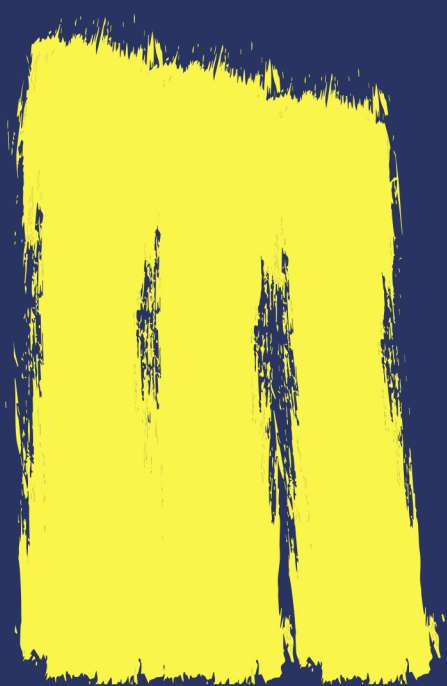


Antologia di Diritto Pubblico

Rivista semestrale | 2024 | n2

ISSN 2975-2191



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Antologia di Diritto Pubblico

N. 2 | 2024

ISSN 2975-2191

Direttore responsabile

Fulvio Cortese (Università di Trento)

Vicedirettori

Massimo Cavino (Università del Piemonte Orientale), Matteo Cosulich (Università di Trento)

Comitato di Direzione

Laura Buffoni (Università di Sassari), Massimo Cavino (Università del Piemonte Orientale),
Fulvio Cortese (Università di Trento), Matteo Cosulich (Università di Trento),
Ilenia Massa Pinto (Università di Torino), Angela Ferrari Zumbini (Università di Napoli, Federico II)

Comitato Scientifico

Raffaele Bifulco (Università LUISS Guido Carli, Roma), Roberto Bin (Università di Ferrara),
Celso Fernandes Campilongo (Universidade de São Paulo), Paolo Carta (Università di Trento),
Giacinto della Cananea (Università L. Bocconi, Milano), Thierry Di Manno (Université de Toulon),
Damiano Florenzano (Università di Trento), Anna Gamper (Leopold-Franzens-Universität Innsbruck),
Giulia Maria Labriola (Università Suor Orsola Benincasa, Napoli), Raul Letelier Wartenberg
(Universidad de Chile), Marco Magri (Università di Ferrara), Alessandro Mangia (Università Cattolica
del Sacro Cuore, Milano), Alfredo Marra (Università di Milano-Bicocca), Jean-Jacques Pardini
(Université de Toulon), Otto Pfersmann (École des Hautes Études en Sciences Sociales-EHESS, Paris),
Anna Maria Poggi (Università di Torino), Aldo Sandulli (Università LUISS Guido Carli, Roma),
Caterina Severino (Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence), Bernardo Sordi (Università di Firenze),
Vito Velluzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Lorenza Violini (Università di Milano Statale)

Segreteria di Redazione

Elia Aureli (Università di Trento), Chiara Bertoldi (Università del Piemonte Orientale),
Lucilla Conte (Università del Piemonte Orientale), Francesco Dalla Balla (Università di Trento),
Vincenzo Desantis (Università di Trento), Federica Foti (Università di Trento),
Simone Franca (Università di Trento), Simone Mallardo (Università del Piemonte Orientale),
Massimiliano Malvicini (Università del Piemonte Orientale)

Contatti: redazione.antologiadp@gmail.com | antologia.dp@gmail.com

Website: <https://teseo.unitn.it/adp>

Progetto grafico di copertina: Milart

*La Rivista è frutto della collaborazione tra la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
e il Dipartimento di Studi per l'Economia e l'Impresa dell'Università del Piemonte Orientale*

Copyright © 2024 gli autori per i rispettivi testi, l'editore per la presente edizione



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

Pubblicato da

Università degli Studi di Trento
via Calepina, 14 - 38122 Trento
casaeditrice@unitn.it | teseo@unitn.it
<https://www.unitn.it> | <https://teseo.unitn.it>

DOI <https://doi.org/10.15168/adp.2024.2>

L'edizione digitale è rilasciata con licenza Creative Commons
Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale



Antologia di Diritto pubblico Fascicolo n. 2/2024

SOMMARIO

Parte I – Il testo

Hans Kelsen

“Diritto pubblico e privato”

» 5

Parte II – Letture e interpretazioni

Giacinto della Cananea

Diritto pubblico e privato: *distingue frequenter*

» 23

Giorgio Resta

Diritto pubblico e diritto privato: elogio dell’inattualità
kelsensiana

» 38

Emanuele Stolfi

Fra “dottrina pura del diritto” e storia giuridica. Kelsen
e la presunta “antitesi” di diritto pubblico e privato

» 58

Nel prossimo numero...

Fulco Lanchester

Editoriale: Rappresentanza “fiduciaria” e
rappresentanza “in campo politico”: osservazioni su un
saggio di V.E. Orlando – V.E. Orlando, “Del fondamento
giuridico della rappresentanza politica” » 84

Autori » 101

DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO (*).

A) L'ANTITESI.

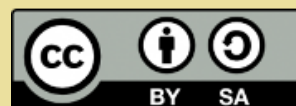
Sebbene l'antitesi tra diritto privato e pubblico costituisca, per così dire, la spina dorsale dell'intera sistematica della teoria del diritto, è assolutamente impossibile dare una rappresentazione, anche soltanto approssimativamente unitaria, di ciò che in generale s'intende con la distinzione fra diritto privato e pubblico. Si possono bensì enumerare certi campi del diritto, determinati nel contenuto, i quali convenzionalmente sono contrapposti come diritto « pubblico » ad un diritto privato. Si ascrivono al diritto pubblico il diritto costituzionale, l'amministrativo, il processuale ed il penale, anche l'internazionale e l'ecclesiastico (l'ultimo in quanto prevalentemente si riferisce ai campi prima accennati); tutto il rimanente diritto si chiama diritto privato. Ma, se si ricerca il fondamento di questa partizione, si cade in mezzo ad un caos di opinioni dottrinali contraddittorie.

Incerto è innanzi tutto l'oggetto della partizione. Ora è il diritto oggettivo, le norme giuridiche, ora il diritto soggettivo i doveri e i diritti, i rapporti giuridici da essi formati, che sono divisi in privati e pubblici. Se si riconduce il diritto soggettivo all'oggettivo, una partizione di quello dev'essere in pari tempo una partizione di questo. Di più, con la duplicità dell'*oggetto* della partizione si connette un'antitesi di *criteri* della partizione. La letteratura sull'argomento ne presenta più di una dozzina. I più diversi punti di vista, spesso in assoluto contrasto fra loro, sono adottati dai vari autori, e non di rado dal medesimo autore, per determinare l'antitesi fra diritto pubblico e privato. Tuttavia si possono indicare come prevalenti due teorie. La differenza del *criterio* di partizione è qui, almeno nell'intenzione, anche una differenza dell'*oggetto* della partizione.

(*) Cfr. Su questo argomento: WEYR, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in *Archiv des öffentlichen Rechtes*, 1908, p. 524 segg.; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., 1923, p. 268 segg. e 630 segg.; ID., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechtes*, 1923, p. 53 segg. e 190 segg.

Antologia di Diritto Pubblico n. 2/2024 • ISSN 2975-2191

La versione scansionata è tratta dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1924, pp. 340-357. La Direzione della Rivista è a completa disposizione dei titolari dei diritti dell'opera per l'assolvimento di quanto eventualmente occorra nei loro confronti.



B) LA TEORIA DELL'INTERESSE.

In connessione alla teoria del diritto romano, dal quale deriva tutta questa suddivisione, si indicano come diritto *pubblico* quelle *norme giuridiche*, le quali mirano all'interesse generale o collettivo, come diritto privato quelle che mirano all'interesse individuale, all'interesse dei singoli. Si comprende facilmente che così si adotta un punto di vista metagiuridico, e non si può ottenere alcuna partizione utile per la teoria del diritto. Per la qualificazione giuridica delle norme giuridiche non ha importanza lo scopo cui servono, come per una distinzione di pitture il prezzo loro. Una partizione delle norme giuridiche, le quali annettono sempre a determinate condizioni determinate conseguenze, può riferirsi solo al contenuto o alla struttura delle fattispecie comprese nella premessa maggiore o nella minore, quindi solo ad oggetti immanenti nel diritto, non trascendenti il diritto. Senonché è semplicemente impossibile affermare di qualunque norma giuridica positiva, che serve all'interesse collettivo o all'individuale. Ogni norma giuridica serve sempre ad entrambi allo stesso tempo; perché l'interesse collettivo non è un interesse diverso dall'individuale. Propriamente, vi sono soltanto interessi individuali. Da che una norma giuridica protegge un interesse individuale, la protezione di questo è un interesse collettivo. Per il fatto che l'ordinamento giuridico accoglie norme sul mutuo — senza dubbio norme di diritto « privato » — si fa palese che per queste norme giuridiche esiste un interesse collettivo. E parimente per qualunque norma giuridica del diritto positivo amministrativo o penale — senza dubbio diritto « pubblico » — può essere determinato l'uomo individuale che è interessato a questa norma giuridica, alla protezione del cui interesse questa norma giuridica serve. Nel diritto costituzionale e processuale quest'ultimo elemento non appare così chiaramente per ciò, che qui in generale non si tratta di norme giuridiche per sé stanti, complete.

L'antitesi di interesse collettivo e individuale è l'antitesi di due punti di vista metagiuridici, che possono esser fatti valere entrambi rispetto ad ogni norma giuridica. In un certo senso e sotto un certo aspetto, la contrapposizione di diritto pubblico e privato disegnata secondo la teoria dell'interesse coincide persino con la contrapposizione di diritto *oggettivo* e *soggettivo*, secondo la

stessa teoria. L'interesse protetto, cioè il diritto soggettivo, è sempre l'interesse individuale; la protezione dell'interesse, cioè il diritto oggettivo, è sempre interesse collettivo.

