

Giovanni Lobrano
Università di Sassari

LA ATTUALITÀ DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO E GLI ISTITUTI DEI MUNICIPI E DEI DIFENSORI CIVICI UNO SCHEMA DI TESI

**PREMESSA: *Il Diritto romano pubblico e le articolazioni della
epoca cd. „contemporanea”;***

I. FUNZIONE MAIEUTICA ESSENZIALE DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO NELLA FASE DI PREPARAZIONE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (SEC. XVIII)

1. LE SCELTE COMUNI DI UNA DIALETTICA GIURIDICA;
 - a. Tre scelte contestuali;
 - b. La scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia;
 - c. La scelta della scienza giuridica come scienza–guida;
 - d. La scelta del diritto pubblico come *positio studii*;

2. LE CONTRAPPOSIZIONI DELLA DIALETTICA GIURIDICA;
 - a. Dalla contrapposizione di due modelli storici (romano e inglese) alla contrapposizione di due costituzionalismi;
 - b. Le contrapposizioni sugli istituti essenziali del diritto pubblico;
 - α. Due contrapposizioni principali (ma non le sole);
 - β. La contrapposizione su soggetti e *iter* della formazione della volontà pubblica (*populus* della *urbs civitas* o parlamento);

- γ. La contrapposizione sui mezzi di difesa della libertà dal potere (tribunato o equilibrio dei 3 poteri);
- c. La contrapposizione sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato (distinzione o separazione) e sulla nozione di Stato (*societas* o persona giuridica);

II. RIMOZIONE DOPPIAMENTE SCIENTIFICA DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO

NELLA FASE CENTRALE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (SEC. XIX E XX)

1. AFFERMAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO INGLESE E RIMOZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO ROMANO: FINE DELLA DIALETTICA GIURIDICA E CRISI DELLA SCIENZA GIURIDICA;
 - a. Conclusione della Rivoluzione francese: dal colpo di Stato del 9 termidoro 1794 contro la Costituzione del 1793 alla negazione dell'esistenza del suo „modello”, il Diritto romano pubblico;
 - b. Il trionfo della forma di Stato di modello inglese (lo ‘statualismo’) e la riduzione del diritto a „sovrastuttura”;
2. AFFERMARSI DELLA SCIENZA E DELLA DIALETTICA ECONOMICA;
 - a. La scelta del metodo della utopia e il rifiuto del metodo dei modelli storici;
 - b. La contrapposizione di fantasia;

III. RISORGENZA SPONTANEA DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO NELLA FASE ATTUALE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (FINE SEC. XX E INIZI SEC. XXI)

1. FENOMENI NEGATIVI;
 - a. Fine dello schema dialettico proposto dalla scienza economica;
 - b. Crisi esterna/estrinseca ed interna/intrinseca dello Stato ovvero della unica forma di Stato di modello inglese;
 - c. Manifestazioni della crisi interna/intrinseca
 - α. Critica distruttiva dell'istituto della rappresentanza politica;
 - β. Critica distruttiva dell'istituto dell'equilibrio dei 3 poteri;
 - γ. Svuotamento delle nozioni – quadro di ‘repubblica’ e di ‘democrazia’;
2. FENOMENI POSITIVI;
 - a. Nuova domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico: nuova stagione costituente;

- b. Risorgenza delle istituzioni essenziali del Diritto romano pubblico;
 - α. Riaffermazione mondiale del ruolo ‘politico’ delle Città;
 - β. Diffusione mondiale dell’istituto ‘tribunizio’ del Difensore civico;
- c. Ricomposizione –nella distinzione– della separazione diritto pubblico – diritto privato e ricomparsa dello ‘Stato comunità’;

CONCLUSIONI: Carattere spontaneo, non riflesso dell’insieme dei ‘fenomeni positivi’: esigenza e metodo dello studio del Diritto romano pubblico.

PREMESSA: *Il Diritto romano pubblico e le articolazioni della epoca cd. „contemporanea”*

Il lavoro presente è la proposizione in formulazione stringatamente schematica di una tesi generale, che credo contributo utile al nostro Seminario di studi, anche in assenza di una sua esposizione e di una sua argomentazione complete e puntuali, le quali richiederebbero spazi invece incompatibili con i tempi seminariali.

Una primo giudizio circa la attualità–inattualità del Diritto romano pubblico può essere formulato semplicemente se guardiamo a tale diritto *considerando* lo stato del diritto contemporaneo e della sua scienza. Il Diritto romano, sintesi della koinè mediterranea–antica politica e religiosa (oltre che giuridica), ha natura di „sistema giuridico–religioso sovranazionale” (Pierangelo Catalano¹) e –in quanto tale– ripete il proprio valore dalla propria capacità di proporre una deontologia comportamentale, coerente con i propri principi (o con il proprio principio). Come è ben noto, il diritto contemporaneo ha un rapporto d’origine profondo con il Diritto romano ma (in conseguenza di un processo in cui spicca il ruolo teoretico di Thomas Hobbes) esso ha assunto una natura pressoché speculare: „statuale–positiva” di „ordinamento” (Hans Kelsen *con* Maurice Hauriou e Santi Romano) e –in quanto tale– ripete il proprio valore dalla propria ontologica „effettività”². Con il lessico delle *Considerazioni*

¹ P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, in particolare p. 37, ID., „Aspetti del sistema giuridico–religioso romano. *Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*” in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, Berlin – New York 1978, 445 ss.; ID., „Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino–americano” in *Revista do Direito Civil*, ano 12, n. 44, abril/junho/1988, 18 ss. Ivi la distinzione tra i concetti di ‘sistema’ e di ‘ordinamento’.

² La ‘effettività’, cioè il nesso di causalità dal fatto al diritto costituisce più che il punto di incontro la vera e propria *reductio ad unum* delle due teorie, „statualistica–normativa” e „isti-

inattuali, deve dunque dirsi che il Diritto romano – sia pubblico sia privato – è, *per definizione*, inattuale e, *proprio pertanto*, straordinariamente attuale.

Per attualità o inattualità del Diritto romano pubblico possiamo–dobbiamo, però, intendere anche lo stato del suo uso, studio e insegnamento, in conseguenza e come applicazione del punto di vista giuridico contemporaneo. In questa accezione, il giudizio per il Diritto romano pubblico deve differenziarsi da quello per il Diritto romano privato (in quanto il primo non è stato sussumto *nel* diritto contemporaneo, al contrario di ciò che è avvenuto con il secondo) e deve articolarsi in corrispondenza delle articolazioni della epoca contemporanea.

Con l'aggettivo „contemporanea” indichiamo, convenzionalmente e formalmente, l'epoca che si apre nel 1789, con l'atto iniziale della Rivoluzione francese, la presa della Bastiglia, alzando, contro l'assolutismo dell'*ancien régime*, la bandiera della individuazione e della difesa dei Diritti dell'uomo e del cittadino, principalmente i Diritti di libertà: individuale e collettiva. Della epoca contemporanea è, però, parte integrante anche il secolo XVIII, cd. 'dei Lumi', il quale va dalla fine –nella crisi– del Regno di Luigi XIV (il 'Re Sole', il Monarca assoluto per eccellenza, morto nel 1715) alla Rivoluzione Francese, appunto, ed alla creazione della Repubblica (1793). Il fenomeno del rapporto di questa epoca con il Diritto romano pubblico è di grandi dimensioni e di grande intensità: il Diritto romano pubblico *divide* la epoca contemporanea per linee di pensiero contrapposte e per fasi storiche diverse.

tuzionale”, del diritto, le cui formulazioni principali sono considerate quelle di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934 e, rispettivamente, di M. HARIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, Parigi 1925 (ma vedi già S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918). Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 19 ss.; ID., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, 5 ss.; ID., „Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano e struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 165 e 187, che osserva la non inconciliabilità delle due teorie; lo stesso Santi Romano parla della propria teoria in termini di „integrazione” della teoria statualistico–normativa (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², Firenze 1945, 102; cfr. G. GROSSO, *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*², Torino 1967, 1 ss.). In questa ottica di distinzione tra sistema e ordinamento, considero improprio parlare di 'sistema' a proposito della 'Common Law'. Per un aggiornamento bibliografico sulle nozioni di sistema e di ordinamento vedi ora P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, 127 ss.

Si distinguono tre fasi, al cui interno (e *tra* di esse) si individuano le opposte linee di pensiero:

1) la fase della preparazione e dell'avvento della epoca contemporanea, durante il secolo XVIII, nella quale il Diritto romano pubblico svolge una funzione maieutica essenziale e conclamata³;

2) la fase centrale della stessa Epoca, durante i secoli XIX e XX, nella quale il Diritto romano pubblico subisce una rimozione radicale, cosciente e programmata;

3) la fase appena iniziata, durante la fine del secolo XX e gli inizi di questo secolo XXI, di crisi dello Stato contemporaneo, nella quale il Diritto romano pubblico vive una opportunità grande ma spontanea, cioè non cosciente e non programmata, di risorgenza.

La 'inattualità' del Diritto romano pubblico, intesa come il suo 'non-uso' nel diritto e da parte della scienza giuridica contemporanei, è, dunque, caratteristica 'soltanto' della seconda fase, quella 'centrale', della epoca contemporanea. In tale fase, segnata dalla affermazione hegeliana⁴ della „dialettica” come *il* motore della storia, la rimozione del Diritto romano pubblico è la operazione cardine della sostituzione di una dialettica con una dialettica altra. Anticipando brevemente il discorso che segue, diciamo che il passaggio dalla prima fase alla seconda è la transizione dalla dialettica giuridica, per la quale è determinante la 'antitesi' costituita dal Diritto romano pubblico, ad una dialettica economica *nuova*, la cui antitesi è di fantasia e cui corrisponde la conoscenza di una forma unica di Stato e di diritto (cioè *senza* la antitesi del Diritto romano pubblico). La crisi sia della forma unica di Stato e di diritto (lo statualismo) sia –insieme– della dialettica economica, che caratterizza la fase odierna, produce la risorgenza sia del Diritto romano pubblico sia, con esso, della dialettica giuridica.

³ In Europa e in America, come provano oltre sessanta anni di studi da H.T. PARKER, *The Cult of Antiquity and the French Revolutionaries. A Study in the Development of the Revolutionary Spirit*, Chicago 1937; (cfr. R.R. PALMER, *The Age of The Democratic Revolution. A political History of Europe and America, 1780–1800*, Princeton 1959 e Hanna ARENDT, *On Revolution*, New York 1963 [tr. ted. München 1963; tr. fr. Paris 1967]) a J. BOUINEAU, *Les toges du pouvoir ou la Révolution de droit antique: 1789 - 1799*, Toulouse–Le Mirail 1986, G.S. WOOD, „L'eredità di Roma nella rivoluzione americana” in ID. e altri (a cura di e „Introduzione” di M. Pacini), *La virtù e la libertà: ideali e civiltà italiana nella formazione degli Stati Uniti*, Torino 1995, 21 ss. e A. GIARDINA, „Dalla Rivoluzione francese alla prima guerra mondiale: miti repubblicani e miti nazionali” in A. GIARDINA – A. VAUCHEZ, *Il mito di Roma. Da Carlo Magno a Mussolini*, Bari 2000, 117 ss.

⁴ E, prima che hegeliana, già kantiana e fichtiana, nonché di Schelling.

