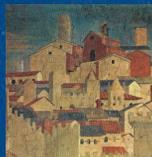


PERSONA E MERCATO
Dialoghi sul nostro tempo

Diritto Pubblico e Diritto Privato
La grande «dicotomia» ieri e oggi

A cura di Federico Pistelli



ISBN 978-88-947441-0-1

Dialoghi sul nostro tempo è una collana pubblicata dall'editore Persona e Mercato.

La foto in copertina riproduce una tela di Mark Rothko, concessa in licenza Creative Commons da [CC BY-NC-ND](#)

© Author(s)

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di Direzione: Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Responsabili del Comitato editoriale: Daniele Imbruglia e Mario Mauro

Comitato editoriale: Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari.

E-mail: info@personaemercato.it

Info: www.personaemercato.it

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

Introduzione, di Giuseppe Vettori	p. 1
Il percorso storico delle due categorie, di Luigi Lacchè	p. 7
Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e sui confini), di Marcello Maggiolo	p. 13
Diritto pubblico e diritto privato: una discussione a partire da due libri, di Michele Spanò	p. 19
Pubblico e privato: ancora su confini, identità, intersezioni, di Bernardo Sordi	p. 27
Il diritto privato e i suoi confini, di Andrea Zoppini	p. 37

Introduzione

di Giuseppe Vettori

I Dialoghi sul nostro tempo che la Rivista *Persona e Mercato* intende promuovere sono iniziati su due libri, molto belli, di Andrea Zoppini e Bernardo Sordi¹. All'incontro è seguita una riflessione e un dibattito che oggi pubblichiamo². Solo qualche cenno su ciò che il lettore troverà nelle pagine che seguono.

1. Il tema.

La distinzione fra Diritto pubblico e Diritto Privato non è più alla base di una sistemazione ordinata del diritto, non fosse altro perché i grandi temi, dai diritti individuali e collettivi, ai poteri, i limiti e le garanzie non sono esclusivamente pubblici o privati.

Le due discipline hanno entrambe una funzione regolatoria che spesso si intreccia nelle regole e nei criteri, sino a rendere necessaria una elaborazione di diritto comune che compete in primo luogo alla giurisprudenza e alla dottrina vista la difficoltà per la legge di seguire costantemente l'innovazione.

I due volumi tracciano itinerari paralleli che si incrociano nelle analisi e nelle prospettive.

Andrea Zoppini riflette sulla crisi della statualità e di un diritto oltre lo Stato, teorizzato già da Filippo Vassalli e Rosario Niccolò. Ricorda il ruolo del diritto europeo, la centralità della giurisdizione nel diritto, non ostacolata ma spesso indotta dal legislatore e dal diritto transnazionale di fonte privata.

Da qui le trasformazioni dello Stato e i suoi effetti sulla teoria della norma, l'interpretazione e il sistema delle fonti.

¹ Il riferimento è ai volumi di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020 e B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

² Le citazioni all'interno di questa *Introduzione* fanno riferimento alle prossime sezioni del dibattito qui raccolto, che riproduce gli interventi al Webinar "Diritto Pubblico e Diritto Privato. La grande dicotomia ieri ed oggi" del 24 settembre 2021 (la registrazione dell'evento è disponibile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=4jy-7VUE4No>).

INTRODUZIONE

Se lo Stato conserva un ruolo nella produzione di senso, è certo che stiamo vivendo nella tensione irrisolta di un ordinamento multilivello in modo tumultuoso e continuo mutamento. Dal rapporto fra regole e principi, al ruolo della disparità come paradigma dei rapporti civili, dalla necessità di rinvenire i rimedi in un ordine plurale, alla necessità di garantire effettività alle norme sostanziali e processuali. Ove pubblico e privato “condividono la stessa missione in termini regolatori”. Non solo.

Il diritto dell’Unione europea non appartiene al diritto privato, ma lo condiziona dall’interno nella garanzia dei diritti fondamentali, nel regime del mercato e della concorrenza, in ambito sempre più esteso e lontano dal sistema dei codici civili e penali. “Tanto che il modello storico dello Stato autarchico del 900 è eroso anche sul piano epistemologico generale, mentre l’impresa multinazionale e il diritto finanziario globale incidono pesantemente sul modello democratico”.

La conclusione è netta. Si è “tagliata la testa al Re”, si è sgretolato il concetto di sovranità per “un’interazione effettiva che si sottrae al comando normativo” in un movimento ibrido fra sfera pubblica e privata, espresso, come osserva Sabino Cassese, da un “arena pubblica” “un nuovo paradigma caratterizzato da interscambiabilità dei ruoli, ridefinizione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori”.

Bernardo Sordi analizza la discontinuità di fondo rispetto al 900. Se le privatizzazioni avevano ipotizzato un nuovo primato del diritto privato la “grande dicotomia” non segue i ritmi del pendolo e non può certo riprendere il cammino ottocentesco. “Pubblico e privato si combinano in nuove forme e nuovi vincoli” in una complessità sempre più evidente ove lo Stato è “sempre più un personaggio in cerca di autore” e “il capitalismo finanziario e il globalismo mostrano di avere piedi di argilla”.

Il tempo e la storia scandiscono “una mano visibile del diritto” alla ricerca di nuovi equilibri. Sino alla odierna moltiplicazione delle fonti e degli attori in “una giuridicità composita e porosa”. Certo, mercato autoregolato e intervento diretto dello Stato non sono mai esistiti come “modelli puri”. Il loro rapporto “vive di compenetrazioni e di intrecci in un incessante fluire”. La stessa Carta costituzionale indica opposte decisioni di sistema, dall’economia mista, alla libera concorrenza, ad un’economia sociale di mercato fortemente competitiva indicata dal trattato di Lisbona.

Insomma “sovranità e mercato, pubblico e privato non procedono in modo rettilineo”, ma “hanno una relazione scandita da un continuo incessante movimento”.

La “grande dicotomia non è più tale. Ha dismesso i panni di categoria a priori, non è più alla base della sistemazione del diritto. Si è fatta piccola e arretra al modesto rango di mera distinzione orientativa”. Sono alle spalle i moti del pendolo, per una serie di ragioni. Il diritto privato è lontanissimo dal modello ottocentesco. Basta pensare alla disciplina dei beni, alla esplosione dei problemi del corpo e del biodiritto, alla sua spiccata “vocazione costituzionale”. Il diritto Pubblico ha perso la sua dimensione imperativa e autoritaria, “le discipline giuridiche si impongono per la loro oggettività” in una “neutralità imprevedibile”.

Così si scolora ogni immagine definitiva ed esatta della due sfere. La complessità e il pluralismo sfuggono alle rigidità sistematiche. Restano i grandi temi della modernità “i diritti dei singoli e dei gruppi, i poteri, i limiti, le garanzie”, ma nessuno di essi “è esclusivamente pubblico o privato”. Esistono zone di confine, contaminazioni, zone grigie. L’unità del diritto va assicurato “attraverso un’elaborazione per principi”. Principi di diritto comune capaci di porsi come “chiusura”, tramite un’elaborazione che “compete in primo luogo al formante giurisprudenziale e dottrinale” perché molto spesso la legge stenta ad affrontare il nuovo. La cultura dei limiti del potere e delle garanzie è uno dei grandi temi che vale oggi per i poteri pubblici, i poteri privati e il mondo digitale con le sue distorsioni delle libertà e dell’identità delle persone.

Occorre dunque “intrecciare i linguaggi, le tecniche, le soluzioni, rivalutando un’età dei diritti che ogni giorno esige, nel pubblico come nel privato, nuove compatibilità, nuovi equilibri, nuovi confini e soprattutto una nuova giustizia”.

2. Il dialogo.

Gli interlocutori hanno sottolineato i meriti e il profondo rilievo scientifico dei due volumi sull’idea del diritto oggi, e sul grande tema del rapporto fra Autorità e Libertà.

