

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

## **CREPUSCOLO DELLA DISTINZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO?**

A PARTIRE DA B. SORDI, DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO  
PRIVATO. UNA GENEALOGIA STORICA, BOLOGNA, IL  
MULINO, 2020

**PUBLIC AND PRIVATE LAW'S DIFFERENTIATION.**

**ARE WE AT DUSK?**

REFLECTIONS ON B. SORDI, DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO  
PRIVATO. UNA GENEALOGIA STORICA, BOLOGNA, IL MULINO,  
2020

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico – diritto privato – Bernardo Sordi

KEYWORDS: Public Law – Private Law – Bernardo Sordi

INDICE: 1. Il prezioso libro di Bernardo Sordi. - 2. Elementi dello sviluppo storico del problema.

### **1. Il prezioso libro di Bernardo Sordi**

La gran parte dei libri viene consumata in una lettura, e semmai si torna a consultarne porzioni minime quando la memoria non soccorre; altri, finiscono per accompagnare tutta la vita, trovandovi sempre nuove e inattese risposte o prospettive. Il libro di Bernardo Sordi (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020) non appartiene certamente alla prima categoria, né per il suo Autore s'è trattato di un percorso occasionale, di una singola ricerca approdata al suo esito. Si legge, nel volume, la tessitura profonda di un lungo percorso, condotto, per aggiunta, da uno studioso eccezionale. La qualità dello scrittore e quella della ricerca traspaiono ad ogni passo, attra-

verso un'opera perfettamente compiuta, che non si disperde nell'erudizione, conducendo il lettore lungo un filo implacabile e compiuto.

Ecco perché si tratta di un libro che, così come sintetizza con estrema pulizia un lungo percorso di riflessione in una stesura piana e comprensibile, obbliga a letture e riletture, per trarre dalla superficie levigata e perfetta la traccia delle strade sotterranee, dei sentieri raddrizzati, della profondissima ricomposizione del frammento e della complessità, che non scompare nella trattazione cristallina, ma che non appare al primo sguardo. Si tratta, quindi, di un libro che può essere assunto a diversi e progressivi livelli di lettura e che non si presta ad una reazione immediata. Né, per il vero, queste brevi considerazioni sono dirette a “reagire”, ma a riflettere – sia pure molto brevemente – in una prospettiva differente, quella del giurista positivo, al quale non può mancare quella che solo la profonda ricerca storica propone e, tuttavia, deve cercare nella complessità del contemporaneo le tracce di un disegno e provare a costruire un sistema (giuridico) che colga le tendenze di fondo e provi, in una lotta costantemente impari, ad imbrigliare le forze del potere a servizio della persona e dei suoi diritti.

## **2. Elementi dello sviluppo storico del problema**

**2.1.** Si possono presumere noti i termini del problema nella dottrina nazionale del diritto pubblico, sicché non mette conto tornarvi. Eppure, un *primo* elemento ci divide profondamente ed attiene direttamente al concetto di “pubblico”, sicché v'è chi – pur ammodernando e riformulando – non si distacca dalla radice ranellettiana («*tutto il concetto di pubblico si appunta e si concentra nello Stato: è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato*» (O. RANELLETTI, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, Jovene, 1992, 265) ed al contrario chi identifica il concetto di “pubblico” con ciò che tale sia oggettivamente e non soggettivamente (G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Qua-*

*derni fiorentini*, 1982/83, 1001; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994).

L'ampiezza dello sguardo di Sordi nel libro di cui si discorre consente – per il momento – di trascurare questa distinzione radicale e, tuttavia, non la si può non porre in apertura di questo (breve) discorso, poiché influenza irrimediabilmente ogni considerazione sull'oggi – e, più ancora, il domani – del problema.

**2.2.** Il volume è utile fin dal suo avvio, nell'antichità, per restituire la dimensione storica di un problema che, nella sua essenza, è proprio solo della modernità ed assume rilievo in relazione ad una data concezione della *politica*, del diritto e dello Stato; il pensiero giuridico classico non avverte la necessità di disgregare un fenomeno avvertito come unitario – e, sembra utile aggiungere, un concetto di “pubblico” che appare vuoi solo una prospettiva, uno sguardo, vuoi una sostanza (religiosa, di possesso della carica o della sovranità, etc.) incomparabile con il nostro.

Partendo da questo ceppo per lungo tratto indistinto, quindi, non sembra decisivo un approccio che ricerchi le invarianze, facendosi di questione di genealogie e percorsi non lineari, tenendo ferma la discontinuità della modernità e le sue ragioni. Così nel medioevo non esiste un diritto pubblico, facendosi questione, piuttosto, di «soggetti e rapporti che possono dirsi pubblici» (B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 20), in simmetria con lo sviluppo ancora incompiuto della soggettività pubblica e dello stesso potere politico – concentrato nella dimensione giuridica della *iurisdictio* ed in quella pratica dell'ordine e della guerra. Il segmento pubblico del giuridico è alla ricerca del disvelamento di un ordine oggettivo attraverso lo *ius dicere*, dell'equilibrio tra giustizia e diritto, alla ricerca di una legittimazione preesistente, oggettiva, universale, in un laboratorio straordinario nel quale – attraverso la scuola del commento – emergono soluzioni straordinarie per quanto talora occasionali (come l'idea della persona giuridica – sul tema, P. PERUZZI, *Il Liber Minoricarum* decisio-

num di Bartolo da Sassoferrato. *Ricerche sul problema della povertà francescana nel secolo XIV tra Bartolo e Baldo degli Ubaldi*, in *Pensiero politico medievale*, III-IV (2005-2006), da 23) tra le quali la *potestas de iure publico*, destinata a straordinari sviluppi.