I. Funzione maieutica essenziale del Diritto romano pubblico nella fase di preparazione della epoca contemporanea (sec. xviii)

1. LE SCELTE COMUNI DI UNA DIALETTICA GIURIDICA

a. Tre scelte contestuali

La **dialettica** giuridica del Secolo dei Lumi è costituita –ovviamente– dalla contrapposizione tra due grandi tesi (o tesi e antitesi). Prima di vedere i termini della contrapposizione è, però, necessario esaminare le sue *caratteristiche comuni*. Ne menziono ora tre, che, ai fini della nostra questione, considero principali e che, essendo contestuali, indico secondo un ordine esclusivamente logico, come le tre grandi ‘scelte’ comuni di quel secolo: la scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia, la scelta della scienza giuridica come scienza–guida e la scelta del diritto pubblico come *positio studii*.

b. La scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia

Tra i due metodi (il metodo dei modelli ed il metodo della utopia) posti a fuoco dalla riflessione moderna (cioè già da Nicolò Machiavelli e da Thomas Moore, all’inizio del secolo XVI)⁵ per rispondere alla questione multisecolare della „migliore forma di governo”, i grandi Illuministi (anche i due massimi: Montesquieu e Rousseau) impegnati nella ricerca della „libertà” scelgono, concordemente, il metodo dei modelli e disdegnano il metodo della utopia. I modelli così individuati sono, secondo la logica della dialettica, ovviamente due;

⁵ La opera dalla quale si fa, correntemente, iniziare la riflessione politica–giuridica moderna sono i *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, pubblicati nel 1531 ma elaborati tra il 1513 e il 1521 da Nicolò Machiavelli, il quale assume a ‘modello’ la ‘costituzione’ repubblicana di Roma, secondo la ricostruzione liviana (cfr. Q. SKINNER, *Le origini del pensiero giuridico moderno I Il Rinascimento; II L’età della Riforma*, Cambridge 1978, ed.it. a cura di M. Viroli, tr. di G. Ceccarello, Bologna 1989; G. SILVANO, „Le origini del pensiero politico moderno” in *Il pensiero politico* 24, 1991, 225 ss.) Di Machiavelli vedi anche, *Il principe* (1513) dedica „ad Magnificum Laurentium Medicem” «Non ho trovato intra la mia suppellettile cosa quale io abbia più cara o tanto esistimi, quanto la cognizione delle azioni degli uomini grandi imparata da me con una lunga esperienza delle cose moderne e una continua lezione delle antiche».. Proprio in quegli stessi anni (1516-1518), era uscito il saggio *De optimo rei publicae statu de nova insula Utopia* di Thomas More, il quale (influenzato –sembra- dalle notizie sulla, appena scoperta, isola di Cuba) colloca in quella isola la migliore repubblica immaginabile. Così E. MARTINEZ ESTRADA, „El nuevo mundo, la isla de Utopia y la isla de Cuba” in *Casa de las Américas* 33 nov. - dic. 1965 [=Homenaje a Ezequiel Martínez Estrada] 86 ss.

ovverosia (nell'ordine cronologico della individuazione): il modello inglese (ma sé dicente „germanico”) e medievale (ma sé dicente „moderno”) e il modello romano ed antico.

Montesquieu critica il metodo di ricerca della libertà usato dall'“utopista” James Harrington, autore di *The Commonwealth of Oceana* (1656), al quale imputa di essere andato alla ricerca della „libertà politica” trascurandone il modello costituzionale che pure aveva sotto gli occhi: quello inglese della propria epoca: «Harrington, dans son *Oceana*, a aussi examiné quel étoit le plus haut point de liberté où la constitution d'un État peut être portée. Mais on peut dire de lui qu'il n'à cherché cette liberté qu'après l'avoir méconnue, et qu'il a bâti Chalcedoine, ayant le rivage de Byzance devant les yeux» (*Esprit des lois* [1748] XI 6). Secondo Montesquieu, Harrington avrebbe dovuto semplicemente guardarsi attorno, nella sua Inghilterra: la «nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique. Nous allons examiner les principes sur lesquels elle la fonde. S'ils sont bons, la liberté y paroîtra comme dans un miroir. Pour découvrir la liberté politique dans la constitution, il ne faut pas tant de peine. Si on peut la voir où elle est, si on l'a trouvée, pourquoi la chercher?» (*Esprit des lois* XI 5).

Anche Rousseau si protesta non utopista. Nella VI *Lettre de la montagne* (1764), egli afferma che il *Contrat social* viene attaccato proprio perché propone un modello storicamente esistente e non è, per tanto, relegabile «avec la *République* de Platon, l'*Utopie* et les *Sévarambes* dans le pays des chimères» (con allusione critica all'opera dell'“utopista” Denis de Vairasse, *Histoire des Sévarambes* [1677]). Nel proprio *Contrat social* ([1762] III 12), Rousseau aveva già scritto: «Le peuple assemblé, dira-t-on! Quelle chimère! C'est une chimère aujourd'hui, mais ce n'en étoit pas une il y a deux mille ans [...] je ne parle pas des anciennes républiques de la Grèce, mais la République romaine étoit, ce me semble, un grand Etat ...». La forza delle proposte costituzionali di Rousseau risiede nella prova storica offerta dal loro „modello”, da lui dichiarato ancora prima [1754], nel *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes* (“Dedicace”): «Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres».

c. La scelta della scienza giuridica come scienza-guida

La dialettica che anima il divenire storico e che fonda la epoca cd. contemporanea è –ancora e soprattutto durante il Settecento – costruita con il ricorso alla ‘scienza’ giuridica. Sottolineo con tanta più forza questo ‘dato’ quanto più esso mi appare trascurato.

Montesquieu si rifiuta di verificare «si les Anglois jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage» (*Esprit des lois*, XI 6).

Neppure Rousseau si fa carico di rispondere a coloro che criticano i comportamenti 'fattuali' dei Romani «moi je cite des lois [...] Les Romains sont ceux qui ont le moins souvent transgressé leurs lois; et il sont les seuls qui en aient eu d'aussi belles» *Contrat social*, I 4 (nota della edizione del 1782)⁶.

d. La scelta del Diritto pubblico come positio studii

Il genio scientifico del secolo dei lumi, che ha fatto la scelta del diritto, tra il diritto privato e il diritto pubblico fa, quindi, la scelta del diritto pubblico. Esso non abbandona il diritto privato ma privilegia il punto di vista del diritto pubblico. I modelli storici, assunti dagli Illuministi per risolvere il problema della 'miglior forma di governo', si caratterizzano *prioritariamente* dal punto di vista del- e per il contenuto di diritto pubblico.

L'epoca contemporanea diviene, pertanto, l'epoca delle costituzioni.

2. LE CONTRAPPOSIZIONI DELLA DIALETTICA GIURIDICA

a. Dalla contrapposizione di due modelli storici (romano e inglese) alla contrapposizione di due costituzionalismi

La contrapposizione viene da lontano, almeno dal secolo XIII, con la formazione del parlamento inglese e trova importanti elaborazioni teoriche all'inizio della epoca moderna, nelle opere di François Hotman (*Anti-Tribonianus*, 1567; *Franco-Gallia*, 1573) e di Johannes Althusius (*Jurisprudentiae Romanae libri duo*, 1586; *Politica methodice digesta*, 1614).

Nel secolo XVIII, due modelli storici, il romano e l'inglese, considerati ed elaborati come e con strumenti scientifici giuridici, *generano* due 'costituzionalismi' *contrapposti*, che, attraverso la scrittura di costituzioni, si contrappongono tra di loro sulle istituzioni essenziali del diritto pubblico nonché sul rapporto tra questo e il diritto privato.

⁶ Cfr. il *Discours sur l'économie politique* «les Romains se distinguèrent au-dessus de tous les peuples de la terre par les égards du gouvernement pour les particuliers, et par son attention scrupuleuse à respecter les droits inviolables de l'état» e le *Lettres écrites de la montagne. Lettre VI* «j'examine, par voie de comparaison avec le meilleur gouvernement qui ait existé, savoir celui de Rome, la police la plus favorable à la bonne constitution de l'état».

Le operazioni di interpretazione del modello inglese e di elaborazione del costituzionalismo corrispondente trovano la loro sintesi nell'*Esprit des Lois* di Montesquieu; ad esso faranno quindi riferimento l'Abbé Sieyès, il primo grande teorico del „sistema rappresentativo” e della distinzione tra potere costituente e poteri costituiti, James Madison e Immanuel Kant, gli inventori della versione contemporanea del „federalismo”, e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, il filosofo dello Stato.

Dal lato ‘romano’, la sintesi si trova nel *Contrat Social* di Jean-Jacques Rousseau mentre approfondimenti specifici si trovano, in materia di ruolo dei municipi, nel *Projet de Constitution pour la Corse*, dello stesso Rousseau (redatto nel 1765 e pubblicato postumo soltanto nel 1861), e in materia di tribunato, nei *Grundlage des Naturrechts* (1796–97) e in *Das System der Rechtslehre* (1812) di Johann Gottlieb Fichte. Manifestazioni non sempre parallele dell'uno e/o dell'altro istituto si trovano, quindi, in documenti legati a iniziative politiche e istituzionali durante l'800 e il '900, oramai in ambiente non più favorevole, e sino ai giorni nostri.

b. Le contrapposizioni sugli istituti essenziali del diritto pubblico

α. Due contrapposizioni principali (ma non le sole)

In primissima approssimazione, possono essere considerate istituzioni essenziali del diritto pubblico quelle costituite: α) dai ‘soggetti’ e dall'*iter* della formazione della volontà pubblica e β) dai mezzi per la difesa dei diritti di libertà individuali e pubbliche. Non sono, peraltro, le uniche; penso, ad esempio, alle istituzioni per far fronte allo stato di eccezione (dittatura o sospensione dei limiti al potere esecutivo), nonché alle istituzioni connesse (nell'uno o nell'altro costituzionalismo) alla questione morale (contrapposizione tra „virtù” e „vizio”) e alla questione federale (contrapposizione tra „federalismo societario” e intrinseco [Althusius] e ‘federalismo della divisione’ ed estrinseco [Madison, Kant]), le quali tutte però sono in qualche modo secondarie rispetto alle prime due oltre che –sempre *quodam modo*– implicite nelle logiche dei modelli e costituzionalismi rispettivi.

β. La contrapposizione su soggetti e iter della formazione della volontà pubblica (populus della urbs civitas o parlamento)

La contrapposizione, in materia di soggetti ed *iter* della formazione della volontà pubblica, tra i due sistemi giuridici/costituzionali consiste nella alternativa tra il binomio ‘inglese’: parlamento – rappresentanza politica, e il binomio ‘romano’: municipi – partecipazione dei cittadini.

Secondo Montesquieu, il meccanismo costituzionale inglese, da lui proposto a modello, è caratterizzato dalla titolarità e dall'esercizio della „puissance législative” da parte del Parlamento ove il „corps des nobles”, ed il „corps qui sera choisi pour représenter le peuple” vi formano il „corps législatif”, in relazione con il titolare della „puissance exécutive” (cioè il „monarque”).

Secondo Rousseau, che –seguendo il modello romano– pone „a fondamento [unico] del corpo politico” il „contratto sociale”⁷, titolarità ed esercizio del potere di fare le leggi devono essere del popolo dei cittadini: «Le peuple, soumis aux lois, en doit être l'auteur; il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société»⁸. La partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle loro stesse leggi avviene nella „cité”⁹. Ciò comporta una visione della organizzazione statale come insieme (intrinsecamente federale) di

⁷«j'ai posé pour fondement du corps politique la convention de ses membres; j'ai réfuté les principes différens» (*Lettres de la montagne* VI; cfr. *Contrat social* I 5 s. il contratto sociale è «l'acte par lequel un peuple est un peuple» sono, quindi, gli «associés [... che] prennent collectivement le nom de *peuple* et s'appellent en particulier *Citoyens* comme participants à l'autorité souveraine». Colpisce la straordinaria analogia tra il lessico rousseauiano e il lessico ciceroniano: Rousseau, come Cicerone, contrappone la „aggrégation” non qualificata ovvero sia la semplice „multitude” alla „société”. Il principio del contratto sociale costitutivo del popolo come corpo politico sovrano e la connessa, fondamentale distinzione fra sovranità e governo sono le basi su cui Rousseau poggia la, per il proprio tempo, grande „invenzione”, la nozione di „repubblica” (cfr. R. DERATHE, *J.-J. Rousseau et la science politique de son temps*, Paris 1950, 386; J.-J. CHEVALLIER, „Le mot et la notion de gouvernement chez Rousseau” in A.A.V.V., *Etudes sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris 1964, 293 nt.2.): «J'appelle donc république tout Etat régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être: car alors seulement l'intérêt public gouverne, et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain» (*Contrat social* II 6). Naturalmente, occorre ricordare che l'«acte que j'appelle une loi» è esclusivamente «quand tout le peuple statue sur tout le peuple» (*Ibidem*).

⁸ *Contrat social* II 6 „De la loi”; cfr. I 7 „Du souverain”.

⁹ «Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenoit autrefois le nom de *Cité*» per contro «Le vrai sens de ce mot s'est presque entièrement effacé chez les modernes; la plupart prennent une ville pour une *Cité* et un bourgeois pour un *Citoyen*. [...] Cette même erreur coûta cher autre fois aux Carthaginois. Je n'ai pas lû que le titre de *Cives* ait jamais été donné aux sujets d'aucun Prince, pas même anciennement aux Macedoniens, ni de nos jours aux Anglois, quoique plus près de la liberté que tous les autres» (*Contrat social* VI 1 „Du pacte social”; cfr. Karl Ludwig Haller [1768-1854], *Restauration des Staatswissenschaft* 6 voll., Winterthur 1816-34; 2^a ed. 1820-34; ed. fr. Paris 1824 – 75, che cito dalla ed.it. *Ristaurazione della scienza politica* IV, Fuligno 1828, 341 «I sudditi non devono essere chiamati *cittadini* [...] L'espressione *cittadino* vale solamente nelle repubbliche, ed in queste, solo per quelli che lo sono effettivamente [...] perché suppone, che i sudditi uniti insieme formino una sovrana corporazione o comunità, dunque veri cittadini»).

città¹⁰ ed il rifiuto netto della rappresentanza e della istituzione parlamentare connesso¹¹.

