

DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO: *DISTINGUE FREQUENTER*

Giacinto della Cananea*

La Rivista ha scelto di proporre ai lettori un saggio d'indiscutibile valore. Lo è, innanzitutto, perché a scriverlo è stato un pensatore d'eccezione del Novecento e anche oltre, Hans Kelsen. Questo scritto considera soprattutto tre aspetti fondamentali dell'argomentazione kelseniana, ossia la critica mossa all'utilizzo dell'antitesi tra il diritto pubblico e il diritto privato, la concezione dell'amministrazione come esecuzione di legge e la connessa teoria dell'atto amministrativo. Saranno valutati, altresì, alcuni argomenti che – invece – Kelsen non ha preso in esame, riguardanti i mezzi di cui le amministrazioni si avvalgono per conseguire gli interessi attribuiti alla loro cura.

Parole chiave: Hans Kelsen; Diritto pubblico; Diritto privato; Pubblica amministrazione; Poteri.

* Università Bocconi di Milano, giacinto.dellacananea@unibocconi.it



Giacinto della Cananea – Diritto pubblico e privato: *distingue frequenter*

PUBLIC AND PRIVATE LAW: *DISTINGUE FREQUENTER*

The journal has chosen to present readers with an essay of undeniable significance. First and foremost, this is due to its author, Hans Kelsen, a remarkable thinker of the twentieth century and beyond. The discussion will focus on three key aspects of Kelsen's reasoning: his critique of the use of the public-private law antithesis, his conception of administration as law execution, and his related theory of administrative acts. Additionally, it will evaluate certain arguments Kelsen does not address, which pertain to the tools administrations utilize to achieve the interests assigned to their oversight.

Keywords: Hans Kelsen; Public Law; Private Law; Public Administration; Powers.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’antitesi. Dalla distinzione al suo opposto? – 3. Le *res*. Dalla proprietà alle proprietà. – 4. L’esclusione del fallimento. – 5. L’amministrazione è esecuzione della legge? – 6. Poteri giuridici, potestà pubbliche. – 7. *Distingue frequenter*.

1. PREMESSA

La Rivista ha scelto di proporre ai lettori un saggio d’indiscutibile valore. Lo è, innanzitutto, perché a scriverlo è stato un pensatore d’eccezione del Novecento e anche oltre, Hans Kelsen, e ciò ha una precisa importanza nell’idea che il pubblico si fa del discorso¹. Lo è, inoltre, perché come l’autore stesso ha puntualmente segnalato – sia pure in chiave fortemente problematica – fin dalle prime righe del saggio, «l’antitesi tra diritto privato e pubblico costituisc[e] [...] la spina dorsale dell’intera sistematica del diritto» (p. 5). Lo è, infine, per gli argomenti utilizzati dall’autore: l’interesse generale, i rapporti giuridici, i poteri spettanti allo Stato e agli enti pubblici, la presunzione di legittimità degli atti pubblici; l’efficacia dell’argomentazione, la sua capacità di esercitare una notevole influenza sull’uditorio, dipende non solo dall’intrinseca adeguatezza dei singoli argomenti presi isolatamente, ma dalla loro interazione, dal discorso nel suo insieme. La natura e i limiti di spazio di questo scritto non consentono di analizzarli tutti. Con questo caveat, verranno considerati, riguardati soprattutto tre aspetti fondamentali dell’argomentazione kelseniana, ossia la critica mossa all’utilizzo dell’antitesi tra il diritto pubblico e il diritto privato, la concezione dell’amministrazione come esecuzione di legge e la connessa teoria dell’atto amministrativo. Saranno valutati, altresì, alcuni argomenti che – invece – Kelsen non ha preso in esame, riguardanti i

¹ C. Perelman, *Logique juridique* (1976), tr. it. *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 202. I riferimenti inclusi nel testo riguardano esclusivamente il saggio di Kelsen.

mezzi di cui le amministrazioni si avvalgono per conseguire gli interessi attribuiti alla loro cura.

