

FRA “DOTTRINA PURA DEL DIRITTO” E STORIA GIURIDICA. KELSEN E LA PRESUNTA “ANTITESI” DI DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO

Emanuele Stolfi*

Quest’articolo propone una lettura storico-giuridica del saggio di Kelsen su diritto pubblico e privato, in un duplice senso: come ricostruzione del significato che questa distinzione aveva nei primi decenni del XX secolo, e come analisi delle sue discusse origini, non solo nel contesto del diritto romano ma anche della cultura giuridica greca.

Parole chiave: Hans Kelsen; Diritto pubblico e Diritto privato; Dottrina pura del diritto; Diritti antichi e Tradizione giuridica occidentale; Teoria e Storia del diritto.

* Università degli Studi di Siena, stolfi@unisi.it.

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



BETWEEN “PURE THEORY OF LAW” AND LEGAL HISTORY. KELSEN AND THE
ALLEGED “ANTHITESIS” OF PUBLIC AND PRIVATE LAW

This paper proposes a historical-juridical reading of Kelsen’s essay on public and private law, in a double sense: as a reconstruction of the meaning that this distinction had in the first decades of the 20th century, and as an analysis of its disputed origins, not only in the context of Roman law but also in the Greek legal culture.

Keywords: Hans Kelsen; Public and Private Law; Pure Theory of Law; Ancient Laws and Western Legal Tradition; Theory and History of Law.

SOMMARIO: 1. Un lavoro d'altri tempi. – 2. Antico il binomio, recente la dicotomia. – 3. L'ombra della politica. – 4. Il diritto romano, al di là della sua “ricezione”. – 5. Ulteriori scenari: la mobilità dei confini e il carattere relativo delle categorie.

1. UN LAVORO D'ALTRI TEMPI

Un tema di assoluta centralità, una trattazione serrata nello spazio di appena diciotto pagine; una sola nota (iniziale) contenente indicazioni bibliografiche, peraltro estremamente scarse¹; una tesi di fondo in aperta controtendenza con quello che da circa un secolo era ormai quasi un *topos* della cultura giuridica², per quanto variamente impostato e riletto. Basterebbe questo a farci percepire, nel saggio di Kelsen qui riedito³, i segni di un modo di fare scienza del diritto assai lontano dall'odierno. Siamo di fronte non tanto a un “classico” – troppo discussi, e talora discutibili, certi snodi del discorso per poter ricorrere a

¹ In H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. di fil. del dir.*, 4, 1924, p. 340, nt. * erano infatti richiamati solo tre contributi: due propri e uno di Weyr del 1908 – non, ad esempio, un altro di sei anni posteriore e persino più calzante: *Zum Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht*, in *Oesterr. Zeitschrift für öffentl. Recht*, 1, 1914, p. 439 ss. Nel lavoro ricordato da Kelsen è stata comunque rinvenuta «l'ossatura del ragionamento» poi seguito da quest'ultimo: M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 38.

² Sebbene proprio col Novecento ne fosse ormai avviata una fase di declino: B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 139 ss.

³ È apparso, in lingua italiana, esattamente cent'anni fa: H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., pp. 340-357. Non conosciamo il nome del traduttore né il titolo originale. Ciò ha fatto supporre che si tratti di «uno studio che Kelsen concepì esclusivamente per il pubblico italiano, scritto per essere tradotto e così pubblicato»: M. MARCHETTI, *La fortuna italiana di Kelsen prima della seconda guerra mondiale*, in M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., p. 185. Decisiva sembra sia stata una richiesta di Giorgio Del Vecchio: si veda ora B. SORDI, *Editoriale*, in questa rivista, p. 103.

quest'abusata qualifica –, quanto a un tipico prodotto di una diversa temperie culturale⁴. Davvero, in definitiva, un lavoro d'altri tempi.

Lo studioso praghese, poco più che quarantenne, affrontava il rapporto fra diritto pubblico e privato – uno degli argomenti più complessi con cui un giurista possa misurarsi – col piglio di chi abbia alle spalle un'intera vita di ricerche: autorevolezza e capacità di sintesi, ferma indipendenza dagli orientamenti più diffusi e anzi rigorosa decostruzione di tesi persistenti, convinta fiducia in una dottrina che conducesse al «superamento dell'antitesi» (quella, appunto, fra diritto pubblico e privato), «che dilacera l'unità del sistema del diritto»⁵. Kelsen, allora, era certo un docente di rilievo, in Austria e non solo – dal 1911 insegnava a Vienna (da cui, nel 1930, sarebbe passato a Colonia) ed era stato fra l'altro incaricato di redigere il progetto della Costituzione austriaca⁶. Anche all'estero iniziava negli anni '20 a godere di notevole considerazione: testimoniata fra l'altro, in Italia, dalle traduzioni di altri lavori che seguirono, nell'arco di un decennio, quello di cui ci stiamo occupando⁷. Tuttavia le nervature profonde del nostro saggio

⁴ Con tutto quanto vi influisce: contesto sociale, tendenze accademiche, congiunture economiche, scelte politiche a livello di ricerca e formazione. Anche il modo di confezionare i nostri «prodotti scientifici» risente inevitabilmente di simili fattori: E. STOLFI, *Zwischen Gesamtdarstellungen und „Microhistoire“: Einige Bemerkungen über die heutige italienische Rechtsgeschichtsschreibung*, in *Zeitsch. für Neuere Rechtsgesch.*, 42.3-4, 2020, p. 243 ss., spec. 248 s.

⁵ Così H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 356. Di «unità del diritto positivo» già si parla a p. 352. Vi torneremo più avanti, al § 3.

⁶ Ampi ragguagli sulla propria attività (non solo) accademica negli anni viennesi sono in H. KELSEN, *Hans Kelsen in Selbstzeugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, trad. it. a cura di M.G. LOSANO: *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, spec. p. 101 ss. Su alcune importanti innovazioni suggerite da Kelsen nel suo impegno di legislatore costituzionale – come l'introduzione di una Corte suprema per il controllo di legittimità delle leggi –, N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 80 ss.

⁷ Cfr. H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 2, 1929, p. 182 ss.; ID., *Lineamenti di una teoria generale dello stato*, ivi, 2, 1929, p. 267 ss., p. 368 ss. e 3, 1930, pp. 208 ss., 325 ss.; ID., *Concetto del diritto naturale*, ivi, 3, 1930, p. 392 ss.; ID., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 4, 1931, p. 124 ss.; ID., *Lineamenti di una teoria generale dello stato e altri scritti*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933; ID., *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in *Archivio giuridico*, 110.2, 1933, p. 121 ss.

ricondono visibilmente, ancor più che ai lavori apparsi sino ad allora⁸, ad altrettanti nuclei forti della *Allgemeine Staatslehre* (del 1925)⁹ e soprattutto della *Reine Rechtslehre*, la cui prima edizione risale al 1934.

Occorre però considerare che – come scriveva l'autore nel congedare quest'ultima opera (in una *Prefazione* ormai redatta a Ginevra, ove si era trasferito pochi mesi dopo l'avvento di Hitler) – «sono trascorsi più di due decenni da quando ho incominciato a elaborare una dottrina pura del diritto, cioè una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico-naturalistico»: il tutto allo «scopo [...] di portare la giurisprudenza (che, palesemente od occultamente, si dissolveva quasi del tutto nel ragionamento politico-giuridico) all'altezza di una scienza autentica», con «l'oggettività e l'esattezza» che la contraddistinguono¹⁰. In questi quattro lustri di lavoro teorico si colloca, e in una posizione almeno cronologicamente mediana, anche il contributo su diritto pubblico e privato. Esso ci offre, pertanto, un'ampia veduta sul laboratorio kelseniano di quel periodo, per molti versi decisivo: un punto d'osservazione privilegiato – una *positio studii*, verrebbe da dire con un lessico che ritroveremo presto – per seguire la progressiva messa a punto di una delle dottrine più influenti sull'intera cultura giuridica del Novecento.