**2.3.** Lo stesso determinarsi dei primi *Stati nazionali* (come quello francese) non genera la distinzione del diritto pubblico, che, quando comincia ad attestarsi nel XVI secolo con Le Caron, non fa che riconoscere un fenomeno politico ormai definito, la cui sostanza – come talora si tende a dimenticare nelle riflessioni sul diritto pubblico – è quella della concentrazione in esso della sovranità: dal Re dipende lo Stato perché esso agisce «*par la puissance souverain d'un seub*». Poco dopo, Bodin – nei *Sei libri dello Stato* – fissa la grammatica fondamentale della relazione tra Stato – con chiarezza un soggetto artificiale, sovrano ed indipendente da altre autorità (non riconoscendone di superiori) e sovranità – potere e dominio perpetuamente e solamente dello Stato, non più del monarca in quanto tale, sottratto alle identità religiose o culturali, che pretende obbedienza in cambio di sicurezza (anche a superare i massacri che le guerre di religione proponevano). Unico corpo di tutti i collegi e le famiglie, lo Stato è radicalmente ed originariamente sovrano, sicché la sovranità come capacità non si limita al monarca, ma della *puissance publique* sono intestati tutti i suoi magistrati (ai quali spettano uffici e commissioni), edificandosi così una possibilità infinita di comando (M. FOCALTY, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997).

L'appartenenza della sovranità ad un soggetto, attraverso il quale si fonda lo Stato è il tratto distintivo originario del diritto pubblico. Aggiungo: il che non significa che la sovranità non sia esistita in passato (basta la lettura di E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957); piuttosto, la sovranità si esprimeva come attributo di una persona fisica e non attraverso la fondazione di un'organizzazione, sostegno dell'efficacia ed effettività di tutti i suoi atti e decisioni; quando la sovranità smette di esprimersi, sul piano giuridico, solo

nell'amministrazione della giustizia e si distende in una molteplicità di atti normativi ed amministrativi, sorge, sulla sua base, il diritto pubblico in quanto tale, sicché quest'ultimo se smette di fare i conti con essa dimentica la sua funzione di vigilare, disciplinare e sindacare il suo straordinario potere, senza misurarsi direttamente con il *Träger der Souveränität*.

2.4. Il parallelo percorso in terra germanica, per quanto nel dualismo tra Stato ed Impero, mostra il radicale volto nazionale in cui si incarna la sovranità del potere pubblico, nello *ius publicum Imperii romano-germanici*, arricchendo la tradizione romanistica di tratti, anche linguistici, *nazionali* appunto. Mentre la sovranità viene attratta dal polo statale, è sul diritto pubblico imperiale che si costruiscono procedure e concetti, poi costitutivi della dimensione pubblica del diritto; tuttavia, come accennato, *regimen territorialis* – e, quindi, senza autorizzazione imperiale – la potestà legislativa, di polizia, e giudiziaria si concentrano a livello statale, proprio sul pilastro della territorialità, alla quale si collegano le giustificazioni più classiche del potere pubblico, vale a dire la salute pubblica, il bene collettivo, la garanzia di sicurezza e prosperità.

La dimensione territoriale della sovranità e della sua espressione nel diritto pubblico è un altro profilo decisivo del suo sviluppo e della sua sostanza, che non può essere trascurato – come spesso oggi accade – soprattutto in un'epoca, come la nostra, di dissoluzione della dimensione territoriale attraverso il differenziarsi dell'autorità pubblica su più livelli e, soprattutto, il suo complessivo condizionamento derivante da poteri economici (globalizzati) e tecnologie che mostrano come carattere essenziale proprio l'assenza della territorialità. La distinzione tra pubblico e privato non si forma ancora nel giusnaturalismo dell'epoca perché, per quanto fondata sul volontarismo, è solo la legge naturale a fondarsi sull'imperativo divino, sia che si trasfonda nel comando del principe che nella legge civile. Ma il radicamento territoriale del comando è fissato, l'universale di va perdendo, la volontà comincia ad appaiarsi alla sovranità.

L'edificio dello Stato e la natura nazionale del diritto, elementi entrambi saldati dalla sovranità, sono i primi due elementi netti del diritto pubblico a venire.

2.5. L'autonomia del diritto pubblico, dei soggetti, procedure ed atti, è netta alla fine del Seicento ed il concetto è con chiarezza sia in Domat che in Fleury, anticipati da Loyseau. La sistematizzazione di Domat è vasta, a dimostrazione di quanto già nella realtà si sia esteso il diritto pubblico, sia sul versante dell'organizzazione che degli atti e, soprattutto, su quello degli oggetti e rapporti sui quali quell'azione ormai si estende, ancorché si tratti di una «statualità composita, frutto dell'abbraccio e dell'intersezione profonda tra monarchia e società corporata, lontanissima dalle dicotomie ottocentesche tra Stato e società; estranea perciò a qualsiasi esito costituzionale o liberale e al contrario profondamente gerarchica in perfetta contiguità con l'ordine esistente, con l'ordine di Antico Regime» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 49).