2. L'ANTITESI. DALLA DISTINZIONE AL SUO OPPOSTO?

Per cominciare, va tenuta nel debito conto la figura retorica a cui Kelsen ha fatto riferimento fin dal titolo del primo paragrafo e dall'*incipit*: l'antitesi. Come figura retorica, essa pone in sequenza due concetti o termini, è finalizzata a enfatizzare il contrasto tra di essi. Può essere utilizzata, sovente lo è, in modo valutativo, nel senso che ciascun termine dell'antitesi serve a gettare luce sull'altro (per esempio, tra il fuoco e il ghiaccio). L'antitesi può, tuttavia, essere utilizzata in chiave valutativa, anche se non necessariamente in modo esplicito. Norberto Bobbio, per esempio, lo ha rilevato in rapporto all'antitesi tra democrazia e dittatura. In questo caso, si riconosce che la democrazia ha coesistito e coesiste con la dittatura, ma se ne accentua il valore positivo. In qualche caso, si suggerisce che, attraverso un processo sicuro, ancorché non necessariamente lineare, la prima è destinata a prevalere sull'altra, sebbene la realtà effettuale non confermi tale tendenza. Anche per questo motivo, la teoria dell'argomentazione prospettata da Chaïm Perelman evita le antitesi troppo nette. Mostra che, in luogo della contrapposizione netta, estremizzata tra ciò che è vero e ciò che non lo è, vi è posto per verità parziali, da sottoporre a verifica².

La figura dell'antitesi assume un ruolo centrale nell'argomentazione. Kelsen sottopone a un rigoroso vaglio critico non soltanto le origini dell'antitesi, nell'esperienza giuridica romana, e la valenza politica che le è stata attribuita, ma anche la sua stessa possibilità: «è assolutamente *impossibile* dare una rappresentazione, anche soltanto approssimativamente unitaria, di ciò che in generale s'intende con la

² C. Perelman – L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1976), tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1990, p. 471.

distinzione fra diritto privato e pubblico» (p. 5, corsivo aggiunto). In punto di metodo, l'osservazione è persuasiva.

Tuttavia, proprio in punto di metodo, se la difficoltà di pervenire a una soddisfacente rappresentazione unitaria della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico giustifica la negazione della distinzione, come si legittima l'affermazione del suo opposto, nella vulgata corrente che sottolinea il sovrapporsi – fin quasi all'indistinto – dell'uno e dell'altro?

3. LE RES. DALLA PROPRIETÀ ALLE PROPRIETÀ

Nel vaglio critico cui Kelsen sottopone l'antitesi tra il diritto pubblico e il diritto privato, lo si è già notato, non mancano riferimenti all'esperienza giuridica romana. Ma l'osservazione che, in essa, «la distinzione [...] è molto vaga» (p. 19), a ben vedere, ha una base assai esile, circoscritta al rapporto tra l'autorità e la legge. Può essere di qualche utilità approfondire il lascito di quell'esperienza in rapporto a uno dei temi sui quali era imperniata la collaudata tripartizione *personae, res et actiones: le res*.

Benché la cultura romana fosse sovente mossa da preoccupazioni d'ordine pratico, i suoi giureconsulti non furono alieni dalle generalizzazioni. Relativamente ai beni, affermarono la distinzione tra i beni privati e quelli pubblici: una distinzione profonda, di natura e non di grado. Misero a punto ulteriori distinzioni, tra i beni pubblici, appartenenti allo Stato o a singoli enti (per usare un'espressione moderna), e le *res communes omnium*: l'aria, il mare e la riva del mare. Quest'ultima categoria, nell'elaborazione teorica risalente a Elio Marciano, giureconsulto dell'epoca degli imperatori Severi³, ha attraversato molti secoli, ha costituito il punto di riferimento per la teoria della proprietà prospettata da Grozio. Ha avuto una *longue durée* anche la distinzione tra i beni privati e quelli pubblici. Essa ha evidentemente un valore storico in un duplice senso. Ammette, ha

³ *Institutiones*, § 2.1.1.

ammesso, significative varianti. Può essere seguita da altre, non meno rilevanti.