⁸ Da non trascurare, però, H. Kelsen, *Zur Lehre von öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentl. Rechtes*, 31, 1913, p. 53 ss., 190 ss. (poi menzionato in ID., *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340, nt.*), ove ricorre l'idea (p. 218) di una «inconciliabilità» della distinzione sistematica fra diritto pubblico e privato rispetto allo «Stato di diritto»: un aspetto centrale anche nel saggio del '24 (più avanti, § 3).

⁹ A due anni prima, peraltro, risale la seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911¹), che in effetti troviamo anch'essa ricordata in H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340 nt. *. Già qui è in larga misura realizzata quella sua caratteristica *reductio ad unum* di diritto pubblico e privato (oltre che oggettivo e soggettivo): M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., p. 37 ss.

¹⁰ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934 e 1960², trad. it. a cura di M.G. LOSANO: *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990, p. 3. Inevitabile leggere le ultime parole citate nel contesto di quel dibattito sulla «avalutatività della scienza» aperti da tempo in Germania, e soprattutto con le tesi di Weber: cfr., per tutti, M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., p. 155 ss. e N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., spec. p. 71 ss., 143 ss., 159 ss.

Diritto pubblico e privato, però, non è solo questo. Vedervi una sorta di lavoro preparatorio, o comunque tangente, al capolavoro del '34 rischia di impoverirne il rilievo – che è invece notevole in sé, ossia guardando a quella dicotomia assurda¹¹ a «spina dorsale dell'intera sistematica della teoria del diritto». Ma come intendere la distinzione, e su quale fondamento deve essere posta? A cosa propriamente pertiene? Al diritto in senso oggettivo o in senso soggettivo? E quale, di conseguenza, il possibile criterio adottato per operare la bipartizione? Queste le domande chiave che troviamo immediatamente affrontate, senza troppi giri di parole¹². E questi gl'interrogativi a proposito dei quali Kelsen manifestava una profonda insoddisfazione per le risposte allora correnti, la cui stessa eterogeneità¹³ sembrava svelare la fragile tenuta di un'impostazione (da lui considerata) tralatizia: uno schema stancamente ripetuto sulla base di presupposti disomogenei e senza effettive consapevolezze teoriche.

Certo è difficile sottrarsi alla sensazione che, nell'accingersi a sferrare il proprio attacco, Kelsen si costruisse un bersaglio ideale, evitando di entrare troppo nel merito delle varie tesi – talora ben più ricche di sfumature di quanto la sua rapida panoramica lasci emergere – o di dar conto della veste originale e problematica che il rapporto fra le due branche del diritto aveva assunto in alcuni giuristi. Pensiamo solo, nell'ambito italiano¹⁴, alla visuale (che potremmo dire) “panpubblicistica” adottata pochi anni prima da Santi Romano, allorché aveva raffigurato il diritto privato quale «una semplice specificazione»

¹¹ Come fin dalle prime battute rilevava lo stesso H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340.

¹² Si veda ancora H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 340.

¹³ Ne vengono ricordate dodici, pur senza indicarne gli autori né approfondirne i termini. I due filoni principali sono identificati nella «teoria dell'interesse» e in quella del «plusvalore»: H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 341 ss. Vi torneremo al § 3.

¹⁴ Ma anche volgendosi alla Germania basterebbe ricordare come fin dal 1889 contro «la visione antinomica dei due rami del diritto» (sono parole di B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 143) si fosse levata la voce di Otto von Gierke. Una testimonianza interessante anche nel suo illustrare, rispetto a quello che sarà l'orientamento di Kelsen, certa vicinanza nell'approdo pur nell'evidente difformità di molti presupposti teorici e ideologici.

di quello pubblico¹⁵: «una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione»¹⁶. O pensiamo a come il (romanista e poi) civilista Filippo Vassalli – fra i più attenti, con Francesco Ferrara, a cogliere l’impatto della legislazione di guerra sul «sistema» privatistico, ancora imperniato su categorie e logiche della Pandettistica¹⁷ – vedesse profondamente ridisegnati i «confini» della propria disciplina, con l’insinuarsi della dimensione pubblicistica in terreni tradizionalmente riservati alla regolamentazione privatistica¹⁸. Pur se dettato dalle contingenze della legislazione bellica, il fenomeno rivelava un dato tutt’altro che effimero: la continua osmosi fra i due settori, così che un istituto potrebbe essere

¹⁵ Peraltro da lui assunto in un’accezione peculiare e pressoché onnicomprensiva – tale da non esaurirsi nella normativa statuale, in conformità alla nota concezione di una pluralità di ordinamenti giuridici. Ciò non ha impedito di rinvenire in Santi Romano, e talora con toni fortemente critici, un ruolo egemonico ancora assegnato all’ordinamento dello Stato: N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 40 ss.; G. TARELLO, *La dottrina dell’ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, ivi, p. 253 ss.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, 34, Milano, Giuffrè, 1985, p. 23 ss., 51; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 289. Elementi di «monismo statocentrico» erano colti in Santi Romano, ma nel contesto di una lettura estremamente articolata, anche da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 127 ss. ove altra bibl., spec. 133.

¹⁶ Così S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico* (1918¹), rist. Firenze, Sansoni, 1962², p. 8 ss. (ove pure era decisamente respinta «la modernissima corrente dottrinarica che nega la distinzione fra il diritto pubblico e il diritto privato»). Questa rappresentazione risale già alla prolusione modenese del 1903: M. FIORAVANTI, *Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quad. fior.*, 10, 1981, p. 194. Ne saranno chiaramente influenzati anche alcuni civilisti, e in particolare il figlio di Santi Romano: cfr. E. STOLFI, *Il principio di equità*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 526 ss. ove bibl.

¹⁷ Sul punto, fra gli altri, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 130 ss.; C. LATINI, *The Great War and the Reorientation of Italian Private Law*, in *Compar. Leg. Hist.*, 2, 2014, p. 242 ss.; E. STOLFI, *Per un’analisi della storia (anche) giuridica. A proposito del “1914” di Giulio Cianferotti*, in *St. Sen.*, 129, 2017, p. 571 ss.; B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 154 ss.

¹⁸ Cfr. F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), ora in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 337 ss.

considerato di diritto tanto privato quanto pubblico¹⁹. Delimitazioni, dunque, tutt'altro che ontologiche, né definite dalla natura o date una volta per tutte. La stessa «grande dicotomia»²⁰ perdeva, in tal modo, forza e nitore: davvero, in quel momento, essa era «già scesa dal piedistallo»²¹.

2. ANTICO IL BINOMIO, RECENTE LA DICOTOMIA

Ma cosa o chi aveva posto su tale “piedistallo” la polarità fra diritto pubblico e privato – in modo tale da imporne a Kelsen una rimediazione critica così serrata? Certo la terminologia vantava precedenti illustri, che rimontavano sino all'antica Roma: con quel *ius publicum* che, in uno dei primi passi del Digesto²², viene contrapposto al *ius privatum*. Il rilievo concettuale della bipartizione ulpiana – cui lo stesso giurista praghese riconosceva qualche importanza, cogliendone un'eco nella prima delle teorie da lui contestate (quella dell'«interesse»)²³ – non sarebbe stato però sufficiente a reggere il peso di un'autentica architettura giuridica se non fossero intervenuti altri fenomeni, squisitamente moderni. Credo sia possibile ricondurli, in estrema sintesi, al crescente successo cui andarono incontro le due soggettività uscite – in una fisionomia pressoché inedita – dal laboratorio cinque-seicentesco²⁴: da un lato quella dell'individuo, ormai

¹⁹ Per cui, in definitiva, «la distinzione è puramente di diritto positivo» e «tutto dipende dalla valutazione che ne fa il legislatore in un dato momento»: F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit., p. 346.

