

*Pubblico e privato: ancora su confini, identità, intersezioni**

di **Bernardo Sordi**

Mi limito dopo i ringraziamenti di rito, che sono davvero vivissimi, non formali, espressi nella consapevolezza che mi avete fatto un grande onore a discutere con voi queste mie pagine, a rispondere a due minimi interrogativi, cercando poi brevemente, nelle conclusioni, di far fronte alle sollecitazioni, molto stimolanti, che sono state poste dagli autorevoli lettori.

1. Perché una genealogia della *summa divisio* pubblico/privato?

Per lo storico la questione è autoevidente. Luigi Lacché, che ringrazio di questa lettura attenta e partecipata, ce lo ha perfettamente spiegato. Qui stava il grande lascito scientifico dei *Geschichtliche Grundbegriffe*, curati da Brunner, Conze, Koselleck e pubblicati a partire dall'inizio degli anni '70 del secolo scorso. Al di sotto della persistenza del lessico e delle parole, si realizzano continuamente profondi cambi di paradigma, secondo una forte variabilità storica di contenuti e significati, orchestrata da un *savoir intellectuelle* che continuamente distingue, classifica, ordina.

Ci troviamo di fronte a una invariante del pensiero giuridico occidentale? Tutt'altro. Anche per la grande dicotomia tra diritto pubblico e privato, per l'ossatura mentale del giurista continentale, quello che emerge da uno sguardo di lunga durata è un incessante mutare di equilibri e di significati. Emerge la conferma che anche le categorie fondamentali del nostro argomentare giuridico sono storicamente situate; emerge una profonda storicità che si snoda attraverso una parabola plurisecolare.

La tesi del libro è che solo la modernità giuridica, a partire dal XVI-XVII secolo, inizi progressivamente a orbitare tutto il diritto, da un lato intorno allo Stato e alla sua sovranità (il pubblico), dall'altra intorno all'individuo, colto nella sua dimensione prettamente patrimoniale di soggetto proprietario (il privato). Solo a partire da questo momento, il diritto pubblico inizia infatti ad acquisire una sua nuova e specifica consistenza semantica come "produit occidentale de la modernité"¹. Mentre il diritto privato inizia lentamente ad articolarsi intorno

* È merito precipuo di Giuseppe Vettori e di *Persona e mercato* aver organizzato, il 24 settembre 2021, questo fecondo colloquio tra storici e giuristi in margine al volume di Andrea Zoppini, *Il*

ad una concezione soggettivistica e a una configurazione unitaria della persona. Solo da questo momento, la distinzione tra pubblico e privato cessa di avere il limitato significato che vi attribuivano i giuristi romani (vedere il diritto – sostanzialmente unitario – ora sotto il profilo dell’interesse generale, ora della utilità privata). E inizia ad assumere il valore di un confine, appunto del *limes* e del *limen* - oggi più volte evocati a partire dal bel volume di Andrea Zoppini -, tra sovranità e soggetti individuali, tra autorità e libertà, tra Stato e società.

Pubblico e privato non sono già scritti, una volta per sempre, nella celebre definizione di Ulpiano che con Giustiniano incornicia lo stesso incipit dei *Digesta*. Hanno una loro storia di formazione, articolata e complessa, che si snoda per sentieri diversi (specialmente nei primi secoli della modernità giuridica). Anche limitandosi al solo osservatorio europeo e volendo semplificare al massimo: Francia, Germania, Inghilterra, Italia presentano propri percorsi, proprie cronologie, propri traguardi, con ritmi e tempi ogni volta diversi.

Solo con l’apogeo ottocentesco questi sentieri, sin qui divergenti, iniziano a convergere. Un apogeo che è facile identificare con l’età del codice civile (ma anche con l’età della legge del 28 piovoso anno VIII che avvia la grande fondazione ottocentesca dell’amministrazione e del diritto amministrativo), e che pure trova in un personaggio certo non tenero con questi due pilastri napoleonici, come Federico Carlo di Savigny, forse il suo interprete più autentico: di certo, quello più imitato per l’intero XIX secolo. Savigny elementarizza per i giuristi un sentire comune che con Kant, prima, il liberalismo dei Benjamin Constant, dei Pellegrino Rossi, dei Karl von Rotteck, poi, si è progressivamente definito nel continente.

