

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

45

(2016)



GIUFFRÈ EDITORE

BERNARDO SORDI

VERSO LA GRANDE DICOTOMIA:
IL PERCORSO ITALIANO (*)

1. Una celebre voce di Norberto Bobbio, redatta nel 1981 per l'*Enciclopedia* Einaudi, svela qual era, sino all'immediato ieri, la precisa consapevolezza del nostro tema nel giurista continentale: pubblico/privato rappresentano una « coppia dicotomica », una « grande dicotomia », una distinzione idonea a « dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda »; ed idonea pure a « stabilire una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie » (1).

Non solo. Per Bobbio la grande dicotomia è divenuta tale anche grazie al suo « uso costante e continuo, senza sostanziali

(*) Si pubblica qui la relazione tenuta all'Università di Trento, il 24 settembre 2015, al IV Congresso Nazionale SIRD: *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, i cui *Atti* sono in corso di stampa. Ringrazio l'Associazione per la ricerca in diritto comparato ed il suo Presidente, Prof. Michele Graziadei, per aver consentito questa anticipazione.

(1) N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, Einaudi, 1981, ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, p. 3. Alcuni materiali della voce erano stati anticipati nel 1974 nell'articolo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, p. 2187 e ss., ora in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984, p. 145 e ss.

mutamenti », nella storia del pensiero politico e sociale dell'Occidente. Si fa leva sull'estrema risalenza dei termini (il celebre passo di Ulpiano è collocato nei primissimi paragrafi definitivi del Digesto (2)), per avvalorare, come dato a priori, la suddivisione dicotomica del diritto, in pubblico e privato.

Non si tratta di una posizione isolata. Tutt'altro. Il civilista e sociologo del diritto Jean Carbonnier ha insegnato la medesima atemporalità della distinzione, ad intere generazioni di giuristi francesi: « tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé » (3). Olivier Beaud, commentando qualche anno fa questa definizione, aggiungeva: è una distinzione che struttura l'ordine giuridico nel suo insieme; si potrebbe dire che ne satura completamente lo spazio (4).

La dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato rappresenta quindi per la cultura giuridica continentale una grande bussola. Ed appena le lancette iniziano a muoversi, subito il giurista si allarma; ipotizza cataclismi o, in ogni caso, tempeste magnetiche che rischiano di sovvertire la sua stessa forma mentis; tempeste che preconizzano *Le déclin du droit*, come intitola nel 1949 un libro all'epoca celebre di Georges Ripert (5), segretario di Stato all'istruzione pubblica nei primi mesi del governo di Vichy, sottoposto ad un duro processo di epurazione, ma personaggio pensoso ed osservatore attento delle trasformazioni strutturali a cavallo del secondo conflitto mondiale (6).

2. Basta valicare le colonne d'Ercole della Rivoluzione francese, verso l'Antico regime, per vedere però che ben altre sono le

(2) *Dig.* I, 1, 1, 2. *Inst.*, I, 1, 4.

(3) J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome premier, *Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, Paris, Puf, 1965⁶ (1^a ed., 1955), p. 39.

(4) O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. Une entente assez cordiale?*, J.-B. Auby, D. Friedland (dir.), Paris, L.G.D.J., 2004, p. 29 e ss.

(5) G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949.

(6) Un sintetico, efficace, ritratto di Georges Ripert in J.-L. HALPÉRIN, *ad vocem*, in *Dictionnaire historique des juristes français: XII^e-XX^e siècle*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Paris, Puf, 2007, pp. 669-670.

grandi dicotomie che incanalano la riflessione giuridica: *ius divinum/ius humanum*; *ius civile/ius canonicum*; *ius commune/ius proprium*; *ius inventum/ius positum*...

La prima cosa che colpisce sono i vuoti lessicali. Ancora nel corso del Settecento, nella letteratura giuridica italiana, il termine *ius publicum*/diritto pubblico fa una estrema fatica a conquistare il proscenio.

È un primo campanello di allarme che ci fa capire quanto sia necessaria una 'storia del diritto pubblico', ma non nel senso di una storia di una dimensione giuridica da sempre esistita ed immutabile, ma al contrario come storia di un qualcosa che emerge, prende forma, si sviluppa, certamente in connessione ed in funzione di strutture statuali di comando e di governo del territorio, ma secondo una varietà di tempi, di piste, di tappe, di contenuti, molto diversi tra di loro.

La modernità europea ci consegna un percorso estremamente frastagliato di emersione del pubblico.