γ. *La contrapposizione sui mezzi di difesa della libertà dal potere (tribunato o equilibrio dei 3 poteri)*

La contrapposizione, in materia di mezzi per la difesa dei diritti di libertà individuali e pubbliche, tra i due sistemi giuridici/costituzionali consiste nella alternativa tra il mezzo ‘inglese’ dell’equilibrio dei 3 poteri e il mezzo ‘romano’ del tribunato / *defensor civitatis*.

Nel costituzionalismo di modello inglese, la dottrina della rappresentanza fonda il potere del Parlamento e la dottrina della divisione o separazione e dell’equilibrio dei 3 poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) ne determina il funzionamento. Secondo Montesquieu, anche il potere esecutivo partecipa al potere legislativo del Parlamento, non attraverso la „*faculté de statuer*” ma attraverso la „*faculté d'empêcher*”, ovverosia «le droit de rendre nulle une résolution prise par quelqu'autre»: «Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par la faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liés par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative»; «Il y a, dans chaque état, trois sortes de pouvoirs [...] Tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire les loix, celui d'exécuter les résolutions publiques, & celui de juger les crimes ou les differends des particuliers»¹².

Con la sua abituale chiarezza, Rousseau (in *Contrat social* III 7) distingue nettamente due „*moyens*” per „*remédier*” ou „*prévenir*” il „*défaut de proportion du peuple au prince*” in favore di questo ultimo: la „*division du gouvernement*” o la „*magistrature intermédiaire*”. La sua posizione non è comunque neutra. Egli critica la divisione del governo e propone la re-istituzione di un „*magistrat intermédiaire*”: il modello è il tribunato romano¹³.

¹⁰ Vedi il *Projet de constitution pour la Corse* di Rousseau, su cui G. LOBRANO, *Res publica res populi*, Torino 1996, 28–30; sul rapporto tra il pensiero di Rousseau e il pensiero di Althusius vedi P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 56 ss.

¹¹ «La volonté de tous est donc l'ordre, la règle suprême [...] Il suit de là que la souveraineté est indivisible, inaliénable et qu'elle réside essentiellement dans tous les membres du corps» *Lettres de la montagne* VI; cfr. *Contrat social* II 1 „Que la souveraineté est inaliénable” e 2 „Que la souveraineté est indivisible”. ...

¹² *Esprit des lois* XI 6.

¹³ Nelle considerazioni *Sur le gouvernement de la Pologne*, Rousseau mette in guardia contro la „divisione del governo” in parti separate: «Ne comptez pourtant pas trop sur ces moyens [...] si

c. La contrapposizione sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato (distinzione o separazione e sulla nozione di Stato (societas o persona giuridica))

La contrapposizione, in materia di rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, tra i due sistemi consiste nella alternativa fra la „distinzione”, romana e la „separazione”, di ascendenza inglese.

E' stato osservato¹⁴ che dall'«esempio del diritto romano con la netta distinzione fra diritto pubblico e privato» si passa, per opera di Savigny, alla «separazione; e il campo del diritto propriamente detto si limitò al privato, cioè al diritto di famiglia e dei beni».

[...] manqueront d'accord [...] en se faisant réciproquement obstacle [ces parties] emploieront toutes leurs forces les unes contre les autres, jusqu'à quand une d'entre elles, en l'emportant sur les autres, les domine toutes; d'un autre côté, si elles s'accordent pour agir de concert, elles ne feront réellement qu'un même corps et n'auront qu'un même esprit comme les chambres d'un parlement». In ogni caso, esse «se réuniront toujours pour opprimer le souverain. [...] L'invention de cette division est moderne. Les anciens, qui savaient mieux que nous comment se maintient la liberté, ne connurent point cet expédient». Il giudizio di Rousseau sulla prova antica della inutilità della divisione dei poteri è condivisa da Simón Bolívar, il quale, nel *Discurso de Angostura* (15 febbraio 1819) afferma «La Constitución Romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo; allí non había una exacta distribución de los poderes. Los Consules, el Senado, el Pueblo, ya eran legisladores, ya Magistrados, ya Jueces; todos participaban de todos los poderes»

Nel libro IV del *Contrat social*, ove Rousseau espone il proprio progetto di costituzione, un capitolo, il quinto, è consacrato al „Tribunat”: «Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l'état, ou quand des causes indestructibles en altèrent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui remplace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme, soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain, soit à la fois de deux côtés s'il est nécessaire. Ce corps, que j'appellerai *tribunat* [...] n'est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l'exécutive, mais c'est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher» (Secondo P. ANDRIVET, „J.-J. Rousseau: quelques aperçus de son discours politique sur l'antiquité romaine” in *Studies on Voltaire* 151, 1976, 137, Rousseau considera il tribunato il prototipo del garante della correttezza costituzionale; cfr. A. POSTIGLIOLA, *La città della ragione: Per una storia filosofica del Settecento francese*, Roma 1992, 241 s.. Oltre la interpretazione giuridica, anche il giudizio politico sul tribunato costituisce di per sé una vera e propria discriminante tra due ordini di pensiero storico - istituzionale. Dall'altra parte, dei critici del tribunato ricordo i nomi illustri di Montesquieu [*Esprit des lois* XI 16; cfr. ancora A. POSTIGLIOLA, *Op.cit.* 244] e di Mommsen).

¹⁴ F. RUFFINI, „La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny” in Aa.Vv., *Studi Schupfer*, Torino 1898, quindi in Id., *Scritti giuridici minori II Scritti giuridici varii*, Milano 1936, 24 s.

In realtà, la separazione (in luogo della distinzione) viene da più lontano. Su tale concetto occorre spendere qualche parola. La separazione tra diritto pubblico e diritto privato (manifestazione particolarmente interessante del processo più generale di utilizzazione e insieme di alterazione–deformazione del Diritto romano) è strettamente connessa alla costruzione medievale (benché dichiarata „moderna” ed impostasi largamente in epoca contemporanea) della ‘rappresentanza politica’. Più precisamente è la costruzione della „*persona ficta vel repraesentata*”, sorta durante il secolo XIII (ad opera, sembra, di Sinibaldo dei Fieschi – Innocenzo IV [+1254] nel contesto e per le esigenze del Diritto canonico)¹⁵ e sviluppata abnormemente nel contesto e per le esigenze (affatto diverse: di natura aristocratica)¹⁶ del diritto parlamentare inglese¹⁷, allora nascente. La „*persona ficta vel repraesentata*” costituisce la alternativa del contratto di società del Diritto romano e, nel campo del diritto pubblico, essa consente la sostituzione del *populus* degli „*omnes cives*” (Gaio; Giustiniano) „*iuris consensu et utilitatis comunione sociatus*” (Cicerone) con il Parlamento¹⁸.

¹⁵ *Apparatus (Commentaria) in quinque libros decretalium*, su cui vedi F. RUFFINI, „La classificazione delle Persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny”, cit.; A. ROTA, „La persona giuridica collettiva nella concezione di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)” in *Archivio storico sardo di Sassari*, 3, 1977, 5 ss.; cfr. R. FEENSTRA, „L’histoire des fondations (à propos de quelques études récentes)”, in *Tijdschrift vor Rechtsgeschiedenis*, 24.1, 1956.

¹⁶ R.R. PALMER, *The age of the democratic revolution* cit. I 55 ss indica tra gli esponenti della aristocrazia (“Theory and Practice”) „Montesquieu, Réal de Curban, Blackstone, Warburton”; cfr. J.J. CHEVALLIER, „Montesquieu ou le libéralisme aristocratique” in *Revue internationale de Philosophie* 9, 1955, 330 ss.; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del ‘700*, Bari 1977, 35: «teorie aristocratiche di Montesquieu, sul cui favore senza riserve nei confronti delle corti sovrane è inutile insistere».

¹⁷ Vedi J. P. GALVAO DE SOUSA, „Sulla rappresentanza politica. VI” in *Cristianità*, 1992, 212; W. MAGER, „*Res publica* chez les juristes, théologiens et philosophes à la fin du Moyen Age” in *Théologie et droit dans la science politique de l’Etat moderne*, Actes de la Table ronde, Ecole française de Rome, Palais Farnèse, 1991, 229 ss.

¹⁸ Thomas Smith, scrive (1565): «Le pouvoir le plus haut et le plus absolue du royaume d’Angleterre réside dans le Parlement: car de même qu’en temps de guerre, là où sont le roi en personne, la noblesse, le reste des gentilshommes et la yeomanry, là est la force et la puissance de l’Angleterre, de même, dans la paix et la consultation, [...] Car chaque Anglais est supposé y être présent, soit en personne, soit par procuration et attorney, de quelque preminence, état, dignité ou qualité qu’il soit, depuis le prince, que ce soit un roy ou une reine, jusqu’à la personne la plus miserable d’Angleterre. Et le consentement du Parlement est tenu pour être le consentement de chacun» (Th. SMITH, *The Commonwealth of England and Manner of Government thereof*, London 1589, citato da William STUBBS (vescovo di Oxford), *Histoire constitutionnelle de l’Angleterre, son origine et son développement* (Oxford 1876) édition française, avec introduction, notes et études historiques inédites par Ch. Petit-Dutaillis, traduction du texte anglais, d’après la dernière édition, par G. Lefebvre, Paris 3 vols. 1907-1927, III 543 s.

Durante il secolo XVII, un ruolo decisivo, nello sviluppo parlamentare di questa costruzione e dei concetti connessi, è svolto da Thomas Hobbes, con la teorizzazione del „Leviatano” (lo Stato–persona), entità prodotta dagli uomini mediante un *pactum unionis*, con caratteristiche, programmaticamente magico–idolatriche, di „*homo artificialis*” e di „*deus mortalis*”. Hobbes argomenta la necessarietà dello Stato–persona con il postulato della natura insuperabilmente egoista degli uomini („*homo homini lupus*”), la quale, proprio perché li obbliga ad impegnarsi nel perseguimento da parte di ciascuno *contro* tutti („*bellum omnium contra omnes*”) della propria utilità individuale, impedisce loro di impegnarsi nella determinazione e nel perseguimento della utilità collettiva–pubblica: di partecipare, cioè, al processo di formazione della volontà pubblica. Dalla natura degli uomini postulata come egoista discendono la natura intrinsecamente ed esclusivamente *privata* di ciascuno e di tutti i ‘cittadini’ e la necessità che qualcuno *altro* pensi e provveda per il loro insieme: la necessità, cioè, d’un sovrano altro dal ‘popolo dei cittadini’. Questo sovrano altro, Hobbes lo individua precisamente nella ‘persona giuridica’ del Leviatano: *ovverosia* (concretamente) nelle ‘persone fisiche’ dei *suoi* altrettanto necessari rappresentanti i quali costituiscono il Parlamento. Pertanto, secondo Hobbes, in senso proprio, non vi sono cittadini (in quanto questi, per definizione, devono essere sovrani [su se medesimi]) né –quindi– popolo (in quanto insieme di cittadini): in loro luogo, vi è la dicotomia tra sovrani (i rappresentanti [del Leviatano]) e sudditi (tutti gli altri)¹⁹ con la *separazione* tra diritto privato e diritto pubblico, che ritroviamo in epoca contemporanea.

¹⁹ «l'essenza dello Stato» è «una persona unica [...] dei cui atti si sono fatti individualmente sostenitori mediante patti reciproci una grande moltitudine di uomini [...] E chi sostiene questa persona è detto *sovrano* [...] Tutti gli altri sono i suoi sudditi» (Th. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651, tr. it. a cura e con „Prefazione” di T. Magri, Roma 1976, 112; cfr. K. L. HALLER, *Restaurazione della scienza politica*, 6 voll., Foligno 1828 [tr. it. della 2^a ed. ted. Winterthur 1820 – 34] IV, 341 «I sudditi non devono essere chiamati *cittadini* [...] perché [...] i sudditi uniti insieme formano una sovrana corporazione o comunità, dunque veri cittadini»).