Il diritto viene suddiviso in due sfere, in due territori nettamente distinti. Il pubblico riguarda lo Stato, inteso come organica manifestazione del popolo. Si concentra nelle manifestazioni della sovranità; esprime un potere di comando che si manifesta attraverso i tre atti tipici dell’autorità pubblica (la legge, l’atto amministrativo, la sentenza). È essenzialmente autorità, spesso misteriosamente fondata, invisibile, ma nondimeno, per la forza stessa delle fratture operate dalle due grandi rivoluzioni settecentesche, costretta ad aprirsi a canali di legittimazione - dalla rappresentanza politica al legicentrismo -, che avviano con fatica e con rilevanti conflitti una progressiva costituzionalizzazione del potere politico. Il privato riguarda invece le relazioni individuali che si stringono tra i

diritto privato e i suoi confini, Bologna, 2020 e al mio *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

¹ B. PLESSIX, *Le droit public. Que sais-je ?*, Paris, 2022, p.9.

membri della società civile. Ha un contenuto e un'anima tipicamente possessivi. Qui sono la proprietà, da un lato; il contratto, dall'altro, a dominare la scena.

Questi confini vengono tracciati secondo linee che sembrano nette e immutabili: come dimostrano, rispettivamente, l'immagine del codice come "costituzione civile" e quella dell'amministrazione come "azione vitale del governo" ed elemento indefettibile della statualità: due idee cardine, ampiamente circolanti nell'Ottocento giuridico.

Questi confini vengono così tracciati secondo linee che sembrano sottrarsi al ritmo della storia. Eppure, fanno appena in tempo a distendersi nel corso del XIX secolo, che inizia la lunga parabola novecentesca, segnata dalla grande stagione del diritto sociale e dei diritti sociali, e delle crescenti imbricazioni tra Stato ed economia: di un *collettivo* che non sta né nel pubblico, né nel privato. Raggiunto l'apogeo della grande dicotomia, questa altrettanto rapidamente si dissolve, avviando la parabola discendente. Trasformazioni che già alla vigilia della prima guerra mondiale, due preziosi e illuminanti volumi, dedicati da Léon Duguit rispettivamente alle principali trasformazioni del pubblico e del privato, fanno scoprire alla cultura giuridica europea.

Per la prima volta la grande dicotomia sembra non essere in grado di spiegare le condizioni presenti di Stato e società. Il rapporto sin qui antinomico tra pubblico e privato lascia il campo a sempre più estese zone grigie, a intersezioni e confluenze.

Si tratta di trasformazioni che, inarrestabili, proseguono sino al presente: un presente che pure – specialmente sino a ieri – si era quasi cullato nella possibilità di ripristinare, grazie alla forza globale del mercato, una società del diritto privato di ottocentesca memoria, solo corretta dalle minime regolazioni pubblicistiche che sorreggono la *Privatrechtsgesellschaft* orientata in senso ordoliberal da Franz Böhm, nelle sottili *silhouettes* della *lex mercatoria*, da un lato, e dello Stato regolatore, dall'altro, ricordata anche da Andrea Zoppini.

L'esito di questo lungo ondeggiare della parabola non sembra quindi quello di una grande dicotomia, immutabile e invariabile, ma quello di una semplice definizione stipulativa, né vera, né falsa, che deve essere volta a volta riempita di diversi contenuti storici

La linea Bobbio/Ferrajoli segnalata da Luigi Lacché, appunto. Bobbio nel 1981 – ormai oltre 40 anni fa – ci aveva consegnato un cammeo inestimabile. Già la definizione di 'grande dicotomia' che ci offre nella voce dell'*Enciclopedia Einaudi* è fulminante per precisione, concisione, icasticità. Ma è ancora l'espressione di una cultura giuridica continentale, che sino a Novecento inoltrato, ha considerato la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato una

distinzione in grado di racchiudere compiutamente lo spazio giuridico e di esaurirne le articolazioni interne; una distinzione a priori, costantemente utilizzata e in qualche misura invariabile, sottratta al divenire della storia.