L'Italia, in questo processo di emersione, non funge certo da battistrada. Niente di paragonabile, nella penisola, alle trattazioni, sempre più diffuse, a partire dal primo Cinquecento, nei territori tedeschi, di uno *ius publicum imperii romano-germanici*, che — come Michael Stolleis ci ha insegnato — segue l'intricata mappatura di poteri imperiali, destinati ben presto ad illanguidirsi, e che tuttavia trova alimento particolare in una già estesa *respublica* di letterati, soprattutto in ambito protestante, ed è sospinto dalla necessità di offrire una via di uscita al lacerante conflitto religioso (7).

Niente di paragonabile, neppure, al percorso francese di un *droit public*, che al contrario già inizia a radicarsi all'interno dei confini nazionali ed entro la nuova cornice dello Stato di giustizia e che tra Bodin, Loyseau e soprattutto Domat (che a fine Seicento intitola proprio al *Droit public* « La suite » de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*) comincia ad offrire una precisa radiografia giuridica dei rapporti tra monarchia e corpi. Una radiografia, beninteso, operata attraverso l'impiego di lessici, categorie, istituti, tipici di

(7) M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, tm. I, *Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 123 e ss.; pp. 529-537.

antico regime e funzionali alla descrizione e all'organizzazione di una società corporata ⁽⁸⁾.

Niente di paragonabile, infine, in Italia, neppure a Settecento avanzato, alla letteratura della *Policeywissenschaft* tedesca o del *droit de police* francese ⁽⁹⁾.

Non c'è alcun spazio per questa tipologie di norme in un celebre repertorio della giurisprudenza consulente, come le *Practicae conclusiones iuris* di Domenico Toschi, ad inizio Seicento ⁽¹⁰⁾, un'opera — come ha osservato Mario Ascheri — che costituisce « un po' il reticolo concettuale e la mappa toponomastica della complessità e frammentazione del potere in età moderna » ⁽¹¹⁾.

Un ramo dell'ordinamento definibile come 'pubblico' neppure fa la sua comparsa nella classificazione delle « diverse sorti o specie delle leggi », con cui si apre, nel 1673, il *Dottor volgare* di Giovan Battista De Luca, che elenca: « la Divina, la naturale, quella delle genti, la civile, la canonica, la feudale, e la particolare » ⁽¹²⁾: quest'ultima, certo, non più limitata agli statuti cittadini e dei diversi corpi e collegi, ma ormai sempre più monopolizzata dalla legge che « dal Prencipe sovrano si faccia per tutto il suo Principato » ⁽¹³⁾.

Vuoti lessicali significano anche persistente invisibilità della dimensione pubblicistica. È un profilo che ha studiato in particolare,

⁽⁸⁾ Ho cercato di ripercorrere questo itinerario in *Alle origini della grande dicotomia: « Le droit public » di Jean Domat*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, a cura di G. Dilcher, D. Quagliani, tm. III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, Bologna, il Mulino-Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 679-696.

⁽⁹⁾ Per uno sguardo di sintesi, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2013⁵, pp. 127-181.

⁽¹⁰⁾ D. TUSCUS, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum... tomus primus - tomus octavus et postremus*, Romae, ex Typographia Stephani Paulini, 1605-8.

⁽¹¹⁾ M. ASCHERI, *Le Practicae conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in *Giustizia e corpo sociale nella prima età moderna: argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a cura di A. De Benedictis, I. Mattozzi, Bologna, Clueb, 1994, p. 37.

⁽¹²⁾ G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa provincia*, Roma, Giuseppe Corvo, 1673, *Proemio*, cap. IV, p. 58.

⁽¹³⁾ Ivi, *Proemio*, cap. IV, p. 66.

a mio avviso, con notevoli risultati, Luca Mannori ⁽¹⁴⁾. Stato e poteri pubblici, ovviamente esistono; sono pienamente effettivi. Anche nel composito assetto istituzionale della penisola, quei poteri hanno subito, almeno dall'inizio dell'età moderna, un rilevante processo di concentrazione e di razionalizzazione. Iniziano persino a farsi carico di compiti che noi definiremmo oggi materialmente amministrativi.

Quei poteri, tuttavia, non si esprimono con regole pubblicistiche di cui si avverta e si ammetta la specificità. La loro azione è calata nei tradizionali modelli processuali, soffusa nel comune linguaggio giuridico (che può essere quello della *iurisdictio*, dello *ius universitatum*, degli *iura regalia*) ⁽¹⁵⁾. Stato e poteri pubblici stentano a condensarsi in un discorso di tipo teorico. Nell'atlante mentale dei giuristi di antico regime non solo la grande dicotomia è ancora di là da venire, ma lo spazio visivo fatica ad allargarsi verso una identità giuridica propria e diversa da quella sottesa al diritto comune, verso un possibile diritto pubblico, dunque, inteso come polo dicotomico dell'ordine giuridico.