Se con l'ordinamento giuridico vengono protetti interessi individuali — e ciò si verifica sempre —, di regola è un certo *interesse medio* che sta a base delle considerazioni politico-legislative, che in conclusione conducono ad una norma giuridica positiva. Certamente può essere diverso il grado, in cui l'interesse individuale concreto è preso in considerazione. Certe norme dell'ordinamento giuridico positivo hanno solo valore *dispositivo*, cioè esse valgono col loro contenuto soltanto per il caso e nella misura che le parti, delegate a ciò dall'ordinamento giuridico, non siano autorizzate a stabilire norme di diverso contenuto per la loro reciproca condotta, con manifestazione unilaterale o bilaterale di volontà. Questa distinzione fra diritto cogente e diritto dispositivo, che talora anzi viene identificata con quella fra diritto pubblico e privato, è del tutto immanente nel diritto. Essa si trova in tutti i campi in cui la materia del diritto è convenzionalmente divisa, nel diritto amministrativo come nel diritto civile. Lo stesso avviene della distinzione che ne deriva, e cioè che in certe norme giuridiche tra le condizioni dell'atto coercitivo è posta anche la manifestazione di volontà diretta all'atto coercitivo di una parte presupposta interessata nella norma giuridica, del creditore, dell'offeso nell'onore, ecc., per via di « citazione », « querela », ecc. Anche questa distinzione, che nella tecnica giuridica è di grande importanza, deve essere riconosciuta come ammissibile nella teoria del diritto, e si ricollega in qualche modo col concetto che sta a base della teoria dell'interesse. Ma norme giuridiche d'ambe le specie si trovano tanto nel campo del diritto indicato come pubblico, quanto in quello indicato come privato. Soltanto una sistemica interamente emancipata da quest'ultima partizione potrebbe far valere nella sua purezza l'accennato punto di vista.

C)

LA TEORIA DEL PLUSVALORE.

1° – *Rapporto giuridico e rapporto di potestà.*

Un criterio di distinzione del tutto estraneo alla teoria dell'interesse, ed anche un altro *oggetto* di partizione, si ha quando si scorge la decisiva differenza del diritto pubblico dal privato in

ciò, che questo regola i rapporti tra soggetti di diritto *eguali* (coordinati), quello i rapporti fra un soggetto di diritto *souvaordinato* ed un soggetto di diritto *subordinato*, specialmente fra Stato e suddito. Con ciò si ha anzi tutto di mira una differenza entro i rapporti giuridici: rapporti giuridici privati e pubblici. E si indicano i rapporti giuridici privati anche come rapporti giuridici semplicemente, come rapporti « di diritto » nel senso proprio e stretto della parola, per contrapporre loro i rapporti di diritto pubblico come rapporti di « potestà » o di « signoria ». La differenza decisiva consiste allora evidentemente in una diversa qualità dei soggetti di diritto. A certi soggetti, in modo speciale alla persona dello Stato, è attribuito un valore giuridico più alto che agli altri soggetti di diritto. La loro volontà vale di più, ha una forza giuridica più grande di quella degli altri soggetti. Come nella teoria del diritto soggettivo, anche qui stanno di fronte una teoria dell'interesse e una teoria della volontà. La teoria della volontà è qui allo stesso tempo la teoria del plusvalore di certe volontà, della volontà di certe persone: una teoria del plusvalore. La differenza tra soggetti di diritto privato e pubblico, ovvero tra soggetti di diritto e soggetti di potestà o signoria, conduce poi alla distinzione di rapporti di diritto privato e pubblico, rapporti « di diritto » e rapporti di potestà o signoria, secondo che stiano di fronte soggetti di diritto privato, o soggetti di diritto pubblico e privato. Se si scorge il criterio decisivo nella qualità del soggetto di diritto, allora si possono ascrivere ai rapporti di diritto pubblico anche quelli in cui stanno di fronte soltanto soggetti di signoria o di potestà, soggetti pertanto fra i quali direttamente non vi è alcuna differenza di valore giuridico. Così si può ascrivere al diritto pubblico anche il diritto internazionale, per il quale sono posti in relazione soggetti eguali (Stati). La differenza primaria dei soggetti di diritto e dei loro rapporti fonda allora, secondariamente, anche la distinzione delle norme giuridiche, determinanti questi rapporti, in pubbliche e private.

2° – *Il concetto del rapporto giuridico.*

Secondo l'opinione che sta a base di questa teoria del plus-valore, i soggetti, con le loro qualità indipendenti dal diritto, nelle loro reciproche relazioni indipendenti dal diritto, stanno di

fronte all'ordinamento giuridico; l'ordinamento giuridico trova, per così dire, questi soggetti e i loro rapporti come già esistenti; e regolando questi soggetti e rapporti, vale a dire sottoponendoli alla sua attività normativa, li fa divenire soggetti di *diritto*, rapporti di *diritto*. Tutta questa concezione, che è la concezione comune o media del giurista scienziato, è tuttavia insostenibile, e nella sua ingenuità, è causa di pericolose conseguenze anche per la teoria del diritto pubblico in confronto al privato. I rapporti indipendenti dall'ordinamento giuridico sono rapporti causali, relazioni di motivi. L'opinione che soggetti di diritto o rapporti giuridici sorgano per il fatto che gli uomini e le loro relazioni naturali aggiungano alle loro qualità indipendenti dal diritto anche una qualità giuridica, è una delle radici per la fatale identificazione di uomo e soggetto giuridico e, di più, per l'ipostatizzazione delle così dette persone giuridiche. I soggetti di diritto non stanno di fronte all'ordinamento giuridico come entità da esso differenti, ma stanno nell'ordinamento giuridico come parti di un tutto. E il rapporto giuridico non è quindi un rapporto naturale, al quale l'ordinamento giuridico acceda ponendo la norma. Se, come primo passo per il passaggio da un punto di vista ancora pregiuridico ad una posizione di rigorosa teoria del diritto, si parte dal fatto naturale, si può tutt'al più parlare di un rapporto coll'ordinamento giuridico. Correttamente, il rapporto giuridico deve essere definito come un rapporto *entro* l'ordinamento giuridico, come una relazione di fatti istituita dalla norma giuridica. Che tra debitore e creditore esista un rapporto giuridico, significa: che un determinato contegno del creditore o un determinato contegno del debitore sono specificamente collegati in una norma giuridica, e precisamente in modo che il contegno dell'uno appare come autorizzazione (manifestazione di volontà indirizzata all'atto coercitivo, e costituente la sua condizione), e quello dell'altro come obbligo (atteggiamento contraddittorio condizione dell'atto coercitivo). Il rapporto giuridico è quindi un rapporto tra fatti [Tatbeständen], non tra persone. È evidente che come qualità giuridiche hanno importanza solo quelle qualità dei fatti, che questi hanno relativamente ad altri fatti, in forza della loro posizione nella norma giuridica. Ma è pure evidente che soltanto i *fatti* possono avere tali qualità differenziali, non soggetti di diritto, non persone, poiché queste sono solamente rappresentazioni ausiliarie adottate a fini conoscitivi, *personificazioni*, e come tali hanno un'unica

qualità: essere espressione dell'unità di un complesso di norme giuridiche. Esse si distinguono quindi tra loro secondo che si tratti della personificazione dell'intero ordinamento giuridico (Stato), o di personificazioni di parti di ordinamenti giuridici. Il tentativo di differenziare i *soggetti di diritto* secondo altre qualità è destinato perciò fin da principio a fallire.

3° – Il fondamento giuridico dell'obbligo.

Ciò appare subito, se si pone il quesito in che propriamente consista il plusvalore giuridico attribuito a certe persone e la loro superiorità o sopraordinazione [Ueberordnung] rispetto ad altre persone. Si ravvisa tale sopraordinazione 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. In ciò pare effettivamente che si abbia una differenza di principio. Ma se si risolve tutta questa rappresentazione personificativa e la si riconduce ai fatti giuridici, in particolare al contegno degli uomini (come contenuto dell'ordinamento giuridico) e alle loro relazioni, ne risulta una situazione interamente diversa. Il comando unilaterale del soggetto fornito di signoria, obbligatorio giuridicamente per altri, e la sua facoltà di coazione: così s'interpreta il fatto che la manifestazione di volontà di uomini precisamente qualificati (i così detti organi dello Stato), diretta al contegno di altri uomini, è posta dall'ordinamento giuridico come condizione per un dovere giuridico di questi, e cioè per il dovere di un contegno conforme alla manifestazione di volontà dei primi, e che un contegno contrario a questo dovere giuridico degli uomini obbligati è posto come condizione per un atto coattivo contro di essi. Il dovere giuridico del quale qui si tratta non è prodotto, in ultima

analisi, dalla manifestazione di volontà diretta al contenuto di esso, così come i doveri giuridici privati non sono prodotti dalla manifestazione di volontà concorde dei contraenti che intendono di obbligarsi. A questi fatti non è immanente alcuna forza per produrre effetti giuridici. La manifestazione di volontà unilaterale, indicata come comando di un superiore, è solamente una condizione posta dalla norma giuridica *generale*, così come il negozio giuridico della manifestazione di volontà bilaterale; « negozi giuridici » in questo senso (manifestazioni di volontà dirette ad effetti giuridici, le quali sono poste dall'ordinamento giuridico come condizioni di questi effetti giuridici) sono pertanto ambedue i fatti. Il fondamento della validità del dovere giuridico è, in ambo i casi, la norma giuridica generale, ovvero l'ultima base di questa: la costituzione. E se si può attribuire allo Stato il fatto del comando, ciò si verifica appunto, e solamente, perché l'attribuzione all'unità del sistema avviene mediante il riferimento della validità alla costituzione che produce l'unità. Quando l'ordinamento giuridico ordina, in un caso: « comportatevi come certi determinati uomini comandano », e nell'altro caso: « comportatevi secondo gli accordi presi tra voi », e in ambo i casi statuisce un dovere giuridico soltanto per ciò, che pone la condotta contraria al comando oppure all'accordo sotto la sanzione di un atto coattivo, tutta la differenza sta solo in questo, che la condizione per l'obbligo giuridico una volta è una manifestazione di volontà unilaterale, più esattamente eteronoma, cioè *autocratica*, un'altra volta bilaterale, cioè *democratica*. Infatti, se si considera come norma il fatto che *immediatamente* fonda l'obbligo, allora questa norma è sorta una volta per opera degli stessi sottoposti alla norma — ciò è la *lex contractus* del negozio giuridico *privato* —, l'altra volta invece coll'esclusione dei sottoposti alla norma — ciò è il comando superiore di diritto *pubblico*. In ambo i casi però 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.

