza ed al concreto portato di modernità del pensiero bodiniano. Tuttavia, unità politica e costituzione non definiscono il loro esserci nel solo stato d'eccezione: c'è anche la vita ordinaria dell'unità politica, l'ordinario dispiegarsi dei poteri costituiti, o com'è stato detto lo 'stato normale' dell'unità politica[11]. Indubbiamente Bodin afferma, e lo fa nei brani indicati da Schmitt, che nell'occasione, il Re può "mutare le leggi o addirittura eliminarle"[12]; e tuttavia in un solo punto egli indica chiaramente questa, che è indubbiamente una decisione, come legata ad uno stato di crisi o d'eccezione: "si la necessité est urgente, en ce cas le Prince ne doit pas attendre l'assemblée des estats ny le consentement du peuple, duquel le salut

---

[8] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, [Paris], par Balth. l'Abbé 1613, p.22. La definizione è esemplare anche perché far essere un ente secondo la propria forma (ch'è la capacità riconosciuta alla 'souveraineté'), indica che, in sostanza, quell'ente preesiste alla sua siffatta formazione, e la preesistenza è il segno di poteri originari e comunque non derivati dalla stessa 'souveraineté'; quindi della costituzione mista. Sembra questo il processo genetico di costruzione della 'souveraineté', per cessione al 'souverain' di "quelque peu" di 'puissance' dei liberi: J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 6 p. 70.

[9] C. Schmitt, *Teologia politica* (1922[2]; 1934), nel suo *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a c. di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 27-86: pp. 44-47 (in polemica con Kelsen).

[10] C. Schmitt, *Teologia politica* pp. 35-36.

[11] G. Duso, *Teologia politica e logica dei concetti politici moderni in Carl Schmitt* (1996), in *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, Polimetrica, 2007[2], pp. 185-213:191-192. Pone il problema di uno 'stato di normalità' della sovranità e della costituzione in relazione alla lettura schmittiana di Bodin anche R. Schnur, *Individualismo e assolutismo* (1963), a c. di E. Castrucci, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 48-51.

[12] C. Schmitt, *Teologia politica* p. 36.

depend de la prevoyance et diligence d'un sage Prince"[13]; si tratta, come si sa, d'un brano nato all'interno della polemica sul ruolo degli 'stati'[14] con la libellistica ugonotta, e in particolare con il *Du droit des Magistrats*, dove si sostiene, esattamente al contrario di Bodin, che 'les Estats sont par dessus les Rois'[15]. Tuttavia, negli altri punti, la necessità di cambiar la legge (o di farla) è piuttosto un'opportunità, ed è comunque legata solo alle ragioni della legge stessa[16]; e, in altri termini, il Principe, e per meglio dire, il Re è svincolato dalla legge, e lo è anzitutto al fine precipuo della creazione di nuova legge, ch'è quanto definisce in essenza, secondo le riflessioni tradizionali su Bodin, la sua idea di sovranità. Si tratta di un avvenimento legato alla vita della costituzione, e sembra di poter dire che, per Bodin, la sovranità risponde, nella sua imputazione regia, anzitutto all'esigenza dell'unità politica, ma, appunto, secondo il suo 'stato normale', secondo il normale dispiegarsi dei poteri nella costituzione, ed anzi si potrebbe dire che quel che a Bodin pare 'necessaire' nel mutare le leggi, non è subito uno stato di necessità come causa del mutamento, ma è che il Re non abbia impaccio nel mutarle secondo la 'occurrence des cas' [17]. Certo egli percepisce, e a volte indica, la possibilità d'un intervento regio, d'una decisione, sullo stato d'eccezione, ma non è certo su questa percezione ch'egli elabora la sua teoria della sovranità, che invece poggia sullo stato ordinario dell'unità e della costituzione[18]. È in questa direzione, orientata sulle tradizionali letture, che s'incontra il pensiero costituzionale di Bodin. Così la partita si gioca sul concetto di *lex* (*loy*), e sul monopolio regio del potere legislativo per natura sovraordinato: "par ainsi on void que le poinct principale de la maiesté souveraine, et puissance absolue, gist principalement à donner loy aux subiects en general sans leur consentement"[19]. Va però notata, ed è stata più volte notata, la puntigliosa precisazione sul 'consentement' o 'consensus'. Indubbiamente con tale inciso, Bodin pensa anzitutto alla irrilevanza del consenso degli 'estats' all'atto legislativo, con tutte le implicazioni relative alla polemica contro la libellistica di parte ugonotta, che negli *États Généraux* riponeva il diritto di resistenza al potere ingiusto, e la prova vivente della (mitica) 'antica costituzione', nella quale il potere sarebbe derivato al Re dal diretto, o indiretto, 'consentement' sociale. C'è tuttavia una ragione più profonda di modernità, che riguarda specificatamente la questione del *consensus*. La grande dottrina medievale dell'ordine, quella certa *convenientia entium*, cioè delle anime, come dice Tommaso, potenzia ogni forma di partecipazione, ogni co-spirare insieme delle volontà individuali[20], nel

[13] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 140; Si tratta del brano capitale per Schmitt.
[14] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 8 pp. 137s.
[15] Th. de Bèze, *Du droit des Magistrats sur leurs subiets traitté*..(ed. crit. R.M. Kingdom), Genève, Droz (1970), 2010, pp. 49s.
[16] Un punto notevole in J. Bodin, *Les six Livres de la République* IV cap. 3 p. 576.
[17] Bodin *Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 142. Insomma, il cambiamento della legge sembra affidato, in Bodin, al libero (in definitiva) apprezzamento da parte del Principe della sua 'utilità', "selon l'exigence des cas, des temps et des personnes" (*Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 145: si tratta del brano usato in C. Schmitt, *Teologia politica* p. 36); e, per certo, questo tipo di 'utilità' del cambiamento è in ragione della funzione ordinaria della legge, e non di uno stato generale di necessità o di crisi.
[18] In questo senso già R. Schnur, *Individualismo e assolutismo* pp. 50, che afferma la presenza, in Bodin, d'una esplicita formulazione del potere del Re 'di decidere sullo stato d'eccezione', il che non può intendersi come una teorizzazione bodiniana della sovranità anche in direzione dello stato d'eccezione.
[19] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 142.
[20] Tra tanti riferimenti possibili, indico, anche per la sua vocazione applicativa alle arti, P. Schiera, *Il 'bonum commune' tra corpi e disciplina: alle radici della politica nel Medioevo*, in «Democrazia e diritto» 31 (5-6, 1991) pp. 29-51: 46-47.

senso del loro intimo conformarsi alla ragione di Dio che si mostra nell'ordine del mondo. Tutto quel ch'è 'comune', questa inerenza di senso nelle anime, svela l'ordine. Si tratta dell'implicazione ontologica delle volontà, che pone "il *consensus* come *prius* logico della *voluntas* precettiva vera e propria"[21]. Quando, invece, Bodin precisa puntigliosamente che il 'potere assoluto' è davvero tale allorché viene esercitato 'sans consentement' di alcuno, taglia di netto col passato e individua senza ambiguità la nuova radice del monopolio della forza. In effetti la caduta del profilo consensuale esalta non solo la solitudine istituzionale del Re nell'esercizio della legge[22]; ma esprime anche la nuova e radicale ragione della superiorità del Re sulla legge. E, perciò, in altro celebre luogo bodiniano, la disponibilità regia della legge è definita "summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas"[23] con evidente distanza dalla idea medievale, detta nella pagina d'un celebre commentatore, "Princeps est subditus legi, sicut quilibet cuius potestas limitata est, ut cum ratione et causa disponat omnia, regendo se et subditos"[24]. Nella differente posizione teorica del *Princeps*, se subordinata o superiore alla legge, quel che cambia è anzitutto la consistenza della legge, con la caduta della sua matrice preesistente ed 'ontica'. C'è un brano, in Bodin, certamente noto, come tutti quelli qui in uso, ma che va forse riproposto all'attenzione in coerenza con quanto precede: "il y a bien difference entre le droit et la loy: l'un n'emport rien que l'equité, la loy import commandement, car la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance"[25]. Qui si vede bene che il monolite 'ontico' del diritto naturale e divino, al quale possiamo avvicinare le 'lois fondamentales', sembra circondare ancora la volontà del Re, come limite invalicabile, e, per meglio dire valicabile solo a certe condizioni iscritte nel concetto di 'iuste cause', che per quanto ormai, nell'età bodiniana, sussistente di esili ragioni[26], sarebbe comunque errato ridurre a pure condizioni di coscienza. Tuttavia nell'ambito delle 'lois civiles', non c'è grande imbarazzo nell' affermazione, in sostanza autoritaria, d'una *lex nova*. Perciò, disarticolata dal corpo del 'diritto' la *lex nova*, e tutte le leggi positive, ripongono la condizione della propria esistenza nell'autorità, al punto che, se pur "en bonnes et vives raisons, neantmoins...elles ne dependent que de sa pure et franche volonté"[27]. Questa

---

[21] E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1961, vol. II, pp. 104s..

[22] P. Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico* (1998) in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 443-469: 459-460, con legame diretto al pensiero di Montaigne e Bodin.

[23] J. Bodin, *De Republica libri sex*, I cap. 8 (cito dalla ed. latina del 1601 da Ursellis, ex off. C. Sutorij, sump. I. Rhodij) p. 123

[24] Andrea da Isernia, *In usus feudorum commentaria*, in L. F. II, 51 (*de capitaneo*) nr. 29, Francofurti, apud her. a. Wecheli, 1598 p. 588a, e anche il brano in L. F. II, 55 (*quae sint regalia*), nr. 74 (p. 780a). Si tratta d'un testo variamente noto, ad esempio, al Calasso, al Cortese etc., e che rispecchia comuni pensieri di quell'età; il che vale egualmente quando il giurista aggiunge "si (Princeps) potestatem absolutam exerceat sine causa, non est qui cogat eum..., peccat tamen", ma egli fa il giusto se il senso del bene è causa della sua volontà nel trasgredire la legge.

[25] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 155; *De Republica libri sex*, p. 159 ("plurimum distat lex a iure: ius sine iussu ad id quod aequum, bonum est; lex autem ad imperantis maiestatem pertinet"). Quest'argomento, si sa, è avversato dalla libellistica ugonotta.

[26] La questione della rilevanza nel pensiero bodiniano del concetto 'iuste cause', è sottile e va trattata altrimenti. Dico solo che Bodin ribadisce fino alla noia la soggezione del Re al diritto divino e al diritto naturale; ma riconosce apertamente anche la possibilità del rescritto *contra ius divinum-naturale* (ad es. in tema di diritto di proprietà, posto che tale istituto sia di *ius divinum-naturale*) per 'iuste cause', e questa ormai sussiste sempre implicita nella regia volontà. In verità, ciò non autorizza ad ipotizzare Bodin come un furbesco sostenitore dell' onnipotenza regia, perché il piano della sua proposta è teorico, ed egli non teorizza alcuna superiorità del Re allo *ius divinum-naturale* e rende perciò credibile la sua polemica contro i 'flatteurs'. Piuttosto sembra inattaccabile in assoluto il piano di quelle che si possono definire 'lois fondamentales' (ad es. I cap. 8 p. 137).

[27] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 8 p. 133.

riduzione teorica, qui appena affermata, della *ratio* a *voluntas*, importa la metamorfosi della natura della *lex* da dichiarativa a costitutiva di norme, ma non è, indubbiamente, una novità, ed anzi, a voler adottare il criterio formalistico della filiazione delle teorie, Bodin si pone piuttosto alla fine d'una tradizione dottrinale[28]; la sua novità consiste piuttosto nell'aver elevato questa tradizione a teoria della politica, e di aver intuito l'importanza del diritto astratto in direzione della modernità. Ancor più in profondità, direi che tutto ciò non produce grandi novità sul piano della dottrina giuridica perché questa nuova teoria della sovranità come volontarismo della legge e del Re, infrange anzitutto la dimensione tradizionale del consenso e propone un nuovo, più largo e indistinto, orizzonte di legittimazione del comando.

E tuttavia, ci si chiede: questa radice, o germoglio, di volontà incondizionata e questo potere assoluto, disposto, come sappiamo sul piano ordinario o normale della costituzione, si propone o no, nello stesso pensiero di Bodin, come potere politicamente unico nella costituzione, o egli riconosce, fors'anche *malgré lui*, l'esistenza di altri poteri non derivati dalla 'souveraineté', ma *in contextione* con essa? Bodin è osservatore, e certamente assertore, dei 'corpi intermedi'; e noi sappiamo che il *corps* o *è* potere, o non è. Come risolve, egli, nella sua teoria, la vocazione monopolistica del potere regio, così prepotentemente affermata, e le esistenze plurali di corpi intermedi, che è naturale ritenere dotati d'un diritto proprio al potere?[29] Nel fondamentale capitolo settimo del libro terzo (*des Corps et Colleges, Estats et Communautés*) si inizia con una manifestazione inequivocabile del principio dell'ordine come *mixtio* unitaria di *partes* distinte: "la difference de la famille aux corps et colleges, et de ceux-cy à la Republique, est telle que du tout à ses parties"[30], al quale principio potrei connettere diverse altre convergenti affermazioni. Bisogna però guardare più in profondità. Così, c'è una chiara professione d'origine (e, in verità, di 'fondamento') d'ogni potere nella famiglia, che esprime in sé -per natura- appunto il meccanismo elementare d'ogni potere: comando e obbedienza[31]; e la famiglia si trasfonde negli organismi più complessi, perché "l'origine des corps et colleges est venuë de la famille comme du tige principal"[32]. Però, ci si chieda: la costituzione d'una unità politica determina, nel pensiero di Bodin, la scomparsa o invece la sopravvivenza, e come, del potere di "corps et colleges"? Per certo, la famiglia è nella attuale costituzione fin dalla prima definizione di questa, e nella prima pagina dell'opera: "République est un droit gouvernement de plusiers mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine"; e, nessuno lo nega, la famiglia - diciamo pure l' *oikos*- è in questa costituzione secondo quel suo potere, e in subordine alla 'souveraineté', come si legge in una pagina anch'essa iniziale; ma che ne è di 'corps et colleges'? Con grande determinazione, si è sostenuto che, nella teoria politica bodiniana, le condizioni dell'unità dispongono l'intera area dei corpi intermedi come "spossessata da ogni autonomo potere", sicché ogni potere altro da quello regio "non può essere inteso che come potere istituito dal potere sovrano, sua articolazione derivata, priva di autonomia, e quindi sempre

---

[28] Non è affatto invecchiata l'analisi dedicata all' origine ed allo sviluppo della risoluzione della *causa* nella *voluntas*, con attenzione anzitutto ai *rescripta contra ius*, ma anche alla norma generale della *lex*, che si legge in E. Cortese, *La norma giuridica*, vol. II, pp. 39-99, 241-293: 40, 257s, 261s, 272s, 275s (277).

[29] Ne tratto in G.Vallone *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, riportato sopra.

[30] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 474.

[31] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 4 p. 29.

[32] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 474.

revocabile"[33]. Le cose tuttavia sono assai più complesse, e già quella pagina iniziale, indica ogni *corps* come essenzialmente potere, cioè 'commendement particulier' ('privata potestas')[34], ed è opportuno valutare un'opposta prospettiva di lettura, che consente, come io credo, di proporre la costituzione come ordine di quanto in essa si conserva nella propria originarietà, e che non è soltanto la famiglia. Inoltre il ruolo costituzionale almeno dell' *oikos*, e quindi la partecipazione politica di un 'edificio sociale', di un' 'economica'[35], secondo un potere privato, apre una serie di prospettive di estremo interesse (sul tipo di rapporto tra i concetti di 'pubblico' e 'privato', sul concetto di funzione, sul sistema dei poteri, etc.) che intanto consentono di valutare l'ipotesi, da tempo avanzata, di "una teoria del potere diffuso" nella costituzione[36], pur in subordine generale ad un potere eminente che da 'governante' e coordinatore dell'unità, tende, nell'opera di Bodin, a rendersi potestativo. Certo, c'è una notevole ambiguità di Bodin già nella concezione dei poteri diffusi e subordinati e, in particolare, in tema di 'puissance des colleges'. Egli vuole indicare il loro potere 'en general', cioè nei tratti comuni, e lo fa con rapidità (un potere deliberativo, un potere di ordinanza ed un potere coercitivo: tutti interni e mai *contra legem*[37]); si tratta d'una definizione del ruolo costituzionale dei *corps*, indicato come necessario, per la sua *mediocrité*, contro la tirannide[38], e, certamente è una medietà sottostante "la puissance souveraine"[39]. Poi, nel proprio interno, il potere s'esercita secondo un regime apposito costituito da "reiglements, statuts et privileges particulieres"[40]. Resta però nell'ombra il fondamento sul quale i *corps* esercitano il loro potere e lo regolano secondo un diritto. È problema di importanza estrema, se misurato sul paradigma della costituzione mista, e sul quale molto è stato scritto. Certo si dice chiaramente che "les statuts du college" sono "establis par le souverain, ou bien par le fondateur du corps et college auctorisé par le souverain"[41]. Qui Bodin tocca una questione classica del diritto comune, e che il diritto comune affronta anzitutto nella specie non dei "corps et colleges" ma in quella dell' ordine municipale con speciale riferimento all' Italia comunale; ma, a prescindere dagli statuti 'dati' dal Principe, ch'è sempre un caso residuale, la questione di principio, la domanda necessaria, è la stessa: la comunità ha un diritto proprio al potere, e, nel caso, a disciplinarsi con statuto, pur restando quel potere e

---

[33] A. Biral, *Jean Bodin e la moderna scienza politica* (1980), in *Storia e critica della filosofia politica moderna*, Milano, Franco Angeli, 1999, pp. 43-64: 48, 57 etc. La lettura, molto intensa, di Biral, non tende a cogliere, nel pensiero bodiniano, un potere irresistibile capace di sostituire gli altri in casi d'eccezione; ma tenta di individuare nello 'stato ordinario' della costituzione la presenza d'un unico potere originario dal quale tutti gli altri derivano, e che sarebbe dunque, non *superioritas*, ma sovranità. Mi pare assai più aderente alla impostazione bodiniana quanto si legge in M. Scattola, *Ordine della giustizia e dottrina della sovranità* in J. Bodin, ne *Il potere,* a c. di G. Duso, Roma, Carocci, 2000, pp. 61-75: 66-67.

[34] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 3 p. 19; *De Republica libri sex*, pp. 21-22.

[35] O. Brunner, *La 'casa come complesso' e l'antica 'economica' europea* (1958), in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1968), a c. di P. Schiera, Milano , Editrice Vita e Pensiero, 1970 pp. 133-164; O. Brunner, *I diritti di libertà nell'antica società per ceti* (1952), in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale* pp. 201-216: 202. Riflessioni in G. Duso, *La costituzione mista e il principio del governo: il caso di Althusius* in «Filosofia politica» 19 (1, 2005), pp. 77-96: p. 80, e, specifiche su Bodin, in E. Di Rienzo, *L'aquila e lo scarabeo. Culture e conflitti nella Francia del Rinascimento e del Barocco*, Roma, Bulzoni, 1988, pp. 113-121: 116-117.

[36] E. Di Rienzo, *L'aquila e lo scarabeo* p. 115.

[37] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 pp. 481- 489.

[38] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 pp. 499- 495; *De Republica libri sex*, pp. 535-539 ; *I sei libri dello Stato* , vol. II, pp. 278-285. Sul punto D. Quaglioni, *La sovranità*, Bari, Laterza, 2004, pp. 53-55.

[39] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 478.

[40] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p.478.

[41] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 485.

quello statuto subordinati al potere (ed alle *leges*) del Principe, o si tratta invece d'un potere in tutto derivato, e si potrebbe dire delegato, dal Principe? Nel diritto comune la questione, pur all'interno di una serie di distinzioni di grande importanza, che qui tuttavia non rilevano, è presto risolta, sulla base di diverse norme, sul punto esplicite, di diritto romano; ma solo i grandi giuristi del Commento porranno con chiarezza la questione del 'fondamento' d'un tal potere e della sua relazione col potere sovraordinato, ed in conseguenza antichi maestri, come Besta, hanno visto lo *ius statuendi* come un diritto originario delle comunità che lo esercitavano, con ripetute conferme, e, da ultimo, con notevole forza costruttiva[42]. E Bodin? Si noti ch'egli tende a mettere sullo stesso piano gli 'statuts' dati dal Re, e gli 'statuts' che il Re semplicemente autorizza: quasi fossero entrambi, e non lo sono, il frutto d'una diretta creazione regia. È un'operazione che sembra volutamente occultare la tensione e la distanza, cioè anche l'autonomia, tra poteri diversi, quello subordinato che crea la norma e quello sovraodinato che la conferma semplicemente. Si tratta d'una tendenza che sembra potenziata dalla traduzione latina dell'opera, dove i *corps* sono definiti "coetus in Republica iure sociati": tal diritto, che, già per forma verbale, incombe sui *corps*, è, naturalmente, uno *ius cum iussu*, una *lex* del Re, che tuttavia non riesce ad eliminare ogni forma autonoma della vita associata; senza il suo intervento, si dice in un luogo centrale, "corpora et collegia" perderebbero ogni loro "ius et nomen"[43], e già questo mostra che c'è uno *ius* proprio dei *corps* che, in qualche modo, preesiste alla *lex*, e questa si pone come condizione di loro presenza nell'unità, ma non come fondamento dell'esistenza stessa dei *corps*. Si tratta d'un loro diritto alla partecipazione politica anzitutto secondo un proprio diritto ad esistere : "tout corps ou college est un droit de communauté legitime sous la puissance souverain: le mot legitime emport l' autorité du souverain, sans la permission duquel il n'y a point du college"[44]; ma è anche un diritto ad esistere politicamente secondo un diritto proprio al potere, perché "quand je dy droit de communauté, i'enten que les corps et colleges, puissent traiter en leurs assemblees seulement ce qui leur est commun"[45]. Si profila allora un diritto originario che contiene un potere originario, secondo le stesse fonti di diritto comune qui recepite in pieno accordo, ed è raro, da Bodin[46], anche se egli si guarda bene dal sottolineare tale carattere. Certo è vero, Bodin ripete spesso, ed in vario modo, in questo torno di pagine "coetus vero iure prohibiti, collegia non sunt", ma il Re non crea una vita associata, benché possa influire sulla sua esistenza civile o politica fino a negarla; e se non c'è negazione può ancora sostenersi che quanto è davvero comune lo è, nella stessa costituzione, per forza intrinseca. Questo si spiega con la concezione assolutistica di Bodin, certo più

---

[42] L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2003[2], pp. 17-35: 20, ove sono indicati (da Mannori) "centri (d'imputazione [città, villaggi, corpi professionali] degl'interessi collettivi presenti all'interno dello spazio statale) che a loro volta non esistono per un *fiat* del potere centrale, ma in virtù di un loro potere originario".

[43] J. Bodin, *De Republica libri sex*, III cap. 7 pp. 516, 517, 518.

[44] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 478.

[45] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 488.

[46] Si rinvia, come unica autorità, sul punto indicato alla nota precedente, alla gl. *Aut rationem* in *Cod*. 8, 53, 2, vista come tentativo, dibattuto nella scuola, di fondare su base consuetudinaria- e dunque originaria- l'autonomia cittadina: O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftrecht* III (1881; r. an. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954) pp. 216-217. Bodin si guarda bene dal richiamare le più forti teoriche autonomistiche che i Commentatori avevano elaborato da *Dig*. 1, 1, 9 *Omnes populi* e da altri luoghi notevoli.

avanzata e determinata di tante concezioni di diritto comune sulla *confirmatio* regia[47]; è però una concezione che propone il potere eminente e sovraordinato solo nell'ordito ordinario o nello 'stato normale' della costituzione e si definisce nel porre le condizioni di partecipazione politica di poteri/*corps* che non vengono sottratti alla loro alterità; ch'è poi il punto massimo di espansione, ed il confine, del potere sovraordinato, a differenza del potere irresistibile nello stato d'eccezione[48]. Su questo piano, e dunque una volta che i *corps* sono costituzione, il contenuto 'comunitario' della costituzione (cioè il modo di essere in essa potere dei *corps* e di qualunque tipo sia tal potere) retroagisce sulle condizioni stesse di espansione del potere regio. Siamo ancora ad una 'costituzione mista', ad un tessuto d'ordini dell'unità, e, alla fine, non può sorprenderci; solo Sieyès, su questo stesso piano (quello dello 'stato normale' della costituzione) potrà effettivamente dire che la distinzione dei Cittadini non può appartenere alla costituzione d'alcun popolo. Accettando tale prospettiva di analisi, si potrà variamente indagare, nell'opera di Bodin, in che modo questi poteri corporati, da pensare in generale originarî piuttosto che derivati, e per natura attivi nel solo interno dei consociati, si connettano in funzione unitaria con altri poteri, ed esprimano la loro 'politicità' in una unità politica che non può davvero essere compresa senza graduare a fondo "la permanenza, anche nei periodi di maggiore intensità monocratica...di forze sociali e costituzionali concorrenti o antagoniste al monarca"[49]. Fin d'ora, però, emerge che uno solo dei *corps* - quello 'des Iuges et Magistrats' - ha potere, per così dire, oltre di sé, e si dispone verso una platea 'plus large' dei suoi stessi consociati - propriamente un *publicum* - e lo fa, in modo precipuo, col potere di giurisdizione. Si potrebbe pensare che la proiezione di tale potere in direzione della società esprima una sorta di tentativo monopolistico sulla giurisdizione, operato dalla burocrazia regia, ed è probabilmente così. Non ci sarebbe del resto nulla di nuovo: il dominio esclusivo della giurisdizione è stato per così dire sempre una ambizione di quel che si può definire il *publicum*, termine con il quale sintetizzo la *pars publica*, cioè- secondo la dizione altomedievale- la parte regia della costituzione[50]. Il fatto è che la parte regia della costituzione, ormai costituita per *officia* giudicanti, trova una resistenza alla sua espansione (ed una resistenza da armonizzare nell'unità della funzione giurisdizionale) proprio nel fatto che gli altri *corps* sembrano esprimere il proprio potere ancora come giurisdizione. Bodin in verità tenta, né ci sorprende, di minimizzare od occultare questa natura; afferma che "quant aux autres corps et colleges, ores qu'ils ne soyent point fondés en iurisdiction ny puissance de commander, si est-ce neantmoins qu'ils ont tousiours quelque coërtion limitee par leurs statuts et privileges"[51]. L'affermazione, non esclude che i *corps* esercitino giurisdizione (il che basterebbe all'assunto), ma aggiunge che potrebbero esercitare quel 'commendement' che Bodin, come sappiamo distingue dalla giurisdizione[52], o poteri ancor minori. Tuttavia chi legga con

---

[47] Richiamo, per avere termini di paragone, la complessa vicenda della redazione delle *coutumes*: V. Piano Mortari, *Diritto romano e consuetudine redatta in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè 1962, pp. 84ss. con un intervento regio che non può definirsi davvero novativo.

[48] G. Vallone, *La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner* , riportato *supra*.

[49] E. Rotelli, P. Schiera, *Introduzione* a *Lo stato moderno. I. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1976 pp. 5-17: 15.

[50] Ad es. in F. Bougard, *La justice dans le Royame d'Italie de la fin du VIII^e siècle au début du XI^e siècle*, Roma, École française de Rome, 1995, p. 151 e *ad indicem*.

[51] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 482.

[52] L. Mannori, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune in* in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 19 (1990) pp.

attenzione l'insieme, non si sottrae alla sensazione che quello stesso minimo potere coercitivo non sia altro che sostanziale giurisdizione interna al *corps*, per impugnabile o meno che essa sia dinanzi all'officiale regio, al quale egli riserva la qualifica di "iuge ordinaire du college", benché si tratti di competenza ordinaria che par limitata al caso limite dell'esclusione 'sans cause' d'un membro dal collegio ad opera del collegio stesso[53]; in generale non sembra che Bodin dissenta da quanto, d'un tratto, si lascia sfuggire "il y a ie ne sçay quoy de particulier en chacun college, qui ne peut estre si bien entendu ny iugé que par les collegues du mesme corps"[54]. Siamo insomma ancora di fronte a quelle di scelte di occultamento e a quelle creazioni d'ombra nell'opera di Bodin, che bisognerebbe infine mettere in chiaro. In questo caso si spiega almeno, o si contribuisce a spiegare, perché, in quest'opera, la giurisdizione gioca un ruolo subalterno, e non nella prospettiva funzionale, che resta basilare, ma proprio per la sua frammentazione e pluralità (prescindiamo ora se a titolo originario o derivato), e ha probabilmente l'ambizione, ma non certo la forza, a differenza della legge, di proporsi come monopolio regio: "la marque de souveraineté n'est pas de faire iustice, parce qu'elle est commune au Prince et au subiect"[55]. Non è un caso che la giurisdizione non corrisponda all'esigenza d'esclusività che sembra già intravedersi come tratto della 'souveraineté'; se ogni *corps*, ogni potere originario, vibrante di esistenza, deve partecipare all'unità, a pena di dissolverla, allora un'unità è possibile solo come insieme di relazioni anche pericolose tra i poteri; e in età medioevale emerge una sola esperienza capace di esprimere questo campo di tensioni come laboratorio unitario; ed è la giurisdizione, che disponendo la naturale articolazione delle impugnazioni in ordine gerachico dei poteri, ne struttura la pluralità in unità; ne è, propriamente, ed in modo diverso dalla legge, 'funzione'. In effetti "mentre la legislazione s'afferma come monopolio sempre più esercitato del potere monarchico, la giurisdizione resta per secoli il luogo della pluralità e della partecipazione"[56]. Per tutto questo, Bodin sa bene, e proprio in riferimento alle giurisdizioni, che quanto si determina come potere nella funzione 'pubblica'(per il 'pubblico'), può non essere del *publicum* (cioè del Re), ed ecco sorgere, esattamente a questo punto, il problema della giurisdizione feudale, ch'è poi la nervatura fondamentale della costituzione, e di quel che è 'politico' nel potere. Devo notare anzitutto che Bodin non sembra così preoccupato dal potere di resistenza che la feudalità raccolta negli *États* può opporre al tentativo monopolistico regio, tanto quanto lo è dalla diffusione territoriale e capillare delle giurisdizioni; se il percorso dal particolarismo feudale alla coesione cetuale dei feudali esprime davvero un possibile percorso della modernità politica[57], qui Bodin sembra piuttosto volgersi alle dimensioni strettamente territoriali e medievali del potere; e per certo anche da tale prospettiva la costruzione bodiniana sembra interessata anzitutto al piano ordinario d'esercizio costituzionale del

---

325-504: 390-392.

[53] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 484; e a p. 481 si dice poi che 'Iuges et Magistrats' servono anche per 'reigler les autres colleges et le corriger s'ils mesprennent contre les loix': ma nulla indica che essi abbiano giurisdizione esclusiva su 'corps et colleges'. Si può pensare allora, che la giurisdizione regia abbia competenza generale su 'corps et colleges' ma in fase di gravame, salvo interventi di prima istanza come quello indicato nel testo. Evito di immaginare casi di giurisdizione concorrente.

[54] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 481.

[55] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 10 p. 215.

[56] Così G. Vallone *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, edito *supra* nella dispensa.

[57] O. Hintze *Condizioni storiche generali della costituzione rappresentativa* (1931) nel suo *Stato e Società*, a c. di P. Schiera, Bologna Zanichelli pp.102-137: 131s., 135 e altrove.

potere[58]. E tuttavia egli ha un'aspirazione di modernità che fa valere nello stesso piano della 'police ordinaire' della costituzione, dove concorrono, e Bodin lo sa bene, poteri di ambito 'particulier' (e, in tal senso, 'privata potestas'), poteri di titolo privato, e poteri derivati dal *publicum*. Tra i primi va certamente enumerata la giuridizione 'domestique'[59] alla quale sembra ricollegabile la 'puissance particuliere de commander' attribuita 'aux corps et colleges en general'[60], perché l'una e l'altra sono poteri limitati agli appartenenti o, come si dice, a quel 'qui est leur commun'[61], benché sia difficile dire se Bodin li ritenga 'particuliers' per questo o (anche) perché per lui politicamente irrilevanti nella costruzione costituzionale: certo la tensione è da lui fissata tra 'puissance publique' e 'puissance particuliere'. Invece sia la giurisdizione regia che la stessa giurisdizione feudale si rivolgono, indubbiamente, ad una più ampia platea di sottoposti ('hors leur college'). C'è tuttavia una differenza, perché se la giurisdizione regia deriva dal *publicum* (è il *publicum*, la *pars publica*), per quel che riguarda la giurisdizione dei feudali, se si dovesse far riferimento al loro titolo su di essa, dovremmo ascriverla ai poteri 'privati', perché in generale "la proprieté est à eux"[62], pur essendo evidente che il loro potere è per 'il pubblico'. Per risolvere questo dilemma in termini di unità politica, Bodin potrebbe allora tentare di sviluppare l'idea, da lui stesso avanzata in generale, che la 'iustice' come tutto quel ch'è 'commun', è, o può essere 'public'[63], cioè 'oggettivamente' pubblica, appunto perché definita dal lato (indistinto) dei sottoposti ('il pubblico'): un esperimento tentato da altri , come per certi tratti Loyseau, o il meridionale Montano (1634), nei quali, variamente, si medita che se non tutti i poteri sono 'publicum' e perciò del Re, o dal Re, però tutti i poteri politicamente rilevanti (anche se di titolo privato) sono per il 'pubblico' e possono perciò essere uniformati in una funzione 'pubblica'. Una intuizione felice, che, in piena sintonia con le condizioni della costituzione, esprime al tempo stesso il 'partage' del potere e la destinazione uniforme del comando. E cos'altro aveva detto, secoli prima, Baldo, geniale, come sempre, quando afferma, con gli occhi alle partizioni di giurisdizione in una costituzione, che "iurisdictio in substantia sua est indivisibilis, cum pro parte explicari non potest "[64]. Tuttavia Bodin non indica questa soluzione; anzi bisogna notare nel suo pensiero una notevolissima oscillazione su questo punto; nell'edizione francese egli ha un chiaro sussulto monista (che possiamo interpretare come 'moderno'), e invece di sfruttare quella possibilità, da lui stesso predisposta, di creare la radice plurale d' una funzione pubblica per l'unità, con una 'iustice' in sé 'public', nega d'improvviso lo spessore di campo della costituzione. Per lui, qui, la 'iustice' è sempre e soltanto (cioè anche nel caso della giurisdizione feudale) di 'personnes publiques', di soggetti 'pubblici'. Dopo aver affermato di conoscere due soli tipi di comando emanati 'par puissance publique', quelli del 'souverain' e quelli del magistrato (indubbiamente sia 'officier' che 'commissaire'), subito aggiunge "sous le nom de Magistrats, i'enten aussi ceux qui ont la iurisdiction annexée aux fiefs, attent qu'ils la tiennent aussi bien du Prince souverain comme les Magistrats: de sorte qu'il semble qu'il n'y a que le

[58] Potrei dire la 'police ordinaire': J. Bodin, *Les six Livres de la République* IV cap. 3 p. 576.
[59] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 p. 430.
[60] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 3 p. 19.
[61] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 7 p. 481.
[62] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 p. 436.
[63] J. Bodin, *Les six Livres de la République* I cap. 2 p. 14. Al brano dà rilievo P. Mesnard, *Il pensiero politico rinascimentale* (1951^2), cur. L. Firpo, Bari, Laterza, 1964, vol. II p. 149.
[64] Nel suo commento feudale in L. F. II 55 § *praeterea ducatus* nr.23 (Lugduni, apud Io. Pidierium, 1550) c.104rb.

