



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI**

CICLO XXXVI

**COORDINATORE
PROF. GIOVANNI DE CRISTOFARO**

**L'ESERCIZIO DEL POTERE IN 'FORMA' AMMINISTRATIVA IN UNO
STATO D'*ANCIEN RÉGIME* (SECC. XVII-XVIII).
MODELLI TEORICI E GERARCHIE ISTITUZIONALI**

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/19

**DOTTORANDO
DOTT. FEDERICO FABI**

**TUTORE
PROF. GIOVANNI CAZZETTA**

AA.AA. 2020-2023

*alla mia famiglia, ai miei amici
e alle altre persone che Dio mi ha messo davanti*

*«siamo infatti fermamente convinti che esista un
meccanismo anche nel diritto e che la cosiddetta logica
giuridica non sia, alla fine, che la pura e semplice logica
delle cose»
(Feliciano Benvenuti)*

Elenco degli acronimi più ricorrenti IX

INTRODUZIONE 3

PARTE PRIMA
COORDINATE TEORICHE

CAPITOLO I.

**IL PERSEGUIMENTO DEI PUBBLICI INTERESSI IN ETÀ MODERNA NELLA RICOSTRUZIONE DELLA
STORIOGRAFIA MAGGIORITARIA**

I. L'«amministrazione giudiziale»: introduzione ad alcune criticità del paradigma 19

II. L'impossibilità di qualificare l'attività discrezionale come operazione interpretativa e la conseguente non esaustività della formula «amministrare giudicando» per spiegare il sindacato sul merito 30

 II.1. In particolare: l'inconcepibilità di una «giurisdizione di opportunità» nell'ordinamento pre-contemporaneo 34

III. La vicendevole irriducibilità di «amministrare» e «giudicare». I margini teorici per un esercizio amministrativo del potere in Antico Regime 41

IV. Il processo come «esoscheletro» per forme di controllo eterogenee: l'eziologia estrinseca dell'insindacabilità nel merito rispetto alla funzione amministrativa 51

CAPITOLO II.

LA «SOVRANITÀ NORMATIVA» E L'«ASSOLUTISMO GIURIDICO»

Premessa 63

I. L'elemento normativo come denominatore comune della dialettica tra incontestabilità delle decisioni sovrane e fondamento individualistico del diritto 64

II. La sostanziale continuità fino agli ordinamenti attuali della centralità del momento normativo e la strumentalità, sia pur variabile, degli interessi privati-individuali rispetto ad esso.....	75
III. La nozione di ‘funzione’ posta alla base delle dottrine del Sei-Settecento.....	94
III.1. Le ‘parti potenziali’ della funzione più nel dettaglio e l’emersione delle forme sostanziali della stessa mediatamente alle prime: il sovrapporsi di due classificazioni collegate ma non fungibili dell’esercizio del potere.....	102
IV. Le ripercussioni della centralità della funzione normativa sul controllo delle decisioni potestative: il giudizio come ‘verifica del rispetto di un limite’ e l’interesse pubblico come interesse non comune, ma della ‘parte’ pubblica.....	110
V. La tendenziale inattitudine logica dell’interesse pubblico configurato come interesse della parte pubblica a porsi quale parametro di giustizia delle decisioni.....	120

CAPITOLO III.

LA «SOVRANITÀ ISTITUZIONALE» E LA GIUSTIZIA COME ONTOLOGIA DEL RAPPORTO GIURIDICO

I. Verso un diverso paradigma di controllo.....	139
II. Due differenti approcci al fenomeno giuridico: la ‘giustizia’ tra precetto indeterminato e interesse-fine ultimo dell’esercizio del potere.....	146
II.1. Il presupposto della piena sindacabilità delle decisioni amministrative e la compatibilità con essa della molteplicità degli assetti di interessi discrezionalmente configurabili: la giustizia naturale ossia la logica di fondo del rapporto giuridico.....	160
III. Proposta per una diversa lettura delle peculiarità storico-giuridiche dell’età moderna o Antico Regime.....	173

PARTE SECONDA

ALLOCAZIONE DEL POTERE SUL TERRITORIO E CRITERI DI PREMINENZA TRA ISTITUZIONI

CAPITOLO IV.

LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E QUELLA GIURISDIZIONALE NEI TERRITORI A SOVRANITÀ MEDIATA

Premessa	197
I. Stati mediati e immediati: l'importanza della classificazione.....	200
I.1. La mediatezza come titolarità iure proprietatis del potere	202
II. Feudatari e feudatari: la variegata categoria del potere mediato	211
II.1. Il potere baronale: il significato concreto della mediatezza parziale nel rapporto di preminenza tra Principe e Barone	224
II.1.1. Cenni ulteriori dalla prassi estense	237
III. Centro e periferie: una pluralità di 'pubblici'	248
III.1. La competenza esecutiva dei Baroni e la posizione direttiva della Magistratura centrale di acque e strade	262
Osservazioni riepilogative	275

CAPITOLO V.

LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E QUELLA GIURISDIZIONALE NEI TERRITORI A SOVRANITÀ IMMEDIATA

I. Immediatezza del potere sovrano e margini concettuali per un'autonomia delle comunità soggette.....	279
II. Tra economica e politica amministrazione	293
III. L'autonomia duttile delle comunità immediate: i termini più precisi della questione.....	312
III.1. In particolare: l'autonomia statutaria e il pluralismo istituzionale come facoltà di auto-'amministrazione' del bonum commune locale	318
IV. Dalla specialità alla gerarchia delle fonti: premessa	334
IV.1. Il fenomeno 'consolidatorio' e la sua non decisività nella trasformazione del paradigma di potere complessivo	341
V. Uno sguardo oltre il crinale dell'Antico Regime: il legame tra gerarchia delle fonti, accentramento del potere e paradigmi della sovranità.....	355

BIBLIOGRAFIA

I. Fonti	365
II. Letteratura	375

ELENCO DEGLI ACRONIMI PIÙ RICORRENTI

ANSLA-MO	Accademia Nazionale di Scienze, Lettere e Arti di Modena
ASCCARPI	Archivio Storico Comunale di Carpi (MO)
ASCMO	Archivio Storico Comunale di Modena
ASCVIGNOLA	Archivio Storico Comunale di Vignola (MO)
ASE	Archivio Segreto Estense
ASMO	Archivio di Stato di Modena
C.	<i>Codex</i>
D. / ff.	<i>Digesta</i>
Inst.	<i>Institutiones</i>
S.T.	<i>Summa Theologiae</i> (S. Tommaso d'Aquino)

L'ESERCIZIO DEL POTERE IN 'FORMA' AMMINISTRATIVA IN
UNO STATO D'*ANCIEN RÉGIME* (SECC. XVII-XVIII).
MODELLI TEORICI E GERARCHIE ISTITUZIONALI

INTRODUZIONE

Il problema da cui muove la presente ricerca è uno di quelli per i quali «importa [...] vedere se l'indagine storica e la costruzione dogmatica, pur avendo oggetti, in parte, distinti, metodi disparati, scopi immediati diversi, non possano e non debbano invece considerarsi e svolgersi, in armonica concordia, l'una accanto all'altra, come due processi, ambedue legittimi e necessari, della conoscenza del diritto»¹.

«[L]a funzione prima della conoscenza storica – considerata ai fini dell'educazione giuridica – è appunto di costituire un correttivo di visione ed una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica. L'indagine storica non presenta infatti il pericolo che la speculazione dello studioso abbia a considerare il mondo del diritto come esaurito dalle norme legislative o tutto rappresentato dalle costruzioni dogmatiche, perché nel suo sforzo di abbracciare la vita giuridica nella sua totalità e nel suo divenire essa non si arresta ai principi di quelle, ma cerca di rintracciarne le basi, la portata, l'efficienza nell'ambiente sociale e nella concretezza dei fatti. Ed evita così anche il pericolo che la dogmatica abbia a degenerare in un rigido dogmatismo, col porre in rilievo il rapporto fra lo svolgersi delle norme e quello dei fenomeni giuridici e la natura della relazione che passa fra la realtà giuridica e la costruzione dogmatica»².

«La storia giuridica, se vuol essere scienza e non un'esposizione cronologica di regole o di dottrine, deve imporsi come oggetto questa ricostruzione di istituti nella loro struttura e nella loro funzione, nella loro essenza e nelle loro relazioni con l'ambiente, la rappresentazione delle loro variazioni ed infine la ricerca delle leggi di queste variazioni. E ciò allo scopo di poter ficcare il viso per lo fondo, attraverso i materiali offerti dal diritto positivo, dalla dogmatica, dalla giurisprudenza, dalla vita, nella vasta complessità del mondo giuridico, di poter stabilire il rapporto fra quella realtà più vasta e il diritto positivo, di poter dimostrare la contingenza delle costruzioni dottrinali e dogmatiche» – o almeno di molte di queste –, «le quali costituiscono del resto un elemento essenziale per la ricostruzione storica, in quanto rappresentano le tendenze vive nella classe più specialmente chiamata a

¹ Così P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III (1923), fasc. 4, p. 375, del quale riportiamo l'efficace insegnamento di storico del diritto romano – in disparte, evidentemente, quello dell'uomo politico – come fa anche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 564-565.

² DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia*, cit., pp. 383-384.

interpretare ed elaborare il diritto, la quale in ogni tempo ha mirato a trasformare in costruzione logica quella necessità storica, la cui essenza noi vogliamo scrutare e afferrare»³.

Proprio «la natura della relazione che passa fra la realtà giuridica e la costruzione dogmatica» è, ebbene, la questione di fondo che a nostro parere deve essere risolta per poter dare una risposta al problema giuridico-storiografico della funzione amministrativa; nonché, in successione logica, a quello più particolare della tutela del privato e delle sue ragioni, e interessi, di fronte a quelle, e a quelli, dell’Autorità pubblica.

Sul che cosa si debba secondo noi intendere effettivamente per ‘funzione amministrativa’ ci soffermeremo ampiamente nel primo Capitolo di questo lavoro; per il momento, ci è sufficiente segnalare come al centro tanto delle ricostruzioni della storiografia maggioritaria e accettata che si è occupata dell’Età Moderna (o *Ancien Régime*), quanto, parimenti, dei dibattiti che impegnano attualmente la dottrina amministrativista, non vi sia, a ben vedere, che una convinzione soltanto: quella cioè per cui la funzione amministrativa sia una forma di esercizio del potere che reca con sé un margine ineliminabile di insindacabilità decisoria.

L’atto amministrativo per antonomasia – il ‘provvedimento’ amministrativo – è una decisione autoritativa che ha per oggetto immediato e diretto una utilità pubblica⁴. Il suo contenuto, venendo spesso in rilievo interessi non perfettamente bilanciati (né bilanciabili) previamente in via normativa, scaturisce da operazioni valutative largamente discrezionali, di “opportunità” rispetto al fine perseguito, le quali risultano essere in quella misura “meta-giuridiche” – come generalmente si dice – perché prive di un parametro obbiettivo di conformità cui poter essere raffrontate⁵.

Si lasci per ora in disparte il fatto che anche nel caso delle decisioni amministrative non discrezionali, ma vincolate, l’interesse ‘finale’ del privato non è sempre tutelabile in via immediata rispetto a quello pubblico⁶; è per la ragione complessiva appena cennata che l’esistenza di una ‘funzione’ propriamente ‘amministrativa’ (tale, cioè, dal punto di vista dogmatico, ancorché non da quello materiale-teleologico dei risultati⁷) viene correntemente esclusa per l’Antico Regime.

In quell’esperienza giuridica, infatti, è sotto gli occhi di tutti gli storici del diritto come il dover vertere il sindacato su valutazioni di opportunità non rappresentasse un ostacolo a una piena giustiziabilità dell’atto finalizzato al perseguimento di un interesse della collettività

³ Ivi, pp. 387-388.

⁴ Si veda in proposito l’approfondito e autorevole quadro offerto da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017², pp. 13-35.

⁵ Su questa impostazione ci concentreremo, in generale, nella Parte Prima, Cap. I.

⁶ Parte Prima, Cap. II., par. V.

⁷ Sul punto, Parte Prima, Cap. I., parr. I. e II.

(poniamo, l'espropriazione per pubblica utilità di un fondo privato ricorso dal suo proprietario). In maniera speculare ma analoga, poi, è oggi la medesima, ritenuta, parziale insindacabilità delle decisioni amministrative che porta a costruire lo strumentario dei rimedi giurisdizionali a disposizione del privato in maniera, sì, vieppiù garantistica, ma pur sempre a partire da quel dogmaticamente, invero, indimostrato assunto di partenza.

Contingenza storica e dogmatica giuridica, cioè logica del diritto: è solo relativizzando storicamente il passato, ma anche il presente, e assolutizzando per altro verso l'oggetto di studio, cioè astraendolo da determinate condizioni contingenti prima di calarlo nuovamente in esse, che è possibile comprendere quanto è dovuto alla natura delle cose – qui, pertanto, a quella della funzione amministrativa – e quanto, invece, a fattori maggiormente estrinseci e transitori. L'indagine che segue si regge su questa generale premessa di fondo; il rischio, altrimenti, ci sembra sia quello di studiare il verificarsi di un fenomeno – appunto, la funzione amministrativa – in una certa epoca storica sulla base dei risultati dell'osservazione dello stesso fenomeno in un altro e molto diverso periodo di tempo, e applicare così alla prima categorie che sono state coniate nel, e che servono a spiegare il, secondo.

Nella Parte Prima della ricerca proveremo per questo a esporre e dimostrare le “coordinate teoriche” che ci sembrano le più adatte a de-costruire e, quindi, a ri-costruire l'impostazione e l'approccio all'indicato problema storico-giuridico.

In particolare, dovremo in primo luogo verificare se, sul piano dogmatico, l'unica differenza pratica e tangibile tra funzione amministrativa e giurisdizionale sia da rinvenirsi nei cd. epifenomeni, rispettivamente, 'procedimentale' e 'processuale'. Più nello specifico e più esattamente, dovremo appurare se proprio il fatto che questo sia in certa misura vero per l'esperienza giuridica contemporanea significhi che è sufficiente introdurre o rintracciare l'operatività del modulo processuale per garantire un sindacato pieno sulle decisioni amministrative; oppure se, tenuto conto degli evidenti, profondi e strutturali limiti ai quali – come nota anche recente dottrina – segue a sottostare il sindacato del nostro giudice amministrativo, ciò non voglia piuttosto dire che anche in sede di giudizio avente ad oggetto atti amministrativi – anche in sede, quindi, processuale – si continui molte volte ad esercitare una funzione amministrativa: a dare, in altre parole, soddisfazione all'interesse particolare del privato ricorrente esclusivamente nel limite della sua compatibilità con quello, di segno contrario – è fondamentale precisarlo –, dell'istituzione pubblica⁸.

È curioso che oggi si continui a esaltare la posizione giuridica dell'“interesse legittimo” come la migliore delle forme possibili di tutela delle ragioni del privato quando è innegabile

⁸ Parte Prima, Cap. I., spec. parr. III. e IV., e Cap. II.

che, celata subito dietro ai sempre crescenti “fasti processualistici” – la cui prevalente utilità è quella di introdurre surrettiziamente una ‘giurisdizione d’opportunità’, che soltanto paralizzava l’azione dell’Amministrazione Pubblica e che meramente reduplica le scelte anche, come spesso avviene, degli enti più direttamente espressione del circuito democratico-politico –, sopravviva ancora la figura dell’“interesse occasionalmente protetto”. Un residuo storico dello statalismo liberale di cui – noi crediamo – sarebbe ormai il caso di liberarsi.

Alla luce del divario tra modernità e contemporaneità cui abbiamo poc’anzi fatto riferimento, onde risalire alla natura di quello che potremmo definire come l’“interesse legittimo d’Antico Regime” – dello *ius in spe quaesitum* che postulava essenzialmente (come oggi fa anche il nostro interesse legittimo) la mediazione del potere pubblico – è allora indispensabile accollarsi l’onere di scomporre pezzo per pezzo la figura del potere amministrativo per come è attualmente concepita. Del resto, con la locuzione ‘interesse legittimo’ si intendono designare le specificità della tutela azionabile dal privato contro questo potere nel cui esercizio si concreta il perseguimento diretto dei pubblici interessi, ossia la funzione amministrativa; nel che, a rifletterci, è logicamente implicito come la conformazione di tale posizione soggettiva rappresenti il crisma e, così, rifletta i caratteri di una particolare concezione del potere amministrativo medesimo.

Con ciò vogliamo dire – riallacciandoci all’argomento iniziale di queste pagine introduttive – che, a nostro giudizio, quella che conosciamo e che osserviamo manifestarsi nella vita giuridica dei nostri ordinamenti è solo una delle declinazioni possibili del potere amministrativo, una sua forma storicamente contingente, accidentale.

Nella *pars destruens* del lavoro, dunque, dopo aver chiarito quella che è, sempre a nostro avviso, la natura propria della ‘funzione amministrativa’ (e di quella ‘giurisdizionale’)¹⁰, si renderà necessario identificare in modo puntuale – anche per corroborare la ricostruzione di tale natura – il fattore che impedisce oggi un pieno sindacato degli atti espressivi della prima delle due ricordate forme funzionali, o, ed è lo stesso, l’esercizio compiuto di una funzione giurisdizionale sugli assetti di interessi contenuti nelle decisioni amministrative.

Ora, l’elemento più radicalmente estraneo all’esperienza d’*Ancien Régime* è l’esistenza di un «assolutismo giuridico», il felice accostamento lessicale con il quale Paolo Grossi denunciava, ormai diversi anni addietro, la rigidità e l’artificiosità di un sistema – quello liberale e giuspositivista – che perdura(va) nella mentalità dei giuristi, tanto teorici quanto

⁹ Come segnatamente nota F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 92: v. *amplius* Parte Prima, Cap. II., in part. par. V.

¹⁰ Parte Prima, Cap. I.

pratici, ben oltre la conclusione di quella pagina storica; un sistema nel quale si pretendeva di ridurre il diritto ad una manifestazione della «volontà statale»¹¹.

Tale espressione, secondo noi, è invero da intendersi in senso estensivo¹²: perché «[l]’urlo della Marsigliese e i mortaretti sparati per le carte dei diritti hanno troppo spesso impedito di avvertire quanto coartante e innaturale fosse il gran processo di panlegificazione e di codificazione sette-ottocentesco»¹³, ma hanno anche impedito di vedere, più in generale, come il vero problema – precisiamo: dal punto di vista della tutela del privato di fronte alle decisioni pubbliche e amministrative in specie – fosse, e sia, la centralità della norma come imprescindibile mediatore di tutti indistintamente i rapporti giuridici pubblico-privati. È da questa centralità, per riprendere il discorso di cui sopra sulla non piena sindacabilità delle decisioni amministrative, che, a nostro parere, essa deriva.

Al recupero della confidenza tipica della statualità d’Antico Regime con l’elemento del potere¹⁴, che invece la cultura liberale portava per un verso a demonizzare e, per altro verso, come or ora dicevamo, a celebrare e assolutizzare, sono dedicati, a livello concettuale, i Capitoli II. e III. della Parte Prima della ricerca e, più nel particolare, l’intera Parte Seconda.

Il fondamento individualistico del diritto, che, dopo le teorizzazioni del Sei-Settecento, infine si affermava veicolato dagli eventi rivoluzionari, portava – come noto – a scindere in maniera netta la sfera del pubblico da quella del privato, l’interesse dell’Autorità da quello del singolo cittadino¹⁵. E se si comprende il tentativo di porre rimedio al «punto oscuro»¹⁶ della statualità d’Antico Regime – la concentrazione del potere in una sola istituzione apicale e il connesso rischio di abusi di una siffatta *plenitudo potestatis* –, tale nuova impostazione, di cui la centralità della ‘norma’ diveniva chiave di volta, creava nondimeno un punto oscuro diverso, declinando l’interesse pubblico anzitutto come interesse della ‘parte’ pubblica, prima e più che come interesse generale, comune, o pubblico in senso oggettivo che dir si voglia.

¹¹ P. GROSSI, *Ancora sull’assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 3.

¹² Come diremo nella Parte Prima, Cap. II., spec. par. IV.

¹³ GROSSI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴ Sul quale assunto non si può che rinviare al magistrale lavoro di M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, che richiameremo più volte nello svolgimento dell’indagine.

¹⁵ Sulla netta separazione tra interesse ‘pubblico’ e ‘privato’ che si affermava a partire dalle Rivoluzioni illuministiche in accordo alle ideologie sottese alle stesse – separazione che avrebbe dato luogo poco più tardi ad una vera e propria dicotomia giuridica –, cfr. l’ampia ricostruzione di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 63 ss.

¹⁶ L’espressione è presa in prestito da M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 70 e *passim*.

Per questo, ogni tentativo di implementare una più compiuta tutela del privato di fronte all'esercizio del potere che si collochi a valle, e non a monte, di questo dato, lasciandolo intoccato o finanche presupponendolo, ci sembra in verità scontare una certa inattitudine di partenza rispetto allo scopo nobile che si prefigge¹⁷. Il punto – come cercheremo di dimostrare¹⁸ – è piuttosto, secondo noi, quello di assicurare che ogni decisione risulti alla fine realizzare uno sviluppo e una declinazione coerente con il rapporto logico fra il 'tutto' che l'interesse pubblico-collettivo deve costituire e le sue 'parti', rappresentate dagli interessi particolari dei privati o di altre soggettività, anch'esse – perché no – collettive.

Sotto questo aspetto, il recupero della dottrina medievale e moderna può fornire spunti e un insegnamento di grande spessore. Specialmente San Tommaso d'Aquino, attraverso la sua opera ordinante (fra le altre cose) la questione definitoria della 'legge' e della 'giustizia', individuava nel '*bonum commune*' l'elemento cardine della suddetta logica del rapporto giuridico e, cioè, della giustizia stessa, di ciò che nell'ambito di una società spetta a ciascuno secondo una proporzione di eguaglianza. L'interesse per tale *bonum* è – vogliamo chiarirlo fin da ora – l'interesse pubblico in senso proprio, in senso obiettivo e non meramente soggettivo-istituzionale; l'unico sempre capace di rendere armoniche le istanze generali e quelle particolari, quelle pubbliche e quelle private, di soddisfare ovverosia potenzialmente tanto l'interesse della 'parte' collettiva quanto quello della 'parte' privata.

Rispetto al *bonum commune*, la *lex* non è che il criterio, la «norma remota del diritto»¹⁹, che conferisce priorità ad un certo interesse strumentale in funzione di quello finale, dell'obiettivo, che nel governo temporale è anzitutto la giustizia. 'Normare', come vedremo meglio²⁰, significa cioè stabilire un interesse (pubblico, nel caso della funzione amministrativa) primario, il quale serve tuttavia a raggiungere uno scopo, a soddisfare un interesse, distinto e presupposto. Per questo, ogni altra norma che voglia avere come fine il bene comune, che cioè miri a soddisfare a livello minimo l'interesse pubblico alla giustizia, non può che conformarsi allo *ius divinum naturale* e a ciò cui in esso è attribuita precedenza: tale diritto, anche detto *ius gentium primum* o, con altra denominazione ancora, *ius*

¹⁷ È questo, a nostro avviso, il difetto di ricostruzioni pur altamente pregevoli e ottimamente argomentate come quella recentissima di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020 (v. *amplius* Parte Prima, Cap. II., par. V.).

¹⁸ Parte Prima, Cap. III.

¹⁹ S. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1984, testo orig. con trad. it. (di seguito, *S.T.*), II-II, q. 57, art. 1, ad 2.

²⁰ Parte Prima, Cap. II., par. III.1.

naturale semplicemente, è infatti l'insieme delle norme che racchiudono definitivamente l'ordine 'tutto'-'parti', che integra appunto il nucleo della giustizia²¹.

La sopra cennata, invece, inidoneità dell'interesse pubblico-collettivo stabilito normativamente dal diritto positivo a soddisfare sempre, potenzialmente, anche gli interessi particolari delle parti è una conseguenza implicita ed in certa misura inevitabile del principio di separazione dei poteri; termine, quest'ultimo di 'potere', peraltro impreciso, perché sono in verità le 'funzioni', cioè le modalità di esercizio del potere, ad essere soggettivamente separate. Dato il significato di 'normare' poc'anzi brevemente descritto, se, nell'assetto normativo di interessi, quello di cui il privato domanda tutela è già stato ritenuto recessivo in rapporto all'altro – quello della parte pubblica qualificato invece come 'primario' –, invocare il rispetto di quella norma non può garantire la soddisfazione dell'istanza del ricorrente; salvo, perlomeno, che per sua natura quell'interesse stabilito come primario non sia esso stesso capace di soddisfare potenzialmente anche quello 'parziale' del privato²². Inoltre, quanto più la norma è generica e abbisogna, pertanto, di essere determinata discrezionalmente da chi si trova a doverla 'eseguire', tanto più il vincolo normativo risulterà incapace di costituire un parametro stringente di legittimità della decisione amministrativa che persegue l'interesse pubblico. Resta inteso: a meno, ovviamente, di non accettare di invadere la competenza funzionale di un altro ente e di violare però così la separazione dei poteri.

È nostra convinzione che questa dinamica oggi si ripeta, o tenda a ripetersi, sostanzialmente a tutti i livelli dell'ordinamento e della produzione normativa²³, il che dimostra come sia questa la causa prima e principale del problema di tutela del privato, alla cui risoluzione questo lavoro ha l'ambizione di dare un qualche contributo.

Età Moderna e Contemporanea ci consegnano insomma due paradigmi dei rapporti pubblico-privati aventi connotati specifici molto diversi: una «sovranità normativa» e una «sovranità istituzionale» – per reimpiegare le efficaci locuzioni di Enzo Cannizzaro²⁴ –, che non solo sono atte a designare tipologie distinte di rapporto fra istituzioni esercenti il potere, ma anche forme e fondamenti differenti di legittimazione delle decisioni autoritative.

²¹ Su questo tema, ed anche, in particolare, per la distinzione dello *ius divinum naturale (vel gentium primarium)* dallo *ius divinum positivum* (avente valore perfetto del primo), v. i riferimenti che riporteremo nella Parte Prima, Cap. III., parr. II. e II.1.

²² Oltre che a livello di inquadramento generale come faremo nella Parte Prima, Cap. II., par. V., parleremo di questa capacità dell'interesse pur di una 'parte' di porsi in qualità di 'tutto' rispetto a quello di un'altra 'parte' del rapporto giuridico con riguardo alla categoria dei cd. interessi *oeconomici*: Parte Seconda, Cap. V., par. II.

²³ Parte Prima, sempre Cap. II., parr. I. e II.

²⁴ E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in «Quaderni fiorentini», XXXI (2002).

Nel primo caso, si tratta sostanzialmente di ordinare la gerarchia istituzionale secondo gradi diversi di generalità delle norme, o comunque sulla base del ruolo normativo-direttivo dell'ente sovraordinato e su quello invece esecutivo-integrativo dell'istituzione subordinata. In questo modo, l'unità politica è alla fine la risultante di un ordinamento d'interessi normativamente univoco²⁵. Come, infatti, la Scuola di diritto naturale seicentesca (pensiamo a Pufendorf, Burlamaqui, Barbeyrac²⁶) scomponeva una certa posizione di potere in molteplici 'parti potenziali' o applicazioni della medesima a determinati oggetti – potere di fare le leggi (cioè atti a efficacia generale²⁷), potere di dichiarare guerra, di imporre tributi, di risolvere le controversie, ecc. –, così, analogamente, il principio di separazione dei poteri – *rectius*, delle funzioni –, che Locke, Montesquieu, Rousseau e altri ancora hanno teorizzato, si traduce anch'esso in una scomposizione, ma non del potere, bensì del suo esercizio o funzione, appunto, in plurimi apporti causali all'operazione complessiva che serve ad assicurare la soddisfazione dell'interesse primariamente perseguito²⁸. E questi apporti sono il 'normare', cioè – come già scrivevamo – lo stabilire una precedenza di interessi utile a quello scopo; l' 'eseguire', ossia l'inverare il medesimo ordine di priorità, e il 'giudicare', o meglio il 'controllare', della correttezza dell'esecuzione²⁹.

Ciò posto, quando, come in Antico Regime, la funzione normativa non ricopre il ruolo di perno nel sistema politico, e cioè la separazione delle funzioni intese *ut supra* non risulta operante, le medesime sono suscettibili di sovrapporsi e assommarsi in capo a un'istituzione sola. È allora la centralità di questa peculiare declinazione della 'funzione' che viene meno e non, evidentemente, la rilevanza dell'elemento funzionale in sé. Affiora così, su queste basi, la possibilità logica che la funzione 'amministrativa' e, altresì, la stessa funzione 'giurisdizionale' siano in se stesse qualcosa di diverso da quell' 'eseguire' e da quel 'giudicare' della fedele esecuzione della norma. Per questo motivo, come dicevamo, è indispensabile fare chiarezza sull'uso dei termini e dei concetti e dirimere ciò che pertiene a declinazioni contingenti di quelle funzioni da ciò che invece ne integra la definizione.

²⁵ Parte Prima, Cap. II., par. III.1.

²⁶ Vi accenneremo nella Parte Seconda, Cap. IV., par. II.

²⁷ Come è stato chiarito dalla dottrina e in particolare da Feliciano Benvenuti (v. anzitutto Parte Prima, Cap. I., par. I.), e come vedremo ampiamente al Cap. II., parr. III. e III.1, un conto è l'atto, un altro è la funzione. Non, dunque, ogni *atto* normativo esprime anche una *funzione* normativa, perché non ogni atto normativo contiene necessariamente anche lo stabilimento di un fine (interesse) primario diverso da quello indicato in un diverso atto normativo: ciò che, appunto, definisce invece la 'funzione normativa', sicché ogni svolgimento di questa funzione si risolve in un atto normativo – in una regola di precedenza astratta tra interessi –, ma non ogni atto normativo è l'esito e il prodotto di una funzione normativa. La Scuola di diritto naturale assumeva il "potere di fare le leggi" come tipo di decisione, o atto, e non di funzione.

²⁸ Sulle 'parti potenziali' della funzione si veda la Parte Prima, Cap. II., sempre parr. III. e III.1.

²⁹ È questa, sostanzialmente, la ricostruzione dogmatica delle tre funzioni offerta dal costituzionalista Gaetano Silvestri (Parte Prima, Cap. II., in part. par. III.1.).

L'ipotizzata centralità della sovranità normativa nella eziologia del deficit di tutela che si continua ai nostri giorni a registrare, e che incontra – torniamo a dire – nella funzione amministrativo-esecutiva un caso emblematico, si rafforza poi, con dimostrazione *a contrario*, se si considerano gli effetti destrutturanti del moltiplicarsi dei centri della decisione politica, cioè dei centri normativi, in grado di stabilire fini da perseguire e interessi da soddisfare con priorità rispetto ad altri.

A questo proposito, il fenomeno fra tutti di maggior rilievo, quantomeno come dimensioni, è senz'altro quello dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario. L'approccio storico-giuridico a questa tematica, con particolare riferimento alla statualità pre-contemporanea, è stato auspicato – nonostante l'ovvia utilità di natura indiretta – da studiosi autorevoli come, forse su tutti, Sabino Cassese e Paolo Grossi³⁰.

L'Antico Regime e, nello specifico, la struttura 'composita' degli ordinamenti giuridici di quell'epoca costituiscono un laboratorio privilegiato per l'osservazione di dinamiche istituzionali capaci di congiungere e coniugare l'unità complessiva con la pluralità dei centri decisionali. Tale esperienza giuridica si attesta essere, così, fonte pressoché inesauribile di spunti per comprendere le direzioni possibili di trasformazione ed evoluzione di una sovranità «istituzionale», non fondata sull'intermediazione normativa dei rapporti giuridici: i suoi limiti intrinseci, la sua duttilità, la sua capacità di adattarsi a condizioni storico-politiche e, più in generale, ad esperienze giuridiche fra loro profondamente diverse come lo sono state quella medievale, quella moderna e, forse per ultima, quella interessantissima parentesi – che merita certo molto di più, anche sotto questo profilo, dei riferimenti che le possiamo riservare noi in questo lavoro³¹ – della Restaurazione aperta dal Congresso di Vienna. Sì che, in effetti, anche il paradigma della sovranità «normativa», inaugurato dalla progettualità illuministico-rivoluzionaria, deve essere indagato con sguardo contemporaneamente e comparatisticamente rivolto all'altro paradigma suddetto; e, nella misura in cui l'odierno pluralismo istituzionale risulti incrinare proprio la statualità «normativa» della tradizione liberale, la critica che qui condurremo, per risalire – come anticipato – al fattore che genera il difetto di tutela del privato e che non ha, per questo, permesso di riconoscere l'esistenza della funzione amministrativa in Antico Regime, conferma, e non contraddice, l'ipotesi secondo cui la variabile indipendente da analizzare è tale medesima forma di sovranità.

L'apertura degli Stati nazionali verso un ordinamento autonomo e più ampio come l'Unione Europea pone in questo senso problematiche che ci sembra debbano svilupparsi

³⁰ Vi accenneremo nella Parte Prima, Cap. III., spec. ai parr. I. e III.

³¹ Parte Seconda, Cap. V., par. V.

necessariamente in una delle due direzioni di massima appena tratteggiate e fra loro alternative, quale che poi essa effettivamente sia. È stato segnalato, ad esempio, che, dovendo dare pieno corso al principio di prevalenza del diritto europeo, «“fin dove il diritto nazionale consente un’interpretazione conforme alla direttiva, in quanto le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti, il giudice nazionale deve utilizzare l’intero spazio valutativo ad esso concesso (‘margine discrezionale’) in favore del diritto comunitario”»³². Questa circostanza – ci si domanda – è suscettibile di importare un’attenuazione della separazione tra funzione normativa ed esecutiva? Chi deve eseguire le norme si trova cioè, di fatto, a causa del concorso di più norme e, quindi, di più interessi primari, nella condizione di dover stabilire lui in prima persona una norma diversa da esse, un ordine di precedenza tra i fini particolari e parimenti prioritari di cui nelle diverse norme rilevanti in relazione ad un certo caso³³?

Ciò vorrebbe dire che è venuto meno il suddetto assetto normativo univoco di interessi e che la comprimarietà di fatto tra tali interessi investe, ufficiosamente, colui che è chiamato a eseguire e ad applicare norme di un compito anzitutto normativo. Si tratta, infatti, di una necessità logica: prima si stabiliscono l’obiettivo e il criterio dell’azione – in una parola, appunto, la norma –, poi si agisce; prima si stabilisce in astratto un ordinamento di interessi, poi lo si inverte con norme più particolari o in relazione ai casi concreti. Se per qualche motivo non è possibile distinguere (non logicamente, ché lo è sempre, ma) soggettivamente questi momenti, viene meno la predeterminazione normativa degli assetti di interessi e, quindi, si va verso una gerarchizzazione degli enti che esercitano il potere secondo un criterio diverso³⁴.

³² M. GIAVAZZI, *L’effetto utile dell’effetto diretto delle norme UE e l’interpretazione valutativa delle norme di contenuto vago: una riflessione sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in «Giustamm.it», VIII (2018), p. 22.

³³ Sulla diversità essenziale tra clausole generali o concetti indeterminati che richiedono, per la loro integrazione, una valutazione comparativa degli interessi e quelle, o quelli, che invece non la esigono in quanto comunque dotate(i) di ‘fattispecie’, v. Parte Prima, Cap. I., par. II.

³⁴ Anche, peraltro, senza uscire dai confini statali, basti rinviare, per dare un’idea della dinamica che si sta descrivendo (sulla quale v. *amplius* Parte Prima, Cap. II., par. IV. e V.), alle incisive osservazioni di G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017², art. 14, *ad vocem*, pp. 626-627. Il quale, in tema di conferenza di servizi decisoria, segnatamente osserva: «[l]’esame contestuale [...] comporta inderogabilmente che tutte le amministrazioni titolari dei procedimenti connessi siano condizionate, nelle loro successive singole decisioni provvedimentali, dalle risultanze della valutazione contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti, anche in ragione della disciplina del dissenso. [...] In altre parole, appare inevitabile una sorta di bilanciamento degli interessi pubblici coinvolti [...], certamente utile alla reciproca funzionalizzazione degli emanandi provvedimenti consentita (e perseguita) dalla conferenza dei servizi del comma 2 dell’art. 14 cit. [l. 241/1990]. [...] sotto il profilo considerato, la conferenza di servizi è, almeno potenzialmente, foriera di provvedimenti viziati da eccesso di potere (ove questi ultimi fossero esaminati con esclusivo riferimento alla propria fattispecie legale di riferimento) [...]. La legalità formale può dirsi salvaguardata perché ciascuna autorità emanerà comunque il provvedimento di competenza, ma la legalità sostanziale è molto più a rischio sotto il profilo del merito amministrativo, ché l’opportunità amministrativa non potrà più essere soppesata con riferimento al singolo interesse pubblico primario, ma

Tutto ciò rappresenta uno dei due volti della statualità contemporanea: quello che mostra maggiori segni di scostamento dal modello illuministico; l'altro, invece, è quello che, nell'ambito di evidenti conflitti tra le istituzioni apicali di un ordinamento e quelle di un altro, cerca di preservare il modello dello Stato di diritto. Difficile stabilire se un simile tentativo si risolverà a favore di un rafforzamento del livello – s'intende: normativo – sovranazionale, ovvero di un mantenimento della centralità delle norme nazionali, almeno di quelle cd. supreme, indefettibili. A tal proposito, come adesso dicevamo, vi è forse soprattutto un conflitto tra istituzioni di vertice più che uno tra forme diverse di statualità. Si tratta, ad ogni buon conto, di dinamiche potenzialmente destrutturanti la logica dello Stato di diritto, la quale, secondo quanto tratteggiato, fa appunto della norma e della funzione normativa le protagoniste indiscusse del sistema politico. E in questo senso ci sembra possano essere letti i confronti degli ultimi anni tra giurisprudenza costituzionale nazionale e giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione³⁵.

Ciò detto, nella Parte Seconda dell'elaborato indagheremo le forme che il rapporto di preminenza tra istituzioni non improntato allo schema 'normativo' concretamente assumeva nella statualità d'Antico Regime. Allo scopo, assumeremo come esempio principale gli Stati Estensi nell'arco, grosso modo, dei secoli XVII e XVIII, anche per ragioni – non lo nascondiamo – di fattibilità pratica della ricerca. Precisiamo quindi che non intendiamo in alcun modo fornire una ricostruzione storica lineare e completa di quel territorio, ma solo

inevitabilmente con attenzione a quella sorte [sic] di "super-interesse primario", costituito da tutti gli interessi pubblici (primari e secondari) coinvolti nell'esame contestuale propugnato dalla conferenza dei servizi». Ci sembra chiaro, da queste efficaci notazioni dell'A. citato, il punto di cui discutiamo.

³⁵ Cioè, in definitiva, il ribadimento del modello 'dualista' in opposizione a quello 'monista' da sempre propugnato dalla Corte di Giustizia. Premesso che nessuno dei due, di per sé, ci pare radicalmente contrario ad una sovranità «normativa» – ad una centralità, dunque, della norma e della funzione normativa –, richiamiamo comunque per inciso, e senza pretesa di completezza, i problemi creati dalla cd. doppia pregiudizialità e dai suoi rapporti con il giudizio di costituzionalità delle leggi, il cui ambito operativo (e, quindi, l'influenza della Corte costituzionale) potrebbe risulterne eroso. Scrive, sul punto, G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, in «Rivista A.I.C.», 2022, fasc. 4, p. 129: «[l]a giurisprudenza sulla priorità del giudizio costituzionale – dapprima assoluta, poi, in quanto nella sostanza rimessa al prudente apprezzamento del giudice a quo, solo tendenziale, o preferenziale – interessa [...] soprattutto con riguardo alle ipotesi nelle quali si ritenga possibile, nell'ambito di una singola controversia, riconoscere a una disposizione della CDFUE l'attitudine a spiegare effetti diretti, come talora si dice, *de plano*, vale a dire senza previo rinvio pregiudiziale di interpretazione – presupposto 'fisiologico', quest'ultimo, della disapplicazione – anche, e soprattutto, sulla scorta di precedenti decisioni della Corte di giustizia estranee al procedimento giurisdizionale in corso». Espresso il rinvio a F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in «Quaderni costituzionali», 2019, fasc. 2, p. 487, il quale osserva che «l'ormai celebre *obiter* della sentenza n. 269/2017 ha preannunciato una significativa svolta rispetto ai principi espressi dalla sentenza n. 170/1984 (Granital): la Corte, d'ora in poi, considererà ammissibili questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alle norme della Carta, pur se idonee a produrre effetto diretto nell'ordinamento italiano; e potrà, così, essa stessa scrutinare la compatibilità della legislazione ordinaria con le norme della Carta, al duplice metro degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

servircene come serbatoio di fonti e “*case study*” per realizzare un campionario che possa documentare e dimostrare la teorizzazione complessiva di cui nella Parte Prima.

Una volta individuate quelle che ci sembrano le definizioni più proprie di funzione amministrativa e giurisdizionale, il tentativo sarà quello, in particolare, di effettuare una ricognizione del ruolo che tali modalità di esercizio del potere giocavano nell’ambito di una statualità ambivalente: un’organizzazione complessiva del potere che polarizzava, cioè, la titolarità dello stesso al vertice e che preservava, però, al contempo uno spazio fondamentale per il pluralismo istituzionale e la possibilità per i diversi attori ordinamentali di perseguire linee politiche spesso non uniformi, almeno in certi settori giuridici come la materia civile e quella criminale.

Proprio a questo riguardo, anzi, il binomio funzione amministrativa-funzione giurisdizionale si rivela l’unico capace, a nostro avviso, di spiegare e conciliare l’inesistenza di un qualsivoglia margine di autonomia formale delle periferie che fosse vincolante per il sovrano e, cionondimeno, la capacità di queste ultime di reggersi fundamentalmente sui propri antichi statuti fino almeno all’epoca delle ‘consolidazioni’³⁶.

Al contempo, l’esistenza anche di numerosi ordinamenti – questi sì – formalmente separati e autonomi dal resto del principato consente di corroborare l’assunto per cui, ove si dia una differenziazione delle competenze di distinte istituzioni per posizioni di potere (o per i molteplici costitutivi di una medesima posizione di potere), il momento ‘funzionale’ viene in rilievo solo secondariamente e sussidiariamente, per rimediare a eventuali situazioni patologiche di deviazione da quelle competenze potestative³⁷. E da qui, in sostanza, la famosa immagine del “re-giustiziere”, la cui superiorità ‘giurisdizionale’, rivolta primariamente alla soddisfazione di interessi particolari³⁸, non contraddiceva l’autonomia politica più o meno compiuta e completa degli ordinamenti subordinati.

Per converso, nell’ipotesi, o nella misura, in cui non ricorra una simile autonomia formale, ed il potere, o un certo potere, sia perciò di esclusiva titolarità dell’istituzione preminente, sono le modalità del suo esercizio, cioè l’elemento funzionale, ad assurgere necessariamente a criterio di rapporto fra i vari enti che partecipano ad esso. In questo senso, fa differenza che la funzione direttivo-normativa sia svolta dall’ente superiore o da quello inferiore, ché, mentre nel primo caso quello subordinato non potrà che ‘eseguire’ le norme del superiore,

³⁶ Parte Seconda, Cap. V.

³⁷ Parte Seconda, Cap. IV., in part. par. II.

³⁸ Come dicevamo, sul concetto di funzione ‘giurisdizionale’ e ‘amministrativa’ si veda la Parte Prima, Cap. I., par. III.

sarebbe invece illogico supporre, nel caso opposto, che quest'ultimo sia vincolato alle norme dell'ente appunto subordinato.

Questa dinamica mostra, da un lato, come le 'parti potenziali' della funzione, ossia normare-eseguire-giudicare, esistessero anche nell'ambito della statualità d'Antico Regime; e ciò benché esse, in assenza di un principio come quello della separazione dei poteri à la Montesquieu, non possedessero una valenza strutturale per il sistema politico nel suo complesso. Dall'altro lato, lo stesso rilievo evidenzia come tali funzioni, proprio in quanto 'potenze', non siano che forme 'accidentali' – ancorché necessarie e non meramente eventuali³⁹ – di manifestazione della 'funzione' e delle sue specie 'sostanziali', che sono invece quelle che noi indichiamo con i termini 'amministrativa' e 'giurisdizionale'. Quand'è così, bisogna invero affermare che queste due ultime, più che identificarsi essenzialmente con una o con l'altra delle menzionate funzioni 'potenziali', piuttosto si esprimono o attraverso una normazione, o tramite un'esecuzione o, infine, per mezzo di un giudizio (o, per meglio dire, di un 'controllo', essendo quello di 'giudizio' un concetto che soprattutto indica, teleologicamente, il risultato coincidente con la risoluzione di una controversia⁴⁰).

Del rapporto gerarchico tra enti che seguiva, anche in Antico Regime, la gerarchia logica tra le suddette parti potenziali della funzione offriremo qualche esempio in particolare nel Capitolo IV., al par. III.1., e, con una ricognizione più generale, nel Capitolo V., al par. II. Invece, sempre nel Capitolo V., ma al paragrafo III. e successivi, cercheremo di far emergere la capacità descrittiva che le funzioni sostanziali possedevano in ordine ai rapporti tra centro e periferie in quei settori giuridici la cui gestione gli equilibri politico-sociali dell'Età Moderna esigevano generalmente si mantenesse in capo alle seconde, contemporaneamente però assicurando al Principe una libera possibilità d'intervento allorché ne ravvisasse l'opportunità e la convenienza rispetto all'obiettivo della 'giustizia' (da intendersi questa in senso 'formale' e non meramente assiologico, come invece siamo abituati a fare noi al di oggi).

Al fine di presentare efficacemente l'intreccio di questi criteri di sovra-subordinazione istituzionale, il quale denota l'importanza della ricognizione tanto della funzione amministrativa quanto di quella giurisdizionale per la ricostruzione dell'esperienza storico-giuridica d'*Ancien Régime*, ci è sembrato utile articolare la Parte Seconda del lavoro secondo la dicotomia classica dei territori degli Stati d'Età Moderna: quella, cioè, tra territori e

³⁹ È questo il concetto aristotelico di 'proprietà': Parte Prima, Cap. II., par. III.; Parte Seconda, Cap. IV., par. I. Forma 'accidentale' e, inoltre, meramente 'eventuale', come riconosceva già il Benvenuti, sono invece 'processo' e 'procedimento': di nuovo, Parte Prima, Cap. I., par. III.

⁴⁰ Parte Prima, Cap. III., par. III.

ordinamenti *mediate* (Capitolo IV.) e *immediate subiecti* al Principe e all'ordinamento che questi rappresentava (Capitolo V.).

Ciò, nella nostra idea, dovrebbe rendere maggiormente evidente l'indispensabilità di tali modalità di esercizio del potere – inclusa appunto l'amministrativa – per la comprensione della statualità d'Antico Regime. Infatti, anche quella 'mediatezza'⁴¹ del potere sovrano non era, in realtà, un'autonomia integrale e a tutto tondo, ma parziale; il che significa che, in ordine al perseguimento di determinati interessi collettivi – quelli *oeconomici*, della "casa" del Principe, e cioè della comunità della *Respublica* complessiva dallo stesso impersonata⁴² –, anche i cd. 'Stati mediati' (in particolare, gli ordinamenti feudal-'baronali') erano anch'essi considerabili, ai predetti riguardi, come 'immediati'.

Insomma, l'amministrazione di un tipico Principe d'Età Moderna non si rivolgeva esclusivamente all'interesse collettivo dello Stato considerato nella sua totalità, senza toccare, se non indirettamente, i molti interessi collettivi ma più particolari delle comunità a lui soggette. Nella persistenza di margini di autonomia politica – a volte vincolante per il Sovrano, altre meno⁴³ – di quelle stesse comunità di cui lo Stato si componeva, queste ultime si trovavano ormai subordinate al Principe e al *bonum commune* della *Respublica* complessiva non solo, cioè, 'giurisdizionalmente', ossia attraverso il perseguimento di tale *bonum* in via indiretta rispetto alla semplice garanzia della non conflittualità delle une con le altre e di ciascuna di esse con i propri membri. Si trattava, invero, di una soggezione anche, e in maniera forse quantitativamente preponderante, 'amministrativa', la quale si traduceva nell'assunzione, da parte del centro dominante, della cura di quegli interessi collettivi delle singole comunità territoriali che, ancorché – ribadiamo – particolari e 'parziali'⁴⁴, non potevano tuttavia, per la loro natura, essere considerati separatamente da quello generale e 'totale' del resto del dominio.

⁴¹ Sul cui significato si veda la Parte Seconda, Cap. IV., parr. I. e I.1.

⁴² Sul punto ci soffermeremo nel già richiamato Cap. V., par. II.

⁴³ Cap. V., par. I.

⁴⁴ Sul significato *per relationem* di 'pubblico' e 'privato', Parte Seconda, Cap. IV., par. III.

PARTE PRIMA
COORDINATE TEORICHE

CAPITOLO I.

IL PERSEGUIMENTO DEI PUBBLICI INTERESSI IN ETÀ MODERNA NELLA RICOSTRUZIONE DELLA STORIOGRAFIA MAGGIORITARIA

Sommario: I. L' 'amministrazione giudiziale': introduzione ad alcune criticità del paradigma. – II. L'impossibilità di qualificare l'attività discrezionale come operazione interpretativa e la conseguente non esaustività della formula "amministrare giudicando" per spiegare il sindacato sul merito. – II.1. In particolare: l'inconcepibilità di una 'giurisdizione di opportunità' nell'ordinamento pre-contemporaneo. – III. La vicendevole irriducibilità di 'amministrare' e 'giudicare'. I margini teorici per un esercizio amministrativo del potere in Antico Regime. – IV. Il processo come "esoscheletro" per forme di controllo eterogenee: l'eziologia estrinseca dell'insindacabilità nel merito rispetto alla funzione amministrativa.

I. L' 'amministrazione giudiziale': introduzione ad alcune criticità del paradigma

«Amministrare giudicando»: così si intitola un capitolo di una imprescindibile *Storia del diritto amministrativo* scritta a quattro mani da Luca Mannori e Bernardo Sordi. Una formula pregnante nel significato, volta a condensare le «forme del comando nello Stato giurisdizionale»¹. Ma questo volume non costituisce altro che l'approdo ultimo del denso studio condotto, per i profili di interesse, in particolare da Mannori: è ai numerosi lavori di questo studioso che la presente ricerca deve le molte suggestioni che proverà a sviluppare.

«Amministrare giudicando» perché «non c'è dubbio che il potere di comandare non abbia ancora raggiunto una autonomia decisiva rispetto a quello di giudicare»² e che quest'ultimo continui «a proporsi naturalmente come la forma immanente del potere subordinato *tout court*, secondo una concezione che morirà del tutto solo con la nascita dello Stato-persona contemporaneo e la soppressione del vecchio pluralismo giuridico infrasocietario»³.

La ricostruzione segnalata segue l'impianto teorico di fondo suggerito dall'illustre amministrativista Feliciano Benvenuti, che si incentra sulla considerazione della 'funzione' in senso formale, ossia sull'esercizio del potere che sfocia nella decisione⁴. 'Forma', in senso

¹ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, Parte prima, cap. II, dove in generale vengono ripresi i risultati dei lavori precedenti di Mannori cui di seguito si farà ampiamente riferimento.

² L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX (1990), p. 374.

³ Ivi, p. 502.

⁴ La rilevanza nell'ordinamento giuridico della 'funzione', nella sua accezione di 'concretarsi del potere in atto', è circostanza oggi del tutto acquisita, rispetto alla quale i lavori di Benvenuti costituiscono il riferimento

eminentemente logico-aristotelico, è ciò per cui un certo oggetto sussiste come tale⁵. Diciamo subito, però, che il problema che intendiamo segnalare della ricostruzione della storiografia fiorentina – lo vedremo specialmente al successivo par. III. – è che Benvenuti, quando si riferisce a ‘procedimento’ e ‘processo’, parla in realtà di ‘forma *estrinseca*’, detta altresì «sensibile»⁶, della funzione, mentre Mannori impiega procedimento e processo in senso definitorio, e cioè come sinonimi, rispettivamente di funzione ‘amministrativa’ e funzione ‘giurisdizionale’. Dobbiamo ora accingerci, quindi, a sottolineare questo che, a nostro parere, è l’equivoco di fondo, ciò da cui esso deriva e le relative implicazioni.

Indiscutibile, infatti, la pregnanza del tipo di approccio impiegato dal Benvenuti e ripreso da Mannori, la difficoltà è però poi quella di stabilire quale sia effettivamente la ‘forma’ della ‘funzione’ o ‘esercizio del potere’. Secondo la storiografia fiorentina, alla base della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale sussisterebbe un «parallelismo sostanziale»⁷. Questa comune sostanza sarebbe da individuarsi – in accordo con la dottrina normativista di matrice kelseniana – «nell’applicare norme (amministrative) secondo processi concettuali non decisamente diversi da quelli compiuti dal giudice in sede di applicazione di leggi civili o penali»⁸. Solo che le prime lascerebbero residuare in capo a chi è chiamato ad applicarle un margine più ampio di discrezionalità rispetto alle altre⁹.

fondamentale. Nello specifico, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in «Rassegna di diritto pubblico», V (1950), pp. 1 ss., e ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (1952), pp. 118 ss. In che cosa consista più esattamente il tipo di approccio ‘formale’ viene esplicitato meglio dallo stesso A. in ID., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 463, dove si chiarisce quale sia la «nostra filosofia generale: siamo infatti fermamente convinti che esista un meccanismo anche nel diritto e che la cosiddetta logica giuridica non sia, alla fine, che la pura e semplice logica delle cose».

⁵ Sul pensiero aristotelico e sulla teorica delle quattro cause, ci si limita a rinviare per una panoramica (che è quanto a noi basta) ad A. CHIAPPELLI, G. CALOGERO, B. NARDI, V. CRESCINI, *Aristotele, ad vocem*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti*, Roma, Treccani, 1929, vol. IV. Sulla causa ‘formale’ in particolare, si veda l’interessante contributo, benché risalente anch’esso, relativo forse al massimo conoscitore di Aristotele, cioè S. Tommaso d’Aquino: F. AMERIO, *Il principio di causalità in San Tomaso [sic]*, in «Rivista di Filosofia Neo-Scolastica», XVI (1938), fasc. 1, pp. 44-61; più di recente, B. MONDIN, *Forma, ad vocem*, in ID., *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d’Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2000², pp. 304 ss.

⁶ Lo precisa bene BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 129, anche nt. 22.

⁷ MANNORI, *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 331.

⁸ *Ibidem*. L’affermazione è dichiaratamente recuperata da H. KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, p. 131.

⁹ Di nuovo, MANNORI, *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 331: «Anche l’autorità amministrativa chiamata a realizzare un qualunque tipo di interesse pubblico attraverso un atto autoritativo “accerta la fattispecie prevista dalla norma generale come condizione dell’atto coercitivo” e conseguentemente lo emana, agendo in modo non diverso da un organo giurisdizionale che pronuncia una sentenza, per quanto si trovi talvolta dotata di una libertà di apprezzamento maggiore». Già in questo senso, ID., *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 105-106: «l’esclusione dell’attività amministrativa dal contenzioso non è un atto arbitrario del sovrano, ma una conseguenza naturale ed inevitabile del tipo di norma di cui l’amministrazione si serve. Diretta a tutelare esclusivamente l’interesse pubblico, la legge amministrativa non è strutturalmente capace di conferire diritti a chicchessia, e dunque di dar luogo ad una vertenza giurisdizionale: la sua effettività si esaurisce integralmente tramite “l’applicazione” ai singoli casi da parte della stessa autorità amministrativa. ‘Giudicare’ questa attività, ben prima che politicamente improponibile, è *impensabile sul piano*

È siffatta unitarietà di fondo tra le due ‘funzioni’ giuridiche che, secondo Mannori, le renderebbe interscambiabili, cioè distinguibili in base ad elementi estrinseci, come appunto è il tipo di procedimento mediante il quale l’esercizio del potere (o funzione) concretamente si manifesta. Scrive l’illustre storico: «fintantoché» chi amministra «si ponga come autorità, non c’è niente nel suo agire che non potrebbe essere trasposto in forma giurisdizionale; e viceversa non c’è niente nella funzione giurisdizionale che non potrebbe essere trasposto in forma amministrativa»¹⁰. In sostanza, come anticipavamo, ad avviso di Mannori ‘procedimento’ e ‘processo’ sono due sinonimi rispettivamente di funzione ‘amministrativa’ e di funzione ‘giurisdizionale’¹¹. E, visto che il processo, con i relativi principi¹², rappresentava la forma della funzione più obiettivamente confacente alla coscienza giuridica d’*Ancien Régime*, il cerchio sembra effettivamente chiudersi.

In realtà, con riguardo a questa relazione di sinonimia, lo stesso Benvenuti pare esprimere una posizione diversa, dal momento che lascia chiaramente intendere di non considerare sovrapponibili ‘procedimento’ e funzione ‘amministrativa’, da una parte, e ‘processo’ e funzione ‘giurisdizionale’, dall’altra. Benvenuti tiene cioè distinte le funzioni giuridiche dalla loro forma sensibile; non sta sostenendo, cioè, che la loro unica differenza consista nella forma estrinseca (ché, altrimenti, essa non sarebbe per vero più tale), ma sta solo affermando che in una certa forma estrinseca si possono esercitare e l’una e l’altra funzione¹³.

logico [corsivo nostro], giacché si tratta di una funzione di chiusura dell’ordinamento perfettamente parallela a quella che il giudice compie ‘interpretando’ ed ‘applicando’ leggi civili». Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 231 ss., ove si mette in luce che la ragione storico-politica della sistematica inadeguatezza dei tribunali ad attuare la legge – sentitissima ancora agli inizi del ’900 per non dire al giorno d’oggi – derivava chiaramente dal constatare come «il carattere puramente meccanico della nuova funzione giudiziaria la rendesse strutturalmente inidonea, agli occhi degli uomini della Rivoluzione, a statuire su quelle materie “in cui l’amministrazione dispone di una *latitudine di apprezzamento che esclude l’esistenza di uno stretto rapporto di conformità alla legge*”» (p. 245, nt. 44, corsivo sempre nostro, citazione di J. CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*, in «Revue de droit administratif», VI (1990), p. 721). Sugli eventi che portarono alla sottrazione del contenzioso amministrativo ai tribunali ordinari, si veda con particolare attenzione M. TROPER, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005 (ed. it. dell’originale del 1973), pp. 43 ss.

¹⁰ Ancora una volta, MANNORI, *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 331.

¹¹ *Ibidem*: «La sola, vera differenza tra le due funzioni si riduce allora alla forma».

¹² Fra tali principi si stagliava su tutti quello del contraddittorio. Per una ricognizione dei quali, si veda in particolare *ivi*, pp. 466-467.

¹³ Cfr. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 137: «potrebbe aversi funzione giurisdizionale svolta nelle forme di un procedimento e funzione amministrativa svolta nelle forme di un processo? Si capisce che la domanda implica che si determini se procedimento e processo sono, oltre che forme tipiche, forme necessarie per la esplicazione di una determinata funzione. Dico subito che non credo che a questa questione vada data risposta affermativa». In questa frase che Mannori sembra riprendere, la quale è indubbiamente, almeno in certa misura, ermetica, crediamo stia la fonte dell’equivoco anzidetto. Si veda inoltre quanto si legge *ivi*, p. 134, nt. 31: «Osservo solo che il problema della identificazione del ‘processo’ è complicato da ciò che normalmente nelle forme del processo si esplica la funzione giurisdizionale. Onde spesso si usa definire il processo mediante elementi sostanziali propri di quella funzione». Nello stesso senso, *altresì*, a p. 142: «mi si permetta soltanto di dire che [...] il processo è una delle forme di esplicazione della funzione e ha, come forma, e quale si sia la funzione che in esso si esprime, una propria autonomia, che col processo si esplica non solo la funzione giurisdizionale, ma anche quella amministrativa». Infine, alle pp. 134 e 138, l’A. più in generale sostiene che è per «opportunità politica» che gli atti amministrativi si estrinsecano attraverso il

Proviamo allora a ripercorrere un po' più nel dettaglio la tesi dello storico del diritto fiorentino per chiarire ciò da cui deriva la netta sovrapposizione tra procedimento e funzione amministrativa e processo e funzione giurisdizionale.

«Il magistrato» d'Antico Regime – spiega Mannori – «non è mai titolare di un generale potere ablatorio, ma è semplicemente vocato ad attuare le ablazioni legali già disposte dalle norme oggettive»¹⁴, benché queste siano magari «generalissime»¹⁵. Egli, cioè, pone in essere «un'attività consistente nel produrre nuovi precetti giuridici ricavandoli da altri precetti giuridici preesistenti e dotati di un maggior grado di generalità»¹⁶. Per tutta l'età moderna, dunque, gli apparati subordinati continuano sostanzialmente a proporsi come interpreti più che come creatori del diritto¹⁷: ogni atto espressivo di potere – scrive ancora – deve essere «obbiettivamente conforme all'ordine normativo che quell'autorità è chiamata ad interpretare, giacché il potere, nel suo divenire, non è altro che il 'farsi' del diritto stesso»¹⁸.

Qui, secondo il nostro Autore, risiede il sensibile scarto qualitativo rispetto agli apparati amministrativi della contemporaneità. Il comune fondamento sostanziale dell'esercizio del potere amministrativo e giurisdizionale si reggerebbe, pertanto, sulla possibilità di ricostruire in termini di *attività interpretativa* le decisioni discrezionali. Ciò, da un punto di vista teorico, spiegherebbe il fatto che, negli ordinamenti d'Età Moderna, «la costituzione di un qualunque titolo esecutivo non può mai prescindere da un preliminare *accertamento della situazione di diritto* secondo un complesso di forme che diano garanzia di razionalità», ossia mediante «lo svolgimento di un 'processo'»¹⁹. Infatti, il disporre delle posizioni giuridiche soggettive dei privati «a volontà, in relazione al conseguimento di un interesse pubblico principale assunto come proprio», era prerogativa del principe o, più in generale, del vertice politico²⁰. L'«amministratore» pre-contemporaneo, di conseguenza, si limitava alla *'iurisdictio'* – al 'dire', all'esplicitare, una soluzione giuridica già latente nell'ordinamento –, per quanto «indefinito» fosse poi il suo «margine di apprezzamento» nell'attività di interpretazione delle norme²¹.

'procedimento in senso stretto', e viceversa quelli 'giurisdizionali'. Sul punto torneremo diffusamente al successivo par. III.

¹⁴ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 452, nt. 325.

¹⁵ L. MANNORI, *L'amministrazione del territorio nella Toscana Granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Firenze, Capponi, 1988, p. 184.

¹⁶ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 346.

¹⁷ Come ivi spiega alle pp. 354 e 407-415.

¹⁸ Ivi, p. 347.

¹⁹ MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 190 (il corsivo è nostro).

²⁰ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 450.

²¹ Ivi, p. 461.

Arriviamo quindi al punto centrale della ricostruzione. L'autorevole storiografia fiorentina spiega in questo modo la piena controllabilità – in Antico Regime e diversamente da oggi – anche del cd. 'merito' delle decisioni discrezionali, ricordando in particolare la definizione ancora oggi comunemente accettata dello stesso: il merito si identifica con la scelta o, meglio, con l'insieme delle scelte che l'Autorità può validamente compiere rispetto al vincolo normativo di riferimento. 'Scelte', appunto, in quanto valutazioni recanti la configurazione di assetti di interessi che non contrastano con ciò a cui nell'ordinamento giuridico è attribuita rilevanza, e che pertanto si considerano paramtrate unicamente a regole non giuridiche, ossia ai canoni di opportunità e convenienza²².

La suddetta teorica incentrata sull'attività interpretativa si rende necessaria perché, se la scelta è una valutazione parametrata a regole meta-giuridiche, è logico come la decisione non possa poi andare integralmente soggetta ad una pronuncia giudiziale in termini di legittimità, ovverosia in termini di diritto²³. Quand'è così, comandare e giudicare (cioè il controllo del comando) non sono più due termini del tutto complementari come lo erano in Antico Regime. Per questo, Mannori afferma che, se invece «la facoltà di apprezzamento

²² Riguardo alla nota nozione di 'merito amministrativo' alla quale anche Mannori sembra rifarsi, cfr., *inter alios*, quanto riportato ancora nel recentissimo E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2021²³, p. 509. In particolare, l'A. si riferisce al merito amministrativo come all'«insieme delle soluzioni compatibili con il canone di congruità-logicità che regola l'azione discrezionale, distinguibili e “graduabili” tra di loro (nel senso che una soluzione sia da ritenere migliore delle altre) soltanto utilizzando criteri di opportunità e di convenienza»; quindi conclude che, «se l'illegittimità è la difformità dell'atto dal paradigma normativo costituito dalle norme di azione, l'inopportunità per vizi di merito, secondo la tesi tradizionale, si verifica nei casi in cui la scelta discrezionale confligge con tali criteri non giuridici [...]». Concordemente anche VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 211 ss. (cui si rinvia anche per una ricca bibliografia in tema): «[m]erito è [...] l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è la parte del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte di opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità [...]. I provvedimenti discrezionali sono dunque caratterizzati dalla predominanza che nelle relative decisioni rivestono le valutazioni di interessi. È la stessa norma attributiva del potere che, con il suo silenzio in ordine a taluni aspetti dell'agire amministrativo, prevede margini di apprezzamento esclusivi, valutazioni di opportunità, in capo alla pubblica amministrazione, che possono riguardare vuoi la concretizzazione della fattispecie normativa, vuoi la determinazione delle conseguenze giuridiche». Infatti – proseguono gli AA. – «la possibilità di introdurre valutazioni concrete di interessi dipende dalla presenza o meno di criteri di giudizio normativamente predeterminati, dal momento che, in assenza di criteri, la concretizzazione sarà fatta unicamente alla luce dello scopo della norma e cioè degli interessi che la disciplina sostanziale appare volta a tutelare» (p. 213). Molto chiaro, nello stesso senso, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, p. 974, secondo il quale «l'opportunità non è verificabile, se non attraverso le regole di metodo e di esperienza». Dal momento che ci stiamo occupando di ricostruire una certa, specifica teorica assunta dalla storiografia fiorentina, non ci soffermiamo invece sulle tesi che rinnegano l'utilità di un dualismo tra legittimità e merito. Per una panoramica su di esse, si può vedere, per tutti, la dettagliata ricostruzione di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit. pp. 255-257 ss., spec. nt. 176, il quale osserva che anche siffatte teoriche, in realtà, sono meno innovative, in punto di controllo giudiziale sulle decisioni discrezionali, di quanto *prima facie* sembrerebbe. In particolare, «permane la sensazione che sussistano aspetti, attinenti alla relazione che intercorre tra la situazione giuridica del privato e la determinazione della scelta concernente l'esercizio del potere, che nell'impostazione oggetto d'esame rischiano di essere lasciati indebitamente al di fuori della rappresentazione della realtà giuridica concernente l'esplicazione del fenomeno della discrezionalità» (p. 259).

²³ Approfondiremo meglio questo punto al par. successivo.

magistratuale non corrisponde, per definizione, ad una libertà di scelta in ordine ai modi per conseguire un fine empirico assegnato – cioè ad una potestà discrezionale –, ma si risolve tutta in una libertà nell'interpretazione delle norme»²⁴, i provvedimenti di uno dei tanti tribunali amministrativi²⁵ «non possono che confondersi completamente con tutti gli altri atti di tipo giurisdizionale, e trovarsi quindi assoggettati in maniera affatto naturale ai principii generali del processo»²⁶. In Antico regime, quindi, il privato che si sentiva gravato da una di quelle decisioni poteva instaurare, attraverso il proprio ricorso, un giudizio contro il tribunale stesso (o, meglio, contro un suo procuratore fiscale) e tale processo verteva finanche «sul merito dei diritti e sull'opportunità delle misure adottate per soddisfare l'interesse pubblico, come se l'atto fosse una semplice misura cautelare»²⁷.

La penetrabilità del merito negli ordinamenti d'*Ancien Régime* si spiegherebbe dunque, stando alla ricostruzione di Mannori, in quanto in fondo non vi sarebbe possibilità di scelte quali, invece, sono quelle che la nostra Pubblica Amministrazione compie quotidianamente: scelte – ripetiamo – paramtrate nel loro nucleo, cioè negli assetti di interessi che esse formano, a mere regole meta-giuridiche di opportunità. Di più, un siffatto caso non avrebbe potuto darsi nel periodo pre-rivoluzionario, in quanto il riferimento alla lunghissima tradizione di diritto comune, e in particolare alle infinite fattispecie nel tempo stratificatesi grazie al lavoro minuzioso della dottrina, fungeva da serbatoio di norme utili per risolvere praticamente qualsiasi caso.

Come conseguenza, se ne dovrebbe ricavare che la piena controllabilità (del merito) delle decisioni era una delle due facce di una stessa medaglia; l'altra era che «alla crescita dei *compiti* pubblici (cioè dei *fini* dello Stato) non fece riscontro la nascita di nuove pubbliche *funzioni* (cioè di nuove modalità giuridiche di esercizio del potere)»²⁸. L'inesistenza in epoca

²⁴ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 456.

²⁵ Per una panoramica sui quali si veda G. GORLA, *Appunti sui «Tribunalia» o «Magistratus» con funzioni amministrative e giudiziarie operanti fra i secoli XVI e XVIII nello Stato pontificio e nel Granducato di Toscana (con qualche traccia per altri Stati)*, in «Il Foro Italiano, CXIII (1990), parte quinta, *monografie e varietà*, pp. 229-252.

²⁶ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., sempre p. 456. Ancora più netto l'A. in ID., SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 54-55: «finché l'«amministrare» non consista nell'erogare servizi ma nell'imporre ai consociati l'osservanza di determinate regole, la funzione corrispondente può ben risultare del tutto indistinguibile da quella giudiziaria, il cui scopo è ancor oggi quello di sanzionare precetti giuridici. [...] facendo quindi osservare gli obblighi correlativi tramite l'irrogazione di severe multe a carico degli inadempienti. Una tecnica del genere non implica la necessità di forgiare alcuna nuova tipologia funzionale. Le ordinanze di 'polizia stradale' non reclamavano un'applicazione intrinsecamente diversa dalle comuni norme civili o penali. Come qualunque altra norma, esse contenevano certi precetti a carico dei sudditi e indicavano delle sanzioni in caso d'inosservanza».

²⁷ MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit. p. 195; L. MANNORI, *Il Sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 313 e 438.

²⁸ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., di nuovo p. 55, dove si legge anche: «la progressiva apparizione di quelle lunghe liste di doveri 'pubblici', così caratteristiche della politica assolutista, per molto

pre-contemporanea di una autonoma funzione amministrativa in parallelo a quella giurisdizionale sarebbe dimostrata dalla circostanza per cui, insomma, persino le decisioni discrezionali erano pienamente sindacabili in sede giudiziale; sindacabilità che, a sua volta, era possibile in quanto, da un punto di vista dogmatico, vi sarebbe la possibilità di ricostruire la *discrezionalità amministrativa* in termini di *discrezionalità interpretativa*. Tutto – se ben comprendiamo – dipenderebbe dal parametro normativo, cioè da quali «ablazioni legali già disposte dalle norme oggettive» vigevano nell'ordinamento.

Una immediata implicazione di questa complessiva teorica è che la modalità di esercizio del potere propriamente 'amministrativa' si connoterebbe essenzialmente per la non piena e integrale sindacabilità delle decisioni che da quel potere scaturiscono, specialmente di quelle che sono il prodotto di un esercizio discrezionale del potere. Infatti, tale parziale insindacabilità sarebbe la trasposizione sul piano giuridico-funzionale del dualismo tra momento del comando e momento del giudizio, essendo il risvolto biunivoco del paradigma dei rapporti politici cd. dell'«autorità-libertà»²⁹.

Questo risultato è ben testimoniato, d'altra parte, dall'opinione ancora viva e radicata per cui si può controllare una decisione solo nella misura in cui essa sia assoggettata ad una norma (giuridica), sicché meno questa norma è specifica, meno estesamente la decisione potrà di conseguenza essere sindacata³⁰. Ciò è vero soprattutto per le determinazioni

tempo non determinò altro che un espandersi della tradizionale attività giurisdizionale. [...] i giuristi presero semplicemente atto di come, accanto a una più antica attività giurisdizionale finalizzata alla soddisfazione di interessi privati, se ne fosse sviluppata anche un'altra diretta alla soddisfazione di interessi pubblico-collettivi: senza che però l'una e l'altra rinviassero a statuti operativi apprezzabilmente diversi»; MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 339: «[...] magistrature variamente addette all'annona, ai lavori pubblici, all'igiene, alla cura del patrimonio e dei redditi fiscali, al controllo comunitativo e così via. Al precoce consolidamento di queste strutture, tuttavia, non si accompagna certo né la nascita di un 'potere' amministrativo – giacché esse non risultano integrate in un apparato unitario, ma hanno soggettività giuridiche separate e distinte – né tantomeno la nascita di una 'funzione' amministrativa – le loro competenze sono definite infatti seguendo un criterio materiale e non funzionale: nel senso che ciascuno di questi organismi è abilitato indifferentemente a governare, giudicare, regolamentare, imporre contribuzioni, concedere e negoziare in ordine alla realizzazione degli obiettivi che l'ordinamento gli assegna. L'esercizio del potere viene insomma distribuito tra titolari distinti sulla base della diversa natura empirica degli interessi curati, e non sulla base delle diverse modalità giuridiche dell'attività necessaria a realizzarli».

²⁹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 157-196, ora anche in *Scritti. Volume IV. 1955-1962*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 525 ss. e spec. 534; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, pp. 525 ss.

³⁰ È tesi tanto risalente (v. di nuovo MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, cit., pp. 105-106; MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 231 ss.), quanto ancora diffusa quella della necessaria biunivocità tra controllo giurisdizionale ed esistenza di una «norma obbiettiva» che tuteli l'«interesse» del privato (che in sé è considerato *meta-giuridico*) facendone un «diritto» o un'altra posizione giuridica soggettiva (*rilevante per l'ordinamento positivo*). Cfr. V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Id., vol. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1897, p. 40, ove si afferma come «nel sistema dello Stato giuridico, l'individuo, malgrado la sua qualità di *suddito*, abbia dei veri e propri *diritti* da far valere contro l'azione dello Stato e diciamo *diritti*, perché concorrono i due elementi: un interesse da un lato e dall'altro una norma obbiettiva che quell'interesse tende a tutelare». In proposito, si rammenta la critica parlamentare alla proposta di abolire il sistema del contenzioso amministrativo (realizzata con la Legge 2248/1865), occasione in cui si era messo in luce che la «materia», da alcuni detta «degli *interessi legittimi*» e da altri «dei *diritti minori*» –

discrezionali, per la parte in cui esse si conformano unicamente a regole di opportunità e buona amministrazione.

Su queste basi, la sindacabilità nel merito delle decisioni discrezionali di cui in Antico Regime potrebbe dipendere soltanto dall'assenza di una gamma di più alternative legittime. È, dunque, conformemente a questa impostazione che la storiografia afferma che l'*officium nobile* del giudice dell'epoca possedeva, appunto, un «carattere totalmente obiettivo»³¹ e

proprio a significare una 'necessità sociale' di rilevanza di questi interessi maggiori o diritti minori nell'ordinamento positivo –, «non poteva essere abbandonata [...] al mero arbitrio dell'amministrazione pura o al tenue rimedio del ricorso in via gerarchica, ma reclamava anch'essa le garanzie di un pubblico contraddittorio e giustificava l'esistenza di una speciale giurisdizione amministrativa». Dalla fazione opposta, invece, si proclamava che «non esistono diritti imperfetti subordinati al potere discrezionale dell'autorità amministrativa: tutto ciò che non è difeso da norme fisse e costanti, e che può essere negato senza obbligo di risarcimento [a sottolineare l'inesistenza di alcuna pretesa avanzabile da parte dei privati], è mero interesse, affidato al prudente arbitrio di chi amministra». Così gli atti parlamentari del giugno 1864 come ripercorsi da L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultive*, in *Primo trattato completo*, vol. I, cit., p. 943; su tale dibattito, cfr. ampiamente SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 6 ss. È possibile poi citare, sempre in quest'ordine di idee, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1909⁶, pp. 122 ss., ove si ribadisce che «non si giudica e non si rende giustizia senza un torto da riparare, un diritto da restituire» (proprio del 'commutare' è un'equivalenza', come da insegnamento aristotelico), per poi concludere, quasi con un automatismo deduttivo, che «le revisioni di quistioni non sono *giudizii*, [...] [s]ono, seppure, giudizi, ma *teoretici*», e che «la verità invece si è che l'amministrazione *fa ed attua* i pubblici interessi, la giurisdizione *dichiara* e i pubblici e i privati diritti: *amministrare, giudicare*». È sufficiente, insomma, aver citato alcune fra le maggiori opere amministrativistiche degli inizi del XX secolo per rendersi conto di come la visione a quell'epoca non fosse mutata molto, in fondo, rispetto all'impostazione introdotta durante la Rivoluzione Francese e il periodo napoleonico. Scriveva nuovamente il Meucci: «Il giudizio è la *restituzione* di un diritto, come la legge è la *istituzione* del diritto. Il giudizio presuppone un diritto, una ragione violata, un *torto*. La *giustizia* è la reintegrazione di quella ragione. E in questo senso è giusto quel che dice il Romagnosi e tutta la dottrina francese, che il giudizio dell'interesse come tale non è se non una forma dell'amministrare» (p. 126). Sulla stessa linea di Meucci, anche Federico Cammeo, per il quale, come rileva A. TRAVI, *Cammeo e i ricorsi amministrativi*, in «Quaderni fiorentini», XXII (1993), pp. 456 ss. (cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ed altra concorde dottrina), «la funzione giurisdizionale avrebbe come fine ultimo la garanzia del diritto oggettivo, da attuarsi con un procedimento logico di deduzione da una norma», laddove la decisione di un ricorso amministrativo non avrebbe potuto definirsi 'giurisdizionale' in quanto «avrebbe coinvolto specificamente un interesse pubblico, distinto dalla mera garanzia del diritto oggettivo». Si confronti poi M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano Giuffrè, 1939, segnatamente pp. 165-167, il quale, secondo una definizione poi divenuta celebre, affermava che «la discrezionalità è una sfera di agire libero limitata positivamente»; così, essendo «l'esercizio del potere discrezionale [...], insieme, giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi», ma anche «volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione», «al di là dei limiti segnati dalla legge per i vari elementi dell'atto, l'esercizio della discrezionalità è pienamente e assolutamente libero [...] in senso giuridico, in quanto cioè il comportamento non è più disciplinato da norme giuridiche, benché possa esserlo da altre regole»: cioè da «regole non giuridiche» (p. 166). Si veda anche F.G. SCOCA, *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 78, nt. 14, il quale, analogamente, sembra confermare tra i tratti distintivi della 'giurisdizione' (ma non dell'attività amministrativa) l'assenza di discrezionalità ossia di attività propriamente volitiva. Dalla nozione di 'merito amministrativo' comunemente impiegata e sopra richiamata si noterà, dunque, come alle conclusioni classiche sul tema ora specificamente in esame l'odierna manualistica aderisca ancora abbastanza, dopo tutto: in questo senso, ad esempio, l'autorevole CASSETTA, *Manuale*, cit., p. 743, ove si persiste a ribadire che «giurisdizione significa soggezione alla legge».

³¹ MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 189: «[L]'unica differenza tra l'attività espletata dal magistrato nell'ambito dell'*officium nobile* e il profilo della funzione amministrativa che l'Ottocento ci ha reso familiare è che la prima ha un carattere totalmente obiettivo: nel senso che mentre la caratteristica fondamentale dell'amministrazione contemporanea consiste nel realizzare per definizione l'interesse stesso del soggetto agente – tipicamente dello Stato-persona, di cui i vari uffici amministrativi non sono che gli 'organi' –; i soggetti istituzionali di cui ci occupiamo, ponendosi come dei 'giudici', non realizzano mai un interesse proprio ma sempre quello o di un altro soggetto o dell'ordinamento nel suo insieme, anche quando si attivano

che l’Autorità doveva realizzare un «equilibrio» di interessi – pubblici e privati – «obiettivamente ‘giusto’»³².

Ora, non si discute che l’esigenza di assicurare la ‘giustizia’ di ogni decisione fosse del tutto pervasiva negli ordinamenti d’Antico Regime. Ciò che invece non convince è che la storiografia – come abbiamo riportato – da un lato ammetta che il magistrato pre-contemporaneo possedeva una discrezionalità decisionale spesso molto ampia e, tuttavia, spieghi poi, dall’altro, la possibilità di sindacare il merito di quel genere di statuizioni riconducendo tale libertà ad una libertà interpretativa che sempre risulta ineliminabile. Così facendo, essa finisce quindi per negare anche l’esistenza di un’autonoma funzione giuridica di tipo amministrativo: infatti, visto che non vi è una libertà di scelta (nonostante, appunto, l’ampia discrezionalità interpretativa che frequentemente ricorreva), la celebrazione di un ‘processo’, consentendo un esame imparziale della decisione in contraddittorio con la controparte, sarebbe stata già sufficiente ad assicurare un pieno sindacato giuridico – di diritto obiettivo – sulle decisioni. È sempre per questo, del resto, che il processo viene più in generale considerato l’unico elemento davvero distintivo tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa.

In verità, a noi sembra che vi sia una contraddizione nella tesi sin qui ripercorsa e che tale contraddizione si collochi a monte nella stessa premessa fondamentale: nella possibilità, cioè, di qualificare effettivamente le valutazioni necessarie alla cura dei pubblici interessi come mere operazioni interpretative di norme. Mannori stesso, peraltro, nonostante spieghi in questi termini la sindacabilità piena delle decisioni, e finanche quella nel merito delle statuizioni discrezionali, riconosce poi nondimeno che l’«*imperium* e l’*officium iudicis*» «conferiscono ai magistrati una capacità di libero apprezzamento funzionalmente equivalente a quella che sarà la futura ‘discrezionalità’ delle amministrazioni ottonevicesime»³³. Grazie – afferma più in particolare – al proprio *officium nobile* e alla possibilità di *statuere aequitatem*, un qualsiasi «magistrato premoderno era un personaggio perfettamente abilitato ad assumere decisioni per loro natura più legate a valutazioni di opportunità che non all’applicazione di norme formalizzate»³⁴. Di più, precisa subito che quelle valutazioni erano paramtrate all’opportunità – si noti – «com’erano e sono ancor

ex officio. Il che è del resto perfettamente conforme al carattere consociativo, e non personalizzato dell’ordinamento».

³² Ivi, p. 211: «[d]iversamente dal giudice, l’amministratore è lo strumento di un interesse ‘di parte’ – quello dello Stato-ente, ovvero del pubblico nella sua forma soggettivata – che egli deve far prevalere su qualsiasi altro interesse privato senza più curarsi (o pretendere) che l’equilibrio realizzato dal suo atto risulti obiettivamente ‘giusto’».

³³ MANNORI, *L’amministrazione del territorio*, cit., p. 185.

³⁴ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 56

oggi in modo peculiare le decisioni di carattere amministrativo»³⁵. Solo, ecco, che i tribunali pre-rivoluzionari – e qui si crede stia nello specifico la contraddizione – non possedevano «alcuna autorità metagiuridica»³⁶. Essi, invece, sarebbero stati per l'appunto «legittimati a modificare la situazione giuridica degli amministrati interpretando e svolgendo 'equitativamente' una serie di clausole generalissime – tra cui le più importanti sono quelle che stabiliscono il primato dell'utilità pubblica sulla privata →»: clausole, ovverosia, di natura equitativa e, come tali, del tutto generiche³⁷. Ma, quand'è così, dove sta effettivamente la differenza con una vera e propria libertà di scelta? Se si trattava «di valutazioni di opportunità», come potevano i magistrati 'amministrativi' non esercitare «alcuna autorità metagiuridica» ed anzi, all'atto pratico, dichiarare semplicemente un diritto?

Peraltro, attenendoci alla teorica amministrativa che Mannori fa propria, tali valutazioni sono indifferenti per l'ordinamento, in quanto, semplicemente, l'opportunità non è regola, non è principio, di carattere giuridico. Di conseguenza, tutte le valutazioni che non “sconfinano” nella violazione di norme (anche appunto di principio come quelle che presiedono alla ‘funzione’³⁸), ma che eventualmente violano solo il canone dell'opportunità rispetto all'interesse perseguito, non sono, secondo le medesime premesse teoriche, suscettibili di alcuna *iuris-dictio*. A fronte della mera ‘inopportunità’, cioè, il privato non vanta alcun un interesse giuridicamente tutelato.

Ciò posto, delle due l'una. O la sindacabilità nel merito dipende dall'inesistenza, nella cura di un interesse pubblico, di una pluralità di soluzioni valide, sicché è possibile dichiarare un valore giuridico potenzialmente *univoco*, magari recondito ma comunque latente

³⁵ *Ibidem* (corsivo nostro).

³⁶ MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., pp. 183-184.

³⁷ *Ibidem*. Risulta significativo riportare un passo affatto esemplificativo che si legge in queste pagine, onde dare conto della assoluta generalità delle clausole da 'interpretare' e 'accertare' e – ciò che più rileva, specie a fronte di un'operazione di attribuzione di significato a partire da una gamma di significati ammissibili in base al testo quale, per definizione, l'interpretazione è – della centralità dell'elemento dell'*'imperium'* magistratuale. Scrive l'A. in particolare: «[è] richiamandosi al loro naturale *imperium*, per esempio, che essi si riconoscono il potere generale di pronunciare, a favore di chi reputino giusto, l'espropriazione per pubblica utilità – osservando appunto che anche quando nessun testo specifico attribuisca un simile diritto, e dunque “non compete un'azione istituita dalle Leggi, è luogo ad implorare l'offizio nobile del Giudice” –; è così che, dichiarata la necessità di certe spese comunitative, le impongono e le ripartiscono tra i singoli membri; è così che obbligano i privati a realizzare le opere che ritengono più opportune per la difesa dalle acque, e via di seguito» (ivi, pp. 184-185; cfr. anche ID., *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 436 ss.). Sull'interpretazione, cfr., per tutti, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 61 ss. e 319: «deve intendersi per 'interpretazione' non *qualsivoglia* attribuzione di significato al testo interpretato, ma un'attribuzione di significato che *ricada entro la cornice* – di variabile ampiezza – dei significati ammissibili»; in questo senso, ad es., «l'argomento analogico è un argomento 'produttivo' di diritto: ossia una argomento che serve a giustificare (non un'interpretazione a preferenza di altre, ma) la creazione giurisprudenziale di norme inespresse: norme, dunque [...] *nuove*».

³⁸ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., pp. 22-30. Per quanto ora d'interesse, il riferimento va in particolare a «quei principi» che «costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa», cioè di quel distinto «momento dell'agire in cui questo non è ancora atto, ma è però già più che attività e cioè più che l'astratta possibilità di agire sia pure in vista di un fine o per un effetto» (p. 30, nt. 59).

nell'ordinamento e solo da accertare alla luce del caso concreto; oppure, si ammette viceversa come i magistrati degli Stati pre-rivoluzionari compissero effettivamente valutazioni di opportunità e come vi fosse, cioè, più di una soluzione conforme a diritto. Ma, in quest'ultimo caso, non risulta allora possibile spiegare la sindacabilità piena delle decisioni amministrative, e specialmente del merito di quelle discrezionali, nei termini di una senz'altro ampia, ma pur sempre semplice, discrezionalità interpretativa, come invece fa la storiografia fiorentina³⁹.

Per prima cosa, dunque, è fondamentale sciogliere questa alternativa. Infatti, allorché si dimostri che la decisione che persegue un interesse pubblico può ben postulare anche una libertà di scelta (la quale, per sua natura, presuppone una pluralità, e non una univocità, delle soluzioni possibili), non si può più affermare che tale decisione sia sindacabile mediante un semplice ragionamento logico, o comunque non integralmente. Quand'è così, nemmeno allora il riesame di quella decisione discrezionale in sede processuale, ossia in contraddittorio, è sufficiente di per sé a spiegare il dato storico della sua sindacabilità nel merito, il quale andrà quindi ricostruito altrimenti. Occorrerà, cioè, *reindividuare il presupposto logico della complementarità tra comando e giudizio*, tra potere e giuridicità, giacché esso – per le ragioni che ora meglio spiegheremo – non può consistere, o non sempre, nell'applicazione interpretativa di disposizioni come, al contrario, indicato da Mannori. Ed evidentemente, se la piena sindacabilità delle decisioni amministrative non può dipendere, per lo stesso motivo, dalla forma processuale o procedimentale dell'esercizio del potere – le quali sono invece considerate da Mannori come sinonimi, rispettivamente, di funzione amministrativa e giurisdizionale –, ciò vuol dire che la centralità in Età Moderna del processo non implica necessariamente l'esistenza, in quell'esperienza giuridica, della sola funzione giurisdizionale.

³⁹ In sostanza, ciò che si sta dicendo è che, se non si può parlare di 'interpretazione' nell'accezione di semplice attribuzione di significato che Luca Mannori espressamente impiega (si veda ancora una volta, in particolare, MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 331), allorché si ammetta poi che vi era una sostanziale possibilità di scelta tra più alternative (scelta di fatto guidata dal canone meta-giuridico dell'opportunità), non è più possibile spiegare la piena sindacabilità delle stesse decisioni mediante il riferimento all'interpretazione'. Si può forse parlare, invece, di *'interpretatio'* come risultato e quindi, potenzialmente, come creazione a partire da regole date, più che come attività in sé di attribuzione di significato. Sul punto, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995, pp. 168 ss., per l'epoca medievale, e G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in «Il Foro Italiano», XCII (1969), fasc. 10, parte quinta, *monografie e varietà*, pp. 111 ss., per l'epoca successiva e per la distinzione tra interpretazione della disposizione e decisione, che può anche prescindere dalla prima; cfr., inoltre, le precisazioni offerte in tema da U. PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i Codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto (Como, 17-18 novembre 2006)*, a cura di C. Storti Storchi, Napoli, Jovene, 2010, spec. p. 287.

Ora, i peculiari equilibri interni di un ordinamento giuridico si riflettono inevitabilmente sul modo complessivo in cui, nello stesso, si esercita il potere⁴⁰. Si è pertanto convinti che, nel momento in cui si potrà riconoscere che vi era anche una funzione amministrativa già nell'epoca pre-rivoluzionaria, vi saranno ricadute non indifferenti sulla ricostruzione della vita giuridica dei relativi ordinamenti: ciò che costituirà il punto di arrivo di questa prima parte della ricerca.

II. L'impossibilità di qualificare l'attività discrezionale come operazione interpretativa e la conseguente non esaustività della formula "amministrare giudicando" per spiegare il sindacato sul merito

Quella secondo cui l'attività discrezionale si risolve in un'operazione ermeneutica è, invero, tesi oggi superata in dottrina⁴¹. In questo senso, «vi è pressoché concordia sul fatto che l'interpretazione della norma giuridica non coincida con la discrezionalità, perché la discrezionalità non consiste nel mero completamento di una norma imprecisa»⁴².

Anzitutto, va evidenziato che è proprio l'intima correlazione tra discrezionalità e scelta «creativa», «di valore», «di tipo politico»⁴³, che preclude alla equiparabilità dell'operazione razionale sottesa alla discrezionalità a quella che informa di sé l'attività interpretativa. In particolare, «se si riduce la discrezionalità a esclusivo fatto intellettuale di sussunzione della fattispecie, si deve altresì ritenere che il pubblico interesse nel senso voluto dalla legge risulti necessariamente uno solo in un caso concreto»⁴⁴. Non sempre, in altre parole, alla genericità di un precetto corrisponde una inevitabile, ma anche mera, elasticità 'interpretativa', che di per sé non è contraria all'univocità del significato ricavabile dalla disposizione e valido

⁴⁰ P. COSTA, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002 (rist. dell'originale del 1969), p. 91 (ma è invero il significato di questa opera nel suo complesso).

⁴¹ In senso opposto, invece, e forse su tutti, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, p. 215; più di recente, ID. *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. p. 102, ove afferma che tra discrezionalità e interpretazione vi è una «differenza solo quantitativa».

⁴² VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 61 ss.; già, peraltro, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, spec. pp. 83-84, esprimeva forti riserve sulle possibilità di una parificazione sostanziale tra le due attività.

⁴³ VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 68-69: «[e]sclusivo della discrezionalità è, quindi, oltre e a fianco del momento intellettuale, "un momento volitivo ed una capacità creativa", mentre l'attività interpretativa ha rispetto alla norma scritta un compito di integrazione, mai di innovazione, non comportando alcun giudizio di valore».

⁴⁴ Ivi, pp. 64 e 66: «[s]e si riduce la discrezionalità a esclusivo fatto intellettuale di sussunzione della fattispecie, si deve altresì ritenere che il pubblico interesse nel senso voluto dalla legge risulti necessariamente uno solo in un caso concreto. Ne consegue che non sia consentito postulare una scelta da parte dell'autorità nel caso di esercizio di attività discrezionale» (p. 66) «tra soluzioni diverse, tutte egualmente valide per l'ordinamento» (p. 64). In senso identico, si veda, in aggiunta, il già richiamato PIRAS, *Discrezionalità*, cit., pp. 83-84.

rispetto alla lettera della stessa⁴⁵. Spesso, al contrario, la indeterminatezza di una disposizione dipende dal fatto che essa non contempla una ‘fatti - specie’ o, che dir si voglia, una norma ‘condizionale’. In questa specifica ipotesi, così, non potrà darsi luogo ad alcuna ‘interpretazione’, accertamento o sussunzione, ma il procedimento logico sarà necessariamente quello della elaborazione di una *scelta* discrezionale, con la quale integrare l’ordinamento degli interessi rilevanti che la norma *non* conteneva compiutamente già in astratto⁴⁶.

Pertanto, anche il sindacato sul merito amministrativo non è altro che un «giudizio [...] sugli elementi discrezionali corrispondenti alle norme a contenuto indeterminato»⁴⁷. Non è

⁴⁵ Ancora, VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 67: «il fatto che il prodotto dell’attività di interpretazione risulti eventualmente non univoco impedisce soltanto che la norma interpretata venga considerata in termini di “verità”, potendo considerarsi solo in termini di “validità”».