Non è ancora nelle corde dei nostri giuristi la grande dicotomia. Al contrario, è ancora forte l'onda lunga della lettura sedimentata del passo ulpiano, risalente addirittura ad Azzone, secondo cui « publicum et privatum non sunt species iuris, sed assignentur res, vel personae, super quibus posita sunt iura » ⁽¹⁶⁾. Come spiegava Francesco Calasso in un saggio fondamentale, pubblicato nel 1943 su *Jus*: « pubblico e privato non è il diritto, che è uno e inscindibile,

⁽¹⁴⁾ L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 17 e ss.; ID., *Un'« istessa legge » per un'« istessa sovranità »: la costruzione di una identità giuridica regionale nella Toscana asburgo-lorenese*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 355-360; ID., *Lo Stato del Granduca 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015.

⁽¹⁵⁾ L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990), p. 415 e ss.

⁽¹⁶⁾ AZO, *Summa Institutionum*, Papiae, 1506, rist. anast., ex officina Erasmiana, Augustae Taurinorum, 1966, I, 1 de iust. et iure, p. 348.

ma i rapporti (*res*) o i soggetti (*personae*) su cui l'ordinamento giuridico dispone » (17).

3. A metà Settecento iniziano i primi scossoni. Muratori, nel 1742, ha già passato in rassegna i *Difetti della giurisprudenza*; il ruolo della legge e quello della *opinio doctorum*; ha radiografato, in stretta connessione con la messa in discussione del sistema delle fonti del diritto, i modi di funzionamento del potere giudiziario e la latitudine dell'interprete (18). Proprio la critica della diretta capacità normativa della scienza giuridica, in nome di una inedita « certezza del diritto », che ha qui il suo specifico momento di incubazione e che si declina prima di tutto come certezza della legge, come infallibilità del comando del legislatore (19), apre le primissime brecce verso l'identificazione tra diritto e legge e verso il superamento dell'antico pluralismo giuridico. Eppure, anche in quest'opera le aperture verso un approccio dicotomico sono minime.

Solo nel *Della pubblica felicità*, il testamento che Muratori, proprio a metà del secolo, consegna al secondo Settecento, si iniziano almeno ad isolare una serie di saperi che si definiscono appunto di diritto pubblico e che devono illuminare il principe e l'uomo di governo.

Ora sarebbe bene che il principe istituisse una particolare accademia, in cui studiassero le regole del saggio governo de' popoli [...] Basta la giurisprudenza giustiniana ad un ordinario magistrato, deputato ad amministrare la giustizia civile; ma per chi dee amministrare il principato come consigliere di Stato sarebbe pur bene, anzi necessario, che egli sapesse anche una giurisprudenza superiore, cioè quella che insegna i primi principi della giustizia e i doveri del principe verso de' sudditi e de' sudditi verso del principe, che sa giudicare se le leggi stesse siano rette, o se altre maggiormente convenissero. Chiamasi questo il *gius pubblico*, ampiamente trattato e insegnato nella Germania e ne' Paesi Bassi, ma trascurato per lo più dai giureconsulti

(17) Il saggio è stato ripubblicato in F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1949². La citazione è a p. 285.

(18) L.A. MURATORI, *De' difetti della giurisprudenza*, Venezia, Giambattista Pasquali, 1742, cap. IV, *Dei difetti esterni delle leggi e della giudicatura*. Citiamo dall'edizione Milano, Rizzoli, 1958, p. 39 e ss.

(19) P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in « Giustizia civile », 2014, 4, pp. 926-29.

italiani, che tutto il loro sapere restringono ai Digesti e al Codice e alla gran filza degli ordinari autori legali ⁽²⁰⁾.

Neppure 15 anni dopo, Beccaria dischiude ben altro scenario. Anche in questo caso, in verità, l'approccio dicotomico è minimo. È il « pubblico bene », il « ben pubblico », il « pubblico deposito » ⁽²¹⁾, non il diritto pubblico, a risuonare continuamente nelle pagine del *Dei delitti e delle pene*. Eppure, il ripensamento copernicano del diritto di punire, del suo fondamento come dei suoi limiti, passa questa volta attraverso un tuffo profondo nella tradizione contrattualistica europea e nell'intera letteratura politico-giuridica sei-settecentesca, da Grozio sino a Rousseau.

Il *droit politique*, cui Rousseau ha dedicato due anni prima di Beccaria, nel 1762, il sottotitolo del *Contrat social*, sta diventando il canale attraverso il quale inizia a scorrere, anche in Italia, la riscrittura degli assetti di antico regime e la progettazione, tra riforme e rivoluzione, del nuovo ordine individuale del diritto.

