

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: ELOGIO DELL'INATTUALITÀ KELSENIANA

Giorgio Resta*

Questo contributo intende riflettere su attualità e inattualità dell'analisi di Kelsen, consegnata al saggio del 1924 su diritto pubblico e diritto privato, muovendo dalla prospettiva specifica del cultore del diritto privato comparato. Dopo aver rimarcato l'importanza della critica kelseniana rispetto alla tesi della separazione ontologica tra diritto pubblico e diritto privato, la quale è fortemente radicata nella cultura europeo-continentale ma assente in altre esperienze, l'articolo riflette sulla portata anti-ideologica del pensiero kelseniano, studiandone le implicazioni per la teoria del diritto privato. Nell'ultima parte il contributo ragiona sui mutamenti di contesto, che da un lato rendono la “grande partizione” sempre più illusoria e dall'altro inducono a soffermare l'attenzione sulla trasformazione del concetto di democrazia, come originariamente declinato da Kelsen, rilevante per la ricostruzione dei rapporti di diritto privato.

Parole chiave: Hans Kelsen; Diritto pubblico; Diritto privato; Categorie; Democrazia.

* Università degli Studi Roma Tre, giorgio.resta@uniroma3.it

Contributo sottoposto a *double blind peer review* ai sensi dell'art. 4 c. 4 del Regolamento della Rivista.



PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW: PRAISE OF THE KELSENIAN INACTUALITY

This contribution aims to reflect on both the usefulness and inactuality of Kelsen's thought, delivered in the 1924 essay on public law and private law, moving from the specific perspective of comparative private law. After noting the importance of the Kelsenian critique with respect to the thesis of the ontological separation of public and private law, which is strongly rooted in European-Continental culture but absent in other experiences, the article reflects on the anti-ideological scope of Kelsenian thought, studying its implications for private law theory. In the last part, the contribution reasons about the changing contexts, which on the one hand make the “grand partition” increasingly and on the other hand attract the attention on the transformations of the concept of democracy – as originally employed by Kelsen – relevant for the analysis of private law relationships.

Keywords: Hans Kelsen; Public Law; Private Law; Categories; Democracy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Kelsen specchio della cultura del suo tempo. – 3. Kelsen critico dell'ideologia. – 4. Attualità e inattualità del discorso di Kelsen.

1. INTRODUZIONE

Come già accaduto per altri scritti di Hans Kelsen, la scelta di ripubblicare, a distanza di un secolo, un classico quale *Diritto pubblico e privato*¹ si rivela quanto mai opportuna. Gli spunti di riflessione che possono trarsi, ancor oggi, dalla lettura del saggio del 1924 sono molteplici. In questo contributo mi concentrerò esclusivamente sugli aspetti più nella prospettiva giusprivatistica e comparatistica. Più precisamente, intendo svolgere alcune considerazioni sul perché sia necessario rileggere oggi Hans Kelsen anche per chi, per vocazione metodologica o indirizzo disciplinare, sia lontano da interessi specifici di teoria generale del diritto e da approcci normativistici.

Il discorso verterà su tre punti principali: *i)* Kelsen come specchio della cultura del suo tempo; *ii)* Kelsen critico dell'ideologia; *iii)* attualità e inattualità dell'analisi kelseniana.

2. KELSEN SPECCHIO DELLA CULTURA DEL SUO TEMPO

Il saggio di Kelsen si prefigge l'obiettivo di mostrare l'infondatezza, sul piano della teoria generale del diritto (ma anche della ricostruzione del diritto positivo vigente), della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato. Come tale, il registro prevalente è quello della critica, ma non è meno rilevante la ricognizione, operata nei primi tre paragrafi del saggio, delle diverse declinazioni con cui l'antitesi tra diritto pubblico e diritto privato si presentava nella dogmatica otto- e novecentesca. Kelsen ricorda, da un lato che sul fondamento di tale partizione regnasse

¹ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. int. fil. fir.* 1924, p. 340; ripubblicato in questo numero di *Antologia di Diritto Pubblico*, p. 5.

un vero e proprio «caos di opinioni dottrinali contraddittorie»², dove le due grandi teorie dell'interesse (ove la natura degli interessi presuntivamente sottesi alle singole norme era assunta a criterio tassonomico) e del plusvalore (individuandosi nella presenza di un rapporto pari-ordinato o di subordinazione il principale criterio discrezionale tra regolazione privatistica e regolazione pubblicistica) continuavano a dividersi il campo. Dall'altro lato, però, egli notava che l'utilità e la fondatezza dell'antitesi tra diritto pubblico e privato, in quanto tale, non fosse messa in discussione da alcuno. Al contrario, tale dicotomia continuava a costituire «la spina dorsale dell'intera sistematica della teoria del diritto»³. Nella sua prima sezione, il saggio di Kelsen fotografa con eccezionale nitidezza di contorni la *Rechtsanschauung* della tradizione giuridica europeo-continentale.