⁴⁶ In termini, soprattutto R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 199 ss. In particolare, questi spiega che occorre fare riferimento al *tipo di attività logico-razionale* che è richiesto dai ‘concetti indeterminati’ nei quali si sostanziano le norme attributive di un potere discrezionale all’Amministrazione, le quali si limitano a fissare «gli obiettivi e gli interessi che rappresentano il ‘vincolo positivo’ della potestà discrezionale conferita» (p. 208). Si deve dunque verificare caso per caso se vi sia o meno una «fattispecie», cioè una norma che contenga una «descrizione tipicizzata dei fatti» (p. 200). Nello specifico, ogni «fattispecie normativa, per quanto possa essere “aperta” la sua formulazione, consente di pervenire all’individuazione e alla qualificazione dei fatti rilevanti per la sua applicazione attraverso procedimenti che non escono dall’interpretazione» (p. 204). Per converso, «mancando la fattispecie, diviene impossibile procedere alla concretizzazione della norma attraverso il passaggio dalla fattispecie più generale a quella più particolare e così, via via, sino alla “fattispecie concreta” [...]. Per le norme programmatiche (e per le altre norme prive di fattispecie) la relazione con gli atti che le eseguono non può coincidere con questa progressione lineare. Il margine di scarto è contenuto nella nozione di ‘discrezionalità’» (pp. 202-203). Si esprime nel senso concorde di una duplicità sostanziale delle clausole generali M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall’esperienza del diritto commerciale*, in «Orizzonti del diritto commerciale», II (2018), pp. 24-27, il quale propone di distinguere tra «norme a contenuto indeterminato composte di fattispecie», le quali «non hanno una struttura logica peculiare», e «norme a contenuto indeterminato comportanti delega al giudice per la soluzione di conflitti intersoggettivi». In ordine a queste ultime, «il giudice è chiamato *non ad operare una sussunzione* di un caso concreto in una regola generale (in vario modo storicamente costruita), bensì a dettare la regola del caso concreto, operando un bilanciamento fra due interessi concreti in conflitto fra loro: il giudice opera, in qualche modo, come un legislatore del caso particolare e concreto. Perciò la sua decisione, *propriamente discrezionale*, dovrà essere [...] adeguatamente motivata sul piano della valutazione comparativa degli interessi in gioco» (corsivi non originali). Cfr. di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., pp. 436-438: «[l]a scelta in ordine all’assetto di interessi, non definito a livello normativo, collega quindi fattispecie [di potere] e conseguenze, rispetto alle quali si rinviene un margine di indeterminatezza (lo si deve necessariamente rinvenire, come detto, perché vi sia discrezionalità [...], e quindi un assetto di interessi non compiutamente definito), e crea una regola idonea a risolvere il concreto problema [...]»; inoltre: «[l]’individuazione della regola presuppone, infatti, una scelta che non consiste nell’inclusione della realtà fattuale in una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei. Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre [...] alla considerazione che viene data, in via normativa, all’interesse pubblico astratto e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate. Farlo [...] significherebbe [...] fare riferimento direttamente all’interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione nel caso concreto». Cfr., inoltre, L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all’esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell’equità*, in «Giurisprudenza Italiana», V (2012), pp. 1213 ss., e più in generale, per una panoramica incisiva sulle ipotesi nelle quali vengono rilievo norme ‘programmatiche’ e, quindi, operazioni logiche consistenti nella ponderazione discrezionale di interessi, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», I (2017), pp. 225-226.

⁴⁷ Già così, segnatamente, F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 324. Viceversa, il giudizio di legittimità verte «sulla conformità degli elementi vincolati alle norme che li riguardano [...]. Sicché, mentre nel giudizio di legittimità la individuazione

quindi condivisibile l'affermazione di Mannori secondo cui è «il diritto stesso ad imporre ai sudditi determinati sacrifici, quando ricorrano certi presupposti (magari anche molto generici) che il magistrato è chiamato ad accertare»⁴⁸. Del resto, dove vi è scelta vi è, per definizione, pluralità di alternative. La cura degli interessi pubblici non è mai allora riducibile – ricapitolando – ad una mera operazione applicativo-sussuntoria: «il pubblico interesse “non è cosa che si possa cercare come un *certo* scientifico, ma cosa da apprezzare” e quindi la discrezionalità comporta una valutazione che implica l'impossibilità di una soluzione unica»⁴⁹.

Alla luce di quanto appena chiarito, l'interpretazione di simili, late fattispecie legali serviva piuttosto a individuare – diremmo oggi – la 'norma attributiva' del potere. Pare peraltro riconoscerlo Mannori medesimo, allorché afferma che lo «stesso richiamo al diritto oggettivo, anzi, finiva spesso per porsi più come fondamento legittimante che come limite reale alla libertà di apprezzamento dei loro autori»⁵⁰. E indubbiamente, a differenza del Sovrano, il Magistrato, in quanto parte di un apparato subordinato, aveva bisogno di un'attribuzione di potere al riguardo, ieri come oggi: un'autorizzazione, generale o specifica, a derogare a ciò che persino il *princeps* stesso poteva disattendere solo sulla base di una determinata *causa rationabilis*⁵¹. Non si può allora dire che tale attività interpretativa fosse

della norma avviene nelle solite vie ermeneutiche, nel giudizio di merito è soltanto nella valutazione della specie che emerge la regola di quella specie [...]» (*ibidem*). Non condivisibile, tuttavia, per le ragioni poco sopra spiegate, la conclusione che, immediatamente dopo, Benvenuti trae, giacché sembra riportare il tutto ancora una volta all'interpretazione – anche se invero non spiega precisamente come – dopo aver appena escluso che, per il giudizio di merito e più in generale per l'attività discrezionale, di interpretazione non possa trattarsi: «pertanto» – scrive in coda al passo precitato – «alla valutazione del fatto si accompagna l'interpretazione della regola che da quel fatto singolarmente emerge». Infatti, Benvenuti parla pur sempre di «fattispecie» (*ibidem*): ciò che, invece, differenzia in via dirimente i concetti giuridici determinati da quelli indeterminati.

⁴⁸ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 436.

⁴⁹ Così, ancora una volta, VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 66 (corsivo degli AA.). Queste considerazioni bastino, di conseguenza, ad escludere la condivisibilità delle ricostruzioni che, ciascuna con la propria originalità ma sostanzialmente facendo perno sulle norme della 'morale sociale' storicamente vigente, respingono la centralità del momento della scelta. Ciò viene argomentato in due modi: o, senza cancellare la scelta in sé, valorizzandone al massimo la collocazione al di là degli obblighi giuridici di comportamento (ai nostri fini, è sufficiente, per tutti, il richiamo alla proposta di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008); oppure sostenendo che «il contenuto della previsione indeterminata» va 'ricercato' «nell'ordine giuridico della società [...] e che la determinazione in concreto dell'interesse pubblico non costituisca uno spazio di valutazione (e, quindi, di volizione) dell'amministrazione pubblica [...]» (L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in «Diritto amministrativo», XXI (2013), fasc. 3, p. 373). L'A., più precisamente, spiega che ciò «non esclude l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede» (*ibidem*), atteso che l'integrazione del contenuto delle clausole generali andrebbe compiuta mediante il riferimento all'obiettivo finale indisponibile per quell'autorità (obiettivo che egli, con riferimento ovviamente all'ordinamento odierno, individua nella tutela delle libertà e della dignità individuale). Resta tuttavia non spiegato il ruolo di quel residuo margine valutativo (come infatti notava CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 429, nt. 107).

⁵⁰ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 56.

⁵¹ Il Principe era cioè tenuto, dal canto suo, a giustificare quella scelta. Al riguardo della cd. *quaestio potestatis*, si veda, per tutti, G. GORLA, «*Lura naturalia sunt immutabilia*». I limiti al potere del «*princeps*» nella dottrina

finalizzata a verificare la ricorrenza in concreto dei presupposti applicativi di una norma condizionale – per quanto generica – concernente la limitazione di certi diritti dei privati.

Ora, è chiaro che una decisione che si caratterizza per valutazioni discrezionali e scelte non può essere (completamente) sindacata, cioè ripercorsa o effettuata di nuovo, mediante un'operazione strettamente interpretativa, ossia di attribuzione di significato. Sempre in dottrina, oggi, si segnala in questo senso – ed è anzi motivo di dibattito – che anche il giudicare può richiedere valutazioni che, essenzialmente discrezionali, «superano» la «razionalità sillogistico-deduttiva di tipo matematico, alla quale per lungo si è tentato di ricondurre la funzione giurisdizionale nella tradizione di *civil law*»⁵². Infatti, secondo quanto abbiamo sopra considerato, allorché si tratti di valutare la «rispondenza» di una qualsiasi norma «ad un principio o a un valore» – quale appunto è la norma programmatica che individua l'interesse pubblico da perseguire –, «il giudizio [...] non può risolversi in un confronto meccanico tra due regole»⁵³. Il che, peraltro, costituisce esattamente la base sulla

e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi. Quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, Olschki, 1982, pp. 630-684; anche ID., *Un «trittico» di interesse attuale sull'urbanistica romana fra i secoli XVII-XVIII*, in «Il Foro Italiano», C (1977), parte quinta, *monografie e varietà*, pp. 2 e 13-16. In questo contributo, l'A., in particolare, porta l'esempio dell'istituto del retratto prelativo di «*praedia rustica*», sottolineando che, se da un lato l'utilità comune che suo tramite si voleva perseguire giustificava la recessività di quella privata (nella specie, del neo-proprietario dei beni in oggetto a favore del vicino che volesse costruire *ad ornatum Urbi*), tale giurisprudenza poteva, per converso, «addirittura toccare la questione di pubblica utilità o dell'interesse pubblico in relazione ai poteri del Principe di fare una legge che impon[esse] delle vendite forzate». E ciò, specificamente, per mezzo di un «giudizio (in contraddittorio delle parti interessate) sulla conformità delle leggi del Principe a certi principi di diritto naturale o delle genti». In tema, già U. NICOLINI, *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, Giuffrè, 1952², pp. 189 ss.; v., inoltre, E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1966, spec. pp. 137 ss.; ID., *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 205-224; D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992, pp. 43 ss.; ID., *La sovranità*, Bari, Laterza, 2015 (ed. digitale dell'originale del 2004), pp. 15 ss. e 34 ss.

⁵² M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato all'incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, p. 15. Non a caso, la consapevolezza riguardo alla imprescindibilità di valutazioni discrezionali anche in sede di controllo è emersa rispetto al giudizio di costituzionalità delle leggi. Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 180: «in una cultura giuridica neocostituzionalista non è solo il legislatore a “gestire” diritti fondamentali: operazioni di bilanciamento sono effettuate in maniera estremamente frequente sia dalla Corte costituzionale che dalle corti ordinarie. [...] il bilanciamento è una attività che implica ampi spazi di discrezionalità politica [...]». Per questo, le critiche che da altri sono mosse si incentrano prevalentemente sulla mancanza di «criteri di correttezza oggettivi e razionali» (si veda sempre *ivi*, pp. 180-182). In termini, anche G. BONGIOVANNI, *Diritti, principi, bilanciamento, in Argomenti di teoria del diritto*, a cura di C. Faralli, Torino, Giappichelli, 2016, p. 70.

⁵³ CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 17. Rispetto al giudizio amministrativo ciò è sempre stato vero in modo particolare, come sottolinea M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 10, sottolineando che esso «è non una costruzione razionale ma un prodotto storico» (cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015 (ed. digitale), p. 42).

quale agli inizi del XIX secolo si era blindata la competenza dell'Amministrazione, sancendo che *“juger l'administration, c'est encore administrer”*⁵⁴.

Eppure, resta il fatto, in tutto ciò, che in Antico Regime le decisioni discrezionali erano sindacabili finanche nel merito, nel loro contenuto discrezionalmente formato. Questo, di conseguenza, deve essere il punto di partenza del ragionamento per trovarne la spiegazione e comprendere così come effettivamente si amministravano gli interessi pubblici in Antico Regime.

II.1. In particolare: l'inconcepibilità di una 'giurisdizione di opportunità' nell'ordinamento pre-contemporaneo

A chiusura del discorso di cui al paragrafo precedente proponiamo alcune considerazioni che possono forse rendere lo stesso un po' più concreto. Si prenda, ad esempio, il caso che riporta Mannori stesso di un privato il quale, nel 1680, si era sentito leso dalla decisione del competente Magistrato di deviare il letto del fiume sui suoi terreni⁵⁵. Su che basi, in sede di ricorso, si sarebbe stabilito non solo – si noti – «l'esserci o non esserci (l')utilità o necessità

⁵⁴ Il noto brocardo francese era coniato attorno agli Venti dell'Ottocento e si deve a P.P.N. Henrion de Pansey (v. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 284). Mentre ai tribunali ordinari era preclusa ogni cognizione degli atti amministrativi, a quelli del contenzioso era inibito il sindacato sugli atti contenenti valutazioni discrezionali. Per questi dati, si vedano ancora MANNORI, SORDI, *op. cit.*, pp. 292-301, e TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 190 ss. Quest'ultimo dimostra anzi che fin dalla Costituzione del 1791, nonostante l'assenza nella legge del 16-24 agosto 1790 di una espressa preclusione per i tribunali ad occuparsi delle controversie amministrative (v. tit. II, art. 13: «Le funzioni giudiziarie sono distinte e devono rimanere sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi, né convenire in giudizio davanti a loro gli amministratori per motivi concernenti le loro funzioni»), il risultato che successivamente sarebbe stato sintetizzato nel citato brocardo era già implicito nel principio di separazione dei poteri in senso «formale», che risale nella sua formulazione più nota a Montesquieu. È vero, perciò, quanto osservano MANNORI, SORDI, *op. cit.*, p. 147, secondo i quali nella teorica montesquieuiana «l'applicazione del diritto civile (inteso, per differenza specifica rispetto allo *ius gentium*, come tutta quella parte del diritto relativa alle relazioni interne) resta affidata in blocco al potere giudiziario», sicché non vi sarebbe nessuna «traccia [...] di un qualsiasi potere amministrativo». Tuttavia, ciò non toglie che «Montesquieu distingue nettamente la volontà e l'esecuzione; egli non concepisce una funzione che possa avere una duplice natura», come invece Locke (TROPER, *op. cit.*, pp. 128-129; cfr. *infra*, Cap. II., par. II.). Nella misura, quindi, in cui l'Amministrazione manifesta(va) anch'essa il *proprium* specifico del Legislatore e, cioè, la suddetta 'volontà' (il che si verifica «in tutte le ipotesi nelle quali gli amministratori disponevano di un potere discrezionale»: ivi, p. 192), a nessun tribunale poteva (né, in buona sostanza, può) essere consentito d'intromettersi in questioni nelle quali si è espressa la volontà di un organo politico. Non pote(va) perché, segnatamente, *non si tratta(va) di mera interpretazione*. Secondo i noti principi del Barone e della Rivoluzione, «affinché i tribunali possano conoscere delle liti amministrative sarebbe necessario che le azioni degli amministratori costituissero dei fatti suscettibili di essere ricollegati ad una legge, come la premessa minore a quella maggiore di un sillogismo. Ora, solo talune condotte dell'Amministrazione costituiscono fattispecie in questo senso» (p. 190). Peraltro, abbiamo già riportato che gli stessi MANNORI, SORDI, *op. cit.*, p. 245, nt. 44, citando CHEVALLIER, *Du principe de séparation*, cit., p. 721, notano come «il carattere puramente meccanico della nuova funzione giudiziaria la rendesse strutturalmente inidonea, agli occhi degli uomini della Rivoluzione, a statuire su quelle materie “in cui l'amministrazione dispone di una *latitude di apprezzamento che esclude l'esistenza di uno stretto rapporto di conformità alla legge*”» (corsivo aggiunto).

⁵⁵ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 440. Di casi analoghi tratti dal contesto estense parleremo nella Parte Seconda di questa ricerca, spec. Cap. IV., par. III.1.

pubblica”», ma finanche se tale causa di giustificazione per astringere un diritto quesito fosse «“bastante a forzare (i proprietari) a prestar pazienza (all’esproprio)”»⁵⁶? Leggiamo in questo duplice passaggio un chiaro riferimento a quella che oggi chiamiamo, appunto, ‘opportunità amministrativa’, ma anche, per vero, a qualcosa di più.

È fondamentale, dunque, chiarire quale parametro venisse impiegato per *dichiarare* (affermandolo o negandolo) il diritto del privato che si sentiva leso da una decisione discrezionale come quella appena ricordata. Fino a che non lo si faccia, anche l’“amministrare giudicando” – cioè la non scorporabilità di ogni comando dal successivo aprirsi di un processo – non può spiegare, di per sé, il problema storico-dogmatico della sindacabilità nel merito di decisioni discrezionali, di scelte.

Si può forse dire, d’altra parte, che questa contiguità tra i momenti del comando e del giudizio non sussista *anche ai giorni nostri* o in qualunque ordinamento che aspiri a non essere ‘autoritario’⁵⁷? Eppure, non vi è dubbio che, ad oggi, spetti ancora alla p.a. (e alla p.a. soltanto) stabilire se la causa di pubblica utilità da essa medesima addotta a giustificazione di un provvedimento di esproprio ricorra o meno nel caso concreto. A maggior ragione, non vi è la possibilità per il privato che si senta ingiustamente leso da quel provvedimento di obiettare che la suddetta causa di pubblica utilità non è sufficiente a sorreggere l’assetto di interessi configurato dall’Amministrazione, sia pure questo opportuno rispetto all’interesse pubblico perseguito. Salvi, cioè, i casi di manifesta carenza di quella causa di pubblica utilità o necessità, il (preteso) vizio che noi rileviamo nella fonte storica poc’anzi citata non sarebbe

⁵⁶ *Ibidem* (la citazione è della stessa fonte utilizzata da Mannori).

⁵⁷ Proprio, infatti, il recupero di questo aspetto ‘bifasico’ di una stessa, concreta attività di esercizio del potere era servito per contrastare l’«irresponsabilità» dell’Amministrazione prima ancora che l’insindacabilità delle sue decisioni, la quale permaneva assai ampia (ogni statuizione discrezionale) e che, a tutt’oggi, resiste nel suo nucleo essenziale. Sul punto, sono gli stessi MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 292 ss., a sottolineare come tale irresponsabilità fosse dovuta alla circostanza per cui, «fino a un Ottocento molto inoltrato», «la funzione amministrativa continuava a confondersi con le funzioni più enfaticamente ‘sovrane’ dello Stato, e in particolare con quella legislativa, i cui caratteri erano» – appunto – «l’irresponsabilità e l’insindacabilità» (p. 293). Da ciò si può cogliere la *ratio* ideologico-politica dell’inquadramento di tutta quanta l’attività amministrativa espressiva dell’esercizio del potere – discrezionale e non – come attività interpretativa. L’attività amministrativa non era considerata altro che «la messa a punto di “una serie di interpretazioni che conducono mano a mano la generalità delle massime legislative nel mezzo della specialità ed individualità della vita civile” [Giovanni Manna]» (pp. 293-294); e tale medesimo inquadramento sarebbe poi servito, su un versante ideologico-politico opposto, per rendere maggiormente controllabile l’agire potestativo della p.a. Cfr. VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 62, ove si osserva che la «assimilazione tra attività discrezionale e attività interpretativa presenta un indubbio valore dal punto di vista storico. Infatti, la giuridicizzazione dell’attività autoritativa ha costituito lo strumento utilizzato per consentire l’assoggettamento dell’azione amministrativa al rispetto del principio di legalità». Ma resta tuttavia il fatto che, «mancando la fattispecie, diviene impossibile procedere alla concretizzazione della norma attraverso il passaggio dalla fattispecie più in generale a quella più particolare e così, via via, sino alla ‘fattispecie concreta’» (BIN, *Atti normativi*, cit., p. 204). Di conseguenza, nella ineliminabilità della discrezionalità, rimane il problema della sua sindacabilità piena, sebbene detto problema sia scisso, grazie al recupero del momento ‘processuale’, dall’irresponsabilità originaria e generale dell’Amministrazione.

oggi considerato (e nemmeno, soprattutto, sarebbe considerabile) come tale, ossia come vizio: si tratterebbe di questioni squisitamente meta-giuridiche.

Si potrà allora osservare come, se una decisione possiede un qualche contenuto privo di giuridica rilevanza, il relativo controllo non possa che rivestire, al massimo, un carattere magari pienamente, ma anche meramente sostitutivo; o, come è stato detto, possa rappresentare mezzo di gravame ma non di impugnazione⁵⁸. Allorché, del resto, si assuma che il parametro che sorregge una decisione amministrativa discrezionale dà luogo alla scissione tra legittimità e merito, e che questo secondo non ha spessore giuridico, non vi è chi non veda come la riforma (o meno) della determinazione ad esso correlata non possa che prescindere da qualunque giudizio di validità o invalidità⁵⁹. Al massimo, si potrebbe parlare di validità-invalidità in un senso estremamente lato⁶⁰; si potrebbe bensì, cioè, qualificare il

⁵⁸ S. SATTÀ, *Impugnazione (diritto processuale civile)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 698: «[I]a distinzione era diretta a mettere in rilievo che come atto la sentenza può essere valido o invalido, allo stesso modo di un contratto o di un testamento (i cosiddetti vizi di costruzione dell'atto), e pertanto suscettibile di essere rimosso mediante una impugnazione della sentenza stessa (non è privo di valore ricordare a questo proposito che veramente l'impugnazione non è esclusiva del processo, ma è termine usato anche nel diritto civile e non in questo soltanto); come giudizio non può essere né valido né invalido, ma giusto o ingiusto. Poiché però non esiste un parametro della giustizia, la (pretesa) sentenza ingiusta non può essere rimossa con una impugnazione, cioè con la denuncia di un vizio di costruzione dell'atto, bensì nell'interno stesso del processo, con un secondo giudizio, e con un rimedio che in opposizione all'impugnazione si è proposto di qualificare, e il termine è entrato anche nell'uso, mezzo di gravame» (corsivo nostro).

⁵⁹ A. PIRAS, *Invalidità (diritto amministrativo)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 610: «La discrezionalità è ponderazione di interessi secondo giudizi di valore, scelta e creazione di una regola individuale, per il caso concreto: la discrezionalità ha un suo nucleo che è strettamente politico [...]; la scelta è indissolubilmente legata alle particolarità del caso concreto, alle concrete esigenze del pubblico interesse, salvi i limiti che discendono dalla disciplina generale della funzione. Il giudizio di riesame del merito dell'atto non consiste in una verifica, non si esaurisce nell'accertare se siano state violate o applicate bene o male norme o regole generali, ma comporta una nuova istruzione dell'affare ed una nuova valutazione degli interessi coinvolti nell'azione dell'autorità: si esprime in una nuova scelta e in un nuovo atto. Se questo è esatto, risulta abbastanza evidente la necessità di affermare che l'annullamento per vizi di merito non ha nulla a che vedere con i fenomeni dell'invalidità, che con la espressione inopportunità non si indica uno stato viziato del provvedimento». Di recente, richiamano l'attenzione su questa circostanza anche VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 619; più in generale, cfr. F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1: «La qualità della validità-invalidità è concetto di "relazione" tra l'oggetto o fatto di cui essa è predicata e uno schema o modello (di riferimento) in cui l'oggetto o fatto individuo può o non riconoscersi (attraverso un confronto); "tra" l'oggetto o fatto individuo e un principio (o schema o modello) che si assume come qualificante; ossia – in definitiva – "tra" esso e una norma o regola che lo disciplina e rispetto alla quale può, o può non, essere "conforme"; nello stesso senso, già S. FOIS, *Legalità (principio di)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 666: «[...] 'legalità' implica, logicamente e storicamente un rapporto (tra ciò da cui dipende e su cui si misura la 'legalità' stessa di un certo fenomeno giuridico da un lato, ed il fenomeno giuridico oggetto di valutazione in ordine alla sua 'legalità' dall'altro)».

⁶⁰ MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, cit., p. 1, ammette, in astratto, questa possibilità. È peraltro ovvio che nessun mezzo di gravame può essere inteso, da un punto di vista pratico, come avente un fine sostitutivo puro e semplice della decisione ricorsa, poiché ciò si rivelerebbe inevitabilmente un impiego di risorse 'antieconomico' e ingiustificato rispetto all'organizzazione collettiva necessaria a rendere effettiva una siffatta possibilità. Cfr., sull'appello, il mezzo di gravame meno restrittivo quanto ad oggetto, già M. VELLANI, *Appello (diritto processuale civile)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 719, il quale metteva ben in chiaro che, se esso, «a differenza degli altri mezzi di impugnazione, non è subordinato all'esistenza di determinati vizi, tassativamente stabiliti», si fa comunque valere «mediante l'atto di appello, un (vero o presunto) errore del giudice di primo grado o altri vizi della sentenza». In definitiva, il carattere 'impugnatorio' e quello di 'mezzo gravame', per riprendere la distinzione prima cennata, non possono

potere esercitato in sede di controllo sul merito come ‘*giurisdizione d’opportunità*’, ma in tal maniera si incorrerebbe nell’ossimoro – oggi in dottrina ben segnalato – di una pronuncia giuridica dichiarativa di un valore non deontico, non d’egual sorta⁶¹. Il tutto si ridurrebbe, in sostanza, a una reduplicazione di valutazioni che, quanto al contenuto discrezionale, sarebbero pur sempre arbitrarie nel loro essere non-giuridiche, e quindi intrinsecamente insindacabili. In altre parole, si finirebbe per negare le premesse stesse sulle quali si fonda la moderna concezione di discrezionalità: che, cioè, ad un giudizio integralmente sostitutivo sull’attività ‘discrezionale’ ponderativa di interessi osta la circostanza per cui, «al di là dei limiti segnati dalla legge per i vari elementi dell’atto»⁶², vi sono tante determinazioni valide quante sono quelle che si misurano sulla meta-giuridica regola dell’opportunità.

Per questa ragione, torniamo a dire che ci sembra esservi una contraddizione nella ricostruzione di Luca Mannori. Questi spiega, da un lato, che in Antico Regime il sindacato sulle decisioni con cui si perseguivano interessi pubblici si risolveva in un «accertamento della situazione di diritto»⁶³. Come base teorica di partenza, egli assume poi, dall’altro lato, che quel medesimo sindacato avesse ad oggetto «decisioni per loro natura più legate a valutazioni di opportunità che non all’applicazione di norme formalizzate»⁶⁴. Non si comprende, di conseguenza, quale fosse il diritto dichiarato; restano insomma oscure le basi sulle quali il nostro privato del 1680 – per riprendere l’esempio sopra riportato – potesse impostare il proprio ricorso sostenendo che la causa di pubblica utilità addotta dal Magistrato

sussistere perfettamente disgiunti che in teoria, quant’è vero che, in ciascun ordinamento, è sindacabile solo ciò che è rilevante per, e che è difforme da, un determinato parametro (il che integra, appunto, la nozione di ‘vizio’).

⁶¹ Evidenziava la problematica già F. BENVENUTI, *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (1954), pp. 377 ss., osservando che il sindacato di merito non è un vero giudizio, bensì un riesercizio del potere dell’Amministrazione attiva; cfr. ID., *Valore delle pronunce ex art. 27 T.U. del Consiglio di Stato e loro esecuzioni*, in *Atti del Convegno sull’adempimento del giudicato amministrativo. Napoli, 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962, in particolare pp. 2153 ss. Cfr. inoltre L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l’attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», II (2019), p. 520; A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. II, p. 1439, secondo il quale occorre evitare di considerare «la giurisdizione di merito come una giurisdizione di opportunità», poiché ciò si traduce nell’«evidente ossimoro [...] di un giudice che non deciderebbe secondo diritto, ma secondo opportunità»; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 329, che, proprio citando Aristide Police e criticando l’autonomia concettuale della nozione di ‘merito’, afferma che «il concetto di giurisdizione e quello di giurisdizione di merito finiscono per risolversi in un’insanabile contraddizione, laddove volesse ritenersi che, nell’ambito della giurisdizione di merito, sia stato affidato, senza specificazioni, al giudice il compito di sostituire la propria posizione a quella dell’amministrazione». Cfr. altresì CASETTA, *Manuale*, cit., p. 743, secondo il quale nelle ipotesi della cd. giurisdizione di merito «il giudice sindacava un ambito che, non rientrando nella legittimità, non è soggetto alla legge», sicché «l’espressione “giurisdizione di merito” contiene una contraddizione» e «non è un caso che parte della dottrina [...] abbia sostenuto che nella giurisdizione di merito il giudice avrebbe non già il potere di sostituirsi alla valutazione discrezionale dell’amministrazione [...]».

⁶² GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 167.

⁶³ MANNORI, *L’amministrazione del territorio*, cit., p. 190.

⁶⁴ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 56.

dei Capitani di Parte Guelfa non fosse «“bastante a forzare (i proprietari) a prestar pazienza (all’esproprio)”». Né si può ipotizzare che vi fosse un qualcosa di equivalente alla dubbia nozione di ‘giurisdizione di opportunità’: la componente principale di questa non è infatti – si ribadisce – quella del controllo giuridico, ma quella della semplice ‘sostituzione’ di una nuova decisione alla prima. La natura di questo genere molto lato di controllo si spiega eventualmente, per dirla in modo diverso, sulla base di altro, magari sull’opportunità – questa volta – di una reduplicazione decisoria; essa, tuttavia, non tocca affatto la dicotomia tra ‘merito’ e ‘legittimità’, cioè ha poco o nulla a che vedere con l’accertamento di un interesse giuridicamente rilevante del privato.

Quanto precede, nella prospettiva del dato storico, ci porta dunque in un vicolo cieco. La notizia della valicabilità dell’area del ‘merito amministrativo’ formava una endiadi con quella di un potere che, come già ricordato, per imporre le proprie determinazioni su interessi altrui, aveva bisogno di giustificare razionalmente ciascuno di quegli atti dispositivi. Un potere che si definiva d’altronde ‘*iurisdictio*’ perché «il distacco» tra il suo titolare e i suoi destinatari «non era tale da dissolvere, nella rappresentazione concettuale del primo, ogni rilevanza dei secondi»⁶⁵. Il che, rispetto alla sfera dello *ius naturale* e *divinum* e dei diritti che su di essa si fondavano, resta vero – come noto – praticamente fino alle soglie della Rivoluzione e persino per il Principe⁶⁶. Come a dire: l’esistenza di un potere di ‘*iurisdictio*’ sembra escludere in radice aree grigie in cui fluttuano valori giuridicamente non identificabili e rimessi, di conseguenza, alla decisione insindacabile di chicchessia; per quanto politicamente legittimato ad assumerla questi sia.

Ora, secondo quello che abbiamo cercato di chiarire, in tanto si può parlare di decisione discrezionale in quanto il parametro giuridico, cioè di legittimità (ad esempio una norma che individua l’interesse da perseguire), richieda di essere integrato mediante un contenuto che quel medesimo parametro non detta in maniera univoca e compiuta. Appunto per questo, il problema centrale è come evitare che tale circostanza si risolva in una scissione tra ‘illecito’ o ‘invalido’, rispetto all’ordinamento positivo ossia al parametro di legittimità⁶⁷, e ‘ingiusto’, non conforme a equità o giustizia sostanziale; le quali, come si sa, occupavano un posto di primo piano negli ordinamenti pre-contemporanei.

⁶⁵ COSTA, *Iurisdictio*, cit., in part. p. 306, con riferimento alla ‘sovranità’ nell’ambito dell’esperienza giuridica medievale.

⁶⁶ Per il momento si rinvia di nuovo al fondamentale contributo di GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., ma è anche lo stesso Mannori a metterlo in luce chiaramente in tutti i suoi lavori. Sul punto si tornerà diffusamente in seguito, soprattutto nel Cap. II.

⁶⁷ Per usare i termini più onnicomprensivi con cui si indica – come sopra precisato – una relazione di rispondenza tra un oggetto qualificante ed uno qualificato.

Non è un caso, in questo senso, che i ricorsi amministrativi siano stati inquadrati, fino almeno all'inizio del secolo scorso, come ricorsi *'in via graziosa'*, secondo una terminologia incontrovertibilmente mutuata dalle esperienze d'Antico Regime ed immediatamente rinviante all'idea di qualcosa di *'non dovuto'*⁶⁸. In quest'ultima epoca, tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo faceva tutt'uno con «una superiore giustizia distributiva»⁶⁹, fungendo lo *ius naturale* e quello *divinum* da «legge fondamentale e superiore dei vari Stati»⁷⁰. Lo stesso concetto di *'cosa dovuta'*, di deontico, in definitiva di diritto – che coincide poi, appunto, con quello di giustizia in Antico Regime – deve di conseguenza essere declinato diversamente rispetto al panorama giuridico odierno. E, parallelamente, anche quello di *'grazia'* possiede un valore non comparabile nelle due diverse epoche ed esperienze giuridiche.

⁶⁸ In questo senso, *a contrario*, ARMANNI, *Il Consiglio di Stato*, cit., p. 968, ove si legge, con riferimento al giudizio dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, che «i ricorrenti non adiscono l'autorità, perché decida in via *graziosa* e conceda ciò che è in suo arbitrio di consentire o negare, ma fanno valere delle pretensioni, il cui riconoscimento è ostacolato da pretensioni diverse; e la IV Sezione non è chiamata ad applicare dei semplici criteri amministrativi, ma anche e in principal modo dei precetti giuridici» (corsivo aggiunto). Cfr., inoltre, F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo. Discorso inaugurale*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, Bologna, Neri, 1924, p. 18: «Il complesso delle norme accolte nelle leggi scritte e nella consuetudine costituisce, con alcune integrazioni [...], il diritto positivo, cioè posto dallo Stato, vigente, imperante. L'equità è un *quid*, che si contrappone al diritto positivo contenuto nelle fonti suindicate»; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, Tornari, 1945, vol. I, p. 287; F. BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, pp. 1302 e 1320: «sembra a noi oggi il principio del riconoscimento della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione ma [...] fu, al contrario, la riaffermazione della indipendenza dell'amministrazione di fronte al giudice»; «l'abolizione del contenzioso aveva come ispiratore l'ideale dello Stato di diritto, tuttavia ebbe come immediata giustificazione quella dell'assicurazione del principio della divisione dei poteri». Si veda, altresì, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia Liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 33-34 e 42 ss.: «Non ci sono dubbi sulla *ratio* profonda del sistema [del 1865]: lungi dall'esprimere il primato della libertà del cittadino sul potere amministrativo, la legge rappresenta l'applicazione del principio "cardinale" della divisione dei poteri. L'aver abolito i giudici ordinari del contenzioso non ha eliminato la distinzione tra "via graziosa" e "via contenziosa", l'ha resa anzi più necessaria e indispensabile»; in termini, F.G. SCOCA, *La gestazione dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, Cedam, 2007, vol. I, *Teoria e storia, diritto amministrativo generale*, p. 285. Visto quanto detto a proposito dell'originario inquadramento dei ricorsi amministrativi come istanze graziose, ci sembra utile rinviare ad una definizione estremamente puntuale di *'grazia'* qual è quella offertaci dai – poco conosciuti – giuristi estensi del XVII secolo: definizione che il filo lungo, o lunghissimo, delle *'concessioni graziose'* ci permette qui di recuperare senza indugi di sorta. In generale, è di grazia quel ricorso con il quale l'istante domanda qualcosa che non gli è dovuto nemmeno a titolo di giuridica aspettativa, in cui cioè *non* «"entri interesse o *ius* acquisito *re vel spe*"» del richiedente (la fonte è riportata per esteso in C.E. TAVILLA, *La favola dei centauri. "Grazia" e "Giustizia" nel contributo dei giuristi estensi di primo Seicento*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 52 ss. e appendice); cfr., nello stesso senso, MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 412.

⁶⁹ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 313-314, ove è possibile reperire un altro esempio pertinente. In particolare, a fronte dell'opportunità per l'interesse collettivo di realizzare un ponte che gli amministratori di una locale Podesteria avevano ritenuto ricorrere, alcuni abitanti si erano sentiti lesi dalla relativa decisione di procedervi, e ciò – si presti attenzione – *indipendentemente dalla sussistenza di tale interesse e dall'opportunità della misura scelta per soddisfarlo*. Scrive, così, Mannori citando la sentenza dell'Auditore che dava ragione ai ricorrenti: «Se infatti "la facoltà del magistrato comunitativo [...] avesse potuto dirsi illimitata, e non ristretta entro i confini della giustizia, e di una retta amministrazione ... ne sarebbe nato l'intollerabile assurdo, che quei miserabili abitanti, rigettati nelle loro giuste domande dal magistrato, non avrebbero potuto ottenere il compimento di giustizia contro l'espressa volontà del nostro giusto sovrano di volere i magistrati subordinati alle leggi"».

⁷⁰ GORLA, *«Iura naturalia sunt immutabilia»*, cit., p. 638.

Posto, peraltro, che sono l'opportunità e la giustizia a indirizzare il merito della decisione, presiedendo alla definizione del rapporto o 'assetto' tra gli interessi privati e quello pubblico che costituisce il fine dell'azione amministrativa⁷¹, è alle questioni di opportunità e giustizia che si collega direttamente l'interesse del privato per un certo bene della vita. È proprio, pertanto, sulla base della non-giuridicità delle stesse che, oggi, quell'interesse non risulta direttamente e autonomamente tutelabile⁷².

Bisogna allora chiedersi non tanto secondo quale tipo di operazione valutativa si svolgesse il sindacato, quanto piuttosto come conciliare la pluralità di soluzioni possibili, implicita nella discrezionalità di scelta, con la giuridicità della pretesa che il privato poteva opporre, davanti al giudice, vedendo inciso un proprio interesse da quella decisione discrezionale. Lo studio della funzione amministrativa d'Antico Regime, appunto sulla base del dato della sindacabilità di quel merito, ossia della piena giuridicità della giustizia, richiede insomma di scardinare l'automatismo deduttivo per cui, atteso che «l'uso della discrezionalità è solo in misura molto ridotta prefissabile in schemi normativi», esso sarebbe altrettanto poco, perciò, «sindacabile in sede giudiziaria»⁷³.

⁷¹ Cfr., segnatamente, CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 31-32: «Sindacare quest'opportunità in riguardo dell'interesse del ricorrente e nell'ambito dell'interesse medesimo è vedere se nell'atto vi è proporzione tra l'utile pubblico e il sacrificio privato, se quell'interesse fu o no, utilmente toccato. Ciò è applicare il fondamentale principio Romagnosiano dell'azione amministrativa. Ma quel principio è, come ho ricordato, un principio di giustizia: dunque l'applicarlo ad un caso concreto è funzione di equità». Così, quanti svolgano un «sindacato di merito» esercitano di conseguenza «giurisdizioni di equità». Su Gian Domenico Romagnosi, e sulla rispondenza che, seppure in base a una proporzione nel tempo mutata (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, pp. 112-115), egli sottolinea tra la misura del sacrificio dell'interesse privato e il grado di soddisfazione dell'interesse pubblico, si vedano, per tutti, L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, *passim*, ad es. pp. 135 e 237, e F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», XXIX (2011), fasc. 4, in part. pp. 1234 ss. Per la correlazione tra merito e giustizia/equità, cfr. sempre BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., in part. p. 32, nt. 62; ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., in part. p. 112, nt. 128; v. altresì POLICE, *Attualità e prospettive*, cit., pp. 1454 ss., il quale – in disparte il tema dei confini tra sindacato di merito e discrezionalità dell'amministrazione attiva che non ci importa – precisa che, in tale sede, il «giudice amministrativo in sostanza opera valutazioni che [...] si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato». In altre parole, il merito concerne l'«esatta determinazione della 'misura' di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi pubblici frutto delle ponderazioni discrezionali dell'Amministrazione».

⁷² È noto, infatti, come l'interesse legittimo sia, sì, situazione giuridica soggettiva sostanziale, ma anche posizione che si confronta *essenzialmente* con il potere. Se, cioè, la sua tutela è da un lato sganciata dal solo perseguimento dell'interesse pubblico (punto su cui si rinvia intanto a SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 339 ss. e, spec., 349-357), dall'altro lato occorre tuttavia tenere distinto (posto che ciò corrispondeva e corrisponde ancora a realtà) l'interesse del privato per il bene della vita dalla posizione soggettiva dello stesso in cui il primo dovrebbe rispecchiarsi: cioè, precisamente, dall'interesse legittimo (ivi, in part. p. 416, anche nt. 29). Sul punto torneremo comunque diffusamente in questo e nel prossimo Capitolo.

⁷³ Così, invece, BIN, *Atti normativi*, cit., p. 208.

III. La vicendevole irriducibilità di 'amministrare' e 'giudicare'. I margini teorici per un esercizio amministrativo del potere in Antico Regime

Proseguiamo ora nella direzione di un rinnovato rapporto tra legittimità e giustizia. Come anticipavamo, dal momento che quest'ultima è il principio che, insieme con quello di opportunità, deve guidare il merito delle decisioni discrezionali, giuridicità della giustizia non può che significare giuridicità del modo in cui si costruisce l'assetto di interessi, pubblici e privati. E ciò impone a questo punto di riflettere, in tale ottica, sulla struttura della 'funzione' nella sua accezione formale di 'esercizio del potere'.

A questo proposito, diciamo subito che – come accennavamo nelle prime pagine di questo elaborato – la vera difficoltà dell'approccio 'formale' che Benvenuti impiega e che Mannori adotta consiste nello stabilire quale sia effettivamente la forma della funzione-esercizio del potere.

Ciò posto, rispetto alla interscambiabilità prospettata dalla storiografia fiorentina, bisogna fare un'annotazione preliminare: non è possibile ipotizzare una interscambiabilità tra 'forme' della funzione – quali che siano – allorché esse abbiano carattere sostanziale-ontologico⁷⁴.

In questo senso, la storiografia in esame, afferma che a differenziare una comune 'materia' (l'esercizio del potere o funzione) è il «parallelismo sostanziale» dato dall'essere appunto la funzione un'attività di applicazione di norme, o, meglio, un'operazione interpretativa che collega «ablazioni legali» astratte e generiche al caso concreto. Abbiamo però cercato di chiarire che la sostanza (ossia la 'forma' nell'accezione logico-aristotelica) non può essere questa, né d'altra parte può esserlo un diverso tipo di operazione valutativa (la scelta discrezionale). Ciò per la semplice ragione che di processi valutativi sottesi all'esercizio del potere ve n'è, appunto, più d'uno. Si comprende del resto che, se ad un certo oggetto si possono attribuire o predicare dello stesso due o più cose, quell'oggetto non sarà tale per (la sua 'forma' non coinciderà cioè con) nessuna delle predette cose o elementi. Inoltre, è vero al contempo che, se due oggetti denotano effettivamente un «parallelismo sostanziale» – cioè sono tali per una stessa cosa o 'forma' –, essi potranno differire tra loro al massimo per aspetti maggiormente estrinseci, ossia non essenziali per l'identificazione

⁷⁴ Si tratta di una osservazione in punto di stretta logica, per la quale ricorriamo all'autorevole voce di S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 76, art. 4, *sed contra*: «unius rei est unum esse substantiale. Sed forma substantialis dat esse substantiale. Ergo unius rei est una tantum forma substantialis» (affianchiamo, per comodità di lettura, la traduzione italiana: «Una cosa non ha che un solo essere sostanziale. Ma la forma sostanziale dà l'essere sostanziale. Perciò una cosa sola non può avere che una sola forma sostanziale»). Come noto, S. Tommaso riprende questi concetti dalla dottrina aristotelica, alla cui logica anche Benvenuti – lo si è già sottolineato – fa riferimento.

dei medesimi⁷⁵. Per questo, ci sembra corretta la distinzione di piano fatta dal Benvenuti: ‘processo’ e ‘procedimento’, considerato che il parallelismo sostanziale tra funzione amministrativa e giurisdizionale è – a detta di Mannori stesso – un altro, e sappiamo a quale egli si riferisce, non possono quindi individuare in maniera determinante ed essenziale, rispettivamente, la funzione giurisdizionale e quella amministrativa. Di più, avendo appurato che la loro ‘forma’ non può nemmeno essere alcun tipo di operazione valutativa, quelle due funzioni rimangono allo stato prive di una forma di fondo comune.

Se, dunque, funzione amministrativa e giurisdizionale sono cose diverse dal processo e dal procedimento, la domanda di fondo della ricerca non può che cambiare. Non sarà più, a ben vedere, ‘se’ in Antico Regime sussistessero o non sussistessero sia la funzione amministrativa che quella giurisdizionale; l’incognita diventa, piuttosto, ‘*quale sia il fattore*’ che consentiva un pieno sindacato – appunto, l’esercizio di una funzione giurisdizionale – anche su una decisione prodotta da un esercizio amministrativo del potere. Ci si può, ovverosia, domandare: l’insindacabilità delle decisioni amministrative dipende, in altre parole, dalla natura stessa della funzione amministrativa, ovvero – come qui si crede – essa è piuttosto la conseguenza di fattori estrinseci che incidono sull’attività di controllo delle stesse? Si tratta di una ipotesi complessiva che è ancora tutta da dimostrare, ma, se queste premesse sono quantomeno plausibili o non completamente illogiche, è questo il percorso che ora più specificamente vogliamo intraprendere.

In verità, a non risultare condivisibile è, già più a monte nella ricostruzione della storiografia fiorentina, un elemento ulteriore, il quale conferma precisamente l’impossibilità di una *reductio ad unum* delle due forme di esercizio del potere che stiamo esaminando. Si tratta della distinzione tra funzioni o compiti «*materialmente*»⁷⁶ amministrativi o giurisdizionali – empiricamente, il perseguimento di pubblici interessi o la risoluzione di controversie – e le omonime funzioni ‘*giuridiche*’ (senso «tecnico») consistenti in ‘esercizio del potere’⁷⁷. È palese infatti come Luca Mannori, non solo rispetto alle funzioni

⁷⁵ Chiarisce bene questi concetti logici, presenti sempre nella dottrina aristotelica, S. Tommaso, ivi, I, q. 76, art. 1, *Respondeo*; q. 76, art. 3, *Respondeo*; q. 76, art. 4, *Respondeo*; q. 77, art. 6, *Respondeo*, dove in particolare si legge: «forma substantialis et accidentalis partim conveniunt, et partim differunt. Conveniunt quidem in hoc, quod utraque est actus, et secundum utramque est aliquid quodammodo in actu. Differunt autem in duobus. Primo quidem, quia forma substantialis facit esse simpliciter [...]. Forma autem accidentalis non facit esse simpliciter; sed esse tale, aut tantum, aut aliquo modo se habens, subiectum enim eius est ens in actu» («La forma sostanziale e quella accidentale in parte somigliano e in parte differiscono. Somigliano nell’essere ambedue atto, e quindi nel rendere attuale una cosa. Differiscono invece sotto due aspetti. Primo, perché la forma sostanziale dà l’essere in modo assoluto [*simpliciter*] [...]. Invece la forma accidentale non dà l’essere in modo assoluto, ma una qualità, o una quantità, o altre modalità dell’essere; poiché il suo subietto [la sua materia] è un ente già in atto»). Cfr., per maggiore completezza, MONDIN, *Forma*, cit.

⁷⁶ MANNORI, *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 326 e *passim*.

⁷⁷ Secondo la definizione giuridico-dogmatica e non empirica – *rectius*, non teleologico-potenziale – di ‘funzione’ fornita da BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 118-119. A

giuridicamente amministrative o giurisdizionali, ma anche nel caso di quelle «materialmente» tali, parli sempre e comunque di esercizio del potere⁷⁸. Pertanto, non è chiaro perché la stessa cosa debba essere diversa a seconda semplicemente della prospettiva da cui la si osservi.

Il tentativo di tradurre un «concetto empirico» in uno tecnico-giuridico non deve insomma risolversi nella negazione del primo, ma semmai in una sua più profonda analisi. Con una metafora, potremmo dire che usare il microscopio serve a vedere ciò che ad occhio nudo non è visibile, o che lo è in un modo tanto vago da non permetterne la comprensione; ma l'oggetto osservato è sempre, incontrovertibilmente, lo stesso. Ha senso, dunque, distinguere le angolature di studio di certi oggetti o di certi caratteri di un oggetto solo quando i medesimi siano essenzialmente diversi l'uno dall'altro⁷⁹; viceversa, la classificazione deve sempre

proposito della dizione 'funzione giurisdizionale' occorre peraltro una precisazione, atteso che, come ha opportunamente osservato TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 128, nt. 9, «alcuni autori hanno tentato di definire questa terza funzione per la sua forma: la funzione giurisdizionale sarebbe una *funzione esercitata al centro di una data procedura*» (ciò che, come abbiamo visto, fa anche MANNORI; corsivo nostro). «Ma in realtà» – prosegue Troper – «questa definizione resta materiale», perché si assume come elemento dirimente della definizione quello teleologico. Conclude infatti l'A.: «[i]n effetti l'esecuzione non è fatta allo stesso tempo in una forma contenziosa e in una forma non contenziosa, ma sia nell'una sia nell'altra forma. Poiché occorre precisare in quali casi la legge è eseguita secondo una procedura contenziosa [cioè quella che MANNORI chiama 'processo'], questi autori sono necessariamente portati a definire l'esecuzione contenziosa per il suo oggetto: la risoluzione delle liti», intesa – aggiungiamo – come l'utilità estrinseca di quell'esercizio del potere. Ora, in verità, a parte il fatto che questa osservazione di Michel Troper ci conferma nell'idea che processo e procedimento non siano che forme accidentali della funzione, come avremo modo di spiegare meglio, ci preme in questo passaggio sottolineare che si può condividere la conclusione di Troper nella misura in cui non sia possibile tradurre l'empirica 'risoluzione delle liti' in un senso, invece, formale. In particolare, se risolvere le liti vuol dire 'stabilire il diritto' tra le parti della controversia, ci sembra che, in quanto si riesca a dimostrare che è possibile giuridicizzare la giustizia (quanto, appunto, 'è dovuto a ciascuno', secondo la sua celeberrima formulazione), in tanto, di conseguenza, si possa affermare che anche 'funzione giurisdizionale' è locuzione formale e non soltanto materiale o empirica. Ciò che costituisce, segnatamente, uno degli obiettivi fondamentali di questa ricerca, considerato che è da tale giuridicità della giustizia – la quale presiede, come già notato, alla formazione discrezionale degli assetti di interessi – che pensiamo dipenda la piena sindacabilità nel merito delle decisioni amministrative e, in specie, di quelle che contemplano una libertà di scelta; o, in altri termini, l'attribuzione di una integrale rilevanza giuridica a tutti gli interessi che compongono un certo contenuto decisorio, indipendentemente dalla loro recessività nel caso concreto.

⁷⁸ In questi termini già uno dei suoi lavori più risalenti, cioè MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 193: «Sul piano quantitativo, come dimostra la stessa composizione del materiale archivistico, non c'è dubbio che i nostri magistrati siano assai più impegnati ed emanare ordini e ingiunzioni che non risolvere cause ed a pronunciare sentenze». Cfr. ID., *Per una 'preistoria'*, cit., p. 343 e *passim*, molto chiaramente nel senso indicato, ad esempio, a p. 392: «si può osservare che il magistrato "avec jurisdiction" è chiamato spessissimo ad usare il suo imperium per fini del tutto diversi dalla risoluzione di una controversia giuridica»; MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 52 ss. e, spec., p. 69: «chi esamini oggi l'archivio di un qualunque antico magistrato addetto all'amministrazione di un'imposta, alla cura del demanio o a qualche materia di polizia si accorge facilmente di come la sua attività propriamente contenziosa fosse in genere molto ridotta rispetto all'enorme volume di ingiunzioni, ordini, editti e circolari che egli emanava al di fuori dell'aula della giustizia e la cui preparazione costituiva la sua vera fatica quotidiana».

⁷⁹ Circa l'utilità e la correttezza di classificazioni diverse relative ad uno stesso oggetto di studio, si veda ancora S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 95, art. 4, *Respondeo*: «unumquodque potest per se dividi secundum id quod in eius ratione continetur», sicché, quando gli elementi essenziali di un oggetto «[s]unt autem multa», quell'oggetto «secundum quorum [...] proprie et per se dividi potest» (S. Tommaso porta qui l'esempio della legge, che abbiamo omesso per sottolineare il principio generale ivi espresso). La stessa cosa fa, del resto, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1987⁵, pp. 97-103, per la qualificazione degli atti amministrativi.

ricondursi ad unità, perdendo altrimenti la propria utilità esplicativa. Occorre perciò recuperare il filo tra piano empirico e tecnico-giuridico, nell'ottica di una maggiore intuitività delle nozioni in esame. Diversamente – ci sembra – è facile cadere in un discorso esposto al rischio di contraddizioni a monte, cioè di premesse poco solide, che restano però adombrate da una coerente logica interna.

Che valenza ha – ci si interroga di nuovo – distinguere tra un esercizio del potere mirante alla risoluzione delle controversie oppure al perseguimento di interessi pubblici se tra loro non v'è in fondo differenza? Certo, si potrebbe obiettare che *ogni* esercizio del potere politico è finalizzato alla «cura concreta di interessi pubblici»⁸⁰; tuttavia, che tra quella che chiamiamo funzione 'amministrativa' e quella che indichiamo come 'giurisdizionale' vari il *modo* di perseguire quei pubblici interessi è cosa, in realtà, anche intuitiva. Diversamente, partendo dalla comune base materiale dell'esercizio del potere, ossia della cura di interessi pubblici, non avremmo nessun bisogno di operare dei distinguo, nemmeno dal punto di vista "materiale" o, meglio, empirico. Quand'è così, ci si dovrà domandare piuttosto il perché due modi non sovrapponibili di perseguire pubblici interessi (o, appunto, di esercitare il potere) si trovassero in Età Moderna congiunti nello stesso ente e strettamente raccordati tra loro⁸¹.

Procedendo verso il ripristino dell'unità concettuale tra i due livelli di analisi, si è portati a credere che *ciò che* Mannori (e talvolta, anche se non sempre, Benvenuti) chiama 'procedimento' e *ciò che* egli chiama 'processo' siano essi stessi, e segnatamente, il divario di natura tutta sostanziale tra *forma amministrativa* e *forma giurisdizionale* di esercizio del potere. Se l'assunto è corretto, i lemmi 'procedimento' e 'processo' devono di conseguenza essere posti a designare altro; infatti, con essi Mannori fa in realtà riferimento ad elementi del tutto intrinseci – necessari – all'esercizio del potere o 'funzione'⁸². Tali elementi

⁸⁰ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 70.

⁸¹ È in questo senso che risultano fondamentali, benché a nostro avviso vadano letti diversamente, gli approdi della storiografia fiorentina rispetto alla diversificazione 'materiale' tra esercizio del potere amministrativo e giurisdizionale. Così, di nuovo in MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., ancora p. 193, si legge, a chiusura del passo riportato alla pagina precedente: «l'autorità di comando continua ad essere solidale ed inscindibile rispetto a quella di giudicare. [...] Per quanto la cognizione delle controversie sorte in margine all'attività 'amministrativa' abbia certamente un'importanza secondaria rispetto ad essa» – conclude –, la «condizione di giuridicità del sistema [...] consiste nella garanzia che ogni ordine emanato *sine causae cognitione* possa essere sempre 'appellato' di fronte all'autorità che l'ha prodotto, costringendola a procedere ad un esame della situazione di diritto nelle forme processuali».

⁸² Su forma sostanziale e forma accidentale abbiamo già visto quanto scrive S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 77, art. 6, *Respondeo*. Si tratta, dunque, di una non confondibilità concettuale – quella tra forma estrinseco-accidentale e forma ontologico-sostanziale – di cui Benvenuti è conscio, come si evince dal fatto che mette in guardia dal sovrapporre '*modo d'essere*' della funzione e sua *forma «sensibile»*: «nel diritto, il procedimento è la forma sensibile della funzione e non puramente la sua forma come modo di essere» (BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 129, anche nt. 22; l'affermazione era peraltro contraddetta in ID., *Appunti*, cit., p. 97: «forma [...] non è che il momento di estrinsecazione sensibile della funzione e quindi, il suo momento terminale [...]. Per ciò [...], la forma non è dunque, in ogni caso, che il modo di essere della funzione»). La forma «sensibile» – scriveva ancora, invece, in ID., *Funzione amministrativa, procedimento*,

individuano definitivamente, ossia da un punto di vista della ‘forma sostanziale’, una certa funzione rispetto a un’altra, ma anche rispetto alla materia stessa – indefinita e astratta – dell’esercizio del potere per sé considerato⁸³. Ci sentiamo quindi di seguire appieno, da un punto di vista metodologico, l’efficace insegnamento dell’insigne amministrativista, il quale precisava, appunto, che «intanto si può parlare di qualificazione di un dato in quanto questo sia guardato da uno dei suoi stessi intrinseci elementi»⁸⁴.

Ci appresteremo adesso a spiegare la ragione per cui, a nostro avviso, quelli che Mannori designa come ‘procedimento’ e come ‘processo’ siano oggetti di natura – di forma – affatto sostanziale. L’equivoco da risolvere, come altrove anticipavamo, deriva per un verso dal linguaggio ermetico che Benvenuti impiega e, per altro verso, dalla confusione di piani in cui anche quest’ultimo talvolta cade: non a caso, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, le sue definizioni di procedimento e processo sono state ampiamente (e condivisibilmente) criticate.

Resta, ovviamente, l’intuizione fondamentale di fondo che a noi pare incontrovertibile: un conto è la forma sensibile, o accidentale, un altro conto è la forma sostanziale. Dopo che sulla forma sostanziale della funzione, quindi, andrà spesa qualche osservazione anche su quella estrinseca per vederne la capacità di condizionamento su quella sostanziale (ma si potrà già intuire come un elemento estrinseco non possa incidere troppo a fondo su un elemento sostanziale).

Si osservino, in quest’ordine di idee, ‘procedimento’ e ‘processo’ specialmente da un punto di vista «obbiettivo» e non del soggetto: da questa prospettiva, «ciò che viene in rilievo per la qualificazione dei due fenomeni è il tipo di atti che li compongono e cioè il tipo di rapporto in cui si trovano gli atti della serie ‘procedimento’ e quelli della serie ‘processo’ come rapporto tra le loro cause. Il che è logico in quanto si ammetta che la causa sia proprio l’interesse funzionale (e non quello strumentale) soddisfatto dall’atto»⁸⁵. Benvenuti, qui,

processo, cit., p. 122, nt. 7 – è elemento «autonomo rispetto alla funzione»: tra le due v’è piuttosto una «differenza di piano» (ivi, p. 15, nt. 15). Parlano di ‘forma’ nel senso di «natura sostanziale» di un oggetto, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 331 ss. e ivi, nt. 131; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 368.

⁸³ Per questo, l’Aquinata altrove chiariva che, dal momento che «differentia est quae constituit speciem» («la specie è costituita dalla differenza») e che «aliud est quod determinat [...], scilicet forma, et aliud quod determinatur, scilicet materia» («altro è quello che determina un essere [...], vale a dire la forma, ed altro è quello che viene determinato, cioè la materia»), di conseguenza «ab alio sumitur genus, et ab alio differentia» («il genere si desume dal secondo elemento [cioè la materia] e la differenza [la specie] dal primo [ossia la forma]») (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 50, art. 2, ad 1).

⁸⁴ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 127.

⁸⁵ Ivi, pp. 136-137, nt. 39. Con ‘interessi strumentali’ – occorre precisarlo – Benvenuti designa quelli la cui «soddisfazione rappresenta il fine o scopo dell’attività e quindi il ‘motivo’ e non la ‘causa’ del provvedimento» (BENVENUTI, *Appunti*, cit., p. 95); cfr. la nt. successiva.

parla evidentemente di elementi intrinseci all'esercizio del potere: non tratta, infatti, di caratteristiche della concatenazione di atti processuali o procedimentali, bensì – scrive egli stesso – del «rapporto tra le loro cause», ed esplicita subito che si tratta del *rapporto tra gli interessi* oggetto dell'esercizio del potere. Ma questo rapporto fra gli interessi a quale dei due piani attiene? Alla forma sensibile o a quella sostanziale?

Ora, è stato da tempo chiarito che il perseguimento di un interesse pubblico-funzionale non può andare disgiunto dalla considerazione di altri interessi, pubblici o privati, che pure funzionali non sono. In tanto, infatti, si può perseguire da un punto di vista pratico un fine (nel nostro caso un certo interesse funzionale⁸⁶), in quanto si tenga conto degli altri interessi che, pur non costituendo appunto il fine in vista del quale quella certa operazione viene posta in essere, sono nondimeno coinvolti – quali ragioni concordi o contrarie – nel raggiungimento (o soddisfazione) dello stesso⁸⁷.

Se, pertanto, si ritiene che ciò che diversifica 'procedimento' e 'processo' sia il rapporto tra l'interesse pubblico-funzionale (quello per soddisfare il quale il potere si esercita) e quello «sostanziale parziale»⁸⁸ – cioè tra le cause degli atti di chi, rispettivamente, sta esercitando il potere e di chi dello stesso è destinatario o vi è altrimenti coinvolto –, come si definiscono poi tutte le altre caratteristiche di queste diverse serie di atti? Ci sembra dunque che, accedendo a questa opzione ricostruttiva, procedimento e processo non vadano più a designare elementi estrinseci dell'esercizio del potere, ma assolutamente essenziali. Come definire, di conseguenza, quelli effettivamente estrinseci? Non si tratta di una questione terminologica fine a se stessa; si tratta della distinzione di due piani concettuali diversi – forma sensibile e sostanziale –, che è ben riconosciuta dal Benvenuti, il quale, tuttavia, ricade

⁸⁶ Segnala bene questa coincidenza concettuale tra «fine» e «causa» ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., pp. 188-189 e nmtt., il quale richiama peraltro dottrina di diritto intermedio e, in particolare, la nozione di «*causa finalis*» a indicare 'ciò che muove al fine'.

⁸⁷ In questo senso, sempre Umberto Allegretti spiega che «non sarebbe neppure possibile limitare quest'ultima nozione [di «causa giuridica»] all'interesse amministrativo unitariamente considerato, facendo recedere i vari interessi più particolari al ruolo di meri motivi, per la ragione decisiva che tali ultimi interessi non sono che fattori del primo, e perciò costituiscono le componenti della causa unitaria dell'atto, di modo che essi stessi fanno parte dell'elemento causale» (*ibidem*); cfr. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 201 ss. È, del resto, a partire dalla considerazione e ponderazione «comparativa» degli interessi – il cui merito va, come risaputo, a Giannini – che si è potuti giungere alla consapevolezza per cui, appunto, l'«interesse pubblico attribuito alla cura funzionale dell'amministrazione, denominato interesse essenziale o primario [...] non si trova mai isolato nel mondo sociale, ma in tanto esiste in quanto vi siano altri interessi cui ordinarlo» (VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 98, anche per ulteriore bibliografia).

⁸⁸ La dizione è dello stesso BENVENUTI, *Appunti*, cit., p. 240, e sta a indicare l'interesse «proprio cioè di tali soggetti diversi (parti), e non anche, tranne che indirettamente, del soggetto che esercita la funzione». In altri termini, quanto con queste parole Benvenuti afferma con riguardo al solo 'processo' (considerando invece egli che nel 'procedimento in senso stretto' «tutti gli atti [...] sono diretti a soddisfare lo stesso interesse fondamentale»: *ivi*, pp. 114-115) va esteso anche, appunto, alla forma della funzione che l'A. designa con quest'ultima dicitura, sebbene tali 'interessi sostanziali parziali' stiano, nei due casi, in un rapporto diverso rispetto a quello funzionale.

poi nell'errore da lui stesso denunciato: quello per cui «il problema della identificazione del 'processo' è complicato da ciò che normalmente nelle forme del processo si esplica la funzione giurisdizionale», sicché «spesso si usa definire il processo mediante elementi sostanziali propri di quella funzione»⁸⁹.

È evidente, in questo senso, che «la sentenza di cui le parti sono i destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia»⁹⁰; ed è «nella giurisdizione» che «l'atto soddisfa primariamente l'interesse del destinatario ma a questo non è disgiunto, sebbene sia secondario, l'interesse dello Stato alla giustizia»⁹¹. Per converso, la «funzione amministrativa» – scrive sempre Benvenuti – «è trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto da lei distinto, e in particolare del cittadino»⁹². A conclusione del ragionamento, si può dunque affermare che è proprio per questa differenza di piano, per tale non coincidenza tra forme sensibili e forme sostanziali, che – come Benvenuti giustamente sostiene – le prime non sono «forme necessarie» delle seconde, cioè «per la esplicazione di una determinata funzione»⁹³.

Ciò che in definitiva cambia è il rapporto tra interesse «parziale» e interesse pubblico. In un caso, quest'ultimo è perseguito in maniera diretta o primaria o, meglio ancora, immediata; nell'altro, viene curato in via indiretta o secondaria, o meglio mediata. Quanto ricade – almeno talvolta – sotto le benvenutiane nozioni di 'procedimento' e 'processo' non è una semplice manifestazione contingente o, aristotelicamente parlando, 'accidentale' di due forme o modi di esercizio del potere diversi e distinti; gli oggetti indicati con 'processo' e 'procedimento' risultano essi stessi – ripetiamo – *modalità diverse* di esercizio del potere. Si consolida così il rilievo per cui gli stessi non sono fra loro interscambiabili, rilievo peraltro avvalorato autorevolmente anche da Michel Troper, come visto.

Dell'esercizio del potere occorre infatti recuperare il profilo eminentemente razionale, nel che, d'altra parte, ci sembra stia l'insegnamento più profondo ricavabile dalle teoriche che stiamo studiando⁹⁴. È, cioè, a partire dalla razionalità dell'agire e del decidere che si trae la conclusione per cui quanto ha a che vedere con il rapporto tra interessi costituisce il vero

⁸⁹ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 134, nt. 31; è il passo che avevamo riportato già in apertura di questa analisi.

⁹⁰ Ivi, p. 136.

⁹¹ Ivi, p. 140.

⁹² Ivi, p. 134.

⁹³ Ivi, p. 137.

⁹⁴ Sottolineava la essenziale commistione dell'elemento volitivo e razionale nella funzione già ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., in part. p. 228 (e, più in ampio, pp. 224 ss.).

«parallelismo sostanziale» tra le diverse forme di funzione o esercizio del potere. Proprio in quanto attività di ragione, la ‘funzione’ è stata definita – forse ancor più precisamente – come l’operazione della «*deputatio ad finem*»: dizione, questa, che ben restituisce figurativamente l’immagine della «realizzazione del fine», ossia del «soddisfacimento dell’interesse perseguito»⁹⁵. Ora, siccome non può darsi perseguimento né soddisfazione dell’interesse pubblico-funzionale disgiuntamente dalla considerazione degli interessi parziali delle parti, il «realizzarsi» di tale operazione non è nient’altro che lo svolgersi dell’ordinamento di tali interessi particolari a quello pubblico-funzionale, ovvero sia la relazione che viene unilateralmente (potestativamente) instaurata tra tali interessi al fine della realizzazione della prevalenza del secondo (*causa finalis*) sui primi.

Ciò posto, niente obbliga peraltro a che l’ordinamento degli interessi parziali a quello funzionale debba per forza realizzarsi in un modo soltanto, ma, secondo quanto appurato da Benvenuti, potrà avvenire soddisfacendo l’interesse funzionale in via immediata ovvero mediata dalla soddisfazione degli altri. Dovrebbe risultare a questo punto più comprensibile come l’ordinamento di interessi di cui si discute possa divenire oggetto di studio sotto molteplici e diverse angolature: tante, nello specifico, quante sono gli elementi costitutivi che la funzione presenta e che, benché strettamente connessi con quello del (modo di) ordinamento degli interessi, non si identificano tuttavia con esso⁹⁶.

⁹⁵ *Causa finalis* della funzione o ‘esercizio del potere’, pertanto, è, più che il fine in sé per cui il potere si esercita, la realizzazione di quel fine, la prevalenza dell’interesse finale e funzionale su quelli particolari delle parti coinvolte in tale operazione. Cfr. F. MODUGNO, *Funzione, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 311, ove più ampiamente si legge: «Il concetto di funzione [...] non si esaurisce [...] nell’astratta possibilità di agire in vista di un fine o per un effetto – nel che si ravvisa, per altro verso, esattamente l’attività –, quanto piuttosto s’identifica nel concreto svolgersi di tale attività nella sua continuità e rilevanza globale, in vista della realizzazione di un fine. [...] Sintetizzando, dunque, la funzione può allora definirsi come il concretarsi del potere o della potestà, attraverso gli atti formalizzati dal diritto, nella realizzazione del fine o nel soddisfacimento dell’interesse perseguito». Giudicano questa definizione di ‘funzione’ «una delle più convincenti», G. GRASSO, R. MANFRELOTTO, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in «Historia Constitucional», VIII (2007), p. 162. Il ruolo del ‘fine’ era peraltro riconosciuto dallo stesso BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., in part. p. 31, nt. 59: «l’uso dell’espressione funzione» indica, «se usata in senso lato, l’attività amministrativa in ordine ad un fine amministrativo, e, se usata in senso stretto, il realizzarsi dell’attività amministrativa, naturalmente qualificata anche in relazione ai suoi scopi, nell’atto amministrativo». In termini, inoltre, ALLEGRETTI, *L’imparzialità*, cit., *passim*, ad es. pp. 95, 188 e 229.

⁹⁶ Si colloca qui, ad esempio, la tematica dell’esercizio vincolato o discrezionale del potere, cioè dei processi valutativi – sillogismo o scelta – *mediante i quali* si realizza l’ordinamento degli interessi parziali a quello funzionale. Autorevolmente, F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 4-5, sottolinea che parlare di decisione ‘discrezionale’ o ‘vincolata’ è improprio, visto che discrezionalità e vincolatezza attengono alla ‘funzione’ più che all’atto in sé, che tali caratteri identificano piuttosto dall’esterno. Anche sulla scorta di ciò, possiamo dunque ribadire che ‘forma’ (sostanziale) della funzione non può essere che la modalità con cui si realizza l’ordinamento di interessi in discorso, perché un certo modo di questo ordinamento può avvenire tanto attraverso un sillogismo quanto tramite una determinazione discrezionale. Non è vero, invece, il contrario, e cioè che, dato un certo tipo di valutazione, l’ordinamento di interessi possa svolgersi, nell’ambito di una medesima operazione di ordinamento di interessi ad uno finale, sia in un modo sia nell’altro, ovvero sia secondo più tipologie di rapporto tra interesse funzionale e interessi parziali.

Ci si domanda allora a questo punto: che altro sono la funzione amministrativa e quella giurisdizionale se non, precisamente, *tali due modi* di esercitare il potere politico, cioè *di ordinare certi interessi ad uno pubblico-funzionale*? Che altro sono esse se non ciò che Benvenuti, oscillando ambiguamente tra forma accidentale e forma sostanziale, chiama ‘procedimento’ e ‘processo’?

Del resto, i due piani – empirico e tecnico – sono strettamente legati: quanto inquadriamo come ‘amministrare’ è ciò a cui, empiricamente e anche intuitivamente, pensiamo ogni volta che ci figuriamo un potere esercitato essenzialmente per il perseguimento di interessi pubblici. Per converso, funzione ‘giurisdizionale’ o ‘giudicare’ sono termini che rinviano subito ad una posizione meno centrale dell’interesse pubblico rispetto a quelli privati o, comunque, a quelli più particolari rispetto a quello superiore di cui il ‘giudice’ è garante⁹⁷. In questo senso, non v’è più il rischio di utilizzare la dizione empirica di ‘risoluzione delle controversie’ per designare la funzione giurisdizionale: la risoluzione delle controversie, infatti, è semplicemente un’occasione in cui si perseguono in via immediata interessi parziali

⁹⁷ S. PALAZZOLO, *Per una introduzione allo studio del processo*, in *Il Tommaso Natale. Bollettino dell’Istituto di diritto processuale penale dell’Università di Palermo*, VII (1979), vol. III, *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, p. 1248, sottolinea il «rapporto triadico» alla base del «giudizio giurisdizionale». In particolare – scrive – «il giudizio giurisdizionale non è concepibile, né logicamente né giuridicamente, se non come frutto dell’attività di almeno tre soggetti. Se, infatti, il rapporto di diritto sostanziale corre tra almeno due (o più) soggetti e nessuno di questi può essere giudice, dovrà esser giudice un terzo, onde il processo procederà fra (almeno) tre persone». Dal piano dei soggetti, come già precisava BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 132, nt. 26, si può peraltro passare al piano (oggettivo) degli interessi. Così, Salvatore Palazzolo, alla pagina poc’anzi citata, spiegava che, «se la giustizia dell’operato di ciascuno non può essere affidata allo stesso attore, che diverrebbe un despota, né ad altri, dei quali il primo sarebbe uno schiavo, essa deve scaturire dal rapporto tra coloro che sono portatori degli interessi confliggenti ed un terzo, che è estraneo all’interesse in conflitto, ma obbligato, in egual misura, verso i litiganti, ad una decisione di giustizia, secondo una disciplina di valori ed una regola del giudicare, preordinati e noti ai litiganti medesimi». Mette quindi caso di notare che, più che quella dei soggetti, è soprattutto questa ‘triade’ di interessi – di cui uno superiore che funge da parametro di giudizio – a determinare la struttura tipica della funzione ‘giurisdizionale’. Nel senso che, se uno dei soggetti in conflitto è anche quello che risolve la controversia sulla base di un terzo interesse, in quel caso si tratterà, a ben guardare, non tanto di una forma diversa di esercizio del potere, quanto, piuttosto, di evitare che essa “de-generi”, che cioè “diventi altro”, a causa di quell’assommarsi di due interessi in un unico soggetto. Nel caso, dunque, in cui il titolare del potere sia portatore al contempo di uno degli interessi in conflitto e di quello ‘funzionale’, emerge più una questione di *garanzie* che non di *modalità di ordinare* certi interessi in conflitto ad uno, appunto, funzionale; ovverosia non emerge soprattutto una questione di tipologie di esercizio del potere. A questo riguardo, bisogna tenere presente un fondamentale fatto culturale: la diversa idea di garantismo che ci separa dall’esperienza giuridica medievale che, come diremo accennando alle viepiù numerose suppliche alla *potestas absoluta* del principe, si prolunga all’età moderna. Questa diversa concezione è limpidamente evidenziata da GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 131 e nt. 7 ivi: «[i]urisdictione è [...] il potere di colui – persona fisica o giuridica – che ha una posizione di autonomia rispetto agli altri investiti e di superiorità rispetto ai sudditi; e non è questo o quel potere [...], bensì una sintesi di poteri che non si ha timore di vedere condensata in un solo soggetto»; «[l]a divisione dei poteri è un principio tutto moderno; è infatti la civiltà moderna secolarizzata che, priva di appigli religiosi, alla disperata ricerca di garanzie formali, lo assume a fondamento stabile della propria vita politico-giuridica. È un principio totalmente ignoto ai medievali, che [...] erano appagati da garanzie più sostanziali, cioè che sostanzialmente vincolavano e indirizzavano gli investiti di poteri»; cfr. inoltre P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 133-134. Sulla *vis coactiva* e *directiva* delle varie sfere giuridiche (positiva e naturale) sul titolare della *plena absoluta potestas*, si veda ancora GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., pp. 638 ss.

alla luce di uno pubblico-funzionale perseguito mediatamente⁹⁸. Tale – cioè materiale – è invece la distinzione che Benvenuti fa tra processi «contenziosi» e «non contenziosi» (o «volontario»)⁹⁹: essa guarda alla risoluzione della controversia intesa come *scopo*, come elemento teleologico, come risultato, e perciò esterno alla definizione del soggetto ‘processo’; non, al contrario, alla risoluzione del contrasto come tipologia di ordinamento fra interessi (funzione giurisdizionale).

Così, i due piani di osservazione – empirico e tecnico – segnalano entrambi, benché su diverse scale di grandezza, il diverso *proprium* di ‘amministrare’ e ‘giudicare’¹⁰⁰. Affermare, pertanto, che si «amministrava giudicando» non cancella la loro diversità ontologica o, in altre parole, ‘formal-sostanziale’. Se una cosa è l’‘amministrare’ e un’altra è il ‘giudicare’, una di conseguenza non può eliminare l’altra per il sol fatto di sussistere. Né, cosa ancora più importante, cancella il nostro problema di partenza: la non piena sindacabilità delle decisioni amministrative e, in particolare, del merito delle scelte discrezionali in cui esse spesso si sostanziano. D’altra parte, la stessa autorevole storiografia da cui abbiamo ritenuto in parte di doverci discostare ben faceva emergere che gli interessi pubblici non si curavano affatto solamente risolvendo controversie, la qual attività rappresentava piuttosto l’epilogo di quella propriamente amministrativa.

Data l’imprescindibilità (anzitutto logica) di entrambe le funzioni, si tratterà quindi di capire *come esse fossero tanto legate tra loro* in un sistema politico di Antico Regime. Infatti, proprio perché amministrare e giudicare non sono che *due modi diversi* di ordinare

⁹⁸ Già in questo senso, segnatamente, GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 113, il quale afferma che nella eventuale «discrezionalità del giudice l’apprezzamento dell’opportunità politica consiste non già nella valutazione di un interesse principale al lume di interessi secondari, com’è nella discrezionalità amministrativa, ma nella valutazione degli interessi contendenti delle parti, che il giudice è chiamato a comporre. Né si obietterà che anche il giudice è portatore di interessi dello Stato, che egli soddisfa dispiegando la propria attività; non si nega affatto questo; si nega solo che questi interessi [*scilicet* dello Stato] siano oggetto di valutazione nell’apprezzamento di opportunità politica compiuto dal giudice. E neppure che in tal modo, nelle controversie in cui sono parti solo dei privati, l’interesse pubblico sfuggirebbe ad ogni valutazione, dato il giudice si troverebbe a dover apprezzare solo interessi privati: qui l’interesse pubblico infatti non è già scomparso, solo sussiste presso uno di quelli delle parti contendenti. Sussiste però non come interesse [...] riferibile giuridicamente allo Stato o all’ente pubblico; esso è riferibile al privato, che lo difende e ne sostiene i pesi. Ma appunto perché può coincidere con un interesse pubblico la legge ricorre all’attribuzione di una discrezionalità al giudice: p.e., nell’apprezzamento *ex art. 645 c.p.c.*, interesse pubblico è che la vendita dei beni pignorati si svolga con celerità e senza impaccio; se tuttavia rischia di essere dispersa una collezione d’oggetti d’arte, notevole per qualunque ragione, l’interesse pubblico può anche passare dalla parte del debitore o di altri. Per questo la discrezionalità del giudice adempie anch’essa a un’importante funzione [...]». Ci sembra, insomma, chiaro che nella funzione ‘giurisdizionale’, anche per un giurista autorevole come Giannini, l’interesse pubblico resti in secondo piano; venga perseguito, certo, ma indirettamente – come l’Autore a nostro parere ben spiega – rispetto a quello dei privati, cioè agli interessi delle parti tra loro in conflitto, guidando, indirizzando, presiedendo alla loro vicendevole composizione.

⁹⁹ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 141.

¹⁰⁰ Preciseremo meglio nella Parte Seconda di questo elaborato ciò che si deve intendere più propriamente per classificazione ‘empirica’. Per il momento, in questa fase critica della nostra analisi, conviene che ci atteniamo alle dizioni risultanti allo stato dell’arte.

certi interessi ad uno funzionale e pubblico, resta implicito che la non integrale sottoponibilità a giudizio di un comando non può dipendere, in sé, da quelle due modalità di esercizio del potere. Saranno allora *altri* elementi a dare luogo a questo che è ritenuto, invece, il carattere fondamentale dell'esercizio di tipo amministrativo del potere. Se detti elementi, poi, assurgessero a forma sostanziale della funzione, dovremmo a quel punto identificare una modalità terza di esercizio del potere; il che è ragionevolmente escludibile se si dimostra – come cercheremo di fare – che l'insindacabilità non è il carattere proprio di un modo di ordinare interessi, ma piuttosto una *preclusione a rivederlo*, completamente o parzialmente.

Si tratta di un'ipotesi complessiva che ora andremo a verificare nei suoi vari profili, iniziando dall'*equivoco di fondo* che ha portato a considerare il modello processuale capace da solo di risolvere il problema del sindacato sulle decisioni amministrative. In altri termini, stiamo procedendo per esclusione, cercando di risalire ai fattori che cristallizzano nella agiuridicità gli interessi del privato e, altresì, le norme dell'opportunità, convenienza, buona amministrazione e, non ultima, della giustizia. Precisamente questi fattori, una volta individuati, andranno esclusi per spiegare la sindacabilità piena delle decisioni che anche negli ordinamenti di Antico Regime perseguivano in via immediata interessi della collettività. Ciò che, appunto, rappresentava il nostro dato di partenza.

IV. Il processo come “esoscheletro” per forme di controllo eterogenee: l'eziologia estrinseca dell'insindacabilità nel merito rispetto alla funzione amministrativa

Ricapitolando brevemente, un conto sono 'procedimento' e 'processo', due diverse forme «sensibili», come dice Benvenuti, o 'accidentali', in cui ogni 'funzione' si estrinseca; un altro conto sono invece i due modi di essere 'sostanziali' della funzione, distinti e non interscambiabili, dal momento che la loro definizione si ricava dagli elementi intrinseci della stessa. Il rapporto tra funzione *tout court* e funzione amministrativa o giurisdizionale è, pertanto, quello di genere a specie.

Come si anticipava al paragrafo precedente, la nozione di funzione amministrativa non è da confondere con quella di 'procedimento', e del pari nemmeno la definizione di funzione 'giurisdizionale' va sovrapposta *sic et simpliciter* all'altra di 'processo'. Si tratta, ora, di vedere in maggior dettaglio fino a che punto il manifestarsi di una funzione amministrativa nella forma estrinseca del processo possa concretamente portare alla sindacabilità piena delle decisioni frutto di quel modo di esercizio del potere; o il perché non può invece condurvi. Va cioè chiarito dove stia esattamente il problema della insindacabilità come preclusione ad un controllo del tutto penetrante sulle decisioni amministrative.

Non bisogna, infatti, confondere due aspetti. Il primo da tenere in considerazione è il rapporto tra interesse pubblico-funzionale e quelli parziali (poniamo, per semplicità, privati) rispetto al potere: i titolari del potere perseguono d'altronde sempre un interesse pubblico, sebbene in forme diverse. Il secondo e non coincidente profilo, invece, è la possibilità che i soggetti portatori, appunto, di interessi diversi da quello pubblico intervengano durante l'esercizio del potere: la variabilità delle loro prerogative e, quindi, della loro capacità di condizionamento sull'operazione di ordinamento degli interessi propria del momento funzionale.

Le definizioni di 'procedimento' e 'processo' che Benvenuti a più riprese fornisce non sono, come introducevamo prima, univoche, sicché risultano accostabili fra loro solo parzialmente. La ragione è, nello specifico, che in alcuni passaggi esse si incentrano sul primo dei profili ora segnalati (il rapporto tra interesse pubblico e privato)¹⁰¹. Così, in particolare, le specifiche nozioni di 'procedimento' e 'processo' che poi Mannori enuncia in modo identico al noto amministrativista: «l'atto d'amministrazione» – scrivono – «si ritiene diretto a soddisfare principalmente l'interesse dell'ente che lo emana [...], modificando la sua stessa posizione giuridica rispetto a quella degli altri soggetti dell'ordinamento»; specularmente, «l'atto giurisdizionale è reso principalmente nell'interesse di coloro che ne fanno richiesta, e perciò modifica soltanto la posizione giuridica delle parti, lasciando invariata quella del giudice»¹⁰². Peraltro, nelle prime parti delle due definizioni si prende in considerazione la tipologia di rapporto tra interesse pubblico-funzionale e interessi privati, mentre nelle due seconde parti di tali enunciati si fa riferimento soprattutto alla «efficacia degli atti nei confronti delle posizioni giuridiche dei soggetti, o efficacia sostanziale»¹⁰³. Quest'ultimo, tuttavia, benché all'atto pratico possa condurre a risultati equivalenti, è profilo ben diverso da quello dell'esercizio del potere in sé considerato (dalle tipologie, cioè, di rapporto tra interessi, di perseguimento, immediato o mediato, dell'interesse pubblico-funzionale); esso concerne piuttosto la decisione, la quale, a rigore, è il prodotto della funzione¹⁰⁴.

¹⁰¹ Così i passaggi che si sono riportati al paragrafo precedente e che, a nostro avviso, concernono prettamente la nozione di 'funzione' (o esercizio del potere) e le due diverse modalità d'essere sostanziali che essa può assumere.

¹⁰² MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., pp. 331-332, corsivi nostri. Le definizioni che così Mannori riprende provengono da BENVENUTI, *Appunti*, cit., p. 41. Va precisato, comunque, che quest'ultimo fornisce le suddette definizioni riferendosi alla 'funzione amministrativa' e a quella 'giurisdizionale', più che al 'procedimento' e al 'processo'.

¹⁰³ F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, ad vocem, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989, p. 3.

¹⁰⁴ È lo stesso Benvenuti, *ivi*, p. 3, a spiegare che la classificazione delle funzioni da egli stesso offerta si basa non solo sul «momento di trasformazione del potere in atto», ma sull'«unificazione» – «nell'ambito del concetto di sanzione» – «sia del momento di trasformazione del potere in atto, sia della identificazione del

In altri brani tratti dai lavori di Benvenuti, per converso, l'accento è posto sul profilo delle prerogative riconosciute ai privati, portatori di interessi ovviamente distinti da quello del titolare del potere. Pensiamo, ad esempio, al passaggio in cui questo Autore afferma che si è in presenza di un 'processo' quando si incontrano atti di soggetti diversi da quello pubblico che «non soltanto siano presupposti di validità o presupposti di efficacia dell'atto finale, ma che siano necessari per la sua perfezione» stessa¹⁰⁵. Si può infatti notare come, così dicendo, il giurista non faccia riferimento tanto al rapporto tra interesse pubblico-funzionale e interessi privati, quanto alla possibilità per i titolari di questi ultimi di influire con i loro atti sulla decisione che persegue (in forma potenzialmente variabile) il primo. In sostanza, egli si sta riferendo soprattutto alla *garanzia* che gli interessi privati hanno di poter incidere sulla formazione della decisione finale. E da qui, la non accostabilità del doppio ordine di definizioni di 'procedimento' e 'processo' che Benvenuti fornisce.

Il tipo di rapporto o ordinamento tra interessi, da un lato, e la possibilità (più e meno ampia) che i soggetti che non esercitano il potere abbiano di esprimere il proprio interesse, dall'altro, ci sembrano pertanto aspetti autonomi ancorché certamente connessi. Infatti, è bensì vero – come sostiene sempre l'amministrativista – che il «richiamo all'elemento interesse» serve «unicamente come relazione tra l'atto ed il soggetto, ossia come elemento oggettivo»¹⁰⁶; cionondimeno, è evidente come l'interesse possa qualificare intrinsecamente (ossia definire) solo – appunto – il rapporto tra gli interessi, o altresì tra soggetti ma sempre *in quanto portatori* di una certa istanza.

Ora, tale rapporto tra interessi non è altro che la 'funzione' o 'esercizio del potere' – come ormai chiarito – con cui si ordinano le istanze parziali a quella che ne rappresenta la causa

potere e dell'atto». Nello specifico, tra tali elementi ulteriori alla 'funzione' *stricto sensu* vi è, appunto, quello della «efficacia sostanziale», ossia delle ricadute soggettive degli effetti dell'atto. «Così» – conclude *ibidem* Benvenuti – si addivene alla «identificazione delle funzioni fondamentali dell'ordinamento, quella legislativa di posizione di norme, quella amministrativa, pubblica o privata, di attuazione di effetti conformi al precetto, e, infine quella giurisdizionale di dichiarazione della doverosità di osservanza del precetto; la quale ultima rappresenta il momento di chiusura dell'intero processo di produzione giuridica». L'analisi – arriviamo al punto – ci sembra esatta nei risultati; tuttavia, Benvenuti vi perviene sovrapponendo due classificazioni molto diverse delle funzioni giuridiche: ciò che vedremo meglio analizzando la genesi della distinzione tra funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale. Infatti, la definizione che egli offre nel suo *Funzione (teoria generale)* non è sovrapponibile a quella che leggiamo in *Funzione amministrativa, procedimento, processo* o a quella poc'anzi riportata nel testo e tratta dal suo *Appunti*. In quest'ultimo caso, essa concerne il rapporto tra interessi – come dicevamo –, mentre nel primo la definizione parte piuttosto dalla centralità dell'elemento normativo, il quale però non riguarda, come tale, il rapporto appunto tra interessi, ma un diverso profilo dell'esercizio del potere che si coglie osservando la funzione dal lato della sua causa finale (sulla questione torneremo meglio *infra*, Cap. II., par. II.). È, dunque, imprescindibile fare chiarezza su ciò su cui si impernano le differenti classificazioni, specialmente considerato che il nostro obiettivo è quello di risalire al fattore che, in Antico Regime, consentiva al privato, il quale si sentisse ingiustamente leso in un proprio interesse a causa di una decisione autoritativa, di domandare la revisione della stessa finanche nel rapporto tra gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere.

¹⁰⁵ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 135.

¹⁰⁶ Ivi, p. 132, nt. 26.

(*finalis*). Invece, i medesimi interessi e, soprattutto, i medesimi, relativi rapporti di reciproco ordinamento si pongono «in termini teleologici», cioè ne rivelano l'utilità pratica e non «di struttura» rispetto al modo sensibile in cui poi si estrinseca una, piuttosto che un'altra, di quelle tipologie di rapporto tra gli stessi¹⁰⁷. È vero dunque semmai che il «conflitto di interessi (o il modo di valutare un interesse) potrà costituire la ragione per cui la norma fa svolgere un'attività mediante processo» e non – aggiungiamo – mediante procedimento (e anche viceversa)¹⁰⁸. Il problema, insomma, ci appare essere sempre lo stesso che sottolineavamo più sopra: ragionando in termini internamente coerenti ma meramente astratti, è facile perdere il senso comune delle cose, il loro significato più intuitivo ma, non per questo, meno vero¹⁰⁹.

È ragionevole concludere, tutto ciò posto, che 'processo' e 'procedimento' hanno caratteri definitivi diversi dal rapporto tra gli interessi. È maggiormente plausibile che l'elemento essenzialmente qualificante il 'processo' sia l'«effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni» delle parti. D'altronde, se fosse sufficiente a tale scopo di inquadramento la «mera partecipazione di più interessati, essa resterebbe un gradino più giù»¹¹⁰: come dunque si chiamerebbe, in quel caso, l'esercizio del potere teso a garantire la suddetta equivalenza di posizioni?

Si deve tuttavia osservare, a riprova della differenza di piani tra forma 'sostanziale' ed estrinseca o 'accidentale', come non solo la necessità di partecipazione, ma anche, appunto, la parità stessa fra le parti non significhino sempre e comunque funzione 'giurisdizionale'.

Su tali basi, finanche i ricorsi amministrativi interni possono correttamente essere inquadrati come 'processo', considerando il rapporto di parità tra parte pubblica e privata davanti all'organo decidente¹¹¹. Chi, nondimeno, si sentirebbe sinceramente di poter affermare che vi è un'effettiva e sostanziale parità tra le parti che intervengono in sede di ricorso gerarchico, ad esempio? Perché, d'altra parte, i ricorsi amministrativi non hanno mai

¹⁰⁷ In questi termini, per tutti, E. FAZZALARI, *Processo. Teoria generale, ad vocem*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, UTET, 1966, p. 1073; ID., *Procedimento e processo (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 827-828.

¹⁰⁸ FAZZALARI, *Processo. Teoria generale*, cit., p. 1073.

¹⁰⁹ Nel prendere le distanze da Benvenuti sulla questione, FAZZALARI, *Processo. Teoria generale*, cit., p. 1072, notava (e non senza una nota di sarcasmo) che «nessuno ritiene che la partecipazione del privato consistente nella richiesta della licenza di caccia, e quella dell'organo consultivo che fornisce all'autore del provvedimento il proprio parere trasformino il procedimento in processo». Possiamo infatti accorgerci che la partecipazione del cittadino alla funzione-esercizio del potere viene chiaramente in rilievo, in questo esempio, come strumento utile all'acquisizione dell'interesse privato-parziale da ordinare all'interesse pubblico-funzionale. Tale partecipazione non funge certo da garanzia per una compiuta considerazione dell'interesse del privato; la qual considerazione piena e imparziale, peraltro, non necessariamente è la chiave, come subito vedremo, per una piena rilevanza giuridica di quell'interesse.

¹¹⁰ La presente citazione e la precedente sono prese ivi, p. 1073.

¹¹¹ Così, infatti, ivi, p. 1074; nello stesso senso, già, a maggior ragione vista la nozione meno restrittiva di processo, BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 139-141.

esercitato troppa attrattiva sul privato nonostante che possano vertere persino sul merito della scelta discrezionale¹¹²?

Analogamente, anche il *'procedimento'* amministrativo, per come attualmente disciplinato, è quanto mai prossimo al benvenuto *'processo'*, per l'obbligo di considerazione in tale sede dell'interesse *finale* o *materiale* del privato e, soprattutto, in modo imparziale¹¹³. Cionondimeno, è difficile negare come nell'odierno procedimento amministrativo l'interesse pubblico costituisca non solo l'interesse funzionale, ma anche quello perseguito primariamente e in via immediata dall'Amministrazione¹¹⁴, sebbene non disgiuntamente dalla considerazione degli altri e secondari interessi. Secondo la nozione di procedimento di Benvenuti, invece, i due dati non potrebbero andare di pari passo: nell'esercizio del potere in cui si persegue primariamente l'interesse di chi decide – il *'procedimento'* («in senso stretto») –, «gli atti che lo compongono, pur provenendo da soggetti diversi, soddisfano tuttavia fundamentalmente, in quanto atti del procedimento, l'interesse sostanziale soddisfatto dall'atto conclusivo»¹¹⁵. Ora, possiamo forse dire che, nell'odierno procedimento amministrativo, non vi sia un «concorso di atti provenienti da diversi soggetti»¹¹⁶? Che quegli atti e, soprattutto, i diversi interessi che essi esprimono¹¹⁷ «non soltanto siano presupposti di validità o presupposti di efficacia dell'atto finale, ma che siano necessari per la sua perfezione»¹¹⁸? Ancora: si può davvero negare che nel

¹¹² Beninteso: nemmeno oggi con la tanto acclamata separazione tra organi politici e amministrativi, la quale dovrebbe assicurare la (altrettanto acclamata) «imparzialità» dell'Amministrazione.

¹¹³ In quest'ordine di idee, cfr., per tutti, SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., spec. pp. 201-207 (a proposito dell'imparzialità) e 399 ss., il quale ricostruisce la nozione di interesse legittimo come interesse *'strumentale'* proprio sulla base della possibilità di incidenza dell'interesse materiale del privato, all'interno del *'procedimento'* amministrativo, sulla formazione del profilo di merito della decisione discrezionale. Ciò che – significativamente, ai fini della nostra panoramica sulle premesse teoriche della storiografia fiorentina – è peraltro evidenziato anche dallo stesso L. MANNORI, *Parlando di storia. La parabola dell'amministrazione autoritativa dal pre- al post-moderno*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017, p. 109: «L'atto imperativo, calato entro la cornice del procedimento, non trova più la sua origine e la sua legittimazione solo nella posizione sovraordinata di chi lo assume, ma nel rispetto di un percorso in cui si trovano riprodotti alcuni tratti tipici del processo»; in senso analogo, B. SORDI, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in *Al di là del nesso autorità/libertà*, cit., pp. 11 ss.

¹¹⁴ Proprio in ciò sta, d'altra parte, la *'strumentalità'* di cui parla lo stesso SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 366-367: «in esso (o con esso) [l'interesse legittimo] si dà il rilievo che merita al c.d. bene della vita, lo si assume, non come oggetto dell'interesse legittimo, ma sotto la specie di (oggetto dell') interesse finale. Ritenere che l'interesse legittimo abbia carattere strumentale significa che il suo esercizio consente al privato di tutelare, seppure indirettamente, l'interesse finale, il bene della vita, che egli intende conservare o acquisire; di tutelarlo indirizzando (operando per indirizzare) l'amministrazione verso l'adozione di un provvedimento (il più possibile) favorevole; ed è il provvedimento favorevole, necessario per conservare o acquisire il bene della vita, ed anch'esso definibile come bene (in senso giuridico), sia pure strumentale, che risulta l'oggetto proprio del (o il risultato cui tende) l'interesse legittimo».

¹¹⁵ Così, a proposito del *'processo'*, BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 132.

¹¹⁶ Ivi, p. 135.

¹¹⁷ Ricordando quanto abbiamo appena detto a proposito della possibilità che oggi il privato ha di far valere, nel procedimento amministrativo, il proprio interesse finale o materiale.

¹¹⁸ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 135.

procedimento amministrativo, come attualmente disciplinato, «uno o più atti di uno dei soggetti (ad es. lo Stato) trovano la loro ragione di essere o il loro limite in atti dell'altro soggetto (ad es. il privato)»¹¹⁹?