La distinzione va correttamente intesa: delinea diverse legittimazioni e vicende dei diritti riguardanti beni. Il senso profondo di questa distinzione è stato perso da chi, tra Otto e Novecento, ha ritenuto di poter elaborare “una” teoria della proprietà, di poter ridurre la complessità derivante dalla storia e dalla tradizione in un unico statuto giuridico della proprietà. I maestri del diritto pubblico attivi tra Otto e Novecento, segnatamente Otto Mayer, non contestarono questa teoria. Vi contrapposero una teoria della proprietà pubblica, *ad instar* di quella elaborata dai cultori del diritto privato.

Una diversa ricostruzione si impone. Dalla metà del secolo scorso, ha ottenuto adesioni la tesi di Salvatore Pugliatti, cioè l’esistenza di una pluralità di statuti giuridici della proprietà privata⁴. Sempre dalla metà del secolo scorso, la parte scientificamente più avanzata della riflessione giuridica concorda che la Costituzione, coerentemente con la tradizione, abbia stabilito due distinti regimi giuridici in rapporto alle cose suscettibili di assumere rilievo economico e giuridico. Essa attribuisce un preciso significato alle due frasi in cui si scinde il primo comma dell’articolo 42⁵. La prima frase – «la proprietà è pubblica o privata» – indica l’esistenza di due regimi giuridici. Vi è il regime di diritto pubblico, in forza del quale determinati beni sono destinati all’uso pubblico, ciò che comporta l’inceditività della proprietà e degli altri diritti reali (e l’impossibilità dell’usucapione), l’esperibilità di azioni diverse rispetto a quelle consentite ai soggetti privati, cioè l’autotutela esecutiva, l’impossibilità di avvalersi di altre azioni, come quella volta a ottenere il sequestro dei beni. Ben diverso è il regime di diritto privato, in virtù del quale, ove si realizzino determinati presupposti e condizioni, i diritti reali possono essere modificati, trasferiti, estinti. In breve, «vi sono cose appropriabili secondo il diritto comune (‘proprietà privata’) e

⁴ S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

⁵ G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà* (1972-73), ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, p. 247.

cose non appropriabili secondo il diritto comune ('proprietà pubblica')»⁶.

Torna allora utile proprio la figura dell'antitesi, criticata da Kelsen. A ben vedere, gli amministratori pubblici, per esempio quelli dei comuni, gestiscono i beni demaniali, ma contrariamente al proprietario privato non possono disporne, se non nei casi e nei modi previsti dalla legge, mediante quella che è correntemente detta la sdemanializzazione. Essi non ne hanno nemmeno l'uso esclusivo, all'infuori di alcuni casi (le infrastrutture destinate alla difesa nazionale): per restare nell'esempio appena prospettato, come Massimo Severo Giannini sottolineò nelle lezioni sui beni pubblici, non è ammissibile che i componenti di un consiglio comunale riservino a sé stessi l'uso delle spiagge incluse nel territorio dell'ente⁷. L'ordinamento giuridico italiano non ammette nemmeno che le conseguenze dell'eventuale disattenzione degli amministratori pubblici, la loro colpevole inerzia, comporti conseguenze sfavorevoli in rapporto ai beni demaniali attribuiti alla loro cura: vieta l'usucapione. Gli amministratori consapevoli della necessità di proteggere i beni demaniali da indebite interferenze dei privati possono farlo anche senza ricorrere al giudice, cioè in deroga all'obbligo della verifica giudiziale delle pretese. Nel linguaggio del Codice civile, essi possono «procedere in via amministrativa», ordinando la demolizione dei manufatti abusivi e, se necessario, eseguendola. Poiché essi possono anche avvalersi degli istituti di cui si servono i privati, è corretto osservare che vi è una distinzione tra i due regimi giuridici, non una separazione.

Non si tratta – è appena il caso di aggiungerlo – di una peculiarità italiana. Ben più analiticamente di quanto faccia la Costituzione italiana, quella spagnola ribadisce i principi fondamentali cui sono assoggettati i beni del demanio pubblico (nazionale e locale): l'inalienabilità, l'imprescrittibilità, l'insequestrabilità (articolo 132, primo comma). In quei principi, secondo gli studiosi spagnoli, manifesta la propria

⁶ V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 104.