Nella contrapposizione soltanto relativa che esiste tra fatto e norma, negozio giuridico e legge giuridica, applicazione e produzione del diritto, il fatto del superiore comando di diritto pubblico non è altra cosa che il fatto del negozio giuridico di diritto privato, rispetto agli uomini i cui obblighi giuridici ricevono da questi fatti il loro contenuto: norma, una norma giuridica, bensì,

di grado più profondo. E l'atto coercitivo non sta « dietro » il comando di diritto pubblico in senso per nulla diverso che dietro il negozio giuridico privato. Che nel primo caso sia la stessa persona che pone il comando fondamento immediato del dovere giuridico, ed insieme l'atto coercitivo reagente contro la violazione del dovere, mentre nel secondo caso l'atto coercitivo parta da una persona diversa da quella o quelle persone, le cui manifestazioni di volontà determinano il contenuto dei doveri delle parti, è solo un'apparenza prodotta dalla personificazione. Tale apparenza svanisce appena ricerchiamo non le persone ma gli uomini, la cui condotta costituisce i fatti determinanti. L'uomo che, come organo, pone il superiore comando non è, di regola, l'uomo incaricato dell'atto coercitivo nel caso di disobbedienza. Che l'atto di entrambi sia attribuito al medesimo «Stato», è solo un modo di esprimere l'unità dell'ordinamento, che regola ambedue i fatti. In un senso più lato — e appunto questo senso più lato è qui decisivo — anche il negozio giuridico è atto giuridico, atto che compie il contenuto dell'ordinamento giuridico, riferito all'unità: atto statale. Che però l'uomo incaricato dell'atto coercitivo, relativamente a questo atto, debba essere a sua volta determinato dall'uomo il cui superiore comando fondò il dovere violato, ciò non costituisce, nonostante ogni differenza tecnica, una divergenza essenziale rispetto al rapporto di diritto privato, nel quale pure almeno uno dei due uomini, che con la loro manifestazione di volontà fondarono il dovere giuridico, deve fare una manifestazione di volontà diretta all'atto coercitivo, affinché questo abbia luogo.

4° – Diritto pubblico e privato.

Quando si riconosca che il fondamento del vincolo giuridico concreto non consiste *immediatamente* nei fatti condizionanti il comando superiore o il negozio giuridico, ma nell'ordinamento giuridico che annette a questi fatti effetti giuridici (e perciò solo *mediatamente* anche nei fatti condizionanti il dovere giuridico), allora è privo di senso l'attribuire all'uno od all'altro di questi fatti una validità giuridica *più alta* o *più forte*. Ogni fatto ha precisamente la validità [Geltung], vale a dire precisamente gli effetti giuridici che gli sono attribuiti dall'ordinamento giuridico, cioè dalle norme giuridiche di grado superiore. Come ad una manife-

stazione di volontà umana, così anche ad avvenimenti esterni l'ordinamento giuridico può connettere doveri, senza che ci si veda indotti ad attribuire a tali avvenimenti un plusvalore giuridico per ciò, che in relazione ad essi sorgono doveri giuridici di uomini *senza il loro consenso*. La distinzione dei fatti condizionanti i doveri giuridici in avvenimenti e manifestazioni, o negative, di volontà umana (azioni, omissioni), e la suddivisione di queste ultime in quelle in cui la manifestazione di volontà degli uomini che si obbligano costituisce per sé stessa il fatto condizionante, ed in quelle in cui ciò non avviene, ed è quindi una volontà estranea all'obbligato, rivolta alla condotta di esso, che forma la condizione dell'obbligo, è senza dubbio di grandissima importanza. Ma, come in essa non si esprime alcuna differenza nel valore giuridico di questi fatti, né delle « persone » alle quali essi sono attribuiti, così tale distinzione — che pure manifestamente ha una parte nella teoria del plusvalore del diritto pubblico — non coincide neanche approssimativamente con quei confini, secondo i quali il diritto o i rapporti giuridici si dividono convenzionalmente in diritto privato e pubblico. Perocché, in primo luogo, anche il così detto diritto privato presenta negozi giuridici obbligatori unilateralmente, mentre, d'altra parte, nel diritto pubblico si trovano atti d'autorità che hanno luogo, con la loro efficacia obbligante il suddito, solamente col consenso dell'obbligato, di guisa che, dunque, un accordo di volontà tra autorità e suddito è la condizione della conseguenza giuridica. D'altra parte, un'emancipazione dalla attuale sistemica relativamente al diritto pubblico e privato è la condizione indispensabile per attuare conseguentemente questa partizione dei fatti obbligatori. Ma sopra tutto deve considerarsi che il punto di vista decisivo, secondo il quale i fatti si dividono in obbligatori unilateralmente o bilateralmente, eteronomamente o autonomamente, è il principio fondamentale, secondo il quale in una sfera assegnata certamente per intero al diritto pubblico, cioè nel diritto *costituzionale*, si distinguono i metodi di formazione della volontà statuale, ossia le forme di Stato. È il contrapposto di *autocrazia* e *democrazia*, che si dimostra come il pensiero sistematico che regge propriamente la consueta distinzione di monarchia e repubblica, e che divide le forme statuali in quelle nelle quali il volere statuale, l'ordinamento giuridico, viene formato da tutti gli stessi uomini pei quali esso pretende d'essere valido, e in quelle nelle quali ciò non avviene, ma il volere statuale è

prodotto invece da un uomo, che si contrappone a tutti gli altri come volere *estraneo*, come dominatore. Soltanto, la dottrina delle cosiddette forme di Stato si riferisce al grado più alto, o almeno ad un grado relativamente alto di formazione della volontà statale (produzione dell'ordinamento giuridico), cioè alla produzione delle norme generali, alla cosiddetta *legislazione*; mentre la teoria del plusvalore del diritto pubblico, in quanto ha per base la distinzione in fatti obbligatori in modo unilaterale, cioè eteronomo, e bilaterale, cioè autonomo, si riferisce al grado più basso, o almeno ad un grado relativamente basso di formazione della volontà statale, ossia alla produzione delle norme *individuali*, agli *atti statuali d'autorità* ed ai *negozi giuridici*. Così il problema della sistematica del diritto penetra profondamente nella teoria dei poteri dello Stato o dei gradi di produzione, nella teoria degli organi dello Stato e degli organi di produzione, nella teoria delle forme dello Stato o dei metodi di produzione dell'ordinamento statale.

D) LA TENDENZA POLITICA DELL'ANTITESI.

1. – *La presunzione della legittimità degli atti pubblici.*

Se 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. Ciò si palesa nelle conseguenze, che dal supposto plusvalore di certi atti sono tratte per l'applicazione del diritto. In questa differenza di due metodi d'interpretazione, dedotta dall'antitesi fra diritto privato o pubblico, sta la vera importanza pratica dell'intero dualismo di diritto privato e pubblico, così tenacemente mantenuto dalla moderna teoria giuridica, nonostante tutte le manifeste contraddizioni.

Si rivela la tendenza a conferire agli uomini incaricati dell'esecuzione nello stretto senso della parola, cioè delle cosiddette funzioni ufficiali, specialmente agli organi più alti e quindi alle

classi, ai gruppi professionali o d'altro genere da essi rappresentati, e ai corrispondenti interessi individuali, 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.

Una tale preferenza degli uni rispetto agli altri è senz'altro possibile nel diritto positivo, ed è anche giustificabile per motivi diversi dagli interessi di classi, ceti professionali, gruppi, ovvero individuali. Ma la teoria giuridica crede di poter arrivare a tali risultati, anche senza base di diritto positivo, solo partendo dall'essenza del diritto pubblico. Tuttavia è un dogma giusnaturalistico, dietro al quale si nascondono, per lo meno, anche *altri* postulati, diversi da quelli tecnico-giuridici, se si insegna che non si debbano trattare coi criteri del diritto privato istituti di diritto pubblico; e con ciò si viene ad applicare un metodo d'interpretazione non fondato nel diritto positivo.

La tendenza politica si rileva ancora più chiaramente, allorché si espone come una massima della teoria generale dello Stato, senza alcun riguardo alla configurazione del diritto positivo, che per le azioni dei supremi organi dello Stato vi è la presunzione della loro legittimità. Ciò significa: qualunque cosa facciano quegli uomini, che dall'ordinamento giuridico sono incaricati di certe funzioni, con la pretensione di compiere un atto statutale, qualunque cosa, in ispecie, con questa pretensione essi comandino ad altri, è *a priori* atto giuridico, anche se manifestamente è contrario al diritto. Certamente, anche una tale massima è possibile come massima giuridica positiva. Ma, in mancanza di essa, il tentativo della teoria giuridica di sostituirla con una propria costruzione, deducendola dall'essenza del diritto pubblico, implica una infrazione giusnaturalistica dell'ordinamento giuridico o statutale positivo. Si abusa di una norma generale, non fondata nell'ordinamento giuridico positivo, per modificare in certi casi l'ordinamento giuridico positivo nell'interesse di certi uomini incaricati di supreme funzioni di organi. Sebbene questi uomini si possano considerare come organi statuali solo in quanto siano legittimi, cioè in quanto gli atti da loro compiuti rispondano alle norme giuridiche di grado superiore, poiché solo per questa via l'attribuzione conduce allo Stato, si cerca di far valere i loro atti come atti giuridici senza alcun riguardo alla legge (in senso formale).

Questa « teoria » ha la manifesta intenzione di far valere l'esecuzione come una fonte di diritto del tutto indipendente dalla legislazione, opponendo così all'ordinamento giuridico positivo, stabilito per mezzo della legislazione, nelle norme poste dagli organi esecutivi (invece di vedere in queste una semplice continuazione e integrazione di quello) un ordinamento giuridico indipendente, che in certi casi è in contrasto col primo.