Princes souverains qui ayent puissance de commander"[65]. Ecco dunque costituita per apparenza, attraverso l'equazione tra magistrato e feudale[66], l'esclusività regia del comando (e della giurisdizione); ma è un'apparenza contro la quale retroagisce continuamente la affermazione avanzata dallo stesso Bodin del titolo dominicale (cioè feudale) sulle giurisdizioni feudali, perché è questo titolo, questo modo diverso di possedere (in feudo) la giurisdizione, che crea la distanza incolmabile dal modo delle giurisdizioni *in officio* (termine che intendo, per brevità, ma non senza appoggio in Bodin stesso, inclusivo dei caratteri essenziali comuni sia a 'officiers' che a 'commissaires'). Di tale impostazione nemmeno lo stesso Bodin poteva essere davvero soddisfatto, ed il brano (intendo quello contenente l'equazione tra magistrato e feudale) è omesso nell'edizione latina[67], che non riprende la proposta della giurisdizione solo per 'personnes publiques', né occulta il titolo dominicale sulle giurisdizioni feudali; piuttosto nega la *cohaerentia territorio iurisdictionis* sul territorio concesso in feudo[68], e lo fa in base ad una norma regia, al chiaro scopo di limitare la vendita di giurisdizione ai soli casi in cui essa è venduta espressamente[69]: un tentativo che in ogni Regno poggia su *leges*, in genere aggirate[70], come nella stessa Francia, se è vero che ancora all'alba della Rivoluzione la *cohaerentia territorio* è ritenuta esistente[71]. Bodin ripiega insomma dalle proprie aspirazioni di fondo e riconosce l'efficienza del *medium* giuridico che esprime i poteri; la superiorità del Re è ricordata, come sarà anche in Loyseau, per il riconoscimento di 'tenir du souverain' il feudo, propria del rapporto feudale[72], mentre la riserva al Re del 'dernier ressort et droits de souveraineté'[73] non fa che ribadire il vertice della gerachia di poteri diversi. Egli ha un bel rimpiangere le origini carolingie quando "Duchès, Marquisats, Comtés" erano 'commissions', con le loro giurisdizioni, revocabili 'au plaisir' dal Re; ormai nella stessa Francia i feudi, anche quelli con giurisdizione, ammesso che ce ne siano senza, sono patrimonio ereditario e 'en proprieté'[74]: il che è sufficiente a definirli, come si dirà in età illuministica, poteri 'innati', e dunque originarî, anche per l'eventualità remotissima d'un loro ritorno scadenzale al Re. Per Bodin i feudi dovrebbero ritornare 'en leur nature'[75], alla loro origine magistratuale (di 'commissions'), ma è costretto

[65] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 pp. 431-432.
[66] La fonte di questa equazione potrebbe essere italiana, fors'anche in Matteo d'Afflitto, al Bodin ben noto: G. Vallone, *Iurisdictio domini. Introduzione a Matteo d'Afflitto etc,* Lecce, Milella, 1985, pp. 159-160.
[67] J. Bodin, *De Republica libri sex*, III cap. 5 p. 468.
[68] J. Bodin, *De Republica libri sex*, III cap. 5 p. 473, con un lungo intervento, non presente nella precedente edizione francese, contro la *cohaerentia territorio iurisdictionis* ('nec tamen cohaeret'), con parole forti contro la venalità dei Re.
[69] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 6 p. 466; *De Republica libri sex*, p. 503.
[70] Per il Regno meridionale G. Vallone, *Iurisdictio domini,* p. 151s.
[71] V. de Mirabeau, *Précis de l'Organisation ou Mémoire sur les États Provinciaux* (*L'ami des Hommes ou Traité de la Population*, t. IV), Hambourg, Hérold, 1758[4], pp. 44, 89: si pretende per la monarchia salda, "droit de jurisdiction subordonnée, mais inhérente à ses fiefs, attendu que dans toute Monarchie féodale (la seule qui puisse être solide) la justice est annexée au territoire".
[72] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 p. 436. Nota, come timido in Bodin, il riconoscimento costituzionale della giurisdizione feudale V.I. Comparato, *Sulla teoria della funzione pubblica nella ' République' di J. Bodin*, in *La République di J. Bodin,* Firenze, Olschki, 1981, pp.93-112: 103-104.
[73] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 p. 436.
[74] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 p. 436; anche I cap. 10 p. 229 (e con più forza nell'ed.lat. p. 249) e altrove.
[75] J. Bodin, *Les six Livres de la République* V cap. 5 p. 780.

semplicemente a rampognarne il commercio[76] che, evidentemente, li ha del tutto mutati, sottraendoli a quella natura che egli, con estrema chiarezza- e per differenza fondamentale- riconosce come "propre à l'office" (esteso appunto alle 'commissions') perché "il y a grand difference de dire que la puissance ou iurisdiction est propre au Magistrat en qualité de Magistrat, ou bien en qualité de particulier "[77]. Quel che snatura l' 'office', e che ormai è 'naturale' del feudo, è il titolo dominicale su di esso, ed è questo titolo che costituisce la differenza capitale tra quel che definisce il *publicum* (che è ancora la parte regia della costituzione assai più che 'diritto pubblico') e quel che non può esserlo perché è proprietà di privati, con tutto quel che implica il regime giuridico della proprietà, quand'anche abbia ad oggetto un potere politicamente rilevante. Il principio bodiniano d'una critica alla venalità degli offici[78] è qui, nell'aspirazione all'unicità 'soggettiva' e per *officia* del potere politico (ch'è un modo più ampio e preciso per definire il tentativo di monopolio regio della giurisdizione). Tuttavia nella stessa teoria di Bodin, nonostante una serie di forzature e di velami, prevale il riconoscimento di quell'unità plurale di poteri diversi per origine e per regime, che è la costituzione mista, cioè la 'cosa' della costituzione. Non sorprende, perché la diversità è una possente necessità della costituzione ed anche una garanzia di sopravvivenza dei poteri contro la quale Bodin può avanzare, in concreto, solo auspici di riforma.

Testi antologici tratti dalle edizioni citate:

Jean Bodin, *I Sei Libri dello Stato*, pp. 256-257 e 374-375.

Otto Brunner, *Terra e potere*, pp. 172-174.

Alexis de Tocqueville, *L'Antico Regime e la rivoluzione*, p. 36.

---

[76] J. Bodin, *De Republica libri sex*, III cap. 8 pp. 554-555, etc.; e per altro profilo A.M. Lazzarino Del Grosso, *Nobiltà e 'roture' nel pensiero di J. Bodin*, in *Gesellschaftsgeschichte. Festschrift für Karl Bosl zum 80. Geburtstag*, München, Oldenbourg, 1988, vol. II, pp. 131-148: 140

[77] J. Bodin, *Les six Livres de la République* III cap. 5 pp. 438-439: 439. Anche da questo brano può dedursi che per Bodin il concetto di 'office', può dilatarsi ben oltre gli 'officiers' fino ad includere la natura elementare ed essenziale non solo dei 'Magistrats', il che è pacifico (III, cap. 3 p. 393), ma anche quella dei 'commissaires'. Però tra 'offices establis' e 'commissions' resta differenza capitale, al punto, ed è noto, che una monarchia esercitata per 'commissions', temporanee e revocabili *ad nutum*, sarebbe dispotica: ipotesi qui da trascurare, ma importante per evidenziare il ruolo frenante del potere, operato, secondo Bodin, dagli 'offices establis'. Anche questo mostra il suo interesse alla costituzione nel suo 'stato normale'.

[78] Se ne parla con forza anche in J. Bodin, *Les six Livres de la République* V cap. 5 p. 742-744: V.I. Comparato, *Sulla teoria della funzione pubblica nella ' République'* p.104. Nel saggio di M. P. Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought 1200-1600* (1941), New York, Russel & Russel, 1967, pp. 105-106, 112-113 si nota la critica bodiniana al regime 'privato' degli *officia* come tipica della sua idea del 'pubblico' potere, senza percezione della più profonda importanza (costituzionale) della differenza di regimi giuridici.

I SEI LIBRI
DELLO STATO

di

Jean Bodin

A CURA DI

MARGHERITA ISNARDI PARENTE

Volume primo

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

dimostrare che gli stati abbiano il potere di dare comandi, ma indica solo la necessità del loro consenso per convalidare atti che altrimenti, in quel caso, dopo la morte della regina sarebbero stati posti in discussione (e forse anche prima, quando era ancora in vita, per l'opposizione dei magistrati e degli ufficiali del Regno).

Dobbiamo dunque concludere che la sovranità del monarca non è sminuita né menomata dalla esistenza degli stati; al contrario, la sua maestà diviene molto più grande e più splendida quando egli vede tutto il suo popolo riconoscerlo per sovrano, anche se avviene che in simili assemblee i prìncipi spesso, per non lasciar delusi i propri sudditi, accordino e concedano molte cose che non concederebbero se non fossero vinti dalle ardenti preghiere e dalle giuste rimostranze del popolo, afflitto e tormentato spesso ad insaputa del principe, che non può vedere e sentire se non attraverso gli occhi, le orecchie, le relazioni altrui.

È ormai chiaro che il punto più alto della maestà sovrana sta nel dar legge ai sudditi in generale e in particolare, senza bisogno del loro consenso. A parte ciò che avviene in altri regni, qui nel nostro abbiamo spesso visto certe consuetudini generali abolite dagli editti dei re, senza consultare gli stati in proposito, quando l'ingiustizia di esse era palese (per esempio è stata cambiata senza convocare stati né generali né particolari la consuetudine circa l'eredità materna e il comportamento della madre nei riguardi della proprietà dei figli [55] che era praticata in tutta quella parte del Regno che si regola secondo consuetudini). Non c'è niente di nuovo in questo: già al tempo di Filippo il Bello fu annullata per editto, senza convocare gli stati, la consuetudine generale di tutto il Regno che vietava di condannare alle spese chi avesse perduto un processo [a]. E per editto fu pure abolita da Carlo VI la consuetudine generale che vietava di accettare la testimonianza delle donne nelle cause civili [a], senza convocare gli stati [b]. Ora, bisogna che le leggi siano in potere del principe, perché egli possa cambiarle o correggerle secondo la necessità del caso, così come il pilota (diceva il giureconsulto Sesto Cecilio) [56] deve avere in sua mano il timone per poterlo volgere a sua discrezione, se non si vuole che la nave vada a fondo aspettando di poter avere il parere di tutti quelli che porta.

Questo poi, d'altronde, è talvolta necessario non solo trattandosi del principe sovrano, ma anche semplicemente di un magistrato, come abbiamo già detto parlando di Pompeo e dei dieci commissari. Augusto per esempio dopo la battaglia di Azio fu sciolto dal senato dall'obbligo di osservare le leggi, ma non era che un magistrato in capo dello Stato, e non un principe sovrano, come diremo a suo tempo. Più tardi l'imperatore Vespasiano fu pure esentato dall'obbedienza alle leggi, con una espressa legge del popolo, secondo quanto molti ritengono, che si trova ancor oggi incisa in pietra, e che il giureconsulto chiama legge regia [c]; tuttavia a me non pare molto verosimile che il popolo, che già da tanto tempo aveva perduto il suo potere [57], potesse farne dono a chi aveva più potere di lui.

a. Contro il diritto comune: cfr. *Dig.*, V, 1 (*de iudiciis*), 79.

55. In nota, 1586: « Il 2 aprile 1554 ».

a. *Dig.*, XXII, 5 (*de testibus*), 4; disposizioni diverse dà in materia il diritto canonico; cfr. Bartolo, *Tractatus de differentiis inter ius canonicum et civile* [§ 6, V, fol. 148 r].

b. Nel 1394.

⟨*c*. *Dig.*, I, 4 (*de const. princ.*), 1 [58]⟩.

56. Probabile riferimento a Gellio, *Noctes Atticae*, XX, 1 segg., al colloquio cioè fra Cecilio e Favorino.

57. 1586: « Per quanto possa sembrare strano che la *lex regia* fosse stata presentata al popolo, dal momento che Tiberio aveva tolto a questo gli ultimi diritti di comizio e di voto ancora lasciatigli da Augusto ». In nota: « Tacito, *Ab exc. Divi Aug.*, I [15]; Svetonio »; forse, per quest'ultimo, *De vita Caesarum*, III, *Tiberius*, 57.

58. La *lex regia* di cui qui Ulpiano parla ha dato in effetti luogo a varie interpretazioni. L'interpretazione cui Bodin accenna, in base alla scoperta fatta da Cola di Rienzo del documento del 69-70 d. C. detto la *lex de imperio Vespasiani* (CIL, VI, 930) viene oppugnata nello stesso senso del Bodin anche dall'Alciato, *De magistratibus, civilibusque et militaribus officiis*, 10 segg. (*Opera*, IV, Basileae, 1582, coll. 587-588); e cfr. anche là il riferimento all'esen-

I SEI LIBRI DELLO STATO

di

Jean Bodin

A CURA DI

MARGHERITA ISNARDI PARENTE

E

DIEGO QUAGLIONI

Volume secondo

stabiliscano in primo luogo in se stessi giustizia, per poterla poi meglio rendere agli altri sudditi. E qui ci si può chiedere se è più conveniente che ogni collegio di magistrati sia giudice dei propri membri oppure che questi siano giudicati da altri; vi sono per questo ragioni particolari, che tra poco spiegherò; per il momento è sufficiente questa distinzione: se il collegio è composto per la maggior parte di uomini corrotti non è possibile lasciargli il giudizio sui loro misfatti; ma se è noto ch'essi sono persone oneste non c'è dubbio ch'è più utile sia al collegio sia allo Stato che i membri di esso siano giudicati dai loro colleghi piuttosto che da altri giudici; perché in ogni collegio c'è qualcosa d particolare che non può essere ben compreso se non dai membri stessi; e inoltre in tal modo si mantiene meglio l'unione del collegio. Fu per questa ragione che l'imperatore Adriano dispose che i senatori romani non potessero essere giudicati altro che dal senato [a]. Per la stessa ragione la giurisdizione civile fra i mercanti, per fatti che riguardano il loro commercio, è stata, prima in Italia e poi in Francia, saggiamente attribuita ad alcuni magistrati e consoli propri del corpo e del collegio dei mercanti, per decidere rapidamente le contese che sopravvengono a causa dei patti; contese che hanno una loro ragione particolare e non comune ad altre simili.

Quanto agli altri corpi e collegi, anche se non siano, come quelli dei magistrati, stati istituiti con giurisdizione e potere di comando, hanno però sempre qualche regola coercitiva fissata dai loro statuti e privilegi, e talvolta anche senza termini precisi, lasciandosi il tutto alla discrezione e prudenza del corpo e del collegio, o del capo di esso, che deve agire con quella moderazione che il padre deve avere sui figli, senza

a. Dione Cassio, *Hadrianus* [24].

24. Citato curiosamente come un autore della *Historia Augusta*, col titolo cioè di una supposta biografia. Non sembra trovar riscontro nelle edizioni del tempo, ed è forse solo equivoco del Bodin.

crudeltà né eccesso di rigore. Poiché, se la legge condanna a pagare il prezzo dello schiavo ucciso da chi aveva l'incarico di istruirlo, foss'anche per eccesso di correzione usata [a], a più forte ragione è da condannarsi colui che, avendo facoltà di moderata correzione su uomini di condizione libera, applichi loro pene così rigorose da provocarne la morte; come avveniva a Sparta, ove i giovinetti erano fustigati così crudelmente dal gran maestro della gioventù che alcuni di loro talvolta spiravano sull'altare di Diana sotto i colpi [b], non osando per lo più nemmeno gridare, per paura di essere ritenuti di animo vile. E benché l'imperatore Federico II desse ai rettori delle università potere giurisdizionale e ai direttori dei collegi facoltà di correggere i discepoli [c], ciò si deve intendere riferito a misfatti di non grande entità, benché vi siano più giureconsulti che vorrebbero esteso tale potere giurisdizionale a tutti i poteri che i magistrati hanno per concessione del sovrano [d]. E inoltre l'imperatore e il papa possono far ciò solo nei paesi che dipendono da loro; benché Gregorio XI, in una bolla concessa in privilegio all'Università di Parigi a conferma delle bolle di Papa Urbano V e papa Innocenzo VI, abbia decretato che, se uno studente commette un misfatto passibile di pena, solo il vescovo sia competente a giudicarlo, e abbia proibito di imprigionare per debiti di qualsiasi sorta, né i re di Francia né i loro magistrati sono obbligati a tener conto di queste bolle. È vero che i conventi dei religiosi hanno una facoltà di correzione sui loro membri tanto più severa quanto più la regola

a. *Dig*., IX, 2 (*ad legem Aquiliam*), 5, § 3; *Dig*., XIX, 2 (*locati conducti*) 13, § 4; *Cod*., IX, 5 (*de emendatione propinquorum*) 1.

b. Plutarco, *Lycurgus*, [18, 1].

c. *Auth*. « *habita* » (*const. Friderici extrav.*) [25], *ad Cod*., IV, 13 (*ne filius pro patre*), 5.

d. Sia detto contro il parere di Baldo, Bartolommeo da Saliceto, il Castrense, Bartolo.

25. Ma la costituzione, come si sa (cfr. Cencetti, *Studium fuit Bononie*, « Studi Medievali », III s., VII, 1966, pp. 781-833), è di Federico I (Roncaglia 1158) e non del II. Per Parigi cfr. Denifle-Chatelain, *Chart. Univ. Paris*., III, Paris, 1894, n. 1404, p. 223.

Titolo originale: *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter.*

Traduzione dalla quinta edizione rielaborata, Wien 1965.

© For the original edition 1973, by Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmastadt/Germany.

OTTO BRUNNER

TERRA E POTERE

Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale

INTRODUZIONE DI

PIERANGELO SCHIERA

GIUFFRÈ EDITORE

1983

assegniamo al diritto « borghese » o « civile ». Ma anche questo potere del padrone di casa deve avere il suo posto nella costituzione. Lo stesso vale per importanti concetti del diritto sulle cose e prima di tutto per il possesso (*Gewere*). Proprio nel « diritto privato tedesco » appare in tutta la sua evidenza il condizionamento dell'intero edificio di questa disciplina da parte della moderna sistematica giuridica, poichè proprio qui viene presentata la dogmatica degli istituti giuridici per tutto il periodo del diritto tedesco dai Germani sino ad oggi. Dal momento che la giurisprudenza deve servire al presente, essa, se vuole adempiere al suo compito, non può scegliere altra strada [29]. D'altra parte questo « presente » è oggi ben diverso da quello che sta a fondamento di questo sistema della storia del diritto [30]. L'uso linguistico abituale insomma, con la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, sembra una categoria universalmente valida. Se infatti nell'epoca più moderna si distingue tra diritto pubblico e privato, è anche vero che il principio dello Stato assoluto « le cose di governo non sono cose di giustizia » implica la distinzione tra diritto amministrativo e diritto conforme a giustizia [31]. Così Heinrich Mitteis afferma che « noi » (cioè i giuristi d'oggi) avremo sempre bisogno della distinzione tra diritto privato e pubblico « finchè avremo bisogno di chiederci, per mo-

---

(29) Molto chiara, a questo proposito, è la posizione di H. PLANITZ (cfr. *Grundzüge des deutschen Privatrechts* 1925, 1) allorchè afferma che: « Il diritto privato tedesco, come disciplina giuridica, ha come compito quello di individuare e descrivere i concetti e i presupposti che, originatisi nell'ambito della cultura tedesca, hanno contribuito all'edificazione del diritto contemporaneo ». E ancora: « Consideriamo come diritto privato solo quegli istituti giuridici che appartengono oggi al diritto privato » (p. 7). H. BRUNNER (cfr. *Deutsche Rechtsgeschichte*[2] I, VI) interrompe la stesura della propria storia del diritto, onde studiare il nuovo codice civile, « poichè spinto dalla convinzione che lo storico del diritto debba sempre tenere davanti ai propri occhi come prodotto finale il diritto attualmente vigente ». Cfr. inoltre THIEME H. in: « *ZfRG* » 62 (1942) 57 ss.

(30) WIEACKER F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 1951, 317 ss.

(31) HUBER E.R. in: « *Zeitschrift für das gesamte Staatsrecht* » 98, 311; RIETSCHEL S. in: « *MIÖG* » 27 (1906) 408 s.

tivi pratici propri dell'amministrazione della giustizia, se una certa questione appartiene alla via dell'amministrazione o a quella del diritto » [32]. Questa distinzione moderna tra diritto privato e pubblico non corrisponde tuttavia a quella del diritto romano dal quale è stata desunta la formula « jus publicum » e « jus privatum », nè tanto meno alla terminologia medioevale anche quando in questa ultima si parla di « mallus publicus » e di « privata audientia » (Tribunale comitale e Tribunale immunitario o del signore terriero) o quando noi parliamo di faida privata e di privata autorità [33].

« Privato » indica qui tutto ciò che non è soggetto al re, e nei territori, al signore territoriale. In questo senso il termine « privato » viene usato nella diplomatica dove tutti i documenti non regi vengono indicati come documenti privati. Per l'alto Medioevo Walter Schlesinger ha mostrato che « publicus » indica la sfera giuridica del re, senza che abbia importanza di quali diritti si tratti [34]. Nella

---

(32) *Lehnrecht und Staatsgewalt* 6. Cfr. inoltre WEBER M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1956, II, 387 ss. (Trad. ital. *Economia e società*, Milano 1980).

(33) Cfr. oltre, 333 ss.

(34) SCHLESINGER W. *Die Entstehung der Landesherrschaft* 1941, I 105 ss. e 204 s.; dello stesso autore *Die Landesherrschaft der Herren von Schoenburg* 1954, 168. La *Summa legum* di Raimundus di Wiener Neustadt (hrsg. v. A. GÁL, 1926; sulla storia delle sue origini cfr. LANDSBERG E. in: « *ZfRG* » 47, 1927, 821 ss.), che largo impiego trovò in Austria, pur non essendo originaria della medesima nella versione tedesca tramandataci da Pressburg, riporta le seguenti frasi: « Publicum est, quod ad imperium spectat », tradotto con « è pubblico solo ciò che appartiene all'impero », e « Privatum ius est speciale, quod ad singulorum utilitatem pertinet », tradotto con « il diritto particolare è ciò che di particolare rientra nella sfera dell'utilità di una persona particolare » (126). Per contro, alla fine della trattazione relativa al diritto delle persone nel senso delle istituzioni, troviamo i capitoli dedicati rispettivamente a « de regimine domus », « de regimine civitatis » e « de regimine principis » (208 ss.). Per il diritto reale, rinviamo al capitolo sulla stratificazione per ceti della proprietà (cfr. oltre 575). Il progetto di legge territoriale del 1571, valido per l'Alta Austria (cfr. KLEIN-BRUCKSCHWAIGER F. in: « *Mitteilungen des oberösterreichischen Musealvereins* » 92, 1947, 214 ss.) articola il diritto delle persone secondo i ceti e in riferimento alla collocazione dei medesimi in quanto autorità e sudditi.

coppia concettuale del tutto formale « pubblico-privato », « privato » costituisce per lo più soltanto una negazione. Il significato della formula può essere determinato solamente in base al concetto di « pubblico », storicamente soggetto a mutamenti. In altre parole, prima deve venir descritta la costituzione di una formazione politica: solo in questo ambito i due concetti acquistano il loro senso. I manuali, come abbiamo visto, si riferiscono con piena consapevolezza all'ordinamento giuridico del XIX secolo, ponendosi in tal modo in relazione con le due categorie di Stato e Società [35]. Certamente nella storia del diritto tale fatto non appare ovunque con sufficiente chiarezza: comunque in generale esso è un malinteso degli storici, che senza alcun riferimento al presente trasportano queste due categorie all'epoca da loro rispettivamente studiata dimenticando la dipendenza di questi concetti dal moderno sistema giuridico, che invece è sempre presente ai giuristi [36]. La consueta distinzione di diritto pubblico e privato, acquista un senso preciso solo sul presupposto del moderno concetto di sovranità e della società civile, in quanto contrapposta allo Stato sovrano. È per questo che il diritto privato, a partire dal XVIII secolo, si è trasformato in « diritto borghese », in « diritto civile » [37]. Proprio il fatto che ciò viene per lo più trascurato, rende sterile la discussione sull'applicazione della coppia di concetti « giuspubblicistico » e « giusprivatistico ». La sovranità è il presupposto di un potere statale unitario, il territorio ad essa soggetto costituisce il territorio dello Stato; gli uomini ad essa sottoposti formano l'insieme dei sudditi, il popolo dello Stato. Il potere dello Stato, il territorio dello Stato e il popolo dello Stato sono i tre concetti centrali della moderna dottrina dello Stato. Alla sfera giuspubblicistica appartengono tutti gli istituti e i corpi che esercitano un potere delegato dal

(35) HUBER E.R. 311.
(36) RIETSCHEL S. 407 ss.
(37) WIEACKER F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 273 ss.

COLLANA DI TRADUZIONI

I GRANDI SCRITTORI STRANIERI

DIRETTA DA ARTURO FARINELLI

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(GIÀ DITTA POMBA)
1947

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

L'ANTICO REGIME E LA RIVOLUZIONE

A CURA DI MICHELE LESSONA

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(GIÀ DITTA POMBA)
1947

dire, lo spirito umano di tutte le idee su cui s'erano sino allora fondati l'obbedienza e il rispetto. Da ciò la sua natura così singolarmente anarchica.

Ma provatevi a sgomberare quei resti: scorgerete un potere centrale immenso che ha attratto e inghiottito nella sua unità tutte le parcelle d'autorità e di prestigio prima diffuse in una moltitudine di poteri secondarii, d'ordini, di classi, di professioni, di famglie, di individui, e come sparpagliati in tutto il corpo sociale. Non si era mai veduto al mondo un simile potere, dopo la caduta dell'Impero romano. La Rivoluzione creò questa potenza nuova, o meglio tale potenza sorse come spontaneamente dalle rovine che la Rivoluzione aveva fatte. I governi da essa fondati sono più fragili, è vero, ma infinitamente più potenti di quelli ch'essa aveva abbattuti; fragili e potenti per le medesime cause, come altrove sarà dimostrato.

È, codesta, la forma semplice, regolare e grandiosa che già Mirabeau intravvedeva attraverso il polverio nascente dall'avanzata demolizione degli antichi istituti. L'oggetto, ad onta della sua mole, era ancora invisibile, allora, agli occhi della folla; poco per volta il tempo lo espose alla vista di tutti; ai nostri giorni giganteggia davanti allo sguardo dei principi. Costoro lo guardano con ammirazione ed invidia, e non quelli soltanto che la Rivoluzione ha creato, sibbene anche quelli che le sono più estranei ed ostili; tutti si sforzano di distrugger le immunità, di abolire i privilegi nei loro dominii. Essi confondon le schiere, uguagliano le condizioni, sostituiscono i funzionarii all'aristocrazia, l'uniformità delle norme alle franchigie locali, l'unità del governo alla molteplicità dei poteri. Essi si dedicano a quest'opera rivoluzionaria con diligenza instancabile; e se avviene che incontrino qualche ostacolo sul loro cammino, non rifuggono dal mutuare dalla Rivoluzione i suoi metodi e le sue massime. Si potè

vederli, all'occorrenza, sollevare il povero contro il ricco, il plebeo contro il nobile, il villano contro il signore. La Rivoluzione francese fu, al tempo stesso, il loro flagello e la loro guida.

CAPITOLO III.

Perchè la Rivoluzione, che fu una rivoluzione politica, procedette al modo delle rivoluzioni religiose.

Tutte le rivoluzioni civili e politiche ebbero una patria, e vi si rinchiusero. La Rivoluzione francese non ebbe un territorio suo proprio; anzi contribuì, in certo modo, a cancellar dalla carta geografica tutte le antiche frontiere. La si vide ravvicinare o dividere gli uomini a dispetto delle leggi, delle tradizioni, delle indoli, del linguaggio, creando talora inimicizie fra concittadini, e affratellando stranieri; o meglio essa formò, al disopra delle varie nazionalità, una patria intellettuale comune, di cui gli uomini di tutte le nazioni poterono diventar cittadini.

Rovistate pure gli annali della storia, e non vi troverete una sola rivoluzione che abbia avuto questo carattere: potrete ritrovarlo soltanto in talune rivoluzioni religiose. Occorre perciò paragonare la Rivoluzione francese con le rivoluzioni religiose, se si vuol chiarire il concetto in discorso col mezzo dell'analogia.

Nota giustamente lo Schiller, nella sua *Storia della guerra dei Trent'anni*, che la grande riforma del Cinquecento ebbe per effetto di avvicinare subitamente popoli che appena si conoscevano, unendoli con lo stretto vincolo di simpatie nuove. Invero furono veduti allora Francesi combattere contro Francesi, col soccorso di Inglesi;

4. Il pubblico e il *publicum* in Loyseau.

Il falso effetto di pretese continuità storiche avvolge la questione, classica negli studi giuridici, della differenza, in ogni caso dai confini incerti, tra diritto pubblico e diritto privato, e crea la convinzione, e il pregiudizio, che tale differenza sia costantemente presente nella storia costituzionale dell'Occidente, ch'è il profilo al quale è legato questo mio scritto. Si tratta d'una pretesa che coinvolge la storia stessa dei poteri politicamente rilevanti (cioè rilevanti per l'unità politica) perché secondo l'intuizione d'un riconosciuto Maestro "se è vero che, qualunque sia il criterio di distinzione che si voglia stabilire tra diritto e politica, non sarà mai consentita tra l'uno e l'altra un'assoluta separazione, la concorrenza degli elementi propri a ciascuno di essi sembra maggiore nel diritto pubblico che nel privato"[1]; ma già qui, anche ad accettare (e si potrebbe non farlo) tale inseparabilità, la concorrenza tra politica e diritto pubblico non pare disposta a storicizzarsi nella sua distinzione dal diritto privato, o a storicizzarsi fino al punto di poter prescindere dalla distinzione stessa. Invece la costellazione nella quale sono uniti diritto e politica se non mette in discussione proprio i modi del potere secondo il diritto, come avviene in un illustre storico qual è K.F. Werner, non riesce a comprendere la storicità di quel che s'intende, o si può intendere, per diritto pubblico; e tralascio parole come 'Stato' sulla cui 'cosa' dubito che si potrà trovare un accordo. Eppure i secoli centrali del Medioevo mostrano con dovizia di documenti e di riflessioni storiografiche, che poteri politicamente rilevanti di titolo regio o signorile o feudale, non differentemente da beni di uso quotidiano e comune, sono oggetto di vendita, di eredità e sono goduti *in proprium*, al punto che ci si può chiedere che cosa, in questo modo indistinto del diritto, sia effettivamente 'pubblico' e se questa cosa non pervenga al diritto come dall'esterno, in forza di quel nesso "fra le nozioni di possesso e potere" che alla fine inclina lo stesso discorso storiografico a poggiare più agevolmente su concetti come 'potenza pubblica', invece che 'diritto pubblico'[2]. Ecco dunque , comparire, se mai potessi tralasciare anche un cenno alla gran questione delle istituzioni vassallatico-beneficiarie, una curiosa questione: per comprendere in cosa storicamente quel che è 'pubblico' secondo il diritto si differenzia (se lo fa) da quanto non lo è, è necessario, proporre una differenza tra pubblico e *publicum*. Così *publicum* (termine con il quale sintetizzo la dizione *pars publica* delle fonti altomedievali), ad un certo punto del primo Medioevo, indica quella parte della costituzione che esprime un potere per l'unità politica, e dunque un potere per il 'pubblico' dei portatori (passivi) di quel potere. Tralascio la questione profonda delle relazioni possibili tra questo 'pubblico' e il *publicum*, che ha affascinato uno stuolo indefinito di pensatori i quali sempre hanno trovato il modo anche di giocare sulle risonanze evocative delle parole, e piuttosto affronto una questione interna, per così dire, al semplice, e semplificato, concetto del *publicum*. Perché l'antico concetto di "publicum", che indica, appunto nel primo Medioevo, la parte regia della costituzione, non ha ancora e in senso proprio, a che fare con un "diritto pubblico"; questo, come diritto "apposito" e mirato alle ragioni del

[1] B. Paradisi, *Il pensiero giuridico dei giuristi medievali*, in AA.VV. *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, cur. L. Firpo, Torino, Utet, 1973 (estratto) pp. 5-160:9.

[2] Mi appoggio in modo cursorio, ma altrove ne ho parlato diffusamente, alle sole pagine, che considero classiche, di G. Tabacco, *L'allodialità del potere nel Medioevo* (1970), in *Dai re ai signori...* cur. G. Sergi, Torino, Bollati Boringhieri 2000, pp. 7-66: 16,17, 40 e *passim*.