Anche questo profilo è prezioso. Mostra, con chiarezza, che l'insieme dei diritti e delle garanzie del diritto pubblico nello Stato-di-diritto si forma per giuridicizzare e contenere la sovranità, che finché spetta allo Stato non fa che organizzarsi per meglio distendersi sul territorio e penetrare con il comando in ogni rapporto della vita – ed è proprio l'insufficienza dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato costituzionale ad assicurare questa garanzia che mi pare necessario riaffermare che la sovranità, sulla base del nostro diritto positivo, è e deve essere collocata sul versante della *società*, soprattutto – come si dirà – in epoca nella quale lo Stato-di-diritto è di nuovo travolto e la stessa autorità pubblica soggiogata da centri di comando ad essa esterni e più potenti.

Non a caso, senza quel dualismo, lo Stato sovrano ed il suo diritto pubblico si esprimono attraverso la governamentalità (di nuovo M. FOCALTEAU, *La governamentalité*, in *Dits et écrits 1954 – 1988*, vol. III 1976 – 1979, Paris, Gallimard, 1994, 635, ove anche il fondamentale scritto *Sécurité, territoire, population*, 455), la polizia, la ragion di Stato, la scienza dello Stato e del benessere pubbli-

co, proponendo un arsenale di tecniche autoritarie di governo delle vite, delle menti e dei corpi la cui attualità non è necessario sottolineare dopo le vicende dell'ultimo decennio.

E', allora, chiaro che per il formarsi completo della dicotomia tra diritto pubblico e privato serve l'affermazione del rilievo politico della società e dei diritti della persona. Si tratta di un percorso che, ad alimentare la vasta e poliforme genesi della dicotomia tra pubblico e privato, viene soprattutto dalla tradizione anglosassone e dalla ricomposizione del politico che proviene da un'isola in cui confluiscano – dopo il crollo della romanità – etnie e concezioni diverse della statualità, della sovranità e della stessa monarchia, nonché una diversa prospettiva quanto alla territorialità (ovvio il riferimento a C. SCHMITT, *Land und Meer: Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, Reclam, 1942). La diversa storia anglosassone aveva quindi consentito che la sovranità non si ipostatizzasse nel monarca ma nella «non meno efficace (..) onnipotenza del Parlamento» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 60), il giusnaturalismo riconosceva l'eternità non del sovrano ma degli «*absolute rights of individuals*», l'atterraggio nella soggettività avviene sul terreno dei diritti delle persone e non su quello – continentale – della personificazione statale della sovranità.

Al netto delle specificità inglesi, l'evocazione di Montesquieu rende ragione di uno dei punti centrali della costruzione del diritto pubblico, vale a dire la sua funzione di limite al potere, di assicurare garanzie e contrappesi alla sovranità. Si delinea, quindi, il disegno arco portante [diritti fondamentali] – [status di cittadino] – [rappresentanza politica] – [costituzione come norma] – [legge del Parlamento come strumento di garanzia]. Alla base di quest'arco, tuttavia, appena si abbandona l'accento anglosassone traversando la Manica, appare la [Nazione], sicché con l'invenzione da parte di Sieyès del *pouvoir constituant*, è l'organismo nazionale a divenire fondante, essendo «l'origine di tutto» e bastando «la sua semplice realtà per essere sempre legittima: essa è all'origine di ogni forma di legalità». Si determina qui uno scarto essenziale, la posizione dell'ordi-

gno implacabile della statualità onnipotente che sarà, poi, Terrore o dittatura novecentesca, giacché la Nazione è plasmata dal potere e non dalla natura, cade sotto «il domino livellatore dell'astratto» e nella «unità del collettivo manipolato consiste la negazione di ogni singolo; è una beffa rivolta a quella società che potrebbe fare dell'individuo un individuo» (M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, New York, Social Studies Association, 1944, ed. it., Torino, Einaudi, 2010, 21). Come sapientemente conclude Sordi (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 69), in ragione del «formidabile dispiegamento della sovranità», la «società politica diventa per intero disponibile da parte del legislatore: nelle sue mani c'è ora un formidabile potere di organizzazione che disegna poteri, crea apparati, assegna funzioni».

Non v'è diritto pubblico se non nella dialettica tra diritti della persona, autonomia della società e potere dell'autorità. La concentrazione su uno solo di questi pilastri della costruzione ne determina fatalmente la rovina.

**2.6.** L'abitudine al proprio oggetto più prossimo tende a collocare la letteratura pubblicistica con gli occhi incollati al muro, a non vedere l'imponente edificio della sovranità come una gigantesca macchina di comando e dominio da affrontare con tutta la sapienza tecnica possibile; la natura olistica del potere addomestica la giurpubblicistica, che spesso è solo ricapitolazione e sistemazione di atti di comando, fonti ed espressioni del potere; la costruzione del diritto come scienza impedisce di porsi davvero il problema politico della relazione tra diritti della persona e potere – problema che, invece, è il tratto distintivo di questa *Rivista*.

Il coraggio di guardare onestamente nell'abisso inesaurito della sovranità manca spesso alla nostra dottrina. Ma all'origine del diritto pubblico non solo sta la sovranità come potere, c'è anche la sua entusiastica teorizzazione. Se nella Rivoluzione, o in Rousseau si sente ancora la necessità di negare – perché egoistico – il polo della libertà individuale a beneficio della completa sottomissione della società, con un'espressione della sovranità ancora indomita, della quale ci



si è semplicemente impadroniti, il polo tedesco, a cominciare da Kant, contrappone pubblico e privato, abbandona l'idea dello stato di natura a favore di uno civile nel quale la legge assegna il mio e il tuo, sicché se la legge universale delimita e accorda gli spazi di libertà individuale, «il diritto pubblico – chiarisce Kant – è l'insieme delle leggi esterne che rendono possibile tale accordo generale» e Savigny distinguerà il diritto privato dallo *Staatsrecht*, incarnandovi la soggettività dello Stato, solo attraverso il quale il popolo trova unità ed identità – di nuovo, in una dimensione territoriale nazionale, necessaria e superiore.

