



## RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA DIRITTO PRIVATO E STATO NELLE TRADIZIONI DI *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

GIOVANNI CINÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Diritto privato e Stato nella tradizione di *common law*: l'esperienza inglese. - 2.1. L'esperienza americana. - 3. Diritto privato e Stato nella tradizione di *civil law*: l'esperienza francese. - 3.1. L'esperienza tedesca. - 3.2. L'esperienza italiana.

1. “Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quando più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione (...). [Ma] negata la distinzione, si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere (...)”<sup>1</sup>. È dunque una questione di rapporto con il Sovrano, di validità/legittimità della norma giuridica, nonché di autorità/autorevolezza della stessa; è una distinzione che sottintende la soluzione di numerosi interrogativi, ad esempio, circa il ruolo della legge<sup>2</sup> ovvero dello Stato. In altre parole, è il risultato di operazioni complesse effettuate nel corso dei secoli che però, a seconda del contesto storico-giuridico di riferimento, hanno dato esiti a volte anche molto differenti.

In effetti, anche senza voler negare la distinzione, non si può comunque affermare che essa si sia mai fondata su criteri stabili o precisi<sup>3</sup>. Inoltre, le perplessità aumentano ancora di più se sol si considera che questa essenziale dicotomia non è poi presa molto sul serio negli ordinamenti di *common law*<sup>4</sup>. Dunque, un confronto con altri sistemi giuridici (financo con quelli appartenenti ad un'altra tradizione) può non solo evidenziare meglio le ragioni<sup>5</sup> di ciascuno di essi, ma forse anche ridimensionare alcuni di quei pre-giudizi caratterizzanti la prospettiva del proprio e di cui si fa più fatica a rendersene conto.

Preliminarmente, una qualsiasi analisi comparatistica pone in verità un problema di lingua che si articola su almeno due livelli inestricabilmente connessi tra di loro.

Innanzitutto, non si può prescindere, infatti, dal porre delle premesse terminologiche perché, ovviamente, una lingua diversa impone di tradurre il più fedelmente possibile

---

<sup>1</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Prefazione*, in *Istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, I.

<sup>2</sup> Così, nei sistemi di *civil law*, si può affermare che la legge rappresenti una propagazione dell'idea dello Stato nella società, mentre nei sistemi di *common law*, lo *statute* è un'incursione del Legislatore nel territorio del diritto che dev'essere limitata facendo uso di una rigorosa interpretazione letterale.

<sup>3</sup> Cfr. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 101 ss.

<sup>4</sup> Cfr. J.H. MERRYMAN, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968).

<sup>5</sup> Ragioni giuridiche, senz'altro, ma prim'ancora forse storiche, politiche, sociali, culturali.



espressioni spesso tipiche di quell'ordinamento. Sempre le medesime esigenze di fedeltà, tuttavia, possono indurre a *non* tradurre affatto formule che non riescono a mantenere la stessa pregnanza nel passaggio da una lingua all'altra<sup>6</sup>.

Inoltre, risultano altrettanto importanti le premesse concettuali su cui si fonderà l'analisi comparatistica. In effetti, anche nozioni apparentemente innocue come "diritto privato" (e, ad esempio, una sua traduzione *de plano* con l'espressione "*private law*") possono nascondere numerose insidie: invero, tali concetti assumono una molteplicità di significati anche all'interno di un medesimo ordinamento e, quando gli ordinamenti in gioco diventano più d'uno, le criticità aumentano inesorabilmente.

Tradizionalmente, nell'area del diritto privato si ricomprendono le materie oggetto della codificazione civilistica. Questo è certamente corretto, ma oltre a non offrire una visione comunque completa, non è neppure una definizione di "diritto privato", perché si limita a descrivere quali sono, a grandi linee, i suoi contenuti, senza però chiarire quali siano le sue caratteristiche essenziali o i suoi scopi primari. Ad ogni modo, è una descrizione che è generalmente accettata non solo nei Paesi di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*. Dal punto di vista funzionale, quindi, potrebbe anche bastare.

Tuttavia, quando si cerca di individuare in via deduttiva l'oggetto del diritto privato e le sue specificità (quasi sempre in contrapposizione al diritto pubblico), il prisma della comparazione consente di metterne in luce molteplici e diverse definizioni.

Ma simili difficoltà si incontrano anche per la nozione di "Stato". D'altra parte, se è vero che l'origine moderna di tale concetto (come di quello di "sovranità") si fa tradizionalmente risalire agli accordi della Pace di Vestfalia, è altrettanto vero che, ad esempio, l'Inghilterra non fu minimamente coinvolta da quegli eventi. Non sarà forse un caso, allora, che neppure il termine "*State*" sia perfettamente sovrapponibile con il suo apparente omologo italiano (o francese o tedesco...).

In mezzo a questi due concetti, vi è inoltre l'evoluzione storico-giuridica di un rapporto, se non in crisi, comunque destinato ad esser ripensato, nella consapevolezza che, come ogni teoria scientifica, anche la rappresentazione giuridica è per sua natura provvisoria e, soprattutto, rimane distinta da quel fatto che vuole descrivere.

Per esaminare dunque un rapporto su cui il giurista di *civil law* non si interroga più di tanto, sembra interessante iniziare l'analisi di questi concetti partendo dalla tradizione giuridica anglosassone dove l'*endiadi* di matrice continentale si allenta e i due poli concettuali in questione presentano forse dei confini più nitidi.

2. Al fine di cogliere in maniera adeguata gli esatti confini tra le due metà dell'ordinamento giuridico, può essere utile cominciare l'indagine prendendo a prestito le parole di Lord Woolf che descrive il diritto pubblico come "il sistema che garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza",

---

<sup>6</sup> Si pensi, ad esempio, ad un'espressione come *due process* che generalmente si preferisce lasciare in originale giacché "in italiano perderebbe le ricche, composite implicazioni che la sottendono": così G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1995, p. 126, nt. 129.



mentre il diritto privato come “il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui nonché degli enti pubblici”<sup>7</sup>. È questa una classificazione semplice e lineare che tuttavia nasconde non poche insidie.

Innanzitutto, la linea di demarcazione (ammesso che ne esista una) tra “persone private” e “persone pubbliche” è, da sempre, poco chiara<sup>8</sup>. A ciò si aggiunge il tradizionale monismo dell’ordinamento giudiziario inglese per cui il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui coincide, perlopiù, con il sistema che garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza.

Prendendo ad esempio, infatti, il bene giuridico costituito dalla libertà personale, vediamo subito che esso è tutelato sia *in habeas corpus* (che, in caso di ingiusta detenzione, porterà ad un’ingiunzione nei confronti del pubblico ufficiale) sia *in tort* (che risarcirà l’attore del danno subito a causa di questa ingiusta detenzione). Ma, posta l’unicità del sistema giurisdizionale, quanto senso può avere elaborare una dogmatica distinzione tra pubblico e privato?

Essa, invero, rimane sempre sullo sfondo, rivelando la sua presenza discreta solo a chi sa già cosa cercare, ma mai imponendosi a livello sistematico<sup>9</sup>. Solo nel secolo scorso, la dicotomia assume un significato più pregnante, da un punto di vista *giurisdizionale*, con l’istituzione di organi giudiziari deputati alla risoluzione di controversie amministrative<sup>10</sup>; da un punto di vista strettamente *processuale*, con l’introduzione di un nuovo rito per giudicare

---

<sup>7</sup> Cfr. H. WOOLF, *Public Law - Private Law: Why the Divide? A Personal View* [1986] PL 220-221 (trad. mia). Per inciso, Lord Woolf non fa menzione alcuna di “diritti soggettivi”, parlando invece di “*private rights*”: sull’assenza di una teorica del diritto soggettivo negli ordinamenti di *common law*, cfr. R. HYLAND, voce «Diritto soggettivo nei paesi di common law», in *Digesto IV ed., Disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 434 ss. L’a., peraltro, rileva come la questione sia preliminarmente linguistica perché laddove nell’Europa continentale esiste una sola parola per indicare l’atto di origine parlamentare (legge, *loi*, *Gesetz*) ed una sola parola per riferirsi “sia ai diritti individuali sia all’intero sistema giuridico” (diritto, *droit*, *Recht*), rendendosi così necessaria una qualificazione in senso soggettivo od oggettivo, in inglese “la parola *right* si riferisce esclusivamente ai diritti individuali mentre *law* si riferisce a quanto i giuristi continentali chiamano *diritto oggettivo*: gli atti di origine parlamentare [*a law or laws*] e la legge intesa come sistema operante [*the law or law*]”. Già in questo si nota la minore influenza del diritto romano che, invece, distingueva tra *lex* e *ius* (oltre che, naturalmente, e forse in conseguenza di ciò, tra *publicum* e *privatum*).

<sup>8</sup> Sui motivi, anche storici, che hanno creato questa “confusione”, v. *infra* quanto esposto sul concetto di Stato.

<sup>9</sup> In questo vi è chi parla di una “definizione senza una distinzione”: cfr. C. HARLOW, “*Public*” and “*Private*” Law: *Definition Without Distinction* (1980) 43 MLR pp. 241-265.

<sup>10</sup> Al vertice si trova la *Administrative Court* che comunque non corona una giurisdizione speciale e separata da quella ordinaria di *common law* (sul modello dei tribunali amministrativi di molti ordinamenti del Continente), bensì non è altro che una sezione della *Queen’s Bench* (che a sua volta è una *division* della *High Court*). Perfettamente integrata, dunque, nel modello monistico proprio dell’ordinamento giudiziario inglese.



tali dispute<sup>11</sup>; da un punto di vista *sostanziale*, con la creazione e l'individuazione di principi di diritto pubblico. L'emersione così tardiva della distinzione ha portato parte della dottrina a vederci addirittura un trapianto giuridico<sup>12</sup>.

Essa, allora, è certamente estranea a questo ordinamento, ma solo se la si voglia usare come un approccio categorico perché, in verità, possono rinvenirsi molti indizi disseminati qua e là nella storia giuridica inglese. Ad esempio, come si legge in *O'Reilly v. Mackman*<sup>13</sup>, i *prerogative remedies* possono essere considerati come dei precursori del rito di *judicial review*. Per secoli, dunque, questi rimedi sono stati concessi dalla *King's Bench* e non da giudici specializzati in materia di diritto amministrativo, né la distinzione tra *prerogative* e *ordinary remedies* ha per ciò solo comportato una distinzione tra corti.

Similmente, anche nel diritto sostanziale, può notarsi<sup>14</sup> come la distinzione pubblico/privato, pur presente, non comporti una rigida divisione sistematica, anzi. Esempiare il caso della responsabilità per fatto illecito fondata sul *writ of trespass* che richiedeva al danneggiato di allegare che il fatto dannoso fosse stato commesso *contra pacem regis*; per altro verso, quando nel 1947 è stata introdotta la responsabilità *in tort* della Corona, essa fu assimilata a quella di una persona fisica maggiorenne e capace<sup>15</sup>. Cosicché, appare certamente fondata l'opinione secondo cui il sistema di responsabilità civile inglese debba considerarsi un'estensione del regime pubblicistico in ambito privatistico, ma anche la posizione opposta trova solide argomentazioni a sostegno.

---

<sup>11</sup> È la c.d. (*application for*) *judicial review* che consente di chiedere una revisione, a chiunque abbia un interesse "sufficiente" a farne dichiarare l'illegittimità, di una decisione presa da un organo giudiziario di grado inferiore, da una pubblica amministrazione, da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni o da qualunque altra pubblica autorità.

<sup>12</sup> È questa la tesi propugnata da J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford University Press, 2000.