Luigi Lacchè ricorda i modelli di costruzione del potere sovrano e la capacità di ordinare il nuovo assetto politico, in Franca, in Germania, nel mondo anglosassone e in Italia. Osserva che “il libro di Bernardo Sordi de-costruisce la grande dicotomia e ne fa vedere la storicità e quindi le trasformazioni e le metamorfosi sottraendola ai rischi dell’*a-storicità*”. Pericolosa perché Diritto Privato e Diritto Pubblico, come singole categorie e soprattutto nelle loro interconnessioni, hanno una storia. Che va ricordata. “Domina nell’ottocento l’immagine della statualità e del potere pubblico come organizzatori della società,

INTRODUZIONE

con diversi itinerari”. Il Novecento apre il laboratorio della socialità all’interno del diritto pubblico sino alla perdita dell’esclusività. La “costellazione del sociale” si collega a tutta una serie di altre categorie e “diventa il tema che dà il segno del tempo e fa vedere il processo di frammentazione del diritto comune civilistico di fronte alle prime leggi speciali” e poi a elementi di “specialità”, che chiedono di essere riconosciute e avere spazio nell’ordine giuridico in rapida trasformazione. Sicché il Novecento non può più essere “il secolo dell’*aut-aut*, può essere invece il secolo dell’*et-et*” e quindi la descrizione, efficace, di Bobbio, di sfere congiuntamente esaustive e reciprocamente esclusive non può più funzionare.

Marcello Maggiolo apprezza le analisi e le risposte che i due volumi pongono, in modo diverso e complementare, movendo dalla critica storica alla grande dicotomia. E propone alcune domande chiave. Dal ruolo del diritto processuale e soprattutto del diritto penale ove il progressivo ampliamento del compito dell’interprete pone interrogativi essenziali per la giuridicità e lo Stato di diritto. Dal rapporto fra lo Stato regolatore e le politiche assistenziali, tema centrale in un momento di crisi monetaria, decrescita economica e instabilità politica. Si sofferma sui confini del diritto privato e sulla mobilità dei modelli dallo Stato regolatore, sul compito del diritto europeo, sul ruolo sovrapponibile o meno dell’intervento regolatore e assistenziale che ci afferra oggi con particolare urgenza. Apre ad un ampliamento dell’analisi con puntuali stimoli alla riflessione ulteriore.

Michele Spanò ricorda come la dicotomia abbia a che fare con la politica moderna e con il funzionamento dell’ordinamento che opera solo se vi sia una visione equilibrata del pubblico e del privato. Oltre i loro confini si staglia l’accezione collettiva, la sostenibilità, la cooperazione e soprattutto l’unità del diritto come eventuale antidoto alla crisi della dicotomia. Tema presente in entrambi i volumi con “un’idea comune: una progressiva *ri-civilizzazione* del diritto tutto intero”. Oltre il diritto pubblico e il diritto privato e la crisi del loro rapporto. Ove “il diritto civile – la lingua comune che ordina e istituisce i rapporti di una *civitas* – potrebbe forse provvisoriamente fornire un nome per questo terzo spazio, capace, chissà, di permetterci di transitare *giuridicamente* la dicotomia”. Con una certezza. È lecito credere che su questo terreno si gioca oggi “la più appassionante delle sfide che vede protagoniste le proposte più influenti e intelligenti nel campo della teoria del diritto”.

3. Le risposte.

Bernardo Sordi, di fronte a idee diverse, continua a “credere che diritto pubblico e diritto privato non debbano rinunciare alle loro rispettive identità. Non debbano confondersi in un tutto indistinto. 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”.

Così “il diritto privato non deve rinunciare alla disciplina di rapporti, in primo luogo, di natura patrimoniale e alle questioni che attengono alla più riposta individualità esistenziale (le grandi questioni della vita, della procreazione, della morte)”. 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”.

“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*, perveracamente 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”.

Andrea Zoppini osserva che “persino il potere, sempre più articolato, invasivo, bifronte, non è più riferibile alla sola *öffentliche Gewalt* (autorità pubblica) e continua a presentarsi nelle due accezioni di *Herrschaft* (sovranità) e di *Macht* (potere), confermando la temibilità del potere pubblico, ma anche dell’invalente gigantismo dei poteri privati [...]”. Da qui la riflessione comune con Bernardo Sordi “sulla nozione di potere in una prospettiva storica e diacronica, dedicando una maggiore attenzione ora al diritto pubblico, ora al diritto privato”. Non fosse altro perché “il modello normale di interazione sul mercato non è quello fondato sulla contrapposizione pura, ma quello in cui il mercato vede susseguirsi

INTRODUZIONE

fra loro modelli di cooperazione e di competizione, secondo uno schema definito dagli autori di *co-opetition*". Non solo.

Il modello della Corte europea di giustizia favorisce "un'ibridazione, un superamento delle categorie", dovuto al fatto di essere una giurisdizione di ultima istanza che "deve muoversi attraverso concetti, istituti e qualificazioni giuridiche profondamente diversi".

Basta solo un esempio: "il principio dell'effetto utile travolga anche il giudicato". E qualcosa di analogo accade "nella giurisprudenza relativa all'applicazione, tanto a soggetti pubblici che a soggetti privati, delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, agli effetti prodotti dalle libertà fondamentali nei Trattati, nonché alle regole sugli aiuti di stato e a quelle che collegate al patto di stabilità".

Tutto ciò esalta un dovere specifico per il giurista: "garantire la prevedibilità e la coerenza dell'ordinamento e del sistema giuridico". Un dovere che "pure in un contesto estremamente più complesso non muta" e affida ai giuristi un compito arduo e insostituibile.

Il percorso storico delle due categorie.

di Luigi Lacchè

1. Ringrazio anzitutto Giuseppe Vettori per avermi dato la possibilità, graditissima, di partecipare a questa presentazione di due libri molto importanti, di Bernardo Sordi e Andrea Zoppini, libri che dialogano a distanza, e che – come è già stato detto - vanno in risonanza su diversi aspetti e assieme formano la più aggiornata e ampia introduzione al tema. Nel mio intervento dedicherò l'attenzione, ma solo *ratione materiae* – scusandomi per questo con Andrea Zoppini - soprattutto al volume di Sordi. Dico subito che lo ritengo un lavoro di grande rilievo, generatore di molte idee. Non è soltanto la ricostruzione di un itinerario, di una genealogia storica, ma è un libro che parla al presente e che nasce dal nostro presente, dai grandi interrogativi che oggi segnano la riflessione e l'attività dei giuristi.

Quando si affrontano categorie così importanti come diritto privato e diritto pubblico, in un arco temporale così ampio, è chiaro che si corrono dei rischi. C'è una certa storiografia, soprattutto anglosassone, che è “specializzata” nel fare grandi sintesi e talvolta si percepisce la genericità nella trama ricostruttiva. Non è questo il caso del libro di Sordi perché si capisce, per come è costruito il libro e per come sono sviluppate le sue idee forti, che è il frutto di una lunga distillazione. Anche quando affronta il singolo autore, il singolo profilo tematico, si coglie subito che dietro c'è un grande scavo “monografico” che riesce a sintetizzare, in maniera puntuale e aggiornata, grandi snodi storiografici. Questa distillazione ci offre una vera storia giuridica di due concetti fondamentali. È stato già detto che è un libro sulle costruzioni e sulle de-costruzioni di queste due categorie. Si parte dal percorso che va verso la costruzione, ovvero quando inizierebbe questa capacità delle due categorie di essere insieme sistematiche e ordinanti, nella loro compresenza. Poi, nel secondo capitolo, troviamo la grande dicotomia e la vicenda dell'apogeo ottocentesco e infine il terzo capitolo riguarda il lungo Novecento con la sua parabola “decostruttiva” che discende e ci porta al nostro presente.

Da storico del diritto apprezzo ovviamente lo sforzo che l'autore ha fatto nella convinzione che tutte le categorie che utilizziamo sono sempre storicamente situate; anzi, questo discorso è ancora più importante quando le categorie lessicalmente restano invariate in un percorso storico come nel caso di

ius privatum/ius publicum, diritto privato/diritto pubblico. Le categorie non cambiano ma la genealogia ci fa vedere come i lessemi in realtà si riempiono di nuovi significati, ne perdono alcuni, altri ritornano: insomma, l'autore ci fa vedere la fecondità e l'utilità dell'approccio storico ad un tema così rilevante. In mezzo a questo percorso il capitolo centrale è dedicato all'analisi della "grande dicotomia", «ovvero, una distinzione fondamentale dell'ordine giuridico, in grado di racchiuderne compiutamente lo spazio e di esaurirne le articolazioni interne; una distinzione a priori, costantemente utilizzata e in qualche misura invariabile, sottratta al divenire della storia»¹. Una formula utilizzata da vari autori ma probabilmente tematizzata in maniera compiuta da Norberto Bobbio nella voce "Pubblico/privato" scritta nel 1981 per l'Enciclopedia Einaudi.