2. – *Diritto pubblico e amministrazione.*

Questa tendenza, che si è fatta valere specialmente nella teoria della monarchia costituzionale, si limita tuttavia effettivamente ad una parte dell'attività esecutiva, la cosiddetta amministrazione, a differenza della giurisdizione. Mentre la funzione giurisdizionale si considera come vincolata alla legge, come semplice esecuzione della legge, si cerca di rappresentare il rapporto in cui l'amministrazione (col monarca e coi suoi ministri in testa) sta di fronte alla legge, come qualche cosa di essenzialmente diverso. L'amministrazione, il più caratteristico campo del diritto « pubblico », al quale la teoria del plusvalore si rivolge in prima linea, è definita, come è noto, non precisamente come esecuzione della legge, al pari della giurisdizione, ma come « libera » attività « nel limite della legge ». L'idea fondamentale qui è: lo Stato, nel campo dell'amministrazione, dove hanno luogo gli atti di *diritto pubblico* κατ' ἔξοχὴν, può fare *a priori* ciò che vuole, ciò per cui ha la *forza* [Macht]. Il diritto, in forma di legge, sopravviene, per così dire, *a posteriori*, e gli pone certi limiti in alcune direzioni, non per necessità in tutte. Negli atti amministrativi, pertanto, non si eseguono leggi; non la norma giuridica è il motivo dominante, ma il bene pubblico, l'interesse pubblico, *la ragione di Stato*; basta che i *limiti* della legge non siano oltrepassati. Ma anche quando sono oltrepassati; sta pronta per questo caso la « teoria », la presunzione della legittimità.

L'insostenibilità logica di tutta questa concezione non deve essere dimostrata qui. Notiamo solo la tendenza al distacco dell'atto amministrativo di diritto « pubblico » dal superiore grado giuridico della legge. E questa tendenza non deve essere scambiata col fatto che la configurazione del diritto positivo può essere tale, che gli atti amministrativi individuali siano determinati dalle leggi generali in misura minore che gli atti giu-

risdizionali; che il margine di libero apprezzamento nel campo amministrativo sia effettivamente maggiore che nel campo della giurisdizione. Perocché non un qualsiasi postulato di politica legislativa (ora più, ora meno realizzato in un ordinamento giuridico positivo), ma una teoria indipendente dal contingente contenuto dell'ordinamento giuridico, dedotta dall'essenza dell'atto amministrativo, si vuole esporre colla dottrina dell'atto amministrativo di diritto pubblico. Che però l'essenza del « diritto pubblico » stia in istretto legame con quella dell'amministrazione, è provato dall'opinione oltremodo diffusa che i rapporti di diritto pubblico siano di competenza delle autorità amministrative, quelli di diritto privato di competenza dei tribunali. Che in ciò si introduca anche un *circulus vitiosus*, quando cioè, come spesso avviene, un rapporto è definito di diritto pubblico perché è di competenza della autorità amministrativa, di diritto privato perché è di competenza dei tribunali, notiamo solo tra parentesi. E osserviamo anche solo di passaggio che questa distinta trattazione degli atti amministrativi di fronte agli atti di giurisdizione è bensì infondata rispetto alla teoria del diritto, poiché questi sono altrettanto di natura giuspubblicistica, e altrettanto obbligatori unilateralmente, quanto quelli; ma la tendenza politica si palesa, appena si consideri che questa teoria non porta alcun interesse agli atti giurisdizionali, per il fatto che questi, per l'indipendenza della magistratura, sono sottratti in massima all'influsso dei capi dell'attività esecutiva, quindi, in ispecie, a quello del monarca costituzionale.

3. – *La teoria dell'atto amministrativo.*

Questa tendenza a spezzare, per mezzo di una « teoria » del diritto pubblico, l'unità del diritto positivo e a stabilire la sfera dell'amministrazione, cioè del diritto amministrativo, come un campo giuridico separato dalla sfera della legislazione, del diritto legislativo, indipendente di fronte a questa, e determinabile nel suo contenuto mercé la libera volontà delle supreme autorità amministrative, ha la sua più completa espressione nella dottrina che l'atto amministrativo derivi la sua efficacia non già, come la sentenza giudiziale o il negozio giuridico, da una legge sopraordinata, ma *da sé stesso*: l'atto amministrativo avrebbe effetto « per virtù propria », e dimostrerebbe con ciò il suo carattere « giuspubblicistico ».

Che questa concezione sia, nella teoria del diritto, del tutto inammissibile, risulta a prima vista. Come possono gli atti amministrativi essere concepiti come atti *giuridici*, come atti dello stesso diritto o dello stesso Stato, il cui volere è la legge, e che nella legge a questi atti si riferisce, se si taglia di netto ogni rapporto con questa legge e, oltre di essa, colla costituzione, e quindi ogni riferimento all'unità del sistema? Che però anche la teoria della « virtù propria » dell'atto amministrativo giuspubblicistico voglia concepire questo come atto di diritto e come atto di Stato, è evidente, sebbene essa abbia la tendenza a collegare in qualche modo con l'antitesi tra diritto pubblico e privato quella tra *Stato* e *diritto* (lo Stato starebbe come tale nella sfera del diritto pubblico, sarebbe il soggetto « di diritto pubblico » assolutamente). Tutta questa dottrina della forza o virtù propria dell'atto amministrativo, nella quale termina conseguentemente la teoria del plusvalore del diritto pubblico, si può spiegare soltanto con riguardo alla sua tendenza politica. 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 di produttore autocratico del diritto, indipendente dalla legislazione democratica. E se questa teoria ha trovato una certa eco anche nella cerchia delle costituzioni repubblicano-democratiche, ciò dipende dal fatto che per la repubblica, e persino per la cosiddetta repubblica democratica, il principio democratico non occorre punto che sia determinante per tutti i gradi della formazione della volontà statale; e sopra tutto dipende da ciò, che anche nella repubblica democratica interessi fortissimi operano nel senso di una limitazione del principio democratico. La teoria della forza propria dell'atto amministrativo è 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; e ciò mantenendo di fatto come indipendente dalla legislazione, e ad essa parallelo, il grado dell'esecuzione, che pure per necessità logica è inferiore alla legislazione, e determinato da essa. Come poi in questo senso esercita la sua influenza anche il dogma della *separazione dei poteri*, non occorre dimostrare ulteriormente in questa occasione.

E) L'ORIGINE DELL'ANTITESI.

Così, la 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. È questa una delle funzioni più notevoli che ha ancora oggi il dualismo di diritto privato e pubblico. Ma l'esame storico dogmatico mostra anche che tale distinzione è penetrata fin dal principio con questa tendenza nella moderna sistematica del diritto.

1. – *La recezione del diritto romano.*

Specialmente nella scienza giuridica tedesca e francese la distinzione fra diritto pubblico e privato entrò colla recezione del diritto romano. A quelle zone giuridiche che non furono toccate dalla recezione, perché originariamente estranee, essa ancor oggi non è propriamente familiare. Solo il contraccolpo della teoria giuridica tedesca e francese sulla anglo-americana ha trapiantato anche là questo molto discutibile principio sistematico. Ma già nel diritto romano la distinzione tra *jus privatum* e *jus publicum* è molto vaga. Indicando in origine probabilmente solo differenze tecnico-processuali, essa assume più tardi a un dipresso quel significato che ancora oggi le si attribuisce allorché si contrappone diritto costituzionale, amministrativo e processuale, come diritto pubblico, al rimanente come diritto privato. Quando la recezione abbraccia non solo il *jus privatum* ma anche il *jus publicum* dei Romani, è appunto il diritto costituzionale della Roma imperiale quello, per cagione del quale il processo di recezione fu favorito dai principi tedeschi. La massima giuridica auto-cratice: *princeps legibus solutus est*, che libera il principe nella sua sfera di competenza dalle *leges*, e fa di lui stesso l'autorità giuridica, doveva costituire per i sovrani uno stimolo tanto più forte, in quanto allora le norme generali di diritto nei loro territori erano *diritto popolare*, cioè erano prodotte dal popolo, consuetudinariamente, quindi democraticamente.

2. – La «ragione di Stato».

È perciò di speciale importanza che appunto in rapporto con questa recezione del *jus publicum* romano quale diritto costituzionale della monarchia assoluta, si introduca nella moderna scienza giuridica anche il concetto di un diritto pubblico essenzialmente diverso dal privato, come in generale il concetto di uno *Stato* diverso dal *diritto*. È la « ragione di Stato » del Machiavelli, la famigerata « Staatsraison », sotto il qual nome tutto il complesso dei postulati politici dell'autocrazia, mirante agl'interessi del principe e del suo seguito, si viene attuando contro l'ordinamento giuridico tradizionale. Il sistema di norme che si raccoglie sotto il nome di « Stato » o « diritto pubblico » vuole conquistare per il signore, contro la tradizionale costituzione giuridica (e statuale), un largo spazio di potere discrezionale nel campo dell'amministrazione interna e specialmente di quella estera. È questo il principio machiavellico: che per le azioni del principe deve essere decisivo solo l'interesse dello Stato in quel certo momento, o meglio quello che il principe reputa, o fa passare, per interesse dello Stato, ma non già il diritto, e cioè il diritto *popolare*. Così avviene che la parola « Stato » nel linguaggio giuridico tedesco ha in origine un significato accessorio cattivo, e ancora nel secolo XVII un professore di diritto crede di dovere assicurare che con la parola « Stato » non ha inteso punto di dire ciò che spesso si comprende con questo nome, e « quasi una perfidia, scelleratezza e disonestà dovrà dirsi ciò che in alcuni perversi luoghi si vuole giustificare con lo Stato, *ratione status* o con affari di Stato ». Che lo « Stato » in tal modo, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico spezzato dalla ragione di Stato, dal punto di vista della costituzione giuridica democratica, fosse senz'altro sentito come antagonista del diritto, è ben comprensibile. E così il termine « Stato » conserva questo suo originario significato ostile al diritto ancora in un tempo, in cui il principio dell'autocrazia, fino allora metagiuridico ossia semplicemente politico era divenuto massima fondamentale di diritto, e in luogo della costituzione giuridica democratica era subentrata appunto quella autocratica. Senonché, appena la costituzione giuridica autocratica è diventata diritto positivo, l'intendere per « diritto » nel proprio e stretto significato solo il diritto prodotto democrati-

camente, cioè colla partecipazione dei sottoposti al diritto, rappresenta una restrizione inammissibile, e interamente giusnaturalistica, del concetto del diritto. Così come non è ammissibile il contrapporre quali rapporti « giuridici » in senso proprio solo i rapporti giuridici fondati in modo autonomo a quelli fondati in modo eteronomo, designando questi come rapporti di « potenza » o di « signoria »: quando pure il secondo metodo di produzione individuale del diritto si fonda su norme giuridiche generali, è stabilito con norme giuridiche generali. Dappoiché in quest'ultima antitesi si ravvisa quella tra diritto pubblico e privato, deve anch'essa mutarsi da antitesi transistemica di diritto e non diritto, o di diritto in senso proprio e semidiritto, diritto di specie inferiore, in un'antitesi intrasistemica, cioè in una distinzione di fatti giuridici, per potere reggersi in qualche modo nella teoria del diritto.