La distinzione, la contrapposizione tra Stato e società, diviene costitutiva con la codificazione, isolando il privato dalla dimensione politica, *empire* e *propriété* in Portalis sono spazi distinti e ben separati. «La codificazione – spiega perfettamente Sordi – presuppone la costruzione costituzionale del soggetto unico di diritto, l'affermarsi del discorso dei diritti e del principio di uguaglianza», richiede «la pesante liberazione delle leggi civili» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 100) dalle incrostazioni dello Stato dell'Antico Regime, interrompendo il moto del potere costituente per fissare certezze stabili ed una permanente opposizione tra sfera dell'individuo e del potere.

Il diritto privato è sottratto dal Codice perfino alla cittadinanza, sicché la sovranità si deve arrestare a fronte dell'esistenza individuale in quanto tale – travolta, quindi, la sovranità collettiva rivoluzionaria e l'idealizzazione della legge settecentesca –, innanzi allo *status personae* cui si contrappone lo *status civitatis* il cui contenuto dipenderà, invece, interamente dalle concessioni che faccia lo Stato attraverso la legge ed il suo cangiante contenuto; fallita la pacifica coesistenza di sovranità e diritti, dalla Monarchia di Luglio prende avvio un'epoca di contrapposizione, che condurrà alla costruzione e massima espansione del polo dell'autorità, della sua organizzazione, dei suoi procedimenti e poteri, del suo comando, ponendo – alla fine – in luce come la sottrazione della socialità dal diritto privato, così come l'esclusione del rilievo collettivo dei diritti dell'individuo da quello pubblico, conducono alla pubblicizzazione dello stesso diritto

privato, garantita la libertà solo dal possesso e dal dominio sui beni di produzione e la ricchezza ed, in tempo d'emergenza o guerra, neppure da quelli. L'interesse pubblico, infatti, non si esprimeva più soltanto nella produzione del diritto e nella sua applicazione giurisdizionale, avendo dato vita all'imponente macchina organizzativa dell'amministrazione – centro gravitazionale di tutto il diritto pubblico – il cui compito è la produzione costante di comandi pubblici, pervasiva di ogni e più minuto ambito della vita individuale, senza che proprietà e libertà economica siano in grado di proteggerla – se non per pochi, e per poco.

Dalla legge del 28 piovoso anno VIII, l'amministrazione incarna un potere pubblico autonomo e proprio, che dispiega la sovranità non come semplice giuridicizzazione di apparati esistenti, ma come sistema attraverso il quale proprio la potestà sovrana si declina e propaga. Al tempo stesso, genera procedure, garanzie, legge sul contenzioso, perché la sovranità per espandersi ha bisogno di darsi regole e, quindi, con il moltiplicarsi della sua possibilità di comando genera anche la sua (parziale) limitazione. Proliferano, quindi, soprattutto sull'asse tedesco – italiano i miti fondativi di questo diritto pubblico interamente attratto e serrato nella sfera dello Stato, sicché gli individui saranno protagonisti dei rapporti di diritto privato ma sono attratti in quello pubblico come popolo o nazione oppure, sul versante opposto, non sono assorbiti nella sfera statale ma sono bersaglio dell'esercizio dei poteri ed a questi soggetti, sudditi – tanto perché non manchi l'evocazione diretta della sovranità (quando non, con terminologia stridente che si ascolta tutt'oggi, amministrati, come oggetti o cose in balia del potere). Il discorso costituente sbiadisce e l'amministrazione è il luogo del rapporto tra suddito e potere, necessariamente dello Stato come attrattore di tutte le manifestazioni del pubblico, sicché quando la società si rende capace di amministrazione nell'interesse pubblico (come nei servizi pubblici resi direttamente da comunità di cittadini associati), questa è del tutto irrilevante e diviene “pubblica” solo quando un soggetto pubblico, un'articolazione del-

lo Stato assuma quell'interesse come pubblico in senso soggettivo. Gli stessi diritti dei cittadini, che nella dialettica costituente si contrapponevano alla sovranità, nella sintesi hegeliana vengono assorbiti nella realizzazione totale operata dallo Stato; se questa è l'impostazione dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, l'impianto hegeliano richiede di ricercare il luogo della protezione di quegli stessi diritti che lo Stato assorbe ed assicura, sicché la consequenziale risposta di Jellinek: ciò dipende solo dall'autolimita che lo Stato s'impone in relazione agli *status* di cittadinanza, operando una saldatura con le origini codicistiche del problema. Anche da noi, la scuola orlandiana sarà sempre fermissima nel differenziare il diritto pubblico dal privato in ragione dell'assenza di reciprocità (fino a dopo la Costituzione, propriamente di rapporto giuridico), giacché la soggezione e l'obbedienza al comando sono assoluti, non corrispettivi ad alcunché e l'amministrazione dispone della «forza sovrana» in sé stessa, precedendo la legge e ad essa resistendo; la legge si rivolge quindi all'amministrazione e non ai cittadini, cui spetta la soggezione al comando di quest'ultima, concreto e frutto dell'insindacabile interpretazione ed applicazione della legge, mescolata nel fiume lavico della discrezionalità, del merito, della potestà regolamentare e disciplinare dell'amministrazione, capace di liquefarne e rimpastare il precetto. L'autolimitazione immaginata da Jellinek è pur sempre cangiante e, come si noterà esattamente novant'anni dopo (G. BERTI, *op. ult. cit.*), la legge stessa promana dal medesimo ed unico Stato cui appartiene l'amministrazione.