II. Rimozione doppiamente scientifica del Diritto romano pubblico nella fase centrale della epoca contemporanea (sec. XIX e XX)

1. AFFERMAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO INGLESE E RIMOZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO ROMANO: FINE DELLA DIALETTICA GIURIDICA E CRISI DELLA SCIENZA GIURIDICA

a. *Conclusione della Rivoluzione francese: dal colpo di Stato del 9 termidoro 1794 contro la costituzione del 1793 alla negazione dell'esistenza del suo „modello”, il Diritto romano pubblico*

La dialettica giuridica settecentesca tra modello–sistema costituzionale romano e modello–ordinamento costituzionale inglese subisce, con lo scoppio della Rivoluzione Francese, una accelerazione che sconfinava rapidamente nello scontro cruento. Tra la fine del secolo XVIII e gli inizi del secolo XIX, il ‘partito romano’ ottiene, soprattutto con i giacobini Robespierre e Napoleone, una serie di successi politici e militari. Durante il '93, si scontrano due progetti di Costituzione, quello girondino (di modello inglese, quindi rappresentativo–parlamentare) e quello giacobino (di modello romano, quindi partecipativo–municipalista). Nella Convenzione prevale il progetto giacobino, che diviene la prima costituzione repubblicana francese. Carré de Malberg la definisce l'unica Costituzione democratica, in quanto non cade nella contraddizione tra la affermazione teorica e la negazione pratica della sovranità popolare²⁰. Intorno

²⁰ Vedi, *infra*, nt. 45.

La Costituzione del '93 (la quale, bisogna non dimenticarsene, applica rigorosamente la distinzione sostanziale tra attività legislativa e attività di governo) sotto il titolo „De la souveraineté du Peuple”, stabiliva all'articolo 10, in maniera netta e inequivocabile, „Il délibère sur les lois”. Il Corpo legislativo, eletto, può soltanto „proporre leggi” (art. 53), la legge così proposta viene „inviata a tutti i Comuni della Repubblica” (art. 58) e se, in tale contesto, secondo le modalità prescritte dall'art. 59, vi ha opposizione, il „Corpo legislativo convoca le Assemblée primarie” (art. 60) per *deliberare* sulla legge proposta. La Costituzione, reazionaria, del '95, nonostante le affermazioni di principio (peraltro subito ambigue: art. 6 della Dichiarazione dei Diritti „La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants”; art. 1 Cost. „L'universalité des citoyens français est le souverain”) fa coincidere il „Pouvoir législatif” (titolo V) con il „corps législatif” (diviso in due consigli: dei cinquecento e degli anziani: artt. 44 ss.), vieta il mandato imperativo (art. 52) e stabilisce „Les résolutions du conseil des cinq cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent lois” (art. 92).

ad essa, si accende la battaglia. I Giacobini difendono, con il ‘Terrore’, le scelte rivoluzionarie. Gli oppositori, con il Colpo di Stato del 9 Termidoro e con la repressione che segue, pongono fine all’esperienza costituzionale democratico. Anche il successivo esperimento repubblicano–imperiale di Napoleone viene, infine, battuto (Waterloo, 18 giugno 1815). Alle vicende politiche e militari del ‘partito romano’ corrispondono quelle del sistema giuridico–costituzionale di modello romano, contro il quale si afferma l’ordinamento giuridico–costituzionale di modello inglese.

Alla vittoria politica/militare e ordinamentale del costituzionalismo di modello inglese, si accompagna la operazione di obliterazione del modello–sistema giuridico/costituzionale romano, colpevole di avere suscitato ed alimentato il pensiero democratico. Nonostante tentativi vari di ri-proposizione (in America Latina [Miranda, Bolívar, dr. Francia, Martí], in America del Nord [Calhoun] e in Europa [ad es., la Repubblica romana del ‘49]) la conclusione del secolo XX è: „il Diritto romano pubblico non esiste”. La maggioranza dei giuristi ottocenteschi, in particolare dei più importanti, i tedeschi –ancora tutti ‘romanisti’ ma „terrorizzati” dal „fantasma” del modello/sistema giuridico/costituzionale romano antico– si pone l’obiettivo di esorcizzare quel fantasma attaccandolo precisamente sul fronte del diritto pubblico. Tale ‘attacco’, che postula la separazione del diritto pubblico dal diritto privato, opera la scelta a favore del diritto privato e giunge alla obliterazione (doppiamente scientifica: perché effettuata scientificamente in ambito scientifico) del Diritto romano pubblico. Sempre assai schematicamente, possiamo scandire così le fasi di questo attacco, lungo un secolo e stabilizzatosi, quindi, in una ripetizione quasi meccanica: 1) 1835–1849, da Anton Freiherr von Haimberger²¹ a Friedrich von Savigny²²: dalla dichiarazione di „impurità” alla dichiarazione di „inattualità”

²¹ Cinque anni dopo la pubblicazione del primo volume del *Sistema del derecho romano actual* (o *de hoy en día*) di Savigny, un altro importante giurista di lingua tedesca, Anton Freiherr von Haimberger, aveva pubblicato il proprio trattato sul *Reines römisches Privat-Recht* (A. VON HAIMBERGER, *Reines römisches Privat-Recht, nach den Quellen und den Auslegungen der vorzuglichsten Rechtsgelehrten*, Wien 1835 (re-stampa anastatica Frankfurt 1970; tr. it. de C. Bosio *Il diritto romano privato e puro*⁴ Bellinzona 1851)

²² Friedrich von Savigny, il romanista tedesco padre della Scuola storica del diritto, scrive, tra il 1840 ed il 1849, *Das System des heutigen römischen Rechts*, ridotto al solo diritto privato dei beni (diritti reali e delle obbligazioni). Savigny l’evoluzionista, il „darwiniano prima di Darwin” (così: F. VON HAYECK, *Studi di filosofia, politica ed economia*, tr.it. di M.Vitale, Catanzaro 1998) insegna, nel 1849, che il diritto romano pubblico non è „attuale”; per tanto, non importa ciò che esso stabiliva, dal momento che non serve più (vedi R. ORESTANO, „Savigny ‘pubblicista’” in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* Anno XXXII 1982 (riproduzione parziale in R. ORESTANO, „Edificazione e conoscenza del ‘giuridico’ in Savigny. Tre motivi di riflessione” in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 9 1980 [= Milano 1981].).

del Diritto romano pubblico; 2) 1871, Theodor Mommsen: dichiarazione di inesistenza della specificità del Tribunato (del suo „potere negativo”) e, quindi, del sistema repubblicano romano²³, dal quale viene espunta anche la organizzazione municipale (la ‘Municipalordnung’)²⁴; 3) 1889–1934, da Otto Lenel²⁵ a Fritz Schulz²⁶: dalla dichiarazione di non appartenenza al Diritto civile alla dichiarazione di inesistenza del Diritto romano pubblico. Negare la presenza del 'diritto pubblico' nel sistema religioso–giuridico romano e nella sua propria ela-

²³ Nel 1871, esce la prima edizione del *Römisches Staatsrecht* (tradotto impropriamente *Droit public romain*, in realtà: *Diritto statale romano*) di Theodor Mommsen. In questa opera, che marca con forza la scienza giuridica contemporanea, Mommsen cancella la specificità del modello giuspubblicistico romano eliminando la specificità dell'istituto tribunizio (v. G. LOBRANO, „Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro”, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, 135–165).

²⁴ «Mommsen [...] tiene la Municipalordnung al di fuori del diritto pubblico, propriamente inteso, comunque testimoniando un dato con il quale è necessario il confronto [Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig 1887, 371 s. (= *Le droit public romain*, VI.2, Paris 1889, 417 s.)] rimandando in un punto in cui, in realtà, non risultano acclarati i motivi di tale esclusione» (M. FELICI, *Studio sulla città nel sistema giuridico romano*, tesi di dottorato, Università di Roma „Tor vergata” a.a. 2000/2001, 11.).

²⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*. I, Lipsiae 1889, in particolare *Praefatio* § 1; cfr. F. SINI, „*Juris interpretes* in tema di inviolabilità tribunizia” in *Ius Antiquum – Drevnee Pravo* 1, 1996, ora in ID., *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001).

²⁶ Fritz Schulz, nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*, München Leipzig, 1934 (tr. it. cura di Vincenzo Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze 1946), revoca in dubbio la stessa esistenza di una scienza romana del diritto pubblico, in particolare di quello „costituzionale ed amministrativo” (ed. it. p. 24). È notevole che Schulz, teorico della „Isolierung” come effetto della „separazione”, applica tale „separazione” anche al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato ed argomenta il proprio „dubbio” circa la esistenza di una *scientia juris* romana del diritto pubblico con la affermazione «Nelle esposizioni di diritto privato non è ricordato neppure una volta che la rappresentanza diretta e l'onere reale sono ammessi dal diritto romano pubblico [sic!], mentre per diritto privato sono eresie» (*ibidem* p. 25). La novità negativa di Schulz è stata così forte che gli autori, i quali ripetono dopo di lui la affermazione della inesistenza di una scienza giuspubblicistica romana, fanno invariabilmente riferimento alla sua autorità. Inoltre, gli autori successivi passano dalla negazione della esistenza della scienza romana del diritto pubblico alla negazione dello stesso diritto romano pubblico. Vedi, esemplarmente, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*³, Paris 1969, 68 e 78 «Le droit romain formulait la distinction du droit public et du droit privé, mais c'était pour laisser le droit public, s'il y en avait un [il corsivo è mio], à d'autres que les juristes. [...] Le droit toutefois, de nos jours, n'est plus seulement le droit privé; un droit public a été élaboré depuis la Révolution Française de 1789». David rinvia –p.68 nt.1– ai *Prinzipii* di Schulz (e a H.F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, 1957). Cfr. U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a.M. 1955 (dedicato a „Theodoro Mommsen immortalis”), secondo il quale la prima esposizione del Diritto romano pubblico –assente presso la letteratura antica– sarebbe appunto quella di Mommsen.

borazione scientifica è una assurdità²⁷, la cui forza risiede –ancora oggi– nella sua funzionalità alla concezione e organizzazione ‘politiche’ divenute dominanti.

b. *Il trionfo della forma di Stato di modello inglese (lo ‘statualismo’) e la riduzione del diritto a „sovrastuttura”*

La operazione di rimozione del Diritto romano pubblico, con la obliterazione del modello romano e persino del costituzionalismo costruito sulla sua scorta, fa venire meno la dialettica giuridica, che, durante il ‘700, aveva consentito di concepire la ‘rivoluzione costituzionale’ e mosso il processo di transizione dall’‘ancien régime’ alla epoca contemporanea.

Il costituzionalismo di modello inglese, *statualista*, perché ipostatizza (personalizza) lo Stato, sia pure *in funzione dei suoi „rappresentanti”* (il Parlamento), inizia la propria „resistibile ascesa” per divenire, infine, il ‘pensiero unico statualista’.

Una conseguenza è la crisi della scienza giuridica romanistica, fondata sulla complementarità diseguale tra diritto pubblico e diritto privato. Infatti, non soltanto la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è caratteristica essenziale del Diritto romano ma, in tale distinzione, il concetto qualificante (in quanto positivo e, quindi, di riferimento) è proprio il concetto di *publicus*, mentre il concetto –negativo– di *privus / privatus* indica soltanto chi e/o ciò che **non è publicus**²⁸.

Vi è però anche un’altra conseguenza: la crisi di tutta la scienza giuridica, la quale, pertanto, durante l’‘800, cede il ruolo di scienza guida alla neo–nata scienza economica, la quale dichiarerà il diritto „sovrastuttura” della economia.

²⁷ Vedi in proposito lo scritto di G. ARICO–ANSELMO, „*Ius publicum* - *ius privatum* in Ulpiano, Gaio e Cicerone” in *AUPA* 37 (1983) 445 ss. e le osservazioni di P. CERAMI, „Giurisprudenza e scienza del diritto” in Id., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparativistiche* [=Estr. *AUPA* XLIII] (Palermo 1995) 229 ss., d’onde emerge –tra l’altro– la straordinaria attenzione di Cicerone per la *peritia iuris publici* come branca della *iuris prudentia*.

²⁸ *Cic. inv. 1.35 in fortuna quaeritur servus sit an liber, pecuniosus an tenuis, privatus an cum potestate; leg. agr. 2.32 insignia videtis potestatis [...] Quirites [...] ea qui habeat sine vestris suffragiis aut rex non ferundus aut privatus furiosus esse videatur.*

2. AFFERMARSI DELLA SCIENZA E DELLA DIALETTICA ECONOMICA

a. *La scelta del metodo della utopia e il rifiuto del metodo dei modelli storici*

I presupposti della nuova pseudo-dialettica economica contemporanea si rintracciano già nella dialettica giuridica settecentesca, in particolare nella contrapposizione tra virtù e vizio, cui già ho fatto cenno. Mentre il filo-romano Abbé de Mably considera „effeminata” e perdente una cultura da „mercenari” fondata su regole economiche di mercato, il filo-inglese Sieyès fonda la necessità dello stesso „sistema rappresentativo”, *contro* la democrazia²⁹, su quella che egli individua come la caratteristica per eccellenza della *economia* moderna (di cui lo scozzese Adam Smith è il nuovo profeta): la divisione delle funzioni („partage des fonctions”) in vista dell’aumento della ricchezza³⁰. Nel 1819, Benjamin Constant ripropone lo stesso discorso di Sieyès: in luogo della libertà assicurata dalla partecipazione democratica di tutti i cittadini al potere, vi è la libertà di commercio³¹. Il primo ‘manuale’ del nuovo diritto costituzionale è stato, in Francia, il *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement par Benjamin Constant*, raccolta da Laboulaye nel 1851.