<sup>13</sup> *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237. Interpretando l'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*, la *House of Lords* stabilisce che un'azione volta ad ottenere la revisione della legittimità di un atto, decisione, condotta (attiva o omissiva) relativi ad una pubblica funzione sia ammissibile solo in sede di *judicial review*; un'azione ordinaria con questo *petitum*, dunque, dovrebbe essere rigettata in quanto costituirebbe un "abuso del processo". Il precetto appena espresso subisce due importanti eccezioni: quando sia in gioco un diritto soggettivo dell'attore oppure quando vi sia il consenso di controparte al rito, per così dire, ordinario. Dal momento che il ricorso alla tutela giurisdizionale amministrativa è soggetto non solo a brevi termini di decadenza (generalmente tre mesi da quando è sorto l'interesse), ma anche all'ottenimento della c.d. *permission* (una sorta di valutazione sul *fumus boni iuris* in cui viene soppesato l'interesse individuale con quello generale, rigettando così le richieste manifestamente infondate), l'azione ordinaria costituiva la scappatoia ideale mancando queste due condizioni. La decisione di *O'Reilly* nasce dunque dall'esigenza di limitare queste elusioni ai danni del sistema giudiziario individuando il c.d. *Exclusivity Principle*. Cfr. D. FELDMAN (ed.), *English Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 877 e 898.

<sup>14</sup> Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> Cfr. Crown Proceedings Act 1947, section 2(1): "(...) as if it [the Crown] were a private person of full age and capacity". Cfr. anche D. FELDMAN, *op. cit.*, p. 365.



A livello dottrinale, se il *civil lawyer* non può che cominciare la propria riflessione dal celebre passo di Ulpiano<sup>16</sup>, non è così in Inghilterra dove la tradizione romanistica ha svolto un ruolo ben diverso<sup>17</sup>. Infatti, anche quando nello studio del *common law* viene tentato un approccio sistematico, le categorie ordinanti utilizzate non sono quelle astratte ulpianee, bensì le più concrete suddivisioni di Gaio<sup>18</sup> e, particolare molto interessante, le *public relations* (tra governo e cittadini) vengono esaminate come parte del diritto delle persone.

La classificazione del “diritto pubblico” nel diritto delle persone, in effetti, viene poi accettata anche da Austin<sup>19</sup> il quale, invece, rifiuta la distinzione tra *public* e *private wrongs* ritenendo comunque sempre presente un interesse pubblico e preferendo allora una distinzione fondata sulla legittimazione ad agire per la tutela del bene giuridico violato<sup>20</sup>.

Invero, anche quando la dottrina inglese sembra riprendere confidenza con la “tradizionale” dicotomia pubblico/privato, al tempo stesso o ne esclude la rilevanza<sup>21</sup> o il rigore

---

<sup>16</sup> ULPIANO, Digesto, 1.1.1.: “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”.

<sup>17</sup> E quando influenza c'è stata, essa è stata fraintesa, come nel caso di Bracton - riportato da F.W. MAITLAND (ed.), *Select Passages from the Works of Bracton and Azo* (8 Selden Society, 1985) pp. 27-33 - che sostiene l'esistenza di infinite distinzioni del diritto perché infinite sono le persone e le cose, basando questo suo convincimento su un passo di Azzone, ma non cogliendone la *reductio ad absurdum* ivi contenuta: “*hac enim ratione infinitae essent species iuris, quia infiniti sunt homines et infinitae sunt res. Nam et sic diceretur ius aliud equinum, aliud asininum, aliud vineae, aliud agri, aliud Petri aliud Iohannis*”; infatti, poco più avanti il glossatore bolognese continua riprendendo proprio Ulpiano: “*Est autem ius publicum quod ad statum rei Romanae pertinet (...). Ius autem privatum est, quod ad singulorum pertinet utilitatem*”.

<sup>18</sup> I quattro tomi dell'opera principale di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, University of Chicago Press, 1979, infatti, sono dedicati a *Persons*, *Things*, *Private Wrongs* e *Public Wrongs*, ampliando così l'originaria tripartizione gaiana in *Personae*, *Res*, *Actiones*. Questa maggior aderenza alla realtà è notata anche da F. POLLOCK, *Divisions of Law* (1894) 8 *Harvard Law Review* 197: “*It seems to be closely related to the practical questions which arise or may arise when a man feels aggrieved and thinks of seeking redress. Persons between whom there is a dispute; a thing which is the subject of a dispute; some form of action for resolving the dispute by process of law (...)*”.

<sup>19</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londra, 1885, p. 750.

<sup>20</sup> Così, si tratterà di *private law* se legittimato ad agire è il privato cittadino, mentre si tratterà di *public law* se il diritto di azione spetta ad una pubblica autorità (perlopiù in funzione di “accusa”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, p. 752).

Si scorge qui la disinvoltura con cui il giurista anglosassone passa dalla distinzione diritto privato/diritto pubblico a quella diritto civile/diritto penale: la *forma mentis* continentale, saldamente radicata nelle categorie e sottocategorie di cui si compone l'ordinamento giuridico, non permette di fare altrettanto. Peraltro, questo criterio distintivo basato sulla legittimazione ad agire lo si ritrova anche in tempi più recenti in R. BARNETT, *Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction* (1986) 9 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 267.

<sup>21</sup> Così F. POLLOCK, *op. cit.*, p. 187 ss., in generale: “it is not possible to make any clear-cut division of the subject-matter of legal rules. (...) The divisions of law (...) are in truth divi-



scientifico oppure la considera addirittura incompatibile con il regolare funzionamento di uno stato di diritto.

Così, se la distinzione viene data per generalmente accettata e fondata, alternativa-mente, sulla predominanza di un interesse pubblico o privato<sup>22</sup> ovvero sulla presenza o meno dello Stato nell'atto o nel procedimento in esame<sup>23</sup>, non per questo si ritiene di doverne trarre ulteriori conseguenze a livello sistematico. Anzi.

Da un lato, infatti, viene rilevato come l'interesse dietro la norma non sia mai puramente pubblico o puramente privato ed è per questo motivo che i loro campi di applica-zione, nella maggior parte dei casi, si sovrappongono<sup>24</sup>. Dall'altro lato, anche quando un di-ritto faccia capo allo Stato, che in questo senso possa considerarsi proprietario, debitore o creditore *etc.*, esso può certamente utilizzare le regole del diritto privato, anche se per fini pubblici, e diventare, per l'occasione, un privato cittadino<sup>25</sup>. Sullo sfondo, dunque, rimane sempre il rischio che, ragionando altrimenti, lo Stato possa essere considerato al di sopra della legge e che i diritti e doveri ad esso attribuiti non siano della stessa natura di quelli ri-conosciuti in capo agli individui.

Il rigore scientifico della distinzione è poi messo in discussione da chi, pur conside-randola “*the most fundamental division of the corpus juris*”<sup>26</sup>, non la ritiene (assieme ad ogni altra possibile classificazione) idonea ad essere adottata come misura di un ordinamento giuridi-co. Tali suddivisioni, infatti, risultano significative solo in quanto consentano una più lucida illustrazione della materia.

Esclusivamente a tal fine<sup>27</sup>, dunque, può individuarsi un diritto pubblico, in via esplici-ta, e un diritto privato, in via residuale<sup>28</sup>. Questa maggior “tolleranza del caos”<sup>29</sup> tipica del

---

sions (...) of the legal aspects of facts. (...) Thus rules of law can no more give us a classifica-tion of human acts or affairs than the rules of arithmetic can give us a classification of numerable things”.

<sup>22</sup> Con ciò intendendosi, quasi apoditticamente, da una parte gli “*interests of the commonwealth*” e dall'altra “*those of its individual members*”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, p. 193.

<sup>23</sup> In questo modo: “*Only dealings between subject and subject (...) form the province of private law*”: ID., *op. cit.*, p. 194.

<sup>24</sup> ID., *ibidem*.

<sup>25</sup> ID., *op. cit.*, p. 195: “*Now the rights attaching to the State in this respect [i.e. il diritto di proprietà] (...) need not differ from those of any private owner (...). They can be and are dealt with by the ordinary courts in the same way as the rights of any citizen, and according to the ordinary rules of the law of property*”. È questo, in sintesi estrema ma efficace, il pensiero dominante nella cultura giuridica inglese dalla nascita del sistema di *common law*; un principio scalfito solo in tempi recenti da *O'Reilly v. Mackman*: v. *supra*.

<sup>26</sup> Cfr. J.W. SALMOND, *Jurisprudence*, Londra, 4th ed., 1913, p. 482, dove il riferimento al *corpus iuris* non è evidentemente da intendersi all'opera giustiniana, bensì all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

<sup>27</sup> Infatti, “[i]n the classification of legal principles the requirements of practical convenience must prevail over those of abstract theory”: ID., *op. cit.*, p. 482.



*common lawyer* può, forse, imputarsi alle nefaste conseguenze che si produssero durante il rigido sistema dei *writs* in cui le rigorose formule impedirono, per molto tempo, lo sviluppo dell'ordinamento almeno fino ad una loro interpretazione estensiva, prima, e al ricorso alla giurisdizione di *equity* e allo strumento legislativo, poi.

Addirittura di una inconciliabilità della distinzione con la natura stessa dello Stato di diritto, parla Dicey<sup>30</sup> che all'identificazione del concetto di “*rule of law*”<sup>31</sup> con quello di uguaglianza di tutti di fronte alla legge ordinaria, fa conseguire come corollario imprescindibile l'impossibilità anche solo di concepire l'esistenza di un *corpus* normativo diverso da quello cui devono obbedire gli altri consociati e applicabile qualora sorgano interessi particolari dello Stato. L'idea che questo genere di controversie possa essere sottratto alla giurisdizione dei tribunali ordinari è “*fundamentally inconsistent*”<sup>32</sup> con la tradizione giuridica inglese.

Questo modo, per certi versi estraneo, di intendere il diritto (privato, ma non solo) è dovuto certamente alle ragioni sin qui esposte, ma a ciò deve aggiungersi anche una visione profondamente diversa dell'altro termine del binomio che stiamo considerando, ossia lo Stato.

In Inghilterra, così come nel resto del Regno Unito d'altra parte, il concetto di Stato non è un molto usato per ragioni storiche. Infatti, se nel Continente e in Francia in particolare, il passaggio dal sistema feudale allo Stato inteso in senso moderno fu lento e graduale, lo stesso non può dirsi per l'Inghilterra.

Invero, il trapasso del sistema feudale, almeno a livello politico, avvenne attraverso accesi conflitti (su tutti, la rivolta dei baroni del 1215 - che terminò con la “concessione” della *Magna Charta* - e la Gloriosa Rivoluzione degli anni 1688-1689 - che culminò con il *Bill of Rights*) che ebbero come risultato la distruzione della burocrazia reale: la sovranità era ora riconosciuta in capo al *Parliament* e la *rule of law* era assicurata dalle corti giudiziarie<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> ID., *op. cit.*, 484: “*Public law comprises the rules which specially relate to the structure, powers, rights, and activities of the State. Private law includes all the residue of legal principles*”. L'autore, alla pagina seguente, riconosce comunque che il primo presuppone una conoscenza del secondo.

<sup>29</sup> ID., *op. cit.*, p. 482.

<sup>30</sup> Cfr. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1982.

<sup>31</sup> In particolare, con “*rule of law*” può intendersi: i) “*the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power*”; ii) “*equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts*”; iii) una formula per descrivere il fatto che in Inghilterra “*the law of the constitution (...) [is] not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts (...); thus the constitution is the result of the ordinary law of the land*”. Cfr. ID., *op. cit.*, p. 153.

Sul perché nel Continente si parli di “Stato di diritto”, mentre nei Paesi di *common law* si preferisca fare uso del concetto di “*rule of law*”, v. *infra*.

<sup>32</sup> ID., *ibidem*.