"publicum", nascerà con un taglio cesareo dal tronco del diritto preesistente (quello che disciplina il potere *iure proprietario*), elencando intanto le "cose" da disciplinare diversamente, cespiti e giurisdizioni, al fine di definirle 'regalie' naturali e 'proprie' dell'Imperatore o del Re. Il primo passo che si pone in vista della creazione d'un diritto apposito del "publicum", e perciò con esercizio a fattispecie riservate, (cioè riservate al "publicum") è, allora, la semplice dichiarazione della "inalienabilità" delle "cose" del Re[3]. Tuttavia questa 'regalità' della 'cosa', se pure la qualifica come fiscale, non ne traccia un regime apposito ed esclusivo del Re, ed è esattamente questo che retroagisce sull'inalienabilità, dato che la 'cosa' - ad esempio una giurisdizione allodiale- resta presso chi già la detiene *iure proprio*, cioè in allodio, o proprietà, purché non la venda, mentre, a quanto pare, può trasmetterla in eredità, se non in altri modi di estraneazione da sé[4]. In questo senso il passaggio dal regime allodiale del potere (una giurisdizione) a quello feudale, proprio della prima età staufica, è certamente un passo in avanti, ma non tanto verso la creazione del regime 'apposito' del *publicum*, quanto verso un ulteriore restringimento del diritto comune (cioè indistinto) sugli oggetti fiscali o regali: ad esempio la riduzione dell'area dei successibili o la necessità marcata di *licentia* per l'alienazione. Così possiamo dire che, se la 'cosa' regia in questione è un 'potere, e cioè la giurisdizione, che è, nel Medio Evo, il potere 'politico' maggiomente rilevante (cioè rilevante ai fini dell'unità politica), il suo regime comune, e cioè relativamente indistinto, e perciò con titolari plurali o plurimi su di esso, ci mette di fronte ad una condizione della costituzione[5]: uno stesso potere -la giurisdizione- può essere *iure proprio* del Re o di altri, benché sia esattamente tale effetto che la inalienabilità vuol evitare, diciamo in linea di principio, perché essa non esprime soltanto un divieto; al di sotto di questo essa traccia una aspirazione, ed anzi una pretesa di unicità del potere carica di futuro. Qui basti dire che questa pretesa deve agire sempre all'interno dell'unità politica, che nel frattempo è connotata da una plurale 'proprietà' dei poteri politici intenzionati a resistere alle aspirazioni regie: è la natura mista della costituzione[6]. Ora questa pluralità non cessa di essere per l'unità sol perché plurale: al potere preminente e insistente del *publicum* devono coordinarsi poteri altri; quest'insieme coordinato di poteri è 'il politico' che fa unità. Il potere di giurisdizione ordinato nei suoi gradi di impugnazione, rispondenti ciascuno ad una parte della costituzione, serve mirabilmente da esempio. Anche si potrebbe dire che il tratto 'politico' dei poteri, è pure, perché unificante, un suo carattere 'pubblico', non perché sia legato (soltanto) ad una imputazione del potere al *publicum*, cioè al Re, ma perché necessario per l'unità politica, e dunque per la guida del 'pubblico' sociale; per una certa rilucenza, nei poteri, del loro destino e, quasi, funzione. Quanto precede viene comunemte inteso come 'concezione proprietaria del potere', ed è anche perfettamente vero che "l'abbandono della concezione proprietaria del potere...avvenne con estrema

[3] Intendo riferirmi alle celebri norme di Roncaglia (1158), accolte nei *Libri Feudorum* II 54 (=II 53,11), e II 56 (==II 55), da consultare nelle usuali edizioni. Il volume di P.N.Riesemberg, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Thought*, New York, Columbia Un. Press, 1955 (pp. 6-8), delude, purtroppo, proprio sul piano della ricerca del concreto regime o disciplina giuridica dell'inalienabilità.

[4] La norma di *Libri Feudorum* II 54 (=II 53,11), che serve qui da riferimento puntuale, vieta, a chi vende un allodio che ha *in proprium*, la pura e semplice alienazione della giuridizione connessa.

[5] Ne tratto in G.Vallone, *La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner*, riportato sopra nella Dispensa.

[6] Ne tratto in G. Vallone *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, riportato sopra nella Dispensa.

lentezza"[7]. Ne fa ancora uso profondo e meditato, nel fiorire dell' Assolutismo francese, Charles Loyseau (1566-1627) che a differenza di Bodin, ma in adesione all'antico modello medievale, individua l'ossatura della costituzione nel potere di giurisdizione. Per lui la 'iustice' è (una parte della) 'puissance publique' ed in essa vibra intensamente, come avviene in anche in altri autori, ad esempio ancora Bodin, la mitica sua unicità, indicata ai tempi della conquista della Gallia ad opera dei Franchi; a quel tempo, quel potere era interamente in proprietà ('seigneurie publique') del Re, 'selon sa vraye nature' [8]. Data l'unicità del proprietario, il carattere 'pubblico' del potere non suscita dubbi legati al titolo proprietario su di esso, e nemmeno genera domande sul suo essere 'pubblico', perché il Re è il *publicum* della costituzione, qualunque rapporto evochi questa parola con la platea dei sottoposti. Tuttavia questo mito delle origini si fa storia in una prassi di alienazioni o usurpazioni (il tratto di Loyseau ricordato da Montesquieu) ond'è che "toutes Iustices viennent de lui (Roi), mais les ayant alienées, elles ne sont plus à lui"[9]. Sicché, alla fine, la 'iustice' (o la 'puissance') non è esclusiva del Re che ne ha solo la 'Seigneurie souveraine', perché i feudali ne sono anch'essi proprietari in 'Seigneurie subalterne' (o 'souzeraine') che resta pur sempre, anch'essa, una specie del genere 'Seigneurie publique' [10]; si tratta d'una delle condizioni fondamentali della costituzione: la *seigneurie* (e s'intende la 'Seigneurie publique') implica in generale 'puissance (publique) en proprieté'[11] e cioè 'iustice' in proprietà anche di altri dal Re. Perciò il *publicum* come 'Seigneurie souveraine' ha, a prima vista, solo una parte della 'puissance' e della *iustice* in proprietà: ecco una frattura, o un 'partage' che relega la 'souveraineté' nelle parti alte della costituzione. In effetti Loyseau riconosce al Re, come uno degli esclusivi 'droits de souveraineté', cioè in particolare quelli 'qui concernent le pouvoir', già chiamati da Bodin *capita maiestatis*, soltanto 'le dernier ressort de la iustice'. Si tratta perciò di una *superioritas* nella giurisdizione in proprietà, e non certo d'un potere unico, che tuttavia si atteggia (con gli altri 'droits de souveraineté') a vertice capace di guida e di governo politico dell'insieme. Così, oltre l'intuibile rapporto tra quanto è *superioritas* e quanto le è subordinato, bisognerà piuttosto comprendere, dopo alcuni approfondimenti, per qual forza si pensa che essa determini all'unità appunto la 'Seigneurie subalterne', così nettamente definita nella sua 'puissance', e detta 'publique', benché esprima la concezione proprietaria del potere (privandone dunque il Re) al massimo grado: con il riconoscimento, almeno apparente, della *cohaerentia* della giurisdizione nel territorio feudale[12]. Il principio della *cohaerentia territorio* della giurisdizione indubbiamente potenzia la concezione proprietaria del potere, perché avere *iure proprio* un territorio significa, o può significare, avere pure una giurisdizione su di esso anche senza l'espressa menzione nel titolo d'acquisto. E questo determina *in re ipsa* la resistenza concreta dei territori alla forza astraente da essi, e perciò razionale rispetto alla scopo del dominio, e moderna, del potere regio, con un effetto carico di conseguenze (qui inutili da esaminare) e rivelatore: se la giurisdizione è

---

[7] H. Rosemberg, *La nascita della burocrazia. L'esperienza prussiana 1660-1815* (1958), Roma, Edit. Riuniti, 1986, p.40.
[8] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* [Paris], par Balth. l'Abbé, 1613, pp. 17, 51.
[9] Charles Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices des villages* in *Oeuvres*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701 pp. 1-26:18b e 8b (per l'idea sua della storia della patrimonializzazzione feudale). Com'è noto, diversi brani dell'opera, che contiene una notevole proposta di riforma della giurisdizione feudale, si ritrovano alla lettera nel *Traité des seigneuries*.
[10] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* pp. 18,50.
[11] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, p. 11.
[12] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, p. 53s.

cohaerens al territorio, l'attribuzione che il Re fa di esso è solo dichiarativa del titolare del potere e non costitutiva di esso; e proprio Loyseau ne è chiaramente consapevole: 'le propre de la Seigneurie est d'estre inherente directement et immediatement au fief ou terre feodale et non pas à la personne qui en iouyt, à qui la qualité de Seigneur est seulement communiqué à cause de la iouissance du fief '[13]; e, come s'è detto, la *seigneurie* è 'puissance (cioè *iustice*) en proprieté'. Non è opportuno addentrarsi qui nell'esame del pensiero di Loyseau sulla *cohaerentia territorio iurisdictionis*; basti dire mentre Andrea d'Isernia, nel primo Trecento angioino di Napoli, aveva fatto di ogni feudale lo *iudex ordinarius* nel suo feudo[14], è appunto questo concetto che Loyseau tenta insistentemente di respingere, per conservare, sull'impronta della (mitica) unicità del potere politico per *officia*, l'idea dello *iudex ordinarius* all'interno dell'unità distrettuale d'officio, o di quel che egli ritiene in origine officio, e cioè appunto la 'Seigneurie subalterne'[15], e cioè un feudo di estrema ampiezza e complessità, che ingloba diversi feudi minori, e che in certa misura egli sente o crede preesistere alla stessa frammentazione feudale. Si tratta d'un tentativo regalistico molto interessante, ma avanzando pur sempre dall'interno di coordinate feudistiche della costituzione, Loyseau ne resta prigioniero in misura ben maggiore di quanto avvenuto qualche decennio prima a Bodin. Tuttavia, appunto le coordinate feudistiche, e più in generale, la concezione proprietaria del potere, son quelle che determinano la condizione reale della costituzione, e tra i meriti di Loyseau c'è appunto quello di farci comprendere come pochissimi altri la forza di questa condizione -direi la sua verità- che naturalmente condiziona la stessa capacità costruttiva del suo regalismo. Ed in effetti, la 'Seigneurie subalterne' è *iustice* in proprietà di altri dal Re; ma la *iustice* è 'puissance publique': ecco dunque un potere 'pubblico' ('publique') che va oltre il *publicum*, cioè oltre la parte regia della costituzione. Invece, il *publicum* ha *in proprium*, cioè in utile e diretta proprietà di quel che è potere 'pubblico', e in particolare di quel ch'è giurisdizione nel potere 'pubblico', solo la parte apicale e ultima della giurisdizione (*iustice*), il 'dernier ressort'. La sopravvivenza del carattere 'pubblico' del potere di giurisdizione nonostante i diversi titoli di proprietà su di esso, che intanto lo 'privano' dell'unicità d'un titolare, ancora esprime, forse incompresa, non solo un'omogeneità del potere, ma anche un'aspirazione unitaria racchiusa nell'ambiguo concetto di 'pubblico' ('publique') che (ri)sorge dall'esistenza necessaria dei diversi diritti proprî al potere giudiziale: un insieme, la 'Seigneurie publique', che dichiara espressamente la sua politicità perché proposta come 'l'auctorité et direction par la voye de iustice'[16]. Una politicità per l'unità. Ora la guida o determinazione dell' essere dell'unità, è possibile solo se la 'souveraineté' racchiusa nel *publicum*, è non solo *superioritas*, e quindi, in tale unità, potere apicale ed ultimo ('sans degré de superiorité'), ma se è anche *ius superioritatis*, potere di conformare all'unità secondo la propria determinazione, anche i poteri subordinati: a tanto si riesce solo teorizzando lo *ius superioritatis* come un diritto al potere e alla proprietà di quella 'puissance' in proprietà d'ogni parte costitutiva 'de l'Estat', come la 'Seigneurie subalterne'. Si tratta

[13] Charles Loyseau, *Cinque Livres du Droit des Offices*, Coligni, par I. Demonthouz, 1613, pp. 232-233 (liv.II, 2).
[14] G. Vallone, *Iurisdictio domini. Introduzione a Matteo d'Afflitto e alla cultura giuridica meridionale tra Quattro e Cinquecento,* Lecce, Milella, 1985, pp 112-121 e *ad indicem*, s.v. "Andrea d'Isernia".
[15] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 46-47, 53, 54, 131, 138, 162, 168-169.
[16] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 11, 39-40, 47, 186; *Discours de l'abus des Iustices des villages* pp. 8a, 17b.

ancora di *dominium*, l'istituto che già in diritto giustinianeo è sinonimo di *proprietas*[17], un inalienabile ed eminente diritto proprio al potere, che in quanto proprietà del potere altrui, pur senza costituire comproprietà su di esso , deve essere configurato nei termini dell'antica dottrina del 'dominio diviso'. In verità Loyseau inizia proponendo una differenza tra il *dominium* (e quindi anche il 'dominio diviso') che sarebbe proprio della 'Seigneurie privee' e la *dominatio* o *imperium* propria invece di quella che egli presenta come novità teorica di suo conio, e cioè della 'Seigneurie publique'[18]. Si tratta di una distinzione a lui necessaria per varie ragioni, ma è appunto la concezione proprietaria e signorile della *iustice* come *puissance publique* (e della stessa 'souveraineté') che impedisce una configurazione autonoma, rispetto al regime del *dominium*, degli atti d'imperio. Loyseau ne indica due, che intervengono in via straordinaria: 'interdire tous iuges' ed 'evoquer tous procez'[19]; ed entrambi potrebbero agevolmente essere qualificati tra gli interventi, non molti, che il *dominus directus* può esercitare sulle giurisdizioni in altrui proprietà, utile e subordinata[20]. Insomma non sorprende che, anche a prescindere dalle occasioni testuali di sua diffusa applicazione ai diversi livelli di *iustice*, la dottrina del 'dominio diviso' serve ad un certo punto a definire espressamente, proprio nel suo doppio livello, sovrano e subalterno, la 'Seigneurie publique'[21]. Si tratta d'un passo indietro in special modo nella ricerca d'un regime apposito per il potere del *publicum,* che si può tentare, evidentemente, solo con l'abbandono della concezione proprietaria del potere. A tal fine, per indicare un percorso logico, è necessario considerare il potere in generale non come 'proprio' o 'in proprio', ma già in sé come per altri, e cioè per quegli altri tutti che sono il 'pubblico' dell'unità: una pretesa che deve acquistare consapevolezza, e maturare in una forma giuridica capace di trattenere presso di sé (*publicum*) il potere ch'è per altri ed è, perciò, destinata a rifiutare la forma proprietaria (che non sembra, strutturalmente, poter essere per altri da sé), e soprattutto deve poi, siccome una forma giuridica non basta per l'esserci del potere, avanzare il tentativo del monopolio del potere politico, riuscendo a privarne, almeno tendenzialmente, ogni altro che, avendolo, ne priva invece il *publicum* (o *pars publica*). Nel momento stesso in cui Loyseau subordina 'le droit des Offices' alla concezione proprietaria del potere del *publicum*, in concorso col riconoscimento della proprietà feudale subalterna della *iustice*, perde, salvo che per un profilo, come si vedrà, la complessità del quadro tracciato dal percorso possibile della modernità, ed è per la costituzione mista. E tuttavia la sua teoria dominicale è sufficiente a fondare e garantire la unità politica, perché la preminenza regia, anzitutto nella *iustice*, non definisce soltanto la posizione sovraordinata del Re nel contesto ordinario della costituzione, ma anche il suo diritto (ed il suo potere) d'intervento nella cerchia di potere proprio ad altri, benché soltanto, s'è visto, in via 'extraordinaire'. Se il 'publique' della *iustice* resta al *publicum* del Re anche solo in via straordinaria, c'è pur sempre l'uno nel tutto, mentre il raccordo ordinario tra i *dominia* utili della giurisdizione vive nella gerarchia degli appelli, vera spina dorsale dell'unità, e che, in fine, presenta, o può presentare, ogni controversia al giudizio del Re. Senonché, appunto nella condizione ordinaria della costituzione, e nella gerarchia degli appelli, si verifica, e Loyseau lo

[17] B. Brugi, *Della proprietà*, vol. I, Napoli-Torino, Marghieri-Utet, 1923[2], p.20.
[18] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 11-12, 19.
[19] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, p. 186, ove si parla, al riguardo, di 'puissance souveraine et extraordinaire', ma personale del Re e non delegabile (come ogni vera *superioritas*).
[20] E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1982, p. 40.
[21] Charles Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices des villages* p. 16b; e il *Traité des seigneuries*, p. 47, o in altri luoghi, per un'evidente applicazione della teoria dominicale alla 'Seigneurie publique'.

sa, una specie di anomalia o superfetazione strutturale, legata alla territorialità dei poteri, ed al loro *status* dominicale, che determina, o può determinare, una frattura sociale dell'unità politica e della presenza regia. Più in concreto Loyseau, nel *Discours de l'abus des Iustices des villages*, al quale, dal *Traité des seigneuries*, si fa espresso rinvio, riconosce senza veli che in alcuni luoghi ci sono 'trois ou quatre degrez' di giurisdizione feudale[22]; è quanto lo determina, e non solo lui, ad una critica strutturale: quella al potere che i signori feudali hanno di concedere 'des iustices au dessous de leurs'; e se qui Loyseau afferma che questo 'eriger des iustices' (da avvicinare , con cautela, alla subinfeudazione) allontana d'un grado (e non di due o tre) l'intervento delle Corti regie che vengono attivate 'en second degré d'appel'[23], cioè dopo una prima impugnazione feudale (perciò da suffeudale al feudale subinfeudante), è perché, probabilmente, egli pensa e scrive criticando l'articolo 24 della celebre *ordonnance* di Roussillon del 1564, che ha, con grande forza monarchica, stabilito che il feudale, ed i suoi giudici, non abbiano 'qu'un degré et siege de iurisdiction en premier instance en mesme ville et fualxbourgs d'icelle bourg, village ou lieu', e che però ha avuto efficacia relativa nelle regioni dove, per principio, 'fief et iustice n'ont rien de commune'[24], e addirittura efficacia ancor più ridotta nelle regioni rette dal principio opposto per il quale 'fief et justice sont tout un', quindi, per approssimazione, nelle aree dell'Ovest di Francia, e nelle quali, continuò a sopravvivere, come pare, 'une organisation judiciaire d'une extraordinaire complexité', e 'le développement des dégres inférieures des juridictions'[25]. Perciò la critica di Loyseau, come già del Dumoulin e di altri, che dà sostanza ad un vero progetto di riforma, tende in modo chiarissimo a vietare espressamente ai feudali proprio il potere di concedere 'des iustices au dessous de leurs". Sembra possibile sostenere che l'intento non riuscì per tutto l'arco di tempo dell'Antico Regime[26]. Qui però interessa un altro aspetto. Delle tre ragioni che a Loyseau paiono sufficienti a motivare il contenimento delle giurisdizioni feudali nella loro fuga territoriale, la prima riguarda il difetto del titolo feudale a 'desmembrer' terra e giurisdizione, la seconda, l'interesse del Re a non essere danneggiato dalla proliferazione incontrollata delle giustizie, ma la terza, che Loyseau ritiene la più importante, è per lui l'interesse 'du pauvre peuple'[27]. L'espressione è spesso ripetuta, in modo, quasi, da far ritenere destinata al 'pauvre peuple' una qualche emersione nelle ragioni del potere, e cioè il riconoscimento che il potere è 'per il pubblico', e in questa destinazione sociale dovrebbe appunto consistere l'unità del potere, che si unifica, nonostante le sue pluralità, al fine di unità politica. Un 'pubblico' che finalmente indica per rispecchiamento perché è *publicum* il potere del Re ed ogni altro potere a quello subordinato. C'è in effetti un punto, quello in cui il *publicum* è indicato come parte apicale della guida politica dell'insieme, dove accanto al suo potere di 'souveraineté' sono indicati altri 'droits de souveraineté', quelli 'qui concernent le profit', espressamente identificati con gli antichi *iura regalia*, e che vengono iscritti in un concetto generale di grande intensità, e cioè in quel 'publicum' che non è

[22] Charles Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices des villages* p. 23b (ripreso alla lettera in *Traité des seigneuries*, p. 192) ma anche pp. 3a, 8b, 12b, 13b.
[23] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, p. 57.
[24] P. Villard, *Les justice seigneuriales dans la Marche*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1969 pp. pp. 67, 106, 122; e, sull'efficacia in generale dell'*ordonnance* di Roussillon, pp. 118-122.
[25] P. Villard, *Les justice seigneuriales*, pp.66, 84, 85, 90, 91, 104,113-114:cito da pp.104,114.
[26] Ph.Sueur, *Histoire du droit publique français. XV^e^-XVIII^e^ siècle*.., vol. II, Paris, PUF, 2001, p. 167.
[27] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 56-57.

il *publicum*, e che i Giureconsulti Romani, dice Loyseau, interpretavano 'quasi populicum'[28] e cioè con quella risonanza di termini (e di teorie, perché si cita la *lex regia*) che fa balenare, alle spalle del potere, l'idea d'un 'pubblico' sociale, il *populus*. Si tratta però d'un'idea che Loyseau non eleva a concetto della 'souveraineté' in sé, e nella sua integrità di manifestazioni; un sentiero interrotto, che avrebbe potuto giungere alla convinzione che la 'souveraineté', e l'intera *puissance publique*, se pure può non essere 'del pubblico' può almeno essere pensata 'per il pubblico'. Di lì a poco un grande e misconosciuto autore, Orazio Montano (1580?-1655) dirà, facendo intravedere quasi, tra le pieghe dotte del sapere, un monito repubblicano: 'omnis iurisdictio et imperium sunt a publico, id est a Populo constituta'[29], consapevole, indubbiamente, e forse auspice, del cerchio del potere se non della ruota della fortuna.

Testi antologici:

Charles Loyseau, *Traité des seigneuries (I ed. 1608)* [Paris], par Balth. l'Abbé, 1613 [la I ed. è del 1608].

cap. I nr. 24ss (pp. 11-12):

La Signoria nel suo generale significato (in astratto) è definita "potere in proprietà" (*puissance en proprieté*): definizione assai breve, ma che è, per genere, cioè il 'potere' (*puissance*), comune sia alle Signorie che agli Offici; e la differenza specifica è, appunto, nella 'proprietà', che distingue le Signorie dagli Offici dato che questi hanno 'potere' in funzione o in esercizio, e non in proprietà come le Signorie.

La Signoria è però di due specie, e cioè la Signoria 'pubblica' e la privata. La 'Signoria pubblica' consiste nella superiorità e autorità che si ha sulle persone o sulle cose, e questa è "propria" [in proprietà] del Signore, mentre la superiorità che ha il semplice officiale non è che in esercizio. Questa (seconda) specie di Signoria è, comunque, 'pubblica' perché concerne il comando o il 'potere pubblico' (*puissance publique*) e anche perché essa non può essere esercitata che da 'persone pubbliche'. Quanto alla 'Signoria privata', questa è la vera proprietà e godimento attuale di qualche cosa, ed è detta 'privata' perché concerne il diritto che ciascun individuo particolare ha sulla cosa. Così [per fare un esempio significativo anche storicamente], il Signore che ha la 'Signoria pubblica' ha per suo oggetto/correlato il soggetto libero, e colui che ha la 'Signoria privata' ha per oggetto lo schiavo...C'è una differenza molto importante nell'uso di queste due Signorie; e cioè, si può usare della Signoria privata a discrezione e piena volontà...dato che ha a oggetto ciò che è suo, e non rileva che si faccia torto ad altri in qualunque modo la si usi. Invece la Signoria pubblica riguarda le cose altrui o le persone libere, e bisogna usarne con ragione e giustizia. In breve queste due specie di Signoria sono del tutto differenti per gli effetti, perché se la Signoria privata non comporta alcun 'potere pubblico', così la signoria pubblica che consiste nella giurisdizione (*Iustice*), non attribuisce

[28] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 22,45-47.

[29] Horatii Montani *De Regalibus Tractatus amplissimus*.., Neapoli, typ. A. Cirilli, 1718, p. 138a nr. 20. La prima edizione era stata nel 1634. Una sua breve biografia sto per pubblicare nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*.

alcuna Signoria privata e non diminuisce in alcun modo la piena libertà dela persona o [per dir così] del giudicabile....

cap. I nr. 82s p. 18

In Francia ...dove la giurisdizione pubblica è in proprietà di particolari [che ne sono titolari per Signoria pubblica e non per Signoria privata], vi sono due gradi [o generi] di 'Signoria pubblica': e cioè quella che risiede indissolubilmente nello *Estat* [*status* dell'unità, più che Stato], nonostante questa proprietà (di giurisdizione pubblica) dei particolari [per usurpazione], ed è quella che chiamiamo *Souveraineté*; e quella che, appunto, è in proprietà di particolari [in antico usurpatori], che per essere definita, ha avuto bisogno del conio di una specifica parola: *Suzeraineté*.

cap. II nr. 2ss pp. 21-22.

Ora...così come ci sono due tipi di gradi [generi] di 'Signorie pubbliche' in astratto, e cioè la *Souveraineté* e la *Suzeraineté*, coì ci sono due tipi di terre sottoposte in concreto a signoria (*terres seigneurials*), e cioè la Signorie (territoriali) *souveraines*, e quelle *souzeraines*; queste ultime (le Signorie *souzeraines*) son quelle che hanno potere superiore (*puissance superieure*) ma non supremo (*supreme*), e subalterno. Le prime (le Signorie *souveraines*), sono invece quelle che hanno potere supremo (*puissance souveraine*)...e si tratta, in questo caso della Signoria dello *Estat*. E, in verità, ogni Signoria pubblica dovrebbe essere dello *Estat*, ma i signori particolari hanno in proprietà [per antica usurpazione poi ereditaria] la *Suzeraineté*, ma la *Souveraineté* è comunque inseparabile dallo *Estat*... La *Souveraineté* è la forma che dà l'essere allo *Estat*, anzi la concreta *Souveraineté* [il potere pubblico supremo] e lo *Estat* sono sinonimi, perché la *Souveraineté* è il vertice di potere nel quale è necessario che lo *Estat* si stabilisca e si trattenga.

Charles Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices des villages* in *Oeuvres*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701 pp. 1-26 [la I ed. dell'opuscolo è del 1603-1604].

p.3a

...[I titolari delle Signorie *souzeraines* subalterne alle Signorie *souveraines* hanno il potere di concedere Signorie pubbliche (con giuridizione) al di sotto di loro, così] i Signori *Justiciers* istituiti da Conti, Visconti o Castellani, non contenti d'aver usurpato ogni giurisdizione, hanno intrapreso anche il diritto d'appello, così come l'avevano i loro [Signori] Superiori [rispetto alla loro giurisdizione subalterna], perché hanno concesso essi stessi altre giurisdizioni al di sotto di loro; e anche quelli ai quali li hanno concesse, ne hanno a loro volta concesse altre [al di sotto di loro], in modo che tutto ciò s'è prolungato quasi all'infinito...

p.23b

e, insomma, in certe località ci sono tre o quattro gradi di giurisdizione signorile [feudale] prima di aver accesso [per impugnazione] alla giurisdizione regia [sovraordinata].

5. La costituzione feudale di Montesquieu

1. Montesquieu chiude l'ultimo libro (il trentunesimo) dell'*Esprit des Lois* con un convincimento fondato: "je finis le traité des fiefs où la plupart des auteurs l'ont commencé"[1]. E in effetti gli autori ai quali Montesquieu si riferisce, che sono anzitutto giuristi e feudisti, poniamo Jacopo d'Ardizzone o Andrea da Isernia, trattano l'istituto feudale per quanto si presenta ai loro occhi, cioè come un istituto ormai connotato da ereditarietà, e già solo per questo (ma non solo per questo) divenuto "un genre de bien qui étoit dans le commerce". Montesquieu, invece vuole esaminare il feudo in un'origine nella quale esso non è per nulla ereditario, ed anzi sostiene in quest'origine 'pura' la politicità propria dell'istituto, prima di mutarla con quelle alterazioni successive, e lamentate come effetto di 'corruzione', che sono, per i feudisti, un dato per la loro riflessione. E senza dubbio Montesquieu è il primo autore che riesca, con mano maestra, a ricostruire la storia dell'istituzione feudale, ad iniziare dalla sua origine, attraverso una attenta lettura delle antiche leggi di Francia. Si tratta però di comprendere in che modo questa ricerca dell'origine fa sistema, è 'partout relative' alla proposta costituzionale di Montesquieu, e non è un comodo impegno. Infatti gli ultimi due libri (trentesimo e trentunesimo) che nell' *Esprit des Lois* Montesquieu dedica alle *lois féodales*, e che costituiscono per lui un vero e proprio 'trattato', sono indubbiamente tra i meno frequentati del celebre capolavoro, pur essendo evidentemente parte integrante di esso. Questo breve saggio intende contribuire a rendere esplicita tale integrazione, e, in altri termini, a mettere in luce, o a tentarlo, le ragioni profonde della connettibilità di questa parte con i principii essenziali che danno unità all'opera. Si tratta d'un tentativo, che, per di più, è qui avanzato soltanto in via iniziale e per tratti generali, e che indica, come suo punto cardinale, la citazione, estremamente critica, che Montesquieu fa del grande giurista regalista Charles Loyseau (1564-1627), e che è opportuno riproporre subito: "Je prie de voir dans Loyseau quelle est la manière dont il suppose que les seigneurs procédèrent pour former et usurper leurs diverses justices. Il faudroit qu'ils eussent ètè la gens du monde la plus raffinés, et qu'il eussent volé non pas comme les guerriers pillent, mais comme des juges de village et des procureurs se volent entre eux...Loyseau les fait raisonner comme dans son cabinet il raisonnoit lui-même"[2].

Il brano non è certamente sfuggito ai grandi esegeti di Montesquieu, e basterà citare il saggio fondamentale di Carcassonne[3], nel quale il pensiero di Montesquieu, sembra indirizzato a restituire il potere feudale, per sintetizzare in quest'espressione il profilo *des seigneurs*[4], ad una sua legittimità d'esistenza contro

---

[1] Uso l' *Esprit des Lois* (= *EL*) nell'edizione critica di Jean Brèthe de La Gressaye (*De l'Esprit des Loix* vol. IV [liv. 27-31], Paris, Les Belles Lettres, 1961) con la indicazione del libro e del capitolo dell'opera; solo se necessario indico anche la pagina. Più raramente uso gli altri volumi dell'edizione: vol. I (liv.1-8) Paris 1950; vol. II (liv. 9-18); Paris 1955; vol. III (liv. 19-26) Paris 1958. Nell' edizione (1613) di Loyseau da me usata, si scrive 'iustice' invece di 'justice', ed io conservo per lui un tal grafia.

[2] *EL* XXX, 20 in fine.

[3] E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1927 pp. 93-102: 96.

[4] La sintesi, pur proposta per il solo profilo terminologico, non è priva di rischi. Essa corrisponde, naturalmente, al modo stesso di esprimersi di Montesquieu, il quale scrive comunemente di 'fiefs' e, nel caso particolare, di 'justices...attachées aux fiefs', che costituiscono, appunto, la 'juridiction des seigneurs'. Però tradurre in italiano quest'espressione ad esempio con 'giurisdizione signorile' è improponibile, perché evoca l'idea del potere signorile che in sé, è un modello non-feudale. Per altro verso, ricordo che R. Boutruche, *Signoria e feudalesimo*...vol. I (1968[2]), trad.

l'interpretazione imputata a Loyseau, il quale, per Montesquieu, pretenderebbe di proporre il potere feudale soltanto come frutto abusivo di usurpazioni ai danni del potere regio, pensando questo come un mitico potere politico unico, contro il quale si sarebbero appunto perpetrati spogli e abusi. Il testo fondamentale di Loyseau è indicato da Montesquieu nel *Traité sur l'abus des Iustices de village* che viene espressamente citato[5]. Ma le cose sono ben più complesse, ed è opportuno darne conto, iniziando da un rapido, per quanto possibile, esame del ruolo che ha il feudo, al tempo delle sue origini, secondo il pensiero costituzionale di Montesquieu.

2. Il momento della conquista della Gallia ad opera dei Franchi (episodio che elevato, con altri, ad una teoria generale della costituzione non-astorica, può assumere la forma della 'occupazione'[6]), non determina secondo Montesquieu una 'occupazione di tutte le terre per farne dei feudi'[7]. Si tratta di una impostazione dalla quale discendono per logica, confortata naturalmente dalle stesse pagine di Montesquieu, almeno due conseguenze: non tutte le terre della Gallia sono occupate dai Franchi, non tutte le terre occupate dai Franchi sono feudi (cioè non tutte sono proprietà regia che il Re dà a suoi fedeli). Parrebbe poggiare su questa seconda considerazione l'affermazione paradossale e rivelatrice per la quale se il Re fosse stato 'l'unico proprietario' di 'tutte le terre del regno' e ne avesse fatto altrettanti feudi, sarebbe stato un monarca arbitrario e dispotico[8], il che, invece, nella realtà della storia non sarebbe avvenuto. Tutto questo movimento di pensiero, che è originale anche perché agisce, per così dire, in forma storica, sembra apparentemente adagiarsi in una concezione proprietaria del potere. Si dice anzitutto 'chi ha i beni ha sempre anche il potere'[9]; e qui, tuttavia, sorge un problema: siccome la proprietà dei feudi, e la loro disposizione, è proposta da Montesquieu, per quest'epoca, come esclusivamente regia, sembrerebbe inevitabile dedurre che nel suo pensiero spetta esattamente alle terre 'allodiali' appartenenti a liberi proprietari[10] di costituire la moderazione del potere, e il freno del dispotismo. Invece l'allodio interessa Montesquieu solo per la sua possibilità di trasformarsi in feudo[11], perché nonostante alcuni cenni generici (appunto 'chi ha i beni ha sempre anche il

---

di M. Sanfilippo, Bologna, il Mulino 1971, pp.30-31 accusa Montesquieu di 'confondere' il sistema signorile con il feudalesimo. Ripropone questa distinzione, ma, a me pare, con eccessiva ristrettezza, anche Brèthe de La Gressaye nella nota 86 al l. XXVIII (p.328: da p. 82). Qui però non interessa sapere se in realtà i poteri oggetto del pensiero di Montesquieu fossero signorili o invece feudali, quanto rendere l'idea di quel che egli considera 'feudo'.

[5] Ch. Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices de village*, nelle sue *Oeuvres*, Lyon, par la Compagnie des Libraires, 1701, pp.1-26: 2a, 2b, 3a, 3b, 7a, 14b etc. Alcuni di questi brani sono usati da R. Descimon, *Les paradoxes d'un juge seigneural. Charles Loyseau (1564-1627)*, in *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques* 27 (2001) pp. 1-23: 2(http//ccrh.revues.org/1333).

[6] C. Schmitt, *Il nomos della terra* (1950;1974), c. E. Castrucci, Milano, Adelphi 2006[4], pp. 19-29.

[7] *EL* XXX, 5.

[8] *EL* XXX, 5.

[9] *EL* XXX, 5.

[10] Secondo Montesquieu fin quando il feudo fu riservato ai nobili, i liberi (proprietari) servirono militarmente sotto il conte in ragione delle terre allodiali di loro proprietà. Quando poi questi liberi non nobili ebbero capacità feudale, e acquisirono feudi, servirono direttamente il Re in ragione del feudo (o il signore feudale se ne erano vassali in 'ragion del feudo'), pur continuando a servire il conte per i loro allodi; questo almeno fino alla battaglia di Fontenoy (a. 841); con gli accordi successivi (a. 847) gli allodieri poterono decidere liberamente chi servire: *EL* XXXI, 25 p. 275, 276; e XXX,17 p. 184. Si legga anche quanto scrive Brèthe de La Gressaye nella nota 81 al l. XXXI (pp. 385-386). Senza dubbio invece, vassalli e valvassori prestavano *servitium* al feudale *in capite* (XXX,17).