In effetti, la scuola illuministica scozzese aveva prodotto una nuova scienza della economia, caratterizzata dalla fondazione su presunte leggi proprie o interne, non ricavate *aliunde*³². La nuova scienza economica postula, come

²⁹ Ma anche dell’esercito professionale contro l’esercito di tutti i cittadini (*Discours* cit. 282).

³⁰ «De la –afferma Sieyès– vient la séparation des travaux, effet & cause de l’accroissement des richesses & du perfectionnement de l’industrie humaine. Cette matière est parfaitement développée dans l’ouvrage du Docteur Smith. Cette séparation est à l’avantage commun de tous les Membres de la Société. Elle appartient au travaux politiques comme à tous les genres du travail productif. L’intérêt commun, l’amélioration de l’Etat social lui-même, nous crient de faire du Gouvernement une profession particulière. [...] Ainsi, la Constitution purement démocratique devient, non seulement impossible dans une grande société; mais dans l’Etat même le moins étendu, elle est beaucoup moins appropriée aux besoins de la société [...] que la Constitution *représentative*» (E. SIEYES, „Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France”, Versailles chez Badouin 1789, 35 in *Oeuvres de Sieyès*, Genève – Paris 1989, III).

³¹ Nel famoso *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Constant scrive che, nel mondo „moderno”, «il commercio ispira agli uomini un vivo amore per la indipendenza individuale» mentre «Il fine degli antichi era la divisione del potere sociale fra tutti i cittadini di una stessa patria: era questo che essi chiamavano libertà».

³² Ai filosofi scozzesi David Hume (1711–1776), Adam Ferguson (1724–1816) e Adam Smith (1723–1790), la dottrina connette, sotto il comune denominatore dell’‘individualismo liberale’, i precedenti John Locke (1632–1704) e Bernard de Mandeville (1670–1733), i

„legge del mercato”, la divisione delle funzioni produttive³³. Ora, per quanto ciò possa apparire paradossale (dal momento che questi illuministi scozzesi sono considerati i padri fondatori del pensiero e della prassi della libertà), proprio da essi i ‘costituzionalisti’ ricavano la esigenza della organizzazione degli uomini centralistica e gerarchica, di cui si fanno, ancillarmente, carico³⁴.

Nel secolo XIX, dopo i ‘precursori, Saint Simon e Louis Blanc, è soprattutto Karl Marx colui il quale fornisce alle tesi ‘scozzesi’ la antitesi necessaria per la costruzione di una –nuova– pseudo–dialettica economica. Marx, in luogo del metodo dei modelli di cui –in sintonia con Condorcet e Constant– dichiara la chiusura³⁵, sceglie decisamente il metodo della utopia.

b. *La contrapposizione di fantasia*

La affermazione del pensiero unico statualista, realizzatasi, in termini negativi, con la interruzione operativa e teorica della dialettica giuridica settecentesca tra *due* „forme di Stato”, si manifesta in termini positivi, da un lato, con la non–dialettica giuridica tra Stato e non–Stato (Engels, *L’origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, 1884) cui corrispondono sia la crisi epocale della scienza giuridica sia la affermazione della scienza economica come scienza–guida, e, dall’altro lato, con la nuova pseudo–dialettica economica e semplicistica tra ‘mercato senza società’ e ‘società senza mercato’.

contemporanei Josiah Tucker (1712–1799), Edmund Burke (1729–1797) e William Paley (1743–1805), i quali attingono alla tradizione della *common law*, i francesi Montesquieu e Alexis de Tocqueville (1805–1859).

³³ M. GEUNA, „Adam Ferguson e il problema della divisione del lavoro: l’analisi delle nazioni commerciali” in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, XVIII; cfr. Anna Maria BATTISTA, „Come giudicano la politica libertini e moralisti francesi” in S. BERTELLI (a cura di), *Libertinismo in Europa*, Milano Napoli 1980; M. SALVATI, „Divisione del lavoro” in *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, Roma 1999.

³⁴ Già nella concezione di Sieyès, la divisione delle funzioni, che costituisce la novità dei ‘moderni’ rispetto agli ‘antichi’ («Les peuples européens modernes ressemblent bien peu aux peuples anciens. Il ne s’agit parmi nous que de commerce, d’agriculture, de fabriques ...»), comporta lo stabilirsi di una gerarchia sociale drastica: «Une grande nation est nécessairement composée de *deux peuples*, les producteurs et les instruments humains de la production»; «les citoyens, les chefs de productions, seraient des blancs, les instruments de labeur *auxiliaires* seraient les nègres, et les nouvelles races de singes anthropomorphes seraient les *esclaves*». Citazioni da E. SIEYES, *Dire sur le veto royal*, riprese da R. ZAPPERI, „Introduction” a E. SIEYES, *Qu’est-ce que le Tiers état*, 1789, ed. Genève 1970, 7; 10 s.; cfr. 14.

³⁵ (F. ENGELS) – K. MARX, *Die heilige Familie oder Kritik der kritischen Kritik. Gegen Bruno Bauer und Consorten*, tr. it. di A. Zanardo, Roma 1967, 158 ss. definisce „colossale illusione” e „tragica” il tentativo di „modellare la testa politica di questa società [moderna] nel modo antico” da parte di „Robespierre, Saint-Just ed il loro partito” (cfr. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, cit. 139).

Tra la fine del secolo XIX e la prima parte del secolo XX la pseudo-dialettica economica raggiunge il proprio apogeo. La grande industria, produttrice di forza e di ricchezza, è il regno della centralizzazione e della gerarchizzazione³⁶ ed è il paradigma dello Stato. Negli Stati Uniti d'America „Ciò che è buono per la Ford è buono per l'America”³⁷. Nella Unione Sovietica, a riprova della inconsistenza della dialettica economica, regnano – invertendo specularmente il rapporto Stato/industria– la stessa centralizzazione e la stessa gerarchizzazione.

Ovviamente, in assenza di dialettica giuridica, la nozione di Stato è unica per tutti.

III. Risorgenza spontanea del Diritto romano pubblico nella fase attuale della epoca contemporanea (fine sec. xx e inizi sec. xxi)

1. FENOMENI NEGATIVI

a. Fine dello schema dialettico proposto dalla scienza economica

Dopo la implosione della Unione sovietica e la fine della pseudo-dialettica economica tra ‘mercato senza società’ e ‘società senza mercato’, il politologo statunitense Francis Fukuyama, espressione autorevole del pensiero unico statualista, ha scritto il saggio *The end of history and the last man*³⁸. Ma non poteva prendere un abbaglio più grosso. La storia, anzi, ha subito una accelerazione.

Però, a parte l'abbaglio sulla fine della dialettica e della storia, i politologi–sociologi nord-americani, con la nuova antitesi tra ‘comunitari’ e ‘liberal’³⁹,

³⁶ Ad opera, soprattutto, di due uomini–simbolo: Frederick Taylor (1856–1915) ed Henry Ford (1863–1943). L'ingegnere ed il ‘padrone’ della ‘Ford’ sono coloro che sviluppano ed applicano, sino alle conseguenze massime, nella organizzazione della ‘grande’ industria, i principi degli economisti „mercantilisti” scozzesi e dei costituzionalisti rappresentativi–liberali francesi (e, poi, tedeschi).

³⁷ A. GRAMSCI, „Americanismo e fordismo” in ID., *Quaderni dal carcere*, edizione Einaudi Torino 1977.

³⁸ N.Y. e London 1992; tr. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano 1992.

³⁹ A. FERRARA (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Roma 1992; M. VENEZIANI, *Comunitari o liberal? La prossima alternativa*, Bari 2000.

hanno, in qualche modo, *a modo loro*, ri-scoperto i termini della dialettica giuridica settecentesca e pre-settecentesca.

Resta, ora, ai giuristi fare la loro parte.

b. *Crisi esterna/estrinseca ed interna/intrinseca dello Stato, ovvero sia della forma di Stato unica di modello inglese*

Sulla „crisi dello Stato” si è addensata, negli ultimi anni, una bibliografia troppo vasta e troppo nota perché un romanista si faccia carico di ricostruirla⁴⁰. Occorre, piuttosto, osservare, dal punto di vista del Diritto romano pubblico, l’approccio limitato ed equivoco diffuso in tale dottrina.

Approccio ‘limitato’ perché vede una parte sola della crisi, quella che qui chiamo „esterna/estrinseca”. E’ la rottura dell’‘involucro’ degli Stati (e della forma–Stato), che si manifesta nei fenomeni –soltanto apparentemente opposti– della „globalizzazione” e della frammentazione. In realtà, vi è anche una crisi, che qui chiamo „interna/intrinseca” che colpisce gli istituti essenziali dello Stato.

Approccio, inoltre, ‘equivoco’ perché, in realtà, in crisi è *non lo Stato ma una forma di Stato*, quella di modello ‘inglese’.

Ancora una volta, dovrei ricordare che tali caratteristiche negative della dottrina sono manifestazioni della menzionata unicità del pensiero statualista⁴¹.

c. *Manifestazioni della crisi interna/intrinseca*

α. *Critica distruttiva dell’istituto della rappresentanza politica*

E’, invece, precisamente mestiere del romanista (che non ignori il Diritto romano pubblico) ricostruire la faccia interna/intrinseca della cd. ‘crisi dello Stato’.

⁴⁰ Faccio una eccezione per il contributo di N. IRTI – F. MARGIOTTA BROGLIO, *La crisi dello Stato moderno* Firenze 1992. Mi colpisce, infatti, nella produzione di Irti, la sensibilità per una serie di problemi che il romanista coglie come centrali nella attualità; ad esempio, oltre la crisi dello Stato „moderno”, la questione del nesso diritto – luoghi e la questione del rapporto tra diritto ed economia (N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma 1998; N. IRTI – E. BAFFI e al., *Diritto ed economia : problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999).

⁴¹ Cfr. M. LUCIANI, „L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni”, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pagg. 731 ss.

Una serie straordinariamente consistente di riflessioni critiche distruttive –proposte da giuristi positivi– ha investito e continua ad investire gli istituti essenziali del diritto pubblico: i soggetti e le procedure di formazione della volontà pubblica ed i mezzi per la difesa della libertà. Le critiche riguardano –ovviamente, direi– soltanto le varianti ‘inglesi’ di tali istituti: la rappresentanza politica e l’equilibrio dei 3 poteri e sono giunte, così, ad intaccare i presupposti della separazione tra diritto privato e diritto pubblico e dello stesso dello Stato–persona.

La riflessione critica sulla rappresentanza politica –lunga e complessa– non è sempre uguale a sé stessa, essa, però, aggredisce sempre e comunque tale istituto nel suo nucleo essenziale: la pretesa cioè di costituire lo strumento capace di tradurre in volontà unitaria le volontà di una pluralità di persone⁴².

Una prima ondata di critiche è prodotta dalla riflessione ‘costituzionale’ immediatamente successiva alla prima guerra mondiale. Il ‘romanista’, Max Weber (autore della *Storia agraria romana*), nel famoso saggio *Economia e società*, la cui prima edizione è del 1922, individua due tipi di rappresentanza e li pone nella „schärfste Gegensatz“, chiamandoli rispettivamente „gebundene Repräsentation“ e „freie Repräsentation“, la quale ultima soltanto „dem Okzident eigentümlich“ fa dei ‘rappresentanti’ i ‘padroni’ („Herr“) anziché i ‘servitori’ („Diener“) dei „deleganti“⁴³. Nel 1925, Hans Kelsen⁴⁴ denuncia il «tentativo di mascherare la riduzione non lieve che la idea democratica subisce

⁴² Canonisti a parte, è la tesi espressamente formulata da Edoardo I, Thomas Smith, James Madison, Immanuel Kant, Alexis de Tocqueville, per limitarci ai personaggi più noti (vedi G. LOBRANO; *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 159 ss. e 223 ss.)

⁴³M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*⁵, hrsg v. J. Winckelmann, Tübingen 1976, lib.I cap.III §22 p.172, scrive a proposito della „gebundene Repräsentation“: i «'Repräsentanten' sind in Wahrheit: Beamte der von ihnen Repräsentierten» ed essa è il «Surrogat der in Massenverbänden unmöglichen unmittelbaren Demokratie»; a proposito della „freie Repräsentation“ scrive invece: «Der Repräsentant, in aller Regel gewählt [...], ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigenherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an sachliche eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen» e «der von den Wählern gekorene Herr derselben, nicht: ihr 'Diener' ist [...] Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen»; cfr p.173 «Nicht die Repräsentation *an sich*, sondern die *freie* Repräsentation und ihre Vereinigung in parlamentarischen Körperschaften ist dem Okzident eigentümlich».