Questa grande dicotomia è al tempo stesso la pietra fondamentale perché "occupa", "riempie" il XIX secolo e continua, potremmo dire, come un "masso di granito" nello sviluppo di questa vicenda, ma, per certi aspetti, essa è anche una "pietra d'inciampo" perché veicola una visione destinata progressivamente a perdere di significato ma che continua a influenzare il modo di vedere il problema. La terminologia usata da Bobbio è precisissima quando dice che è 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». Per Bobbio la grande dicotomia è divenuta tale anche grazie al suo «uso costante e continuo, senza sostanziali mutamenti», un uso risalente (a partire da Ulpiano) per avvalorare, come un dato *a priori*, la suddivisione dicotomica del diritto, in pubblico e privato. Possiamo dire che il libro di Bernardo Sordi de-costruisce la "grande dicotomia" e ne fa vedere la storicità e quindi le trasformazioni e le metamorfosi sottraendola ai rischi dell'*a-storicità*. Diritto privato e diritto pubblico, come singole categorie e soprattutto nelle loro interconnessioni, hanno una storia.

2. Quando inizia questo percorso, questa genealogia? Inizia con le definizioni ulpianee destinate tramite il *Corpus iuris* ad allungare la loro ombra per secoli e secoli? Probabilmente no: l'autore, al di là dell'enorme impatto, le riconduce al contesto e al significato originario, anzitutto di *positiones studii*, di carattere didattico-espositivo. Il percorso allora inizia dal medioevo sapienziale? Anche in questo caso la risposta non è affermativa ai fini dell'economia del libro. Esistono

¹ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pag. 11.

soggetti e rapporti che potremmo definire pubblici ma l'incompiutezza del potere politico, l'autonomia del diritto, la dimensione comunitaria del singolo, la concezione giustiziale del potere (centralità della *iurisdictio*) rendono difficile lo sviluppo di un vero e proprio "polo" del diritto pubblico.

Quand'è allora che inizia questo percorso? Nella prima età moderna, nel corso del XVI secolo, quando cioè la distinzione comincia a postulare una comprensione della soggettività giuridica privata e, sull'altro fronte, dell'autorità politica e del potere sovrano. A partire da questa cronologia l'autore sviluppa alcuni itinerari, fa vedere come in alcuni percorsi, tra i più significativi della storia europea, ci sono elementi comuni ma anche profonde differenze. Quali sono i caratteri fondamentali? Quello francese si costruisce essenzialmente su un asse: sovranità/*république*, quindi "Stato" nell'accezione di Bodin. In questo percorso, Charondas Le Caron comincia a vedere il diritto pubblico come un asse descrittivo della materia giuridica; conquista un suo rango sistematico; inizia a possedere capacità ordinatorie di ampie sfere dell'ordinamento giuridico legate al processo di concentrazione sovrana dell'*Etat Royal*. Jean Bodin intende, come è noto, la sovranità come quel potere assoluto e perpetuo che è dello Stato. Certo è ancora lo Stato degli *offices*, delle magistrature, con forti tratti giurisdizionali, un contenitore di una pluralità di corpi e istanze diversi. Charles Loyseau sviluppa questa visione, la "sistematizza" mostrando anche l'insufficienza delle categorie romanistiche e Jean Domat si pone a fine Seicento come l'autore che meglio ridefinisce il perimetro del diritto privato e del diritto pubblico, sempre più 'autonomizzato' con le sue "leggi arbitrarie", e ancora "appendice" al diritto privato inteso quale base fondamentale e "immutabile" dell'ordine giuridico e sociale. Il diritto pubblico è un'espressione della 'modernità' ma la natura giurisdizionale dello Stato ne frena l'oggettivazione.

Il percorso tedesco è molto diverso da quello che ho appena evocato. Qui è l'Impero e non lo Stato a spingere lentamente verso un'autonomia delle discipline pubblicistiche: un Impero composito, multiconfessionale e circoscritto territorialmente. Ne deriva uno *ius publicum Imperii romano-germanici* che è la *sedes materiae* per la riflessione sulla struttura 'costituzionale' dell'Impero, sui rapporti con le statualità territoriali, le procedure giurisdizionali, le confessioni religiose ecc. Il diritto pubblico imperiale e territoriale, la scienza della polizia irrobustiscono l'ambito pubblicistico ma non riescono ancora a diventare il pilastro di una costruzione dicotomica dell'ordine giuridico.

Nell'intreccio inestricabile di nuovo e antico l'Inghilterra delinea un altro percorso peculiare. Qui sono lo sviluppo del *common law* e la costruzione della sovranità (onnipotenza) parlamentare a caratterizzare una concezione "unitaria"

del diritto resistente a una vera articolazione pubblico-privato. Infine, l'esperienza italiana mostra, ancora nel '700, un uso limitato di *jus publicum* nel lessico giuridico. Tra filosofia morale e diritto patrio si sviluppano le prime cattedre e alcune opere tributarie del giusrazionalismo tedesco ma è solo alla fine del secolo, a partire dal Triennio giacobino e dall'età napoleonica, che, soprattutto per linee esterne, si assiste ad una grande accelerazione/espansione del "pubblico", un aggettivo che dà forma a nuove figure (opinione, spirito, istruzione ecc.).

3. Ma qui siamo già alle soglie del laboratorio ottocentesco perché quando Portalis lavora al *code civil* e dice icasticamente che al cittadino appartiene la *propriété* e al sovrano l'*empire*, ecco che siamo all'inizio del percorso che porterà allo sviluppo della grande dicotomia. L'Autore ci fa vedere però che questa è il risultato di un processo e di una serie di prospettive. Per questo si dà giustamente spazio alla riflessione di Kant o del Savigny del *System* che riconosce che alcune sfere del diritto (il processo, il diritto penale ecc.) ormai sono stati attratte verso la sfera pubblicistica per cui lo stesso diritto privato deve essere "ripensato", riorganizzato, rideterminato per alcuni aspetti e funzioni. Quindi percorsi plurimi che hanno però elementi importanti di tangenza verso quella costruzione dicotomica.

Sull'Ottocento ci sarebbero moltissime cose da dire ma vado rapidamente. Riprendo un titolo che lo stesso Sordi richiama: *L'età del Codice civile*, un libro di Paolo Ungari pubblicato nel 1967, che affronta in maniera innovativa alcuni nodi della proto-civilistica italiana. Certo il XIX secolo può essere visto come il secolo del codice civile, il codice come "costituzione" socioeconomica, orditura fondamentale della nuova società civile borghese. Per es. il libro valorizza la riflessione politico-costituzionale di Benjamin Constant negli anni della Restaurazione, il famoso discorso pronunciato nel 1819 sulla libertà degli antichi e sulla libertà dei moderni. Constant osserva che l'uomo contemporaneo, cioè che anela alla libertà dei moderni, è prima di tutto il "privato" ed è *citoyen* nella misura in cui partecipare alla cosa pubblica gli garantisce un ordine politico-giuridico capace di tutelare la sua soggettività e anzitutto la *jouissance* dei suoi beni. È un'idea di privato che "funziona" se limita, relativizza la sovranità. Scrive Constant che «la sovranità esiste soltanto in modo limitato e relativo. Al punto in cui inizia l'indipendenza dell'esistenza individuale, lì si arresta la giurisdizione di questa sovranità».

Ma se l'Ottocento è il secolo del codice civile bisogna aggiungere subito che è anche il secolo dell'amministrazione pubblica e del diritto amministrativo.

Infatti, il vero motore della statualità diventa l'*administration publique*, ovvero l'idea che il potere pubblico sia l'organizzatore della società e quindi abbia bisogno e debba sviluppare categorie ordinanti. In questo "contesto" l'A. fa vedere, ancora una volta, la ricchezza dei possibili itinerari: quello francese a partire dall'età napoleonica e quello tedesco da von Gerber in avanti, con una consonanza sul piano dogmatico, cioè l'idea che le categorie che danno stabilità, organicità, sistematicità provengono anzitutto dal diritto privato e quindi che anche il diritto pubblico, se vuole aspirare ad essere davvero un linguaggio ordinatore, debba partire da lì per poi trasformarle e adattarle a ciò che è proprio della *puissance publique*. Per certi versi è quella che Sordi chiama la forza prorompente del pubblico la prospettiva che chiude il secolo e apre soprattutto il Novecento, ovvero l'idea che il pubblico stia avanzando e ciò non è determinato solo da vicende "contingenti" e, tra tutte, la Prima Guerra Mondiale con il suo enorme impatto.