[11] *EL* XXXI, 8, XXXI, 25. Sono due capitoli ch'è difficile coordinare. Nel primo si indica la mutazione dell'allodio in feudo (o beneficio) da una formula di Marculfo (metà sec. VII) nella quale l'allodio divenuto beneficio ha carattere

potere'), ebbene il 'potere', la politicità della terra, sembra sempre legata alla terra feudale. Con uno scarto improvviso Montesquieu, invece che alle terre allodiali (esterne al feudo), si interessa ai proprietari di esse, che sono liberi sottoposti al potere del conte, officiale che governa un distretto in nome del Re[12], senza che Montesquieu ci dica quale titolo, se dominicale o altro, abbia il Re su quel distretto. In che senso, allora, nel pensiero di Montesquieu, questi uomini liberi sono potere che frena il potere nella sua tentazione arbitraria? Alcuni brani inequivocabili, che tuttavia sono solo un accenno della questione di fondo, ci mettono sull'avviso: "Deux sortes de gens étoient tenu au service militaire: les leudes vassaux ou arrière-vassaux, qui y étoient obligés en conséquence de leur fief, et les hommes libres, Francs, Romains et Gaulois, qui servoient sous le comte, et étoient menés par lui et ses officiers"[13]: questa distinzione è pensata come un vero e proprio *partage* della costituzione: "J'ai dit que les hommes libres alloient à la guerre sous leur comte, et les vassaux sous leur seigneur. Cela faisoit que les ordres de l' Ètat se balançoient les uns les autres; et, quoique les leudes eussent des vassaux sous eux, ils pouvoient être contenus par le comte, qui étoit à la tête de tous les hommes libres de la monarchie"[14]. Ci si attendeva una posizione di libertà che imponesse un freno al tentativo monopolistico del Re, ma essa è atteggiata piuttosto contro il potere feudale. Evito, qui, di esaminare questo cambio di prospettiva, per avanzare un'altra considerazione. La capacità di contenimento e freno che i conti hanno nei confronti dei signori feudali[15] è evidentemente dovuta qui al potere che i conti esercitano sui liberi nell'esercito; e, s'intende, su 'tutti gli uomini liberi della monarchia'[16], perciò i liberi non rilevano, nel contesto, per le loro proprietà dominicali o allodiali, ma perché sono subordinati a un conte, agli ordini del quale prestano 'le service militaire'[17]. Un tal potere può essere impegnato, se necessario (così par di capire) per comando contro feudali riottosi; ma, ad ogni modo, è subito giurisdizione; anzi è la giurisdizione civile propria di chi, appunto come il conte, è titolare del potere militare: si tratta d'un "principe fondamental de la monarchie"[18]. Del resto anche i signori feudali hanno una simile giurisdizione, perché hanno essi stessi un potere militare da esercitare intanto sui liberi loro sottoposti, diciamo così in ragion del

---

ereditario; non si dice se a operare la mutazione possa essere altri (cioè un feudale o *seigneur*) dal Re (per coerenza dovremmo pensare di no), né se l'allodiere sia nobile o libero; si capisce però che poteva anche essere un libero, forse coll'andar del tempo. Nel secondo sembra dirsi che i liberi, prima degli accordi dell'anno 847, non potevano mutare i loro allodi in feudi; dopo quella data poterono farlo anche affidandosi ad altri dal Re, sottraendo così il *servitium* ai conti. La distanza tra i due brani va meditata. Logicamente una differenza tra allodio divenuto feudo del *seigneur* (o del Re) e suffeudo c'è: questo è una coesistente parte (feudale) del feudo assegnata dal *seigneur*, l'altro è un territorio fatto feudale che si unisce al feudo preesistente; non c'è da sperare che questa sia la causa dell'ereditarietà, indicata con data più tarda, del suffeudo (XXXI, 26) rispetto all'età di Marculfo. Montesquieu non dà valore alla possibilità che vi siano allodi interni a feudi o a distretti feudali, né che la libera scelta (dopo l'anno 847) del *seigneur*, s'esperisse dall'allodiere in via personale, senza cioè affidamento della terra.

[12] *EL* XXXI, 1.

[13] *EL* XXX, 17 in principio.

[14] *EL* XXXI, 24 in principio.

[15] *EL* XXX, 16 in principio: "antrustions...leudes, fideles...vassaux et seigneurs".

[16] Che Montesquieu pensasse anche a uomini liberi privi di proprietà, non può essere escluso; egli, per il tempo della conquista, indica 'un numero infinito di uomini liberi', e scrive anche di 'una infinità di terre che gli uomini liberi rendevano produttive', ma include tra questi i coloni che "n'étoient pas (ed. par) tous serfs": *EL*, XXX, 11 e p.167 nt.c.

[17] *EL* XXXI, 8; XXXI, 25; in XXX, 13 p.172 si dice che, oltre la milizia fisica, l'adempimento militare specifico dei liberi comitali consisteva nel pagare "les chevaux et les voitures "; per i liberi titolari di beni allodiali sono indicate regole di esenzione dal servizio.

[18] *EL* XXX, 18 in principio.

feudo ('vassaux et arrière vassaux')[19]. Insomma, il comando militare, o comitale o feudale, esprime sia l'assetto ordinario dei poteri e della costituzione, sia quello militare e bellico. In sintesi "les seigneurs eurent le droit de rendre la justice dans leur fief, par le même principe qui fit que les comtes eurent le droit de la rendre dans leur comté"[20]. Una partizione, insomma, ben profonda, che è tuttavia pensata come unità; una unità, l'unità partita della nazione, che in prima evidenza si mostra determinata nell'unità dell'esercito[21] , ma che, a ben vedere, è di ragione territoriale, perché la partizione tra terre feudali e terre comitali, ed il distinto potere di giurisdizione su di esse (distinto anche per regime giuridico), è in realtà lo stesso potere che articola e bilancia la forza militare della nazione.

3. Questa *balance of power*, pensata almeno in parte all'interno della concezione proprietaria del potere, da principio non si affida tuttavia, come meglio si dirà in seguito, a distinti diritti al potere sulle terre. In questo momento iniziale le terre comitali e le terre feudali sono, per Montesquieu, tutte nel potere del Re, benché non si dica a che titolo (giuridico) il Re nomini il conte nelle terre comitali [22]. Egli, oscura, in effetti, questo fatto perché gli interessa anzitutto una partizione nell'esercizio dell'unico potere, una duplicità; e, non senza ragione, i suoi commentatori hanno concluso esserci: "deux ordres de puissances dans l' Ètat, la puissance 'politique' et la puissance féodale, celle des officiers royaux et celle des seigneurs"[23]. Però l'effetto irriflesso di tutto questo è che la moderazione esercitata dal (nel) *partage* sembra orientare le terre una verso l'altra, il potere comitale a bilanciamento di quello feudale, senza un evidente effetto di contenimento del potere regio e della sua inclinazione dispotica come invece era stato premesso. Ora sappiamo, che gli uomini liberi, proprietari di terre allodiali, sono 'sous la puissance immédiate du roi', per il solo fatto di essere sotto la giurisdizione del conte[24], e vediamo bene che l'elemento di libertà si mostra in una dipendenza dal Re (invece che contro di essa), attraverso i conti, e si orientata contro un crescente potere feudale, che è esso stesso, ad un certo punto, presentato come tendenzialmente indisponibile a coagularsi nell'unità. Si tratterebbe, secondo Montesquieu, di un tornante della storia concreta di Francia, maturato lungo un periodo interno alle prime

[19] *EL* XXX, 17.
[20] *EL* XXX, 18 p.186.
[21] Studia le tipologie d'organizzazione militare in relazione al sistema politico, e perciò all'unità politica ed alla costituzione, O. Hintze, *Staatsverfassung und Heeresverfassung* (1906) ora nella sua raccolta di scritti *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoek & Ruprecht 1970, pp. 52-83: 62-65, con rapida ma efficace attenzione alla Francia della prima dinastia. Ne esiste anche una traduzione italiana (*Stato e esercito*, c. P. Violante, Palermo, Flaccovio, 1991). Non intendo, naturalmente, misurare le idee di Montesquieu sulla milizia 'feudale' dei Franchi con la loro possibile storia reale come pensata da Hintze, ma è un fatto che anche in Hintze quella milizia 'feudale' è pensata anzitutto nella sua dimensione territoriale e beneficiale. Ed è esattamente perché Montesquieu pensa l'esercito franco in relazione all'assetto dei poteri, e pensa poi questo assetto, ed in particolare la componente feudale, nei termini d'una concezione proprietaria, che egli si preoccupa assai più dell'elemento reale e territoriale invece che personale dei rapporti vassallatici, come nota Brèthe de La Gressaye nt. 108 al lib.XXXI (p.391).
[22] Non mi sembra che Montesquieu definisca le terre date *in officio* ai conti come una proprietà del Re (*quoad proprietatem*); ma non dice nemmeno a quale altro titolo il Re vi nominava i conti. E nemmeno dice chiaramente quel che pensa delle terre dominicali in proprietà di liberi che si trovano, o possono trovarsi nei feudi e nelle contee; né cenna chiaramente alla gerarchia di poteri (regio, feudale o comitale, e dominicale) che così si produce e che, tornerò a dirlo in seguito, ancora Loyseau pensa, pur tentando di sottrarsene, in termini di 'dominio diviso' come condizione della costituzione a lui coeva.
[23] E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution* p. 93.
[24] *EL* XXXI, 25.

due dinastie regie, quando la sopraggiunta mutazione della originaria costituzione non ereditaria dei feudi, definisce in modo quasi strutturale la riottosità, e la disobbedienza della feudalità: "l'arbre étendit trop loin ses branches, et la tête se sécha"[25]. Esaminiamo, tuttavia la posizione costituzionale della feudalità prima di questa mutazione, e sempre, com'è ovvio, secondo il pensiero di Montesquieu. Anzitutto il Re ha, alle origini, una 'moltitudine innumerevole' di feudi e perciò di feudali - quasi potremmo dire tutti i feudi e i feudali- a lui direttamente subordinati[26]; soprattutto ne ha la piena disponibilità, perché i feudi sono, a sua iniziativa, 'amovibles'[27] e non sono ereditari; ma poi dal Re dipendono direttamente i suoi officiali e in particolare i conti, e ne dipendono anzi le stesse posizioni di libertà dei singoli, dato che la "qualité d'hommes libres"[28] si configura appunto per l'essere subordinati al conte, e perciò al Re: una condizione ormai ben nota e condivisa dello *status* di libero nel primo Medioevo. Possiamo perciò dire che, nell'età originaria, cioè dalla conquista fino ai primi Carolingi e a Carlo Magno, il Re avendo titolo, come traspare da Montesquieu, su ogni terra politicamente rilevante, ha in sostanza ogni potere: dalla sua volontà dipende l'instaurazione delle giurisdizioni comitali e anche di quelle feudali, e se non sappiamo scorgere tra questi due modi del potere una differenza, sia pure soltanto una differenza di modo, avremmo certo maggiori difficoltà a credere che l'unico potere del Re non sia anche un potere dispotico, già per come esso è atteggiato nel pensiero di Montesquieu, e nonostante le sue assicurazioni. Le terre feudali, in questo periodo delle origini sono una proprietà regia, e lo continuano ad essere anche quando i feudi divengono 'à vie'; lo si afferma sostenendo l'impossibilità di smembrarli per farne suffeudi: sarebbe stato assurdo 'qu'un simple usufruitier eût disposition de la propriété de la chose'[29]. In pieno accordo, non saprei dire se consapevole, con buona parte della feudistica francese, né solo con questa, egli rifiuta al feudale (così come quei giuristi al suffeudale) il ruolo di utilista, di *dominus utilis*[30]; ma qui , ricondurre il feudale al ruolo di titolare d'un diritto reale su cosa altrui (l'usufruttuario), ha, tra le sue valenze, anche quella di rinunciare a proporre la concezione proprietaria del potere nei termini della teoria del 'dominio diviso', come aveva finito per fare proprio Loyseau. In particolare, in Loyseau, è evidente che pensare il potere sia regio che feudale come *puissance publique en proprieté*, finisce per farli ricadere, nonostante ogni tentativo di uscirne, nelle spire della teoria proprietaria del 'dominio diviso' e, alla fine, nella categoria generale del *dominium*; ed è vero che la parola *dominus* può indicare "la titolarità di poteri senza necessariamente presupporre l'esistenza di vere e proprie situazioni proprietarie"[31], ma poi non è detto che tale indicazione corrisponda alla elaborazione d'un regime altro e 'apposito' per il potere così indicato; in Loyseau è ancora così. Quando invece Montesquieu afferma che "l'idée d'un Domaine inaliénable...est une chose très moderne"[32], fa intravedere non solo che l'intangibilità del demanio regio (nel quale fa rientrare i feudi) è successiva al tempo storico della prima

[25] *EL* XXXI, 5; e XXXI, 32: da qui il brano spesso notato.
[26] *EL* XXXI, 32 p. 286.
[27] *EL* XXX, 16 p. 181 e altrove.
[28] *EL* XXXI, 25 p. 276.
[29] *EL* XXXI, 33 p. 290. Anche *EL* XXXI,8 p. 244.
[30] E. Cortese, *Controversie medievali sul dominio utile. Bartolo e il* quidam doctor de Aurelianis (2003), in *Scritti*, Roma, Il Cigno Edizioni, 2013, pp. 187- 207: 190, 192, 194, 198, 201, 205.
[31] E. Cortese, *Controversie medievali sul dominio utile* p. 198.
[32] *EL* XXXI, 7 p. 241 anche XXX,14 in fine.

feudalità in Francia (si pensi in effetti alla celebre norma di Roncaglia ch'è del 1158), ma fors'anche intende l'assai più recente costruzione, intorno al principio dell'inalienabilità di ciò ch'è del *publicum* (cioè della *pars publica*, del Re), appunto d'un regime 'apposito' per esso[33] . In ogni caso, e tornando al punto, per Montesquieu la piena proprietà regia delle terre feudali è la condizione originaria dei feudi in Francia. Il loro essere 'amovibles' ad iniziativa regia, non esprimeva però una mobilità "capricieuse et arbitraire"[34], ma una funzione dell'unità politica: la mobilità dei feudi era infatti una delle principali questioni "qui se traitoient dans les assemblées de la nation"[35], ed in effetti essi erano "le sort d'une armée, et non le patrimoine d'une famille"[36]. Qui la distinzione tra quel ch'è patrimonio di uno e quel che lo è per tutti, tra quel che, male approssimando, diremmo 'privato' o, invece, 'pubblico', non è in un differente regime giuridico del patrimonio dei singoli e invece del feudo, perché entrambi rispondono al regime proprietario; la differenza è nell'essere, il feudo, per l'unità politica. La proprietà esclusiva che il Re ha dei feudi (così come l'imputazione a lui degli offici comitali) ingloba interamente la politicità della prima stagione monarchica; è l'età della 'monarchia politica'[37]. L'unicità regia del potere e la perfetta politicità sembrano intenzionati a convergere.

4. Può sorprendere che un pluralista come Montesquieu, che nelle sue pagine più famose pensa l'assetto dei poteri come una *contextio ex diversitate*, secondo l'antico detto, qui invece proponga l'unità di tutti determinata dal potere di uno solo. E nonostante gli accenni antidispotici, non si tratta di un'apparenza. Senza ombra di dubbio, egli giudica le mutazioni dell'istituzione feudale, i suoi passaggi da una iniziale precarietà amovibile, all'essere a vita, fino all'ereditarietà, opera di una maligna 'corruzione'. Naturalmente queste mutazioni non corrispondono ad un ordine cronologico preciso; nella storia reale, e nella stessa esposizione di Montesquieu, esse si mostrano anche per tagli di contemporaneità. Si tratta dunque di differenze logiche e, per meglio dire, formali; differenze cioè còlte nel rispettivo regime giuridico. Tuttavia c'è in tutte queste mutazioni una costante di straordinaria importanza, che riguarda proprio la politicità del feudo; e cioè il suo modo di avere, ed anzi di essere, potere. Il nostro autore ritiene la giurisdizione sul territorio feudale come inerente al feudo: "la justice fut..., dans les fiefs anciens et dans les fiefs nouveaux, un droit inherénte au fief même"[38]. Per feudi nuovi, a prescindere da ogni tipologia feudistica, possiamo intendere quelle terre allodiali mutate, nel tempo, in feudi, ed alle quali è prestata molta attenzione[39]; per feudi antichi dobbiamo invece intendere quei feudi originari, risalenti all'epoca della conquista, e che costituiscono per Montesquieu un grande problema costruttivo della sua teoria feudale. Egli dice "on n'a point de concessions originaires des

[33] Ed esercitato per *officia*. Il fatto che, a quanto pare, Montesquieu non qualifichi il titolo del Re sulle terre comitali avviene forse perché egli fa istintivamente retroagire questa modernità all'esame della prima età dei feudi. E c'è forse di più: se Montesquieu mostra attenzione solo occasionale al regime giuridico dei poteri, è perché avverte che il regime giuridico del potere (ed il potere regio sta ormai proponedosi in un regime 'apposito', non più proprietario, ma 'pubblico') non è la 'cosa' costituzionale stessa. La modernità del potere sta in questo, che esso non deve più essere più pensato come un diritto.
[34] *EL* XXXI, 1.
[35] *EL* XXXI, 1. p. 225.
[36] *EL* XXX, 16 p. 180.
[37] *EL* XXXI, 8 p. 244 e anche *EL* XXX,16 p.180 e *EL* XXXI, 32 in principio.
[38] *EL* XXX, 20 p. 197.
[39] *EL* XXXI, 8 etc.

fiefs, parce qu'ils furent établis par le partage qu'on sçait avoie été fait entre les vainqueurs. On ne peut donc pas prouver par des contrats originaires que les justices, dans le commencemens, aient été attachées au fiefs. Mais si dans les formules des confirmations ou des translations à perpétuité des ces fiefs, on trouve, comme on a dit, que la justice y étoit établis, il falloit bien que ce droit de justice fût de la nature du fief, et une de ses principales prérogatives"[40]. Queste riflessioni vanno comprese in armonia con quanto emerge nel pensiero di Montesquieu sulla costituzione delle terre al momento della conquista dei Franchi, e che ho già sintetizzato così: non tutte le terre della Gallia sono occupate dai Franchi, non tutte le terre occupate dai Franchi sono feudi. Perciò par di capire che il *partage* di terre tra vincitori (che non riguarda, lo sappiamo, tutte le terre conquistate) sia pensato come avvenuto a titolo allodiale, perché il titolo feudale riguarda solo terre di proprietà regia che il Re, e solo lui, dà in feudo. E tuttavia se l'inerenza al territorio della giurisdizione (nel senso di giurisdizione su liberi) è limitata (e così appare nell'opera) alle terre feudali, e non anche estesa, come potrebbe, alle terre allodiali, essa finisce per essere pensata con difficoltà proprio nella sua inerenza territoriale, perché questa sembra - in tale momento originario- non tanto un tratto 'ontico' della terra data in feudo, ma un attributo della dazione del Re che, concedendo in questa prima stagione i feudi, li concede in regime di 'amovibilità' e cioè non a vita e tanto meno a titolo ereditario[41].Quanto meno, è difficile distinguere tra dazione del feudo e inerenza in esso del potere. Questo è però un problema profondo per Montesquieu, perché nel suo ideale 'misto', il potere feudale deve nascere con la Monarchia stessa, ed essere esso stesso originario; se però questa inerenza è incerta, l'originarietà di quel potere diviene discutibile. Montesquieu, tuttavia, deve accettare questa ambiguità, frutto di insuperabili spinte contrastanti, che vanno subito esaminate. Le terre feudali sono date o concesse solo dal Re; ed è perciò necessario pensare il potere come inerente alla terra, deducendo come tutt'uno la concessione della terra e quella del potere su di essa, per contrastare teorici come Loyseau i quali argomentano una qualche usurpazione del potere ai danni del Re perpetrata da feudali ad un certo punto dotati di giurisdizione. Tale giurisdizione dev'essere esclusiva delle terre feudali, perché queste sono una prerogativa del ceto nobiliare che esiste già in questi primordii, a dispetto dell'abate Dubos. Gli uomini liberi non nobili, che possono essere non solo Franchi, ma anche, con buona pace di Boulainvilliers, Galli e Romani, non possono avere terre feudali, o non nei primi tempi; possono però avere terre allodiali, cioè di puro e semplice titolo dominicale (come del resto possono averne anche i nobili), e soprattutto prive di vera politicità che, come sappiamo, Montesquieu riserva ai loro titolari ed al loro obbligo di militare nell'esercito. C'è, è vero, in queste terre allodiali una peculiare giurisdizione, quella che il proprietario esercita sui dipendenti (a vario titolo) fondiari ed in ragione della

[40] *EL* XXX, 22 p. 203.

[41] Giunge a questa conclusione anche Brèthe de La Gressaye nt. 65, 69 (e altre) al l. XXX (pp. 370, 371 della sua edizione di *EL*), ma sul presupposto che ogni potere signorile o feudale non può che derivare da concessione regia (o da usurpazione nt. 66 p. 370), e dunque negando alla radice ogni possibilità di poteri 'autogeni' e di natura territoriale. Si tratta però di una impostazione che restringe la complessità del testo e lascia senza risposta diverse questioni, che, invece, affiorano in *EL*: così la questione della giurisdizione dominicale nel suo rapporto con le altre giurisdizioni territoriali, senza far conto di illustri storici, anche recenti, che ritengono la giurisdizione dominicale punto d'attrazione di altre giurisdizioni.

terra (la cd. giurisdizione dominicale), e che per molti, come per Loyseau[42], è il nucleo da cui si sviluppa (ma per Loyseau abusivamente) la giurisdizione feudale sui liberi. Montesquieu invece pensa che questa *justice des seigneurs* emerga dai *freda* ('profits judiciaires'[43]) cioè proventi da garanzia di liberi, o anzitutto di liberi, e perciò ne emerga, già nel suo sorgere, come giurisdizione sui liberi del distretto: "je vois déjà naître la justice des seigneurs"[44]: non è dunque da fondi serviti da dipendenti (sui quali i proprietari esercitano poteri) che i feudi s'originano[45] . Montesquieu nega espressamente che quest'inerenza della giurisdizione alla terra feudale possa avere tale origine servile e allodiale; essa è fin dalla conquista una giurisdizione di ragione militare[46], e la milizia è obbligo degli uomini liberi sia che dipendano dal conte[47] sia che dipendano dal signore feudale come i vassalli e valvassori, che, indubbiamente, sono essi stessi dei 'liberi'[48]; si tratta dello 'stesso principio'[49]. Le terre feudali, e le terre allodiali restano distinte; in entrambe possono esserci, racchiuse nel loro corpo, giurisdizioni dominicali, ma il potere sulla terra feudale ha una sua precipua purezza: spetta ai nobili e si esercita anzitutto sui liberi. Si tratta d'una nobiltà di sangue che si trasmette ai discendenti, ed è solo per questo che essa costituisce un ordine sociale, perché non è radicata in "un fief héréditaire"[50], e non può tramandarsi in via reale, dato che i feudi, in questo periodo originario, sono regi ed itineranti a discrezione del Re; e tuttavia, anche in queste condizioni, c'è un nesso tra nobiltà (la nobiltà degli 'antrustions') e feudo, perché solo questi nobili possono ottenere un feudo dal Re: sono nobili non perché hanno un feudo, ma si dà loro un feudo perché sono nobili.[51]

5. Sappiamo che la condizione giuridica originaria dei feudi, fossero essi 'amovibles' o 'à vie', non contempla comunque la loro ereditarietà. Poi l'ereditarietà dei feudi si avvera, con un processo che, l'ho detto, Montesquieu mostra, come fu, lento e ricco di anticipazioni pure assai risalenti, e perciò di compresenze tipologiche, anche se egli ritiene che, nella sostanza, 'verso la fine della prima dinastia', diversi feudi erano già ereditari[52]; sostiene anche che ciò era avvenuto per effetto di corruzione[53]. Ho detto pure che è possibile cogliere in questo ultimo giudizio, anche una inclinazione morale se non anche politica[54]; ma quel che conta è che, con l'ereditarietà, non muta solo il regime giuridico dei feudi, ma l'intero assetto della costituzione:

---

[42] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* [Paris], par Balth. l'Abbé, 1613, pp. 136-140. Questa citazione da Loyseau, ed ogni altra che appare in questo scritto, è più largamente esaminata in un mio saggio su Loyseau e su Orazio Montano, *Il doppio senso del 'pubblico'*, in corso di pubblicazione.
[43] *EL* XXX, 20 p. 196.
[44] *EL* XXX, 20 p. 195.
[45] *EL* XXX, 20 p. 197.
[46] *EL* XXX, 18 pp. 185,186; *EL* XXX, 17 pp. 181,182.
[47] *EL* XXXI, 8; XXXI, 25; in XXX, 13 p.172, già indicati.
[48] *EL* XXX, 17 p. 184, e, in connessione *EL* XXX, 17 p. 182.
[49] *EL* XXX, 18 p. 186.
[50] *EL* XXX, 25 pp. 215-216. Alcune traduzioni italiane, propongono, del tutto erroneamente, 'fief héréditaire' come 'feudo originario'.
[51] *EL* XXX, 25 p.216. Stando a una lettura interna di questi libri feudistici di *EL*, l'esclusività dell'aspettativa dei nobili al feudo, dura fino all'età di re Gontrano, quindi, via via, anche i liberi acquistano capacità feudale, con epicentro nell'età di Carlo Martello: *EL* XXXI, 24.
[52] *EL* XXXI, 7 p. 241, con prudenti incertezze; XXXI, 26, e altrove.
[53] *EL* XXXI, 1; *EL* XXXI, 7 in fine.
[54] In effetti l'intera stagione dell'ereditarietà del feudo è pensata come 'corruption' della precedente età dei feudi 'amovibles': *EL* XXX, 22; *EL* XXXI, 28 in principio.

"l'hérédité des fiefs et l'établissement général des arrière-fiefs éteignirent le gouvernement politique et formèrent le gouvernement féodal"[55]. Indubbiamente è questo il tratto essenziale che costituisce la nuova 'loi politique' [56] e anzi fa sorgere "la monarchie féodale parce qu'on n'avoit plus la monarchie politique"[57]. Ogni autorevole commentatore di Montesquieu, e basterà ricordare, a titolo d'esempio Carcassonne o Bloch[58], gli ha dato ragione, ed è innegabile che egli l'abbia. A me sembra però opportuna qualche altra riflessione legata proprio al fatto che è attraverso un cambiamento del regime giuridico dei feudi che muta l'assetto costituzionale dei poteri. In verità il cambiamento che per primo interessa, avviene sempre all'interno del regime proprietario, perché l'ereditarietà del feudo radica la proprietà di esso nel feudale, privandone dunque il Re[59]. E tuttavia, un regime giuridico è parte della costituzione solo se disciplina un potere rilevante: è qui che l'inerenza della giurisdizione al feudo mostra in pieno la sua efficienza, perché, per essa, la proprietà del feudo è anche la proprietà della giurisdizione su di esso. Solo l'ereditarietà del feudo, allora, consente davvero a Montesquieu una posizione teorica congrua alle sue aspirazioni, perché solo così i feudali si può dire che abbiano un potere proprio ed originario, come minimo nel senso d'un potere non derivato dall'esterno della cerchia feudale stessa , ed è poi un potere legittimo; è il contenuto di un diritto 'proprio' -o *in proprium*- al potere che la nobiltà feudale ormai ha. Ben presto, quando anche i liberi non nobili acquisteranno capacità feudale, e sarà 'una specie di rivoluzione'[60], questo potere sarà goduto *iure proprietario* anche al di fuori della cerchia ristretta della nobiltà di sangue. Certo, questo diverge dalla semplice idea della costituzione delle prime origini della monarchia che ha Montesquieu. Ormai l'egoismo feudale poggia su un diritto al potere proprio e 'innato' (diranno i riformatori nell'età dei Lumi), e dunque originario, e l'unità politica, l'assetto ordinario della costituzione, dovrà tener conto nel suo stesso interno, nella sua struttura, di questo incessante e riottoso movimento politico, in sostanza fino alla caduta dell'Antico Regime. Ed è questo potere continuo, e questa sua legittimità, che interessa Montesquieu in parti più celebri della sua opera, dove esso è messo in azione contro la tentazione dispostica del Re. Intanto è preferibile notare il mutamento introdotto nella costituzione, non più sostenuta da un potere politico unico, quello regio, ma da una pluralità di poteri, in gran parte originari, ma subordinati e dipendenti appunto dal potere del Re. Non c'è in tutto questo grande novità, se soltanto si volesse prenderne atto. Gierke non aveva forse descritto per quest'età medievale, una costellazione di comunità o 'corps', come, in ogni caso, ancora ben distanti dalle costruzioni istituzionali imperative, da un tentativo di monopolio 'statale' della forza?

---

[55] *EL* XXXI, 32.
[56] *EL* XXX, 16 p.180.
[57] *EL* XXXI, 8 p. 244.
[58] M. Bloch, *La società feudale* (1939-1940), tr. it. di B.M. Cremonesi, Torino, Einaudi 1974, pp. 219 s. Qui l'avvertenza, contro Montesquieu, d'una trasmissione 'non automatica' del feudo agli eredi, in effetti ha fondamento specifico nella nota norma di Quierzy nell'anno 877 (ogni tanto riemergente nelle leggi feudali, come nella *licentia* che Federico II interponeva nella trasmissione dei 'feudi quaternati'), ma si incanala poi in prassi assai diverse.
[59] In *EL* XXXI, 9 si afferma espressamente che, nell'età di Carlo Martello, una parte dei beni regi e dei beni fiscali erano stati dati "à vie ou en propriété à la noblesse", potrebbe però alludersi a beni allodiali (XXXI,14). La questione, assai complessa e significativa, del rapporto intimo tra ereditarietà e proprietà, è posta in via generale da G.Vallone *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, in AA.VV. *Un Principato territoriale nel Regno di Napoli? Gli Orsini del Balzo principi di Taranto (1399-1463)* a c. di L. Petracca e B. Vetere, Roma Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2013, pp. 247-334: 253-256.
[60] *EL* XXXI, 24 p.274; anche *EL* XXX, 25 p. 216.

Quale che sia stata in Francia la condizione originaria, e più o meno mitica, del potere del Re, di esclusività o meno, certo la successiva 'monarchia feudale', come ogni 'monarchia feudale', difetta di quell'unicità del potere che la modernità politica tenterà con successo. Mitteis non aveva forse parlato della costituzione medievale come di una 'aristocrazia con punte monarchiche'? Il potere politico dello 'Stato feudale' dice Hintze "non è ancora concentrato in un punto unico, ma distinto in diversi centri; ed è, al vertice, di grande esilità"[61]. È quanto si definisce, in una sua recente accezione, 'costituzione mista'[62] che ordina in unità più poteri originari.

6. L'idea di Hintze della 'superioritas' del potere del Re medievale su altri poteri, sussistente benché limitata a 'grande esilità', propone bene l'inaccettabilità, per quell'epoca, dell'idea moderna di 'sovranità' come potere politico unico, tanto nel dispiegarsi ordinario dei poteri in costituzione, quanto, può credersi, per la sua capacità di far essere presente l'unità politica nella decisione in stato d'eccezione[63]. Si tratta di un percorso che qui deve essere interrotto, perché l'idea di Montesquieu, d'una così forte *cohaerentia territorio iurisdictionis*, esprime soltanto, nei due ultimi libri feudistici dell'*Esprit des Lois*, lo stato ordinario dell'unità politica, ed è anzitutto pensato nella direzione, così marcata in altre parti dell'opera, della capacità frenante che ha il potere feudale contro la tentazione 'dispotica' del monarca. La critica che Montesquieu rivolge al regalista Loyseau ha il suo punto di forza nel rifiuto di ritenere le giuridizioni feudali (*des seigneurs*) una 'usurpazione'. Ora Loyseau parte dal presupposto di una più o meno mitica unicità regia del potere politico, risalente ai tempi della conquista della Gallia ad opera dei Franchi. A quel tempo, quel potere era interamente in proprietà ('seigneurie publique') del Re, 'selon sa vraye nature' [64]; dunque ogni altro potere, e in particolare ogni altra giurisdizione, a iniziare da quella dei feudali, non può che derivare da quella regia benché non solo per usurpazione, dato che Loyseau parla anche, ed è ben diverso, di alienazioni; in ogni caso "toutes Iustices viennent de lui (Roi), mais les ayant alienées, elles ne sont plus à lui"[65]. Inoltre va anche ricordato che nello stesso Loyseau l'usurpazione feudale della giurisdizione è pensata come fatto

---

[61] O. Hintze, *Staatsverfassung und Heeresverfassung* pp. 52-83:63. Si rammenti anche l'altro saggio di Hintze, *Typologie der ständischen Verfassungen des Abenlandes* (1930) sempre nella sua raccolta di scritti *Staat und Verfassung*, pp.120-139.

[62] Se ne tratta in G. Vallone *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, cf. *supra* e in G.Vallone, *La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner*, cf. *supra*.

[63] Seguendo almeno il pensiero di C. Schmitt sia nella *Dottrina della costituzione* che ne *La dittatura*; però nelle pagine dedicate al Medioevo cristiano ne *Il nomos della terra* (38-53), l'unità fondamentale di *Ordnung* e *Ortnung*, che non potrebbe, a rigore, esprimere un potere politico unico e irresistibile nell'interno delle parti costitutive del territorio dell'Impero cristiano, scosse - si pensa in modo insuperabile– da guerre faide e resistenze, potrebbe però pensarsi 'trattenente' (*katéchon*), per l'unità spirituale in Cristo d'ogni credente, un potere diciamo ultimo di efficienza storica contro il nemico della fede. Ora però si legga M. Cacciari, *Il potere che frena. Saggio di teologia politica*, Milano Adelphi, 2013, e P. Schiera, *Per una storia costituzionale laica,...su misura "...a misura laica"* , "Le Carte e la Storia" 19, 2, 2013, pp. 5-20.

[64] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* pp. 17, 51.