Non si potrebbe cogliere la radicalità della critica imbastita da Kelsen se si prescindesse dal profondo radicamento dell'antitesi pubblico/privato nella cultura giuridica europea, non soltanto in chiave sincronica, ma anche nella prospettiva della *longue durée*⁴. Riflessa già nella compilazione giustiniana e tramandata dalle scuole dei Glossatori e dei Commentatori, essa si è consolidata come dispositivo fondamentale del bagaglio teorico del giurista continentale, sì da continuare ancora oggi ad orientarne le opzioni apicali sia sul piano dell'organizzazione della didattica (e dunque della trasmissione del sapere giuridico) sia su quello della razionalizzazione dogmatica del diritto vigente (e dunque della scienza del diritto in quanto tale).

Sul nucleo della dogmatica, centrale in una tradizione di stampo prettamente sapienziale quale quella di *civil law*, si è poi innestata la dimensione della politica. L'idea della separazione dei poteri, emersa con l'illuminismo e poi cristallizzatasi con la Rivoluzione francese, congiuntamente alla sfiducia nei confronti della creatività del potere giudiziario, ha condotto al rafforzamento dell'autonomia della pubblica

² H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340.

³ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340.

⁴ Su questo punto, e per quanto segue, J.H. Merryman, *The Public-Private Distinction in European and American Law*, 17 *J. Pub. L.* 3 (1968); S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XII, 1964, p. 696.

amministrazione e alla sua sottrazione al controllo giurisdizionale. Di qui la progressiva emersione di due distinte categorie di corti, quelle ordinarie e quelle amministrative, alle quali sono stati rimessi, rispettivamente, i conflitti inter-privati e le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione. In tal modo il divario tra diritto pubblico e diritto privato, intorno al quale era stata costruita la grande sistematica del diritto continentale, ha trovato una perfetta rispondenza nell'organizzazione degli apparati processuali e di amministrazione della giustizia⁵.

È ben noto, peraltro, che dove tali premesse storiche non si sono avverate, la partizione tra diritto pubblico e diritto privato è rimasta sostanzialmente muta sul piano tassonomico e inoperante nella prassi. È questo il caso delle esperienze di *common law*, che su ciascuno dei punti poco sopra evocati muovono da presupposti divergenti. Tra questi meritano di essere schematicamente ricordati la minore (benché tutt'altro che assente) penetrazione della sistematica romanistica; il carattere esperienziale e non sapienziale della tradizione di *common law* quanto meno nella sua fase genetica; la riluttanza a ragionare in termini concettuali ed astratti (acuita nella fase novecentesca dal grande impatto del realismo giuridico americano); il notevole prestigio riconosciuto al potere giudiziario, visto sin dai tempi di Lord Coke come il vero depositario e custode delle libertà civili; di qui il pacifico assoggettamento della pubblica amministrazione alle corti ordinarie; il rilievo centrale ascritto, almeno nell'ordinamento USA, alla Costituzione federale, la quale non soltanto si discosta dal sistema della separazione dei poteri per abbracciare la tecnica dei *checks and balances*, ma stabilisce la fonte primaria di diritti e libertà rilevanti anche sul piano privatistico, schermando il discorso USA dalla suggestione ottocentesca relativa alla funzione costituzionale del diritto privato⁶.

⁵ J.H. Merryman, *The Public-Private Distinction in European and American Law*, cit., pp. 10 ss.

⁶ Su questo aspetto B. Sordi, *Diritto pubblico e privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 106.

La sinergia di tutti questi elementi ha impedito che la partizione tra diritto pubblico e diritto privato acquisisse nella tradizione di *common law* quello stesso ruolo cardine che è proprio dell'ambiente di *civil law*⁷.

Ovviamente la nettezza di tale distinzione si è oggi incrinata per via di una molteplicità di fattori, che alterano il quadro di contesto all'interno di entrambe le tradizioni culturali, innescando processi di graduale convergenza⁸. Tra questi sia sufficiente menzionare, a mero titolo esemplificativo, l'impatto capillare del diritto europeo, che è tipicamente diritto regolatorio e travalica per definizione il fossato tra diritto pubblico e diritto privato⁹; e la graduale emersione di un vero e proprio diritto amministrativo anche nelle esperienze di *common law*, che hanno ad es. conosciuto la proliferazione di tribunali deputati a conoscere delle controversie inerenti la pubblica amministrazione, oltre che il ruolo cruciale delle agenzie amministrative indipendenti¹⁰. Ciò non toglie, tuttavia, che quanto meno in una prospettiva di lunga durata la partizione tra diritto pubblico e diritto privato segni un divario importante tra il mondo di *civil law* e il mondo di *common law*.

Questa premessa aiuta non soltanto ad apprezzare quanto la partizione tra diritto pubblico e diritto privato, spesso acquisita acriticamente come dato ontologico di un sistema, sia in realtà culturalmente e storicamente condizionata. Essa permette anche di aver più chiara consapevolezza di come il discorso di Kelsen, all'occhio dei suoi contemporanei, avesse una portata intellettualmente eversiva, poiché mirava al cuore di uno degli assi portanti della sistematica ricevuta dalla tradizione.