<sup>33</sup> Sembrerebbe di avviso contrario J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law*, cit., p. 36, che afferma “la natura meno violenta e più graduale della rivoluzione inglese”, di modo che “in Inghilterra molte istituzioni feudali [la Chiesa; il *common law*] furono formalmente mantenute e trasformate solo nella sostanza”. Ma bisogna forse intendersi sul concetto di “rivoluzione”: la storia inglese è proceduta, per così dire, “a tappe”, ma ognuna di queste ha compor-



Al posto dello Stato, dunque, in Inghilterra troviamo altri termini come, ad esempio, la Corona. Essa rappresenta da sempre il simbolo dell'ufficio del Re, ulteriore rispetto al suo territorio o al suo corpo; ma dopo poco cominciò ad indicare anche tutto quel corpo politico sviluppatosi attorno alla persona del Re, con compiti di consigliarlo nelle sue decisioni<sup>34</sup>.

In ogni caso con il termine “Corona” non ci si riferisce ad un apparato di governo, bensì a molteplici soggetti<sup>35</sup>: il Re, il Re in quanto capo del consiglio reale, il consiglio reale, i diritti inalienabili di cui questi soggetti godevano<sup>36</sup>. Come si vede, i contorni della questione appaiono frastagliati quando non del tutto incerti: alla maggiore “tolleranza del caos” di cui si è già dato conto, può aggiungersi, in questo caso, anche quell'aura mistica che richiederebbe deferenza e non certo impertinenti tentativi di sistematizzazione.

A complicare ulteriormente il quadro così delineato non può sfuggire lo *smottamento* di potere dal versante del Re a quello del Parlamento che però, per ovvi motivi, non poteva godere delle medesime prerogative. Ai primi del '900, il Re ormai “è nudo” e allo stesso modo la Corona non è altro che un utile “velo di Maya” che consente di non rispondere ad interrogativi complessi poiché “in Inghilterra, quella astrazione che chiamiamo Stato, almeno in teoria, non sembra neppure esistere”<sup>37</sup>.

Uno dei principali architravi del sistema costituzionale inglese, dunque, è rappresentato da una “entità dotata di solenne capacità di persuasione senza potere esecutivo”<sup>38</sup>. La Corona, in verità, sembra svolgere la funzione di tenere insieme i fili invisibili che collegano i suoi funzionari (ciascuno responsabile per i propri atti) in quel viluppo che ben può descrivere il profilo esecutivo dello stato inglese<sup>39</sup>.

---

tato notevoli cambiamenti nel sistema (ed in questo senso può dirsi allora più graduale); mentre in Francia l'unico grande “strappo” è stato dato dalla Rivoluzione del 1789 che in un colpo solo ha fatto *tabula rasa* dell'antico regime. Tuttavia, grazie ad una relativa assenza di eventi traumatici - almeno fino a quel momento - si era ormai affermato quell'apparato burocratico chiamato “pubblica amministrazione” che, peraltro, riuscirà a sopravvivere alla Rivoluzione stessa).

<sup>34</sup> È questo un esempio di applicazione giuspubblicistica di un principio privatistico: *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. Principio tuttora vigente anche nel nostro ordinamento ex art. 1108, comma 3°, cod. civ. che impone il consenso di tutti i partecipanti alla comunione “per gli atti di alienazione, costituzione di diritti reali oppure locazione per durata superiore a 9 anni” della cosa comune.

<sup>35</sup> J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 75.

<sup>36</sup> È, in ultima analisi, un concetto astratto ancora connesso ad una concezione feudale della società. Sotto la Corona trovano posto il monarca e i suoi feudatari, il Re e il regno, uniti contro le ingerenze papali: cfr. W. ULLMANN, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Londra, 1965, in part. p. 153.

<sup>37</sup> F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*, Cambridge, 1908, p. 418.

<sup>38</sup> H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 32 Harvard Law Review, 1919, p. 447.

<sup>39</sup> Così E. BARKER, *The Discredited State: Thoughts on Politics Before the War*, Pol. Quat., 1915, p. 101.



Proprio il concetto di funzionario è l'altro termine che di solito si trova nel pensiero politico-giuridico inglese<sup>40</sup>. Il riferimento alla c.d. *public person* sta ad indicare che l'apparato governativo non è Stato, bensì *rule of men*. Infatti, l'embrione di diritto pubblico che si stava creando era catalogato nel diritto delle persone<sup>41</sup>.

Non mancano le voci critiche a questa impostazione le quali tuttavia pur utilizzando il termine Stato si riferiscono ad esso comunque come ad una persona (giuridica) con diritti e doveri equiparabili a quelli di un individuo<sup>42</sup>. Ma d'altra parte, è estremamente significativo che nella definizione più completa del principio fondante il costituzionalismo inglese<sup>43</sup>, si riesca ad evitare di menzionare la parola "stato" o anche solo di evocarne il concetto.

Al suo posto si trovano invece termini come "*Crown, officials, political superiors, officers of the Crown, and public or political persons*"<sup>44</sup> perché "*'State' is not an easy word*"<sup>45</sup>, ma soprattutto perché "non si può fare causa allo Stato, perché non c'è uno Stato a cui fare causa. Non c'è nulla di più che una Corona che nasconde le sue imperfezioni sotto un mantello di presunta infallibilità. La Corona è irresponsabile, salvo quando, di grazia, allenta un atteggiamento così rigido"<sup>46</sup>.

L'unico riferimento concettuale rimane allora la *persona* e non deve stupire che i giudici inglesi attribuiscono con disinvoltura i suoi tratti tipici anche agli enti che costituiscono la pubblica amministrazione: "*in an adversarial system such as exists in the United Kingdom, a party is free to withhold information that would help his case if he wishes -perhaps for reasons of delicacy or personal privacy*"<sup>47</sup>.

L'esigenza di un *corpus* normativo distinto, da applicare quando in gioco vi siano interessi non privati, non è in alcun modo avvertita. Così facendo però, diventa molto più arduo rendersi conto della potenziale minaccia posta, per natura, dal pubblico potere e dai suoi agenti<sup>48</sup>.

**2.1.** Questo timore era invece ben presente nella riflessione giuridica dei Padri fondatori degli Stati Uniti che proprio per tale motivo optarono per una forma di stato federale che per di più potesse vantare solo pochi e definiti poteri.

Questa scelta inoltre ha avuto il pregio di impedire al governo federale di instaurare un monopolio normativo sulla *common law* statale: l'idea di una codificazione privatistica fu oggetto di dibattito per un certo periodo, ma non trovò terreno fertile e venne ben presto

---

<sup>40</sup> J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 78.

<sup>41</sup> R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londra, 1989, p. 77.

<sup>42</sup> Così T.E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 13a ed., Oxford, 1972, p. 387.

<sup>43</sup> È la c.d. *rule of law*. cfr. nt. 26. Non così negli ordinamenti di *civil law* in cui tale concetto è racchiuso nell'espressione "stato di diritto" (su cui, *amplius*, § 3).

<sup>44</sup> Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 79.

<sup>45</sup> Cfr. *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] AC 763.

<sup>46</sup> Cfr. H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 1919, 32 *Harv. LRev.*, 450.

<sup>47</sup> Cfr. *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 AC 394.

<sup>48</sup> Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 80.



accantonata. In questo senso, la *common law* rimase un elemento di democraticità del sistema e non venne mai associata ad una nozione di sovranità.

Anzi, proprio la maggiore indipendenza dei giudici di *common law* (una categoria professionale in cui si entra per cooptazione o con una legittimazione popolare) potrebbe aver giocato un ruolo determinante. Infatti, laddove, in Europa e in Francia particolarmente, la corruzione del sistema giudiziario fu una delle cause scatenanti della Rivoluzione<sup>49</sup>, negli Stati Uniti era il governo (inglese) ad essere corrotto.

La scelta quindi di darsi una Costituzione scritta, oltre a voler rimarcare una pesante differenziazione con la Madrepatria, ha come conseguenza quella di incorporare *in essa* i diritti fondamentali dell'individuo; al contrario, in Europa, ciò avviene con l'emanazione dei *codici*<sup>50</sup>. Sin da subito, allora, nella storia degli Stati Uniti, la fonte formale dei diritti fondamentali è una (la) legge di diritto pubblico; mentre il codice rappresenta il cuore del diritto privato che garantisce tali diritti dall'ingerenza indebita dello Stato. La circostanza non è di scarso rilievo se si considera che, anche per questo motivo, la dicotomia pubblico/privato negli USA non ha mai caratterizzato il dibattito sul rapporto tra l'individuo e lo Stato; laddove invece in Europa si assistette ad un rafforzamento di questa bipolarità<sup>51</sup> che contribuì alla creazione del dualismo giurisdizionale tipico di Francia, Germania e Italia<sup>52</sup>.

Laddove, in Europa, il diritto privato rappresenta il cuore dell'ordinamento (mentre tutto il resto è più politico che giuridico)<sup>53</sup>, negli Stati Uniti, è il diritto pubblico ad essere al centro della riflessione giuridica (mentre il diritto privato non è tanto un *corpus* separato di leggi, quanto una sfera privata in cui lo Stato non interferisce in ossequio a principi costituzionali o addirittura di diritto naturale)<sup>54</sup>. Così, ad esempio, considerando il fascio di relazioni informali tra vicini di casa, il diverso angolo prospettico porterà il giurista europeo a vedervi "diritto senza coazione" (in altre parole, che questi rapporti di vicinato non si fondino su provvedimenti giudiziari o accordi specifici, non vuol dire che non siano disciplinati

---

<sup>49</sup> Nonché una delle spinte propulsive del processo di codificazione che, nelle parole di Montesquieu, avrebbe reso il giudice niente di più che la "*bouche de la loi*". Sul ruolo dei giudici nell'*Ancien Regime*, cfr. anche J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, p. 27 ss.; L. GERSHOY, *The French Revolution and Napoleon*, Prentice-Hall, 1964, p. 18 ss.

<sup>50</sup> Che, si dice, svolgano un ruolo quasi-costituzionale appunto.

<sup>51</sup> Cfr. J.H. MERRYMAN, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968), p. 14.

<sup>52</sup> Un'altra causa è da rinvenire nella già menzionata sfiducia nei confronti del sistema giudiziario dell'*Ancien Regime* da cui la nascente pubblica amministrazione doveva essere difesa.

<sup>53</sup> È d'accordo P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009, p. 171 ss., secondo cui: "nel 1814 il diritto si identifica ancora nel diritto privato; il "pubblico" è una realtà extra-giuridica di cui facevano bene ad occuparsi politologi e sociologi, mentre il giurista doveva soltanto preoccuparsene per le eccessive invadenze del potere politico".

<sup>54</sup> Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 56 *AmJCompL*, p. 852 ss.



dal diritto privato); il giurista americano, invece, si troverà di fronte ad un “ordinamento senza legge”<sup>55</sup>.

Nell’area di *civil law*, l’esecuzione del precetto di diritto privato non è, appunto, un elemento necessario del diritto privato che, in tal senso, risulta separato dallo Stato. Al contrario, nell’area di *common law*, termini come *law* e *enforcement*, *rights* e *remedies* formano quasi un’endiadi che sembra innervare il diritto privato con un profilo pubblicistico: la sua esecuzione forzata (o la sua effettività, a ben vedere)<sup>56</sup>.

All’indipendenza dei giudici di *common law* corrisponde poi l’indipendenza di un diritto giurisprudenziale che non ha bisogno di trovare al di fuori di sé una legittimazione della propria validità. Tant’è vero che quando, in seguito alla Dichiarazione di Indipendenza, la volontà del Re non poté più dispiegare alcuna efficacia nelle ormai ex colonie, non si avvertì il bisogno di trovare un altro fondamento “positivo” al nuovo ordinamento giuridico<sup>57</sup>. Ad ogni modo, quando ciò avvenne, e si ricondusse la *common law* all’idea di sovranità<sup>58</sup>, non vi furono particolari risvolti traumatici perché questa nozione non era posta in correlazione con un’entità astratta, bensì con il popolo americano il cui consenso era visto come un requisito necessario non solo per la legittimità della Costituzione<sup>59</sup>, ma anche per quel diritto giurisprudenziale enunciato dai Giudici in virtù del mandato popolare ricevuto<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. EID, *op. cit.*, p. 853.