La sintesi che ne propone Sordi è indiscutibile: «quell'immagine rivela, agli occhi dei giuristi, soprattutto un nucleo di solide invarianti, talmente solide da proiettarsi a ritroso sull'intero percorso storico, abbreviato e semplificato in un crescendo lineare e progressivo della statualità: la diretta proiezione della sovranità; l'interesse collettivo; la supremazia; la strutturale disparità del rapporto; la coincidenza del diritto oggettivo con il solo diritto soggettivo dello Stato; il limitato potere imperativo della norma; la discrezionalità» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 130).

2.7. La distinzione tra diritto pubblico e privato non ha nulla di necessitato, è il frutto della storia e dell'elaborazione dei giuristi in relazione alla realtà da spiegare, quando non da costruire. E rispetto al fulgore del XIX secolo, essa subisce una progressiva erosione, nel senso dell'avvicinamento delle categorie e della confusione circa il confine, in precedenza così strutturalmente, costituzionalmente, netto. Il primo – e forse più significativo – fronte di crisi è dato dall'emergere della questione sociale e, conseguentemente, dell'iniziativa dello Stato sul versante dei servizi pubblici e dell'emergere della funzione sociale dei diritti fondamentali (a cominciare dalla proprietà e dall'impresa).

Sul versante pubblicistico, tuttavia, le letture pluraliste (primo tra tutti Santi Romano) hanno la funzione di inserire anche il servizio pubblico ed in generale l'intervento pubblico in risposta della questione sociale, entro una costruzione nella quale la socialità assume rilievo pubblico solo se ed in quanto la corrispondente funzione sia assunta come compito proprio da parte di un soggetto pubblico e, per altro verso, la costruzione pluralista dell'ordinamento risponde sia al bisogno di sussumere all'ordinamento statale ogni altro ordine giuridico, sia a quello di costruire l'amministrazione come ordinamento e, conseguentemente, di limitarne la soggezione alla legge (per una più ampia discussione di questi temi sia consentito rinviare alle considerazioni di chi scrive nel *Contributo ad una teoria del pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2001). In altri termini, se è vero – come magistralmente mostra Sordi – che l'emergere della domanda sociale trasforma sia il diritto pubblico, associando all'attività amministrativa espressione di potere sovrano una diversa azione spesso attraverso organizzazioni privatistiche o contratti, che quello privato, con l'emersione di limiti alla volontà contrattuale intesa come pura autonomia, è anche vero che l'intera attività amministrativa “di benessere” viene sussunta – con formule che, per quanto imperfette, vengono ancor oggi credute come indiscutibili – alla funzione e, quindi, al potere imperativo derivato dalla sovranità. In questo senso, la spiegazione tradizionale ed ancora corrente della concessione amministrativa mostra

con chiarezza il successo di un dispositivo la cui funzione non è se non riaffermare che qualunque attività condotta dalla società può avere rilievo pubblico solo se assunta da un soggetto che sia anch'esso pubblico e, comunque, potrà essere esercitata solo in sostituzione dell'amministrazione, sempre soggetta al suo comando imperativo (attraverso la concessione), in un regime che si vorrebbe privatistico a valle dell'atto concessorio e che, tuttavia, si inframezza di supposte componenti pubblicistiche che dottrina e giurisprudenza ravvedono non appena vi sia un rilievo del pubblico interesse.

Se è, quindi, vero che il *service public* non si limita ad affiancare la *puissance* ma «inizia a sostituirsi alla stessa sovranità nazionale» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 151), che la legislazione di guerra sottrae al diritto privato l'astrattezza della norma, riempitasi di fatticità, che il diritto sociale si interpone tra la dimensione orizzontale paritaria del diritto privato e quella verticale di quello pubblico consolidando «una inedita dimensione di autodeterminazione collettiva» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 167), che il diritto corporativo consegna un rilievo pubblico alla società incompatibile con la purezza della grande dicotomia, è difficile negare che, tuttavia, ciò sia avvenuto soprattutto assorbendo la socialità nell'area del comando pubblico, rendendo autoritario l'intervento pubblico nella sfera privata – senza il coraggio di riconoscere schiettamente il valore collettivo dei diritti della persona e del loro esercizio nell'ambito della società – e sottoponendo il processo economico ad un governo giuridico che è, essenzialmente, fatto di comandi pubblicistici, determinandosi (particolarmente con Forsthoﬀ), una fusione tra Stato ed economia in un ordine (giuridico) unitario che determina la direzione statale dell'economia, attraverso «nuove forme dell'amministrazione diretta proprie di uno Stato che proietta sulla società la forti pretese regolatorie che lo sorreggono» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 189).