⁷ J.H. Merryman, *The Public-Private Distinction in European and American Law*, cit., p. 12.

⁸ In tema v. anche B. Sordi, *Diritto pubblico e privato. Una genealogia storica*, cit., pp. 211 ss.

⁹ Sul punto si tornerà *infra*, par. 4.

¹⁰ M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 22 ss., 193 ss.

3. KELSEN CRITICO DELL'IDEOLOGIA

La critica messa in campo da Kelsen nei confronti della portata assolutizzante dell'antitesi tra diritto pubblico e diritto privato si impernia su due principali ordini di considerazioni.

Il primo verte sugli aspetti di natura prettamente teoretica. Qui Kelsen ha buon gioco nel dimostrare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria del plusvalore, non ha senso ravvisare il criterio discrezionale tra rapporti di natura pubblicistica e rapporti di natura privatistica nell'elemento della "sopraordinazione" (*Überordnung*)¹¹ di una delle parti, che connoterebbe i primi ma non i secondi. Tale sopraordinazione, ricorda Kelsen, si ravvisa in ciò, «che ai comandi unilaterali di quelle persone fornite di signoria, in ispecie della persona dello Stato, altre persone sono giuridicamente obbligate ad obbedire, e cioè in caso di disobbedienza la persona fornita di signoria può fare atti coercitivi contro le persone disobbedienti. Nei rapporti giuridici privati, invece quest'obbligo di una determinata condotta è costituito non dalla manifestazione unilaterale di volontà di un'altra persona, ma, di regola, solo col consenso dell'obbligato, cioè dalla concorde espressione di volontà di entrambi: e qui l'atto coercitivo, in caso di condotta contraria alla pattuizione, non parte dalla persona che fonda o concorre a fondare l'obbligo, ma da una terza, e precisamente da quella persona fornita di signoria, che è lo Stato»¹².

Questa distinzione, osserva Kelsen, è però frutto di un mero abbaglio, che porta a scambiare ciò che è mero *Tatbestand* con la fonte primaria del dovere giuridico. Ciò non deriva dalla volontà personificata di una delle parti del rapporto, mero fatto a cui «non è immanente alcuna forza per produrre effetti giuridici»¹³, bensì dall'ordinamento giuridico generale, che si avvale dell'intermediazione qualificata della parte – la cui volontà rileva essenzialmente quale co-elemento della fattispecie –

¹¹ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 345.

¹² H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 345.

¹³ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

per attivare il comando inscritto nella norma¹⁴. «La manifestazione di volontà unilaterale, indicata come comando di un superiore,» – osserva limpidamente Kelsen – «è solamente una condizione posta dalla norma giuridica *generale*, così come il negozio giuridico della manifestazione di volontà bilaterale»¹⁵. Il fondamento della validità del dovere giuridico, si prosegue, è «in ambo i casi, la norma giuridica generale, ovvero l'ultima base di questa: la costituzione»¹⁶. In entrambe le ipotesi, dunque, «la manifestazione di volontà rappresenta una continuazione della formazione di volontà statale, cioè del contenuto dell'ordinamento giuridico, un concretarsi della norma generale astratta in norme individuali, concrete»¹⁷. L'atto amministrativo costituirebbe dunque una individualizzazione della legge amministrativa, il negozio giuridico una individualizzazione della legge civile. Sicché, una volta acclarato che il fondamento del vincolo risiede nell'ordinamento giuridico nella sua unitarietà, diviene «privo di senso l'attribuire all'uno od all'altro di questi fatti una validità giuridica *più alta o più forte*»¹⁸.

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non sarebbe più una distinzione di natura extra-sistemica, ma soltanto intra-sistemica e relativa alle specifiche modalità di produzione delle norme che obbligano: nell'un caso (diritto pubblico) «la condizione per l'obbligo giuridico» sarebbe una «manifestazione di volontà unilaterale, più esattamente eteronoma, cioè *autocratica*»; nell'altro caso (diritto privato) sarebbe una manifestazione di volontà «bilaterale, cioè *democratica*»¹⁹.

Il secondo registro argomentativo è più interessante, perché va oltre gli aspetti teoretici (in quanto tali soggetti soltanto a un controllo di coerenza interna del discorso) per disvelare apertamente le opzioni politiche ed ideologiche sottese alla “grande partizione” tra diritto

¹⁴ Su questi aspetti v. anche H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Auf., Tübingen, Mohr (Siebeck), 1923 (ora ristampa Aalen, Scientia Verlag, 1984), pp. 629 ss.

¹⁵ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

¹⁶ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

¹⁷ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

¹⁸ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 347.