<sup>56</sup> Cfr. EID., *ibidem*. Sul concetto di effettività, v. anche quanto esposto *infra*, § 3.2.

<sup>57</sup> Affermare che in Inghilterra il potere giudiziario fosse indipendente dal Re potrebbe sembrare contraddittorio, se si pensa che i giudici di *common law* esercitavano la propria funzione in nome del Re che, tra l’altro, partecipava attivamente all’amministrazione della giustizia. Tuttavia, non solo si riteneva che la norma fosse da trovare e non creata dal Re (per la teoria dichiarativa del precedente); non solo le decisioni giudiziarie vincolavano anche il Re (per il principio della *rule of law*); ma lo stesso Re, quando intendeva *superare* la legge, doveva rivolgersi ad un altro *corpus* normativo al di fuori di essa: l’*equity*: così N. JANSEN-R. MICHAELS, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, 71 *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht* (2006), 38. Ma cfr. anche R. SACCO, voce «Diritto privato», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XVII*, Torino 1998, p. 680, secondo cui nel diritto inglese: la pubblica “amministrazione è sottoposta da sempre al controllo giudiziario. Il re e i collaboratori ch’egli si sceglie non potevano modificare il diritto se non in limiti ristretti”.

<sup>58</sup> N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>59</sup> D’altronde, così recita il preambolo della Costituzione federale: “*We the People (...)*”. In questo senso, pure paradigmatico è il noto *Gettysburg Address* del 19.11.1863 in cui il Presidente Lincoln descrive la forma di stato degli USA come “*a government of the people, by the people, for the people*”.

<sup>60</sup> Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 681: “Finché il diritto privato è consuetudinario non ha bisogno di giustificazione, bastando al fine il consenso di coloro che lo praticano”, nonché più in generale M.J. HOROWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1979.



In maniera analoga, il principio affermato in *Swift v. Tyson*<sup>61</sup>, secondo cui le Corti federali sono libere di formulare un giudizio indipendente su quale sia (o dovrebbe essere) la *common law* dello stato in cui hanno sede, è evidentemente influenzato da una concezione di questa libera da qualsiasi idea di sovrano, sia esso statale o federale<sup>62</sup>. Ci vorrà quasi un secolo per vedere un'inversione di rotta, inizialmente nel *dissent* del Justice Holmes: “*The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified*”<sup>63</sup>; poi nel vero e proprio *overruling* di *Swift* in cui si stabilì che le Corti federali devono invece applicare la legge statale, con ciò intendendosi sia gli *statutes* che la *case law*<sup>64</sup>. Ma anche in questo caso la decisione non può essere interpretata come un tentativo di dare una legittimazione statale al diritto giurisprudenziale: la sovranità infatti continua ad appartenere al popolo, solo che ora si deve far riferimento al popolo del singolo stato e non a quello dello stato, per così dire, nazionale<sup>65</sup>.

In Europa, siamo ancora affezionati ad una concezione hegeliana dello Stato, un'istituzione collettiva che tutto include (anche la legge) e al di fuori della quale nulla può esistere, neppure la società di cui esso è, appunto, un prerequisite. Al contrario, negli Stati Uniti, per indicare questo soggetto si preferisce parlare di *government* (mentre il Governo è indicato come *administration* o *executive office/branch*), un ente senz'altro distinto dalla società (che potrebbe esistere senza di esso), così come dalla legge (e da essa vincolato alla pari di un privato cittadino). Proprio per questo motivo, il *government* e i suoi membri possono essere citati in giudizio, allo stesso modo e di fronte alla stessa autorità giudiziaria dei privati cittadini<sup>66</sup>.

Questa distinzione non è meramente filologica. Pensiamo ad un'espressione come “Stato di diritto”: anche se “Stato” e “diritto” non sono sinonimi, il diritto ideale, la stessa idea di ordinamento giuridico è correlata strettamente allo Stato. Negli Stati Uniti, invece, questo concetto si manifesta ad un livello molto più concreto nelle nozioni (intraducibili) di *rule of law* e *due process* che rispondono, rispettivamente, a queste due domande: *a)* lo Stato è vincolato dalla legge? *b)* gli individui possono agire per la tutela giurisdizionale dei loro diritti? La prima nozione, infatti, è collegata al *ruler*, ossia al sovrano che governa appunto; mentre la seconda si riferisce inequivocabilmente alla protezione dell'individuo contro ogni forma di potere e non ha nulla a che fare con lo Stato<sup>67</sup>.

In Europa, la società trova il suo compimento nello Stato e così la sfera privata e la sua estensione sono definite dallo Stato e dentro lo Stato. Negli USA lo Stato dipende dalla società ed è in opposizione ad essa: la Rivoluzione americana servì a sbarazzarsi di uno Stato che violava i diritti dei coloni per fondare diversi Stati (nonché l'Unione) che, in virtù di un sistema di *checks and balances*, non fossero in grado di reiterare simili soprusi. In Europa, la validità del diritto privato è connessa allo Stato che garantisce l'autonomia delle parti, ma

---

<sup>61</sup> *Swift v. Tyson*, 41 US 1 (1842).

<sup>62</sup> N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, p. 38.

<sup>63</sup> Cfr. *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting).

<sup>64</sup> Cfr. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>65</sup> N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>66</sup> Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, 854, nonché R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>67</sup> Cfr. EID., *ibidem*.



che protegge altresì dagli effetti collaterali di questa autonomia se le parti non hanno la stessa forza. Negli USA, invece, il diritto privato è quel ramo del diritto che si è sviluppato indipendentemente dallo Stato, anzi al di fuori di esso, nelle aule giudiziarie e nella società; perciò lo Stato è visto come una potenziale minaccia a questa autonomia se va oltre il suo ruolo di tutore della legge<sup>68</sup>.

L'assenza di questa connessione tra diritto privato e Stato favorisce poi una spinta centrifuga che allarga gli orizzonti dell'autonomia privata portandola a creare norme la cui effettività non sarà garantita dalle istituzioni statali, bensì dalla medesima comunità che aveva raggiunto un accordo in tal senso<sup>69</sup>. L'assenza di strutture centralizzate<sup>70</sup> permette allora di scoprire l'altra faccia del *diritto privato*, caratterizzata da una spontaneità che disgrega e che, per converso, non ha aspirazioni sistematiche né di coerenza interna<sup>71</sup>.

3. La dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, ben nota ai giuristi romani, non sopravvive alla caduta dell'impero. O meglio, entra in uno stato di quiescenza dal quale riemergerà solo alcuni secoli dopo. In effetti, durante l'età del feudalesimo, essa non trova senz'altro un terreno fertile atteso che le relazioni tra i vari signori locali erano esclusivamente di natura personale, reciproche e su base (in senso lato) volontaria<sup>72</sup>. Così il vassallo poteva certamente essere soggetto anche a diverse autorità, ma non in base ad una norma giuspubblicistica, bensì in virtù di diversi obblighi (legali o consuetudinari) derivanti da prerogative reali oppure di diritto canonico o curtense<sup>73</sup>. In ogni caso, in assenza di un vero e proprio stato, la distinzione cade in disuso.

---

<sup>68</sup> Cfr. EID., *op. cit.*, p. 856.

<sup>69</sup> È il concetto di “*private ordering*” (cui spesso, nel pensiero giuridico anglosassone, si fa corrispondere anche la nozione di “*private law*”) che forse, più che una evoluzione, segna un ritorno al passato come ai tempi della *lex mercatoria*. Cfr. S.L. SCHWARCZ, *Private Ordering*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 2002, p. 319 ss. La norma privatistica si afferma quindi indipendentemente da qualsivoglia positivismo e in virtù della sua forza intrinseca che trova generalmente fondamento nella sua razionalità.

<sup>70</sup> Singolare che il termine “Stato” acquisti significato in ambito internazionale, ovvero nel campo delle relazioni *esterne* che il governo federale intrattiene con i suoi *pars* mediante, appunto, il *Secretary of State*.

<sup>71</sup> La faccia che invece mostra tradizionalmente nell'Europa continentale. Sull'ambivalenza del diritto privato nella tradizione giuridica occidentale, cfr. D. CARUSO, *Private Law and State-making in the Age of Globalization*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 39:1, 2006, p. 1 ss.

<sup>72</sup> Per R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*, “Il feudalesimo mette a dura prova la dicotomia diritto pubblico/diritto privato. Le promesse scambiate fra il sovrano e il vassallo smembravano il potere politico centrale e creavano diritti e poteri, patrimoniali e politici ad un tempo, a favore di individui decisi a servirsene per il proprio interesse. «Feudo e potere giudiziario sono una cosa sola» si diceva in Francia”.

<sup>73</sup> Cfr. A.E. TAY-E. KAMENKA, *Public Law-Private Law*, in S.I. BENN-G.F. GAUS (eds.), *Public and Private in Social Life*, Londra 1983, p. 69.



Dopo la Guerra dei Cent'anni, le diverse autorità feudali della Francia confluirono in una amministrazione centralizzata che aveva il suo fulcro nella persona del Re<sup>74</sup>.

La principale funzione amministrativa era così svolta non più dal feudatario, ma dagli *officiers* prima e dai *commissaires* poi<sup>75</sup>. La *commission*, concessa dal Re e sempre revocabile, divenne ben presto un formidabile istituto per gestione quotidiana della *res publica*. Nella seconda metà del 1500 i commissari erano ormai chiamati *Secrétaires d'Etat*, con compiti di redigere e far rispettare gli ordini del Re, quando non i propri<sup>76</sup>. La struttura periferica del potere poteva contare sugli *Intendants*<sup>77</sup>, a capo di ogni Provincia, il cui incarico dipendeva direttamente dai *Secrétaires* ai quali dunque essi mostravano incrollabile fedeltà<sup>78</sup>.

Pur continuando a coesistere con diverse altre autorità (si pensi ai *Parlements* locali e alle commissioni giudiziarie)<sup>79</sup>, la centralizzazione amministrativa così raggiunta portò ad una rilevante evoluzione concettuale: il concetto di Stato non era più identificabile *tout-court* con la persona del Re, ma neppure con una particolare forma di governo né con l'idea di sovranità (anche popolare)<sup>80</sup>.

Tuttavia, questo Stato-apparato<sup>81</sup> *in nuce* non riconosceva al suo interno distinzioni di funzione: *gubernatio* e *jurisdictio* erano ancora confuse<sup>82</sup>, anche perché quello che diventerà il tradizionale principio di separazione dei poteri non era ancora stato formulato per la prima volta<sup>83</sup> e, anzi, bisognerà attendere la Rivoluzione<sup>84</sup> per una sua prima concreta applicazione.

Nel pensiero giuridico di Montesquieu, pur notoriamente influenzato dal costituzionalismo inglese, l'ordinamento francese è comunque analizzato con il giusto distacco, rendendosi cioè conto che “il potere corrompe, il potere assoluto corrompe assolutamente”. In altre parole, l'assolutismo monarchico dei Borboni costringe non solo a definire in ma-

---

<sup>74</sup> Cfr. J.F.W. ALLISON, *op. cit.*, p. 44.

<sup>75</sup> Cfr. E. LE ROY LADURIE, *The Royal French State 1460-1610*, Oxford, 1994, p. 22.

<sup>76</sup> Cfr. anche J. BRISSAUD, *A History of French Public Law*, New York, 1969, p. 395 ss.

<sup>77</sup> Con funzioni in ambito fiscale, militare, di opere pubbliche, di amministrazione della giustizia *etc.*

<sup>78</sup> E, di riflesso, al nucleo originario di quella che sarebbe diventata l'amministrazione centralizzata dello Stato francese: cfr. ID., *op. cit.*, p. 411 s.

<sup>79</sup> Su cui cfr. ID., *op. cit.*, p. 427 ss.

<sup>80</sup> Nella teorica di J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Torino, 1988, lo Stato in sé è un apparato di governo distinto dai suoi cittadini, dai suoi governanti e da qualsivoglia forma specifica di governo.