4. Molti scriveranno sui nuovi confini tra privato e pubblico, sull'idea che la guerra è stata uno straordinario catalizzatore e acceleratore di vicende e trasformazioni che erano già evidenti prima. Il problema diventa quello di prendere definitivamente atto di ciò che si è creato nell'interstizio tra diritto pubblico e diritto privato. Mi pare che questo diventi il tema fondamentale. L'interstizio è la "costellazione del sociale" che si collega a tutta una serie di altre categorie. Questo diventa il tema che dà il segno del tempo e fa vedere il processo di frammentazione del diritto comune civilistico di fronte alle prime leggi speciali, ma poi si comincia a comprendere che non sono meri elementi di 'specialità', bensì nuove strutture che chiedono di essere riconosciute e avere spazio nell'ordine giuridico in rapida trasformazione.

Dentro questo grande laboratorio emergono concetti fondamentali come quello di funzione sociale (della proprietà; dell'impresa), l'idea di costituzione economica fissata a Weimar, l'idea, cara all'istituzionalistica francese, del *service public*, poiché lo stesso potere amministrativo in realtà non si fonda solo sull'imperatività e sull'esecutorietà, c'è tutta una crescente dimensione del potere pubblico che è "prestazionale". In questo laboratorio si formano il diritto del lavoro, quello sindacale. Nel libro ci sono, per esempio, pagine molto belle sul diritto collettivo di Georges Gurvitch e anche sulla necessità di capire meglio il corporativismo, o meglio i corporativismi tra le due guerre andando oltre letture che hanno limitato il senso di questi fenomeni. In estrema sintesi: il Novecento non può più essere il secolo dell'*aut-aut*, può essere invece il secolo dell'*et-et* e quindi la descrizione, molto efficace, di Bobbio, richiamata all'inizio, cioè quella

IL PERCORSO STORICO DELLE DUE CATEGORIE

di sfere congiuntamente esaustive e reciprocamente esclusive non può più funzionare. Non entro nell'ultima parte del libro – che tra l'altro dovrebbe aprire al dialogo con il volume di Andrea Zoppini – perché ci sono colleghi che lo faranno molto meglio di me, e che conferma il pieno superamento della visione dicotomica.

5. Questo discorso mi porta alla conclusione. Vorrei richiamare proprio l'ultima frase con cui Sordi chiude il volume: «al giurista del presente si deve chiedere di intrecciare i linguaggi, le tecniche, le soluzioni, rivitalizzando un'età dei diritti che ogni giorno esige, nel pubblico come nel privato, nuove compatibilità, nuovi equilibri e, soprattutto, una nuova giustizia». Io credo che un lavoro come questo, lunga la trama di una storia genealogica delle categorie diritto pubblico/diritto privato, parli davvero, in maniera utile e profonda al giurista del presente.

*Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e sui confini)**

di **Marcello Maggiolo**

1. L'esordio è la ripetizione di un concetto già espresso, di come cioè una riflessione complessiva sui due libri di Bernardo Sordi e di Andrea Zoppini sia un'idea davvero felice.

I volumi sono da leggere l'uno dopo l'altro, sono libri il valore di ciascuno dei quali viene ancora più chiaramente evidenziato dall'esistenza e dal valore dell'altro¹.

C'è una evidente complementarità. Il confine del diritto privato, che appare già nel titolo del lavoro di Andrea Zoppini, è di necessità il perimetro oltre il quale il diritto privato lascia spazio a qualcosa d'altro, sia questo perimetro un *limen*, o un *limes*, per ripetere la sua citazione di Massimo Cacciari². E l'altro, l'altro che si incontra oltre il confine del diritto privato, è prima di tutto il diritto pubblico. Ecco la grande dicotomia, come la chiama Bernardo Sordi³.

Ed ecco quindi le due analisi, che esplorano una materia fondamentale identica e lo fanno, per di più, in una prospettiva che non può non essere comparatistica. Andrea Zoppini propone addirittura un uso normativo della comparazione nella interpretazione “*atteso che i materiali e le regole di ordinamenti stranieri sono fruibili nel ricorso analogico attraverso la mediazione dei principi generali dell'Unione europea*”⁴. Una comparazione la quale, come è giusto che sia, è prevalentemente diacronica nel volume dello storico Bernardo Sordi, ed è prevalentemente sincronica nel volume del civilista e comparatista Andrea Zoppini.

* A proposito di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020; e di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

¹ Sono quindi grato a Giuseppe Vettori, e desidero ringraziarlo, per avermi dato l'occasione di una lettura estiva, prima, e di queste considerazioni, dopo.

² A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 18.

³ B. SORDI, *op. cit.*, sin da p. 13, e poi spec. p. 86 ss., 97 ss.

⁴ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 28, che poi ipotizza un fondamento testuale per la norma sulla analogia *iuris* (art. 12, comma 2°, disp. prel. c.c.), con la sostituzione “*in modo ortopedico*” del lemma ‘Stato’ con quello di ‘Unione’.

2. Diacronia dell'uno e sincronica dell'altro mettono peraltro in chiarissima evidenza come oggi sia del tutto impossibile, ma forse mai è stato possibile, comprendere il fenomeno giuridico nella sua interezza – e quindi anche la differenza tra diritto privato e diritto pubblico, e quindi anche i confini del diritto privato – restando nella dimensione nazionale del sistema giuridico, e ragionando entro gli schemi concettuali che sono propri dell'ordinamento giuridico statale.

Lo evidenzia Bernardo Sordi, dandoci la misura della storicità della concezione dicotomica di diritto privato e diritto pubblico, quando riserva a un breve turno di tempo la netta frattura, la bipolarità, tra dimensione codicistica del diritto privato e diritto pubblico, turno di tempo che chiama l'apogeo ottocentesco⁵; e poi anche quando constata come nel momento in cui il diritto incrocia l'economia, e la distinzione tra privato e pubblico si muove sul crinale di quella che lui chiama la 'dorsale diritto – economia'⁶, tutto diviene più complesso. La 'dorsale diritto – economia' apre infatti a rapporti in cui lo Stato si comporta anche da privato, e a rapporti tra privati regolati – più o meno – dall'esterno, dalla mano pubblica.

E qui arriva Andrea Zoppini, il quale proprio lungo questa 'dorsale diritto – economia' e delle relative scelte gestorie segnala ripetutamente il passaggio dal modello statale proprio delle società liberali e borghesi, al modello dello stato sociale, a poi all'attuale modello dello stato regolatore⁷, per descrivere poi il modo in cui lo stato regolatore si inserisce in una struttura ordinamentale multilivello⁸, nel cui ambito non solo lo stato nazionale non riesce più a essere neppure un fornitore primario di senso per la norma⁹, e questo è elemento che mi sembra pivotale; ma diviene poi necessario rimeditare l'intero sistema, non più gerarchico, delle fonti del diritto¹⁰, privato e pubblico.

3. Al di là di questi contenuti, un ulteriore aspetto mi sembra però accomunare i due volumi. Entrambi pongono domande, sollevano questioni, dipingono problematicità che debbono essere affrontate e risolte nella riflessione futura.

⁵ B. SORDI, *op. cit.*, p. 97 ss.

⁶ B. SORDI, *op. cit.*, p. 219.

⁷ A. ZOPPINI, *op. cit.*, spec. p. 177 ss.

⁸ A. ZOPPINI, *op. cit.*, spec. p. 135 ss.

⁹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, spec. p. 31, 33 ss.

¹⁰ A. ZOPPINI, *op. cit.*, spec. p. 25 ss., 44 ss.

Bernardo Sordi lo fa movendo dalla critica storica al più dogmatico modo di intendere la (ex) grande dicotomia diritto privato/diritto pubblico. E anche se una prognosi forse non fa parte del suo ufficio di storico – sia pure di uno storico ‘futurista’ che sceglie una bellissima opera di Umberto Boccioni per la copertina – nondimeno in chiusa del volume ci indica qual è a suo modo di vedere la prospettiva della distinzione, perorando un criterio (che sono le tavole costituzionali)¹¹, e un *caveat* (che è la ripulsa di ogni schematismo)¹².

Anche Andrea Zoppini, in modo ovviamente diverso, individua e segnala temi centrali, indicandone i risvolti da approfondire e i profili da analizzare, provocando allo studio e chiedendo risposte, varie volte e in varie occasioni. Si riconosce la grande scuola civilistica cui appartiene, l'impostazione problematica che è la cifra metodologica di Pietro Rescigno.