Il risultato è la chiara sintesi di Cesarini Sforza nel 1938: «lo Stato fascista ha tre caratteri essenziali già perfettamente identificabili: esso è autoritario, totalitario e corporativo»; né, questa struttura è venuta immediatamente meno nel

dopoguerra, stante che il sistema costruito dalla dottrina di quegli anni – il cui tratto essenziale era dato da un movimento «verso un rivestimento autoritario della tradizione, non verso il suo completo sovvertimento» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 176) –, anche per via dell'autorevolezza dei suoi autori, ha avuto lunga osservanza anche ad esito dell'approvazione della Costituzione repubblicana, sicché la tradizione dopo esser stata rivestita d'abiti fascisti senza mutarne troppo la sostanza (come le persone, secondo la nota analisi di Pasolini; P. P. PASOLINI, *Il fascismo degli antifascisti*, Milano, Garzanti, 2018), poteva esser tranquillamente rivestita del suo pannello solito ed assolvere alla funzione di tenere la Costituzione lontana dal diritto pubblico praticato.

**2.8.** La tradizione aveva potuto rivestire gli abiti militari del diritto di guerra, quelli corporativi del fascismo e quelli totalitari che ad esso si associavano, perché la sua sostanza non affrontava né esorcizzava la sovranità, che resta il fondamento sicuro del potere dello Stato. Semmai, la prima metà del Novecento, rendeva incerta la distinzione tra diritto pubblico e privato per ragione della intensissima pubblicizzazione del secondo, stante che sia il ricorso all'amministrazione in forma di organizzazioni di diritto privato, sia quello all'amministrazione per contratti restava saldamente controllata dalla sussunzione sotto l'atto autoritativo con il quale queste forme venivano disposte, modificate, revocate. La stessa costruzione pluralista dell'ordinamento assolve alla funzione storica di pubblicizzare la società assai più che quella di rendere ragione della sua autonomia; la natura derogatoria degli ordinamenti sezionali, vera fonte di una discrezionalità vicina all'arbitrio per la pubblica amministrazione, completa un quadro fatto di soggezioni e supremazie (generali o speciali).

Il dopoguerra non mostra una direzione significativamente differente: nel diritto privato, alla «unicità del soggetto» si sostituisce «una invadente moltiplicazione dei soggetti giuridici» e la «purezza delle linee codicistiche è sommersa da un immenso sviluppo quantitativo della legislazione dei rapporti privatistici con una pesante legificazione di relazioni privatistiche finora affidata solo alla

leggera silhouette delle norme del codice» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 196); d'altro canto, la pubblicizzazione dell'economia – anche attraverso la nazionalizzazione di interi settori della vita economica – determinava una sorta di rivincita del diritto privato, che diveniva la disciplina applicabile allo Stato imprenditore.

Se tutto questo è indubabilmente vero, è però difficile negare che il predominio del diritto pubblico (della tradizione) autoritario e fondato sulla sovranità dello Stato, in quegli anni, ha trovato percorsi di affermazione efficaci: dalla teoria dell'ordinamento sezionale, figlia di quella della pluralità degli ordinamenti, capace di sottoporre al comando pubblicistico l'intero settore del credito (con Giannini) o degli interventi a favore della casa (con Nigro); a quella dell'indirizzo economico nazionale, attraverso la programmazione ed il coordinamento (con Bachelet); al regime speciale delle società a partecipazione pubblica attraverso l'IRI. «Siamo all'apice delle funzionalizzazioni, delle pubblicizzazioni del diritto privato, ma anche delle leggi incentivo che indirizzano la volontà privata e le scelte economiche attraverso meccanismi di ausilio finanziario, che aprono la strada all'imperio delle leggi speciali ed all'età della decodificazione» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 205).

La sostanza, è quella della permanenza del diritto pubblico della tradizione; mutano la società e l'ordinamento (con l'entrata in vigore della Costituzione); si trasformano l'attività ed il ruolo dello Stato, con lo sviluppo dello Stato-sociale e l'interventismo economico; sul versante organizzativo, sia pure con ritardo, la stessa struttura dello Stato si articola con la creazione delle Regioni ed il rilievo costituzionale delle autonomie locali. Tuttavia, la teoria generale del diritto amministrativo si mantiene stabilmente fondata sulla sovranità dello Stato e l'autoritatività del provvedimento che contiene il comando dell'autorità.

**2.9.** La direzione cambia bruscamente con l'imponente crisi dello Stato nazionale degli ultimi decenni.

La crisi dello Stato si declina in diversi fronti anch'essi di crisi: quella di legittimazione degli Stati democratici cerca compensazioni nella paritarietà e

nell'espansione degli accordi, dell'azione attraverso contratti e consensi; quella relativa all'apparato amministrativo, prova a rispondere con la privatizzazione ed il regime di diritto privato esteso all'impiego pubblico; quella dell'attività amministrativa autoritativa, consente finalmente l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo. Si tratta di elementi tipicamente italiani, che si sono presentati tutti insieme alla fine degli anni Ottanta, mettendo in crisi il permanere dei paradigmi tradizionali.

Solo pochi anni più tardi, tuttavia, si presenta il cambiamento più radicale, con l'affermarsi delle teorie ordoliberali attraverso la disciplina dell'allora Comunità Europea, l'ulteriore frammentazione dello Stato a favore delle istituzioni europee, il primato del dato economico su quello politico (e giuridico) – con le conseguenti privatizzazioni delle società pubbliche, primato del diritto della concorrenza, mutato ruolo dell'autorità in funzione di regolazione, trasformazione del regime dei pubblici servizi, ulteriore modificarsi dell'organizzazione amministrativa secondo moduli aziendalistici. Più ancora, l'economia cessa di essere condizionata dall'intervento dello Stato e dalla prevalenza del potere pubblico, ormai «venuta a orbitare su di una scala globale non più raggiungibile dal diritto e dalla politica» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 215). Pur a fronte di mutamenti così imponenti, l'edificio otto/novecentesco dello Stato non viene abbattuto e l'idea «di un mercato capace di sottrarsi alla sovranità e all'ordine giuridico non ha trovato conferme. Il mercato è sempre normativamente fondato» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 218).