<sup>81</sup> J. BRISSAUD, *op. cit.*, 378 ss.

<sup>82</sup> Cfr. H.E. LOYD, *The State, France and the Sixteenth Century*, Londra, 1983, p. 52.

<sup>83</sup> È del 1748 la prima edizione de *Lo spirito delle leggi* di Montesquieu, la cui teoria di separazione di poteri, però, sarebbe stata applicata rigorosamente solo negli Stati Uniti.

<sup>84</sup> Si può rilevare qui che se la *Glorious Revolution* del 1688 rappresentò una reazione *preventiva* all'instaurazione di uno Stato patrimoniale, la Rivoluzione francese, un secolo dopo, costituì invece il rovesciamento di esso. Le conseguenze furono opposte: rappresentatività e decentralizzazione in Inghilterra, burocrazia e centralizzazione in Francia: cfr. K.H.F. DYSON, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford, 1980, in part. p. 63.



niera chiara e netta le tre distinte funzioni pubbliche (perché solo il potere può limitare il potere); ma anche ad individuare una, pur evanescente, categoria di poteri intermedi<sup>85</sup> in grado di fare da ulteriore *contrappeso* alla volontà del Sovrano<sup>86</sup>.

Tali rischi sono forse ancor più presenti nel pensiero di Rousseau e di conseguenza il concetto di *governo* viene più nitidamente spiegato come un “nuovo corpo all’interno dello Stato, distinto dal popolo e dal Sovrano, e posto nel mezzo”<sup>87</sup>, con il compito di dare attuazione alla volontà generale. Tuttavia, la *confusione* concettuale tra “volontà generale”, per definizione infallibile perché prende in considerazione solo l’interesse comune, e “volontà di tutti”, che consiste nella mera somma di volontà particolari<sup>88</sup>, porta ben presto a considerare l’assemblea legislativa (in quanto rappresentativa del popolo) come depositaria della volontà generale e la legge come un precetto infallibile. Il rischio, pur preconizzato, di un potere senza contrappesi, è allora minimizzato, ma esclusivamente a livello intellettuale, in quanto il governo è visto soltanto come mero esecutore di una volontà che non può sbagliare. La premessa su cui si fonda questo ragionamento è, come detto, errata, ma è sufficiente per non rendere palese l’esigenza di un corpo normativo idoneo a delimitare il pubblico potere<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> “I poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali. Ho detto i poteri intermedi, subordinati e dipendenti: in effetti, nella monarchia, il principe è la fonte di ogni potere politico e civile. Queste leggi fondamentali presuppongono necessariamente dei canali medianti per i quali scorre il potere: poiché, se non vi fosse nello Stato che la volontà momentanea e capricciosa di uno solo, nulla potrebbe essere fisso, e per conseguenza non vi sarebbe nessuna legge fondamentale”: cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, II, cap. 4.

<sup>86</sup> La mente non può fare a meno di andare alle c.d. comunità intermedie ossia alle formazioni sociali entro cui, *ex art. 2 Cost.*, si svolge la personalità dell’individuo che dunque trova tutela non soltanto nell’ambito dell’ordinamento statale. Trattasi di comunità costituite da un vincolo familiare, religioso, politico, solidaristico, economico, a cui è riconosciuta tutela costituzionale, per estendere all’interno di esse la protezione della personalità dell’individuo, anche in chiara reazione allo stato fascista in cui tutto doveva risolversi.

<sup>87</sup> Cfr. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, III, cap. 1.

<sup>88</sup> Incapaci, quindi, di perseguire il bene comune.

<sup>89</sup> Cfr. J.F.W. ALLISON, *op. cit.*, p. 52. Ma v. anche la *loi 16-24.8.1790*, tit. 2, art. 13, in materia di organizzazione giudiziaria, che formula il principio della sottrazione del contenzioso amministrativo alla giurisdizione dei tribunali ordinari: “Le funzioni giudiziarie sono distinte e devono rimanere sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi, né convenire in giudizio davanti a loro gli amministratori per motivi concernenti le loro funzioni”. Non esiste ancora quindi un sistema di giustizia amministrativa: soltanto l’amministrazione può, anzi deve, giudicare se stessa.



In seguito agli eventi della Rivoluzione<sup>90</sup> e all'instaurazione del regime napoleonico, era ormai chiaro che la supremazia della volontà generale aveva prodotto soltanto altre forme di despotismo. L'accento posto sull'uguaglianza a scapito delle istanze di libertà nonché la scomparsa di quei corpi intermedi (tipici dell'*Ancien Regime*, ma in grado di limitare l'assolutismo monarchico) avevano permesso a Napoleone di ricostituire una versione riveduta e corretta della precedente amministrazione reale<sup>91</sup>.

In questo contesto, si comincia allora a sottolineare l'importanza dei diritti individuali, la necessità di una sorveglianza costante dei rappresentanti eletti e l'istituzione di mezzi legali, ordinari e straordinari, per il controllo dell'operato dei ministri e, più in generale, della pubblica amministrazione<sup>92</sup>.

Ed è esattamente ciò che avviene nella seconda metà del XIX secolo con l'istituzione<sup>93</sup> del *Tribunal des Conflits*<sup>94</sup> e la riassegnazione della c.d. giustizia delegata<sup>95</sup> al Consiglio di Stato che ben presto abbandona la dottrina del *movente politico*<sup>96</sup> di cui si era avvalso nelle sue decisioni precedenti<sup>97</sup> per sostenere la sua incompetenza a pronunciarsi su taluni atti dell'amministrazione.

Solo un paio di anni prima<sup>98</sup>, inoltre, il *Tribunal* aveva affermato che il giudice competente per le controversie in materia di *service public* non era il giudice ordinario, bensì il giudi-

---

<sup>90</sup> Tra cui, per quello che qui interessa, l'istituzione del *Consiglio di Stato* ad opera della costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13.12.1799): "Sotto la direzione dei consoli, un *Conseil d'État* è incaricato di redigere i progetti di legge e i regolamenti della pubblica amministrazione e di risolvere le vertenze che sorgono in materia amministrativa" (art. 52).

<sup>91</sup> Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America, Introduzione*. Sembra peraltro che questa centralizzazione amministrativa affondi le sue radici nell'alleanza tra la Corona e la borghesia contro la nobiltà feudale. Viceversa, in Inghilterra l'alleanza fu tra la nobiltà e la borghesia contro la Corona, con il risultato di una centralizzazione legislativa a Westminster: cfr. L. SIEDENTOP, *Two liberal traditions*, in A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, 1979, p. 163.

<sup>92</sup> B. CONSTANT, *La libertà degli Antichi paragonata a quella dei Moderni*, Torino, 2001.

<sup>93</sup> Cfr. *loi* 24.5.1872.

<sup>94</sup> Con la funzione di dirimere i «*conflits d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaires*» e composto pariteticamente da «*membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*» (art. 1 *loi* 24.5.1872).

<sup>95</sup> Con questa espressione, in tale contesto, si intende il *contenzioso amministrativo* che rimaneva di competenza dei singoli organi della pubblica amministrazione. La riassegnazione della delega al Consiglio di Stato crea un sistema di *giustizia amministrativa* in cui l'amministrazione non giudica più se stessa.

<sup>96</sup> CONSEIL D'ÉTAT, 19.2.1875, *Prince Napoléon* (Racc. 155).

<sup>97</sup> CONSEIL D'ÉTAT, 1.5.1822, *Laffitte*; e CONSEIL D'ÉTAT, 9.5.1867, *Duc d'Aumale*.

<sup>98</sup> TRIBUNAL DES CONFLITS, 8.2.1873, *Blanco*: «Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier;



ce amministrativo. Esiste allora un *diritto* che regola i rapporti fra i privati, ed un diritto *speciale* che regola i rapporti fra i privati e lo Stato. Le regole di questo *corpus* normativo contemperano gli interessi della pubblica amministrazione con i diritti soggettivi dei privati cittadini: è nato ufficialmente il diritto amministrativo e il criterio della *funzione pubblica* serve ora da *discrimen* tra le due metà dell'ordinamento.

Con la fine del secolo lungo, si assiste anche al trapasso dello Stato liberale di diritto e il sorgere del *Welfare State*. Il ruolo dello Stato diventa senz'altro più attivo e la sua ragion d'essere comincia ad essere individuata nel *pubblico servizio*<sup>99</sup> che arriva addirittura a sostituire il concetto di sovranità<sup>100</sup>. Ma questi nuovi compiti richiedono una struttura più sofisticata e capillare, con ciò riproponendosi il dilemma di come limitare tale potere.

Questa apparentemente insanabile aporia viene risolta con la creazione di una serie di istituzioni ibride pubblico/private, delle agenzie periferiche dell'amministrazione centrale che, seppur con vari gradi di autonomia, vi rientrano comunque a pieno titolo<sup>101</sup>. La dicotomia rinvenuta pochi decenni prima nell'*arrêt Blanco* già comincia a farsi più sfumata e così il diritto pubblico trova una sua funzione solo in via sanzionatoria di ciò che il pubblico ufficiale dovrebbe fare ma non fa e di ciò che fa ma non dovrebbe fare<sup>102</sup>.

Nonostante la distinzione in parola appaia sempre meno netta, la *forma mentis* del giurista francese continua ad accettarla: da una parte, in effetti, il dualismo giurisdizionale non consente di deporre con facilità concetti che seguitano ad avere un'utilità quantomeno funzionale; dall'altra, rimane viva la concezione di uno Stato fortemente centralizzato, potenzialmente irresponsabile, che deve essere limitato in questo suo potere<sup>103</sup> e ciò a garanzia delle libertà individuali.

**3.1.** L'individuo è al centro della riflessione politico-giuridica anche nell'area germanica, ma gli esiti di questo pensiero divergeranno non poco da quelli francesi.

Se infatti l'Illuminismo francese rappresentò, tra l'altro, una reazione all'oscurantismo della religione in generale e del Cattolicesimo in particolare, in Germania si cercò invece di

---

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître (...).

<sup>99</sup> Cfr. E. DURKHEIM, *Politics and the State*, A. GIDDENS (ed.), W.D. HALLS (tr.), Stanford, 1986, xliv 41 ss.

<sup>100</sup> Cfr. L. DUGUIT, *Law in the Modern State*, F. LASKI-H. LASKI (tr.), New York, 1970, xliv.

<sup>101</sup> Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 64.

<sup>102</sup> Cfr. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 26. Peraltro, La nozione di *service public* non trova requie nella giurisprudenza amministrativa che la estende anche a settori tradizionalmente privatistici come associazioni professionali (CONSEIL D'ÉTAT, 2.4.1943, *Bouguen*) o enti sportivi (TRIBUNAL DES CONFLITS, 77.1980, *Peschaud v. Groupement du Football Professionnel*).

<sup>103</sup> Così il sintagma *puissance publique* (o *puissance étatique*) trova una corrispondenza nel tedesco *Staatsgewalt*, ma non nell'inglese *public power* che rimane un'espressione molto vaga.



conciliare il pietismo protestante con la ricerca della razionalità<sup>104</sup>. Questa tensione tra ragione e religione si tradusse, in un paradosso solo apparente, nel Romanticismo tedesco secondo cui l'individuo poteva trovare la sua realizzazione soltanto attraverso la ricerca interiore della propria verità personale<sup>105</sup>. Questa *ritirata* dalla realtà porta verso forme di riflessione sempre più pure e astratte ed in questo contesto si inserirà il pensiero di Savigny che vede nella storia (nel processo storico) l'unico prisma in grado di restituire a chi osserva tutti i profili di un particolare fenomeno.

Dunque, in contrapposizione al razionalismo livellatore dei Lumi francesi, si riaccende l'interesse per le specificità dell'individuo che possono facilmente rinvenirsi, all'ennesima potenza, nel *Volk* che, a sua volta, trova la sua massima espressione nello Stato. Assumendo su di sé le caratteristiche dell'individuo, lo Stato diventa egli stesso una persona e ben presto l'unica *persona* in cui il soggetto può trovare la piena realizzazione di sé<sup>106</sup>. Esso rappresenta una forza vivente, un individuo storico con una propria personalità ed una propria volontà, un *intero* personificato che incarna il proprio spirito<sup>107</sup>.