Luigi Ferrajoli che, come tutti noi, vive in una stagione di ibridazioni, di intersezioni, di pluralismi crescenti, e che pure a Bobbio resta profondamente legato, è spinto a presentarci una intera teoria generale storicamente situata e offre quindi a chi fa di mestiere lo storico del diritto vere e proprie praterie da esplorare.

In questo caso la prateria era smisurata, tanto da essere scoperta con campagne successive di esplorazione che hanno richiesto tempo. E, ciò nonostante, il percorso tracciato nel volume resta un percorso di sintesi, deliberatamente semplificato. Serve solo a proporre una linea unitaria di lettura. Serve a offrire spazio per ulteriori approfondimenti, che a mio modo di vedere dovrebbero riguardare, più che l'Ottocento, il prima, quel lungo antico regime sempre difficile da restituire nella sua complessa e multiforme articolazione, come faceva notare l'amico Marco Miletto in occasione di una lettura Cafoscarina dei due volumi; e il dopo, quel Novecento giuridico che noi storici del diritto abbiamo scoperto relativamente da poco e che ancora richiede indagini più ravvicinate.

Le acquisizioni restano, come sempre, provvisorie e parziali, ma credo che fra i compiti fondamentali dello storico ci sia anche quello di proporre le linee di un racconto di lunga durata, ovviamente da integrare e discutere, che ricongiunga problematicamente il passato alle domande del presente.

2. Seconda questione, più direttamente connessa agli interrogativi che sorgono dalla lettura in parallelo delle mie pagine con quelle di *Il diritto privato e i suoi confini*, frutto del lavoro di un giurista attentissimo alle trasformazioni in corso, specialmente sul fronte diritto-economia: serve al giurista, al giurista che opera nella positività del diritto, conoscere il percorso storico della dicotomia?

Io credo fermamente di sì. Troppo repentine le trasformazioni (anche quelle più recenti, che ci hanno travolto per il loro carattere inaspettato e improvviso: crisi del 2008, pandemia globale, *Recovery*, cui deve ormai aggiungersi, quando rimetto in fila questi appunti, la guerra sul suolo europeo) perché il giurista, che aveva fatto appena in tempo a sedimentare le novità epocali di Maastricht e di Lisbona, possa star lì a contemplare antichi testi normativi. Il presente non è certo tempo di esegesi.

In condizioni di accelerata mutabilità, come quelle dell'oggi, una genealogia storica aiuta perché consente di verificare che il processo storico vive continuamente di trasformazioni. Aiuta a capire che non esiste un modello

ideale, di equilibrio tra pubblico e privato, di cui il giurista debba limitarsi a segnare gli scostamenti, magari invocando il declino del diritto (come faceva Georges Ripert nell'immediato secondo dopoguerra), quando quelle lancette escono dal cronografo. Induce un effetto liberatorio nella lettura di trasformazioni che non vanno misurate nella loro compatibilità con la celebre massima di Portalis, padre del *Code civil*, espressa nel *Discours préliminaire* del 1800: «Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps». Semplicemente perché quella massima – all'evidenza – non è di tutti i tempi; è invece il frutto di un potente disegno di costruzione del modello ottocentesco, da tempo radicalmente superato. Ogni stagione storica ha dunque bisogno del suo Portalis, di stabilire la massima temporalmente adeguata.

3. Il libro ha incontrato diverse critiche: una eccessiva pregiudiziale pubblicistica, inevitabile per uno studioso soprattutto dell'amministrazione e del diritto amministrativo; una scarsa attenzione al penale e al processo, come affettuosamente faceva notare nel nostro incontro Marcello Maggiolo: osservazioni che colgono alcune oggettive inadeguatezze del lavoro.

Mi soffermo un attimo su due critiche di segno opposto che mi sono state rivolte.