F) IL SUPERAMENTO DELL'ANTITESI NEL CONCETTO
DI STATO DI DIRITTO.

L'intima connessione nella quale il superamento di questo dualismo tra diritto privato e pubblico, che dilacera l'unità del sistema del diritto, sta con quello del dualismo tra diritto e Stato, risulta da quanto si è detto sopra. Col primo passo, che la teoria del diritto ha fatto per l'abolizione del dualismo tra diritto e Stato, essa ha ad un tempo negato la differenza *essenziale* tra diritto privato e pubblico. Quando alla dottrina che lo Stato, come realtà naturale, sia presupposto del diritto come norma, si opponeva la dottrina che il diritto è il presupposto dello Stato, diventato così una entità giuridica (una concezione che nell'età moderna guadagna sempre più fautori), si era straordinariamente vicini alla concezione, qui sostenuta, dell'identità dell'ordinamento dello Stato con l'ordinamento giuridico. È sommamente significativo il fatto che appunto da parte di quella teoria, che non vuole ammettere lo Stato come presupposto del diritto, ma al contrario ammette il diritto come presupposto dello Stato, è negata anche la differenza essenziale tra diritto privato e pubblico.

In vero, questa differenza, in quanto con essa si afferma una sfera di atti dello Stato libero dal diritto, mentre tuttavia gli atti stessi dovrebbero essere in qualche modo atti giuridici, è incompatibile col concetto dello *Stato di diritto*. E qui non deve intendersi

per Stato « di diritto » un ordinamento statale di contenuto specifico, non dunque uno Stato con determinate istituzioni giuridiche, come legislazione democratica, vincolo degli atti esecutivi del capo dello Stato alla controfirma di ministri responsabili, diritti di libertà dei sudditi, indipendenza della magistratura, giurisdizione amministrativa, etc., insomma uno Stato di diritto nel senso *tecnico*, ma uno Stato i cui atti si compiano tutti sulla base dell'ordinamento giuridico. Questo concetto formale dello Stato di diritto è anzi, in confronto a quello materiale testé accennato, il primario. Da un punto di vista strettamente positivisticò, escludente ogni diritto naturale, *ogni* Stato deve però essere Stato di diritto in questo senso *formale*, in quanto appunto *ogni Stato* deve necessariamente essere un certo qualsiasi *ordinamento*, un ordinamento coercitivo della condotta umana, e questo ordinamento coercitivo, comunque sia prodotto, autocraticamente o democraticamente, e qualunque contenuto possa avere, deve essere un *ordinamento giuridico*, che gradualmente, dalla norma fondamentale presupposta ipoteticamente, attraverso norme generali, si concreta in atti giuridici individuali. Questo è il concetto dello Stato di diritto, il quale è identico a quello dello Stato, come a quello del diritto. In qual misura siano offerte garanzie di contenuto giuridico, affinché gli atti giuridici individuali corrispondano effettivamente alle norme generali, è però una questione diversa. Ad essa risponde il concetto dello Stato di diritto nel senso materiale o tecnico della parola.

HANS KELSEN

PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI VIENNA

DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO: *DISTINGUE FREQUENTER*

Giacinto della Cananea*

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

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

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



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

PUBLIC AND PRIVATE LAW: *DISTINGUE FREQUENTER*

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

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

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

1. PREMESSA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LE RES. DALLA PROPRIETÀ ALLE PROPRIETÀ

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

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

³ *Institutiones*, § 2.1.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. L'ESCLUSIONE DEL FALLIMENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

5. L'AMMINISTRAZIONE È ESECUZIONE DELLA LEGGE?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. POTERI GIURIDICI, POTESTÀ PUBBLICHE

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

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

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

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

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

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

7. *DISTINGUE FREQUENTER*

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

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

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.

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» apertosi 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 attualità*, 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.

Nel prossimo numero...

V.E. ORLANDO, DEL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA
RAPPRESENTANZA POLITICA, IN ID., SCRITTI VARI DI DIRITTO
PUBBLICO GENERALE (1881-1940), COORDINATI IN SISTEMA,
MILANO, GIUFFRÈ, 1940, RISTAMPA INALTERATA 1954,
PP. 417-456.

EDITORIALE – RAPPRESENTANZA “FIDUCIARIA”
E RAPPRESENTANZA “IN CAMPO POLITICO”: OSSERVAZIONI
SU UN SAGGIO DI V.E. ORLANDO

EDITORIALE

Fulco Lanchester*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Orlando e la dottrina del suo tempo. – 3. Il saggio sulla rappresentanza politica. – 4. Centralità del problema e differenze culturali. - 5. La personalità dello Stato come soluzione alle crisi del ‘parlamentarismo’. – 6. Rappresentanza in campo politico e rappresentanza fiduciaria. – 7. Il costituzionalismo liberal-democratico, l’equilibrio e le garanzie.

* Sapienza Università di Roma, fulco.lanchester@uniroma1.it



1. PREMESSA

La nuova pubblicazione in questa *Antologia* del saggio di Vittorio Emanuele Orlando su *De la nature juridique de la représentation politique*¹, ai fini di una valutazione corale sul n. 1/2025 della Rivista, non si giustifica solo con motivi di rimembranza storica (il 130° anniversario rispetto al 1895), ma ricorda, soprattutto, la persistente ed accesa attualità del tema, derivante dalla *ciclica crisi* della riflessione orlandiana nell'ambito delle liberal-democrazie contemporanee e in particolare in Italia.

In un simile contesto, l'ancora aperto processo di riallineamento del sistema partitico italiano, caratterizzato da un inusuale fenomeno di *ipercinetismo elettorale compulsivo*², ha richiamato impostazioni basilari non soltanto per la forma di governo (parlamentare), ma anche per la stessa forma di Stato liberal democratica. D'altro canto, le difficoltà che affrontano altri ordinamenti europei (penso a Francia, Germania e Spagna innanzitutto) confermano l'attualità degli argomenti trattati nello scritto di Orlando (anche se non indicano le soluzioni).

Una simile osservazione preliminare si connette con una visione di lungo profilo, che investe anche il diritto positivo nelle sue invarianze e sedimentazioni. In questa introduzione, dopo aver analizzato l'argomento dal punto di vista del dibattito metodologico nel diritto pubblico che ne fu la fonte nell'ultimo ventennio del secolo XIX, approfondirò in modo sintetico gli accennati aspetti di attualità dello stesso nella discussione istituzionalistica.

¹ V.E. ORLANDO, *De la nature juridique de la représentation politique*, pubblicato sulla *Revue française de droit public et de la science politique* Troisième tome (II année), 1895, pp. 1-39; la cit. è a p. 39, tradotto in seguito a cura di M.P. con il titolo *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* in V. E. ORLANDO, *Scritti vari di Diritto pubblico generale (1881-1940)*, coordinati in sistema, Milano, Giuffrè, 1940, ristampa inalterata 1954, pp. 417-456.

² F. LANCHESTER, *La Costituzione sotto sforzo: tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2020, *passim*.

2. ORLANDO E LA DOTTRINA DEL SUO TEMPO

Ma prima di tutto giova chiarire qual è il contesto storico in cui Orlando ha scritto e come si inserisce nel dibattito italiano ed internazionale del suo tempo.

Come si diceva, esso venne pubblicato in origine in lingua francese sul terzo numero della *Revue française de droit public et de la science politique* nel 1895 e, successivamente, inserito dall'Autore nella parte (libro) IV: *Lo Stato rappresentativo e i suoi organi* degli *Scritti vari di Diritto pubblico generale (1881-1940), coordinati in sistema*, volume edito nel 1940³.

All'epoca della pubblicazione del saggio, Orlando aveva 35 anni ed era uno dei più brillanti giuristi di una generazione che era stata preceduta da Arcoleo (Napoli), Brunialti (Torino), Luzzatti (Padova), Mantovani Orsetti (Bologna), Scolari (Pisa), Palma (Roma).

Iscrittosi alla Facoltà di Giurisprudenza di Palermo nel 1877 e poi laureatosi nel 1881, vincitore del concorso a cattedra di Diritto costituzionale a Modena (1885) e in seguito a Messina (1886)⁴, Orlando proveniva dalle file della scuola storico-politica (rappresentata in particolare da Luigi Palma⁵, ordinario di Diritto costituzionale a Roma, poiché a Palermo - fino all'arrivo nel 1881 di Alessandro Paternostro -

³ V.E. ORLANDO, *Scritti vari di Diritto pubblico generale (1881-1940), coordinati in sistema* (Milano, Giuffrè, 1940, ristampa inalterata 1954). Lo scritto si connette strettamente al tema della *parte I (Del metodo in diritto pubblico)*, della *II (sul sistema e sulle classificazioni delle scienze del diritto pubblico)* e della *III (Teoria giuridica dello Stato)*.

⁴ Nel 1885 nel concorso di Modena i commissari furono: Albicini, Palma, Brunialti, Raisini, Arcoleo; a Messina (1886): Spaventa, Oliva, Arcoleo, Paternostro, Albicini. Per un'analisi del meccanismo di riproduzione accademica del periodo v. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica dal periodo liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi*, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2024, pp. 45 ss.