4. Due variegati affreschi, dunque, che offrono al lettore una miriade di spunti su cui riflettere, per cercare qualche risposta. E in effetti ho riflettuto, con piacere, ponendomi tutta una serie di interrogativi. Mi sono chiesto, ripensando alle pagine di Bernardo Sordi, quale ruolo storico nella dicotomia egli voglia riservare al diritto processuale e al diritto penale, posto che nel diritto romano processo e diritto criminale facevano senz'altro parte dello *ius*¹³, e tanto più che allo Stato odierno viene riconosciuto di essere tuttora “*l'unica autorità deputata a offrire gli indispensabili strumenti di sanzione alle regole giuridiche*”¹⁴; di qui, è poi sorto l'ulteriore dubbio della rispondenza di quest'ultima affermazione a un ambiente ordinamentale di diffuso *private enforcement*¹⁵. Mi chiedo poi se ed in che misura, e con quali conseguenze, nello Stato regolatore rappresentato da Andrea Zoppini siano conservate stratificazioni dei modelli dello stato borghese e dello stato sociale, dato che nella economia odierna è registrabile anche una ricerca, da parte di non pochi operatori, della dimensione più liberale del mercato (si pensi ai fenomeni di delocalizzazione produttiva), così come sono registrabili residui di assistenzialismo e interventismo (e non serve citare le cronache degli ultimi mesi)¹⁶.

¹¹ B. SORDI, *op. cit.*, p. 239.

¹² B. SORDI, *op. cit.*, p. 237.

¹³ B. SORDI, *op. cit.*, pp. 16, 17.

¹⁴ B. SORDI, *op. cit.*, pp. 223.

¹⁵ A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 37 s.; 201 ss.

¹⁶ A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 183 ss.; 201 ss.

Mi chiedo altro ancora. Ma non vorrei dire nulla di queste riflessioni e di possibili risposte. Preferisco fare come gli autori, e porre anch'io una domanda, una domanda che mi è venuta spontanea leggendo i loro lavori.

5. Come dicevo, questi due volumi si concentrano su temi largamente sovrapponibili: cos'è il diritto, nelle declinazioni pubblicistica e privatistica; qual è la struttura degli ordinamenti nella loro dimensione storica e nella loro dimensione attuale. Questo è l'oggetto dello studio, un oggetto frammentato, complicato, permeabile, irriducibile entro schemi netti.

E allora mi viene da chiedere: se noi privatisti studiamo qualcosa di molto poco distinguibile da quello che studiano i nostri colleghi pubblicisti, se l'oggetto dello studio degli uni e degli altri è così ibridato, allora, spostandoci dall'oggetto dello studio al soggetto che studia, possiamo dire che c'è una differenza tra privatisti e pubblicisti? C'è qualcosa per cui si possa dire che uno studioso è intimamente un pubblicista e un altro studioso è intimamente un privatista? Esiste oggi un archetipo di privatista e un archetipo di pubblicista? C'è qualcosa che ci divide e distingue?

Possiamo dire che Bernardo Sordi è un pubblicista perché, quando nel suo volume la pubblica amministrazione appare sulla scena della storia¹⁷, quando il diritto pubblico andò a coprire quello che lui chiama lo 'spazio enorme e vuoto' tra *l'empire* e *la propriété*¹⁸, in quelle pagine trapela una sorta di compiacimento, di intima soddisfazione. È questo che fa di Bernardo Sordi un pubblicista, uno storico del diritto amministrativo?

E, parallelamente, la esplorazione di Andrea Zoppini lungo i confini del diritto privato è una analisi di fenomeni complessi e diversi, ma di fenomeni alla cui base si incontrano innumerevoli scelte individuali. Solo per fare qualche esempio, si pensi alla scelta della legge applicabile nel senso del diritto internazionale ma anche nel senso presupposto dall'idea della concorrenza tra ordinamenti¹⁹; alla scelta di una eventualmente possibile *opt-out* dal sistema ordinamentale²⁰; a tutte le grandi scelte contrattuali²¹; alla comprensione del fatto che la scelta postulata dal sistema concorrenziale puro in realtà esiste solo in casi limitati²²; alle scelte individuali da indirizzare e correggere per le loro implicazioni

¹⁷ B. SORDI, *op. cit.*, p. 113 s.

¹⁸ B. SORDI, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 91 ss.

²⁰ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 19 s.

²¹ A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 177 ss. 201 ss., 221 ss.

²² A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 179 ss.

in una dimensione aggregata nella funzione regolatoria dello Stato²³. Se allora Andrea Zoppini studia in ultima analisi la scelta individuale, a fare di lui un privatista è questa sua sensibilità verso i processi decisionali del singolo, verso i suoi percorsi interiori di selezione dei bisogni e degli strumenti idonei a soddisfarli?

6. Ho detto che non volevo neppure provare ad addentrarmi nei mille temi di riflessione sollecitati dalla lettura dei volumi di Bernardo Sordi e di Andrea Zoppini, e non provo neppure a cimentarmi questo ulteriore quesito che, da lettore, vi lascio.

Concludo però con una considerazione che il quesito a sua volta sollecita. Se questi due lavori di Bernardo Sordi e di Andrea Zoppini possono indurci, come è successo a me, a pensare a noi stessi, a chi siamo, a cosa ci sta succedendo; se questi volumi sono capaci di produrre questo genere di riflessione, allora credo che occorra ringraziare gli autori per averci regalato uno stimolo di questo tipo, e credo anche che non ci possa essere un miglior complimento per i loro libri.

²³ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 188 ss.

*Diritto pubblico e diritto privato: una discussione a partire da due libri**

di Michele Spanò

Ringrazio di cuore il professor Vettori per questo generoso invito. Mi unisco anch'io alle stesse considerazioni sulla felicità e la bontà dell'idea di discutere di questi due libri insieme. D'altro canto, sono usciti quasi nello stesso momento. Un anno fa, circa, nel settembre dello scorso anno. Sono già stati discussi e recensiti assieme. È difficile quindi, in prima battuta, non domandarsi cosa ne pensino gli autori di questo essere diventati, nella percezione degli interpreti, una sorta di "coppia". Come interpretano loro stessi questo abbinamento? Noi che siamo qui a fare le nostre relazioni, a discutere di queste due libri, cerchiamo di offrire qualche ragione della bontà o della giudizioosità dell'accoppiamento; penso tuttavia che non sarebbe del tutto insignificante conoscere il parere degli autori sul fatto di trovarsi a più riprese convocati insieme come se si parlasse quasi dello stesso libro. E questo è forse, in sé, un primo, generalissimo tema di riflessione. Perché, a me pare, si tratta di due libri profondamente diversi. Hanno programmi di ricerca diversi, oggetti diversi, epistemologie diverse. Non sono certamente lo stesso libro. Eppure, fatalmente, sembra che parlino della stessa cosa. Prima di toccare quattro rapidi punti, vorrei quindi dichiarare ciò che, a dispetto delle pur profonde diversità che li percorrono, mi pare nondimeno unirli. È quello che chiamerei un comune – ancorché svolto secondo stili retorici e protocolli epistemologici diversi – *argomento deflazionista*. L'idea cioè che la situazione della dicotomia diritto pubblico-diritto privato non vada letta come la crisi di qualcosa di venerabile. E nel dire questo provo a dire due cose insieme. Da un lato, che non si tratta d'una crisi. O meglio: che la qualità della storia della dicotomia ha a che fare con la crisi in modo essenziale. Al punto che potremmo ammettere che la storia della dicotomia diritto pubblico-diritto privato *coincide* con la sua crisi. Dall'altro lato, che essa è venerabile fino a un certo punto: perché, banalmente, è recentissima. E questo mi pare uno dei guadagni più cospicui delle due indagini.

* A proposito di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020 e di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

Nel relativizzare l'aspetto di vetustà e quindi di conseguente impegno normativo e perfino ontologico che questa dicotomia ha sul nostro modo di intendere la politica e il diritto alberga già il riconoscimento di una fondamentale prestazione della dicotomia. Cioè quella di *temporalizzare* la nostra esperienza del diritto e della politica secondo una direzione molto precisa. Allora, probabilmente, questo argomento deflazionista è l'effetto di una mossa ancora più decisiva e preliminare: quella della storicizzazione. Storicizzare le categorie e le astrazioni del diritto consente di intrattenere con esse un'esperienza e un commercio intellettuale meno reverenziale permettendo invece di valutare la prestazione tecnica di un'astrazione non a dispetto ma *proprio perché* essa ha una storia determinata. Questo è particolarmente visibile in un'opera di uno storico del diritto come Bernardo Sordi ma anche, senz'altro, in quella di un giusprivatista positivo (latore, tra l'altro, di una non irrilevante proposta nel campo della teoria del diritto privato), che dimostra non solo che non c'è tecnica senza teoria, ma anche, e soprattutto, che non c'è teoria senza la consapevolezza della storicità delle categorie che maneggia e impiega. Quindi, per finire con i preamboli, questo tema della indiscernibilità tra storia e teoria, tra sapere e tecnica, mi pare un elemento cruciale capace di annodare in modo non effimero i due libri.