Da un lato, una critica che sbrigativamente potrei definire sovranista: sin dove c'è sovranità, una autorità legittimata di comando, lì c'è la distinzione ontologica tra pubblico e privato, tra impero e consenso, così come esiste la distinzione tra rosso e nero².

Dall'altro lato, invece, con la sapiente autorevolezza di Nicolò Lipari³, mi è stata benevolmente rimproverata, malgrado tutto, una certa sudditanza alla impostazione di Bobbio e alla logica dei confini: una sudditanza ancora palese nella celebre prolusione di Michele Giorgianni del 1961 sui confini del diritto privato e dietro di lui in Ripert e Savatier e in tutto il denso dibattito della Quarta repubblica.

Quasi che l'ipotesi stessa della grande dicotomia, dei due territori, gli *zwei Gebiete* di Savigny, potesse generare una sorta di precomprensione retrospettiva nella lettura del passato, condizionandolo alla continua ricerca di un confine, di

² S. MANNONI - G. STAZI, *Sovranità.com – Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021.

³ N. LIPARI, *Un problema di confini? (A proposito di due recenti libri)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2022, n.1, pp.195-201.

una differenza di fondo tra i *due* diritti, che in realtà, come davvero invalicabili, sono stati avvertiti soltanto nella dimensione ottocentesca.

Si tratta di due obiezioni, che proprio perché formulate, potremmo dire, l'una a un polo, l'altra al polo opposto dell'emiciclo dei giuristi, confermano che la questione della *summa divisio*, antica quanto lo stesso lessico ulpiano, tocca ancora nervi scoperti.

Continuo a credere che diritto pubblico e diritto privato non debbano rinunciare alle loro rispettive identità. Non debbano confondersi in un tutto indistinto⁴.

Devono però ricercare e coltivare le rispettive identità a partire da un dialogo reciproco e da una circolazione di principi generali che superi steccati precostituiti e apodittici, esistiti come tali solo nella mente dei giuristi continentali del secondo Ottocento: evitando che la distinzione diventi *a redundant divide*, come scrive dal fronte inglese, Carol Harlow, in un contributo recente⁵. Devono favorire le convergenze intorno al nodo delle istituzioni, a partire da una comune riflessione sul 'potere', ormai assai più temibile – per la tendenza alla concentrazione del capitale finanziario e per la forza inarrestabile del progresso tecnologico e dell'inesauribile supremazia offerta dal possesso dei Big Data - nel privato, piuttosto che nel pubblico. Anche nelle nostre malridotte tarde-democrazie, in cui “la necessità di ‘nuove’ elaborazioni, analisi, riflessioni” si è fatta più urgente e incombente rispetto ai pilastri concettuali di una modernità ormai radicalmente sfumata⁶. Un tema questo – dei poteri privati – di grande attualità anche al di là dell'Atlantico, che reclama una regolazione e uno stesso diritto di concorrenza non più limitati ai soli obiettivi di efficienza e di ottimalità degli scambi, ma aperti a inediti problemi di legittimazione, di garanzie, di tutele, di visibilità e trasparenza.

4. Come possono definirsi, oggi, le rispettive identità del pubblico e del privato (tenuto conto che il giurista se non crede più molto alla grande dicotomia, continua ad utilizzare la distinzione come pratico *outil dichotomique*)?

Certo, il diritto privato non deve rinunciare alla proprietà o alla disciplina di rapporti in primo luogo di natura patrimoniale. Ci sarà sempre una *microefficiency* nei suoi obiettivi, come proprio Andrea Zoppini ci ricordava. Ma non è più

⁴ In questo senso, dal fronte pubblicistico, le considerazioni di Aldo Travi, nella recensione al mio volume, in *Jus*, 2022, fasc.1-2, pp.229-35.

⁵ C. HARLOW, *Public and Private Law: a redundant divide*, in J. Ne Varuhas – S. Wilson Stark (eds.), *The Frontiers of Public Law*, Oxford, 2019, pp.315-334.