Ci sembra insomma incontrovertibile come ormai vi siano 'procedimenti' che si connotano *anche* per ciò che Benvenuti attribuisce al 'processo'. Che, infatti, vi sia o meno un processo non muta il modo dell'ordinamento di interessi che in tale sede si effettua; e nemmeno, allora, che sussista o meno una effettiva parità fra le parti ai nostri fini è in sé dirimente.

Ci è sufficiente l'aver sottolineato che quel che Benvenuti scambia per forme sensibili di esercizio del potere – quanto, cioè, egli identifica come 'procedimento' e 'processo' – sono in realtà le forme sostanziali dello stesso, perché i caratteri che definiscono le forme sostanziali e quelli intrinseci di procedimento e processo, afferendo a cose fra loro ben distinte, non sono tra loro sovrapponibili. Un conto – si ribadisce – è perciò il modo di ordinare interessi, che qualifica la forma sostanziale della funzione conferendole 'specificità' (ossia una data 'specie'); un altro, invece, sono i connotati estrinseci che quella certa forma può 'accidentalmente' assumere o meno, ma che in ogni caso non modificano il primo degli aspetti or enunciati.

In questo senso, ad esempio, è stato messo in dubbio che tanto la p.a. in sede di ricorsi interni quanto, persino, il giudice amministrativo esercitino un potere che persegue l'interesse pubblico solo in via indiretta; nonostante che – ecco il punto – si possa e si debba parlare di processo, sicuramente almeno nel secondo caso¹²⁰.

¹¹⁹ *Ibidem* (sempre in riferimento al 'processo').

¹²⁰ Sui ricorsi amministrativi, esattamente nei termini esposti, l'autorevole voce di A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi, ad vocem*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, Utet, 1997, spec. pp. 383 e 387-388. Scrive questi: «sostenere [...] la tipicità di una funzione amministrativa 'giudiziale' ha senso ed è possibile solo se si riesce a dimostrare l'assoggettamento di tale funzione a regole diverse da quelle che valgono ordinariamente per l'azione amministrativa». Ciò premesso, benché «i ricorsi amministrativi possano essere legittimamente inquadrati in una funzione amministrativa con caratteri specifici», è vero d'altra parte che «in un procedimento amministrativo l'interesse pubblico, per definizione, non può essere considerato un fatto secondario» (il termine «procedimento» è usato qui in maniera generica, avuto riguardo ai caratteri di «iniziativa procedimentale», «disponibilità del procedimento» e «individuazione dell'oggetto del procedimento»), i quali lo differenzino – sottolinea l'A. – dal 'procedimento' di amministrazione attiva). Nello specifico, «il condizionamento che esso [l'interesse pubblico] produce rispetto all'esito della funzione amministrativa implica che esso possa essere considerato solo come fatto principale. Di conseguenza l'Amministrazione, nei casi in cui il ricorso comporti per essa la necessità di riesaminare l'espressione di un potere discrezionale [...], può essere limitata nella sua capacità di prendere in considerazione interessi diversi da quelli rappresentati nel ricorso». In conclusione, e segnatamente, «anche la garanzia del contraddittorio, con gli svolgimenti appena richiamati, non è sufficiente per assicurare la considerazione di tutti gli interessi in gioco». In merito al giudice amministrativo, fondamentali sono, sotto questo profilo, le critiche espresse dalla Scuola fiorentina di diritto amministrativo. Così, CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 161 ss., spec. p. 173, nt. 33: «il giudice amministrativo nel controllare l'applicazione della norma, diviene complice dell'attuazione della medesima, per giunta in ipotesi nelle quali quel momento attuativo – per essere discrezionale – riflette a sua volta la fase di innovazione dell'ordinamento»; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp.

È noto e risaputo da sempre, d'altra parte, come la tutela offerta dal giudice amministrativo sia «mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico»¹²¹. La 'giustizia amministrativa' è la prova forte, quindi, di questa intrinseca ambivalenza del modo processuale di esercitare il potere, che, per questo, non è dirimente nello studio dell'amministrare pre-rivoluzionario e del relativo fare compiutamente giustizia delle decisioni amministrative. La nozione stessa di 'giustizia amministrativa' indica che il problema alla base della non penetrabilità del merito delle decisioni discrezionali «ha riferimento alla 'funzione' del giudice e cioè al tipo di sindacato che esso esercita sull'attività amministrativa e non alla sua posizione»¹²².

È forse inutile, allora, continuare a muovere critiche alla predetta non equidistanza del giudice amministrativo dalle parti del processo¹²³, come se il problema fosse di carattere

79 ss., il quale definisce infatti il giudice amministrativo come «giudice amministratore» anche per il fatto che spesso esercita egli stesso un potere discrezionale. Osservava inoltre questo A. che, «se la disparità è intrinseca» al rapporto tra Amministrazione e privati, anche «il giudice appare come istituzionalmente, necessariamente, parziale, e la funzione delle garanzie soggettive risulta quantomeno dimidiata» (ivi, p. 102): in definitiva, «l'espressione controllo giurisdizionale appare del tutto impropria» (ID., *Recensione a «B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, Cedam, 2000»*, in «Diritto pubblico», VIII (2001), p. 796). E questa conclusione risulta rafforzarsi sulla base dell'argomento storico, se cioè si riflette sul fatto che, nella sua prima e chiara delineazione (da collocarsi nella Francia del secondo Ottocento), «il ricorso per eccesso di potere sfrutta il ruolo che il *Conseil d'Etat* svolge, in nome del Capo supremo dell'amministrazione, come guardiano della regolarità dell'azione amministrativa» (MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 357-358). Tale rimedio, in altre parole, «si perfeziona all'interno di quel mondo dei ricorsi gerarchici, in cui "l'amministrazione è parte e non giudice"; non si tutelano diritti, ma semplici interessi; le decisioni sono assunte per "realizzare condizioni di giustizia, ma nell'interesse dell'amministrazione"» (*ibidem*). «Il suo successo» – proseguono gli AA. (ancora *ibidem*) – «dipende, in gran parte, dalla 'liberalizzazione' procedurale che a partire dal 1864 ha previsto per questo tipo di ricorso un regime fiscale agevolato e un procedimento semplificato, che non richiede neppure patrocinio di avvocato».

¹²¹ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 29 ss., il quale precisava altresì che il *proprium* di tale tipo di tutela è come essa «funzioni come controllo dell'esercizio del potere colto nella sua pura dinamica [...]». Si veda inoltre, nuovamente, CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. XI-XV e 21 ss., secondo cui esiste «un filo che con rara coerenza collega il primato dell'interesse pubblico alla specificità della pubblica amministrazione come soggetto devoto a quell'interesse, alle particolarità del diritto applicato, alla singolarità delle situazioni soggettive correlate e, infine, a [...] un giudice che lo è altrettanto»; filo che ancora oggi fa del sistema amministrativo «un sistema segnato dalla supremazia della p.a.». Cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in «Diritto processuale amministrativo», II (2012), p. 501: «attraverso il giudizio su dette controversie, si stabiliscono anche le regole dell'azione amministrativa», «e in ciò il giudice non può prescindere dalla rilevanza degli interessi in gioco, che non sono solo (come viceversa avviene nelle controversie di diritto comune) gli interessi delle parti dello specifico rapporto di cui si controverte». Già in termini F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936, p. 253, il quale parlava di «rilevanza politica della lite» tra privato e Amministrazione. Spunti interessanti, in questo senso, sono reperibili nel recente contributo di F. GOSIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in «Diritto amministrativo», IV (2021), spec. pp. 869 ss., ove si constata – a riprova della strutturalità di questa logica del controllo e della sua perduranza nel tempo – che «anche durante la pandemia, il giudice amministrativo si è confermato come peculiarmente vocato alla mediazione equitativa tra interesse pubblico e privato».

¹²² Ancora NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 29; sicché – conclude l'A. – anche «l'indipendenza del giudice amministrativo dall'amministrazione [...] non è in contrasto con le essenziali caratteristiche della giustizia così delineate».

¹²³ Il riferimento va, in particolare, alla già citata Scuola fiorentina di diritto amministrativo. Nell'ambito di questa, cfr., per tutti, CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. pp. 252 ss., ove si prospetta l'utilità pratica, per l'Amministrazione e per i privati, di un inquadramento dell'eccesso di potere quale violazione di clausole

gnoseologico e non *eziologico*¹²⁴. Di conseguenza, finché non si modifichi la collocazione centrale dell'interesse pubblico-funzionale, il privato, con il venir meno delle peculiarità del sistema di giustizia amministrativa, più che altro (anche) «perderebbe» in effetti «la possibilità di far valere i limiti della discrezionalità»¹²⁵.

Ora, se queste osservazioni sono corrette, la questione della non piena sindacabilità delle decisioni amministrative si situa logicamente più a monte rispetto alla celebrazione di un processo; né, soprattutto, un processo può mai bastare per definizione a risolvere il problema in esame¹²⁶. D'altra parte, è forse un caso che negli ordinamenti pre-rivoluzionari i privati

e principi generali rinviati al comune sentire sociale, e non più come vizio della funzione. Sui rischi, tuttavia, di quella che è stata definita come «deriva privatistica», si veda, ad esempio, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 186 ss., il quale sottolinea che «la parità dello strumento giuridico non determina la parità dei soggetti» (ivi, p. 206). Infatti, nel tentativo di valorizzare l'elemento del rapporto tra l'Amministrazione e i privati e di rendere lo stesso paritario, dipingendo due libertà reciprocamente limitate, vi è insito il pericolo di adombrare la circostanza per cui, in quel rapporto, il «disegnare il nuovo assetto di interessi spetta ad uno solo dei titolari di essi» (SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 365). Quand'è così, la «sproporzione di fatto tra i contraenti» «fa dubitare della migliore idoneità dell'atto consensuale, rispetto all'atto autoritativo, a tener conto degli interessi dei privati». In altre parole, «la sproporzione delle posizioni, anche se venisse corretta in diritto», «si riprodurrebbe inevitabilmente in fatto» (F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco, Istituzione Villa Monastero. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 27).

¹²⁴ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 31: «ogni critica di principio ai sistemi di giustizia amministrativa, la quale prescinda dal considerare che essi sono solo il prodotto secondario di un certo tipo d'organizzazione politico-amministrativa, tuttora vitale, è una critica monca». Si tratta, cioè, di una critica che, «non cogliendo questo nesso di dipendenza, attribuisce a tali sistemi difetti e responsabilità che vanno riportati invece al tipo d'organizzazione politica e amministrativa, che è «la causa» di essi». Si potrebbe inoltre obiettare, nella medesima prospettiva, che la «funzionalizzazione» del sindacato giudiziale all'interesse pubblico non ha significato, nemmeno storicamente – quando essa rimandava ad un rapporto più dicotomico tra sfera privata e sfera della sovranità statale –, disattenzione verso le istanze dei privati. Si tratta di un aspetto che chiaramente emerge nel celebre lavoro di Piero Aimo sulla «giustizia amministrativa» nell'Italia napoleonica. È bensì un fatto – scriveva questi – che alla «speciale attenzione» dei Consigli di Prefettura per l'interesse pubblico si accompagnasse una loro risolutezza «nel rifiutare la cognizione di oggetti a loro statutariamente estranei» e, specificamente, nel non invadere l'«*hortus clausus* della discrezionalità amministrativa»; eppure, ferma tale cura prioritaria, Aimo poteva segnatamente notare che «il numero dei «giudizi» resi a favore dei privati è [...] superiore a quello delle pronunce che vedono maggiormente tutelato l'interesse pubblico». Le citazioni sono tratte da P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 219, 295 e 303-312. Si vedano altresì le pp. 359 ss., dalla cui lettura – come notava già Luca Mannori – si ricava che «il Consiglio di Stato non esita a sostituirsi all'amministrazione nella valutazione di merito degli interessi pubblici e privati in gioco, annullando o confermando le autorizzazioni correlative sulla base di un approfondito giudizio di opportunità» (L. MANNORI, *La nascita del contenzioso amministrativo in Italia. (A proposito di: P. Aimo, Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica, Milano, 1990)*, in «Quaderni fiorentini», XIX (1990), pp. 725, nt. 16). Bisognerà chiarire, allora, come conciliare l'impenetrabilità del merito amministrativo con il contenuto indubbiamente anch'esso discrezionale e volitivo delle sentenze del giudice amministrativo. Soltanto anticipiamo per inciso che, nonostante l'apparenza, non v'è nessuna contraddizione (cfr. *infra*, Cap. II.).

¹²⁵ MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 203.

¹²⁶ In questo senso, anche SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 253-254, osserva che le varie «facoltà» processuali e procedurali, con le «dovute differenze», sono cosa ben distinta dall'interesse sostanziale dedotto nel giudizio o nel procedimento, e servono anzi a farlo valere. In altre parole, è vero soprattutto che «le pretese procedurali [e processuali] [...] integrano il modo in cui le parti (i privati interessati) agiscono (possono agire) [...] per rappresentare e difendere il loro interesse sostanziale, che è quello, secondo il mio convincimento, di portare l'amministrazione a decidere in modo ad esse favorevole». Le (diverse) pretese

guardassero con grande favore alla giustizia principesca, svincolata dai «limiti normativi, sostanziali e processuali» e soggetta soltanto al superiore vincolo dello *ius naturale* e *divinum*¹²⁷? L'aspetto interessante è che, lì, il potere – specie perché esercitabile con grande discrezionalità – non era visto come un ostacolo alla piena realizzazione della giustizia, ma era riguardato, anzi, come il più prezioso strumento di quella. Questo rilievo si reputa fortemente indicativo della vera natura delle decisioni amministrative, cioè del carattere estrinseco rispetto ad esse della loro non piena sindacabilità, la quale, invece, ne è tuttora considerata un profilo sostanzialmente definitorio.

A questo punto, se non basta una qualsiasi decisione formatasi secondo il modello processuale per dar conto della non piena sindacabilità dei provvedimenti amministrativi, quest'ultima deve spiegarsi piuttosto come *preclusione* – come anticipavamo – a rivedere integralmente il contenuto delle stesse. L'insindacabilità, e in particolare quella del merito delle statuizioni discrezionali, è cioè una *problematica legata alla tipologia del controllo*. Siccome, poi, anche in un giudizio è ben possibile che venga perseguito in via primaria l'interesse pubblico, l'insindacabilità è di conseguenza un problema di rapporto tra gli interessi; quindi ancora, essa ha a che fare con la tipologia formal-sostanziale della funzione. In altre parole, anche in sede di controllo può continuare, almeno in certa misura, ad essere esercitata una funzione 'amministrativa'.

Quand'è così, occorre individuare il presupposto che rende invece possibile esercitare il potere in forma compiutamente 'giurisdizionale', ossia perseguendo l'interesse pubblico solo in via mediata rispetto agli interessi parziali. Il che, logicamente, non può avvenire

procedimentali e processuali, dunque, «sono strumenti attinenti al (la struttura del) procedimento [e del processo], e servono per il suo corretto e proficuo svolgimento». CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 209, al riguardo delle sequenze procedimento e processo, parla di «differenti garanzie [...], in sé del tutto neutrali rispetto all'interesse sostanziale del partecipante». Sempre in proposito, cfr., inoltre, G. CORSO, *Conclusioni della prima giornata di studi*, in *Al di là del nesso autorità/libertà*, cit., spec. pp. 295-297, il quale critica «l'assunto che il controllo giudiziario sull'esercizio di un potere amministrativo proceduralizzato comporti una riduzione dell'area dell'autorità», che è invece la tesi sostenuta da Luca Mannori anche nell'ambito dello stesso recente convegno e successivo contributo scritto (MANNORI, *Parlando di storia*, cit.).
¹²⁷ La citazione è di C.E. TAVILLA, *Diritto, istituzioni e cultura giuridica in area estense. Lezioni e percorsi di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 29. Si vedano anche le ulteriori, limpide osservazioni dell'A. relative alla risalente creazione di un ente con funzioni di "filtro" delle suppliche, che aveva rappresentato l'epilogo di un incremento – inaspettato ma non sorprendente – del numero delle istanze rivolte agli organi ducali: «L'elemento che contribuì decisamente al successo e al rapido diffondersi dell'istanza diretta al duca per ottenere il beneficio della giustizia principesca fu soprattutto la natura di un processo svincolato dalle formalità rituali, sottratto al rispetto sostanziale delle norme ordinarie, alla lentezza endemica della normale procedura, all'alea degli appelli e dei conflitti di competenza, all'incertezza tipica di un ordinamento troppo spesso incapace, tra l'altro, di assicurare tutela a categorie di soggetti ritenuti "deboli". Non può stupire pertanto il sempre più frequente ricorso dei sudditi al duca e al suo Consiglio di Giustizia [...]» (ivi, p. 32). Cfr., inoltre, la ricca trattazione di A. MONTI, *Judicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, Giuffrè, 2003, spec., per il profilo d'interesse, p. 133. Si ricordi, infine, in merito alla diversa idea di garantismo medievale e – come comprovano i contributi appena citati – anche moderno in genere, quanto chiarito nel già citato passaggio di GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 131, anche nt. 7.

finché questi ultimi rilevino in modo non completamente autonomo rispetto all'istanza pubblico-funzionale: finché vi sia, cioè, un dualismo tra «interessi protetti» e interessi 'materiali' o «di fatto»¹²⁸.

In tale limitata rilevanza giuridica autonoma degli interessi parziali sta anche, a ben vedere, l'eziologia della stessa dicotomia tra regole giuridiche e non giuridiche, dalla violazione delle seconde delle quali scaturisce il mero vizio di 'merito' (o di opportunità e giustizia) della decisione. Non è, cioè, il fatto che il rapporto tra interessi sia informato a mere regole d'opportunità che esclude una rilevanza giuridica autonoma degli stessi, ma è piuttosto la rilevanza giuridica non pienamente autonoma degli interessi diversi da quello pubblico a far sì che il rapporto tra i primi e il secondo resti disciplinato da regole meramente meta-giuridiche. Il merito si identifica con il rapporto d'ordine tra gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere e, tuttavia, ancora oggi, ciò che è giuridicamente rilevante *non è quel rapporto in sé*, ma solo che esso risponda all'interesse pubblico che rappresenta la causa finale dell'esercizio del potere¹²⁹. Detta altrimenti, rileva, anzitutto, il vincolo di scopo¹³⁰.

¹²⁸ Così, per tutti, SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 416, anche nt. 29. Più in particolare, l'A. afferma che l'«interesse di fatto [...] costituisce la base *pregiuridica* dell'interesse legittimo», cioè dell'unico interesse giuridicamente riconosciuto davanti al potere; tuttavia, l'interesse legittimo non è affatto, in sé, un interesse per un bene della vita, o non per quello che preme effettivamente al suo titolare. Infatti, per quanto «attiene all'oggetto proprio (specifico) dell'interesse legittimo, se esso è identificato nel provvedimento favorevole [...], non è possibile identificarlo contemporaneamente nel bene della vita: sono due entità (beni?) differenti. Il primo è, a conclusione del procedimento, la decisione di merito che soddisfa o non soddisfa l'interesse effettivo (ossia l'interesse di fatto che costituisce la base *pregiuridica* dell'interesse legittimo) del privato; il secondo, consistendo nell'acquisizione o nella conservazione di un bene della vita, si realizza (o non si realizza) soltanto come effetto del provvedimento: l'uno è l'atto, l'altro è l'effetto».

¹²⁹ Si potrebbe quindi dire, a parziale temperamento dell'affermazione di Andrea Orsi Battaglini secondo cui il giudice amministrativo è un «giudice amministratore», che la sua natura propriamente 'giurisdizionale' ricorre nella misura di quel che egli – nell'ambito delle sue valutazioni che, come detto, sono spesso anch'esse largamente discrezionali – può concedere all'interesse parziale rideterminando, alla luce del caso concreto, il significato specifico del vincolo all'interesse pubblico-funzionale, rispetto a quello attribuitogli precedentemente dall'Amministrazione: si tratta, infatti, di un vincolo contenutisticamente indeterminato. Tale operazione è ben diversa da un sindacato sul merito, giacché non può trasmodare nell'incidenza sul rapporto tra interessi parziali e pubblico-funzionale. Sostanzialmente in questo senso, F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 238-239: «il potere d'impugnazione degli atti amministrativi, che violino siffatte norme è riconosciuto *solo* ai soggetti destinatari del provvedimento e non è attribuito, per esempio, ad una sorta di pubblico ministero, che agisca a tutela del solo interesse pubblico. Ciò comporta che, se l'interesse sostanziale [noi abbiamo impiegato la dizione 'materiale'] del privato è protetto [davanti al giudice amministrativo] solo allorquando venga protetto l'interesse pubblico [...], altrettanto tocca dire per quanto attiene all'interesse pubblico, che [...] viene anch'esso ad essere protetto giurisdizionalmente solo in occasione della congiunta lesione di un interesse sostanziale privato». Per questa ragione – conclude l'A. – si deve «affermare che essi sono complementari e che entrambi sono, allo stesso modo, protetti dalla sentenza che accoglie il ricorso, nei limiti della loro coincidenza».

¹³⁰ Per tutti, oltre ai riferimenti già segnalati in questo paragrafo, si vedano ancora VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 71 (anche in nota): «La scelta compiuta nell'esercizio dell'attività discrezionale è funzionalizzata [...], è vincolata nel fine. [...] “quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata”». Soprattutto, però, si veda CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 24-27, la quale spiega che il vizio della funzione, e l'eccesso di potere come tale inteso, «porta a filtrare (la verifica del) l'applicazione delle regole sull'esercizio del potere attraverso l'interesse pubblico». In questo modo, «anche la ragionevolezza [...] rimane

Strettamente connesso ad esso, pur senza identificarvisi del tutto, è poi il vincolo propriamente funzionale. Si può osservare, da un primo lato, che il vincolo di scopo, se certo fa parte della struttura e della definizione della funzione, tuttavia non le esaurisce, quant'è vero che sia lo scopo per sé preso che, parimenti, il rapporto tra interessi (il quale confluisce appunto nel merito) ineriscono in maniera essenziale al «concretarsi del potere discrezionale nell'atto amministrativo»¹³¹.

Ora, il vincolo funzionale è più ampio di quello di scopo, infatti «l'interesse privato, o gli interessi privati che coesistono con l'interesse pubblico (o con gli interessi pubblici) sono una componente necessaria della elaborazione di ciò che viene chiamato 'interesse pubblico concreto'»¹³². Se, dunque, nemmeno il vincolo funzionale è sufficiente a garantire una rilevanza pienamente autonoma degli interessi parziali che prendono parte all'esercizio del potere, il problema della residuante insindacabilità è necessariamente che non si sta ancora esercitando appieno una funzione giurisdizionale. Tale problema, quindi, non è risolvibile neppure eliminando – secondo quello che invece è il tentativo esplicativo della storiografia fiorentina – la discrezionalità dell'esercizio del potere: in questo caso, infatti, solamente si segnala in modo maggiormente manifesto il confine tra gli interessi che hanno e quelli che non hanno una rilevanza giuridica pienamente autonoma¹³³.

regola sul potere, la cui applicazione è subordinata alle ragioni dell'interesse pubblico. [...] ragionevolezza [...] è (solo) quella compatibile con l'interesse pubblico», nel senso di «pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito» (p. 26, testo e nt. 67); ivi, p. 181 (anche in nt.) e *passim*.

¹³¹ Nel che sta, precisamente, il vizio della funzione. In questo senso, G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1989, p. 1: «tra il sindacato che si esercita tramite l'eccesso di potere e quello che si esercita in sede di riesame del merito non esiste differenza di sostanza, sibbene solamente di modalità, attenendo il primo al processo logico tramite il quale si è concretata la scelta discrezionale, il secondo a una piena ripetizione della comparazione degli interessi rilevanti, ma ambedue, comunque, aventi il medesimo oggetto, cioè il concretarsi del potere discrezionale nell'atto amministrativo». Cfr., in termini, G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in «Diritto amministrativo», II (1993), spec. pp. 206 ss., il quale ricostruisce il sindacato per eccesso di potere come verifica dello «standard» di «accettabilità» della scelta discrezionale, la quale non significa già «condivisibilità» della stessa, poiché si arresta ad una «verifica esterna» della decisione. Per contro, il sindacato sul merito «implica un giudizio [...] sulla base di una nuova valutazione (dell'assetto) degli interessi». Posto quindi che la «distinzione deve [...] correre sul diverso carattere degli standard», resta di conseguenza esclusa – aggiunge l'A. – la fondatezza di ogni «distinzione tra legittimità e merito in termini ontologici, quale quella tra norme giuridiche e regole non giuridiche». Sempre in questo senso, più di recente, GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., spec. pp. 285 ss.

¹³² SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 458. Vedremo meglio *infra*, Cap. II., parr. III.-IV., come, nella struttura della funzione, gli interessi privati acquisiscano un valore in certa misura autonomo da quello pubblico-funzionale, anche se resta loro una qualche ineliminabile irrilevanza ove li si volesse considerare – al fine di assicurare ai medesimi una tutela più compiuta e meno mediata – disgiuntamente da tale vincolo.

¹³³ Possiamo ormai aggiungere, cioè, che la non piena sindacabilità delle decisioni amministrative – proprio perché è una questione di rapporto tra interesse pubblico-funzionale e interessi privati-parziali e di non completa, autonoma rilevanza giuridica di questi ultimi – non si limita alle decisioni discrezionali, ma si estende anche a quelle che scaturiscono da un esercizio vincolato del potere. Si tratta, del resto, della nostra critica di partenza alla premessa teorica di Luca Mannori e Bernardo Sordi, i quali assumono invece la tipologia di valutazione come «parallelismo sostanziale» delle funzioni giuridiche. Ciò che cambia tra potere vincolato e discrezionale è in realtà soltanto la «misura del vincolo legale» (vincolo meramente di scopo o no) che caratterizza il suo esercizio (sul punto, cfr. di nuovo la panoramica teorica di VILLATA, RAMAJOLI, *Il*

Il passaggio successivo della nostra indagine, ciò posto, sarà comprendere che cosa rende possibile l'esercizio di una funzione giurisdizionale di fronte alle decisioni amministrative (che – ripetiamo – perseguono interessi pubblici in via immediata) e perché negli ordinamenti contemporanei tale modalità funzionale stenti ancora – checché se ne voglia dire – a trovare integrale accoglimento rispetto (almeno) alla cura di interessi pubblici.

Proprio qui, peraltro, sta l'utilità dell'analisi storica: il dato pre-rivoluzionario ci obbliga a ricercare la causa della successiva, non piena sindacabilità delle decisioni amministrative al di fuori delle tipologie di operazioni concettuali mediante le quali gli atti prendono forma; atti che consistono in larga parte in 'scelte', ossia in valutazioni il cui contenuto non è già latente in modo univoco nell'ordinamento.

Torniamo dunque a ribadire, sotto questo più specifico profilo, che anche laddove c'è scelta ci può essere diritto; che scelta e diritto non sono due cose in necessaria contraddizione. Tutto dipende, alla fine, dal se e dalla misura in cui il rapporto tra gli interessi e, prima ancora, gli interessi stessi acquisiscano una rilevanza piena nell'ordinamento giuridico.

provvedimento amministrativo, cit., p. 74, anche nt. 41). Ben si può dare, pertanto, il caso di interessi privati (*rectius*, parziali, anche non necessariamente privati: insomma, non funzionali) che non siano contemplati dal (perfetto) bilanciamento astratto contenuto nella norma – ossia, qui sì, dalla 'fattispecie' – e che, di conseguenza, restano privi di considerazione rispetto a tale bilanciamento medesimo. In particolare, si può osservare che, dal momento che l'interesse che ha ad oggetto un certo bene materiale della vita non è direttamente 'protetto' (non è, in altri termini, in sé giuridicamente rilevante, o non appieno), esso non coincide con il bene che costituisce l'oggetto della situazione giuridica soggettiva (è questa, come visto, l'autorevole tesi, *inter alios*, di SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., ma anche, sostanzialmente, di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 94 ss.; cfr. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., pp. 188 ss.). A questo punto, è tutto sommato indifferente che l'assetto degli interessi sia normativamente incompiuto (e che vi sia quindi discrezionalità) o perfetto (con conseguente vincolatezza dell'esercizio del potere). Il bene oggetto del vero interesse rilevante per il ricorrente – l'interesse 'materiale' – resta infatti, in entrambi i casi, non giuridico e risulta, così, inevitabilmente "schermato", mediato, dal riferimento all'interesse pubblico-funzionale, che è l'unico, invece, giuridicamente rilevante in modo pienamente autonomo, in sé (rinviando ancora a quanto diremo al successivo Cap. II., in part. parr. III.-IV.).

CAPITOLO II.

LA «SOVRANITÀ NORMATIVA» E L'«ASSOLUTISMO GIURIDICO»

Sommario: Premessa. – **I.** L'elemento normativo come denominatore comune della dialettica tra incontestabilità delle decisioni sovrane e fondamento individualistico del diritto. – **II.** La sostanziale continuità fino agli ordinamenti attuali della centralità del momento normativo e la strumentalità, sia pur variabile, degli interessi privati-individuali rispetto ad esso. – **III.** La nozione di 'funzione' posta alla base delle dottrine del Sei-Settecento. – **III.1.** Le 'parti potenziali' della funzione più nel dettaglio e l'emersione delle forme sostanziali della stessa mediatamente alle prime: il sovrapporsi di due classificazioni collegate ma non fungibili dell'esercizio del potere. – **IV.** Le ripercussioni della centralità della funzione normativa sul controllo delle decisioni potestative: il giudizio come 'verifica del rispetto di un limite' e l'interesse pubblico come interesse non comune, ma della 'parte' pubblica. – **V.** La tendenziale inattitudine logica dell'interesse pubblico configurato come interesse della parte pubblica a porsi quale parametro di giustizia delle decisioni.

Premessa

Per comprendere quale sia il fattore che, nello specifico, conferisce agli interessi parziali una rilevanza giuridica pienamente autonoma rispetto all'interesse pubblico-funzionale, non possiamo che partire di nuovo dal dato storico di cui disponiamo. Il ragionamento deve cioè assumere come premessa la piena sindacabilità, negli ordinamenti d'Età Moderna, delle decisioni finalizzate alla cura di interessi pubblici, e quindi deve proseguire sulla base degli aspetti maggiormente differenziali tra l'epoca pre- e post-rivoluzionaria. S'intende: ciò ha senso in quanto il reale spartiacque tra le due esperienze giuridiche possa essere individuato nello stabilimento del fondamentale distinguo tra un 'giuridicamente rilevante' e un 'non giuridico'. Il che, come dicevamo in chiusura del precedente Capitolo, si evince bene, a nostro avviso, dal fatto che, di fronte all'esercizio del potere funzionalizzato a un determinato interesse pubblico, in capo al privato occorra distinguere un interesse protetto da uno materiale (o finale), il quale solo indirettamente costituisce l'oggetto della sua situazione giuridica soggettiva. Così, se la lesione dell'interesse materiale non va di pari passo con quella dell'interesse pubblico-funzionale, o, meglio, con la violazione del vincolo costituito dalla struttura della funzione stessa, tale interesse materiale resta ingiustiziabile,

nonostante che altre norme vigenti nell'ordinamento virtualmente gli tributino riconoscimento e meritevolezza¹.

Ci sembra che a monte di questi approdi vi siano un percorso storico e, prima ancora, un'impostazione teorica precisi. Si tratta di sviluppi noti, ma giova comunque per il nostro discorso metterne a fuoco alcuni passaggi in particolare.

Ciò che proveremo ora a far emergere è che la suddetta scissione tra valori giuridici e non giuridici si affacciava sulla scena politica solo alla fine del XVIII secolo, a partire cioè da quando la «tematizzazione della sovranità e della legge passa[va] attraverso il filtro di una nuova antropologia filosofica»². Tale scissione rappresenta, quindi, un carattere affatto nuovo rispetto alla tradizione giuridica precedente ed è tutto contenuto nell'impostazione statutale e nei principi illuministico-rivoluzionari.

I. L'elemento normativo come denominatore comune della dialettica tra incontestabilità delle decisioni sovrane e fondamento individualistico del diritto

Inizieremo da qualche riflessione attorno alla Rivoluzione Francese.

Non vogliamo, qui, porre l'accento tanto sul «dispiegamento della sovranità» che si registrava con lo scoppio di tale evento³; esso è in certo senso l'aspetto di più eclatante rottura rispetto ad uno «Stato 'assoluto'» che – si potrebbe sostenere «con una battuta solo apparentemente provocatoria» – era forse «il più riuscito Stato di diritto: uno Stato, appunto, limitato dal diritto»⁴. In questa sua portata dirompente, infatti, l'affermarsi di una sovranità veramente assoluta è evento tale da adombrare che la 'legge' non è più identificabile, anzitutto, con il «comando personale», cioè con la «*commissio*» del Sovrano, ma si definisce anche per i suoi caratteri obbiettivi: la legge è, prima ancora che comando di un ente democratico-rappresentativo, «modalità normativa»⁵. Solo che questa connotazione

¹ Ripetiamo che è in tal senso che SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 92, opportunamente sottolinea ancora oggi «il carattere solo eventuale della soddisfazione dell'interesse privato».

² P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di Id. e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2003², p. 94.

³ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 215.

⁴ COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 93.

⁵ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo stato di diritto*, cit., pp. 36-37; in termini, M.A. CATTANEO, *Separazione dei poteri e certezza del Diritto nella Rivoluzione Francese*, in *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese: atti del Colloquio internazionale, Milano, 1-3 ottobre 1990*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1992, p. 9; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979, p. 288, sottolinea che, per Montesquieu, lo «stato dispotico [...] si caratterizza proprio per la mancanza di leggi generali. Ciò non significa che lo stato dispotico non abbia leggi nel senso di atti autoritativi; in esso mancano le leggi nel senso di 'regole' valide sia per il cittadino che per i pubblici poteri». R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 15 ss., opportunamente puntualizza che «[s]i dice 'generale' una prescrizione che abbia [...] ad oggetto una classe di fattispecie». Essendo ovvio, quindi, «che una prescrizione debba dirsi 'astratta' allorché fa astrazione – prescinde, se così vogliamo dire – da qualsivoglia fattispecie concreta», in «un primo senso» (che è quello che a noi soprattutto importa) «una prescrizione è

dell'atto legislativo conduce – anticipando sulla conclusione principale del presente Capitolo – ad una esaltazione netta del momento del comando a discapito di quello della giustificazione dello stesso, ossia del fondamento di una certa norma o, in altri termini ancora, delle motivazioni che sorreggono l'assetto di interessi in essa contenuto. Questa è, molto probabilmente, la più vera “rivoluzione nella Rivoluzione”.

L'atto legislativo – dicevamo – recava da quel momento in poi una qualche ineliminabile caratterizzazione in senso ‘normativo’ (cioè generale o astratto⁶); inoltre, è noto come la legge venisse ridisegnata dalla Rivoluzione come atto fondamentalmente proprio dell'istituzione rappresentativa⁷. Ora, quel che secondo noi merita di essere sottolineato è che tra la natura rappresentativa e quella normativa dell'atto di legge prevale quest'ultima, nel senso che anche la rappresentatività dell'atto legislativo nasce come servente alla centralità, all'interno del sistema politico, del carattere normativo della stessa; solo secondariamente, invece, essa può ridondare a favore della centralità della legge come atto democratico.

È questa, invero, una tematica complessa, specialmente considerando che si intrecciano una serie di fattori non immediatamente riducibili ad un filo lineare e coerente. Ci sembra, in ogni caso, che questa conclusione emerga persino da quello che più di tutti è stato comunemente ritenuto il paladino della democrazia pura: Jean Jacques Rousseau. A nostro avviso, invece, Rousseau è stato soprattutto il paladino della centralità della norma, della quale la democrazia diretta è piuttosto, nella sua visione delle cose, veicolo, mezzo per la sua implementazione. Vediamo perché.

L'idea di fondo era quella – celeberrima – dei teorici illuministi e derivata dalle correnti del moderno giusnaturalismo: essenzialmente, che ogni limitazione della libertà o di un diritto *individuale* deve avere carattere generale ossia astratto, o, meglio, che il comando particolare e concreto da cui scaturisce tale effetto limitativo deve essere sempre radicato in

astratta allorché è, banalmente, generale». Se, insomma, non si attribuisce all'astrattezza altro significato se non quello di astrazione dal, di assenza di collegamento col, fatto concreto, nel momento in cui una norma è riferita non ad un caso specifico e, pertanto, non a persone specifiche, essa è astratta in quanto è generale e anche viceversa. Al contrario, per l'appunto, la nozione medievale di ‘legge’ (*lex*) è determinata essenzialmente da quella di ‘volontà comune’ («*Lex est commune preceptum – dirá Jacobo de Arena –, id est communi voluntate statutum*»: J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 267); o, in alternativa, «*alicuius gerentis vicem totius multitudinis*» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 90, art. 3, *Respondeo*), e cioè è determinata dalla volontà del Principe.

⁶ Su questa identità tra generalità e astrattezza, si veda – ripetiamo – quanto precisato da Riccardo Guastini nel lavoro poc'anzi richiamato in nota.

⁷ *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, 26 agosto 1789, art. 6: «La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca [...]».

una norma posta da un soggetto diverso e indipendente da quello che la applica⁸. Beninteso: non è che nella concezione medievale e moderna del potere non si contemplassero norme generali, solo che nella teorica illuministica la norma acquisiva una dimensione assorbente, perché solo così si riteneva potersi scongiurare il pericolo che il potere di vertice – il potere sovrano – potesse abusare di quella sua preminenza coartando individui determinati anche senza motivo, ma giustificato solo dal proprio stesso comando.

Ciò a grandi linee premesso, il fatto che, nel contesto della Rivoluzione Francese, vi fosse una larga sovrapposizione tra atto legislativo (inteso come atto dell'ente rappresentativo) e atto normativo è foriero di confusione tra due piani che sono distinti e che, in quanto tali, devono essere tenuti distinti. Era nelle *peculiari circostanze politiche* della Rivoluzione che la superiorità potestativa assoluta dell'ente rappresentativo e, cioè, la sovranità della legge servivano a realizzare le condizioni per la libertà individuale. Affermare la soggezione degli individui soltanto a norme generali presupponeva, infatti, la realizzazione attiva della loro eguaglianza (formale), il loro affrancamento dalla rete di vincoli d'ogni sorta che, sotto l'Antico Regime, erano il riflesso dell'inquadramento degli stessi entro una gamma, ampia e interconnessa, di società parziali⁹. Come si potrà inferire già da quest'ultima osservazione, tra centralità e superiorità dell'atto legislativo e centralità dell'atto normativo v'era una evidente relazione di strumentalità: l'obiettivo era la realizzazione dell'uguaglianza formale e, soprattutto, della centralità della norma quale mezzo per eccellenza di garanzia dei diritti individuali¹⁰.

⁸ COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 94-95: «Per Locke, per Montesquieu la legge (la legge naturale, la legge civile) è il tramite indispensabile delle libertà. [...] L'individuo è libero in quanto agisce nei binari della legge e questa a sua volta è l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio. È appunto dal nesso tra libertà e legge che nasce la possibilità di contenere l'arbitrio del principe»; cfr. ID., *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in «Quaderni fiorentini», XXXVI (2007), p. 6; per una sintesi ed una efficace categorizzazione delle diverse correnti di pensiero afferenti all'illuminismo, ID., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Bari, Laterza, 1999, pp. 540-543. In altre parole, «la subordinazione dell'individuo al potere sarà una subordinazione alla Legge» (TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 130). Ancora, soprattutto, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 691, precisa che è «essenziale al concetto minimo di norma lo scarto logico e cronologico tra la previsione e l'azione».

⁹ Così, molto chiaramente, FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 81; ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 38: «Eguaglianza formale significa soppressione del privilegio in quanto discriminazione normativa fra cittadini in situazioni di fatto giuridicamente equivalenti»; sul rapporto, nella teorica di Montesquieu, tra centralità dell'atto normativo ed eguaglianza formale (cioè Stato a composizione nettamente individuale), si veda SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 285-287.

¹⁰ Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. II, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Bari, Laterza, 2000, p. 89, il quale chiarisce che gli interessi del singolo dovevano «essere sottratti alle tenebre degli antichi privilegi da una forza trainante per la quale occorre[va] inventare un soggetto collettivo». Infatti, «i diritti [...] non intervengono da soli, per forza propria, nel definire le condizioni dell'ordine» (*ibidem*). Cioè: i «diritti 'naturali-civili' restano un momento fondamentale dell'ordine nuovo, che trova in essi un presupposto indispensabile e un obiettivo irrinunciabile» (p. 90); ma «l'attribuzione dei diritti ai soggetti rovescia l'ordine antico» (*ibidem*), ossia sradica – come accennavamo poc'anzi nel testo – una strutturazione sociale che, confondendosi in larga parte con le istituzioni politiche, aveva invece finito per considerare l'individuo in via subordinata a quel suo stesso ordine spontaneo (in merito alla ricostruzione storica delle dinamiche sociali alla

In ordine alla necessità della suddetta distinzione tra legge e norma, si considerino i rapporti tra connotazione normativa e carattere rappresentativo dell'atto legislativo. Quest'ultimo, nel corso della Rivoluzione, veniva molto presto a definirsi, benché nell'invarianza del suo contenuto (almeno in linea di massima) normativo, soprattutto per la sua «promanazione organica»¹¹. Che valenza aveva questa torsione identificativa della legge *dalla sua sostanza al suo autore*? Rispetto all'Antico Regime, la legge – come detto – era stata reinventata dall'Illuminismo quale atto generale, normativo. Significava, pertanto, un rinnegamento totale degli ideali da cui la Rivoluzione traeva scaturigine? Per i giuristi liberali del secondo Ottocento, indubbiamente sì: un simile spostamento della sua nozione dall'oggetto all'autore era un sostanziale tradimento della concezione illuministica della libertà, perché tale atto tornava a identificarsi come atto *del Sovrano*, anche se ormai del nuovo Sovrano rappresentativo¹². In realtà, come subito vedremo, a noi pare che quella evoluzione dell'identità dell'atto legislativo-sovrano non fosse un tradimento degli ideali illuministici, ma solo, piuttosto, un tentativo diverso da quello della statualità ottocentesca, orientato comunque al medesimo scopo: il governo delle norme, la centralità delle norme.

Se le cose stanno così, la tesi dell'autorevole storiografia che si è poc'anzi citata in nota va temperata. Blanco Valdés afferma, infatti, che la formula rousseauiana della 'legge come espressione della volontà generale'¹³, sebbene «sorta storicamente in piena coerenza con il principio politico-costituzionale della supremazia politica parlamentare», veniva accolta nell'art. 6 della Dichiarazione del 1789 «trasformandola – potremmo anche dire, in un certo senso, tradendola – per porla al servizio delle particolari concezioni ed interessi del

base del volto peculiare dell'edificio politico d'*Ancien Régime*, resta forse insuperato il volume di O. HINTZE, *Formazione degli stati e amministrazione comunale*, in Id., *Stato e società*, ed. it. a cura di P. Schiera, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 83 ss.). «La tenuta dell'ordine non è però garantita dai diritti [...]: dell'unità dell'ordine è piuttosto artefice la nazione attraverso le leggi che rispecchiano la sua volontà» (COSTA, *op. ult. cit., loc. ult. cit.*). Fondamentali, sempre a rimarcare la relazione di strumentalità in discorso, anche le considerazioni di FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 61-62: «[i] diritti di tutti [...] esistono *solo nel momento* in cui la legge stessa li rende concretamente possibili, affermandoli come diritti degli individui in quanto tali, contro le vecchie logiche di ceto. [...] alla sua [del legislatore] massima autorità corrisponde la garanzia che nessun uomo potrà più essere limitato nei suoi diritti da un altro uomo, se non sulla base della legge, ormai *unica autorità legittima*» (corsivi originali).

¹¹ R.L. BLANCO VALDÉS, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, ed. it. a cura di A. Salerno, Padova, Cedam, 1997, p. 219: «Lungi dall'essere definita per il suo contenuto – ed anche se nella “retorica” del discorso liberale la nozione di legge appaia associata ad una norma di natura generale ed astratta regolatrice della proprietà e della libertà – l'essenza normativa della legge viene determinata dalla sua promanazione organica, e cioè, dal fatto di essere adottata dall'organo costituzionalmente competente e con rispetto del procedimento costituzionalmente previsto».

¹² Cfr. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 122-125.

¹³ Ancora, *Dichiarazione dei Diritti*, cit., art. 6; come noto, per Rousseau, «“[I]a legge non può per sua natura avere un oggetto particolare ed individuale, ma l'applicazione della legge cade su oggetti particolari ed individuali”», sicché volontà generale e volontà dell'ente sovrano, in quanto rappresentativo di tutta la Nazione, coincidono (TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 162).

movimento rivoluzionario liberale»¹⁴. Come affermava lo stesso Sieyès – si aggiunge – tra il «modo di esercitare il diritto alla formazione della legge» «democratico» allo stato puro (cd. democrazia diretta) e quello «rappresentativo» v'è una differenza «enorme»¹⁵.

Da questi spunti sembrerebbe che il terreno di scontro tra l'impostazione teorica dell'Autore di Ginevra e quella sostanzialmente prevalsa durante la Rivoluzione Francese fosse quello di due diversi modi, e gradi, di garantire la partecipazione popolare al governo della Nazione: in altre parole, parrebbe trattarsi di una questione di maggiore o minore democraticità del sistema e, quindi, dell'atto legislativo.

Ora, se è questo il livello sul quale, *prima facie*, si sarebbe portati a sviluppare il discorso, vi sono tuttavia in proposito alcuni profili che meritano attenzione. Nella teorica di Rousseau la legge è generale – ha, cioè, carattere normativo – in quanto è espressione di una volontà che è essa per prima generale; e «affinché una volontà abbia un carattere veramente generale, è necessario che il popolo legiferi soltanto sui suoi interessi comuni»¹⁶. Il punto nevralgico è allora proprio qui: la nozione di bene, o utilità, 'comune'.

Per Rousseau, come per tutti gli illuministi, il punto di partenza è dato dalla libertà dell'individuo e dalla necessità di metterla al riparo da poteri arbitrari e dipendenze varie.

«Trovare una forma di associazione, che difenda, e protegga da tutta la forza comune la persona, ed i beni di ogni associato, e per la quale ciascuno unendosi a tutti, non ubbidisca però, che a se medesimo, e resti libero come prima? Questo è il problema fondamentale, di cui il contratto sociale deve darci la soluzione»¹⁷.

Le leggi servono allora a «mantenere il trattato sociale» e a perpetuarlo, sviluppandolo coerentemente alla *ratio* per cui è sorto¹⁸.

Su questo presupposto, la sola condizione, allora, perché il bene comune potesse trionfare era che «i cittadini non avessero veruna comunicazione fra loro». Infatti,

¹⁴ BLANCO VALDÉS, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 213.

¹⁵ La citazione dell'abate costituzionale Emmanuel Sieyès è riportata più estesamente ivi, p. 216.

¹⁶ J. RAY, *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico. L'idea del regno della legge*, trad. it. dell'originale del 1939 a cura di F. Di Donato, in «Lo Stato», I (2013), p. 215; «dice Rousseau, solo un interesse comune può “unire e identificare la regola del giudice e quella della parte”» (p. 216). Riportiamo il passo più estesamente: «[v]i è spesso molta differenza fra la volontà di tutti, e la volontà generale; questa non riguarda che l'interesse comune; l'altra contempla l'interesse privato, e non è che la somma delle volontà particolari» (J.J. ROUSSEAU, *Del contratto sociale, ossia principj del diritto politico*, trad. a cura di N. Rota, Venezia, Curti, 1797, Lib. II, cap. III, p. 36).

¹⁷ ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. I, cap. VI, p. 23.

¹⁸ Ivi, Lib. III, cap. XVIII, p. 162; cfr. inoltre Lib. II, cap. VI, p. 56.

PARTE PRIMA

«qualora si fanno [...] associazioni parziali a spese della grande associazione, la volontà di ciascuna di esse diviene generale rapporto ai suoi membri, e particolare rapporto allo Stato; può allora dirsi che non vi sono più altrettanti votanti, quanti sono gli uomini, ma quante sono le associazioni»¹⁹.

In particolare, siccome «“[l’]accordo di due interessi particolari si forma per opposizione a quello di un terzo”» e «l’ accordo di tutti gli interessi si forma per opposizione a quello di ciascuno», solo, perciò, eliminando tali «associazioni parziali» di interessi è possibile che resti «per somma delle differenze la volontà generale»²⁰. Così, immaginando una società composta di (o riducibile a) soli individui, l’unica «associazione» che può emergere tra gli interessi – pur in parte diversi – dei singoli è quella «generale», di ciascuno con ciascun’altro.

Ora, le regole che presiedono ai rapporti tra i componenti di questa «associazione generale» non sono nient’altro che le ‘leggi’, ed esse, traducendo l’individualismo estremo – “atomistico”²¹ – in un collettivismo assolutamente assorbente le stesse individualità che lo hanno originato, sono atti *ontologicamente* – per loro natura – astratti da fatti e soggetti determinati, ossia hanno carattere normativo²².

Infatti, se l’atto sovrano non è normativo, l’individuo non è più al centro, non è più parte di un tutto, ma esso e lo Stato sono due «esseri separati»²³. Solo, allora, se l’atto sovrano non ha ad oggetto soggetti determinati, la centralità dell’individuo – della sua libertà e diritti – è garantita, giacché in tal modo il rapporto si instaura esclusivamente tra individui e non tra «parti ineguali»²⁴. La centralità dell’individuo, in sostanza, richiede che il bene della parte non sia separabile da quello del tutto, e che esso, inoltre, non vi si possa nemmeno distinguere qualitativamente e concettualmente²⁵. È questa, fondamentalmente, la peculiarità della teorica rousseauiana.

Come si vede, il nesso individuo-norma è strettissimo: individualismo e atto normativo sono due aspetti concettualmente distinti ma essenzialmente complementari, in questa

¹⁹ Ivi, Lib. II, cap. III, p. 37. Ciò che non è altro se non la chiara distruzione dell’Antico Regime: «[i]mporta adunque, per ben avere il risultato della volontà generale, che non vi sia società parziale nello Stato» (così, ancora più esplicitamente, in questo passaggio presente *ibidem*).

²⁰ Ivi, Lib. II, cap. III, pp. 36-37, anche in nota.

²¹ FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 109.

²² Cfr. ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. II, cap. IV, p. 41: «[n]ella stessa guisa che una volontà particolare non può rappresentare la volontà generale, questa dal suo canto cangia altresì di natura avendo un oggetto particolare, e non può come generale pronunziare né sopra un uomo, né sopra un fatto».

²³ Ivi, Lib. II, cap. VI, p. 57: «non vi ha una volontà generale sopra un oggetto particolare. Infatti, questo oggetto particolare è nello Stato, o fuori dello Stato; [...] se l’oggetto è nello Stato, e ne fa parte, allora si forma tra il tutto e le parti una relazione, che ne fa due esseri separati, de’ quali l’uno è la parte, e l’altro è il tutto, meno quella data parte; ma il tutto, meno una parte, non è il tutto, e sinché sussiste questo rapporto, non vi ha più tutto, ma due parti ineguali; donde ne segue, che la volontà dell’una riguardo all’altra non è più generale».

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ivi, Lib. I, VII, p. 23: «chiunque ricuserà di obbedire alla volontà generale, sarà costretto da tutto il corpo: lo che altro non significa se non che sarà sforzato ad essere libero; imperocché tal è la condizione, la quale dando ciascun cittadino alla patria, lo garantisce da ogni dipendenza personale».

progettualità politica. Del resto, per tutti gli illuministi – con le ovvie, diverse sfumature – la legge è espressione della razionalità, è cioè «la ragione umana in quanto governa tutti i popoli della terra»²⁶. Essa è, cioè, la misura dei «rapporti» tra le cose²⁷, dunque, nel campo politico, è la regola che rende possibile e che presiede al rapporto tra le parti di una comunità; e queste sono rigorosamente e soltanto, appunto, gli individui.

Rousseau, pertanto, non fa affatto eccezione a questa impostazione²⁸. Il punto di partenza, la premessa maggiore – che è però tutta teorica, ossia indimostrata –, è l'individuo; la minore è che, affinché gli individui occupino il centro del sistema politico, è indispensabile che essi costituiscano i termini dei rapporti politici. In conclusione, l'atto sovrano (la legge) ha necessariamente carattere normativo e non può mai, per definizione, esprimere l'interesse di un gruppo di individui a danno di altri gruppi e, quindi, di altri individui, il che significherebbe che i diritti dei singoli dipendono da quelli del gruppo e dalla sua forza.

Per questo pensatore, il 'bene comune' si costruisce dunque come quello che appartiene a tutti i diversi individui singolarmente presi. Le condizioni fattuali, e cioè sociali, non concernono in altre parole l'individuo (che non si assume come calato entro realtà diverse da quella del rapporto di ciascuno con ciascun'altro), ma piuttosto il bene comune stesso, che è il vantaggio che tutti gli individui, per l'appunto in determinate condizione sociali, non possono che volere²⁹.

La questione della rappresentatività (democraticità) dell'atto legislativo si situa entro queste coordinate e in funzione di tale relazionalità strettamente inter-individuale. La rappresentatività – potremmo dire assoluta – dell'atto di legge è infatti l'espedito pratico che, poiché consente di instaurare il suddetto rapporto esclusivamente tra individui, garantisce che l'individuo non sia soggetto al potere che nella misura necessaria a garantire agli altri singoli consociati, e a lui potenzialmente, la maggior porzione possibile della sua libertà "naturale" e pre-statuale.

²⁶ C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, in Id., *Tutte le opere (1721-1754)*, a cura di D. Felice, Milano, Bompiani, 2014, p. 919; RAY, *La Rivoluzione*, cit., 219.

²⁷ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 883.

²⁸ Cosa che è affermata in modo esplicito: «[l]e leggi non sono propriamente che le condizioni dell'associazione civile» (ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. II, cap. VI, p. 51).

²⁹ Infatti, molto semplicemente, nessuno vuole (può volere) ciò che è male per se stesso, cioè «niuno è ingiusto verso se stesso» (ivi, Lib. II, cap. VI, p. 50). A. FERRARA, *Autenticità, normatività dell'identità e ruolo del legislatore in Rousseau*, in *La filosofia politica di Rousseau*, a cura di G.M. Chiodi e R. Gatti, Milano, Francoangeli, 2022 (rist. dell'orig. del 2012), pp. 25-32, riassume efficacemente il concetto rousseauiano di legge come volontà generale del bene comune parlando di «normatività dell'identità». In questo senso, si comprende l'affermazione riassuntiva del filosofo: solo «quando tutto il popolo statuisce sopra tutto il popolo, egli non considera che se medesimo, e se si forma allora un rapporto, egli è dell'oggetto intero sotto un punto di vista, all'oggetto intero sotto un altro punto di vista, senza alcuna divisione del tutto. Allora la materia sopra cui si statuisce, è generale come la volontà che statuisce. Questo è quell'atto che io chiamo legge» (ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. II, cap. VI, p. 49).

È per questa ragione che Rousseau non si pone il problema dei contenuti della legge-atto sovrano normativo, ossia della sua giustizia, se non molto alla lontana. La legge, in virtù di quella stessa sua ontologia, del suo essere espressione del rapporto tra tutti gli individui o, detta ancora altrimenti, del suo essere perfettamente rappresentativa, sarebbe sempre giusta: infatti, derivando dal confronto di tutti e soltanto gli interessi particolari-individuali tra loro, essa consiste, in questa teorica, nello stabilimento dell'interesse di tutti gli individui e non di quello – invece ‘parziale’ – di alcuni gruppi di singoli soltanto. Sempre in questa visione, dunque, la giustizia (dei contenuti) della legge dipende in maniera del tutto ‘meccanicistica’ dal suo costituire una scelta, o una potenziale scelta³⁰, di tutti i singoli posti nella condizione di effettuarla senza vincoli di sorta e guidati solo dal loro interesse particolare e individuale³¹. La giustizia scompare, in altri termini, dietro l'ontologia dell'atto legislativo sovrano come norma.

La particolarità del pensiero rousseauiano, allora, è semmai che nella sua concezione della legge, come volontà che ha sempre ad oggetto il bene comune, l'assoluta sovranità dell'ente rappresentativo non stride in alcun modo con l'ideale illuministico di libertà come soggezione dell'individuo soltanto a norme: anche la sovranità, in fin dei conti, è solo un corollario logico dell'esistenza di un governo saldamente ancorato, in ragione dell'ontologia dell'atto di legge, alla centralità della norma. Rousseau unisce, cioè, assiologia (contenuti) e ontologia (struttura) della norma nel suo essere collegata ad un meccanismo che pone in relazione ciascun individuo direttamente con tutti gli altri.

Ora, la circostanza per cui la volontà generale è considerata la «somma delle differenze» di quelle parziali (cioè individuali) rinvia alla maggiore o minore omogeneità tra queste ultime. Infatti, l'ontologia della norma come rapporto tra tutti gli individui che compongono la Nazione presuppone, per ben operare e per non ridursi a regole talmente generiche da essere inutili ai fini della regolamentazione dei rapporti effettivi tra tali individui, che le discrepanze fra i loro interessi siano molte meno delle somiglianze³². E questa – ci sembra – è la ragione fondamentale della piega che la declinazione dell'atto legislativo sovrano prendeva presto durante la Rivoluzione. La qualificazione dello stesso più per la sua

³⁰ Infatti, «[p]erché una volontà sia generale, non è sempre necessario ch'ella sia unanime; ma è necessario che siano contate tutte le voci; ogni esclusione formale rompe la generalità» (ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. II, cap. II, p. 33, nt.).

³¹ Ivi, Lib. IV, cap. II, p. 154: «Quando si propone una legge nell'assemblea del popolo, ciò che gli si chiede non è già precisamente se essi approvano, o rigettano la proposizione; ma se essa è conforme, o no alla volontà generale [cioè al bene comune], la quale è la sua; dando ciascuno il suo voto, dice la propria opinione sul proposito, e dal calcolo dei voti si trae la dichiarazione della volontà generale».

³² Ivi, Lib. II, cap. I, p. 38: «[c]iò che vi ha di comune in quei differenti interessi forma il legame sociale; se niun punto vi fosse, in cui si accordassero tutti gli interessi, niuna società potria esistere. Or questo interesse comune unicamente si è quello, su cui la società deve essere regolata».

promanazione organica che per il suo essere norma, o, più esattamente, *norma del rapporto tra individui*, non è, cioè, tradimento delle premesse rousseauiane, fondate su uno schiacciante statalismo, bensì inevitabile conseguenza della loro assai limitata realizzabilità³³; e lo è proprio perché tali premesse sono state accolte a fondamento del sistema politico (v. Dichiarazione del 1789). In generale, infatti, ove il rapporto tra gli interessi – qui, quelli rigorosamente individuali – passi per qualunque ragione in secondo piano, la norma non è principalmente il riflesso del relazionarsi di ognuno di essi con ogni altro, bensì discende soprattutto dal comando di un soggetto legittimato ad emanarla (e viceversa)³⁴.

Poniamo allora attenzione alla «pioggia di leggi speciali» che fin dal 1792 «investì le amministrazioni centrali e periferiche di poteri di disposizione tanto disparati quanto penetranti»³⁵ e, più in generale, rivolgiamo il pensiero al governo del Terrore che proprio un devoto di Rousseau come Robespierre metteva in piedi in quegli anni. Ebbene, più che di una deviazione deliberata dalla centralità della norma in funzione di garanzia delle libertà individuali, a noi sembra emergesse uno dei modi di far fronte alla inevitabile disomogeneità degli interessi, la quale è tanto più grave quanto più riguardi valori considerati irrinunciabili e che nondimeno sono reciprocamente inconciliabili.

Nello specifico, il tentativo messo in atto durante la fase più cruda della Rivoluzione era quello di inverare la suddetta premessa del governo per norme generali – un accordo comune di fondo – eliminando i divari eccessivi tra gli interessi particolari, e cioè creando le basi per un bene da tutti considerato ‘comune’. Non si trattava, allora, di un rinnegamento delle premesse illuministiche, ma di un tentativo, radicale, di realizzarle altrettanto radicalmente; non era affatto, perciò, il ritorno ad una concezione della sovranità e dell’atto sovrano come comando personale di un soggetto dotato di una speciale legittimazione politica³⁶.

³³ RAY, *La Rivoluzione*, cit., p. 216, in questo senso si interroga sul valore del pensiero di Rousseau: «È una concezione astratta? Certamente. Non è vera se non in astratto? È possibile. [...] Rousseau a sua volta aveva scritto: “Esaminando bene le cose, si troverebbe che ben poche nazioni hanno delle leggi”».

³⁴ In una sintetica, ma penetrante analisi dei rapporti tra il diritto e la sua giustificazione, F. SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo. (Né i giuristi né i legislatori producono il diritto nella società pluralista)*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 settembre 1996*, a cura di Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1997, spec. p. 495, scrive: «[I]’efficacia è derivata dalla legittimazione quando primariamente rilevante è l’attribuzione del potere. È l’opposto (la legittimazione è derivata dall’efficacia) quando sono primariamente rilevanti gli interessi su cui il potere agisce, per il risultato che il potere ha su di essi. In tal caso, anziché l’attribuzione del potere, è rilevante il risultato del potere, quale che sia la titolarità di esso. La competenza del potere diventa secondaria [...] quando l’efficacia del risultato è valutata rispetto agli interessi su cui esso agisce».

³⁵ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 236; cfr. RAY, *La Rivoluzione*, cit., pp. 230-231.

³⁶ «La rivoluzione» – scrive FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 132, ripercorrendo la critica liberale – «aveva troppo esaltato l’autonomia e le virtù del politico, ovvero la capacità dei poteri pubblici di anticipare la storia e lo sviluppo concreto della società, di riformare quest’ultima in nome della volontà generale, e sulla base dei valori scelti dal corpo costituente e dalla stessa classe politica dirigente». C. VETTER, *La fragile e dolente felicità di*

In tutto questo, l'elemento propriamente democratico sta molto sullo sfondo: è un caso che proprio il giacobinismo abbia dato vita al regime meno democratico di tutti? A nostro avviso, ciò si deve ad una particolare lettura – di matrice evidentemente statalistica – del ruolo strumentale del momento rappresentativo-democratico nella implementazione di un governo a centralità normativa in funzione dei diritti individuali.

Questo rilievo ci sembra corroborato dalla situazione degli Stati liberali dell'Ottocento. In tale contesto si perveniva, infatti, a soluzioni sostanzialmente equivalenti a quelle della Rivoluzione Francese, anche se, a parole, la sovranità statale incontrollabile – il motivo, appunto, statalista – non correva il rischio dei suesposti eccessi, essendo la legge – atto sovrano per eccellenza – prima di tutto 'fonte' del diritto e non atto dell'ente politico apicale³⁷.

La critica dei giuristi liberali, nello specifico, deve giudicarsi come quantomeno tendenziosa, giacché proprio il modello politico da loro invece celebrato – non meno che quello destinatario delle loro riprovazioni – consolidava un sistema a «duplice livello di legalità»³⁸. La coincidenza tra legge-atto sovrano e norma dei rapporti individuali, se era

Robespierre, in «Filosofia politica», XXVI (2012), fasc. 3, spec. pp. 426-436, osserva che Robespierre «arriva al Terrore (nella misura in cui lo accetta, lo giustifica, lo promuove, lo organizza, lo regola e lo teorizza) [...] attraverso le concezioni che ha maturato sul popolo [...] e sulla rappresentanza [...], ma soprattutto attraverso la visione della lotta politica (o meglio della rivoluzione) come processo di rigenerazione [...] e ristrutturazione morale dell'uomo, come guerra tra Vizio e Virtù» (p. 436); il tutto – si vuole dire – nella convinzione per cui «[s]ono le leggi che dovrebbero rendere gli uomini liberi, virtuosi e felici» (p. 426), ma per governare tramite leggi è necessario che ci sia un popolo, che cioè gli individui accettino di far parte di un tutto collettivo. Robespierre, scagliandosi così contro «tutti gli uomini viziosi, tutti coloro che [...] hanno respinto la libertà siccome una calamità personale, e coloro che hanno abbracciato la rivoluzione come un mestiere, e la repubblica come una preda» (forte è qui l'analogia con le «associazioni parziali di Rousseau»), proclamava: «in una tal situazione, la prima massima della vostra politica deve essere che il popolo vuol'essere condotto dalla ragione, ed i nemici del popolo retti dal terrore. Se la forza del governo popolare è la virtù, quella del governo popolare in rivoluzione è nel medesimo tratto *la virtù ed il terrore*: la virtù, senza cui il terrore è funesto; il terrore, senza cui la virtù è impotente. Il terrore non è altro se non la giustizia pronta, severa, inflessibile: dunque, essa è un'emanazione della virtù. [...] È forse destinata la forza per proteggere soltanto la malvagità? e non è destinato il fulmine per colpire le teste dei superbi?» (M. DE ROBESPIERRE, *Rapporto sopra i principj di morale politica che debbono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interiore della Repubblica*, Parigi, Stamperia nazionale esecutiva del Louvre, 1794, p. 8). Anche ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., dava del resto ampio spazio nel cap. VII del Lib. II, intitolato "*Del legislatore*", alla necessità di «cambiare, per così dire, la natura umana, di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande [...]; di sostituire una esistenza parziale, e morale all'esistenza fisica, e indipendente, che tutti noi abbiamo ricavata dalla natura» (pp. 62-63): questo era, secondo il pensatore francese, il compito del legislatore nel proporre le leggi al popolo.

³⁷ Fonte del diritto è sinonimo di volontà generale se, ovviamente, si impiega un concetto «materiale» per cui è fonte ogni atto produttivo di norme generali e astratte; autorizzato o no dall'ordinamento (concetto «formale»), invece, è cosa che non ci importa, dal momento che stiamo trattando di una distinzione di concetto. Su questi temi teorici, per tutti, GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 45 ss.

³⁸ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, tomo I, p. 33. Questa circostanza si verificava peraltro nel settore dove più di tutti la legalità-normatività avrebbe dovuto e dovrebbe sempre ricoprire un ruolo imprescindibile: quello della protezione della libertà della persona fisica, ambito in rapporto al quale, invece, «il confine della legalità 'alta' dei codici e dell'ordinaria giurisdizione spesso apre varchi alla legalità di secondo livello, fatta di pratiche arbitrarie, di interventi discrezionali dell'amministrazione», di provvedimenti cioè, ad esempio di pubblica sicurezza, adottati «senza i vincoli della legalità» (M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le*

attuata negli Stati liberali con maggiore rigore che nella Rivoluzione, lo era tuttavia solo perché la grande disomogeneità degli interessi era occultata dietro la «grandiosa *fiction iuris*» per cui tutta la società si identificava con una sola classe sociale³⁹. Se non ci inganniamo, non si tratta in definitiva che di un altro tentativo di realizzare la centralità della norma e dei rapporti inter-individuali.

Insomma, riassumendo, se vengono meno i limiti impliciti (cioè ontologici) della concezione rousseauiana dell'atto di legge, l'«onnipotenza del legislativo» è sempre suscettibile di divenire «argomento utilizzato per togliere validità al principio montesquieuiano»⁴⁰: solo nella fantasiosa teorica di Rousseau la supremazia politica di un ente poteva comporsi senza contraddizioni di sorta con l'assoluta centralità della norma. Sembra tuttavia rimanere, anche laddove si affermi senza troppe riserve la supremazia dell'*atto* legislativo sovrano, la centralità soprattutto della *norma* in chiave di valorizzazione del fondamento individualistico del diritto.

Questo obiettivo, certo, è stato perseguito e/o raggiunto con strumenti antidemocratici; ma ciò – dato l'anzidetto nesso tra rappresentatività delle norme e centralità dei rapporti interindividuali – mette in dubbio più la capacità dello strumento statalista di realizzare il paradigma illuminista dell'ordine politico, che non, invero, quella della norma di fungere da modello dei rapporti politici in tal senso declinati.

Per questa ragione, ci domandiamo se non sia davvero la centralità della norma l'elemento dirimente tra Antico e Nuovo Regime, anche e a maggior ragione laddove il potere pubblico

'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento, in «Quaderni fiorentini», XXXVI (2007), spec. pp. 752 ss.).

³⁹ F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 5; più ampiamente, ID., *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985. Assumiamo ad esempio ancora la dialettica tra diritto penale e diritto amministrativo, la quale, in questo senso, rinvia non tanto alla questione se possa «uno Stato comprimere (o sospendere) le libertà dei cittadini per conservare se stesso, assumendo la propria conservazione come la condizione per l'esistenza di quelle libertà»; il vero problema è che quella dialettica si pone «sullo sfondo dello scontro tra classi che segna il secolo diciannovesimo, perché è quello scontro che le dà senso e la rende rischiosa». Proprio per questo, «si può stare sicuri che ogni volta che si sentirà alle strette, la classe di governo sceglierà l'ordine, anche se il sistema che ritiene così di difendere proclama di fondarsi sulla libertà» (SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 33). In altre parole, la «legalità, come centralità e superiorità gerarchica della legge, diventa espressione, tra XVII e XVIII secolo, di una nuova concezione della sovranità, che tutela la sicurezza senza essere necessariamente garanzia del bilanciamento del valore della sicurezza con quello della libertà» (C. STORTI STORCHI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di Ead., Torino, Giappichelli, 2016, p. XIV). Ci sembra opportuno ribadire, perciò, come nocciolo di questa complessiva problematica sia il rapporto tra interesse pubblico, perseguito dall'autorità statale, e interessi privati, di cui la concezione illuministica dei rapporti politici importa – come stiamo iniziando a vedere – una precisa declinazione.

⁴⁰ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 713; già, in questo senso, ID., *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 283; cfr. inoltre ivi, p. 288: «Il cuore della separazione dei poteri di Montesquieu è la tutela della legge non delle assemblee legislative. [...] Se è vero che l'intento di Montesquieu è quello di garantire la libertà del cittadino, è pure vero che questa libertà esiste in quanto esiste il principio di legalità e che quest'ultimo ha un senso in quanto si qualifica la legge come atto avente un contenuto [...] generale e astratto».

– non essendo l’unico strumento di implementazione o di mantenimento di un qualche ordine individuale⁴¹ – non posseda una posizione di sovrana incontestabilità comparabile a quella delle esperienze francese-rivoluzionaria e continentale-liberale. Se la normatività aumenta di pari passo con la rappresentatività degli atti del potere nei confronti degli interessi che emergono dalla società – secondo l’intuizione forse più acuta di Rousseau, al di là dei meccanismi da lui proposti per implementarla –, la democratizzazione non sembra aver seguito vie diverse dalla centralità della norma e della normazione.

Precisamente questo è quanto ora andremo a verificare, e aggiungiamo che la questione ha per noi un’importanza fondamentale. Infatti, se è questo il fattore che accomuna un po’ tutte le esperienze giuridiche seguite all’illuminismo, ciò significa che possiamo abbozzare un’ipotesi di soluzione più precisa in ordine alle preclusioni ad un pieno sindacato sulle decisioni espressive di un potere unilaterale. Ci chiediamo: esiste forse un limite, intrinseco nella nozione di norma, alla possibilità che le posizioni giuridiche individuali che la stessa definisce trovino fondamento in un’utilità potenzialmente propria anche di quell’individuo il cui interesse particolare viene sacrificato da o in ragione di essa?⁴² Il presente capitolo è dedicato a far luce su questo interrogativo.

II. La sostanziale continuità fino agli ordinamenti attuali della centralità del momento normativo e la strumentalità, sia pur variabile, degli interessi privati-individuali rispetto ad esso

Diciamo subito che alla domanda poc’anzi posta – se sia possibile identificare nella centralità della norma l’elemento comune a tutte le esperienze giuridiche post-illuministiche e ancora attuali – ci sembra vada fornita una risposta affermativa. Per accorgersi di questo, è sufficiente osservare che non è, d’altra parte, la centralità in sé dell’atto-legge – nemmeno se inteso quale atto normativo – il tratto comune ai diversi Paesi dell’occidente giuridico nei quali si sono realizzati i tratti peculiari dello Stato di diritto. Né, per vero, essa lo è delle stesse rivoluzioni del XVII e del XVIII secolo: la *Glorious revolution* inglese del 1688-89, l’indipendenza americana e solo, in fin dei conti, per ultima la Rivoluzione francese⁴³.

⁴¹ Sullo ‘statalismo’ francese e su quello liberale, FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 102 ss.

⁴² È questo, infatti, il senso (e il problema) dell’affermazione di ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. I, VII, p. 23, che giova riportare di nuovo: «chiunque ricuserà di obbedire alla volontà generale [cioè normativa], sarà costretto da tutto il corpo: lo che *altro non significa se non che sarà sforzato ad essere libero*; imperocché tal è la condizione, la quale dando ciascun cittadino alla patria, lo garantisce da ogni dipendenza personale» (corsivo aggiunto). Affermazione la quale, parafrasata, significa che anche quando il cittadino dovesse dolersi della volontà sovrana – che, ribadiamo, nella teorica dell’Autore di Ginevra ha ontologicamente carattere normativo – egli non potrebbe sottrarsene, in quanto anch’egli potrebbe in altro caso beneficiarne. Da qui l’interrogativo circa i limiti intrinseci alla capacità della norma di basarsi su un interesse davvero ‘comune’ a tutti i suoi destinatari.

⁴³ Vi dedica una trattazione del tutto chiarificatrice ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., pp. 33-44.

Gli unici elementi davvero trasversali a questi eventi fra loro molto diversi sono due e, segnatamente, sono quelli che l'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti del 1789 avrebbe indicato come requisiti imprescindibili per aversi una 'costituzione': *separazione dei poteri* e *garanzia dei diritti individuali*⁴⁴. Il loro minimo comun denominatore è dato non dalla centralità della legge come atto più o meno rappresentativo e democratico, ma soprattutto, appunto, da quella della norma e della normazione. Sono due cose che non coincidono concettualmente, come abbiamo iniziato a dire.

A tal proposito, ci si soffermi per un momento sull'ordinamento inglese, che, anche in termini cronologici, è quello cui lo stesso Montesquieu guardava nell'elaborare la teorica della separazione dei poteri e nel pensare alla soggezione individuale esclusivamente a comandi astratti, ossia alle norme. Qui, lo stravolgimento del vecchio ordine non passava per eventi tumultuosi paragonabili a quello che avrebbe più tardi sconvolto la Francia; anch'esso, cionondimeno, risultava incontrovertibilmente fondato sulla separazione dei poteri e sulla garanzia dei diritti individuali, confermandosi così che la centralità della legge, come atto rappresentativo e normativo, non è – come emerge in modo particolarmente chiaro nell'ordinamento inglese – l'elemento dirimente per distinguere il Nuovo dall'Antico Regime.

Il tratto davvero peculiare dell'ordinamento inglese era il riuscito connubio tra sovranità dell'istituzione parlamentare, dotata di un potere politico senza pari nell'ordinamento, e impossibilità per la stessa di violare radicalmente le libertà individuali. Essenzialmente, quindi, si può dire che la celebre dottrina costituzionalista di Albert Venn Dicey fosse «coerente e significativa»⁴⁵; il problema, piuttosto, è che essa non veniva poi recepita

⁴⁴ *Dichiarazione dei Diritti*, cit., art. 16: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione». P. COSTA, *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Bari, Laterza, 2002, p. 40: «[n]el mondo medievale le prerogative e gli oneri dei soggetti non sono separabili dalle appartenenze e dalle gerarchie: è l'ordinamento, il gruppo, il 'corpo' sociale cui l'individuo appartiene, che attribuisce privilegi e doveri [...] in una fitta rete di supremazie e soggezioni»; in seguito, invece, «[è] al soggetto in stato di natura che vengono attribuite due caratteristiche – la libertà e l'eguaglianza – destinate a divenire i punti di riferimento obbligati del futuro costituzionalismo». Cfr. BLANCO VALDÉS, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 250, il quale riporta che il «contenuto materiale della Costituzione» è «l'atto di divisione dei poteri»; TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 176: «[l]'articolo 16 deve essere preso alla lettera: una società nella quale tutti i poteri sono concentrati nelle mani di uno solo, è una società dispotica, essa dunque è priva di una costituzione. [...] la formula dell'art. 16 [...] era compatibile tanto con le istituzioni ricalcate sul modello inglese tanto con i progetti di coloro che volevano affidare il potere legislativo ad un'unica assemblea sulla quale il re non avrebbe avuto alcun potere». Specificamente sulla ricorrenza nell'ordinamento anglosassone di libertà e uguaglianza come «dominio della legge» – del «diritto [...] come insieme di norme, di procedure, di valori» –, E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 173 ss. e, spec., 178-179.

⁴⁵ SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 201.

«criticamente», ma veniva presa «sul serio» anche laddove presentava evidenti contraddizioni e inesattezze⁴⁶.

Il nucleo di verità sotteso a tale ricostruzione stava nell'aver fatto emergere che lo Stato inglese che usciva dalla rivoluzione di fine Seicento era permeato profondamente dalla distinzione fondamentale enucleata dalle teoriche giusnaturaliste. Del resto, quella tra «la volontà [generale] e l'esecuzione» è distinzione che risultava comune a Locke, a Montesquieu, a Rousseau e, più in generale, «a un gran numero di scrittori politici» della «generazione precedente a Locke», costituendo alla vigilia della *Glorious Revolution* «un luogo comune del pensiero politico inglese»⁴⁷. Era sempre la medesima distinzione logica che, indipendentemente dai modi – più e meno efficaci – con cui voleva assicurarsi, collegava separazione dei poteri e garanzia dei diritti individuali sostanziandosi nella centralità della norma. Montesquieu, in altre parole, perfezionava un modello che, benché ad uno stato più grezzo, esisteva già da diverso tempo.

Non si trattava – si badi – di lucubrazioni meramente speculative, frutto di un pensiero stravagante; fantasiose, e anche del tutto surreali, erano semmai molte delle costruzioni che questi filosofi politici traevano, come abbiamo già notato rispetto a Rousseau, a partire da tale nucleo teorico condiviso. Ma precisamente questo nucleo era, tutt'al contrario, il prodotto raffinato di uno studio attento dell'agire umano, condotto con grande coerenza razionale.

«Ogni azione libera» – scriveva ad esempio Rousseau – «ha due cause, che concorrono a produrla; l'una morale, cioè la volontà, che determina l'atto; l'altra fisica, cioè la potenza che lo eseguisce. Quando io marcio verso un oggetto, bisogna prima ch'io voglia andare; poi che i miei piedi mi ci portino. Se un paralitico voglia correre, se un uomo agile non voglia, resteranno tutti e due al loro posto. Il corpo politico ha le medesime cause motrici; [...] questa sotto il nome di *potere legislativo*; l'altra sotto il nome di *potere esecutivo*»⁴⁸.

⁴⁶ CASSESE, *Il diritto amministrativo*, cit., pp. 42 ss.

⁴⁷ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 128-129. Notiamo solo che, come ricorda lo stesso Dicey, «la rivoluzione del 1689 fu condotta sotto la guida di giuristi *whig*» (ivi, p. 26); in questo senso, essa rappresenta la trasposizione sul piano pratico delle teorie della sovranità e delle ideologie politiche in parola che circolavano ampiamente negli ambienti di quella classe sociale. Non a caso, infatti, la «retorica costituzionale *whig*» era fortemente incentrata sul «dominio della legge» (SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 180; per un'utile panoramica sulle ideologie dominanti nell'epoca in esame, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, Bari, Laterza, 2001, pp. 95 ss.). Sulla distinzione tra volontà (normativa) ed esecuzione, cui peraltro già avevamo accennato quando ragionavamo sulla irriducibilità della discrezionalità all'interpretazione, ci soffermeremo meglio nei par. successivi allorché analizzeremo sulle ripercussioni fondamentali di questa classificazione sull'esercizio del potere e sulla sindacabilità delle decisioni potestative.

⁴⁸ ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. III, cap. I, pp. 88-89.

A proposito di «potere legislativo» e «potere esecutivo», giova precisare subito che un conto sono la ‘norma’ e la ‘normazione’, intesa la prima come il prodotto di una specifica «funzione giuridica» – la seconda –⁴⁹; un altro conto è, invece, il ‘potere’. Quest’ultimo, in particolare, è ogni *ente* o, meglio, «ogni istituzione in grado di rivendicare il riconoscimento di uno *status* costituzionalmente garantito nel suo complesso», i cui atti si connotano per un certo «regime giuridico» (cioè per una certa ‘forza’ giuridica) e si formano secondo una determinata «forma dei procedimenti»⁵⁰. Ora, sono le funzioni giuridiche che vanno separate secondo il principio di separazione dei poteri⁵¹. Aggiungiamo che è allora preferibile impiegare, per evitare confusione, il termine ‘norma’/‘normativo’, invece che quello di ‘legge’/‘legislativo’ per identificare la funzione giuridica. L’*atto legislativo* è infatti la decisione di un certo ente politico – *rappresentativo* –, mentre la *norma* è la *regola generale e astratta*⁵².

Ciò posto, segnaliamo per il momento – seguendo l’autorevole voce di Michel Troper – che nelle dottrine del Sei-Settecento «[n]on si tratta[va] di direttive idonee all’elaborazione di una Costituzione, ma della constatazione di una necessità logica del tipo: affinché un triangolo sia isoscele, è necessario che due dei suoi angoli siano uguali»⁵³. Dove la manifestazione ultima del potere sono le norme vi è libertà individuale, e vi è libertà individuale perché senza di essa non vi può essere un esercizio del potere per norme⁵⁴; nel qual caso – e il cerchio così si chiude – non vi può essere nemmeno libertà. Per aversi libertà individuale, occorre insomma che l’esercizio del potere sia sempre riconducibile, alla fine, alla tipologia normativa.

⁴⁹ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 137.

⁵⁰ Così SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., pp. 710 e 714.

⁵¹ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 137: «il termine potere [...] nell’espressione “separazione dei poteri”, è sinonimo di «funzione giuridica»; nello stesso identico senso, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 289: «il termine “potere” (*pouvoir, puissance*) è usato nel significato di *funzione*».

⁵² Norma e normazione sono forme, rispettivamente, delle decisioni (o atti) e dell’esercizio del potere; regime giuridico e (tipi di) procedimento – come abbiamo visto nelle parti precedenti di questa indagine – sono invece elementi maggiormente estrinseci, sempre rispettivamente, degli stessi. Si tratta di una classificazione che – ripetiamo – è fondata su dati intrinseci dell’esercizio del potere e, nondimeno, non è fungibile con quella ‘formal-sostanziale’ sulla cui base si distinguono funzione ‘amministrativa’ e ‘giurisdizionale’. Occorrerà di conseguenza soffermarsi sul rapporto tra queste due classificazioni: cosa che faremo a breve, quando, nel paragrafo successivo, vedremo meglio la natura delle diverse funzioni colte dal particolare angolo visuale attualmente in discorso.

⁵³ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 122, nt. 10.

⁵⁴ A proposito di questa constatazione, ci limitiamo per ora a citare una considerazione – riportata da A. DE TOCQUEVILLE, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, Rizzoli, 2015⁷, p. 43 – che il conte di Mirabeau, rivoluzionario moderato, indirizzava segretamente al Re ad appena un anno dall’inizio della Rivoluzione: «“[...] L’idea di formare una sola classe di cittadini sarebbe piaciuta a Richelieu: questa superficie tutta eguale facilita l’esercizio del potere”» (citazione reperibile anche in MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 201).

Va detto, però, che il punto debole di queste ricostruzioni teoriche dei secoli XVII-XVIII è l'automatismo deduttivo stesso per cui, se al centro di un sistema politico campeggia la norma – alla quale deve essere riconducibile ogni esercizio del potere e, in specie, se relativo a destinatari determinati –, esso non può che essere orientato verso la libertà individuale e, quindi, essere fondamentalmente giusto, non tirannico. In altre parole, siffatte dottrine scontano il «peccato originale del giusnaturalismo, ossia il volersi fondare su una meta/storia»⁵⁵, su un postulato meccanicistico.

Alla base del giusnaturalismo moderno stava infatti, più in particolare, «la fiducia nella possibile costruzione di un sistema coerente di norme giuridiche con l'impiego di un procedimento deduttivo e con partenza da predeterminati principi naturali di giustizia e di ragione»⁵⁶. Tuttavia, l'errore ci sembra si collochi a monte di questo edificio teorico. Il tentativo di «sottrarre l'individuo all'insicurezza» legata al suo vivere in una certa collettività⁵⁷ aveva indotto pensatori come Grozio a chiedersi se vi fossero diritti spettanti al singolo indipendentemente dalla società di riferimento. Il riconoscimento di un determinato *suum* (o *proprium*) dell'individuo – semplificando necessariamente, il successivo binomio lockiano *liberty and property* – conduceva a formulare una sostanziale equazione tra il precetto fondamentale della giustizia, cioè il *suum cuique tribuere*, e quello del non ledere tale *proprium* («*alteri detrahere sui commodi causa*» o anche «*homini insidiari*»)⁵⁸. Si affermava – sotto questo profilo del tutto condivisibilmente – che esistono diritti dell'individuo che una collettività non deve (poter) ledere annullando l'autonomia giuridica degli stessi nei legami sociali. Ma si suggeriva altresì, su tali premesse, che la giustizia non è *anche*, ma è *solo* una norma da rispettare; e che, essendoci norme che hanno essenzialmente ad oggetto il *proprium* di ogni individuo, l'osservanza delle medesime è già di per sé rispetto e tutela dell'individuo stesso⁵⁹.

Si propugnava, così, una teorica giuridico-politica in cui *la possibilità di soddisfazione degli interessi particolari dell'individuo sussiste anche al di fuori di quella dell'interesse della collettività nella quale il singolo si trova inserito*. Questo modello, se senz'altro genera di per sé un'attenzione privilegiata per le esigenze individuali, in quanto le sgancia dalla

⁵⁵ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2011, p. 117.

⁵⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979, p. 326.

⁵⁷ COSTA, *Diritti*, cit., p. 35, specie in un contesto agitato dalle guerre di religione del XVI-XVII secolo.

⁵⁸ Insomma: il principio fondamentale era quello, in definitiva, del *neminem laedere* (la citazione per ultimo riportata, il cui virgolettato interno è del *De iure belli ac pacis* di Grozio, è di I. PIZZA, *L'evoluzione del concetto di giustizia nella teoria giusnaturalistica di Ugo Grozio*, in «Teoria politica. Nuova serie. Annali», XI (2021), p. 380).

⁵⁹ Sempre COSTA, *Diritti*, cit., p. 38, osserva che «[l]a libertà e la proprietà sono la condizione necessaria e sufficiente dell'ordine, che trova nel ruolo funzionale del sovrano e nel suo fondamento contrattuale la sua conclusiva garanzia. Per la tenuta dell'ordine nessun altro parametro è richiesto».

dipendenza da quelle della collettività, dà scaturigine anche, in maniera speculare, ad un interesse pubblico-collettivo che non procede, se non in misura necessariamente limitata, come ‘tutto’ da quelli parziali, cioè delle sue ‘parti’⁶⁰. Il che, come vedremo meglio, ha pesanti ricadute sulla controllabilità delle decisioni paramtrate, appunto, all’interesse pubblico: in specie, perché si subordina la tutela dell’individuo all’esaustività, alla precisione, alla non genericità della norma, che spesso può però non esserci, di fatto lasciando tutto ciò che non vi resta compreso alla volontà dei soggetti chiamati a determinarla⁶¹. Ebbene, siffatta ‘*as-traibilità*’ dell’individuo dalla relazionalità sociale, questa sua tensione alla maggior solitudine possibile anche all’interno della collettività, è tuttavia l’*indimostrato* prius logico della concezione della libertà come risultato della

⁶⁰ Al di fuori – precisiamo della irrealizzabile proposta di Rousseau – che, come detto, identifica senza margini di scarto interesse particolare e interesse collettivo; proposta che, in ogni caso, non va immune dai limiti impliciti della ‘norma’, essendo l’intero sistema politico incentrato su di essa.

⁶¹ Per «Hobbes, Pufendorf, Thomasius [...], il diritto naturale divino era un’obbligazione imperfetta o una semplice indicazione. Kant portò a compimento queste tendenze e fece della legalità e della moralità due valori separati, il primo attinente ai doveri esterni, il secondo quelli interiori» (F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, a cura di M. Baccianini, Milano, Mondadori, 2007 (rist. it. dell’originale del 1942), p. 483; cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2008 (rist.), p. 33). Vedremo successivamente come proprio la considerazione dello stesso diritto naturale – il vero diritto non modificabile da parte dei poteri politici pre-rivoluzionari – come mero insieme di norme sia il tallone d’Achille anche di quelle ricostruzioni più lungimiranti che, già ormai da parecchio tempo, auspicano una rinnovata tensione del diritto a giustizia in chiave più spiccatamente antipositivistica. In quest’ordine di idee, va collocata anche l’autorevole indagine di S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d’Aquino*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 129, il quale afferma che la «riduzione del diritto alla giustizia [...] ha un significato soltanto se della giustizia si ha un concetto determinato in maniera univoca ed oggettiva [corsivo nostro]. Altrimenti l’affermazione che la legge deve tendere alla giustizia, e persino l’affermazione che ogni vera legge in effetti tende alla giustizia, potrebbero essere accettate da chiunque. Quale legislatore infatti ha mai voluto di proposito servire e comandare l’ingiustizia? Tutto sta a stabilire in che cosa consista la giustizia». Lettura, questa, manifestamente inaccettabile dell’opera di San Tommaso, il quale mai avrebbe sostenuto che la giustizia è, in fin dei conti, una norma dalla limitata capacità precettiva. Sull’accento positivistico che il giusnaturalismo reca implicito, e in particolare sul pensiero groziano, si veda ancora, molto chiaramente, PIZZA, *L’evoluzione*, cit., p. 370: «il diritto naturale primario si traduce nel comando divino che spinge tutte le cose, sia viventi che non, alla loro conservazione [...]. Al contrario, confluiscono nel diritto naturale secondario quelle regole, che, potendo essere comprese solo grazie alla ragione, sono finalizzate peculiarmente a disciplinare il comportamento degli esseri umani ed hanno valore di diritto, a detta dell’autore, quando vengono acclamate dal *consensus gentium*»; soprattutto, però, P. CAPPELLINI, «*Status*» *accipitur tripliciter. Postilla breve per un’anamnesi di ‘capacità giuridica’ e ‘sistema del diritto romano attuale’*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, 1990, pp. 73 ss. La problematica è, invero, tutt’altro che risolta. Rispetto ai nostri tempi, e più in generale, BIN, *Atti normativi*, cit., in part. p. 270, rileva precisamente che «tanto maggiore sarà la distanza tra la fattispecie da qualificare [...] ed il valore che guida la qualificazione (il principio o l’interesse formalmente riconosciuto [...]), tanto maggiore sarà anche il tasso di politicità dell’operazione che il giudice deve compiere» (l’osservazione è riferita dall’A. al sindacato di legittimità costituzionale, ma è assolutamente ripetibile anche, ad es., per il controllo di legittimità delle decisioni amministrative). Nello specifico, per esempi di «casi in cui gli interessi indicati [...] come finalità da perseguire presentano natura indeterminata» – fra i quali ci limitiamo qui ad elencare (gli interessi pubblici a) «la sicurezza pubblica, l’igiene e la sanità, la valorizzazione ambientale» –, rinviamo a VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 104 e 105, in part. nt. 120.

soggezione alle norme. E, come tale, essa rappresenta la premessa fragile del ragionamento delle suddette correnti di pensiero, in sé pure internamente coerente⁶².

Per mezzo di questa chiave di lettura complessiva, si può allora cogliere, secondo noi, il grande divario tra continente e Gran Bretagna. In Francia, poiché «sovranità del Parlamento e supremazia della legge sono presentate come nozioni equivalenti», ne consegue che «il predominio di una rigorosa legalità rinvia all'esercizio della sovranità del Parlamento e pertanto ne accresce l'autorità»⁶³. È vero, «il potere legislativo», come tale, «non è investito della totalità dei poteri dello Stato» e, per questo, «non può occuparsi di tutto», dovendo invece «limitarsi all'emanazione delle regole generali», ossia ad esercitare una certa funzione giuridica⁶⁴. Tuttavia, è solo la irrealizzabile teorica di Rousseau che – come abbiamo sottolineato prima – coniugava in maniera non contraddittoria l'onnipotenza dell'*atto* legislativo e l'impossibilità di decidere (e di limitare i diritti individuali) se non in via *normativa*, cioè generale, astratta. Al di fuori di essa, al contrario, il pericolo è che, per quanto non sia che una manifestazione dell'«essenza della sovranità», «se si parla di potere supremo, il potere legislativo» – cioè il potere di emanare le norme – «è sicuramente sovrano»⁶⁵. È incontrovertibile, infatti, anche da un punto di vista strettamente logico, che la regola dell'azione precede sempre l'azione. Quindi, se, come in Francia e nel continente più in generale fino al XX secolo, si uniscono la supremazia *logica* dell'atto normativo a quella *politica* dell'atto legislativo, senza che vi siano efficaci contrappesi, ciò è sufficiente affinché la supremazia dell'atto di legge possa violare la separazione delle funzioni giuridiche e, con questa, la centralità garantistica della norma.

In Inghilterra, dove pure, per tradizione, il Parlamento è sovrano e non incontra vincoli contenutistici alle proprie decisioni, esso non è però “padrone” del fenomeno giuridico nella sua interezza, ché è questo il rischio che l'assetto continentale appena cennato ingenerava.

⁶² In merito a tali correnti di pensiero, scrive sempre GROSSI, *L'Europa*, cit., pp. 100-101: «si rinnega la fattualità del diritto, che era stato il messaggio centrale di tutto il diritto medievale»; «[p]untare [...] sull'uomo allo stato puro e sul primitivo stato di natura ha il significato di disegnare un territorio riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitri del potere. Ed è in questa avventura [...] che avranno la loro radicazione il costituzionalismo moderno e le sei-settecentesche ‘carte dei diritti’, [...] nel loro assillo per *as-trarre* l'individuo da ogni formazione sociale, nell'avvalorarne una dimensione essenzialmente egoistica». Già nello stesso senso, ID., *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la “Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea” e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in «Jus», L (2003), fasc. 3, p. 417: «[s]uperficialmente, si pensa alla libertà come assenza di legami, mentre – al contrario – la libertà autentica consiste soltanto nella relazione armonica e rispettosa fra la mia libertà e quella dell'altro. Essa non reperisce nella solitudine il suo terreno d'elezione, perché è dimensione della socialità; un uomo solo su un'isola deserta non è libero né merita, finché resta solo, di essere qualificato come libero. Per questo uomo non ha senso parlare di libertà; per lui, che vive in una sorta di vuoto sociale, la libertà è *dimensione assente*, che non è nata né potrà mai nascere, scoccando solo nel momento fertile dell'incontro con l'altro».

⁶³ SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 195.

⁶⁴ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 131.

⁶⁵ *Ibidem*.

Non lo è per ragioni esterne alla distinzione delle funzioni giuridiche⁶⁶: per il semplice motivo che non può arrogarsene l'applicazione (o perlomeno non completamente), giacché vi è una istituzione – il sistema delle Corti nel suo complesso – che il potere normativo sovrano può ben riformare, come in effetti molte volte ha fatto, ma che non può in ogni caso destituire dalla sua funzione esecutivo-applicativa del diritto. Le Corti, in particolare con l'*Act of Settlement* del 1701, hanno ottenuto il riconoscimento della propria autonomia già fondata precedentemente su equilibri sociali con le componenti delle altre istituzioni di potere, tradizionalmente essendo state bacino di espressione della classe dei *common lawyers*. Riconoscimento, quello anzidetto, che è stato inoltre ribadito anche in questi ultimi anni dall'introduzione di una *Supreme Court*, con la quale si è data più compiuta distinzione alla funzione applicativo-esecutiva delle norme rispetto alla loro maggiore istanza politica di formazione⁶⁷.