E', tuttavia, innegabile che il mercato globale abbia sottratto agli Stati legittimazione, strumenti di intervento, capacità di assicurare i diritti delle persone, perfino le stesse basi della democrazia rappresentativa; «in questi spazi sconfinati necessariamente politica, democrazia, costituzione, diritto sociale lasciano solo delle tracce evanescenti» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 222), sicché proprio democrazia e sovranità sono indebolite dai «pesanti congegni costituzionali interni agli Stati, sostanzialmente espropriati ogniqualvolta s'intercettino questio-



ni relative ai mercati, dei consueti spazi di manovra per le politiche economiche, industriali, di occupazione, di *welfare*» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 223). L'insieme delle trasformazioni intervenute restituiscono anche l'immagine del diritto privato profondamente mutata, lontana dall'individualismo delle origini, dall'uguaglianza formale delle parti e dal dogma della pura volontà; gli stessi rapporti di diritto privato, dal regime dei beni e delle appropriazioni fino dalle questioni nuove poste dal biodiritto, non sono dominabili con le coordinate della tradizione; infine, lo stesso diritto privato «si è visto restituire una sua intima vocazione costituzionale» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 231) in antitesi a quella proprietaria ed individualistica delle costruzioni codicistiche. Diritto pubblico e privato sono, quindi, così profondamente trasformati da rendere spesso evanescente la loro distinzione o, per lo meno, scarnificate le sue fondamenta.

Rimangono «sul tappeto i grandi temi della modernità: i diritti, dei singoli e dei gruppi; i poteri, i limiti, le garanzie. Nessuno di questi grandi temi è esclusivamente pubblico o esclusivamente privato» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 236).

**3.** La potente sintesi di questo libro, pur nel garbo con il quale il suo Autore, come sempre, pone le questioni, non può lasciare indifferenti e meriterebbe, invece, un più ampio concorso di opinioni. Le questioni che pone, a mio modo di vedere, sono semplicemente ineludibili.

Non si tratta di rammentare come la civiltà occidentale abbia proceduto per millenni senza un vero e proprio diritto pubblico, sicché come ogni costruzione storica esso potrebbe venire meno o difettare. La questione è se senza di esso i diritti fondamentali di persone e comunità riceverebbero un vantaggio – il che, nelle condizioni date, non pare. Piuttosto, è difficile sottrarsi all'idea che – limitando lo sguardo al nostro dato nazionale – gli studiosi ed i pratici abbiano, nella sostanza, perpetuato le categorie classiche, mutandone l'apparenza per quel che bastava sul momento. Il diritto pubblico fondato nella sovranità dello Stato, nella sua organizzazione, nell'autorità del comando e nella limitazione delle garanzie, è rimasto saldo, non consentendo se non adattamenti. Corpora-

tivi e autoritari quelli della prima metà del Novecento; diretti a sussumere nelle sue categorie il welfare e l'intervento nell'economia, ad esorcizzare le novità costituzionali, a ritardare le Regioni, a depotenziare i diritti e lo spazio delle comunità, quello che ha dovuto confrontarsi con la Costituzione repubblicana. Mentre gli altri Paesi europei vedevano, sotto l'incalzare di eventi anche terribili, la necessità di integrare, mutare, rivedere fondamenta e paradigmi, l'elevatissima qualità tecnica della nostra dottrina e della giurisprudenza nostrana consentivano adattamenti, producevano teorie – basterebbe il riferimento all'istituzionismo romaniano – che assolvevano al compito primario di ridurre le novità nel perimetro della tradizione, consentendo la prosecuzione dell'armamentario della sovranità dello Stato e dell'autoritatività del comando. Siamo, quindi, arrivati con difficoltà al confronto con il diritto di quella che sarebbe poi divenuta l'Unione; e, diversamente da altri e per maggiore debolezza economica, politica ed istituzionale, abbracciando subito e con entusiasmo il neoliberismo che ne derivava, senza troppa coscienza teorica e politica. Ne è derivato un sistema anchilosato e asimmetrico, nel quale convivono la concorrenza come dogma e l'autorità del comando limitatamente sindacabile, sia che si tratti di assegnare una gara che di sanzionare una condotta anticoncorrenziale; si confondono regolazione e regolamentazione, attività neutrale relativa al mercato e provvedimento unilaterale nell'interesse pubblico; e via enumerando. La sostanza è che le novità si sono giustapposte al diritto pubblico della tradizione senza trovare una nuova sintesi, così come potrà dirsi della privatizzazione del pubblico impiego – solo parziale, impiantata su di un'organizzazione ancora di diritto pubblico – o quella delle società pubbliche – con i mille rivoli delle deroghe di diritto speciale. Il risultato è la permanenza dei paradigmi posta accanto alla loro smentita, con la creazione di dispositivi spesso mostruosi non solo per ragione del loro comporsi arlecchinesco, ma dei risultati prodotti.