²⁰ L'espressione è di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1984, p. 123 ss., 145 ss. Cfr. anche, fra i molti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 175 ss.

²¹ Così B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 157.

²² Si tratta infatti di un frammento di Ulpiano conservato in D. 1.1.1.2: vi torneremo al § 4.

²³ Cfr. H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 341 ss. e più avanti, § 3.

²⁴ Le stesse che, nel cuore del Seicento, consentirono (o imposero, a seconda dei punti di vista) la messa a punto di una compiuta teoria del «diritto soggettivo»: E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed*

astratto dalla rete di appartenenze (civiche, religiose, corporative) nella quale era iscritto dall’antropologia antica e medievale; dall’altro quella dello Stato, di cui l’esperienza precedente ci consegna appena qualche presagio²⁵.

Certo incontriamo scenari – come quello tedesco – in cui la stessa definizione del diritto pubblico non si realizzò a ridosso di un’emergente sovranità statale, bensì entro un panorama – che, al di là della sintesi imperiale, rimase a lungo segnato da un composito pluralismo istituzionale. Esempio appare piuttosto il caso francese²⁶, ove vediamo convergere costruzioni teoriche – sin dalla nuova semantica che Bodin

elaborazioni moderne, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 59 ss. ove bibl.

²⁵ Il sintagma ‘Stato moderno’ è stato giustamente considerato un’«inutile ridondanza» da P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione ‘archeologica’*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 55. Circa l’improprietà dell’impiego della nozione di ‘Stato’ fuori dalla modernità, R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1968, spec. p. 185 s.; G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto ‘Stato’*, ora in ID., *Le regolarità della politica*, II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 802 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, 63, Milano, Giuffrè, 1990, spec. p. 729 ss.; P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, spec. p. 41 ss. Dubbi sulla possibilità di attribuire a ‘Stato’, per come ancora impiegato fra XV e XVI secolo, un’accezione analoga a quella odierna, erano in F. CHABOD, *L’idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997⁹, p. 143 ss. Su certe soluzioni medievali che in qualche misura preannunziano la costruzione moderna, un classico è E.H. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, University Press, 1957. Andando ancora più indietro nel tempo, sino all’impero romano sotto la dinastia severiana – con l’assoluta centralità che allora assunsero le componenti burocratica, militare e fiscale –, coglie in Ulpiano «l’abbozzo incompiuto ma tuttavia presente, di qualcosa di simile a una vera e propria forma di Stato [...] una nuova e inedita (per l’Occidente antico) configurazione della politica e del governo» A. SCHIAVONE, *Institutionum libri II – Introduzione. I. Destino dei giuristi e forma dell’impero*, in J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE (a cura di), Cnaeus Domitius Ulpianus, *Institutiones. De censibus*, Roma, «L’Erma» di Bretschneider, 2021, p. 65. Vi torneremo al § 4.

²⁶ Sottolinea la difformità fra questi due «percorsi» B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 29 ss.

imprese alla nozione di «Stato»²⁷ – ed effettività della prassi di governo, peculiare di una monarchia assoluta. Proprio la sovranità statale – in una veste monolitica e pressoché paradigmatica – ci appare in quel contesto «condizione e risultato» del costituirsi di una dimensione pubblica, con lo Stato stesso che si avviava a rappresentare «l’alfa e l’omega dell’ordine politico»²⁸. Da qui non solo un’attenzione autonoma e specifica riservata, come nell’opera postuma di Domat, al «droit public» – contrapposto, seppure ancora in una simmetria debole e imperfetta, alle «lois civiles» – ma anche un modo talora singolare, nel medesimo giurista, di tracciarne i confini. Basti pensare al diritto commerciale: poiché disciplinato dalle «ordonnances» reali assai più che dalle soluzioni desumibili dal *Corpus iuris* (repertorio delle regole dettate dalla ragione umana: ossia, appunto, delle «lois civiles»), esso era valutato da Domat come «arbitrario» e quindi ricondotto al diritto pubblico²⁹.

Non meno incisive, sull’altro versante, le innovazioni che la modernità introdusse nel modo di pensare l’individuo e le sue interazioni nella sfera privata, soprattutto patrimoniale: a livello, dunque, di soggettività giuridica, ordine del mercato, autonomia negoziale, forme di acquisto, circolazione e tutela della proprietà. Di nuovo, se antica – romana, essenzialmente³⁰ – era la “scoperta” di una disciplina della convivenza umana altra e distinta dalla sintassi politica, originali erano i tratti impressi su di essa dall’antropocentrismo cinque-seicentesco, dall’eguaglianza formale predicata dal giusnaturalismo, da una riedificazione del giuridico compiuta tutta a ridosso del piano

²⁷ Proprio laddove, con *Les six livres de la République*, egli cercava «di dare per la prima volta una descrizione dell’organizzazione giuridica dello Stato e dei suoi poteri»: D. QUAGLIONI, *Marginalia. I giuristi romani dell’apparato della République di Bodin (1576-1586)*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 31 ove bibl.

²⁸ Le espressioni citate sono, rispettivamente, di C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 17 e B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 38.

²⁹ Vi si è soffermato F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 76, 90 ss.

³⁰ Per i Greci tutto ciò che oltrepassava l’ambito familiare ineriva quasi inamovibilmente al *politikón*, quale sfera del comune (*koinón*) per eccellenza: più avanti, § 5.

sostanziale (anziché dei rimedi processuali) e dunque del fascio di poteri riconosciuti al singolo. Questa «forte proiezione dominativa del soggetto di diritto»³¹, destinata a tradursi, da Napoleone in poi, nella lettera dei codici civili – autentiche carte costituzionali delle società borghesi –, sorregge appunto l’“apogeo” ottocentesco della dicotomia fra diritto pubblico e privato, allorché essi si definirono nei termini più nitidi e compiuti, espressi da demarcazioni perentorie, quasi tracciate una volta per tutte³².

Il secolo della storia, come è appunto usualmente considerato il XIX, paradossalmente (ma neppure troppo) finiva col sottrarre ai condizionamenti e alle relatività del divenire molte delle categorie giuridiche che esso stesso aveva concorso a coniare, o almeno a ridefinire nella forma più avanzata. Elevava a necessità logiche figure e regole del giuridico sulle quali, in realtà, impattavano notevolmente contesti materiali e pressioni ideologiche. Una sfera del “privato” che per sua natura fosse altra dal “pubblico”, e quest’ultimo tutto risolto nello statuale, esprimevano esattamente tale spirito del tempo. L’antico binomio assurgeva ad autentica *summa divisio*, attorno alla quale si disponeva l’intero diritto.

Una simile rappresentazione, tuttavia, appena giunta alla propria acme subito doveva fare i conti con la stessa realtà storica, in cui incubavano e poi deflagrarono fenomeni tali da scompaginare ogni univoca linea di confine, complicare i rapporti e in definitiva avviare «la parabola discendente»³³ della nostra distinzione. Già la messa a punto, soprattutto nella Germania (e poi anche nell’Italia) del tardo Ottocento, di un apparato concettuale e terminologico del diritto pubblico dalle forti ascendenze pandettistiche³⁴ rivelava un’osmosi teorica tale da

³¹ Così B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 7.

³² Cfr. ancora B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., spec. p. 97 ss., che coglie nel secondo Ottocento «il momento della massima purezza della dicotomia [...] della massima compattezza delle due sfere» (p. 132).