⁷ M.S. Giannini, *I beni pubblici* (Dispense delle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963), Roma, Bulzoni, 1963.

influenza la riflessione giuridica francese. I grandi maestri del diritto pubblico francese, Maurice Hauriou e Léon Duguit, elaborarono una teoria generale del demanio, attingendo ampiamente alla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*. In un diverso assetto istituzionale, quello degli USA, la riflessione giuridica e la giurisprudenza hanno messo a punto la dottrina del *public trust*, incentrata sull'uso pubblico di una serie di beni⁸.

È sorprendente l'affinità degli apporti che pensatori tanto differenti hanno dato all'analisi dei beni demaniali. Questa affinità è talora esplicitata da essi stessi. In ogni caso, i loro apporti vanno visti in contrapposizione con l'indirizzo volto a negare la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato. Comune è l'enfasi posta sul rilievo che l'ordinamento giuridico riconosce agli usi pubblici. Comune è anche il riconoscimento che ve n'è più d'uno possibile. Non ve n'è quindi, uno solo che sia di necessità fondante. Pure, è dall'esistenza della destinazione a uno o più usi pubblici che deriva tutta una serie di conseguenze da cui i giuristi non possono prescindere, pena l'astrattezza delle rappresentazioni che essi forniscono, non importa se retrograde o futuribili.

4. L'ESCLUSIONE DEL FALLIMENTO

Il riferimento alle teorie della proprietà può essere utilmente completato da un rapido sguardo all'impresa. Non occorre, a tal fine, replicare la disamina effettuata in rapporto alle disposizioni legislative e a quelle di grado superiore appena effettuata in rapporto alla proprietà. Sono sufficienti alcuni richiami essenziali: alla teoria economica; alla disciplina legislativa applicabile alle imprese; a quella riguardante le pubbliche amministrazioni.

⁸ J.L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Michigan Law Review* (68), 1970, p. 471.

Nella teoria economica, la concorrenza è riguardata come la principale sorgente di dinamismo sociale. Essa richiede a ogni imprenditore di minimizzare i costi, di collocarsi sulla frontiera dell'efficienza e di rimanervi, di discostarsene solo eccezionalmente e per un breve periodo. Pur se l'illiquidità non deve degenerare in insolvenza, essa non può avere una prolungata durata. In ogni caso, «gli operatori insolventi devono uscire dal mercato. Mantenere sul mercato un'azienda in crisi irreversibile [...] significa dissipare ricchezza»⁹.

La disciplina di fonte legislativa si conforma a quest'ordine di idee. Nell'architettura del Codice civile un posto di rilievo è stato riconosciuto all'articolo 2221: «Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, [...] sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo». L'imprenditore che non è in grado di far fronte alle obbligazioni assunte è, quindi, escluso dal mercato. La disposizione legislativa ha attenuato l'eccessivo rigore della disciplina meno recente nei confronti del fallito. È stata a sua volta modificata di recente dal decreto legislativo n. 14 del 2019. Resta invariata la finalità di evitare condotte opportunistiche e irresponsabili degli operatori economici, che potrebbero generalizzare l'insolvenza, dare luogo a una crisi del mercato, di qui gli obblighi di rilevazione tempestiva delle crisi d'impresa (articolo 3 del decreto legislativo). È invariata, altresì, nella cornice giuridica vigente l'esclusione degli enti pubblici, chiaramente esplicitata dall'articolo 2221 («esclusi gli enti pubblici») e ribadita dalla normativa vigente («con esclusione dello Stato e degli enti pubblici»: articolo 1 del decreto legislativo).

In ciò, il quadro dei principali paesi è meno variegato di quanto accada per altri istituti. Si possono forse considerare come estremi la normativa italiana, contraddistinta dall'esclusione del fallimento e dalla previsione di un apposito istituto, il dissesto finanziario degli enti territoriali, e quella statunitense. In quest'ultima, il *Chapter 9* del *Bankruptcy Code*, la legge federale di cui la Corte Suprema ha

⁹ P. Ciocca, *La nuova finanza in Italia. Una difficile metamorfosi (1980-2000)*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 78.

confermato la validità fin dall'epoca di Roosevelt¹⁰, regola la riorganizzazione del debito dei comuni. Ciò mostra la differenza tra la specialità e la separatezza. La specialità comunque postula una distinzione quanto a finalità, obiettivi intermedi, strumenti, effetti per i creditori. La separatezza si fonda sul presupposto che le imprese e le pubbliche amministrazioni costituiscano insieme ben distinti. In ragione di questo presupposto, sono molto più prossimi alla soluzione italiana i casi della Francia, della Germania e del Regno Unito.