Comincio adesso questa breve opera di sorvolo dei due libri cercando di sollevare quattro punti capaci, mi auguro, di dare l'avvio a una eventuale discussione.

1. Il primo punto riguarda l'oggetto della nostra discussione. Il fatto cioè che stiamo discutendo di una "dicotomia". Comincio quindi a partire dal volume di Bernardo Sordi. A me pare che questo libro sia molto meno un libro sulla storia di *due* concetti, che un libro sulla storia di *un* concetto (se "concetto" si può chiamare). La storia raccontata da Sordi non è cioè quella del diritto privato e del diritto pubblico; ma è la storia del *rapporto*, della *relazione* tra il diritto privato e il diritto pubblico. Fare la storia della "dicotomia" implica già l'avanzamento di una tesi, che, in modo senz'altro enfatico, enuncerei così: questa costruzione giuridica – la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato – è la forma della politica moderna. Senza la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato la nostra idea di modernità politica, ossia si qualcosa che è fatto da un lato dal campo della generalità, della legge, del potere, dell'eguaglianza, della rappresentanza, della verticalità, della metafora o della politica in senso stretto, e, dall'altro, dallo spazio dell'economia, della società, della libertà, del circuito dello scambio dei beni, del piano di scorrimento dei patrimoni, del valore, delle

differenze (compresa quella sessuale) ricondotte tutte quante all'ordine del domestico e del mercantile, non avrebbe potuto istituirsi. La storia che interessa Sordi è questa storia: quella della dicotomia e della sua decisiva relazione con l'istituzione della politica moderna. Sarebbe credo impossibile dare una definizione sensata della modernità politica nei termini della storia della filosofia politica o della storia delle dottrine politiche a prescindere dalla dicotomia. Ma perché è tanto rilevante che si tratti della storia della dicotomia e non dei singoli poli che la istituiscono? Perché tutta la catena di antinomie, contraddizioni, polarità che dalla dicotomia discende – Stato-società, legge-contratto, uguaglianza-libertà – non è fatta di *opposizioni reali* quanto piuttosto di *contraddizioni dialettiche*. Si tratta cioè di contrari o contraddittori logici non reali. Ciò è decisivo: se infatti la macchina della dicotomia funzionava – e se di essa oggi predichiamo la crisi – è perché funzionava tutta intera e in virtù della concertata macchinazione dei suoi due poli. È dunque di tutta la dicotomia che oggi dobbiamo certificare la crisi o l'obsolescenza, non dell'uno o dell'altro dei due poli che l'hanno alimentata e mantenuta in vita. Quando denaturalizziamo uno di questi, in questo caso soprattutto lo Stato – giacché è più evidente che è male in arnese, che la sovranità funziona con difficoltà e che l'appello alla sovranità è oggi soprattutto una forma di esorcismo –, non dovremmo dimenticare di sottoporre anche l'altro polo alla stessa operazione critica e allo stesso trattamento di denaturalizzazione. Perché, ripetiamolo una volta di più, i poli della dicotomia – e lei con questi – stanno solo se stanno insieme. Non c'è prima l'individuo libero e poi lo Stato e neppure prima l'atto sovrano e poi la conseguente elargizione di diritti in capo a individui. Ci sono sempre tutti e due assieme. E tutte due assieme vanno volta a volta analizzati e, laddove sembrerà opportuno, debitamente criticati.

2. Il secondo punto ha a che fare con la cronologia, con il “quando” della dicotomia. Perché essa non è un'idea né un dispositivo sempiterno, che avrebbe avuto una vigenza trans-storica, “da che mondo e mondo”, per cui i giuristi non potrebbero farne a meno quasi fosse la forma trascendentale del loro operare pratico. Al contrario: essa è databile, storicizzabile. Databile a questo “secolo serio” che è il XIX secolo: il secolo borghese per eccellenza. Ecco, quindi, il secondo elemento cruciale che interessa la dicotomia: raccordare l'istituzione della forma politica moderna attraverso la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato con l'*essor* del rapporto sociale di capitale. È questo, mi pare, un elemento per più versi decisivo. Sordi lo sottolinea a più riprese: “statualizzazione delle fonti del diritto privato vuol dire certezza e garanzia della libertà negoziale”.

Questo rapporto, questa dialettica è indecidibile: non si può separare un elemento dall'altro. Il funzionamento della dicotomia dipende interamente dalla opposizione produttiva dei poli che la alimentano. Questo è forse l'arcano del rapporto sociale di capitale moderno: esso funziona solo e soltanto perché ci sono sempre e insieme il diritto pubblico e il diritto privato, annodati come in un nastro di Moebius, come in una figura che non si scioglie. Ovviamente il dibattito è aperto sulla qualifica da assegnare alla dicotomia: Moderna? Liberale? Borghese? Capitalista? Oppure fare di "borghese" e "liberale" le qualificazioni speciali di un certo tempo del capitalismo moderno? È probabile che si avvertano qui in filigrana alcuni argomenti celebri di critica alla dicotomia. Personalmente sono convinto che più che il Marx di "La questione ebraica" – quello cioè che dimostra che la dialettica tra "cittadino" e "borghese" è una mistificazione, perché all'eguaglianza formale corrisponderebbero gigantesche disuguaglianze materiali –, sarebbe più interessante per i giuristi rivolgersi proprio al Marx della critica dell'economia politica e quindi del "Capitale". Basti pensare al capitolo sullo scambio nel libro I in cui si dice che "le merci non possono andare da sole al mercato". È qui che Marx – a dispetto di letture ancora purtroppo caricaturali – intuisce qualcosa di fondamentale nella relazione tra rapporto di capitale e diritto moderno: quello che chiamerei un carattere o una potenza *infrastrutturale* del diritto. È soltanto l'emergenza di certe categorie giuridiche – una su tutte: il diritto soggettivo (di cui non si sottolineerà mai abbastanza la genesi giuridica e non filosofica) – che permette l'evoluzione del rapporto sociale di capitale. Un bel libro recente del filosofo tedesco Christoph Menke ha insistito molto su questo aspetto¹: non si tratta, banalmente, di sostenere che l'esistenza dei diritti soggettivi avrebbe reso possibile il capitalismo, il che equivarrebbe in un'ultima analisi a una riproposizione volgare delle tesi marxiane sulla "Questione ebraica", per cui il diritto sarebbe poco più che una grande macchinazione ideologica che cancellerebbe la "verità" del rapporto sociale dietro lo schermo delle proprie finzioni; al contrario, Menke insiste sul fatto che è la *forma* del diritto soggettivo che rende possibile il rapporto di capitale. Possiamo quindi stringere e tentare una conclusione su questo punto. Cos'è che rende possibile la dicotomia? È in un'ultima istanza una *forma logica*. La forma logica dell'individuale. La coincidenza tra la forma della giuridicità e la forma dell'individualità è ciò che ha consentito alla dicotomia di istituirsi e riprodursi. Proprietà e sovranità, individuo e Stato: opposizioni apparenti tenute assieme dalla condivisione della stessa forma logica. Per accedere al diritto

¹ C. MENKE, *Kritik der Rechte*, Berlin, 2015.

moderno ogni ente deve essere ridotto alla forma dell'individuale. E così funziona quell'epoca della produzione capitalistica. Il salario funziona grazie a questo vero e proprio *principium individuationis* che è l'individuo, l'individualità. Si badi: non si tratta di un discorso moralistico o di antropologia politica. Il riferimento non è all'individualismo proprietario o a una dialettica che legge nella successione epocale di comunità e società una vicenda di corruzione morale. Ma all'individualità come forma logica: come dispositivo che permette o inibisce alle categorie giuridiche di avere certe prestazioni e di non averne altre.