Ma il Parlamento è sovrano, e pertanto potrebbe virtualmente tornare sui suoi passi. La chiave, però, è quel 'virtualmente', ragion per cui quello inglese è un «fenomeno nello stesso tempo eccezionale e fondante» del costituzionalismo liberale⁶⁸. A noi questo poco importa, in verità; ci basta aver notato che, quale che ne sia la causa, vi è nell'ordinamento inglese (e da lungo tempo ormai) una centralità della norma. Ammesso un siffatto equilibrio e accordo inter-istituzionale, costruito attorno ai principi fondamentali della *common law of the land*, non è allora errata, almeno nel suo nucleo, l'affermazione di Dicey secondo cui la sovranità parlamentare serve a far sì che non vi sia soggezione dei singoli individui che ad un unico diritto, essendo tutte le altre volontà politiche subordinate a quella, appunto, del Parlamento⁶⁹.

Anche questa preminenza di potere va, cioè, letta nell'ottica di un ordinamento caratterizzato da un pluralismo istituzionale strettamente interdipendente e, allo stesso tempo, «*singularly unicellular*»⁷⁰. Si comprende, così, il senso della nota tesi secondo cui

⁶⁶ Avremo modo a breve di ricordare come per lo stesso Montesquieu erano indispensabili dei 'correttivi' sociali alla sua teorica della separazione delle funzioni affinché la stessa separazione potesse dirsi garantita.

⁶⁷ Su questi temi, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. IV, *L'età dei totalitarismi*, Bari, Laterza, 2002, pp. 126 ss.; M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari, Laterza, 2012, pp. 114 ss.; cfr., inoltre, A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova, Cedam, 2009, pp. 317 ss.; A. OSTI, *La neo istituita Supreme Court del Regno Unito: il punto di arrivo di una riforma volta a "dimostrare" l'indipendenza del potere giudiziario*, in «Rivista A.I.C.», 00 (2010).

⁶⁸ ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 31 (si può cioè parlare, nonostante le rispettive peculiarità, di «equiparazione concettuale fra 'Stato di diritto' e *rule of law*»: ivi, p. 18).

⁶⁹ Secondo Dicey, cioè, la sovranità del Parlamento «favorisce la supremazia del diritto» (SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 195).

⁷⁰ B. SORDI, *Selfgovernment, selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali*, in «Quaderni fiorentini», XLIII (2014), p. 150: «[I]nghilterra rappresentava, praticamente dalle origini, un ordinamento "*singularly unicellular*", fatto di articolazioni interne significative, le contee, ma strutturate nella forma di "comunità di doveri", ben diversamente dal continente, dove al contrario operava un sistema binario

«sovranià della legge» non significa sovranià di qualsiasi *Act of Parliament* formalmente valido» e per la quale «sovrani sono solo gli *Acts* che sono entrati a far parte del diritto, che cioè sono stati riconosciuti validi dai giudici e sono stati pertanto innestati nel corpo del *common law*»⁷¹. Si dissociano – ecco il punto – non tanto, come oggi invece si fa nei sistemi “a costituzione rigida” e “a Corte costituzionale”, la forza politica della *legge-atto* da quella giuridica della *legge-norma*, cosicché la forza dell’atto legislativo – espressione del più alto potere politico – incontra anch’essa dei vincoli (nelle leggi di rango costituzionale). In Inghilterra, l’argine contro gli abusi dell’atto politico parlamentare sovrano è costituito dalla necessaria concorrenza alla produzione di valori giuridici di una diversa istituzione, la quale svolge, sì, una funzione esecutiva – come tale logicamente subordinata –, ma ne è anche al contempo titolare indiscutibile. O, almeno, lo è finché dura quel particolare equilibrio tra istituzioni non formalizzato nel diritto positivo, le quali, per quanto dotate di forza politica impari, si legittimano entrambe a partire dai principi consolidati della *common law*, che certamente è un limite al potere normativo sovrano del Parlamento, ma in quanto sia in grado di costruire consenso istituzionale attorno a sé⁷².

È questo peculiarissimo rapporto tra limite e legittimazione, tra vincoli giuridici e vincoli di altra natura, ad essere, in definitiva, «privo di ogni capacità transitiva»⁷³. È chiaro, dunque, come, in un sistema connotato per una così forte complementarità istituzionale, il ruolo direttivo – che da un punto di vista logico consiste nel normare, in quanto regola dell’azione – spetti al Parlamento (sovrano), e tuttavia ciò non significhi tirannia di quest’ultimo (nel senso illuministico del termine, ossia come concentrazione della possibilità di produrre norme e di eseguirle), se non remotamente.

Non importa, peraltro, se la centralità del momento normativo sia garantita mediante l’imposizione di limiti formali, cioè di *norme* invalicabili per il potere politico (coercibili o ideali, più, o meno, o per niente efficaci, come insegnano rispettivamente Stati Uniti, di cui ora diremo brevemente, e Francia); oppure, come appunto è in Inghilterra, spostando il problema «sul terreno dell’applicazione del diritto»⁷⁴. Il punto è unicamente impedire che l’esistenza di un *unico* potere politico si traduca nella negazione della centralità della decisione che astrae da fatti e soggetti determinati, perché è quest’ultima la sola, vera

di tipo organicista, fondato su *universitates*, su ordinamenti corporativi, con propri statuti, propri diritti, propria personalità giuridica: propria acquisita separatezza giuridica ed originarietà».

⁷¹ Ci sembra, quindi, molto chiaro il discorso fatto da SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 201; in termini identici, CARVALE, *Storia del diritto*, cit., p. 114.

⁷² È la teoria, ancora oggi seguita nel Regno Unito, del ‘*political constitutionalism*’: cfr., per tutti, G. ROMEO, *L’argomentazione costituzionale di common law*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 96.

⁷³ Di nuovo, ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 31.

⁷⁴ SANTORO, *Rule of law*, cit., p. 213.

garanzia contro la tirannia e il dispotismo. Nel che vi è l'implicita enunciazione di uno degli assiomi fondamentali – che è ciò a cui vogliamo arrivare – dello Stato di diritto: quello per cui, conseguentemente a tale postulato di partenza, i *contenuti delle norme* – pur in certa misura imprescindibili – passano necessariamente in secondo piano, divenendo *strumentali* alla salvaguardia del ruolo principe svolto dalla norma in sé.

In senso analogo, si può notare come nell'ordinamento statunitense vi sia – sotto questo profilo alla pari, più in generale, che in ogni Stato dotato di una costituzione rigida – una «dissociazione tra validità e vigore» formale degli atti⁷⁵. La legge, cioè, non è l'atto dotato della maggior forza giuridica, perché il principio di legalità – ossia il principio di compatibilità di ogni decisione con quanto stabilito dall'atto-legge – acquisisce necessariamente carattere sostanziale, estendendosi ai contenuti della legge stessa rispetto al nuovo livello di legalità dato dalla Costituzione⁷⁶.

Era del resto per combattere «lo statualismo, ovvero *l'equazione europea ormai vera anche per l'Inghilterra, tra potere di fare le leggi e potere sovrano*»⁷⁷ che i coloni americani dichiaravano la propria indipendenza dalla madrepatria: essi avevano come obiettivo il ripristino delle garanzie dei diritti individuali contro il potere dispotico. Queste garanzie, infatti, si annullano ove l'atto normativo contenga limitazioni ai diritti dei singoli che, per eccessive disuguaglianze di fatto tra gli stessi ed eterogeneità di esigenze⁷⁸, portano tale atto a risolversi non in una limitazione dei diritti utile per tutti, cioè astratta e rivolta ad ogni soggetto che si trovi in situazioni affini a quelle di un altro; bensì in una prevaricazione di alcuni (il gruppo, segnatamente, degli *englishmen*) su altri (i coloni), nonostante l'equiparabilità formale delle condizioni di tutti: l'essere sudditi di sua Maestà britannica⁷⁹.

Una simile limitazione non è, appunto, un atto normativo, ma ne ha solo le parvenze, sostanziandosi in una statuizione non generale e astratta, ma indirizzata, sempre a causa delle diversità di fatto indebitamente trascurate, a soggetti determinati. Per questo, la *legalità* si converte in *costituzionalità*, cioè in controllabilità dell'atto legislativo: per scongiurare l'onnipotenza del legislatore che – come abbiamo visto dianzi – si realizza quando sovrano è l'atto legislativo in sé, e non la norma che esso emana, ragion per cui per i coloni americani

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 354.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 86-87.

⁷⁸ Tali erano le condizioni della classe sociale media dei coloni rispetto a quella degli *englishmen*: ivi, pp. 89-90.

⁷⁹ La polemica attorno al principio “*no taxation without representation*” va letta – spiega sempre Fioravanti, ivi, pp. 82-83 – come «formula che era in un certo senso alla base dello stesso costituzionalismo britannico [...]» e, cioè, come «rigido divieto di libera apprensione dei beni dei sudditi [...], intesi come strumenti d'indipendenza, ed in definitiva di libertà personale, secondo il celebre binomio *liberty and property*».

era necessario rafforzare la *constitution* mediante la predisposizione di «un organico testo scritto»⁸⁰.

A fronte di questi rilievi, la coincidenza legge-norma, cioè la legge intesa come atto generale, risulta essere soprattutto una iconica, importante, ma anche mera contingenza storico-sociale legata a caratteri estrinseci rispetto alla costituzione giuridica degli Stati liberali⁸¹. Si tratta di un dato che ricorre in alcune realtà (molto) più che in altre, le quali, pure, sono indubbiamente ascrivibili ad un minimo comune denominatore.

La stessa storia, anzi, dell'Italia Unita – e siamo andati avanti di parecchio, quindi tenendo conto di tutti cambiamenti intervenuti dagli inizi del secolo XIX – insegna che, presto o tardi, «il mito della legge universale ed astratta» si rompe, quando ciò diviene necessario per «soddisfare domande provenienti da specifiche aree periferiche» oppure «da gruppi sociali e interessi determinati»⁸². È questa la particolarità di uno Stato unitario che stentava, più di altri coevi, a riconoscersi in un'unica Nazione⁸³. Non per questo, tuttavia, anche con riguardo all'Italia Unita è meno corretto parlare di Stato di diritto o di vigenza dei principi del liberalismo politico; solo, è meglio sempre distinguere tra declinazioni diverse di un modello di fondo tutto sommato abbastanza coerente, ma la cui cifra specifica non va in ogni caso identificata con la centralità dell'atto legislativo, bensì della funzione normativa⁸⁴.

Proseguendo ulteriormente, qualcuno ha affermato che sarebbe utile e conveniente distinguere tra uno «Stato *legislativo* di diritto» ed uno «Stato *costituzionale* di diritto»⁸⁵; eppure, al centro anche di quest'ultimo restano – come tra pochissimo accenneremo – separazione dei poteri e garanzia dei diritti individuali nella declinazione consolidata dalla tradizione liberale⁸⁶. Due elementi, questi, che a differenza del mito della legge generale sono transitati – con le tragiche parentesi del Secolo breve – dall'epoca delle rivoluzioni fino ai giorni nostri.

Sempre in un senso non del tutto eccentrico rispetto a tali presupposti, va letto, di più, il passaggio dall'eguaglianza meramente formale a quella sostanziale. Come è indubbio,

⁸⁰ Ivi, p. 87.

⁸¹ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 693. Lo dimostra in maniera inequivocabile la genesi e il declino dello Stato liberale: sul punto, si rinvia, per tutti, a FIORAVANTI, *Appunti*, cit., spec. a quanto osservato a p. 133.

⁸² G. MELIS, *L'amministrazione tra centro e periferia*, in «Italia contemporanea», 1997, fasc. 206, p. 8.

⁸³ Cfr. M. MERIGGI, *Gli Stati italiani prima dell'Unità*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 155 ss.

⁸⁴ La diversificazione e la pluralità delle fonti normative, cioè, non cancella la centralità dell'elemento normativo: cfr. *infra*, in questo Cap., par. III.1.

⁸⁵ FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 349.

⁸⁶ Anzi, FIORAVANTI, *Appunti*, pp. 152 ss., a proposito della nozione di Costituzione di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, scrive che «lo Stato costituzionale, a partire dalla metà del secolo scorso, ha recuperato questo ferro vecchio, lo ha tirato giù dalla soffitta della Rivoluzione», sia pure fornendolo di strumenti di protezioni nuovi e più efficaci.

infatti, che tutti i cd. diritti sociali (all'assistenza sanitaria, all'istruzione, al lavoro, ecc.) «non possono essere contenuti in una norma [...] pronta per l'esecuzione», così ciò «non significa punto che sia venuta meno l'esigenza della predisposizione normativa a fini razionali e garantistici»⁸⁷. Ma, anche qui, non bisogna ingannarsi: né sul fatto che tra l'eguaglianza 'formale' – che in passato si è risolta nell'«*eguaglianza tra i membri di una stessa classe*»⁸⁸ – e quella 'sostanziale' vi sia un abisso troppo profondo⁸⁹; né sulla circostanza per cui esse, mediatamente alla piena liberazione dei diritti *dell'individuo*, siano strumentali più alla centralità dell'elemento normativo e, appunto, individuale, che non alla democraticità in sé del sistema politico⁹⁰.

Infatti, come al di sotto di un 'limite minimo' di salvaguardia dei diritti individuali vi è negazione della mediazione di una decisione astratta che prescindendo da fatti e soggetti specifici, così, parimenti, al di sopra di un 'limite massimo' si ricade nello stesso problema. La crescita esponenziale di interessi tutelati reca implicita la tendenza al venir meno di regole di precedenza tra di essi, caratterizzandoli viepiù come «assoluti non bilanciati»⁹¹. Ciò, da un lato, rende sempre più generica la norma sulla cui base operarne appunto il bilanciamento;

⁸⁷ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 173-174.

⁸⁸ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 286 (corsivo testuale). Cfr. quanto già detto sul punto *supra*, par. I.

⁸⁹ L'uguaglianza sostanziale tra gli individui tiene, sì, conto delle circostanze di fatto immerso nelle quali il singolo vive, ma – almeno in una possibile lettura – ne tiene conto al fine di livellarle, di renderle incapaci di ostacolare la piena realizzazione della “più vecchia” eguaglianza formale. In questo senso sembrano muoversi anche i contributi di L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018, p. 80, il quale sottolinea che «[e]siste [...] un rapporto di sinergia tra le diverse classi di diritti fondamentali sulle quali si fondano le due uguaglianze: le garanzie dei diritti sociali alla salute e all'istruzione, attraverso le quali si rimuovono o comunque si riducono le disuguaglianze sostanziali, formano il necessario presupposto dell'uguaglianza formale, cioè dell'effettività dei diritti di libertà, che è a sua volta la necessaria condizione dell'esercizio consapevole dei diritti civili e dei diritti politici»; e, *inter alios*, di S. RENGA, *Le diverse eguaglianze tra protezione sociale e lavoro*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 24 ottobre 2008*, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 193 ss. L'Autrice, in particolare, sulla scia di A. D'ALOJA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, pp. 270 ss., recupera «l'eguaglianza come “un'immagine ‘integrata’, costruita non sulla coppia eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale come blocchi distinti, alternativi, se non addirittura radicalmente contrapposti, ma su una linea di ‘progressione’ lungo la quale ‘diritti ad un trattamento egualitario’ e ‘diritti ad un eguale trattamento’ [...] si pongono in funzione reciproca, l'uno impensabile e impraticabile senza l'altro, in un rapporto di costante ‘tensione’ dinamica, entrambi rivolti al pieno sviluppo della persona e alla sua dignità». Per una diversa e altrettanto compatibile lettura dell'eguaglianza sostanziale in chiave di ‘solidarietà’ – e non di mera complementarità all'eguaglianza formale, che, invero, ha il risultato di perpetuare il paradigma individualistico di stampo illuministico –, si veda, ad esempio, G. MANZONE, *Il fondamento dell'uguaglianza nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Diritto di cittadinanza e uguaglianza sostanziale*, a cura di I. Sanna, Roma, Studium, 2014, p. 68.

⁹⁰ È il «principio di eguaglianza che agisce, al contempo, come principio di liberazione e come principio di inclusione e di ordinamento»; che svincola i «diritti civili» degli individui «per spezzarne le dipendenze e renderli ‘egualmente’ padroni di se stessi», e che attribuisce loro i «diritti politici» come «strumento di appartenenza ad una nazione che non deve perdere occasione per ribadire i vincoli ‘corporatisti’ con i propri membri» (COSTA, *Civitas*, vol. II, cit., p. 91; cfr. subito *infra*, nt. 92).

⁹¹ L'espressione è di R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, Napoli, Jovene, 2009, p. 43.

dall'altro, e corrispondentemente, fa della decisione attinente al caso concreto la sede privilegiata di tale operazione, quant'è vero che tanti diritti sono armonizzabili in astratto solo in una misura limitata⁹².

Per chiudere, quindi, queste rapsodiche incursioni in un percorso storico lungo e articolato, è oggi dato acclarato che ad essere venuta ormai meno sia *soltanto* la centralità della legge nella misura della passata e pressoché piena, ma solo contingente, coincidenza tra legge e norma, tra legiferare e normare⁹³. Infatti, perfino il controllo contenutistico delle leggi – carattere peculiare dello ‘Stato costituzionale di diritto’ –, mediante il quale si sottrae alle stesse l’attributo della sovranità, si risolve potenzialmente in una nuova e diversa norma, ma non ne è già anche applicazione al caso concreto. Ed anche dove questa connotazione di “giudizio sulle (sole) norme” tende a sfumare – pensiamo agli ordinamenti di *common law* –, ciò non può mai spingersi fino al punto di una trasformazione della funzione di ‘controllo’ delle Corti costituzionali (o supreme) in una funzione ‘normativa’ vera e propria⁹⁴. Resta cioè fuori di discussione che il giudizio di costituzionalità è strutturato come bilanciamento

⁹² O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale, in Il lato oscuro dei Diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2014, p. 276, nota che alla «proliferazione dei diritti» si accompagna «una sorta di ossimorico particolarismo nell'universalismo, nel senso che l'avanzata dei diritti si attua ritagliando, all'interno del *genus, species* sempre più circoscritte, che avanzano proprie specifiche rivendicazioni. Da ciò la nascita di lacune e quindi di discriminazioni, il superamento di queste ultime attraverso l'ampliamento della portata o la creazione di nuovi diritti e così via, in una spirale che pare svolgersi all'infinito». Più in generale, vi è chi ha osservato che la democrazia resta elemento secondario rispetto alla centralità normativa che, sola, definisce davvero lo Stato di diritto. In questo senso, ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 47, secondo il quale la «dottrina dello Stato di diritto si differenzia nettamente dall'idea di democrazia (e di ‘Stato democratico’), anche nelle sue versioni più deboli». Infatti, «[n]ella prospettiva dello Stato di diritto la minaccia delle libertà sembra venire esclusivamente dall'uso arbitrario del poter da parte degli organismi statali, non anche dalla prevaricazione di altri poteri e di altri soggetti della vita sociale ed economica» (ivi, p. 48). E su queste basi va identificato il limite minimo di garanzia dei diritti individuali di fronte al potere. Al di sopra del limite massimo, invece, sembra corretto parlare di «effettività decrescente della protezione dei diritti», tant'è che all'«ampio, spesso ridondante riconoscimento della titolarità formale di (*entitlement*) di nuove categorie di diritti non ha corrisposto una parallela effettività del loro godimento (*endowment*)» (sempre ivi, pp. 61-62). Del resto, è abbastanza scontato che «nessuno dei diritti costituzionali ha carattere assoluto», cioè che nessuno di essi è una monade *per se stans*, ma ha natura relazionale (CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., pp. 10-11; BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit. p. 38 e *passim*, afferma, in questo senso, che «i diritti sono ‘a somma zero’»; ancora DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 300: «il sistema comincia così a riempirsi di diritti che, dato il poco spazio in cui si muovono, entreranno sempre più spesso in collisione, sino a produrre paradossi, come nei casi di c.d. ‘discriminazione al contrario’»). L'Autrice per ultima citata ipotizza in conclusione che, per tale complesso di ragioni, «la fame dei diritti e di diritti sia quanto meno assecondata dallo spostamento della legalità sul versante del giudizio o che ne costituisca addirittura un effetto naturale» (p. 301).

⁹³ Ancora SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., pp. 693-694.

⁹⁴ V. *infra*, in questo par., quando accenneremo al concorso delle Corti costituzionali allo svolgimento della funzione ‘normativa’ in modo meramente “negativo”, e, soprattutto, il par. III.1. successivo, in ordine alla natura della funzione di ‘controllo’ (oltre che di quella normativa appena richiamata) propria delle istituzioni apicali in parola.

meramente «indiretto» di interessi, e pertanto sublima, e non contraddice, la centralità del momento normativo⁹⁵.

In questo modo, proprio attraverso la «‘giustizialità’ della regola normativa»⁹⁶, il «costituzionalismo rigido» non nega, ma semmai inverte, come suo «completamento», le premesse «oltre che dello Stato di diritto, dello stesso positivismo giuridico nella loro forma più estrema e più compiuta»⁹⁷. Il controllo sui contenuti dell’atto (normativo) legislativo non collide affatto con la centralità della norma, la quale, anzi, rischiava potenzialmente di scomparire nell’ombra del primato dell’atto legislativo sovrano, come già si è ricordato.

Il mantenimento della centralità della legalità – costituzionale e in genere –, cioè dell’elemento normativo, richiede soltanto che si definisca l’‘interpretazione’ nel senso più proprio del termine: attribuzione di significato ad un testo, ad una disposizione, attività che consente di ricavare le norme da una certa fonte del diritto. Se, infatti, si inizia al contrario a intendere per ‘interpretazione’ quello che intendevano sostanzialmente gli antichi⁹⁸, ossia il risultato della stessa in qualunque modo esso venga ricavato (cioè argomentato) a partire dalle disposizioni, ecco che al centro del sistema politico non sta più una certa fonte del diritto; vi è, invece, la decisione dell’ente che *crea* quella che in definitiva può anche non essere la norma stabilita dalla fonte del diritto assunta come punto di partenza dell’interpretazione, la quale è utilizzata soprattutto per legittimare il risultato proposto⁹⁹.

⁹⁵ In particolare, è stato osservato che la giurisdizione intesa come ‘sindacato di ragionevolezza’ si risolve, di per sé, non in un bilanciamento diretto di interessi, ma solo in un bilanciamento di «secondo grado» o «meta-bilanciamento». Sul punto, PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 202-205, il quale impiega queste dizioni per segnalare che già «esiste [...] una regola (legislativa) del conflitto». Cfr. di nuovo CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 18, dove espresso è il riferimento al lavoro di Giorgio Pino appena citato: «la Corte costituzionale di norma non è posta di fronte ad un *conflitto diretto* tra diritti individuali nell’ambito di una singola controversia, ma è chiamata a valutare una norma di composizione del conflitto già stabilita [...]: pertanto nei giudizi di costituzionalità il conflitto tra diritti individuali è di regola un *conflitto indiretto*».

⁹⁶ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 35, il quale pone in rilievo i paralleli «dubbii de-mitizzanti sulla stessa natura della rappresentanza politica», pur nella odierna «indiscutibilità del principio di sovranità popolare». Ci sembra, tuttavia, che l’aspetto della «giustizialità» della regola normativa, messo ben in luce da questo illustre Autore, non debba, a sua volta, essere mitizzato esso stesso fino al punto di far registrare una rottura con il passato più netta di quello che – secondo quanto stiamo cercando di sostenere – essa dopotutto è. Sui (molti) profili di continuità, si veda anche M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello stato*, Napoli, Guida, 1998 (trad. it. dell’orig. fr. del 1994), pp. 225-226 e 316-325, sempre nei termini accennati della partecipazione delle Corti costituzionali o supreme – più che altro – «alla produzione della legge» (p. 320) e, cioè, alla formazione della «volontà generale» come volontà di tipo normativo, nel senso, più in particolare, che il «potere che essa [ogni Corte costituzionale o suprema] esercita non è diverso da quello dell’organo qualificato come legislativo dalla costituzione» (p. 226; su questa notazione ci riserviamo, tuttavia, alcune precisazioni *infra* in questo e nel prossimo par., dovendo soprattutto sottolineare come questa partecipazione alla funzione normativa sia una partecipazione dovuta al compito di controllo di questo tipo di Corti e all’oggetto di questo controllo – le norme –, indipendentemente da che esso verta anche sul fatto o meno).

⁹⁷ FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 357.

⁹⁸ Fondamentali, sul punto, le chiarificazioni di PETRONIO, *L’analisi*, cit., spec. p. 287.

⁹⁹ In quest’ordine d’idee, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, in «Il Foro amministrativo – T.A.R.», VI (2007), fasc. 7-8, supplemento, pp. 92 ss., e ID., *Interpretazione*

Quando le cose stanno così, dobbiamo allora trarne che la «‘giustizialità’ della regola normativa» – anche quando, e se, compiutamente implementata¹⁰⁰ – potrà difendere contro le iniquità contenutistiche delle norme che sono risolvibili o con gli strumenti dell’interpretazione conforme alla norma superiore, o con quello, più radicale, dell’invalidazione – totale o parziale (in certo senso creativa) – della disposizione per opera dell’apposito tribunale; non potrà proteggere anche, invece, da quelle contingenti iniquità che derivano dalla persistente centralità, nello Stato costituzionale di diritto, della norma. La giustizia della norma è, infatti, la giustizia di un bilanciamento indiretto, di «secondo grado», ed il fatto che in esso «uno dei diritti o principi in conflitto sia già stato considerato recessivo da parte del legislatore» – cioè da parte della norma controllata e pretesa “ingiusta” – «condiziona lo svolgimento del meta-bilanciamento»¹⁰¹. Resta così un grande vuoto, che è

conforme a costituzione, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016: «[n]on convince, dunque, la numerosa dottrina che vede nello Stato costituzionale di diritto null’altro che il coerente svolgimento o completamento dello Stato di diritto, realizzato grazie alla “naturale” estensione alla legge della subordinazione al principio di legalità (stavolta costituzionale). Non per questo, però, convince l’altra e non meno numerosa dottrina che, tutto all’opposto, ipotizza una rottura con il passato così netta che nessuno dei paradigmi orientativi dell’attività pratica vigenti nello Stato di diritto potrebbe più valere nella fase storica dello Stato costituzionale di diritto: sia la differenziazione fra giurisdizione e legislazione che la centralità della certezza del diritto, infatti, valgono ora esattamente come allora» (p. 462). «Il suo carattere [della certezza del diritto] – diciamo così – ‘primordiale’ è attestato anche dall’uso risalente di “previsione” quale sinonimo di “disposizione” o di “norma” e dal collegamento che con quest’uso ha l’idea della certezza come prevedibilità [...]. E anche nei sistemi di *common law*, almeno quando è in discussione l’interpretazione della legge, essa è da molti ritenuta decisiva nell’orientamento del giudice» (p. 463, nt. 531). Lo stesso Luciani, infatti, sottolinea, da un lato, che «tramite il canone dell’interpretazione costituzionalmente orientata si consente alla costituzione di penetrare in profondità nell’ordinamento, facendo sì che i valori costituzionali, sebbene collocati *in capite libri*, modellino su se stessi i livelli ordinali inferiori, dando loro una visibile coerenza unitaria» (ID., *Interpretazione conforme*, cit., p. 461); dall’altro lato, egli afferma nondimeno essere inaccettabile e arbitraria «l’opera di adeguamento [...] condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c’è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse» (ID., *Le funzioni sistemiche*, cit., p. 93; corsivo nostro).

¹⁰⁰ Cfr. più ampiamente *infra*, in questo Cap.

¹⁰¹ PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 202-203. Tale sindacato, dovendo tenere conto del precedente bilanciamento e cioè della medesima norma di precedenza, ha ad oggetto (non il bilanciamento in sé, ma) la compatibilità con il parametro di controllo – quale che sia – del criterio sulla base del quale era stata costruita la norma che aveva ritenuto un certo interesse astrattamente prevalente. È per questo che Giorgio Pino chiarisce appunto che «nel meta-bilanciamento i due diritti o principi in conflitto non sono su un piede di parità» (*ibidem*) e che, di conseguenza, il sindacato sulla norma consiste propriamente nella «valutazione dell’obiettivo stesso [assunto dalla norma sindacata], o meglio il peso che quell’obiettivo (il grado della sua realizzazione) ha nel caso concreto» (ivi, p. 208). In altre parole, poiché ogni criterio di decisione è una norma finalizzata al raggiungimento di un obiettivo o interesse, è chiaro insomma che, consistendo questo controllo e bilanciamento «di secondo grado» nel confronto tra quelle due norme di scopo, esso si instaura tra gli interessi-fini da esse rispettivamente indicati, mentre riguarda quelli che più specificamente vengono in rilievo *solo in quanto l’ordine di precedenza dettato tra questi ultimi dalla norma controllata sia incompatibile con l’obiettivo che quella che funge da parametro di controllo designa*. Ma è evidente in tutto questo il limite intrinseco del controllo effettuato: chi giudica (chi controlla), infatti, soltanto «fissa un punto fermo [...] alla scelta discrezionale», cioè «individua gli interessi rilevanti in gioco» (BIN, *Ordine delle norme*, cit., p. 49) e, quindi, «fissa la “regola di prevalenza”» (R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 357: «ogni regola giuridica (sia essa costituzionale, legislativa oppure elaborata dalla giurisprudenza) fissa un ordine di precedenza»). Ora, quando il privato lamenta una lesione di un proprio interesse o diritto, egli non sta facendo altro che proporre un assetto di interessi differente rispetto a quello contenuto nella decisione impugnata, puntuale o normativa che essa sia (come del resto ammette implicitamente anche PINO, *op. ult. cit.*, p. 203, quando afferma che i «conflitti “indiretti”» sono «cioè quelli già mediati da una regola legislativa del conflitto [...]»). In particolare, il ricorrente argomenta sulla base

quello che invece – com'è arcinoto – caratterizzava gli ordinamenti del vecchio regime pre-illuministico: quello della cd. giustizia del caso concreto ossia dell'equità, la quale va garantita non tanto a causa della ingiustizia della norma, ma soprattutto *nonostante* la giustizia (astratta) della medesima¹⁰².

Come volevamo dire, insomma, l'elemento della sovranità dell'istituzione rappresentativa e, soprattutto, quella della legge sovrana non sono il tratto veramente definitorio del liberalismo politico e del suo più importante prodotto che è, appunto, lo 'Stato di diritto'. L'incontrollabile sovranità è stata considerata, a seconda segnatamente della composizione del substrato sociale, anche, paradossalmente, «in funzione di garanzia dei

del contrasto tra l'interesse ritenuto primario nella decisione impugnata e il parametro di controllo del quale domanda il rispetto. Pertanto, se l'ente deputato al vaglio della correttezza dell'assetto di interessi di cui nella decisione ricorsa può solo valutare la rispondenza o la non rispondenza assoluta della norma di precedenza che tale decisione reca – e cioè dell'interesse in essa stabilito come primario – con l'interesse che rappresenta invece il suddetto parametro di controllo, per il privato vi sono poche possibilità di ottenere giustizia laddove non si dia un contrasto insanabile tra tali due obiettivi. In tutti i casi in cui la regola di precedenza impugnata non evidenzia un contrasto insanabile tra i due fini o interessi confrontati, essa non esprime altro che la discrezionalità dell'autore di tale decisione nel modulare la prevalenza di un interesse sull'altro. Si ricade, in altre parole, entro il principio di separazione dei poteri; ed ecco perché il tipo di pronunce più frequente, ad esempio, della nostra Corte Costituzionale è quello delle sentenze additive o manipolative (come nota sempre PINO, *op. ult. cit.*, p. 203). Riprenderemo in mano il punto più oltre.

¹⁰² Sotto questo profilo, ci sembra interessante notare – come appunto che ovviamente meriterebbe di essere sviluppato ben più di quanto sia a noi possibile fare – che nemmeno nel più tardo Settecento, con il diverso e più ampio spessore della normazione sovrana (della norma-di-legge), il sindacato effettuato dalle Corti sovrane poteva essere inquadrato come mera istanza di 'appello', volta appunto a correggere una decisione pretesa sfavorevole in violazione di parametri normativi. L'istanza alle Corti sovrane continuava a proporsi come istanza di *revisione* della sentenza del tribunale inferiore, come dimostra l'esempio degli Stati estensi dove pure si realizzava uno tra i prodotti normativi più limitanti per il pluralismo normativo e per la libertà interpretativa degli applicatori del diritto, cioè il "Codice" del 1771 (cfr. Parte Seconda, Cap. V., par. IV. e ss.). Questo, in particolare, ancora affermava che per ottenere in «via ordinaria» la revisione di una sentenza sarebbe stato necessario, ma invero anche sufficiente, addurre una *pretesa ingiustizia* ed una «probabil causa» – cioè una parvenza di fondatezza –, specie se fondata sull'«allegazione “di nuovi fatti o di forti ragioni prima non dedotte”» che sarebbero stati utili ai fini della decisione, ma che non erano stati adottati davanti ai tribunali inferiori. Non adottati tempestivamente per qualche ragione giustificativa? Per negligenza? Non è dato saperlo. Il Chirografo di Francesco III del 24 giugno 1760, cui il successivo Codice non sembra apportasse modifiche sostanziali, demandava al Consiglio (negli anni del Codice, il Supremo Consiglio) di Giustizia solamente di «riconoscere se i nuovi fatti, o ragioni siano da meritare nuova udienza» (§ II; il Chirografo si trova in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. DD, n. 932). L'importante era che la giustizia potesse essere assicurata, norma correttamente applicata o meno, colpa o non colpa nel non aver dedotto tutti gli elementi di prova che, qualora effettivamente dedotti, avrebbero magari potuto far propendere l'esito della causa in senso favorevole per colui che si trovava, invece, a doverne supplicare la revisione. Su questi temi, e per la descritta, forte continuità tra i primi del '600 e la fine del secolo successivo, si veda ampiamente C.E. TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia negli Stati estensi. Dalle origini ferraresi alla Restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXI (1998), pp. 200-227, e in part. pp. 221-222 da cui le citazioni (anche delle fonti nel virgolettato) sono tratte.

diritti»¹⁰³, mentre in seguito, mutando l'«assiologia reale della società»¹⁰⁴, è stata avversata come una delle cause principali di infausti e tragici regimi totalitari¹⁰⁵.

In definitiva, ad essere ineliminabile nello Stato di diritto – nello Stato, cioè, a separazione dei poteri che, in funzione di garanzia dei diritti individuali, pone al centro la normazione – è la «scissione tra potere reale e potere formale», «tra momento politico e momento istituzionale»¹⁰⁶. È questa la concretizzazione della massima di fondo tradizionale del liberalismo politico, oggi abbinato ad una forma di governo democratica: «chiunque detiene il potere è portato ad abusarne»¹⁰⁷ (cd. «pessimismo potestativo»¹⁰⁸); questo pericolo, tuttavia, si può prevenire mediante la «traduzione in forma giuridica di quelli che sono stati definiti «“i programmi delle decisioni”»¹⁰⁹ («ottimismo normativo»¹¹⁰). Perché tale risultato sia effettivo, però, occorre che non vi sia un ente capace di prevaricare gli altri, il che invece si verifica ogniqualvolta in cui chi emana le norme è anche l'ente dotato del maggior potere politico.

Scindere la più alta potestà giuridica (cioè la funzione normativa che, esprimendo la regola dell'azione, è quella logicamente preminente) e il maggiore potere politico è il metodo che si è dimostrato fino ad ora più efficace¹¹¹ per mantenere la suddetta separazione tra potere formale-giuridico e politico, ossia, appunto, per realizzare la centralità della funzione giuridica per natura principale¹¹². Infatti, «o l'unità politica è assicurata mediante la

¹⁰³ FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 132; COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 119-120: la «tensione che coincide con il rapporto fra lo Stato e il diritto, fra il sovrano e la norma, fra l'eccedenza e la regola, trova il suo punto di equilibrio 'oltre' se stesso, nella dinamica delle forze storicamente operanti: nell'opinione pubblica [...]; nel popolo [...]. [...] che la legislazione non sia sottoposta a limiti formalmente cogenti non è decisivo, per la cultura giuridica ottocentesca, non perché il problema appare irrilevante o inesistente, ma perché la risposta è comunque fornita dalla storia, che detta allo Stato i contenuti irrinunciabili della civiltà».

¹⁰⁴ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 694.

¹⁰⁵ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 32-33.

¹⁰⁶ In senso contrario, invece, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., pp. 259-262. Tale scissione sarebbe, secondo l'A., il «nucleo di verità sotteso all'enunciazione del principio della separazione dei poteri fatta agli albori dello Stato borghese» (*ibidem*).

¹⁰⁷ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 713.

¹⁰⁸ ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 35.

¹⁰⁹ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 692 (la terminologia citata è di Niklas Luhmann). Questo «si può considerare il nocciolo dello Stato di diritto» (*ibidem*): il «principio dello Stato di diritto consiste quindi nella generalizzazione dei programmi, che consente un rapporto Stato-cittadino mediato dalla interposizione di principi [...]»; *ivi*, p. 711: «La garanzia rimane sempre quella di Montesquieu: la corrispondenza dell'atto ad uno schema normativo controllata da una autorità indipendente. Le pur fondate riflessioni sulle differenze tra lo Stato sociale e lo Stato liberale classico (di diritto) non possono mettere in ombra questa verità di fondo».

¹¹⁰ Ancora ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 35.

¹¹¹ Per un'analisi tanto arguta quanto critica degli altri metodi – cioè quelli del cd. bilanciamento tra gli enti esercenti la funzione normativa e della cd. specializzazione delle autorità –, usati in passato per garantire il rispetto della «regola puramente negativa» della separazione dei poteri (come tale bisognevole di una regola «corollario» che ne garantisca l'effettività), si rinvia a TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 131-132 e ss.

¹¹² Lo sottolinea bene FIORAVANTI, *Appunti*, cit., spec. p. 140, il quale descrive il connubio tra 'costituzione-garanzia' e 'costituzione-indirizzo' realizzato dal costituzionalismo novecentesco nei termini di una apicale vincolatezza assiologica: «lo Stato è autenticamente sovrano, non solo quando è in grado d'imporre il suo

compressione dell'indipendenza giuridica degli organi a favore di un'istanza istituzionale suprema», «o questa unità è il risultato di una concordanza 'di fatto' tra la predeterminazione extraistituzionale dei programmi quale viene effettuata dal blocco politico-sociale dominante, e l'indirizzo politico dello Stato»¹¹³.

Per risultato si ha che l'unico (tipo di) atto veramente incontrollabile è, semmai, la sentenza della Corte suprema o costituzionale. Peraltro, essa non dovrebbe essere – almeno in teoria – libera nei fini (come non lo è nemmeno il Parlamento in un regime a costituzione rigida o equivalente)¹¹⁴; dovrebbe invece limitarsi a partecipare all'esercizio della funzione

diritto come unico ed assolutamente valido, ma anche quando riesce a non far dipendere la sua stessa esistenza da un criterio direttivo di legittimazione, da una norma fondamentale di scopo, che sia stata scelta in un contesto che lo precede e lo determina, sia esso la società dei cittadini politicamente attivi della Rivoluzione, o la sovranità popolare delle costituzioni democratiche contemporanee».

¹¹³ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 697. Di conseguenza, «[p]osto che nessuno dei poteri dello stato può giuridicamente prevalere su di un altro è giuridicamente necessario che le decisioni siano precostituite in una sede diverse da quella in cui formalmente si emanano gli atti», sicché vi è una «apparente distribuzione del potere tra i vari organi e la sua effettiva concentrazione al di fuori di essi» (ID., *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 311-312, corsivi originali).

¹¹⁴ Corre, peraltro, l'obbligo di sollevare alcuni dubbi in proposito, atteso che – si è osservato – il tratto più caratteristico degli ordinamenti contemporanei sarebbe che nelle loro stesse Costituzioni, ossia tra i loro valori e interessi essenziali che fondano la convivenza giuridica, si registra una «serie di principi non facilmente riconducibili ad uno supremo in cui trovino un'armonia quasi spontanea». Con queste parole, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 949 (la citazione è autorevolmente ripresa, in relazione alla Costituzione italiana del 1948, da G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXVI (1981), p. 1708). In altri termini, oggi il livello superiore di legalità (cioè quello costituzionale) si connota essenzialmente per «la sua indeterminatezza (ossia la tendenziale incoerenza), il suo carattere aperto. [...] In una costituzione moderna sarebbe vano cercare "istituti che conciliassero opposte esigenze". [...] In esse sono stati riposti valori, interessi, programmi dichiarati in termini assoluti, contrapposti gli uni agli altri, senza che fosse stato possibile fissare già il punto della loro mediazione. La conciliazione è rinviata a decisioni future: la costituzione resta come *open texture*. Non è perciò la *quantità* e la *generalità* dei principi che ne tessono il testo quello che distingue la costituzione (moderna) dai codici e dalle leggi ordinarie, quanto piuttosto il fatto che tali principi vi vengono enunciati come "assoluti" e non già "bilanciati"» (BIN, *Ordine delle norme*, cit., pp. 42-43; ID., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Francoangeli, 2018, pp. 51 ss.). Si tratta, a nostro avviso, di un'opinione non del tutto condivisibile. Infatti, si potrebbe dire che quello della Costituzione relativo al 'principio supremo' che riassume tutti gli altri è un silenzio eloquente, anche se non univoco: tanti principi e interessi «enunciati come "assoluti" e non già "bilanciati"» trovano la loro composizione o «armonia» in un altro principio o interesse capace di costituirne il minimo comun denominatore. In questo senso, è senz'altro vero, dal momento che il principio «supremo» rimane implicito, che esso potrà variabilmente essere quello che la Corte riesce a proporre come unificatore dei diversi enunciati costituzionali; e sempre in questo senso, la Corte, anche se meno visibilmente forse, resta ente libero nei fini (supremi, appunto). Non concordiamo, quindi, con M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 31-32, quando afferma che la odierna «forma di Stato [...] costituzionale» è «ormai non più riconducibile a quel principio [di sovranità]». Senza volerci addentrare troppo oltre in questo tema, basti esemplificare con il riferimento all'art. 32 della nostra Costituzione repubblicana, il quale, almeno nella indubitabile concezione dei costituenti, «vuole riconoscere al soggetto [...] un diritto di resistenza rispetto a trattamenti sanitari non previsti dalla legge, senza [...] minimamente intendere che tale rifiuto potesse essere esercitato anche in relazione a trattamenti medici, non obbligatori, ma indispensabili per il mantenimento in vita» (G. IADECOLA, *Note critiche in tema di testamento biologico*, in «Rivista italiana di medicina legale», XXV (2003), fasc. 3/4, p. 477). Oggi, per contro, lo stesso articolo è invocato nel senso esattamente opposto dalla Legge 22 Dicembre 2017, n. 219, art. 1, che ha statuito sul cd. "diritto a morire". È, quindi, identificando il valore che collega i molti valori 'assoluti' (in senso etimologico) presenti nel testo costituzionale che altri ha potuto scrivere, non infondatamente da un punto di vista logico, che in esso vi è «[u]n'indicazione precisa [...] sui caratteri identificativi minimi dell'ordinamento costituzionale democratico, sottratti in quanto tali alla revisione costituzionale» (G.

normativa in modo – posto che oggetto del giudizio di questi Corti sono, come detto, le norme – ‘negativo’, ossia controllando l’altrui esercizio di tale funzione giuridica per impedirne abusi¹¹⁵.

Significativo è del resto che, nella parentesi rappresentata dai decenni della Restaurazione, proprio l’implementazione del principio montesquieuiano fosse avversata dal ritorno – con eccezioni altrettanto pregnanti per quanto stiamo sostenendo¹¹⁶ – della precedente nozione di sovranità, seppure in un sistema statale complessivamente molto distante da quella di soli vent’anni prima¹¹⁷. In altre parole, «lo Stato di diritto si contrappone

BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio. Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, a cura di Ead. e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 6). In particolare, il principio “capace di collegamento” che oggi va per la maggiore è quello della «‘piena’ autodeterminazione della persona», perseguito come «obiettivo finale» (ivi, p. 14, corsivo testuale) e davvero supremo e assoluto, bilanciabile cioè solo con la concorrente autodeterminazione di altri individui. Tale interesse «supremo», però, è *solo uno* di quelli possibili: in altre parole, se è vero che l’interesse supremo all’autodeterminazione individuale si desume dalla «concretezza delle situazioni individuali e dei rapporti sociali» sulla quale «si fonda l’edificio costituzionale» (*ibidem*), non si può certo affermare che esso sia l’unico che si può trarre da queste medesime premesse (ossia appunto da questi medesimi valori costituzionali non bilanciati e appena riportati in sintesi); né, in effetti, è quello che fino a pochi anni fa è stato tratto.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., Lib. XI, cap. VI; SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 293-294; cfr. più in particolare *infra*, al successivo par. III.1., circa la cd. funzione di ‘controllo’: che è quella – come poco più sopra accennato – che svolge, o perlomeno che dovrebbe limitarsi a svolgere, ogni Corte costituzionale.

¹¹⁶ Possiamo infatti osservare come alcune Monarchie Restaurate non si fossero avvedute della portata del ‘costituzionalismo liberale’ (anche nella sua versione classica fondata sulla legge come atto pienamente sovrano), nemmeno, paradossalmente, nei casi in cui l’ostentato «richiamo teorico alla separazione dei poteri non riusciva a mascherare il concreto ritorno dell’assolutismo», come in quello della Carta francese del 1814 (E. SCIACCA, *Riflessi del costituzionalismo europeo in Sicilia (1812-1815)*, Catania, Bonanno, 1966, p. 32). Quelle Monarchie non solo, cioè, pensavano di poter scindere la «garanzia dei diritti, libertà, equilibrio istituzionale, divisione dei poteri, ecc. [...] sbandierati dalla rivoluzione regicida» dalla teorica della sovranità e, nello specifico, del potere costituente, che ne aveva minato e che poteva nuovamente minarne le fondamenta giuridiche (la loro legittimità e inamovibilità); ma consideravano inoltre quei principi come sostanzialmente attuabili secondo la domanda della controparte liberale senza che, a tale scopo, fosse necessario rinunciare al loro potere più o meno indiviso: vale a dire come criteri descrittivi, principi di massima, non regole fondamentali, ‘costituzionali’ (il riferimento va in particolare a Luigi XVIII di Francia). Il solo «vero *monstrum*» per i monarchi – come poi per tutto il regime liberale – era appunto il potere costituente, nel quale la «presuntuosa rivoluzione ha voluto accoppiare [...] il massimo di giuridicità e il massimo di politicità» (P. COLOMBO, *Monarchia/Repubblica*, in *Atlante culturale del risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all’Unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Bari, Laterza, 2011, pp. 315-318). Le teste coronate non si accorgevano, tuttavia, che era la teorica del puro potere ad essere strumentale a quei principi, e non viceversa. Non si accorgevano, insomma, che tutta quella costruzione e tutti quei principi di cui volevano servirsi per rilegittimare il trascorso assolutismo erano, essi per primi, incompatibili con il modello precedente di statualità (ossia con una supremazia di potere non strumentale a stabilire o a mantenere la centralità del momento normativo). Solo quei Monarchi i quali, volendo accettare i principi liberali, accettavano anche di integrarsi appieno nel sistema a separazione dei poteri, rinunciando alla totalità delle funzioni giuridiche (nel senso che abbiamo precisato emergere dalla separazione dei poteri: normare, eseguire), senza tentare solo di sfruttare a loro favore quel sistema, potevano aggirare l’altrimenti inevitabile precarietà delle loro corone. Le due “clausole” del patto tra monarchia e statualità *à la Montesquieu* non paiono scindibili come invece sembrava pensare la Corona francese della prima restaurazione. Sul rapporto tra originarietà del potere dell’istituzione monarchica e separazione delle funzioni normativa ed esecutiva diremo per inciso qualcos’altro *infra*, in questo Capitolo, par. III.1.

¹¹⁷ Riferendoci agli Stati della Restaurazione occorre tenere distinta la restaurazione dinastica da quella del cd. assolutismo, ossia della concentrazione del potere politico in un solo ente: è a questa seconda restaurazione che ci riferiamo. Da questo punto di vista, la peculiarità delle Monarchie restaurate rispetto a quelle d’Antico

allo Stato assoluto classico»¹¹⁸, sicché il suo *proprium* non può che essere l'esatto contrario del principio basilare di tutto l'Antico Regime: non certo l'assenza di vincoli al potere del Sovrano – come ben ricordano le pagine di Pietro Costa citate a inizio Capitolo –, ma la declinazione del potere, della legge, non necessariamente e non primariamente come *atto normativo*¹¹⁹.

La *legalità*, insomma, attraverso la *costituzionalità*, ossia attraverso la legalità sostanziale, approda soprattutto ad una matura *normatività*. Si tratta sempre, in fondo, dell'assunto illuminista per cui sarebbe «dispotico» (solo) l'ordinamento in cui «mancano leggi nel senso di 'regole' valide sia per il cittadino che per i pubblici poteri»¹²⁰. Tutto il resto riveste carattere di strumentalità – come abbiamo cercato di far emergere sin qui – rispetto a tale postulato primario: l'eguaglianza formale, quella sostanziale, e finanche il grado della rilevanza giuridica degli stessi interessi individuali. Questi, se nei nostri sistemi politici tendono verso il *maximum* consentito *dalla natura* dello Stato di diritto (oggi, peraltro, non senza segnali di inversione di rotta ad esempio in punto di *welfare*), sono nondimeno i corollari democratici di una forma di Stato che si impernia prima di tutto sulla funzione e sulla volontà normativa (o volontà generale).

III. La nozione di 'funzione' posta alla base delle dottrine del Sei-Settecento

La separazione dei poteri è la regola che «sorge ed opera per garantire l'applicazione pratica del principio di legalità»¹²¹, o, meglio, del *principio di normatività*¹²². Dobbiamo a questo punto cercare di capire perché ciò sia vero dal punto di vista dogmatico, prima di verificarne le ripercussioni sulle connotazioni della 'funzione amministrativa'.

Regime si coglie, infatti, sul diverso versante dei rapporti tra istituzioni sociali e istituzioni politiche, cioè sul venir meno della tradizionale condivisione da parte del tessuto sociale di più o meno vaste prerogative di governo. Le battaglie risorgimentali – non sono necessari riferimenti di sorta – miravano, del resto, al recupero del forse più caratteristico principio della Rivoluzione: quello, appunto, della separazione dei poteri. Sulle Monarchie restaurate, si rinvia, per tutti, alle interessanti osservazioni di MERIGGI, *Gli Stati italiani*, cit., spec. pp. 127-129: «Obbligate a confrontarsi intensamente con il problema nobiliare – visto che il tradizionale edificio concettuale dell'istituto monarchico presupponeva la presenza di una aristocrazia di sangue in teoria compartecipe con il sovrano della funzione pubblica, e per questo contraddistinta da capacità giurisdizionali e prerogative legali che ne differenziavano i membri dai comuni sudditi – le case regnanti della restaurazione si orientarono verso una soluzione anfibia. Esse ripristinarono sì, infatti, nel godimento dei titoli le famiglie della nobiltà prerivoluzionaria», ma «la nobiltà si risolveva ora in una mera dimensione onorifica».

¹¹⁸ ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 47, oltre che «allo Stato totalitario moderno e, in generale, allo Stato di polizia. Non si contrappone in linea di principio a regimi oligarchici e tecnocratici, eventualmente caratterizzati da una spoliticizzazione di massa e da grandi differenze economico-sociali».

¹¹⁹ «Non bisogna [...] dimenticare che le stesse teorizzazioni politico-costituzionali del secolo dei lumi» – da cui il modello dello Stato di diritto trae origine – «erano profondamente legate ai movimenti sociali e politici che dovevano portare alla dissoluzione dell'*ancien régime*» (SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 34).

¹²⁰ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 288.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. Parte Seconda, Cap. V., par. IV.

A tal fine, bisogna mettere in luce il nucleo comune delle varie dottrine della ‘separazione dei poteri’ del Sei-Settecento. In particolare, quelle teoriche si imperniavano, da un lato, sul carattere volitivo o ‘elettivo’ (nel senso etimologico di discrezionale), o meno, di una decisione, e cioè sulla sua valenza ordinativa degli interessi; dall’altro, sulla complementarità tra i vari momenti decisionali, ovverosia – come abbiamo già notato per l’avanti accennando alla teorica rousseauiana – sullo «scarto logico e cronologico tra la previsione e l’azione», tra il prevedere e il provvedere: ciò che, come abbiamo del pari già ricordato precedentemente per inciso, è «essenziale al concetto minimo di norma»¹²³.

Quanto sopra vale anzitutto, in ordine temporale, per la distinzione di Locke tra potere legislativo, esecutivo e federativo, benché, in accordo ad essa, il terzo di questi non fosse esecuzione di una *volontà generale* (normativa), di una «previsione». Se si presta attenzione, infatti, il potere federativo costituiva eccezione non all’enunciato criterio di classificazione tra le funzioni giuridiche – «previsione e [...] azione» –, ma soltanto alla separazione delle stesse due in capo ad un soggetto istituzionale. Tale funzione, in altre parole, oltre ad essere unione di elementi intrinseci e di uno specifico elemento estrinseco rispetto all’oggetto ‘esercizio del potere’, era pensata soprattutto come esecuzione di una *volontà* e basta, non necessariamente normativa¹²⁴.

In Montesquieu, invece, il discorso per certi versi si complica, soprattutto a causa del suo «linguaggio talvolta ermetico»¹²⁵. Il Barone, in realtà, è l’autore che più chiaramente separava volontà generale ed esecuzione, non concependo una modalità di esercizio del potere inquadrata al contempo per elementi intrinseci e per l’oggetto o scopo, né per volontà diverse da quella normativa. Montesquieu impiegava il criterio teleologico solo limitatamente alla funzione esecutiva, suddividendola in base alla materia disciplinata dalle norme di legge e, cioè, ai rapporti che la legge ha normato. In ogni caso, egli non fondeva mai insieme, in una funzione ‘ibrida’, volontà ed esecuzione di quella volontà¹²⁶.

¹²³ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 691 (cfr. *supra*, in questo Cap., par. I.).

¹²⁴ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 127-128: «il potere esecutivo è l’esercizio della forza per dare attuazione alla *volontà generale*, mentre il potere federativo non può che essere la *semplice* esecuzione di una *volontà*, poiché “è più difficile regolamentare attraverso l’istituzione preliminare delle leggi positive che non attraverso il potere esecutivo. Bisogna necessariamente lasciarlo alla prudenza e alla saggezza di quelli che hanno il compito di esercitarlo nell’interesse generale”. Ciò significa che il potere federativo è allo stesso tempo sia una volontà, sia l’esecuzione di tale volontà. Locke distingue dunque la volontà, l’azione, e infine la volontà e l’azione applicate nella politica estera» (corsivi nostri).

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Non possiamo che continuare a seguire l’analisi di Troper: «l’espressione di cui sopra [potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti] va letta» come «potestà esecutiva della legge in quanto potere che ha statuito [...] sulle cose che dipendono dal diritto delle genti»; analogamente la «potestà giudiziaria è, in realtà, il potere esecutivo della legge» (*ibidem*) in quanto ha statuito sulle cose che dipendono dal diritto «civile» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., Lib. XI, cap. VI), cioè, secondo la terminologia del tempo, non solo di diritto privato, ma «“ciò che riguarda la polizia, il bene pubblico, la tranquillità dei cittadini”» (TROPER, *op. ult. cit.*, p. 57, anche per riferimenti alle fonti storiche).

Ciò posto, bisogna precisare che per comprendere la pagina di questo pensatore è fondamentale discernere la separazione soggettiva delle funzioni giuridiche (il divieto di cumulo di più funzioni in capo allo stesso ente) dai *correttivi* che egli implementava, nel suo modello teorico, per ovviare ai potenziali problemi pratici di funzionamento del “congegno” statale¹²⁷. Così, quello per cui «i giudici della nazione» «sono soltanto» «la bocca che pronuncia le parole della legge»¹²⁸ è da sempre il principio più celebre (e celebrato) della teoria montesquieuiana della separazione delle funzioni, ma è anche solo uno dei suddetti correttivi alle possibili implicazioni negative della stessa. Che il giudice debba applicare la legge in modo esclusivamente sillogistico non si spiega in alcun modo, cioè, sulla base dei criteri con cui Montesquieu stesso stabiliva la diversità tra le funzioni giuridiche; di conseguenza, tale circostanza non può essere assunta a fondamento di una ulteriore funzione dotata di caratteri propri e coerenti con la teoria di questo Autore. La funzione legislativa (normativa) – affermava – non è che «la volontà *generale* dello Stato»; che cosa, in questo senso, faceva allora dire a Montesquieu che la funzione esecutiva delle norme in materia di diritto delle genti (cioè nei rapporti aventi ad oggetto lo Stato unitariamente considerato come parte rispetto ad altri Stati¹²⁹) non è altro che «l'esecuzione di questa volontà *generale*»¹³⁰ e che, invece, la funzione esecutiva delle norme in materia di diritto civile non è «esecuzione della volontà *generale*» e basta, ma è tale in un certo modo specifico? Non il criterio – ripetiamo – sulla cui base egli distingueva fra loro le funzioni: né quello intrinseco, incentrato sul binomio volontà generale-esecuzione della stessa, e neppure, per vero, quello teleologico relativo allo sdoppiamento della funzione esecutiva secondo l'oggetto normato.

Certo, si potrebbe obiettare come anche il fatto che il criterio intrinseco abbia in realtà ad oggetto non la ‘volontà’ in genere, ma la ‘volontà generale’ riveli una sovrapposizione di piani. A siffatta obiezione si potrebbe acconsentire solo, però, a condizione che la volontà generale non fosse distinguibile dalla volontà in genere che sulla base di un criterio istituzionale (vale a dire per i caratteri – poniamo, rappresentativi – dell'istituzione). Ma la volontà generale è quella che ha ad oggetto semplicemente la creazione di un ordine di precedenza tra interessi in rapporto ad un fine scelto o necessario: è cioè volontà ‘normativa’, regola generale e astratta, compiuta o incompleta (da determinare) che sia: è previsione.

¹²⁷ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 310: «il funzionamento armonico dei diversi apparati istituzionali è dovuto [...] al “movimento necessario delle cose”. Questo movimento però rischia di diventare impossibile se le istanze costituzionali dello stato sono al tempo stesso istanze portatrici di indirizzi politici antagonisti».

¹²⁸ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., Lib. XI, cap. VI.

¹²⁹ Ivi, Lib. I, cap. III.

¹³⁰ Di nuovo, ivi, Lib. XI, cap. VI.

Allora, è il criterio istituzionale-soggettivo che si adatta a quello funzionale-obbiettivo, individuando l'ente più adatto – date certe condizioni sociali di fondo, come Montesquieu ben spiega¹³¹ – ad esprimere la volontà normativa; non l'inverso. Quand'è così, il principio elaborato da questo teorico si limita ad affermare che la *dicotomia fondamentale* relativamente all'esercizio del potere è quella tra normazione (previsione astratta) ed esecuzione della norma, la quale ultima si ricava residualmente e complementariamente rispetto alla normazione.

Similmente, lo stesso Rousseau – forse il più accanito sostenitore della centralità della volontà generale – non aveva mai sostenuto che l'esecuzione in sé considerata debba sempre per forza consistere in un'applicazione meramente sillogistica della norma¹³².

In modo analogo, neppure il 'sillogismo pratico' kantiano, con cui si sottolineava più fortemente la complementarità tra le funzioni giuridiche, rappresenta eccezione alla essenziale duplicità delle medesime. Se è vero, infatti, che Kant distingueva «il *potere [funzione] esecutivo[-a]* nella persona che governa (conformemente alla legge)» dal «potere giudiziario (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice», entrambi erano tuttavia concepiti come esecuzione della (norma di) legge.

Scrivendo in particolare: «la [premessa] minore contiene il *comando* di comportarsi secondo la legge, vale a dire il principio della sussunzione delle azioni sotto di essa legge, e la conclusione contiene la *sentenza*, che decide che cosa è il diritto nel caso di cui si tratta»¹³³. Mette però soltanto caso di chiedersi: il «comando» in cui si estrinseca la funzione (strettamente) esecutiva, di governo, è esecuzione solo della (norma di) «legge» che ha stabilito un certo diritto o, altresì, della «sentenza» che ha accertato la sussistenza nel caso concreto di quel diritto? Che, cioè, il giudice sia anche per Kant «più strettamente subordinato alla legge» rispetto «all'esecutivo»¹³⁴, come può spiegarsi in base alla separazione delle funzioni se l'esecuzione in seno stretto sembra avere natura identica a quella giudiziale e, anzi, costituirne un *posterius* logico¹³⁵?

¹³¹ Sul punto, ancora SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 310.

¹³² A motivo – si vuole dire – delle nozioni in se stesse di normazione ed esecuzione, nonostante il fortissimo accento che egli poneva sulla funzione normativa e sulla sua infallibilità. Scrive in proposito sempre SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., pp. 43-44: «Rousseau va ben oltre il Montesquieu del giudice inteso come “*bouche de la loi*”. Egli riconosce a quest'ultimo il potere di scegliere uno dei significati possibili di un testo legislativo ambiguo, con il semplice limite empirico di non stravolgere in modo clamoroso il senso immediato delle norme. L'istituto del “*référé législatif*” non trova quindi il suo fondamento teorico nell'opera del Ginevrino». Ciò dimostra, ci sembra, che, la comunanza del criterio di classificazione delle funzioni impiegato dai due filosofi.

¹³³ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in Id., *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, Editori riuniti, 2015, p. 268.

¹³⁴ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 72.

¹³⁵ In questo senso, una puntuale critica mossa alla teoria kantiana: «[p]aragonando lo Stato a un sillogismo, il filosofo di Königsberg prende di mira l'effetto più che la cagione, e move dagli atti delle funzioni psicologiche

Questi rilievi suggeriscono, dunque, che è riduttivo tradurre la distinzione tra volontà generale ed esecuzione con quella tra «la volontà e la forza», cui – è vero – pure possono indurre le parole ad esempio di Rousseau¹³⁶. Si è appena finito di dire, infatti, come proprio Rousseau, più di altri pensatori coevi, non escludesse affatto l'interpretazione giudiziale nell'applicazione delle norme che sono espressione della volontà generale. È solo, quindi, l'esecuzione delle norme, di più, delle norme vertenti su una certa materia – il diritto civile – che non deve, soprattutto a parere di Montesquieu, lasciar residuare margini per l'espressione di alcuna volontà. Solo che la funzione esecutiva in materia civile si risolve in mere operazioni sillogistiche per cause del tutto estrinseche rispetto alla nozione in sé di esecuzione: per una questione, cioè, di mera *opportunità politica* correlata alla circostanza per cui si tratta di una funzione che, in ragione dello scopo specifico che la sottodistingue, si esercita direttamente sui privati. È per questo – scriveva il Barone stesso – che il potere esecutivo in senso stretto (ossia delle norme che hanno statuito in materia di diritto delle genti) non abbisogna, invece, di alcuna declinazione ulteriore sul modo di esecuzione delle norme: perché «gli altri due poteri» – l'esecutivo in senso stretto, appunto, e il normativo – «non vengono esercitati nei riguardi di alcun privato»¹³⁷, e quindi non vi è bisogno di attribuirlo né ad un corpo temporaneo, né – garanzia politica nella garanzia politica – che quest'ultimo la eserciti senza alcun margine per esprimere «un'opinione», una volontà, «particolare»¹³⁸.

Con quanto precede volevamo sottolineare come quella tra la volontà normativa e la sua esecuzione fosse effettivamente l'unico vero criterio di distinzione delle competenze istituzionali che i teorici del Sei-Settecento impiegavano.

Ma gli Autori considerati avevano in mente qualcosa di ben più importante del distinguo tra forza morale (giuridica) e forza meramente materiale. Pensavano invece – lo avevamo

meglio che da queste medesime funzioni. [...] Né poi s'intende quel distinguere specificatamente il potere giudiziario dall'esecutivo, mentre hanno identica natura» (P. SICILIANI, *Socialismo darwinismo e sociologia moderna*, Bologna, Zanichelli, 1885, pp. 446-447).

¹³⁶ Così, invece, M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo dalla Francia d'Ancien régime all'Italia Liberale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 38. Il passo ambiguo cui ci riferiamo è quello – che abbiamo già riportato – di cui in ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. III, cap. I, pp. 88-89: «[o]gni azione libera ha due cause, che concorrono a produrla; l'una morale, cioè la volontà, che determina l'atto; l'altra fisica, cioè la potenza che lo eseguisce».

¹³⁷ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., Lib. XI, cap. VI.

¹³⁸ *Ibidem*. Nello specifico – commentava altresì Montesquieu – «il potere giudiziario [*scil.*, la funzione esecutiva delle norme in materia di diritto civile] [...] diventa, per così dire, invisibile e nullo», «non essendo legato» – *siccome non è legato* – «né a una determinata condizione, né a una determinata professione», come sarebbe se invece fosse «attribuito a un senato permanente». Rovesciandola, la frase si intende forse più chiaramente: «la funzione giudiziaria non è attribuita a persone «tratte dal seno del popolo» in quanto è una funzione nulla, ma deve essere nulla in quanto va attribuita – per la ragione appena spiegata nel testo – a tali persone e non ad una istituzione permanente» (in questo senso, cfr. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 308-309).

già ricordato¹³⁹ – a due diverse funzioni giuridiche, ossia, come sappiamo¹⁴⁰, a due modalità di ordinamento potestativo degli interessi. La separazione dei poteri nasceva come proposta logico-«ideale» di un sistema politico la cui natura potesse, meccanicisticamente, garantire la libertà individuale nel senso spiegato ai paragrafi precedenti; «non è uno studio empirico»¹⁴¹. Per Montesquieu il «punto di partenza non è il ‘potere’ legislativo (inteso come figura soggettiva), bensì la ‘funzione’ legislativa (intesa come attività produttiva di norme generali)»¹⁴². Quella montesquieuiana (ma più in generale dei teorici del XVII e del XVIII secolo) è una proposta concettuale precisa e coerente, che si incentra sulla (e che si sviluppa a partire dalla) funzione giuridica di tipo normativo.

Ora, parlare di ‘funzione normativa’ potrebbe apparire *prima facie* una contraddizione rispetto a quanto abbiamo sostenuto sulla ‘forma sostanziale’ dell’elemento funzionale¹⁴³: esso, infatti, in quanto esercizio del potere, si definisce in base al modo in cui gli interessi parziali si ordinano a quello pubblico-funzionale in vista della soddisfazione di quest’ultimo, il quale rappresenta precisamente la *causa finalis* dell’esercizio del potere, il motivo per cui il potere si esercita. Si potrebbe altresì obiettare che chiamare ‘funzione’ anche l’operazione del normare sarebbe un voler far uso di categorie classificatorie distinte, sicché sarebbe da dubitare che ne riesca una descrizione coerente ed efficace.

Ad una attenta analisi, se non ci si inganna, non vi è tuttavia contraddizione. Assumendo, infatti, l’operazione di ordinamento degli interessi per come essa “si proietta” – si applica – alla causa finale (elemento teleologico), non stiamo definendo ‘funzione’ qualcosa che in realtà ‘funzione’ non è, qualcosa che, cioè, non è ordinamento di interessi ma, ad esempio, capacità di realizzarlo; in quest’ultimo caso, sì, staremmo invece denominando ‘funzione’ l’elemento del ‘potere’ in rapporto all’oggetto cui tale potere è applicato¹⁴⁴. Ma fintantoché assumiamo per ‘funzione’ ciò che è – per sua definizione – ‘funzione’, non è scorretto usare questo termine per riferirsi alla stessa cosa in un’accezione estesa, ovverosia anche se quella cosa – appunto la funzione – è osservata da una prospettiva diversa dalla sua ‘forma sostanziale’, che è quanto la designa in se stessa.

Ebbene, dall’angolo visuale della causa finale viene in rilievo il contributo, o – potremmo anche chiamarlo – l’“*apporto*”, che ogni esercizio del potere fornisce alla composizione di un conflitto di interessi rispetto all’interesse funzionale; e questo contributo può ben essere

¹³⁹ *Supra*, in questo Cap., par. II.

¹⁴⁰ *Supra*, Cap. I., par. III.

¹⁴¹ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 122.

¹⁴² SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 287.

¹⁴³ Sempre *supra*, Cap. I., spec. par. III.

¹⁴⁴ Così facevano, ad esempio, Hobbes, Pufendorf e altri ancora: cfr. *amplius* Parte Seconda, Cap. IV., par. II.

di tipo differente¹⁴⁵. Per realizzare una decisione – che giuridicamente è un assetto di interessi – occorre infatti la “volontà” – come dicevano i pensatori del Sei-Settecento: la norma, cioè, o regola dell’azione –, ma serve anche l’esecuzione di quella volontà (che fra brevissimo vedremo meglio in che cosa consiste). Entrambe le cose riproducono il *proprium* della funzione, ma nessuna delle due, singolarmente presa, ne esprime tutta l’estensione concettuale: si tratta – impiegando la terminologia aristotelico-scolastica – di ‘parti potenziali’ della funzione. È per questo che è indifferente, ai fini di siffatta classificazione della funzione, che, dal punto di vista invece formal-sostanziale, l’ordinamento degli interessi parziali all’interesse pubblico-funzionale sia immediato o mediato. La parte potenziale presuppone il suo soggetto (o ‘sede’), e questo è tale in una sua forma che, appunto perché sostanziale, gli conferisce la specie: ‘amministrativa’, ‘giurisdizionale’. Queste ultime, e solo queste ultime, sono modalità funzionali che, proprio per il loro essere di natura sostanziale, non possono essere mai sovrapposte in uno stesso esercizio del potere¹⁴⁶.

¹⁴⁵ In questo senso, SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 689, scrive che «le funzioni [di cui tratta, cioè quelle *à la Montesquieu*] sono modi particolari di perseguire interessi obbiettivati della comunità organizzata. Le singole funzioni sono dunque attività che concorrono necessariamente alla vita complessiva dello Stato».

¹⁴⁶ Al contrario, dunque, di quelle modalità funzionali delle quali stiamo iniziando a dire, le quali non assurgono a forma sostanziale della funzione perché riguardano piuttosto – ad essere ancora più precisi – le operazioni tramite cui un determinato modo di esercizio del potere (*i.e.* una certa forma di ordinamento di interessi parziali ad uno finale-funzionale) si esplica. Non sono, cioè, già esse stesse un modo particolare di esercizio del potere (o, appunto, di ordinamento degli interessi); di conseguenza, non v’è ragione perché, in un medesimo, concreto esercizio del potere – che si attua necessariamente secondo una o l’altra delle sue forme sostanziali –, non possa intervenire più di una delle funzioni considerate dalla prospettiva ora in esame. È, d’altra parte, proprio su questo profilo specifico che il principio di separazione dei poteri mira ad incidere: se le funzioni in parola non fossero sovrapponibili, non avrebbe infatti alcun senso, né sarebbe stato logicamente possibile, teorizzarne la ‘separazione’. Circa, poi, la loro natura di ‘potenze’ o ‘facoltà’ o ‘parti potenziali’ delle diverse forme sostanziali (specie) della funzione, va sottolineato che, da un punto di vista logico, ogni manifestazione od operazione concreta di un ente presuppone una certa capacità o potenza, e che «potentia, secundum illud quod est potentia [*scil.* come tale], ordinatur ad actum» (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, I, q. 77, art. 3, *Respondeo*). A sua volta, inoltre, «[r]atio [*i.e.* natura] actus diversificatur secundum diversam rationem obiecti» (*ibidem*; cfr. *ivi*, I, q. 5, art. 5, *Respondeo*: «[a]d formam autem consequitur inclinatio ad finem, aut ad actionem, aut ad aliquid huiusmodi, quia unumquodque, in quantum est actu, agit, et tendit in id quod sibi convenit secundum suam formam»). Ora, se si desse il caso che l’oggetto (un certo interesse pubblico-funzionale) – al quale, mediante la corrispondente operazione, concretamente tende ed è strumentale la specifica capacità (o potenza o facoltà) – fosse diverso dall’oggetto cui tende l’esercizio del potere (o funzione) in sé considerato, ne verrebbe di conseguenza che la predetta operazione specifica non dipenderebbe intrinsecamente, come effetto, da *quel dato* esercizio del potere o funzione, ma costituirebbe al contrario un’entità a sé stante e autonoma, cioè un autonomo esercizio del potere utile a realizzare la prevalenza di un distinto interesse pubblico. Solo, invece, se l’oggetto (ossia la *causa finalis*) di una certa specie di funzione e della suddetta operazione specifica è il medesimo, allora si può effettivamente affermare che la divisione e la distribuzione tra più enti riguarda un solo esercizio del potere (o, appunto, funzione) e, quindi, le sue parti. Ne risulta, in altri termini, che le funzioni che vengono in rilievo secondo la prospettiva illuministica della separazione dei poteri sono da considerarsi come ‘forme accidentali’ della ‘funzione’ genericamente intesa. Esse sono quindi modalità d’essere ‘seconde’ (conseguenti) della funzione-esercizio del potere e delle sue modalità formal-sostanziali (o ‘esistenziali’, o specifiche che dir si voglia: senza le quali, cioè, non solo una funzione non si esercita, ma non sussiste nemmeno, perché *agere sequitur esse*). E ciò è vero ancorché le stesse funzioni *à la Montesquieu* siano forme di tipo ‘proprio’ e ‘necessario’, e non puramente ‘accidentale’ ossia ‘eventuale’ (come invece sono

Non a caso, anche il noto costituzionalista Gaetano Silvestri, che moltissime volte abbiamo ormai citato, si rifà espressamente alla tesi romaniana dei rapporti tra istituzioni non indipendenti, ma autonome, l'una dall'altra¹⁴⁷. In particolare, vi si richiama per corroborare l'affermazione della «natura esclusivamente relazionale del concetto di funzione»¹⁴⁸ che viene in rilievo *dalla prospettiva adesso in esame*. Tale complementarità tra le funzioni così intese – è a dire: tra le parti potenziali della funzione considerata in una delle sue specie sostanziali –, o, appunto, tra i singoli apporti che ogni esercizio del potere conferisce a un determinato conflitto di interessi da ordinare, «condiziona in modo diretto e specifico sia l'esistenza che le modalità di esistenza della funzione medesima»¹⁴⁹.

Molto semplicemente, quindi, complementarità significa 'reciproco completamento'¹⁵⁰; il che, peraltro, è esattamente ciò che «permette» di non ricadere nell'avversato pluralismo dei poteri politici dell'Antico Regime, ma «di dividere il potere dello Stato senza distruggere la “*summa potestas*”»¹⁵¹. Siccome, poi, l'esercizio del potere consiste – ribadiamo – in un certo modo di ordinare interessi in conflitto ad un interesse funzionale, è per questa ragione che le parti complementari devono individuarsi in rapporto a quella determinata operazione di ordinamento di interessi e, per traslato, a quel determinato interesse funzionale cui essa è diretta.

Ci pare resti così dimostrato che si può parlare di 'funzione' (anche) spostando l'accento sulla sua causa finale, ossia sul suo versante 'potenziale', senza che per questo soltanto debba rinnegarsi o venga contraddetto il suo aspetto propriamente formal-sostanziale.

'procedimento' e 'processo'), dipendenti – queste ultime – come tali da fattori del tutto estrinseci rispetto agli elementi costitutivi dell'entità considerata (cfr. *supra*, Cap. I., par. IV.): appunto la funzione (sulla differenza tra 'proprietà' e 'accidente' come diverso rapporto tra predicazione e predicato, S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I, q. 77, art. 1, ad 5). In più, se quelle sulle quali si applica la regola della separazione dei poteri fossero effettivamente tipologie sostanziali di funzione – e in quel caso sì che si verrebbero a sovrapporre contraddittoriamente una classificazione all'altra –, non si dovrebbe poter constatare la ricorrenza di entrambe dette forme in un *medesimo* esercizio del potere (o attività di ordinamento di interessi): cosa che, come poco più sopra ricordavamo, costituisce invece il presupposto stesso del principio montesquieuiano.

¹⁴⁷ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 690. È, nello specifico, S. ROMANO, *Autonomia, ad vocem*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983 (rist.), p. 29, che in questo senso inquadra l'Amministrazione come «ordinamento che abbia certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata dipendenza da un altro ordinamento»; in proposito, si vedano le puntuali precisazioni di PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., pp. 324-326, nt. 37.

¹⁴⁸ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 689.

¹⁴⁹ *Ibidem*: nel senso che la «ragion d'essere della funzione è fuori di essa» (il riferimento è sempre – lo ribadiamo ancora una volta – alla funzione guardata dalla prospettiva della causa finale).

¹⁵⁰ Ciò che sostanzialmente osserva anche TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 55, interrogandosi a partire dall'impossibilità di realizzare compiutamente una effettiva specializzazione degli enti titolari di potere («autorità») sulla base delle funzioni montesquieuiane: «come concepire che ciascuno dei tre organi è sovrano nella sua funzione, se la natura di alcune funzioni permette di controllare l'esercizio delle altre?».

¹⁵¹ Ivi, p. 131.

III.1. *Le ‘parti potenziali’ della funzione più nel dettaglio e l’emersione delle forme sostanziali della stessa mediatamente alle prime: il sovrapporsi di due classificazioni collegate ma non fungibili dell’esercizio del potere.*

Analizziamo a questo punto brevemente le parti ‘potenziali’ della funzione appena descritte: legiferare (nel senso, più esatto, di normare), eseguire, giudicare.

Come già sappiamo, ‘normare’ significa stabilire una precedenza astratta tra interessi, quantomeno operando una «predeterminazione dei fini»¹⁵² e indicando un interesse-funzionale. Dato, quindi, un certo interesse primario predeterminato dalla norma¹⁵³, l’esecuzione, o, come più spesso oggi si dice, l’‘attuazione’, rappresenta invece «l’autonoma determinazione delle condizioni e delle modalità dell’inveramento dei fini contenuti nei vari ‘programmi’ normativi»¹⁵⁴. Di più, un siffatto inveramento dell’ordinamento normativo si può ‘attuare’ attraverso una nuova statuizione (decisione) di natura egualmente normativo- astratta che determini la precedenza tra interessi, ovvero in aderenza al fatto; in entrambi i casi, infatti, ci si trova davanti ad una ‘esecuzione’, la quale è tale in sé (solo) perché *tutta* inquadrata in una (precedente) «predeterminazione normativa [...] dei fini»¹⁵⁵.

Ecco allora emergere il vero scarto tra ‘normazione’ ed ‘esecuzione’: tali dizioni non designano *atti* dalla diversa efficacia soggettiva, generale o puntuale; esse, afferendo all’elemento sostanziale e dotato di propria identità concettuale dell’ ‘*esercizio del potere*’ o ‘*funzione*’, hanno invece ad oggetto, rispettivamente, la formazione di una regola di precedenza a partire da interessi “assoluti non bilanciati” e (non lo stabilimento, ma) l’inveramento – con *atti* normativo- astratti o aderenti al dato fattuale, discrezionali o sillogistici che siano – di quell’ordine di priorità tra interessi¹⁵⁶. L’esecuzione-attuazione è, perciò, un’operazione che, potenzialmente anche se non necessariamente, reca in sé una certa libertà: non è, cioè, per forza vincolata completamente nel contenuto¹⁵⁷.

In questo senso, appare incontrovertibile, da un punto di vista strettamente logico, che ciascun «processo di realizzazione di valori giuridici»¹⁵⁸ – o, con altra denominazione, «ciclo

¹⁵² SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., pp. 690-694; cfr. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 357.

¹⁵³ Per una definizione puntuale di ‘interesse pubblico primario’, si rimanda, per tutti, a D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 27.

¹⁵⁴ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 694.

¹⁵⁵ *Ibidem* e *ivi*, p. 714.

¹⁵⁶ Il punto, infatti, è non confondere la cosa ‘funzione’ con la cosa ‘atto’, né con la cosa ‘potere’. Non pare dunque una contraddizione affermare che un ‘atto’ normativo può essere il prodotto di una ‘funzione’ non normativa, ma esecutiva; si tratta più di una difficoltà di linguaggio che di concetto. Per evitare confusione, forse, sarebbe allora opportuno adottare una terminologia che non porti a sovrapporre l’‘atto normativo’ con ciò che si indica dicendo ‘funzione normativa’.

¹⁵⁷ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., ancora p. 694.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 714.

funzionale» – «può essere attivato solo dall’esercizio della funzione normativa»¹⁵⁹ e che esso «si chiude con l’esercizio della funzione di controllo»¹⁶⁰.

In quest’ultima sede, di più, si può indubbiamente arrivare a mettere in discussione la norma precedentemente vigente, ma non anche la distinzione tra momento normativo e momento esecutivo. Non si tratta cioè anzitutto – ribadendo quanto precedentemente detto – di bilanciare interessi, ma di valutare un bilanciamento previamente effettuato¹⁶¹.

Anche, d’altronde, la normazione – che pure nello spettro dei diversi tipi di apporto che si possono fornire all’ordinamento di determinati interessi parziali ad uno funzionale è la funzione logicamente preminente – presuppone pur sempre una precedente norma o criterio di decisione, perché ogni norma persegue un fine o interesse¹⁶²; e quest’ultima, visto che ogni norma è la designazione di un ordine di precedenza tra interessi, indica a propria volta l’interesse da perseguire funzionalmente¹⁶³. ‘Normare’ significa allora propriamente fissare un interesse funzionale *ulteriore* e ‘utile’ (strumentale) rispetto a quello verso cui procede la normazione medesima come suo obiettivo finale; e a tale interesse funzionale ulteriore

¹⁵⁹ Ivi, p. 715.

¹⁶⁰ Ivi, di nuovo p. 714.

¹⁶¹ È questa oggi, come abbiamo già illustrato (*supra*, in questo Cap., par. II.), la peculiarità del giudizio davanti alle Corti costituzionali, che però «non equivale a trasformare il giudizio sulle leggi in un giudizio sul caso concreto» (CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 18). Del resto, è su questo livello – quello di ciascun «processo di realizzazione di valori giuridici» ossia di ogni singolo «ciclo funzionale» – che, secondo la convincente opinione di quest’ultimo A. (Gaetano Silvestri), il principio di separazione è ancora pienamente operativo: «[l]’incompatibilità di più funzioni in capo allo stesso potere è tuttora vigente e valida, in modo abbastanza rigoroso, solo all’interno di ciascun ciclo funzionale» (ivi, p. 713). Di conseguenza – prosegue sempre Silvestri –, «[s]embra [...] di poter concludere che, nel nostro ordinamento, la separazione dei poteri è ancor oggi un principio dotato di una carica assiologica molto forte, tale da riflettersi in tutti i settori. Come tutti i principi politici e giuridici, esso non può avere valore assoluto né aspirare a vigenza uniforme e generalizzata. Va tuttavia sottolineato che anche in quei cicli funzionali, in cui meno presente appare l’influsso del principio, si può riscontrare la tendenza a realizzare significativi spostamenti verso una sua più coerente attuazione» (ivi, p. 716).

¹⁶² Non è certo una scoperta di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, capp. IV e V, né un brevetto del normativismo, il fatto che una norma derivi da un’altra in due modi distinti: in base al nesso logico tra di esse (come deduzione di un contenuto dall’altro), ovvero in base al loro nesso ‘genetico’, cioè secondo le «modalità di produzione» o, in altri termini, alla legittimazione del soggetto che le emana (cfr. C. VALENTINI, *L’ordinamento giuridico*, in *Argomenti di teoria del diritto*, cit., pp. 81 ss. e spec. p. 82, donde è tratta la citazione). Per quanto qui d’interesse, basti infatti ricordare che lo stesso S. Tommaso d’Aquino – simbolo dell’esperienza giuridica medievale – aveva già parimenti spiegato che le norme possono derivare da altre o come loro «conclusiones» (conclusioni deduttive), oppure come «determinationes» dalle stesse (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 95, art. 2, *Respondeo*). E, queste ultime, «habent vim obligandi ex aliqua institutione [...]. Et huiusmodi sunt determinationes» (ivi, I-II, q. 104, art. 1, *Respondeo*). Aggiungiamo inoltre che il fenomeno della discrezionalità (o libertà di scelta) si situa, a tutta evidenza, nella seconda delle modalità di derivazione appena indicate.

¹⁶³ Anche a questo riguardo si precisa che non si intende affatto recuperare la dottrina kelseniana incentrata sulla norma fondamentale, il cui difetto principale era la necessità di doversi riferire ad elementi esterni alla nozione di diritto inteso come ‘insieme di precetti validi’ – e specificamente alla sua efficacia o fattualità – per spiegare la validità della *Grundnorm*, ossia ciò che definisce come tale una norma (sul punto, per tutti, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, *Ottocento e Novecento*, Bari, Laterza, 2001, pp. 278-281). La norma, infatti, non deve essere ridotta al suo precetto, specialmente quando, come abbiamo visto, esso sia indeterminato nel contenuto. Al contrario, va presa in considerazione anzitutto per la sua *ratio*, cioè per lo scopo o, appunto, l’interesse che vi si trova indicato come (astrattamente) prioritario (cfr. *infra*, Cap. III., nonché Parte Seconda, Cap. V., par. IV.1.).

andranno, in seguito, ordinati i diversi interessi che sono considerati dalla norma appena elaborata come secondari. Generalizzando un ragionamento svolto da autorevole dottrina, bisogna in sintesi considerare che ogni regola di precedenza «segue (e non precede), presuppone (e non preclude), il conflitto tra diritti e» – si noti – altresì «il loro bilanciamento»¹⁶⁴.

Sul presupposto di un siffatto sistema, l'unica definizione di funzione 'giurisdizionale' che può logicamente venire in rilievo si ricava sempre dallo stesso angolo visuale in esame (della funzione colta a partire dalle sue parti potenziali) ed ha natura teleologica e non formale¹⁶⁵. L'unica funzione basata, infatti, su elementi intrinseci all'esercizio del potere (nella prospettiva appena ricordata) e che rivela aspetti di analogia con quella 'giurisdizionale', nel senso in cui comunemente la si intende, è la funzione di «controllo» – come la chiama Silvestri –, che, quando vede coinvolti più soggetti, non è altro che un'*esecuzione contenziosa* della norma. Aggiungiamo per inciso, a questo riguardo, che una conseguenza rilevante di ciò è, ad esempio, che il momento del giudizio potrà pure conformarsi anche ai più garantistici principi di parità processuale, ma la sostanza non cambierà: finché la norma non può essere messa in discussione¹⁶⁶, sempre di realizzazione dello stesso ordine di precedenza tra interessi si tratterà o, è a dire, anticipando forse utilmente sulle prossime conclusioni, si tratterà sempre di funzione amministrativa.

La funzione di 'controllo' si ricava infatti, per sua stessa natura, in via residuale, nel senso che, guardata dal lato della *causa finalis* dell'esercizio del potere, essa si parametra sullo

¹⁶⁴ PINO, *Conflitto e bilanciamento*, cit., 239-240, secondo un ragionamento che, benché più circostanziato quanto ad oggetto, è assolutamente estendibile. L'A. pensava, in particolare, alla regola del «nucleo essenziale dei diritti», tanto utilizzati al di di oggi dalla nostra Corte Costituzionale e da altre Corti supreme straniere: «l'individuazione del nucleo essenziale presuppone che siano già stati effettuati bilanciamenti tra diritti, valutazioni in termini di costi e benefici tra interessi da tutelare e doveri da imporre a terzi, ecc., e che il nucleo essenziale di un diritto resterà intangibile solo fino a quando un altro interesse (= diritto) concorrente non reclami una tutela più intensa». È d'altra parte in questo senso che risulta non contraddittoria con l'impianto generale a separazione delle parti potenziali della funzione l'esempio dei rapporti tra normazione costituzionale e ordinaria che Silvestri portava nel distinguere tra normazione-attuazione-controllo: «l'attuazione legislativa della norma costituzionale è, a sua volta, attività creativa di nuovi valori giuridici». La norma 'derivata', in altre parole, è idonea «ad aprire un nuovo e diverso ciclo funzionale, che può consistere in atti puntuali di concretizzazione posti in essere da organi amministrativi o giudiziari». Entrambe le ultime due citazioni sono di SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 714.

¹⁶⁵ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 701: «non sembra configurabile una funzione giurisdizionale in senso oggettivo, giacché le varie attività svolte dai giudici o sono applicazione-attuazione di una norma o si pongono come concretizzazione creativa del precetto normativo generico, o sono attività normative in senso stretto (analogia, ricorso ai principi generali del diritto, ecc.). [...] In definitiva, [...] con le espressioni 'funzione giurisdizionale' e 'amministrazione della giustizia' si vanno a designare «sinteticamente tutte quelle attribuzioni che tradizionalmente sono devolute ai giudici, in quanto organi dotati di speciali garanzie di indipendenza».

¹⁶⁶ Ma cfr. TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 66-72, il quale spiega che il principio di separazione dei poteri deve dirsi «violato» nel momento in cui, ad esempio, «il legislatore, investito di un *référé*, si pronuncia su una controversia ben precisa» (p. 66), cioè allorché esso stabilisca una regola giuridica rivolta ad uno specifico caso concreto, diversa da quella che lui stesso aveva emanato astraendo da fatti e soggetti determinati.

stesso interesse funzionale che costituisce l'oggetto dell'attuazione e che coincide con l'interesse primario normativamente stabilito. Si tratta, dunque, di un controllo non necessariamente 'meccanico' – come un tempo teorizzava Montesquieu – e che non si declina cioè sempre e obbligatoriamente in un accertamento sussuntorio della 'fattispecie' normativa (fattispecie che, anzi, potrà ben mancare); siffatto controllo resta però, in tutto questo, «raffronto comparativo tra norma ed azione», ovverosia agisce «da freno alla distorsione tra programma normativo delle modalità di soddisfacimento degli interessi e pratica realizzazione degli stessi»¹⁶⁷.

Per questa ragione complessiva, la 'funzione di controllo' non ha – a noi sembra – un'identità propria distinta dalle altre due appena ricordate, risolvendosi anch'essa in una esecuzione della norma. Stando ancora all'esempio di poc'anzi, non è quindi del tutto esagerata l'affermazione – che già abbiamo riportato – per cui il giudice amministrativo è un 'giudice amministratore', una volta messa in luce la sua attenzione *strutturalmente*, ossia *funzionalmente*, privilegiata per l'interesse pubblico in quanto interesse funzionale.

Ecco, dunque, la suddetta complementarità (e reciproca relatività di significato¹⁶⁸) tra le funzioni colte dalla prospettiva che la teoria illuministica della separazione dei poteri privilegia. In ragione di un impianto politico così costruito, non è un caso che non si rinvenivano trattazioni di giuristi di diritto comune – o, almeno, chi scrive non ne ha trovate – sopra una simile distinzione tra i modi di esercizio del potere. Il che non significa che la distinzione logico-razionale delle funzioni non sia utile per meglio cogliere la realtà d'Antico Regime¹⁶⁹; vuol piuttosto dire che essa non era studiata, giacché, non vigendo la separazione dei poteri – la quale non è certo una «scoperta scientifica», ma soltanto un modello politico progettuale¹⁷⁰ –, l'esercizio del potere visto *ex latere causae finalis*, cioè nelle sue forme potenziali, non si poneva quale criterio fondamentale di rapporto tra le diverse istituzioni titolari del potere.

Se allora, in un modello statale che applica la separazione delle funzioni, vi sono effettivamente classificazioni ulteriori relative all'esercizio del potere, queste o non contraddicono la prima, perché essa ne è la suddivisione presupposta; o, se invece lo fanno, è perché tali diverse classificazioni sono costruite a partire da elementi estrinseci rispetto

¹⁶⁷ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 704.

¹⁶⁸ Nel senso che una normazione, individuando interessi finali-funzionali più particolari in vista del perseguimento di quello anch'esso finale e funzionale stabilito dalla norma presupposta, risulta essere 'esecuzione' rispetto a tale norma e a tale fine, mentre è invece 'normazione' – appunto – rispetto ad ulteriori ordini di precedenza tra interessi più particolari (che abbiano o meno un legame con il fatto).

¹⁶⁹ Cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. IV., par. III.1.

¹⁷⁰ Ancora una volta molto chiaramente, TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 119-120; o, al più, era, come sembra mostrare specialmente la storia costituzionale inglese, una contingenza storica relativa ai rapporti tra istituzioni esercenti il potere.

all'esercizio del potere in sé considerato (come nel caso del potere federativo di Locke di cui abbiamo parlato al paragrafo precedente).

A questo proposito, giova segnalare che non contraddice, di per sé, il principio per cui *l'intero* sistema politico deve informarsi al binomio normare-eseguire (eseguire anche nella sua variante del 'controllare') nemmeno l'esistenza di una pluralità di potestà e, quindi, di fonti normative; o, perlomeno, non finché non intervenga la riunione in un unico soggetto di quei due momenti¹⁷¹. L'importante, in altre parole, è che la pluralità delle fonti normative non trasmodi – quant'è vero, ribadiamo, che una norma è nella sua misura minima una regola astratta di precedenza tra interessi¹⁷² – nella preclusione alla realizzazione di un *univoco ordinamento* (appunto astratto, normativo) di questi¹⁷³: ciò che darebbe luogo, per

¹⁷¹ Una certa pluralità nella titolarità della potestà normativa (nel potere, cioè, di emanare atti generali) è difficilmente eliminabile, sicché la distinzione normazione-esecuzione non ha mai potuto essere intesa nella versione semplice e schematica tracciata dai teorici dei secoli XVII e XVIII, secondo la quale ad un ente corrisponderebbe una funzione soltanto. La vera questione, in realtà, è che il rapporto tra gli enti che esercitano il potere resti informato alla scansione normare-eseguire; tale esecuzione, poi, può essere realizzata, come dicevamo, anche per il tramite di atti normativi. Ecco perché – torniamo a sottolineare – è importante distinguere la 'funzione normativa' dall' 'atto normativo': non ogni atto normativo, cioè, è anche espressione di una funzione normativa. 'Atto', appunto, ed altresì 'potere', ed 'esercizio del potere' (o 'funzione') sono cose diverse. In questo senso può essere letto anche un passo del *Discorso preliminare al progetto del Codice civile* di Jean-Étienne-Marie Portalis (1801), relativo alla distinzione tra potestà normativa legislativa e potestà normativa regolamentare: «les lois proprement dites diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentales, les objets instantanés ou variables; en un mot, toutes les choses qui sollicitent, bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée sont du ressort des règlements. Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté» (la citazione è tratta da FIORAVANTI, *Le potestà normative*, cit., p. 39). Una qualche potestà normativa era, peraltro, già prevista finanche dalla Costituzione rivoluzionaria del 1791, Tit. III, cap. IV, sez. I, art. 6: «[i]l potere esecutivo non può fare alcuna legge, neppure provvisoria, ma soltanto dei proclami conformi alle leggi, per ordinarne o per richiamarne l'esecuzione» (MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 234). Cfr., a proposito della pluralità delle fonti, SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 686, il quale osserva come «il principio di separazione sia venuto acquistando forme e contorni in rapporto a due diverse e non sempre conciliabili esigenze: assicurare l'autofondazione del potere esecutivo e la supremazia della legge». E per «autofondazione del potere esecutivo» si intende il «fondamento istituzionale del potere regolamentare» (FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 688 e *passim*), il quale contraddice (potenzialmente) il principio di separazione dei poteri, giacché, sommando in una medesima – appunto – istituzione funzione normativa e funzione esecutiva, minava quella «legalità sostanziale» – imprescindibile, in certa misura, per la vigenza generalizzata del principio politico in esame – «che nello schema montesquieuiano era assicurata dal concorso simultaneo della distinzione materiale e della correlazione soggettiva, necessaria tra soggetti indipendenti» (ivi, p. 687). Non per niente, anche CHELI, *Potere regolamentare*, cit., pp. 69 ss., ricorda «come il momento di più netta opposizione alla fonte regolamentare si venga a manifestare proprio nei primi documenti costituzionali della Francia rivoluzionaria» (p. 40); e come, invece, «con l'avvento del Consolato a vita ([...] 1802) [...], concentrati di fatto tutti i poteri fondamentali nelle mani del Capo dello Stato, anche la distinzione tra legge e regolamento, pur permanendo intatta sul piano formale, nella sostanza si viene [...] ad oscurare» (pp. 45-46). Si conferma così, insomma, la validità della tesi di TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 132, per cui «[l]a regola della separazione dei poteri esige [...] un corollario senza il quale essa non rappresenta nulla. Occorre una seconda regola per garantire l'effettività della prima». Non può forse allora candidarsi a tale missione il principio di 'legalità', assicurando più efficacemente di altre regole complementari la vigenza general generalizzata del principio di 'normatività'?