⁵ V. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana*, cit. e L. BORSI, *Storia, nazione, costituzione: Palma e i preorlandiani*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

l'insegnamento del diritto costituzionale era stato invero trascurato⁶). Nei primi anni successivi alla laurea Orlando aveva provveduto a bagnare i suoi panni in Germania nelle sorgenti della scuola giuspositivista tedesca, facendo tesoro della impostazione positiva del diritto pubblico lì già emersa. La sua intelligenza policroma ed elastica lo convinse ad affrontare la crisi del cosiddetto *parlamentarismo* e i problemi dello Stato amministrativo con il lancio di una rivoluzione metodologica di tipo positivista, che sottintendeva la proposta di una *formola politica* per la classe dirigente del recente Stato nazionale italiano.

3. IL SAGGIO SULLA RAPPRESENTANZA POLITICA

L'argomento della «rappresentanza politica» (o meglio della «rappresentanza fiduciaria in campo politico»)⁷ si collegava strettamente sia al tema dell'allargamento del suffragio sia alle difficoltà del cosiddetto *parlamentarismo* di marca latina⁸. Nel diritto costituzionale il tema del rapporto *principale-agente*, come nota lo stesso Orlando, era stato relativamente poco dibattuto rispetto a quello dell'allargamento della capacità elettorale attiva e al conseguente problema del sistema elettorale in senso stretto (ovvero al dibattito sul passaggio dal meccanismo basato sul collegio uninominale maggioritario ad uno fondato sulla formula di tipo speculare in circoscrizioni plurinominali)⁹. Le difficoltà sistemiche successive al 1881

⁶ Ricopriva l'insegnamento come ordinario Giuseppe Ugdulena, nominato docente di Diritto costituzionale dal fratello di monsignor Gregorio Ugdulena, Segretario di Stato per il dicastero dell'Istruzione pubblica e del Culto del Governo dittatoriale e prodittatoriale in Sicilia nel 1860.

⁷ V. F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5 ss.

⁸ Sulle origini del termine e la sua differente interpretazione in ambito francese (e quindi italiano) e tedesco v. F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico*, cit., *passim*.

⁹ V. ad es. le opere di L. PALMA, *Del potere elettorale negli stati liberi*, 1869; G. PADELLETTI, *La rappresentanza proporzionale in Italia: a proposito di recenti pubblicazioni*, in *Nuova antologia*, 1871, pp. 161-184; A. BRUNIALTI, *Libertà e*

avevano posto il problema della stabilizzazione della forma di governo collegandosi al tema del metodo utilizzato nel diritto pubblico.

La *Revue du Droit public et de la Science politique*, fondata e diretta nel primo periodo di vita da Ferdinand Larnaude¹⁰, aveva nei primi due numeri, pubblicato saggi ed interventi sul tema delle istituzioni non solo a livello francese. Il programma della rivista era scientifico, ma anche legato alla attualità interna e comparata, come spiega nel *Notre programme* il direttore¹¹. Nel secondo tomo tra i collaboratori italiani citati in appendice si potevano recuperare Luzzatto, Arcoleo, Bovio, Salandra, Brunialti, Palma, Miceli, Pierantoni, Mosca, Brusa, Rossi, Contuzzi¹² e Zanichelli¹³, ma non Orlando o altri esponenti dell’Università di Palermo. La collaborazione di Orlando alla rivista francese sul tomo 3 del 1895 deve essere, dunque, anche vista come opportunità per fornire visibilità al proprio messaggio metodologico¹⁴.

4. CENTRALITÀ DEL PROBLEMA E DIFFERENZE CULTURALI

Come riconosciuto dallo stesso Orlando, l’argomento del saggio era divenuto centrale nel dibattito solo nei primi anni ’90 del secolo XIX con la pubblicazione di opere che segnalavano differenti approcci

democrazia: studi sulla rappresentanza delle minorità, Milano, Treves, 1871; F. GENALA, *Della libertà e equivalenza dei suffragi nelle elezioni ovvero della proporzionale rappresentanza delle maggioranze e minoranze*, Milano, Vallardi, 1871.

¹⁰ Ferdinand Larnaude (1853 - 1942) fu preside della Facoltà di Giurisprudenza di Parigi e ordinario di Diritto pubblico fondò e diresse *Revue du droit public et de la science politique*. Nel 1919 fu delegato tecnico ai colloqui per la pace di Versailles.

¹¹ F. LARNAUDE, *Notre programme*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, tomo 1, pp. 1 ss.

¹² F.P. CONTUZZI, *L’état de siège d’après le droit public italien*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l’étranger*, 1894, tomo 1, pp. 441 ss.

¹³ D. ZANICHELLI, *Chronique politique (Italie)*, *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, tomo 2, pp. 133 ss.

¹⁴ Mi riferisco a V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889 e IDEM, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1891.

metodologici. Mi riferisco, oltre ai volumi di Miceli¹⁵, a quelli di Jona¹⁶, di Rossi¹⁷ e di Persico¹⁸, che evidenziavano comune visione critica della realtà, ma differenti approcci metodologici e distinte soluzioni pratiche ai problemi.

Per comprendere il saggio di Orlando, l'affermazione del suo metodo, ma anche i suoi riferimenti contraddittori tra liberalismo franco-britannico e costituzionalismo di origine tedesca, è dunque necessario, prima di tutto, analizzare il titolo originario e la sua traduzione ufficiale in italiano e, poi, su questa base, leggere con attenzione la produzione dello stesso Orlando nel decennio precedente¹⁹.

In questa prospettiva bisogna partire prima di tutto dal titolo del contributo francese, che utilizza l'espressione *représentation* e che Orlando non cita significativamente mai, e da quello italiano dove viene invece utilizzato in modo ovviamente costante il termine *rappresentanza*. Una simile osservazione terminologica non è di secondaria importanza, se si fa riferimento agli studi di Hofmann²⁰ sulla

¹⁵ Su cui v. S. GENTILE, *Vincenzo Miceli*, in *Dizionario Biografico della Calabria Contemporanea*, a cura di P. Sergi, <https://www.icsaicstoria.it/dizionario/miceli-vincenzo/>.

¹⁶ G. JONA, *La rappresentanza politica*, Modena, E. Sarasino, 1892.

¹⁷ L. ROSSI, *I principi fondamentali della rappresentanza politica*, Bologna, Tip. Fava e Garagnani, 1894.

¹⁸ F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche e amministrative: considerazioni e proposte*, Napoli, Riccardo Marghieri, 1885, saggio significativamente ripubblicato nel 1942 (Napoli, edizioni Gufo di M. Fiorentino) e recensito da C. Mortati nello stesso anno.

¹⁹ Mi riferisco in particolare a V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, pubblicati sull'*Archivio giuridico*, 1886 ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345 ss. che partono dalle critiche contro il governo parlamentare e sulla necessità di un'opera di analisi delle «condizioni del governo rappresentativo» (parole di Attilio Brunialti, allora ancora ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Torino) che sarebbe *prezioso* per la scienza e un *servizio* inestimabile per la patria e per la libertà" (A. BRUNIALTI, *Guida allo studio del diritto costituzionale*, Torino, Loescher, 1882, pp. 268 ss.). La ragione di una simile mancanza viene individuata da Orlando sulla base della «varietà delle idee» quanto sulla «contraddittorietà dei giudizi e la confusione dei metodi» (*idem*).

²⁰ H. HOFMANN, *Le concept de représentation politique: un problème allemand?*, in *Raisons politiques*, n. 2, 2013, pp. 79 ss.

genealogia del concetto di rappresentanza e sui diversi vocaboli utilizzati nell’ambito delle differenti storie culturali ad esse sottesi.

In effetti, per lo studioso tedesco, “il significato della categoria di *Repräsentation* è fortemente dibattuta”. L’affermazione per cui il termine *Repräsentation* possiederebbe un significato “universalmente accettato” risulta convincente solo nel contesto americano (direi meglio anglo-americano), nella misura in cui l’accezione si connette ad una relazione democratica connessa con l’espressione della volontà del singolo avente diritto al voto. Hoffman mette in evidenza che “un tale consenso terminologico non esiste [invece] nel contesto tedesco”²¹.

Sottolineo con forza questa affermazione, fondata sull’analisi concettuale e genealogica del termine *rappresentanza* in ambito tedesco, per evidenziare che la proposta metodologica orlandiana pattina tra il *liberalesimo* risorgimentale anglo-francese e la monarchia costituzionale tedesca nel tentativo di interpretare e neutralizzare i conflitti Monarchia-Parlamento, nonché il rapporto dei rappresentanti con gli elettori.

5. LA PERSONALITÀ DELLO STATO COME SOLUZIONE ALLE CRISI DEL ‘PARLAMENTARISMO’

L’impostazione di Orlando innanzitutto denomina come *rappresentanza politica* il rapporto di rappresentanza fiduciaria tra principale e agente e non tiene conto del *campo politico*, dove possono esercitarsi anche altri tipi di rappresentanza (mandataria, istituzionale, sociologica).

Di qui alcune conseguenze. La crisi del governo parlamentare, nato in Gran Bretagna alla metà del secolo XVIII e prospettato da John Stuart Mill come la migliore forma di governo, nasce ad avviso di Orlando negli anni ’70 in Francia come reazione al democraticismo assembleare (il riferimento è all’opera di Hippolyte Taine)²², ma non si cita il dibattito

²¹ *Idem.*

²² V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 346.

dello stesso Mill con Walter Bagehot in occasione della riforma elettorale del 1867²³.

Tuttavia, gli avversari di un simile sistema erano risalenti nell'avversione allo stesso costituzionalismo liberale. I critici italiani erano stati esaminati dallo stesso Orlando nel 1884 in un precedente scritto, incentrato sulla valutazione dell'opera del collega e concittadino Gaetano Mosca, che lo aveva condotto a prendere in considerazione sia Minghetti sia Bonghi in un'epoca di instabilità e di cambiamento successiva da un lato all'avvento della sinistra storica e dall'altro all'allargamento della capacità elettorale attiva e alla modifica del sistema elettorale in senso stretto, già ricordati in precedenza²⁴.