Nella dialettica hegeliana lo Stato rappresenta allora la sintesi di *famiglia* e *società civile* e, anche si colloca successivamente, invero è già presente in esse che infatti perderebbero di significato e di realtà se non avessero sin da subito questo fine. Lo Stato dunque non nasce da un contratto stipulato fra gli individui, poiché non sono gli individui a formare lo Stato, ma è lo Stato stesso a formare gli individui<sup>108</sup>.

Che la *famiglia* sia considerata la pietra angolare dello Stato non è comunque un'innovazione hegeliana. Anzi, da sempre essa è vista come una rappresentazione in miniatura della comunità statale e anche da ciò scaturiscono alcuni equivoci circa la sua classificazione come istituto di diritto privato o di diritto pubblico<sup>109</sup>.

Nella prospettiva tedesca, però, il riferimento culturale non sembra esser tanto il modello della *familia* di età romana, in base a cui il Sovrano (il *pater familias*) dispone a piacimento dei beni e delle persone sotto la sua *potestas*. Invero, nella ricerca di quelle caratteri-

---

<sup>104</sup> In altre parole, mentre in Francia Cartesio fondava l'essenza stessa dell'individuo esclusivamente sulla sua capacità di pensare, in Germania Leibniz tentava di conciliare l'anima con il corpo mediante la teoria dell'*armonia prestabilita*: cfr. G.G. LEIBNIZ, *Monadologia*, in *Scritti filosofici*, a cura di D.O. BIANCA, Torino, 1967, in part. pp. 291-92. Questa ambiguità si ritrova anche nella sua visione del giusnaturalismo che trova il suo fondamento sì nel divino, ma deve ricercare i suoi principi nel diritto romano comune.

<sup>105</sup> È il concetto di *Innerlichkeit* che dunque non consentirebbe all'individuo di occuparsi della vita politica, per potersi dedicare alla propria formazione personale (*Bildung*).

<sup>106</sup> Questa *concezione organica* dello Stato è quanto di più lontano si possa immaginare dall'idea di contratto sociale *à la* Rousseau, unico strumento idoneo a creare una collettività che altrimenti rimarrebbe allo stato di natura.

<sup>107</sup> Cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, p. 103.

<sup>108</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, Milano, 2000.

<sup>109</sup> Cfr. W. MULLER FREIENFELS, *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 J. Fam. Hist. 31 (2003). Per una ricostruzione storica dell'istituto in quest'area, v. anche R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, New York, 1968, p. 584 ss.



stiche primigenie del *Volk*, diventa irresistibile la fascinazione con il mondo greco<sup>110</sup> e il modello della *polis*<sup>111</sup>. Così rimane senz'altro valida l'analogia tra due pluralità unificate per mezzo del capo<sup>112</sup>, ma “riferendo l'autorità politica all'autorità paterna, si riduce lo Stato alla famiglia, la quale si pone come paradigma assiologico”<sup>113</sup>. In questo senso, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, nell'antica Grecia, non si pone; così come non sembra porsi nel pensiero giuridico tedesco, anche ben prima di arrivare alla stagione dell'Idealismo<sup>114</sup>.

Già con Althusius, in effetti, la piramide della società trova nella famiglia il primo indispensabile gradino e nel contratto, il più tipico strumento privatistico, l'espedito giuridico su cui fondare tutte le strutture associative. Non solo la famiglia, dunque, ma anche corporazioni, comuni e province, fino ad arrivare allo Stato<sup>115</sup> che però non stipula il proprio contratto direttamente con gli individui, bensì risulta dall'accordo federativo delle province<sup>116</sup>.

Successivamente, un altro istituto tipico del diritto privato viene usato per trovare la corretta collocazione sistematica della famiglia: il *possesso*<sup>117</sup>. È qualificata in questo modo la relazione che l'individuo instaura con le cose (diritti reali), con le persone (diritti di obbligazione) e con le persone come se fossero cose (diritti personali di specie reale, cioè i rapporti giuridici interni alla società domestica). Nel sistema kantiano la persona è al centro e dun-

---

<sup>110</sup> Cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, p. 171, secondo cui l'influenza della tradizione romanistica è maggiore in Francia per motivi storici (il recepimento più risalente del *Corpus iuris*), linguistici (essendo il francese una lingua neolatina) e religiosi (vista la pervasiva presenza della Chiesa cattolica).

<sup>111</sup> Che per Hegel rappresenta “il paradiso dello spirito umano”: cfr. G. VECCHI, *Il concetto di pedagogia in Hegel: Dalla educazione estetica alla formazione filosofica dell'uomo*, Milano, 1975, 20. Già in questo si nota una prima, fondamentale, differenza dell'individualismo francese con quello tedesco: nel primo esso rappresenta l'unità originaria da cui si dipana la trama della storia; nel secondo, in verità, l'individuo è subito *nascosto* dalla famiglia che rappresenta quindi il primo fenomeno sociale.

<sup>112</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, voce «Diritto pubblico e privato», in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 707.

<sup>113</sup> Cfr. R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962, p. 37.

<sup>114</sup> In linea con questa tradizione, infatti, Hegel qualifica la famiglia come organismo *etico*, ossia con la stessa qualità riservata allo Stato.

<sup>115</sup> Ed è proprio la pubblica amministrazione il legame, lo spirito vivente, che tiene insieme le articolazioni dello Stato: cfr. J. ALTHUSIUS, *Politica*, a cura di NERI, Napoli, 1980, p. 41.

<sup>116</sup> Un contratto molto diverso, quindi, da quello stipulato con la Costituzione federale degli Stati Uniti. Per questo e i successivi riferimenti alla ricostruzione storica della posizione giuridica della famiglia, cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 696 ss.

<sup>117</sup> Il riferimento è a I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Bari, 2005. Proprio al filosofo di Königsberg si deve la prima concettualizzazione tedesca dell'uomo come essere razionale (nella Critica della Ragion Pratica, 1788) poiché in grado di conoscere la legge morale: più di un secolo dopo Cartesio e i suoi *Principia Philosophiae* (1644), ma il Romanticismo è ormai alle porte.



que il diritto privato è un *prins* logico rispetto al diritto pubblico: in altre parole, l'individuo viene prima del cittadino; ma ciò presuppone una condizione di libertà difficilmente conciliabile con lo Stato del XIX secolo. L'unificazione politica della Germania sotto il secondo Reich richiede infatti anche un'unificazione giuridica che diviene oggetto di due differenti correnti di pensiero.

La già menzionata scuola storica di Savigny concentra i propri sforzi sulla creazione di una *scientia iuris* in grado di elaborare un diritto insito nel corpo sociale come prodotto naturale del *Volksggeist*, un concetto bioculturale che ben presto si identificherà con lo Stato *tout-court*. Dall'analisi *organica* dei singoli istituti giuridici si può cogliere la loro unità fondamentale e coordinarli così in un sistema<sup>118</sup>. Il sistema vede quindi il diritto *politico* che “ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo”, mentre il diritto privato pertiene all'insieme dei “rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita”<sup>119</sup>.

Esigenze di sistemazione muovono anche la scuola filosofica del diritto di Thibaut che però si fa carico dell'istanza illuministica di una codificazione generale, sul presupposto dell'universalità del diritto, in quanto fondato nel cuore e nella ragione dell'uomo<sup>120</sup>. Naturalmente anche una simile raccolta di leggi doveva rappresentare lo spirito del popolo tedesco, ma il BGB, com'è noto, vedrà la luce soltanto un secolo dopo.

In entrambe le prospettive, però, il *Volksggeist* non può che esprimersi attraverso il Legislatore, segnando dunque il primato del diritto pubblico che assorbe così il privato, infatti: “il rapporto di diritto privato non può intendersi che nello Stato, tra individui che rivestono la qualità di cittadini e come tali riconoscono un ordine politico sovrastante ai loro privati interessi e alle loro particolari finalità”<sup>121</sup>.

Da queste premesse concettuali, si potrà successivamente affermare che “tutti i diritti privati si collegano con una pretesa di diritto pubblico ed essere riconosciuti e protetti; e perciò l'intero diritto privato si poggia sulla base del diritto pubblico”<sup>122</sup>. Ciò ha come corollario una radicale riduzione del diritto allo Stato, e dello Stato al diritto. Non può esistere uno Stato senza diritto, e viceversa. Una volta ridotto l'ordinamento giuridico ad un sistema di norme, il diritto non può che coincidere con la volontà statale<sup>123</sup>.

Nell'area germanica, in ultima analisi, il rapporto tra diritto (privato, ma non solo) e Stato, nella più ampia accezione del termine, sembra sempre essere stato molto stretto: dall'ordine dell'imperatore Lotario II nel 1135 di osservare il Digesto in tutto il territorio

---

<sup>118</sup> Con Puchta l'istanza sistematica viene posta al di sopra della Storia privilegiando così la costruzione di una piramide concettuale composto da massime giuridiche sempre più astratte. Questo formalismo verrà poi elevato alla massima potenza da Kelsen che infatti riduce l'ordinamento giuridico al sistema normativo.

<sup>119</sup> Il diritto politico è una sottocategoria del diritto pubblico che non comprende il diritto processuale civile e il diritto penale: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1886, p. 35 e 49.

<sup>120</sup> Cfr. A.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto generale per la Germania*, Heidelberg, 1814.

<sup>121</sup> Cfr. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, p. 2.

<sup>122</sup> Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, p. 2.

<sup>123</sup> Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1999.



dell'Impero<sup>124</sup>, alla codificazione del codice civile tedesco del 1900, la legittimazione del diritto privato sembra davvero inestricabilmente legata alla volontà del Sovrano, in una continua rivisitazione del principio *sic volo sic iubeo*<sup>125</sup>, fino a non poter immaginare l'uomo al di fuori dello Stato perché questo rappresenta la totalità degli interessi degli individui<sup>126</sup>.

**3.2.** Se sin dalla sua nascita nel 1861 lo Stato italiano adotta la *forma* di stato francese<sup>127</sup>, la *concezione* dello stato è quella tedesca poiché “in quanto la società si concepisce organizzata politicamente per la tutela del Diritto sorge la nozione di Stato. (...) questo Stato costituisc[e] un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi: e da tutti questi criteri sorgerà completo il concetto della personalità giuridica dello Stato, presupposto anch'esso essenziale della scienza nostra”<sup>128</sup>.

D'altra parte, l'adattamento del modello centralista napoleonico aveva incontrato non poche resistenze soprattutto a livello locale. Questo centralismo debole, aveva costretto il prefetto a svolgere un ruolo «di integrazione al centro delle domande della periferia»<sup>129</sup> in

---

<sup>124</sup> Di scarso rilievo che questa circostanza sia probabilmente una *factio* ideata successivamente nel XV secolo per fondare la validità dello *ius commune* sulla volontà del Sovrano. Anzi, ciò dimostra ulteriormente che il problema della legittimazione della norma giuridica si pone molto presto nei territori di area germanica forse proprio perché sotto l'egida imperiale. Cfr. N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 28. Ma nonostante la presenza di questa istituzione sovraordinata, sembra sempre avvertirsi, in quel pensiero politico-giuridico, un desiderio di maggiore unità sicché lo Stato viene inteso in senso più “culturale” che “burocratico”: cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, 172. E si comprende allora forse meglio il fascino esercitato dalla Grecia classica, *politicamente* frammentata ma comunque all'interno di una κοινὴ prima linguistica e poi culturale.

<sup>125</sup> Baldo riferisce l'espressione alla validità degli statuti delle città medievali che trovano fondamento nella volontà del Sovrano: cfr. BALDO, *Super usibus feudilibus*, cit. da H. COING, *Zur Romanistischen Auslegung von Rezeptionengesetzen: Fichards Noten zur Franfurter Reformation von 1509: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung* 56 (1936), p. 269.