I temi e i problemi appena analizzati, attinenti alla proprietà e all'insolvenza, non possono essere relegati a semplici note a piè di pagina in una trattazione di tipo istituzionale. Le limitazioni conoscitive mostrate da alcuni emuli di Kelsen non sono giustificabili. Va ora sottoposto a verifica il nucleo centrale dell'argomentazione kelseniana relativa al potere.

5. L'AMMINISTRAZIONE È ESECUZIONE DELLA LEGGE?

L'argomentazione kelseniana si snoda in tre punti, logicamente concatenati. Il primo è la critica all'assunto che i poteri giuridici risentano della natura della figura giuridica soggettiva che li esercita. Kelsen contesta alla radice l'idea che la differenza dipenda da una diversa qualità, cioè che allo Stato o agli altri enti pubblici si possa riconoscere una posizione di supremazia speciale (signoria, *puissance*) (p. 9). Il secondo punto è la relativizzazione della distinzione tra l'interesse collettivo e l'interesse individuale (p. 7). L'esistenza di poteri speciali, quindi, non si può fondare nemmeno sull'interesse collettivo. Il terzo punto riguarda più specificamente l'amministrazione pubblica. Esso richiede una più distesa analisi.

¹⁰ *United States v. Bekins*, 304 U.S. 27, 54 (1938). Una vicenda istruttiva riguarda il fallimento della Contea di *Orange County* nel 1981, descritto da M. Baldassarre, *When Government Fails: The Orange County Bankruptcy*, Berkeley, University of California Press, 1998. Per un'analisi recente della disciplina riguardante i comuni, L.N. Cordes, *Restructuring Municipal Bankruptcy*, in *Utah L. Rev.*, 2016, p. 307.

Nelle parole di Kelsen «l'amministrazione, il più caratteristico campo del « diritto pubblico », al quale la teoria del plusvalore si rivolge in prima linea, è definita [...] come « libera » attività nel « limite della legge ». L'idea fondamentale qui è: lo Stato, nel campo dell'amministrazione, dove hanno luogo gli atti di *diritto pubblico* [...] può fare *a priori* ciò che vuole, ciò per cui ha la *forza*» (p. 16). La ragion d'essere di questa idea è la necessità di perseguire «il bene pubblico, l'interesse pubblico, *la ragione di Stato*; basta che *i limiti* della legge non siano oltrepassati» (p. 16). Tutto ciò, è per Kelsen, semplicemente inaccettabile. Alla «insostenibilità logica» del «distacco dell'atto amministrativo di « diritto pubblico » dal superiore grado della legge» (p. 16), che ovviamente postula la teoria della *Stufenbau*, si aggiunge l'inaccettabilità sul piano costituzionale, dell'idea che il monarca, posto all'apice del potere esecutivo, possa ritenersi «indipendente dalla legislazione» (p. 16), che l'atto amministrativo possa avere una forza propria, a prescindere dal principio democratico che si attua nella legge. Alle istanze democratiche si aggiungono quelle dello Stato di diritto (p. 22).

Vi è molto di apprezzabile, finanche di cogente, nell'argomentazione di Kelsen: il rifiuto della teoria della supremazia speciale, elaborata dai giuspubblicisti tedeschi e italiani tra Otto e Novecento; la distanza rispetto alla visione acritica dello Stato di diritto, nell'ambito della quale la legge è vista unicamente come fonte di limiti all'amministrare; soprattutto l'appassionata difesa delle istanze democratiche, del ruolo dei parlamenti. Tuttavia, la validità dell'argomentazione logica che dalla insostenibilità del fondamento autonomo del potere amministrativo trae la conseguenza che chi lo esercita sia «mero esecutore» della legge non è unanimemente riconosciuta nell'ambito medesimo dell'analisi teorica. Non lo è nemmeno nella realtà, nello svolgersi dell'esperienza giuridica.