¹⁹ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

pubblico e diritto privato. Scrive Kelsen: «[s]e la teoria del plusvalore attribuisce a certi fatti, ai cosiddetti atti di autorità, un più alto valore giuridico, ciò avviene non tanto per fini *teoretici*, per apprendere sistematicamente il diritto positivo puramente come tale, ma in gran parte forse inconsciamente, per accostare al diritto positivo un principio *politico*, con l'aiuto del quale si raggiungono certi risultati, desiderati sotto questo punto di vista politico, i quali poi erroneamente sono spacciati quali positivamente giuridici, sebbene non trovino alcun appoggio nel diritto positivo»²⁰. Tali risultati consistono nell'attribuire ai titolari di funzioni pubbliche «un'autorità maggiore di quella loro accordata dall'ordinamento giuridico positivo, allorché si riconosce agli atti giuridici di questi organi, come atti di diritto *pubblico*, una maggiore *credibilità* che agli atti non ufficiali, ai cosiddetti atti dei negozi giuridici privati»²¹; non soltanto, ad essi si conferisce – indipendentemente da una specifica norma autorizzativa – una “presunzione di legittimità”, semplicemente deducendola dalla «essenza del diritto pubblico»²². L'intento ultimo di questa costruzione – che viene rifiutata da Kelsen in quanto cripto-giusnaturalistica – consiste nel «far valere l'esecuzione come una fonte di diritto del tutto indipendente dalla legislazione»²³.

La sottrazione dell'atto amministrativo al controllo di legalità è il vero bersaglio della critica kelseniana. Sostenere che l'atto amministrativo possa derivare la propria efficacia non da una base normativa ma «*da sé stesso*»²⁴ significherebbe accogliere l'assunto che la forza, il puro potere (*Macht*) possa costituire una fonte di diritto. Questa appunto è la “tendenza politica” che soggiace alla teoria del plusvalore, e di riflesso all'antitesi tra diritto pubblico e diritto privato. «Sorta sul terreno della teoria costituzionale, il suo scopo, consaputo o no, è di togliere il monarca, con gli organi amministrativi a lui sottoposti, dalla condizione di organo subordinato alle leggi deliberate dalla rappresentanza del popolo, mero esecutore di queste leggi, per porlo invece nella condizione

²⁰ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 349.

²¹ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 350.

²² H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 350.

²³ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 351.

²⁴ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 352.

di organo subordinato alle leggi deliberate dalla rappresentanza del popolo, mero esecutore di queste leggi, per porlo invece nella condizione di produttore autocratico del diritto, indipendente dalla legislazione democratica»²⁵. Il che, evidentemente, è inaccettabile per chi muova, come Kelsen, dall'assunto dell'unitarietà dell'ordinamento basato su una costituzione, il quale logicamente esclude che vi siano poteri sottratti, sia pure *in apicibus*, a una legittimazione democratica. La teoria della forza propria dell'atto amministrativo collide frontalmente con tale assunto, perché esprime il «tentativo di respingere, per quanto possibile, il principio della produzione democratica del diritto (principio attuato nel grado della legislazione), mediante il principio autocratico, rimasto fermo nel grado dell'esecuzione»²⁶.

L'aspetto più rimarchevole della riflessione di Kelsen consiste in ciò, che al di là dello straordinario rigore dell'impianto analitico, essa mira a un vero e proprio disvelamento delle basi ideologiche delle categorie ricevute dalla tradizione e via via arricchite di contenuti mutevoli²⁷. Non si potrebbe essere più diretti: «[l]a dottrina del diritto pubblico in generale, e quella dell'atto amministrativo di diritto pubblico in particolare, diventa la porta segreta, aperta da una teoria troppo compiacente, per la quale trovano accesso determinate opinioni ed aspirazioni politiche in contrasto col diritto positivo»²⁸. Ed è questa, egli prosegue, «una delle funzioni più notevoli che ha ancora oggi il dualismo di diritto privato e pubblico»²⁹.

Ove ci si arresti a questo aspetto del discorso kelseniano, si finirebbe per circoscrivere il suo contributo alla pur essenziale critica alle moderne proiezioni della “famigerata” ideologia della ragion di stato³⁰, ossia l'attitudine a riservare allo stato uno spazio libero dal diritto, o meglio a concepire lo Stato come presupposto del diritto, invece del

²⁵ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 353.

²⁶ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 353.

²⁷ Su Kelsen critico dell'ideologia, v. P. Römer, *Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik*, in 12 *Politische Vierteljahresschrift*, 579 (1971).

²⁸ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 354.

²⁹ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 355.

³⁰ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 346.

contrario. Non che ciò non sia importante, soprattutto alla luce del contesto nel quale scriveva Kelsen, connotato da tensioni politiche crescenti, dall'avanzata dei movimenti estremisti e dall'emergente fragilità degli esperimenti democratici nell'intervallo tra le due guerre³¹. Ma la critica di Kelsen al valore assoluto della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato è ancora più articolata e implicante.