In questo miscelare ciò che spesso è irriducibile, la narrazione generale non è mutata: centrale resta l'organizzazione di diritto pubblico, che produce

decisioni autoritative di diritto pubblico, lungo procedimenti anch'essi di diritto pubblico – depotenziato il ruolo del cittadino – cui si potrà reagire azionando situazioni soggettive di diritto pubblico innanzi ad un giudice speciale. In qualche modo, potere ed organizzazione tradizionali si trovano incaricati di compiti nuovi cui provano ad applicare la grammatica di cui dispongono.

Di per sé, non sarebbe se non l'ennesimo adattamento. Il problema, però, è un altro. Sapientemente, Sordi nota che gli Stati si sono visti sottrarre lo spazio per le politiche economiche, industriali, occupazionali o di *welfare*. Ma v'è molto di più. La questione non risiede solo nella limitazione dell'ambito riservato all'iniziativa pubblica nazionale – frequentemente con nuove formulazioni costituzionali di contenzione – quanto, piuttosto, nella funzionalizzazione del potere dello Stato alle esigenze del mercato globale. Non è difficile vedere le linee portanti della mutazione ed è agevole indicarle.

*Anzitutto*, globalizzazione economica e trasformazioni tecnologiche hanno reso debolissimo il processo democratico ed asfittica la democrazia rappresentativa, per la ragione sostanziale di avere marginalizzato settori molto ampi della società; il risultato, quindi, è la domanda di protezione da parte dell'autorità, domanda che l'elettorato ha posto senza mezzi termini in tutte le democrazie sia europee che nordamericana. La conseguenza immediata è quella del ritorno a dispositivi autoritari, alcuni propriamente dello Stato-di-polizia, con ampio ricorso a clausole generali, ad organizzazioni e poteri emergenziali e spesso derogatori.

In *secondo* luogo, lo stesso meccanismo, spesso innescato dall'apprezzamento discrezionale del rischio – cui fa séguito l'emergenza e, quindi, la deroga, con tecniche ormai riconoscibili e quasi consolidate che si reggono su decreti-legge che contengono atti amministrativi e conseguente ricorso a contratti o soggetti privatistici, saltando l'amministrazione come luogo di emersione e composizione degli interessi – è direttamente posto a servizio del mercato neo-liberale e della celerità e stabilità delle decisioni necessarie a singole operazioni

economicamente molto rilevanti. Non si tratta, quindi, di limitazioni poste agli Stati dal mercato, attraverso il paradigma della razionalità sociale dell'operatore economico che deve essere imposta allo Stato rispetto alla gestione del suo debito. E' altro: è la funzionalizzazione del potere dello Stato al conseguimento di specifici risultati economici in modo celere e stabile, sostanzialmente escludendo le tutele procedimentali e processuali quando non propriamente eliminando la stessa amministrazione dal processo.

In *terzo* luogo, ricchezza e conoscenza si muovono, ormai, attraverso il mercato globale ma soprattutto lungo sistemi digitali, sicché il profilo della localizzazione (statale, nazionale o anche continentale) del potere diviene *handicap* difficilmente superabile, sicché la protezione dei diritti riesce impossibile alle autorità pubbliche non solo perché limitate finanziariamente, ma proprio perché strutturalmente localizzate. Imponenti poteri a-territoriali sono in grado di travolgere ogni tentativo di resistenza statale (tentativo che, peraltro, manca quasi interamente giacché sono proprio gli Stati a cercare l'omologazione digitale e subire la soggezione economica).

I mutamenti che si sono ormai determinati – da tempo e in modo riconoscibile, per quanto nella consistente trascuratezza degli interpreti – fanno sì che il punto che pone Sordi sia esattamente quello imprescindibile: la distinzione tra diritto pubblico e privato si segna lungo tracciati confusi ed irriconoscibili rispetto a quelli della tradizione degli ultimi due secoli; ma ciò non significa che venga meno il problema di fondo che, costitutivamente, quella distinzione cercava di affrontare, vale a dire come si proteggano i diritti delle persone e delle comunità, come si disciplinino i poteri, privati e pubblici, li si limitino, li si sottopongano alla critica razionale del processo. Proprio queste questioni – e la coscienza dei mutamenti intervenuti – da oltre un decennio mi fa porre il tema centrale della sovranità.

La sovranità dello Stato, riserva inesauribile di autorità e comando, negli ultimi anni è stata resa funzionale ad obiettivi neoliberali chiari e riconoscibili,

ha contribuito ad indebolire la società e le comunità locali, assicurando protezione solo in modo autoritario. Si tratta di un esercizio autoritario del potere che travolge il sistema delle fonti e lo Stato-di-diritto, comprime le tutele, altera le organizzazioni, strozza i procedimenti, seleziona gli interessi. Si tratta di un uso autoritario del potere che si legittima sempre con la necessità e l'urgenza, così da comprimere ogni spazio di controllo razionale e da ordinare (buona parte della) dottrina e giurisprudenza nell'evocazione della mancanza di alternative (del resto, *there is no alternative* è il più antico slogan neoliberale). Se si prende sul serio la Costituzione, non mi pare sia difficile ammettere che la sovranità non spetta allo Stato ma alle persone (art. 1), ch'essa si trattiene permanentemente nell'ordine dei diritti fondamentali (art. 2), sicché il compito dell'autorità è quello e solo quello di massimizzarne il godimento in ossequio all'eguaglianza (art. 3) ed articolando il potere secondo il disporsi delle comunità (art. 5). Si tratta di costruire un ordine in grado di assicurare libertà e dimensione normativa della persona, che ciò avvenga attraverso il diritto pubblico o quello privato.