<sup>126</sup> Cfr. R. ARIS, *Die Staatslehre Adam Müllers*, Mohr, 1929. N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 41, pongono in evidenza anche ragioni di carattere più pratico, come la circostanza che, con la caduta del Sacro Romano Impero nel 1806, l'individuo si trovò completamente indifeso di fronte agli atti delle amministrazioni locali (comunque nel prosieguo di un *trend* di progressiva insindacabilità giudiziale dell'azione amministrativa già in atto dal secolo precedente), rendendosi così necessaria l'istituzione di un nuovo e dedicato sistema giurisdizionale.

<sup>127</sup> Ossia una forma di stato unitario, centralizzato e altamente burocratizzato. E difficilmente poteva essere altrimenti date le origini della Casata regnante nonché la vicinanza geografica del Regno di Sardegna con la Francia.

<sup>128</sup> Ovvero la scienza del diritto pubblico intesa quale corollario della nozione di Stato liberale nazionale, al contempo Stato di diritto e persona giuridica sovrana: cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, 1889, Firenze, pp. 15-16.

<sup>129</sup> G. MELIS, *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, p. 457.



una continua trattativa con i notabili locali<sup>130</sup>. In questo contesto istituzionale, allora, il nascente diritto pubblico italiano si sviluppa in una funzione per così dire suppletiva la cui metodologia è “così strettamente connessa con la nozione di Stato che non si può avere una piena e scientifica intelligenza dell'una, senza aver prima determinata l'altra”<sup>131</sup>.

Anche in questo caso, la costruzione di questa nuova scienza trova nel diritto romano una aspirazione sistematica e le sue fondamenta, a cominciare dalle idee «di personalità giuridica dello Stato» e «dei diritti pubblici subiettivi» e quindi di rapporto giuridico<sup>132</sup>.

La nozione di Stato come persona giuridica comporta quella di sovranità come affermazione della propria capacità giuridica in una composizione di sovranità e diritto. In questo potere che limita il potere, sono poste le basi dello Stato liberale di diritto, uno Stato-persona giuridica sovrana che si autolimita per permettere il godimento delle basilari libertà individuali negative<sup>133</sup>.

Riprendendo la distinzione privatistica tra soggetto e negozio, tra individuo e volontà, diventa poi possibile separare “l'organizzazione soggettiva dei poteri pubblici e l'attività di questi soggetti”: la volontà dello Stato si manifesta allora attraverso una serie di soggetti artificiali, i suoi organi<sup>134</sup>. Corollario di questa personificazione dello Stato è da una parte “l'impersonalità del potere pubblico” cioè dei suoi agenti<sup>135</sup>; dall'altra, l'assorbimento della società in esso. Lo Stato-persona si pone in antitesi al (*rectius*: sintesi del) pluralismo sociale e al conflitto politico in quanto “istituto giuridico, ed è un subietto capace di Diritto; nei quali termini è già compresa la nozione di personalità giuridica dello Stato. In mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi delle forze e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità”<sup>136</sup>.

Da questi pur brevissimi cenni storico-comparatistici, e senza alcuna pretesa di completezza, sembra di poter affermare che la nozione di “diritto privato” non rappresenti un concetto univoco e anzi possa assumere numerosi significati<sup>137</sup>. Per esempio:

a) con riguardo agli *interessi* tutelati, se nell'area di *civil law*, il diritto privato protegge quelli degli individui, mentre il diritto pubblico quelli dello Stato<sup>138</sup>, nell'area di *common law* la definizione di Ulpiano è nota, ma non degna di nota;

b) con riguardo al concetto di *giustizia*, in entrambe le tradizioni giuridiche, la giustizia correttiva sorregge l'impianto normativo privatistico, mentre quella distributiva fa da sfon-

---

<sup>130</sup> Cfr. anche P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia, 1848-1995*, Roma, 1998, in part. p. 27 ss.

<sup>131</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>132</sup> ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, Prolusione ai Corsi di Diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889*, in *Archivio giuridico*, XLII, 1, 1889.

<sup>133</sup> È evidente l'influenza dell'insegnamento di Jellinek, su cui v. anche *infra*.

<sup>134</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p. 46.

<sup>135</sup> Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, 1990, p. 382 ss.

<sup>136</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 16.

<sup>137</sup> Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, p. 847 ss.

<sup>138</sup> Tra coloro che accolgono questo criterio distintivo, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 739.



do a quello pubblicistico; tuttavia, in questo senso, se la responsabilità civile, fondata sul risarcimento del danno, fa parte del diritto privato, il *Tort Law*, invece, fondato sulla distribuzione del rischio, rientra nel diritto pubblico;

c) con riguardo alla funzione dell'*autonomia privata*, nei sistemi di *civil law* il diritto privato è quell'area del diritto tipicamente aperta all'autoregolamentazione che si esplica nel diritto dei contratti, a nulla rilevando l'inderogabilità di alcune norme; al contrario nei sistemi di *common law* il diritto privato è il diritto delle regole individuali che si compie nel contratto in sé, ovvero tutto ciò che può essere regolato dall'autonomia privata: in quest'ottica, il carattere imperativo di alcune norme le fa ricadere nel campo del diritto pubblico<sup>139</sup>.

Da tutto ciò dovrebbe esser chiaro non solo che sono possibili diversi concetti di diritto privato, ma anche che questi spesso presuppongono un diverso modo di intendere il diritto in generale. Ma un'altra ragione per cui il diritto privato ha significati e funzioni così diversi risiede nel fatto che anche lo Stato ha significati e funzioni diversi. In effetti, il pensiero politico angloamericano, quasi dando per scontata l'esistenza delle proprie istituzioni, non sembra essere molto interessato ad approfondirne la conoscenza teoretica, come invece è accaduto in Europa.

Da tali pur notevoli differenze culturali (il cui riflesso nella realtà giuridica abbiamo appena analizzato), non discende però un'assoluta incomunicabilità tra queste due tradizioni giuridiche. È notoria, anzi, la crescente importanza degli *statutes*, da una parte, e la sempre maggior forza persuasiva del precedente giurisprudenziale, dall'altra.

Ma prendiamo in considerazione nuovamente l'endiadi di *law and enforcement*<sup>140</sup>: davvero l'enunciazione di un diritto soggettivo, in un ordinamento di *civil law*, può prescindere dalla sua effettività?

In effetti, nelle parole della Corte costituzionale, "al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione dinanzi alla quale possano essere fatte valere"<sup>141</sup>.

Non è una novità, d'altra parte, che la tradizionale dicotomia "manifesta i segni di una crisi irreversibile"<sup>142</sup> le cui ragioni si possono ritrovare nella crisi che ha determinato il trapasso dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto.

Con l'avvento dell'era della codificazione, lo *jus* si appiattisce sulla *lex* e la razionalizzazione comporta l'eliminazione del pluralismo giuridico e il conseguente accentramento

---

<sup>139</sup> Sembra riecheggiare la definizione di PAPINIANO, *Digesto*, 2, 14, 38: "*Ius publicum quod privatorum pactis mutari non potest*".

<sup>140</sup> Con cui si vuole indicare la *commistione* pubblico/privato riscontrata negli USA: cfr. § 2.1.

<sup>141</sup> Cfr. CORTE COST., 8.2.1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 183.

<sup>142</sup> Cfr. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, Milano, 2000, p. 413.



normativo nello stato; l'autonomia privata viene esaltata, ma al tempo stesso diluita *legislativamente*<sup>143</sup>. La dicotomia rimane, ma più nell'apparenza che nella sostanza.

Con il passaggio al *Welfare State*, invece, “i due piani si sovrappongono, a partire dalla Legge fondamentale”<sup>144</sup> dove trovano accoglienza i diritti fondamentali del codice, ma anche su altri livelli dell'ordinamento. Da un lato, si riconosce l'esistenza di enti pubblici non statali; dall'altro, alcuni servizi pubblici possono essere svolti anche da privati. Infine, con l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti<sup>145</sup> si assiste al cambio di marcia decisivo dell'ente statale che da compiti di erogazione *scala* a funzioni di controllo e garanzia<sup>146</sup>.

Di conseguenza, anche a voler considerare i diritti come staccionate erette per difendersi dall'autorità del Leviatano, non si può fare a meno di rilevare la pregnante esigenza dell'intervento della medesima autorità alla realizzazione e alla protezione di tali staccionate. Il fatto che, in ultima analisi, la tutela dei diritti (di tutti i diritti) si risolva in una *prestazione* a carico dello Stato (finanziata peraltro tramite il prelievo fiscale), è di per sé sufficiente a determinare la reviviscenza del concetto di *diritto soggettivo pubblico*<sup>147</sup>?

La risposta più istintiva al quesito, certamente, sarebbe negativa. E non a torto: di sicuro, non sarebbe condivisibile l'intenzione di leggere la realtà dello Stato liberal-

---

<sup>143</sup> Infatti, “il diritto privato trascorre da diritto della società civile, esterno allo Stato, a partizione del diritto statale. Le vecchie definizioni del diritto soggettivo, del negozio giuridico sono sottoposte a severa critica [così come] la stessa distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, giacché contratto e legge sono parimenti fonti di norme, e la validità delle norme poste dai privati deriva dall'osservanza delle procedure di produzione stabilite dalla legge”: cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 86 ss.

<sup>144</sup> Cfr. E. MINNEI, *Il turismo tra diritto pubblico e diritto privato*, in L. DE GRASSI-V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Milano, 2010, p. 453, nonché più in generale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

<sup>145</sup> Estranee quindi sia alla pubblica amministrazione sia alle strutture ministeriali, con l'autonomia decisionale tipica degli enti pubblici, ma costretta ad agire secondo il modello privatistico: cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, p. 451.

<sup>146</sup> Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 522.

<sup>147</sup> S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *The cost of Rights*, Norton & Co. Inc., 2013, invero, sostengono l'illusorietà di fondo di una distinzione tra diritti soggettivi privati -positivi- (ad es. l'azione per inadempimento) e diritti soggettivi pubblici -negativi- riconosciuti dalla Costituzione federale degli Stati Uniti e dal *Bill of Rights* (ad es. diritto di parola). Tuttavia, alla dottrina nordamericana fa sicuramente difetto, soprattutto per ragioni storico-politiche, un approfondimento dettagliato della tematica dei diritti pubblici soggettivi (anzi, come si è visto, è addirittura assente la concezione stessa di Stato-persona). Infatti, lo spirito dei Padri Fondatori è stato sempre interpretato unanimemente nel senso di aver voluto porre dei limiti al potere non solo del Congresso federale nei confronti degli Stati e degli individui (cfr. I e X emendamento), ma anche degli Stati nei confronti degli individui (cfr. XIV emendamento). Emblematico anche il caso del Presidente F.D. Roosevelt che, ancora secoli dopo, l'11.1.1944, in un discorso sullo Stato dell'Unione, per dare maggior enfasi al suo programma di riforme sociali, sentì l'esigenza di dover elencare un *Second Bill of Rights* (quasi una sorta di *captatio benevolentiae*).



democratico contemporaneo con le lenti realizzate per affrancare, in qualche misura, l'individuo dallo Stato assolutista del XVII secolo. Questa nozione, infatti, dà per presupposta e ineluttabile una disparità giuridica tra Stato e individuo, impostazione ormai non più accettabile, tant'è vero che è stata ripudiata dalle Costituzioni sorte nel secondo dopoguerra, anche in Paesi (come la Germania e l'Italia stessa) dove aveva trovato terreno alquanto fertile.

Senz'altro, non si può più sostenere che i diritti del singolo derivano dallo Stato, come farebbe Hobbes, o che ogni situazione soggettiva, anche di diritto, del singolo è ammissibile solo entro i limiti in cui lo Stato la conceda, come farebbe Gerber<sup>148</sup>. Tutta la teorica dei diritti pubblici soggettivi, in effetti, mostra evidentemente i segni dell'usura di un tempo che fu e che ci sembra difficile possa ritornare.