¹⁷² Cfr. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 357.

¹⁷³ In questo senso la gerarchia delle fonti normative, insita nel principio di legalità, ci sembra essere un esempio di quei "corollari" alla regola della separazione delle funzioni dei quale parla Michel Troper e ai quali poc' anzi accennavamo in nota (cfr., sul punto, Parte Seconda, Cap. V., par. IV.).

conseguenza, al raggiungimento dell'unità politica attraverso una «sovranità istituzionale» e non, invece, «normativa»¹⁷⁴. La separazione dei poteri è cioè effettiva esclusivamente allorché, ordinandosi i vari enti titolari del potere secondo una gerarchia fondata sulla capacità di emanare norme dotate di differente forza giuridica¹⁷⁵, tutto il diritto sia riguardabile, in definitiva, come un insieme di norme. E, di qui, la classica – e sbrigativa – definizione di ‘diritto’ da manuale universitario.

Ciò posto, in un siffatto sistema politico – “a separazione dei poteri” –, anche la cura degli interessi pubblici e, soprattutto, il modo di curare questi interessi passa necessariamente in secondo piano, in quanto tale, rispetto alla dialettica normazione-esecuzione. Il che, però, non toglie affatto che esigessero poi «un determinato ambito dell'esecuzione» tutti quegli «stessi compiti inventariati dalla letteratura di antico regime», quali i compiti «di sicurezza,

¹⁷⁴ Cfr. CANNIZZARO, *Il pluralismo*, cit., p. 269, il quale spiega che, in base alla nozione «normativa» di sovranità, un ente è tale solo se «provvisto necessariamente di una prospettiva giuridica unitaria, come *ente normativamente monista, pur se istituzionalmente pluralista*» (corsivo nostro), di modo che la gerarchia fra enti titolari di potere si stabilisce in base alla capacità di emanare norme passibili di ordinamento gerarchico. L'A., per queste ragioni, conclude sottolineando che «un ordinamento normativamente pluralista non è logicamente inconcepibile» (p. 271); a tal fine, però, è necessario appunto che «il monismo dell'ordinamento», ossia la sua unità politica, sia raggiunto «non solo dal punto di vista strutturale dell'unità istituzionale, ma anche, e soprattutto, [...] dal punto di vista normativo» (p. 258). Per converso, la prima forma di sovranità – quella istituzionale – è «identificata con la pienezza, l'illimitatezza, l'unitarietà concettuale del potere» di una *istituzione* (p. 253), sicché la gerarchia tra enti si determina secondo criteri diversi da quello delle parti potenziali della funzione (sui quali v. *amplius* Parte Seconda). Questa tra sovranità istituzionale e normativa è esattamente ciò che segna il divario tra Antico e Nuovo Regime ed è quanto proveremo a sviluppare nel prosieguo del lavoro. La persistenza, ancora al di oggi, di una ‘sovranità normativa’ è, a nostro avviso, elemento di forte continuità con il periodo propriamente rivoluzionario-liberale, e tale elemento, senza nulla togliere alle molte e speculari discontinuità successivamente prodottesi, non elimina tuttavia il nucleo di fondo della struttura giuridico-politica di stampo illuministico: lo svilupparsi del pluralismo – sociale, già a fine Ottocento, e attualmente dei centri della decisione politica – secondo un paradigma alquanto distante da quello dell'Età Moderna. Ed è questa diversità che stiamo cercando di sottolineare, attraverso un'analisi di stampo critico che si serve della contemporaneità allo scopo di far venire in superficie per contrasto le peculiarità del passato.

¹⁷⁵ Qui sta l'importanza della cd. «*interpositio legislatoris*», che è «la subordinazione del giudice non a qualsiasi ‘norma giuridica’ o (in senso ancora più ampio) a qualsiasi forma di ‘diritto oggettivo’»: «il giudice, nel decidere qualunque controversia a lui sottoposta (e sotto qualsiasi profilo sia a lui sottoposta), potrà applicare ‘diritto oggettivo’ diverso da quello legislativo solo se le regole di tale ‘diritto’ siano ammesse o previste dalla ‘legge’ in senso tecnico (o, più esattamente, da ‘atti legislativi’)» (FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 685). Ricordiamo incidentalmente – onde evitare equivoci tra due valenze della gerarchia delle fonti normative che devono essere tenute distinte – come il principio di legalità, anche nella sua declinazione sostanziale, non debba essere confuso con il meccanismo della ‘riserva di legge’, cioè con la «legge come forma che detiene in modo monopolista il decisivo potere di disciplinare l'esercizio dei diritti medesimi» (M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, p. 52). Si tratta, infatti, di un discorso diverso, che non tocca l'aspetto funzionale (ossia l'esercizio del potere in sé), perché riguarda non *in primis* «i rapporti fra le fonti», ma i «limiti normativi all'azione dell'amministrazione» (R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1218). Quand'è così, dunque, «ammettendosi che il nostro ordinamento accolga il principio di legalità in senso sostanziale, le riserve ‘relative’ si differenzerebbero per elementi quantitativi» dal principio di legalità sostanziale (*ibidem*; cfr. L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, tomo II, p. 561; già EAD., *Legalità (principio di), ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, p. 2; F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2021, pp. 151 ss.).

di finanza, di polizia, di tutela sulle circoscrizioni subordinate», di «salubrità»¹⁷⁶: insomma, tutta quella vasta gamma di interessi sovraindividuali, collettivi, che dalla fine del Medioevo era stati assunti dalle istituzioni del vecchio ordine e che, con le rivoluzioni illuministiche, confluivano nella indifferenziata sfera dell'«esecuzione», oltre che della «normazione».

In particolare, sappiamo che, diversamente da quanto teorizzato da Montesquieu – e cioè pur rientrando nei rapporti di diritto «civile» (o diritto interno) e non in quelli di diritto delle genti (nell'accezione di rapporti esterni tra Stati) –, tali compiti venivano affidati in blocco non ai tribunali (designati titolari del «potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile»)¹⁷⁷, bensì a quella che in Francia assumeva fin dagli inizi della Rivoluzione il nome di «amministrazione generale dello Stato». E, infatti, sempre Luca Mannori e Bernardo Sordi spiegano bene come l'amministrazione generale nascesse con un «significato costituzionale e non funzionale»¹⁷⁸.

Presto, tuttavia, si sarebbe posto il problema di stabilire un confine alle attribuzioni di questo nuovo soggetto istituzionale rispetto al legislativo e, soprattutto, rispetto ai tribunali, posto che «un'applicazione del tutto meccanica del criterio di riparto» stabilito dalla Legge del 16 agosto 1790, e cioè se «alla parola «atto» si fosse dato un significato assoluto ed indiscriminato, avrebbe subito condotto a conseguenze praticamente assurde» (secondo tale Legge, infatti, tutti gli atti dell'Amministrazione restavano, come tali, sottratti alla cognizione dei tribunali)¹⁷⁹.

È allora interessante osservare come, all'interno di un sistema di attribuzioni costruito internamente alla funzione esecutiva delle norme – fondato, dunque, su un criterio prettamente istituzionale, ossia estrinseco rispetto alla distinzione per funzioni giuridiche adottata più in generale¹⁸⁰ –, iniziasse, già nel primo decennio del XIX secolo, a delinarsene

¹⁷⁶ Così, a riprova del fatto che l'illustre storiografia fiorentina ricavava la definizione poi applicata all'Antico Regime, MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 212-214.

¹⁷⁷ È quanto notava già L. VON STEIN, *La scienza della pubblica amministrazione secondo L. Von Stein. Compendio del trattato e del manuale di scienza della pubblica amministrazione ad uso degli italiani*, Torino, Utet, 1897, pp. 29-30: «il potere giudiziario [...] nell'idea del Montesquieu, [...] doveva, come potere autonomo, non solo proteggere e regolare i rapporti giuridici dei singoli fra loro, ma porre in armonia gli interessi della vita individuale con quelli della vita collettiva».

¹⁷⁸ Di nuovo, MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 212-214.

¹⁷⁹ MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, cit., p. 195: «il giudice, per esempio, non avrebbe potuto mai rilevare la nullità di atti processuali compiuti dalla pubblica Amministrazione attrice o convenuta in giudizio, mentre sarebbe risultata sufficiente la sua più irrilevante attività materiale per creare immediatamente zone di immunità giurisdizionale a suo favore»; TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 59, nt. 39: «[n]el 1790, ciò che è sottratto alla competenza dei tribunali giudiziari, non sono solo alcuni atti delle autorità amministrative in ragione del loro scopo, del loro oggetto o del potere esercitato per la loro emissione, bensì tutti gli atti emanati da un'autorità amministrativa».

¹⁸⁰ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 59, chiarisce infatti che «[i]l legislatore del 1790 ha affidato [...] all'Amministrazione competenze le quali, secondo la teoria della specializzazione [ossia della separazione delle funzioni giuridiche], dovrebbero essere affidate a autorità giurisdizionali». La normativa del 1790 sarebbe stata, del resto, priva di *ratio* se quanto appena riportato non fosse corretto. «Se il contenzioso amministrativo»

uno invece rispondente «ad una dogmatica della funzione pubblica»¹⁸¹. L'opera che, con precedenti prossimi ma forse senza eguali, compiva con decisione quel passo era quella di Gian Domenico Romagnosi, in cui si arrivava a definire la Pubblica Amministrazione in un senso eminentemente funzionale: «l'attività dello Stato è “amministrativa”, e perciò abilitata a godere di un foro privilegiato, solo in quanto è orientata alla cura della “cosa pubblica” – concetto, quest'ultimo, avverte il nostro autore, che “si forma astraendo l'interesse comune a tutto il corpo da quello che dicesi privato” –»¹⁸². Eppure, sempre nel corso dell'Ottocento, sarebbe divenuto sempre più chiaro – con il progressivo affermarsi dello Stato di diritto a centralità normativa¹⁸³ – che «non esiste amministrazione senza esecuzione»¹⁸⁴.

Ora, che altro indica il criterio romagnosiano dell'*utilitas* pubblica e generale se non qualcosa che – intuitivamente percepito fin dai primi anni della Rivoluzione Francese nel momento in cui «tutti gli antichi corpi autonomi divennero altrettanti organi dell'amministrazione centrale»¹⁸⁵ – possedeva un qualche carattere differenziale all'interno dell'immensa area dell'«esecuzione» della volontà normativa-generale?

La forza politica della Nazione aveva attratto ogni esercizio del potere nell'orbita della dicotomia normazione-esecuzione, ma aveva reso impossibile, da un punto di vista ideologico, non tradire in parte Montesquieu, il quale pretendeva che l'esecuzione della volontà generale fosse lasciata (sul versante indistinto delle relazioni interne) ai tribunali. Parallelamente, però, e quasi paradossalmente, veniva a rendersi visibile a stretto giro una polarizzazione tutta interna alla suddetta dicotomia funzionale di fondo: quella, in particolare, tra gli organi che si sarebbero dovuti occupare della cura immediata degli interessi pubblici (cioè di perseguire l'*utilitas publica*) e quelli che, invece, avrebbero dovuto limitarsi a «pareggia[re] l'utilità fra i privati mediante l'inviolato esercizio della comune

– scrive in questo senso l'A. – «facesse parte della funzione giurisdizionale, il giudice, trattando le controversie amministrative, non si intrometterebbe nella funzione amministrativa. Simmetricamente, non valicherebbe i limiti della sua funzione rifiutando di trattare queste controversie, se il contenzioso amministrativo facesse parte della funzione amministrativa» (ivi, p. 58). Cfr., sulla questione, anche quanto riportato in MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, cit., p. 113, nt. 19, il quale illustra che, successivamente, nel momento in cui la posizione del giudice amministrativo risultava ormai consolidata, il Consigliere di Stato francese Alexandre-François Vivien (1799-1845) poteva «permettersi di dichiarare finalmente senza mezzi termini che “*juger c'est juger*”, e che il giudice dell'amministrazione ha uno statuto del tutto fungibile rispetto a quello ordinario».

¹⁸¹ Così ancora MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, cit., p. 203.

¹⁸² Ivi, p. 205.

¹⁸³ Modello statale che, come abbiamo già notato, serviva ad inverare i principi illuministici di libertà individuale, che la Rivoluzione Francese aveva proclamato per poi, nondimeno, dissolverli di fatto in un regime ad assoluta preponderanza del potere legislativo a detrimento della funzione normativa.

¹⁸⁴ La citazione di L. von Stein è tratta da MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 312.

¹⁸⁵ STEIN, *La scienza della pubblica amministrazione*, cit., p. 198.

libertà»¹⁸⁶, curando gli interessi privati primariamente e immediatamente e solo secondariamente e mediatamente ad essi l'interesse pubblico.

Se, in definitiva, un parallelismo tra funzioni – quale quello a cui, come abbiamo visto nel Capitolo precedente, allude la storiografia fiorentina – può essere trovato, esso non intercorre tra funzione amministrativa e giurisdizionale, ma tra sottocategorizzazioni interne alla dicotomia normazione-esecuzione, lungo la cui dorsale tali due forme sostanziali (o specie) della funzione necessariamente si distribuiscono in un sistema a separazione dei poteri. Finché è così, finché cioè ogni esercizio del potere è o normazione o esecuzione della norma, ogni volta che il normare e l'eseguire esprimono una funzione amministrativa, anche il controllo delle relative decisioni, nell'impossibilità di creare una diversa norma, è chiaramente ancora un amministrare.

È adesso venuto il momento di occuparci delle conseguenze del rapporto tra queste diverse classificazioni dell'esercizio del potere e, in particolare, delle ricadute della declinazione rigorosamente esecutiva dell'amministrare sul sindacato appunto delle decisioni amministrative.

IV. Le ripercussioni della centralità della funzione normativa sul controllo delle decisioni potestative: il giudizio come 'verifica del rispetto di un limite' e l'interesse pubblico come interesse non comune, ma della 'parte' pubblica

La separazione dei poteri pone la norma al centro del sistema politico e non in un senso meramente ideale, ma informando ogni esercizio del potere alla centralità della correlata funzione. Questo è il "meccanismo" studiato dai teorici illuministi per far sì che – come ancora oggi esponenti autorevolissimi di plurime branche del diritto ripropongono in maniera, se ci è consentito, molto celebrativa – i «diritti» siano «tutti e solo individuali», anche «nelle formazioni sociali»¹⁸⁷.

Al paragrafo precedente abbiamo sostanzialmente concluso che i problemi che oggi persistono relativamente al sindacato sulle decisioni amministrative dipendono da questa configurazione del sistema politico. È proprio siffatta impostazione, infatti, ad avere

¹⁸⁶ G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Firenze, Piatti, 1832, p. 328 (corsivo originale); G. TIEPOLO, *La legge 20 marzo 1865 (all. C) sul contenzioso amministrativo*, in «Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale», VIII (1897), p. 150, il quale riconosce il criterio in questione come quello di riparto tra Amministrazione e tribunali (non scendiamo nel merito della competenza dei tribunali amministrativi, la quale si definisce secondo Romagnosi sulla base dello stesso criterio: sul punto, MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, cit., pp. 203-207).

¹⁸⁷ BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 63. Non a caso, infatti, questo A. auspica – non importa se condivisibilmente o meno (come nel caso di chi scrive) – un rispetto assoluto di tali principi base del liberalismo.

l'importante conseguenza per cui il «prisma» di studio dei rapporti tra potere e individuo «va invertito: *non è dalla ricerca del fondamento del diritto che si deve prendere le mosse, ma dall'individuazione degli eventuali limiti che sono opponibili al completo dispiegarsi della libertà individuale*»¹⁸⁸. Ritorna quindi l'«essenziale» «concetto di limite» montesquieuiano¹⁸⁹, secondo cui la libertà si ricava per differenza dal vincolo che la norma impone. La libertà non si sviluppa, cioè, nel, e attraverso il, limite, ma è lo spazio che si apre solo al di là di esso¹⁹⁰. Siamo insomma agli antipodi dell'Antico Regime: «nel mondo di diritto comune non è possibile parlare di un *arbitrium* [*scil.* di un potere] che va regolato; per liberarsi dall'equivoco positivista occorre parlare di *arbitrium* come potere che nasce regolato e regolabile»¹⁹¹.

La questione dell'esistenza, negli ordinamenti di ascendenza liberale, della cd. norma generale esclusiva, cioè del principio di chiusura per cui tutto quello che non è «(espressamente) vietato» – o, estendendo il concetto, considerato assolutamente o in certa misura immeritevole – è «(tacitamente) permesso»¹⁹² – ossia è meritevole –, è invero oggetto di critiche e dubbi. Secondo alcuni, essa vigerebbe al massimo in alcuni settori dell'ordinamento, come il diritto penale, ma non in altri; inoltre, tale norma si risolverebbe essenzialmente in una tautologia, atteso che l'affermazione “tutto ciò che non è vietato è permesso” altro non significa se non che “tutto ciò che non è vietato non è vietato”¹⁹³. Le conclusioni cui giunge sul punto Guastini (citato in nota) ci sembrano difficilmente confutabili: in altre parole, «l'inesistenza, in un dato ordinamento, di una norma proibitiva non implica in alcun modo l'esistenza, in quello stesso ordinamento, di una norma permissiva»¹⁹⁴. Di conseguenza, «là dove la norma generale esclusiva *non* è diritto positivo vigente¹⁹⁵ – perché non è espressa da alcuna disposizione, né è argomentabile a partire da norme espresse – una condotta che non sia espressamente proibita, ma neppure

¹⁸⁸ Ivi, p. 62 (corsivo aggiunto).

¹⁸⁹ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 286.

¹⁹⁰ CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 359, in ordine – come tra poco diremo meglio – all'autonomia decisionale dell'Amministrazione, scrive condivisibilmente che «oltre il limite c'è la libertà».

¹⁹¹ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 53.

¹⁹² GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 143.

¹⁹³ Molto chiaramente, in questo senso, ivi, p. 146.

¹⁹⁴ Ivi, p. 148.

¹⁹⁵ Cioè dove non è espressa in senso 'forte'. Occorre, infatti, distinguere tra due significati della parola permesso/meritevole: «[n]el senso *forte* della parola 'permesso', dicendo che una data condotta è permessa si riferisce il contenuto di una norma giuridica positiva; mentre, nel senso *debole* della stessa parola, dicendo che una data condotta è permessa, si constata piuttosto l'assenza di una norma (l'assenza di un divieto)» (ivi, pp. 147-148, nt. 69, corsivi nostri). Nel primo caso, la norma generale esclusiva «non è affatto una verità necessaria, una tautologia vera in ogni possibile ordinamento, ma più semplicemente un principio giuridico positivo, come tale contingente: cioè un principio che è espressamente stabilito solo in alcuni ordinamenti giuridici e/o solo in alcuni settori del diritto, mentre non vale in altri ordinamenti e/o in altri settori» (*ibidem*).

espressamente permessa, è giuridicamente *inqualificata*»: rappresenta, cioè, «un caso di lacuna»¹⁹⁶.

In sostanza, la norma generale esclusiva, *là dove espressamente contemplata*, ossia ove prevista in senso non tautologico ma «forte», è una regola direttivo-programmatica, che pone come obiettivo da perseguire, nel caso di lacune normative, una certa declinazione dell'interesse alla libertà. 'Libertà' – si noti – in un'accezione più ampia di quella della nozione montesquieuiana, ma già contenutavi in potenza: come, cioè, *possibilità di soddisfazione di ogni interesse nella misura in cui esso non sia specificamente limitato o considerato immeritevole nell'ordinamento*. Si tratta quindi di un principio che costituirebbe l'ovvia clausola di salvaguardia della concezione della libertà come ubbidienza dell'individuo (solo) alle norme. Se quindi quel principio non vige sempre, o è perché ciò risponde al medesimo obiettivo (come nel caso del diritto amministrativo), oppure perché ne risulterebbe un sistema «impraticabile» (come nel diritto privato)¹⁹⁷. Tale norma stabilisce,

¹⁹⁶ Ivi, p. 149. Infatti, «la locuzione 'non vietato' è usata non già come una qualificazione normativa della condotta, bensì come la sua *negazione*. [...] la negazione di una modalità deontica non è, essa stessa, una modalità deontica, ma, appunto, solo la sua negazione» (ivi, p. 146).

¹⁹⁷ GORLA, *I precedenti*, cit., p. 125, con riferimento al sistema del *référé législatif*. Nell'ambito del diritto penale, la norma generale esclusiva è prevista, negli ordinamenti di tradizione liberale, nel senso 'forte' di tipicità-tassatività delle condotte e degli interessi vietati/immeritevoli e, quindi, di 'permesso/meritevole come espressamente tale'. Al contrario, nel diritto civile essa non è prevista o, comunque, lo è solo in senso 'debole' di 'permesso/meritevole come non espressamente vietato/non immeritevole'. Ciò che ha portato a parlare della vigenza di una 'norma generale inclusiva' in tale branca, dove il ricorso all'analogia è possibile ed anzi doveroso per il giudice quando non si versi in un *casus decisis*. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 149, spiega, a tale riguardo, che il fatto «che una condotta sia inqualificata non vuol dire che ogni controversia relativa ad essa sia, per il giudice, indecidibile». In questo senso, già GORLA, *op. ult. cit.*, p. 113 (ma è la tesi dell'intero saggio), chiariva concordemente che, al di fuori del *casus a lege decisis* e, quindi, ricorrendo una lacuna, «non [si] tratta dell'interpretazione della legge, ma del modo di decidere le controversie da parte dei giudici». Laddove la norma non sia logicamente ricavabile da altre norme come loro conclusione implicita, viene cioè in rilievo la creazione di diritto, di nuove regole giuridiche: è, pertanto, una questione non di interpretazione, di attribuzione di significato, ma di *esercizio del potere* e di scelte autoritative. Nel diritto civile si consente al giudice, in deroga evidentemente alla separazione dei poteri, (non di interpretare norme, ma) di creare la regola del caso concreto per poi applicarla egli stesso. L'obbligo che gli si fa di ricorrere all'analogia *legis e iuris* è, così, una limitazione della sua discrezionalità (si confronti quanto precisato sopra, in nota, a proposito dell'uniformità normativa). Nel diritto amministrativo, invece, la norma generale esclusiva non vige più, come in passato era a favore dell'Amministrazione, ma sussiste al contrario il principio di legalità e, cioè, di tassatività delle relative competenze e poteri. Al di là, quindi, dei poteri espressamente attribuiti, la p.a. non può esercitarne altri. Ciò si deve all'evoluzione della posizione dell'Amministrazione all'interno del sistema politico. In particolare, il passaggio che si segnala è quello dalla già precedentemente cennata «autofondazione del potere esecutivo» (SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei poteri)*, cit., p. 686) – indicativa della genesi delle monarchie costituzionali e della «pienezza originaria di poteri» del Monarca di cui nel periodo pre-liberale (ivi, p. 680), che dava luogo alla cd. prerogativa (CHELI, *Potere regolamentare*, cit., pp. 83-84) – alla legalità *sostanziale*, intesa quantomeno come vincolo di tipo finalistico, laddove non anche contenutistico, che necessariamente ogni decisione dei poteri subordinati deve rispettare (FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., spec. pp. 689 e 696, il quale, per vero, più che di legalità 'sostanziale' parla, a proposito del vincolo finalistico, di «conformità formale»; L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, ad *vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, in part. pp. 617-623). Questo passaggio graduale dalla residualità ad una maggiore enumerazione (anche se non subito ad una tassatività) delle competenze del Governo (precisiamo che non consideriamo qui il Governo come organo costituzionale, ma soprattutto come vertice dell'Amministrazione) coincide con un primo cedimento della 'libertà' del cd. Esecutivo (derivante dalla centralità del principio monarchico) a favore della 'discrezionalità' (cfr. MANNORI,

dunque, un vincolo di scopo per chi deve decidere, nel senso che questi, dovendo prendere una decisione anche laddove non vi sia una regola ricavabile in via interpretativa, non può contravvenire al fine o, in definitiva, al superiore interesse che la norma esclusiva (di tipo ‘forte’) serve a realizzare.

Ora, abbiamo chiarito che la centralità dell’intermediazione normativa implica che tutto ciò che può rappresentare una limitazione della giuridica rilevanza di un interesse deve essere stabilito a livello astratto, appunto da una norma. Tenendo fermo questo dato, bisogna anche chiedersi che cosa implichi, però, il fatto che una norma applicabile ad un certo caso concreto – espressa o ricavabile in via interpretativa – vi sia. Ciò ha un significato duplice, ci sembra: la presenza di una norma, infatti, vuol dire sia che il caso specifico è stato in qualche modo considerato dalla norma, sia, nella stessa ipotesi, che la norma ha compiuto un bilanciamento degli interessi che il fatto porta all’attenzione.

Certo, tale bilanciamento può essere di vario genere: può essere ‘perfetto’ e non richiedere una successiva decisione discrezionale (allorché si tratti di norma avente carattere ‘condizionale’); oppure può essere incompleto, sostanziandosi in un ‘programma di scopo’ da realizzare discrezionalmente, in accordo insomma con quanto già sappiamo sulla differenza tra norme condizionali e programmatiche. Ciò che importa è che in entrambe le ipotesi una norma vi è. Che altro significa, allora, l’indicazione di un interesse funzionale (di un fine dell’esercizio del potere o funzione) se non l’implicito, e sia pur incompleto, stabilimento di un ordine di priorità? Che altro indica, cioè, se non la tacita considerazione della secondarietà degli interessi che possono porsi in rapporto di incompatibilità con tale interesse-funzionale¹⁹⁸?

SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 364-367; utile anche il rinvio a BALDUZZI, SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., pp. 1212-1213; ed a CARLASSARE, *Fonti del diritto*, cit., spec. p. 561). In tale cambiamento si riflette, d’altra parte, una delle principali trasformazioni istituzionali, cioè la parlamentarizzazione della forma di governo e la conseguente espansione del principio di legalità a contenuti prima lasciati, appunto residualmente, all’autonomia decisionale dell’Esecutivo. Tale trasformazione segna il divario della prima metà e della metà del secolo XIX dalla fine dello stesso e dagli inizi del sec. XX (in generale, si vedano sempre MANNORI, SORDI, *op. cit.*, pp. 282 ss. e 355 ss.).

¹⁹⁸ PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 170, afferma, condivisibilmente, che «non è credibile che le antinomie in concreto possano essere individuate *solo in sede di applicazione*: come se non fosse possibile raffigurarsi ‘in astratto’ casi paradigmatici di conflitto tra principi»; anche se – precisa – dal momento che «i principi sono norme indeterminate, [...] i casi paradigmatici possono essere sovvertiti in circostanze non previste». Cfr. BIN, *Atti normativi*, cit., p. 158; ID., *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 357: «ogni regola giuridica (sia essa costituzionale, legislativa oppure elaborata dalla giurisprudenza) fissa un ordine di precedenza», sicché, quant’è vero che i precetti programmatici sono norme e che, come tali, sono forieri di vincoli, anche una qualsiasi norma programmatica è necessariamente una regola di precedenza tra interessi, sia pur imperfetta. In questo senso, e più in particolare, si può vedere lo stesso BIN, *Atti normativi*, cit., pp. 189-190, il quale, in via generale, osserva: «se si prende un qualsiasi principio (anche ‘programmatico’) [...], si può farne un uso *negativo-delimitativo* in sede di controllo [...]; si può farne un uso *interpretativo-integrativo* in sede di interpretazione [...]. Nel primo caso, si valorizza l’‘obbligo di non fare’ implicito nel principio [...]. Nel secondo caso è invece proprio l’aspetto programmatico ad essere valorizzato: non però come ‘obbligo positivo’ giuridicamente sanzionato, ma come criterio interpretativo (dell’interpretazione in senso stretto) che suggerisce

In tutto ciò, si ricordi inoltre che l'interesse funzionale o di scopo è un interesse pubblico, bilanciato in qualche misura dalla norma con quello del privato. Dal suo perseguimento il privato può trarre giovamento od essere leso nel proprio particolare interesse, ma, in ogni caso, quest'ultimo differisce da quello pubblico che giustifica l'esercizio del potere.

Eccoci, allora, alla questione fondamentale: come azionare, in un siffatto sistema, un interesse che una norma di scopo ha considerato – esplicitamente o implicitamente – recessivo? Fino a che punto questo interesse potrà avere un'effettiva rilevanza giuridica nell'ordinamento ed ottenere tutela?

Se, come è nella tendenziale casistica, si ha legittimità *della norma* che ha considerato recessivo un interesse del privato, il mantenimento della centralità dell'elemento normativo crea un incontrovertibile problema di indifferenza dell'ordinamento per l'interesse diverso da quello pubblico-funzionale e, di conseguenza, un deficit di tutela dello stesso.

In un sistema a separazione dei poteri, infatti, la 'funzione' è classificata – come visto – sulla base della causa finale. Da questa prospettiva, la sua considerazione può prescindere da quella dell'operazione in sé di ordinamento degli interessi che connota la sostanza della funzione, venendo piuttosto in rilievo il *rapporto* dell'operazione di ordinamento degli interessi parziali appunto *rispetto alla causa finale*, cioè all'interesse pubblico-funzionale.

di preferire quel significato della disposizione in questione che privilegi gli interessi che il legislatore [che chi, cioè, ha posto lo scopo] [...] ha inteso favorire» (corsivi originali). Cfr., inoltre, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 177, il quale sottolinea che le norme (non condizionali ma) 'a fattispecie aperta' o, che dir si voglia, 'prive di fattispecie' semplicemente non contengono la tipizzazione dei fatti cui è connessa la conseguenza giuridica che tali norme prevedono, e in ciò consiste appunto l'assenza di una fattispecie (in termini, di nuovo BIN, *Atti normativi*, cit., p. 209: «[g]li enunciati programmatici delle leggi sembrano rientrare, dunque, negli schemi di decisione discrezionale come 'premesse' che identificano e specificano gli interessi pubblici da soddisfare»). Detta conseguenza giuridica, ora, può ben essere la precedenza da attribuire all'interesse che costituisce il vincolo di scopo in cui la norma programmatica si sostanzia. Osserviamo, anzi, che l'esistenza di una gerarchia di interessi predefinita, e non aperta, all'interno di una norma che, comunque, deve dirsi programmatica – ciò a cui la dottrina si riferisce quando afferma che «la legge oggi sempre più evidenzia, ma non ordina, gli interessi» (G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 315; in termini, SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo*, cit., p. 500; SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 88; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in «Giornale di diritto amministrativo», XII (2010), p. 1324; G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione': i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in «Diritto processuale amministrativo», III (2011), p. 1011) – non significa il venire meno di tale natura della stessa norma; ciò vuol dire soltanto che «possono essere incorporate nella norma che fissa un programma di scopo anche alcuni 'sottoprogrammi condizionali', legando, per esempio, la scelta di un dato strumento all'accertamento di determinate condizioni» (BIN, *op. ult. cit., loc. ult. cit.*). Notiamo infatti che, se quanto Sala e gli altri AA. appena citati sostengono trovasse riscontro nella realtà nella nettezza della sua affermazione, ciò significherebbe che il principio di legalità, come soggezione di ogni decisione pubblica subordinata quantomeno ai fini stabiliti dalle norme di legge, non è – anzi, non era già nel 1993, anno del primo contributo citato – che un mero proclama politico. Il che non ci persuade nella misura in cui questa conclusione sottintende l'attribuzione al giudice di una funzione normativa; *rectius*, di una funzione normativa non coordinata e non composta a sistema con le altre, ché già abbiamo detto come non sia la pluralità delle norme e delle fonti a minare la centralità dell'elemento normativo e della correlata separazione dei poteri, quanto, piuttosto, il loro precario raccordo, appunto (cfr., in questo senso, i già menzionati contributi di LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., e ID., *Interpretazione conforme*, cit.).

Di conseguenza, nella misura in cui gli interessi parziali non vengono in rilievo nei loro rapporti reciproci, perché questi si pongono al di là delle funzioni così intese, il giudizio finisce per risolversi nel *'controllo del rispetto di un limite'*. E il limite, evidentemente, è quello della (misura della) rilevanza giuridica autonoma di tali interessi rispetto a quello funzionale.

L'alternativa ci sembra allora una sola. O, interpretando la disposizione, si riesce ad affermare, sulla base almeno del vincolo normativo di scopo che essa contempla e che viene in rilievo alla luce del fatto, che quel dato interesse del privato, pur non espressamente menzionato, è in qualche modo collegato all'elemento teleologico; oppure, se lo strumento interpretativo non è sufficiente a dare rilevanza all'interesse diverso da quello funzionale, bisogna uscire dall'interpretazione della disposizione, ma così facendo si va a pretermettere la norma applicabile per crearne un'altra. In altre parole, si deve uscire dalla separazione dei poteri.

Ebbene, se al fine auspicato nessuna delle due strade è praticabile, sembra che la non piena sindacabilità delle decisioni espressive di potere sia, di conseguenza, uno dei corollari fondamentali del principio di legalità-normatività caratteristico dello Stato di diritto. Oggi, certo, si può impugnare la norma, domandarne la riforma ad un 'giudice delle leggi'; ciò, però, presuppone che tra quella norma e la norma superiore (meglio: tra le norme ricavabili dalle gerarchicamente distinte disposizioni) vi sia un contrasto insanabile: non vi siano norme compatibili. Il compito delle Corti costituzionali o supreme, del resto, non è (o non dovrebbe essere: ciò che comunque conferma, e non smentisce, la nostra tesi) quello di sostituirsi al Legislatore nella sua funzione 'normativa', bensì quello di 'controllarne' l'operato; che poi questo 'controllo', per il suo oggetto (e indipendentemente dalla considerazione diretta o meno, in tale sede, del fatto), si risolva in un'operazione anch'essa 'normativa', ebbene ciò non elimini affatto la diversità delle funzioni svolte dai questi due soggetti istituzionali¹⁹⁹.

La verità ci sembra allora sia che, trattandosi di norme di scopo, è difficile – come accennavamo poc'anzi – che queste possano porsi come radicalmente antinomiche rispetto ad una norma di rango superiore, specie ove anch'essa sia di egual natura, risolvendosi in simili casi l'antinomia in un contrasto tra scopi-interessi raramente non coniugabili in qualche misura²⁰⁰. Quand'è così, il potere, dall'essere «relazione ineguale»²⁰¹ – e dal contemplare, come tale, la possibilità per il suo titolare di imporre una propria decisione a

¹⁹⁹ Cfr. *supra*, in questo Cap., parr. II. e III.-III.1.

²⁰⁰ In questo senso, BIN, *Atti normativi*, cit., p. 192-197.

²⁰¹ COSTA, *Jurisdiction*, cit., p. 71.

prescindere dal consenso del suo destinatario – viene a risolversi corrispondentemente in una *relazione di soggezione*, connotata da decisioni che, in mancanza di parametri giuridici di riferimento, sono, oltre che unilaterali, insindacabili, proprio perché meta-giuridiche²⁰².

L'interesse privato, dunque, è rilevante nella misura massima di quanto si possa dedurre dalla norma che, direttamente o indirettamente, lo ha preso in considerazione. Per poter assurgere al rango di diritto o comunque di pretesa azionabile nei confronti dell'Autorità, esso, quindi, deve giocoforza incanalarsi e «articolarsi in forme istituzionali»: *risalendo*, cioè, il «flusso» del potere per venire incluso nell'interesse statale normativamente definito e, in seguito, *ridiscendendolo* come interesse-funzionale da perseguire nei casi concreti da parte dello Stato stesso²⁰³.

In questo modo, però, l'interesse pubblico non è valore, o causa, sempre capace di creare unità fra i molti interessi particolari la cui concorrenza esige di renderli armonici tra loro; esso, infatti, non scaturisce dal «rapporto con gli altri interessi», ma solo dal rapporto degli interessi privati «con il potere»²⁰⁴. L'interesse pubblico, cioè, finisce per risolversi nell'istanza di un soggetto istituzionale in posizione di supremazia, istanza che si impone, quindi, non per le proprie qualità intrinseche, bensì per il consenso di cui è investito il suo titolare; consenso, o legittimazione, che, in definitiva, dipende dalla capacità di «rappresentanza degli interessi nel potere», ossia dalla «*composizione degli interessi nel risultato*»: la decisione²⁰⁵. Ciò, almeno in certa misura, fa dell'interesse pubblico-statale un

²⁰² Cfr., segnatamente, L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 686, il quale nota che risolto implicito e necessario della legalità-garanzia del singolo è la legalità-supremazia dell'Autorità: l'«autonomia dell'amministrazione è [...] il risolto della supremazia della legge ed il principio di legalità se da un lato svolge una funzione di garanzia a favore della libertà dei cittadini, dall'altro rafforza l'amministrazione, perché se è vero che ne fissa i confini di intervento, nel contempo le attribuisce uno spazio legittimo e protetto per il suo agire. E questo suo agire si manifesta con l'atto amministrativo che si pone come espressione autoritativa della volontà dello Stato nel caso concreto nell'ambito del disegno legislativo». In questo modo, dove vi è libertà dell'Autorità continua in fondo ad esservi – per quanto se ne dica in contrario – soggezione del privato: il «principio [di legalità], proprio perché scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale “la liberté... a pour sauvegarde la loi” [“la libertà è tutelata dalla legge”], ha sempre parlato il “linguaggio del potere”» (B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in «Diritto amministrativo», XVI (2008), fasc. 1, pp. 26-27; cfr. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 42, che lo cita).

²⁰³ PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clause generali*, cit., p. 328, il quale osserva che perfino oggi, nonostante il vigente assetto democratico e la trasformazione delle “fonti” dell'indirizzo politico – ossia dei soggetti chiamati a stabilire gli obiettivi che dovranno essere privilegiati dall'azione delle pubbliche istituzioni –, vi è tuttavia una significativa invarianza sotto questo profilo. È sul presupposto di tale continuità che, segnatamente, poggia la perdurante attualità degli istituti del diritto amministrativo “classico”, enucleati nello Stato Liberale-censitario (quello anzitutto della diversità tra diritto soggettivo e interesse legittimo) e sopravvissuti alla democratizzazione del sistema politico. Lo sottolineano, *inter alios*, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 31 (del quale si veda altresì *Rileggendo Giovanni Miele*, in «Quaderni fiorentini», XVII (1988), p. 297), e M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (2010), spec. p. 347.

²⁰⁴ SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo*, cit., p. 502.

²⁰⁵ Ivi, pp. 502-503 (corsivo originale); e non, invece, dalla possibilità di «rappresentazione degli interessi fatta al potere *per ottenere il risultato*» (*ibidem*; corsivo nostro). Si trova una conferma di questa affermazione nei

interesse non necessariamente comune e condiviso, ma anzitutto un *'superiore contrapposto'* di quelli privati; non un *'tutto'*, ma una *'parte'* esso stesso che ha bisogno di essere ricondotta ad armonia con le altre²⁰⁶.

Assicurare la giustizia della norma non è, per queste ragioni, già assicurare la giustizia in sé delle decisioni, ossia la rilevanza giuridica pienamente autonoma degli interessi privati. Il contrario assunto, evidentemente, sottintende che tutto il diritto sia effettivamente riducibile ad un insieme di norme; cosa che non è, altrimenti non avrebbe senso studiare ancora per un ampliamento della sindacabilità delle decisioni amministrative, ché l'Amministrazione non è certo brutta e cattiva, né preme per violare le normative.

Il problema è il celebre, indimostrato postulato della necessaria centralità della norma ai fini della protezione degli individui, il quale può certamente essere assunto (per scelta politica) come strumento di garanzia per la libertà e le istanze individuali, ma non può essere presentato come regola scientifica indefettibile. Di conseguenza, si potrà benissimo predicarne la condivisibilità o meno in base alle proprie opinioni sempre politiche; di più, si potrà ritenerne l'utilità o meno rispetto al fine (livello su cui noi, più modestamente, ci

risultati del lavoro di MERIGGI, *Gli Stati italiani*, cit., pp. 193 ss., il quale parla di «parlamento municipale dell'Italia unita» proprio a significare la capacità di questa istituzione di fungere da centro di sintesi dei diversi interessi: «un istituto nel quale le molte famiglie locali che davano vita al mondo notabile dell'Italia unita potevano trovare almeno un *contrappeso*, che consentiva loro di convivere con quello stato “a pubblica amministrazione” al quale [...] nessun regime moderno poteva ormai davvero rinunciare» (p. 195, corsivo nostro). Ciò – si vuole dire – nonostante che caratterizzasse quei notabili una profonda frammentazione delle rispettive istanze (specie tra nord e sud), la quale, come già accennavamo, aveva dato vita a leggi ad efficacia territoriale circoscritta, a magistrature speciali con denominazioni di antico conio – come il «Magistrato alle acque per le province venete e di Mantova del 1907», che «poteva [...] rappresentare una risposta alla domanda delle élites locali venete» (MELIS, *L'amministrazione*, cit., p. 9) –, nonché, a causa della «scarsa rispondenza della società locale alle ragioni della società nazionale e dello stato», ad un centralismo di governo sotto molti aspetti limitato ove non «impossibile» (R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 154 e, *amplius*, pp. 134-156; S. TARROW, *Tra centro e periferia. Il ruolo degli amministratori locali in Italia e in Francia*, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 33-47).

²⁰⁶ Osservano segnatamente F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2019⁶, p. 11, che, in questa concezione, «l'interesse comune dei cittadini, una volta [*normativamente*] definito, si distacca dagli interessi particolari, per assurgere appunto al rango di interesse pubblico». Così, in quanto distaccato come interesse dello Stato, l'interesse pubblico «è capace di imporsi unilateralmente, difeso e garantito dalla insindacabilità dell'utilizzo del potere che può essere verificato solo sotto il profilo della conformità del suo esercizio alle regole che ne disciplinano le modalità attuative. [...] Il merito delle scelte resta sottratto alla valutazione di qualsiasi giudice, al pari delle scelte generali ricadenti sull'intera comunità sottostante. L'*interesse della polis* nel suo insieme, incarnato nell'autorità, in ogni caso prevale, in assenza di qualsiasi possibilità di sindacato se non in termini di giudizio politico [cioè esulante dal diritto] rimesso al corpo elettorale» (*ibidem*). Vi è, cioè, un “pre-giudizio” o “pre-valutazione” di valore (che acquista carattere definitorio) tra interessi del corpo politico e interessi degli individui che si ritrova nella distinzione netta tra diritto pubblico e diritto privato e, inoltre, che non si esaurisce nella prevalenza dell'utilità pubblica su quella privata, da sempre ovvia e scontata. Sul punto, cfr. B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in «Quaderni fiorentini», XLV (2016), pp. 202 ss. (oltre che ID., *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 86-95), il quale scrive che «nei suoi esiti più intransigenti, la strada del *droit politique* neppure conduce alla grande dicotomia, conduce al contrario alla assoluta preponderanza del pubblico [...]»; anzi, «la grande dicotomia» serve a stemperare la radicalità di tale principio, essendo «sospinta proprio dall'onda lunga della proprietà e della libertà, dall'onda lunga del progressivo riconoscimento dell'autonomia e dell'indipendenza del soggetto individuale».

manteniamo e della quale, invero, dubitiamo): in ogni caso, non può essere essa stessa l'elemento presupposto di quale che sia il ragionamento, ma solo quello presupponente (altro). Invece, se si vuole assumerlo come dato di partenza (il che ci sembra tuttavia, per quanto appena detto, un modo di ragionare non corretto né scientifico), importa poco, per vero, anche la fonte della norma, che si tratti di un diritto di matrice legislativa, giurisprudenziale, consuetudinaria, o finanche naturale: concepire il diritto come un insieme di norme riduce inevitabilmente tutto il diritto al *contenuto* di un comando (del legislatore, del giudice, dell'esperienza collettiva, di Dio stesso)²⁰⁷, con ogni limite che la staticità di un comando importa.

Una volta, infatti, trasformato il fenomeno giuridico in un mero insieme di norme per mezzo della separazione dei poteri, un certo assetto di interessi non sarà mai deontico in quanto tale (non avrà mai una sua «giuridicità intrinseca»), ma lo sarà solo in quanto contenuto in una norma («giuridicità estrinseca»)²⁰⁸. E qui sta appunto il problema: ciò presuppone che vi siano norme capaci di operare in astratto bilanciamenti di interessi *sempre esaustivi* rispetto ai molti e difficilmente preventivabili casi della vita. Nell'ovvia ipotesi, invece, in cui gli stessi bilanciamenti lascino margini di discrezionalità a integrazione dell'assetto normativamente predeterminato o, altresì, non considerino determinati interessi, la protezione delle diverse istanze – le quali ben possono risultare nondimeno incise o restare inqualificate da tali assetti – sconta quindi una protezione giuridica mediata dal vincolo che la norma reca.

Il dogma della coerenza dell'ordinamento normativo e delle sue fonti adombra, insomma, una profonda incompiutezza: quella del «pluralismo sociale che, alla stregua dell'unico ordinamento giuridico statale, è 'rinnegato' come pluralismo 'giuridico'»²⁰⁹. La norma, una volta collocata al centro del sistema giuridico, è innalzata ad arbitra del giuridico e del non

²⁰⁷ Cioè ad un diritto '*positivo*', ossia 'posto da': CAPPELLINI, «*Status*», cit., pp. 106 e 128-130. In particolare, l'A. chiariva che, nello stesso pensiero giusnaturalista (dei secoli XVII-XVIII), «se l'*essenza* del 'subjectum' è esaurita dalle obbligazioni primitive, gli *jura connata*, tutti indistintamente – cioè non soltanto quelli derivati, ma anche quelli 'primitivi' (originari, appunto) –, andranno ridotti, allo stesso titolo delle "obligationes connatae derivativae", allo stato di *attributa*, la cui 'assenza', soprattutto sotto forma di mancato (perché 'limitato') esercizio, non pregiudica in definitiva la logica del sistema» (p. 106). Occorre, insomma, «non lasciarsi suggestionare dalle ricostruzioni che fanno leva su di un giusnaturalismo settecentesco-illuministico che spingerebbe in direzione di una concezione eminentemente soggettivistica del diritto [...]»; «[i]n realtà, di contro al surriferito scetticismo sulla qualità 'sociale' dell'atteggiamento dualistico del giusnaturalismo 'moderno', il continuo 'travestimento', il 'mascheramento' quasi, di proposizioni giuridico-normative a carattere eminentemente oggettivo – la loro 'trasformazione' esteriore in "diritti" – non inficia in nulla il loro ruolo di regole strumentali stabilite per il funzionamento sociale delle relazioni interindividuali; laddove, allora, veramente 'fondante' è, ancora una volta, la indistricabile *correlazione* biunivoca tra "diritto" e (*allgemeine*) *Rechtspflicht* [obbligo giuridico (generale)]» (pp. 128-129).

²⁰⁸ R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Roma, Città Nuova Editrice, 1985, p. 594.

²⁰⁹ MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 5.

giuridico. È cioè la perduranza di un almeno parziale «assolutismo giuridico», concetto che – forse letto estensivamente, ma in senso conforme all’intuizione fondamentale che ne sta alla base – deve essere inteso a indicare il margine di non rilevanza autonoma (cioè di non autonoma azionabilità-giustiziabilità) degli interessi che non si trovano “codificati” in una norma²¹⁰. Questo, del resto, è esito coerente ad uno dei principi-cardine del costituzionalismo liberale e del giusnaturalismo moderno: il protagonismo dell’individuo che, però, solo in un laboratorio teorico-astratto può essere pensato – come notavamo già in precedenza – come avulso dai legami sociali, dai quali deve andare immune nella maggior misura possibile perché davvero libero – si postulava – solo laddove e in quanto preservato dal contatto con l’altro²¹¹.

È ora il momento di risalire più puntualmente al fattore che, generato – come visto – dalla centralità dell’elemento normativo e della normazione, provoca l’anzidetta, limitata rilevanza giuridica autonoma degli interessi dei privati rispetto a quello pubblico. Alla luce di quanto fin qui considerato, ci sembra che tale fattore coincida con il *nesso specifico che corre tra funzione normativa e configurazione dell’interesse pubblico come interesse statale, della parte pubblica*: creazione, quest’ultima, tutta nuova rispetto all’Antico Regime.

Quel nesso deve ora essere esplicitato nell’ottica di un recupero, oltre che della nozione di interesse pubblico dell’epoca precedente, del principio fondamentale dell’Antico Regime: la libertà non come assenza di diritto e intangibilità degli interessi del privato al di là di un limite astratto, bensì come rapporti giuridici ‘giusti’, così inter-individuali come pubblico-privati²¹².

²¹⁰ Scrive infatti GROSSI, *Ancora sull’assolutismo giuridico*, cit., pp. 3-4: «[l]a regola, la norma, si genera in quel solo corso; il regolare, il normale su quello si misura. Tutto il resto ha due condanne pesanti: l’illecito o, ad andar bene, l’irrelevante».

²¹¹ Non a caso «‘Stato di diritto’ [...] [è] una formula che risale a [Robert von] Mohl (1855), che la ricostruì a partire da Grozio (1625)» (CASSESE, *Il diritto amministrativo*, cit., p. 460). Si può constatare, in questo senso, l’impostazione di fondo che, nelle indubitabili trasformazioni temporali, collega le premesse del giusnaturalismo moderno – fatte proprie, poi, dall’illuminismo giuridico – fino, in buona misura, agli assetti statuali odierni. Interessanti, in tema di rapporti tra giuridicità, tutela dei diritti e potere politico, le osservazioni di BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini*, cit., spec. pp. 1301-1312, il quale auspica che oggi si ponga «l’accento [...] piuttosto sulla “inviolabilità” dei diritti dell’uomo come persona che non sulla formula “diritti dell’uomo” che potrebbe far pensare [...] ai vecchi diritti dell’uomo e del cittadino» (cioè al compito o, meglio, al proclama del potere politico di farsi garante dei diritti della persona in qualità di loro custode più che come loro creatore). «In effetti» – continuava questo illustre amministrativista – «la inviolabilità si ricollega sempre al momento della tutela ma, si badi bene, non solo alla tutela giurisdizionale, bensì principalmente alla tutela sostanziale [...]». Per converso, anche nella Dichiarazione del 1789 compariva, e più volte, la dizione «diritti naturali», e cionondimeno si dava poi vita – com’è noto – ad un tale statalismo che si risolveva, in accordo in verità con le sue stesse premesse concettuali, nella più clamorosa negazione della proclamata naturalità di quei diritti.

²¹² Questo dicasi non certo nel senso che in Antico Regime i rapporti giuridici fossero tendenzialmente sempre giusti, ma nel senso della diversa *ontologia* degli stessi negli ordinamenti di quel periodo storico: a significare, cioè, che «fuori dall’ordine di idee della moderna garanzia la (moderna) legalità non ha senso» (M. SBRICCOLI,

V. *La tendenziale inattitudine logica dell'interesse pubblico configurato come interesse della parte pubblica a porsi quale parametro di giustizia delle decisioni*

Vi è un filo conduttore tutto sommato lineare che collega la separazione delle competenze potestative secondo le parti potenziali della funzione, attraverso la centralità della funzione normativa che essa reca logicamente implicita, alla non piena sindacabilità delle decisioni amministrative²¹³.

In quest'ottica, notiamo anzitutto che il paradigma di giudizio poc'anzi enunciato – il controllo come verifica del rispetto di un limite normativo – non è mutato quando la posizione del privato di fronte a quella di potere dell'Autorità è passata dalla soggezione alla pretesa, sussistendo ambiti di (tuttora) residuante insindacabilità. Si tratta di un passaggio avvenuto nel momento e nella misura in cui è maturata la consapevolezza della rilevanza giuridica dell'elemento dell'esercizio del potere in sé considerato²¹⁴. Cionondimeno, la giuridicizzazione della funzione amministrativa ha seguito i binari consolidati del garantismo dello Stato di diritto. La «controllabilità giuridica del potere pubblico» è stata, cioè, implementata progressivamente pur sempre mediante «una serie di caratteri eminentemente *formali*, tutti riconducibili al nuovo imperativo che pretende la conformità alla legge dell'azione dell'autorità»; e così, questo ampliamento contenutistico della legalità ha confermato che lo «Stato di diritto nasce come “Stato retto attraverso leggi” e queste fondano il [...] valore della controllabilità giuridica del potere»²¹⁵.

«*Lex delictum facit*». Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., tomo I, p. 242, nt. 37).

²¹³ 'Amministrative' – giova ribadirlo – secondo invece la forma sostanziale della funzione che ordina direttamente certi interessi (parziali) ad uno pubblico-funzionale.

²¹⁴ Tenendo a mente quanto dianzi precisato in merito all'evoluzione della posizione istituzionale dell'Amministrazione nel sistema politico, si rinvia all'efficace ricapitolazione di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., pp. 184-185. Questi, in particolare, osserva «come la figura che tradizionalmente, nel diritto pubblico, descrive la posizione del soggetto che si confronta con il potere, cioè l'interesse legittimo, nasca invero al di fuori della logica del rapporto diritto-obbligo, nasca, più specificamente, proprio quale reazione all'impossibilità di porsi in quella logica. Il problema è, ancora una volta, quello della relazione tra diritto soggettivo e potere: la risposta che, in chiave istituzionalistica o normativistica, è stata data all'evoluzione che ha condotto all'emersione dell'autonomia del secondo dall'ambito del primo, ha portato ad attribuire giuridica rilevanza a ciò che fino ad allora era stato ricondotto alla sfera interna del soggetto, del potere politico giuridicamente irrilevante; e, insieme con esso, delle posizioni soggettive che, in ragione della giuridicità che acquisisce la regolamentazione del potere, nei confronti di quest'ultimo si vengono a porre». Così, «nel momento in cui si è venuta ad affermare [...] la centralità dell'interesse materiale del privato all'interno della struttura della situazione soggettiva di interesse legittimo, negandosene quindi la subordinazione alla tutela dell'interesse pubblico», è divenuto anche «difficile continuare a considerare, al contempo, una situazione giuridica la cui struttura non si risolve in quella propria della pretesa».

²¹⁵ Entrambe le citazioni sono di MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 310-311; virgolettato alto di B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, p. 205.

Per altro verso, si è osservato che la circostanza per cui al centro della costruzione statutale si stagli ancora la «‘volontà’ del sistema»²¹⁶ «presuppone la ben nota (ma alquanto preconcepita) opinione sulla capacità della legge di esprimere in ogni frangente la volontà generale»²¹⁷. In linea teorica, è questa una critica indubbiamente condivisibile: come abbiamo detto fin qui, sono infatti la centralità della norma e quella della normazione che costituiscono oggi il problema principale, almeno in ambito amministrativo. Tuttavia, per quanto in astratto possiamo condividere tale riserva di Marco Magri, ci sentiamo tuttavia di dover prendere le distanze dalla premessa della tesi di questo Autore, cioè dalla ritenuta, odierna «inesistenza, sul piano costituzionale, di una gerarchia tra il potere di volere dell’ordinamento e il potere di volere dei singoli»²¹⁸.

La non piena sindacabilità delle decisioni amministrative, a nostro opinabilissimo avviso, è invece l’altro volto esatto del principio di legalità, come abbiamo cercato di argomentare sin qui: la perduranza dell’una segnala la resistenza dell’altro, sicché non si può invocare il principio di legalità-normatività per favorire una tutela degli interessi privati al di là del vincolo della rilevanza normativa del momento della funzione imposto a chi, appunto, esercita il potere.

Come Magri stesso riconosce, del resto, «la separazione tra i poteri produce più immunità che garanzie»²¹⁹. Il problema è però che, finché la centralità della norma persiste, ci sembra incerto già in partenza ogni tentativo di spostare la «*composizione*» del conflitto di interessi «*al momento in cui il singolo agisce dinanzi al giudice amministrativo, affermando il proprio interesse, che spetterà al giudice valutare nel confronto con l’interesse dei terzi*»²²⁰. Infatti, si tratterebbe di situare la composizione degli interessi confliggenti al di fuori di quella che ad esempio Federico Spantigati – come dianzi riportato – ha definito la loro “rappresentanza nel potere”, ossia «nel risultato» costituito dalla decisione²²¹: modalità di composizione degli interessi, questa, che è invece legata strettamente ad un sistema a centralità normativa come quello che la separazione dei poteri stabilisce, al punto che probabilmente le due cose *aut simul stabunt aut simul cadent*²²².

²¹⁶ M. MAGRI, *L’interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. “Per una piena realizzazione dello Stato di diritto”*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 66.

²¹⁷ Ivi, p. 202.

²¹⁸ Ivi, p. 213.

²¹⁹ Ivi, pp. 217.

²²⁰ *Ibidem* (corsivo originale).

²²¹ SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo*, cit., pp. 502-503.

²²² Ciò posto, non rientra né negli scopi né nella natura di questo lavoro stabilire se al di di oggi ricorrano i presupposti per concludere che il sistema a separazione dei poteri sia effettivamente in crisi. Ai nostri fini, è sufficiente l’averne segnalato lo stretto corollario della centralità della norma e della funzione normativa, che ha pesanti ricadute sulla sindacabilità delle decisioni amministrative intese come decisioni esecutive di assetti

Ci sembra quindi che, se l'arbitro della giuridicità è la norma, per quanto la *posizione giuridica* dei destinatari del potere possa progredire verso una maggiore rilevanza autonoma dalla posizione dell'Autorità, altrettanto non sia possibile dire della rilevanza giuridica degli *interessi* di tali soggetti, interessi diversi da quello pubblico in funzione del quale il potere si esercita. In sostanza, si può affermare che «la figura dell'interesse occasionalmente protetto non è, in sé, erronea»; basta non commettere l'errore di riferirla alla posizione giuridica soggettiva invece che agli interessi parziali non direttamente 'protetti' dal vincolo normativo²²³.

Più in particolare, dal momento in cui si è imposto all'attenzione che l'interesse pubblico-funzionale non è una monade isolata, ma si confronta necessariamente con altri interessi cd. secondari, privati e non solo, per acquisire significato²²⁴, è diventato sostanzialmente pacifico come la *posizione giuridica* del destinatario del potere sia un qualcosa che non può ridursi semplicisticamente al solo, generico interesse alla legittimità dell'agire pubblico²²⁵. Questo però si deve – come accennavamo poco fa – ad un mero ampliamento della dimensione della legalità, attraverso il conferimento di rilevanza giuridica da parte dell'ordinamento normativo al momento funzionale, prima invece «ricondotto alla sfera interna del soggetto, del potere politico giuridicamente irrilevante»²²⁶.

Cambiano dunque le dimensioni del problema, ma il problema, tuttavia, non è affatto risolto, in fondo. Finché non si esce dalla logica per cui la normazione indica e tutela interessi (più e meno dettagliatamente e compiutamente) e il giudice controlla il rispetto della norma da parte di chi è chiamato ad eseguirla (anche con atti eventualmente normativi) o ad applicarla, il controllo non può che seguitare a declinarsi come la verifica del rispetto di un limite, con tutte le implicazioni del caso.

di interessi normativamente configurati. Il che ci serve per ricostruire, mediante un procedimento evidentemente critico e per gradi, il modo di 'amministrare' dell'Età Moderna. Ad ogni modo, quanto sin qui rilevato ci porta a ritenere come lo sviluppo della democrazia abbia seguito fino ad ora, e continui, invero, a seguire, i percorsi di senso proprio dello Stato (normativo) di diritto, nonché ad impiegarne il relativo strumentario giuridico. Bisognerebbe chiedersi in altre parole quale dei due, tra democrazia e Stato di diritto – evidentemente intesa la prima non come mero rapporto tra organi titolari del potere né come mero metodo di selezione dei soggetti fisicamente destinati a ricoprire le cariche pubbliche –, corra più velocemente, posto che un'identità tra di essi non pare potersi predicare pienamente e pianamente (cfr. *supra*, in questo Cap., par. II.).
²²³ Così, autorevolmente, SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 92: «la figura dell'interesse occasionalmente protetto non è, in sé, erronea [...]; può rappresentare adeguatamente il modo in cui l'azione dell'amministrazione o l'intervento del giudice possano tornare utili al privato: può spiegare, in particolare, il carattere solo eventuale della soddisfazione dell'interesse privato»; già così ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 14 ss.

²²⁴ Oltre a quanto già osservato al riguardo nei parr. precedenti, v. ancora SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 458.

²²⁵ Sul punto, molto chiaramente, ancora CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 185.

²²⁶ Ivi, p. 184. Su questa evoluzione, cfr. la ricca trattazione di G. MARONGIU, *Funzione (amministrativa)*, ad vocem, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 ss.

Ciò – lo anticipavamo dianzi – si rende particolarmente manifesto quando si tratti di norme prive di fattispecie che richiedono un esercizio del potere discrezionale, con conseguente dicotomia di norme giuridiche da regole meta-giuridiche d’opportunità. Ma, per il vero, si tratta di una questione – quella della non piena sindacabilità – che trascende ampiamente la natura discrezionale dell’esercizio del potere. Il limite normativo segna, più in generale, il dualismo tra interessi dotati di una rilevanza giuridica *pienamente autonoma* ed interessi che, nel singolo assetto normativo – perfetto come imperfetto – ne sono privi. Sia, infatti, «che il potere sia vincolato, per cui si è al cospetto di un’attività di accertamento, sia che il potere sia discrezionale, per cui si è di fronte ad una scelta che esula (si deve considerare esulare) dall’ambito dell’accertamento, la pretesa deve essere rapportata alla regolamentazione normativa del potere stesso»²²⁷.

Il nucleo della problematica è, quindi, nient’altro che il «dogma della struttura gerarchica del sistema delle fonti e, in ultima analisi», il «postulato della sovranità dell’ordinamento statale»²²⁸. Anche quando, tant’è, si opina nel senso che la posizione giuridica del privato (l’interesse giuridicamente protetto individuato dalla norma) coincide con il suo interesse materiale²²⁹, si riconosce poi l’impossibilità di attribuirgli, in ragione del vincolo concretamente posto dalla stessa norma al titolare del potere, una rilevanza giuridica che non sia soltanto mediata dal riferimento all’interesse pubblico-funzionale²³⁰. In altre parole, se pure, dunque, difettano i presupposti per aversi discrezionalità, gli interessi dei destinatari della decisione autoritativa che non sono autonomamente presi in considerazione dalla

²²⁷ Così, segnatamente, sempre CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 214.

²²⁸ MAGRI, *L’interesse legittimo*, cit., pp. 65-66.

²²⁹ Così, sostanzialmente, le note tesi – cui si rinvia senza pretesa di completezza ma solo per rigore espositivo – di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 93 ss., e di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in «Diritto amministrativo», XXII (2014), fasc. 3, pp. 479 ss.

²³⁰ Punto su cui – è bene precisarlo – concordano anche gli Autori, come i due da ultimo segnalati, che pure ritengono che formi oggetto della posizione giuridica del privato il suo stesso interesse materiale, benché appunto la sua soddisfazione abbia poi un carattere meramente eventuale rispetto a quella dell’interesse pubblico per soddisfare il quale il potere viene esercitato. Come ha scritto, in un passaggio che peraltro abbiamo già riportato, anche SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., p. 416 – il quale pure si colloca in un ordine di idee simile a quello di tali Autori –, se l’oggetto dell’interesse protetto (o legittimo) «viene identificato nel provvedimento favorevole (come Greco e io pensiamo), non è possibile identificarlo contemporaneamente nel bene della vita: sono due entità (beni?) differenti». Del tutto chiarificatore è, nuovamente, il contributo di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 184, ove si osserva che, siccome le «posizioni [giuridiche soggettive dei privati] sono emerse con riferimento al momento di esplicazione del potere, esse sono state strutturate nella loro relazione con l’interesse sotteso alla posizione che del potere stesso è espressione; la funzionalizzazione alla tutela dell’interesse pubblico, è divenuta, in questi termini, elemento strutturale della situazione giuridica dell’interesse legittimo. Una volta considerato l’interesse del privato, oggetto della situazione soggettiva in questione, come occasionalmente protetto rispetto alla tutela, diretta, dell’interesse pubblico, il rapporto tra privato e P.A. non si è allora potuto configurare in termini paritari, sul modello di tradizionale stampo privatistico».

norma non rientrano nella posizione giuridica degli stessi e, quindi, non possono trovare che una soddisfazione meramente mediata o, meglio, *occasionale*²³¹.

‘Occasionale’, più che ‘mediata’, come abbiamo appena precisato, perché, in verità, il problema non sta tanto nell’essere la rilevanza dell’interesse del privato dipendente da quella dell’interesse pubblico, quanto *nel fatto che quella mediazione significa rilevanza non pienamente autonoma del primo*.

È chiaro, infatti, che l’utilità pubblica sempre nella storia ha prevalso e sempre deve prevalere su quella privata; non per questo, si deve ritenere che tale prevalenza declassi o – secondo una dizione oggi superata solo rispetto alla posizione giuridica ma non rispetto al suo contenuto – “degradi” o “affievolisca”²³² l’interesse del privato ad un’istanza per definizione sempre meno meritevole rispetto a quella pubblica. Se un simile risultato può

²³¹ La letteratura, sul punto, è vasta e autorevole. Nel senso indicato, già A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 105 ss.; lo stesso Scoca, per vero, non ha mai ricondotto la mediatezza della pretesa all’utilità finale alla sola circostanza della sussistenza di un potere discrezionale. Anche, infatti, nell’ipotesi di un potere vincolato è ben possibile che il compiuto assetto normativo degli interessi non prenda direttamente in considerazione l’interesse *materiale* del privato, istituendo così meri ‘doveri’ ma non altrettanti, corrispondenti diritti in capo al destinatario dell’esercizio del potere. Così, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in «Diritto amministrativo», III (1995), fasc. 1, pp. 32-33; ID., *L’interesse legittimo*, cit., pp. 432 ss.; cfr. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., pp. 196-204; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, cit., tomo II, p. 489-490, e, molto chiaramente, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 37-38, spec. nt. 89, e 50-55, spec. nt. 126. Quest’ultimo, in particolare, scrive: «[I]e norme che disciplinano il potere dettano regole di comportamento, che, dal punto di vista soggettivo, si imputano in capo al titolare del potere, ponendo a suo carico dei doveri, da osservare in occasione del suo esercizio». Peraltro, se è vero che «la prescrizione dell’attività doverosa è compiuta in funzione dell’interesse altrui», dovrebbe anche «essere chiaro [...] che il contenuto dei doveri *de quibus* concerne esclusivamente l’osservanza delle regole disciplinanti il potere e non» – ecco il punto – «il soddisfacimento dell’interesse del soggetto sottoposto agli effetti del potere (il mantenimento o il conseguimento del bene). A fronte dell’attribuzione normativa del potere, infatti, non può dirsi che al soggetto spetti il soddisfacimento del suo interesse finale; ciò può dirsi solo sul piano della fattispecie concreta, *quando l’unica modalità legittima di esercizio del potere sia quella che implica il soddisfacimento dell’interesse del soggetto passivo*» (corsivo nostro). Questa problematica sta inoltre al centro della critica – come anticipavamo – di MAGRI, *L’interesse legittimo*, cit., il quale la riporta alle pp. 48-49 ss. Non sono invece condivisibili, per queste e per le ulteriori ragioni che spiegheremo appresso, posizioni come quelle di C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 185, la quale sostiene, al contrario, che «la giuridicità dipende esclusivamente dal rapporto della norma con l’interesse in oggetto», sicché sarebbe «sufficiente ravvisare nelle norme l’intento di considerare specificamente l’interesse». La tesi non è convincente segnatamente perché non tiene in conto che una cosa è una (qualche) giuridica rilevanza di un interesse, tutt’altra cosa è invece una sua rilevanza giuridica *pienamente autonoma* da quello funzionale «alla cui soddisfazione» – riconosce la stessa Cudia – «è rivolto il potere» (*ibidem*). A sé la posizione di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., pp. 73-76 e 199-203, il quale opina nel senso che sussiste un potere anche nel caso di vincolatezza del suo esercizio, ma giunge poi ad affermare – p. 202, rispetto ai poteri vincolati, e pp. 443 ss., in generale – che la struttura della funzione, prendendo in considerazione gli interessi materiali del privato, è in grado di conferire loro una pressoché piena rilevanza giuridica, finanche quando ricorra discrezionalità. Conclusione, questa, che è tuttavia condivisibile solo in parte, come tra poco diremo meglio; ciò in ragione non della non correttezza della complessa e acuta proposta di questo A., bensì per motivi logicamente precedenti che sono legati – e qui sta d’altra parte il senso del nostro richiamo a queste trattazioni sull’ordinamento attuale – alla vigenza, ancora nel presente periodo storico-giuridico, del principio di legalità-normatività e della separazione dei poteri.

²³² Su queste concezioni dell’interesse legittimo, si rinvia, per tutti, a SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., pp. 99 ss.

ancora ammettersi in sede di funzione ‘amministrativa’, dove cioè ci si preoccupa soprattutto di perseguire l’interesse pubblico, esso è invece inaccettabile allorché si tratti di decidere il ricorso di un privato il quale, vedendo leso il proprio interesse, non può esigere né che esso resti sacrificato solo in quanto ciò sia strettamente necessario per la soddisfazione di quello pubblico-funzionale – essendo questa del più e del meno una questione di opportunità che va oltre il vincolo normativo –, né che tale sacrificio avvenga in vista di un’utilità davvero collettiva cui anche lo stesso soggetto partecipa: in vista, in una parola, della giustizia.

Come detto, infatti, laddove non si dia una norma che ha perfettamente bilanciato l’interesse del privato con quello pubblico, la predetta istanza di tutela è ancora oggi confinata nell’ambito dei ricorsi interni che non è errato chiamare ‘*graziosi*’, giacché attengono alla lesione di un interesse che non trova come tale riconoscimento nel vincolo giuridico-normativo cui chi amministra è sottoposto. Di conseguenza, possiamo ormai esplicitare che l’esplicarsi o il mancato esplicarsi di una funzione propriamente ‘giurisdizionale’ – ciò che a noi preme adesso far emergere – dipendono, dunque, dall’interesse pubblico che si assume come funzionale²³³.

Facendo una breve ricapitolazione, l’ampliamento di maggior momento del sindacato sulle decisioni amministrative si è avuto con il riconoscimento del rilievo giuridico attribuito all’elemento della ‘funzione’; quest’ultima, come sappiamo, non si identifica con il solo fine per cui il potere si esercita, ma con l’operazione di ordinamento degli interessi che, quale *deputatio ad finem*, collega la posizione giuridica di potere allo scopo per cui essa sussiste. Ciò significa che gli interessi privati (così come, più in generale, tutti quelli ‘secondari’ rispetto a quello pubblico-funzionale stabilito come primario a livello normativo) acquisiscono una certa rilevanza attraverso quella della funzione, la quale è in se stessa oggetto del vincolo normativo. Tali interessi privati e secondari in genere, infatti, concorrono

²³³ Si potrà notare, del resto, come proprio quanto appena scritto abbia molte assonanze con la funzione che abbiamo detto essere, da un punto di vista della forma sostanziale, ‘giurisdizionale’. Quando oggi, in dottrina e giurisprudenza, si utilizzano le – ci sia consentito – tratlative espressioni “vincolo nell’interesse pubblico” e “vincolo nell’interesse privato” (su cui VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 81 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 62 ss.), si sta facendo riferimento, in realtà, a nient’altro che alla circostanza per cui l’interesse funzionale (cui l’ordinamento degli interessi tende), rispettivamente, coincide o non coincide con uno di quelli in conflitto. Quando un potere, quindi, è “vincolato nell’interesse privato”, l’intuizione dietro questa locuzione consiste non nel fatto che esso non persegua un interesse pubblico, ma che l’interesse pubblico-funzionale non è lo stesso interesse pubblico che si contrappone a quello privato. In altri termini, l’interesse pubblico-funzionale è perseguito in via mediata. Cfr. S. PIRAINO, *L’interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in «Rivista di diritto processuale», XXXIV (1979), p. 205, il quale evidenzia come «ogni norma sia posta nell’interesse generale [...], fondandosi la diversità delle norme sulla diversità del rapporto in cui esse si trovano con l’interesse generale». Ora, il punto che stiamo cercando di far emergere è che il principio di legalità limita questa evenienza ai casi di poteri vincolati (e nemmeno, come indicato, a tutti), lasciando invece alla parziale insindacabilità le decisioni che siano espressione tanto di poteri vincolati, dove però il bilanciamento compiuto non riguardi anche e direttamente gli interessi materiali dei privati, quanto, ed anzi ancor più, quelle statuizioni derivanti da un esercizio discrezionale del potere.

come elementi coessenziali a rendere possibile l'operazione di ordinamento all'interesse pubblico-funzionale, cioè alla formazione della regola di precedenza tra interessi che serve alla soddisfazione di quello²³⁴. Ma i suddetti interessi secondari in tanto però rilevano – come appena precisato in nota – in quanto devono essere proiettati direttamente verso l'interesse pubblico in cui si sostanzia il vincolo di scopo normativo, che fa parte di quello, più ampio, dell'esercizio del potere stesso (o funzione, appunto). In sostanza, quindi, gli interessi secondari rilevano in tanto in quanto servono all'esercizio amministrativo del potere.

È certo fuor di dubbio, allora, che quando il privato agisce in giudizio lo faccia in vista della propria utilità finale²³⁵; è tuttavia irragionevole, «laddove la sua soddisfazione non sia assicurata», ostinarsi a voler sostenere che il risultato non dovrebbe essere l'«espunzione» «dell'interesse materiale dall'ambito del contenuto giuridicamente rilevante della pretesa»²³⁶. Si potrà infatti comprendere che, «se detto interesse non è garantito», è logico che «esso non potrebbe costituire l'oggetto della relativa situazione giuridica»²³⁷.

²³⁴ Sulla rilevanza pienamente diretta e autonoma dell'interesse materiale (meta-giuridico) del privato nell'ambito dell'esercizio del potere e, quindi, concretamente, all'interno del procedimento, già ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., p. 189; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, pp. 98-99, secondo il quale – come commentano VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 112, nt. 138 – «è con il procedimento amministrativo che l'interesse pubblico viene determinato puntualmente e in concreta relazione con tutti gli altri interessi e il privato entra nel procedimento per contribuire alla stessa determinazione dell'interesse pubblico concreto». In senso analogo, SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., spec. pp. 407-409: «l'interesse privato, rappresentato e illustrato nel procedimento, diventa [...] una componente dell'interesse pubblico (concreto), dell'interesse che l'amministrazione è tenuta a perseguire»; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in «Diritto pubblico», XII (2006), fasc. 1, pp. 101-107, afferma che la rilevanza giuridica dell'interesse legittimo «non si esaurisce rispetto ai soli profili prerogolati dell'attività Amministrativa», perché «la parte che interviene nel procedimento può farlo per proporre soluzioni che riguardano profili tipicamente di opportunità e la garanzia della partecipazione al procedimento comprende anche tutto ciò». In termini, inoltre, CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., pp. 435-436, il quale spiega che gli «interessi coinvolti», in particolare, «sono assunti come rilevanti, nell'ambito del processo decisorio, per la loro relazione con l'interesse pubblico astratto [cioè quello che costituisce il vincolo funzionale-teleologico]»; cfr. ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, vol. II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 55-56: «[è] [...] con riferimento alla dimensione strutturale della funzione che deve ricevere riscontro l'individuazione, in astratto, delle ipotesi in cui è configurabile una situazione giuridica a rilievo sostanziale, in relazione a quella di potere a cui si rapporta. L'indice normativo di qualificazione e differenziazione deve, cioè, essere ricercato (non nella specifica disposizione sostanziale, ma) nel modello procedurale che attiene alla struttura della funzione [...]». Più nello specifico, va detto che, «al fine di individuare l'astratta configurabilità di una situazione giuridica di carattere concreto (una situazione che concerne, quindi, l'interesse sostanziale del soggetto)», si deve «ritenere che la posizione individuale del privato, del pari astrattamente considerata, debba porsi, rispetto alla situazione di potere oggetto di previsione normativa, nel senso di essere suscettibile di subire un'incisione il cui grado sia tale da richiamare una specifica esigenza di protezione da parte dell'ordinamento, la quale viene a ricevere rappresentazione nella dimensione garantistica propria della struttura della funzione amministrativa».

²³⁵ SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., *passim*, molto chiaramente a p. 454, nt. 135.

²³⁶ CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 203.

²³⁷ *Ibidem*. Questa – ribadiamo per rigore – è sempre la critica che l'A. svolge nei confronti delle altre teorie sulla tutela degli interessi del privato di fronte al potere amministrativo facendone emergere le intime contraddizioni. Sempre Carbone, in realtà, sostiene bensì «la possibilità di un percorso che, appunto attraverso il rilievo conferito alla connotazione strutturale della funzione, intesa come processo formativo della decisione, conduca ad una differente configurazione della situazione giuridica che si confronta con il potere»; solo che questo «percorso [...], se vuole portare ad una soluzione condivisibile, deve essere sviluppato in modo

Ci si domanda di conseguenza: in che modo la suddetta soddisfazione può essere garantita? O, meglio, in che modo si può assicurare la *possibilità* che essa sia garantita? Abbiamo infatti precisato come il problema non sia, in sé, che la rilevanza dell'interesse del privato risulti mediata da quella dell'istanza pubblica – il che, anzi, è implicito nella scontata prevalenza della *utilitas publica* su quella *privata* –, ma che tale mediatezza si traduca in una rilevanza giuridica non pienamente autonoma dell'interesse privato stesso. E, allo stato attuale delle cose, salvo – ripetiamo – che il vincolo normativo consideri e ponderi specificamente l'interesse del privato, è tutt'altro che un mero rischio che l'oggetto della posizione giuridica del privato resti – ancora, ebbene, oggi – il superiore interesse alla legittimità dell'esercizio del potere²³⁸.

In questo senso, non bisogna confondere l'estensione della legalità – dell'oggetto, cioè, della considerazione normativa – alla funzione (amministrativa) per una rilevanza giuridica non più nemmeno in parte (non solo mediata ma inoltre) occasionale rispetto all'interesse

differente da quanto si è fatto sinora» (ivi, p. 216). Ciò che a noi sembra, come abbiamo già anticipato in più occasioni, è che invece questo sviluppo “integrale” della funzionalizzazione all'interesse pubblico non possa portare sempre ad una piena giustiziabilità delle decisioni amministrative finché restino, più a monte, la mediazione e la predeterminazione normativa nella formazione degli assetti di interessi. È questo il punto su cui gli ordinamenti post-rivoluzionari e quelli pre-rivoluzionari divergono, non a caso, nettamente.

²³⁸ Chiarissimo, sul punto, VOLPE, *Norme di relazione*, cit., pp. 231-237 (anche nelle nntt.): «[c]ollegando i risultati raggiunti sull'oggetto del processo amministrativo con il carattere proprio delle figure giuridiche di dovere in senso stretto (siccome poste a tutela dell'ordinamento e non di un interesse sostanziale [*i.e.* materiale] di un determinato soggetto) che in quel giudizio vengono accertate, è, a questo punto, possibile cogliere [...] la dimostrazione che il medesimo giudizio si dimostra essere posto, in realtà, a tutela diretta e principale di un interesse generale o, più propriamente, pubblico» (p. 231). «Su questa base» – prosegue segnatamente – «va considerato quale sia il ruolo del privato ricorrente, nel processo amministrativo. [...] va affermato che, poiché l'ordinamento assegna a costui poteri di reazione [...] contro il cattivo esercizio di un potere amministrativo (che costituisca il contenuto di un potere in senso stretto), la posizione di questo soggetto dev'essere coerente con la funzione del processo, [...] sicché *l'interesse sostanziale che egli fa valere in giudizio deve innanzitutto essere inteso alla stregua dell'interesse pubblico al ripristino della legalità*; interesse, a sua volta, concepito come espressione della funzione amministrativa [...] quale è assunta ad oggetto di tutela dalle *norme d'azione* che, regolando l'esercizio del potere, costituiscono doveri in senso stretto» (p. 234-235; corsivo nostro). «Il ricorrente, infatti, è, in questi casi, davvero titolare di una sorta di legittimazione straordinaria, giacché egli non agisce per la protezione di una propria figura giuridica sostanziale, che nel caso concreto è inesistente, ma per l'accertamento della violazione di un dovere, imposto alla pubblica Amministrazione a tutela di un pubblico interesse. Di contro, l'interesse sostanziale (che non è di per sé [cioè autonomamente] una figura giuridica soggettiva), di cui il ricorrente è portatore, viene ad essere tutelato in modo accessorio rispetto al principale interesse pubblico, oggetto di protezione. [...] si potrà perciò ammettere che tale interesse sostanziale non s'identifichi con alcuna figura giuridica soggettiva, ma che sia piuttosto il presupposto per il riconoscimento delle figure giuridiche soggettive in cui si sostanzia [...] il potere di azione» (pp. 235-236). Non si condivide, invece, la conclusione dell'A., secondo cui la legittimazione a ricorrere spetta «a chiunque sia portatore di un interesse di fatto, purché giuridicamente non riprovato e anche solo potenziale, che sia stato leso dall'azione provvedimento dell'Amministrazione». La ragione è (v. anche nt. seguente) che ci sembra una contraddizione affermare, prima, che l'interesse materiale non rileva di per sé e sostenere, poi, che la legittimazione dipende esclusivamente dalla lesione di quel medesimo interesse (che comunque l'A. precisa essere giustiziabile «solo quando l'interesse pubblico meriti di essere tutelato»: ivi, pp. 237 ss.). In questo modo, infatti, l'esclusione, negli ordinamenti a principio di legalità-normatività, di una rilevanza pienamente autonoma degli interessi privati verrebbe ad essere contraddittoriamente riaffermata subito in seguito sostenendo la possibilità di porli al centro di un'azione giudiziaria anche quando l'ordinamento, nel contesto del confronto con un potere, non mira a tutelare quegli interessi, ma solo – scrive lo stesso Francesco Volpe – l'interesse che all'ordinamento stesso «fa capo» (p. 232).

pubblico-funzionale di ogni altro interesse che non sia perfettamente ponderato dalla norma stessa²³⁹. L'interesse per la legittimità della funzione è l'interesse per un "bene della vita" che non coincide più totalmente – e qui sta la fonte dell'equivoco – con quello per perseguire il quale il potere si esercita (cioè con l'interesse pubblico-funzionale che chi svolge la funzione amministrativa ha in cura). Anzi, l'interesse alla legittimità della funzione è l'unico giuridicamente protetto che, diverso da quello funzionale (in ordine al quale il potere si esercita), può in qualche modo garantire al privato il raggiungimento della sua utilità materiale o finale. Tuttavia, tale interesse, che in sede propriamente 'giurisdizionale', quale distinta causa finale, dovrebbe presiedere all'ordinamento vicendevole degli interessi in conflitto, è in grado di assolvere a questo compito solo in parte: solo, appunto, occasionalmente.

Il ragionamento che ci sembra di dover seguire è questo. Gli interessi secondari rispetto a quello pubblico perseguito dall'Amministrazione – come spiegato – vengono autonomamente in rilievo solo nella misura in cui la loro non considerazione e, altresì, la loro lesione inficino la correttezza dello svolgimento della funzione (oltre che, come era chiaro già in passato, in quanto rivelino una lesione o il perseguimento di un interesse diverso da quello pubblico per cui il potere è attribuito²⁴⁰). Quand'è così, non rimane che inferirne come, ogni volta che la norma non prenda in specifica e autonoma considerazione l'interesse del privato, detto interesse resterà materiale, meta-giuridico. Esso, di conseguenza, solo in tanto potrà avere rilevanza giuridica ed essere tutelato in quanto quello pubblico perseguito dall'Autorità – così in sede amministrativa come in sede giurisdizionale – abbia una oggettiva *capacità di incidenza* sul medesimo, portandolo ad emergere durante il momento

²³⁹ CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 213: «la garanzia giuridica propria della situazione soggettiva [...] ha [...] ad oggetto, da un lato, il rispetto della regolamentazione sostanziale del potere, e, dall'altro, l'esercizio, in sé considerato, delle facoltà stesse»; nonché ivi, p. 217, nt. 80: «[i]l problema è se sia riscontrabile una distinzione tra una situazione giuridica strumentale di carattere indiretto avente ad oggetto l'interesse a che sia posta in essere/non sia posta in essere la situazione effettuale corrispondente al potere, e una situazione giuridica di carattere strumentale (diretto) avente ad oggetto un interesse strumentale rispetto all'interesse materiale alla situazione effettuale, non garantito; ovvero se, come sembrerebbe, ciò che è sì denominata strumentalità indiretta in nient'altro si risolva se non in una situazione di pretesa avente ad oggetto non il bene finale (il provvedimento favorevole), ma un bene di carattere strumentale rispetto ad esso (l'attuazione della sua possibilità normativa)». Espresso il rinvio a L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Colloquio sull'interesse legittimo: atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, a cura di A. Travi, Napoli, Jovene, 2014, pp. 108 ss.

²⁴⁰ Ciò che era chiaro già prima che vi fosse consapevolezza specifica dell'autonomia concettuale della funzione. Sull'eccesso di potere (non, appunto, come vizio della funzione, ma) come 'sviamento di potere' (*détournement de pouvoir*) rispetto al fine normativamente previsto, cioè come abuso, basti qui il rinvio, per tutti, a CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 32-33.

funzionale²⁴¹. E questa virtuale strumentalità dipende, con tutta evidenza, dalla *natura dei due interessi* e, più precisamente, dei ‘beni della vita’ che essi hanno ad oggetto²⁴².

²⁴¹ Alcune precisazioni a proposito della rilevanza giuridica dell’interesse (materiale) del privato, la quale è logicamente il presupposto della misura della sua tutela, sulla quale ci si soffermerà subito in successione. In particolare, si reputa generalmente sufficiente un legame anche solo indiretto tra interesse pubblico-funzionale (considerato dalla norma) e interesse materiale del privato, affinché la posizione giuridica soggettiva del destinatario del potere possa dirsi differenziata rispetto a quella di un *quisque de populo*, oltre che qualificata (cioè fondata su un interesse – che sarebbe sempre quello che, nel confronto con il potere, non ottiene protezione giuridica autonoma – ritenuto in generale meritevole dall’ordinamento nel suo complesso). Cfr., sul punto, B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in «Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari S. Tosi», XX (2010), p. 145, il quale afferma che «l’interesse legittimo – se riguardato dal versante della legittimazione a ricorrere – può presentarsi persino come interesse *astrattamente strumentale*» (corsivo testuale); CASSETTA, *Manuale*, cit., p. 270; di nuovo CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, p. 186, la quale, richiamando fra gli altri PIRAINO, *L’interesse*, cit., p. 221, riporta segnatamente che «bisogna verificare l’intento del legislatore “di attribuire specifico rilievo all’interesse, il quale si combini col processo di differenziazione dello stesso”, combinazione necessaria ove si consideri che “la differenziazione dell’interesse, proprio perché procede alla astrazione di un interesse da un altro più ampio tutelato dall’ordinamento, comporta naturalmente l’enucleazione dalla norma, che tutela l’interesse generale, di una volontà di legge che tale tutela non precluda all’interesse differenziato”». Il nesso di incidenza causale cui ci riferiamo nel testo si pone, del resto, sullo sfondo del criterio specifico con cui comunemente la giurisprudenza stabilisce se il privato vanta o meno una posizione qualificata, oltre che differenziata: quello della ‘vicinitas’. Possiamo solo accennare, in questa sede, alle critiche che ha attirato la circostanza per cui, con il riferimento alla *vicinitas* o radicamento territoriale, si ricavi la natura qualificata di un interesse da un criterio non normativo ma fattuale, e si faccia, quindi, della mera differenziazione il punto di partenza del «ragionamento che dall’esistenza di una cerchia di soggetti che hanno un interesse differenziato da quello della generalità inferisce l’interesse qualificato, cioè l’interesse legittimo» (così, F. TRIMARCHI BANFI, *L’interesse legittimo: teoria e prassi*, in «Diritto processuale amministrativo», XXXI (2013), fasc. 4, pp. 1009-1010, secondo la quale, più ampiamente, «il carattere differenziato [...] può servire ad evitare che chiunque possa provocare il giudizio sull’atto, ma non ci dice nulla sulla ragione della trasformazione dell’interesse di fatto in interesse legittimo. Fermarsi al carattere differenziato dell’interesse, significa prescindere dal carattere protettivo della norma o dell’insieme delle norme della cui osservanza si tratta», cosicché «l’esistenza dell’interesse legittimo finisce per essere rimessa alle valutazioni non sempre prevedibili del giudice»). In termini, L. FERRARA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, a cura di A. Carbone, Torino, Giappichelli, 2021, tomo I, pp. 97-100; sempre questi ha osservato altrove (ID., *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in «Diritto pubblico», 2020, fasc. 3, p. 734, nt. 37) che una cosa è la ‘possibilità giuridica’ o ‘qualificazione’, cioè l’«esistenza di una norma che contempra in astratto il diritto che si vuol far valere»; un’altra cosa, invece, è la ‘legittimazione’ ad agire/ricorrere, da identificarsi con la ‘differenziazione’ (ivi, p. 741). *Contra*, invece, coerentemente con la sua tesi della strumentalità del bene della vita oggetto dell’interesse legittimo, SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., p. 429. Non si vuole qui addentrarsi troppo in questo dibattito, anche se, secondo il nostro punto di vista, entrambe le tesi sostenute sono corrette, perché concernono un problema che si colloca solo a valle di quello vero (CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. II-1, cit., p. 50, pur concordando in linea di massima con la prima delle proposte riportate, ha chiarito in questo senso che, in ordine al criterio generale sulla cui base ricavare la natura qualificata di un interesse del privato, «ciò che viene in questione [...] è infatti la stessa ricostruzione della situazione giuridica oggetto del giudizio»). Ci importa piuttosto sottolineare, allora, come anche lo stesso criterio di qualificazione del «contatto materiale» indicato da G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in «P.A. Persona e Amministrazione», IV (2017), fasc. 1, spec. pp. 233-234 (più estesamente, EAD., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, pp. 287 ss.), criterio che ha carattere appunto non fattuale ma normativo, e che dunque genera meno problemi in punto di collegamento tra differenziazione e qualificazione dell’interesse del privato, contempra comunque del pari un *legame di incidenza causale* – derivato dal modello della responsabilità aquiliana – tra l’interesse pubblico perseguito e l’interesse (materiale) del privato. D’altra parte, anche il criterio della *vicinitas* si è nel tempo allargato notevolmente oltre lo stretto concetto di ‘vicinanza fisica’ tra interesse pubblico e interesse privato, «fino a ricomprendere l’interesse sostanziale in ogni sua sfumatura» e ad «individuare una forma di tutela anche per interessi di natura diversa» (CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., p. 219; cfr. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. II-1, cit., p. 41, spec. nt. 19, e, altresì, R. LOMBARDI, *Le azioni collettive, in Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 220 ss.). Non è un caso – aggiungiamo infine – che il genere di considerazioni che stiamo proponendo ricorra soprattutto negli studi sugli interessi sovraindividuali. Il punto, infatti, sta proprio

In sostanza, s'intende dire che, indipendentemente dal criterio di differenziazione e qualificazione impiegato per individuare quale sia l'interesse protetto o legittimo del privato (stando agli esempi precedentemente riportati in nota, la 'vicinitas' o il 'contatto materiale'), dirimente è ciò a cui, in virtù di quel criterio, si collega l'interesse (per il bene della vita) materiale del privato, ossia dell'interesse di questi non autonomamente rilevante da un punto di vista giuridico-normativo. E ciò a cui esso si collega è, evidentemente, l'interesse pubblico-funzionale. L'unica soluzione alternativa, quindi, per conferire un *qualche* rilievo giuridico – che adesso andremo ad esplicitare – all'interesse del privato sarebbe mettere in discussione la centralità dello specifico interesse pubblico-funzionale indicato come primario dalla norma pertinente al caso concreto; il che, però, significa prescindere dalla mediazione della norma nella definizione degli assetti di interessi o, ed è lo stesso, dalla separazione dei poteri²⁴³.

Ora, ci preme far notare come niente, peraltro, escluda che quella capacità di incidenza dell'interesse pubblico-funzionale su quello (finale-materiale) del privato possa essere non solo indiretta²⁴⁴, ma finanche essa stessa meramente *occasionale*, cioè contingente: slegata da un nesso di tipo logico-causale consistente nella possibilità del conseguimento o della conservazione di un bene della vita *in ragione* del conseguimento o della conservazione dell'altro. In questi casi, perciò, non vi è solo occasionalità della soddisfazione dell'interesse del privato non autonomamente considerato dall'assetto di interessi perfetto (e quindi

qui: nella questione se l'interesse pubblico perseguito dalle Autorità, in sede amministrativa e poi giurisdizionale, sia anche un interesse *condiviso, comune, e non solo un interesse dello Stato*, cioè di una delle parti. Non piena sovrapponibilità, quella tra interesse statale (o, potremmo dire, *pubblico in senso soggettivo*) e interesse *pubblico in senso oggettivo*, che permea a fondo – come accennavamo in precedenza – gli ordinamenti improntati al principio di legalità, ossia a separazione dei poteri.

²⁴² Un cd. 'bene della vita' può definirsi, semplicemente, come una determinata «situazione della realtà fatta oggetto di valutazione positiva» da parte di uno o più soggetti che vi aspirano e vi tendono; che vi sono cioè legati ciascuno da un proprio 'interesse' (il quale, a sua volta, altro non è se non la «relazione [...] tra l'uomo e la situazione della realtà allorché questa sia oggetto di valutazione positiva»), *compatibile* o *incompatibile* con quello di un altro soggetto (R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 265-266 e, con specifico riferimento alle relazioni logiche tra interessi di soggetti distinti, pp. 270-273). Sulla nozione di 'interesse', si veda inoltre CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., spec. p. 178, la quale, analogamente, scrive: «[i]n termini generali, un interesse è una "relazione tra un soggetto e un bene"»; v. anche bibliografia citata *ibidem*, nt. 9.

²⁴³ *Contra*, per le ragioni più sopra indicate e che, tuttavia, non possiamo condividere in quanto incentrate su un aspetto di una serie di profili a nostro parere inscindibili, MAGRI, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 64-65. Questo A. sostiene che «[i]l giudice amministrativo, quando ritiene, ad esempio, che il proprietario di un immobile posto in prossimità di un'opera pubblica non sia legittimato ad impugnare gli atti con i quali l'amministrazione ha affidato i lavori in assenza del procedimento concorsuale di scelta del contraente, motivando la propria decisione in base al fatto che costui non riceve (*il che è palese*) alcuna 'protezione' dalle norme sulla concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici, sta applicando direttamente *una sua visione dell'ordinamento giuridico*. Significa che a suo avviso *l'interesse legittimo non può "giovarsi di tutto lo sviluppo e di tutta la complessità" della legislazione amministrativa, ma solo di quella parte di legislazione che la volontà delle norme gli ha riservato*» (corsivi nostri).