Nei due lustri successivi a queste prime valutazioni Orlando esplicita il suo personale programma metodologico e le sue conseguenti analisi. Per prima cosa Egli evidenzia il carattere eminentemente *politico* delle considerazioni sul governo rappresentativo che finiscono per coinvolgere lo stesso profilo giuridico dell'istituto²⁵. Egli non nasconde però che l'inverso procedimento operato dalla scuola tedesca, pur ostentando aspirazioni tecniche, finisca allo stesso modo per agire sulla base di valutazioni politiche. In questa specifica prospettiva Orlando nota come Mohl faccia riferimento ad una concezione del *Rechtsstaat* di tipo metafisico e religiosamente orientato. A suo avviso lo stesso Bluntschli sostiene, infatti, come *Stato modello* la monarchia costituzionale tedesca respingendo la forma di governo parlamentare.

Qui però Orlando non esplicita che la dottrina tedesca, nell'analisi della monarchia costituzionale e del *parlamentarismo tedesco*, accetta l'esistenza di Assemblee parlamentari, ma rifiuta che le stesse oltrepassino il livello dell'*Einfluss* (influenza) sull'indirizzo politico di governo. Di *Einfluss* avevano parlato significativamente Bluntschli per il caso americano pre-Convenzione di Filadelfia²⁶, ma soprattutto Hugo

²³ Su cui v. F. LANCHESTER, *I partiti politici tra comunità politica e istituzioni: la crisi di regime ed il riallineamento incompiuto*, in *Nomos*, n. 1, 2004, pp. 99 ss.

²⁴ V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, n. 2, 1884, vol. 1, pp. 589-600.

²⁵ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 349.

²⁶ F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 28 ss. Sulla base della famosa affermazione di George Washington "*Influence is*

Preuss in relazione alla attività del Reichstag²⁷, alla fine del secolo XIX in Germania.

Da parte sua Orlando riteneva non più differibile che lo studio giuridico, per confutare «la tendenza ostile al governo parlamentare», si accompagnasse al superamento della *confusione dei criteri* da un lato e all'accantonamento dell'*astrattezza* della rigidità tedesca dall'altro: il suo programma di distinzione tra politica e diritto deve dunque comportare un'*armonia* finale tra i criteri stessi. Appare in queste pagine la distinzione tra statica e dinamica delle istituzioni, in cui la prima sarebbe amministrata dal diritto e la seconda dalla politica²⁸.

In questa prospettiva Orlando procede ad esaminare la teoria di Montesquieu sulla divisione dei poteri alla base delle tendenze francesi (e, in parte, inglesi) circa l'indole giuridica della forma di governo parlamentare come teoria del governo misto²⁹.

Orlando ritiene di poter fondare la teoria giuridica del governo di Gabinetto sulla base di quattro punti:

- a. La funzione propria delle camere rappresentative di fare le leggi «va distinta a seconda del contenuto della determinazione o del provvedimento»;
- b. La Camera non crea, ma riconosce il diritto;
- c. Le «leggi impropriamente dette» per il loro contenuto sono relative all'azione di governo;
- d. La divisione dei poteri deve intendersi come distinzione di funzioni e deve coordinarsi «rigorosamente con il concetto di unità dello Stato» non in senso *teologico* di potere uno e trino, «ma di vera sintesi organica di tutta l'attività dello Stato»³⁰.

not government” (*Einfluss ist nicht Regieren*), riportata da J.C. BLUNTSCHLI ne *Die Gründung der Amerikanische Union von 1797*, Berlin, Habel, 1872 (prima ed. 1868), pp. 18-19.

²⁷ H. PREUSS, *Gesammelte Schriften: 1: Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, herausgegeben und eingeleitet von L. Albertin in Zusammenarbeit mit C.Müller, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, *passim*.

²⁸ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., pp. 351-353.

²⁹ *Ivi*, pp. 361 ss.

³⁰ *Ivi*, pp. 397-398.

Il Governo latamente inteso rappresenta questa sintesi che si differenzia dall'ipotesi estrema di un potere legislativo *supremo* e quindi costituente, che Orlando rigetta, perché si attribuisce al legislativo un potere che non ha. «(L)ungi dal riconoscere nel popolo il grande depositario del diritto ...e dal procedere dal concetto di società a quello di Stato, si subordina la giuridica essenza di questo alla volontà di una rappresentanza degli elementi sociali mentre, al contrario, questi non raggiungono la loro integrazione se non per mezzo dello Stato»³¹.

Nella posizione avversata da Orlando la società non è tutto e non può trasformare il principio della sovranità nazionale in una «delegazione di poteri, che rende l'assemblea eletta altrettanto capace quanto il corpo sociale che la nomina». È per questo che per Lui risulta necessario «affranca(rsi) radicalmente dal concetto di delegazione dei poteri che pure si suole ritenere più o meno essenziale al concetto di rappresentanza», poiché quando la sovranità popolare diventa assoluta «nega lo stato di diritto che non ammette poteri assoluti»³².

Per Orlando il problema è rappresentato dal popolo come presupposto del Corpo elettorale e che da questo si passi nella camera elettiva, cosicché società e Stato vengono in questo modo confusi provocando conseguenze rilevanti. Per il giuspubblicista siciliano ci si deve, di conseguenza, affrancare «radicalmente dal concetto di delegazione di poteri che pur si suole ritenere più o meno essenziale al concetto di rappresentanza». La teorica della sovranità popolare è vera «in quanto il popolo è la sorgente di ogni diritto, e quindi anche di quel diritto supremo che è quello dello Stato», ma nega lo Stato di diritto quando si trasformi tale forza in un organo che assorbe tutto diventando assoluto³³.

Per Orlando la vita giuridica dello Stato è indipendente da indirizzi politici ed economici, ma qui ci si imbatte nel *mistero teologico secolarizzato*, per cui il Governo di Gabinetto, emanazione della Camera elettiva, non risulta «uno stato di fatto», perché «la sfera delle attribuzioni esercitate dalla Camera elettiva» in questione non è «del

³¹ *Ivi*, p. 400.

³² *Ivi*, pp. 400-402

³³ *Ivi*, p. 402.

tutto estranea e rimonta da quelle assegnate al Governo». «(A)l contrario, esse coincidono».

Per Orlando il Parlamento «contro la comune opinione» fa «parte dello stesso...» ed anzi «questo partecipare alla funzione governativa è la caratteristica vera e propria di quell’assemblea»³⁴.

E qui il saggio del 1886 si connette con quello del 1895, confermando quanto scritto nei *Principi di diritto costituzionale del 1889*³⁵. Nell’articolo pubblicato sulla *Revue du Droit public et de la Science politique*, Orlando sostiene infatti che «(l)a forma rappresentativa presuppone la designazione dei *capaci* al governo (e) il governo di Gabinetto ne è l’efficienza ultima e più perfetta, ne è la conseguenza necessaria e naturale e perciò stesso rispondente e conforme alle esigenze dell’evoluzione del diritto»³⁶.

Orlando, che pubblica il saggio in un contesto europeo ed italiano in cui il Diritto costituzionale cerca la propria definizione, è pienamente consapevole che la sua proposta (*formola*) debba fare i conti con la realtà sociale e politica di riferimento. Di fronte alle posizioni della dottrina coeva, Orlando conclude significativamente il saggio affermando: «La rappresentanza presuppone la selezione dei capaci per affidar loro l’esercizio delle più alte funzioni della vita pubblica. Meno questo presupposto è d’accordo coi fatti, e più fa difetto la ragion d’essere di questo istituto; il quale per una fatale necessità, decade o si corrompe»³⁷.

Una simile conclusione ci riporta alla *strumentalità* della posizione di Orlando, ma anche alla lucidità successiva al crollo dello Stato liberale sulla necessità di ripensare metodo e prospettive. Non è un caso che in questo abbia operato prima nel 1925 in maniera problematica, poi nel 1947 aprendosi al diritto sopranazionale e, infine, nel 1952 occupandosi del ruolo dei partiti.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, cit.

³⁶ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 403.

³⁷ V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, cit., p. 456.

6. RAPPRESENTANZA IN CAMPO POLITICO E RAPPRESENTANZA FIDUCIARIA

Ricapitoliamo. Il tema della rappresentanza costituisce un classico nello studio dello Stato moderno e delle sue differenti fasi, da quella assolutistica alla liberale oligarchica fino ad arrivare allo Stato di massa (democratico o non), proseguendo a quello della globalizzazione multilivello, caratterizzato dall'individualismo informatico. Simili trasformazioni pongono la necessità di valutare nella rispettiva prospettiva storico spirituale il tema in oggetto nel periodo pre-rivoluzionario e successivo (inglese e francese) di tipo liberale oligarchico e poi democratico di massa.

L'argomento deve, inoltre, essere affrontato in modo distinto tra pubblico e privato prima e dopo la grande scissione e, nell'ambito del pubblico, all'interno o all'esterno della politicità, con il passaggio dall'esercizio dell'influenza sul politico a quello della partecipazione diretta sull'indirizzo politico. La rappresentanza al di fuori della politicità, ovvero esterna al cosiddetto *campo politico*, si collega infatti ad attori ed agenti legati dal vincolo privatistico del mandato. L'ingresso nella politicità delle assemblee parlamentari comporta, invece, la dichiarazione esplicita del contrasto con la pratica del mandato imperativo e della stessa *volonté générale* roussoviana³⁸.

La concezione giuridica liberale della seconda metà dell'800, di fronte alla progressiva estensione del suffragio, tese a costituire una barriera ideologica di tipo tecnico- giuridico alla perdita omogeneità sociale della base elettorale (e conseguentemente parlamentare) con la teoria della personalità dello Stato. Orlando lo teorizza chiaramente e non nega gli argomenti elitistici del suo collega di studi Gaetano Mosca, per cui le elezioni sono selezione all'interno dell'élite per la individuazione di capacità necessarie. Di qui un'impostazione intermedia sulla natura

³⁸ Il riferimento va a E. BURKE, *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. III, ed. by W.M. ELOFSON with J.A. WOODS, Oxford, Clarendon, 1996, p. 69. Per un'analisi si rinvia F. LANCHESTER, *La Costituzione sotto sforzo: tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, cit., pp. 64 ss.

della capacità elettorale attiva sia come diritto sia come funzione e solo funzionale per quella passiva³⁹.

Con l'estensione progressiva del suffragio il rapporto individualistico liberale elettore – rappresentante viene integrato e strutturato dalla indispensabile presenza di formazioni di partito, incaricate di articolare, ridurre e trasmettere le domande dell'elettorato e contribuire a selezionare gli eletti. Questo risulta chiaro anche ad Orlando che nel suo ultimo scritto si occupò proprio di partiti politici⁴⁰. Oggi quelle indispensabili cinghie di trasmissione si sono invece indebolite e, in alcuni casi, addirittura scomparse.