Se il saggio di cui discutiamo è prevalentemente incentrato sul lato "pubblicistico" della suddetta partizione, essendo mirato a disvelare le dinamiche di potere nascoste nella razionalizzazione scientifica dei rapporti tra cittadino e Stato³², le opere successive aggiungeranno ulteriori tasselli al suo complesso mosaico argomentativo. In particolare, nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, il paragrafo del capitolo VII dedicato al «significato ideologico del dualismo di diritto pubblico e privato»³³ si sofferma più specificamente sul lato "privatistico" e svolge considerazioni di grande impatto e profondità analitica.

Dopo aver premesso che «l'attribuzione del carattere assoluto al contrasto fra diritto pubblico e privato fa sorgere anche l'idea che solo il campo del diritto pubblico, quale è prima di tutto quello del diritto costituzionale e amministrativo, sia il dominio della sovranità da cui sarebbe invece completamente escluso il campo del diritto privato», Kelsen precisa che «questo contrasto totale fra 'politico' e 'privato' non sussiste nel dominio del diritto soggettivo perché i diritti privati sono diritti politici nello stesso senso di quelli che si suole designare unicamente in questo modo, perché entrambi, sia pure in senso diverso, garantiscono la partecipazione alla formazione della volontà statale, cioè alla sovranità»³⁴.

Confrontandosi con una tradizione di pensiero che muoveva dall'assunto della separazione tra società civile e stato, tra ordinamento

³¹ In proposito v. S. Lagi, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione*, in *Teoria politica*, 7, 2017, pp. 363 ss.

³² Sul punto v. B. Sordi, *Editoriale – H. Kelsen 'Diritto pubblico e privato'*, in *Antologia di diritto pubblico*, 1, 2024, p. 102.

³³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952 (1934), p. 134.

³⁴ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 136.

dell'economia e funzione politica, Kelsen rovescia completamente i termini del discorso e giunge ad affermare che i diritti soggettivi privati sono politici tanto quanto i diritti soggettivi pubblici. Come già era stato chiarito nel saggio qui discusso, in antitesi con la partizione tra diritto pubblico e privato fondata sulla teoria dell'interesse, «l'interesse protetto, cioè il diritto soggettivo, è sempre l'interesse individuale; la protezione dell'interesse, cioè il diritto oggettivo, è sempre interesse collettivo»³⁵.

La forza e la lungimiranza di tale affermazione, che implica che tutto il diritto privato sia politico (esattamente allo stesso modo in cui Karl Polanyi avrebbe sottolineato, in antitesi al liberismo di Hayek, che «*laissez-faire was planned, planning was not*»³⁶), non possono essere sottostimate, poiché proseguono nel campo del diritto privato quell'opera di disvelamento delle basi ideologiche delle categorie scientifiche borghesi precedentemente condotta nel campo del diritto pubblico. Ma la sua analisi non si limita a questo, perché dopo aver enfatizzato la politicità del diritto privato, Kelsen fa un passo in avanti, giungendo in maniera davvero inaspettata a tracciare un parallelo tra diritto privato e democrazia. Egli osserva che «il diritto privato prodotto nel negozio giuridico rappresenta una sfera d'azione della sovranità non minore del diritto pubblico prodotto nella legislazione e nella amministrazione. Considerato dal punto di vista della funzione che esercita come parte dell'ordinamento giuridico nel complesso della totalità del diritto, ciò che noi chiamiamo diritto privato è solo la forma giuridica particolare della produzione economica e della distribuzione dei prodotti che corrisponde all'ordinamento economico capitalistico, quindi una funzione eminentemente politica, una funzione eminentemente sovrana»³⁷. Tale forma giuridica espressa dal diritto privato è una forma di regolamentazione che Kelsen apertamente qualifica come “democratico-autonoma”, per contrapporla alla forma “eteronomo-autocratica”, più vicina al diritto amministrativo, la quale

³⁵ H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 342.

³⁶ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, Einaudi, 1974, pp. 46 ss.

³⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 136.

sarebbe consustanziale a un ordinamento economico di stampo socialistico. Scrive Kelsen: «[a] un ordinamento economico socialistico sarebbe adeguata un'altra forma giuridica, non una forma democratico-autonoma, come viene espressa dall'odierno diritto privato, ma probabilmente una forma giuridica eteronomo-autocratica, più vicina al nostro diritto amministrativo»³⁸.

Tale accostamento tra i concetti di diritto privato e di democrazia potrebbe essere derubricato a mero tributo alla dottrina ottocentesca dell'autonomia negoziale dei privati. Questa sarebbe tuttavia una lettura semplicistica, la quale farebbe torto alla profondità e, ancora una volta, alla corrosiva innovatività del proposito kelseniano. Come ha ricordato Helge Dedek, associare l'ordinamento economico capitalistico a una forma giuridica "democratica" aveva, nel contesto storico di riferimento, un carattere fortemente contro-intuitivo³⁹. Tramontata l'epoca del liberalismo ottocentesco, il dibattito del primo dopoguerra era percorso dallo scontro tra posizioni politiche radicali e una parte significativa del *milieu* intellettuale della sinistra riformista – al quale Kelsen idealmente apparteneva – era impegnata nel gettare le basi per un terzo modello alternativo rispetto al capitalismo e al bolscevismo. Il discorso emergente era quello della "democratizzazione dell'economia".