[65] Charles Loyseau, *Discours de l'abus des Iustices des villages* pp. 18b e 8b (per l'idea sua della storia della patrimonializzazzione feudale). Com'è noto, diversi brani dell'opera, che contiene una notevole proposta di riforma della giurisdizione feudale, si ritrovano alla lettera nel *Traité des seigneuries*. Sul punto B. Basdevant-Gaudemet, *Aux Origines de l'Etat Moderne. Charles Loyseau 1564-1627. Théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977, pp. 5, e 167-172 per il pensiero di Loyseau sulle usurpazioni.

risalente che non incide sulla legittimità attuale del potere feudale[66]. Certo, è vero: in un'opera successiva al *Discours de l'abus des Iustices*, e cioè nel *Traité des seigneuries* (e nel quale il *Discours* è largamente, e alla lettera, ripreso), c'è una più articolata e approfondita analisi del complesso delle giurisdizioni, che qui non è possibile esaminare, ma l'idea di fondo, resta intatta: tutto quel che nelle giurisdizione è 'seigneurie publique', deriva, in origine, da usurpazione; in ogni caso nella costituzione delle 'trois especes de iustices', osservata lungo un complesso assestamento scalare[67], solo le 'basses iustices personelles', di natura cognitiva, sono indicate come legittimamente esercitate, in distretti territoriali ridotti, su delega, mentre le 'les iustices foncieres ou basses iustices reelles', costituite, nel loro nucleo, da giurisdizioni dominicali, sono anch'esse usurpate, o almeno usurpate per quanto eccede il mero potere dominicale[68].

In ogni caso, la critica di Montesquieu a Loyseau, per quel che Montesquieu dice di Loyseau (egli vedrebbe solo usurpazioni), dovrebbe mostrarsi come una critica delle origini, dato che anche Loyseau accetta la legittimità del potere feudale come parte della costituzione coeva (a lui) di Francia. Invece Montesquieu, è costretto in certa misura a pensare della origine del Regno dei Franchi quel che ne pensa anche Loyseau: all'epoca della conquista se non tutte le terre conquistate sono del Re, tutto il potere è invece suo, o nella forma comitale o in quella dominicale di titolo demaniale oppure feudale. Come negare, allora, che il potere feudale, che si dà nei fatti della storia, è frutto di usurpazioni a danno dell'unico potere? Bisogna, indubbiamente, negare che il feudo delle origini sia stato privo di per sé (in quanto feudo e non officio) di giurisdizione, ch'è poi un postulato apertamente dichiarato del pensiero di Loyseau: "combien qu'originairement les Seigneurs n'eussent que l'administration de la Iustice comme Officiers, et non pas la proprieté d'icelle, si est ce-que qu'à present c'est tout le contraire ; car ils en ont la proprieté qu'ils ont usurpee"[69]; hanno invece la proprietà della terra sulla quale esercitano per delega ('administration') il potere [70]. Dunque soltanto l'inerenza primigenia del potere alla terra feudale consente di pensare che la proprietà della terra sia (stata) al tempo stesso proprietà del potere, e non usurpazione di esso. Inoltre essendo il potere inerente alla terra, non può essere, di per sé, delegato; e la delega è forma anzitutto di attribuzione del potere in officio; una forma che, per Loyseau, esprime il modo nel quale si diffonde ubiquamente nei territorii il potere unico del Re nei tempi originari della conquista. Tuttavia, questa costruzione di Montesquieu è incongrua, appunto per la prima età, perché il feudo nei suoi tempi originari, non può che essere da lui pensato, per quelle spinte contrastanti già viste, come proprietà del Re, e il potere, per inerenza, è egualmente

---

[66] B. Basdevant-Gaudemet, *Aux Origines de l'Etat Moderne. Charles Loyseau* pp.167-177: 171 (si parla di 'acceptation des situation de fait', ma Loyseau pensa piuttosto di presumere una 'constitution légitime' della giurisdizione feudale, perché non può negarla come parte della costituzione e fa retroagire questa esigenza costituzionale sul punto di diritto).

[67] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. X pp. 130-144. La giurisdizione è distinta, al modo di Francia in 'haute, moyenne et basse'.

[68] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. X pp. 135-138 (136-140 per la *justice fonciere*). Se ne parla in R. Descimon, *Les paradoxes d'un juge seigneural. Charles Loyseau* p. 3.

[69] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* p. 51, e in diversi altri luoghi anche di altre sue opere.

[70] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* pp. 16-17 "ces Capitaines, ausquels les provinces, ou les villes, ou le amples territoires avoient esté concedez...n'avoient pas seulement la seigneurie privee, soit directe, soit utile, des heritage des leur territoire, mais ils estoient seigneurs des persons des anciens habitans du pays residans en leur distroit, selon la condition de servitude qui leur avoit esté imposee lors de leur conqueste: laquelle seigneurie ne se pouvoit estendre sur les François, qui estoient francs et libres". Si tratta di 'seigneurie privee' soltanto, "demeurant iusques alors la seigneurie publique entierement par devers le Prince souverain, selon sa vraye nature. Vray est qu'ils avoient le commendement et puissance publique en qualité d'Officiers".

regio; dunque il potere del feudale sul feudo è derivato da altri, ma se è così, la distinzione tra feudo ed officio torna a farsi sottile, e le ragioni di Loyseau si ripropongono. Solo l'ereditarietà dei feudi rimetterà le cose a posto e radicherà nei feudali un diritto proprio, o *in proprium*, al potere.

7. Nonostante presupposti diversi, sia Loyseau che Montesquieu giungono, in fondo, a convergere sulla valutazione della età originaria del Regno di Francia come età del potere politico derivante da un unico titolare. Ma con l'ereditarietà dei feudi, l'impaccio di Montesquieu ha termine. Da questo punto, ecco che il potere, per inerenza, si radica nel sangue stesso dei feudali, e sorge quel potere 'intermédiaire', e certo subordinato e dipendente, ma originario, come possiamo intenderlo, che forma la *mixtio* della costituzione, e che per il pluralista e moderato Montesquieu, costituisce il maggior freno del dispotismo[71]. Tuttavia quest'inerenza è inevitabilmente destinata a confliggere con il regalismo monista di Loyseau. Indubbiamente costui è autore di un interessante intervento sulla *cohaerentia territorio iurisdictionis* le cui pagine più costruttive si leggono nel *Traité des seigneuries*[72] e cioè in un'opera che non è detto che Montesquieu ignorasse[73]; però, a ben vedere, lo scritto del regalista Loyseau, mira proprio a depotenziare l'inerenza del potere alla terra, e, sullo sfondo, mira a sminuire la forza frammentatrice delle unità territoriali, e perciò del potere, che la patrimonalità del feudo determina. Seguiamo, solo per un tratto, la sua logica: per lui "le titre de fief importe proprieté', e la 'iustice' oggetto di proprietà feudale, è appunto pensata *cohaerens* al territorio feudale, ma in particolare a quei feudi che costituiscono 'Seigneurie subalterne ou suzeraine'[74], la quale è, appunto, 'dignité d'un fief ayant iustice'. Bisogna però fare attenzione: quel ch'è 'feudo' in questa *seigneurie* è 'proprieté feodale des terres', ma per essere *seigneurie* questa terra feudale deve avere necessariamente e 'inseparablement' *justice* in proprietà su di essa. Senonché, il titolo proprietario sulla 'terre seigneuriale' è per sé, ma non anche in sé (come si penserebbe), titolo alla *justice*; ed in effetti in questo particolare modo di pensare la *cohaerentia*, la *justice* non è indissolubile o inseparabile in assoluto dalla terra feudale, ma è solo necessaria per considerare questa terra come 'Seigneurie suzeraine'. In altri termini la *justice* può essere separata (ad es. per vendita) dalla 'terre seigneuriale' che resterebbe allora 'fief sans iustice'. Ora questa separazione della giurisdizione dalla terra, questo suo ridursi a mero potere, di ragione, alla fine, personale, sembrerebbe ispirata anche dalla necessità di conservare la giurisdizione, il potere, e forse la qualità di *iudex ordinarius*, all'interno della, in qualche modo sopravvivente (sopravvivente cioè nel

[71] È consolidata opinione (vedila per un cenno nella *Analyse* che Brèthe de La Gressaye premette al l. XXX [p. 147] della sua edizione di *EL*) che i libri XXX e XXXI di *EL* debbano essere messi in relazione col famoso assetto costituzionale che Montesquieu propone in *EL* II, 4. A me pare una giusta opinione, ma è forse opportuna una sua rilettura.

[72] Charles Loyseau, *Traité des seigneuries* pp.53-55. E ne parla anche nei *Cinque Livres du Droit des Offices*, Coligni, par I. Demonthouz, 1613, pp. 232-233 (liv.II, 2), e per cenni anche altrove.

[73] Sappiamo dalla nt. 67 (pp. 370-371) di Brèthe de La Gressaye al l. XXX di *EL*, che Montesquieu aveva di Loyseau i *Cinque Livres du Droit des Offices*; poi si fece prestare dal suo amico, il magistrato J.Barbot, il *Discours de l'abus des Iustices des villages* che, in effetti, è l'unica opera di Loyseau citata in *EL*. Però sappiamo anche che il *Discours* fu pubblicato a sé soltanto nella prima edizione del 1603; in seguito fu edito sempre unitamente al *Traité des seigneuries* o nella raccolta delle opere complete di Loyseau (B. Basdevant-Gaudemet, *Aux Origines de l'Etat Moderne. Charles Loyseau* p. 5). Non è insomma probabile che Barbot abbia dato all'amico il *Discours* nella *editio princeps* del 1603.

[74] Possiamo avvicinarli in prima approssimazione ai 'feudi di dignità' che i feudisti classici trattano da *Libri Feudorum* I, 13 e II,10, Però approssimare è sempre rischioso in un autore come Loyseau, che tende costantemente alla rifondazione dei concetti usuali.

suo mero esser potere), unità d'officio, o di quel che egli ritiene in origine officio, e cioè appunto la 'Seigneurie suzeraine'[75], e cioè d'un feudo in antico di notevole, benché varia, ampiezza e complessità, che inglobava feudi di minore estensione, e che in certa misura (cioè almeno per le *Seigneuries* maggiori o antiche) egli crede o pensa preesistente alla stessa frammentazione feudale, e riducibile, o ormai ridotto, alla esile figura del 'Seigneur Iusticier' senza terra. Sembra indubbio che tutto questo (o almeno il suo effetto, e cioè l'esistenza di feudi senza giurisdizione) corrisponda ad una prassi di Francia, e che la posizione di Loyseau non sia, perciò, solo dottrinale. Lo stesso Montesquieu parla diffusamente di feudi privi di giurisdizione, e ne dà una ragione, quella cioè di una perdita del tutto naturale dell'originario e inerente potere di giurisdizione del feudo[76]; una perdita che, secondo lui, sarebbe anche causa generativa del celebre principio ("règle"), e della sua progressiva vigenza, quello secondo il quale "autre chose est le fief, autre chose est la justice"[77]. Non può che notarsi la coerenza con la quale Montesquieu persegue la sua idea, d'un diritto al potere in ogni feudo originario. Qui, però, bisogna aggiungere che è appunto il ricordato principio ad orientare, nella teoria di Loyseau, il contenimento dell'inerenza della giurisdizione al feudo[78], in armonia di spirito col regalismo di molti altri giuristi di Francia; e in corrispondenza, comunque, con una certa prassi. Certamente si tratta di una prassi non generale, perché anche in Francia, terra e potere spesso coincidono; quando però divergono, appaiono figure feudistiche come quella, indicata da Loyseau, del 'Seigneur du fief', o altre che siano, al quale non resterebbe altro che la pura e semplice *justice fonciere*[79]; nell'Italia meridionale, che è un osservatorio feudistico principe, ciò, almeno a iniziare dall'età angioina, non potrebbe avvenire: ogni terra feudale ha come minimo la cognizione delle cause civili (*simplex iurisdictio*); non c'è terra feudale senza potere[80]. Certo, è anche pensabile che la costruzione di Loyseau, veli, nemmeno tanto nascostamente, il tentativo, questo sì dottrinale, di negare in generale l'inerenza del potere alla terra, per l'ambizione, tutta regalista, di mostrare innaturale la giurisdizione nella sua dimensione feudale. In ogni caso il tentativo non ha inciso, a tacer d'altro, in quelle teorie, esse stesse attente alla prassi, ma ideologicamente

---

[75] Affronto la questione, assai complessa, da brani di Charles Loyseau, *Traité des seigneuries*, pp. 50-52, 54, 131, 138, 162, 168-169. In attesa di maggiori approfondimenti, ne dò qualche cenno in G.Vallone, *Il pubblico e il 'publicum'. Loyseau*, proposto qui sopra nella Dispensa.

[76] *EL* XXX, 27: non potendo il feudale ('seigneur') giudicare da solo, sarebbe la mancanza di 'hommes de fief' atti a costituire la corte giudiziale dei pari, a render necessaria la giurisdizione della corte feudale sovraordinata. Anche in Italia meridionale, in età monarchica, la corte del baglivo, cioè la prima istanza feudale, è istituzione collegiale.

[77] Analisi di questo principio, e della sua effettiva pratica in diverse province francesi, si leggono in un importante volume di storia regionale delle istituzioni: P. Villard, *Les justices seigneuriales dans la Marche*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1969 pp.49-70. Il principio è però di antica origine dalla feudistica italiana settentrionale: G. Vallone, *Istituzioni feudali dell'Italia meridionale tra Medio Evo ed Antico Regime...*Roma, Viella 1999, pp. 186-187 nt.12, 214 nt. 99 e100. Lo stesso Dumoulin lo argomenta da Oldrado e da Baldo.

[78] Riflessioni in B. Basdevant-Gaudemet, *Aux Origines de l'Etat Moderne. Charles Loyseau* pp. 177-180, certamente da integrare.

[79] Cioè, come sappiamo, un mero potere coercitivo per l'adempimento degli obblighi fondiari: così sembra ricavarsi dalla lettura di Loyseau. Secondo il saggio pioneristico di R. Villiers, *Observations sur 'Fief et Justice' dans les Coutumes de l'Ouest*, in *Mémoires de l'Académie Nationale des Sciences, Arts et Belles Lettres de Caen*, 11 (1951), pp. 219-245, le regioni del Sud, del Centro e dell'Est di Francia, giungono, già nell'età di Loyseau, a limitare la giurisdizione feudale alla sola *justice fonciere*; invece nelle regioni dell'Ovest e anche del Nord, essa si estende anche alla *basse justice*, cioè a una autentica giurisdizione cognitiva. La feudatissima Bretagna offre diversi profili per una riflessione comparata con l'Italia meridionale.

[80] G. Vallone, *Istituzioni feudali dell'Italia meridionale* pp.198-217: l'unica giurisdizione infeudata senza territorio (e cioè oggetto, essa stessa, in sé, di titolo feudale) è quella che s'aggiunge ad un feudo territoriale dotato di giurisdizione di grado inferiore (pp. 213-214, 237-239); è il cd. 'feudo giurisdizionale'.

divergenti, quali quella di Montesquieu e di altri ancora dopo di lui, come Mirabeau *senior*, che pretende, per la monarchia salda, "droit de jurisdiction subordonnée, mais inhérente à ses fiefs, attendu que dans toute Monarchie féodale (la seule qui puisse être solide) la justice est annexée au territoire"[81].

8. L'inerenza del potere alla terra feudale, e perciò la affermazione di un diritto proprio e *in proprium* della feudalità al potere, è un'esigenza per Montesquieu assai più forte e profonda di quanto appaia nei due ultimi libri dell'*Esprit des Lois*. In questa parte feudistica prende corpo - è bene notarlo- la scelta, fondativa in tutta l'opera, di articolare la costituzione, a fini antidispotici, per la diretta presenza di poteri originari altri da quello regio, rinunciando, com'è noto, alla teoria- forse in Francia più carica di tradizione benché, all'epoca, indebolita- d'una costituzione cetual-rappresentativa legata all'esperienza o all'idea degli *États Généraux.* L'esistenza di simili poteri è una vera condizione della costituzione monarchica, ed è anzi, secondo uno dei capitoli più celebri dell'opera, la sua 'natura', cioè la natura di quella costituzione "où un seul gouverne par des lois fondamentales".[82] Si potrà discutere, ed è stato discusso, se questa 'natura' sia tutt'uno con queste 'lois fondamentales' o costituisca, piuttosto, il presupposto o il fondamento della loro osservanza. Intanto, fissiamo che 'il più naturale' tra questi poteri è appunto quello della 'nobiltà' che, senza dubbio, Montesquieu tende a identificare almeno in parte, col ceto feudale o *des seigneurs.* Più poteri sono costituzione quando sono ordinati in unità, e infatti i 'pouvoirs intermédiaires', e tra questi quello feudale, sono subordinati e dipendenti di per sé da quello sovraordinato del Re. Però, dice ancora Montesquieu, nella monarchia il Re è la "source de tout pouvoir politique et civile". E non c'è dubbio che questo sia vero in via di principio per quel mediano "état" dei magistrati[83] il cui potere deriva in officio, o *in exercitio* secondo il diritto comune, dal Re; ma il potere feudale, inerente a un territorio che si trasmette ormai ereditariamente, sarebbe allora, nonostante questo trasmettersi in proprietà feudale, un potere ancora derivato dal Re, o di cui il Re è fonte? Qui si ritrova lo stesso ondeggìo che Montesquieu ha mostrato nella ricostruzione della costituzione originaria della monarchia di Francia. Ai tempi della 'monarchia politica' i feudi erano 'amovibles' dal Re e pensati come sua proprietà, così come il potere loro inerente (se lo era); poi, con la 'monarchia feudale' i feudi sono ormai ereditari, come il potere ad essi inerente, e la feudalità acquista un diritto proprio al potere.

---

[81] V. de Mirabeau, *Précis de l'Organisation ou Mémoire sur les États Provinciaux* (*L'ami des Hommes ou Traité de la Population*, t. IV), Hambourg, Hérold, 1758[4], pp. 44, 89; ne fa cenno E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution* p. 237.

[82] *EL* II, 4.

[83] In *EL* XX, 22 si dice "état de la robe" intermedio tra nobiltà e popolo; ed "état" verrebbe quasi da tradurlo con *status*, perché si è magistrati per diritto dativo (l'incardinamento in officio), e non nativo (o 'innato') come per il "corps de noblesse". Da questa posizione mediana di *status*, i magistrati esercitano una"puissance de juger" che, per detto celebre, è, o dovrebbe essere, "invisible et nulle" proprio perché legata ad uno *status* di esercizio, all'occorrenza, del potere e non costituirebbe perciò un suo tratto 'permanent' o, propriamente, corporato (XI, 6). Quando in seguito si dice che la legge è al tempo stessa "clairvoyante et aveugle", si pone la premessa per spiegare come il potere di giudicare è invisibile e nullo, perché esso *è* nella legge e i magistrati non sono che "la bouche qui prononce les paroles del la loi; des êtres inanimés". Qui Montesquieu non fa che ripetere note idee del diritto comune, che Loyseau (*Discours de l'abus* p.8a) attribuisce a Andrea da Isernia e Luca da Penne, ma sono, com'è noto, di conio ciceroniano (*de Legibus* III, 1, 2). L'interpretazione si trova anche in C. Schmitt *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, a c. di A. Caracciolo, pp. 110, 247. Ricordo anche, benché molto invecchiato dal punto di vista dell'analisi corporata, A. Marongiu, *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca* (1972), nella sua raccolta *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 593-613: 601-603.

Quale condizione del potere feudale dobbiamo pensare che Montesquieu ritenga 'natura' e, in qualche modo, 'essence' della costituzione monarchica? quella in cui la feudalità esercita un potere proprio del Re, e del quale il Re è fonte, o quella in cui la feudalità ha un diritto proprio al potere? In più luoghi Montesquieu sostiene la necessità del carattere ereditario della nobiltà[84], ma questo non è ancora nulla, perché non lega la nobiltà né a una terra né a un potere. Tuttavia, continuando a leggere con attenzione un celebre capitolo, si intravede forse un percorso: ricordando la lotta secolare dei magistrati regi di Francia contro le giurisdizioni feudali ed ecclesiastiche, l'autore dichiara di voler sospendere il giudizio, ma - egli aggiunge- resta da decidere, fino a qual punto "la constitution en peut être changée"[85] . Vale per la giurisdizione feudale quel che si dice di quella ecclesiastica: se essa è parte della costituzione ("partie des lois du pays"), la lotta, il movimento politico dei magistrati regi lede in verità, o rimuove, "les limites" del potere regio, e si corre il rischio di mutare l'assetto della costituzione con l'irruzione del dispotismo. In effetti esser parte della costituzione vuol dire essere in relazione costante con tutte le altre parti di essa ("elle y est partout relative") in modo che ciascuna parte nell'ambito delle propria attribuzione o cerchia, e non oltre di essa, formi unità, "un concert...bien tempéré"[86] di poteri, che appena smosso, si snatura. Inoltre, la feudalità esprime già in sé, come potere, e non soltanto per il suo essere in "concert" con altri poteri, una pretesa diversa di intangibilità, perché esprime un diritto proprio, e non derivato, al potere: dunque un potere originario, ed originario, per così dire, fin dalle origini stesse della monarchia, nella tessitura, o 'concerto', dell'unità politica. Cos'altro vuol dire Montesquieu quando afferma l'inerenza di quel potere alla terra, e che quest'inerenza è originaria ("dans les commencemens")[87]? E certo è ancora contro Loyseau che egli ribadisce “les justices ne doivent point leur origine aux les usurpations; elles dérivent du premier ètablissement et non pas de sa corruption”[88]. Ora se per originario, s’intende un potere sulla terra nato, alla fine, senza mediazione altrui, anche l’usurpazione ha tale caratteristica; ma Montesquieu vuole appunto evitare questa ipotesi, che, in effetti rimprovera a Loyseau; vuole la legittimità di quel potere nella sua stessa origine, e dunque, fin d'allora, cioè dagli inizi del Regno franco, la feudalità deve essere titolare d'un diritto proprio al potere.

Il costante rifiuto in Montesquieu dell'idea d'una giurisdizione feudale frutto di usurpazione, mostra fino alla radice le sue ragioni solo se si comprende l'esigenza che egli ha di pensare quella giurisdizione e quel potere come originari e, per così dire, costituenti in modo irriducibile la forma vera e giusta dell'unità politica del regno di Francia[89]. Se questo è vero, se è vero che è proprio della natura della monarchia che vi siano "sous le prince plusiers ordres qui tiennent à la constitution"[90], allora non è propriamente possibile dire che il Re è

---

[84] *EL* VI, 5; XI, 6 e altrove.
[85] *EL* II, 4.
[86] *EL* XI, 8.
[87] *EL* XXX, 22 p. 203; e XXX,20 p. 197 "dans tous les temps".
[88] *EL* XXX, 22 p. 203; E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution* p. 93.
[89] Restaurare o conservare le relazioni di potere sul fondamento storico e concreto della loro (pretesa) origine, vale , al di là delle differenze, per Montesquieu o per Boulaivilliers, o per altri minori conservatori, come 'punto costituente buono e vero' dell'unità politica e, in essa, della distinzione cetuale da ergere contro la minacciosa figura dell' 'uomo di natura', che, spinto o meno fino al contrattualismo, nutre il germe rivoluzionario della indistinzione: lo osserva, per Boulainvilliers, M. Foucault,*'Bisogna difendere la società'* (corsi del 1976), a c. di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 166-168. Lo specifico di Montesquieu, è che egli pretende di costituire in quest'origine, l'originarietà del potere feudale.
[90] *EL* V, 11.

la fonte di ogni potere nella costituzione monarchica[91], e quei "canaux moyens"[92] non sono semplicemente vie di circolazione d'un sovrastante potere politico unico, ma, fonti di poteri diversi e, in qualche caso, non solo subordinati e dipendenti, ma anche originari, tutti però *in contextione*[93] e cioè costitutivi di quella antica e *vera concordia* ch'è forma 'eccellente' dell'unità politica.

9. Bodin, Loyseau o Montesquieu, descrivendo la loro idea di costituzione della Francia, riconoscono tutti, variamente, la naturale inclinazione dei 'corpi intermedi' ad essere potere. Però Montesquieu è un sostenitore dell'inerenza del potere alla terra feudale assai più determinato di Bodin, che tende a negarla[94], o di Loyseau che tenta di contenerla. Certo è vero, quando egli afferma, in un brano già ricordato, che le giurisdizioni feudali "ne doivent point leur origine aux les usurpations; elles dérivent du premier ètablissement et non pas de sa corruption", sappiamo che la sua affermazione è sostenuta da un certo imbarazzo iniziale, perché è proprio dalla 'corruzione' della 'monarchia politica' e dallo stabilirsi dell'ereditarietà dei feudi che può considerarsi effettivo quel requisito che egli pretende, invece, primigenio della costituzione monarchica dei Franchi, e cioè l'inerenza del potere alla terra feudale. Solo a quel punto può effettivamente parlarsi d'un diritto proprio della feudalità al potere, e si è detto. In un un certo senso, possiamo anche pensare che la dimensione ereditaria dei feudi, e l'affermazione della 'monarchia feudale' retroagisca sul modo che ha Montesquieu di pensare la 'monarchia politica', interrompendo un sentiero che poteva apparire, per così dire, promettente. In quella non breve stagione delle prime origini, quando egli pensa i feudi non ereditari come una proprietà del Re, il 'politico' dell'unità, o, per meglio dire il potere per l'unità è tutto del Re, perché è lui che instaura o rimuove i feudali, e la loro giurisdizione, ed è ancora lui a incardinare in officio i conti e a attribuire loro il potere di giurisdizione. Conti e feudali costituiscono una distinzione profonda nell'unico potere del Re, e una tale distinzione, un tal *partage* della costituzione, è, come sempre per Montesquieu, una garanzia, benché egli qui la pensi 'bilanciamento' contro la riottosità, o l'autonomismo dei feudali, assai più che un freno, si disse, contro il dispotismo del Re. Egli pensa questo bilanciamento come opera e frutto di diversi 'ordres de l'Ètat', e nemmeno in questo ci sorprende, ma c'è, a mostrare questa diversità di 'ordini', una differenza che è necessario rilevare. I conti sono officiali e i feudali no. Essere feudale o essere conte (quand'anche, si fosse, per unione personale, l'uno e l'altro) non indica solo l'appartenenza a due 'corps' distinti, ma propone anche due modi diversi di essere potere, o di farlo essere secondo un regime giuridico, in ciascuno dei due modi, diverso. In verità, se si esamina quel che Montesquieu pensa del periodo preereditario della feudalità, la distinzione tra il regime giuridico del feudo e quella dell'officio non è approfondita, anche perché non sembra, nel contesto che gli interessa, profonda. Si dice che i conti, alle origini, restavano in carica per un anno, anche se in poco lasso di tempo "ils achèterent la continuations de

[91] Però è fonte irradiante, appunto sul presupposto di una costituzione mista e di un potere temperato, di ogni possibile magnanimità e grandezza: *EL* V, 12.
[92] *EL* II, 4.
[93] *Ex diversitate contextio* è il gran detto di Gregorio Magno che Loyseau riprende dal Decreto grazianeo (*dist*. 89, can. 7), e premette al suo trattato *Des Ordres*, donde sarà diffuso per merito d' un celebre libro di Duby.
[94] Ne tratto in *Una costituzione per Bodin*, edito in questa dispensa.

leurs offices"[95]; li ebbero, cioè, a vita.[96] La loro ereditarietà era cosa fatta, per Montesquieu, ai tempi di Carlo il Calvo[97]. Dunque, è evidente che le istituzioni del feudo e quelle dell'officio hanno, fino a una certa epoca, analoga evoluzione, e il loro regime giuridico finisce per differenziarsi esilmente[98]. Tuttavia, a un certo punto, con un'intuizione incisiva, Montesquieu propone che sia stata proprio l'ereditarietà dei feudi a rendere necessario il superamento dell'ereditarietà degli offici: "se priver de quelques terres étoit peu de chose; renoncer aux grand offices, c'étoit perdre la puissance même".[99] Ecco una frase presaga dell'avvenire. Vibra qui la consapevolezza del profondo legame tra officio e potere, ch'è la chiave della modernità politica, quando, in particolare, quel legame s'esprimerà, come già ai tempi del Montesquieu, sul fondamento del diritto astratto, e sarà in questa costellazione che il potere si libererà dal nesso con la terra. Qui s'avverte, anche, la consapevolezza della radicale differenza tra feudo e officio. È assolutamente necessario essere chiari su un punto: si tratta di una differenza radicale che appare nei modi del potere, ma che è più profonda di tale apparenza; cioè siamo a una differenza della costituzione, a una diversità necessaria di due sue parti. Questa diversità si mostra nell'evidenza di due regimi giuridici diversi, che presentano indubbiamente tratti di somiglianza (tanto che i logici del diritto, e i giuristi stessi, elaboreranno l'argomento del ragionare analogico *de feudo ad officium*), ma che sono diversi, per così dire, nel fondamento del loro essere la costituzione. Ed è proprio questa diversità del fondamento che dà il senso della 'cosa', cioè della natura composita o mista della costituzione, e indica, col riferirsi ad essa, la via per non disperdersi in quelle somiglianze, com'è invece più volte avvenuto. L'analisi del regime giuridico non deve rimuovere, negli stessi studi dal Medievo all' Antico Regime, l'esistenza della costituzione[100]. Certo, è vero, Montesquieu non indulge di frequente ad analisi del regime giuridico differenziato del feudo e dell'officio[101], ma questo avviene perché nel suo pensiero la costituzione ha natura corporata, ed egli ha anzitutto necessità di esprimere questa condizione di esistenza dell'unità attraverso la diversità dei 'corps'. Scrivendo ad esempio del regime aristocratico di Venezia, e della tripartizione funzionale del potere (legislativo, esecutivo e giudiziario), commenta: il male è che questi poteri "différens sont formés par des magistrats du même corps; ce qui ne fait guère qu'une même puissance"[102]; dunque non è la semplice divisione dei tre poteri a costituire il freno antidispotico, ma la distinzione dei 'corps' che li esercitano in una partecipazione d'insieme. Le interpretazioni di Eisenmann e Althusser restano fondamentali.

Testi antologici tratti dalle edizioni citate:

Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, pp. 162-163 (lib. II, cap. 4) e 840-841 (lib. XXX, cap. 25); (*De L'esprit des Lois*, pp. 214-217).

---

[95] *EL* XXXI, 1.
[96] *EL* XXXI, 7 in principio.
[97] *EL* XXXI, 28; XXXI, 29 con riferimento al celebre capitolare emanato a Quierzy nell'anno 877.
[98] L'impostazione di Montesquieu corrisponde alla possibile storia reale delle istituzioni, e, con riferimento alla ereditarietà degli offici, come dei feudi, s'è detto "l'epoca più antica del sistema d'uffici dell'Europa centrale, ci mostra l'ufficio come feudo": O. Hintze, *Il ceto dei funzionari* (1911), nella sua raccolta di saggi tradotti e curati da P. Schiera, *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, pp.158-201: 169.
[99] *EL* XXXI, 7 in fine.
[100] La rimozione spesso invece agisce, con effetti di unidimensionalità, negli studi italiani; rinvio al mio saggio *Rilettura di Pietro Vaccari*, in corso di publicazione negli scritti in onore di Mario Ascheri.
[101] Avviene ad esempio in tema di omaggio feudale e di giuramento: *EL* XXXI, 33.
[102] *EL* XI, 6.

Charles-Louis de Secondat
de Montesquieu

LO SPIRITO DELLE LEGGI

Prefazione di Giovanni Macchia
Introduzione, cronologia, bibliografia
e commento di Robert Derathé
Traduzione di Beatrice Boffito Serra

BUR rizzoli classici

sa[a][26], il capo della repubblica cambia tutti i mesi, gli altri funzionari tutte le settimane; il governatore del castello, tutti i giorni. Ciò può aver luogo soltanto in una piccola repubblica[b] circondata da potenze formidabili, che corromperebbero facilmente dei piccoli magistrati.

La migliore aristocrazia è quella in cui la parte del popolo che non partecipa al potere è tanto piccola e tanto povera, che la parte dominante non ha nessun interesse a opprimerla. Così Antipatro[c], quando stabilì in Atene che coloro che non possedevano duemila dramme fossero esclusi dal diritto di voto, formò la migliore aristocrazia possibile; infatti questo censo era tanto moderato che escludeva poca gente, e nessuno che godesse di qualche considerazione nella città.

Le famiglie aristocratiche, dunque, devono essere poche per quanto è possibile. Quanto più una aristocrazia si avvicinerà alla democrazia, tanto più sarà perfetta; e lo diverrà tanto meno, a misura che si avvicinerà alla monarchia[29].

La più imperfetta di tutte è quella in cui la parte del popolo che obbedisce è in condizione di servitù civile rispetto a quella che comanda, come l'aristocrazia della Polonia, dove i contadini sono schiavi della nobiltà.

CAPITOLO QUARTO

DELLE LEGGI NEL LORO RAPPORTO CON LA NATURA DEL GOVERNO MONARCHICO

I poteri intermedi[30], subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali[31]. Ho detto i poteri intermedi, subordinati e dipendenti: in effetti, nella monarchia, il principe è la fonte di ogni potere politico e civile. Queste leggi fondamentali presuppongono necessariamente dei canali medianti per i quali scorre il potere: poiché, se non vi fosse nello Stato che la volontà momentanea e capricciosa di uno solo, nulla potrebbe essere fisso, e per conseguenza non vi sarebbe nessuna legge fondamentale[32].

Il potere intermedio subordinato più naturale è quel-

[a] *Voyages* di Tournefort.
[b] A Lucca[27], i magistrati non sono in carica che per due mesi.
[c] Diodoro, lib. XVIII, pag. 601, ediz. di Rhodoman[28].

lo della nobiltà. Essa entra in qualche modo nell'essenza della monarchia, la cui massima fondamentale è: *dove non c'è monarca, non c'è nobiltà: dove non c'è nobiltà, non c'è monarca*[33]. Ma c'è un despota.

Vi furono alcuni che avevano immaginato, in certi stati d'Europa, d'abolire tutte le giurisdizioni dei signori[34]. Non si accorgevano di voler fare quello che il parlamento in Inghilterra ha già fatto. Abolite in una monarchia le prerogative dei signori, del clero, della nobiltà e delle città[35]: avrete in breve uno Stato popolare, o meglio uno Stato dispotico.

I tribunali di un grande Stato in Europa[36] battono senza posa, da parecchi secoli, sulla giurisdizione patrimoniale dei signori e su quella ecclesiastica. Non vogliamo censurare magistrati tanto saggi; ma lasciamo decidere fino a qual punto possa esserne cambiata la costituzione.

Io non mi ostino sui privilegi degli ecclesiastici; ma vorrei che si fissasse una volta per tutte la loro giurisdizione[37]. Non si tratta di sapere se si ha avuto ragione di stabilirla, bensì se è stabilita, se fa parte delle leggi del paese, e se dappertutto è in relazione con esse; se, fra due poteri che si riconoscono indipendenti, le condizioni non debbano essere reciproche; e se non sia lo stesso, per un buon suddito, difendere la giustizia del principe o i limiti che questa si è prescritta in tutti i tempi.