La definizione dell'amministrazione come esecuzione di legge risente, assai più di altre, del periodo storico in cui è stata concepita da Kelsen e da altri studiosi, come Albert Venn Dicey e Guido Zanobini. Al netto dell'idealizzazione del ruolo dei parlamenti che contraddistinse quel periodo, la definizione è incerta in punto di teoria. Non coglie l'importanza delle attività volte a determinare l'indirizzo politico e amministrativo, la cui importanza è stata sottolineata – da noi – da

Costantino Mortati e Vezio Crisafulli. Sempre in punto di teoria, la definizione dell'amministrazione come amministrazione di legge si rivela inadeguata, altresì, in rapporto alle situazioni nelle quali la legge si limita a determinare una serie di finalità pubbliche (realizzare infrastrutture e, così, imprimere un impulso all'economia, ma senza recare danni all'ambiente), senza stabilire un ordine tra di esse. Vi provvede allora, inevitabilmente, l'amministrazione, adottando atti contenenti regole, linee guida, piani¹¹. Non a caso, il problema della partecipazione – in senso proprio – dei cittadini all'amministrazione si pone in modo particolarmente intenso per queste attività.

La definizione dell'amministrazione come esecuzione di legge non regge nemmeno a un'accurata disamina sul piano del diritto positivo. Per un verso, non tutta l'esecuzione di legge è svolta dalle pubbliche amministrazioni. Per esempio, come Sabino Cassese ha sottolineato da tempo, nell'ordinamento italiano il Parlamento può svolgere esso stesso funzioni amministrative e, in fatto, le svolge in rapporto alla vigilanza sui servizi radiotelevisivi e alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione della società pubblica per la radiotelevisione¹². Per un altro verso, vi sono attività svolte dalle autorità indipendenti che è difficile ricondurre all'esecuzione della legge. È generale la tendenza dei parlamenti ad affidare ad autorità distinte dall'esecutivo, le banche centrali, la politica monetaria e la vigilanza sul credito: il presupposto è che dispongano di autonomia ed esercitino una discrezionalità tecnica. Per un altro verso, ancora, la definizione dell'amministrazione come esecuzione di legge fornisce, al più, una rappresentazione teorica accettabile di una parte dell'amministrare, per le attività vincolate (il rilascio di un'autorizzazione, in presenza di determinati presupposti e condizioni; l'accertamento di un'infrazione a una regola) e per quelle che presentano un modesto tasso di discrezionalità, che peraltro può esplicarsi anche in rapporto al tempo in cui la decisione è adottata. Ma ci si deve chiedere se ciò valga per i provvedimenti ad alto tasso di

¹¹ In tema, G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.

¹² S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1999, 5° ed., p. 43.

discrezionalità, come la comminazione di sanzioni pecuniarie per la reiterata violazione delle norme antitrust e l'imposizione di condizioni all'acquisizione di imprese da parte di operatori economici extraeuropei, fino al limite del divieto dell'operazione.

6. POTERI GIURIDICI, POTESTÀ PUBBLICHE

Pur di fronte ad assetti istituzionali molto variegati all'interno della tradizione giuridica occidentale, altri due orientamenti comuni sono riscontrabili. Essi riguardano la dimensione del potere, che si estrinseca nell'adozione di un atto imperativo, ma sottoposto al controllo giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, il punto da cui muovere è l'idoneità dell'atto amministrativo (*rectius*: del provvedimento) non soltanto a determinare un assetto degli interessi in gioco che prescinde dalla volontà del privato, ma anche a farlo contro la sua volontà. Poco importa se questa specifica qualità sia denominata imperatività, se essa sia ricollegata al potere più che all'atto. Ciò che conta è essere consapevoli che l'esistenza di un'attività discrezionale, di una decisione che può imporsi ai privati, contraddistingue anche le democrazie liberali. Coerentemente con la tradizione costituzionale cristallizzata nel quinto emendamento alla Costituzione statunitense («*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*»), l'articolo 42 della Costituzione italiana («la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale») e l'articolo 14 della *Grundgesetz* tedesca («un'espropriazione è ammissibile soltanto per il bene della collettività, [...] può avvenire solo per legge o in base ad una legge che regoli il modo e la misura dell'indennizzo») regolano le più tradizionali figure di provvedimenti ablatori¹³. A fronte di questa invariante, vi è una varietà di