3. Ciò si ricollega a quanto diceva il prof. Lacchè quando faceva riferimento a un'immediata crisi che avrebbe interessato la dicotomia in virtù dell'emergere di qualcosa che alla dicotomia non può che sfuggire. Lui lo ha chiamato giustamente "il sociale" (qualificazione che investe un'intera batteria di contro-argomenti interni alla fase di apogeo della dicotomia). Io suggerirei, cercando di tirare le fila del mio argomento, di leggerla nei termini di una emersione del *collettivo*. Inteso – proprio come l'individuale – in quanto forma logica. Il collettivo designa qualcosa di letteralmente intrattabile dalla grammatica giuridica prodotta dalla dicotomia proprio perché non pertiene né al diritto pubblico né al diritto privato. La forma di un interesse che non è individuale (né particolare né generale), e che quindi non si estingue né si sublima nell'interesse di un Uno più grande dei piccoli "uni", urta con la dicotomia, perché urta con quella logica dell'Uno che presiede a entrambi i suoi poli. La pressione del collettivo sulla dicotomia ha certamente un carattere politico nelle "figure" storiche e sociali dei gruppi e delle classi. Ma essa ha anche una vicenda interna alla stessa storia del rapporto di capitale. Il collettivo è cioè oggi un elemento presente nella stessa produzione della ricchezza. La crisi della dicotomia si scontra anche con il fatto che il capitalismo non funziona più come un mercato. Lo scambio non è la figura principale dei processi di valorizzazione. Ma sono piuttosto elementi come la cooperazione, il mutualismo, la comunicazione, gli affetti, la gratuità a essere al cuore dei processi di produzione e riproduzione della ricchezza. Questa linea di riflessione mi permette di cominciare a conversare più esplicitamente con il libro di Andrea Zoppini, domandandomi e domandandogli conseguentemente se, accanto e oltre alla concorrenza – non necessariamente contro di essa (insisto: il mio argomento non ha in questo caso nessuna coloritura moralistica) – non sia necessario considerare questo fatto decisivo: che oggi la cooperazione è un pezzo, e non il più periferico, della produzione. Mi spiego meglio: continuare a parlare esclusivamente di mercato e concorrenza, come fa perlopiù il diritto privato regolatorio, restando cioè sul piano della pura circolazione, considerare

lo scambio come la figura eminente dei rapporti sociali di produzione a dispetto di cooperazione e riproduzione, non comporta il rischio di continuare a riprodurre un'immagine del "mercato" che è obsoleta anche e proprio dal punto di vista dell'interna vicenda dello sviluppo del capitale? Mi avvio quindi alle conclusioni. Mi piace ricordare che questo tipo di dinamica che ho cercato di ricostruire nel mio intervento fosse stata colta e fotografata da un brevissimo e fulminante saggio di Stefano Rodotà: la prefazione alla seconda edizione di *Il diritto privato nella società moderna* pubblicata nel 1977. Il libro è, nella prima edizione, del 1971 e contiene una proposta celebre: quella che va sotto l'etichetta di "diritto dello sviluppo economico". Una proposta che oggi potremmo leggere, adoperando le categorie impiegate da Andrea Zoppini, come un caso esemplare di "Stato dirigista": si ipotizzava cioè che attraverso la legislazione si potesse incidere, conformandoli, sui rapporti produttivi, in un momento storico di grande avanzata e di conquiste da parte del movimento operaio organizzato. Ma quello che mi interessa qui è che nella seconda edizione del libro, in poche e formidabili battute, Rodotà accantona perfino l'idea del "diritto dello sviluppo economico": non si tratta più di inoculare un vaccino di "pubblico" per "salvare" un "privato" che certo non assomiglia al "mercanteggiare placido" ottocentesco (e varrà qui la pena, per inciso, di ricordare che la prima crisi globale dell'economia – una crisi, guarda caso, di sovrapproduzione – esplose nel 1873!), ma di prendere atto dell'emersione di interessi il cui carattere logico, ancora una volta, impedirebbe di pensarli secondo la grammatica di un diritto pubblico che coincide con amministrazione e burocrazia oppure secondo il vocabolario di un diritto privato che coinciderebbe unicamente con la proprietà e con il diritto privato patrimoniale. Qualcosa di questa diagnosi mi pare ancora vitale e valido, con l'aggiunta di una fondamentale novità – quella dell'egemonia della cooperazione dentro alla produzione o della tendenziale indistinzione tra produzione e riproduzione – che investe ovviamente, e in prima battuta, le condotte soggettive, giacché queste trasformazioni riguardano in ultima istanza donne e uomini in carne e ossa, ma riguarda anche la qualità dell'astrazione giuridica che le ordina e le istituisce. Se è stato dunque possibile nel 1800 – come dimostra il libro di Bernardo Sordi – abbinare un'astrazione pensata a Roma circa duemila anni prima con un'astrazione determinata propria e tipica dell'epoca (lavoro astratto, salario, diritto soggettivo) perché non potremmo oggi continuare a lavorare confortati dall'idea che sia possibile dare forma alla cooperazione, se essa, come pare, è il motore della produzione della ricchezza?

4. Una coda, più che delle conclusioni. A proposito dell'unità del diritto come eventuale antidoto alla crisi della dicotomia. Si tratta anche in questo caso di un tema presente in entrambi i volumi. L'idea verso cui fanno segno mi pare quella di una progressiva *ri-civilizzazione* del diritto tutto intero. Oltre il diritto pubblico e il diritto privato, oltre cioè la crisi del loro rapporto, il diritto civile – la lingua comune che ordina e istituisce i rapporti di una *civitas* – potrebbe forse provvisoriamente fornire un nome per questo terzo spazio, capace, chissà, di permetterci di transitare *giuridicamente* la dicotomia. È lecito credere che è su questo terreno che si gioca oggi la più appassionante delle sfide che vede protagoniste le proposte più influenti e intelligenti nel campo della teoria del diritto.

*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*, perveracemente 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.

Il diritto privato e i suoi confini

di Andrea Zoppini

1. Provo a raccogliere alcune delle suggestioni emerse nel corso di questo nostro incontro, riordinandole secondo taluni punti che, a mio parere, rappresentano delle chiavi di volta nella lettura della “grande dicotomia”¹. Un primo punto, anzitutto, sì - in effetti è vero - ormai io e Bernardo Sordi siamo una coppia di fatto e credo ci sia un passaggio, in particolare, in cui il mio libro² si salda idealmente con il suo ultimo capitolo³. Nel suo ultimo paragrafo, intitolato “Oltre la grande dicotomia: una distinzione meramente stipulativa” si legge che «restano ancora oggi, 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. Persino il potere, sempre più articolato, invasivo, bifronte, non è più riferibile alla sola *öffentliche Gewalt* (autorità pubblica) e continua a presentarsi nelle due accezioni di *Herrschaft* (sovranità) e di *Macht* (potere), confermando la temibilità del potere pubblico, ma anche dell’invadente gigantismo dei poteri privati [...]»⁴. Entrambi siamo difatti studiosi che hanno riflettuto sulla nozione di potere in una prospettiva storica e diacronica, dedicando una maggiore attenzione ora al diritto pubblico, ora al diritto privato. Dovessi scegliere due punti di riferimento non eludibili che fanno da contorno a questa riflessione farei anzitutto cenno alle “Lezioni sulla Biopolitica” di Michel Foucault⁵. L’autore propone l’idea che la scomposizione del potere dello Stato proceda di pari passo con la ricomposizione di nuovi centri di legittimazione, che ibridano la sfera pubblica con quella privata. La “governamentalità neo-liberale” pone così il problema delle tecnologie del potere in un contesto nel quale viene a sgretolarsi il concetto stesso di sovranità. Ciò impone di guardare alla interazione effettiva tra poteri, in una logica

¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007.

² A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

³ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pag. 226 ss.

⁴ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., pag. 236.

⁵ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, ed. Italiana, Milano, 2015.

decentrata e policentrica, che si sottrae a quella del comando legislativo. In secondo luogo, non potrei esimermi dal menzionare l'impostazione ordo-liberale portata avanti dalla scuola di Friburgo, che ha radicalmente ripensato l'idea – di fondo, alla base dei codici ottocenteschi – di una società civile distinta e separata dallo Stato, per sostituirla con il modello della *Privatrechtsgesellschaft*, nell'accezione impiegata da Franz Böhm⁶. Sul piano teorico, la prospettiva ordo-liberale ha tenuto in considerazione la centralità della nozione di potere e gli effetti dalla stessa determinati sull'assetto di mercato, così come nella dimensione politica e nell'organizzazione pubblica. L'impianto ordo-liberale sorregge l'idea stessa che al diritto privato possa venir assegnata una funzione regolatoria e può dirsi abbia informato le fondamenta sulle quali sono state edificate la legislazione e gli assetti istituzionali un tempo definiti “comunitari”, oggi “unionisti”.