Rousseau ne ha dato una definizione precisa: *les lois politiques* sono le leggi che « regolano il rapporto del tutto con il tutto, o del corpo sovrano con lo Stato » ⁽²²⁾. Fra le diverse relazioni da considerare, la scelta del filosofo ginevrino è netta: « fra queste diverse classi, le leggi politiche, che costituiscono la forma di governo, sono la sola che rientri nel mio tema » ⁽²³⁾.

Libertà politica; proprietà; imposta; contratto di conduzione; fonti del diritto; potere giudiziario; rigenerazione del penale; rapporti centro-periferia; nuova costituzione del clero. Mai come in questo momento, anche in Italia, costituzione esistente e costitu-

⁽²⁰⁾ L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca [i.e. Venezia, s.n.], 1749. Citiamo dall'edizione a cura di Cesare Mozzarelli, Roma, Donzelli, 1996, pp. 34-35.

⁽²¹⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Marco Coltellini, 1764. Citiamo dalla Edizione nazionale delle opere, a cura di Gianni Francioni, Milano, Mediobanca, 1984, § II, pp. 30-31; § III, p. 34; § VI, p. 40; § VII, p. 45; § VIII, p. 47.

⁽²²⁾ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contract social; ou, Principes du droit politique*, in Id., *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964.

⁽²³⁾ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, L. II, cap. XII, *Della divisione delle leggi*. Citiamo dalla edizione italiana a cura di Valentino Gerratana, Torino, Einaudi, 1994, pp. 74-75.

zione da stabilire appaiono, al tempo stesso, così intrecciate, eppure così distanti.

Il *droit politique* non è un ramo dell'ordinamento esistente; non è una costola del tradizionale *ius patrium*; non è tanto meno una disciplina accademica.

È solo la dimostrazione di una inedita circolazione culturale, che si alimenta di fonti diversissime. La *philosophie*, da un lato, *les économiques*, dall'altro, conoscono anche in Italia una penetrazione capillare, che aggiorna i lessici politici, indirizza i sentieri riformatori, inizia a mettere in discussione le classificazioni tradizionali del diritto.

Pochi anni dopo, nell'estate del 1780 — sono già alle spalle le prime vicende delle colonie americane, di cui sarà un tramite fondamentale nella penisola — Gaetano Filangieri potrà tranquillamente constatare che « la filosofia è venuta in soccorso dei governi ed ha prodotto gli effetti più salutari ». Ed è ormai di fronte al tribunale della pubblica opinione che « il libero filosofo » ⁽²⁴⁾ intraprende la riforma della legislazione e prepara i materiali utili per coloro che governano. Materiali che si sono fatti ora propriamente costituzionali e che si avvalgono di un ampio sguardo comparativo. Si pensi alle critiche filangieriane al modello inglese di governo misto, pericolosamente esposto, agli occhi del filosofo napoletano, ad una possibile deriva monarchica: un modello che nella *Scienza della legislazione* è consapevolmente mediato dalla lettura di Blackstone e degli « scrittori del diritto pubblico di questa nazione » ⁽²⁵⁾.

Inizia lentamente a dischiudersi una dimensione costituzionale, sinora sconosciuta o ancora sommersa, sotto traccia, come sta avvenendo in terra toscana, nei coevi ed ancor segretissimi primi proponimenti costituzionali di Pietro Leopoldo ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro primo, *Delle regole generali della scienza legislativa*, Napoli, Stamperia Raimondiana, 1780. Citiamo dalla edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, vol. I, a cura di Antonio Trampus, Venezia, Centro Studi Stiffoni, 2004, *Introduzione*, p. 18.

⁽²⁵⁾ Ivi, vol. I, cap. XI, p. 107.

⁽²⁶⁾ B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 293 e ss.; A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

Minime, ovviamente, le ricadute di tutto questo sugli insegnamenti giuridici. Le prime cattedre settecentesche di *gius pubblico* restano immerse in una indistinta filosofia morale, o vengono confinate nei confini tradizionali della « legge particolare », dello *ius patrium* ⁽²⁷⁾, unica casella nella quale, tra antichi statuti cittadini e nuova legislazione del principe, vengono veicolati, in un crescente rigoglio legislativo, quegli che — soprattutto nel resto di Europa — si definiscono gli ordini di polizia.

Non fanno eccezione, nonostante il titolo, gli *Iuris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata* di Giovanni Maria Lampredi, editi a Livorno tra il 1776 e il 1778, tributari in più punti delle opere di Pufendorf e Wolff. Si tratta di uno dei primi testi nel quale è possibile leggere una definizione del « diritto pubblico speciale » come « il modo in cui una società particolare si governa e la somma potestà si costituisce dal popolo » ⁽²⁸⁾.