Quanto il potere del clero è pericoloso in una repubblica, altrettanto è conveniente in una monarchia, soprattutto in quelle che tendono al dispotismo. Che sarebbe della Spagna e del Portogallo dopo la perdita delle loro leggi, senza questo potere che solo arresta il potere arbitrario? Barriera sempre buona, qualora non ve ne siano altre: poiché, siccome il dispotismo cagiona mali spaventevoli alla natura umana, il male stesso che lo limita è un bene.

Come il mare, che sembra voler ricoprire tutta la terra, è arrestato dall'erbe e dalle più minute ghiaiette che si trovano sulla riva, così i monarchi, il cui potere sembra senza confini, si arrestano dinanzi ai più piccoli ostacoli e sottomettono la loro naturale fierezza ai lamenti e alle preghiere.

Gli Inglesi, per favorire la libertà, hanno abolito tutti i poteri intermedi che formavano la loro monarchia. Essi hanno ben ragione di conservare questa libertà; se venissero a perderla, sarebbero uno dei popoli più schiavi della terra.

Il signor Law, con pari ignoranza della costituzione

nua [a] l'abate Dubos "che i cittadini nati liberi erano qualificati uomini nobili: nell'uso mondano, uomo nobile e uomo nato libero hanno avuto per molto tempo lo stesso significato." Come! Per il fatto che oggi, ai tempi nostri, alcuni borghesi hanno assunto la qualifica di nobiluomini, un brano della vita di Lodovico il Pio si applicherà a questo genere di gente! "Può anche darsi" aggiunge ancora [b] "che Ebone non fosse stato schiavo nella nazione dei Franchi, ma nella nazione sassone, o in un'altra nazione germanica, dove i cittadini erano divisi in parecchi ordini." Dunque, a causa del *forse* dell'abate Dubos, non vi sarebbe stata una nobiltà nella nazione dei Franchi. Tuttavia, egli non ha mai applicato più male un *forse*. Si è visto che Tegano [c] distingue, tra i vescovi che si erano opposti a Lodovico il Pio, quelli che erano stati servi, da quelli che appartenevano a una nazione barbara. Ebone era dei primi, e non dei secondi. Del resto, non so come si possa dire che un servo come Ebone sarebbe stato Sassone o Germano: un servo non ha famiglia, né, per conseguenza, nazione. Lodovico il Pio affrancò Ebone, e siccome i servi affrancati prendevano la legge del loro padrone, Ebone divenne Franco, e non Sassone o Germano.

Finora ho attaccato, adesso devo difendermi. Mi si dirà che il corpo degli antrustioni formava veramente nello Stato un ordine distinto da quello degli uomini liberi: ma che, siccome i feudi furono dapprima amovibili, e poi a vita, ciò non valeva a formare una nobiltà d'origine, in quanto le prerogative non erano annesse a un feudo originario. È stata senza dubbio questa obiezione a far pensare al de Valois che presso i Franchi vi fosse un solo ordine di cittadini: opinione che l'abate Dubos ha preso da lui, e che ha soltanto guastato a forza di cattive prove. Come che sia, non è l'abate Dubos che avrebbe potuto fare questa obiezione. Infatti, avendo stabilito tre ordini di nobiltà romana, e la qualità di commensale del re per il primo, non avrebbe potuto dire che questo titolo indicasse una nobiltà d'origine più di quanto non lo indicava quello dell'antrustione. Ma la risposta dev'essere diretta. Gli antrustioni, o fedeli, non erano tali perché avevano un feudo, ma si dava loro un feudo, perché erano antrustioni o fedeli. Si ricordi quello che ho detto nei primi capitoli di questo libro: essi non avevano allora, come ebbero in seguito, un medesimo feudo; ma se non avevano quello, ne avevano un altro, e perché i feudi si assegnavano alla nascita, e perché si assegnavano spesso nelle assemblee della nazione, e infine perché, come era nell'interesse dei nobili di possederne, così era nell'interesse del re di dargliene. Queste famiglie si distinguevano per la loro dignità di fedeli e per la prerogativa di potersi raccomandare per un feudo. Farò vedere nel libro seguente [a] come, per le circostanze di quei tempi, ci furono uomini liberi che furono ammessi a godere di questa grande prerogativa, e per conseguenza a entrare nell'ordine della nobiltà. Non era così al tempo di Gontrano e di Childeberto suo nipote; ma lo era al tempo di Carlomagno. Ma quantunque, dal tempo di questo principe in poi, gli uomini liberi fossero in grado di possedere feudi, è chiaro dal brano di Tegano su riferito, che i servi affrancati ne erano assolutamente esclusi. L'abate Dubos [b], che va in Turchia per darci un'idea di quella che era l'antica nobiltà francese, ci dirà se qualcuno si è mai lamentato in Turchia del fatto che si innalzavano e agli onori e alle cariche individui di bassa nascita, come se ne faceva lagnanza sotto i regni di Lodovico il Pio e di Carlo il Calvo? Nessuno se ne lamentava ai tempi di Carlomagno, perché questo principe distinse sempre le famiglie antiche dalle nuove; cosa che Lodovico il Pio e Carlo il Calvo non fecero.

Il pubblico non deve dimenticare d'essere debitore all'abate Dubos di diversi ottimi lavori. È da quelle belle opere che deve giudicarlo, non da questa. L'abate Dubos vi è caduto in grandi errori, perché ha avuto dinanzi agli occhi il conte di Boulainvilliers più che il suo argomento. Da tutte le mie critiche non trarrò che questa conclusione: se questo grande uomo ha sbagliato, che cosa non ho da temere io?

[a] *Ibid.*
[b] *Ibid.*
[c] *"Omnes episcopi molesti fuerunt Ludovico, et maxime ii quos e servili conditione honoratos habebat, cum his qui ex barbaris nationibus ad hoc fastigium perducti sunt." De gestis Ludovici Pii*, capp. 43 e 44.

[a] Cap. 23.
[b] *Histoire de l'établissement de la monarchie française*, tomo III, lib. VI, cap. 4, pag. 302.

Il a été tiré de cet ouvrage: 150 exemplaires
sur papier Bible numérotés de B 1 à B 150.

LES TEXTES FRANÇAIS
COLLECTION DES UNIVERSITÉS DE FRANCE
PUBLIÉE SOUS LE PATRONAGE
DE L'ASSOCIATION GUILLAUME BUDÉ

MONTESQUIEU

DE L'
ESPRIT DES LOIX

TEXTE ÉTABLI ET PRÉSENTÉ PAR
JEAN BRETHE DE LA GRESSAYE
Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux

TOME IV
(LIVRES XXVII-XXXI)

SOCIÉTÉ LES BELLES LETTRES
95, Boulevard Raspail, 95
PARIS
1961

parmi les Francs, étoient toujours ceux qui avoient dans l'État une plus grande puissance, et qu'il étoit plus difficile au juge ou au comte de corriger. Cette explication s'accorde avec un grand nombre de capitulaires[a] qui donnent les cas dans lesquels les criminels pouvoient être renvoyés devant le roi, et ceux où ils ne le pouvoient pas[87].

On trouve dans la vie de Louis le Débonnaire[b], écrite par Tégan[88], que les évêques furent les principaux auteurs de l'humiliation de cet empereur, surtout ceux qui avoient été serfs, et ceux qui étoient nés parmi les Barbares. Tégan apostrophe ainsi Hébon, que ce prince avoit tiré de la servitude, et avoit fait archevêque de Rheims : « Quelle récompense[c] l'empereur a-t-il reçue de tant de bienfaits! Il t'a fait libre, et non pas noble; il ne pouvoit pas te faire noble après t'avoir donné la liberté. »

Ce discours, qui prouve si formellement deux ordres de citoyens, n'embarrasse point M. l'abbé Dubos. Il répond ainsi[d] : « Ce passage ne veut point dire que Louis le Débonnaire n'eût pas pu faire entrer Hébon dans l'ordre des nobles. Hébon, comme archevêque de Rheims, eût été du premier ordre, supérieur à celui de la noblesse. » Je laisse au lecteur à décider si ce passage ne le veut point dire; je lui laisse à juger s'il est ici question d'une préséance du clergé sur la noblesse. « Ce passage prouve seulement, continue[e] M. l'abbé Dubos, que les

a. Voy. le livre XXVIII de cet ouvrage, ch. XXVIII, et le livre XXXI, ch. VIII.

b. Ch. XLIII et XLIV.

c. O qualem remunerationem reddidisti ei ! Fecit te liberum, non nobilem, quod impossibile est post libertatem, ibid.

d. Établissement de la monarchie françoise, t. III, Liv. VI, ch. IV, p. 316.

e. Ibid.

citoyens nés libres étoient qualifiés de nobles hommes : dans l'usage du monde, noble homme, et homme né libre, ont signifié longtemps la même chose. » Quoi! sur ce que, dans nos temps modernes, quelques bourgeois ont pris la qualité de nobles hommes, un passage de la vie de Louis le Débonnaire s'appliquera à ces sortes de gens! « Peut-être aussi, ajoute-t-il encore[a], qu'Hébon n'avoit point été esclave dans la nation des Francs, mais dans la nation saxonne, ou dans une autre nation germanique, où les citoyens étoient divisés en plusieurs ordres. » Donc, à cause du *peut-être* de M. l'abbé Dubos, il n'y aura point eu de noblesse dans la nation des Francs. Mais il n'a jamais plus mal appliqué de *peut-être*. On vient de voir que Tégan distingue[b] les évêques qui avoient été opposés à Louis le Débonnaire, dont les uns avoient été serfs, et les autres étoient d'une nation Barbare. Hébon étoit des premiers, et non pas des seconds. D'ailleurs, je ne sçais comment on peut dire qu'un serf tel qu'Hébon auroit été Saxon ou Germain : un serf n'a point de famille, ni par conséquent de nation. Louis le Débonnaire affranchit Hébon; et, comme les serfs affranchis prenoient la loi de leur maître, Hébon devint Franc, et non pas Saxon ou Germain.

Je viens d'attaquer, il faut que je me défende. On me dira que le corps des antrustions formoit bien dans l'État un ordre distingué de celui des hommes libres; mais que, comme les fiefs furent d'abord amovibles, et ensuite à vie, cela ne pouvoit pas former une noblesse d'origine, puisque les prérogatives n'étoient point

a. Ibid.

b. Omnes episcopi molesti fuerunt Ludovico, et maxime ii quos e servili conditione honoratos habebat, cum his qui ex barbaris nationibus ad hoc fastigium perducti sunt. De gestis Ludovici Pii, ch. XLIII et XLIV.

attachées à un fief héréditaire. C'est cette objection qui a sans doute fait penser à M. de Valois[89] qu'il n'y avoit qu'un seul ordre de citoyens chez les Francs : sentiment que M. l'abbé Dubos a pris de lui, et qu'il a absolument gâté à force de mauvaises preuves. Quoi qu'il en soit, ce n'est point M. l'abbé Dubos qui auroit pu faire cette objection. Car, ayant donné trois ordres de noblesse romaine, et la qualité de Convive du roi pour le premier, il n'auroit pas pu dire que ce titre marquât plus une noblesse d'origine que celui d'antrustion. Mais il faut une réponse directe. Les antrustions ou fidèles n'étoient pas tels, parce qu'ils avoient un fief; mais on leur donnoit un fief, parce qu'ils étoient antrustions ou fidèles. On se ressouvient de ce que j'ai dit dans les premiers chapitres de ce livre : ils n'avoient pas pour lors, comme ils eurent dans la suite, le même fief; mais s'ils n'avoient pas celui-là, ils en avoient un autre, et parce que les fiefs se donnoient à la naissance, et parce qu'ils se donnoient souvent dans les assemblées de la nation, et enfin parce que, comme il étoit de l'intérêt des nobles d'en avoir, il étoit aussi de l'intérêt du roi de leur en donner. Ces familles étoient distinguées par leur dignité de fidèles, et par la prérogative de pouvoir se recommander pour un fief[90]. Je ferai voir dans le livre suivant[a] comment, par les circonstances des temps, il y eut des hommes libres qui furent admis à jouir de cette grande prérogative, et par conséquent à entrer dans l'ordre de la noblesse. Cela n'étoit point ainsi du temps de Gontran et de Childebert, son neveu; et cela étoit ainsi du temps de Charlemagne. Mais quoique, dès le temps de ce prince, les hommes libres ne fussent pas incapables de posséder des fiefs, il paroît, par le passage de Tégan rapporté

a. Ch. XXIII.

ci-dessus, que les serfs affranchis en étoient absolument exclus. M. l'abbé Dubos[a], qui va en Turquie pour nous donner une idée de ce qu'étoit l'ancienne noblesse françoise, nous dira-t-il qu'on se soit jamais plaint en Turquie de ce qu'on y élevoit aux honneurs et aux dignités des gens de basse naissance, comme on s'en plaignoit sous les règnes de Louis le Débonnaire et de Charles le Chauve? On ne s'en plaignoit pas du temps de Charlemagne, parce que ce prince distingua toujours les anciennes familles d'avec les nouvelles; ce que Louis le Débonnaire et Charles le Chauve ne firent pas[91].

Le public ne doit pas oublier qu'il est redevable à M. l'abbé Dubos de plusieurs compositions excellentes. C'est sur ces beaux ouvrages qu'il doit le juger, et non pas sur celui-ci. M. l'abbé Dubos y est tombé dans de grandes fautes, parce qu'il a plus eu devant les yeux M. le comte de Boulainvilliers que son sujet. Je ne tirerai de toutes mes critiques que cette réflexion : [Si ce] grand homme a erré, que ne dois-je pas craindre[92]?

a. Histoire de l'établissement de la monarchie françoise, t. III, Liv. VI, ch. IV, p. 302.

6. Autonomia cittadina, *pauperes*, 'pubblico'.

Il concetto di autonomia, impegnato per la definizione dell'ordinamento costituzionale delle città dell' antico Regno italico, ma pure delle città del più recente Regno di Sicilia, sembra essere un ripiego rispetto a più generosi tentativi quali, ad esempio quelli classici di Francesco Ercole, che per le città del primo Regno - le 'libere città'- si spinge ad affermare che "per quanta fosse di fatto l'autarchia o l'autonomia conquistata" verso l' Impero, queste città "non potevano essere considerate *superiorem non recognoscentes* alla stregua dei *Regna*" e nemmeno "sovrane"[1]. Sarebbe mancato un "piccolissimo passo"[2] e perciò viene impegnata per esse la definizione di "Stati di fatto quasi sovrani"[3]. Noto in questa cursoria citazione tre profili problematici: la identificazione, del tutto arbitraria, tra sovranità (ch'è l'idea attuale del potere politico unico) e *superioritas* ch'è la esatta indicazione del potere politico supremo, nell'età medievale, e per lunghi secoli ancora; poi noto l'idea di una 'quasi sovranità', che è molto compromissoria perché la sovranità è o non è, e proprio per questo, come terzo profilo, non può essere 'di fatto' piuttosto che di diritto. Anche nell'opera più importante, ma invecchiatissima, ed essa stessa classica, sulla costituzione cittadina dell'Italia meridionale nei primi secoli del Regno, sembra necessario il ricorso al concetto di autonomia, e si parla spesso di 'autonomie locali'[4] e della "sfera notevole di autonomia interna che gli Angioini avevano lasciata" alle città, fino a declinare la convinzione che, "nel Mezzogiorno d'Italia l'organismo amministrativo delle città potè svolgersi liberamente, ma...quanto esso guadagnava di autonomia, altrettanto lo Stato perdeva di diritti" fino, nel XV secolo, "allo sviluppo ormai completo delle loro istituzioni amministrative"[5]. Si ripete qui la celebre proposta secondo la quale "nell'una e nell'altra parte d'Italia, quasi identiche necessità portarono verso forma di vita somiglianti"[6]; una proposta di parallelismo spesso rigettata o mitigata perché impraticabile proprio sul versante istituzionale, e che in fondo non è praticata neanche dal suo proponente[7], ed è poi a ben vedere anche poco

---

[1] F. ERCOLE, *Impero e Papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento. Sec. XIV-XV* (1911) ampliato e ripubblicato nella raccolta *Dal Comune al Principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del Rinascimento italiano*, Firenze, Vallecchi, 1929, pp. 119-354: 270-271.

[2] F. ERCOLE, *Studi sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo* (1917), in *Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del Rinascimento italiano*, Firenze, Vallecchi, 1932, pp. 49-156: 120-121.

[3] F. ERCOLE, *Impero e Papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento*, cit., p.265. Noto che anche il cardinale G.B. DE LUCA, Il *Principe Cristiano Pratico*, Roma, Stamperia della Reverenda Camera Apostolica, 1680, p. 144, usa, non meno ambiguamente, l'idea di "una specie di sovranità de fatto".

[4] F. CALASSO, *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, Roma, Signorelli, 1929, pp. 83,93, 105 etc. Noto l'uso diffuso del termine 'costituzione cittadina'. pp. 14, 21, 76, 105, 207-208, 231. La parola 'autonomia' ricorre fin dal titolo in un'altra opera, poco in uso, sulle città meridionali, ma della quale è opportuno tener conto: M. GAUDIOSO, *Natura giuridica delle autonomie cittadine nel Regnum Siciliae*, Catania, Casa del libro, 1952.

[5] F. CALASSO, *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, cit., pp. 207, 230: qui con un assai audace paragone con la storia istituzionale francese .

[6] F. CALASSO, *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, cit., p 21.

[7] F. CALASSO, *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, cit., p. 232, dove l'espansione istituzionale è vista sempre sotto "il controllo immediato" di officiali regi, e dunque, già per questo, al di fuori delle condizione costituzionale delle città comunali. Il fatto, erroneo, che l'officiale regio sia indicato, qui e altrove, nel 'capitano', è un grave errore che dimostra la sostanziale incomprensione, di Calasso e di altri, della profonda incidenza del regime feudale nella costituzione cittadina, quando le città o il nucleo abitativo è infeudato: G. VALLONE, *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, in AA.VV. *Un Principato territoriale nel Regno di Napoli? Gli Orsini del Balzo principi di Taranto (1399-1463)* a cura di L. Petracca e B. Vetere, Roma Istituto Storico Italiano per il Medio Evo,

compatibile con l'idea che, con spettro d'osservazione larghissimo, un lettore d'eccezione come Hintze propone, e cioè la possibile convergenza delle città meridionali verso il modello della 'organizzazione municipale' dell' Italia comunale, interrotta soltanto dalla conquista normanna con l'introduzione "del feudalesimo e della costituzione per ceti" e, con maggiore certezza, di uno 'Stato' organizzato per *officia*[8]. In ogni caso quella proposta calassiana però ha in sé una felice intuizione indicata come la "tendenza dell'elemento cittadino a non lasciarsi espropriare ogni diritto dal potere statale"[9]. Questo diritto, o potere, che anche la città meridionale ha in *proprium* e che è capace di resistere alle mire monopolistiche di poteri sovraordinati, è, a ben vedere, quel che possiamo pensare come 'autonomia'. Si tratta di un profilo sfuggente, spesso intuito, come appunto nel caso di Calasso, o anche posto al centro di riflessioni più generali, nelle quali comunque si percepisce l'ansia di giungere ad un fondamento; così avviene nell'avanzarsi di tale idea a scansione della storia costituzionale e giuridica d'Italia, proposta nella dimenticata sintesi del Solmi, dove "il periodo dell'autonomia", esaminato come 'sistema' politico, come 'dottrina' e anche come 'concetto giuridico', misura l'epoca dal 1100 al 1492[10], e in molte altre occasioni successive, e con plurimi significati e valenze della parola anche fuori, ma pure all'interno, del mondo del diritto, che ora non interessa esaminare. Però quel fondamento sembra ancora sfuggire e nascondersi, per così dire, nella sua stessa parola. Sembra perciò opportuna una constatazione: è fuor di dubbio che i giuristi, "quando parlano di autonomia non intendono ripetere un sinonimo di sovranità"[11]. In altri termini 'autonomia' e 'sovranità' (anche nel suo senso storico di *superioritas*), sono idee diverse e anche perfettamente compatibili, e in effetti parrebbe evidente, intanto dai contesti proposti, che l'autonomia vuole indicare sfere di potere subordinate ad un potere superiore, il tutto in un contesto che tenderebbe a mostrarsi come unitario. S'intende questo quando s'afferma, con pensieri

---

2013, pp. 247-334: 298 e nt. 180.

[8] O. HINTZE, *Condizioni storiche generali della costituzione rappresentativa* (1931), nella sua raccolta di saggi tradotti e curati da P. Schiera, *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 102-137: 103-104, e nell'altro scritto *Formazione degli stati e amministrazione comunale* (1924), ibid., pp. 82-101: 88-92. Le istituzioni cittadine dell'una e dell'altra Italia sarebbero accomunate dal loro originarsi nell'assenza di 'antichi nessi territoriali', ma nell'Italia comunale quest'assenza fu il prodotto della disgregazione patrimoniale degli antichi distretti degli officiali comitali carolingi (che presiedevano appunto nessi di comunità territoriali in 'autoamministrazione'); mentre nell'Italia meridionale proprio l'antica e resistente distrettuazione burocratico-amministrativa dei Temi bizantini, avrebbe contribuito a eliminare "primitivi sentimenti comunitari dell'unione di vicinato" e a deprimere "lo spirito comunale" nello stesso interno delle città (il che tuttavia non può valere per i potentati longobardi, più di altri percossi da processi di sgretolamento territoriale). I punti di partenza sarebbero dunque assai diversi e l'affermazione del modello municipale nel Sud una meta negata dalla istituzione del Regno (pensato al modo tradizionale come 'modello di organizzazione amministrativa burocratica'). In ogni caso l'istituzione del Regno certo impedisce l'espansione territoriale delle città e la costituzione d'un assetto territoriale, sulle basi d'un diritto unificante le distinzioni e di una razionale organizzazione delle impugnazioni dalle periferie territoriali al centro urbano: è l'intuizione di H. PIRENNE, *Le città del Medioevo* (1925), Roma, Newton Compton, 2009, p. 130, che certo non è prudente limitare alle sole città del Belgio.

[9] F. CALASSO, *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, cit., p. 208; ed anche p. 21, dove si parla in particolare del 'potere deliberativo' che 'nacque e s'affermò da sé' nell'Italia comunale e nella meridionale. E nell'altro suo scritto giovanile ID, *Origini italiane della formola"Rex in Regno suo est Imperator"* (1930) in «Annali di Storia del diritto» 9 (1965) p. 114, dove i tanti corpi intermedi sono autonomi "nel senso che trovano in sé medesimi le ragioni e la forza di vivere, ma soggetti...ai due poteri supremi"; e altrove.

[10] A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano, Soc. Editr. Libraria, 1930[3], pp. 409-426, 657-659 e altrove.

[11] P. GROSSI, *Auctoritas universale e pluralità di potestates nel mondo medievale*, in AA.VV. *Mediterraneo, Mezzogiorno, Europa. Studi in onore di C.D. Fonseca*, a cura di G. Andenna e H. Houben, Bari, Adda, 2004, pp. 561-572: 566.

autorevoli e diversi, ma convergenti, che l'essenziale della autonomia è la sua relatività[12]. Però l'idea di 'autonomia' è in sé portatrice di un più intimo significato, e questo nasce già dal suo proporsi come 'nomos', perché il 'nomos' della comunità è modo e misura del suo ergersi da una terra[13]; mentre l' 'autós' che presenzia il dire 'autonomia', serve a palesare ad altri il 'sé' che è il 'nomos', cioè indica il suo essere 'nomos' (di per sé) rispetto ad altri, però partecipi del contesto unitario in cui s'afferma il *nomos* della terra. Per autonomia possiamo dunque intendere l'originarietà del suo *nomos*. Pur privi di tanta inclinazione teorica antichi maestri, come Besta, hanno percepito "lo *ius statuendi* come un diritto originario" delle comunità che lo esercitavano[14], con conferme ripetute[15], e, da ultimo, con notevole forza costruttiva[16]. Si tratta, com'è ovvio, del più intimo e proprio significato di 'autonomia', quello dell'originarietà del suo esser così, e del suo potere, che la definisce, se posso dirlo, nel suo essere in sé nel mentre è in relazione con altri poteri e autonomie. Perciò serve notare che se quel significato intimo e proprio dell'autonomia, quel suo esprimere un potere originario, si propone anche come potere subordinato, e perciò in relazione con altro potere, l'autonomia si pone come parte della costituzione[17], cioè come parte necessaria di un sistema di differenze, come parte di una unità politica. Potrei anche spingermi a una ulteriore considerazione: la parola autonomia si presta, per la sua adattabilità, a definire sia l'imperfetta sovranità-non sovrana delle libere città del Regno italico, sia la circoscritta ambizione delle città sempre dipendenti del Regno meridionale, ma è prestazione che, se portata al suo concetto profondo, coglie un nucleo identico e comune: il consistere l'istituzione cittadina in Italia di un potere comunque originario e non derivato. In ordine alla sua subordinazione al potere superiore regio, che guida l'unità, l'organismo cittadino meridionale, e anzi l'*universitas*, ch'è l'istituzione amministrativa presente in via di principio in ogni nucleo abitativo, è il soggetto dei soggetti

---

[12] E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale* (1966), Roma, Bulzoni, 1982, pp.8-9; P. GROSSI *L'ordine giuridico medievale* (1995), Bari, Laterza, 2001[8] p. 48. Quando S. ROMANO, *Autonomia* (1945), nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 14-30: p. 17 afferma che "oramai l'autonomia è istituto che, non solo deve riferirsi anche agli ordinamenti non originari, ma, in un certo senso, riguarda principalmente, se non esclusivamente tali ordinamenti", assume volutamente una posizione legata al presupposto statuale-moderno della sovranità come unico potere originario, perché, in sostanza, potere politico unico, dal quale tutti gli altri derivano come, ad esempio, le autonomie costituite; e volutamente prescinde dalle posizioni storiche dell'autonomia come frutto di poteri originari, per quanto dipendenti.

[13] C. SCHMITT, *Il nomos della terra* (1950;1974), a cura di E. Castrucci, Milano, Adelphi 2006[4], pp. 54-71: 57-59.

[14] E. BESTA, *Fonti. Legislazione e scienza giutridica dalla caduta dell'Impero romano al secolo decimosesto* (nella *Storia del diritto italiano* diretta da P. del Giudice) vol. I, 2, Milano, Hoepli, 1925 pp. 496-501: 499.

[15] Proprio in F. ERCOLE, *Impero e Papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento* cit., p. 255, a proposito dei Comuni settentrionali si legge "il libero governo di sé da parte del Popolo...appare ormai... come l'esercizio di un vero e proprio diritto originario e innato (iure gentium)". Tuttavia le tendenze monistiche del pensiero di Ercole, evidenti in altre sue opere, sono note: alcuni cenni in G. VALLONE, *L'originarietà dei poteri e la costituzione mista*, riportato sopra in queste dispense.

[16] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2003[2], pp. 17-35: 20, ove sono indicati (da Mannori) "centri (d'imputazione [città, villaggi, corpi professionali] degl'interessi collettivi presenti all'interno dello spazio statale) che a loro volta non esistono per un *fiat* del potere centrale, ma in virtù di un loro potere originario".

[17] Mi pare esattamente questo che s'intende con l'espressione, usatissima, di 'condizione giuridica' dei feudi o delle città o di altro; cioè s'intende un loro *status* nella costituzione, che si mostra (anche) per norme. La storiografia italiana, anche giuridica, tende frequentemente a praticare questo restringimento di campo della costituzione al suo precipitato normativo. Lo stesso concetto di 'ordinamento giuridico' corre dei rischi, ma già nella teoria romaniana, che è all'origine della affermazione in Italia del concetto, l'elemento istituzionale o statuale, ben presente, evita, come subito vide Carl Schmitt, una immediata ricaduta nel profilo normativo. Ne scrivo qualcosa nella *Rilettura di Pietro Vaccari*, in AA.VV. *Il cammino delle idee dal Medioevo all'Antico Regime. Diritto e cultura nell'esperienza europea*, vol. III di *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, a cura di Paola Maffei e Gian Maria Varanini, Firenze, Firenze University Press, 2014, pp. 403-416.

gravati da imposta[18]; ma in quanto istituzione espressiva di un potere, in sé, originario[19], ed esercitato in modo partecipativo dagli amministrati, essa è parte necessaria della costituzione senza la quale non si dà, o non si comprende, l'unità[20].

2. Non contiene grandi scoperte l'affermazione che l'istituzione del Regno normanno meridionale abbia circoscritto e limitato le autonomie cittadine, né ora importa esaminare a qual livello di autonomia[21] questa istituzione abbia ridotto l'originarietà del potere civico, e quali, e quanto mutevoli, siano divenuti i suoi oggetti. Resta il punto che l'autonomia civica diviene parte di un tutto potentemente organico. Non è qui irrilevante chiedersi di che natura è questo organismo. Indubbiamente è controversa l'idea che la conquista normanna abbia introdotto il feudalesimo, o che lo abbia fatto in modo immediato e diffuso, costituendosi quasi come pura monarchia feudale. Tra le molte ragioni, pur non essendo mai mancati studi, anche in Francia, che considerano la Normandia stessa fin dai tempi originari della conquista normanna (sec. X) 'le pays féodal par excellence'[22], sono stati per un periodo prevalenti, le opinioni che indicano le terre di Normandia del secolo XI, scarsamente feudalizzate e organizzate sul modello per *officia* comitali del *publicum*, ma di *officia* ormai allodiali e ereditari[23]. Resta comunque anche qui evidente, e dichiarata, la base congetturale di tali convinzioni, che per oltre cent'anni, fino all'epoca del Conquistatore (sec.XI), dispone di pochissimi documenti[24]. In questo senso, l'occupazione delle terre, e la loro gestione in allodio (un tipico effetto delle conquiste) si presta assai più dell'istituzione feudale, e della stessa istituzione comitale,

---

[18] G.VALLONE, *Territorio, giurisdizione,'universitas'* in AA.VV. *Città e contado nel Mezzogiorno tra Medioevo ed Età moderna* (a cura di G. Vitolo), Salerno, Laveglia, 2005, pp. 303-306: 305. Più in generale ID., *Istituzioni feudali dell'Italia meridionale tra Medio Evo ed Antico Regime...,* Roma, Viella, 1999, pp.226-227.

[19] Andrea da Isernia definisce perentoriamente un tal potere: "in rebis propriis possunt universitates statuere"; lo ricorda tutta la storiografia ad iniziare dal Calasso; però l'oggetto del potere è assolutamente mobile, perché costituito difformemente in ogni luogo, per concorso di fonti qualitativamente costanti: privilegi e consuetudini.

[20] Bisogna perciò rinunciare all'idea, fuorviante per tutta la stagione medievale, e ancora in antico regime, di uno 'Stato' detentore d'un potere politico unico, che istituisca spazi di autonomia territoriali (conosco solo pochissimi casi eccezionali); così come si perde, in generale, tempo a cercare norme, almeno primarie (*leges*) istitutive d'un 'servizio' che nasce piuttosto dal basso, dalla 'cosa' comunitaria.

[21] G. GALASSO, *Il Mezzogiorno nella storia d'Italia*...(1969), Firenze, Le Monnier, 1984, p. 86: l'istituzione della monarchia meridionale limita invalicabilmente le aspirazioni cittadine "alla autonomia politica". G. TABACCO, *Il potere politico nel Mezzogiorno d'Italia dalla conquista normanna alla dominazione aragonese*, in *Il Mezzogiorno medievale nella storiografia del secondo dopoguerra: risultati e prospettive*, Soveria, Rubbettino, 1985, pp. 65-105: 79; le *universitates* meridionali come "autonomie amministrative operanti nel quadro di un organismo statale". Indico nel capitolo di Carlo I d'Angiò *Item collectores* [*collatores*] (ed. *La legislazione angioina*, a cura di R. Trifone, Napoli, Lubrano, 1921, nr. LVIII p. 80) del 10 giugno 1282, una norma costituzionale di riconoscimento delle autonomie cittadine: l'officiale vicario del Re e dal Re nominato, non può rimuovere gli officiali eletti dalle *universitates*. Si tratta anche del confine tra due metodi organizzativi (la nomina, l'elezione) dell'unità politica.

[22] M. RABASSE, *Du régime des fiefs en Normandie au Moyen-Age*, Paris, A. Rousseau, 1905, pp. 26-35.

[23] Così nel saggio di J.YVER, *Les premières institutions du duché de Normandie*, in AA. VV. *I Normanni e la loro espansione in Europa nell'alto Medioevo*, Spoleto, Centro italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1969, pp. 299-366. Riflessioni datate, ma prospettiche per equilibrio, in G. TABACCO, *Il potere politico nel Mezzogiorno d'Italia* cit., pp. 70-71.