2. Il secondo punto su cui vorrei provare ad indirizzare la discussione mi è fornito da Michele Spanò. In particolare, mi riferisco alla provocazione che opportunamente pone sul rapporto fra cooperazione e mercato come chiave di lettura della contemporaneità. Allora, il punto – non casualmente – suscita anche a me una profonda riflessione e richiede perciò una particolare attenzione. L'opera cui normalmente si fa riferimento in questo contesto è quella di Adam Brandenburger e Barry Nalebuff⁷. Nell'esperienza reale, il modello normale di interazione sul mercato non è quello fondato sulla contrapposizione pura, ma quello in cui il mercato vede susseguirsi fra loro modelli di cooperazione e di competizione, secondo uno schema definito dagli autori di “*co-opetition*”. Il modello più semplice ed elementare di questo schema è quello dell'impresa societaria, in cui occorre prima apportare gli ingredienti per cucinare la torta, dopodiché si litiga su come dividercela. Eppure, io non credo che questo modello metta realmente in crisi l'idea del rapporto fra diritto privato e regolazione, perché quest'ultima avviene – per definizione – a valle di un'analisi sull'assetto di mercato. Questo rilievo è centrale, purtroppo lo spazio non ci consente di approfondirlo con la dovuta cura.

⁶ Corrente la cui fondazione si attribuisce tradizionalmente alla pubblicazione del testo di F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, 17, pag. 80 ss, nonché del primo volume della serie *Die Ordnung der Wirtschaft* di F. BÖHM, W. EUCKEN e H. GROSSMANN-DOERTH, il cui testo è disponibile nella traduzione inglese “*The Ordo Manifesto of 1936*”, in A. Peacock, H. Willgerodt (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Londra, 1989, pag. 15-26.

⁷ A. BRANDENBURGER – B. NALEBUFF, *Co-opetition*, London, 1997.

3. Vi è tuttavia un altro punto che mi sta particolarmente a cuore. È quello dell'idea, tipica del modello marxiano, per cui l'estrazione del plusvalore capitalistico avviene a favore del soggetto che ha le risorse per dotarsi degli strumenti di produzione. Ebbene, se noi riflettiamo su questo modello oggi, conveniamo che l'estrazione capitalistica avvenga non già da parte di chi assume il rischio di impresa, ma da parte di chi realizza la cooperazione tra fattori di produzione (il caso, ad esempio, della piattaforma Booking rispetto all'imprenditore che acquisti l'immobile per adibirlo a struttura alberghiera). Peraltro, in questo contesto, l'estrazione capitalistica si verifica in paesi che mantengono un regime particolarmente vantaggioso, sostituendo al paradigma dell'imperatività della regola di diritto quello dell'arbitraggio normativo⁸. Credo che questo sia uno dei punti sui quali una riflessione da parte degli studiosi – anche del diritto privato – dovrà avvenire.

4. Prendo poi uno spunto da Marcello Maggiolo⁹ sul rapporto tra diritto civile e diritto processuale, per poi raccogliere anche io le riflessioni del professor Lipari¹⁰. Allora, se noi riprendiamo un classico di metodologia del diritto privato, il libro di Bydlinski “*Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*”¹¹ – ormai datato, ma utile punto di riferimento – vi troviamo un concetto del quale tutti noi abbiamo discusso durante questo incontro: il *bewegliche System*, cioè il “sistema in movimento”. Secondo Bydlinski, l'interpretazione evolutivo-adequatrice può riguardare solo il diritto civile, non anche il diritto processuale o il diritto penale, cui pure Marcello faceva riferimento. Una prima considerazione che mi viene da formulare è che, naturalmente, per gli ordinamenti di *common law* il meccanismo è esattamente quello opposto, in cui il diritto civile è statico, il diritto processuale è dinamico. Quello che però vorrei mettere in evidenza è che, oggi, l'interazione nella cooperazione delle corti mette fortemente in crisi questo schematismo. Il modello della Corte europea di giustizia favorisce un'ibridazione, un superamento delle categorie, dovuto al fatto che una Corte di ultima istanza – come è quella europea – deve muoversi attraverso concetti, istituti e qualificazioni giuridiche profondamente diversi. Il ragionamento che, a mio

⁸ La formula della “competizione regolatoria” viene fatta risalire al saggio di C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 1956, 64, pag. 416 ss.

⁹ M. MAGGIOLO, *Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e suoi confini)*, in questa Rivista, pag. X.

¹⁰ N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, pag. 317 ss.

¹¹ F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien - New York, 1991.

parere, è più paradigmatico di questo approccio è quello attraverso il quale la Corte europea chiarisce che il principio dell'effetto utile travolga anche il giudicato. Anch'esso può dunque essere messo in discussione a fronte di una valutazione di armonizzazione e di attribuzione di effetto utile alle regole comuni. Prova se ne trova, d'altronde, anche nella giurisprudenza relativa all'applicazione, tanto a soggetti pubblici che a soggetti privati, delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, agli effetti prodotti dalle libertà fondamentali nei Trattati, nonché alle regole sugli aiuti di stato e a quelle che collegate al patto di stabilità.

5. Questo passaggio mi consente di discutere un punto che, in effetti, anche a me suscita grande riflessione. In ultima analisi, il confronto con il diritto vivente, con la concretizzazione giurisprudenziale, che è il momento in cui l'interpretazione a posteriori si manifesta attraverso il rapporto tra principi, norme e fattispecie, ci pone, a mio parere, due ordini di problemi. Il primo è quello che discute la missione del giurista teorico, il secondo - che io ritengo nell'ordinamento italiano sia oggi particolarmente rilevante - è quello relativo all'argine dell'interpretazione del diritto di matrice giurisprudenziale, a fronte del fatto che il modello di controllo e di interpretazione per principi è un modello radicalmente diverso da quello legato alle fattispecie di tipo strutturale. La regola assicura una maggior certezza, che si traduce nella fattispecie definita in tutti i suoi elementi strutturali, così rendendo noti e inevitabili i suoi effetti e la sua disciplina. La fattispecie postula il paradigma della validità e si traduce nella alternativa stringente tra l'accedere o meno alla dinamica degli effetti giuridici. L'opzione invece per principi è quella che, per definizione, assicura una tensione maggiore verso il caso concreto, in quanto postula una normatività che si adatta e chiede di essere concretizzata di volta in volta. Quanto detto si traduce nel paradigma dell'efficacia: non tanto, dunque, se un determinato fatto sia idoneo a produrre effetti giuridici, ma se e in che misura - e con quale modulazione - si producano effetti coerenti con il fatto storico che reclama disciplina. Nel libro che Bernardo Sordi ha avuto la cortesia di ricordare¹², ho scritto nella postfazione che il dovere, il compito del giurista teorico è di garantire la prevedibilità e la coerenza dell'ordinamento e del sistema giuridico. Di fondo, pure in un contesto estremamente più complesso di quello vissuto da chi ci ha preceduto, il rilievo di questi obiettivi non muta. Dunque, nel dialogo con la funzione giurisdizionale, prevedibilità e coerenza implicano una funzione di controllo che la dottrina deve

¹² P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017.

svolgere anche sul giudice. Può sembrare, quello appena esposto, un discorso puramente teorico, ma io credo che il modo della dottrina privatistica tedesca di interpretare il suo ruolo sia – in questo senso – esemplare. L'analisi della giurisprudenza attraverso l'individuazione di *Fallgruppen* – i “gruppi di casi” –, imponendo agli esercenti la funzione giurisdizionale una coerenza con riguardo alle situazioni in concreto che hanno determinato l'applicazione di regole e principi astratti, è l'unica possibile per conservare questa prevedibilità e verificabilità della concretizzazione giurisprudenziale, non da ultimo, per consentirne un vaglio da parte della Corte incaricata del ruolo nomofilattico.

6. Ho provato a toccare, in risposta ai diversi stimoli forniti durante la discussione, tre temi che nella mia prospettiva sono assolutamente centrali nella teoria generale del diritto privato, che meriterebbero forse, da soli, più giornate di flessioni. La fine dell'emergenza sanitaria magari consentirà a tutti di rincontrarci e anche discutere dei temi che ho segnalato. Grazie ancora per l'iniziativa e grazie a tutti per le parole che sono state spese.