⁶ Lo notava Lorenzo Ornaghi, nella recensione al volume in *Filosofia politica*, 2021, n.1, pp.169-73.

semplicemente il codice dei traffici e degli scambi. Soggetto unico di diritto e refrattarietà ai bisogni della vita materiale sono un lontano ricordo. Il diritto privato si è ormai caricato di questioni che attengono alla più riposta individualità esistenziale (le grandi questioni della vita, della procreazione, della morte). Fronteggia la crescente frammentazione dei singoli, ben oltre quell'unico stampo originario del soggetto proprietario. Deve anch'esso far proprio il compito, come si diceva un secolo fa, di "proteggere i deboli e dirigere i forti": quei forti che nel frattempo sono diventati ancora più forti. Ripresa questa sua natura di *ius civile*, di *ius civitatis*, evidente nella sempre più spiccata proiezione dell'ordinamento privato verso obiettivi di *General Public*, di *Public at Large* (dai bilanci sociali agli obiettivi *ESG*, ora inseriti, in forza della legge costituzionale n.1 del 2022, in due articoli chiave della prima parte della costituzione repubblicana, gli articoli 9 e 41), deve riprendere a svolgere il suo compito storico di culla di elaborazione della stessa teoria generale del diritto.

Mentre il diritto pubblico ridiscute da tempo significati e limiti della propria specialità, aprendosi a clausole generali o a prospettive regolative che non sono né pubbliche, né private, ma in quanto riconosciute come *societal values*, tipicamente comuni. Appunto, "a common currency that forms part of the background theory against which our institution and behavior, public and private, are to be evaluated"⁷. Mentre – come la pandemia ci ha fatto dolorosamente toccare con mano – resta la strategica dialettica novecentesca tra *puissance* e *service*, tra dimensione autoritativa e dimensione prestazionale di erogazione di utilità materiali, non più ristretta all'attività e all'azione dei pubblici poteri, ma ben interna alla loro stessa organizzazione. Appunto, quella organizzazione da cui dipendono, sempre di più, il rispetto e l'effettiva salvaguardia dei diritti fondamentali.

E, soprattutto, il pubblico ha di fronte a sé l'obiettivo di rinvigorire le nostre spente "defective democracies" e quello, parallelo, di ridisegnare il compito degli Stati e della sovranità, o meglio delle plurali autorità che si contendono il campo, in un "mondo post-globale" come ci ammoniva il saggio recente di Maria Rosaria Ferrarese⁸, ricordato da Giuseppe Vettori, colto e sensibile dominus di questa rivista e organizzatore del nostro incontro: post-globale nel senso che, abbandonata la narrazione dell'ordine catallattico del mercato, quel mondo deve necessariamente iniziare ad affrontare la generalizzata esplosione della

⁷ HARLOW, *Public and Private Law: a redundant divide*, cit., p.328.

⁸ M.R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2021, n.2, pp.259 e ss.; ID., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.

disuguaglianza sociale, assicurando un *milieu vital* e costruendo una nuova solidarietà⁹. Se quindi questo universo post-globale continuamente reinventa i paesaggi istituzionali in uno spazio giuridico mobile ed interdipendente, offrendo al diritto privato nuovi campi di estrinsecazione, non può non porre anche al diritto pubblico inedite sfide.

Obiettivo di straordinaria difficoltà, dal momento che gli Stati, pur sempre attori importanti, non sono più – come ha scritto in un suo ultimo lavoro Pietro Costa - i “padroni della partita”, dovendo fronteggiare problemi ubiquitari “per la cui regolamentazione i collaudati strumenti degli ordinamenti statuali appaiono manifestamente insufficienti”¹⁰. E di straordinaria difficoltà, dal momento che la globalizzazione “rimane limitata principalmente al lato amministrativo, perché gli Stati non ne permettono una proiezione costituzionale”¹¹.

Sarebbe però un errore prospettico, e qui accolgo il rilievo di Lipari, quello di chiudersi nella logica binaria della dicotomia, presidiando le frontiere e limitandosi a mere opere di riconfinamento.