Ma non è questo l'oggetto del volume e delle lezioni pisane da cui è scaturito. Non solo la trattazione trascende l'individualità del singolo ordinamento positivo; non solo i teoremi che si elaborano hanno taglio universalistico e sostanza filosofica, mirando a distinguere il giusto dall'ingiusto.

Quello che stenta ad emergere sono proprio i due rami contrapposti dell'ordinamento. Per essere più chiari, qui il problema non è ancora di confini, di identità contrapposte, quanto piuttosto di teoremi fondanti del diritto, di principi di diritto naturale, appunto, cui l'ordine civile deve conformarsi.

Sulla dicotomia continua a prevalere una direttrice discendente, dall'universale allo speciale, dalla filosofia morale al diritto, dal diritto naturale ad un diritto positivo, che è ancora in larga misura diritto comune, a carattere prevalentemente privatistico.

⁽²⁷⁾ I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII^e-XVIII^e siècle)*, a cura di J. Krynen, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008, p. 54 e ss.

⁽²⁸⁾ G.M. LAMPREDI, *Iuris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata*, tomus I, Liburni, Falurnus, 1776. La citazione è tratta dalla volgarizzazione di Defendente Sacchi, *Diritto pubblico universale*, Milano, Silvestri, 1828², vol. I, *Prolegomeno*, § 8, p. 34.

4. Fughe in avanti, prudenti marce indietro, eclettismo accentuato di linguaggi e di modelli convivono strettamente nello scorcio del secolo.

Sarà il triennio giacobino, aperto dalla trionfale campagna d'Italia di Bonaparte, ad innescare improvvise accelerazioni e a troncare questa insistita mescolanza di vecchio e nuovo.

La lingua politica italiana vive un epocale momento di trasformazione: un momento che un linguista del valore di Erasmo Leso ci ha restituito anni fa in un atlante di rara efficacia ⁽²⁹⁾. Fanno la loro comparsa nuove terminologie elettorali, parlamentari, amministrative, a definire i nuovi luoghi ed i nuovi strumenti del potere: costituzione, assemblee, codici, elezioni. C'è un'esplosione del pubblico, che si lega a nuovi lemmi: istruzione, opinione, spirito. Sta prendendo definitivamente corpo anche in Italia quella sfera pubblica in merito ai pubblici affari che il Settecento ha a lungo inseguito. In particolare, il concetto di costituzione, sin qui sostanzialmente marginale, fa il suo « vero ingresso nel lessico politico italiano », divenendo « una delle parole chiave del nuovo linguaggio rivoluzionario » ⁽³⁰⁾.

Non è il momento dei giuristi: è al contrario un momento di vorticoso alternarsi di politiche costituzionali, di esercizio concreto di potere costituente, da parte di un popolo che, sia pur sotto l'ombrello protettivo della « Costituzione della madre Repubblica francese » ⁽³¹⁾, si dà finalmente « carattere politico » ⁽³²⁾ e fa le prime esperienze di instaurazione di un nuovo ordine costituzionale.

⁽²⁹⁾ E. LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario 1796-1799*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere e arti, 1991, spec. p. 281 e ss.

⁽³⁰⁾ L. MANNORI, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, in questo volume.

⁽³¹⁾ *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana presentato al Governo Provvisorio dal Comitato di Legislazione* (aprile 1799), ed. a cura di Federica Morelli e Antonio Trampus, Venezia, Centro Studi Stiffoni, 2008, p. 122.

⁽³²⁾ G. COMPAGNONI, *Discorso sui governi provvisori letto nella sessione dei 2 gennaio (1797) del Congresso Cispadano in Reggio*, ora in *Gli Atti del Congresso Cispadano nella città di Reggio: 27 dicembre 1796-9 gennaio 1797*, a cura di Vittorio Fiorini, Roma, Soc. Dante Alighieri, 1897, p. 163. Per una contestualizzazione, L. MANNORI, *Compagnoni, Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 565-68.

Politiche bene espresse nelle opere più significative di questi anni, gli *Elementi di diritto costituzionale democratico* di Giuseppe Compagnoni⁽³³⁾; il progetto di costituzione napoletana elaborato da Mario Pagano⁽³⁴⁾.