[24] J.YVER, *Les premières institutions du duché de Normandie*, cit., pp. 335-336 nt. 84 e 86 sostiene che il termine *feudum*, o altro equivalente, appare nei documenti di Normandia solo dopo la metà del sec. XI (ma il termine *beneficium* compare prima) e nota, come già aveva fatto Cahen, che anche in Italia Meridionale quel termine s'espande nello stesso periodo, con la conseguente improbabilità che i Normanni abbiano potuto importarvi un sistema feudale già definito, Nelle discussioni sul tema Ménager afferma invece che i primi Normanni nel Sud, erano già 'perfettamente feudalizzati' (stesso volume p. 610), e ricorda (come già Cahen) che Tancredi d'Altavilla, nei primi decenni del sec.XI, serviva con 'dix chevaliers' il duca di Normandia; ma questo non significa introdurre un sistema feudale.

comunque la si voglia considerare, ad essere pensato come il primo modello organizzativo per i Normanni fondatori del Regno. E, in ogni caso, è evidente che la stessa articolata rete magistratuale costituita dai re Altavilla non coincide col 'modello di organizzazione amministrativa burocratica', di molta storiografia tedesca e italiana, anche se va detto che l'antica intuizione di Hintze, sull'assenza almeno relativa, ed in alcune zone, nel Mezzogiorno premonarchico, di un deterioramento per via ereditaria del potere per *officia*, così come avvenuto nell'Impero franco e nel Regno italico, resta assai e troppo di sfondo. Tanta discordia è poi destinata a complicarsi, perché, a scendere nei particolari anche determinanti delle singole ricerche, o invece a risalire ai concetti costruttivi che le guidano, ci sono profondissime distanze. In ordine però alla questione della feudalizzazione lentamente penetrata con i Normanni nell'Italia meridionale[25], e del fatto che, qui, il titolo feudale ha per suo oggetto eminente e quasi onnicomprensivo i nuclei abitativi e le città, bisogna sottolineare che è esattemente questo fatto che finisce per fissare una ulteriore e profonda differenza nell'istituto cittadino tra il settentrione e il meridione d'Italia. Di entrambi i profili, spesso, e a volte incredibilmente, negletti, alcuni si sono accorti per tempo: "salvo che nell'Italia meridionale, [in quella comunale] solo le ville e i borghi ed i castelli trasformatisi piuttosto tardi in città furono feudali: le città maggiori furon sempre libere anche quando il funzionario imperiale che le presiedeva era nel contempo un signore feudale"[26]. Questa maggiore esposizione feudale dei nuclei abitativi e delle città meridionali, rispetto alle settentrionali, complica in modo articolato le relazioni tra poteri, riducendo gli spazi di libertà delle città e dei nuclei abitati, per la loro stessa infeudazione, e dunque mutando dall'interno il loro assetto costituzionale; perciò si è detto a ragione che in questa parte d'Italia "i poteri feudali...incidono sui contenuti dell'autonomia urbana" alla quale sono preposti[27]. Ed in verità il feudale subentra al monarca nella nomina alle cariche cittadine di 'balance', acquisendo una posizione diretta nella relazione tra poteri cittadini. Questa ingegneria costituzionale era ben nota per l'Italia settentrionale, dove "la sostanziale differenza (tra l'amministrazione del comune libero e quella del comune feudale) si ha nella nomina (di funzionari) che nell'un caso avviene per opera del sovrano o del popolo stesso (in nome e per conto del sovrano...), nell'altro è opera del signore....: baili se il signore non aveva che la giurisdizione civile, capitani se poteva esercitare anche quella criminale"[28]. Invece la storiografia istituzionistica sull'Italia meridionale, indubbiamente surdeterminata erroneamente dal mito dello 'stato normanno-svevo' (e direi del potere politico unico) ha ritenuto lungamente, ed in protagonisti dello spessore di Calasso o di Cassandro, che officiali come il baglivo o il capitano siano stati comunque di nomina regia, anche nelle località infeudate[29]; sappiamo invece da tempo, con riferimento alla più importante magistratura locale, quella del capitano, che "quando l'*universitas* è demaniale, la nomina del capitano è regia; quand'è infeudata, spetta (e certo già a metà Quattrocento) al

[25] Non mi pento di alcune antiche pagine: G. VALLONE, *Evoluzione giuridica e istituzionale della feudalità,* in AA. VV. *Storia del Mezzogiorno* vol. IX, Napoli, Edizioni del Sole, 1993, pp. 69-119: 71-90 fondate direttamente su documenti, e che non di rado vedo usate, se non citate. Più di recente, e più in largo ID., *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, cit., pp. 266-267.
[26] F. NICCOLAI, *Città e signori*, Bologna, Zanichelli, 1941, pp. 41-42: 42.
[27] A. TRUINI, *Il governo locale nel Mezzogiorno medievale e moderno: la vicenda delle città abruzzesi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 26 (1976) pp. 1670- 1731: 1721.
[28] F. NICCOLAI, *Città e signori*, cit., p. 41.
[29] Una rapida messa a punto di queste deformazioni è in G. VALLONE, *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, cit., p. 298 nt 180.

feudale"[30]; ma è poi evidente che il feudale *in terra sua* nomina oltre al capitano anche il baglivo, e conferma gli *iudices* a contratti indicati dall'*universitas*. Riconosco che quest'ultima indicazione, per quanto attendibile, è ancora sommaria, perché l'istituzione baiulare è al centro, per secoli, di attriti e di ambizioni tra il feudale e la *universitas* infeudata, e la sua posizione costituzionale ne è influenzata. Piuttosto bisogna dire che la migliore storiografia, imbattutasi per tempo in un testo famoso di Matteo d'Afflitto[31], è invece concorde nel riconoscere che il feudale conferma le norme statutarie delle *civitates et castra* a lui infeudate qualunque fosse il loro oggetto, e poco conta che alcuni abbiano ritenuto 'un formalismo' questa conferma. Dunque è evidente: la sovraordinazione tra istituzione feudale e istituzione 'universale', comprime una sull'altra due parti della costituzione anzitutto meridionale, dato che parlo a preferenza di essa; ne è anzi tratto specifico, e la compressione avviene in maniera cruda e netta, senza predisposizione alcuna di garanzie, serrando le parti in una morsa e costringendo perciò al conflitto e alla lotta giudiziale, per una migliore sopravvivenza dell'una a detrimento dell'altra, e dunque per la conquista, se la lotta è vista dalla parte delle *universitates*, d'uno spazio d'autonomia, o, se si vuole, di libertà collettiva o comunitaria.

Tuttavia queste lotte, diffuse al punto da essere ritenute 'naturali' nel Regno o Viceregno meridionale, attengono, come potrebbe dirsi, al movimento politico e non alla ossatura costituzionale, perché l'innesto tra feudo e città, così come l'articolazione in ceti, sono una vocazione della costituzione, ed in effetti quelle lotte nascono da un intreccio di natura istituzionale: c'è un legame, una *liaison* tra poteri, e sul terreno dei poteri, prima del loro conflitto. Per dimostrarlo in concreto, è sufficiente ricordare non solo il già ricordato e intricatissimo, ma strutturale, coordinamento tra poteri nel livello baiulare, ma anche il concorso negli adempimenti. Tra questi bisogna rammentarne uno: il capitolo *Comites barones*, forse dell'agosto 1295: la norma stabiliva che ogni feudale poteva esigere dai propri 'vassalli' (termine col quale ormai s'intendono i *subditi* o meglio gli *homines* del distretto feudale), a titolo di *subventio*, una somma corrispondente alla metà del costo che il feudale doveva sostenere per il suo *servitium* annuale al Re; purché tuttavia tale metà non eccedesse la metà delle collette generali (poi 'funzioni fiscali') imposte dal fisco a quei 'vassalli' per quell'anno[32]; sembra che tale sistema durasse, con varie interpretazioni dottrinali, fino al 1504. La *subventio* è dunque un concorso degli abitanti del distretto feudale alle spese che il feudatario deve sostenere per soddisfare il *militare servitium* al Re. Ci sono qui diversi aspetti da notare, ed uno riguarda la costruzione dell'unità politica: ogni parte, nella sua diversità, vi concorre: l'*universitas* ch'è al fondo della gerarchia istituzionale, paga le collette *in capite a Rege*, e concorre con la *subventio* al *servitium* che il feudale presta al Re. Il Re, o poi chi per lui, è al vertice, e, diciamo così, fa esser presente l'unità. Ora, è evidente che la obbligatorietà della prestazione servente, individua le necessità della costituzione, e, anche, il modo sociale dell'unità. Questo vale in generale, ma qui, intanto, il senso o la direzione del *servitium*, come quello, in

---

[30] G. VALLONE, *Istituzioni feudali dell'Italia meridionale*, cit., p. 180, e *passim*; ed anche in scritti precedenti e successivi. Uso qui alcune riflessioni proposte nella mia prefazione a F. BRIGANTI, *Scritti giuridici con allegazioni di M. Arditi ed altri*, Lecce, Centro di Studi Salentini, 2011, pp.LXX: XXIII-XXIV.

[31] MATTHAEI de AFFLICTIS *In utriusque Siciliae Neapolisque Sanctiones et Constitutiones novissima Praelectio*, Venetiis, apud Io. Variscum et P. de Paganinis, 1588, *Praeludia, questio* III nr. 4 -5, c. 4ra.

[32] Il capitolo si legge nell'edizione *La legislazione angioina*, cit., nr. LXII pp.128-129, ed esso specifica, sul punto, la *const.* III, 20 *Quamplurimum* del *Liber Augustalis*. Nulla invece pare che debbano i *subditi* per il pagamento al Re del *relevium* feudale: cfr. G. VALLONE, *Istituzioni feudali dell'Italia meridionale*, cit., pp. 231, 234.

generale, del tributo, va dal basso verso l'alto. Qui, per dire così, è il *vassus* che serve il *senior*, e presta al potere. Si tratta di un senso, o direzione, tradizionale nell'assetto della costituzione medievale. Ed anzi, tra molti testi possibili, vorrei segnalarne uno, una norma capitolare addirittura del 787, che già per la sua antichità si propone quasi a radice di una lunga durata successiva, ma che scelgo soprattutto per la complessità tematica delle parole in uso, che celano, sotto la stessa forma, profonde mutazioni in avvenire, e queste si danno già attraverso, e in specie dopo, quella lunga durata, perché, è fin troppo vero: bisogna cogliere "la forza delle parole più elementari", e da qui si riesce forse a comprendere come esse plasmano, per così dire, lo stesso divergere del loro futuro. La norma impone che "servi, aldiones, livellarii....qui non per fraudem neque pro malo ingenio de publico servitio se subtrahentes, sed per solam paupertatem et necessitatem terram ecclesiasticam colunt..., non a comite vel a quolibet ministro illius ad nullam angariam seu servitium publicum vel privatum cogantur"[33]. Qui il *publicum servitium* è il servizio da prestare al Re, perché il *publicum* (termine col quale sintetizzo l'espessione *pars publica* delle fonti altomedievali) è il Re[34], la parte regia della costituzione. L'officiale regio non può costringere i *pauperes* ad alcun *servitium publicum vel privatum.* Avanzo subito delle rapide considerazioni: il *publicum* è la parte della costituzione alla quale si imputa il *servitium*, come altre prestazioni, e non è affatto un regime giuridico (del *servitium*, o di altro), non indica un 'diritto pubblico'[35]. Una volta che si constata, per queste età medievali, e per lungo tempo ancora, la "concezione patrimoniale della potestà pubblica"[36], la disciplina proprietaria può ben intendersi come indistintamente in uso, almeno di base, per poteri (anche quelli poi attribuiti in officio) e beni del *publicum* (incluso il divieto della loro alienazione) così come di altri da esso[37]. A maggior ragione il *servitium privatum*, indica il servire persona che non sia il Re, e, indubbiamente, *privatum/privatus* esprime in sé

---

[33] Leggo il capitolare in P. VACCARI, *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico del contado nell'Italia medievale* (1921), Milano, Giuffrè, 1963[2], p. 61 nt. 33.

[34] Ad es. F. BOUGARD, *La justice dans le Royame d'Italie de la fin du VIII[e] siècle au début du XI[e] siècle*, Roma, École française de Rome, 1995, p. 151 e *ad indicem*. Ne faccio uso propositivo in G.VALLONE, *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, cit., pp. 249-250, e altrove.

[35] Ne tratto, in via ancora introduttiva, ad es. in G. VALLONE, *Evoluzione giuridica e istituzionale della feudalità*, cit., pp. 76-80, e in *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, cit., pp. 262-263. So bene che alcune tradizioni di studi in Germania, in Francia e in Italia (pp. 258nt.55 e 263 nt. 70 dell'ultima opera) pensano diversamente. Altre posizioni sono intermedie. G. ROSSETTI, *Formazione e caratteri delle signorie di castello...nella Langobardia del secolo X*, in AA.VV. *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, Bologna, il Mulino, 1977 pp. 113-148:144-145, giustamente accusa d'astratezza, per l'alto medioevo, la "contrapposizione (diritto?) privato-pubblico", e indica 'la pubblicità della funzione' ad es. d'un castellano, come garantita 'dalla *res* cui si applicava, oggetto di diritto pubblico', che intenderei come oggetto di diritto del *publicum*. In un'opera giovanile, F. SCHUPFER, *Delle istituzioni politiche longobardiche*, Firenze, Le Monnier, 1863, p. 403 si spinge a dire che "il carattere di cosa pubblica...era come inerente al fondo" donato *in proprium* dal Re e ereditario, come se, da quest'inerenza potesse derivare una sostanzialmente diversa disciplina del *proprium*; ma l'inciso cade in opera successiva, e largamente tributaria, nei materiali, della precedente, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*. III. *Possessi e dominii*, Città di Castello-Roma, Lapi-Loescher, 1915[2], pp. 348-351 (e cfr. pp. 397-403 dell'altra). Ne trattai già in G.VALLONE, *Evoluzione giuridica e istituzionale della feudalità*, cit., pp. 78-79, 111-112 note 40 e 47 (con critica del Mor) e altrove.

[36] F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici* III, cit., pp. 127-128. Se uso un autore così antico, è perché, a volte, è utile ricordare quanto siano sempre state centrali certe questioni, e anche quant'è difficile innovare in esse; e com'è ingiusto indicare solo l'ultimo dei ripetitori.

[37] Per quanto si possano aumentare i casi di ritorno scadenzale, o limitare l'ambito dei successibili, o condizionare l'ereditarietà del bene concesso *in proprium*, solo il sancirne l'inalienabilità (per altro, come si sa, assai relativa) inizia a mutare la prospettiva di regime, indicando l'esigenza d'esclusività del potere politico, ma è un inizio che si propone dall'interno del regime proprietario, perché l'alienabiltà ne è un connotato naturale.

parola antica, della quale può indubbiamente dirsi che costituisce «per lo più soltanto una negazione»[38]; ma per quanto antica sia, e frequentemente usata in relazione polare con *publicum/publicus*, cioè quasi negandosi rispetto a esso, com'è già nella Roma repubblicana, per sua natura sembra proporsi pure all'esterno di tale nesso, anche sottolineando quasi una *solitudo patroni et domini potestas*, un godimento esclusivo a negazione piena di altri (che costituiscono un altro tipo di 'pubblico'). Infine il fatto stesso che i *pauperes* sono esentati da ogni *servitium*, indica la loro posizione nella comunità, e nell'unità, come quasi in un esterno: il vantaggio dell'esclusione dal *servitium* è indice di molte altre esclusioni.

3. La parola *pauper*, racchiude una quantità di valenze indefinita[39]; e il povero sembra monade abbandonata a se stessa, come in gran misura indubbiamente è, ma qui interessa piuttosto constatare come egli si mostri anche, per certi profili, appartenente a una comunità, che poi, di suo, è parte dell'unità politica. Bisogna arrivarci gradatamente. L'unità politica è guidata dal *publicum* (*pars publica*), che è destinatario di *servitia* obbligatori i quali, per usare un'immagine approssimativa, ma non infondata, si compongono e si indirizzano gerarchicamente verso l'alto. Invece il *publicum*, il Re, al quale spetta la guida dell'unità politica, non presta *servitium*, non 'serve' in alcun modo la diversa congerie dei sottoposti in quanto tali. Certamente, all'interno della dottrina dell'organicismo politico medievale, matura anche l'idea che il Re, il *caput*, sia pure portatore di doveri da prestare a *membra*, e di un *ministerium*, teso, in particolare nel pensiero tomistico, *ad communem utilitatem*[40]; si tratta però di un vincolo destinato a profilare il compito del Re-giusto come custode d'una indistinta unità, ma egli - il Re- non ha concreto e positivo dovere giuridico di provvedere contro la immediata esposizione dei componenti della parte bassa dell'ordine sociale, e di ciascuno di essi, alle drammatiche incertezze della vita; nulla di esterno alla sua coscienza lo obbliga, ad esempio, a prendersi cura delle tre piaghe forse maggiori che affliggono o possono affliggere i *pauperes*, intanto loro, e cioè la indigenza, la malattia e l'ignoranza. Egualmente, in specie ponendosi in vista della modernità, il Re diviene o tenta di diventare il garante della pace interna contro la faida, e mira a costituire un legame unitario anche contro un 'nemico pubblico' (cioè un nemico di tutto il popolo), come ci è stato insegnato da Schmitt e Brunner; e Federico II, dichiara che il suo officio è soddisfatto se è somministrata "plena pax et tranquilla quies" ai sudditi[41]. Tutto questo assicura le condizioni di vita delle comunità secondo il loro ordine naturale, come dall'esterno. Se ne trae, e se n'è sempre tratta, un'idea di protezione per la pace e la conservazione dell'ordine, che non attua, o tenta di attuare, solo il Re, ma in generale attua ogni *superior* verso i 'suoi' inferiori; così, ad esempio, i feudali: e fu detto "i più potenti avevano pur concesso qualcosa ai più deboli: se non altro li difendevano"[42]. Non sto a dire quanto ipotetica sia questa difesa, e quanto varie storiografie l'abbiano ridimensionata; ma il detto vale a indicare la natura corporata della possibile protezione che ogni

[38] O. BRUNNER, *Terra e potere* (1939), 1973[6], a cura di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1983, pp.173-174.
[39] Non intendo offrire uno studio sulla povertà, quanto esaminare la prospettiva della natura corporata del suo soccorso. Anche per questo (ma anche perché quella natura non vi è quasi nemmeno cennata) non sto a citare i più importanti studi sull'argomento, come quelli di B. Geremek, di O. Capitani e di altri, e quelli fondamentali di M. Mollat.
[40] O. von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftrecht* III (1881; r. an. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954) §11, pp. 502-644:563-565.
[41] PETRI de VINEIS *Epistolarum…libri VI*, Basileae, sumpt. J. Christ, 1740 III, 62 p. 480.
[42] F.SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici* III, cit., p. 416

feudale potrebbe esercitare sui suoi dipendenti, e l'indicazione non va trascurata. A queste considerazioni ne vanno affiancate altre, solo apparentemente convergenti, e invece da distinguere accuratamente perché depositarie di molto futuro. Indubbiamente la figura del Re, sovraordinata a ogni altra, si pensa che possa prestare soccorso indistintamente, cioè a chiunque, anche subordinato direttamente ad altri, ad esempio a chiunque sia ingiustamente aggredito, purché costui "adversus aggressorem suum per invocationem nostri nominis se defendat": è Federico II a prevedere gravi punizioni per chi colpisce la vittima sprezzando l'invocazione del suo nome[43]. Spetta all'oppresso assumere su di sé la mano protettiva del Re, ed egualmente un malato può risanare per tocco del Re taumaturgo che egli va ad incontrare, così come ogni povero può sperare elemosina. L'idea del soccorso occasionale di singoli bisognevoli, perché di questo si tratta, è destinata a durare ancora, ma, com'è facile comprendere (data la stagnante vicenda sociale della povertà), era ben antica. Una legge dell'Impero cristiano di Roma, riemersa con la rinascita bolognese del diritto romano, e subito ripresa e riplasmata, per la sua compatibilità, nei diversi ordinamenti medievali di diritto comune, stabiliva che le *miserabiles personae*, indicate come *viduae, pupilli et diutino morbo fatigati et debiles*, in caso di lite giudiziale, non sopportassero il giudizio fuori provincia (*Cod.* 3, 14, 1 *Si quando*); il che, secoli dopo, fu inteso come potere dei miseri di scegliere il foro, una volta che il giudice regio avesse accertato la condizione di indigenza da loro invocata; ma il giudice fu anche ritenuto libero di estendere discrezionalmente il novero dei miseri e degli indifesi sul presupposto generalissimo che è *miserabilis* quella *persona* la cui "natura movet nos ad miserandum propter fortunae iniuriam"[44] con effetti di incredile estensione anche, com'è intuitivo, a persone o a figure che con la povertà non avevano alcun nesso reale[45]. Insomma si vedono bene gli estremi: la difesa del Re operando per 'il bene comune', opera indistintamente per il bene di chiunque, oppure interviene, contro l'offesa o la malattia o la povertà o l'aggravio processuale, ma in tal caso il Re opera *singulatim*, quando il suddito lo fa, in qualche modo, esser presente. Si tratta d'un processo di individuazione che bisogna pensare operante all'interno del convincimento d'ubiquità del Re o dell' Imperatore e del suo essere 'dominus personarum' (*const*. III, 9 *Quia frequenter* di Federico II) a prescindere anche dal potere altrui su di queste. Qui bisogna ormai tornare a notarlo: se ogni suddito, e in particolare ogni *miserabilis persona*, può ammantarsi, invocandola, della protezione del Re, un dovere regio per il conforto, se non per l'elevazione, degli umili e dei *pauperes* in generale non c'è; non c'è un suo

[43] Rinvio al famoso saggio di E. H. KANTOROWICZ, *Invocatio nomini imperatoris* (1955), in *I misteri dello Stato*, a cura di G. Solla, Genova-Milano, Marietti, 2005, pp. 131-152. La norma federiciana è la *const.* I, 16 *Iuris gentium* delle usuali raccolte.

[44] G. M. NOVARIO, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, Neapoli, ex typ. D. Maccarani, 1637, *prael.* 8 nr. 1 (p. 10). Collegata, è la figura dell'*Advocatus pauperum*, di tradizione ecclesiale, e variamente attuata negli ordinamenti medievali; nel Regno, *pietatis officio*, da Federico II con la *const.* I, 34 *Lege presenti* che richiama espressamente, le *miserabiles personae*: basti qui citare R. PESCIONE, *Corti di giustizia nell'Italia meridionale*, Milano etc. [Napoli], Albrighi Segati e &, 1924, pp.113-114.

[45] Dopo la famosa *decisio* 257 di Matteo d' Afflitto, sempre il Novario elenca "orphanus, pauper et inops, captivus, carceratus, peregrinus et advena, meretrix, expositus, libertus, pupillus, paenitens, nuper ad fidem conversus, senex, virgo, scholaris, agricola, prodigus, avarus, mercator qui in itinere pro gabellis gravatur, ecclesia et ecclesiasticus, amore captus, damnatus ad triremes, nauta, relegatus, deportatus, demoniacus, decoctus, ebriosus, furiosus, fatuus, lunaticus, universitas et collegium" (*Tractatus*, cit., *prael.* 8 nr. 6 p. 11): tutte figure che l'autore, con altre, esamina giuridicamente in altra sua opera.

concreto obbligo di 'servizio' verso il basso, verso 'il pubblico'[46]. Pure, intermedia tra il Re e il singolo suddito, inclusi gli infelici e miseri, c'è la comunità, sia essa nucleo abitativo o città, della quale anche loro, i poveri, nonostante tutto, fanno parte. Già una norma carolingia, ricordata da tutti, fino a Beato Renano, al Bobadilla, o al Romagnosi, dice "mendici vagari per regiones non permittuntur, suos pauperes quaelibet civitas alito"; è un'idea comune e longeva; la usa ancora il predicatore meridionale Arcudi (†1718), che impegnando l'usuale immagine delle due città, sostiene "ogni Città deve componersi di due Città, una di poveri l'altra di ricchi, acciò scambievolmente si dian la mano, s'agiutino l'un con l'altro"[47]. La ricchezza è necessaria per fare elemosina ai bisognosi, spiegano tutti o quasi i predicatori[48], così come la 'beneficenza' è strumento di coesione sociale ancora per l'Illuminismo conservatore. Questi sviluppi qui non interessano tanto quanto una connessa riflessione, che è anzitutto un'ipotesi di lavoro: se, nell'unità politica, la società è costituita da un insieme di comunità, distrettuate nei loro territori, spetta, in via di principio, alla comunità, al suo potere autogeno, il soccorso dei suoi membri. Si pone qui la questione -quasi costituzionale- della natura corporata o comunitaria del 'servizio', o di questo tipo di soccorso per gli 'ultimi' nella società, cioè di una società che, nel suo intero, è costituita dalle comunità nell'unità politica. Naturalmente data la natura organica della comunità, non sorprende che un profilo d'obbligo si scorga a carico della parte verso il tutto, dell'appartenente verso la comunità stessa[49], perché la comunità impegna il proprio potere anzitutto per la sua sopravvivenza. E tuttavia, resta la comunità il centro dal quale può - nonostante tutto- sprigionarsi, per iniziativa di singoli o delle istituzioni universali, e per spirito di pietà, una qualche attività di soccorso (o se si vuole di 'servizio') per i suoi membri, varia quante sono, forse, le comunità stesse, e misurata ai loro poteri, e alle connesse, scarse, risorse. Comunità per comunità, luogo per luogo, potremmo individuare, ma certo qui è impossibile farlo, questa storia concreta della pietà, quella che, indubbiamente più merita di essere conosciuta[50], e che incontra e soccorre, o lo tenta, le tre maggiori piaghe, e non solo esse, che per convenzione ho indicato in ignoranza, in malattia e in miseria. Il soccorso, dunque è spontaneo, emerge senza obbligo positivo (ma da *iustitia attributrice* secondo Grozio), e con grande difformità di modi e luoghi e tempi, e può scaturire non soltanto dall'impegno delle *universitates*, ma anche per volontà di altre istituzioni convergenti nel distretto territoriale, come il feudale o il vescovo, o gli stabilimenti conventuali e, naturalmente, i singoli. Una rete che si estende per un intero Regno, quale che sia, e che certo non sottrae se non episodicamente gli infelici al loro destino, ma che è comprensibile davvero, o meglio, solo ponendo a

---

[46] La prudenza necessaria nell'uso, per epoche medievali (e anche successive), dell'espressione "servizio pubblico", e il suo intendersi, tutt'al più, come 'servizio' per il 'pubblico', è piuttosto comune; ad es. K. F. WERNER, *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite politiche in Europa* (1998), a cura di S. Pico, S. Santamato, Torino, Einaudi, 2000, p. 390 impegna l'espressione, in modo manifestamente circospetto, a proposito del monachesimo.

[47] A. T. ARCUDI, *Prediche quaresimali*, Lecce, Mazzei, 1712, p. 360.

[48] B. GROETHUYSEN, *L'origine dello spirito borghese in Francia* (1927), a cura di A. Forti, Milano, Il Saggiatore, 1964, pp. 222-240. Naturalmente le radici sono nella più antica dottrina dei Padri: Teodoro di Mopsuestia (sec.V) spiega che il diavolo (*diabolos*, che divide) "cerca sempre di allontanare dalla pietà" (leggo il brano in M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, Adelphi, 2013, p. 185); così l'assenza di elemosina divide la comunità, può allontanere i poveri, farne *errones*.

[49] Per le *Consuetudines* di Cerreto, consolidate nel 1541, gli eletti possono obbligare qualcuno degli abitanti, *secundum qualitatem*, ad "accedere extra terram Cerreti pro servitiis universitatis": N. ALIANELLI, *Delle Consuetudini e degli Statuti municipali nelle Provincie napolitane*, Napoli, Rocco, 1873, p. 188, § 18 .

[50] G. DE LUCA, *Introduzione alla storia della pietà*, Roma, Ediz. di Storia e Letteratura, 1962, p. 36.

fondamento dell'indagine la prospettiva comunitaria alla quale il Re, il *publicum*, partecipa solo in certe situazioni, e per identiche emozioni di misericordia. Osserviamo di scorcio il Regno, poi Viceregno, meridionale d'Italia. Dopo l'istituzione in Napoli, ad opera di Federico II, nel 1224, della celebre università degli studi, soltanto ad iniziare dal 1768 sono istituite, anche nelle province, alcune scuole 'pubbliche', e in particolare i regi collegi e convitti; ma l'istruzione di base o primaria, ha per secoli la stessa diffusione territoriale degli Ordini religiosi, che praticano nei loro conventi, per i novizi, insegnamenti essenziali che sono spesso usufruiti da altri; lo stesso può dirsi per i Seminari diocesani, di raggio più largo e d'istituzione varia, ma raramente antica, e può certo anche avvenire, che qualche *universitas* provveda all'istituzione d'un insegnante per la propria comunità. Solo durante il Decennio francese si tenta di radicare capillarmente nelle località una istruzione primaria 'pubblica'. In ogni caso è fenomeno risalente e diffuso, e capace di alti livelli istruttivi, quello dell'insegnamento di singoli, o come si dice 'privato', anche retribuito, e che ancora nel corso dell'Ottocento, contende a Napoli il primato alla stessa istituzione universitaria[51]. Un discorso simile si può avanzare anche per la tutela sanitaria, e in particolare per gli Ospedali, teoricamente pensati in direzione delle *miserabiles personae*[52], e che in pratica sono opera anzitutto degli Ordini religiosi, o di singoli benefattori, più raramente di istituzioni cittadine. Anche Re o Regine fondano o promuovono questo tipo di istituzioni, ma lo fanno, in genere, nelle capitali, o, al più, nelle città demaniali: dunque soltanto nelle comunità - o città- direttamente subordinate a loro, a riprova che il *publicum*- la parte regia della costituzione- non si estende indistintamente a ogni tipo di 'pubblico' o, se si vuole, all'intera società presente nell'unità politica[53]. Quanto poi all'indigenza e alla miseria, sono numerosi e diversissimi i modi d'intervento: a volte qualche più mite feudale, allevia il peso delle imposte locali, come la contessa di Lecce e già regina Maria d'Enghien, che, nella sua contea, esenta dal pagamento "li vecchi in decrepita etate, oj impotenti, o infermi, i quali non fatigano in alguno tempo de lo anno"[54]: è un tratto di mentalità ancora medievale, ben diverso da quello che in seguito disciplinerà le esenzioni fiscali per l'intero Regno ispirandosi alla esigenza d'una gestione razionalmente controllabile dei sottoposti al tributo[55]. Ovunque poi proliferano, per iniziativa

---

[51] Rinvio per comodità a G. VALLONE, *Le scuole secondarie di Galatina: 1835- 1853*, in «Bollettino Storico di Terra d'Otranto» 9 (1999), pp. 117-143: 117-122. Non rinuncio anche a citare, per il senso di novità manifestato verso 'l'istruzione pubblica' e per un certo qual ordine ricostruttivo, G. ROSATI, *Il diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Tip. Simoniana, 1820, pp. 107-115.

[52] Per definizione diffusa già nel primo Commento "Hospitale...nihil aliud est nisi ipsae personae miserabiles, cum harum personarum species sub se contineat, et ideo nempe pauperes, infirmos et pupillos qui in eo refoventur ": IO. M. NOVARII *Praxis novissima et ...tractatus de electione et variatione fori*, Venetiis, apud P. Balleonum, 1670, vol. I, *sect.* I, *quaest*. 54 nr. 2 p. 89. Naturalmente è definizione generalissima, specificata da diverse altre, anche molto risalenti.

[53] In verità quando una città (demaniale o feudale) è grande, la tutela sanitaria risponde ad istituzioni plurali e di assai diversa iniziativa, sedimentate in lungo periodo: lo mostra ad esempio Napoli, per la quale disponiamo di una sintetica, ma efficace ricognizione nel saggio di G. VITOLO, *La piazza del Mercato e l'ospedale di S. Eligio*, in G. VITOLO, R. DI MEGLIO, *Napoli angioino-aragonese. Confraternite, ospedali, dinamiche politico-sociali,* Salerno, Carlone, 2003 , pp. 39-145: 71-86.

[54] Così nella raccolta bannale, in gran parte risalente a Maria d'Enghien († 1446), ma con materiali più antichi e anche successivi: *Il Codice di Maria d'Enghien*, a cura di M. Pastore, Galatina, Congedo, 1979, p. 45. Si tratta dell'esenzione (1444) da un tributo diretto pensato come 'datium/datio'.

[55] Si leggano, nelle usuali raccolte, le prammatiche secentesche raccolte nel titolo *de juribus et exactionibus fiscalibus* e quelle settecentesche nel titolo *de foculariorum descriptione*.

di singoli istitutori e per donazioni da patrimoni di 'privati', o come 'privati'[56], i 'monti di pietà' , voluti e operanti in *refugium pauperum*, e insieme ad essi, una selva di istituzioni analoghe, come i Corservatorii di donne, o *domus puellarum*, istituiti a vari fini di sostegno, ma spesso ispirati dal principio della separazione cetuale[57] tra nobili e non nobili, e destinati ad esempio alla convivenza riservata di donne patrizie, o alla dote di giovani donne di famiglie patrizie ma povere; anche questo risponde all'antico: alla nobile badessa Ildergada († 1179) fu chiesto perché accettasse nel suo convento solo donne nobili, e lei rispose "chi metterebbe le proprie greggi alla rinfusa nella stessa stalla?"[58]. Si rivela qui il senso riposto del buon filosofo, quando diceva "tanto est melius quanto magis communicabile"[59]. Vorrei notare in generale almeno un aspetto; tutte queste istituzioni di 'pietà', ospedali, scuole, monti, hanno dotazione patrimoniale, spesso ingente, e fonte intanto di contenzioso non di rado inestricabile: in specie dal Decennio francese, quando si affermerà decisamente un' altra idea di 'regime pubblico', interverrano una serie di estraneazioni in specie dalla titolarità ecclesiastica di questi antichi patrimoni, con loro storno almeno parziale alle nuove istituzioni comunali. Qui, com'è comprensibile, non posso farne cenno altro da questo, che tuttavia è, a ben vedere, rivelatore.

4. Gli esempi di soccorso 'sociale' a base comunitaria, potrebbero aumentare a dismisura; ma preferisco ragionare *a contrario*. Fisso un punto: la pluralità dei poteri (universali, feudali, regi) sagomata sui territori - e anche propri o inerenti ad alcune tipologie di essi- inibisce l'idea stessa, e la pratica, d'un potere politico esercitato per un *bonum commune* destinato, per così dire, al benessere diretto e non occasionale dei membri della società. L'inter-esse 'generale', e cioè l'aspetto partecipativo che il potere cura, non ha a che fare con tale ben-essere, ma riguarda il far sussistere l'unità. Questa pare essere la sua politicità. Bisogna conservarsi contro chi vuol annientarla dall'esterno o disgregarla dall'interno, e ci sono l'esercito e le armi, e si serve il Re. In verità, ci sono anche altri profili nei quali il generale della società sembra sovrastare la sua composizione corporata, e dettare disciplina per l'intero. Così la dottrina meridionale indicava alcune prammatiche nel titolo *de annona*, che in effetti intendevano provvedere "all'abbondanza" affinché "i regi sudditi così ricchi come poveri, avessero, con minor dispendio, comodità di vivere" e disponevano un *facere* concreto: una rilevazione annuale della quantità di grano prodotta luogo per luogo (e quindi di proprietà dei produttori), da inviare alle magistrature centrali al fine di valutare la possibilità dell'esportazione estera

[56] IO. M. NOVARII *Praxis novissima* vol. I, cit., *sect.* I, *quaest*. 58 nr. 2 p. 93: "dico Montem Pietatis substantialiter esse quandam summam pecuniae, aut rerum pecuniam aestimabilium, quae in pauperum refugium, vel ab aliquo divite, vel a pluribus, seu a Principe aut ab aliqua universitate seu familia, reposita et coacervata est in unum cumulum perpetuo ad pauperum usum destinatum".

[57] Si tratta della cd. separazione amministrativa tra patrizi e popolari che vige in ogni città, ed anche nei nuclei abitativi che non sono città, sia nel Regno meridionale sia nelle città dell'Italia comunale: G.VALLONE, *Riflessioni sull'ordinamento cittadino del Mezzogiorno continentale,* cit., pp.160-167; ne ho trattato più volte nella mia prefazione a F. BRIGANTI, *Scritti giuridici*, cit., pp. XXII-XXVII e anche sopra.

[58] Con tanto di spiegazioni teoriche, legate alla teoria ordinale, che si possono leggere, come l' aneddoto stesso, in K. F. WERNER, *Nascita della nobiltà*, cit., p. 115.