Restano e anzi si ampliano, all’interno e all’esterno degli Stati, le trasversalità novecentesche tra pubblico e privato, cui spingevano le nuove interdipendenze tra Stato e mercato, ma soprattutto quel pilastro sociale, quel *tertium genus*, perveramente scartato dagli ordini giuridici ottocenteschi, e invece prepotentemente emerso per quasi l’intero XX secolo (potremmo pensare a un altro capolavoro di Umberto Boccioni, *La città che sale* del 1910) con il tema dei bisogni, della solidarietà, del collettivo non statale, di una dimensione comunitaria di gran lunga esorbitante i confini della statualità e delle stesse autorità territoriali. Vicende che le ricorrenti emergenze sociali (dall’energia al *digital divide*, ma ormai addirittura dalla sanità alla stessa sopravvivenza alimentare) ci confermano nella loro drammatica attualità.

Non sorprende che nel sofisticato linguaggio “longitudinale” di un filosofo come Roberto Esposito, attentissimo a oltrepassare il confine tra pubblico e privato verso un nuovo *diritto del comune*, si sia iniziato a parlare di *diritto impersonale*, di un diritto della *terza persona*¹², anche per sottrarsi alla metafisica

⁹ A. SUPLOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell’orizzonte della mondializzazione*, Milano-Udine, 2020, pp. 153-65.

¹⁰ P. COSTA, *Il ‘pluralismo’ politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, L. (2021), p.114.

¹¹ S. CASSESE, *Lo Stato in discussione*, Relazione al Convegno *Il futuro dello Stato*, ICON-S Italia, Bologna, 16 settembre 2022, consultata per la gentilezza dell’Autore, che ringrazio.

¹² R. ESPOSITO, *Istituzione*, Bologna, 2021, pp. 140-48.

dell'io e del noi, e per uscire da gabbie otto-novecentesche sentite oggi come poco attuali.

Il giurista, che in fatto di lessici è molto conservatore, non credo sia ancora pronto a rinunciare al linguaggio della persona, troppo condizionante per l'intero diritto moderno, dalla sovranità ai diritti, nel pubblico come nel privato. Il giurista ha però la risalente abitudine di inserire nuovi significati in antichi lemmi e può forse continuare a preferire, rimodellandoli, termini elaborati nell'incandescente laboratorio tra le due guerre mondiali, come il *droit social* alla Georges Gurvitch o il *Sozialrecht* alla Hugo Sinzheimer: meno il *diritto collettivo* o il *diritto dei privati* dei nostri Santi Romano o Widar Cesarini Sforza, emersi nel medesimo contesto, ma troppo condizionati dalla ricomposizione autoritaria, nella monoliticità del totalitarismo fascista, di un pluralismo che pure erano fra i primi a svelare e descrivere.

Di certo, oggi è forte e condivisa la consapevolezza che più che attraverso le rassicuranti sponde binarie del pubblico e del privato, le novità scorrono lungo le zone di interconnessione e di mescolanza, le zone grigie e miste, in cui pubblico e privato abbandonano i tradizionali confini della 'topologia moderna' tra *empire* e *propriété* e diventano indistinguibili, dando entrambi 'forma al molteplice'¹³.

In un presente che torna a lottare per valori primordiali, come la pace e la vita, sembrano aver voce le sole armi del Leviatano, chiamate a scongiurare, nella desolante incompiutezza delle grandi organizzazioni internazionali nate dalla Seconda guerra mondiale, la nefasta eventualità che una nuova cortina di ferro affondi una volta per tutte una governance planetaria fatta di dialogo e di pluralismi. Ma appena questa impasse, gravida di effetti devastanti, cesserà d'incombere sulle nostre teste, e il diritto tornerà a tessere compiutamente, con la sua trama ordinante, la fisiologia delle relazioni sociali, anche tra universi distanti, ora divenuti improvvisamente nemici, una nuova unità del diritto, che faccia convergere il portato storico del pubblico e del privato e sia essenzialmente unità di garanzie, potrebbe essere un risultato non secondario di un tentativo di ricostruire la genealogia storica della *summa divisio*.

¹³ R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., pp.115-22; M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022, pp. 9-24.