Al valico del secolo, tra riforme e rivoluzione, il panorama pubblicistico si anima, si complica; si arricchisce del linguaggio costituzionale dei diritti, della divisione dei poteri, della rappresentanza, delle forme di governo⁽³⁵⁾. Ma i rovesciamenti di fronte sono continui. Le vittorie della seconda coalizione aprono la strada ad una pesante restaurazione. Compagnoni ripara fortunatamente in Francia; Pagano, il 29 ottobre del 1799, muore sul patibolo. Di lì a poco, il 14 giugno del 1800, Marengo dischiude invece la porta, nella penisola, all'ordine napoleonico.

Non c'è dubbio: il napoleonico *terminer la révolution* produrrà assestamenti importanti nel *droit politique*. La costituzione rivoluzionaria è ormai alle spalle. Ci si incammina su sentieri lontani da quelli giacobini. Il *Tout devient droit public* con cui Portalis ha bollato, nello *spirito rivoluzionario*, «le désir exalté de sacrifier

(33) G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principi di giuspubblico universale*, Venezia, Giustino Pasquali, 1797, rist. anast. a cura di Italo Mereu, Milano, Spirali, 2008.

(34) *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana*, cit., p. 122: «una Costituzione che assicuri la pubblica libertà e che, slanciando lo sguardo nella incertezza de' secoli avvenire, guardi a soffogare i germi della corruzione e del dispotismo, è l'opera la più difficile a cui possa aspirare l'arditezza dell'umano ingegno».

(35) «Ma questo bel nome (di cittadino) risorge ora fra noi accompagnato dagli alti diritti ch'esso annuncia; e la Costituzione che felicemente succede ad un sistema d'imbecille atrocità, lo consacra solennemente per la felicità del popolo di queste contrade. La libertà, l'eguaglianza, la sicurezza delle persone e delle fortune, vengono proclamate in essa stabilmente; e su questi sacri ed eterni fondamenti sorgeranno le auguste leggi che avremo quindinnanzi, le quali concorrendo ognuno di noi a formarle, perché ognuno di noi concorrerà a nominare a legislatori gli uomini degni della nostra fiducia, la sorte nostra assicureranno veracemente; e non avremo più che quelle leggi che i nostri veri bisogni comanderanno; e saranno giuste, e saranno dolci, e saranno tutte fondate sulla nostra libertà, e tenderanno tutte a conservarcela, e a conservarci con essa l'eguaglianza, e la sicurezza delle persone e delle fortune; e se accada giammai che alcuna non regga all'esperimento, non avremo desiderarne per lungo tempo l'emenda» (COMPAGNONI, *Discorso pronunziato il dì 2 maggio 1797 nell'Università di Ferrara all'apertura della nuova cattedra di diritto costituzionale democratico e giuspubblico universale*, in Id., *Elementi*, cit., pp. XXIV-XX).

violemment tous les droits à un but politique »⁽³⁶⁾, ha lasciato spazio a *la maxime de tous le pays et de tous les temps: au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire*⁽³⁷⁾. Le *lois constitutionnelles et politiques* hanno avviato il loro incerto cammino verso il costituzionalismo liberale, ma sono ormai definitivamente attestate a disciplinare i rapporti tra governanti e governati e lo stesso *Code civil* resta — anche per Portalis — « sous la tutelle des lois politiques »⁽³⁸⁾.

Cambia dunque di segno, ma non si arresta la prepotente emersione del polo pubblicistico, ormai incamminato verso il costituzionalismo liberale. Parimenti, un inedito linguaggio amministrativo soggettivizza organi e separa funzioni, aprendo il campo ad un'altrettanto inedita amministrazione generale dello Stato. Sta definitivamente emergendo un potere amministrativo che i giuristi sinora non hanno ancora qualificato come tale. Già tracciato in alcune scelte di sistema del costituzionalismo rivoluzionario, quel potere è ormai perfettamente visibile nei grandi manifesti normativi napoleonici, a partire dalla celebre legge del 28 piovoso anno VIII.

Anche di questa emersione, il Regno d'Italia sarà un laboratorio importante, per molti aspetti legato alla figura di Gian Domenico Romagnosi, uno straordinario poligrafo di transizione, dagli interessi enciclopedici, che spazia dal diritto penale, al diritto pubblico universale — ultima propaggine dell'indirizzo settecentesco di diritto naturale —, per lambire però, ormai a ridosso della Restaurazione, terreni nuovi come quelli della progettazione costituzionale e del diritto amministrativo, sondando nuove classificazioni ed articolazioni del diritto pubblico tra giusnaturalismo settecentesco e costituzionalismo liberale⁽³⁹⁾. Un vero giurista della Restaurazione⁽⁴⁰⁾, che ricuce e ricomponere eredità settecentesche, lasciati

⁽³⁶⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, Confluences, 1999, p. 15.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 73.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 25.

⁽³⁹⁾ L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. p. 29 e ss.