⁴⁴ *Il primato del parlamento*, tr. it. (dalla ed. Wien – Leipzig del 1925, *Das Problem des Parlamentarismus*) a cura di C. Geraci, con „presentazione“ di P. Petta, Milano 1982, 176; (Cfr. A. OLIET PALA, «El principio político formal de identidad en el ordenamiento español» in *Revista de derecho político* 23, verano 1986, 118, che rinvia a H.KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Nacional México 1973, 48).

per il fatto che la volontà statale è formata non dal popolo ma da un organo, il parlamento, assai diverso, anche se eletto dal popolo». Nel 1931, Carré de Malberg⁴⁵, scrive che «l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même. Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n'est pas résigné à se payer de mots.» Infatti, «Comment admettre que, dans notre droit public, les décisions émanées du Parlement aient pu être présentées comme des productions de la volonté populaire, alors que la Constitution tient systématiquement les citoyens à l'écart de leur formation?». Carré de Malberg si riferisce alla costituzione francese, allora vigente, del 1875. La stessa identica critica investe però anche il costituzionalismo successivo alla seconda guerra mondiale. Nel 1975, Costantino Mortati⁴⁶ afferma durissimamente, a proposito della costituzione italiana, che nessuna delle condizioni necessarie a consentire l'esercizio popolare della sovranità (pur solennemente affermato all'art.1 della stessa costituzione) si realizza in Italia, con la conseguenza che «il regime di poliarchia effettivamente vigente viene a realizzare una forma di sovranità del Parlamento».

La ri-costatazione (duecento anni dopo Jean-Jacques Rousseau) della inesistenza stessa della rappresentazione politica è, però, di una filosofa, Hannah Arendt, che, nel secondo dopo-guerra, tra gli anni '50 e gli anni '70, conduce una riflessione sulle istituzioni dello Stato moderno e –sia pure senza la consapevolezza giuridica rousseauiana– ‘scopre’ la inconsistenza logica della dottrina della rappresentanza politica e la attualità delle istituzioni politiche antiche. Secondo la Arendt, il fenomeno della „trasmissione” dello spirito politico dei cittadini ai capi dello Stato per il tramite delle istituzioni moderne rappresentative è „altamente misterioso”⁴⁷.

⁴⁵ *La Loi, expression de la volonté générale*, ried. in *fac-simile* della ed. 1931 con „Préface” de G. Bourdeau, Paris 1984, p. 215.

⁴⁶ „Art. 1” in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione I Principi fondamentali*: Art. 1 – 12, Bologna 1975, 23 e 36

⁴⁷ *Le origini del totalitarismo* (1951) tr. it. 1989; ID., *La lingua materna* (testi del 1954 e del 1964) tr. it. a cura di A. Dal Lago, Milano 1993; ID., *Vita activa. La condizione umana* (1958) tr. it. Milano 1964; ID., *Sulla rivoluzione* (1965) tr. it. Milano 1983; ID., *La disobbedienza civile e altri saggi* (1970–1972) tr. it. Milano 1985. Cfr. Maria Pia BACCARI, „Il concetto giuridico di *civitas augescens*: origine e continuità” in *SDHI*, 61, 1995, 760. Vedi anche ID., *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996; David EASTON, *A systems analysis of political life*, 1965, tr. it. a cura di G. Pasquino, *L'analisi sistematica della politica*, Casale Monferrato 1984, che definisce il sistema politico odierno, in quanto produttore di decisioni, „scatola nera” e „vaso di Pandora”; Karl Wolfgang DEUTSCH, *The nerves of government*, tr. it. di F. Occhetto, *I nervi del potere*, Milano 1972). Per quanto concerne la ri-scoperta e la ri-proposizione delle istituzioni antiche, vedi, *infra*, prgf. III.2.b.a .

I giuristi arrivano un poco più tardi. Nel 1972, anche il costituzionalista Vanossi definisce la rappresentanza politica un „mistero”⁴⁸. Nel 1978, un altro costituzionalista, Eulau scrive che «Se ... con qualche sforzo siamo in grado di indicare con sufficiente approssimazione ciò che la rappresentanza non è, malgrado molti secoli di impegno teoretico non possiamo dire cosa la rappresentanza è», ragione per la quale la crisi riguarderebbe «la teoria della rappresentanza e non delle istituzioni rappresentative»⁴⁹. Nel 1982, Torres del Moral afferma invece che «La teoría de la prohibición del mandato imperativo asentada en el principio de soberanía nacional ... es histórica y actualmente insostenible, desde el punto de vista rigurosamente teórico. De manera que no puede sorprender nos en absoluto que en la práctica política [el mandato imperativo] se haya mantenido vigente»⁵⁰. Anche il giurista e parlamentare italiano, Fisichella, nel commentare Eulau, considera (1983) che la crisi teorica debba essere proiezione della crisi istituzionale sebbene la maggiore ‘velocità’ della crisi della teoria rispetto alla crisi dell’istituto può far sì che «la prima emerga quando la seconda è ancora poco visibile»⁵¹. Tra la fine degli anni ’80 e l’inizio degli anni ’90, la crisi della rappresentanza politica diviene oggetto, in Italia, anche delle trattazioni istituzionali per eccellenza: quelle dei dizionari. Nel 1987 Nocilla e Ciaurro, scrivono sulla *Enciclopedia del Diritto* di «difficoltà di pervenire ad una definizione dogmatica della „rappresentanza politica”»⁵². Nel 1991, sulla *Enciclopedia giuridica*, Ferrari⁵³ si „sorprende” (anche lui, come già Torres del Moral) «che la difficoltà di definizione teoretica [della „nozione di rappresentanza politica” „centrale nella concezione stessa dello Stato di democrazia classica”] non abbia indotto significative correnti del pensiero pubblicistico a lamentare una crisi delle stesse istituzioni rappre-

⁴⁸ J.R. VANOSI, *El misterio de la representación política*, Buenos Aires 1972.

⁴⁹ H. EULAU, „Changing Views of Representation” in H. EULAU - J.C. WAHLKE (Eds.), *The Politics of Representation. Continuities in Theory and Research*, Beverly Hills, 1978, 32; (citato da D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Milano 1983, 5; cfr. ID., *Elezioni e democrazia: un’analisi comparata*, Bologna 1982; Gianfranco PASQUINO [a cura di], *Rappresentanza e democrazia*, Roma Bari 1988).

⁵⁰ A. TORRES DEL MORAL, „Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos” in *Revista de Derecho político*, 14, verano 1982.

⁵¹ Vedi, *supra*, la nt. 49.

⁵² D. NOCILLA – L. CIAURRO, „Rappresentanza politica” in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII 1987, s.v.

⁵³ G. FERRARI, „Rappresentanza istituzionale” in *Enciclopedia Giuridica*, XXV, Roma 1991. Più in generale, cfr. P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova 1975, e F. D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova 1989.

sentative». Il tutto mi fa pensare alla riflessione (peraltro non coincidente con la mia) di Wiethölter sulle „formule magiche” della scienza giuridica⁵⁴.

In questo quadro vanno lette le iniziative, in Italia, per la abrogazione indiretta e diretta del divieto di mandato imperativo. La legge 1993 n. 81 disciplinante la elezione dei Sindaci e dei Presidenti delle Province, impone al candidato Sindaco e al candidato Presidente della Provincia di presentarsi ai comizi elettorali con un programma sulla cui base domandare ai cittadini il mandato per amministrare la comunità urbana o la comunità provinciale. Il 20 aprile 1999, è stata presentata al Parlamento italiano la «Proposta di legge costituzionale n. 5923 d’iniziativa dei deputati Armaroli ... [20 deputati] „Modifica dell’articolo 67 della Costituzione, in materia di divieto di mandato imperativo”» volta alla abrogazione del divieto⁵⁵.

Da ultimo, nel 2000, il costituzionalista statunitense Ackerman, il quale ragiona pertanto in riferimento ad una organizzazione statale di dimensione semi-continentale, non si limita a ripetere le osservazioni critiche sulla rappresentanza politica ma, facendo (dopo la Arendt) un passo ulteriore nel senso del ritorno al costituzionalismo rousseauiano di modello romano, propone un vero e proprio ritorno al potere legislativo popolare attraverso l’istituto dei referendum, lasciando al Parlamento soltanto il potere normativo proprio dell’esecutivo⁵⁶.

⁵⁴ R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, 1968, tr.it. di L.R.Amirante, Roma Bari 1975.

⁵⁵ Gli altri deputati sono: Selva, Pisanu, Follini, Biondi, Giovanardi, Anedda, Armani, Deodato, Frattini, Giuliano, Landi, Malgieri, Martino, Menia, Carlo Pace, Antonio Pepe, Saponara, Urbani. Nel 1996 erano state presentate al Senato della Repubblica altre due proposte, di minor portata, tendenti a riformare l’art. 67 della Costituzione (il Disegno di legge costituzionale d’iniziativa della senatrice Mazzuca Poggiolini [12 settembre] e il Disegno di legge costituzionale d’iniziativa dei senatori Montagnino, Andreolli, Diana Lino, Follieri, Monticone, Erroi e Lo Curzio [25 settembre]).

⁵⁶ B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma 2003; traduzione it. del saggio apparso originariamente sulla *Harvard Law Review* nel 2000 e della quale vedi la recensione di T.E. FROSINI in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2003. Ackerman è noto per due grandi saggi sul potere popolare nella costituzione degli Stati Uniti: *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1991 e *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass. 1998, i quali costituiscono le prime due parti di una trilogia annunciata, la cui parte terza dovrà essere intitolata *We the People: Interpretations*. Il saggio del 2000 è considerato da Frosini una anteprima della parte terza. Sulle prime due parti vedi Tania GROPPi, „*We the People: Transformations*. Considerazioni sul libro di Bruce Ackerman” in *Politica del diritto*, 2, 1999. Ringrazio Edoardo Tommaso Frosini e Tania Groppi per le preziose indicazioni fornitemi su Bruce Ackerman.

Va detto, con realismo, che di tutte queste riflessioni non c'è traccia nel processo costituente europeo, il cui livello di elaborazione appare di una modestia scientifica e politica sconcertante.

β. Crisi distruttiva dell'istituto dell'equilibrio dei 3 poteri

I giuristi positivi ri-constatano, quindi, anche la inconsistenza se non addirittura la l'inesistenza dell'altro pilastro del costituzionalismo inglese: la garanzia costituzionale dell'equilibrio dei *tre* poteri.

Anche qui, come per la rappresentanza politica, non sono però primi i giuristi ma è un famoso economista 'liberal' a riproporre, senza –sembrerebbe– rendersene conto, tesi di J.-J. Rousseau. Si tratta, nel 1973, dell'austriaco, premio Nobel Friedrich von Hayek: «Quando Montesquieu e i padri della costituzione americana formularono esplicitamente l'idea di una costituzione come insieme di limiti all'esercizio del potere, in base ad una concezione che si era spontaneamente sviluppata in Inghilterra, fondarono un modello che, da allora in poi, il costituzionalismo liberale ha sempre seguito. Il loro scopo principale era di provvedere delle garanzie istituzionali per la libertà individuale, e lo strumento in cui riposero la loro fiducia fu quello della separazione dei poteri. Nella forma in cui noi la conosciamo, tale divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo, non ha raggiunto gli scopi per cui era stata progettata. Dovunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidar loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito»⁵⁷.

Tra i testi giuridici che, successivamente, vanno nella stessa direzione di von Hayek, il posto d'onore spetta senz'altro alla relazione di Labriola, nel quadro dei documenti prodotti, nel 1995, dalla Commissione bicamerale del Parlamento italiano (presieduta da Nilde Iotti) per la riforma della costituzione: «... All'origine del costituzionalismo moderno si pone il problema ... della limitazione del potere: ed a tale assillante esigenza si è opposto il principio della divisione dei poteri. Ma due secoli di storia politica successiva alla teorizzazione del principio ne dimostrano il completo esaurimento formale. ... Non si vuole sostenere che sia decaduto il principio della divisione dei poteri in sé ... Ciò che sopravvive del principio ... non può però corrispondere all'esigenza rispetto alla quale il principio è stato originariamente concepito e teorizzato, ossia il fine della limitazione del potere politico, che viene realizzato con la *spartizione del potere tra sovrano e gruppi sociali economicamente forti (ele-*

⁵⁷ F. A. VON HAYEK, *Rules and Order*, 1973, ora in ID., *Legge, legislazione e libertà*, tr. di P.G. Monateri, Milano 1989.

tori censuari) [il corsivo è mio!]. A tale fine, nelle democrazie contemporanee, come quella del regime repubblicano italiano, il principio non serve più (mentre resta indispensabile per assicurare la legalità nell'esercizio del potere, che è cosa distinta e diversa dalla limitazione del potere: il potere politico è o non è legalmente esercitato, è o non è limitato, l'una alternativa essendo assolutamente separata ed indipendente rispetto all'altra)⁵⁸.