³³ Riprendo di nuovo la terminologia di B. SORDI, *Diritto pubblico*, cit., p. 139 ss.

³⁴ Esattamente quanto lamentava S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 8, segnalando le «conseguenze dannose prodotte dal fatto che molti concetti generali, e comuni così al diritto pubblico come al privato, sono stati considerati unilateralmente dalla scienza di quest’ultimo, mentre la scienza del primo o non

smentire l'inderogabile separazione tra le due sfere. Ma furono soprattutto la "questione sociale" di fine secolo e poi l'immane sconvolgimento della prima guerra mondiale³⁵ a minare, sul fronte opposto, il dogma dell'impermeabilità del diritto privato alle decisioni della politica, e dunque il suo essere sostanzialmente irriducibile all'ordinamento statale. Suoi ampi settori – a partire dal diritto del lavoro e da quello processuale – sarebbero progressivamente emersi come esemplari territori di confine, ancor prima che l'esperienza dei totalitarismi rimescolasse ulteriormente le carte, nel modo più tragico.

3. L'OMBRA DELLA POLITICA

Questo, in estrema sintesi, lo sfondo su cui si colloca l'intervento di Kelsen. E questi i fattori che iniziano a farci comprendere perché la sua

esisteva o era in inferiore stadio di sviluppo». Sul fenomeno richiamato nel testo cfr. almeno W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, trad. it. a cura di P. LUCCHINI: *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, spec. pp. 5 ss., 97 ss., 143 ss.; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 679 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2004³, p. 352 ss. Più in generale, ritiene che il fulcro dei mutamenti giuridici ottocenteschi sia riassumibile nello slogan «giuridificare la politica» M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2022, p. 11, convinto che a sua volta sia possibile comprendere il diritto privato moderno solo «in virtù del suo rapporto con il diritto pubblico» (perspicui rilievi, a quest'ultimo riguardo, anche in G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 5 ss., spec. 10).

³⁵ Cfr. sopra, § 1 e ntt. 17 s. In Germania vi seguì una crisi economica così forte da incidere profondamente su vari fenomeni giuridici, come il crescente successo delle «clausole generali» – anch'esse sorte sul terreno privatistico ma destinate a irradiarsi nel diritto pubblico. Vi avrebbe insistito, pochi anni dopo il saggio di Kelsen, J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr, 1933, trad. it. a cura di L. NIVARRA: *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, Pisa, Pacini Giuridica, 2022, spec. p. 90 ss., 105 ss. Ulteriori ragguagli in E. STOLFI, *A proposito di clausole generali e 'guerra' tra Corti. Appunti da due incontri senesi*, estr. da *Teoria e Storia del Dir. Priv.*, 16, 2023, p. 7 ss.

critica assumesse toni così perentori. Peraltro, più che da considerazioni storiche, essa muoveva essenzialmente – né sarebbe potuto essere altrimenti – da ragioni teoriche. Alla fondamentale funzione classificatoria assolta dalla distinzione in esame si contrapponeva, nel saggio del '24, l'eterogeneità (già segnalata) dei criteri posti alla sua base e anche la fragilità rintracciata nei due più diffusi. Quella denominata da Kelsen «teoria dell'interesse» avrebbe trovato qualche appiglio, a suo parere, già nel binomio ulpiano di *ius publicum* e *privatum* – l'uno attinente all'assetto (*status*) della *res Romana*, l'altro alla *utilitas singulorum*. Tale dottrina veniva però liquidata in poche battute, poiché sostanzialmente impernata su un «punto di vista metagiuridico»: stimato perciò inutilizzabile per una seria teoria del diritto³⁶. Quest'affermazione ci riporta subito alla mente uno dei cardini (soprattutto) della *reine Rechtslehre*³⁷. Qui essa veniva peraltro

³⁶ Così H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 341.

³⁷ Fin dal suo memorabile *incipit*: «la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 9. Pressoché negli stessi termini ID., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., trad. it. a cura di A. CARRINO: *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 11. Il punto chiave è naturalmente, qui come altrove, cosa s'intenda per «diritto positivo». Un sintagma che si presta a declinazioni assai differenti, per cui sarebbe senz'altro opportuno, da parte di chi se ne serve, chiarirne subito l'accezione: cfr. E. STOLFI, *Fra teoria e storia del diritto privato*. (A proposito di Vito Velluzzi, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*, Roma, Carocci, 2023), in corso di pubblicazione in *Quad. fior.*, § 1 ove bibl. Su certo «carattere ideologico» dell'elaborazione kelseniana, nonostante l'asserita «purezza» di quanto ne costituisce l'oggetto, una critica serrata è in F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 92 ss., spec. 122 ss., che imputa al Nostro di aver smarrito la dimensione artificiale e dinamica del *ius* già valorizzata dai giuristi romani, per sovrapporre (come in merito alla celebre «Grundnorm») quanto esiste nella realtà e quanto semplicemente possa essere pensato. Fuorviante era, agli occhi di B. ALBANESE, *Verba tene, res sequuntur*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, Palumbo, 1991, p. 600, già l'insistenza sulla «purezza» del diritto, rispetto al quale, in realtà, «non vi è nulla di meno 'puro'» (di una sua feconda «impurità» ha in effetti parlato R. ORESTANO, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 558 ss.). Peraltro, sia i risvolti «ideologici» dell'impostazione kelseniana, sia l'integrazione che vi si realizza fra componente «nomostatica» e «nomodinamica», sia infine la convinzione antigiusnaturalistica che vede nel diritto qualcosa di esclusivamente «posto» dall'uomo, meriterebbero un lungo discorso, qui

rafforzata illustrando il carattere ibrido che, in realtà, connoterebbe anche tali interessi: pure ove essi siano strettamente individuali, risulterebbe comunque collettivo l'interesse alla loro protezione. Pensiamo al soddisfacimento della pretesa del creditore, con la relativa tutela processuale: un'aspettativa del singolo, ma un'esigenza (di certezza ed effettività) comune a tutti i consociati.

Posta in luce l'inadeguatezza dell'antitesi fra individuale e collettivo a sostenere la dicotomia di diritto privato e pubblico, Kelsen dedicava maggiore spazio alla teoria da lui detta «del plusvalore»³⁸. Alla sua base sarebbe una difformità tra i soggetti coinvolti: ossia la convinzione che il diritto privato regoli rapporti fra «soggetti di diritto *eguali*», quello pubblico «fra un soggetto di diritto *souvaordinato* e un soggetto di diritto *subordinato*» – la classica sperequazione sussistente «fra Stato e suddito»³⁹. Da qui il nome della dottrina in esame, che sarebbe appunto una «teoria del plusvalore di certe volontà». Visione ritenuta fallace, sotto molteplici profili. Innanzi tutto perché rivelerebbe la convinzione che l'ordinamento giuridico trovi i «soggetti e i loro rapporti come già esistenti», facendoli poi divenire soggetti e rapporti «di *diritto*» nel momento in cui li sottopone alla propria regolamentazione – laddove invece essi sono tali solo «*entro* l'ordinamento giuridico», non certo prima o fuori di esso⁴⁰.

improponibile. Si vedano almeno M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., p. 28 ss.; N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., spec. pp. 37 ss., 48 ss. (ove si parla di «metagiurisprudenza ideologizzata»), 91 ss.; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999, spec. pp. 238 ss., 291 ss.

³⁸ Cfr. H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 342 ss., ma poi anche ID., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 312 ss.

³⁹ Si veda H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 343 nonché più tardi, ad esempio, ID., *General theory of law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. a cura di S. COTTA e G. TREVES: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas Kompass, 1966⁵, p. 207 ss.