⁽⁴⁰⁾ L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», XXXIX (2010), pp. 186-95.

rivoluzionari e quelle prepotenti esigenze di moderazione che il ritorno degli antichi sovrani inevitabilmente porta con sé.

In particolare, le sue *Instituzioni di diritto amministrativo*, edite nel 1814 — opera nata da montaggi editoriali complessi ed ancora momento di trapasso tra lessici divergenti —, già isolano però, sin dal titolo — sul quale può vantare anche rispetto alla Francia, una sicura primogenitura — una nuova identità giuridica, costruendo un primo abbozzo sia di un soggetto istituzionale a cui si dà un nuovo nome — l'amministrazione pubblica, contraddistinta da una propria specifica struttura organizzativa —, sia di una nuova attività — « le azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima » ⁽⁴¹⁾ —: soggetto ed attività che pretendono e richiedono distinzione ed autonomia rispetto a legislazione e giurisdizione.

Si dischiudono problemi nuovi di competenza, di riparto, di confini, appunto, problemi enfaticizzati e complicati dalla scelta del modello del contenzioso amministrativo che poggia sulla sottrazione dell'amministrazione al sindacato giudiziario.

Ma, soprattutto, inizia a delinearsi, per usare un termine caro alla pubblicistica tedesca, un nuovo solido *Träger der Souveränität*; un pilastro pubblicistico destinato a consolidarsi, a rafforzarsi, ad ingrandirsi per tutto il corso del XIX e di buona parte del XX secolo.

5. La grande dicotomia non vive però soltanto di una crescente visibilità del polo pubblicistico, definitivamente emerso nel passaggio irreversibile tra la società di corpi e l'ordine individuale del diritto. Nei suoi esiti più intransigenti, la strada del *droit politique* neppure conduce alla grande dicotomia, conduce al contrario alla assoluta preponderanza del pubblico, alla sovranità assoluta di Rousseau, alla identità — e non alla distinzione — tra governo e popolo. « La città rousseauviana — ha scritto Pietro Costa

⁽⁴¹⁾ G.D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814, § 1, p. 1 (citiamo dalla ristampa anastatica a cura di Ettore Rotelli, *Romagnosi 1814 « Instituzioni di diritto amministrativo »*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 211).

in una densa pagina di sintesi — è assolutamente incompatibile con quella rappresentazione dicotomica dell'ordine socio-politico che si era fatta strada in Inghilterra e in Francia nel corso del Settecento: un ordine delle proprietà [...] che il sovrano conferma e rafforza ». Sono proprio « gli interessi individuali », per Rousseau, a minacciare « l'integrità della città ideale » (42).

La grande dicotomia, al contrario, è sospinta proprio dall'onda lunga della proprietà e della libertà, dall'onda lunga del progressivo riconoscimento dell'autonomia e dell'indipendenza del soggetto individuale; è sospinta dalla pretesa della società civile di distinguersi e separarsi da quello Stato (43) che ora si vuol costruire secondo « le leggi della libertà » (44).

Trova una sedimentazione normativa nelle grandi dichiarazioni, a partire dall'art. 17 della *Déclaration* del 26 agosto 1789, e soprattutto nel compiersi della codificazione civile, secondo i due modelli, il *Code civil* del 1804 e l'ABGB austriaco del 1811, che appartengono al diritto vigente dell'Italia di questi anni; l'Italia napoleonica prima; il Lombardo-Veneto poi (45), mentre in Prussia l'*Allgemeines Landrecht*, nel 1794, ancora coniuga e mescola pubblico e privato. Quella codificazione, sin dall'inizio, avvertita come statuto immodificabile dei diritti civili e come principale fondamento normativo dell'ordine costituzionale dei privati (46).

(42) P. COSTA, Civitas. *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 538.

(43) In questo senso già la lucida indicazione di O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, trad. ital. a cura di Pierangelo Schiera, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell' Austria medievale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 174: « la consueta distinzione di diritto pubblico e privato acquista un senso preciso solo sul presupposto del moderno concetto di sovranità e della società civile, in quanto contrapposta allo Stato sovrano ».

(44) I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, 1797, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di Norberto Bobbio, Luigi Firpo, Vittorio Mathieu, trad. it. di Gioele Solari e Giovanni Vidari, Torino, Utet, 1965², p. 505.

(45) R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 277-78.

(46) L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, cit., p. 296.

Trova infine le sue prime sedimentazioni teoriche negli alferi delle garanzie del mio e del tuo, da Kant a Portalis, a Constant ⁽⁴⁷⁾.