Wirtschaftsdemokratie era una formula retoricamente potente, un *Kampfbegriff*, sotto la quale si nascondevano posizioni e proposte politiche differenti, ma accomunate dal proposito di promuovere le istanze di partecipazione democratica di tutte le classi nei vari settori della società, ivi inclusa l'economia⁴⁰. C'era il tema della *Mitbestimmung* nel governo dell'impresa, dell'introduzione dei *Betriebsräte*, del rafforzamento dei diritti sociali, ma più in generale il dibattito sulla democrazia economica puntava a forme di "socializzazione" intermedie rispetto all'instaurazione di un vero e proprio assetto socialista, che realizzassero modelli alternativi alla democrazia parlamentare di stampo

³⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 136-137.

³⁹ H. Dedek, *Private law rights as democratic participation: Kelsen on private law and (economic) democracy*, in 71 *U. Toronto L.J.* 376 (2021).

⁴⁰ H. Dedek, *Private law rights as democratic participation: Kelsen on private law and (economic) democracy*, cit., pp. 380, 398 ss.

borghese. In questo contesto, prospettare il diritto privato capitalista come una forma “partecipativa” di diritto significava proporre un’argomentazione contro-corrente rispetto al discorso prevalente, soprattutto nel campo socialdemocratico. In fondo, per i contemporanei, l’economia capitalistica – con le sue istituzioni giuridiche di garanzia – era vista come l’esatto opposto di un assetto democratico. Essa era percepita come un sistema che permetteva ai pochi detentori di potere economico di assoggettare i più, astretti dal bisogno di lavorare per sopravvivere. Se l’economia capitalistica realizzava un modello politico, questo era quello dell’autocrazia e non della democrazia. Nel rovesciare i termini del discorso, Kelsen si avvicinava, paradossalmente, più a Mises che a Polanyi (per ricordare due autori che si erano trovati agli antipodi nel celebre dibattito degli anni Venti sulla contabilità socialista)⁴¹. Mises, ancor prima di Hayek, aveva raffigurato l’economia capitalistica di mercato come una democrazia nella quale i consumatori votano ogni giorno.

Ma la posizione di Kelsen era molto più sofisticata e andava letta nel quadro delle sue opzioni teoriche di fondo, e in particolare nel carattere anti-ideologico – e dichiaratamente “realistico” – della dottrina pura del diritto. Come egli affermava che la dottrina pura «si occupa del diritto reale e possibile e non già del diritto giusto»⁴², così la sua primigenia idea di democrazia – come emerge dal famoso dibattito con Max Adler⁴³ – era imperniata sul carattere della neutralità assiologica, guardandosi ad essa come un dispositivo organizzativo di natura puramente formale e procedurale e non come lo strumento di instaurazione di un ordine socialmente “giusto”⁴⁴. Lo stesso paragrafo della *Reine Rechtslehre* circa

⁴¹ K. Polanyi, *La contabilità socialista*, in Id., *La libertà in una società complessa*, a cura di A. Salsano, Torino, Bollati Boringhieri, 1987, p. 19.

⁴² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 59.

⁴³ Ne riferisce ora H. Dedek, *Private law rights as democratic participation: Kelsen on private law and (economic) democracy*, cit., p. 406; v. anche, per un confronto con il pensiero di G. Lukács, A. Carrino, *Sostanza e funzione nella filosofia del diritto: sulla critica di Georg Lukács al formalismo giuridico di Hans Kelsen*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2023, pp. 47 ss.

⁴⁴ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, ora in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna, il Mulino, 1966 (1929), p. 105; per una disamina del contesto

l'antitesi tra diritto pubblico e diritto privato ce lo ricorda espressamente. Dopo aver contrapposto l'economia capitalistica fondata su un ordinamento giuridico di stampo democratico-partecipativo all'assetto socialistico modellato su una forma giuridica a carattere eteronomo-autocratico, Kelsen si preoccupa di osservare che «[r]imane qui fuori questione se questa sia una forma di regolamentazione più soddisfacente e più giusta. La dottrina pura del diritto non può né vuole decidere questo punto»⁴⁵. Che poi la riflessione sulla democrazia abbia avuto ulteriori sviluppi e cambi di passo nei saggi successivi, e in particolare negli scritti degli anni Cinquanta, è questione che qui non interessa approfondire⁴⁶.