Si noti che il saggio di Ackerman (pubblicato nel 2000), citato a conclusione del paragrafo precedente a proposito della crisi dell'istituto della rappresentanza politica, è dedicato all'istituto della divisione e/o separazione ed equilibrio dei poteri, istituto del quale Ackerman propone la sostituzione con una divisione tra il potere legislativo del popolo e di governo del parlamento. Non è ancora perfettamente il modello romano di Rousseau ma il processo di avvicinamento è indubbio.

γ. Svuotamento delle nozioni–quadro di 'repubblica' e di 'democrazia'

Gli specialisti del secolo XVIII hanno osservato che la Grande Rivoluzione è essenzialmente repubblicana: «... „l'età della rivoluzione democratica”. Potrebbe essere meglio definita „l'età della rivoluzione repubblicana”. Infatti la forma costituzionale e i principi repubblicani, non la democrazia, fecero crollare le vecchie monarchie»⁵⁹.

E' ciò che io ho definito il prevalere del punto di vista giuridico.

⁵⁸ S. LABRIOLA, „Relazione sulla forma dello Stato” in COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME ISTITUZIONALI, Documenti istitutivi – Discussioni in sede plenaria – Progetto di legge di revisione costituzionale – Indici II [= Testi parlamentari 17 lavori preparatori e dibattiti] Camera dei deputati, Roma 1995; cfr. ID., Lezioni di diritto costituzionale, Rimini 1997, e, nella stessa linea, già S.LESSONA, „La divisione dei poteri. Appunti terminologici” in ID., Scritti minori [a cura di Lucia Praga] II, Milano 1958; M.VOLPI, „Gli organi costituzionali dello Stato” in G. MORBIDELLI – L. PEGORARO – A. REPOSO – M. VOLPI, Diritto costituzionale italiano e comparato, Bologna 1997; G. BERTI, Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico, IV Padova 2001. La idea della crisi della divisione o separazione ed equilibrio dei tre poteri appare ulteriormente diffusa nella dottrina costituzionale italiana, menziono: Bassi, 1965; Balladore Pallieri, 1972; Mortati 1991; De Vergottini, 1991; Boggetti 1994; Amato – Barbera, 1997; Falcò, 1998).

⁵⁹ G.S. WOOD, „L'eredità di Roma nella rivoluzione americana” cit. 21, che rinvia a R.R. Palmer, *The Age of The Democratic Revolution*, cit., ed a F. VENTURI, *Utopia e Riforma nell'Illuminismo*, Torino 1970, [tr. ingl. Cambridge 1971]. Circa la centralità della categoria 'repubblica' nel dibattito politico e giuridico settecentesco, vedi però anche Hanna ARENDT, *On Revolution* cit. (p.174 ss. della ed. fr.)

Il valore del repubblicanesimo è confermato nelle Carte costituzionali. L'articolo 139 della Costituzione italiana del 1° gennaio 1948 (il secondo dei due articoli della sezione II „Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali”) pone un unico, intangibile limite alle possibilità della propria revisione «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».

La crisi del costituzionalismo dominante ha cancellato anche questo baluardo. Già nel 1968, il *Novissimo Digesto Italiano*, alla voce „Repubblica” affermava che «è impossibile trarre un concetto unitario di „repubblica”», che «la contrapposizione fra monarchia e repubblica si rivela oggi di poco valore, sia sul piano giuridico, sia su quello politico» e che «Oggi, qualunque cosa si intenda per monarchia e per repubblica, tutto ciò appare un po' fuori dai tempi»⁶⁰.

In ogni caso, neppure la democrazia si salva. Si scopre abbastanza per tempo che anche la parola ‘democrazia’ non ha più senso in epoca contemporanea. Moses Finley nel suo piccolo, famoso saggio su *La democrazia degli antichi e dei moderni* (1971) ha scritto (giungendo a conclusioni perfettamente omologhe a quelle dei giuristi italiani in materia di ‘repubblica’) che il consenso generale sulla parola ‘democrazia’ equivale a una svalutazione talmente radicale del concetto da renderne inutile qualsiasi analisi⁶¹.

E' da osservare che le affermazioni del *Novissimo Digesto Italiano* convivono con una produzione notevole di scritti su ‘repubblica’ ed anzi con qualche segno di una sua recente accelerazione.

⁶⁰ G. MARANINI – S. BASILE, „Repubblica” in *NNDI*, 1968 [r. 1980] s.v.

⁶¹ Finley, nella „Prefazione alla seconda edizione” (1981) rileva l'«afferinarsi di una teoria elitista della democrazia [...] formulata all'inizio di questo secolo con un cospicuo contributo dei pensatori italiani, Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto, e di un immigrato tedesco in Italia molto apprezzato da Mussolini, Roberto Michels, un tempo influente esponente della socialdemocrazia tedesca [... secondo la quale] la democrazia può funzionare e sopravvivere solo nelle forme di una oligarchia *de facto* di politici professionisti e di burocrati [...] la partecipazione popolare deve esserci solo in occasione delle elezioni [...] un'apatia politica è un segno di salute» (le citazioni sono prese dalla edizione italiana M.I. FINLEY, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Bari 1982, 11 e vii).

2. FENOMENI POSITIVI

a. Nuova domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico: nuova stagione costituente

Il panorama attuale che ‘vedo’ –ad esempio– dalla specola della mia Istituzione universitaria sassarese è caratterizzato, ai diversi gradi di orizzonte e a tutti i livelli, da un rinnovato processo costituente come obiettivo prioritario: scrittura della Costituzione Europea, riforma della Costituzione italiana, riscrittura dello Statuto sardo.

Possiamo aggiungere che la parola d’ordine di questo rinnovato fervore costituente è quella –affascinante e promettente ma pericolosa in quanto equivoca– di ‘federalismo’⁶².

b. Risorgenza delle istituzioni essenziali del Diritto romano pubblico

α. Riaffermazione mondiale del ruolo ‘politico’ delle Città

Ancora per ragioni di economia mi esento dall’illustrare, sia pure soltanto a livello di indicazioni bibliografiche, il fenomeno della risorgenza mondiale del ruolo politico della Città.

Da giurista di mestiere (premessò che la stessa Arendt, la quale all’inizio degli anni ’50 osserva la inconsistenza della rappresentanza politica moderna [vedi, *supra*, § III 1ca], individua anche la „soluzione” di quella inconsistenza nella Città antica)⁶³ mi limito a menzionare la proposta (1997), che non esito a definire *rivoluzionaria*, da parte della Commissione bicamerale (presieduta da D’Alema) del Parlamento italiano per la riforma della Costituzione, di *sostituzione* del ‘vecchio’ Titolo primo della parte seconda della Costituzione italiana, „Il Parlamento”, con un nuovo Titolo primo, così formulato: „Comuni, Province, Regioni, Stato”⁶⁴. Sapevano, sanno i nostri riformatori di aver proposto la

⁶² A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova 1997.

⁶³ Vedi R. SCHOONBRODT, „La ville et la philosophie” in P. ANSAY – R. SCHOONBRODT, *Penser la ville. Choix de textes philosophiques*, Bruxelles – Archives d’Architecture Moderne 1989, 61: «Hanna Arendt et la solution de la Grèce Classique» che, di Arendt, cita «*Condition de l’Homme moderne*, Ed. Calmann-Lévy, Paris, 1983, p. 41».

⁶⁴ Si tratta, a mio avviso, della vera novità: decisamente più significativa che l’inserimento della parola ‘federale’ nella stessa intitolazione della Parte seconda: vedi COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI, *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione. Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell’articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n.1*, trasmesso alla Presidenza della camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997, p.137; cfr. F. D’ONOFRIO, relatore sulla forma di Stato, circa „la

sostituzione del modello–ordinamento costituzionale inglese con il modello–sistema costituzionale *romano*?

β. Diffusione mondiale dell'istituto 'tribunizio' del Difensore civico

Sul fenomeno della diffusione mondiale di istituti di difesa dei cittadini contro la loro stessa pubblica amministrazione (Difensore civico in Italia, 'Defensor del Pueblo' in Spagna, 'Médiateur' in Francia) esiste una vasta letteratura mondiale⁶⁵.

Anche qui mi esento da rassegne, limitandomi ad osservare che occorre: 1) sgomberare il campo dalla prospettiva di derivazione del fenomeno dall'istituto nordico dell'Ombudsman per recuperare la prospettiva tribunizia⁶⁶ e 2) coglierne il nesso con la dimensione municipale. In effetti, soltanto nella dimensione municipale è stata prevista la possibilità della elezione diretta del Difensore da parte dei Cittadini, ciò che, secondo la dottrina, costituisce la innovazione costituzionale vera⁶⁷.

centralità del comune nel nuovo ordinamento” (p. 18).

Benché con una portata sistematica molto più modesta, la formula è, comunque, ripresa dal nuovo art. 114 della Costituzione riformata.

⁶⁵ Vedi, per tutti, J. LUIS MAIORANO –y otros–, *El Ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, I–IV, Buenos Aires 1999; i tre volumi prodotti dal Servizio studi della Corte Costituzionale, Roma febbraio 2002: 1) Vittoriana CARUSI e M. PIERONI, a cura di, *Il difensore civico e istituti affini nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*; 2) senza indicazione di curatori, *Il difensore civico e istituti affini nell'ordinamento comunitario e in quello italiano. Appendice: Normative regionali istitutive dell'ufficio del difensore civico*; 3) Dalva CARMEM TONATO, J. F. SANCHEZ BARRILAO, P. PEREON e Lizette DELGADO, a cura di, *Il difensore civico e istituti affini. Aspetti di diritto comparato. Paesi: Francia, Portogallo, Spagna, Argentina, Brasile, Bolivia, Colombia, Ecuador, Messico, Paraguay, Perú, Venezuela*.

⁶⁶ G. LOBRANO, „Dal 'Defensor del Pueblo' al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione sistematica con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolívar” in P. CATALANO – G. LOBRANO – S. SCHIPANI (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della plebe al Difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale penale internazionale*, Roma 2002, pp. 67–86; ora ampliato e tradotto in lingua spagnola „Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro”, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, 135 ss.

⁶⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, „Problemi costituzionali sulla nomina di un Commissario Parlamentare in Italia” in C. MORTATI (a cura di), *L'Ombudsman, il Difensore Civico*, Torino 1974, 159: «Si è sostenuta l'opportunità (Jemolo) di configurare il Commissario (non più „parlamentare”, ma semmai „popolare”) come emanazione diretta della sovranità popolare, attribuendo perciò il potere di eleggerlo direttamente al corpo elettorale. Senza bisogno di richiamare suggestivi precedenti storici, come quello del Tribunato della Plebe, l'organo si caratterizzerebbe per la sua titolarità di una specie di „droit d'empêcher”, di potere negativo (secondo la formula di Catalano) esercitato in nome e per conto del popolo, idonea a controbilanciare la logica delle

c. Ricomposizione nella distinzione della separazione diritto pubblico – diritto privato e ricomparsa dello ‘Stato comunità’

Le critiche ad entrambi i pilastri del costituzionalismo di modello inglese, ovvero sia dell’ordinamento e del pensiero statualisti sono caratterizzate dalla sola *pars destruens*, proprio –mi sembra evidente– a causa della unicità del pensiero statualista, che neppure ai critici delle sue istituzioni consente di vederne la alternativa. Si deve, però, rilevare la comparsa anche della critica della nozione stessa dello Stato persona e dell’ordinamento su di esso teo-reticamente fondato; critica *cui si connette* una prima, ri-costruzione di un ordinamento fondato sulla nozione di Stato *societas*⁶⁸ (non sul ‘falso amico’ della nozione di „società civile”).

democrazie rappresentative. Non è il caso di discutere nel merito una proposta di questo genere che tenderebbe a delineare un organo assai diverso da quello di cui si discute in questa sede. Basta osservare pregiudizialmente che la realizzazione di un simile disegno sconvolgerebbe dal profondo l’assetto istituzionale vigente e richiederebbe perciò la legge di revisione costituzionale. Ciò probabilmente non perché ne verrebbe modificata la forma di governo: a questo proposito, anzi, si potrebbe ritenere possibile la coesistenza di quell’organo con la ripartizione del potere tra gli organi costituzionali nella forma realizzata da noi. Si tratterebbe, invece, addirittura di una modificazione dei rapporti, se così ci si vuole esprimere, fra Stato-comunità e Stato-apparato, di una integrazione degli strumenti di esercizio della sovranità popolare per la quale, sicuramente, secondo l’esplicita disposizione dell’art.1 della Costituzione, sarebbe necessaria la revisione di essa». Sostanzialmente nello stesso senso G. NAPIONE, *L’Ombudsman: il controllore della pubblica amministrazione*, Milano 1969, 269: «L’elezione a suffragio universale garantirebbe in un certo senso l’indipendenza dell’Ombudsman, ma ne muterebbe la natura, da organo del Parlamento a ufficio investito direttamente della sovranità popolare. In tal caso le modifiche [costituzionali connesse] sarebbero strutturali, ancora più profonde e riguarderebbero le stesse strutture dello Stato».