Vittorio Emanuele Orlando anche con questo scritto, che coincide con il decimo anno della sua celebre svolta metodologica⁴¹, intese dunque porsi come protagonista del dibattito della prima fase di transizione verso lo Stato di massa dallo Stato liberale oligarchico.

Nata nell'ambito della polemica contro le degenerazioni del *parlamentarismo* e concentrata sull'inesistenza del mandato e sull'individuazione di capacità, la teoria liberale oligarchica di Orlando entrò, invece, palesemente in crisi durante il periodo giolittiano, con la estensione del suffragio universale maschile nel 1912 e poi, dopo il conflitto mondiale, con la legge Nitti del 1919 che introdusse il meccanismo elettorale basato su formula elettorale proporzionalistica.

La connessione tra queste due innovazioni e la trasformazione del contesto venne lucidamente evidenziata da Gaspare Ambrosini⁴² (un

³⁹ V. F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, pp. 1107 ss. e ID., *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 140 ss.

⁴⁰ V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici: saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, vol. 2, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 603 ss.; M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in AA.VV., *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, pp. 17 ss.

⁴¹ Su cui G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980 e M. FIORAVANTI, *Per la storia della giuspubblicistica postunitaria, 1: La vicenda intellettuale del giovane Orlando: 1881-1897*, Firenze, Eurografica, 1979.

⁴² G. AMBROSINI, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*; con un'appendice contenente il testo delle modifiche apportate il 26 luglio-6 agosto 1920 al Regolamento interno della Camera dei Deputati, Firenze, La Voce, 1921.

allievo di Gaetano Mosca), mentre la crisi della forma di Stato stata prefigurata da Santi Romano già nel 1909 nella prolusione pisana⁴³.

Dopo il breve periodo liberal-democratico pieno di difficoltà e contraddizioni, l'avvento del fascismo al Governo (1922) e il successivo passaggio allo Stato autoritario a tendenza totalitaria nel corso della legislatura costituente (1924-29) alle spalle della legge elettorale Acerbo con premio di maggioranza, fece certificare – in occasione della approvazione della legge sul primo ministro (1925), a Gaetano Mosca la fine ufficiale della forma di Stato liberal-democratica. Tre anni dopo Giovanni Giolitti affermò la stessa posizione esprimendo la sua avversione nei confronti della legge elettorale plebiscitaria del 1928⁴⁴. D'altro canto, anche Orlando, proprio nell'introduzione al volume di *Scritti* del 1940, ribadì la sua estraneità al regime autoritario a tendenza totalitaria con un cenno esplicito alla sua decisione di ritirarsi dall'insegnamento pur di non giurare fedeltà allo stesso.

7. IL COSTITUZIONALISMO LIBERAL-DEMOCRATICO, L'EQUILIBRIO E LE GARANZIE

Il passaggio dallo Stato liberale oligarchico a quello di massa non democratico implicò una revisione della teoria giuridica da parte della dottrina con la prospettazione teorie della rappresentanza istituzionale derivanti dalla trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei fasci e delle corporazioni⁴⁵. Nello Stato dei partiti democratico di massa esiste, invece, una possibile forbice tra clausola cecoslovacca⁴⁶ e la

⁴³ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di diritto pubblico*, n. 3, 1910, pp. 98 ss.

⁴⁴ V. per i riferimenti F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica dallo Stato liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi*, cit., *passim*.

⁴⁵ Si confrontino C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino, Stabilimento Tipografico Filelfo, 1938; V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1939.

⁴⁶ C. MORTATI (a cura di), *La legge elettorale cecoslovacca: con un saggio introduttivo di F. Lanchester*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020 (I ed. 1946).

soluzione della continuità formale tra divieto del mandato imperativo come garanzia liminare del rappresentante⁴⁷.

Influenzato da suggestioni organicistiche (Gierke e Persico) e sulla base dell’esperienza della crisi della prima ondata di democratizzazione, le soluzioni suggerite da Mortati erano, invece, incentrate anche su un notevole rafforzamento della partecipazione popolare attraverso votazioni elettive e deliberative. Nella selezione delle candidature Mortati prevedeva un coinvolgimento intrapartitico forte degli iscritti agli stessi, mentre il voto di preferenza veniva visto come garanzia antioligarchica.

L’Assemblea costituente, nonostante la composizione di tipo frammentato e centrifugo, operò la scelta di una forma di Stato di diritto costituzionale liberal democratica–sociale e di una forma di governo parlamentare debole basata sui partiti. La prospettiva fu quella di integrare i valori liberali con l’estensione del suffragio oramai universale in un sistema democratico-sociale.

Già all’inizio dell’esperienza repubblicana la realtà si prospettò difficile per il pluralismo estremo e la polarizzazione delle stesse formazioni partitiche di massa che si ponevano alla base dell’ordinamento. Fallita negli anni Settanta del secolo scorso la possibile integrazione, la crisi dei dati reali della società civile ha comportato la scomparsa, tra l’altro, dei soggetti politicamente rilevanti della prima fase della storia repubblica e l’avvento progressivo della società liquida dell’informazione individualizzata. Tutto ciò ha posto ancor più in discussione anche la teoria del libero mandato formale⁴⁸. Si tende sempre più alla *personalizzazione verticistica* della rappresentanza *con elementi istituzionali strutturanti* fino ad arrivare al plebiscito ovvero alla fiducia sfiducia nei confronti di una individualità.

Si tratta sotto altre forme ed in altro contesto del ritorno al classico dibattito che vide coinvolti nel 1852 Victor Hugo, Walter Bagehot e Karl

⁴⁷ G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin, De Gruyter, 1960 (che amplia l’ed. del 1929).

⁴⁸ N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull’articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991.

Marx, in occasione dell'esperienza e della fine della II Repubblica francese. Le posizioni espresse in quella circostanza possiedono ancora una attualità non minore di quelle di Mill e di Bagehot sulla funzione dell'atto elettivo e sul governo parlamentare⁴⁹. La risultanza di simili posizioni non deve essere però assolutizzata e abbisogna di ragionevolezza ed equilibrio, che non sempre sono recuperabili nella specifica discussione italiana.

Nell'esperienza della prima fase della storia della Costituzione repubblicana il pluralismo estremo polarizzato si basava su partiti strutturati, dove il rapporto rappresentativo veniva mediato dal voto di preferenza e dalla disciplina di partito nell'ambito della consapevolezza dei limiti derivanti dall'ordine internazionale.

La prospettiva post-1993 ha comportato il liquefarsi delle antiche formazioni di partito e un riallineamento delle nuove mai concluso di formazioni oramai sempre più deboli e meccanismi di formazione della rappresentanza sempre più estranianti e verticistici, che non solo annullano la partecipazione e la rappresentanza fiduciaria, ma rischiano di erodere la libertà di espressione del suffragio. La tendenza è quella della inefficienza democratica e della ricerca di contrastarla con dosi sempre maggiori di eccitanti, che però comportano il rischio conseguente di infarto miocardico per la democrazia.

Il progetto di premierato Meloni–Casellati (dopo una numerosa serie di Commissioni ed i progetti di revisione costituzionale Berlusconi e Renzi) è l'ultimo ritrovato istituzionale che ha visto un salto di qualità incrementale in Italia nella seconda fase della storia della Costituzione repubblicana dopo il 1993⁵⁰.

La previsione di una votazione una e trina degli organi legislativi e di Governo nella persona del Presidente del consiglio (oltre ad essere un mistero tecnico) costituisce il ricorso inusitato al plebiscito, ovvero alla fiducia/sfiducia di un individuo, viola il principio della separazione dei

⁴⁹ F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., pp. 71 ss.

⁵⁰ In argomento si v. la documentazione relativa al materiale delle audizioni presso le Commissioni affari costituzionali del Senato e della Camera, a cura di G. DE MINICO e A. ZEI in *Nomos*, n. 2, 2024.

poteri e declassa la elezione dei rappresentanti a mera designazione conseguente.

È per questo che, di fronte ad ipotesi di revisione formale o implicita dell’art. 67 Cost., ritengo che la garanzia del divieto di mandato imperativo continui a costituire una indispensabile guarentigia istituzionale. Le soluzioni di una eventuale decadenza dal mandato, quando si fuoriesca dalla formazione nelle cui liste si è stati eletti o l’impossibilità di transitare al di fuori del gruppo parlamentare istituzionale in cui si è stati eletti (*floor crossing* sudafricano)⁵¹ risultano strumenti che si spiegano nell’ambito della necessità di strutturare le formazioni di partito oramai non più strutturate. Essi sono tuttavia pericolosi e inaccettabili.

Ripeto qui cose già dette in molte sedi: il tema è sì quello del controllo dell’*agente* da parte del *principale*, ma soprattutto quello della sua miglior selezione sia in ambito infrapartitico che in ambito interpartitico. Sotto il profilo temporale vi è, infatti, un prima ed un dopo. Devono essere affrontate, infatti, le questioni della individuazione dei candidati all’interno delle formazioni di partito e quello della legislazione elettorale di contorno sul piano interpartitico (ad es. eguaglianza delle opportunità tra i concorrenti, eleggibilità, ineleggibilità, incompatibilità, incandidabilità). Nel momento successivo all’atto elettivo effettuato attraverso il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, l’eletto può essere controllato e vincolato in vario modo, ma -ripeto-è imprescindibile che sia garantita la sua autonomia formale.

⁵¹ v. F. DAU, *Costituzionalismo e rappresentanza: il caso del Sudafrica*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*.

Antologia di Diritto pubblico

Fascicolo n. 2/2024

Autori

Giacinto della Cananea è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Bocconi di Milano;
giacinto.dellacananea@unibocconi.it

Fulco Lanchester è Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso Sapienza Università di Roma;
fulco.lanchester@uniroma1.it

Giorgio Resta è Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre;
giorgio.resta@uniroma3.it

Emanuele Stolfi è Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità presso l'Università degli Studi di Siena;
emanuele.stolfi@unisi.it