⁴⁰ Per cui, propriamente, il rapporto giuridico non si pone fra persone ma fra «Tatbeständen», ossia fra situazioni già formalizzate dal diritto: H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 344. Da qui, in successivi contributi, anche la peculiare accezione in cui il Nostro parlava di «persona», superandone l'usuale distinzione tra «fisica» e «giuridica»: cfr. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 149 ove bibl. e A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*.

Ancor più rilevante, nell’economia della critica kelseniana, l’omologia riscontrata a proposito dell’osservanza dei doveri di diritto sia privato che pubblico, dal momento che in entrambi i casi avremmo «un concretarsi della norma generale astratta in norme individuali» (p. 346). Non è difficile riconoscervi quella peculiare visione della norma – di cui l’universalità non costituisce affatto un tratto necessario – che troverà un più articolato sviluppo in luoghi nevralgici dell’opera kelseniana⁴¹. Qualcosa di analogo può dirsi a proposito delle osservazioni che seguono, strettamente connesse a questa e tese a far emergere i risvolti «politici» – quindi di nuovo, per l’autore praghese, metagiuridici – della nostra «antitesi» (p. 349). L’attacco al «dogma giusnaturalistico» e agli altri «postulati» sottesi all’idea di «una maggiore *credibilità*» degli atti giuridici posti in essere da organi pubblici porta, in effetti, ad affermare l’«insostenibilità logica» della «presunzione di legittimità» di tali atti, specialmente se di natura amministrativa – per cui il «motivo dominante» solitamente addotto sarebbe costituito, anziché dalla norma, dal bene pubblico o ragion di Stato⁴².

Proprio qui c’imbattiamo in quello che è forse, sul piano speculativo e ideologico, lo snodo saliente dell’intera argomentazione: se preferiamo,

Una nuova visione sul filo della storia, Torino, Einaudi, 2019, pp. 56, 319. Approfondisce i concetti di «persona» e «diritto soggettivo» nell’opera del giurista praghese, in particolare, M. PROSPERO, *Hans Kelsen. Normativismo e diritto privato*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 76 ss. ove altra bibl., spec. 84 ss. Si veda altresì S. COLLOCA, *La rivoluzione copernicana di Kelsen e il diritto privato*, estr. da *Teoria e Storia del Dir. Priv.*, 13, 2020, p. 10 ss.

⁴¹ Una felice sintesi in N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 137: «per ‘norma giuridica’ Kelsen intende non solo le norme generali ma anche le norme individuali, come le sentenze dei giudici; non solo le norme di diritto pubblico, come le leggi o i provvedimenti amministrativi, ma anche le norme di diritto privato, come i contratti». Proprio in questa sua visione, per cui «il diritto è sempre e solo norma in tutta la sua estensione gradualistica», «Kelsen porta a compimento e – contemporaneamente – stravolge la tradizione della scienza e della dottrina giuridica»: F.M. DE SANCTIS, *Ordinare la vita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 228 ss. Ho ricordato ulteriori impostazioni entro le quali la generalità non costituisce un carattere imprescindibile della «norma» in E. STOLFI, *I casi e la regola. Una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli, Jovene, 2014, p. 55 ss. nt. 146.

⁴² Su tutto ciò, H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 350 ss.

il principale spettro da esorcizzare. Kelsen mirava a contrastare soprattutto quelle dottrine secondo le quali l'atto amministrativo deriverebbe la propria efficacia da se stesso e non – come invece accade in merito a una sentenza o a un negozio giuridico – da una legge sovraordinata. Nel respingere questa concezione, egli la considerava emblematica della «tendenza a spezzare, per mezzo di una 'teoria' del diritto pubblico, l'unità del diritto positivo» (p. 352). Ma soprattutto una simile impostazione, stimata «del tutto inammissibile» (p. 353), costituirebbe «la porta segreta per la quale trovano accesso [...] opinioni ed aspirazioni politiche in contrasto col diritto positivo» (p. 354). Questi dunque i termini di una tensione che si avviava a monopolizzare, in termini spesso drammatici, i dibattiti degli anni successivi e anche certi aspri confronti in cui il Nostro fu coinvolto⁴³: da una parte il diritto – positivo, in sé unitario, «puro» –, dall'altra le pressioni della politica, con una volontà di potenza che quasi si autolegittimava⁴⁴.

⁴³ Penso soprattutto all'antitesi pressoché perfetta che si delinea rispetto a Schmitt: cfr. nt. seguente. Basti qui il rinvio a O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controversie sur "Le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2007. Cfr. anche, di recente, B. SORDI, *Kelsen giurista e teorico del diritto: una controversia attuale*, in *Isonomia. Rev. de Teoría y Fil. del Derecho*, 59, 2023, p. 141 ss. Vede in quella kelseniana «una dottrina che vuole separare a tutti i costi il diritto dalla politica» M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., p. 44.

⁴⁴ Così, pressoché *verbatim*, nell'allucinato (e allucinante) encomio del Male proferito, nel fatidico 1933, da Schmitt in *Staat, Bewegung, Volk*, ora (nella trad. it. a cura di D. CANTIMORI) in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, Neri Pozza, 2005, p. 255 ss., spec. 260: «la forza non ha bisogno di legittimarsi con la debolezza». Emblematica, nello stesso saggio (p. 270 ss.), l'assunzione di Kelsen a paradigma di quella «maniera di pensare liberale-costituzionale», normativista e «funzionalistica», «che nega ogni sostanza del diritto» – proprio laddove, ancorandosi a una nozione di Stato che Schmitt stimava ormai superata, «ogni diritto diventa [...] in un senso particolare 'diritto statale', e viceversa ogni attività statale 'diritto'». Toni non difforni ricorrono l'anno successivo, allorché viene criticata la «pretesa di dominio di un astratto normativismo» propria della Scuola viennese, a cui sarebbe ormai subentrato «un nuovo modo di pensare giuridico»: C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1934², trad. it. a cura di G. STELLA: *I tre tipi di scienza giuridica*, trad. it. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 12, 63. Le concezioni kelseniane rimarrebbero legate, in definitiva, a quella «vuota legislatività» (*leere Gesetzlichkeit*) di cui, secondo Schmitt, Hitler avrebbe

Ed ecco anche le premesse logiche che consentono un nuovo approccio all’«antitesi», presunta⁴⁵ ma lacerante, fra diritto pubblico e privato: all’insegna dapprima di una sua nuova impostazione, poi di un suo aperto «superamento». Riformulazione, in quanto tale «antitesi», da «transistemica» – ossia «di diritto e non diritto, o di diritto in senso proprio e semidiritto» – dovrebbe farsi «intrasistemica», alla stregua di una mera «distinzione di fatti giuridici» (p. 356). Ma anche vero e proprio «superamento», quale sarebbe garantito dal ricorso al «concetto di Stato di diritto» (p. 356) – dichiaratamente assunto «in senso formale» anziché «tecnico». Ogni Stato, a prescindere appunto dal regime democratico o autocratico, deve infatti consistere, secondo il Nostro, in «un ordinamento giuridico, che gradualmente, dalla norma fondamentale presupposta ipoteticamente, attraverso norme generali, si concreta in atti giuridici individuali» (p. 357).

Vi affiorano, inconfondibili, alcuni temi di fondo del pensiero kelseniano attorno all’attività nomopoietica – che promana dalla nota «Grundnorm»⁴⁶ –, alla dottrina del diritto e dello Stato. Non meno caratteristico della sua impostazione è il ruolo che, ai fini del «superamento» dell’«antitesi» di cui stiamo parlando, riveste qui l’«identità dell’ordinamento dello Stato con l’ordinamento giuridico» (p.

provvidamente mostrato l’opposizione con «un diritto pieno di sostanza, non separato dalla moralità e dalla giustizia»: C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Jul 1933*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39, 1934, p. 946. Si è soffermato su quest’ultimo contributo, non a torto giudicato «vergognoso», M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 20.1, 2020, p. 70. Cfr., più in generale, O. JOUANJAN, *Justifier l’injustifiable. L’ordre du discours juridique nazi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017, spec. p. 220 ss. Ulteriori prese di distanze dalle teorie kelseniane in C. SCHMITT, *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 44 ss.