²⁴⁴ Ciò che, come precisato poco più sopra in nota, sarebbe sufficiente per riconoscere la sussistenza di una posizione qualificata in capo al privato.

vincolato) che solo talvolta la norma configura; vi è invece altresì occasionalità della rilevanza stessa del medesimo interesse privato²⁴⁵.

²⁴⁵ È appunto questa la problematica al centro della trattazione sempre di MAGRI, *L'interesse legittimo*, cit. Scriveva già prima con grande chiarezza A. CERRI, *Diritto di agire dei singoli, delle associazioni che li rappresentano, di entità destinate alla difesa di interessi collettivi. I progressivi ampliamenti della legittimazione e le ragioni che li giustificano*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, Giappichelli, 2003, p. 44: «[q]ualificato” significa che l’interesse [del privato] deve essere orientato nel medesimo senso, come dice il Sandulli, rispetto alla *ratio* della norma; non posso far valere, ad es., una norma sul rispetto delle costruzioni se non in quanto ho una costruzione, una proprietà, un diritto reale *in loco*. Non potrei farlo, invece, in qualità di imprenditore, per danneggiare un concorrente; non potrei, d’altra parte, come proprietario, far valere una norma sul piano delle licenze commerciali, sulla base del solo interesse alla tranquillità, ad es., del fabbricato in cui abito, perché tale interesse non è orientato nel medesimo senso rispetto alla *ratio* della norma la cui tutela invoco. La “differenziazione” si collega alla qualificazione, nel senso che l’interesse non è di tutti ma solo di chi si trova in condizioni giuridiche che siano armoniche rispetto alla *ratio legis* e non si risolve nell’interesse che ogni cittadino ha a che sia osservata la legge». Ora, *ratio* della norma è, evidentemente, l’interesse pubblico: per questo, come sostanzialmente spiega A.M. SANDULLI, *Sulla natura degli interessi dei privati alla conservazione delle bellezze naturali*, in «Il Foro amministrativo e delle acque pubbliche», XXVII (1951), fasc. 1-2, parte prima, sez. II, pp. 122-124; ID., *Manuale*, cit., pp. 107-109, ci sembra che la rilevanza degli interessi privati non possa che desumersi dal loro nesso con l’interesse pubblico. Né, d’altra parte, trattandosi di fini che le norme di legge pongono all’Amministrazione, ci si può ragionevolmente aspettare che in esse si trovi sempre indicato puntualmente ed espressamente gli interessi privati sui quali quello pubblico è destinato ad incidere: si tratta spesso, infatti, di norme programmatiche, prive di fattispecie, e cioè di una tipizzazione dei fatti cui si ricollega la conseguenza giuridica prevista (la prevalenza dell’interesse pubblico-funzionale). Tuttavia, il «collegamento con un interesse pubblico» non deve essere inteso nel senso che l’interesse del privato diviene oggetto della sua posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, ovverosia «che esso esiste ed è meritevole di tutela [solo] in quanto nel suo contenuto concorra con un interesse pubblico concreto, e che invece non esiste (perché interesse di “mero fatto”) se manchi questo cospirare con un interesse pubblico concreto o, addirittura, a questo si opponga». È questa la critica ormai risalente che F. SATTA, *Un nuovo criterio di identificazione dell’interesse legittimo?*, in «Giurisprudenza italiana», CXXV (1973), parte prima, sez. I, p. 800, rivolgeva all’indirizzo giurisprudenziale che tale tesi, invece, sosteneva. Infatti – scrive ancora Satta – «[a]l limite del paradosso, svolgendo coerentemente la premessa [...], si dovrebbe dire che non vi può essere interesse ad impugnare un decreto di espropriazione, per incongruità dell’indennizzo, perché è interesse pubblico pagare il meno possibile; che non vi è interesse legittimo ad impugnare il vincolo di bellezza naturale, perché è nell’interesse pubblico imporre il vincolo, così che, fatalmente, l’interesse privato non può essere “orientato” nel suo stesso senso» (*ibidem*). Il riferimento al nesso tra interesse pubblico e interesse privato, pertanto, significa che il primo «non trova nell’ordinamento una tutela diretta, quale conseguenza del riconoscimento di una utilità in capo al cittadino, ma indiretta e mediata, collegata alla cura che, in via principale, l’ordinamento faccia di un interesse pubblico. L’interesse legittimo cioè trova fondamento e tutela nel proprio collegamento [...] con un interesse pubblico alla cui cura l’ordinamento prescrive all’amministrazione di provvedere» (F. SATTA, *op. cit.*, p. 799; in termini identici, ancora in questi ultimi anni, sia per quanto riguarda l’interesse che il privato fa valere davanti al giudice amministrativo, sia per il collegamento dello stesso all’interesse pubblico, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017⁸, p. 198). E il suddetto collegamento vi è «in quanto tale interesse [l’interesse pubblico] sia formalizzato nell’ordinamento, sia, in più semplici parole, divenuto il precetto di legge che si impone all’amministrazione. In nessun caso il collegamento tra l’interesse privato e quello pubblico può risolversi in un contingente collegamento tra interessi concreti», ma deve sussistere a livello astratto, ossia normativo: «nell’obiettività della norma» – conclude Satta – «stanno in uno Stato civile la conciliazione, il punto di equilibrio e la soluzione del conflitto tra irrazionali affermazioni così del pubblico come del privato interesse» (F. SATTA, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*). Quand’è così, ciò vuol dire che il collegamento tra interesse pubblico e privato (la soddisfazione del quale ultimo – ripetiamo – è mediata da quella del primo e, per questo, non coincide con l’interesse oggetto immediato della posizione giuridica del cittadino), deve essere ritrovato a livello normativo. Né sarebbe logico ridurre la sussistenza di tale collegamento al solo caso in cui la disposizione consideri a chiare lettere l’interesse privato, ossia alla sola ipotesi in cui la rilevanza dell’interesse privato sia ricavabile come norma espressa mediante un’interpretazione meramente letterale della disposizione. È invece sufficiente che la rilevanza dell’interesse privato, cioè il suo collegamento con l’interesse pubblico oggetto dell’azione amministrativa, sia ricavabile da quest’ultimo; il che, però, è possibile solo se vi è un nesso di causalità tra (il bene della vita oggetto del)l’interesse pubblico e (il bene della vita oggetto del)l’interesse privato. Non è, cioè, sufficiente che la rilevanza dell’interesse privato dipenda in modo contingente dall’interesse pubblico, per un nesso – come dire – *casuale* e non causale tra di

L'interesse materiale del privato, non specificamente considerato dalla norma, rivela in simili ipotesi tutta la sua limitata rilevanza giuridica autonoma da quello pubblico-funzionale. O, allora, si mette appunto in discussione la centralità della norma come mediatrice dei vari conflitti d'interessi; oppure si accetta che in capo al privato non sussista una posizione giuridica qualificata che egli possa far valere (benché tale e meritevole essa sia in base ad altre norme vigenti). D'altra parte, se vi fosse effettivamente una compatibilità tra il principio di legalità e la rilevanza giuridica pienamente autonoma dell'interesse del privato dall'assetto normativo che indirettamente lo contempla, non dovremmo porci ancora oggi il problema della non completa sindacabilità delle decisioni amministrative – ci sembra –.

Evidentemente, quella dell'interesse del privato può essere una rilevanza non solo mediata ma finanche eventuale. In primo luogo, se il suo interesse non è perfettamente ponderato dalla norma, il soggetto non ha un interesse giuridicamente rilevante da far valere, dal momento che la considerazione del suo interesse non serve per l'esercizio del potere²⁴⁶; ma anche allorché tale interesse debba invece essere considerato, il suo titolare non ha la

essi, o, come dice Satta, a livello concreto e non normativo. Così sarebbe, per stare all'esempio di cui nei contributi citati in questa nota, nel caso in cui il privato insistesse per mantenere il vincolo giuridico imposto dalla p.a. ad un immobile di pregio storico-artistico per tutelare l'interesse pubblico alla salvaguardia delle bellezze individue, contro l'istanza di segno opposto del titolare di un tale immobile, intendendo il primo avvantaggiarsi del fatto che la semplice vicinanza della propria abitazione alla villa storica dia un qualche risalto economico anche alla sua proprietà. Come si vede, l'interesse, il vantaggio, di questo privato è legato totalmente dall'interesse pubblico, giacché è solo dalla contingente, casuale vicinanza del suo immobile a quello oggetto del vincolo posto per tutelare l'interesse pubblico che egli può ricavare una qualche utilità. Come potrebbe, dunque, la norma relativa (all'interesse pubblico) alla salvaguardia delle bellezze individue prendere in considerazione quello e altri interessi che non possono in alcun modo venire in rilievo sulla base dell'interesse pubblico-funzionale astrattamente considerato dalla stessa norma? Non si dubita che la decisione dell'Amministrazione che non tenga conto dell'interesse del privato di cui nell'esempio possa essere una decisione potenzialmente *ingiusta*; certo, però, essa *non* può giudicarsi *normativamente illegittima* per il solo fatto che non considera lo stesso interesse privato che dalla norma non era – né poteva essere, avendo tale norma ad oggetto un interesse pubblico privo di ogni collegamento logico-causale con quello privato – considerato.

²⁴⁶ Il che non toglie che quell'interesse del privato possa essere inciso anche pesantemente dalla decisione. Ne dà conto, con particolare riferimento alla posizione del terzo, Giulia MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa*, cit., p. 231: «tutte le volte in cui una disciplina non prevede una norma 'investitiva', cioè una disposizione che qualifichi e differenzi la posizione del terzo, questi resta il 'chiunque', anche se più intensamente toccato, sul piano fattuale, dall'azione (o inazione) amministrativa». L'interesse a ricorrere, infatti, non è sufficiente a far emergere una posizione differenziata (dando per presupposto che una qualche norma dell'ordinamento la qualifichi) del soggetto "toccato" dall'esercizio del potere. Così, molto chiaramente, CONSIGLIO DI STATO, Ad. plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4: «deve essere tenuta rigorosamente ferma la netta distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione (legittimazione al ricorso) e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), anche prescindendo dal carattere 'finale' o 'strumentale' di tale vantaggio. La legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato. In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dalla invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante. È forse vero che l'accertamento di un vantaggio ritraibile dalla sentenza di annullamento può costituire, talvolta, un indice della esistenza di una posizione giuridica sostanziale attiva, che potrebbe attribuire la legittimazione al ricorso».

possibilità di azionarne la lesione – ossia di chiederne la soddisfazione – al di là della sua funzionalizzazione (del suo ordinamento) all’interesse pubblico²⁴⁷.

Infatti, da un lato, la posizione giuridica che il privato aziona non è riducibile al mero interesse pubblico, ch  il suo interesse non coincide (pi ) con quello alla legittimit  dell’esercizio del potere; dall’altro lato, per , la norma non considera l’utilit  finale del ricorrente autonomamente dall’interesse pubblico perseguito dall’Autorit , perch  nella funzione amministrativa la prima emerge come servente al secondo²⁴⁸. Ci sembra allora che, finch  vi sia uno scarto tra un interesse giuridicamente protetto ed uno, invece, almeno parzialmente pre- o altrimenti meta- giuridico o materiale, vi sia sempre, di necessit , anche una rilevanza della legittimazione ad agire giudizialmente oltre quello che, *stricto sensu*, essa sarebbe: ossia come titolarit  effettiva (e non soltanto assertiva) dell’interesse materiale²⁴⁹.

Per le medesime ragioni, secondo quanto si iniziava a dire ora in nota, non risulta del tutto utile – s’intende: ai fini di una ricostruzione del modo di amministrare pre-illuministico –

²⁴⁷ In questo senso, ci sembra fondata l’obiezione mossa da CARBONE, *Potere e situazioni*, cit., vol. II-1, p. 44, nt. 22, alla tesi espressa da MAGRI, *L’interesse legittimo*, cit., *passim*, in part. pp. 39 ss., 95-108, e 233 ss., poich , nel quadro che fa da sfondo alla proposta di quest’ultimo A., «non esisterebbero interessi di mero fatto differenziabili da quelli legittimi, in quanto comunque la realt  operativa dell’interesse legittimo [...]   quella fattuale». Non a caso Marco Magri parte – come nota CARBONE, *op. ult. cit., loc. ult. cit.* – «dalla necessit  di abbandonare l’ordine logico di stampo soggettivo-individualistico», che, secondo perlomeno il nostro convincimento, non  , se non in parte, scindibile dal principio di normativit : ragion per cui, appunto, stiamo cercando il fattore che non consente la piena sindacabilit  delle decisioni amministrative a partire dalla centralit  dell’elemento normativo. Proprio per questo, peraltro, lo stesso Magri ha perfettamente ragione quando denuncia che la «legittimazione [...] assolve una distinta funzione “di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l’aspetto di un controllo di meritevolezza dell’interesse sostanziale in gioco”» (p. 330); solo che – ribadiamo – non ci pare possibile scindere i suddetti due aspetti.

²⁴⁸ Convincono le affermazioni di VOLPE, *Norme di relazione*, cit., p. 242, secondo il quale «la protezione diretta dell’interesse del privato si esaurisce con il riconoscimento della legittimazione a ricorrere, divenendo – da questo punto del giudizio in poi – *occasionale*, in quanto necessariamente subordinata alla protezione dell’interesse pubblico. Viceversa, la protezione dell’interesse pubblico presuppone la protezione dell’interesse privato ai meri fini dell’ammissibilit  del giudizio (o della sua perseguibilit ). Superata che sia quella valutazione, la protezione dell’interesse pubblico acquisisce nel giudizio amministrativo carattere autonomo e diretto».

²⁴⁹ Osserva, in generale, F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarit  o affermazione?*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione. Atti del secondo colloquio fiorentino di diritto amministrativo (Firenze, 31 maggio 2019)*, a cura di C. Cudia, Torino, Giappichelli, 2020, p. 56, che, «qualora si ritenga [...] che l’interesse legittimo sia l’aspirazione ad un bene a soddisfazione non necessaria esistente gi  *in limine litis*, si tender  a far coincidere la legittimazione a ricorrere con l’effettiva titolarit  di tale interesse, il cui riconoscimento non implicher  il soddisfacimento della pretesa finale» (cfr., invece, Parte Seconda, Cap. IV., par. III.1., nt. 285). Su questa declinazione della legittimazione ad agire/ricorrere e sulla sua eziologia si vedano, pi  specificamente, CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., pp. 125 ss. e 175 ss., nonch , ancora una volta, l’ampia ricostruzione di CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. II-1, cit., pp. 50 ss. Peraltro, come gi  anticipato, si pu  concordare con quest’ultimo A. solo nella misura in cui si reputi condivisibile la sua tesi di fondo (che, fino almeno ad un certo punto, lo  , per quanto   utile alla ricostruzione relativa al periodo pre-rivoluzionario che stiamo impostando). Secondo tale tesi, nella struttura della funzione acquisirebbero sempre un rilievo giuridico diretto anche gli interessi materiali del privato destinatario del potere, i quali potrebbero quindi divenire oggetto dell’accertamento giudiziale. Vedremo a breve quale sia la ragione – il fattore – per cui, oltre un certo segno, ci dobbiamo discostare da questa ricostruzione che potremmo dire essere incentrata soprattutto su una compiuta, integrale rilevanza giuridica dell’elemento funzionale.

nemmeno la tesi del più volte citato Andrea Carbone. Questi, in particolare, afferma che il riconoscimento della rilevanza integrale conferita dall'ordinamento normativo all'elemento funzionale è sufficiente ad attribuire piena rilevanza agli interessi finali dei privati, divenendo la regola di prevalenza tra gli interessi azionabile una volta che sia stato 'staticizzato' l'elemento elastico della 'fattispecie di potere', ossia il rapporto tra gli stessi (il cd. 'merito'); ciò che può ben avvenire anche mediante la scelta (non univoca tra quelle compatibili con il dettato normativo) dell'Amministrazione²⁵⁰.

Questa tesi, nondimeno, non sfugge affatto alla "logica della normatività" sin qui descritta, ma, nell'imprimerle una declinazione certo maggiormente garantistica per il privato, implicitamente però la presuppone e le dà conferma e compimento. La sindacabilità della stessa decisione amministrativa discrezionale, infatti, presuppone la 'staticizzazione' dell'esercizio del potere in una norma di precedenza tra interessi; solo allora si può verificare la correttezza della decisione, verifica che passa ancora, cioè, attraverso il confronto tra due norme²⁵¹. Tutto continua pertanto a dipendere, anche in tale ricostruzione, dalla capacità di

²⁵⁰ La tesi di Carbone vale appunto a chiarire che la valorizzazione dell'elemento della 'funzione' non comporta affatto una rilevanza dell'interesse del privato solo di tipo indiretto rispetto alla valutazione previamente svolta della p.a., ma, al contrario, che la possibilità che il giudizio verta sulla «pretesa all'utilità finale» del privato «deriva dall'inserirsi, la pretesa stessa, nel modello strutturale della funzione, [...] di cui quindi le situazioni giuridiche coinvolte vengono a partecipare» (CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 507; sulla *pars construens* della trattazione, ivi, cap. V, pp. 416 ss.). Certo, si può dubitare che l'intero iter di formazione della decisione amministrativa – persino di quella discrezionale – sia funzionalizzato (è questa la riserva espressa al lavoro di Carbone da M. TRIMARCHI, *A proposito di "Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. 1. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)" di Andrea Carbone*, in «Diritto processuale amministrativo», IV (2021), pp. 845 ss., e, analogamente, da E. ZAMPETTI, *Riflessioni su processo amministrativo e situazioni giuridiche soggettive in dialogo con Andrea Carbone*, in «P.A. Persona e Amministrazione», IX (2021), p. 558, secondo il quale la condivisione della ricostruzione complessiva di Carbone «presuppone [...] che si concordi con le premesse dell'Autore [...]»). Tuttavia, ciò non toglie che, una volta positivamente appurato che l'esercizio del potere non possieda profili irrilevanti per il diritto, la conclusione non possa, logicamente, che andare nella direzione segnalata da Andrea Carbone; e in fin dei conti, la condivisione o meno, poi, dei dettagli del particolare percorso ricostruttivo seguito da questo studioso ha un rilievo molto più modesto.

²⁵¹ La prospettiva si coglie specialmente in CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, vol. I, cit., p. 509, dove si ripropone sostanzialmente il paradigma del bilanciamento indiretto o di secondo grado di cui parla – come si è visto – Giorgio Pino. In particolare, si afferma che, mentre la regola di precedenza tra interessi (il caso è peraltro il più problematico, ossia quello dell'esercizio discrezionale del potere) è formata dall'Amministrazione, «[i]l sindacato del giudice prende in considerazione l'accertamento *come contenuto della decisione amministrativa portata al suo cospetto*, e ad esso si rapporta in ordine alla determinazione della situazione giuridica, che viene in questione quale oggetto del giudizio» (corsivo aggiunto). In questo modo, la «regola discrezionale, eventualmente determinata in sede amministrativa, può invece essere contestata, in ragione della violazione di specifiche previsioni normative o di principi di ordine generale, senza però la possibilità di intervento sui margini di opinabilità di una scelta che superi indenne la confutazione» (*ibidem*). Ciò a cui, infatti, Carbone fa riferimento è un sindacato «non direttamente sostitutorio, bensì confutatorio, volto, cioè, alla verifica del rispetto, da parte della P.A., di specifiche previsioni normative o di principi di ordine generale dell'azione amministrativa» (p. 327). Di conseguenza, la pretesa del privato al bene della vita che gli interessa in tanto è giuridica e non materiale (giuridicamente irrilevante in forma autonoma), in quanto essa resti assorbita – o, come abbiamo cercato di spiegare, in quanto *possa restare assorbita*, in ragione della natura dell'interesse pubblico-funzionale – nel vincolo normativo relativo alla funzione con il quale la regola di precedenza tra interessi può essere confliggente. Tutto, insomma, dipende ancora dalle norme e dalla compatibilità tra norme, le quali continuano a mediare il conflitto in sé degli interessi. Esempifica bene il

incidenza dell'interesse pubblico-funzionale e astrattamente primario, nell'assetto normativo, su quelli che, sempre in base a quest'ultimo, sono secondari.

Così, se la natura dell'interesse pubblico-funzionale non è tale per cui la sua soddisfazione sia in grado, potenzialmente, di soddisfare anche quelli dei privati, l'ordinamento dei secondi al primo può senz'altro spiegare razionalmente le ragioni della recessività dei medesimi (quest'ultima, infatti, è necessaria alla soddisfazione dell'interesse per cui il potere si esercita). E tuttavia, ciò che esso non è in grado di fare è appunto dare soddisfazione, *nemmeno virtualmente*, agli interessi dei privati, se non nella misura in cui questi – ecco il punto – siano nei fatti, ossia contingentemente, “orientati nello stesso senso” di quello del soggetto pubblico e tra di essi non vi sia un contrasto, ossia se guardino allo stesso risultato.

L'interesse del privato continua perciò ad essere rilevante e, inoltre, a poter trovare soddisfazione solo in base al nesso di incidenza logico causale che intercorre tra i beni della vita che esso e l'interesse pubblico hanno ad oggetto. In questo modo, soltanto allorché il bene oggetto dell'interesse pubblico-funzionale e quello oggetto dell'interesse privato presentino una natura *omogenea* è possibile che la valorizzazione integrale del momento funzionale – condivisibilmente proposta, comunque, da Carbone – possa rappresentare un espediente effettivamente capace di rendere giustiziabile in misura piena l'interesse del privato.

Con ‘natura omogenea’ tra i due beni della vita e, per traslato, tra i due interessi, non si vuole indicare altro se non la reciproca capacità di soddisfacimento dell'un interesse mediante quello dell'altro: che, cioè, tra i due beni corre una sorta di *nesso di causalità reciproca*²⁵². Invece, se l'interesse pubblico-funzionale e quello del privato non sono fra loro

punto il tema della cd. riedizione del potere in sede di ottemperanza, sul quale ci si limita a rinviare alla recentissima sentenza del CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, n. 1451/2022 del 1 marzo 2022: «i vizi di violazione e di elusione del giudicato non sono configurabili quando la pronuncia del giudice comporti margini di discrezionalità in relazione ai quali l'Amministrazione può imporre nuovamente l'assetto di interessi che più ritiene congruo rispetto a quello affidato alle sue cure, salvo il rispetto delle statuizioni di natura conformativa derivanti dall'impianto motivazionale del giudicato, al di fuori delle quali una situazione di inottemperanza non è configurabile. In altri termini, deve escludersi che qualunque ulteriore esercizio del potere amministrativo, che sia collegato in qualunque modo ad una precedente pronuncia giurisdizionale, sia sempre e comunque sottoponibile al sindacato di merito del giudice dell'ottemperanza». Nel medesimo senso, già E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009², pp. 202-205; S. TARULLO, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, tomo I, pp. 396-398.

²⁵² È questa la conclusione che si può trarre dalla acuta analisi di DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 290-296. Ponendo, come fa l'A., «il conflitto tra interesse individuale [*rectius*, privato-parziale, della parte] [...] potenziale ed interesse collettivo [...]», si deve affermare che tale conflitto non può realizzarsi «tra interesse individuale finale ed interesse collettivo [...]» (pp. 291-292). Infatti, è soprattutto in relazione alle circostanze fattuali che il soddisfacimento dell'interesse privato-parziale entra in conflitto con quello collettivo (o pubblico: ai nostri fini non si fa questione di etichette) e funzionale, mentre, di per sé, l'interesse privato-parziale costituisce potenzialità di quello pubblico e, anche viceversa, quello pubblico-funzionale si esprime per il tramite di quello privato-parziale. Tutto il contrario, insomma, che nell'ipotesi in cui non ricorra il detto nesso di causalità reciproca: in questo caso, l'interesse privato-parziale non si configura affatto come

omogenei, non è affatto possibile, nemmeno in sede di giudizio, mutare l'interesse normativamente stabilito come pubblico-funzionale per individuarne uno che denoti tale carattere rispetto a quello privato, e che quindi sia in grado – potenzialmente ma non necessariamente, ossia comunque mediatamente a sé – di dare soddisfazione anche all'interesse del cittadino. In una siffatta evenienza, davvero – ci sembra – *'giudicare l'amministrazione è ancora amministrare'*.

Dicendo che l'interesse pubblico non può dare soddisfazione a quelli dei privati nemmeno virtualmente intendiamo pertanto dire che il primo si pone sempre, per sua natura, in conflitto con i secondi; che i secondi non possono, se non – ribadiamo – casualmente in base alle circostanze fattuali, trovare soddisfazione mediante la soddisfazione del primo. Con un esempio quasi di scuola, potremmo affermare che l'interesse del privato alla conservazione della disponibilità di un terreno oggetto di dichiarazione di pubblica utilità non viene in rilievo come tale se non in quanto – come sappiamo – la sua non considerazione riveli la non correttezza del perseguimento dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera. Ma, invero, va osservato altresì che la sua tutela non potrebbe essere assicurata neppure appellandosi alla stessa misura del sacrificio che gli si è imposto in nome dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera: cioè nemmeno mediante un sindacato sul cd. merito, ossia vertente sull'assetto specifico del rapporto tra gli interessi pubblico e privati. Che utilità può avere, infatti, anche sindacare il merito della decisione (qui, evidentemente, discrezionale) se comunque il massimo risultato sperabile è una revisione della misura della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato²⁵³? In questo senso, la recessività dell'interesse del privato è *razionalmente spiegata ma non giustificata*; essa risulta così in certo modo non solo come comandata, ma anche come *imposta*, in quanto non motivata che dalla utilità o, per l'appunto, dalla funzionalizzazione dello stesso interesse privato-particolare a quello pubblico, senza però che da tale funzionalizzazione possa, nemmeno potenzialmente, derivare la soddisfazione anche dell'interesse privato²⁵⁴.

potenzialità espressiva di quello pubblico-funzionale. Allora, l'alternativa è semplice: o, ad esempio in sede di giudizio-controllo, si può modificare l'interesse pubblico-funzionale individuandone uno che si connota per quel suddetto nesso di reciprocità con l'interesse privato-parziale; oppure, si presenterà sempre il problema della rilevanza non pienamente autonoma di quest'ultimo, con annessa non piena sindacabilità delle decisioni paramtrate a quel siffatto interesse pubblico, in quanto – appunto – non parametrabili ad un diverso fine, o istanza, o criterio decisionale che dir si voglia, che possa dare potenzialmente soddisfazione all'istanza privata.

²⁵³ Ricordiamo che il sindacato sul merito verte – come precisa oggi autorevole dottrina – sull'«esatta determinazione della 'misura' di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi pubblici frutto delle ponderazioni discrezionali dell'Amministrazione» (POLICE, *Attualità*, cit., pp. 1454 ss.).

²⁵⁴ In proposito, facciamo nostro un esempio portato da CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 266, in relazione al vizio di ingiustizia manifesta di una decisione. Lasciamo peraltro da parte il vizio in sé, che semmai indica come la dinamica che stiamo più in generale descrivendo non possa a volte essere ignorata per l'entità macroscopica delle conseguenze cui essa condurrebbe. La logica che va messa in risalto è – detta quindi con

Manifestamente diversa, per converso, sarebbe l'ipotesi del sacrificio, ad esempio, dell'interesse commerciale del privato determinato, in nome dell'interesse pubblico al mantenimento della concorrenza, dal diniego dell'autorizzazione a concludere un'intesa con altri operatori economici di un dato settore. In un simile caso, infatti, lo stesso interesse pubblico *in funzione del quale* si sacrifica quello del privato potrebbe benissimo essere invocato, in differenti circostanze, dallo stesso privato per tutelare quel suo medesimo interesse commerciale. Pertanto, la soddisfazione dell'interesse commerciale del soggetto privato resta mediata da quella dell'interesse pubblico; essa, però, non si ottiene solo in base alla contingente situazione di fatto che, casualmente ma non causalmente, "orienti" nello stesso senso entrambe le predette istanze, sicché il privato possa avvantaggiarsi del non corretto perseguimento dell'interesse pubblico solo in tale precisa misura. Al contrario, nell'ipotesi ora in esame, e ovviamente supponendo una integrale valorizzazione dell'elemento della funzione quale Carbone auspica, *la soddisfazione dell'interesse pubblico-funzionale alla concorrenza non può andare disgiunta non solo dalla considerazione dell'interesse privato alla massimizzazione del profitto (considerazione che è necessaria al raggiungimento del primo), ma nemmeno dalla possibilità o potenzialità della soddisfazione dello stesso*. In altri termini, l'interesse pubblico non si pone, per tale sua connotazione intrinseca, necessariamente in concorrenza rispetto a quelli privati, come invece fa un qualsiasi altro interesse parziale rispetto ad altri interessi parziali ancora.

Non si sta sostenendo che l'interesse di cui l'Amministrazione si fa carico debba essere sempre un interesse 'comune', 'di tutti e di ciascuno', ossia un «interesse» che «non si oppone» mai «agli interessi particolari, ma è frutto di un loro dinamico e costante equilibrio»²⁵⁵. Anzi, può ben accadere, e – come vedremo nella Parte Seconda del lavoro – accadeva anche in Antico Regime, che esso non abbia – né avesse – come carattere necessario quello della «generalità»²⁵⁶. Come, tuttavia, rendere giustiziabile l'interesse del

un esempio esagerato ma chiarificatore – quella per cui la «decisione di sanzionare con la chiusura un negozio che è rimasto aperto cinque minuti oltre l'orario previsto» ben può rispondere all'«interesse pubblico all'ordinato svolgimento delle attività commerciali». Tale interesse pubblico, cioè, «potrebbe anche esigere sanzioni 'esemplari'», ma ciò, evidentemente, «contrasta con i criteri di comportamento della *communis opinio*». L'aspetto interessante che Cudia sottolinea è, in altre parole, che in questo – limitatissimo – caso-tipo (il vizio di ingiustizia manifesta) la tutela dell'interesse del privato *prescinde da quella della sua corretta funzionalizzazione all'interesse pubblico*. Anzi, «[q]ualora [...] l'ingiustizia fosse valutata dal punto di vista del potere, [...] finirebbero per coincidere l'oggetto della decisione e il parametro utilizzabile per sindacarla» (*ibidem*): ciò che appunto costituisce, secondo quanto stiamo sostenendo, il nucleo del problema. Non riportiamo invece le altre conclusioni che l'Autrice trae in quanto queste afferiscono alla sua – per noi non condivisibile – *pars construens*, nella quale ella auspica in sostanza che si delinei, con ancor maggiore nettezza di quella attuale, un ambito decisionale riservato per la p.a.: tesi, dunque, che va nella direzione esattamente opposta a quella che ci pare corretto intraprendere, e per la ricostruzione storica e, invero, per quella amministrativistica odierna.

²⁵⁵ SCOCA, SPASIANO, *Nozioni introduttive*, cit., p. 11.

²⁵⁶ Ivi, p. 16.

privato se la dissociazione tra interesse pubblico-funzionale e natura generale dello stesso si ripete anche in sede di controllo? Come azionare, cioè, l'interesse del privato se tutto ciò che rileva è l'oggetto del vincolo normativo e questo è dato spesso solo dalla 'funzione'?

Sappiamo ormai, infatti, che si perviene per questa via alla considerazione meramente indiretta degli interessi parziali-privati, i quali vengono in rilievo esclusivamente in quanto ciò sia necessario per il loro ordinamento a quello pubblico-funzionale. Gli interessi dei privati, detta ancora diversamente, non possono mai, se non sono oggetto diretto e compiuto di una ponderazione normativa, venire soddisfatti in quanto tali, ma solo perché occasionalmente, e non ontologicamente, concordi con quello pubblico-funzionale. Di conseguenza, essi restano per forza *pre-giudicati* come recessivi rispetto a quello pubblico, o, meglio, rispetto a quello di cui è portatore il titolare del potere pubblico (pubblico, come dicevamo, in senso soggettivo ma non oggettivo).

Quello, perciò, che per il liberalismo e, come abbiamo visto, ancora di recente per giuristi illustri come Filippo Satta, è questione di "civiltà", per il mondo pre-rivoluzionario e pre-illuminista sarebbe stato un *monstrum*, un vero e proprio dispotismo²⁵⁷. Il dispotismo, ecco, sia pure circoscritto oggi finché si vuole, di un potere che non ha bisogno di ricercare il fondamento dei propri comandi e che non trae da questo la propria legittimazione politica; un potere che, invece, giustifica gli stessi sulla base della sua sola investitura politica, rinviando la problematica del fondamento – ossia della giustizia – del loro contenuto alla possibilità di modificare in astratto, per il futuro, la stessa norma. Alla fine, certo, l'elemento che fa la differenza è sempre, come si evince, la retta coscienza individuale e privata di chi esercita un pubblico potere.

Giustiziabilità piena di una decisione di potere, in conclusione, significa rilevanza giuridica pienamente autonoma di *tutti* gli interessi che entrano a far parte dell'assetto stabilito dalla stessa.

Ci resta solo, a questo punto, da illustrare ciò a cui il privato faceva appello quando supplicava il Sovrano 'per la giustizia', quando cioè si sentiva leso in un proprio interesse: tutto ciò che in effetti serviva per mettere in moto la 'funzione giurisdizionale'.

²⁵⁷ Notare il cambiamento della concezione di dispotismo tra Antico e Nuovo Regime.

CAPITOLO III.

LA «SOVRANITÀ ISTITUZIONALE» E LA GIUSTIZIA COME ONTOLOGIA DEL RAPPORTO GIURIDICO

Sommario: I. Verso un diverso paradigma di controllo. – II. Due differenti approcci al fenomeno giuridico: la ‘giustizia’ tra precetto indeterminato e interesse-fine ultimo dell’esercizio del potere. – II.1. Il presupposto della piena sindacabilità delle decisioni amministrative e la compatibilità con essa della molteplicità degli assetti di interessi discrezionalmente configurabili: la giustizia naturale ossia la logica di fondo del rapporto giuridico. – III. Proposta per una diversa lettura delle peculiarità storico-giuridiche dell’età moderna o Antico Regime.

I. Verso un diverso paradigma di controllo

Quanto sin qui considerato ci porta ad affermare che la sindacabilità piena delle decisioni che perseguono interessi pubblici negli ordinamenti di Antico Regime, documentataci dalla stessa storiografia fiorentina, non segnala l’inesistenza di una ‘funzione amministrativa’, bensì l’esistenza di una ‘funzione giurisdizionale’ anche rispetto a questo genere di atti potestativi. Inizieremo a far emergere quest’ultima dalla considerazione dei vincoli posti al potere sovrano.

Ora, lo *ius naturale* e lo *ius divinum* operavano con il duplice valore di «argine», di «limite», di confine esterno alla discrezionalità del Sovrano, e, al contempo, di sua «ratio» ossia «parametro di orientamento» (limite interno-conformativo)¹. Era sempre nello *ius naturale* e in quello *divinum* che, seppur – come meglio diremo – indirettamente², si radicavano del resto i diritti³ che il singolo Magistrato incideva ‘amministrando’, ossia ordinandoli ad un certo interesse pubblico.

¹ Le citazioni sono tratte tutte da MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 121-127. E – osserva a chiusura l’A. – proprio la «comparsa dell’elemento della *ratio* è un indizio chiaro che il vincolo dello *ius naturale* non si esaurisce nella semplice identificazione di limiti insuperabili, ma attiva un rapporto dinamico in cui esso non agisce solo come argine esterno ma entra nell’*arbitrium* qualificandone il contenuto e orientandone le scelte» (p. 127). Nello stesso senso, già V. FROSINI, *Il diritto di grazia fra la regola e l’eccezione*, Torino, Edizioni di Filosofia, 1976, p. 393, secondo il quale la ‘grazia’ «si contrappone alla regola giuridica, in quanto eccezione giuridica ispirata ad una logica diversa da quella delle norme; ma che tuttavia opera e vale perché compresa nel più vasto insieme di un ordinamento giuridico, che non si riduce al sistema delle norme scritte». Cfr. M. STRONATI, *Il governo della «grazia». Giustizia sovrana e ordine giuridico nell’esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 507. Tutto ciò valeva per il principe e il suo *arbitrium liberum*, ma valeva inoltre, a maggior ragione, per gli apparati subordinati e altresì – nonostante la loro autonomia politica – per i feudatari: i quali tutti, infatti, erano portatori di un *arbitrium regulatum* e, cioè, a *iure limitatum* (sul quale, in generale, sempre MECCARELLI, *op. cit.*, pp. 97 e ss.; v. *amplius* Parte Seconda, Cap. IV.).

² Altrimenti tali diritti non sarebbero stati derogabili per alcuna ragione: cfr. *infra*, in questo Cap., par. II.1.

³ GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., p. 638, spiega che lo «*ius naturale* e con esso gli *iura naturalia*» vanno «intesi nel senso oggettivo di istituti o norme e talvolta anche in quello soggettivo di diritti».

Si tratta soprattutto di comprendere, a questo punto, come quell'ordine giuridico sovraordinato si ponesse, specialmente in sede di ricorso al Principe, come parametro di controllo rispetto alla decisione funzionalizzata a quel dato interesse collettivo, alla realizzazione non ermeneutica di valori giuridici.

Il riferimento al superiore ordinamento dello *ius naturale* e *divinum* deve essere riformulato rispetto alla sua connotazione esclusivamente 'normativa' propugnata dal giusnaturalismo moderno, da Grozio in poi. In altre parole, è imprescindibile, allo scopo di questa indagine, uscire dal paradigma del controllo come verifica del rispetto di un limite.

Esso – come visto – sottintende infatti una netta separazione tra valori giuridici (normativamente considerati) e non giuridici (al di là del vincolo normativo), e questi ultimi, benché magari di fondamentale importanza per il singolo, non sono tuttavia azionabili in modo pienamente autonomo se non in via sostanzialmente graziosa ossia non come cosa 'dovuta' o, per l'appunto, 'giuridica'.

L'aver notato che controllo processuale e giurisdizione sono due cose non sovrapponibili; che vi può ben essere, non a caso, anche un 'amministrare processuale'; che, in definitiva, *o si amministra o si giudica*, non ci sembrano rilievi privi di pratica rilevanza da un punto di vista della rappresentazione storica complessiva. Non lo sono, perlomeno, nella misura in cui rivelino che il pluralismo giuridico tipico dell'esperienza di Antico Regime⁴ non era radicalmente antitetico ad una preminenza tra gli enti titolari del potere basata (anche) su un rapporto di direzione-normazione ed esecuzione-attuazione⁵. La prima attività, del resto, che per mole si impone agli occhi di chi si accosti allo studio dell'Età moderna non è la risoluzione di controversie, come abbiamo visto che la stessa storiografia fiorentina ben sottolinea a più riprese; è, invece, l'emanazione di ordini, da parte di speciali Magistrature, volti a perseguire pubblici interessi⁶. Nel che, ci sembra, si può cogliere intuitivamente la

⁴ Inteso come pluralismo dei centri di potere più che nel senso liberale di mera «fine alla pretesa» dello Stato centrale «di monopolizzare la rappresentanza di qualsiasi interesse collettivo». L'opportuna precisazione si trova in L. MANNORI, *Una o plurima? Le immagini della Nazione nella cultura costituzionale dell'Italia preunitaria*, in «Quaderni fiorentini», L (2021), pp. 461 ss.

⁵ Coerentemente *contra* – è superfluo precisarlo – MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., spec. p. 47, in ragione delle premesse da essi sposate e che tuttavia non ci sentiamo di poter condividere.

⁶ In questo senso, GORLA, *Appunti sui «Tribunalia»*, cit., p. 245, ricordava che le peculiarità dei numerosi tribunali 'amministrativi' erano dovute al fatto che essi «sono stati istituiti “[...] ex causa publica et favore Reipublicae, cujus intersit quoddam causarum genus non nisi sub uno iudice esse debeat”» (il virgolettato alto è di G.B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis, et Justitiae, sive decisivi discursus per materias, seu titulos distincti, et ad veritatem editi in forensibus controversiis Canonice et Civilibus, in quibus in Urbe Advocatus, pro una partium scripsit, vel consultu respondit*, Venetiis, Balleonium, 1734, Lib. III, pars I, *De iurisdictione et Foro competenti*, disc. CVIII, § 6). Sulla figura di De Luca e per un inquadramento del suo contributo scientifico, si veda A. MAZZACANE, *De Luca, Giovanni Battista, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXXVIII, Roma, Treccani, 1990; I. BIROCCHI, E. FABBRICATORE, *De Luca, Giovanni Battista (Venosa, 1613/14 - Roma, 5 febbraio 1683), ad vocem*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 685-689; A.

particolare dimensione che la vocazione funzionalmente amministrativa acquisiva nell'epoca moderna rispetto al tempo medievale, dominato invece soprattutto da un'immagine del potere rigorosamente «filtrata» dai «gradi intermedi della gerarchia»⁷.

Gli Stati Estensi, su cui i due Capitoli della Parte Seconda si concentreranno più da vicino come *'case study'*, costituiscono in questa prospettiva una fonte d'interesse non indifferente: specialmente per il fatto che, a differenza di altre realtà politiche coeve come quella toscana, essi risultavano abbondantemente divisi in 'Stati mediati'⁸ e 'Stati immediati'. Fino al sopraggiungere dei rivoluzionari francesi nel 1796, cioè, il contesto che intendiamo studiare facilita non poco l'esame comparatistico tra le peculiarità di due distinte esperienze giuridiche, le quali non lasciano del tutto la mano l'una dell'altra se non una volta varcate, ormai, le soglie della contemporaneità.

Pluralismo politico, amministrare (non solo, ma anche, come vedremo) 'esecutivo' e sindacabilità piena finanche dell'esercizio discrezionale del potere non ci sembrano cose in totale contraddizione, come invece ci sono presentate dalla storiografia fiorentina. Alla base di questa nostra tesi vi è, in particolare, che l'esistenza di plurimi centri di potere capaci, quantomeno, di *autodeterminazione normativa*⁹ era il riflesso dell'assenza di ogni

DANI, *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in *La giustizia dello Stato Pontificio in età moderna*, a cura di M.R. Di Simone, Roma, Viella, 2011, pp. 125-148.

⁷ COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 306: «Per la definizione della immagine medievale della sovranità erano necessarie due condizioni: il potere emergente e assorbente del sovrano, ma anche la stretta relazione del sovrano con i gradi intermedi della gerarchia. L'immagine medievale della sovranità era filtrata attraverso la gerarchia. L'origine del concetto moderno di sovranità coinciderà con il momento in cui nella definizione di quel concetto gli anelli intermedi non saranno più parte essenziale». Cfr., più di recente, ID., *Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in «Quaderni fiorentini», L (2021), p. 36.

⁸ Aree sottoposte ad un qualche diaframma o autonomia di potere, soprattutto feudale.

⁹ Cfr. le osservazioni presenti in CANNIZZARO, *Il pluralismo*, cit., p. 253, dove si evidenzia che «nell'ambito delle prime monarchie assolute ciò che conta è assicurare al sovrano il predominio politico, e non anche il monopolio della produzione normativa»: per questo, «per un certo tempo [...] la sovranità istituzionale del sovrano convisse pacificamente con il pluralismo normativo che caratterizzava i rapporti giuridici nella società da esso governata». Sempre a tal proposito, scriveva lo stesso MANNORI, *Una o plurima?*, cit., p. 463, che «le comunità di primo livello poterono continuare a godere della loro antica *'libertas'*» consistente nell'aver una certa disponibilità del diritto. Peraltro, all'interno di questo complessivo contesto plurale è possibile isolare differenze di rilievo. In particolare, le rispettive peculiarità dello Stato 'mediato' e di quello 'immediato' sono da individuarsi, come si dirà più nel dettaglio nei Capitoli IV. e V., nello scarto tra *'autonomia'* (sfera di decisione riservata derivante soprattutto dalla patrimonialità della *iurisdictio*) e più semplice *'capacità di autodeterminazione normativa'*, che anche le città immediate conservavano in certe materie per tutto l'arco dell'Età Moderna, o almeno fino all'epoca delle riforme fisiocratiche (sul punto, L. MANNORI, *'Autonomia'. Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia e Italia*, in «Quaderni fiorentini», XLIII (2014), spec. pp. 73-85). La *'libertas'*, infatti, era «il diritto» delle comunità territoriali «di continuare a "vivere secondo le proprie leggi" e sotto il governo dei "propri magistrati"» (ID., *Una o plurima?*, cit., ancora p. 463), di mantenere «"il dominio delle proprie cose [...] ed i beni destinati pel mantenimento del Comune"» (ID., *Il Sovrano tutore*, cit., p. 53; cfr., altresì, pp. 93-94). Era, dunque, la disponibilità del «diritto dei rapporti privati fra privati cittadini» che, in generale in Europa, continuava «fino alla squassante ventata rivoluzionaria» ad essere ambito mai organicamente disciplinato dal potere politico e, quindi, non ordinabile nella scala di un *univoco ordinamento normativo* (citazioni di GROSSI, *L'Europa*, cit., pp. 124-125). Centralità normativa, questa, che, come abbiamo detto nel Capitolo precedente, rappresenta invece l'elemento che segna il vero mutamento dei rapporti tra potere e società. Sempre sulla nozione di *'autonomia'*, P. COSTA, *«Così lontano, così vicino»: il Comune medievale e la sua 'autonomia'*, in «Quaderni fiorentini», XLIII (2014), spec. a p. 693,

«assolutismo giuridico»¹⁰; l'origine consociativa degli ordinamenti antichi – forse specialmente nella penisola – testimoniava con decisione la necessità di ricondurre anche l'elemento del potere a quello del rapporto giuridico¹¹.

L'esperienza d'Antico regime, in questo senso, consente di recuperare la dimensione eminentemente relazionale, ossia sociale, del potere (e, per traslato, del diritto) e di coglierne la cifra specifica: anche il potere è *strumento* di ordinamento fra interessi perché scaturisce da un rapporto giuridico che è esso stesso 'ordinamento'¹². Il potere, cioè, era soprattutto funzionale al rapporto e alla disciplina del rapporto; non solo, né prima di tutto, fonte del rapporto. I termini si invertono rispetto ai percorsi di senso che le Rivoluzioni illuministico-liberali avrebbero inaugurato.

puntualizza il significato più forte della stessa richiamando, in particolare, Johannes Althusius: «autonomia si colloca al centro di un campo semantico che include vari lemmi, quali *iura regalia*, *iurisdictio* e *imperium* [...] che la civilistica medievale aveva introdotto per rappresentare e legittimare il potere di governo della città comunale», sicché «non sembra determinante, in Althusius, la collocazione della città in un sistema di relazioni (in qualche modo) gerarchiche, che pure egli tiene perfettamente presente». Sul divario, infine, che separa la più antica 'autonomia'-'autogoverno' dalla contemporanea 'autonomia'-'decentramento', si rinvia a SORDI, *Selfgovernment*, cit., spec. pp. 147-148, il quale precisa che è (solo) nel XIX secolo che «l'espressione [selfgovernment] [...] abbandona la sfera etica della "capacità di un soggetto di governare se stesso senza interferenze esterne" [...] per abbracciare una dorsale tutta interna alla sfera del potere pubblico, ed inizia quindi ad orientarsi, in modo peculiare, lungo l'asse centro-periferia, rivestendosi di connotati tipicamente amministrativi [...]».

¹⁰ Si vuole cioè segnalare la contrapposizione tra pre-contemporaneità pluralista – soprattutto dal punto di vista della capacità normativa – e contemporaneità 'monista', a ribadire una volta di più che la «cultura legolatrica dell'Ottocento» è il «frutto d'una tensione monistica a ridurre il diritto in norma *autoritaria*» (P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, p. 33; corsivo nostro), «che tutt'oggi ci domina» (ID., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, p. 274). Entrambi i contributi citati si trovano oggi raccolti in GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

¹¹ COSTA, *iurisdictio*, cit., p. 71, definisce il potere, con una definizione molto utile anche in quanto ampia, come «relazione ineguale». Ma il potere è una relazione che designa «non già qualsiasi possibilità di esercitare 'potenza' e 'influenza' su altri uomini», ma che si delinea rispetto a «un determinato contenuto». La posizione di 'potere', in altre parole, si instaura in «un insieme di rapporti», in «uno schema di relazioni precedente logicamente ai rapporti reali che secondo esso si svolgeranno» (ivi, pp. 80-81). Sulle peculiarità dell'assetto dello 'Stato moderno', in generale, G. CHITTOLINI, *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello stato del Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 29 e ss.; più succintamente ID., *La città europea tra Medioevo e Rinascimento*, in P. Rossi (a cura di), *Modelli di città. Strutture e funzioni politiche*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 370-393. Per un contributo assolutamente chiarificatore, si veda però soprattutto M. FIORAVANTI, *Stato (Storia)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, spec. pp. 750-751, dove si nota: «una straordinaria pluralità d'interessi organizzati, di poteri più o meno antichi, più o meno nuovi, in termini di corporazioni, di clientele, di comunità, di patronati, di famiglie, [...] riconoscono, non perdendo la loro distinta individualità, la necessità e l'opportunità di comuni pratiche normative impersonate anche dalle stesse riforme del Principe. Alla base di tutto ciò [...] c'è la crescente interdipendenza dalle altre forze in campo, la necessità di comuni punti di riferimento, [...] funzionali a rinsaldare nel presente i rispettivi ambiti di dominio, a trasformarli secondo esigenze e bisogni nuovi. La storia dello Stato moderno è allora la storia di questo faticoso, ed instabile, assestarsi degli interessi in gioco su un certo territorio; è inscindibilmente storia politica e sociale». Si potrebbe insomma riassumere, estendendo l'affermazione di P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro?*, in «Quaderni fiorentini», XXXI (2002), p. 57, con il dire che «l'universale né disturbò il particolare né fu da questo disturbato».

¹² Così S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, spec. p. 308, il quale, dopo aver confutato che «la potestà non nasca dal rapporto» (non diversamente, dunque, da Pietro Costa), afferma che essa «al contrario scaturisce dalla composizione, necessariamente imperfetta, di un rapporto conflittuale», e quindi «si esercita attraverso tanti [ulteriori sotto]rapporti quanti sono quelli che si determinano, poi, nel contrasto tra l'interesse funzionale di chi detiene la potestà e di chi vi è soggetto».

Ecco, quindi, il punto: nel panorama ‘composito’ d’Antico Regime, l’esistenza di una sfera di diritto indisponibile finanche per il Sovrano non poteva risolversi in un limite che separa(va) un potere formale ed uno materiale; in un’unità politica da raggiungersi mediante l’accordo ufficioso, extra-istituzionale, tra enti che esercitano tendenzialmente in modo indipendente il potere, scisso, questo, secondo funzioni distinte ma anche, per la loro natura, fortemente complementari. In definitiva – torniamo a dire – la garanzia contro gli arbitri del potere non poteva essere trovata, per la cultura giuridica d’*Ancien Régime*, dividendo una sfera propriamente giuridica – quella oggetto della considerazione del limite normativo – ed una che, al contrario, si connota per l’irrelevanza rispetto alla volontà delle norme come mediatrici necessarie dei conflitti d’interessi.

Davanti al Principe si stagliava invece una società che, sotto molti aspetti autosufficiente, precedeva – cronologicamente e dal punto di vista della pratica giuridica se non più, da un certo momento, del riconoscimento ufficiale¹³ – il potere superiore del primo. Ciò posto, la possibilità di supplicare il Sovrano affinché rivedesse – personalmente o delegando altri – una decisione ritenuta ‘ingiusta’ o, se si vuole, affinché decidesse nuovamente in base a norme differenti, è il discrimine tra nozione «istituzionale» e «normativa» della sovranità.

Abbiamo puntualizzato che il ‘normare’ è già in sé un’attività di ordinamento di interessi, sicché essa stessa presuppone un interesse funzionale che l’ordinamento normativo-astratto delle diverse istanze considerate (cioè l’individuazione di un interesse primario e di altri secondari) servirà a soddisfare, una volta concretamente applicato. Ora, è chiaro che ciò è possibile solo se il parametro decisorio è tale – secondo quanto abbiamo concluso al Capitolo precedente – da poter dare rilevanza giuridica pienamente autonoma a tutti gli interessi; altrimenti si presenta subito il problema della (più o meno ampia) insindacabilità della decisione che è l’effetto dell’irrelevanza giuridica pienamente autonoma degli interessi secondari al di là dell’ordinamento normativo predetto.

Solo, infatti, se è possibile mettere in discussione quest’ultimo sulla base di un interesse funzionale che sortisca l’effetto contrario, un potere che necessita di legittimarsi per il contenuto – ossia per il fondamento – delle proprie decisioni, per gli assetti di interessi che configura, può effettivamente continuare a presentarsi come istanza (e come istituzione) cui

¹³ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 466: «la storiografia [...] ha mostrato *ad abundantiam* come neppure nelle esperienze più avanzate il dominio del centro sia stato imposto a detrimento delle forme preesistenti di organizzazione istituzionale. [...] Benché per quasi nessun ordinamento del continente si possa più parlare, a partire dagli inizi del Seicento, di un ‘dualismo’ in senso costituzionale, sul piano degli equilibri amministrativi si assiste dovunque al consolidarsi di un sistema diarchico di potere, basato su continue concessioni reciproche tra centri e periferie. Presentandosi ben più come complici che come avversarie, monarchie amministrative e società di corpi costituiscono le facce complementari di uno stesso sviluppo istituzionale, che le vede crescere strettamente allacciate fino alla grande crisi di fine Settecento».

i singoli e le altre molteplici istituzioni (pre)esistenti devono obbedienza. È indispensabile, cioè, che l'interesse in funzione del quale il potere si esercita (interesse appunto funzionale) sia in grado di dare potenziale soddisfazione a tutti quelli particolari che il Sovrano si trova a dover armonizzare fra loro. Inoltre, giova precisare immediatamente che, dicendo interessi 'particolari', impieghiamo il termine in senso squisitamente *formale* di istanze che si pongono in conflitto con quella funzionale, ben potendo essere tale, quindi, anche un interesse pubblico-collettivo.

Tenendo fermo il quadro appena esposto, ci dobbiamo di conseguenza chiedere quale sia questo interesse pubblico-collettivo che sostanzialmente veniva invocato nell'ambito delle suppliche di 'giustizia'. A tal proposito, va considerato che nell'universo pre-rivoluzionario il livello assiologico di vertice era occupato, molto più nitidamente di come è generalmente oggi, da un fine (o interesse funzionale che dir si voglia) *ben specifico*, vale a dire da un 'principio supremo'¹⁴. Vi era, riallacciando terminologia nuova e antica, una *ratio (legis)* – appunto un interesse e, quindi, un bene oggetto di questo interesse – *assolutamente indisponibile* per chi esercitava il potere, e questa *ratio* era appunto l'interesse comune, di tutti e di ciascuno, alla giustizia.

'Giustizia' *stricto sensu* e *ius naturale* formano infatti una cosa sola: la giustizia è la *ratio* della sfera di diritto denominata *ius naturale* (oltre che di quella che dicesi *ius divinum*¹⁵). La differenza che passa tra *ius* e *lex* è allora la stessa, propriamente parlando, che intercorre tra 'prodotto' della decisione («*ius*») e 'criterio' della decisione («*lex est ratio iuris*»)¹⁶. Più in particolare, la *lex* è il rapporto di strumentalità che si stabilisce tra un certo bene (utile) e il bene finale (*ratio*) perseguito; essa è la norma che stabilisce cioè un bene, o interesse, come primario strumentalmente a quello finale, mentre lo *ius* è la norma che, conformemente a tale ordine di precedenza incompleto, configura un assetto compiuto tra interessi determinati – la prevalenza di quello primario o di quelli secondari – in relazione ad un certo caso concreto o ad una certa fattispecie astratta.

Il potere politico apicale si legittima pertanto, fino alla Rivoluzione, in quanto dispensatore della giustizia in se stessa, nel senso che è chiamato a dare compimento al diritto; ma 'diritto' è ogni regola contenente l'ordinamento di certi interessi *alla* giustizia

¹⁴ La dizione, che abbiamo già impiegato, è di SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., p. 1708.

¹⁵ Vedremo a breve come, in realtà, entrambe tali sfere giuridiche fossero *ius divinum: naturale*, appunto, e *positivum (ius divinum* in senso stretto).

¹⁶ S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 1, ad 2: «sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti quod ratio determinat quaedam ratio praexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. [...] Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris». In termini, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 176, in part. nt. 125; VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., p. 307.

(‘funzione amministrativa’), ovvero *sulla base della* giustizia quando l’interesse soddisfatto primariamente e in via immediata è quello particolare (‘funzione giurisdizionale’). Lo *ius* in senso stretto, cioè il prodotto della decisione, non esaurisce quindi il diritto, perché diritto è anche la *lex*; quest’ultima, concernendo un ordine di precedenza virtuale tra interessi che è incapace di autolegittimarsi (cioè di legittimarsi solo in quanto formalizzato in una norma)¹⁷, si traduce nel rilievo dell’operazione stessa di ordinamento ad un certo fine o interesse.

Con questo discorso si sta semplicemente riaffermando che il diritto non è solo un insieme di norme e che esso, come fenomeno complessivamente considerato, non si risolve nella mera volontà di chi esercita il potere¹⁸. Di più, il tentativo è quello di dimostrare la verità di questo assunto, atteso che, se il diritto non è solo – staticamente – un certo assetto di interessi ricavato dall’ordinamento di questi ultimi, esso è, prima di ogni altra cosa, il farsi dinamico di tale ordinamento stesso¹⁹.

L’elemento dell’esercizio del potere, di più, dell’esercizio non vincolato ma discrezionale del potere, non è dunque necessariamente escludente rispetto a quello del giuridico, del

¹⁷ Cfr. SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo*, cit., pp. 495-497.

¹⁸ Ancora una volta, è del tutto chiarificatrice, con specifico riferimento al diritto che non è il prodotto dell’esercizio di un potere (consuetudine), l’opera di S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 97, art. 3, *Respondeo*, ove si precisa che, proprio perché il diritto è un fatto di *ragione* e di *volontà*, esso può manifestarsi «sia con le parole, che con i fatti». *Lex e consuetudo*, pertanto, sono modi diversi, ma entrambi razionali, di realizzare un ordinamento a un fine: “*non scripta, sed nata lex*”, come affermava Cicerone. Sul punto, in letteratura, VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., pp. 272 ss. e 311.

¹⁹ La terminologia medievale, in questa prospettiva, aiuta non poco la comprensione, distinguendo tra giustizia o *aequitas* ‘*constituta*’ e giustizia o *aequitas* ‘*rudis*’: cioè tra qualcosa di già compiutamente determinato e ‘formato’ – di già in atto – e qualcosa sempre di determinato quanto a identità (sempre di *aequitas* si tratta), ma ancora solo in potenza, da tradurre in relazione al termine che si confronta con esso. Sostanzialmente in quest’ordine di idee, COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 138-144: «[i]l momento meta-positivo dell’*aequitas rudis*’ sta al carattere positivo dell’*aequitas constituta*’ come l’inespresso sta all’espresso». È (solo) in questo senso che s’intende – come comunemente si dice – che nel medioevo il «diritto» è anzitutto «traduzione di un ordine preesistente, più che creazione, produzione senza precedenti di rapporti nuovi» (p. 138), ossia dichiarazione prima che volontà. Non, cioè, nel senso che il potere del principe è limitato al giudicare – inteso questo né in una prospettiva materiale-teleologica come risoluzione delle controversie, né come esercizio di quella che si è chiamata, da un punto di vista formal-sostanziale, ‘funzione giurisdizionale’, ossia come attività che mira alla soddisfazione dell’interesse generale mediante quella di interessi particolari –; ma nel senso che il potere sovrano si connota, per tutto il Medioevo, per la sua vicinanza stretta alla ‘pura giustizia’, all’*aequitas*, lasciando la cura – detta con linguaggio a noi più familiare – degli altri interessi collettivi e più particolari, meno cioè generali e universali, alla moltitudine degli ordinamenti particolari (cfr. *amplius* Parte Seconda, Cap. IV.). Ciò posto, v’è un’osservazione ulteriore da fare: bisogna precisare che *aequitas* ‘*rudis*’ è, per l’esattezza, *aequitas* ‘*naturalis*’, il che risulta fondamentale nella misura in cui lo stesso ragionamento che abbiamo appena svolto in relazione al potere sovrano (*legibus positivis solutus*) può e deve ripetersi per i titolari subordinati del potere, i quali erano vincolati pur sempre all’*aequitas*, ma a quella *civilis* o ‘*constituta*’ o ‘*positiva*’, ossia a quell’*aequitas* che emergeva come *ratio* dalle diverse *leges positivae* (al riguardo, GORLA, *I precedenti*, cit., p. 116, parla, richiamando il De Luca, di «ragioni legali e non naturali solamente»; in senso analogo, MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 97 ss.). Cfr. P. FEDELE, *Equità canonica, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 148, il quale chiarisce che la dottrina medievale aveva fatto proprio l’insegnamento romanistico secondo cui «in tanto il diritto ha ragion d’essere ed esplica la sua funzione per soddisfare queste esigenze [«proprie dei rapporti intersoggettivi»], in quanto è adeguato alle varie fattispecie della realtà; pertanto l’*aequitas naturalis* deve trasformarsi in *aequitas constituta* o *civilis*: Cicerone osserva che la nota peculiare dello *ius civile* è quella di essere *aequabile* – “*neque enim aliter esset ius*” – ed afferma che la *lex* è ‘*fons aequitatis*’, che lo *iudicium* deve attuare l’*aequitas*».

controllabile. Sulle basi esposte, anzi, ci sembra che esso riacquisti immediatamente vigore deontico nella misura in cui la posizione della norma – la capacità di porre una regola di precedenza tra interessi ossia di stabilire un criterio di decisione – non sia il perno del processo decisionale o, meglio, per usare le efficaci parole di Costa, non sia «processo globale di potere»²⁰.

La stessa norma, infatti, al fine di garantire la giustizia della decisione necessita di essere vagliata nell'ordinamento di interessi che contiene e, inoltre, di essere eventualmente ritagliata direttamente sulle circostanze concrete del caso concreto²¹.

II. *Due differenti approcci al fenomeno giuridico: la 'giustizia' tra precetto indeterminato e interesse-fine ultimo dell'esercizio del potere*

Continuiamo a sviluppare l'osservazione per cui la novità determinante della contemporaneità sta nella centralità della norma e nella irrilevanza (parziale o totale) di quanto non è specificamente oggetto di considerazione da parte della stessa. In Antico regime, invece, le cose erano diverse perché si poteva prescindere dall'intermediazione normativa nella definizione degli assetti di interessi; il che voleva dire che era possibile revisionare una decisione sulla base di un interesse funzionale che, oltre a essere indisponibile per chi esercitava il potere, fosse in grado di dare potenziale soddisfazione a tutti gli altri. Ciò, per i motivi in precedenza spiegati²², ci sembra l'unico modo in cui una decisione si rendeva completamente sindacabile senza che ciò eliminasse il suo aspetto potestativo. Detta diversamente, in Antico Regime la giustizia, lungi dal servire meramente quale uno di quegli «interessi di secondo grado» che «operano come criteri interni per la formulazione della decisione»²³, fungeva, in sede propriamente 'giurisdizionale', da interesse-funzionale da perseguire indirettamente rispetto a quelli parziali fra loro confliggenti.

²⁰ COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 91.

²¹ Si è già precisato, infatti, che non sempre sembra sufficiente ad assicurare la giustizia delle decisioni la mera revisione della norma, l'operare un bilanciamento di interessi nuovo, quando questo sia vincolato dal rispetto di una discrezionalità che ad altri è riservata nella modulazione dell'assetto degli interessi. Ciò è vero tanto nel caso in cui si tratti di controllare una norma astratta, che non regola casi particolari, come anche una norma del caso concreto, un provvedimento, una sentenza. Se il controllo, infatti, è limitato alla rispondenza (o meno, e in questo caso la norma sarà viziata) tra l'interesse che essa pone come primario e l'altro interesse che lo stabilimento del primo indicato come prioritario sarebbe diretto a perseguire, il controllo non potrà che essere una mera verifica della 'ragionevolezza' della decisione: non potrà, cioè, modificare la posizione primaria dell'interesse stabilito come tale dalla norma vagliata se lo stesso, di per sé o alla luce del fatto concreto (a seconda del tipo di controllo di cui si tratta), non sia incompatibile con quello che detta sua qualificazione serviva – secondo l'autore della decisione giudicata – a perseguire.

²² Cap. II., par. V.

²³ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 75.

Ci si deve allora chiedere, anzitutto, se questo interesse alla ‘giustizia’ naturale, collocato al centro dello *ius* omonimo, possedesse un’identità specifica. Solo se è così, infatti, è possibile impiegarlo come parametro decisorio senza risolvere ogni questione, appunto, di giustizia in un mero relativismo contenutistico-assiologico di significati; ciò che, d’altra parte, stonerebbe vistosamente con il carattere deontico proprio della giuridicità e che renderebbe la domanda di giustizia strettamente intesa una questione, invece, *meta*-giuridica – “di opinione” –, né più né meno di quanto la tradizione dello Stato liberale ha fatto relegandola ai ricorsi sul merito. Il che – lo ripetiamo – resta vero ancora oggi.

È noto, ora, che cosa significasse ‘giustizia’ per i medievali, prima, e per tutti i moderni, poi²⁴. Giustizia non era altro che la «convenientia, quae in paribus causis paria iura desiderat»²⁵, e questa «armonia» – come la traduce Grossi²⁶ – è reciprocità in quanto è «parità»²⁷. Più in particolare, si tratta di una parità intelligibile *per relationem*, il che significa secondo una certa proporzione, in buona misura senz’altro variabile, quant’è vero che mutevoli sono a seconda del contesto storico le circostanze sociali, culturali, e via dicendo (le «*causae* sono le situazioni effettive in cui sono calati i soggetti»²⁸ e sono le più disparate).

Ferma questa variabilità, l’equità presuppone però anzitutto l’idea di rapporto: «*aequalitas [...] ad alterum est*»²⁹. Così, non c’è formula che renda meglio l’*aequitas*-giustizia che il classico ‘ciò che è dovuto a ciascuno’: ‘dovuto a ciascuno’ in accordo con quel che egli è di per sé – e qui si inserirebbe, evidentemente, tutto il discorso sulla dignità della persona, sulla sua immutabilità rispetto a tempi e luoghi e, soprattutto, sull’indispensabilità del fattore ‘verità’ –; e in base a fattori esterni come, appunto, il modificarsi delle circostanze storiche immersi nelle quali ogni individuo e società vivono.

Nella non compiuta determinatezza della giustizia, tuttavia, sta anche la sua problematicità; o, per meglio dire, tale carattere diviene problematico nel momento in cui si

²⁴ In particolare, è necessario ricordare che l’equità andava intesa, prima del tornante rivoluzionario, non solo come criterio interpretativo, ma anche come fonte essa stessa del diritto, concordemente alla tradizione medievale. Su questa tradizione, GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., spec. pp. 176-178, scrive: «il significato essenziale di *aequitas* [...] sta tutto in quelle due parole [...] “*rerum convenientia*” [...]. *Convenientia* è armonia, ordine reciproco, somiglianza, uguaglianza sostanziale [...] Quindi questa *aequitas* [...] è fonte e cominciamento della giustizia, e quindi anche del diritto». Per il periodo successivo, v. concordemente GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit.; cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *L’equità nel diritto medievale e moderno. Spunti della dottrina*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXVII (2014), pp. 5-44; per un inquadramento più generale sulla tematica, V. FROSINI, *Equità (nozione di), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 69-72. Si ricorda altresì che istituti giuridici specificamente volti, fino al tornante Rivoluzionario, a rendere effettivo il vincolo della giustizia erano in particolare quelli della *quaestio voluntatis*, della *quaestio potestatis*, delle *supersessiones* e della *interinatio*, sui quali si rinvia, per tutti, al contributo di GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., pp. 646 ss.

²⁵ Si veda GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 179, anche per i necessari riferimenti.

²⁶ Ivi, p. 176.

²⁷ Ancora, ivi, p. 179.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 47, art. 1, *Respondeo*.

consideri il nucleo dello *ius naturale* solo come un imperativo (“*dare a ciascuno il suo*”³⁰), assumendolo in sostanza – possiamo dire secondo l’insegnamento groziano – quale norma generalissima capace di fungere da parametro sillogistico di validità per qualsiasi decisione-assetto di interessi³¹. Con questo metodo di analisi, però, si è portati a concludere che il precetto di fondo dello *ius naturale* «non contiene alcun criterio determinato in base al quale si possa stabilire la giustizia delle determinazioni» (‘determinazioni’, si noti, in senso tecnico: cioè le *scelte* da cui trae scaturigine lo «*ius civile*»³²), e che quindi tale precetto è soltanto «un principio formale, vuoto»³³.

Tutto cambia, per contro, sol che si osservi come questo precetto ‘primo’ dello *ius naturale* semplicemente stia ponendo la ‘giustizia’ proprio come interesse-fine nell’ambito di un’operazione di ordinamento di interessi. È necessario non adombrare la *ratio* della norma (la *ratio legis naturalis*), ovverosia la ‘giustizia’ – ciò che è «*adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*»³⁴ – come interesse autonomo da perseguire. Il precetto ‘dare a ciascuno il suo’, proprio perché indeterminato, altro non è, in tal senso, che una norma ‘programmatica’. E questa – come già sappiamo – è il tipo norma che, senza istituire una ‘fatti-specie’, cioè una regola condizionale suscettibile di applicazione ermeneutica, si limita piuttosto a identificare fini e, al più, a stabilire ordini di priorità di massima fra interessi individuati.

Ora, come già abbiamo avuto occasione di notare, che altro significa la sovraordinazione di un interesse-fine se non l’implicito stabilimento di una gerarchia³⁵? È vero, dunque, che

³⁰ Il precetto della giustizia, “dare a ciascuno il suo”, è, più in particolare, la trasposizione sul piano dei rapporti inter-soggettivi – o la *species* – del più ampio “fai il bene” di cui parla anche COTTA, *Il concetto di legge*, cit., pp. 77 ss., a proposito della *lex naturalis*: nel senso che l’imperativo “fai il bene” prescinde dalla dimensione relazionale (cfr. anche P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 70 ss.). Lo puntualizza bene sempre S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 94, art. 6, arg. 1, dicendo che «*lex iustitiae est lex naturae*». Infatti, chiarisce ivi, I-II, q. 94, art. 2, *Respondeo*: «[s]icut autem ens est primum quod cadit in apprehensione simpliciter, ita bonum est primum quod cadit in apprehensione practicae rationis, quae ordinatur ad opus, omne enim agens agit propter finem, qui habet rationem boni. Et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quae est, bonum est quod omnia appetunt. Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae, ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana». Cfr. anche ivi, II-II, q. 57, art. 1, *Respondeo*: «*iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quandam, ut ipsum nomen demonstrat, dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari. Aequalitas autem ad alterum est. Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in his quae ei conveniunt secundum seipsum*».

³¹ Così, come già anticipato nelle conclusioni del Cap. II., par. II., COTTA, *Il concetto di legge*, cit., p. 129.

³² Ivi, p. 137. Cioè non se ne potrebbe «dedurre alcun precetto determinato dal punto di vista del contenuto» (ivi, p. 110); cfr. *supra*, Cap. II., par. III.1., nt. 162, e *infra*, in questo e nel prossimo par.

³³ COTTA, *Il concetto di legge*, cit., sempre p. 110.

³⁴ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 2, *Respondeo*.

³⁵ Cfr. *supra*, Cap. II., par. IV. Non vale, peraltro, a confutare questa conclusione l’obbiettare che una cosa è individuare interessi e un’altra è ordinarli, anche solo in astratto. Potrebbe valere a tanto, in verità, solo se si desse il caso di una molteplicità di interessi *com-primari*; ipotesi, tuttavia, da escludere senza dubbio per l’Antico Regime, giacché – come è arcinoto – non era pensabile alcun fine superiore alla giustizia (se non la

anche porre un interesse-fine ha un valore latamente (programmaticamente³⁶) precettivo. Ma se questa precettività già emerge dalla posizione stessa dell'interesse-fine da perseguire, ciò significa che un valore deontico è *implicito* in tale interesse-fine medesimo. Quest'ultimo, in altri termini, possiede una certa precettività propria e autonoma, e non solo da determinarsi *per relationem*; altrimenti non avrebbe nemmeno senso indicarlo come fine se esso non avesse un valore quantomeno direttivo, per quanto questo non implichi il venir meno di margini di manovra, cioè di discrezionalità decisoria.

Con riferimento alla 'giustizia', ebbene, questa intima precettività ci sembra possa identificarsi né più né meno nella possibilità logica della *sussistenza del rapporto giuridico*. Non si può, infatti, parlare di parità, sempre da un punto di vista logico, se non sul presupposto di una relazione tra più termini, ovverosia in rapporto a qualcos'altro o, nel caso di un rapporto giuridico, in rapporto a qualcun altro, come abbiamo letto nelle pagine di San Tommaso. Così, se il rapporto reca implicita una certa parità tra i soggetti che ne sono parte, per ogni disparità occorrerà di conseguenza una 'giustificazione' – una *ratio* – che la renda intellegibile sulla base del rapporto stesso. La giustizia – ribadiamo – era d'altra parte pensata dai medievali, e possiamo dire che seguisse ad esserlo dai moderni, non come astratta, fittizia uguaglianza «di soggetti di fatto disuguali e che restano disuguali malgrado la beffarda affermazione di principio»³⁷. Al contrario, si deve considerare che, come ogni principio contenutisticamente indeterminato, anche l'uguaglianza acquista valore solo in riferimento al fatto; cosicché è possibile concludere con Paolo Grossi dicendo che, poiché le «situazioni di fatti [...] premono sul mondo delle forme giuridiche e le alterano», «è sensato ed 'equo' tenerne conto invece di esorcizzarle nella irrilevanza teorica»³⁸: ciò che è invece funzionale alla creazione di una società fatta di soli individui.

Ora, il presupposto del delinarsi di un rapporto giuridico tra soggetti distinti è dato da una causa, da un'"occasione" che, in un modo o nell'altro, porti gli stessi a entrare in contatto, e questa causa non è che l'interesse che lega tutte le parti (concordemente o meno) ad un certo bene della vita³⁹. Se si vuole quindi perpetuare il rapporto, la disparità o disuguaglianza tra i soggetti può giustificarsi (*corrispondere a giustizia*) solo sulla base dello stesso o di un altro interesse collettivo, ma questo deve essere tale da garantire

carità, come è consono ad una società cristiana), il dispensare la quale era non a caso il compito eminente del Sovrano, del massimo, cioè, potere politico. Si avrà comunque modo, a breve, di soffermarsi sulla inconcepibilità *logica* stessa dell'ipotesi contraria.

³⁶ Abbiamo già chiarito precedentemente in che cosa questa diversa precettività consista. Ci limitiamo a questo punto ad indicarne nuovamente, per comodità di lettura, il riferimento: BIN, *Atti normativi*, cit., pp. 189-190.

³⁷ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 179

³⁸ Ivi, p. 180.

³⁹ Come avevamo osservato in precedenza sulla base, in particolare, delle ricerche di DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., e CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit.

potenzialmente la soddisfazione di quelli particolari; viceversa, viene meno la ragione stessa (del mantenimento) di quel rapporto. È per questo che l'interesse che presiede alla sussistenza di un rapporto giuridico è definibile come interesse 'comune' alle sue parti, ossia 'condiviso' dalle stesse: perché – componendo il versante soggettivo appena descritto e quello oggettivo – il fatto che tale interesse possa dare potenzialmente soddisfazione a quello di *ciascuno* lo rende un interesse di *tutti*⁴⁰.

'Giustizia', pertanto, viene in rilievo come ciò che spetta ad un soggetto sulla base di un certo interesse comune o condiviso, nel quale va individuato il nucleo e la fonte di quel dato rapporto giuridico. È solo su queste basi che ci sembra allora possibile raggiungere l'oggi auspicabile traguardo per cui «la tutela degli interessi legittimi contro la pubblica amministrazione sia il frutto di un processo politico che si svolge a livello di comunità locali e non raffiguri più solamente la protezione di 'quella' posizione di vantaggio, relazionata all'esercizio del potere amministrativo, che», pure – aggiungiamo –, «la giurisprudenza e la legislazione hanno arricchito di strumenti di tutela sempre più omogenei»⁴¹.

Prendiamo un esempio tratto, come si preciserà a breve, da un fatto storico occorso nella realtà statale che costituirà il nostro terreno d'indagine concreto. Se, così, un certo gruppo di persone che abitano in un luogo ha interesse a bonificare un acquitrino perché fonte di malaria, a 'giustificare' l'esproprio della risaia di uno di quei residenti – che è fonte di guadagno per quest'ultimo – sarebbe sufficiente quell'interesse stesso alla salute, che anche il proprietario della risaia condivide. La possibilità per il rapporto giuridico di perpetuarsi è assicurata – come anticipato – solo dalla soddisfazione di ciò che fonda quel certo legame inter-soggettivo: nell'esempio, l'interesse alla salute che è condiviso da quella collettività (interesse collettivo alla salute). Porre al centro la giustizia, in questo senso, vuol dire allora restituire autonoma rilevanza all'interesse particolare di un soggetto. Quest'ultimo, cioè, se anche è portatore al contempo di un interesse diverso e contrario a quello che fonda il rapporto e che, dunque, legittima l'opzione per la recessività di ogni istanza contraria, partecipa anch'egli a quel medesimo rapporto e di conseguenza non si può dire che il suo interesse particolare e parziale sia "schiacciato" autoritativamente nell'insignificanza

⁴⁰ Ci sembra che si ponga in quest'ordine di idee la critica sempre di DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 295: «[t]utte le teorie che hanno cercato di fornire una spiegazione dei comportamenti collettivi facendo uso della nozione di interesse, hanno visto nella collettività un ente vitale cui imputare l'interesse collettivo ed alla cui determinazione si giungeva secondo un processo che replicava i meccanismi psicologici che avvengono nel soggetto individuale. Queste tesi, poi, abbagliate – da un lato – dal contrasto che può verificarsi tra l'interesse individuale originario e l'interesse collettivo, nonché favorite – dall'altro – dall'immagine antropomorfa della collettività, hanno ritenuto che l'interesse collettivo fosse divenuto qualcosa di diverso e separato dagli interessi dei singoli membri che compongono la collettività [...]».

⁴¹ Così, in una complessa e condivisibile riflessione, M. MAGRI, *La giustizia amministrativa tra Stato e Regioni*, in «Istituzioni del Federalismo», XXXI (2010), fasc. 1-2, p. 112.

giuridica da quello della collettività. In quanto, infatti, venga soddisfatto un interesse di quella collettività di cui il singolo fa parte, in tanto viene soddisfatto anche un interesse di quella medesima parte del tutto⁴². D'altro canto, a che gli gioverebbe il guadagno proveniente dalla risaia se, a causa della stessa, perdesse la vita?

Lo stesso concetto, peraltro, si trova espresso ancora da Gian Domenico Romagnosi, che pure si colloca su linee di pensiero ben diverse:

«nella ragione amministrativa il principio fondamentale si è *'ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà'*. Questa regola è invariabile per l'esercizio della pubblica amministrazione quand'anche ciò importi il sacrificio della privata proprietà e libertà; avvegnanché il sacrificio non è che apparente, ed il suo risultato porta un ampio compenso alla proprietà e libertà, la quale non si sviluppa, non si estende, non apporta tutto il suo bene, che mediante la società e le funzioni pubbliche della società»⁴³.

Vi è, certamente, un “fra le righe” in questo passo di Romagnosi: come già si è precisato, il diverso modo di esercitare il potere tipico dello Stato liberale, non presenta troppi inconvenienti – troppe ‘ingiustizie’ – fino a che gli interessi perseguiti dai governanti e quelli dei governati sostanzialmente sono gli stessi (libertà e proprietà, necessariamente semplificando). Ciò non toglie che il concetto al di sotto sia il medesimo e, anzi, proprio questo rilievo consente di sostenere a maggior ragione che è il tipo di interesse pubblico-funzionale perseguito che fa la differenza.

Ciò detto, ci sembra si veda bene come la giustizia non sia un mero effetto o corollario della rispondenza ad una norma, come ancora oggi siamo invece abituati a sentirci ripetere (citiamo solo l'inflazionato valore, quasi culto, della legalità). Legittimità e giustizia sono invece due cose nient'affatto per forza coincidenti. Un assetto di interessi è giusto non perché è stabilito da una norma, ma perché è *giuridico* nel senso più proprio della parola: giacché perpetua – non, invece, distrugge o anche solo, più moderatamente, non considera appieno – le ragioni del rapporto, che sono quelle *di tutti e di ciascuno insieme*⁴⁴.

⁴² Ragionando su un esempio del tutto analogo, ancora Romolo DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 291 ss., scrive in conclusione: «[i]l processo di sintesi modifica gli interessi individuali potenziali. Tizio, Caio e Sempronio si trovavano in una condizione iniziale di conflitto di interessi, ma al termine del processo di sintesi hanno tutti lo stesso interesse; ed infatti – a riprova di ciò – potranno in essere il comportamento collettivo che consentirà il realizzarsi della situazione favorevole. Favorevole per chi? Solo per Caio che era il titolare originario di quell'interesse? Ovviamente no; anche per Sempronio e Tizio, il cui interesse individuale originario è cambiato nell'indicato interesse individuale finale. Può sì realizzarsi il conflitto tra interesse individuale originario potenziale ed interesse collettivo finale, ma non tra interesse individuale finale ed interesse collettivo finale: se l'interesse individuale finale rappresenta l'interesse che attualmente può essere riferito al soggetto che pone in essere il comportamento collettivo, ecco che il conflitto non sussiste».

⁴³ G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, Piatti, 1832², pp. 16-17.

⁴⁴ PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., *passim*, ad es. p. 301 e 307-309.

Alla base di un rapporto giuridico, allora, vi è elementarmente un «aggregato di più interessi individuali compatibili concorrenti»⁴⁵, il quale si forma attorno ad un bene o «una situazione favorevole [che] soddisfa contemporaneamente due o più interessi»⁴⁶: ciò che – ecco il punto – costituisce da un punto di vista logico-obiettivo un interesse ‘pubblico’ (o ‘collettivo’ che dir si voglia). Il che, se ci si pensa, è lo stesso che dire che per «società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui [...], ma un’entità che costituisca [...] un’unità concreta, *distinta dagli individui che in essa si ricomprendono*»⁴⁷.

Siamo insomma persuasi che ciò che fa di un rapporto inter-soggettivo una «società» in questo senso, cioè una collettività e un’«unità distinta» dai suoi membri o, ancora, una romaniana «istituzione» sia precisamente la non confondibilità qualitativa tra interesse del tutto o interesse collettivo (che può essere anche un ‘tutto’ o ‘istituzione’ di dimensioni molto ridotte) e interessi parziali, ossia delle parti di quel tutto. E, sempre da un punto di vista logico, è interessante constatare come si tratti di conclusioni assolutamente antiche, nel senso che, così espressa, la tesi di Santi Romano è affatto compatibile con quanto un po’ di tempo prima aveva scritto S. Tommaso d’Aquino: «*bonum commune civitatis et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et paucum, sed secundum formalem differentiam, alia enim est ratio boni communis et boni singularis, sicut et alia est ratio totius et partis*»⁴⁸.

In ciò che abbiamo appena finito di descrivere vi è, quindi, una nota indubbiamente forte di potenziale relatività o, meglio, di pluralità degli interessi ‘collettivi’: questi sono tanti quanti sono le istanze che, ontologicamente distinte da quelle parziali (individuali o di gruppi

⁴⁵ DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 294. In verità, andrebbero inoltre distinte, secondo l’intramontato insegnamento aristotelico-scolastico, le tipologie di ‘aggregato’, o ‘tutto’, dei singoli elementi o ‘parti’, che sono appunto i singoli interessi di quell’unità. Su queste categorie, e in particolare in tema di relazioni tra ‘tutto’ (interesse collettivo o comune) e ‘parti’ (interessi parziali, delle parti), molto chiaro è il quadro fornito dal noto filosofo del diritto ottocentesco G. PRISCO, *Elementi di filosofia speculativa*, vol. I, Napoli, Fibreno, 1879⁵, p. 30.

⁴⁶ DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 272.

⁴⁷ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, ed. a cura di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 37, corsivo nostro.

⁴⁸ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 58, art. 7, ad 2. Corollario di queste premesse è che il diritto e la società non sono due cose fondamentalmente diverse, perché *ubi societas ibi ius* (e anche viceversa) e perché, quindi, «esperienza giuridica» e «ordinamento giuridico» sono intimamente legati tra loro. Punto di partenza e altresì di arrivo del nostro discorso, come si vedrà, è infatti questa relazione definitoria tra mutevolezza e cristallizzazione degli schemi organizzativi, sulla quale ha opportunamente insistito GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., spec. p. 21, facendo apertamente propria la tesi romaniana: «[s]e è vero che il diritto è storia, è mutevolezza, è relatività estrema nel tempo e nello spazio, è anche vero che il diritto è la traduzione di certi schemi organizzativi dall’indistinto sociale al più specifico terreno dei valori, e, in quanto percezione di valori, non può non essere percorso da una tensione a consolidarsi, a mettere radici spesso profonde, a diventare anche schema logico, sistema. Il valore – anche se espressione della varietà e variabilità storica –, proprio per quel minimo di certezza che deve in sé contenere, tende a fissarsi, a separarsi dal variabile, a permanere».

minori, cioè non coincidenti con un *certo* ‘tutto’), sono capaci di porsi a fondamento logico di un rapporto giuridico-ordinativo o, appunto, di una ‘istituzione’⁴⁹.

Tali conclusioni, riprendendo in mano l’esempio di poc’anzi, devono poi applicarsi, con alcuni necessari adattamenti, anche all’ipotesi in cui il proprietario della risaia non fosse stato al contempo un cointeressato alla salute in quanto abitante del luogo. In quel caso, infatti, il rapporto giuridico non avrebbe potuto impostarsi sull’interesse appunto alla salute, il quale non sarebbe stato ‘condiviso’. Nella misura in cui, dunque, la giustizia si definisca *per relationem*, in quella stessa misura converrebbe forse parlare di giustizia ‘interna’ a quel rapporto specifico; o, proprio per questa sua immanenza rispetto ad esso, di giustizia ‘relativa’.

Se, come ora accennavamo relativamente all’esempio della bonifica, un interesse deve dirsi condiviso allorché, potendo porsi quale *ratio* giustificatrice di una certa *disparitas* di posizioni, riesca a garantire il perpetuarsi del rapporto, l’ipotesi che per differenza resta da considerare è quella in cui un siffatto interesse risulti in conflitto con quello di un soggetto che, non condividendo tale interesse, risulti *esterno* a quel rapporto giuridico⁵⁰. Più in particolare, quando un interesse funzionale – il fine di un certo esercizio del potere pubblico o funzione – è di questo genere, a quel punto lo si potrebbe chiamare ‘pubblico’ solo in senso

⁴⁹ Ci sembra che questa considerazione non sia altro che un’osservazione “al microscopio” – si potrebbe dire – di quella proposta da ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 51: «[n]on c’è nessun elemento, nessuna forza, nessuna norma sociale che si ponga necessariamente e assolutamente antitetica al diritto, o anche soltanto distinta da esso; l’antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale». Sempre in questo senso, si rivela fondamentale la spiegazione di S. Tommaso d’Aquino sul ‘bene comune’ posta alla base della nozione di *lex*: bene comune che – come molto chiaramente osserva COTTA, *Il concetto di legge*, cit., p. 33 – deve essere inteso anzitutto in senso formale, cioè logico, cioè come «orizzonte della socialità», e come tale è tanto variabile quanti sono gli interessi per i quali sorge una certa società o comunità. Concordemente, R. RYBKA, *L’attuazione del bene comune nel pensiero politico di S. Tommaso d’Aquino*, in «Angelicum», LXXVII (2000), fasc. 3/4, pp. 488-492: «[i]l bene comune, da una parte designa il fine della società e dall’altra la determina nel senso formale, e dunque in modo essenziale»; infatti, il «bene è stato definito da lui stesso [l’Aquinato], secondo l’espressione propria di Aristotele, come “*bonum est quod omnia appetunt*”». Sulla rilevanza definitoria del rapporto ‘tutto’-‘parte’ rispetto al concetto di ‘bene comune’, v. anche il colto contributo P. CAPPELLINI, *Bene (comune)*, in Id., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 39 ss.

⁵⁰ Il fatto storico, in sé semplice, è precisamente questo ed è secondo noi esemplificativo di quanto stiamo descrivendo. Molto brevemente, nel 1741 alcuni possidenti della località di Fontana, nel reggiano, elevavano una supplica al Duca Estense con la quale indicavano nella palude esistente nelle omonime “basse” la principale causa della malaria nella zona. Il Supremo Consiglio di Economia, ente ducale deputato al governo del territorio, cioè ai settori, oltre che dell’economia in senso stretto, delle acque e vie pubbliche (cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. V., par. II.), decretava infine di procedere alla bonifica integrale della stessa. La decisione incontrava tuttavia, fra le varie opposizioni, anche quella iniziale del Marchese Paolo Rango d’Aragona, feudatario di Campogalliano, il quale era animato dal solo interesse a preservare il proprio diritto di caccia che, per concessione ducale, vantava su un canneto di quella palude; non condivideva invece in alcun modo – non parliamo, resta inteso, di partecipazione morale – l’interesse alla salute dei residenti del luogo. Per una ricostruzione della vicenda tramite un recupero delle relative fonti d’archivio, E. ANTONINI, *Il giardino mancato: luoghi naturali e luoghi artificiali nelle terre di Campogalliano (XVI-XX secolo)*, Campogalliano, Edizioni Comune di Campogalliano, 1998, pp. 71-80 e 117-119.

improprio. Esso, vale a dire, è pubblico solo secondo il diritto positivo, cioè è «*reso pubblico dai pubblici poteri*»⁵¹.

Ora, quando ci si trovi di fronte a questa evenienza, la giustizia che può venire in rilievo *non* può essere solo quella che, per intenderci, abbiamo chiamato ‘relativa-interna’; diversamente, si perderebbero le ragioni fondanti della giuridicità, cioè del rapporto, e verrebbe meno, parallelamente, anche l’*autonoma* rilevanza dell’interesse del singolo, ossia della parte del rapporto. Se certi interessi, infatti, vengono ordinati ad uno funzionale e questo, però, non è al contempo un interesse ‘condiviso’, la precettività o capacità di obbligare di quel comando (di quell’operazione, è a dire, di ordinamento) non deriva più dal rapporto e dalla sua *ratio*, poiché quella *ratio* o interesse non può spiegare, per il titolare dell’interesse recessivo, la soccombenza nel caso di specie appunto di quella sua istanza. In tal modo, allora, si torna nuovamente al nostro problema di partenza: si dimenticano la *ratio* di una certa sfera di diritto e il suo essere rapporto, sicché dato fondante di quella e di questo riprendono ad essere unicamente le norme stesse. Le quali, tutt’al contrario, costituirebbero a rigore la conseguenza logica, e non il presupposto, di quell’interesse-fine e di quel rapporto giuridico.

Così, dal momento che l’ordinamento di interessi non si giustifica in base al rapporto e all’interesse collettivo attorno al quale esso si delinea, se si tratta di precetti indeterminati nel contenuto esso si impone, nella corrispondente ed esatta misura, soltanto a motivo

⁵¹ CORSO, *Manuale*, cit., p. 31. Per una sintesi sulla questione dell’utilizzo, oggi, in dottrina, delle espressioni “interesse pubblico” e “interesse collettivo”, si veda ivi, pp. 29 ss., ove si osserva che, se da un lato agli «interessi parziali (privati o collettivi) si contrappone l’interesse generale» (p. 30; qui si è preferito chiamarlo ‘condiviso’ o ‘comune’ in quanto aggregato logico di interessi compatibili), vi sono, dall’altro lato, «interessi collettivi, ma non generali, [...] eretti a interessi pubblici» (p. 31). Così, si può anche dire che l’«interesse generale funge da criterio di legittimazione dell’interesse pubblico, ossia delle politiche che ne assumono la protezione». Interessi generali o condivisi sono *propriamente*, dunque, quelli che hanno «carattere necessariamente generale», giacché «contraddistinguono ogni soggetto agente per la cura di fini alieni» (le citazioni sono tratte da CASSESE, *Imparzialità*, cit., p. 56, che li identifica con gli interessi «di secondo grado»). È sempre in questa accezione *ontologico-formale* di interesse pubblico/generale/condiviso che PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., di nuovo pp. 301-302 e 308-309, parlava delle «ragioni di tutti e di ciascuno», le quali vengono funzionalmente ‘interiorizzate’ in un dato ente collettivo per essere poi soddisfatte. Ancora una volta ci si potrà avvedere, peraltro, della identità di conclusioni cui giungeva in tema la teorica medievale. Conclusioni, si noti, di tipo *logico*; il che ci dà conferma una volta di più di come «esista un meccanismo anche nel diritto e che la cosiddetta logica giuridica non sia, alla fine, che la pura e semplice logica delle cose» (BENVENUTI, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, cit., p. 463). Ecco perché conviene citare di nuovo l’Aquinata, il quale è celebre per l’impiego appunto della logica prima ancora, forse, che per l’applicazione di essa ad una data materia. Si veda, quindi, S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 2, *Respondeo*: «*ius, sive iustum, est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum. Dupliciter autem potest alicui homini aliquid esse adaequatum. Uno quidem modo, ex ipsa natura rei, puta cum aliquis tantum dat ut tantundem recipiat. Et hoc vocatur ius naturale. Alio modo aliquid est adaequatum vel commensuratum alteri ex conducto, sive ex communi placito, quando scilicet aliquis reputat se contentum si tantum accipiat. Quod quidem potest fieri dupliciter. Uno modo, per aliquod privatum conductum, sicut quod firmatur aliquo pacto inter privatas personas. Alio modo, ex conducto publico, puta cum totus populus consentit quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratum alteri; vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet et eius personam gerit. Et hoc dicitur ius positivum*».

dell'investitura politica, delle qualità soggettive, della legittimazione di chi decide: cioè, in definitiva, non in base al diritto, ma giusta fattori squisitamente meta-giuridici. A cascata, ne discende perciò che la libertà di scelta, fra le altre cose, diviene una insindacabile discrezionalità, nel senso che «l'interesse prevalente è quello che l'organo attributario del potere, usando delle procedure stabilite, dice che sia»⁵². Parallelamente, inoltre, l'indifferenza di una decisione-assetto di interessi rispetto ad un parametro di validità – ossia al precetto almeno in parte, trattandosi di discrezionalità, necessariamente indeterminato – si risolve pertanto in a-giuridicità.

Riassumendo, si può insomma affermare che la libertà di scelta o discrezionalità esce dai binari della validità-invalidità (dimensione giuridico-deontica) e, quindi, della giustizia nella misura in cui il soggetto che non è partecipe dell'interesse funzionale porta unicamente, invece, un interesse conflittuale. È per questo che l'interesse funzionale diviene – come dicevamo in precedenza – un superiore contrapposto di quello parziale del privato, distaccato e altro da esso.