⁶⁸ Ho trovato le formulazioni più mature di queste critica e ri-costruzione connesse (che fanno capo, esplicitamente, al Diritto e alla tradizione giuridica romani) nel discorso di apertura dell’anno giudiziario 2000 della Corte dei Conti della Regione Lazio, pronunciato dal Procuratore regionale (ora Giudice costituzionale) Paolo Maddalena. Cfr. la ‘vecchia’ sentenza della stessa ‘Corte dei Conti’ (15 maggio 1973) in *Foro amministrativo* 1973 e, dello stesso Maddalena: *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990; „Il diritto dell’uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione” in CERP – CENTRE D’ETUDES, DE RECHERCHES ET DE PUBLICATIONS, *Les zones protégées en Méditerranée: Espaces, espèces et instruments d’application des conventions et protocoles de la Méditerranée* [= Actes du Colloque de Tunis – Novembre 1993], Tunis 1995; „L’evoluzione della tutela ambientale e l’azione popolare prevista dall’art. 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265” in *Rivista Amministrativa*, 1999.

La posizione di Maddalena e la giurisprudenza della Corte dei Conti può essere accostata alla sentenza della Cassazione civile, sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151 di valorizzazione del carattere ‘societario’ contro quello ‘personalistico’ della società di diritto privato. Peraltro, occorre fare i conti con fenomeni di segno opposto quali l’inserimento nel nostro ordinamento della società unipersonale (v. G. OPPO, „Società, contratto, responsabilità” in *Riv. Dir. Civ.*, 1993 II 184 ss; Id. „La legge ‘finta’” *ibidem*, 2001 II 485 [ove si sostiene che la qualità di società sia per le società

Mi appare significativo che queste critica e ri-costruzione prendano le mosse dalla questione della tutela efficiente–efficace dell’ambiente. Tale tutela è ravvisata nell’istituto della ‘azione popolare’. Ora, la azione popolare, che appartiene al sistema giuridico ‘romano’ e che è forma di partecipazione dei cittadini all’esercizio di diritti pubblici, è sostanzialmente incompatibile con i presupposti della logica giuridica statalista (la nozione di Stato–persona e la separazione tra diritto pubblico e diritto privato) ed ha un nesso storico–sistemico macroscopico (sebbene non approfondito scientificamente) con il ruolo ‘costituzionale’ dei Municipi–Comuni⁶⁹.

unipersonali una „finzione di legge”]; C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio. Commento al d.lg. 3.3.93 n.88*, Torino 1995) e della responsabilità penale della società (v. Sara GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano 2001). Sulla riforma italiana del diritto delle società v. ora: *La riforma delle società. D.LGS. 17 gennaio 2003 n.6 – Codice civile vigente – Testi a confronto con un commento di Vincenzo Buonocore* [= *Giurisprudenza commerciale – Suppl. al n. 4/03*] Milano 2003.

⁶⁹ L’azione popolare, la cui persistenza nel diritto intermedio è, in generale, legata all’applicazione del Diritto romano come diritto comune, ricompare, in particolare, nella vita comunale dei secoli XIII e XIV. In Italia, in epoca contemporanea, dopo le leggi sarde del 26 ottobre e del 20 novembre 1859 in materia di diritto elettorale comunale e provinciale, troviamo l’azione popolare nella legge comunale e provinciale n. 5921 del 1889 (art. 114, per far valere azioni che spettano al Comune o ad una frazione di esso) ed è ripresa dalla legge n. 148 del 1915 (art. 225) per venire abrogata durante il fascismo (nel 1934) ed essere ri-proposta nella legge comunale e provinciale n. 530 del 1947 (art 23) (A. ALBANESE, *L’azione popolare da Roma a noi*, Roma 1955, 83 s. e 210). A parte gli interventi correttivi/integrativi delle leggi n. 765 del 1967 (art. 10) e n. 1034 del 1971 (art. 21) e della sentenza n. 103 del 1975 della Corte Costituzionale, la normativa significativa è costituita dalle leggi n. 142 del 1990, n. 265 del 1999 e n. 267 del 2000: sempre in materia di enti locali (P. MADDALENA, *opp. citt.*; cfr. G. SANNA, *Normativa e dottrina sulla tutela giuridica dell’Ambiente, una introduzione ad alcuni problemi di Diritto romano attuale*, tesi di Dottorato, Sassari 2003, 393 ss.)

CONCLUSIONI: *Carattere spontaneo, non riflesso dell'insieme dei
'fenomeni positivi':*

esigenza e metodo dello studio del Diritto romano pubblico

Questi fenomeni, la rinnovata domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico e la risorgenza di istituzioni proprie del Diritto romano pubblico, hanno carattere 'spontaneo'. Essi non sono né prodotti né supportati dalla riflessione della scienza giuridica dominante. Questa ultima si trova, anzi, impreparata di fronte a tali fenomeni ed appare propensa a equivocarli ed a mortificarli.

A fronte di tutto ciò, oltre la esigenza e le ragioni generali –mai venute meno– dello studio anche del Diritto romano pubblico (in quanto una delle due necessarie *positiones studii* del Diritto romano) appaiono evidenti anche la esigenza e le ragioni specifiche attuali di questo studio e –con esse– il metodo con il quale esso va affrontato e condotto.

In generale, lo studio del Diritto romano pubblico, come lo studio di tutto il Diritto romano, deve obbedire innanzi tutto alla regola per la quale ogni studio giuridico è tale soltanto se è orientato a risolvere questioni giuridiche attuali: «auf dem Gegenwart orientiert»⁷⁰. Poiché –purtroppo– molti romanisti oggi non rispettano la regola enunciata da troviamo troppo spesso lo studio antiquario, lo studio delle antichità romane, il quale –ovviamente– interessa molto meno o soltanto indirettamente i giuristi. Questa mala prassi produce danni sia nel campo romanistico, ridotto all'antiquariato, sia nel campo del diritto positivo ridotto, proprio per la mancanza dell'apporto scientifico giusromanistico, alla esegesi di „leggi”.

In maniera specifica, lo studio del Diritto romano pubblico non può prescindere dalla conoscenza della riflessione scientifica che, sullo stesso Diritto, si è sviluppata nel secolo XVIII, quando, precisamente con il ricorso ad esso, si è definita la dialettica giuridica generatrice della Epoca cd. Contemporanea. Soltanto così edotti, possiamo liberarci dalla cappa del Diritto romano pubblico –anzi statale– *inventato* da Mommsen⁷¹, il quale, nel *Römisches Staatsrecht* traduce la parola „*populus*” delle fonti romane con la parola

⁷⁰ Così P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*³, München–Berlin 1958, 352 «Die juristische Disziplinen haben ihre eigene Gesetze, und eines dieser Gesetze ist, daß sie alle mehr oder weniger auf dem Gegenwart orientiert sind».

⁷¹ Vedi, *supra*, nt. 26, la citazione di von Lübtow.

„Staat”⁷² ed omette la trattazione dei Municipi⁷³, nella prima riga dell'*Abriss des römischen Staatsrecht* (il manuale sintetico tratto dalla opera principale «per le esigenze dei giuristi») afferma che «... il diritto pubblico romano [...] come ogni diritto suppone lo Stato», il cui potere è portato dai magistrati suoi rappresentanti, i quali non lo ricevono dal popolo ma se lo trasmettono l'un l'altro⁷⁴, e, nel „Vorwort zur ersten Auflage” della opera principale, cita, come esempio del „progresso razionale” da lui operato nella trattazione del Diritto romano pubblico, proprio la sistemazione del tribunato, il cui potere di intercessione egli ha ricondotto nell'ambito dei poteri e dei rapporti tra magistrati⁷⁵. E l'elenco delle peculiarità del Diritto romano *statuale* del Mommsen potrebbe allungarsi.

Con questo metodo, dobbiamo leggere le fonti romane per dare risposte ai molti e assillanti problemi giuridici che la contemporaneità ci pone. E' – credo – il metodo propugnato oltre che da Koschaker anche da Giorgio La Pira, il quale definisce compito da «morti che seppelliscano i morti» lo studio del Diritto romano non «come un documento di giustizia degno di essere ancora meditato ... come una luce che può ancora rischiarare settori spesso così oscuri della vita sociale odierna»⁷⁶.

⁷² Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III 1³ (Graz 1952; r.a. 3a ed. Leipzig 1887) 3 „*Populus* ist der Staat insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit ruht”. Cfr. G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982. 33.

⁷³ Vedi, *supra*, nt. 24.

⁷⁴ «La magistratura, incorporazione del concetto di Stato e titolare del potere pubblico, non può essere concepita come avente base giuridica nella volontà generale della cittadinanza, perché questa volontà per se stessa non può divenire efficace; al contrario nel concetto romano la magistratura romana è più antica del popolo e il mandato, senza il quale in ogni modo una rappresentanza non è concepibile, va dal predecessore al successore ...» (Leipzig 1893, libro II cap.1 „Il concetto della magistratura” citato nella 2a ed., a cura di V. Arangio-Ruiz, della tr.it. *Disegno del diritto pubblico romano*, curata da P. Bonfante).

⁷⁵ Vedi, *supra*, nt. 23.

⁷⁶ G. LA PIRA, „Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana” in *Atti del V Congresso nazionale di studi romani* [1938] V, Roma 1946, 22 ss.

Бовани Лобрано
Универзитет у Сасарију

Актуелност римског јавног права и институти локалних заједница и заштитника грађана – Шема теза

Резиме⁷⁷

Римском јавном праву у модерној епоси се не поклања пажња, било да је реч о примени римских јавноправних института, било о његовом изучавању и уношењу у програме универзитетских студија. До радикалног и свесног одбацивања римског јавног права дошло је током XIX и XX века, а чиниоци који су до тога довели су бројни. Основни узрок је прихватање енглеског, тј. парламентарног, уставног модела (који интерпретира Монтескје у *Духу закона*) а одбацивање римског модела непосредне демократије (чију синтезу даје Жан-Жак Русо у *Друштвеном уговору*). Та два модела суштински се разликују како по субјекту који обликује општу вољу и поступку по коме се она утврђује, тако и по средствима којима се штите права и слободе. Енглески модел подразумева парламент и политичко представљање, а када је реч о заштити права и слобода, уравнотежену поделу власти. Римски модел подразумева локалну заједницу и непосредно учешће грађана, а када је реч о заштити права и слобода подразумева трибуне и заштитнике грађана. Та два уставна модела разликују се у још једној битној ствари. Јавно и приватно право се у римском моделу разликују, а у енглеском се *одвајају*.

У позадини запостављања римског јавног права атоји низ ствари: настанак модерног појма „правно лице“ у који се смешта и држава (док римско право појмове „правно лице“ и „држава“ нема); ток француске револуције и догађаји који су касније довели до тога да између два понуђена уставна модела, жирондински (енглески) и јакобински (римски), победи први; превлађујуће становиште историјскоправне науке да римско

⁷⁷ Резиме написао др Антун Маленица, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

јавно право више није актуелно (јасно видљиво нпр. у делима Савињија и Момзена) које је у неким случајевима било доведено до апсурдног закључка „да римско јавно право не постоји“; криза романистичке науке која није истрајала на изучавању везе јавно – приватно у римском праву; криза правне науке у целини која је своју усмеравајућу улогу препустила економској науци; прихватање утопистичког метода (Карл Маркс) на рачун анализе модела који су се јављали током историје и др.

У последњим деценијама наново јача интерес за изучавање римског јавног права. Узрок је криза „државе“, спољашња (глобализација) и унутрашња (поделе). У кризи је идеја да држава увек мора бити уређена према енглеском моделу. Постоје проблеми у функционисању парламентарног ситета и заштити права и слобода (на ово друго указује увођење института Заштитника грађана у Италији, Заштитника народа у Шпанији, Медијатора у Француског, Омбудсмана у низу земаља). Спонтано окретање римском јавном праву показује да се правници и на пољу јавног права окрећу ка методу „историјског модела“. Оваква оријентација је исправна. Изучавање римског јавног права, као и римског права у целини, мора бити подређено подредити идеји да нема правог изучавања права уколико оно не служи разрешавању актуелних правних проблема. Ово неки романисти заборављају и римско право изучавају као нешто што је искључиво везано за прошлост.