⁴⁵ Tale appariva al giurista praghese il «dualismo tra diritto e Stato», autentico cardine della dicotomia: H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 356. Cfr. poi ID., *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 313 ss., ove è attribuito un «carattere ideologico» (o «funzione ideologica») tanto al «dualismo fra diritto pubblico e diritto privato» quanto a quello fra Stato e diritto.

⁴⁶ Poiché essa rappresenta, per il Nostro, «la comune radice» del diritto pubblico e privato, questi ultimi sono da lui concepiti come «corradicali», ossia «parti del *continuum* della concatenazione produttiva del diritto»: S. COLLOCA, *La rivoluzione copernicana*, cit., p. 15.

356). Immedesimazione che, in questo contesto, è funzionale non tanto a negare il riconoscimento di giuridicità a ciò che esuli dalle prescrizioni degli appositi organi istituzionali⁴⁷, quanto a escludere un carattere «pregiuridico» o «extragiuridico» all'ordinamento statale⁴⁸. O lo Stato è «Stato di diritto», sia pure nel senso «formale» appena richiamato (eco lontana ma neppure troppo del bractoniano *lex facit regem*)⁴⁹, o neanche assurge a entità operante sulla scena del *ius*.

Peraltro, se questo vale a decostruire la fiducia posta nello scarto qualitativo fra la sua volontà e quella degli altri soggetti – il nocciolo, come verificato, della «teoria del plusvalore» –, non è probabilmente sufficiente a dissolvere i dubbi che immancabilmente ingenera il rapporto fra diritto e Stato, a livello di priorità cronologica e nessi eziologici. Tornano alla mente – benché qui la prospettiva sia quella della «identità» e non dell'integrazione – quelle pagine di Orlando in cui, una ventina d'anni prima, «il discorso si fa visibilmente antinomico», col sostenere che «lo Stato deriva la sua genesi logica dal diritto di cui è l'espressione più alta, il diritto non potrebbe esistere

⁴⁷ Proprio per il suo non riconoscere «altro diritto all'infuori di quello positivo» quella kelseniana può essere vista come una «teoria positivista del diritto»: N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 133. Precisazione non banale, attesa la pluralità di anime e voci del «positivismo giuridico»: un'efficace sintesi in V. VELLUZZI, *Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico*, in A. SCHIAVELLO e V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 3 ss.

⁴⁸ Si tratta di uno snodo centrale della visione che Kelsen nutriva del diritto, del potere e dello Stato, destinata a tornare costantemente nella sua opera, a partire soprattutto dalla *Allgemeine Staatslehre*, che sappiamo apparsa un anno dopo il nostro saggio. Utili orientamenti in M.G. LOSANO, *Forma e realtà*, cit., spec. p. 28 ss. (secondo il quale sarebbe stato ancora sfocato l'orientamento nella prima edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, legati a un visione solo «nomostatica», mentre più tardi sarebbe riuscita decisiva l'idea, desunta da Hermann Cohen, secondo la quale «l'oggetto è determinato dalla direzione della conoscenza», per cui «considerare lo Stato dal punto di vista giuridico vuol dire concepire lo Stato come diritto»); N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., spec. pp. 103 s., 141 ss.; B. CELANO, *La teoria del diritto*, cit., spec. p. 53 ss.

⁴⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 144 ss., spec. 149 ss. Egli contrappone tale massima all'hobbesiano *auctoritas non veritas facit legem*, ma indulgendo a una (diffusa) lettura di queste parole del *Leviatano* che tende a generalizzarne e persino distorcerne la portata – lo ha posto in luce F.M. DE SANCTIS, *Ordinare la vita*, cit., p. 191.

senza lo Stato che gli conferisce quella forza esteriore che è un elemento inseparabile dalla idea di diritto»⁵⁰. Ovviamente è impossibile, in questa sede, affrontare compiutamente simili questioni, anche solo in riferimento alle risposte che cercò di darvi la scienza giuridica europea di quei decenni. Non rimane, allora, che vedere in quale forma all’analisi della nostra «antitesi» contribuisse quello che Kelsen stesso indicava come il suo «esame storico dogmatico» (p. 354).

4. IL DIRITTO ROMANO, AL DI LÀ DELLA SUA “RICEZIONE”

In questo sguardo gettato sull’esperienza anteriore spicca soprattutto un dato. L’attenzione era rivolta da Kelsen ai tempi e modi in cui si era affermata la dicotomia fra diritto privato e pubblico, ma lo scenario da lui contemplato appare doppiamente ristretto. Innanzi tutto sullo stesso piano cronologico, poiché in definitiva legato alla sola età moderna: nel senso che la nostra bipartizione sarebbe entrata nella cultura giuridica europea – tedesca e francese, in particolare – «colla ricezione del diritto romano» (p. 354).

Kelsen accennava appena al fatto che già nel mondo antico «la distinzione fra *jus privatum* e *jus publicum* è molto vaga» (p. 354). Egli però rinunciava a sviscerare quest’aspetto – che pure avrebbe avuto qualcosa da dire, probabilmente, anche nell’economia del discorso critico che egli stava conducendo, svelando le forzature a cui le antiche testimonianze erano state sottoposte, proprio per edificare le dottrine ora contestate. Piuttosto, Kelsen insisteva sui fattori da cui sarebbe stata favorita la moderna ripresa degli schemi romani. Ed ecco qui la seconda limitazione di prospettiva, poiché, soprattutto presso i principi tedeschi la ricezione del diritto pubblico romano – ancor prima che dell’«antitesi» in esame – sarebbe stata agevolata dall’immagine del

⁵⁰ Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, S.E.L., 1900, p. 13. Il giudizio ricordato è di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 69, che sottolinea la duplice portata con cui in quel testo compare il termine ‘diritto’ – una «radicata al fondo della società, una [...] che lo immedesima con lo Stato».

princeps legibus solutus (p. 354). Quindi da un'idea tratta – con qualche disinvoltura, come stiamo per vedere – dal *Corpus iuris* e perfettamente agli antipodi di quello «Stato di diritto», anche solo in senso «formale», nel quale (e grazie al quale) Kelsen vedeva pienamente sovrapporsi l'ordinamento statuale e quello giuridico, così da ridurre in notevole misura consistenza e ruolo della nostra dicotomia.

In realtà, appena ci accostiamo alle fonti romane senza le lenti deformanti del loro riuso moderno, balza subito agli occhi, più che la portata «molto vaga» di quel binomio, la distanza fra i relativi contenuti e quel che i posteri hanno voluto leggerci, incalzati dalle esigenze teoriche (e non solo) proprie della loro epoca. Ulpiano, in D. 1.1.1.251, parlava di *ius publicum* e *privatum*, propriamente, non alla stregua di *partes iuris*⁵² ma solo di due *positiones studii*: altrettanti angoli visuali da cui porsi nell'affrontare, in chiave scientifica e didattica, quel *ius* di cui egli aveva già enfatizzato la natura di *ars boni et aequi* (D. 1.1.1.pr.). Natura intrinsecamente unitaria: per cui l'*utilitas publica* poteva essere tranquillamente evocata anche in merito a soluzioni e figure privatistiche⁵³, e soprattutto non poteva darsi creazione o applicazione

⁵¹ A questo frammento, tratto dal I libro delle *Institutiones*, si è accennato sopra, § 2. Un suo puntuale esame in G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum - Ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *Ann. del semin. giur. della Univ. di Palermo*, 37, 1983, spec. p. 452 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, Loffredo, 2000, spec. p. 153 ss.; G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di «ius publicum»*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 1167 ss.; A. SCHIAVONE, *Institutionum libri II – Introduzione*, cit., p. 65 ss.; ID., *Commento ai testi*, in J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Cnaeus Domitius Ulpianus, Institutiones*, cit., p. 200 ss.