4. ATTUALITÀ E INATTUALITÀ DEL DISCORSO DI KELSEN

Si è già osservato come la critica alla partizione tra diritto pubblico e diritto privato, e in particolare la sottolineatura dell'elemento intrinsecamente politico del diritto privato, avesse un carattere straordinariamente lungimirante rispetto alle sistemazioni tradizionali. Questa linea sarà percorsa dal pensiero critico durante tutto il Novecento, sia che si tratti degli studi sui diritti di proprietà⁴⁷, delle riflessioni sulla responsabilità civile (sovente definita "diritto pubblico mascherato")⁴⁸ o le rivisitazioni anche in una prospettiva di genere del diritto di famiglia⁴⁹. Più in generale, l'attitudine anti-ideologica dell'impianto analitico kelseniano si è rivelata paradossalmente vicina

nel quale si iscrive questa parte della riflessione di Kelsen, S. Lagi, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione*, cit., pp. 374 ss.

⁴⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 137.

⁴⁶ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit.

⁴⁷ S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino, 1990.

⁴⁸ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

⁴⁹ M.R. Marella – G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

alla rilettura in chiave gius-realistica dei fenomeni del *legal process*⁵⁰, evidenziando l'attitudine puramente formale dell'ascrizione di diritti e obblighi operata dall'ordinamento giuridico, attraverso tecniche passibili di ospitare i più diversi contenuti economico-sociali.

Quando però si separi il discorso kelseniano dalle sue premesse apicali circa l'ordinamento giuridico come costruzione a gradi e si scenda a indagare il reale significato del postulato democratico-partecipativo nel diritto privato contemporaneo, gli elementi di inattualità della pagina kelseniana emergono allo sguardo del lettore con una nitidezza non minore rispetto a quella che circonda i suoi elementi di attualità. Il rigore della costruzione teorica e la raffinatezza dell'accezione formale di democrazia non riescono più a interpretare una realtà di diritto positivo profondamente mutata, in cui la genesi bilaterale delle norme creative di doveri nei rapporti tra privati (tratto distintivo della teorica negoziale ai tempi di Kelsen) è stata affiancata da fenomeni sempre più importanti di produzione unilaterale del diritto o espressamente consentita dalle norme primarie (si pensi al tema dello *ius variandi*) o di fatto imposta dalle condizioni concrete della contrattazione di massa, e oggi ancor più dalla realtà del capitalismo digitale. Ne è un riflesso la centralità che ha acquisito, nella stessa dogmatica privatistica, la tematica del potere, e in particolare la teorica dei "poteri privati"⁵¹.

Estranea alla sistematica tradizionale del diritto civile⁵², ricalcata appunto sul modello weberiano che circoscriveva il tema del potere ai rapporti pubblicistici (e dunque all'esercizio del potere statale)⁵³, la formula dei poteri privati si è imposta all'attenzione della scienza

⁵⁰ Così, persuasivamente, H. Dedek, *Private law rights as democratic participation: Kelsen on private law and (economic) democracy*, cit., p. 379.

⁵¹ Su questo, e per quanto segue, sia consentito il rinvio a G. Resta, voce *Poteri privati e regolazione*, in *Enciclopedia del diritto. I Tematici, Potere e costituzione*, a cura di M. Cartabia – M. Ruotolo, Milano, il Mulino, 2023, p. 1008.

⁵² Lo ricordano S. Grundmann – H. Micklitz – M. Renner, *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 251.

⁵³ Si veda M. Renner, *Machtbegriffe zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie*, in F. Möslin (cur.), *Private Macht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 505 ss.

giuridica a partire dal 1970 per descrivere (e contrastare sul piano remediale) le situazioni di supremazia di privati su privati e atte a concretare, dal lato passivo, la «soggezione ad altrui poteri decisionali di vario contenuto, che si estrinsecano anche in specifici atti dispositivi»⁵⁴.

Un ulteriore, notevole, scivolamento concettuale si è avuto quando il suddetto discorso si è esteso al di là delle c.d. autorità di diritto per comprendere le c.d. autorità di fatto⁵⁵. Questo passaggio non è casuale, perché nello spostare l'accento dalle condizioni di dominanza fondate su particolari prerogative giuridiche espressamente conferite dall'ordinamento a quelle discendenti da mere «posizioni di forza economico-sociale»⁵⁶, la cultura civilistica ha rivelato la propria insoddisfazione verso un approccio puramente formale al tema della produzione delle norme all'interno dei rapporti di diritto privato. Riscoprendo l'importanza di un discorso già svolto in epoca non sospetta da Karl Böhm, il quale, osservando con preoccupazione il crescente rilievo dei monopoli, denunciava la *Scheinlegalisierung* riconosciuta all'atto negoziale formalmente frutto di libera decisione, ma sostanzialmente condizionato dall'asimmetria di potere economico⁵⁷, gli autori più sensibili hanno sottolineato la necessità di arricchire il quadro dei rimedi preordinati non soltanto ad evitare che un soggetto possa *giuridicamente* imporre ad altri le proprie decisioni (concezione causale-relazionale del potere), ma anche a ristabilire condizioni di maggiore parità e razionalità dei rapporti di scambio⁵⁸. Se da un lato la prassi moltiplica le situazioni di asimmetria e di disparità, anche e soprattutto nei settori nei quali si determinano le odierne condizioni di esercizio dei diritti politici (si pensi alle piattaforme digitali come nuove

⁵⁴ C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, p. 4.