Il problema di fondo che si sta tentando di fare emergere è che, anche di fronte ad una decisione discrezionale, 'giustizia' esige che il privato abbia la possibilità di veder tutelato il proprio interesse – parziale e particolare – per un determinato bene della vita. Pertanto, l'alternativa è semplice: o gli si consente di azionare *compiutamente* la (pretesa) illegittimità della lesione di quell'interesse, non solo indirettamente rispetto alla correttezza della cura dell'interesse pubblico; oppure si compensa la contraria preclusione garantendo che la decisione lo rappresenti al massimo grado, e cioè che la formazione della stessa sia quanto più possibile partecipata. Per dirla diversamente, o, dunque, si accede all'idea di una giustizia 'procedurale': non a caso, oggi, si pone tanto l'accento sulle coloriture 'processualistiche' della formazione delle decisioni, specialmente quando il parametro normativo di controllo sia del tutto generico e vi sia, quindi, una più elevata discrezionalità per chi deve attuarlo⁵³;

⁵² SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 693. Non è in questo senso del tutto errata l'osservazione del Kelsen per cui «la norma fondamentale necessariamente presupposta è la costituzione “in senso logico-giuridico”, cioè come “fattispecie produttrice del diritto” in quanto “l'individuo o l'assemblea degli individui che hanno approvato la costituzione su cui si basa l'ordinamento giuridico sono considerati un'autorità produttrice di diritto”» (FASSÒ, *Storia*, vol. III, cit., pp. 279-280). Proprio perché si tratta di un'analisi in sé corrispondente al vero (storico) dell'epoca del giurista, la problematica definizione del diritto secondo queste basi positivistiche è allora non il segno del fallimento di quella teoria nel suo tentativo esplicativo, bensì la prima dimostrazione che non l'osservatore, ma lo stesso fenomeno osservato non è in grado di spiegare la dinamica profonda del diritto. In altre parole, tale incapacità esplicativa della teoria positivista è la prova che «lo stesso statualismo, di cui cotesto dogma [della completezza dell'ordinamento positivo] rappresenta un corollario, nacque con in sé il germe della sua interna disgregazione» (MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 5).

⁵³ La garanzia per il privato sta, in altre parole, nella «predeterminazione dello strumento procedurale atto a definire convenzionalmente in ogni caso la misura massima di avvicinamento della singola proposizione normativa all'interesse della generalità» (SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 693). Cfr. l'ormai risalente contributo di G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme*

oppure, si ammette viceversa l'esistenza di una giustizia 'sostanziale' diversa da quella 'interna' e definita *per relationem* al singolo rapporto giuridico. Il che vuol dire che esiste necessariamente un interesse alla giustizia dotato di un'autonoma identità rispetto al singolo interesse funzionale e comune ad una certa collettività di soggetti.

È superfluo precisare che la via seguita dagli ordinamenti pre-rivoluzionari fosse la seconda. Come già sottolineavamo dicendo che "più processo" non vuol dire automaticamente "più funzione giurisdizionale", così va considerato che quella giustizia procedurale compensa, ma non annulla, le problematiche connesse alla divisione tra momento assiologico e a-giuridico e momento formale e giuridico. Tale declinazione della giustizia non contraddice, ovverosia, la logica di fondo della disponibilità dell'interesse funzionale al livello apicale di potere; interesse la cui individuazione è cioè rimessa alla libera, non giuridicamente controllabile determinazione di quel titolare del potere stesso.

Insomma: giustizia di matrice procedurale non è necessariamente il contrario di *normativismo* e, quindi, di 'assolutismo giuridico' nei termini che abbiamo precisato⁵⁴. Prova ne è che, per quanto correntemente si insista sul garantismo assicurato dalla partecipazione procedimentale (su un 'procedimento' che, appunto, diviene sempre più 'processo'), cionondimeno si continui poi a parlare, con riferimento al privato, di interessi 'protetti' (giuridici) in contrapposizione ad interessi 'materiali' (meta-giuridici, a soddisfazione solo occasionale).

legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1990, p. 101, nel quale già si affermava che la tutela più adeguata nei confronti di una decisione marcatamente discrezionale andrebbe ricercata specialmente «a livello di metodologia della sua elaborazione». Casi, questi, in riferimento ai quali lo stesso A. ivi enfaticamente affermava «una esigenza "tecnologica" della partecipazione». Nello stesso senso, SALA, *Potere*, cit., pp. 311-312, il quale pone in rapporto di proporzionalità diretta l'incisività dell'apporto concreto del privato nel procedimento amministrativo e la ridotta «predeterminazione del contenuto dell'atto da emanare»: tale contributo, così, «potendo investire il profilo della ponderazione degli interessi a protezione del proprio oppure ridursi solo a una collaborazione per la miglior rilevazione della situazione di fatto cui è collegato l'esercizio, tipizzato, del potere pubblico». Anche M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in «Il Foro amministrativo – T.A.R.», XI (2002), p. 3863, sottolinea che «tanto più ampio è l'ambito della discrezionalità attribuito all'amministrazione, tanto maggiore è la necessità di recuperare sul piano della legalità procedurale la perdita di legalità sostanziale». Si veda inoltre, anche per una casistica, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006, spec. p. 266.

⁵⁴ Notava già mezzo secolo fa L. PANSOLLI, *La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 114-115, richiamando GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 134, che «il concetto stesso di potere discrezionale che siamo abituati ad utilizzare nell'esperienza giuridica odierna, è il prodotto di un preciso processo storico [...]. Tale concetto [...] nasce pertanto e si articola in stretta connessione con alcuni principi fondamentali che caratterizzano lo stato moderno, che vuol essere per definizione stato di diritto: il principio di legalità, e quello, logicamente ad esso congiunto, della separazione dei poteri, espressione tipica del "legalismo illuminista che sarà poi dogma per l'Ottocento e il Novecento con tutti i pesanti vincoli che un dogma comporta"».

Proprio per queste ragioni, allora, si conferma fondamentale il monito ripetutamente lanciato da Paolo Grossi: quello a guardarsi della distorsione nella comprensione che proviene dallo studiare il passato con una mentalità (spesso inconsapevolmente) intrisa del paradigma statale attuale o recente, normativistico e legalistico, coronato da una giustizia meramente procedurale. Lo dimostra il fatto che anche un esimio studioso come il più sopra citato Sergio Cotta – il quale ha l’indubbio merito di aver sottolineato il carattere intimamente logico-razionale, cioè ‘formale’ prima che ‘valoriale’, delle “medievali” elaborazioni di S. Tommaso – sia poi costretto a concludere per la necessità di distinguere tra – guarda caso – un profilo assiologico-contenutistico ed uno formale-giuridico⁵⁵. Vi è costretto perché ha considerato anch’egli l’ordine giuridico della giustizia – quello che in senso stretto era chiamato *ius naturale* – senza l’interesse alla giustizia, cioè senza la sua *ratio* e come un mero insieme di norme. E così, l’indeterminatezza contenutistica di questo ordine viene letta come l’assenza di ogni valenza deontica autonoma della giustizia.

A questa conclusione, tuttavia, si può e si deve obiettare che è solo nello Stato di diritto che l’esercizio del potere e, in particolare, quello di tipo discrezionale (*arbitrium*) da parte degli apparati subordinati non ha un «collegamento diretto con le vicende politiche che determinano l’assegnazione dei fini»⁵⁶. Esso è da un lato racchiuso, infatti, nello spazio di una gerarchia di interessi predeterminata in astratto, nel suo essere ‘esecuzione’ o ‘attuazione’ di una norma, come già abbiamo precisato; dall’altro, nell’assenza di un interesse principe, la sua immediata «strumentalità alle esigenze dell’ordinamento giuridico»⁵⁷ si sposta sul terreno dell’opportunità politica. Nello Stato di diritto, l’*arbitrium* è così sospinto strutturalmente a risolversi in un’operazione insindacabile di *creazione* di valori (purché realizzata secondo procedure predefinite): ciò che è vero, in gradi diversi, tanto al livello più elevato della piramide di potere, dove quasi sempre le Costituzioni enunciano “assoluti non bilanciati”, quanto ai livelli più bassi della stessa, dove il vincolo normativo – imposto dalla Costituzione per prima – non può per definizione essere del tutto esaustivo e preciso.

In questo modo, la connessione con il substrato propriamente sociale funge ivi, piuttosto, da mero presupposto metagiuridico e, per questo, è fattore potenziale di crisi del sistema

⁵⁵ COTTA, *Il concetto di legge*, cit., pp. 128 ss., spec. p. 143: «la derivazione della legge umana dalla legge naturale si risolve unicamente nel rispetto di determinate strutture logiche: la conclusione e la determinazione. Ma quanto al contenuto di tali strutture non si può trarre dalla legge naturale nulla di determinato, poiché, se ciò fosse possibile, se ne dovrebbe trarre un contenuto non soggetto ad errore ma *sempre* vero. [...] Non vedo quindi come si possa sostenere il criterio assiologico di validità».

⁵⁶ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 37.

⁵⁷ Ivi, p. 36.

qualora sia scarsamente realizzata⁵⁸. La centralità della norma e della funzione normativa richiede la presenza di soggetti adeguatamente legittimati a colmare le molte lacune inevitabilmente ricorrenti quando si concepisce il diritto appunto come un insieme di norme; ma quanto più la legittimazione diventa incerta – come oggi è vieppiù evidente –, tanto più riemerge il problema della meritevolezza dei diversi interessi, o, meglio, di quello scelto dall'ente legittimato come parametro funzionale per spiegare la recessività di uno o dell'altro di tali interessi in conflitto.

Il risultato è che si verifica alla fine una sorta di corto circuito: il “valore” primario è di volta in volta quello che è stabilito come tale da chi è legittimato a farlo; posto tuttavia che questo soggetto non può intuibilmente discostarsi che in parte dall'«assiologia reale della società»⁵⁹, ecco che, allorché non vi sia (o non vi sia più) una assiologia condivisa o effettivamente preponderante, il trono dei principi rischia inesorabilmente di restare vacante e, in parallelo, l'elemento del rapporto giuridico – del fondamento del diritto – recupera terreno su quello del potere⁶⁰.

È allora precisamente per colmare tale cavità non riempita dal diritto che deve recuperarsi la nozione di *'giustizia naturale'*. Questa, infatti, nell'individuare l'area dell'indisponibile per il Sovrano di Antico Regime, conciliava segnatamente libertà di scelta con il binomio della giuridicità-validità. Così facendo, non residuava fuori dall'area della legittimità un contenuto irrilevante per il diritto, ma *'giustizia'* predicava sempre e solo, invece, *compatibilità* con quest'ultimo e, segnatamente, con essa stessa come sua *ratio*. Lo scarto tra l'esperienza contemporanea e quella antecedente va individuato, in definitiva, nell'esistenza di «parametri di riferimento, con i quali orientare il potere arbitrario al perseguimento di interessi trascendenti quelli del titolare e appartenenti al sistema»⁶¹, cioè per lui indisponibili⁶².

⁵⁸ Come già rilevavamo in precedenza rinviando a SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 694.

⁵⁹ Ancora una volta SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 694; cfr. CORSO, *Manuale*, cit., p. 33, il quale ricorda che «neppure i regimi autoritari o totalitari, che hanno così largamente prosperato nel secolo XX, possono fare a meno, in modo permanente, del consenso di un gruppo sociale: sicché il fenomeno di conversione degli interessi collettivi in interessi pubblici» – cioè la selezione magari insindacabile/autoritativa o finanche autoritaria dei fini funzionali del potere – «si è verificato anche in questi regimi, sia pure a mezzo di una forte semplificazione del quadro degli interessi».

⁶⁰ In termini, F. VIOLA, *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea*, in «Ragion Pratica», VI (1996), p. 199: «il fatto del pluralismo non ha cambiato il modo di concepire l'etica e la politica nella modernità, ha soltanto moltiplicato le costellazioni di valori. Il mondo unitario dell'etica si è spezzato in tanti frammenti, ma ognuno di essi riproduce la matrice originaria nel fatto di essere chiuso nella sua assolutezza ed incomunicabilità. In tal modo il pluralismo può aspirare solo alla coesistenza, ma non al dialogo tra comunità morali separate e chiuse in se stesse». Cfr. l'acuta riflessione di DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit., spec. pp. 280-288.

⁶¹ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 35.

⁶² Ancora una volta, giova precisare che ciò vale per tutti i gradini della piramide di potere. Circa l'indisponibilità del parametro di riferimento anche per lo stesso Principe, GORLA, *«Iura naturalia sunt immutabilia»*, cit., p. 638, precisa che lo *«ius naturale vel gentium*, comprendente anche il *divinum*, fa parte,

Il significato di detta indisponibilità, a nostro avviso, si può comprendere però solo recuperando appieno la dimensione relazionale e sociale del ‘rapporto’ o ‘istituzione’. Questi parametri o interessi indisponibili sono tali, cioè, in quanto dotati di una propria, intrinseca precettività o, più esattamente, in quanto la loro posizione di fini privilegiati nell’ordinamento reca implicite – nella razionalità dell’agire umano – le regole necessarie a raggiungerli (*ordinatio ad finem*)⁶³.

Ciò dicasi benché queste regole o norme non siano poi sufficienti, indubbiamente, a realizzare direttamente e in modo compiuto ogni ordinamento di interessi necessario alla vita collettiva, ma richiedano poi un intervento discretivo imprescindibile. Proprio qua, d’altra parte, sta però la differenza fondamentale con la proposta groziana: l’*arbitrium* interviene, cioè, come mediatore necessario al perseguimento della giustizia. Infatti, dal momento che la prospettiva giusnaturalistica moderna va capovolta, e quindi non costituendo più tanto tali norme un risultato da rispettare, quanto piuttosto indicando esse il fine da raggiungere, l’*arbitrium* potestativo non viene a connotarsi anzitutto per la sua libertà oltre il limite, bensì per la sua funzionalità e per la sua strumentalità a quel vincolo di scopo stesso. E questo scopo trascende – ribadiamo – ampiamente il più assoluto dei Sovrani.

Tuttavia, per cogliere la portata del vincolo che la giustizia, come fine, reca, bisogna prima abbattere senza scrupoli di sorta il nostro automatismo di traduzione per cui ‘storicità’ del diritto vuol dire variabilità nel tempo di tutte – indistintamente e semplicisticamente – le

come legge fondamentale o superiore, del *ius civile* o *positivum* dei vari Stati in contrapposto al loro mero *ius civile* o *positivum*» (proprio, però, perché lo *ius naturale* non era lo *ius positivum* forse sarebbe meglio parlarne come di diritto ‘vigente’, anche se comunque il concetto che l’A. vuole esprimere non cambia). E così per tutto il corso dei «secc. XIII-XVIII» (*ibidem*). La giustizia naturale come fulcro di un ordinamento pienamente vigente esclude ogni necessità di un ‘passaggio di piano’ – ossia di una “traduzione” – dai “valori” ai diritti obbiettivi e agli interessi legittimi, cioè in posizioni giuridiche di diritto positivo che presuppongono un bilanciamento compiuto o anche solo, ancora, imperfetto. Il rapporto tra ordinamento positivo e diritti/interessi tutelati si inverte; il che non significa affatto che i “diritti soggettivi” dei privati fossero indisponibili da parte del potere pubblico. Basti richiamare, per il momento, il binomio *ius in re* - *ius in spe*, sul quale, ad esempio nell’ordinamento estense, si erano addirittura fondate due distinte competenze istituzionali (presenza di uno *ius in re/in spe* - Consiglio di Giustizia; assenza - Consiglio di Segnatura). Sulla differenza tra ‘*ius quaesitum*’ (o ‘*in re*’) e ‘*ius quaerendum*’ (o ‘*in spe*’), ci si limita temporaneamente a rinviare, per la incisività, ad un volume della prima metà del XIX sec., F. DODARO, *Per D. Antonia Fazzari e gli altri di Casa Staibani, eredi per giudicato. Contro Principio Staibani*, Napoli, 1838, p. 30; per il recupero delle categorie in esame nella storia istituzionale degli Stati Estensi, si veda, per tutti, TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., pp. 52 ss. In sostanza, possiamo dunque osservare che la necessità stessa di operare il suddetto passaggio di piano costituisce la prova principale e più sicura della distinzione tra momento assiologico-contenutistico e formale-giuridico, ma anche, specularmente, della logica interna del diritto che ha il suo nucleo nel concetto di giustizia e nelle modalità della sua realizzazione nei diversi ordinamenti.

⁶³ È difficile infatti negare che «la fonte di ogni obbligazione può essere unicamente la ragione, principio primo dell’azione, poiché essa sola in quanto stabilisce o, se si vuole, intende il fine – che è il termine logico di ogni azione – è in grado di ordinare ad esso: “regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est principium primum humanorum actuum... rationis enim est ordinare ad finem qui est principium primum in agendis”» (COTTA, *Il concetto di legge*, cit., p. 18; S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 90, art. 1, *Respondeo*).

soluzioni giuridiche, assenza, cioè, di un nucleo oggettivo e immutabile del diritto stesso⁶⁴. Crediamo infatti che il suddetto vincolo di scopo alla giustizia sia un vincolo di natura logica, ossia di verità, e che la (giusta) assiologia – se proprio ci si vuole esprimere in questi termini – che esso indubbiamente rivela non sia pensabile in maniera disgiunta dal profilo appunto logico, come invero nemmeno viceversa.

La sindacabilità piena delle decisioni, in altre parole, rinvia necessariamente – sempre da un punto di vista logico – alla questione del fondamento, della giustificazione sociale-relazionale, del diritto, il che è come dire, appunto, alla sua giustizia. Ma è anche la logica in sé della relazionalità che, parimenti, è «connaturata all'idea stessa di regola», la quale, cioè, se prescindesse dal suo fondamento, «sarebbe perciò una non-regola, la negazione del concetto stesso di norma per l'azione e perciò della fondamentale relazionalità dell'uomo»⁶⁵.

II.1. *Il presupposto della piena sindacabilità delle decisioni amministrative e la compatibilità con essa della molteplicità degli assetti di interessi discrezionalmente configurabili: la giustizia naturale ossia la logica di fondo del rapporto giuridico*

Fin qui, in sintesi, dopo aver scartato come utile per la nostra ricostruzione storica la declinazione della giustizia, ossia del fondamento del diritto, come mero insieme di norme elementari, abbiamo inoltre cercato di dimostrare come la medesima non possa avere solo una precettività *per relationem*, perché questa non è sufficiente a descrivere la sindacabilità nel merito di ogni statuizione discrezionale. Del pari, abbiamo voluto sottolineare che una giustizia procedurale non contraddice affatto i postulati legalistici, quella centralità della norma, cioè, alla quale l'Antico Regime era invece estraneo. Bisogna a questo punto esplicitare in che cosa consista questa giustizia naturale, che è necessariamente una giustizia sostanziale; quindi si dovrà anche verificare, più in particolare, come la pluralità delle

⁶⁴ Sul punto, molto chiaramente, PIZZORNI, *Il diritto naturale*, cit., pp. 591-603, e spec. pp. 591-592: «[n]on basta proclamare la necessità di un diritto superiore al diritto positivo; è necessario che esso non sia un'idea astratta, quasi platonica, un diritto solo *in fieri*, ma [...] una vera legge universale, immutabile [...]». Al contrario, la «sua reale influenza è provata dal fatto che *il diritto naturale serve a distinguere le leggi in leggi giuste e in leggi ingiuste*. [...] Non basta quindi dire che la legge sarebbe di per sé giusta perché... è la legge (*Sa Majesté la Loi*), come affermano il positivismo, il neopositivismo e lo storicismo giuridici». Ciò che invece in COTTA, *Il concetto di legge*, cit., spec. pp. 110 e 137, si enuncia appunto espressamente rispetto alla giustizia naturale stessa.

⁶⁵ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2018¹⁰, p. 7. Cosa che ci sembra dimostrata, come accennavamo poco più sopra nel testo, dalla tendenza a ricercare con maggiore intensità il fondamento del diritto allorché una società fatiche a trovare internamente punti di accordo su questioni diverse ma tutte irrinunciabili per i suoi membri, ossia un'assiologia di fondo condivisa capace di legittimare poi, sulla base del consenso, le scelte ricadenti su quella stessa società. In quell'esatto momento, profilo assiologico e profilo logico del diritto devono quindi tornare ad avvicinarsi secondo l'intima verità – secondo, appunto, la logica profonda – delle cose se si vuole mantenere l'unità di quella collettività, sicché i termini si invertono: *non più dallo stabilimento di una certa assiologia si giunge al diritto, ma dal diritto e dalla sua logica si ricava l'assiologia comune, la quale, dunque, è sottesa al diritto stesso*.

soluzioni liberamente elegibili da chi esercitava il potere in modo discrezionale fosse coniugabile con l'assenza di spazi (interessi) irrilevanti per il diritto. Solo, infatti, se la giustizia naturale è essa stessa un interesse dotato di una propria, specifica identità, il vincolo di integrale funzionalizzazione dell'esercizio del potere alla stessa può essere effettivamente in grado di spiegare la sindacabilità piena di ogni decisione. In altri termini, solo in tale ipotesi risulta possibile attribuire meritevolezza pienamente autonoma all'interesse del privato la cui recessività sia richiesta dal perseguimento di un certo interesse pubblico più particolare rispetto alla giustizia stessa e rispetto al quale quest'ultima possa porsi, nell'esplicazione della funzione 'giurisdizionale', come parametro terzo e causalmente superiore.

Ora, posto per l'appunto che in Antico Regime si rendeva sindacabile persino il merito delle decisioni discrezionali, ciò non poteva che essere il riflesso dell'essere il monarca *legibus solutus*, «in quanto essere umano *rationabilis*», vincolato anch'egli dal «divieto di ogni arbitrio ingiustificato», cioè immotivato⁶⁶. Questo rilievo ci consente di estendere quanto prima dicevamo relativamente alla giustizia non in sé (o naturale che dir si voglia), ma relativa, intellegibile appunto *per relationem* rispetto ad altri interessi funzionali e condivisi: che, cioè, vi è un'intima logica sottesa al diritto, che questa logica è quella del rapporto e che nel rapporto vi è implicita una essenziale pluralità⁶⁷. Tale pluralità e tale logica

⁶⁶ U. NICOLINI, *Certezza del diritto e legge giusta nell'età comunale*, da ultimo in Id., *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, Vita e Pensiero, 1983, p. 21. Il fatto che l'A. precisasse che quelle a cui il Principe era vincolato erano «leggi etiche» ci sembra invece che rifletta esattamente l'impostazione di fondo legalistica che stiamo cercando di evitare (come esattamente rileva, più in generale, MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 43, nt. 2, circa l'approccio di Nicolini). Cfr. CORTESE, *Il problema della sovranità*, cit., pp. 137 ss.; QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, cit., spec. p. 46; si veda, di nuovo, MECCARELLI, *op. cit.*, cit., p. 14, il quale segnatamente nota che il contenuto dell'*arbitrium* è «giuridicamente tangibile». Infatti, sul «piano dogmatico l'*arbitrium*, in quanto *potestas*, [...] fa dipendere la sua legittimità dalla sussistenza di una *causa*. Esso si propone sempre come potere strutturalmente predisposto alla disciplina giuridica, anche quando in esso è riconoscibile la *plenitudo potestatis*». Sulle fonti storiche in tema ci si soffermerà meglio nei Capitoli IV. e V.; basti qui citare, per tutti, G.B. DE LUCA, *Il principe cristiano pratico*, Roma, Stamperia della Reverenda Camera Apostolica, 1680, spec. pp. 203 e 331 ss., il quale ben testimonia come ancora a quell'epoca fosse opinione diffusa che il Principe dovesse «far le sue leggi non a capriccio, ovvero a passione, fondato nella sola podestà; ma regolate principalmente dalla ragione, la quale però non è sempre uniforme, variandosi dalle contingenze». Opinione secondo la quale, cioè, occorre non prestar fede semplicisticamente al «detto [...] che nel Sovrano *quod libet licet*, e che *stat pro ratione voluntas*». Da tale questione, inoltre, va tenuto distinto l'altro e non coincidente problema della controllabilità del potere apicale (cfr. MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 50). D'altra parte, era proprio per porre un argine a siffatto problema che veniva enucleato il principio di separazione dei poteri, il quale, peraltro, avrebbe finito per riproporre la medesima problematica sotto spoglie diverse: quelle dell'assoluta relatività assiologica o, ed è lo stesso, del discostamento degli interessi funzionali di vertice dall'interesse alla giustizia/rapporto giuridico. È noto invece come l'idea di tirannide, nel periodo pre-illuministico, fosse associata non a quella di un potere privo di vincoli positivi, bensì a quella di una «radicale perversione di un ordine morale»: «il tiranno è “qui non iure principatur”, [...] *ex defectu tituli ed ex parte exercitii*» (QUAGLIONI, *La sovranità*, cit., p. 24). Chiaro, dunque, è il riferimento qui al fondamento, al contenuto, del diritto, mentre restano in disparte le procedure di esercizio del potere, se non in quanto si risolvono esse stesse in un abuso.

⁶⁷ In quest'ordine d'idee si muove la concettualogia giuridica e culturale in genere che affonda le sue radici nel Medioevo: cfr., in particolare, S. TOMMASO D'AQUINO, *De regimine principum ad regem Cypri et De regimine Iudaeorum ad ducissam Brabantiae politica opuscula duo*, Torino, Marietti, 1971 (trad. it.), Lib. I, Cap. II («il

verrebbero invece violate nel momento in cui la considerazione di un determinato interesse collettivo non coincidesse più con quella delle *ragioni* che conducono all'unità insita nell'elemento del rapporto: con la considerazione, cioè, dell'interesse collettivo come aggregato (pur autonomo e distinto) di quell'originaria pluralità di interessi parziali delle parti che è struttura del rapporto stesso⁶⁸.

Il nocciolo duro della giustizia, o, come dire, la giustizia in sé, è allora la *pura logica stessa* del rapporto giuridico o istituzione, secondo il termine che più piaccia utilizzare. Ma non di questo o quel rapporto giuridico specifico, bensì *del* rapporto giuridico in genere⁶⁹. Essa, insomma, racchiude in una nozione ('a ciascuno il suo') il senso giuridico del rapporto stesso conferendogli 'forma' deontica⁷⁰. Senso giuridico-deontico il quale deriva dal fatto che l'inverarsi *pieno* dell'interesse del singolo, parte del rapporto, può avvenire *solo*

bene della moltitudine associata è che si conservi la sua unità, ossia la pace; poiché, quando questa venga a mancare, finisce l'utilità della vita sociale, perché la moltitudine in disaccordo è gravosa a se stessa. Dunque il reggitore della moltitudine deve tendere soprattutto a procurare l'unità della pace», e Cap. XV («l'unità della moltitudine [...] si chiama pace»). In letteratura, sul punto, cfr. E. BERTI, *Il concetto di "bene comune" di fronte alla sfida del terzo millennio*, in *Atti del Congresso internazionale su L'umanesimo cristiano nel III millennio: la prospettiva di Tommaso d'Aquino, 21-25 settembre 2003*, Città del Vaticano, Pontificia Accademia di San Tommaso, 2004, pp. 121 ss.

⁶⁸ Cfr. di nuovo, segnatamente, le utili considerazioni di SCOCA, SPASIANO, *Nozioni introduttive*, cit., pp. 11-12. Il ragionamento, che stiamo sviluppando nel grado più semplice parlando di una pluralità di individui, è peraltro assolutamente estendibile – ed anzi proprio in questo sta la cifra specifica dell'esperienza giuridica d'Età Moderna – ad una pluralità di gruppi e collettività: anch'esse, del resto, sono pur sempre 'parti' rispetto al 'tutto'. In questo, la teorica dell'Aquinate si dimostra ancora la più feconda a nostro parere: abbiamo già precisato infatti che «bene comune e bene particolare differiscono tra di loro, non soltanto in senso quantitativo, ma dal punto di vista qualitativo, perché il primo è il fine della società ed è comune per tutti i suoi membri [S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 58, art. 7, ad 2]. La differenza è formale così come lo è fra il 'tutto' e la 'parte'» (RYBKA, *L'attuazione del bene comune*, cit., pp. 492 ss.). Cfr. inoltre ivi, p. 485: «[t]utte le comunità situate nei diversi gradini della gerarchia sociale sono uguali in essenza. Esse differiscono tra loro solamente nel grado della perfezione. In questo contesto, la perfezione per S. Tommaso consiste nella capacità [di una società] di coprire o di soddisfare tutte le necessità della vita umana». Il significato della differenza tra 'tutto' e 'parte' – in che senso, cioè, una cosa sia '*generale*' rispetto all'altra secondo un criterio di capacità di incidenza causale su quella particolare, senza che, sol per questa connotazione, la prima assorba la seconda annullandone l'autonoma identità (cfr. invece Rousseau) – è spiegato molto chiaramente sempre da S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 58, art. 6, *Respondeo*: «generale dicitur aliquid dupliciter. Uno modo, per praedicationem, sicut animal est generale ad hominem et equum et ad alia huiusmodi. Et hoc modo generale oportet quod sit idem essentialiter cum his ad quae est generale, quia genus pertinet ad essentiam speciei et cadit in definitione eius. Alio modo dicitur aliquid generale secundum virtutem, sicut causa universalis est generalis ad omnes effectus, ut sol ad omnia corpora, quae illuminantur vel immutantur per virtutem ipsius. Et hoc modo generale non oportet quod sit idem in essentia cum his ad quae est generale, quia non est eadem essentia causae et effectus [...]». È per questa relazione che, come già più volte abbiamo detto, l'interesse collettivo può dare potenzialmente soddisfazione all'interesse parziale ed è sempre in questo senso che il secondo è 'parte' del 'tutto' costituito dal primo.

⁶⁹ CAPPELLINI, «*Status*», cit., p. 131, sottolinea infatti che «la soluzione 'positiva' del rapporto tra libertà ed eguaglianza naturali e *caput* 'civile'» avveniva negli ordinamenti pre-illuministici «recuperando (o facendo in qualche altro modo riferimento al) la unità di naturalità e socialità dell'uomo».

⁷⁰ Si vuole così esprimere il concetto di 'sanzione' nel senso di cui in ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 35-36, a riprova del significato che 'giuridicità' assume accedendo ad un'impostazione non normativista. In particolare, l'A. spiega come la «sanzione [...] possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, [...] *freno connaturato e necessario al potere sociale*» (corsivo nostro).

attraverso e in quello – distinto – della collettività in sé, cioè del ‘tutto’. Il che, del resto, è logico, se si considera che condizione imprescindibile di un rapporto tra due o più soggetti è la condivisione o comunanza di un certo interesse, la quale, a sua volta, ha ragion d’essere in quanto vi siano istanze che possono realizzarsi solo nella dimensione sovra-individuale⁷¹.

Ora, nel momento esatto in cui si scopre che è unicamente nel rapporto giuridico che gli interessi individuali (o altrimenti ‘parziali’, *rectius*) possono trovare la propria massima soddisfazione possibile, il sussistere del rapporto stesso – della pluralità alla base e delle ragioni dell’unità – diventa necessariamente il più alto bene o utilità comune e l’interesse per esso l’interesse collettivo-condiviso indefettibile⁷².

Questa circostanza è riconosciuta del resto anche da Santi Romano nella sua opera celeberrima⁷³. Anche detto scritto, tuttavia, non va del tutto esente dall’assunto che dobbiamo invece insistere nel rigettare: quello per cui ‘forma’ e ‘contenuto’ sarebbero due cose non solo concettualmente diverse, ma anche suscettibili di intraprendere direzioni divergenti. La quale dicotomia va invece respinta non foss’altro perché essa, affermando che «il diritto non è che ‘forma’ e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale»⁷⁴,

⁷¹ Scrive PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., p. 300, che la ragion d’essere del rapporto giuridico risiede nel fatto che «la posizione conflittuale determina una carenza di libertà tale per cui il sacrificio derivante dalla disciplina, che comporta poteri ma anche doveri, è meno grave del sacrificio dovuto alla carenza di disciplina, cioè quando, in sostanza, la disciplina ha valore positivo, creativo, in concreto, di quella libertà che il pari e libero potere di ciascuno compromette. Entro questi limiti si pone l’esigenza di un sistema ordinato di norme, cioè appunto di una disciplina, nella quale il conflitto si compone». Mantenendo la considerazione nel suo insieme, ma superando questa prospettiva meramente conflittuale alla base del sorgere del rapporto – prospettiva per questa ragione riduttiva, ci sembra, nel suo pessimismo di fondo –, si può affermare, anche più semplicemente, che «ci sono interessi che il singolo può soddisfare senza la cooperazione altrui», mentre «altri interessi non sono suscettibili di soddisfazione individuale» per le più varie ragioni. Queste ragioni non sono solo l’antagonismo di (ossia l’impedimento costituito da) altri soggetti cointeressati allo stesso bene della vita (CORSO, *Manuale*, cit., p. 29), ma anche la natura stessa del bene della vita oggetto d’interesse individuale. «È questa» – scrive ancora Corso, *ibidem* – «la premessa perché la soddisfazione dell’interesse vada cercata sul piano collettivo», sicché se ne può dedurre con sufficiente sicurezza che la dimensione sovra-individuale – cioè sociale – è quanto di più umano vi sia, a meno di non voler negare l’evidenza in favore di una irrealistica autosufficienza del singolo sulla scia groziana e, più tardi, illuministica.

⁷² Ciò posto, al livello fondamentale e basilare, potremmo dire, il punto è allora *voler riconoscere*, e non invece stabilire (al riconoscere/accertare in sé è infatti definitivamente estranea una libertà di scelta: è un vincolo alla verità delle cose) quel che consente la sussistenza del rapporto stesso, garantendo ovverosia l’interesse *di tutti* e, in potenza, *di ciascuno*. Circa la relazione tra ‘bene comune’ e la massima «bonum est quod omnia appetunt» – la quale «non sic intelligitur quasi unumquodque bonum ab omnibus appetatur, sed quia quidquid appetitur, rationem boni habet» (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 6, art. 2, ad 2) – cfr. RYBKA, *L’attuazione del bene comune*, cit., pp. 489-490. È per questo che sempre l’Aquinata può, logicamente, parlare in modo indifferente di «ius sive iustum naturale», che «est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri» (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 3, *Respondeo*). Il riferimento allo *ius divinum* in senso stretto, che, come sappiamo, faceva in Antico Regime parte unitamente a quello (divino) *naturale* del corpo del diritto vigente, ha funzione, (non solo, ma anzitutto) *dichiarativa*: infatti, «praecepta autem secundae tabulae continent ipsum ordinem iustitiae inter homines observandae, ut scilicet nulli fiat indebitum, et cui libet reddatur debitum» (ivi, I-II, q. 100, art. 8, *Respondeo*).

⁷³ ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 55: «L’aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall’istituzione in cui esso si concreta e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario».

⁷⁴ Ivi, p. 51.

reca implicita la negazione della stessa teoria per cui il diritto non è soltanto un insieme di norme, e ciò nella misura in cui ne contraddice la premessa fondamentale.

Infatti, la teorica romaniana parte dal presupposto che, come ormai sappiamo, per «società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui [...], ma un'entità che costituisca [...] un'unità concreta, *distinta dagli individui che in essa si ricomprendono*»⁷⁵. Per questo, nel momento in cui poi si va a risolvere ciò che rende tale unità in sé distinta dalle parti (ossia l'aggregato di interessi parziali compatibili che si definisce interesse collettivo o pubblico) nell'interesse o del tutto soltanto o delle parti soltanto, ecco che risulta radicalmente annullato lo stesso assunto primario sul quale quella teorica si regge⁷⁶.

La nozione di giustizia, invece, si salda ontologicamente – come abbiamo cercato di dimostrare – a quella di rapporto giuridico. Di conseguenza, essa esprime non l'appiattirsi, ma l'inverarsi, degli interessi parziali in quello collettivo, nonché, viceversa, l'imprescindibilità dei primi alla base del secondo. In questo modo, è il concetto stesso di giustizia-rapporto giuridico ad escludere in definitiva che qualsiasi contenuto possa indifferentemente essere posto a fondamento della nozione di diritto⁷⁷.

La scienza giuridica tra XII e XVIII secolo aveva ben chiaro, in questo senso complessivo, che dicendo *'ius naturale vel gentium'* ci si poteva riferire a cose tra loro collegate, ma diverse. Il significato più proprio dello *ius naturale vel gentium* era, dunque, quello che abbiamo cercato di declinare sin qui: «*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*»⁷⁸. Si tratta delle deduzioni *immediate* dalla logica della giustizia⁷⁹, che presiedono al rapporto giuridico come quelle in difetto delle quali *nessun* rapporto – entro una *qualsiasi* comunità sociale o tra distinte comunità sociali – potrebbe sussistere. Ad esse

⁷⁵ Ivi, p. 37 (corsivo nostro).

⁷⁶ Cfr. ancora RYBKA, *L'attuazione del bene comune*, cit., pp. 491-492: «[i]l bene comune non è [...] la semplice somma dei beni particolari degli individui. Esso non può essere identificato con il bene dei singoli o ridotto totalmente ad esso, come succede in certe correnti individualistiche, e non può essere neanche compreso come bene dello Stato, del partito o di una classe sociale, come è, non di rado, nelle ideologie totalitarie dell'epoca moderna»; e *ibidem*, nt. 77: «[i]l bene comune viene, cioè, svuotato da tutti i contenuti oggettivi legati all'ordine ontologico (e, quindi, non modificabili da parte della volontà [...]) e diventa una pura forma che può essere riempita con tutti i contenuti che la volontà [...] riterrà opportuno creare. Il contenuto del bene comune non è una realtà permanente [...] ma diventa oggetto dell'opinione e si immerge nel vortice della contingenza storica: volontà della Nazione, della classe, del partito, della razza [...]».

⁷⁷ Cosicché non ogni volta che si riscontri un'organizzazione si può anche parlare – ci sembra – di una 'istituzione' nel senso proprio del termine. Non si può farlo nella misura in cui tale ente non si fondi sulla giustizia. Si può sostenere infatti che, in quella medesima misura, l'organizzazione non sia fondata sul diritto, venendo minata – quantomeno in potenza – la costitutiva pluralità di interessi che ne sta alla base. Di conseguenza, essendo il diritto propriamente rapporto, ne viene che una siffatta organizzazione sarà retta solo, per la misura in cui si discosta dalla giustizia, dall'elemento dell'autorità, ponendo in secondo piano il fondamento dell'esercizio del potere e delle relative decisioni.

⁷⁸ Inst. 1.2.1.

⁷⁹ I cd. principi primi, ossia le «*conclusiones propinquae [immediate] principiis*»: S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 94, art. 6, *Respondeo*.

la dottrina attribuiva il nome di *ius naturale* o *ius gentium «primaevum»* (o *primarium*, a seconda degli autori), «quod omnibus hominibus, pro sola ratione humana conditione, absque regionum, vel nationum, ac morum diversitate, est omnibus commune, et uniforme»⁸⁰. Sono ovverosia quegli assetti di interessi – ciò che infatti è ogni norma – che racchiudono in modo necessario e inderogabile l'ordinamento alla giustizia, senza i quali, in accordo con quanto abbiamo da poco finito di considerare, verrebbe a spezzarsi il legame ontologico e biunivoco tra interesse (o utilità o bene che dir si voglia) della parte e interesse o bene del tutto: il raccordo tra pluralità e unità.

Per afferrare, quindi, la portata effettiva del vincolo rappresentato da questa sfera di diritto per l'esercizio del potere politico, è di estrema rilevanza aver chiaro che l'individuazione di uno *ius naturale* o *gentium 'primarium'* serviva nella trattatistica d'Antico Regime a distinguere quest'ultimo da uno *ius gentium «secundarium»*. Lo *ius gentium 'primarium'* (o *ius naturale*) – l'ordine della giustizia naturale vero e proprio – ha allora valore non perché in quei pochi precetti (ossia assetti di interessi) che vi sono contemplati – e di cui la dottrina antica riconosce l'identità con quelli, come anticipavamo, dello *ius divinum*⁸¹ – si sia mai potuta trovare la risposta ad *ogni* contingente evenienza.

Ciò è peraltro escluso espressamente dalla tomistica stessa⁸², mentre, sull'opposto assunto, finiremmo per ammettere con Sergio Cotta che la giustizia naturale è soltanto un imperativo formale, generico e quindi vuoto, come tale strutturalmente inadatto a porsi quale

⁸⁰ Di nuovo, per tutti, DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, pars I, disc. XXXV, § 14.

⁸¹ Ivi, § 30: il riferimento è, in particolare, ai precetti di giustizia del Vecchio e del Nuovo Testamento. Questa «species» di precetti – scrive De Luca – «indefinite obliget», e la ragione ci sembra essere che, se occorre salvaguardare il rapporto tra soggetti diversi, ciò è possibile solo tutelandone la logica costitutiva, ciò che impedisce all'interesse collettivo di fagocitare quello parziale e, in ultima istanza, individuale, e viceversa di sciogliere quello pubblico in quello 'egoistico' «à la Adam Smith», per intenderci. Il lettore, allora, potrà senz'altro dubitare dell'affermazione qui implicitamente formulata per cui tale risultato è possibile unicamente allorché si rispettino solo, ma anche tutte, tali poche norme dello *ius divinum*. Tuttavia, la spiegazione portata dalla dottrina pre-contemporanea – talmente acquisita e data per presupposta nella coscienza collettiva che per recuperarla bisogna rifarsi all'Aquinate, visto che ancora nel '600 il De Luca ne richiama sostanzialmente le medesime categorie – è di ordine non solo confessionale (cosa che si potrebbe essere portati a pensare, avendo invece noi acquisito una diversa coscienza che relega nel "buio della ragione" l'uomo pre-illuminista e, più in generale, la religione); al contrario, la cennata spiegazione ha carattere *anche*, e segnatamente, formale. Infatti, se è vero che «ad legem divinam pertinet ut ordinet homines ad invicem» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 99, art. 4, *Respondeo*; oltre che «ad Deum», il che è però evidentemente materia diversa), è vero altresì che non tutto lo *ius divinum* – si legge ivi, II-II, q. 57, art. 2, ad 3 – è '*iustum quia iussum*' (da Dio, n.d.s.), ma è anche '*iussum* (sempre ovviamente da Dio) *quia iustum*' (poniamo così un accento inverso a quello impresso dall'Aquinate, che nella posizione da ultimo citata mirava, invece, a porre in risalto che non tutto il diritto divino è naturale: «[s]unt enim in lege divina quaedam praecepta quia bona, et prohibita quia mala, quaedam vero bona quia praecepta, et mala quia prohibita»); sul punto, cfr. PIZZORNI, *Il diritto naturale*, cit., pp. 237-242). In definitiva, il piano confessionale (o di fede che dir si voglia), che certo permeava in profondità la società di Antico Regime, non eliminava il piano del razionale, ma ne era semmai garanzia di verità e corretto ragionamento a motivo dell'intima, reciproca compenetrazione tra i due, oltre che in virtù del *principium auctoritatis*.

⁸² S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 99, art. 4, *Respondeo*: «oportet quod determinetur utrumque [cioè il duplice compito della *lex* di ordinare gli «homines ad invicem et ad Deum»] per legem divinam vel humanam, quia principia naturaliter nota sunt communia [*i.e.* 'generici']».

interesse-fine funzionale da perseguire da parte di chi esercita il potere. Ci sembra opportuno ribadire, invece, come il valore di quei precetti stia tutto nel fatto che essi coincidono con le condizioni di sussistenza di un rapporto (cioè di un ‘tutto’, di una collettività o società) e, al contempo, della salvaguardia della pluralità che ne sta alla base. Per questo, i suddetti precetti inquadrano effettivamente il nucleo minimo della giustizia (ciò che *non può non essere* dovuto alle parti di un rapporto, per questa ‘doverosità’, giuridico) come fondamentale – universalmente generale o condiviso – interesse-fine da perseguire.

Siccome, poi, un rapporto giuridico scaturisce in circostanze di tempo e di luogo determinate, non si può immaginare di disgiungerne l’*‘ontologia concettuale-astratta’* (le condizioni che permettono la sussistenza stessa di un qualsiasi rapporto) dalla sua *‘ontologia storica’* (quanto ne consente la sussistenza alla luce di un certo dato esperienziale). Come abbiamo notato, vi sono istanze che possono essere soddisfatte solo nella dimensione sovra-individuale del rapporto giuridico; ciò fa del *sussistere in sé* del rapporto e della logica plural-unitaria che vi è sottesa l’interesse collettivo per eccellenza, posto che, senza il loro ordinamento ad esso, molti interessi parziali – e le libertà individuali per prime, a ben rifletterci – resterebbero spogliati finanche della possibilità di trovare soddisfazione.

La realizzabilità di certe esigenze individuali esclusivamente sul piano comunitario richiede, così, la subordinazione di certi interessi parziali a quello collettivo e, al contempo, àncora quest’ultimo ai primi scaturendo da altri interessi parziali compatibili e concorrenti per un bene della vita superiore⁸³. Ciò posto, l’adeguatezza dell’assetto di interessi denominato *‘ius gentium primum’* rispetto al sussistere del rapporto giuridico e alla sua logica (interesse alla giustizia naturale o in sé) risulta indefettibile: la necessità di tale assetto di interessi è *assoluta*, esso è cioè *univoco* e non sono prospettabili assetti di interessi alternativi⁸⁴, giacché lo *ius gentium primum* è l’ordine, appunto, della stessa giustizia naturale o in sé.

⁸³ Superiore cioè più ‘generale’, intesa questa generalità, secondo quanto abbiamo avuto modo di ricordare, come *obbiettiva capacità di incidenza causale* di una cosa sull’altra, come *potenzialità soddisfattoria* dell’unica cosa da parte dell’altra. L’interesse alla vita, ad esempio, è ‘generale’ rispetto a quello all’integrità fisica, atteso che senza il primo il secondo non avrebbe evidentemente ragion d’essere; così, la salvaguardia della vita giustifica razionalmente la lesione della propria integrità fisica, ma non certo viceversa.

⁸⁴ Cfr. S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 95, art. 3, arg. 4: «necessarium dupliciter dicitur. Scilicet id quod est necessarium simpliciter, quod impossibile est aliter se habere [...]. Est etiam aliquid necessarium propter finem, et talis necessitas idem est quod utilitas». Si distingue così l’utilità in base al fine, sicché vi sono fini (beni, come sappiamo) strumentali e fini (beni) ultimi (o finali – si perdonerà la brutta ripetizione –). La necessità utile (o utilità che dir si voglia) si misura in ogni caso sul fine che si deve perseguire e sulla stessa base, al contempo, si determinano le norme vincolanti e inderogabili (quelle aventi di mira in via immediata il fine cui si tende) e quelle derogabili o dispensabili (quelle aventi ad oggetto un bene strumentale o intermedio rispetto al bene-fine che si deve perseguire). Cfr. *ivi*, I, q. 83, art. 3, *Respondeo*.

Tutto questo, d'altra parte, non esclude che la suddetta necessità di compenetrazione tra gli interessi delle parti e quello del tutto (la quale fa sussistere il rapporto) si realizzi in forme diverse, ovverosia in assetti di interessi variabili, non sempre univoci e costanti. Si tratta, nondimeno, di una mera interscambiabilità del mezzo attraverso cui si inverte l'ordine della giustizia primario, ossia dello strumento mediante il quale si soddisfa l'interesse collettivo al sussistere del rapporto giuridico. Lo *ius gentium 'secundarium'*, in definitiva, non è altro che questo mezzo mutevole, che realizza l'ordine della giustizia naturale in uno specifico contesto storico (sociale, economico, culturale, ecc.) e che è, cioè, «determinato dalla *necessitas*» di cui in Inst.1.2.2⁸⁵.

Sempre l'autorevole voce di De Luca spiega in proposito, infatti, che lo «*ius gentium, quod secundarium dicitur*», è quello che riguarda «*ea, quae prius plerisque aliis gentibus et nationibus*» (altre rispetto a quella romana) «*communia, seu in usu erant*»⁸⁶. Si noti: «*communia*» o «*in usu*» non presso tutte le popolazioni universalmente, come invece lo *ius naturale vel gentium primarium*, ma presso la 'maggior parte' di esse. Ciò implica da un lato una comunanza di *necessitas*, ma dall'altro anche, per definizione, la possibilità di una diversità e cioè di una non vigenza dello stesso diritto.

È, insomma, l'intendersi della stabilità del diritto con la mutevolezza delle sue forme⁸⁷; forme, evidentemente, 'estrinseche' o 'accidentali' – secondo una terminologia che abbiamo

⁸⁵ GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., p. 638; Inst.,1.2.2: le norme che «*usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*». Del resto, anche S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia», I (1909), pp. 251-272, avrebbe poi affermato a chiare lettere che «quando s'indaga il fondamento obbligatorio di una legge, tale fondamento si rinviene in una legge precedente che stabilisce gli organi competenti ad emanarla e i loro poteri. Ma è chiaro in questa ricerca dovremo ad un certo punto arrestarci arrivando ad una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l'ha determinata. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione» (cfr. F. DE VANNA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in «Jura Gentium», XV (2018), pp. 46-47, dove abbiamo reperito la citazione; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini», X (1981), spec. pp. 94-95).

⁸⁶ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, pars I, disc. XXXV, § 14.

⁸⁷ In un incisivo volume collettaneo è stato sottolineato che, ricostruito «nelle sue diverse incarnazioni storiche, l'*ordo iuris* ci trasmette dunque due immagini, apparentemente contraddittorie, ma in realtà complementari: per un verso esso conferma la sua intima vocazione a proporsi come forma dell'esperienza, come struttura portante della convivenza; per un altro verso, esso mostra le sempre diverse risposte che la sua istanza ordinante ottiene nei diversi contesti storici, tanto da dare la sensazione che esso debba essere declinato al plurale, piuttosto che al singolare». Ciò rende possibile definire il diritto come «forma dell'esperienza», «forma strutturale [...] di un'esperienza collettiva»; come qualcosa che è capace di «dar conto, al contempo, del gioco del singolare e del plurale» e di far «cogliere in momenti storici diversi le peculiari e molteplici forme che l'esperienza produce per soddisfare quella medesima, fondamentale esigenza 'auto-ordinante' che essa manifesta sempre di nuovo» (M. SBRICCOLI ET AL., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, *Introduzione*, pp. XI-XII; cfr. R. FERRANTE, *Recensione a Aa. Vv., Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», LXXVII (2004), spec. p. 434; e F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Recension a Vv. Aa., Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza*

già avuto occasione di impiegare – che non incidono sulla sostanza (sulla forma ‘sostanziale’) dell’oggetto ‘*ius*’, il quale è nel suo nucleo, in ogni tempo e luogo, ordine della parte al tutto, cioè rapporto giuridico⁸⁸. Solo, dunque, al livello dello *ius gentium secundarium* è possibile a ragione collocare la storicità del diritto come relatività dello stesso. In questo senso, era affermazione diffusa in dottrina quella per cui *ius gentium secundarium* indicava non già l’ordine della giustizia in sé (quello che «convenit naturae rationali secundum se consideratae», o «absolute»), ma l’ordine della giustizia che «convenit eidem naturae» – a quella stessa logica del rapporto – «in societate et republica civili constitutae»⁸⁹.

Proprio, inoltre, attraverso questo canone della necessità relativa, o utilità, di un certo assetto di interessi alla sussistenza del rapporto giuridico (dove il primo è necessario al secondo come il mezzo lo è al fine), la dottrina distingueva ulteriormente tra *ius gentium secundarium* e *ius civile*.

Gli assetti di interessi in cui quest’ultimo si sostanziava *non* si imponevano infatti come ‘necessari’, univocamente (ossia in senso assoluto) ovvero mutevolmente in base alle contingenze storiche. A differenza di quelli contenuti nello *ius gentium primum* o *secundarium*, gli assetti di interessi ‘posti’, quindi facenti parte dello *ius civile*, non erano invece necessari *come tali* a garantire la sussistenza – in sé o in un certo momento storico –

giuridica (Giuffrè Editore, Milán, 2003), in «Revista de estudios histórico-jurídicos», XXVII (2005), pp. 622 ss.).

⁸⁸ S. TOMMASO D’AQUINO, *De malo*, in Id., *Quaestiones disputatae*, vol. II, Roma, Taurini, 1953, q. 2, art. 4, ad 13: «iusta et bona possunt dupliciter considerari: uno modo formaliter, et sic semper et ubique sunt eadem; quia principia iuris, quae sunt in naturali ratione, non mutantur. Alio modo materialiter, et sic non sunt eadem iusta et bona ubique et apud omnes, sed oportet ea lege determinari. Et hoc contingit propter mutabilitatem naturae humanae et diversas condiciones hominum et rerum, secundum diversitatem locorum et temporum; sicut hoc semper est iustum quod in emptione et venditione fiat commutatio secundum aequivalens; sed pro mensura frumenti iustum est ut in tali loco vel tempore tantum detur, et in alio loco vel tempore non tantum, sed plus vel minus». Sempre sull’insegnamento tomistico, G. PACE, *Analysis institutionum imperialium, cum selectis. Adiecta est in calce utriusque una et altera Anacephalaeosis*, Lugduni, sumpt. Ioan. Ant. Huguetan, 1638, p. 39, riporta che lo «*ius gentium secundarium, quod ab sola ratione humana est introductum, [...] aliquando mutatur*»; già in termini BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria*, in Id., *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria nunc recens praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas Aureis Adnotationibus Iacobi Anelli De Bottis et Petri Mangrellae*, Venetiis, 1590, Tomus IX, *Super Authenticis, et Institutionibus*, Collatio IX, Tit. *De iure naturali gentium et civili*, § *Sed naturalia iura etc.*, § 1: «naturale ius primaevum, est immutabile», mentre «arguitur [...] ius gentium [*scilicet, secundarium*] sit mutabile». In letteratura, cfr. PIZZORNI, *Il diritto naturale*, cit., pp. 440-441, il quale in particolare chiarisce che «la legge naturale non può subire mutazioni in se stessa “quantum est de se”, però vi possono essere delle circostanze che, pur non mutando, né potendo mutare la legge in se stessa, ne mutano invece la materia», alla stregua cioè «di una mutazione materiale e circostanziale (*per accidens*), e non di una mutazione formale o essenziale (*per se*)».

⁸⁹ M. BECANO, *Summa Theologiae Scholasticae. De Beatitudine et actibus humanis, peccatis, legibus, gratia, iustificatione et merito. Secundae Partis Pars I*, Lugdunij, apud Nicolai Gay, 1645, p. 409. Questo A., con una leggera differenza terminologica ma non concettuale (ciò che importa è infatti la distinzione tra *primum* e *secundarium*), parla di *ius naturale* in qualità di *ius (naturale) primum* e di *ius gentium* come *ius (naturale) secundarium*.

del rapporto giuridico⁹⁰. Essi erano senz'altro necessari, ma non quanto al loro contenuto specifico, bensì per il compito che svolgevano: a motivo, cioè, della genericità dei precetti dello *ius naturale*, che è genericità dell'interesse di tutti e di ciascuno al sussistere del rapporto giuridico⁹¹. Il ruolo del diritto civile o positivo in un impianto a diritto naturale come quello di Antico Regime sta, pertanto, nella *determinazione discrezionale dei mezzi* per perseguire quell'interesse primario e indisponibile alla giustizia (nella sua ontologia astratta e storica), nonché nell'individuazione di fini ulteriori che consentano, in via *mediata* ad essi, un perseguimento del medesimo, che rispetto a loro è superiore e causalmente generale.

Nel dettaglio, questi fini più particolari, pur non essendo condivisi da tutti i membri di una determinata comunità politica, sono interessi che vanno a beneficio della stessa nella sua interezza, così come la cura di una parte del corpo si riflette positivamente su tutto il corpo medesimo⁹². Lo *ius civile*, se il ragionamento svolto è corretto, non era quindi *ius quia iustum*; la *necessitas* (non invece la validità) di questo *ius* – di quegli assetti di interessi o norme – per la sussistenza del rapporto giuridico derivava, qui sì, quanto al loro contenuto specifico, dal comando stesso e, quindi, dalla *legittimazione* dell'autore di quel diritto (*ius quia iussum*)⁹³.

⁹⁰ Cioè «sine quibus homines ad invicem convivere non possent» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, I-II, q. 95, art. 4, *Respondeo*). In altre parole, *ius naturale secundarium* sono quelle norme o assetti di interessi rivolti alla sussistenza del rapporto («habentia aequitatem») «ex propinquo» (ivi, II-II, q. 57, art. 3, ad 3), in via cioè 'quasi-immediata', quasi-necessaria: ancora PIZZORNI, *Il diritto naturale*, cit., pp. 443-444.

⁹¹ Come ben spiegava sempre San Tommaso nei passi che riprenderemo *amplius* nella Parte Seconda, Cap. IV., par. II.1., e Cap. V., par. III.1., limitandoci per il momento a rinviare a quei luoghi.

⁹² Scrive ancora S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, II-II, q. 57, art. 2, ad 2, che «voluntas humana ex communi conducto potest aliquid facere iustum in his quae secundum se non habent aliquam repugnantiam ad naturalem iustitiam»; DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, pars I, Disc. XXXV, § 31, il quale sottolinea che tutto il diritto che «cedit sub generi iuris humani, vel positivi» – ciò che è dimostrato dal non essere esso *assolutamente necessario*, nei suoi contenuti, per la salvaguardia della giustizia – «per humanam potestatem ei derogari, vel dispensari potest». E questi rilievi bastino a confutare la premessa – qui sì meramente assiologica, non essendo sorretta da ragione – di tutto il filone giusnaturalistico dell'età moderna: quello, per intenderci, che pretendeva di trovare ogni risposta ai conflitti inter-soggettivi già perfettamente enucleata nel diritto naturale o enucleabile mediante meri ragionamenti deduttivi da pochi principi auto-evidenti, e che tuttavia perveniva così ad *annullare* la stessa premessa giusnaturalistica gettando le basi per un assolutismo giuridico positivista. Ossia, appunto, facendo del diritto, anche di quello naturale, un mero insieme di norme. Iniziava cioè – scrive magistralmente GROSSI, *L'Europa*, cit., pp. 99 e 114 – «l'assillante ritornello della evidenza, che continuerà per tutto il Settecento e che è illuminante per farci capire che siamo in un emisfero culturale addirittura capovolto rispetto a quello medievale». Un emisfero dove, «dietro la foglia di fico della 'ragione naturale' e della 'volontà generale' sta la consegna nelle mani del potere politico della intiera produzione del diritto».

⁹³ S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, II-II, q. 57, art. 2, *Respondeo*: «[d]upliciter autem potest alicui homini aliquid esse adaequatum. Uno quidem modo, ex ipsa natura rei, puta cum aliquis tantum dat ut tantundem recipiat. Et hoc vocatur ius naturale. Alio modo aliquid est adaequatum vel commensuratum alteri ex conducto, sive ex communi placito, quando scilicet aliquis reputat se contentum si tantum accipiat. Quod quidem potest fieri dupliciter. Uno modo, per aliquod privatum conductum, sicut quod firmatur aliquo pacto inter privatas personas. Alio modo, ex conducto publico, puta cum totus populus consentit quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratum alteri; vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet et eius personam gerit. Et hoc dicitur ius positivum». Cfr. anche ivi, I-II, q. 104, art. 1, *Respondeo*: «praeceptorum cuiuscumque legis quaedam habent vim obligandi ex ipso dictamine rationis, quia naturalis ratio dicitur hoc esse debitum fieri vel

Proprio in questo differente rapporto di priorità logica tra la necessità della realizzazione o della conservazione della giustizia-rapporto giuridico e le norme o assetti di interessi, tra forma e contenuto, va dunque individuato il motivo essenziale della inderogabilità anche dello *ius gentium secundarium* persino per chi esercitava un potere politico sovrano, apicale. O meglio, tale inderogabilità vigeva in linea di principio, «in sua totalitate»⁹⁴: salva, ovverosia, l'eccezionale ricorrenza di una giusta causa che si qualificava, guarda caso, come di *publica* – con intuibile riferimento al ‘tutto’ della collettività – *necessitas* o *utilitas*⁹⁵. In ciò, vi è una chiara differenza rispetto allo *ius naturale vel genitum primum*, precisamente in ragione dell'inderogabilità di quest'ultimo nemmeno «in certo casu [...] et per iustam causam»⁹⁶.

Calato in questo edificio giuridico complessivo, è peraltro palese come anche il criterio della legittimazione – che è criterio squisitamente meta-giuridico come avevamo già osservato dianzi – non si ponga in maniera fatalmente alternativa a quello della giuridicità-validità, come invece accade strutturalmente nello Stato di diritto a separazione dei poteri (dove, in ragione della centralità della norma nella definizione degli assetti di interessi e, quindi, della vincolatività giuridica ad essa limitata, si scinde il momento assiologico-contenutistico da quello formale-giuridico).

Infatti, la indisponibilità della sfera di diritto superiore era assoluta solo rispetto alle regole strumentali al (*id est* razionali per) il perseguimento dell'interesse collettivo alla giustizia. Di conseguenza, l'indisponibilità era ristretta esclusivamente a quest'ultimo interesse, che il diritto era cioè chiamato essenzialmente a soddisfare, mantenendosi così saldamente uniti i termini *ius* e *iustitia*. Per questo, anche quando qualcosa era *ius quia iussum*, in ultima istanza esso rimaneva ancora *iussum*, e quindi *ius, quia iustum*. L'obbligatorietà non derivava in sé dal comando di chi era legittimato a impartirlo, ma dalla strumentalità di quel comando alla sussistenza e alla più compiuta realizzazione della

vitari. [...] Alia vero praecepta sunt quae non habent vim obligandi ex ipso dictamine rationis, quia scilicet in se considerata non habent absolute rationem debiti vel indebiti; sed habent vim obligandi ex aliqua institutione divina vel humana». Il che, beninteso, poteva essere anche un diritto (civile e positivo, cioè non naturale o delle genti) consuetudinario, non cambiando che il modo e l'autore della sua produzione.

⁹⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria*, cit., p. 62, § 2.

⁹⁵ *Ibidem*: «[d]icendum ad primum quod ius gentium [*secundarium*] immutabile est in sua totalitate, quae in certo [casu] potest mutari, et per iustam causam» (per l'esplicitazione della parola «casu», si veda la diversa edizione dell'opera: ID., *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria, denuò maximo labore vigilantiaque recognita*, Lugduni, Apud Sebastianum de Honoratis, 1559, p. 74, § 2). In letteratura, cfr. sempre GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., pp. 641 ss.; QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, cit., pp. 56 ss.; MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 124-125.

⁹⁶ Di nuovo, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria*, cit., p. 62, § 2; S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 100, art. 8, *Respondeo*: «tunc in praeceptis debet fieri dispensatio, quando occurrit aliquis particularis casus in quo, si verbum legis observetur, contrariatur intentioni legislatoris. [...] Si qua ergo praecepta dentur quae contineant ipsam conservationem boni communis, vel ipsum ordinem iustitiae [...]; huiusmodi praecepta continent intentionem legislatoris, et ideo indispensabilia sunt».

dimensione relazionale e di questa alle esigenze che la persona non era in grado di soddisfare da sola.

La considerazione appena svolta consente di riportare al centro l'elemento dell'*arbitrium*, cioè la vasta gamma di soluzioni o assetti di interessi potestativamente configurati, senza che, per ciò soltanto, venga messa alla porta la giuridicità di questi ultimi, ossia la validità della regola di precedenza formata così tra interessi non ancora bilanciati nemmeno in modo imperfetto, come già in qualche misura ordinati e da inverare.

Neppure sulla base del diritto naturale vi è sempre, insomma, un unico assetto di interessi rispondente a giustizia da individuare mediante un'operazione ermeneutico-interpretativa. Cionondimeno, anche laddove non vi sia un'unica soluzione giusta, ma discrezionalità tra più opzioni, la posizione che il singolo (parte del rapporto giuridico) ricopre non è paragonabile a quella del nostro 'interesse legittimo', posizione giuridica che invece non conferisce rilevanza pienamente autonoma all'interesse del privato. Al contrario di questo, in quanto è in grado di spiegare razionalmente il cedere dell'interesse del privato o di quello collettivo, in tanto l'interesse alla giustizia – a che sia corrisposto a ciascuno quanto gli spetta secondo una certa uguaglianza nel fine – sempre assicura una rilevanza autonoma all'istanza del singolo; e ciò va detto nonostante la variabilità della proporzione d'uguaglianza su cui si misura ciò che è dovuto ad ogni parte del rapporto.

Siffatta variabilità, allora, è mutevolezza del dato storico-esperienziale, la quale però, come ben ci rappresenta il binomio di *ius gentium primum* e *secundarium*, si inserisce sempre, alla fine, nella necessità di sussistenza del rapporto giuridico. È questa necessità, invece, che è immutabile, quant'è vero che imperituro è il valore della persona che ne costituisce parte e che – questo sì – chiede solo di essere *correttamente* riconosciuto. La sussistenza del rapporto, di conseguenza, si realizza quando la recessività dell'interesse di un privato è giustificata – è 'resa rispondente a giustizia' – non soltanto dalla provenienza soggettiva della decisione o dalle modalità di formazione di quest'ultima; si invero allorché tale recessività si spieghi per la sua strumentalità al perseguimento di un interesse che, sì collettivo, sì distinto da quello privato, è tuttavia realmente condiviso dal singolo, cioè è potenzialmente fonte anche per la parte di utilità effettiva e non solo ideologico-astratta⁹⁷.

⁹⁷ Questa, infatti, è la logica del rapporto. Non, cioè, utilitarismo statalista alla Hobbes o individualista alla Locke, che ne sono i precursori in quanto le relative dottrine ne costituiscono il *presupposto* teorico. In questo senso, P.E. TAVIANI, *Il concetto di utilità nella teoria economica*, vol. I, Firenze, Le Monnier, 1968, p. 92; cfr. G.M. CHIODI, *Legge naturale e legge positiva nella filosofia politica di Tommaso Hobbes*, Milano, Giuffrè, 1970, in part. p. 169, il quale evidenzia che la «impostazione contrattualistica è, ovviamente, manifestazione di una concezione esclusivamente utilitaristica»; cfr. altresì, più di recente, R. RUSSO, *An herculean mind: il problematico ruolo di Locke come precursore dell'utilitarismo*, in «Etica & Politica», XIX (2016), fasc. 2, pp. 197 ss. Logica del rapporto, invece, vuol dire «bona [...] dispositio partis [...] secundum habitudinem ad totum» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 47, art. 10, ad 2). Così, S. Tommaso da un lato chiarisce

In questo modo, a ben vedere, non risulta in assoluto e necessario contrasto con la giustizia o logica del rapporto giuridico nemmeno quella relazione, non paritaria ma ineguale, ossia di potere, nella quale «la riserva o attribuzione del potere» costituisca addirittura essa stessa «un momento di equilibrio [...] nella struttura compositiva» dello stesso rapporto⁹⁸. Anche una siffatta posizione di potere, che reca indubbi margini di insindacabilità, si risolve infatti in nient'altro che in una (più marcata) *non equidistanza* delle parti dall'interesse collettivo e condiviso. Ma questa non elimina affatto, di per sé, l'autonoma rilevanza dell'interesse della parte, il quale, inserito ma non annullato nell'interesse collettivo, può anche richiedere che vi sia un soggetto che disponga di spazi molto ampi di unilateralità decisoria. La predetta non equidistanza delle parti del rapporto dall'interesse collettivo (collettivo ossia condiviso da quelle stesse parti) non toglie, in altre parole, il necessario riferimento al medesimo; o così è, perlomeno, fino a che anch'essa risulti funzionale, in ultima istanza, al mantenimento del rapporto giuridico, che è il bene della vita per eccellenza da cui tutti gli altri interessi individuali e collettivi derivano la propria possibilità di soddisfazione.

Questa logica complessiva, in sostanza, rappresenta l'abisso che separa l'interesse legittimo dallo *ius in spe* d'Antico Regime (cioè quella pretesa soggettiva contrapposta allo *ius in re*, pretesa non mediata, invece, da una decisione autoritativa). E questo va affermato benché tanto il nostro interesse legittimo quanto lo *ius in spe* abbiano ad oggetto assetti di interessi non compiutamente definiti, ma da definirsi in base alle circostanze di fatto, e ciò postuli inevitabilmente la mediazione di un esercizio – discrezionale o meno – del potere⁹⁹.

che «ille qui quaerit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quaerit bonum suum, [...] quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni» (*ibidem*): nel che si vede come, al contrario che nel pensiero utilitarista, l'utilità (o bene) della parte sia sempre subordinata a quella del tutto. Dall'altro lato, ferma sempre la centralità di quanto è dovuto a ciascuno («in his quae ad iustitiam pertinent»), l'Aquinate sottolinea al contempo che «omne superfluum [...] lucrum, extenso nomine, vocatur, sicut et omne quod minus est vocatur damnum» (ivi, II-II, q. 58, art. 11, ad 3). Pertanto, il rapporto giuridico è (il massimo) bene comune perché questo non si risolve nell'utilità solo della parte ma nemmeno in quella solo del tutto, bensì nel potenziale vantaggio di tutti e di ciascuno insieme.

⁹⁸ PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., p. 305; cfr. *amplius*, Parte Seconda, Cap. V., par. II.

⁹⁹ Ci sembra altresì di poter concludere che sempre questa, come avremo modo di dire meglio nei Capitoli successivi, sia la logica secondo la quale, essenzialmente, si distinguono le suppliche di *grazia* da quelle di *giustizia*: mirando cioè le seconde a *far valere* quella logica nel suo minimo, mentre le prime, meno pretensivamente, a domandarne un più perfetto – ma, per il suo essere un “di più”, non dovuto – compimento. Era un po' la logica della *iustitia* confrontata a quella della *caritas* – della *caritas* pubblica –: la giustizia, del resto, è «parte integrante», «misura minima», della carità (BENEDETTO XVI (papa), lettera enciclica *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, § 6). In tema, TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., pp. 52-55, scrive che erano di ‘grazia’ quelle suppliche che davano luogo a «‘risoluzioni’ che, in quanto espressive dello *ius dispensandi*, erano suscettibili di introdurre una deroga all’ordinamento vigente; [...] l’elemento che veniva sottolineato era quello dell’assenza di un confronto o contraddittorio tra le parti interessate, vale a dire il supplicante da un lato e dall’altro colui che avrebbe subito le eventuali conseguenze negative del provvedimento ‘eccezionale’ sollecitato presso il principe». Invece, sarebbero di ‘giustizia’ le suppliche nelle quali «il ricorrente potesse se non proprio vantare un ‘diritto’ effettivamente operante (*re*), almeno averne una fondata aspettativa (*spe*) o, più semplicemente, un interesse che, se non poteva essere certo definito legittimo come negli ordinamenti

III. *Proposta per una diversa lettura delle peculiarità storico-giuridiche dell'età moderna o Antico Regime*

L'esercizio del potere presuppone una relazione di potere; per questo, il modo di declinarsi di una relazione di potere non può non influenzare il modo in cui il potere si esercita. Oggi tutte le relazioni di potere, i criteri di distribuzione dello stesso tra i vari enti esistenti sul territorio, sono di un certo tipo: sono mediate dalle norme, mentre riguardo al periodo storico che a noi interessa non si può dire altrettanto. Per questo, per questa contingenza storica, non si può assumere come criterio per identificare un certo modo di esercitare il potere una conformazione globale, ma appunto contingente dello stesso: perché si rischia altrimenti di giungere a conclusioni che, per quanto coerentemente e con rigore argomentate, risentono a monte della fragilità delle premesse.

A noi sembra, su queste basi, che la sindacabilità piena delle decisioni con cui si perseguono interessi pubblici all'interno di una comunità politica non sia affatto il segno dell'inesistenza di una funzione amministrativa, ma semmai quello dell'esistenza compiuta di una funzione giurisdizionale. La contemporaneità, con il suo metodo "progettuale" di approccio alla realtà, in luogo del precedente empirismo di governo, ha impresso una chiara declinazione ai rapporti politici e tra istituzioni dotate di potere: il pericolo è la tirannia, e la tirannia è il governo di un uomo al posto del governo della legge-norma generale.

contemporanei, potesse quanto meno legittimamente sollecitare una "deliberation giuridica" da parte del tribunale ducale», che «sarebbe dovuta apparire il frutto di un preciso *iter* logico-giuridico, anche se caratterizzato da una valutazione svincolata dal rispetto estrinseco delle norme vigenti e pertanto di natura meramente equitativa». Ora, a noi sembra che il requisito – ben espresso dai giuristi estensi di inizio Seicento – per cui il supplicante la 'giustizia' era quello che vantava un «interesse o *ius* acquisito *re vel spe*» (è un passo della memoria giuridica anonima, databile tra il febbraio 1618 e il settembre 1619, riportata integralmente ivi, pp. 249 ss.) non debba far pensare che ciò si verificasse sempre e solo (anche se magari, sì, più frequentemente) nel caso di un contenzioso. Nella stessa memoria, infatti, si legge che sarebbero da qualificare come di 'giustizia' quelle suppliche che – si notino le congiunzioni disgiuntive – «deve spedir il Principe per giustizia, o vi entri interesse o *ius* acquisito *re vel spe*, et ove non si possi venir a deliberation giuridica senza intender le parti o sia [... ecc.]» (*ibidem*). Non va, cioè, tratta la conclusione per cui, tali essendo le suppliche di giustizia, quelle di 'grazia' sarebbero invece espressione di un potere politico che non soggiace a limiti e, soprattutto, alla funzionalizzazione alla giustizia o *aequitas naturalis*; semplicemente, non potendo il supplicante vantare nemmeno una «fondata aspettativa», una aspettativa legata appunto alla giustizia, ciò voleva dire che erano di grazia le suppliche che – come anticipavamo – potevano dare qualcosa di 'non dovuto' in alcun modo, ma la cui attribuzione non era, per questo, "meno giusta". Il risultato, evidentemente, è lo stesso, ma i presupposti delle due diverse spiegazioni di esso appena indicate sono radicalmente diversi: una cosa può non essere dovuta affatto o perché davanti al potere non c'è che l'obbedienza – soluzione che non si coniuga, a nostro avviso, con la realtà d'Antico Regime –, oppure perché chi la domanda non può pretenderla come 'dovuta' nemmeno in nome di una basilare giustizia. E in questo senso – se ben capiamo – sembra concludere più esplicitamente anche lo stesso Tavilla, ivi, p. 61: «l'attività di giustizia [...] verrà definita da quel tipo di istanze, le quali, se è vero che sollecitavano il duca ad operare una deroga all'ordinamento – ché questa è, in effetti, la sola ed autentica ragione per cui si ricorreva al principe –, pure lo facevano all'interno di un *ordo* più ampio e superiore di riferimento concettuale in cui l'eccezione concessa dal duca appariva finalizzata alla conservazione o al ristabilimento dell'*aequitas*».

Non si vogliono, qui, esprimere troppi giudizi sulla statualità contemporanea e su quella anteriore, per una o per l'altra soluzione alla tirannia: quella nuova, basata sul frazionamento della formazione delle decisioni pubbliche, e quella antica; solo, ci siamo permessi di mettere in risalto il fatto che, rinnegando quella dell'Antico Regime, e del Medioevo prima di esso, imperniata sul giusto fondamento del diritto, si rischia di smarrire il senso ontologico del diritto stesso.

Si tratta di tenere a mente che ogni ordinamento è un'«unità complessa e plurale» e che dunque bisogna «permettere alle diversità di diventare forza di quella unità senza annichilirsi»¹⁰⁰. Questo è il concetto di 'ordinamento' che sempre Grossi ben esprime: «ordinare non significa sottoporre il reale a una palingenesi fittizia facendo 'de albo nigrum'» – ciò che invece si fa nel momento in cui si eleva la norma ad arbitro della giuridicità –; ma, all'opposto, vuol dire prendere atto del dinamismo degli interessi, non “impacchettando” questi ultimi in norme che, per loro natura, sono statiche, bensì «componendo quella unità complessa e plurale»¹⁰¹ e perpetuando, così, l'immutabile ontologia del rapporto giuridico in forme e sottoforme sempre diverse.

Nell'ansia, in sé pure lodevole, di salvaguardare il *proprium* dell'individuo – della 'parte' contro e nonostante il 'tutto' in cui essa si trova inserita –, la contemporaneità ha invece finito per dar scaturigine ad un sistema politico in cui le garanzie giuridiche degli interessi individuali si arrestano di fronte al soddisfacimento di quelli della collettività, e, paradossalmente, con tanto rigore quant'è quello con il quale vengono proclamati i primi.

La tuttora non raggiunta piena sindacabilità delle decisioni amministrative costituisce l'evidenza principale di questo fatto: che il proprietario, a cui sta per essere espropriato il terreno, non possa opporre, per tutelare il suo diritto, che tale misura non è “opportuna” per lo stesso interesse pubblico per il quale gli si vuole sottrarre il fondo, o, altresì, che, per quanto opportuna sia, essa è tuttavia ingiusta perché sacrifica l'utilità della parte senza che dal risultato la stessa possa ricavarvi alcun vantaggio – nemmeno sotto forma di equivalente in danaro in quanto gli si accorda ben un 'indennizzo', cioè un'elargizione in fondo non dovuta –; ebbene, crediamo che, in questo, ogni cieca esaltazione del giudice amministrativo e del suo “giurisdizionalissimo” processo, così come della finezza dogmatica dell'interesse legittimo e del vizio della funzione¹⁰², abbia molto da imparare dall'empirismo del tirannico sovrano di Antico Regime, sciolto dalle leggi positive ma non, per vero, dalla giustizia.

¹⁰⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 66.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Tutti punti, questi, sui quali – con soluzioni condivisibili o meno – si è concentrata la dottrina, infatti.

I difetti di questo sistema, del nostro sistema – vi sono anche pregi, ovviamente, ma sottolinearli non è che un'opera celebrativa, come tale poco utile –, sistema che l'illuminismo ha elaborato e si è prodigato (con successo) affinché venisse implementato, sono il rovescio esatto del volto garantistico della norma e della sua centralità. È su questa centralità, dunque, che i rapporti politici sono stati costruiti e, con questi, anche la distribuzione del potere tra i diversi enti chiamati ad esercitarlo. L'importanza della separazione dei poteri (o, meglio, delle parti potenziali della funzione) sta tutta qui.

Ma veniamo al dunque: che utilità ha l'aver cercato di delineare con maggior precisione la 'forma sostanziale' della 'funzione' o esercizio del potere? Noi pensiamo che un risvolto pratico nella ricostruzione storica in effetti ce l'abbia.

Le forme sostanziali della funzione – la funzione 'giurisdizionale' e quella 'amministrativa' – non sono che due modi diversi con i quali il potere ordina gli interessi delle parti a quello del tutto collettivo. Nel periodo pre-illuministico il criterio dei rapporti politici era radicalmente differente, e lo stesso dicasi per quello di distribuzione del potere tra istituzioni. Questo criterio, cioè la struttura del sistema politico d'Antico Regime, è a nostro parere ricavabile attraverso l'impiego congiunto delle due categorie dell'esercizio del potere poc'anzi dette con l'altro costituito dal binomio '*iurisdictio*'-'*legislatio*'. Funzione 'giurisdizionale' e funzione 'amministrativa', infatti, non sono sinonimi di '*iurisdictio*' e di '*legislatio*', ed è invero proprio per questo che la loro combinazione è utile per comprendere la struttura di un ordinamento di Antico Regime.

Prima di vedere in che modo ciò ci sembra vero, va però premesso un appunto: oggi con l'espressione "funzione giurisdizionale" si designa soprattutto – come si è visto – un tipo (garantistico) di procedimento secondo cui si formano le decisioni (il 'processo'), o, al massimo, un preciso elemento teleologico: la risoluzione delle controversie. È un uso improprio del termine 'giurisdizionale', perché non fondato su elementi costitutivi dell'esercizio del potere.

Con riferimento, invece, al periodo pre-contemporaneo, il 'giudicare', o funzione 'giurisdizionale', avevano tutt'altro spessore. Non vigeva, lì, il principio di legalità (meglio, di normatività) legato alla separazione delle funzioni giuridiche considerate nelle loro forme 'potenziali'. Ciò spostava su un piano di importanza secondario la forma meramente accidentale (o sensibile) dell'esercizio del potere – procedimento e processo –, mentre, al contrario, il conformarsi dell'esercizio in sé del potere al binomio normazione-esecuzione porta poi a sotto-distinguere l'esecuzione – specialmente quando trattasi di "esecuzione

contenziosa” che è già in sé una classificazione aggiuntiva¹⁰³ – secondo il tipo di procedimento o, appunto, in base ad una certa forma accidentale della funzione.

Ma abbiamo visto come sia impossibile da un punto di vista logico-dogmatico ricondurre la funzione amministrativa degli interessi collettivi ad una di tali forme sensibili dell’esercizio del potere. La funzione propriamente ‘amministrativa’, d’altra parte, si manifesta con nitore nell’epoca moderna, così come quella (sempre dogmaticamente) ‘giurisdizionale’. Se proprio allora si vuole parlare di ‘risoluzione delle controversie’ e di ‘giudicare’ con riferimento alla funzione ‘giurisdizionale’, bisogna tenere presente che si tratta solo, appunto, di una manifestazione – mettiamo pure che sia quella più frequente – di questa specifica forma sostanziale dell’esercizio del potere. La ‘controversia’, la causa giudiziaria da risolvere, è solamente il “luogo”, l’occasione contingente in cui si verifica un contrasto tra interessi che vengono bilanciati o sulla base di uno di essi, se questo è un interesse ‘comune’ nel senso chiarito, o, in caso contrario, di un interesse terzo estraneo a quel conflitto, il quale funga parimenti da parametro decisivo e di bilanciamento. In ogni caso, ciò che conta, è il perseguimento mediato dell’interesse comune e funzionale per il tramite di quello, o di quelli, parziali.

Un’ultima notazione prima di proseguire verso l’identificazione del profilo su cui ‘*iurisdictio*’ e ‘*legislatio*’ pongono l’accento: perché non troviamo categorie della scienza giuridica intermedia che ci parlino espressamente di un esercizio ‘giurisdizionale’ e ‘amministrativo’ del potere? In realtà, non è che non esistessero categorie di diritto intermedio per indicare quanto definisce le due funzioni formal-sostanziali, solo che ogni categoria serve a cogliere qualche profilo più di altri e, quindi, ciò che oggi siamo portati a designare con un certo nome ha alle spalle tutta una serie di ragioni – una “storia”, ad esempio quella critica dei difetti del sistema di potere illuministico – che non può, evidentemente, coincidere con quella di una diversa epoca e di un diverso contesto politico.

Il “sovrano dispensatore della giustizia”: è questa l’immagine che dirime l’Antico dal Nuovo regime. Tutto doveva partire dalla giustizia e tornare alla giustizia, quindi è a partire da qui che possiamo rintracciare quello che contenutisticamente abbiamo invece “etichettato” come funzione ‘amministrativa’ e ‘giurisdizionale’. La giustizia – anzitutto il suo nucleo, la giustizia naturale – si ‘*amministrava*’, ordinando le parti al tutto, dove il tutto è il rapporto unitario tra le parti, ossia la giustizia stessa, come a noi sembra che questa possa definirsi; e in base alla medesima giustizia si ‘*giudicava*’, si ordinava cioè l’utilità della collettività – piccola o grande che fosse –, di un determinato tutto, a quella delle parti e,

¹⁰³ *Supra*, Cap. II., par. III.1.

mediatamente ad essa, a quella della collettività stessa. Ad indicare questi contenuti vi erano, così, le categorie della cd. giustizia ‘legale’ e della cd. giustizia ‘distributiva’¹⁰⁴.

Non si parlava esplicitamente di ‘esercizio del potere’, è vero; è solo, tuttavia, partendo dal presupposto di quella che opportunamente Cannizzaro ha definito come «sovranità normativa»¹⁰⁵ che si è portati a controllare l’esercizio del potere frammentando la formazione stessa di ciascuna decisione e distribuendola su soggetti istituzionali diversi (norma-regola dell’azione – esecuzione-inveramento di quella regola di precedenza astratta tra interessi). Ma, al di fuori di questo modello statuale, la cosa più naturale al mondo è che si persegua un interesse della collettività, in prima battuta, e che si valuti poi, su istanza di un soggetto inciso nella sua posizione giuridica dall’esito di quell’esercizio del potere, se sia possibile rivedere tale decisione ‘*amministrativa*’ concedendo al privato e al suo interesse particolare qualcosa di più rispetto all’assetto di interessi inizialmente configurato, qualora ciò risponda all’obiettivo assunto o ad uno superiore, alla giustizia appunto. E quest’ultima dinamica non esprime altro se non la funzione propriamente ‘*giurisdizionale*’. Ogni decisione, in altri termini, doveva essere conforme a giustizia, partendo dalla cd. giustizia legale, cioè dal versante della collettività, e dovendo poi tornare alla giustizia per il tramite del suo profilo cd. distributivo, quando il privato contestasse che il suo interesse era stato sacrificato in nome di un’esigenza della collettività inadeguata rispetto alla giustizia, ossia al rapporto di quella parte con il tutto.

Ora, continuando a ragionare per modelli, e pur inevitabilmente impoverendo, quindi, il flusso delle trasformazioni, rileviamo che il sovrano d’Antico Regime non era, tuttavia, solo quello, invece tipicamente medievale, il cui trono era collocato talmente in alto che non si raggiungeva se non dopo molti gradini¹⁰⁶. Egli – è vero – si occupava ancora, nella prima età moderna, soprattutto del disciplinamento degli ordinamenti particolari a garanzia della loro «non conflittualità»¹⁰⁷, ma lo faceva in realtà in un modo molto diverso da quello del *Rex* o dell’*Imperator* medievale, e diverso, altresì, da come in parte seguiva egli stesso a fare laddove, anche all’interno dei principati territoriali d’età moderna, persistevano veri e propri centri politici concorrenti. La stessa convivenza di una folla composita di ordinamenti

¹⁰⁴ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 61, *Respondeo*: «iustitia particularis ordinatur ad aliquam privatam personam, quae comparatur ad communitatem sicut pars ad totum. Potest autem ad aliquam partem duplex ordo attendi. Unus quidem partis ad partem, cui similis est ordo unius privatae personae ad aliam. Et hunc ordinem dirigit commutativa iustitia, quae consistit in his quae mutuo fiunt inter duas personas ad invicem. Alius ordo attenditur totius ad partes, et huic ordini assimilatur ordo eius quod est commune ad singulas personas. Quem quidem ordinem dirigit iustitia distributiva, quae est distributiva communium secundum proportionalitatem. Et ideo duae sunt iustitiae species, scilicet commutativa et distributiva».

¹⁰⁵ *Supra*, Cap. II., par. III.1.

¹⁰⁶ COSTA, *Jurisdictio*, cit., p. 306.

¹⁰⁷ TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 189.

richiedeva, per ragioni sulle quali qui certamente non si può indugiare, che il sovrano assumesse un diverso ruolo¹⁰⁸.

In questo senso, Mannori – lo si è visto agli inizi di questa indagine – spiega come in Età Moderna, anche da un punto di vista statistico, la grande maggioranza degli atti magistratuali non fosse diretta a risolvere controversie, a rendere ovverosia più armoniche le relazioni tra le parti – individuali e collettive – della comunità politica complessiva. Pietro Costa dimostra, da parte sua, che è «attraverso la mediazione di *'iurisdictio'*» che «è rappresentato tutto il sistema politico medievale, il processo globale del potere»¹⁰⁹, sicché l'esperienza giuridica propriamente medievale può ritenersi conclusa quando *'iurisdictio'* non è più simbolo capace di racchiudere tale «processo globale»¹¹⁰.

Prima ancora di comprendere il significato specifico di questo lemma, bisogna aver chiaro che in quel “momento”, la relazione «*'iurisdictio-magistratus[/princeps]-statuere'*», nella quale tanto la categoria del *iudicare* quanto quella del *leges condere* «sono ricomprese, in termini di iponimia, dentro l'unico lessema *'statuere'*»¹¹¹, inizia a cedere; accade cioè che «non più *'iurisdictio'* è sovraordinata a *'potestas statuendi'*, ma la prima parola è iponima di quest'ultima»¹¹². Si potrebbe dire, in altri termini, che a quel punto alla precedente relazione significativa si sostituisce quella *'potestas statuendi-magistratus/princeps-iudicare/leges condere'*.

A questo particolare riguardo, Costa parafrasa l'affermata iponimia di *'iurisdictio'* a *'potestas statuendi'* col dire che «immagine del potere [del processo globale del potere] non è più *'iurisdictio'*, ma *'potestas statuendi'*, che il modello dell'azione politica non è più il giudicare, ma il legiferare»¹¹³. Ci sembra, tuttavia, che sia necessario intendersi su questo

¹⁰⁸ Si veda il già menzionato, organico lavoro di FIORAVANTI, *Stato (storia)*, cit., oltre a M. CARVALE, *La nascita dello Stato moderno*, in *Storia moderna*, Roma, Donzelli, 1998.

¹⁰⁹ COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 260; «processo globale di potere» e «sistema politico» sono sostanzialmente sinonimi (ivi, espressamente, p. 91 ss.). Sui caratteri del sistema politico medievale, M. CARVALE, *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai normanni ai Borboni*, Bari, Laterza, 1998, p. 144, rileva nello stesso senso che «[n]el Duecento il diritto nasceva in via primaria spontaneamente dalle necessità concrete degli uomini liberi, delle loro comunità, attraverso la consuetudine che tali necessità esprimeva in maniera diretta e immediata. Nasceva, perciò in modo del tutto distinto e separato dall'autorità unitaria cui le molteplici comunità facevano capo; nasceva prima di detta autorità, la quale si formava proprio per tutelarla. E poiché ogni ordinamento conteneva in sé anche le forme di protezione delle norme, la potestà giurisdizionale precedeva la potestà unitaria del sovrano e non derivava da lei».

¹¹⁰ COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 175-177.

¹¹¹ Ivi, pp. 148-149: «[I]e distinzioni vi sono, ma vengono dopo. Ancora una volta, lo specchio del linguaggio riflette immagini obiettivamente constatabili: il magistrato, che, beninteso, *'habet iurisdictionem'*, innanzitutto, *'statuit'*: poi, in collegamento iponimico con *'statuere'*, vengono il *'legem condere'* e il *'sententiare'*. Esiste, certo, una distinzione fra questi due momenti: ma la relazione iponimica fa sì che sia il carattere unitario a prevalere». Non per niente, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, in Id., *Omnia, quae extant, opera [...]*, Venetiis, Iuntas, 1596, Tomus I, *ad l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, lex III, § 4, affermava che «*iurisdictio et potestas idem sunt*».

¹¹² COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 176.

¹¹³ *Ibidem*.

«giudicare» e su questo «legiferare», proprio perché, come Costa stesso poco prima avvertiva, è «il dogma della divisione dei poteri» che ci ha «[a]bituati [...] a pensare illuministicamente al legiferare e al giudicare come a due attività rigidamente distinte»¹¹⁴.

Nel significato medievale e non nostro del termine, *'iurisdictio'* non può dunque essere tradotta semplicemente con *'iudicare'*; o meglio, *'iudicare'* come modalità verbale di *'iurisdictio'* non significava solo risolvere controversie¹¹⁵, ma tanto appunto giudicare, in quest'ultimo senso, quanto anche stabilire norme: entrambi, come appena finito di dire, erano infatti iponimi di *'statuere'* che a sua volta era iponimo di *'iurisdictio'*¹¹⁶.

Nel momento in cui poi il rapporto si capovolgeva, e senza che ciò volesse dire rinnegare la tradizione di *iurisdictio*¹¹⁷, questa medesima categoria veniva affiancata a quella del *'condere leges'* (o *'legislatio'*) ed entrambi i termini divenivano così «co-ponimi di *'plenitudo potestatis'*»¹¹⁸. Come a dire: la capacità di *'statuere'*, cioè il potere, non era più “globalmente” identificabile con *'iurisdictio'* nel sistema politico; pertanto, occorreva una categoria che fosse in grado di contenere queste due declinazioni del potere – nello specifico: del potere principesco – ed essa veniva individuata per l'appunto in *'potestas plena'* e in espressioni equivalenti. Le ulteriori distinzioni restavano, ma venivano in rilievo sempre in subordine a *'iurisdictio'* e *'legislatio'*.

Possiamo ora dire, in generale, che *'iurisdictio'* è potere avvinto inscindibilmente all'*aequitas*; in particolare, la *iurisdictio* principesca risulta collegata all'*aequitas naturalis*, giacché, costituendo quest'ultima la forma massima e più essenziale dell'*aequitas*, essa «non può essere attribuita che all'imperatore»¹¹⁹. Ciò posto, la sostituzione ad essa della più volontaristica *'legislatio'* non può, di conseguenza, che segnalarci in primo luogo un ambito

¹¹⁴ Di nuovo ivi, pp. 148-149.

¹¹⁵ *'iurisdictio'* – giova ribadirlo – non è sinonimo di risoluzione delle controversie né ove si declini quest'ultima espressione come 'esecuzione contenziosa' delle norme – secondo la distinzione delle funzioni giuridiche per causa finale – e nemmeno allorché designi 'funzione giurisdizionale', cioè un peculiare modo di ordinare gli interessi delle parti a quello del tutto.

¹¹⁶ In questo senso, molto chiaramente, il passo presente in COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 144: «'[i]udicare' è anche 'legem condere' (e viceversa) perché 'iudicare' non è senz'altro equivalente a 'giudicare', ma, nel contesto considerato (iurisdictio-culmine del potere) è equivalente piuttosto a 'processo di potere': e del processo di potere la norma è un momento essenziale»; «[n]é è possibile dire che si tratti di norma generale o particolare: la sentenza dell'imperatore trascolora in norma generale, la norma generale è anche frutto di una 'interpretatio' ('necessaria et generalis' appunto) che mantiene come tale qualcosa dell'attività giudiziale [...]».

¹¹⁷ Tant'è che il suddito conservava la possibilità, fino alle soglie delle Rivoluzioni illuministiche, di rivolgersi al Sovrano quale garante e dispensatore supremo della giustizia naturale. Immagine della sovranità, questa, che morirà solo con, ed anzi segnerà, la fine dell'Antico Regime: MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 233.

¹¹⁸ COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 272.

¹¹⁹ Secondo la più classica e nota delle definizioni – quella, cioè, bartoliana –, «iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, cit., ad l. *Imperium*, ff. *De iurisdictione omnium iudicum*, lex I, § 3; cfr. COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 100, nt. 8, e 142: «'[i]urisdictio' è anche 'aequitatem statuere': come tale essa, 'plenissima', non può essere attribuita che all'imperatore»).

di esplicazione del potere del principe meno ristretto all'*aequitas naturalis*, meno escludente rispetto alla cura da parte dello stesso anche di altri interessi della collettività.

‘Fare le leggi’, ossia stabilire le norme, resta invece – sviluppando il ragionamento nel modo che ci pare il più coerente con tali premesse – tutt’altra cosa e, per questo, continua a venire in rilievo solo in un momento logicamente successivo alla stessa *‘legislatio’*¹²⁰. Pertanto, essendo quest’ultima categoria slegata dal riferimento diretto alla giustizia naturale, anche il normare e il risolvere le controversie fanno altrettanto, ma come riflesso della loro dipendenza appunto dal potere identificato col lemma *‘legislatio’* e non, cioè, ontologicamente.