¹³ Per un'analisi comparata, M. Conticelli – T. Perroud (eds.), *Procedural Requirements for Administrative Limits to Property Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

rappresentazioni teoriche. Chi – come Santi Romano – svolge analisi che attingono il livello della teoria generale non può che constatare le differenze esistenti tra i poteri giuridici spettanti ai privati e le potestà correlate alle funzioni amministrative, nel senso che la diversità è di natura, non di grado¹⁴. Chi constata che anche taluni privati (i genitori, il curatore, il tutore) esercitano alcune potestà deve, quantomeno, avvertire che si tratta di situazioni ben diverse rispetto all'*id quod plerumque accidit* nei rapporti interpretati.

L'altro orientamento comune riguarda un'istanza basilare dello Stato di diritto: l'assoggettamento degli atti dei pubblici poteri al controllo giurisdizionale. Anche a questo riguardo, vi è varietà di approcci e di motivi. Per chi segue l'impostazione kelseniana, la realtà deve adeguarsi alla teoria. Per chi segue un'impostazione realista, nella variante tomistica, la conoscenza non può prescindere dalla realtà (nella logica dell'*adaequatio rei et intellectus*). Per chi è consapevole che i percorsi storici degli istituti del diritto pubblico sono sofferti e tortuosi, non è casuale che si proceda per approssimazioni successive, senza un approdo definitivo e sicuro. Così, nella Francia post-napoleonica, il *Conseil d'État* applicò la teoria del *mobile politique* per escludere la sindacabilità degli atti del potere politico, l'abbandonò nella III Repubblica (con l'*arrêt Prince Napoléon* del 1875), ma anche nel periodo più recente ha ribadito che taluni atti siano sottratti al controllo, sicché anche per Georges Vedel vi è un "fondo di verità" nella dottrina dell'*acte de gouvernement*. Nel contesto italiano, il divieto di esclusione della giurisdizione nei confronti degli "atti della pubblica amministrazione" (articolo 113, secondo comma, della Costituzione) è interpretato dal giudice in senso evolutivo, ma l'atto amministrativo è distinto rispetto all'atto di esercizio del potere politico. Lo Stato di diritto e la ragion di Stato coesistono.

¹⁴ S. Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 172.

7. *DISTINGUE FREQUENTER*

I motivi analitici e gli spunti finora allineati suggeriscono una lettura dell'importante contributo di Hans Kelsen non semplicemente diversa nei contenuti rispetto ad altre che la Rivista – giustamente – accoglie, bensì differente nell'impostazione. Sul piano della teoria generale, inducono a fare tesoro dell'insegnamento secondo cui è necessario ricorrere frequentemente alle distinzioni (“*distingue frequenter*”). L'impostazione prospettata è corroborata dall'analisi storica. Le concrete, storiche, manifestazioni del diritto assumono rilevanza e articolazioni diverse in relazione allo stadio di sviluppo di ciascun ordinamento. Richiedono di considerare con molta prudenza generalizzazioni quali sono tanto la separatezza tra il diritto pubblico e il diritto privato, quanto la loro indistinzione.

Questa impostazione collide – è bene esplicitarlo – con l'indirizzo di *law and economics* diffusosi, non solo nei paesi anglosassoni, negli ultimi tempi, che tende a proporre soluzioni giuridiche univoche perché conformi a un unico ceppo di teoria economica, talora senza avvertirne i lettori. Collide, altresì, con il filone di teoria che tende a sovrapporre la storia del pensiero giuridico (specialmente se limitata ai giuristi ritenuti più rappresentativi) alla più complessa storia delle istituzioni giuridiche, in contrasto con quanto la teoria e in fondo anche il buon senso (non il senso comune) suggeriscono.