⁵⁵ G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012, p. 178.

⁵⁶ C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 55.

⁵⁷ F. Böhm, *Das Problem der privaten Macht*, in *Die Justiz*, 1927-1928, vol 3, 324, ora in F. Böhm, *Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1960, 25, in part. p. 39.

⁵⁸ Si vedano in proposito gli importanti studi raccolti nell'opera curata da F. Möslein (a cura di), *Private Macht*, cit.

agorà pubbliche)⁵⁹, la scienza giuridica sollecita risposte che vanno nel senso della “materializzazione” dei rapporti privatistici (*Materialisierung des Privatrechts* è formula particolarmente in voga presso la dottrina tedesca)⁶⁰. Il paradigma formale della libera negoziazione tra soggetti pariordinati, consustanziale al paradigma del mercato concorrenziale presupposto dai codici civili ottocenteschi, cede ormai il passo a una visione più realistica delle condizioni della contrattazione, la quale implica forme di razionalità non soltanto formale ma anche materiale. D'altronde, l'intero diritto regolatorio di matrice europea altro non è se non un capillare esercizio di costruzione eteronoma di un modello che contribuisca il più possibile a realizzare condizioni di concorrenza perfetta, la quale non è più assunta come predata, bensì come obiettivo da realizzare⁶¹.

In questo contesto, non residua molto spazio per una teoria giuridica che riduca il diritto privato a forma democratico-partecipativa di un ordinamento economico capitalistico. Essa rischia di risultare incongrua per eccesso e per difetto. Per eccesso, perché i rapporti economici in un contesto di contrattazione di massa a carattere globale, in particolare alla luce delle attuali dinamiche del capitalismo informazionale, disvelano caratteristiche spiccatamente autocratiche, che segnano un netto divario rispetto al modello libero-concorrenziale presupposto dal diritto privato ottocentesco (al quale poteva ancora attagliarsi il paradigma formale di democrazia come partecipazione al processo di

⁵⁹ V. ad es. G.M. Riccio, *La giurisprudenza su Facebook / Casa Pound e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il social network*, in P. Stanzione (a cura di), *I 'poteri privati' delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, Giappichelli, 2022, 339 ss.; P. Betzu, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 739.

⁶⁰ M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; G. Wagner, *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?*, in U. Blaurock – G. Hager (a cura di), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 13 - 84.

⁶¹ A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. Maugeri – A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 9.

formazione della norma individuale)⁶². Ma è anche inidonea per difetto, perché l'evoluzione del diritto privato contemporaneo è tutta segnata dal tentativo di rispondere alle nuove condizioni dell'economia contemporanea attraverso tecniche di intervento volte a realizzare – in maniera proattiva – condizioni effettive di esercizio dell'autonomia privata. Da una definizione in negativo della libertà e dell'autonomia contrattuale – che corrisponde a una concezione formale di democrazia all'interno dei rapporti di scambio – si passa, in altri termini, a un'accezione funzionale, la quale si sposa con un modello di regolazione che guarda «non alla forma giuridica, ma alla sostanza dei rapporti economici»⁶³. Nel far questo, però, il diritto privato dismette definitivamente le vesti confezionate dalla dogmatica ottocentesca e viene sempre più a ibridarsi con il diritto pubblico, atteso che la realizzazione dei presupposti del mercato concorrenziale, che rendono possibile sulla macro-scala l'esercizio della stessa libertà negoziale, rende indispensabile il ricorso a tecniche pubblicistiche, al fine di indirizzare l'atto di autonomia privata al perseguimento di obiettivi di interesse generale anche (ma non soltanto) declinati in un'ottica di mercato⁶⁴. Privato e pubblico divengono così dimensioni inestricabili, da un lato perché l'amministrazione nella sua attività si avvale in misura crescente di strumenti privatistici in luogo dei tradizionali strumenti autoritativi, dall'altro perché la disciplina privatistica dei rapporti risulta ormai fisiologicamente orientata al perseguimento di obiettivi pubblicistici, che trascendono gli interessi dei soggetti coinvolti nella singola operazione economica⁶⁵. La generale partizione tra diritto pubblico e privato ne esce dunque ulteriormente incrinata, perché l'evoluzione del diritto positivo è ormai tale da rendere le dicotomie tra stato e mercato, e tra pubblico e privato, sostanzialmente prive di valore

⁶² A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 179-183.

⁶³ A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., p. 190.

⁶⁴ C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 831, 847.

⁶⁵ Così F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno 'diritto dello sviluppo economico'*, in *Pol. dir.*, 2018, pp. 507, 511.

euristico e dotate al più di rilevanza storica. Anche su questo terreno si conferma, quindi, la straordinaria lungimiranza del pensiero di Hans Kelsen, che se per altri versi può essere ritenuto un autore non più in linea con lo spirito del tempo, continua comunque ad offrire chiavi di lettura dei fenomeni politici e giuridici di eccezionale rilevanza e profondità.