Eppure, nonostante le riflessioni dottrinali sul tema siano sostanzialmente ferme al secolo scorso<sup>149</sup>, ancora non sembra possibile abbandonare del tutto questa categoria. Se, da una parte, l'ordine borghese tipico dello Stato liberale di diritto si risolve non solo in un acceso individualismo, ma altresì in un acceso statalismo “giacché l'individuo proprietario non può fare a meno di una protezione possente”<sup>150</sup>; dall'altra, non è comunque più dubitabile che “gli stessi diritti di libertà non sottendano sempre e semplicemente un negativo *non facere* o un *patis* da parte dei pubblici poteri, ma, anch'essi, presuppongano interventi positivi diretti a porre in essere quanto di fatto è previamente necessario al loro esercizio e al loro godimento”<sup>151</sup>. In altre parole, al riconoscimento di un diritto soggettivo fa da contraltare o una (aspettativa di) prestazione oppure l'attivazione di una tutela giudiziaria, entrambe a carico dello Stato<sup>152</sup>.

Tralasciando i casi di invincibile inerzia intellettuale, allora, si possono rilevare dei tentativi di utilizzare l'assunto in parola, alternativamente, come genere comprensivo delle

---

<sup>148</sup> Oltretutto, sempre secondo l'autore tedesco, lo Stato non potrebbe tollerare situazioni giuridiche individuali per esso svantaggiose, suscettibili di minare la sua sovranità o addirittura di negarla, quindi, le posizioni giuridiche soggettive sarebbero sempre molto precarie: cfr. E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 793. In questo senso, il diritto pubblico soggettivo non sarebbe altro che un “effetto riflesso” delle norme che limitano le competenze statali”: cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1989, così illustrando la dogmatica di Gerber.

<sup>149</sup> Cfr. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Milano, 1900, per il quale il diritto soggettivo pubblico si contraddistingue come rapporto giuridico in cui lo Stato, o altro ente pubblico, entri in qualità di sovrano, non importa se dal lato passivo o attivo, oppure come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione.

<sup>150</sup> Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 221.

<sup>151</sup> Cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, 457, nt. 61: “ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe in concreto esplicarsi in mancanza di una disciplina positiva sui mezzi di comunicazione, la libertà di domicilio se non ci fossero case, la libertà di circolazione sul territorio se mancassero strade, mezzi di trasporto o quant'altro e così via”.

<sup>152</sup> Cfr. R. FERRARA, voce «Salute (diritto alla)», in *Digesto, Disc. pubbl.* XIII, Torino, 1997, p. 530.



*species* dei diritti fondamentali e dei diritti sociali<sup>153</sup> oppure come sinonimo di diritto soggettivo nei rapporti di diritto pubblico<sup>154</sup>.

Tuttavia, entrambe queste tesi sono da scartare. Il rilievo più semplice che si può fare alla prima è che, una volta riconosciuta inattuale la concezione dello Stato-persona<sup>155</sup>, non si ha più ragione di tenere in gioco la distinzione tra diritti soggettivi pubblici e privati, dato che sia gli uni che gli altri sorgono in capo a soggetti in posizione di parità giuridica tra loro. Un'altra obiezione a questo pensiero (che vale anche contro la seconda tesi) muove dalla constatazione che se tali diritti trovano fondamento nella Costituzione (e non nella sola volontà della maggioranza, ovvero nella legge ordinaria o in una costituzione flessibile), sin da subito dispiegheranno i loro effetti allo stesso tempo sia verso i privati sia verso lo Stato.

Vale la pena, però, di prendere pur brevemente in considerazione anche il contributo di chi ha dato il contributo forse più proficuo all'argomento<sup>156</sup>. Seguendo questa impostazione<sup>157</sup>, i rapporti che l'individuo può instaurare con lo Stato lo collocano in posizioni giuridiche dalle quali scaturiscono pretese giuridiche che prendono il nome di diritti pubblici soggettivi. Ciò perché l'individuo e lo Stato si integrano vicendevolmente (lo Stato è il soggetto che solo attraverso la creazione dell'altro da sé -la comunità- e la sua relazione inversa a questo può affermare la propria giuridicità) dando luogo a prestazioni allo Stato, a libertà dallo Stato, a pretese verso lo Stato e a prestazioni per conto dello Stato. Si parte, dunque, da uno *status subiectionis* dell'individuo<sup>158</sup> per finire, via via, ad una sua progressiva affermazione in virtù di una auto-limitazione dello Stato.

Il primo frutto di questa dialettica è lo *status libertatis* (diritti di libertà), ossia la pretesa puramente negativa alla non ingerenza statale. Il secondo è lo *status civitatis* (diritti civili) che, invece presuppone una prestazione a carico dello Stato. Infine, si arriva allo *status activae civitatis* (diritti politici), dato che per esercitare le sue competenze, lo Stato deve per forza servirsi di alcuni individui ai quali affidare i pubblici uffici e la titolarità dei suoi organi.

Questi *status* non palesano di per loro né diritti né poteri<sup>159</sup>. Ad es. lo *status libertatis* è elevato a diritto soggettivo essenzialmente per effetto della pretesa giuridica spettante all'individuo di poter esigere il riconoscimento del suo *status* negativo: un *agere posse* (non

---

<sup>153</sup> Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 1982; nonché E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, II, Padova, 1981.

<sup>154</sup> Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

<sup>155</sup> Da alcuni chiamata addirittura l'"ipostatizzazione" della collettività sociale nello Stato-persona: cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, p. 422.

<sup>156</sup> Cfr., in particolare, la seconda edizione di G. JELLINEK, *Il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912.

<sup>157</sup> Sempre secondo E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 794.

<sup>158</sup> Si scrive "individuo", ma si legge "cittadino": la persona in quanto tale non esiste, anzi, l'unica persona è lo Stato. Anche nella tradizione di *common law*, come si è visto, lo Stato viene in qualche modo personificato, ma esclusivamente per portarlo al livello dell'individuo: in questo senso lo Stato è una persona *privata*.

<sup>159</sup> Gerber parlerebbe di "effetti riflessi" delle norme che limitano il potere dello Stato: cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*



*licēre*<sup>160</sup>) concesso dallo Stato. Il diritto soggettivo, quindi, non sarebbe altro che “il potere di attivare al proprio individuale vantaggio le norme giuridiche”<sup>161</sup>.

Ma, allora, si deve anche ammettere che questa pretesa (*Ansprüche*) possa essere avanzata, positivamente, nei confronti dello Stato. In tal modo, tuttavia, l'*agere posse* finisce per coincidere con lo *ius perseguendi iudicio*, ovvero con l'*actio* che l'ordinamento giuridico riconosce a tutela di una qualsiasi posizione giuridica soggettiva: l'azione, quindi, non nasce più dal diritto, bensì è il diritto a nascere dall'azione<sup>162</sup>.

Si rivela anche in questo passaggio un'ambiguità che, invero, permea un po' tutto il pensiero dello Jellinek, sempre in bilico tra statalismo teutonico e liberalismo anglosassone (comunque con un'evidente predilezione per il primo). L'inversione del rapporto di causa-effetto tra diritto e azione è un “male necessario” per salvare il sistema statalistico da lui elaborato. Dal momento che, in tale sistema, gli unici rapporti giuridici configurabili sono tra soggetti in posizioni di disparità<sup>163</sup>, e nonostante due entità non possano dominarsi reciprocamente<sup>164</sup>, viene ora a configurarsi una relazione giuridica nella quale è l'individuo a porsi al di sopra dello Stato: ciò in virtù di un potere dei singoli verso lo Stato (e solo verso di esso) di agire a tutela dei propri diritti.

Rileggendo ora la sentenza citata dianzi con metodo, per così dire, dialettico (ossia procedendo dagli elementi che differenziano le *species* agli elementi che invece le accomunano in un genere), sembrerebbe che qualche lontana eco della teorica dello Jellinek sia ancora presente.

Di certo, non l'idea che i diritti soggettivi siano il frutto di una graziosa concessione del sovrano<sup>165</sup>. E nemmeno l'idea che lo Stato si trovi sempre e comunque in posizione di supremazia rispetto all'individuo, poiché questi esiste anche al di fuori e prima di esso, non più solo come cittadino, ma come persona<sup>166</sup>.

---

<sup>160</sup> Com'è, invece, configurato nella definizione accettata da E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 795, che, poi, lo qualifica ulteriormente come il potere sul comportamento altrui in ordine ad un determinato bene. In particolare, sarebbe pubblico quando esso è elemento di un rapporto giuridico nel quale uno dei soggetti (Stato o ente pubblico) si pone in posizione di supremazia come soggetto attivo o passivo.

<sup>161</sup> Cfr. G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 56.

<sup>162</sup> Non più quindi *ubi jus, ibi remedium*, bensì *ubi remdium, ibi jus* ovvero *remedies preceed rights*, in un rovesciamento completo delle prospettive che, almeno in teoria, contraddistinguono tradizionalmente le famiglie di *civil law* e di *common law*.

<sup>163</sup> I rapporti tra privati, infatti, pur di diritto, non hanno comunque importanza giuridica per lo Stato che, infatti, si limita ad astenersi da qualsiasi attività al riguardo.

<sup>164</sup> Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale*, cit.

<sup>165</sup> L'art. 2 Cost. it. è cristallino: “La Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (...)”, ovvero si limita a prendere atto della pre-esistenza di alcune situazioni giuridiche che non essendo state create dallo Stato, non possono da questo essere conculcate in alcun modo.

<sup>166</sup> È sempre l'art. 2 Cost. it. a porre, oltre al principio personalista, anche quello pluralista per il quale è riconosciuta la rilevanza giuridica anche delle c.d. comunità intermedie tra la Repubblica e i singoli (così: L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 561 e ss.).



Senza dubbio alcuno, le premesse da cui muovono i due ragionamenti, della Corte e dello Jellinek, sono indiscutibilmente antitetiche (e non poteva essere altrimenti), eppure le conclusioni alle quali arrivano non sono poi così dissimili come ci si potrebbe legittimamente aspettare. Entrambe, infatti, sembrano riconoscere l'indissolubilità del binomio diritto-azione (o azione-diritto) ed entrambe, quindi, mettono l'accento sulla insopprimibile e necessaria presenza di un sistema di tutela giurisdizionale.

In buona sostanza, un diritto (riconosciuto o concesso) senza garanzia non esiste in *rerum naturae* perché “la sua portata è determinata dall'interpretazione giudiziaria, cioè da una prestazione dello Stato”<sup>167</sup>. In tal senso, dunque, tutti i diritti sarebbero pubblici: non perché concessi da un ente superiore (il che sarebbe palesemente antistorico), ma perché, alla fine dei conti, è l'autorità che garantisce la libertà. Si capisce, quindi, come mai “erodere un diritto -piaccia o no- spesso equivale a circoscrivere l'azione di controllo di organi pubblicamente finanziati”<sup>168</sup>.

In definitiva, sembrerebbe potersi affermare che, se anche con riferimento ad una nozione come quella di “diritto soggettivo”<sup>169</sup>, riescono a trovarsi numerosi punti di contatto tra le due grandi tradizioni giuridiche occidentali, forse allora la bontà di un'analisi comparatistica potrà iniziare da premesse ben più salde di quelle magari inizialmente immaginate.

---

<sup>167</sup> E si tratta sempre di diritti da far valere nei confronti delle forze di polizia, della pubblica accusa, oltre che, naturalmente, dei giudici: cfr. sempre S. HOLMES-C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 87.

<sup>168</sup> Cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 86.

<sup>169</sup> La cui elaborazione concettuale è stata, come visto, rigorosissima negli ordinamenti di *civil law*, ma pressoché nulla in quelli di *common law*: cfr. R. HYLAND, *op. cit.*, p. 433 ss.