[59] Si tratta della più naturale 'solidarietà orizzontale' (invece che verticale) tra ceti: ne parla per un'altro contesto storico, quello delle Crociate, A. BARBERO, *L'aristocrazia francese del medioevo*, Bologna, Cappelli, 1987, pp. 243s. Noto che l 'espressione del *bonum communicabile*, di conio scolastico, è presente in diversi giuristi (nel Riccio, ad esempio); si legga la *dec.* 37 p. 259 della opera citata del Novario.

senza nocumento interno[60]. Si tratta di assicurare "lo bene pubblico", e, in tal senso, il "mantenimento dei poveri" (cioè di ciascun povero), e dunque ancora la conservazione dell'unità, nel punto minimo della sua sopravvivenza, che, del resto, presuppone comunque, per attuarsi, adempimenti comunitari. Non è poi possibile dimenticare l' opera sanitaria, che si potenzia in occasione delle grandi epidemie, diventando un laboratorio amministrativo di grande propulsione; avviene con la peste del 1656, e dura per quasi un secolo con creazione di presidi istituzionali e raccordi nell'intero territorio del Regno (benché con epicentro nella capitale), per la diffusione delle notizie del male, per interventi sanitari anzitutto preventivi, in un insieme che, nelle minute articolazioni, indubbiamente non conosciamo, nonostante l'ingente letteratura, ma che per certo personalizza indistintamente, cioè per ciascun suddito, attività sia pur minime, ma essenziali, come la circolazione con i 'bollettini della sanità' (o 'tessera sanitatis'): opera diretta di 'recupero del particolare'[61]. Potremmo anche pensare a quelle che si possono definire 'opere pubbliche', cioè opere delle quali 'il pubblico' fruisce: genere largo, nel quale rientrano anzitutto, stando a casistiche consolidate, opere anzittutto per 'il pubblico' della comunità, ma che in qualche caso si estendono ad un 'pubblico sociale' ben più largo, sul presupposto d'un suo possibile vantaggio: posso indicare, in via di esempio, lo strategico 'Real cammino di Puglia', per secoli sostenuto dal regio erario, ma, naturalmente, con il concorso finanziario e operativo dei distretti comunitari attraversati, e con adempimenti vari a carico dei proprietari frontisti[62]. Ci sarebbe, certamente dell'altro, e, indubbiamente, si può dire in generale che man mano che si condensa la modernità, la gestione di queste attività si fa amministrazione, si dispone in un alveo proprio, e avvia un regime 'apposito'. Però tutto questo ora interessa meno di un tratto elementare che si è manifestato: sono emersi alcuni esempi di attività mirate direttamente al bene dell'intero sociale (e di ciascun suo componente, benché solo al fine della conservazione della società), e non invece mirate indirettamente - per individuazione - allo stesso bene, come in genere avviene, ad esempio eliminando il male che per occasioni o reati si produce. Si tratta, è bene notarlo, di attività che rilevano per due profili convergenti, ma diversi: un agire per ciascuno dei membri della società (e cioè per tutti); un superamento della natura corporata del potere ad opera d'un potere che provvede indistintamente ai sottoposti[63]. Qui è opportuno sottolineare il tratto fortemente coercitivo che, comunque, il vertice politico impone alla promozione del bene e non solo nei diversi esempi

---

[60] C. TAPIA, *Trattato dell'abbondanza* (1638), ried. a c. di G. Sabatini, Lanciano, Carrabba, 1998, p. 60, nel 'remedio sesto', con riferimento alle prammatiche 8 (1585, con provvedimenti del 1573 e del 1580) e 32 (1631) che il Tapia legge in più antiche raccolte (e con numero di ordine diverso). Naturalmente norme e istituzioni contro la fame sono ovunque.

[61] Indico come fonte iniziale le oltre cento prammatiche che Domenico Alfeno Vario raccoglie nel titolo *de officio Deputationis pro sanitate tuenda* (vol. III della sua raccolta *Pragmaticae...*, Napoli, Cervone 1772, pp. 418-566); segnalo però che le pramm. 102-110 (pp. 559-563) altro non sono che le più antiche norme d'igiene (per Napoli soltanto), indicate nelle precedenti raccolte col titolo autonomo *de salubritate aeris*, e delle quali lo stesso Vario percepiva il carattere meramente interdittivo e proibitivo (p.418).

[62] Indico la tarda (1756) prammatica *Ne quid in via regia Appula fiat*, accolta al tit. 239 della raccolta del Vario. Più antiche tracce, tra le molte che si potrebbero indicare, noto anche le grazie del 1583 e 1585, nei *Privilegii et Capitoli con altre gratie concesse alla fidelissima Città di Napoli et Regno, per li serenissimi Ri di Casa de Aragona*, Venetia, per P. Dusinelli, 1588, c. 174v, 177r. Indico anche un mio antico spoglio, forse notato anche da altri, dall'Archivio di Stato di Napoli, *Notamentorum Summarie* nr. 9, c.156s. ('Capitolato per le strade di Puglia e di Calabria' del 1563).

[63] Il cardinal DE LUCA, *Il Principe Cristiano Pratico*, prevedendo "esatta e rigorosa obedienza generale in tutti, così Magnati, Primarii e Potenti, come negli infimi e plebei" (pp. 543-544), coglie bene, nello stato d'eccezione indotto dalla peste, il superamento dell'ordine sociale corporato (e dell'ordinario soccorso comunitario al quale si fa espresso riferimento).

sopra indicati, ma in altri e anche negli interventi ch' è possibile evidenziare contro l'ignoranza la malattia e la miseria diffuse tra gli ultimi dei sottoposti. Non ignoro che si potrebbe sollecitare, sul punto, una sterminata letteratura, ma qui è sufficiente un mero cenno orientativo. Federico II, ancora lui, istituendo lo Studio napoletano, pensato "ad generalem commodum omnium qui studere voluerint", impone nel 1225 a tutti i regnicoli di non studiare o insegnare a Bologna[64]. Così con la nota *ordonnance* del 19 dicembre 1543, sulla cattiva gestione delle 'maladeries et leproseries' istituite e dotate " tant par...roys, ducs, comtes, barons et autres seigneurs, que par plusieurs autres bons, dévots et fidèles chrestiens, villes, chapitres et communautez" di Francia, il re Francesco I chiede non soltanto il rendiconto delle loro entrate, con possibilità di sostituzione degli amministratori disonesti, ma anche il numero "des malades lépreux" in ciascuna di esse al fine di disporre "quel nombre malades lépreux chacune maladerie pourra porter, nourrir, substanter, pour les distribuer et envoyer vivres par ces commissions lettres ou bulletins qu' il leur baillera, préférant toutefois les malades lépreux du lieu; si aucuns s' en trouvent aux lépreux non estans du lieu leur défendant après ce fait plus aller ne venir quester mendier ny clicqueter par les villes"[65]. Mi sembra notevole il piano generale di riordino delle istituzioni al fine d'un miglior soccorso della malattia; mentre non sorprende né il tratto pulviscolare delle istituzioni sanitarie, e nemmeno la priorità accordata ai malati locali né il divieto di circolazione ai lebbrosi forestieri: sono tutti profili che non devono essere compresi soltanto sulla base della particolare pericolosità del male. Il girovagare per paesi e città è questione ritenuta gravissima che non riguarda solo i malati infettivi, ma si connette all'antico intento dell'appartenenza comunitaria dei poveri. Ora l'appartenenza comunitaria dei poveri ("suos pauperes quaelibet civitas alito"), ha per suo naturale supporto la notorietà del povero nella comunità e il facile riscontro della sua effettiva condizione; ma perché su queste basi si pensa, e si continua a pensare per secoli, come profondamente pericoloso e negativo il girovagare dei poveri oltreché dei malati? Perché, su questa base comunitaria, dobbiamo intuire di scarsa pratica il pensiero di Crisostomo: "in recipiendis hospitibus nulla debet esse distinctio"[66]? Anche qui, a integrazione delle spiegazioni intuitive, è prudente risalire all' antico, se non all'origine, e notare una seconda norma dell'Impero cristiano di Roma, la legge di *Cod*. 11, 26 (25) *de mendicantibus validis* (solo per certi aspetti collegabile con la *Novella* 80, in particolare *capita* 4 e 5) che fissa il principio, per dire in breve, del lavoro coatto, per quanti questuano pubblicamente essendo sani di corpo e atti alla sforzo. L'idea di una povertà legittima, che rende giusto il mendicare, quello cioè professato dal 'mendicante invalido' (assai prossimo alle *miserabiles personae* dell' altra norma originaria), si lega all'impianto fortemente comunitario della società in età medievale (e ancora moderna): tra i poveri della comunità o del distretto, soltanto quelli incapaci di lavoro per età avanzata o per autentica malattia, possono mendicare, o godere delle modeste istituzioni locali d'assistenza, se ci sono. Gli altri, i poveri validi, devono

[64] Il documento, assai noto, si legge in G.M.MONTI, *Per la storia dell'Università di Napoli. Ricerche e documenti*, Napoli, Perrella, [1924], pp. 34, 38-39.

[65] La legge si trova in F.-A. ISAMBERT e altri, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 12 (1514-1546), Paris, 1828, nr. 375 pp. 841-843. Naturalmente è ben nota, dall'antica erudizione francese fino a Foucault. Però segnalo, per il suo interesse generale L. Le Grand *Comment composer l'histoire d'un établissement hospitalier. Sources et méthode* «Revue d'histoire de l'Église de France» 16 (1930) pp.161-239 (176-177 per la norma); http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rhef-0300-9505.

[66] E per meglio dire il *dictum* del Decreto grazianeo che sintetizza il brano di Giovanni Crisostomo in *Dist*. XLII, c.2.

necessariamente prestare lavoro[67]. Questo profilo ha lasciato assai larghe tracce nella disciplina della povertà, e cito la più celebre *poor law* d'Inghilterra, quella consolidata nel 1601, alla fine del regno di Elisabetta, nella quale è evidente l'elemento comunitario del mantenimento dei poveri invalidi residenti, con tratti fortemente coercitivi anche per il lavoro dei poveri validi[68], e che è dunque ancipite, perché, nonostante la sua evidente radice nell'antico, è comunente ritenuta quasi un embrione del futuro 'stato sociale'. E non si tratta soltanto di discipline normative. Per fare un solo altro esempio, a Genova, nel 1539, viene istituito l'*Ufficio dei Poveri*, del quale è rimasta ricca documentazione, e che non solo distribuisce pane ai miserabili, ma distingue tra essi gli abili e gli inabili al lavoro, ed è addirittura titolare di 'autorità criminale' contro i suoi stessi officiali e, naturalmente, i poveri[69]. A me preme tuttavia mettere in luce le figure esterne alla condizione comunitaria della povertà, e anzitutto quella del povero sconosciuto che è, necessariamente, nella maggior parte dei nuclei abitativi, un povero forestiero: per qualche ragione allontanato o fuggito dalla sua comunità, può trattarsi di un malato infettivo e pericoloso oppure di un povero valido ma 'ozioso' e dunque 'vagabondo': certo se si trattasse d'un povero legittimo, è meno facile immaginare ragioni per la sua lontananza dal luogo d'origine, dove potrebbe spettargli, ma chi può dirlo davvero, giusto alimento. In ogni caso queste figure sono sempre sospette, e guardate con profonda ostilità, dato che al povero che è finto invalido, se non anche finto povero, è imputabile ogni male, ed il male minore imputato, è quello di fare ingiusta concorrenza ai legittimi poveri della comunità, e tra questi, possono essercene alcuni ritenuti più legittimi di altri: sono i *pauperes verecundi*[70], la cui antica natura, verso il XIII secolo, sembra maggiormente inverarsi, e non sorprende, in nobili o patrizi decaduti; poteva valere il detto: "in pauperibus magis est attendenda religio quam paupertas"[71]. Al contrario una selva di disposizioni di natura generale o locale affronta l'abbondante florescenza di falsi malati, vagabondi, oziosi, cerretani, bianti e piccoli delinquenti, tutti posti sullo stesso piano, e li espone in genere alla sanzione e al lavoro coatto: così, solo per fare due esempi, nella regione valenciana di Spagna, con provvedimenti che attraversando il Trecento giungono, nel 1424, fino alla leva forzosa[72], e nel Viceregno napoletano con le prammatiche raccolte nel titolo *de vagabundis seu erronibus* (dal 1586 al 1751) e quelle *de zingariis seu Aegyptiis* (dal 1568 al 1585): figure diverse di girovaghi, accomunate se non da un'uguale disciplina, da un'identica avversione

---

[67] Anche qui la bibliografia è inesauribile, ma cito la raccolta di saggi, spesso orientati dal lato del potere, *Experiences of Poverty in Late Medieval and Early Modern England and France,* a cura di Anne M. Scott, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2012.

[68] Rinvio in generale a P. SLACK, *The English poor law, 1531-1782*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995.

[69] E. GRENDI, *La repubblica aristocratica dei genovesi. Politica, carità e commercio fra Cinque e Seicento*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 225-306:230-239, con molte prospettive e riflessioni che potrebbero connettersi in un discorso generale e comparatistico (ad es. in tema di *pauperes verecundi* o sul carattere del soccorso indirizzato ai poveri 'corporati' negli alberghi, notato da Mollat [301]). Mi sembra notevole anche il consolidamento unitario, in Genova, di varie istituzioni comunitarie di sanità o carità, preeesistenti: "al 1472 con l'Ospedale Pammatone e al 1664 con l'Albergo dei Poveri".

[70] G. RICCI, *Naissance du pauvre honteux: entre I'histoire des idees et 1'histoire sociale*, in «Annales ESC», 38 (1983), pp.158-177.

[71] Così la *dec.* 222 nr. 6 (lib. II) di FRANCESCO VIVIO nelle sue *Decisiones Regni Neapolitani*, Venetiis, ex off. D. Zenarii 1602, traendo dal Decreto grazianeo c.68, *C*.16, q.1.

[72] J. CASTILLO SAINZ, *El poder y la miseria: leyes de pobres y prácticas represivas en la Valencia bajomedieval* in *El poder real en la Corona de Aragón, siglos XIV-XVI* (XV Congreso de Historia de la Corona de Aragón) vol. I, Zaragoza , Diputación General de Aragon, 1996, pp. 95-105.

disciplinare[73]. E sono figure comuni sia al diritto che alla letteratura, dove la loro pluralità si articola all'infinito[74].

5. I materiali fin qui mostrati, si prestano ad una prospettiva più generale della quale ritengo utile far cenno, rapido, e per questa ragione anche volutamente estremo. La scoperta teorica di Bodin che sottopone indistintamente alla legge del Re tutti i sudditi[75], può servire di sfondo, e consente di evidenziare meglio, nella sua origine pratica, un'attenzione che la legge mostra, sempre più intensamente, per la salvezza di ogni singolo suddito dalla malattia, o dalla fame o da altro. Vedo in questo tratto della norma generale, attivo verso ognuno dei sottoposti, un superamento dell'antico ingegno provvidenziale, che legava l'occasione del soccorso alla necessità che l'individuo bisognevole si ponesse nelle condizioni di essere individuato: in effetti nell'idea d'un intero sociale definito necessariamente da tutti i suoi componenti, e da ciascuno di essi, e nella pratica d' una amministrazione indispensabile per l'intero, si avverte la presenza della modernità, e, con l'indistinzione dei sottoposti, compare il superamento dell'organicismo medievale, l'esproprio dei poteri corporati, l'affievolimento di *status* cetuali nativi. Tuttavia il tratto dell'autorità fonda integralmente l'azione che il *publicum* tenta per il bene dei sottoposti. La speranza di 'partecipare ai beni culturali', secondo il detto degli etnologi, cioè di sperimentare la concreta dignità della vita, e la liberazione dal bisogno, ch'è più del mero sopravvivere alla fame, e certo si lascia alle spalle l'idea della 'pubblica felicità', ebbene tale speranza non è istituita, e tanto meno costituita, in posizione di diritto, né le si riconoscono altre posizioni soggettive di pretesa. Il *publicum* non ha obbligo d'un simile *servitium* verso il corpo della società, e meno ancora verso gli ultimi in essa. Ci si pone in vista di questo obiettivo lentamente, con la formazione di una 'opinione pubblica' che intanto si atteggia a critica politica dell'assetto dei poteri e pretende, e ottiene, è l'inizio della 'età dei diritti', di orientare la *balance of power* sulla *balance of property.* Tuttavia ancor più tempo ci vorrà, perché i membri della società, in quanto tali, siano pensati titolari di diritti, e cioè di diritti al benessere[76]. Intanto l'idea - nuova- di un 'servizio pubblico' orientato di per sé a soddisfare esigenze 'qualitative' della società, a volte emergenti da turbinose 'questioni sociali', è attuata con prestazioni ad opera di un *publicum* potentemente strutturato, nel corso dell'Ottocento, in apparati burocratici che prevalentemente agiscono,

[73] Uso, come al solito le più tarde e usuali raccolte di prammatiche del Regno meridionale.
[74] Rinvio qui al volume da considerare classico: P. CAMPORESI, *Il libro dei vagabondi*, Torino, Einaudi, 1973, e in particolare alla suggestiva introduzione (pp. IX-CLXXXIII) che Camporesi premette alla sua scelta dei testi; tra questi, anche intriganti testi giuridici come alcune pagine (401-406) sui 'vagabondi' del Savelli, con molte citazioni di altri giuristi che si potrebbero largamente incrementare.
[75] E li sottopone "sans leur consentement". Ne scrivo anch'io nel saggio *Una costituzione per Bodin* in AA.VV. *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea. Scritti in onore di Ettore Rotelli*, Pavia, University Press- Editoria scientifica, 2014, pp. 395-407. In questo modo di pensare, diviene irrilevante il consenso degli *États Généraux*; ma aggiungo qui che, negli *Etablissement dits de saint Louis*, si riconosceva espressamente: "li rois ne puet metre ban en la terre au baron, sans son asantemant"; dunque un consenso assai condizionante alla portata generale delle *ordonnances* regie, che però nell'età di Bodin era ormai un ricordo: E. CHÉNON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, vol. I, Paris, Recueil Sirey,1926, pp. 517-518, 527.
[76] P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali:* Arbeitender Staat *e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G.Gozzi, Bologna Il Mulino, 1997, pp. 277-340.

nell'Europa continentale, in un regime apposito di amministrazione imperativa[77]. Indubbiamente, il riconoscimento agli associati di una giusta pretesa alle prestazioni pubbliche in ambito di istruzione, sanità, assistenza, igiene, lavoro o altro, segna, infine, l'obbligo del *publicum* di servire la società. Si tratta però d'un obbligo che, disponendosi ad adempiere sul fondamento dell'autorità e del potere, stenta, e stenta certamente in Italia, a configurare la pretesa di ciascun singolo come radicata in una indegradabile posizione di diritto individuale, e invece la restringe ad un mero interesse che l'individuo ha, o potrebbe avere, al corretto o legittimo esercizio del potere[78]. La consacrazione liberale della 'preesistenza' dei diritti di libertà al potere, non può fare ingenuamente sperare in una loro prevalenza semplice e serena nella logica stessa del potere, che, infatti, nel suo esser potere, condiziona o limita o gradua la loro affermazione e la stessa pratica partecipativa. E questo vale, a maggior ragione, per ogni altro tipo di diritto. La possibile pratica d'un diritto individuale (al benessere) non può che essere misurata sull'impianto regolativo che il potere predispone per essa. E del resto, le stesse idee del carattere relazionale del potere, che non cessa di esser tale nella relazione, e della disponibilità ad obbedire dei sottoposti, invitano concretamente a considerare l'efficacia, nell'interno stesso di una opinione pubblica (per usare questa semplice dizione) ormai capace di libertà politica, di quelle pratiche di disciplinamento sociale del potere, che sono in esperimento già all'esordio della modernità, "nel quadro limitato di istituzioni come la scuola, l'ospedale, la caserma, la fabbrica", per poi complicarsi in sempre più "grandi regolazioni ... del 'come' della vita" di intere popolazioni, o dell'intera umanità, e insomma di "processi biologici d'insieme"[79] nei quali certo sbaglieremmo a non comprendere quella efficienza subliminale delle comunicazioni di massa e della rete, che risale ad altri avvertimenti. Tuttavia, a me preme isolare un punto: quello in cui la libertà politica costituita, pretende dal *publicum* il rispetto dei cosiddetti 'diritti pubblici soggettivi', e della sua partecipazione attiva. Qui il *publicum* esprime un potere politico unico, un 'monopolio della forza' racchiuso nell'istituzione burocratica statale che certo ben poco coincide con quella 'comunione di vita collettiva'[80] ch'è lo *status* dell'unità politica medievale. Quel che conta è però il fronteggiarsi attuale di Stato e società, del pubblico sociale e del pubblico statale; qui è all'opera una identica e antica parola - pubblico- che racchiude una forza elementare, insita, forse, in una sua propria genetica doppiezza, capace, nel tempo, di produrre intime relazioni diffrazioni e divergenze nel suo stesso doppio, celate dal dire, comunque, 'pubblico'. Un detto, o parola, ch'è la chiave di ogni unità politica; *publicum quasi populicum*, rammenta un giurista consapevole delle origini[81]. Ora questo affrontarsi, questa separazione, emerge da una lunga stagione di identificazione. Certo l'unità politica non può che essere rappresentata. Nel primo Medioevo il *publicum* è il Re, la parte regia della costituzione, perché egli fa esser

---

[77] Inclusa la grande esperienza francese, nel primo Novecento, del *service public*: L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 419-424.

[78] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 330-342, 413-418 e, per gli sviluppi successivi (al 1946) 514-520.

[79] M. FOUCAULT, *'Bisogna difendere la società'* (corsi del 1976), a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 206-234: 214-216.

[80] Questa è l' intensa espressione di P. MARTINETTI, *Ragione e fede. Saggi religiosi*, Torino, Einaudi, 1942, p. 511.

[81] CHARLES LOYSEAU, *Traité des seigneuries* [Paris], par Balth. l'Abbé, 1613, p. 46. Indico, perché fondato su una raccolta di materiali (in verità subito dominata dalla polarità giuristica, o di regime, tra pubblico e privato), che si spinge fino al Medioevo, H. MÜLLEJANS, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren kanonischen Recht : unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München, Max Hueber, 1961.

presente il popolo, è l'uno ch'è tutti; già qui balena il tratto politico dell'unità: il potere del Re è, comunque, per il pubblico, per il popolo. Da sempre si discute se questo *publicum* si mostra, nella vita ordinaria della costituzione, attraverso un 'diritto pubblico' nel senso di un diritto differente da quello comune, e 'apposito' ad esempio per la gestione dei beni del *publicum*; e a volte la discussione nasce dalla confusione tra il piano della costituzione e il piano del diritto. Si tratta di una nobile e illustre contesa, e da sempre si oppone, in essa, pubblico a privato, statualità a non-statualità o patrimonialità, ed altre coppie polari, con sfumature infinite. In Germania allo statualismo di George von Below, Fritz Kern, Heinrich Brunner, si oppongono le ragioni della territorialità con Adolphe Waas, Hans Hirsch, e con molti altri, fino alla centrale figura di Otto Brunner[82]. In Francia al patrimonialismo di F. Guizot, di J. Flach e della 'école du régime domaniale', resistono A. Esmein, E. Chénon e altri[83]. In Italia, alla linea 'pubblicistica' del potere di storici venerandi come Besta, Bognetti, Paradisi si contrappone, o può contrapporsi, quasi isolato, Pietro Vaccari, se non anche le accorte riflessioni, ma assai più recenti, di Giovanni Tabacco[84]. Le posizioni intermedie sono innumerevoli, e chi mai potrà risolvere un simile problema? ma certo, per quel che riguarda i beni del *publicum*[85], quando se ne sancisce la inalienabilità, si impone, o si tenta di imporre, una cesura dal diritto comune proprietario, la quale si erge, ed è stato detto sopra, pur sempre dall'interno d'un tal regime. Piuttosto è intorno all'esercizio dei poteri regi per delega, in officio (e quando l'officio sarà sottratto all'ereditarietà), che va vista una possibile genesi d'un diritto apposito per il potere del *publicum* (della *pars publica*), e l'articolazione capitale di una funzione 'unitaria', per allora quasi 'sotterranea', ma capace di sviluppo, e, in altri termini, di dar corpo saldo alla sovraordinazione del potere regio, perché il potere del Re è intanto superiore a quello di altri, al fine dell'unità corporata dei sottoposti. Ed è proprio questo che ci interessa, ora: i sottoposti, il pubblico 'sociale' di ogni comunità, che, identificato e fatto esser presente nel *publicum* del Re, tende, con un tempo disteso nei secoli, a disconnetersi da tanta medesimezza, e a essere detto, e dirsi, ragione attiva e fonte di ogni potere. Proprio quando i teorici, e i pratici, propongono lo strumento legale, per la sua capacità di determinare l'indistinzione dei sottoposti, come nuovo direttorio della politica autoritaria; ebbene, appunto allora, il contrattualismo immagina in ogni uomo, indistintamente pensato, un proprio diritto a scegliere, sia pure irrevocabilmente, un regime politico. È questo «il germe rivoluzionario immanente della

---

[82] E.W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono.Problematica e modelli dell'epoca* (1961) a c. e con introduzione di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 51-58. Mi riprometto di tornare presto sul funzionalismo di H. Mitteis.

[83] E. CHÉNON, *Histoire générale du Droit français public et privé* vol. I, cit., pp. 579- 582.

[84] G.VALLONE, *Le terre orsiniane e la costituzione medievale delle terre*, cit., pp. 253-260 e, più largamente, in G.VALLONE, *Rilettura di Pietro Vaccari*, cit., anche se qui, già mi parrebbero utili ulteriori approfondimenti.

[85] La questione dei beni del *publicum*, e del loro regime (e ad esempio del demanio regio) deve essere attentamente separata dalla questione dei beni del 'pubblico' comunitario, spesso di uso collettivo, che possono costituire demanio comunale (o, nel Regno meridionale, 'universale', forse originato, per lotte dure e incessanti, dal demanio feudale). È anche possibile percepire la tendenza costante a sottrarre i beni comunitari all'uso collettivo (del 'pubblico' della comunità) per venire ritenuti dalle istituzioni comunitarie. Dico questo anche per ispirare una giusta diffidenza verso una identica parola (*publicum, publicus*) che, dotata di doppiezza costitutiva e genetica, nelle stesse fonti può avere valenze quasi opposte, da ben comprendere caso per caso, e certo da non risolvere affidandosi a modelli attuali, con l' effetto di produrre incongruenze gravissime. Lo storico farà bene rileggere le pp. 11-73 di J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), tr. it. Bari, Laterza, 1977. Sul tema dei beni, indico poi, anche per la sua inclinazione storica, il volume di M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, Torino Giappichelli, 2008.

dottrina contrattualistica»[86] capace di disporre ogni individuo associato nella giusta posizione per iniziare, diciamo così, il moto[87]. E poi ci sono altre teorie, di eguale capacità e direzione, che pur senza ricorrere alla *fictio* del contratto sociale, cercheranno, nell'analisi del potere, e in piena rispondenza all'avanzare di una nuova «sfera pubblica (di pubblico) determinata in senso pubblicistico»[88], di rovesciarne l'orientamento, o la provenienza, quasi rivalendo nella parola, *publicum*, la 'cosa' dell'origine, *idest populus*.[89] Lentamente ogni singolo giungerà a proporsi nella titolarità di un diritto al potere, cioè di un diritto soggettivo pubblico (nel senso anche del suo essere del 'pubblico'), esercitandolo però nelle forme predisposte dall' apparato monopolista del *publicum*, e in un regime di sostanziale diritto pubblico: sedimenti, entrambi, di un'altra storia.

[86] Così già O. von GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche* (1880), a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1974 p. 86

[87] Il 'germe' si sarebbe sviluppato, dice Gierke, "quando il popolo edotto della propria originaria sovranità, avesse cominciato a rimpiangerla".

[88] J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 28.

[89] Un cenno nelle pagine finali di G.VALLONE, *Il pubblico e il 'publicum'. Loyseau*, riportate sopra in queste dispense.

Glossario di uso didattico

Potere politico

È il potere che guida, con potestà di comando, la società nella sua unità e per la sua unità; e ha perciò anche la forza di eliminare ogni lesione dell'unità. Come si dice, questo potere è il tratto "politico" dell'unità. Non ogni potere è politicamente rilevante o, in breve, politico; lo è solo quel potere che ha forza di guida dell'unità o per l'unità.

Potere orginario

Per potere originario qui s'intende, a fine didattico, quel potere (politicamente rilevante) che non deriva da altro potere. Ad esempio nell'età contemporanea la sovranità (potere politico unico) è potere originario dal quale, in via di principio, tutti gli altri poteri derivano. Nell'età precedente (dal Medioevo alla Rivoluzione francese), quando il potere politico non è unico, ci sono più poteri originari, quello del Re che è il potere supremo (o superiore, ma non sovrano) e altri poteri che sono subordinati (al fine dell'unità politica) a quello regio, ma sono essi stessi originari, cioè non derivati da quello del Re. Si tratta di quei poteri politicamente rilevanti (in sostanza poteri di giurisdizione) che sono in proprietà del titolare ed ereditari. Di tal natura sono, in generale, i poteri di giurisdizione del feudatario sul suo territorio.

Cohaerentia territorio iurisdictionis

Questo concetto di origine medievale, ma in uso ancora alla fine del Settecento, significa che il potere di giurisdizione è inerente, o, se si vuole, è tutt'uno con il territorio sul quale viene esercitato. Per fare un esempio della sua concreta applicazione, quando si vende un feudo (un territorio feudale) si vende automaticamente anche il potere di giurisdizione su di esso, pur se questo potere non è espressamente indicato nel contratto di vendita.

Concezione proprietaria del potere

È una concezione propria del Medioevo, ma in uso ancora alla fine del Settecento, con la quale si intende che il potere politicamente rilevante può essere oggetto di diritto di proprietà e quindi comprato, venduto, trasmesso in successione. Soltanto con la modernità politica e con la eliminazione dei poteri feudali, e di altri poteri, si affermerà in concreto il principio che il potere politicamente rilevante è unico, è inalienabile ed è esclusivo del titolare politico del potere.

Il Pubblico, il *publicum*

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, o più in generale tra pubblico e privato, è già presente nell'esperienza della Roma antica.

Invece nella stagione che va dal Medioevo alla Rivoluzione Francese, al fine di comprendere cos'è "pubblico" non bisogna pensare a un diritto pubblico distinto dal diritto privato. Quel che è pubblico in quest'epoca va inteso come potere usato per l'unità politica, cioè quel potere politicamente rilevante che

viene pensato e definito pubblico. Lo si definisce così perché questo potere è usato per la "società", per la sua unità o, insomma, per il cosiddetto "pubblico sociale". Il pubblico, dunque, come potere, riflette nel suo stesso nome la sua funzione unitaria. Brunner sostiene che quel che è pubblico si comprende soltanto sulla base della costituzione. Dunque può esserci un potere pubblico senza che ci sia un diritto pubblico, e infatti nel mondo medievale il potere pubblico può essere venduto, comprato, ereditato, cioè oggetto di un diritto comune a quello che regola le relazioni tra singoli (privati). Nel primo Medioevo, quando si parla di *publicum* (usando in genere la dizione *pars publica*) si intende il Re, con il suo potere; cioè la parte regia della costituzione; ma il Re non è il titolare di tutti i poteri "pubblici", ci possono essere altri soggetti, ad esempio i feudatari, proprietari di poteri politicamente rilevanti, e cioè pubblici. L'unità politica deve coordinare insieme il potere pubblico del Re che è il potere superiore e i poteri pubblici dei feudatari o di altri soggetti, che sono poteri subordinati.
L'ultima grande costruzione teorica che mette in uso questi concetti è negli scritti di Charles Loyseau.

Costituzione
Per costituzione in questi saggi s'intende, a fine didattico, non una norma (legge) fondamentale o un sistema di norme, ma l'unità politica.

Unità politica
L'unità politica qui significa un insieme di individui associati, che vogliono costituire società, subordinandosi al potere politico. Storicamente il potere politico unico (sovranità) si afferma solo con la Rivoluzione Francese. Prima di allora, dal Medioevo in poi, l'unità politica è il frutto di più poteri politicamente rilevanti coordinati in unità. Questi poteri si mostrano storicamente, per lo più, come poteri di giurisdizione.

Costituzione mista
Il concetto di costituzione mista qui in uso non ha a che fare con la teoria classica delle forme di governo (per la quale la costituzione o il governo misto sarebbe il prodotto della congiunzione tra monarchia, aristocrazia, democrazia ecc.). Qui per costituzione mista s'intende un insieme di poteri che è anzitutto unitario (perché altrimenti non c'è costituzione) ma che esprime l'unità coordinando insieme (appunto in unità) poteri diversi per origine, perché c'è, nell'insieme unitario, un potere monarchico sovraordinato e superiore a tutti gli altri, mentre tutti questi altri poteri sono subordinati; tra questi alcuni sono derivati dallo stesso potere del Re (poteri in esercizio di ufficiali, magistrati) altri sono poteri in proprietà di soggetti diversi, ad esempio i feudali; o propri di altre istituzioni, ad esempio i poteri municipali. Questi poteri in proprietà o propri non derivano da quello regio ma sono poteri originari dei loro titolari, e però subordinati al potere regio.

Stato

La parola Stato è tra le più discusse sia per la sua origine che per il suo significato politico. È una parola comunemente usata dalla storiografia francese e tedesca anche per il Medioevo, ma in Italia si discute la sua utilizzabilità, appunto per il Medioevo, perché quella parola viene istintivamente collegata ai tratti e ai tempi storici nel quale lo Stato assume il carattere assolutistico e l'aspirazione al monopolio del potere. Un tale carattere in effetti non è ritenuto sussistente nel Medioevo, o almeno per molti secoli medioevali. Tuttavia è quasi impossibile evitare questa parola. In questa dispensa l'uso della parola Stato è limitato, ma presente. Per Stato intendo la definizione schmittiana: lo Stato (anche lo Stato medievale) esprime uno 'status dell'unità politica' che indica perciò l'insieme delle istituzioni (regie, feudali ecc.) che guida all'unità politica la società.

Indice

1. La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner, p. 1
   Antologia di testi (da Schmitt e Brunner)
2. L’originarietà dei poteri e la costituzione mista, p.12
   Antologia di testi (da Weber e Schmitt)
3. Una costituzione per Bodin. p. 23
   Antologia di testi (da Bodin, A. de Tocqueville e Brunner)
4. Il pubblico e il *publicum* in Loyseau, p. 35
   Antologia di testi (da Loyseau), pp. 41-42
5. La costituzione feudale di Montesquieu, p. 43
   Antologia di testi (da Montesquieu)
6. Autonomia cittadina, *pauperes*, pubblico, p. 60
7. Glossario di uso didattico, 79