Sarà proprio Kant ad offrire, nel 1797, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto*, dignità teoretica alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; a utilizzare la distinzione come base sistematica della trattazione. Il suo celebre *postulato del diritto pubblico* ⁽⁴⁸⁾ scolpisce il dovere morale di uscire dallo stato di natura per entrare in uno stato giuridico che sani le imperfezioni e le provvisorietà del primo, e sancisca definitivamente la garanzia del « mio e del tuo per mezzo di leggi pubbliche » ⁽⁴⁹⁾.

Saranno però soprattutto le pagine celeberrime del *System* di Federico Carlo di Savigny (un personaggio — si pensi a Baudi di Vesme o a Federigo Sclopis — che ha un immediato successo italiano ⁽⁵⁰⁾), ad elementarizzare tutto questo, nel 1840, per i giuristi continentali, riprendendo il filo degli antichi lemmi ulpiane, ma infondendovi i contenuti modernissimi dell'autonomia del soggetto individuale e gettando così le basi fondanti della grande dicotomia. Un *Sistema* — non per niente — *del diritto romano attuale* ⁽⁵¹⁾.

Scrive Savigny: « se passiamo in rassegna l'intero diritto, distingueremo in esso due rami (*zwei Gebiete*): lo *Staatsrecht* (che

⁽⁴⁷⁾ B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, pp. 17-18: « L'universalité des citoyens est le souverain [...] Mais il ne s'en suit pas que l'universalité des citoyens [...] puissent disposer souverainement de l'existence des individus. Il y a au contraire une partie de l'existence humaine, qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté ». « Rousseau a méconnu cette vérité, et son erreur a fait de son contrat social, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme ».

⁽⁴⁸⁾ KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 493.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 422.

⁽⁵⁰⁾ L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte: cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci, 1984; ID., *Italianische Reise: Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000.

⁽⁵¹⁾ Un titolo che programmaticamente suggeriva « l'esistenza di un autentico corto circuito fra passato e presente, fra soggettività degli antichi e individualismo dei moderni » (A. SCHIAVONE, Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 17).

Vittorio Scialoja, nel 1886, ancora traduce come *diritto politico*) e il diritto privato. Il primo ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo; il secondo l'insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere »⁽⁵²⁾.

Il BGB è ancora di là da venire; lo sono pure la scientificizzazione del diritto pubblico, la presa di distanza dalle scienze sociali, il metodo giuridico, la redazione di parti generali specificamente pubblicistiche, in grado d'incrinare quel primato romanistico-pandettistico, quasi inattaccabile per buona parte del XIX secolo.

La forma mentis del giurista continentale, a questo punto, può però iniziare a ritenere che i due rami del diritto, quei due territori così ben distinti da Savigny, appartengano ormai ad una bipartizione a priori del diritto — costituiscano le due facce della luna giuridica —; i due rami lungo i quali possono scorrere ed essere saldamente incanalate le più diverse contingenze.

Sarà il secondo Ottocento il momento della massima purezza della dicotomia. Il momento della massima compattezza delle due sfere. Il momento della massima nettezza dei confini. Lo Stato è comando, autorità; è unità rigida. Tanto rigida, che la costruzione al suo interno di diritti pubblici soggettivi non potrà che imboccare sentieri accidentati e problematici. Al polo opposto, dominano invece incontrastati la signoria della volontà, il diritto soggettivo, il contratto⁽⁵³⁾.

Purezza, compattezza, semplicità tuttavia durano poco. Incombono le pesanti trasformazioni, che tanto impressionavano il Georges Ripert che citavo all'inizio.

Per tutto il corso del Novecento (da Kelsen a Duguit, sino a Gurvitch) la grande dicotomia sarà investita da un pesante fuoco di fila di decostruzione teorica. Crescono a dismisura le zone grigie, le terre di nessuno. Spunta il *tertium genus* del *droit social*. Si avvia la

⁽⁵²⁾ *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di Vittorio Scialoja, Torino, Ute, 1886, volume primo, § 9, p. 49.

⁽⁵³⁾ Su questi universi irriducibili, emblematica la riflessione di Federico Cammeo. Ho cercato di ricostruirla in *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in « Quaderni fiorentini », XXII (1993), pp. 205-277.

frammentazione disciplinare che rimescola continuamente le carte. Si intrecciano tumultuosamente privatizzazioni del pubblico e pubblicizzazioni del privato. Si fa strada, a innescare nuove trasversalità, una inedita indivisibilità dei diritti.

La grande dicotomia, così faticosamente creata, sta diventando ormai un confine di facile trapasso ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Al punto da spingere il giurista contemporaneo (con radicate e profonde competenze storiografiche) ad interrogarsi sul possibile congedo dal diritto pubblico. Emblematico D. GRIMM, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 57 e ss.