⁵² Qualifica che meglio si adatta, piuttosto, ai tre piani normativi che il giurista (in D. 1.1.1.2-4 e D. 1.1.6) riconduceva al secondo diritto, da lui considerato appunto *tripertitum*: *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*.

⁵³ Lo riscontriamo, ad esempio, in quanto scriveva Papiniano in merito al *ius praetorium*, introdotto dai magistrati – *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia – propter publicam utilitatem* (D. 1.1.7), o in ciò che osservava lo stesso Ulpiano nel dar conto del peculiare regime dell'*actio exercitoria* (segnalando che *ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*: D. 14.1.1.20). Già questo basterebbe per scorgere, nell'elaborazione giurisprudenziale (almeno) di età severiana, voci irriducibili a quella «teoria dell'interesse» su cui Kelsen escludeva potesse fondarsi la nostra dicotomia (sopra, § 3). Ma altrettanto è da dire per quella

normativa che derogasse a quel fondamentale principio di eguaglianza (proporzionale) e congruità di trattamento – il *bonum et aequum*, appunto: un autentico requisito di giuridicità, per la disciplina delle condotte umane afferenti a qualsiasi ambito⁵⁴.

In Ulpiano troviamo quindi «una tendenziale separazione, anticipatrice della polarità destinata ad avere una fortuna lunghissima», ma non ancora l’«enunciato di una oggettiva bipartizione, con un autentico valore di fondazione sistematica»⁵⁵. Ciò non toglie, ovviamente, che aver collocato quel binomio in un luogo strategico della propria esposizione – le prime battute delle *Institutiones* – riveli tutta l’importanza che il giurista vi annetteva, assai più di quanto accadesse negli autori che si erano serviti dello stesso lessico (come già Cicerone e Livio; assai più incerto il discorso per Gaio). Era, anche questo, un frutto dei tempi: il precipitato, a livello di diagnosi giurisprudenziale, delle grandi trasformazioni del potere imperiale: della sua torsione autocratica – sino a lambire una dimensione autenticamente statale – e al contempo della sua “messa in forma”, alla quale gli stessi *iuris prudentes* stavano offrendo un contributo essenziale, sia per i ruoli apicali da loro rivestiti nella macchina burocratica che per i nuovi interessi coltivati sul piano scientifico (nei campi che noi diremmo del diritto fiscale, penale e amministrativo)⁵⁶.

Anche il rapporto che, con le leggi, intratteneva il detentore di questo potere – ossia, ormai, un principe incontrastato e solitario padrone della

del «plusvalore», appena si rileggano in modo non strumentale certi passi antichi da cui nell’Ottocento si è voluto ricavare «l’inderogabilità del *ius publicum*, sembrando implicitamente ammettere la derogabilità del *privatum*» (così, con condivisibili rilievi critici, G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum - Ius privatum*, cit., p. 448).

⁵⁴ Anche in questo caso rinvio ai contributi in cui è stata più valorizzata una simile concezione (formulata da Celso, prima che da Ulpiano) del *ius* quale *ars boni et aequi*: cfr. in particolare F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 21 ss. e A. SCHIAVONE, *Commento ai testi*, cit., p. 187 ss., entrambi con bibl. (altre indicazioni in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., p. 21 ss. nt. 54).

⁵⁵ Così A. SCHIAVONE, *Commento ai testi*, cit., p. 201.

⁵⁶ Una sintesi in E. STOLFI, *Il principato – La produzione normativa. Contributo e vicende della giurisprudenza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 279 ss.

scena pubblica – ci appare, negli stessi decenni, in una veste ben più complessa di quella che abbiamo visto evocata da Kelsen, allorché questi vi individuava quanto avrebbe facilitato la ricezione del diritto pubblico romano (soprattutto) nella Germania moderna. La stessa idea (non solo o tanto di un *princeps legibus solutus*⁵⁷, a cui si limitava il richiamo del Nostro, ma) che *quod principi placuit legis habet vigorem* non può essere valutata solo nella prospettiva in cui essa venne sfruttata successivamente: dagli interpreti medievali della *summa potestas* imperiale sino ai moderni teorici dell'assolutismo e/o della sovranità popolare⁵⁸. Piuttosto, deve essere letta in stretto rapporto con quanto la precedeva nell'opera ulpiana, e in particolare con l'esaltazione dei giuristi, ancora visti quali “depositari della verità” – così che l’“esigenza di legittimità sostanziale”, che loro tramite era soddisfatta, instaurava una sorta di “reciproca connessione” con quell'altra necessità, di “legalità positiva” a cui appunto rinviava l'immagine dell'onnipotenza normativa del principe⁵⁹.

Senza dimenticare che ancora in età severiana troviamo enunciata, tanto dai giuristi che dalla cancelleria imperiale⁶⁰, la regola di un'assoluta improduttività di effetti giuridici della sentenza – benché, oggi diremmo, passata in giudicato –, se emanata in violazione di un principio giuridico consolidato. Certo rileva che fra tali cause di invalidità la più ricorrente fosse rappresentata dalla contrarietà della decisione giudiziaria a *constitutiones principum*. Ma non meno interessante è che proprio in tale orizzonte iniziò a delinearsi un principio destinato a plurisecolare fortuna: quello «della totale

⁵⁷ Anche questa è una formulazione ulpiana, tratta dal commento alla *lex Iulia et Papia* (D. 1.3.31). Verosimilmente essa aveva però, in origine, una portata ben più specifica di quella che le è stata riconosciuta in una lunga catena di riletture, a partire almeno da Tommaso d'Aquino e Giovanni di Salisbury.

⁵⁸ Puntuali rilievi in V. MAROTTA, *Autocrazia o monarchia dinastica: usi e abusi della lex 'quod principi' (Ulp. 1 inst. D. 1.4.1) tra XVI e XVIII secolo*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 41 ss., spec. 45 ss. Cfr. anche A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2017², pp. 413 s., 552 s.

⁵⁹ Seguo A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 415 ss. (sue, a p. 416, le espressioni citate).

⁶⁰ In una catena di testimonianze, assai ravvicinate sul piano cronologico, che ho ripercorso in E. STOLFI, *A proposito di clausole generali*, cit., p. 23 ss. ove bibl.

subordinazione del giudice alla legge»⁶¹ – non più solo, o necessariamente, quella dettata da un autocrate. Ulteriore attestazione del complesso intreccio fra esercizio del potere, da un lato, e regole e forme del giuridico, dall’altro, che si consumò in quella che è usualmente considerata l’ultima stagione del diritto giurisprudenziale romano, e che uno sguardo concentrato sulla sola “ricezione” moderna rischierebbe di lasciare in ombra.

5. ULTERIORI SCENARI: LA MOBILITÀ DEI CONFINI E IL CARATTERE RELATIVO DELLE CATEGORIE

Se poi spingessimo lo sguardo ancora più indietro, incontreremmo un’altra realtà che ancor meglio, probabilmente, contribuisce a mostrare come le demarcazioni fra pubblico e privato – con le loro proiezioni nel campo del diritto, così da definirne due branche distinte – assumano una portata di volta in volta ben diversa: estremamente mobile, se non indefinita; certo non rispondente ad alcuna costante ‘necessità’ logica. Alludo al mondo greco, e in particolare all’esperienza istituzionale di Atene, tra la fine del VI secolo a.C. e i decenni conclusivi del IV.

Preme soprattutto richiamare due dati. In primo luogo la difficoltà di rinvenire qui la stessa distinzione fra diritto pubblico e privato: sia per la banale (ma non troppo) ragione che nessun vocabolo greco è propriamente traducibile con “diritto”⁶², sia per la circostanza che anche la polarità più volte attestata presso i Greci – fra “comune” (*koinón*) e “particolare” (*idion*) – non coincide con quella che, da Roma in poi, si è

⁶¹ Principio, peraltro, qui «funzionalmente connesso al nuovo orientamento politico instaurato col principato e man mano sempre più fortemente attuato»: R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Genova*, Torino, Giappichelli, 1953², p. 284.

⁶² Mentre assai variegato è il lessico della legalità, ciò che manca nel mondo ellenico è proprio quella possibilità (del resto conosciuta, fra le lingue antiche, solo dal latino) di indicare come entità separate il «diritto» e la «legge»: E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, Carocci, 2020, p. 39 ss. ove bibl.

consolidata nella nostra tradizione giuridica⁶³. Occorre infatti fare i conti col carattere assorbente del *politikón*⁶⁴ – nella cui sfera era attratta praticamente ogni attività umana che si svolgesse fuori dalle mura domestiche (*oikos*) e quindi concernesse, appunto, la *polis* –, e già col fatto che *koinón* indicava evidentemente quanto in latino era denominato *commune*, anziché *publicum*⁶⁵. Nell’Atene democratica esso concerneva tutto ciò (a partire dallo stesso potere: *kratos* o *arché*)⁶⁶ che fosse posto “in mezzo” al popolo⁶⁷: una sfera attivamente condivisa, e rispetto alla quale riusciva davvero esiguo lo spazio di una diversa socialità, di carattere appunto privato.

Simili aspetti non possono essere sottovalutati – come accaduto, invece, da parte di quanti abbiano guardato alla nostra dicotomia alla stregua di un *a priori* del diritto, o non siano stati capaci di leggere i diritti greci senza le lenti proprie solo dei Romani (se non addirittura della tradizione romanistica)⁶⁸. Ma anche ammessa, e nient’affatto

⁶³ Già lo notavo in E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 97 ss., 221 ss. ove bibl. Mi sembra non valorizzi questo scarto semantico D. MUSTI, *Demokratía. Origini di un’idea*, Roma-Bari 19972, pp. 14 ss., 243 ss.

⁶⁴ Fondamentale C. MEIER, *Die Entstehung des Politischen bei den Griechen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1980, trad. it. a cura di C. DE PASCALE: *La nascita della categoria del politico in Grecia*, Bologna, 1988.

⁶⁵ Spesso questo dato, di assoluta evidenza sul piano lessicale, non è tenuto nel debito conto. Cfr. invece F.M. DE SANCTIS, *Ordinare la vita*, cit., p. 83, il quale ricorda come anche la simmetria fra *idion* e *privatum* sia solo parziale (vi torna A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, cit., p. 38 ss.). Un’eco persistente della difficoltà di distinguere «comune» e «pubblico» è forse ancora nell’odierno dibattito sui beni comuni. Coglie in questo sintagma la «parola d’ordine in grado di sfuggire alla classica dicotomia tra (diritto) pubblico e (diritto) privato» M. SPANÒ, *Fare il molteplice*, cit., p. 27, che intende il «comune» come «‘pubblico’ del ‘privato’» (p. 60).

⁶⁶ Termini che evocano, peraltro, due declinazioni del potere ben diverse: N. LORAUX, *La cité divisée. L’oubli dans la mémoire d’Athènes*, Paris, Payot & Rivages, 1997, trad. it. a cura di S. MARCHESONI: *La città divisa. L’oblio nella memoria di Atene*, Vicenza, Neri Pozza, 2006, spec. p. 129 ss.; G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 56 ss.; A. PABST, *Die Athenische Demokratie*, München, C.H. Beck, 2003, p. 14 ss.

⁶⁷ Circa la frequente attestazione di quest’immagine, nel suo pregnante significato istituzionale, E. STOLFI, *La cultura giuridica*, spec. p. 125 ove bibl.

⁶⁸ Cfr. ancora E. STOLFI, *La cultura giuridica*, spec. p. 237 ss. ove bibl.

concessa, una tendenziale contiguità, in termini (almeno *lato sensu*) giuridici, fra i binomi *koinón-idion* e pubblico-privato, rimane comunque un altro dato di non poco momento. Mi riferisco al modo alquanto peculiare – ai nostri occhi talora sorprendente – in cui una certa figura, con le conseguenze che ne scaturivano sul piano processuale, veniva inquadrata nel diritto attico: per essere posta ora sul piano di quanto si esauriva in una relazione fra i privati direttamente interessati (i soli che potevano esperire la relativa azione, detta *dike*), ora nell’ambito di quanto coinvolgeva la comunità intera, ed era pertanto represso tramite una procedura (*graphé*) che ciascun cittadino era legittimato ad avviare, assumendo la veste di accusatore.

Ecco allora che nel campo del *koinón*, e quindi del secondo tipo di processo, possiamo ad esempio rinvenire illeciti come l’empietà (*asébeia*), ma anche le accuse pretestuosamente avanzate a scopo di estorsione (*sikophantía*) e persino le relazioni sessuali con donne libere di una casa altrui (*moichéia*); mentre unicamente tramite una *dike* (detta appunto *phonou*)⁶⁹ sembra fosse represso l’omicidio – percepito ad Atene (diversamente da quanto avvenne a Roma, almeno dall’avanzata età monarchica) come atto che esplicava effetti solo “privati”, cioè fra l’assassino e i familiari della vittima. In definitiva, la repressione che questi ultimi mettevano in moto – un impulso necessario, dal momento che nessun organo pubblico si attivava “d’ufficio” – era una sorta di “vendetta proceduralizzata”: la messa in forma di quella reazione, da parte del clan offeso, che in precedenza veniva riconosciuta come diritto e dovere a un tempo.

Invero, troviamo attestate analoghe collocazioni, così lontane dall’odierna sensibilità, anche tornando al mondo romano. Ad esempio rimasero lì collocati fuori dai *crimina* – per essere annoverati fra gli illeciti di diritto privato (*delicta*) – fattispecie come il furto e la rapina; così come solo tardi, e in parte, si tese a confinare la stessa nozione di

⁶⁹ Sul suo regime, fra gli altri, L. Pepe, *Phonos. L’omicidio da Draconte all’età degli oratori*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 17 ss. ed E. STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 49 ss., entrambi con bibl.

“pena” in una branca pubblicistica quale appunto il diritto penale⁷⁰. Ma pur senza entrare in ulteriori dettagli, credo che soprattutto questo sia ricavabile dalla storia giuridica, prossima o remota: un forte monito a non “assolutizzare” alcuno schema o partizione, anche laddove ci sono ormai resi familiari da un lungo impiego; non assumerne come rigidi e precostituiti i confini; non farsene condizionare nel leggere i contenuti normativi o estrapolarne i princìpi di fondo. Direttive di lavoro, invero, tutt’altro che nuove ma che forse, rispetto al nostro tema, meritano ancora di essere ripetute: per aggiungersi – senza affatto sostituirli o cancellarli – ai rilievi d’indole prettamente teorica su cui le pagine di Kelsen ancora c’invitano a riflettere.

⁷⁰ Abbiamo cercato di dar conto di questo «tratto di andamento» in L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 152 ss.