Ci si potrebbe inoltre chiedere in che senso il potere di *‘iurisdictio’* e quello di *‘legislatio’* continuino entrambi a contemplarsi tra le attribuzioni del sovrano, come riportavamo da ultimo poc’anzi. La spiegazione ci sembra questa: *‘iurisdictio’* indicava un potere compenetrato con lo scopo o, più esattamente, con la *ratio*, la causa, la ragione per la quale la posizione di superiorità – ossia appunto di potere – sussisteva: l'*aequitas*¹²¹. Il sovrano, una volta esaurita l’esperienza medievale, proseguiva ugualmente ad esercitare (anche) una *iurisdictio* al pari dei suoi subordinati, ma il suo potere non si poneva più tutto in rapporto di strumentalità diretta con quel fine dell'*aequitas* (nel suo caso specialmente *naturalis*, come detto), o – ed ecco perché le due rappresentazioni convivevano – non più tutto esclusivamente. Rispetto al diritto positivo, il potere sovrano fungeva infatti da elemento

¹²⁰ Già avevamo rilevato che un significativo cambiamento nella concezione di ‘legge’ tra Antico e Nuovo Regime era che con questo lemma non si andava (non si voleva andare) più a designare una volontà soggettiva, ma una volontà, semmai, normativa. B. CLAVERO, *‘Iurisdictio’ nello specchio o el silencio de Pietro Costa*, in Costa, *Iurisdictio*, cit., prefazione, pp. XXIV e XXVII-XXVIII, chiarisce come «la *iurisdictio*» si riferisca «a la vertiente general del poder político antes y más que a la función particular de la justicia». «La *potestas statuendi* o *condendi leges*, la potestad de estatuir leyes» – scrive precisamente in questo senso l’illustre A. – «no es lo mismo que el *poder legislativo* que hoy decimos o no implicaba ni siquiera poder en el sentido que ahora presumimos. *Lex* no significaba *ley* como tampoco *iurisdictio* quería decir *jurisdicción* si, como regularmente sucede, en las expresiones actuales entendemos categorías de hoy. *Iurisdictio* tendríamos que traducirlo como *dicción del derecho*, si no queremos confundir ni confundirnos, y no como *jurisdicción*». In sostanza, dunque, benché Costa continui ad impiegare nella sua opera le dizioni di «legiferare» e di «funzione legislativa» (v., ad es., ivi, p. 198), essa non va intesa à la Montesquieu, perché lo storico fa chiaramente riferimento con essa ad un qualcosa di molto diverso dal mero ‘emanare norme’. Del pari, non si può intendere *‘legislatio’* nemmeno come modo di esercitare il potere e, *sub specie*, come forma peculiare di ordinamento degli interessi delle parti a quello del tutto (quella che noi abbiamo detto costituire il nucleo dell’‘esercizio amministrativo’ del potere). *‘Legislatio’*, diversamente – come abbiamo visto poco più sopra – dal ‘normare’ e dal ‘giudicare’ (in qualunque dei due sensi precisati nel testo questa parola la si voglia intendere), si contrappone a *iurisdictio*, e quindi non può che definirsi per contrasto ad essa.

¹²¹ Cfr. ancora CLAVERO, *‘Iurisdictio’ nello specchio*, cit., pp. XXIV-XXV, il quale afferma la necessità di operare un recupero, come fa appieno l’opera di Costa che egli commenta, del «proprio concepto de subordinación jurídica del poder político», che prima di essa non pareva invece «tener definitivamente cabida» nella storiografia. Un recupero che ha successo solo attraverso la considerazione «de un *ius naturae* o también de una *aequitas*, de un derecho de naturaleza o de una equidad con mucho todavía uno y otra de religión, [...] como causa del poder mismo». Solo in questo modo, infatti, risulta dimostrato che «[n]o hay legitimidad como operatividad, validez como efectividad, de potestades sin causa de derecho, inclusive la legislativa. [...] Ambas [las categorías] se sitúan bajo un orden indisponible» (p. XXX).

presupposto, potendosi dire in sostanza che tale complesso di norme o assetti di interessi era “*ius quia iussum, ergo iustum*”, mentre, al contrario, lo stesso potere *presupponeva* il (cioè dipendeva dal) diritto naturale, che per definizione è “*ius quia iustum, ergo iussum*”.

Il diritto positivo, infatti, andava a coincidere vieppiù nel tempo con il diritto promanante dal sovrano stesso, diversamente che durante il Medioevo quando diritto positivo e diritto appunto sovrano/regio/principesco non si sovrapponevano se non in minima parte¹²². È chiaro, quindi, che, discutendo di simboli o categorie del potere, quello della ‘*iurisdictio*’ risultava ormai inadatto, in ragione del suo significato originale, a rappresentare il potere del principe nel momento in cui questo e il suo prodotto giuridico – il diritto sovrano – iniziavano ad intervenire sopra sempre più numerosi aspetti della vita sociale, e non più solamente in relazione alla sussistenza in sé dei rapporti giuridici tra le parti dell’ordinamento complessivo o, che dir si voglia, alla giustizia in senso stretto.

Per converso, il potere degli apparati subordinati non solo *presupponeva* sempre un’attribuzione di potere (generale, specifica, ecc.¹²³), ma, inoltre, se si può ammettere che anche qualsiasi magistrato fosse *solutus* dal diritto che egli medesimo creava, lo stesso magistrato nondimeno possedeva una capacità di disciplinare i rapporti interpersonali di ben differente portata rispetto a quella del sovrano. Pertanto, il potere delle istituzioni subordinate (o almeno di quelle che non erano ‘*loco principis constitutae*’¹²⁴) non risultava mai “assorbente” rispetto alle posizioni giuridiche soggettive dei privati, ma sempre postulava una disposizione delle stesse giustificata dalla *ratio* per la quale il potere era concesso.

È insomma una questione di fonti dei rapporti giuridici: quelli disciplinati dallo *ius naturale* e quelle istanze che rinviavano al nucleo dello stesso – cioè all’*aequitas naturalis* – importavano necessariamente un potere da esercitarsi secondo il paradigma della ‘*iurisdictio*’; ‘*legislatio*’, allora, era termine che, a nostro parere, indicava una *potestas* connessa strettamente al più ampio ruolo acquisito in progresso di tempo dallo *ius positivum* sovrano. Esso, analogamente ma specularmente a ‘*iurisdictio*’, designava il modo in cui il potere si poneva nei confronti di determinati rapporti giuridici, in questo caso di quelli che, e per la misura in cui, dipendevano esclusivamente dal diritto positivo¹²⁵.

¹²² Cfr. Parte Seconda, spec. Cap. V.

¹²³ Si rinvia, per tutti, all’ampia trattazione di MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 129 ss., il quale anzitutto ricorda che la «regola di fondo stabilisce che “tam arbitrium liberum quam regulatum est concessio a lege vel ab homine facta”» (p. 129).

¹²⁴ Cfr. MONTI, *Judicare tamquam Deus*, cit., p. 78.

¹²⁵ Cfr. VALLEJO, *Ruda equidad*, spec. p. 337, ove si spiega che «un *princeps legibus solutus* es, sin duda, un *princeps conditor legum*; el planteamiento inverso non es válido, pues conduciría a admitir que todo *conditor legum* es *legibus solutus*». In altre parole, «subsistía el *princeps supra legem* en su función de *conditor legum*», sicché egli «no se sitúa exclusivamente *sub lege* o *supra legem*, sino *in lege*» (p. 343). In definitiva, «sólo hay

'*iurisdictio*' e '*legislatio*', in quanto categorie, distinguono dunque tra che il potere possa disporre delle posizioni giuridiche altrui solo se giustificato dal fine per soddisfare il quale tale posizione di preminenza sussiste ('*iurisdictio*') e, al contrario, che possa farlo indipendentemente dal riferimento vincolante alla sua causa o interesse finale ('*legislatio*')¹²⁶. Si tratta di mettere bene in risalto la tipologia stessa del rapporto di potere, prima ancora che le forme del suo esercizio: la *absoluta* capacità di disposizione, cioè, che il sovrano – nel più vasto ruolo che il *suo* diritto svolgeva nell'epoca moderna rispetto a quella medievale – aveva sugli assetti di interessi da tale diritto scaturenti, proprio in quanto diritto che da egli stesso era "*creato*" e non solo sviluppato e ulteriormente determinato¹²⁷. Per questo, '*legislatio*' non ci pare traducibile in alcun modo con 'funzione normativa', ma come il, o, meglio, come *uno* dei, presupposti di essa¹²⁸.

Ora, da questi dati si possono trarre due conclusioni.

La prima l'abbiamo appena esplicitata ed è la non contraddittoria convivenza, in età moderna, di '*iurisdictio*' e '*legislatio*' (o di comunque si vogliano chiamare queste due diverse relazioni della posizione di potere rispetto al rapporto giuridico in cui essa si inseriva). Al livello apicale della piramide del potere, infatti, diritto naturale e diritto positivo si ricongiungevano nella '*plenitudo potestatis*' del sovrano, come ben spiega Costa nel passo sopracitato, o, per dirla con Cannizzaro, nella «sovranità istituzionale» del medesimo. Nell'ambito del rapporto di potere, poi, la stessa causa finale si può perseguire direttamente (funzione 'amministrativa') o mediatamente agli interessi parziali; 'normando', inoltre, ossia configurando, ed 'eseguendo' (o 'attuando') un determinato assetto astratto di interessi. Come si vede, le diverse prospettive da cui nelle parti precedenti di questa analisi il concetto di 'funzione' è venuto in rilievo si intrecciano strettamente.

poder real de disposición para el *conditor* en el caso en que también hay poder de establecimiento del derecho» (p. 361), e per certo «el príncipe no es *conditor* de derecho divino, natural o de gentes», ma, «[c]on respecto a estos ámbitos, [...] se sitúa siempre *sub lege*, en posición subordinada» (p. 359).

¹²⁶ In questa direzione ci sembra proceda anche l'analisi del pensiero bodiniano condotta da SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., spec. pp. 156-158.

¹²⁷ Già abbiamo avuto modo di dire come anche il potere sia *strumento* di ordinamento fra interessi perché scaturisce da un rapporto giuridico che è 'ordinamento' (si veda di nuovo PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., p. 308; cfr. *supra* in questo Capitolo, par. I.).

¹²⁸ S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 90, art. 4, *Respondeo*, afferma che la *lex* «nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata»; cfr. COTTA, *Il concetto di legge*, cit., p. 33: «[b]asti qui rilevare come dietro di esso [il requisito di «generalità della legge», p. 32] stiano o un giudizio di valore [...], per cui si ritiene che la legge debba esser generale perché la giustizia richiede che sia uguale per tutti, o un giudizio di fatto, poiché si rileva che per lo più le leggi hanno carattere generale. [...] S. Tommaso [q]uando infatti afferma che la legge deve tendere alla felicità comune, [...] stabilisce che il fine di essa e non il suo contenuto deve essere generale. Per raggiungere il bene comune possono invero esser necessarie delle disposizioni a contenuto particolare, le quali son legge quando rispondano al requisito essenziale della generalità del fine, cioè al porsi della legge nell'orizzonte della socialità».

E qui, precisamente, sta la seconda conclusione che possiamo ricavare: l'ampliamento dell'area di sovrapposizione tra il diritto positivo in genere e il diritto regio/sovrano, la quale indicava chiaramente una tensione verso la coincidenza tra gli interessi collettivi curati dal sovrano e quelli curati dagli ordinamenti particolari.

Non ci nascondiamo i cambiamenti che nel corso dell'Antico Regime, in un assetto così strutturato, intervenivano; che il diritto regio, specialmente dietro l'impulso delle molte riforme settecentesche, acquisiva una dimensione che gli era prima sconosciuta. Si trattava, nondimeno, di trasformazioni già contenute in potenza nel paradigma dei rapporti politici che caratterizzava l'esperienza giuridica moderna¹²⁹, non diversamente da come nello stabilimento illuministico della centralità della norma sarebbe poi stata contenuta – anche se forse non era specificamente pensata – la rilevanza non pienamente autonoma degli interessi esclusi, o non puntualmente considerati, dal contenuto della medesima. Il salto vero era, dunque, quello che si sarebbe fatto dalla concezione Antica del potere a quella Nuova, che proprio la centralità del momento normativo avrebbe segnalato a chiare lettere. Un nuovo tipo di rapporto e di «connessione fra ordine giuridico e potere politico» che avrebbe veicolato l'identificazione del diritto non più con la giustizia, ma con la norma stessa¹³⁰, perché questa sarebbe stata ritenuta già, per il valore intrinseco che, come tale, reca, espressione di giustizia.

È tra questi due poli che il «processo globale di potere» d'Antico Regime si coglie: al di qua del distacco della preminenza di un potere – quello sovrano – dal riferimento alla giustizia naturale e al di là del suo essere limitato ad essa mediatamente a poteri interposti, a ordinamenti particolari sostanzialmente conchiusi nella loro autonomia politica.

Nel nuovo sistema politico che progressivamente si profilava alla fine del Medioevo, il potere sovrano si occupava anche di molto altro oltre che di perseguire quell'interesse talmente generale alla pura giustizia (*aequitas naturalis*) che, tanto indispensabile come fondamento e come istanza di chiusura del sistema, per definizione viene altrettanto spesso in rilievo nella vita quotidiana in via secondaria o, meglio, *mediata*. In via mediata, più nello specifico, rispetto a molti e più particolari interessi di natura sovra-individuale; ma in via mediata, anzitutto, rispetto alle stesse determinazioni modali¹³¹ secondo le quali il rapporto

¹²⁹ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 9-13, a proposito dell'inquadramento del cd. Stato assoluto non tra le forme di Stato, ma più semplicemente tra quelle di governo: «[i]l problema da porre ora sul piano della forma di Stato è proprio questo: non quanto sia 'assoluto' un certo monarca nel rapporto con gli altri poteri pubblicisticamente rilevanti, ma quanto sia 'assoluta' la pretesa di dominio politico esistente in quelle medesime monarchie nei confronti della stessa realtà sociale e territoriale».

¹³⁰ P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, p. 581.

¹³¹ Cfr. *supra*, par. II. di questo Capitolo.

giuridico – cioè sempre la giustizia – si declinava in ogni ordinamento particolare dando luogo ad un diverso *ius positivum*.

La pienezza del potere sovrano, la sovranità – ancora, l'essere al vertice della piramide del potere –, non si esprimeva più solo nella titolarità di un potere funzionale al nucleo essenziale dell'interesse collettivo più alto, più generale di tutti, universale: la *iustitia*, o *aequitas, naturalis*. Nello sgretolarsi di questo legame strettamente biunivoco, il potere principesco non si limitava più ad assicurare la giustizia intervenendo in deroga ai poteri inferiori ed infrangendo «l'ordine definito dal diritto» solo in ragione di un «ordine superiore» e, cioè, sempre «con una *ratio* [...] che rispondesse almeno alla *necessitas* o all'*utilitas communis*»¹³²; al contrario, ormai «il contenuto della *iusta causa* [...] tende[va] a farsi sfuggente»¹³³. Ciò – come anticipavamo – si doveva al modellarsi della realtà giuridica al mutare dei tempi e delle esigenze¹³⁴; peraltro, a noi importa soltanto evidenziare la contestualità del parziale cedere della “globalità” del paradigma della *'iurisdictio'* e della graduale «trasformazione della struttura pluralistica [...] con il connesso carattere mediato dell'unità politica in una struttura propriamente unitaria [...] con connesso carattere immediato» della stessa¹³⁵.

Prima, il potere del principe e delle corti da lui direttamente dipendenti si attivava o quando il suddito – avendone la possibilità – lamentava al *superior* un'ingiustizia subita, sicché il contenuto della decisione ricorso era sottoposto in quanto tale alla valutazione di quest'ultimo¹³⁶; o, comunque, quando vi fosse la necessità di reprimere gli abusi commessi all'interno degli ordinamenti particolari (signorili o feudali, municipali, ecc.) – anche di quelli maggiormente autonomi –, ma in questa ipotesi il contenuto della decisione portata al sovrano rilevava solo indirettamente¹³⁷.

¹³² M. VALLERANI, *La supplica al signore e il potere della misericordia: Bologna, 1337-1347*, in «Quaderni storici», XLIV (2009), numero CXXXI, fasc. 2, p. 412.

¹³³ *Ivi*, p. 413.

¹³⁴ Ancora Vallerani spiega come si tratti di una questione di diverse modalità di «legittimazione» del potere (*ibidem*).

¹³⁵ MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 4.

¹³⁶ Ma questa possibilità, per una accentuazione della ‘mediatizzazione’ politica intervenuta nel corso dell'Età Moderna, veniva invero scemando a favore della seconda che subito andiamo ad esporre (quella dell'abuso perpetrato dall'*inferior*): cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. IV., par. II.

¹³⁷ M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 333 ss.; ID., *La monarchia meridionale*, cit., pp. 145-153 (la citazione, nello specifico, è tratta da qui, p. 150); nonché ID., *Storia del diritto*, cit., pp. 32 ss. e 78 ss., ben chiarisce che, nel caso indicato nel testo, la giustizia era resa dal sovrano direttamente o per mezzo di corti che da lui soltanto dipendevano; altrimenti, essa era resa dal sovrano nella variamente denominata assemblea generale del regno e, cioè, unitamente ai rappresentanti degli ordinamenti particolari, il che si verificava specialmente nelle ipotesi di abusi commessi dai magistrati sovrani nei confronti delle prerogative degli ordinamenti minori. Il filo conduttore è questo: non si trattava di prescindere dalle prerogative – vastissime e generali, cui si faceva eccezione soltanto in casi tassativi (sui quali v. sempre ID., *Storia del diritto*, cit., pp. 32 ss.) – dell'ordinamento particolare e del titolare del potere all'interno dello stesso; la giustizia superiore, quella appunto basata sullo *ius naturale vel gentium*, era in molti

In epoca moderna, invece, il diritto sovrano iniziava pian piano a farsi strada come diritto positivo principale. Persisteva, certo, per tutto l'Antico Regime anche un vero e proprio pluralismo politico; rimanevano parti 'mediate' dello Stato che godevano di una considerevole autonomia (ciò che nel piccolo dominio estense era vero in special modo). Ma anche qui – come vedremo nel Capitolo successivo – non si trattava invero che di diaframmi circoscritti, che non si ponevano come radicalmente alternativi ad una unità politica «immediata»: molti, infatti, erano gli ambiti in cui il potere si esercitava, ossia gli interessi collettivi, rispetto ai quali l'autonomia degli stessi ordinamenti feudali – di tali aree mediate – era esclusa¹³⁸. Non c'è bisogno, dunque, di attendere la Pubblica Amministrazione ottocentesca: sarebbe cambiata, e incomparabilmente – come abbiamo cercato di dimostrare –, l'impostazione complessiva di fondo, ma il potere sovrano iniziava molto prima, e soprattutto in perfetto accordo con la struttura pluralistica d'Antico Regime, a farsi carico della cura, anche attraverso un esercizio propriamente 'amministrativo' del potere, degli interessi della collettività.

Ciò che, insomma, veniva progressivamente a cambiare era il criterio mediante il quale si esprimevano la preminenza e la gerarchia tra gli enti che esercitavano il potere. Essa, in particolare, non era più legata unicamente alla differente capacità di incidenza causale degli interessi collettivi rispettivamente curati dalle diverse istituzioni, ovvero, con riferimento alle ipotesi di una completa coincidenza degli stessi, in base ai presupposti di tale

casi lasciata, infatti, agli stessi ordinamenti particolari, ma questi avevano l'obbligo di assicurarla. In altre parole, la potestà politica dell'ordinamento particolare «non veniva negata, ma solo reinserita nei suoi limiti e il giudice regio interveniva per richiamare la corte signorile alla corretta amministrazione della giustizia» (ID., *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 344). Sempre Caravale (ID., *La nascita dello Stato moderno*, cit., pp. 77 ss.) precisa, in generale, che i casi di denegata giustizia erano quelli «che si verificavano quando le corti locali e particolari mancavano di prendere in esame la vertenza», mentre «quelli di scorretta giustizia [...] si avevano quando erano applicate consuetudini errate» (p. 85). Quest'ultima ipotesi – invero più ampiamente rispetto alla sola applicazione di norme scorrette, secondo quanto vedremo, nel nostro piccolo, che le fonti estensi chiaramente segnalavano ancora molto più tardi – ricorreva allorché il titolare dell'autonomia politica avesse arrecato al suo suddito un «agravio evidente» (testimonianza anonima della seconda metà del XVII sec., in ASMO, Camera ducale, Investiture di feudi, usi e livelli, registro 146, c. 4, già parzialmente edita in L. MARINI, *Lo Stato estense*, in *Storia d'Italia*, a cura di G. Galasso, vol. XVII, Torino, Utet, 1979, p. 81, e in C.E. TAVILLA, *Autonomia feudale e prerogative sovrane nei territori estensi. Il caso di Montegibbio (secc. XVII-XVIII)*, in *A Ennio Cortese: scritti*, a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte e U. Petronio, Spoleto, C.I.S.A.M., 2001, Tomo III, p. 425; anche in ID., *Diritto, istituzioni*, cit., p. 116). In sostanza, dunque, il sovrano interveniva quando il potere particolare avesse oltrepassato le proprie attribuzioni; egli poteva, cioè, attivarsi per rimediare agli ulteriori vizi delle decisioni del medesimo potere minore – vizi di merito, relativi al contenuto di queste decisioni – sempre e solo nella misura in cui essi rivelassero la predetta violazione, rimanendo diversamente insindacabili in quanto tali. Sul punto, si veda, autorevolmente, G. DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, Milano, Giuffrè, 1993³, spec. p. 271.

¹³⁸ Ciò, come anticipavamo poco fa in nota, si deve anche alla natura stessa degli ordinamenti feudali (sulla quale v. sempre *infra*, Parte Seconda, Cap. IV.). Il punto, invero, è che ciò si inseriva però in una tendenza ormai generalizzata, la quale univa all'incremento della frammentazione degli ordinamenti universali precedenti la compattezza interna dei singoli frammenti statuali degli stessi, all'accentuazione della mediatezza dell'unità politica di quelli la tensione all'immediatezza del potere all'interno di questi: cfr. CARAVALE, *Storia del diritto*, cit., pp. 131-134; MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., pp. 1-4.

coincidenza, cioè sussistendo una deviazione dal fine per cui il potere era stato attribuito dal *superior* all'*inferior*¹³⁹. Era invece – ripetiamo – proprio per questo che tutto il potere poteva essere definito '*iurisdictio*': perché ogni suo esercizio, anche quello del potere sovrano, rispondeva alla necessità obbiettiva di realizzare un determinato interesse pubblico, esattamente come sarebbe rimasto anche in epoca moderna il potere degli apparati subordinati e, inoltre, come continuava ad essere per i rapporti che si radicavano nello *ius naturale*.

Il potere del sovrano si caratterizzava ancora indubbiamente per il suo collegamento con la giustizia naturale, e questo, come dicevamo, valeva per tutto il lungo corso dell'Antico Regime¹⁴⁰. Ciò, da un lato, testimonia che i rapporti giuridici seguivano a non essere regolati tutti dal diritto positivo e che pertanto, da questo punto di vista, il nucleo del massimo interesse della collettività non poteva che restare affidato al più alto potere politico, secondo il criterio di supremazia già proprio dell'esperienza medievale¹⁴¹. Tuttavia, nonostante la peculiarità della giustizia di cui il principe e il suo *Consilium* rimanevano supremi garanti, essi facevano uso ormai di alcuni istituti giuridici – soprattutto dell'esame delle suppliche e delle avocazioni delle cause giudiziarie – con una disinvoltura che nel Medioevo sarebbe risultata assolutamente inaccettabile per il ruolo politico che il Sovrano ricopriva. Di questi strumenti il Principe d'Età Moderna si serviva invece, prima e più che per assicurare l'*aequitas naturale*, per derogare agli ordinamenti particolari quando gli «paresse bene», ovverosia per affermare e consolidare la sua posizione di supremazia sui medesimi¹⁴².

¹³⁹ V. *amplius* Parte Seconda, Cap. IV., spec. par. II. È peraltro di estremo interesse notare come una teorizzazione di questi criteri di rapporto tra enti sia stata sostanzialmente suggerita, oggi, con riferimento alle interazioni tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: cfr. ad esempio S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», XII (2002), fasc. 2/3, pp. 291-301; ID., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LIII (2003), pp. 35-52.

¹⁴⁰ TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia*, cit., spec. p. 190, nt. 42, cita, in questo senso, un pregnante, «anonimo *responsum* della metà del sec. XVI che, a proposito della *iurisdictio* del Consiglio di Giustizia piacentino [...], notava come l'organo giudicante, "qui potest sola facti veritate inspecta iudicare, nulli ordini iudiciario subiacet, nec iuris communis traditioni, sed inspecto iure naturali et gentium, immo ut princeps et ut Deus ipse iudicare potest"».

¹⁴¹ Solo il principe, e solo ricorrendone una *iusta causa*, poteva derogare ai diritti – dei singoli come delle collettività – che si radicavano appunto nello *ius gentium secundarium*; e siccome una *causa è iusta* o meno se il fine per cui si deroga alla regola è lo stesso per cui quella regola è posta ovvero uno superiore, solo il fine della *iustitia naturalis* poteva validamente derogare alle norme (assetti di interessi) di tale sfera giuridica, in quanto fine sovraordinato.

¹⁴² Restando ancora, *in primis*, nel contesto degli Stati estensi, bisogna sottolineare come, agli inizi del '600 e cioè subito in seguito al trasferimento della capitale estense a Modena e nella maturità ormai del nuovo sistema politico, il Duca Cesare, nel riconoscere la titolarità in via residuale dell'amministrazione della giustizia in capo alle istituzioni cittadine, facesse nondimeno salvo il suo più ampio e discrezionale potere di avocazione delle cause. Vedremo invece nel prossimo Capitolo che una simile libertà gli era assolutamente preclusa, ove non specificamente giustificata da ragioni obbiettive di *publica necessitas* o *utilitas*, rispetto alle vertenze radicatesi, appunto, negli Stati mediati e nonostante il ben diverso spessore che tale mediatezza possedeva – anche per la natura stessa dei feudi interni al Ducato – rispetto a quella del periodo medievale. Di seguito, un passo breve, ma che crediamo sia illuminante sul punto di cui si discute, degli *Ordini intorno a' nostri*

Il fatto che il Principe e il suo Consiglio fossero vincolati solamente all'*aequitas naturalis* non deve, in questo senso, trarre in inganno: non significava, infatti, che essi decidessero prescindendo sempre dal diritto positivo e dai principi di questo e dello *ius commune*, limitandosi ad intervenire quando lo richiedesse la garanzia della superiore giustizia; segnalava soltanto che, in caso di contrasto di questi con la giustizia naturale e, altresì, allorché lo avessero ritenuto “politicamente opportuno”, gli stessi erano sciolti dal rispetto del primo tipo di diritto¹⁴³.

Ma soprattutto, l'immediatezza del potere sovrano è dimostrata dalla circostanza per cui il Principe, in certe occasioni, si vedeva persino costretto a porre un freno alle avocazioni operate anche *motu proprio* dalle sue Corti di diretta emanazione, nonché all'accoglimento o, meglio, all'esame indiscriminato delle suppliche che gli pervenivano. Tale pratica,

consiglieri e segretari del 1° settembre 1619, emanati da Cesare d'Este e riportato in TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 210: «s'intenda sempre riservata la nostra volontà, perché se in alcuna causa paresse bene il cometterle al medesimo Consiglio [di Giustizia], vogliamo che si possa fare, havutone però l'ordine nostro espresso in quel caso solo o nostro special rescritto». In questo senso, anche M. ASCHERI, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in «Quaderni storici», C (1999), fasc. 2, p. 374: «si volle assegnare alla legge [forse *rectius*, più in generale, al comando] del principe la capacità di derogare unilateralmente ad ogni altra fonte locale [nella specie, statutaria]. [...] Perciò si può dubitare che [...] in questi casi si fosse di fronte al sovrano medievale “con una funzione integrativa ed equilibrativa dei giudicati dei tribunali inferiori”, e andrà piuttosto riconosciuto che anche questa corte fu programmaticamente diretta a funzionare “al di sopra di ogni norma positiva come tribunale di equità”». In tema, inoltre, cfr. MONTI, *Iudicare tamquam Deus*, cit., p. 78, la quale sottolinea che «[a]vocare una causa significava, per il sommo consesso lombardo, ribadire la propria superiorità di organo centrale “*loco Principis constitutus*”, capace di attirare a sé la lite, ogni lite, su richiesta di parte, laddove, per un qualsiasi motivo, non ritenesse soddisfacente o adeguata la condotta processuale o sostanziale tenuta dai giudici locali». In questo esatto senso, FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 24, spiega che «[i] due aspetti, il fondamento cetuale e la forma assolutistica, si conciliano grazie alla distinzione, introdotta da Bodin, tra *état* e *gouvernement*, tra *regime* e *governo*: sul primo piano, quello della sovranità e del regime politico, la monarchia è assoluta, come espressione di un potere di fare la legge e di esercitare le funzioni d'*imperium*, che non sarebbe stato ammissibile nei secoli precedenti, nell'ambito di una costituzione meramente cetuale, mentre sul secondo piano, quello del governo, viene recuperato il ruolo dei Consigli, delle assemblee rappresentative dei corpi e delle comunità, cui il monarca ricorre con il criterio della opportunità [...]» (nello stesso senso, SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 151 ss.). Infine, sulla funzione unificante delle suppliche nell'affermazione di questo modello statale, oltre a TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., si vedano, più in generale, i saggi presenti nel volume *Suppliche e “gravamina”. Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di C. Nubola, A. Würigler, Bologna, il Mulino, 2002.

¹⁴³ Cfr., sul punto, CARVALE, *Storia del diritto*, cit., pp. 64-69, e A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2016², pp. 319-324; v., inoltre, TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 190. Ciò conferma che il pluralismo normativo (cioè di fonti del diritto) era importante quale riflesso del pluralismo istituzionale, della pluralità di ordinamenti (cfr. MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 102-105); derogarvi troppo era una decisione possibile, lecita, ma non sempre opportuna da un punto di vista politico – per gli equilibri, cioè, tra centro e periferie e per la legittimazione dell'autorità sovrana –. Precisiamo che dicendo “politicamente opportuno” non intendiamo rinnegare la tesi cardine di questa ricerca, cioè la dimensione assolutamente assorbente del diritto che non consente di scindere una sfera giuridica da una irrilevante per il diritto, pena un'ingiustizia in senso non anzitutto assiologico ma ontologico (legato all'identità tra giustizia naturale e sussistenza del rapporto giuridico inter-sogettivo); semplicemente, stiamo ribadendo quanto nell'analisi di COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 86 ss. è chiamato «processo di potere effettivo»: l'esistenza di equilibri sociali che non contraddice, ma conferma, imprimendogli una particolare declinazione in relazione al contesto storico, la logica della giustizia-rapporto giuridico e dell'assorbimento del fenomeno giuridico.

altrimenti, avrebbe avuto progressivamente l'effetto di depauperare i poteri particolari di competenze che la genesi e la costituzione composita del sistema politico dell'epoca – vincoli ufficiosi, ovviamente, più che ufficiali – esigeva, anche per la stabilità del potere sovrano stesso, che restassero in capo a quelli¹⁴⁴.

Si comprende, così, perché nell'epoca moderna il Sovrano iniziasse stabilmente ad 'amministrare', oltre che a 'giudicare' (entrambi lemmi che usiamo intenzionalmente in senso formal-sostanziale), in ordine *non a tutti*, ma *soltanto ad alcuni* degli interessi sovra-individuali che si registravano nei suoi domini. Riguardo agli altri, invece, egli si limitava ad intervenire appunto a sua discrezione politica quando lo riteneva necessario e opportuno in relazione alle circostanze del caso, mediante gli strumenti della supplica (di grazia e di giustizia), dell'avocazione e, più in generale, della sua *absoluta postestas*, soddisfacendo esigenze parziali e particolari o in rapporto ad altre omologhe, o in relazione agli interessi delle collettività nelle quali esse si inserivano: come, insomma, si conviene ad una funzione autenticamente 'giurisdizionale'¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Esempio, in questo senso, è sempre il caso – cui già precedentemente avevamo accennato – della creazione nell'ambito degli Stati estensi di una istituzione, il Consiglio di Segnatura, con la funzione precipua di filtro delle suppliche, nonché, in seguito, della regolamentazione da parte di Cesare d'Este anzitutto dei requisiti (invero molto elastici) di ammissibilità delle medesime. Sul rischio per l'autonomia degli ordinamenti particolari insito nell'«accoglimento indiscriminato delle suppliche per revisione» e, specularmente, su quello di una conseguente riduzione della stessa «ad un semplice appello», si veda TAVILLA, *Diritto e istituzioni*, cit., pp. 65-66; cfr. inoltre ID., *La favola dei centauri*, cit., pp. 62 ss. e 198 ss., in specie in ordine al ribadimento dell'eccezionalità dell'esercizio della *potestas* sovrana: le «deroghe», in generale, alle competenze normali e ordinarie degli ordinamenti particolari, nei «casi valutati singolarmente dal principe e dalla Segnatura non dovevano né potevano in alcun modo indurre prassi vincolante». Esse dovevano infatti rimanere espressione di una «discrezionalità esercitata *cum grano salis* dal duca», il che «rappresentava in questo contesto una garanzia per le autorità municipali di salvaguardia dell'ordinamento giudiziario e della procedura sancita dallo statuto» (p. 202). V., infine, *ivi*, pp. 209 ss. sugli equilibri centro-periferici tra Duca e aristocrazie e notabili locali in genere, sui quali si reggeva quell'unità politica plurale sempre più tendente – come abbiamo detto – all'immediatezza dell'esercizio del potere sovrano sui sudditi, ma, al contempo, rispettosa dell'alterità delle tradizionali prerogative pubblicistiche degli ordinamenti particolari. È in questo senso che – come fa Tavilla – si può parlare di un vero e proprio «doppio livello ordinamentale» (*ibidem*; cfr. G. SANTINI, *Lo Stato Estense nel quadro degli ordinamenti italiani preunitari*, in *Lo Stato di Modena. Una capitale, una dinastia, una civiltà nella storia d'Europa, Atti del Convegno, Modena, 25-28 Marzo 1998*, a cura di A. Spaggiari, G. Trenti, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2001, pp. 11 ss.); ed è nel medesimo senso che è possibile, cioè, avvedersi – come ricorda MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 94 – di come «[m]onismo politico e pluralismo istituzionale convissero e crebbero così insieme fino alla grande svolta riformatrice». Anche quello principesco, in altre parole, può essere considerato «un ordinamento particolare accanto ad altri ordinamenti particolari» (*ivi*, p. 22). Cfr. *amplius*, Parte Seconda.

¹⁴⁵ Ciò si deve precisamente al pluralismo tipico della statualità d'Età Moderna, in accordo con un modello che, «fino ad un Settecento molto maturo», anzitutto «si concretizza nel gioco infinito degli appelli e delle revisioni delle decisioni assunte a livello locale», al punto che «perfino [lo] sviluppo di nuovi 'servizi' [...] avviene prima di tutto a colpi di sentenze e di lodi arbitrali, attraverso la risoluzione di una continua conflittualità orizzontale» (L. MANNORI, *Introduzione*, in *Comunità e poteri centrali negli antichi Stati italiani. Alle origini dei controlli amministrativi. Atti del Convegno "Comunità e poteri centrali negli antichi Stati italiani"*, Napoli, 28-29 giugno 1996, a cura di Id., Napoli, Cuen, 1997, pp. 23-24). Cfr. inoltre A. VIGGIANO, *Fra governanti e governati. Legittimità del Potere ed esercizio dell'Autorità Sovrana nello Stato Veneto della prima età moderna*, Treviso, Canova, 1993, richiamato dallo stesso MANNORI, *op. ult. cit., loc. ult. cit.*, il quale segnatamente spiega che «[i]l tema della struttura e del sistema degli appelli» – ma anche, più in generale, quello della domanda di giustizia dei particolari – «risulta di fondamentale importanza. È attraverso la gestione

Non c'è, invero, da stupirsi di questa dinamica, perché il criterio dietro questa diversità di comportamento è tutto sommato semplice. Rispetto a quegli interessi collettivi che potevano essere adeguatamente curati e soddisfatti all'interno di ciascun ordinamento particolare (ad es. una città), non vi era motivo di turbare gli equilibri politici e istituzionali raggiunti, o almeno non in assenza di ulteriori ragioni. Relativamente, per converso, a quegli interessi che difficilmente potevano essere soddisfatti in via disgiunta nei diversi ordinamenti minori, ecco che allora l'unità politica immediata mostrava tutte le sue vere potenzialità¹⁴⁶. Si tratta, invero, di una dinamica del tutto logica, che oggi, con termine forse molto moderno e pure, indubbiamente, sul presupposto di un'impostazione altrettanto differente, definiremmo come 'principio di sussidiarietà', il quale vige in ogni ordinamento federale e composito¹⁴⁷.

Tornando all'epoca moderna, gli equilibri politici, certamente, sarebbero risultati rivisti in favore del centro dalla pratica propriamente 'amministrativa'; ma per quanto si possa ammettere che questi venivano da tale dinamica modificati, si trattava purtuttavia di discostamenti dagli assetti politici originari le cui premesse erano già – come dicevamo –

degli appelli che i detentori dell'autorità possono conoscere le tensioni che agitano i sudditi, comprendere ed eventualmente neutralizzare i motivi dei rancori e delle violenze, esercitando al contempo un'azione di controllo sull'attività degli stessi rappresentanti veneziani in terraferma. È su questo terreno che si può verificare la capacità di centralizzazione dell'attività giudiziaria da parte dei governanti, così come misurare la tenuta delle persistenze particolaristiche rappresentate da fasce sociali, corpi organizzati, 'poteri' dalla diversa configurazione istituzionale (giurisdizioni feudali, comunità rurali, borghi e *civitates*)» (p. 54).

¹⁴⁶ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., insiste ripetutamente sulla questione: «[p]ur lasciando da parte le opere stradali e fluviali – di cui, come vedremo, con la seconda metà del Cinquecento il centro avoca a sé l'esclusiva direzione –, anche tutto il resto dell'attività comunitativa di questo genere finisce per essere realizzata spesso tramite una continua intermediazione centrale» (p. 187); «il principe accentrò con tanta decisione la guida dei lavori pubblici nella consapevolezza che gli ordinamenti soggetti non erano in grado di provvedervi da soli. Per sua natura, infatti, ogni scelta specifica in tema di viabilità o di regimazione idrica si ripercuote immediatamente sulle aree circoscrizioni, producendo attriti tanto più ampi e difficili da mediare quanto più frazionato è il tessuto amministrativo di base. [...] Di qui, dunque, l'esigenza obbiettiva di un penetrante intervento statale: realizzato nel corso del Cinquecento tramite la graduale avocazione delle competenze locali in materia a favore di alcuni magistrati della dominante o comunque di certi uffici periferici saldamente controllati dall'alto. [...] Il principio fondamentale [...] per giustificare l'avocazione al centro della potestà amministrativa circa le opere civili è quello che fa del sovrano il necessario titolare dei più importanti tipi di beni pubblici» (p. 279); «[l]e vie pubbliche, proprio in quanto non compatibili, per loro natura, con una esclusività di godimento da parte di singoli o di collettività determinate, senza distinzioni né limiti "s'aspettano al Principe", che ne è certamente dominus "quoad iurisdictionem" e secondo molti anche "quoad proprietatem". Si tratta di una soluzione strettamente conforme alla prevalente dottrina di diritto comune in tema di regalie sovrane: la quale, nonostante un'opinione probabilmente contraria della glossa, ritiene che chi riconosce un superiore non possa accampare diritti di sorta sulle pubbliche strade» (p. 280); ecc. Come si vede, dunque, non solo la vocazione funzionale propriamente 'amministrativa' (l'attività ulteriore rispetto alla mera salvaguardia della «non conflittualità» tra ordinamenti particolari e, ormai, tra i membri degli stessi) faceva tutt'uno con lo Stato moderno fin da tempi assolutamente risalenti, ma era anche perfettamente inserita nella trama del pensiero giuridico di diritto comune (torneremo sul tema nella Parte Seconda di questo elaborato).

¹⁴⁷ Spunti interessanti, in questo senso, si trovano in S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea?*, in «Quaderni fiorentini», XXXI (2002), pp. 141 ss.; su questo medesimo ruolo del potere apicale quale fattore di composizione dei conflitti tra ordinamenti particolari, si veda, per cambiare completamente contesto storico e politico, TORRE, *La giustizia costituzionale nel regno unito*, cit., spec. pp. 352 ss., in merito al ruolo del *Judicial Committee of the Privy Council* del Monarca inglese.

contenute nell'impostazione statutale post-medievale, che tendeva quantomeno a limitare la mediatezza nell'esercizio del potere. Stabilire le modalità della convivenza era dunque, nel suo insieme, un compito lasciato, *ove possibile*, alla libera determinazione degli ordinamenti particolari, che quello sovrano – nella sua conversione da ordinamento sì preminente, ma comunque fra gli altri, a centro di una o, meglio, di plurime periferie – preferiva limitarsi a controllare facendosi garante così dei loro equilibri reciproci, come di quelli interni a ciascuno di essi. Dove, al contrario, quella sorta di “autosufficienza” non collimava con la cura dell'interesse collettivo, ecco che la competenza veniva avocata al centro più – potremmo dire – stabilmente.

È proprio, d'altra parte, in questa diversa declinazione della verticalità tra gli ordinamenti titolari del potere che si coglie il loro ordinarsi per ‘normazione’ (direzione, regola dell'azione) ed ‘esecuzione’ di quell'«impulso»¹⁴⁸. Mannori stesso, a nostro avviso, implicitamente ben segnala la suddetta divisione tra interessi collettivi rispetto ai quali il Principe agiva prevalentemente esercitando un potere di forma ‘giurisdizionale’, con un coordinamento degli ordinamenti particolari indiretto; e gli altri interessi in rapporto a cui, per contro, non poteva limitarsi «semplicemente a controllare l'attività spontanea già espletata dagli enti soggetti, ma [aveva] per tempo rivendicato a sé un ruolo d'impulso e d'indirizzo pressoché esclusivo»¹⁴⁹. Questa, in definitiva, ci sembra la grande novità della costituzione dell'epoca moderna o Antico Regime: l'incontro tra due paradigmi diversi di esercizio del potere, il rinnovato ruolo del diritto positivo e la persistenza di quello dell'*aequitas naturalis*. Il tutto in nome di una peculiare declinazione dell'unità politica che, nella struttura composita del sistema statutale complessivo, privilegiava talvolta la ‘giurisdizione’ non meno che, talaltra, l'‘amministrazione’.

Il volto formal-sostanziale delle ‘funzioni’ si combina, nello studio dell'esperienza giuridica in parola, con le parti potenziali di tali diverse specie funzionali (normazione-esecuzione-controllo). Il primo profilo viene in rilievo, infatti, ove si tratti di modulare il rapporto tra interessi delle parti e quello del tutto collettivo, in una “direzione” o nell'altra. Esso, di conseguenza, rappresenta evidentemente uno strumento che ci pare fondamentale per la comprensione di un ordinamento il cui equilibrio presupponeva, essenzialmente, una pluralità di componenti interdipendenti. Il secondo versante della funzione, invece, viene all'attenzione allorché più enti operino in vista del medesimo interesse pubblico-

¹⁴⁸ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 278.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 277-278.

funzionale¹⁵⁰. È solo, del resto, la teoria montesquieuiana che, assumendo la normazione e l'esecuzione non solo nel loro aspetto dogmatico e logico, ma soprattutto come cardini di un progetto politico, impone che la gerarchia degli enti esercenti il potere si conformi a quelle funzioni totalmente, cioè cercando di mantenerle il più possibile distribuite su più soggetti istituzionali.

In un sistema come quello di Antico Regime, nell'assenza di un siffatto principio di organizzazione politica e, forse ancor prima, nell'impossibilità di realizzarlo senza stravolgerne la costituzione¹⁵¹, tale distinzione si esprimeva senz'altro nella sua dimensione logica, ed aveva quindi – secondo noi – una valenza descrittiva, ma non poteva averne altresì una politica. Un conto, insomma, è la gerarchia tra enti titolari di potere politico, che, a certe qual condizioni, può conformarsi alla scansione normazione-esecuzione (o attuazione che dir si voglia); un altro conto, invece, è la preclusione a che l'ente sovraordinato eserciti ad un tempo più funzioni così intese. E solo la seconda cosa che con l'Antico Regime non ha niente a che vedere, non la prima.

Questa conclusione, dopotutto, non è sorprendente: ogni agire umano, nel quale le decisioni espressive di potere restano – oggi come ieri come domani – incontrovertibilmente ricomprese, è difatti un agire razionale, e come tale presuppone un criterio di decisione stabilito in via o autonoma o eteronoma (predeterminato). Come, pertanto, nel periodo storico-giuridico successivo 'funzione amministrativa' e 'giurisdizionale' sarebbero state *iponime* di 'normazione' ed 'esecuzione' (cioè si rivelano solo tramite il filtro di quest'ultima dicotomia), così, analogamente ma all'inverso, per tutto l'Antico Regime erano il normare e l'eseguire che si rendevano visibili solo all'interno dell'altra e diversa prospettiva da cui l'esercizio del potere può venire in rilievo.

¹⁵⁰ Ciò si verifica tanto allorché si tratti di ordinare gli interessi parziali a quello pubblico-funzionale, quanto, per vero, nel caso di una funzione 'giurisdizionale', come vedremo analizzando la riforma estense del sistema giudiziario del 1763, la quale poneva il giudice locale (dello Stato immediato e, per un brevissimo periodo, anche dello Stato mediato) in rapporto – appunto – di esecuzione del «sentimento risolutivo» del Supremo Consiglio di Giustizia (citazione tratta direttamente dal *Regolamento sul funzionamento e le competenze del Supremo Consiglio di Giustizia* del 12 settembre 1763, in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. EE, n. 1056, edito integralmente anche in appendice a C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 489-491). In questo senso, quindi, il fare le leggi (il normare) e il risolvere le controversie e, più in generale, l'eseguire le norme mostrano con nitidezza il loro essere 'manifestazioni' o 'parti potenziali' – impiegando un linguaggio scolastico che molto aiuta la comprensione – attraverso le quali si esprime tanto una funzione 'amministrativa' quanto una 'giurisdizionale'.

¹⁵¹ Il fatto, cioè, che l'istituzione sovrana, nonostante il suo diverso porsi davanti agli ordinamenti particolari rispetto all'epoca medievale, continuasse anche durante l'Età Moderna ad essere *una inter multas* la portava a legittimare la sua preminente posizione di potere facendo leva sul fondamento del diritto. Cfr. segnatamente SPANTIGATI, *La legittimità nel pluralismo*, cit., p. 503, secondo il quale la «produzione del diritto» è, «nella società pluralista, non la volontà delle fonti del diritto, ma la creazione del diritto come rapporto fra interessi, più, e prima di essa, la formazione del diritto come modulazione del dover essere degli interessi».

Ribadendo allora il nostro convincimento, ciò, lungi dal significare che non esisteva una funzione autenticamente amministrativa, indica piuttosto che vi era sempre la possibilità di esercitare una funzione pienamente ‘giurisdizionale’, garantita dalla necessità di salvaguardare in ogni caso la giustizia naturale, attributo sempre imprescindibile della sovranità.

Nuovo e Antico, in definitiva, ci pongono di fronte all’alternativa tra una capacità almeno in parte intrinseca o, invece, soprattutto strumentale della norma di garantire la giustizia. La persistenza di una sovranità di tipo «istituzionale», informata alla diversa generalità degli interessi collettivi, presuppone che l’ente politicamente preminente si occupi del perseguimento di quello di essi che ha, per la sua propria ontologia, portata unificante¹⁵².

¹⁵² Al riguardo, può essere interessante il rinvio ad un confronto con l’ordinamento canonico. È forse per la ragione di cui nel testo che è apparsa molto incerta la possibilità di includere concetti quali la ‘separazione dei poteri’, l’‘interesse legittimo’, la dialettica ‘autorità-libertà’, l’‘imperatività’ e il ‘merito amministrativo’, la stessa dicotomia ‘pubblico-privato’, e così via, entro un ordinamento – come quello della Chiesa – fondato sulla permeante finalizzazione dell’attività tutta dell’organizzazione ad un fine supremo totalmente indisponibile (che per semplicità, ma è inesatto, diciamo anche noi essere quello della *salus animae*). Questo dato indisponibile – «principio d’ordine immanente» della Chiesa – sembra infatti poter fungere da impulso per un’opera di incessante messa in discussione del diritto positivo, consentendo una continua, potenziale rivalutazione delle determinazioni assunte ove non più funzionali allo scopo ultimo della comunità. Su questi temi, si possono vedere B. SORDI, *I difficili sentieri del diritto amministrativo nell’ordinamento canonico*, in «Quaderni fiorentini», XLV (2016), pp. 707 ss.; J. LLOBELL, *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in *La giustizia nell’attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura, J. Canosa, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 223-237; in particolare, poi, sul connubio tra *potestas* e *salus animarum* – nel duplice ruolo di «clausola-limite» al potere di disposizione dell’Autorità e di «assoluto principio ispiratore dell’ordinamento canonico» –, J. HERRANZ, *Salus animarum, principio dell’ordinamento canonico*, in «Ius Ecclesiae», XII (2000), pp. 291-306. I. ZUANAZZI, *Praeisis ut prosis. La funzione amministrativa nella diaconia della Chiesa*, Napoli, Jovene, 2005, posto il difficile connubio suddetto, ribadisce in ogni caso che l’«amministrazione costituisce un settore essenziale delle funzioni pubbliche di governo per qualsiasi insieme sociale organizzato, al fine di assicurare lo svolgimento ordinato della convivenza e la realizzazione concreta degli interessi propri del gruppo» (p. 3). La difficoltà di ricondurre al diritto canonico concetti afferenti al diritto amministrativo e alla scienza dell’amministrazione pubblica è stata spesso addotta alla connotazione religiosa dell’ordinamento ecclesiastico: in questi termini, ad esempio, M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica, ad vocem*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, ad vocem*, vol. I, Roma, Treccani, 1991, p. 183. Più convincente, invero, ci sembra la spiegazione della questione sulla base del «diverso equilibrio tra le varie componenti del potere politico» della Chiesa. In tema, E. CHITI, *Il diritto amministrativo canonico e i diritti amministrativi degli ordinamenti contemporanei a regime amministrativo. Premesse per un’indagine comparata*, in *Il diritto amministrativo tra ordinamenti civili e ordinamento canonico. Prospettive e limiti della comparazione*, a cura di M. De Benedetto, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 67-76; ancora, J. MIRAS, *L’oggetto del ricorso contenzioso-amministrativo canonico*, in *La giustizia nell’attività amministrativa della Chiesa*, cit., pp. 300 ss., il quale precisa che «il concetto di *merito* ha due contenuti possibili. L’uno è collegato al sistema italiano di giustizia amministrativa nel quale [...] esistono una via giurisdizionale competente esclusivamente per il giudizio formale di legittimità [...], e un’altra con competenza per giudicare la questione di fondo (o di merito) [...]. L’altro contenuto possibile del merito corrisponde alle facoltà caratteristiche dell’autorità amministrativa nel provvedere sulle questioni affidate alla sua competenza. [...] Le sue scelte tra le diverse possibilità ugualmente legittime vengono determinate da giudizi e valutazioni prudenziali, di opportunità, di utilità pastorale [...]». Lo stesso A. conclude quindi per l’esclusione dal sindacato giudiziale del solo merito inteso nell’ultima accezione illustrata; ciò che invece «non dovrebbe significare automaticamente una riduzione di questa competenza al giudizio formale di mera legittimità, cioè l’esclusione assoluta di qualsiasi giudizio di merito nel primo senso sopra indicato», quant’è vero infatti che «il giudizio della Segnatura non è ristretto *natura sua* al semplice giudizio formale sulla legittimità».

PARTE PRIMA

Alla verifica più nel dettaglio di questa complessiva ipotesi ricostruttiva sono dedicati i prossimi due Capitoli.

PARTE SECONDA

ALLOCAZIONE DEL POTERE SUL TERRITORIO E CRITERI DI PREMINENZA TRA
ISTITUZIONI

CAPITOLO IV.

LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E QUELLA GIURISDIZIONALE NEI TERRITORI A SOVRANITÀ MEDIATA

Sommario: Premessa. – **I.** Stati mediati e immediati: l'importanza della classificazione. – **I.1.** La mediatezza come titolarità *iure proprietatis* del potere. – **II.** Feudatari e feudatari: la variegata categoria del potere mediato. – **II.1.** Il potere baronale: il significato concreto della mediatezza parziale nel rapporto di preminenza tra Principe e Barone. – **II.1.1.** Cenni ulteriori dalla prassi estense. – **III.** Centro e periferie: una pluralità di 'pubblici'. – **III.1.** La competenza esecutiva dei Baroni e la posizione direttiva della Magistratura centrale di acque e strade. – Osservazioni riepilogative.

Premessa

In un passaggio di grande chiarezza, la storica Ada Annoni sottolineava nel 1966 quello che a noi sembra meritare – come abbiamo cercato di far emergere nella Parte Prima di questo lavoro – il ruolo di variabile indipendente nel processo di comprensione dell'esperienza giuridica d'Antico Regime; più ancora, invero, che la pervasività dell'epifenomeno processuale. Ci riferiamo all'articolarsi dei rapporti di preminenza tra enti secondo «l'unitarietà concettuale del potere», ossia sul perno di una «sovranità» di tipo «istituzionale»¹. Scriveva in particolare la nota storica:

«[a]d un primo esame della vita amministrativa di questi secoli [XVI-XVIII], sia del governo centrale, sia dei poteri e degli enti locali, una peculiarità comune ritorna di continuo a presentarsi: l'articolazione di magistrature e di uffici si è venuta creando non secondo le categorie in cui la razionale analisi nei nostri tempi ha suddiviso l'agire umano, ma secondo concreti settori d'azione: la giustizia, le finanze, la sanità, etc., e in forme più particolari e su piano subordinato: le strade, le acque, i commerci, le industrie, etc. Nell'ambito del proprio settore ogni organo amministrativo centrale come ogni organismo locale o di gruppo si assume la responsabilità totale: prepara testi normativi, pubblica disposizioni esecutive, svolge compiti organizzativi, controlla l'attività degli uffici minori ad esso collegati, si erge ad arbitro nelle contese, giudica e condanna le trasgressioni. Da qui nasce il loro particolare carattere: non uffici specializzati o tecnici o associazioni bensì Magistrature o Corpi; da qui viene a loro una molteplicità di poteri che ne accentuano la maestà, la forza, l'autonomia, e la possibilità di arbitrio; da qui hanno origine le frequenti interferenze delle varie Magistrature tra loro, con il potere superiore, con le forze autonome; i vuoti di potere alla loro saldatura, ed anche quel diverso concetto e diversa

¹ Ci piace questa espressione per la sua particolare efficacia riassuntiva del concetto (CANNIZZARO, *Il pluralismo*, cit., p. 253).

articolazione della funzione amministrativa che nell'attuale stato degli Archivi non sempre è facile studiare»².

La possibilità di tradurre ogni rapporto di potere (o quasi) in una controversia dove le parti fossero formalmente equidistanti dal giudice non deve, secondo quanto abbiamo sostenuto, condurre a trarre la conseguenza sul piano ricostruttivo per cui il processo sia la chiave di comprensione o, appunto, la variabile indipendente della statualità d'Età Moderna. Siamo infatti convinti della necessità di invertire l'ordine logico dei termini nel ragionamento, nel senso di acquisire la consapevolezza che la centralità del processo, quale forma meramente estrinseca di esercizio del potere, sia sempre, al contrario, variabile dipendente da qualcos'altro: effetto, insomma, e non causa di una certa declinazione dell'organizzazione politica.

Niente di nuovo, sotto questo profilo, intendiamo sottolineare nel presente lavoro: l'*unitarietà* del potere era stata messa in rilievo come carattere peculiare anche della precedente esperienza medievale già dal Calasso³, e forse da altri prima ancora di lui; e, ovviamente, essa è ben chiara a Mannori, sui cui fondamentali studi il nostro tentativo di sistemazione non può che innestarsi principalmente⁴.

Ciò che allora ci prefiggiamo di fare è piuttosto un tentativo di sistemazione di materiale in prevalenza già noto, proseguendo nel solco dello sbizzo del problema fatto in precedenza. Vogliamo cioè ricavare le conseguenze più confacenti a quel paradigma di rapporti tra enti e comunità od ordinamenti distinti, dimostrando – come a noi sembra – che l'esercizio 'amministrativo' del potere giocava un ruolo di primo piano nell'esplicarsi dell' 'unità politica immediata'⁵, la quale segnava una importante discontinuità tra l'esperienza propriamente medievale e quella poi protrattasi sul continente fino, indicativamente, alla Rivoluzione Francese.

In questo e nel prossimo Capitolo, pertanto, cercheremo di fare proprio questo: sondare i rapporti di preminenza tra enti ed istituzioni per localizzare le espressioni molteplici di questa 'unità plurale' ed i loro denominatori comuni. Un'unità tanto differente da quella medievale quanto, in verità, simile ad essa sotto il profilo della logica del potere e della sua

² A. ANNONI, *Stato di Milano (Dominio asburgico) (1535-1748) e Lombardia austriaca (1749-1796)*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 14-15.

³ Basti qui il rinvio a F. CALASSO, *Autonomia (storia), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 354, il quale afferma che «il concetto di *iurisdictio*» indica «quel complesso di poteri e di funzioni necessari e sufficienti per la esplicazione della vita degli ordinamenti particolari, e, per illazione, gli ordinamenti stessi».

⁴ MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., pp. 343 ss.

⁵ MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 4.

allocazione secondo il criterio «istituzionale». In definitiva, speriamo di riuscire a fornire le evidenze dell'esistenza di un'autentica funzione 'amministrativa' anche nei sistemi di Antico Regime e altresì, secondo quel che già per l'avanti si anticipava⁶, che la sindacabilità piena delle decisioni autoritative – in modo perfettamente analogo, del resto, alla loro non integrale giustiziabilità – è solo l'ultimo corollario di un certo paradigma di relazioni tra enti che esercitano il potere.

A tale scopo, ci concentreremo prevalentemente sull'esempio estense e soprattutto sui secoli XVII e XVIII. Ciò anche per ragioni – non lo nascondiamo – di difficoltà obbiettive e tempistiche di ricerca, ma consci peraltro della particolarità, abbastanza provvidenziale, di questo ordinamento: capace, come per vero non molti altri nel politicamente frastagliato panorama italiano di quel tempo, di coniugare le caratteristiche di un tipico ordinamento a base comunale-cittadina con quello di una entità statale d'impronta più spiccatamente monarchica e feudale⁷. Questa doppia natura costituisce cosa per noi di grande utilità, specialmente allorché ci soffermeremo sullo Stato immediato (Capitolo V.). Infatti, ci consente di studiare un potere principesco situato al crocevia tra l'esigenza di una ripartizione del proprio ambito di dominio da quello dei separati ordinamenti cittadini, da un lato, e, dall'altro lato, una elevata commistione di competenze. Quest'ultima era dettata non soltanto dalla semplice e generale prevalenza dell'istituzione monarchica su quelle di matrice comunale, ma anche dal derivare del potere ducale medesimo da una duplicità di fonti di legittimazione: una interna allo stesso ordinamento dominato ed una, invece, esterna ad esso.

⁶ *Supra*, Parte Prima, Capp. II-III.

⁷ Gli Estensi godevano, da una parte, di una legittimazione per così dire “*ab alto*”, ovvero del diritto di esercitare il potere politico in virtù dell'investitura del feudo e del vicariato imperiali: sul punto, E. BUSSI, *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970², p. 172; più nel dettaglio, A. SPAGGIARI, G. TRENTI, *Gli Stemmi Estensi ed Austro-Estensi. Profilo Storico*, Modena, Aedes Muratoriana, 1985, p. 7, i quali segnalano che, «con diploma del 18 maggio 1452, l'Imperatore nominava il marchese Borso “duca di Modena e di Reggio e conte di Rovigo”, assegnandogli ovviamente tutte quelle terre che egli già deteneva in qualità di vicario imperiale», sicché «[l]a signoria estense si trasformava in tal modo in principato, raggiungendo la “sovranità territoriale del tipo della *Landeshoheit* germanica”, detta anche dai giuristi *analogica maiestatis* [...]»; TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 178. È importante però sottolineare come, a fianco di tale legittimazione, la dinastia disponesse anche di una possibilità di «esercizio del potere supremo per “delega” del Consiglio Generale del Comune di Modena» (e di Reggio). Così, G. SANTINI, *Lo Stato Estense tra riforme e rivoluzione: le strutture amministrative modenesi del XVIII secolo*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 12. Più in generale, su questa duplice, differente strutturazione statale, DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano*, cit., pp. 277 ss.; per un utile confronto dell'ordinamento estense con quello Toscano, di genesi ancor più nettamente e puramente 'cittadina' (almeno fino all'ascesa degli Asburgo-Lorena) in virtù della «rilevanza decisiva e sostanziale [del]l'investitura 'dal basso'», MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 76 ss. Questi, in particolare, precisa che «[i]l Granduca di Toscana [...] non appare affatto ai suoi stessi giudici come l'esponente di una istituzione separata o sovrimposta rispetto all'antico tessuto consociativo dello Stato», ponendosi «di fronte ai propri sudditi come un “minister” e non come un padrone (alla stregua di un feudatario qualsiasi, qual è appunto Borso)» (citazioni, nell'ordine, alle pp. 80, 92 e 83; il riferimento a Borso d'Este si deve, nello specifico, all'occasione da cui si originava la cennata riflessione “costituzionale”, sulla quale si veda ampiamente *ibidem*).

I. Stati mediati e immediati: l'importanza della classificazione

Conviene dire subito quando, a livello generale, si possa concettualmente parlare di 'mediatezza'. È possibile farlo allorché, rispetto ad un medesimo diritto o potere, un soggetto sia titolare della *substantia* di quel diritto e l'altro del suo esercizio, sicché tale esercizio «[a]d dominum autem directum non spectat nisi» – appunto – «mediate et remote»⁸. Soltanto uno, dunque, dei due soggetti titolari di un certo diritto o potere è abilitato ad esercitarlo, o così è, perlomeno, finché si resti nell'ambito di un esercizio legittimo dello stesso, nel perimetro delle competenze e delle finalità assegnategli.

La distinzione fondamentale da tenere presente, infatti, è quella tra titolarità astratta del diritto e possibilità di porre in essere tutti o solo alcuni degli atti nei quali l'esercizio di tale diritto può potenzialmente concretizzarsi. Il che, si comprenderà, è possibile che accada esclusivamente se un soggetto può dirigere verso l'altro – il titolare della *substantia* del diritto o potere – una vera e propria pretesa soggettiva, ovverosia se può vantare a propria volta un 'diritto' all'esercizio o del potere (originariamente) altrui in sé, o di alcuni atti particolari di quello, o, ancora, di tutti o alcuni di quegli atti in un certo modo.

Le categorie logiche alle quali occorre in generale fare riferimento sono, pertanto, quelle aristotelico-scolastiche del 'tutto' e della 'parte', specialmente 'potenziale'⁹, nonché quella della 'proprietà' (termine, questo, da non confondere con l'omonimo diritto, trattandosi piuttosto del predicabile che designa quei caratteri i quali, pur non descrivendo l'essenza o definizione di una certa cosa – qui, una posizione di potere –, ne costituiscono tuttavia correlazioni, cioè accidenti, necessari)¹⁰.

⁸ C. MOLINAEUS (*alias* DU MOULIN), *Commentarius in priores Titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis, prout in prioribus Editionibus habentur*, in *Opera quae extant omnia*, Parisiis, Sumptibus Nicolai Pepingue, 1681, Tomus I, Tit. I, *De Fiefs.*, Cap. LXV, Gloss. II *in verbo Les propriétaires et Seigneurs*, § 2. Cfr., in letteratura, L. BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale» nella memorialistica piemontese del sec. XVIII. C.I. M. di Mirabello*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino, Ramella, 1954, p. 204, il quale sottolinea come quello di Antico Regime fosse, ancora nel XVIII secolo inoltrato, un «sistema politico-giuridico in base al quale continuavano a sussistere più diritti pubblici [...] sullo stesso territorio» (omettiamo la parola «originari» in quanto potenzialmente foriera di confusione, non intendendosi con essa indicare altro se non – per l'appunto – l'esercizio di quei diritti *iure proprio*: cfr. quanto subito diremo *infra*, in questo par.). V., altresì, P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 260, benché si tratti di uno studio che oggi definiremmo "privatistico"; ma, d'altra parte, è proprio sulla titolarità di un diritto reale sulla *iurisdictio*, e cioè sulla sua patrimonialità, che dobbiamo adesso mettere l'accento.

⁹ Cfr. *amplius* parr. ss.

¹⁰ Molto chiaro, in questo senso, GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 336 e *passim*: «l'esercizio non è mai un contenuto grazie al quale il *dominium* riesca ad appropriarsi del suo oggetto, cioè la *substantia rei*. Preso singolarmente, un certo esercizio – disporre, amministrare, tutelare processualmente, etc. – coglie soltanto un momento di quella realtà che è la cosa; né è parimenti pensabile che proprietà sia la somma di tutti gli esercizi possibili del soggetto sulla cosa, cioè disporre, più amministrare, più tutelare processualmente, etc., perché la somma degli esercizi, pur esprimendo quantitativamente la realtà patrimoniale della cosa oggetto di dominio, in quanto somma di comportamenti non abbandona la sua natura di comportamento plurimo, e resta pertanto a

Ci sembra, in ogni caso, che le fonti sappiamo restituire questa complessa concettualità in maniera molto efficace:

«per qualunque titolo si sia acquistata, e si possedeva da un principe e stato dell'Impero la superiorità territoriale [cioè la posizione di potere così denominata], in feudo, o in allodio, per privilegio, per trattato, o per un possesso immemorabile, dicesi indistintamente appartenergli *jure proprio*, e non *vicario*, per la ragione che di tutti i signori Territoriali il possesso è perpetuo, patrimoniale e progressivo [...]. Quindi è che il potere de' signori territoriali in tutta l'estensione del loro territorio, benché subordinato, è tuttavia riguardato come un potere privativo ed esclusivo di quello dell'imperatore, a segno che anche venendo egli nel territorio de' principi, intatta rimane la loro podestà, né può l'imperatore a pregiudicio d'essi, che le leggi appellano Signori naturali, fare uso dei suoi riservati cesarei»¹¹.

Ora, l'interrogativo fondamentale che ci si pone in questo Capitolo è se la suddetta distinzione tra titolarità della *substantia iuris* – o, meglio, *potestatis* – e del relativo *exercitium*, totale o parziale, sia effettivamente quella più confacente a descrivere i caratteri della statualità moderna. Ci si domanda cioè, più in particolare, se la ricorrenza all'interno dei singoli Stati d'Età Moderna di una mediatezza del potere e, quindi, il persistere di un pluralismo di potestà insistenti su di un medesimo territorio determinasse davvero anche una frammentazione dell'interesse collettivo (e della relativa attività di cura) in tanti *sotto*-interessi identici quante erano le collettività parziali dotate, pure, di una certa autonomia formale da quella complessiva¹².

La domanda sorge in effetti abbastanza spontanea se si riflette sul fatto che la titolarità di un qualsiasi diritto – dunque anche di uno di natura pubblicistica – implica la possibilità di opporre quel diritto ad altri soggetti, determinati o meno che siano¹³. Ciò che di conseguenza

quell'inferiore livello sopra il quale, ben sovrastante, si situa il dominio “*facultas in substantiam rei*”». Giova inoltre – ci sembra – un rinvio più ampio alle definizioni di queste categorie logiche, per le quali si vedano PRISCO, *Elementi di filosofia speculativa*, vol. I, cit., p. 30, e T. SANTE CENTI, *Dizionario dei termini tecnici tomistici*, in S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., *Introduzione generale*, pp. 333 ss., *ad voces*.

¹¹ C.I. MONTAGNINI, *Memorie riguardanti la superiorità territoriale, i diritti, regalie, e prerogative spettanti a S.M. nei feudi e terre delle Langhe, 1762-1771* (data incerta), riportata senza datazione precisa da BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 178, ma cfr. anche ivi, p. 202, nt. 53; e da V. TIGRINO, *Istituzioni imperiali per lo stato sabaudo tra fine dell'antico regime e Restaurazione*, in *L'Impero e l'Italia nella prima età moderna*, atti del convegno tenuto a Trento nei giorni 19-21 giugno 2003, a cura di M. Schnettger, M. Verga, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker et Humblot, Bologna, il Mulino, 2006, p. 196. Avremo modo di soffermarci sul concetto di ‘Superiorità Territoriale’ (o ‘*Landeshoheit*’) – introdotto, come ci ricorda A. DE BENEDICTIS, *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 29, con la Pace di Augusta a conclusione delle cd. guerre di religione – nel prosieguo di questo Capitolo.

¹² Cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. III.

¹³ Ci sembra molto chiara, in questo senso, una memoria legale che avremo occasione di approfondire maggiormente nei prossimi paragrafi, accennando ad una vicenda giudiziaria scaturita dall'intervento limitativo del Duca Francesco III d'Este, nella seconda metà del Settecento, sul potere dei suoi feudatari. L'opuscolo a stampa, che nei relativi atti di parte baronale si richiama, è quello di F.M. NICOLI, *Confutazione*

cambia, sussistendo o meno una simile possibilità e, soprattutto, fermo restando il rapporto di unilaterale presupposizione tra i poteri di tali soggetti, è allora il criterio di dipendenza di un soggetto dall'altro: il modo, cioè, in cui la preminenza dell'uno sull'altro si estrinseca.

Dirimente, poi, in aggiunta al fatto che un medesimo potere può essere conferito dal superiore all'inferiore ad un titolo piuttosto che ad uno diverso, è anche il *quid* dell'attribuzione. È pertanto possibile – ci si domanda –, e in base all'un criterio (il titolo) e in base all'altro (il contenuto), ricavare paradigmi di sovra-subordinazione che, nonostante la pluralità di poteri concorrenti, *non comportino la frammentazione*, oltre appunto che del potere, *anche dell'unità politica*, ovverosia una sua piena «mediatizzazione»¹⁴?

I.1. *La mediatezza come titolarità iure proprietatis del potere*

Giova, per prima cosa, soffermarsi un momento sulla cennata pluralità di poteri coesistenti in un medesimo territorio, per concentrarsi quindi, subito in successione, sul titolo in base al quale i soggetti istituzionali – anche quelli in posizione di sudditanza – li esercitavano.

A questo scopo, come anticipato, ci serviremo in qualità d'esempio degli Stati Estensi, in un periodo grossomodo spaziente tra il XVII e il XVIII secolo¹⁵.

Ora, per restituire una panoramica del prefato pluralismo, ricordiamo in proposito come il Ducato estense contemplasse oltre 150 circoscrizioni giurisdizionali, in ciascuna delle quali era insediato un giudice che assumeva, a seconda del luogo, un diverso nominativo

*della dissertazione del signor Michele Anastasio circa il sommo Impero, e libertà di S. Remo, fatta dal signor avvocato Nicoli di Piacenza in difesa della di lui scrittura intitolata Ragioni della M. Università di S. Remo, Piacenza, Giacopazzi, 1733, p. 260, ove, in ordine alla questione attualmente in esame, si rammenta: «Infin a che la giurisdizione stà nei Magistrati, consiste [...] in un semplice Offizio; ma quando il Principe la concede in proprietà, veste allora altra natura, e consiste in un Regale, che può darsi in feudo, ed in allodio» (cfr. meglio il successivo par. I.1.). Sulla figura di Francesco Maria Nicòli, L. MENSI, *Nicòli Francesco Maria, ad vocem*, in Id., *Dizionario Biografico Piacentino*, Piacenza, Del Maino, 1899.*

¹⁴ C. CREMONINI, *L'Impero in Italia nell'epoca di Carlo VI: il mutamento dei rapporti con i vassalli imperiali italiani (1713-1740)*, in «Studia Historica: Historia Moderna», XLIV (2022), fasc. 2, p. 121. Interessante, a contrario, anche il confronto con EAD., *La mediazione degli interessi imperiali in Italia tra Cinque e Settecento*, in *I feudi imperiali in Italia tra XV e XVIII secolo. Atti del Convegno di studi. Albenga-Finale Ligure-Loano, 27-29 maggio 2004*, a cura di Ead. e R. Musso, Roma, Bulzoni, 2010, p. 52, ove si rammentano – ciò che implicitamente suggerisce la possibilità di configurare una mediatezza del potere senza che questa assurga a paradigma assorbente dei rapporti tra ordinamenti distinti – le «politiche espansioniste dei medi e grandi principi, tesi ad eliminare le enclave giurisdizionali presenti nei propri stati»: enclave rappresentate precisamente da quei «piccoli feudi imperiali» (ivi, p. 51) i quali, come l'Autrice sottolinea citando Giovanni Battista De Luca, «“ancorché abbiano le istesse prerogative e giurisdizioni, tuttavia (...) per essere d'inferiore potenza, pare che passino più tosto sott' il genere o sfera di titolati baroni, che (dei) principi sovrani”», e cioè di quei «principi minimi» sudditi «anche dei sovrani degli stati regionali» (di nuovo ivi, p. 52; cfr. *infra* in questo Capitolo, par. successivo).

¹⁵ L'analisi contenuta nel presente Capitolo in più parti riprende e approfondisce, in buona misura rielaborandola nella diversa ottica e con il diverso obiettivo di questo lavoro, quella di cui nel nostro *Sovranità e dislivelli di potere. Paradigmi per una rilettura della riforma estense della giustizia feudale (1763)*, in «Italian Review of Legal History», VIII (2022), pp. 79-183.

ed anche, talvolta, compiti differenti¹⁶. Di queste giurisdizioni, poi, ben 129 erano attribuite in feudo ad un soggetto legato direttamente al sovrano da un rapporto di investitura¹⁷. Molto brevemente, la rete di giurisdizioni locali così articolata era raccordata al centro per mezzo delle numerose appellazioni o suppliche possibili, anche se siffatto sistema contemplava però un'eccezione vistosa qualora un affare spettasse ad un feudatario o ad un ente da lui istituito. In questo caso, la possibilità stessa per i sudditi di portare eventuali ricorsi agli organi ducali era alquanto limitata, competendo di regola al feudatario del luogo finanche, ad esempio, il potere di graziare i condannati.

Si può richiamare al riguardo una fonte – ben nota alla storiografia che si è occupata di questi territori – che risulta altamente incisiva nel tracciare un quadro generale delle prerogative dei feudatari estensi:

«[h]a sempre havuta per antichissima consuetudine la Serenissima Casa d'Este d'infeudare le giurisdizioni de' suoi stati con tanta ampiezza, che niun altro principe soprano d'Itaglia pratica simili concessioni, posciaché, tratandosi d'infeud(azioni) libere da maggior magistrato, come sono per lo più quelle sin hora infeudate, li feudetarii hanno il mero e misto impero, la total cogniz(ione) delle cause tutte, civili e criminalli, sì nella prima istanza e seconda come nell'altra, fano sangue, possono far gride e proclamare a loro piacere, graziare e comporre li dilliti commessi nel territorio a loro arbitrio, et in ristretto hanno l'autorità medesima che il Serenissimo Signor Duca ha immediatamente ne' luoghi a lui soggetti; né l'Altezza Sua ammette mai li ricorsi de' sudditi se non in caso di denegata giustizia et agravio evidente, che a quelli fosse fatto da' feudetarii per l'alto dominio che sempre resta e s'intende riservato [...]»¹⁸.

¹⁶ Sulla figura del governatore e del commissario, G. BEDONI, *L'ufficio del governatore nei ducati estensi quale organo periferico con competenza generale (1527-1780)*, in «Atti e Memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi», s. XI (1993), fasc. 15, pp. 157-188.

¹⁷ Per un quadro generale su questi dati, è possibile vedere V. BELLEI, *Le strutture giuridico-governative nello Stato di Modena alla fine del XVIII secolo*, in «Atti e Memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi», s. X (1975), fasc. 10, p. 38; per un'idea più precisa di quali fosse i feudi estensi, L. RICCI, *Corografia dei territori di Modena, Reggio, e degli altri stati già appartenenti alla casa d'Este*, Modena, Soliani, 1788.

¹⁸ Testimonianza anonima della seconda metà del XVII sec., conservata – come già in precedenza ricordato – in ASMO, Camera ducale, Investiture di feudi, usi e livelli, registro 146, c. 4, già comunque parzialmente edita in MARINI, *Lo Stato estense*, cit., p. 81, TAVILLA, *Autonomia feudale*, cit., p. 425, e ID., *Diritto, istituzioni*, cit., p. 116. Circa la tendenziale attribuzione ai feudatari del *merum et mixtum imperium* (sul cui significato ci si soffermerà più oltre), cfr. M. FOLIN, *Il sistema politico estense fra mutamenti e persistenze (secoli XV-XVIII)*, in «Società e Storia», XX (1997), fasc. 77, pp. 518 ss., e di nuovo TAVILLA, *Autonomia feudale*, cit., pp. 416-418. A titolo d'esempio, si veda l'investitura della antica Casa Boschetti del feudo di San Cesario (o Cesareo) sul Panaro, territorio abitato peraltro da soli 1.300 abitanti circa (RICCI, *Corografia*, cit., *ad vocem*). Mantenuto sino al 1796, questo feudo veniva concesso «[...] con onnimoda, e plenaria giurisdizione, e con la liberazione da ogni, e qualunque maggior Magistrato, con tutti gli onori, privilegi [...] e finalmente con i Diritti di Caccia, e Pesca [...]» (ASMO, Archivio Boschetti, filza H, busta XV). Oppure, analogamente, si veda l'assegnazione del feudo di Montese nel Frignano al Marchese Cornelio Malaspina con atto del primo Settembre 1756, recante: «Montese fu concesso con mero e misto imperio, potestà di spada, pesca, caccia, esenzione dalla camera fiscale [...]» (v. P. LITTA BIUMI, *Famiglie celebri d'Italia*, Milano, Giusti, 1819, fasc. 75, parte I, dispensa 133, Tav. XVIII). Dello stesso tenore, salva la sola riserva ducale sul diritto di caccia, l'investitura dei Conti Borini del feudo di S. Bartolomeo di Sassoforte, in ASMO, Camera ducale, Rogiti camerale, Registro degli Istromenti, 1757-1759, busta n. 186. Cfr., inoltre, la più risalente investitura (anno 1636) del feudo di

Come si vede, con l'investitura era di regola devoluto ai feudatari un potere amplissimo; noi, ad ogni modo, non intendiamo in questo momento indugiare tanto sul *quid* del loro potere, quanto piuttosto sul diritto che essi avevano di esercitarlo. Risulta allora utile, in questa prospettiva, spendere alcune parole sulla vertenza che contrapponeva i feudatari al Duca Francesco III a causa del *Regolamento sul funzionamento e le competenze del Supremo Consiglio di Giustizia*, da questi approvato il 12 settembre 1763¹⁹.

In particolare, nella norma di cui al § XIII del citato Regolamento si concretizzava il tentativo di Francesco III di uniformare la risoluzione delle controversie penali in tutto lo Stato, comprese le parti mediate dello stesso. La *occasio* e la *ratio legis* del provvedimento si collegavano alla convinzione per cui la pronta e puntuale repressione dei crimini fosse fondamentale per l'«economica armonia [...] de' popoli», sicché «il punto maggiore del buon Governo sta nell'ovviare che i delitti non si commettano, piucché nel gastigare i già commessi»²⁰.

Ora, tale Regolamento incidere pesantemente sulle prerogative – che, come accennato, erano assai estese e variegate – dei vassalli ducali. Nello specifico, si prevedeva al § XIII che i tribunali feudali,

«nelle cause in cui potesse entrare pena afflittiva o pecuniaria grave, debbano far capo al suddetto Supremo Consiglio di Giustizia [...] e, prima di spedire le cause, trasmettere a detto Consiglio il loro voto unito all'originale oppure alla copia del processo, per attendere dal Consiglio medesimo il

Montegibbio in favore, ancora una volta, dei Boschetti, atto presente in ASMO, Archivio notarile di Modena, Notai modenesi della Camera ducale, reg. 1322, e già riportato in buona parte in TAVILLA, *Autonomia feudale*, cit., pp. 422 ss. Anche tale comunità era concessa in feudo «[...] cum arbitrio et balia etiam puniendi rebelles et inobedientes et condemnandi et mulctandi et prout dictis dominis feudatariis et suis ut supra videbitur et placuerit pro pacifico statu, regimine et conservatione loci praedicti ac hominum et incolarum illius», e «salvo semper quod per praesentem investitionem non inferratur nec inferri possit praeiudicium aliquod iuribus Sacri Romani Imperii nec predicti Serenissimi Domini Ducis vel alterius cuiusvis personae ius habentem, sed illud semper salvum et illesum sit et perduret. Reservato semper eidem Serenissimo Domino Duci et suis ut supra ea superioritate et imperio quod et quam habent et habere soliti sunt serenissimi antecessores suis in alios suos vassalos et loca iurisdictionalia per eos actenus in feudum concessa».

¹⁹ In ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. EE, n. 1056, edito integralmente anche in TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., Appendici, pp. 489-491. Il Supremo Consiglio di Giustizia era il più alto Tribunale ducale, istituito in luogo dell'antico Consiglio di Giustizia con Chirografo del 21 ottobre 1761, e ad esso era attribuita la «suprema giudicatura delle cause civili, criminali e miste». Anche questo atto sovrano si può leggere in appendice a TAVILLA, *op. ult. cit.*, pp. 483-485.

²⁰ Così recitava un Regolamento del 1740, rubricato *Regolamento ed ordini di S. A. Serenissima da osservarsi dai Consigli, Magistrati e Tribunali di Modena per lo Governo politico, civile, ed economico de' Suoi Domini*, in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. V, n. 108, parzialmente edito in M.A. ABELSON, *Le strutture amministrative nel Ducato di Modena e l'ideale del Buon Governo (1737-1755)*, in «Rivista storica italiana», LXXXI (1969), fasc. 3, pp. 503-507.

PARTE SECONDA

sentimento risolutivo che serva di regola a' predetti giusdicenti feudali nello stendere e proferire le loro sentenze»²¹.

La riforma andava cioè a intrecciare strettamente l'attività di tutti indistintamente i giusdicenti locali con quella del Supremo Consiglio ducale. Nei casi in cui i nuovi regolamenti attribuivano a quest'ultimo la competenza ad emettere il «sentimento risolutivo» (reati con pena superiore a «50 scudi», *Regolamento cit.*, § IX), di fatto anche i tribunali dei feudatari finivano per fungere da lembo periferico dello stesso Supremo Consiglio di Giustizia²².

Ciò, tuttavia, si scontrava apertamente contro il tenore delle investiture feudali, le quali, spesso e volentieri, sembravano indicare l'attribuzione al vassallo di un potere di identica natura a quello del Sovrano, sia pur limitato in qualche modo e misura da esso. Un potere che poteva apparire idoneo a legittimare finanche una netta 'separatezza' formale degli ordinamenti feudali dal resto dei domini estensi, come si legge in molte investiture:

«[...] a Civitate Reggi, et a majori Magistratu liberavit adeo quod d. Dominus Feud., et sui, [...] habeant etc. *divisa separata, et sejuncta a praescripta Civitate, et Urbe Regii, et ejus jurisdictione, et potestate, et ditione, [...] adeout nec etiam modo aliquo subjaceant, aut subjacere possint majori Magistratui, aut alicui provisini, seu constitutioni de eo loquenti, seu disponenti, sed ab eo, et ei omnino sint exempta, et omnino sejuncta, et separata, et etiam a quibuscumque aliis locis, et jurisdictionibus ipsius Serenissimi Domini Ducis*»²³.

²¹ Si riporta il testo in versione pressoché integrale: «[s]iccome [...] la sperienza in moltissimi casi dei più rilevanti ha fatto riconoscere potersi [la «giustizia punitiva»] tanto meno ottenere nelle curie feudali, provviste per lo più di soggetti non abbastanza idonei e capaci, e nelle quali massime le nullità insanabili sono più frequenti, perciò, a motivo eziandio di togliere l'adito ai sudditi de' feudatarii di portare i loro reclami e di domandar revisione delle sentenze criminali proferite ne' loro tribunali, cose tutte che dispendiano le parti e dilungano la spedizione della giustizia, disponiamo ed ordiniamo, anco per sicurezza e quiete degli stessi feudatarii in una materia sì gelosa ed importante, che da qui innanzi i loro giusdicenti e tribunali, nelle cause in cui potesse entrare pena afflittiva o pecuniaria grave, debbano far capo al suddetto Supremo Consiglio di Giustizia e uniformarsi, in ciò che riguarda la direzione dei processi, a quanto viene prescritto nel presente regolamento e, prima di spedire le cause, trasmettere a detto Consiglio il loro voto unito all'originale oppure alla copia del processo, per attendere dal Consiglio medesimo il sentimento risolutivo che serva di regola a' predetti giusdicenti feudali nello stendere e proferire le loro sentenze».

²² E ciò dicasi nonostante che i giusdicenti feudali conservassero formalmente l'emissione a proprio titolo della sentenza, con il mantenimento in capo ad essi, fra l'altro, degli emolumenti processuali: v. TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., p. 93, nt. 103.

²³ Si tratta, sempre a titolo d'esempio fra le molte, dell'investitura della giurisdizione di Giandeto (Contea) nel Ducato di Reggio, che veniva concessa ad Ercole Coccapani il 21 Aprile 1605. Di seguito la si riporta in versione parzialmente più estesa: «[...] atque cum mero, et mixto Imperio, plenariaque Gladii potestate, et onnimoda Jurisdictione, et Auctoritate [...] et de plenitudine potestatis suae a Civitate Reggi, et a majori Magistratu liberavit adeo quod d. Dominus Feud., et sui, ut supra in praesenti Investitura comprehensi illud etc. habere, tenere etc. possint etc. ac habeant etc. *divisa separata, et sejuncta a praescripta Civitate, et Urbe Regii, et ejus jurisdictione, et potestate, et ditione, et sic separati etc. habeant., sic quod nihil unquam cum ea Civitate conferre, nec aliquid prorsus habeant agere adeout nec etiam modo aliquo subjaceant, aut subjacere possint majori Magistratui, aut alicui provisini, seu constitutioni de eo loquenti, seu disponenti, sed ab eo, et ei omnino sint exempta, et omnino sejuncta, et separata, et etiam a quibuscumque aliis locis, et jurisdictionibus ipsius Serenissimi Domini Ducis [...]*» (F. DURANI, *Summarium in causa feudalis jurisdictionis pro*

Peraltro, tale ‘separatezza’ era riconosciuta anche dai diretti collaboratori del Duca, che ne facevano una più o meno esplicita menzione in quelli che potremmo definire come i “lavori preparatori” del § XIII suddetto, in particolare nei dispacci del 13, del 20 e del 27 luglio 1763 che i Segretari di Stato inviavano al Duca²⁴.

I feudatari estensi, insomma, vantavano un vero e proprio ‘diritto’ di natura soggettiva all’esercizio delle prerogative loro concesse dal Sovrano; ciò era vero al punto che, di lì a pochi anni, nel 1767, il Duca stesso si risolveva a “moderare” il proprio Regolamento del 1763 con l’espungervi il § XIII, appunto «ritrovato essendosi in qualche parte non corrispondere a que’ diritti»²⁵.

Feudatariis Mutinensibus cum Serenissimo Ducali Fisco, Parmae, Montiana, 1766, pp. 8-9, conservato in ANSLA-MO, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 25; i corsivi sono dell’A.). Per altre simili v. ivi; per qualche notizia biografica sul Conte Ercole Coccapani, si veda invece G. GALLIANI COCCAPANI, *Vita del segretario Giovanni Galliani scritta da lui medesimo*, a cura di G.C. Montanari, Modena, STEM Mucchi, 2016, p. 6, nt. 1.

²⁴ Ne riportiamo alcuni passi di seguito: «[i] feudatarii [...], in virtù delle loro investiture avendo una piena indipendenza nell’amministrazione della giustizia punitiva»; «parrebbe assai conveniente e proficuo [...] che [...] potesse S.A. Serenissima, in via d’insinuazione e senza pregiudizio dei diritti portati dalle investiture, indurre i feudatarii [...] [a] comunicare al detto Consiglio il voto de’ loro giudicanti per avere in seguito un sicuro e fondato sentimento risolutivo [della causa]»; «fa d’uopo dunque [...] il vedere se, trattandosi di un regolamento generale diretto alla migliore amministrazione della giustizia, si possano soggettarsi ad esso i feudatari, non ostanti le prerogative delle loro investiture»; «si è al medesimo [Consiglio] commesso d’esaminare [...] il tenore, la forza e lo spirito delle investiture, per indi proporre col suo sentimento gli espedienti che, compatibilmente co’ diritti de’ feudatarii, possino prendersi e determinarsi per la maggiore praticabile conformità» (ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, buste nn. 92 e 119, brani citati editi in TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., pp. 102 ss.).

²⁵ La vicenda veniva definita con ducale Chirografo del 26 Maggio 1767, in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. GG, n. 1226, che si ritrova ancora una volta edito anche in TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., pp. 491-493. Se ne riporta la disposizione d’interesse: «[...] ritrovato essendosi in qualche parte non corrispondere a que’ diritti che [...] debbono godersi ed essere preservati alli nostri vassalli, quindi con lo stesso amore della verità e giustizia, che non permette pregiudizio agli altrui diritti, [...] sentiti previamente li feudatarii ed il nostro ducal Fisco, di combinare le provvidenze che ugualmente servino alla più regolare amministrazione di giustizia nelle cause criminali de’ feudi ed alla competente conservazione delle giurisdizioni feudali, liberando però li feudi e curie feudali dalla soggezione alle sopraccennate leggi, e precisamente al regolamento 12 settembre 1763, e quelle e questo, per rapporto ai feudi medesimi, dichiarando e moderando con le provvidenze che saranno qui sotto estese ed a cui diamo forza di legge perpetua e invariabile [...]». Peraltro, può essere utile rilevare come già con il dispaccio del 10 Maggio 1766 (in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta n. 94) il Duca avesse ordinato di sospendere ogni intromissione nell’amministrazione della giustizia nei feudi: «[r]iflettiamo però in questa materia essere notabilissimo inconveniente che alcuni de’ Nostri Ministri, anche di quelli costituiti ne’ primi gradi, abbiano assunte amministrazioni di Feudi, ed ingiunghiamo alli Nostri Segretari di avvertire tutto il Nostro Ministero di doversi immediatamente dimettere da tali commissioni, intendendo fin d’adesso rivotato, ed abolito qualunque permesso da Noi datone in addietro implicitamente, o esplicitamente, cosicché d’ora in avanti niuno de’ Nostri Ministri di qualunque grado, o condizione potrà più ingerirsi dell’amministrazione, o direzione di Feudi di chicchesia Feudatario sotto alcun colore, o pre[te]sto, a meno di una espressa Nostra immediata permissione, che riserveremo solo a que’ pochissimi casi, che crederemo meritare di essere da Noi distinti».

Prima ancora, comunque, e indipendentemente da quali prerogative risultassero – ad avviso dei feudatari estensi – lese²⁶, il problema era allora anzitutto che essi «Barones²⁷ habent iurisdictionem iure proprio, seu illam exercent iure proprietatis: imo [...] iurisdictionis est in patrimonio Baronis, sicut Asinus in patrimonio rustici»²⁸. In questo senso, «[q]uomodo in abstracta propositione negandum à nemine agnoverit» che «Supremum Principem publicae utilitatis, vel necessitatis causa omnia jubere posse utcumque ea in Subditorum perniciem, et in proprii etiam Contractus laesionem vergant»²⁹, tale possibilità, secondo i baroni estensi, incontrava un indubitabile limite di principio. Precisamente, non poteva essere accettata la tesi che fungeva – sempre almeno a parere dei feudatari – da «unicum fundamentum»³⁰ dell'allegazione dell'Avvocato Fiscale Gaetano Tonani³¹: quella per cui «“ristringendo, ò moderando il Sovrano la Giurisdizione Baronale per via di Legge, ò Editto universale, non sia tenuto allegare [*sic*] il perché l'abbia fatto, né provarlo se lo avesse espresso”»³².

²⁶ Possiamo peraltro anticipare che anche dai soli dispacci dei Segretari di Stato sopracitati si deduce che era legittimo per il Duca, a certe condizioni, intervenire direttamente nel governo interno degli Stati mediati. Era cosa, questa, ammessa del resto dai feudatari stessi nel Promemoria di doglianza dell'Aprile 1766, con il quale contestavano ufficialmente il § XIII del Regolamento del 1763: «per la natura delle loro investiture [...], godono l'insigne prerogativa di non dipendere in tutto ciò che o per la giustizia o per la generale economia dello Stato o per qualunque altro titolo può spettare le loro giurisdizioni, se non se dal loro Sovrano, dal cui immediato oracolo o per il canale della Segreteria di Stato ricevevano gli ordini e le leggi, restandone poi ai feudatari unicamente addossato l'adempimento» (ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta n. 94; già edito in TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., p. 137, nt. 225, il quale ne reputa datazione molto probabile appunto l'anno 1766, ovvero immediatamente prima della rettifica ducale del Regolamento). Prima, tuttavia, di occuparci di questo punto, è necessario insistere ancora sulla titolarità del potere *iure proprio* da parte dei feudatari, giacché non vi è forse via migliore che quella di constatare che cosa questi ultimi reclamassero per stabilire di quali prerogative effettivamente disponessero e, di conseguenza, la misura e soprattutto il criterio della loro subordinazione al loro *dante causa* e superiore.

²⁷ Spiegheremo meglio il significato di questo termine nei parr. ss.; per ora lo utilizziamo semplicemente come sinonimo di 'feudatari del Duca estense'.

²⁸ I.A. LANARIUS, *Consilium, sive iuris Responsorum*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1598, Consilium LIII, p. 82, §§ 6-7. Circa l'inquadramento delle potestà pubblicistiche feudalmente cedute tra i diritti reali, G. PUGLIESE, *Diritti reali, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, spec. pp. 759 ss.

²⁹ F. DURANI, *Mutinensis jurisdictionis pro Feudatariis mutinensibus cum Serenissimo Ducali Fisco*, Parmae, Montiana, 1766, p. 9, conservato in ANSLA-MO, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 25. Si tratta di una delle memorie di doglianza commissionate dai feudatari.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Non ci è stato possibile reperire la cennata *Allegatio* dell'Avvocato del Fisco Ducale, Gaetano Tonani, che viene più volte richiamata nell'opuscolo di parte avversaria (DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit.). Essa non risulta presente né nel fondo Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, buste nn. 93-95 (anni 1764-1767), dell'Archivio di Stato di Modena, né nel fondo Archivi per materie – legali, buste nn. 14 (relativa al Tonani), 16 (/A e /B) e 17 (/A e /B) (questioni legali teoriche), e nemmeno nei fondi ulteriori a tale specifico scopo scandagliati. Ad ogni modo, il senso della stessa allegazione – per quanto qui d'interesse – sembra ricostruibile con grado di sufficiente esaustività sulla base delle estese citazioni testuali inserite dal Durani nel proprio scritto.

³² DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., ancora p. 9.

«Si enim Serenissimus, et justissimus Dux Mutinae, dum Legem novissimam scripsit, noluit – *esser tenuto allegare il perché* –; Si dum juridica Legis ratio à nullo dependet Judicio – *fuorché da quello dello stesso Sovrano* – [...] jam inutiles ex hoc solùm factae sunt Supplicationes praenobilium Feudatariorum, magis etiam inutile Judicium à probatissimis Tribunalibus exquisitum [...]»³³.

Del resto, non era pacifico in dottrina che il principe potesse esimersi dal motivare in diritto la deroga alla giurisdizione feudale solo perché disposta con atto generale, ossia normativo. In proposito, la feudistica rilevava infatti:

«[d]ecimus quintus casus est (et non sine aliqua controversia) quando Princeps aliquid mandat per legem generalem; quo in casu potest se intromittere in iurisdictione Baronis [...] eo quod omnis legum potestas est in pectore Principis, ut inquit Bal. [...]. Contrariam tamen opinionem tenuit idem [Aegidius] Boss[i] [...] dicens quod investituram feudalem Princeps laedere non potest etiam legem condendo, vel iurisdictionem exercendo, suadente maxime publica utilitate, alias enim per indirectum aperta esset via Principi contractum suum enervare ad libitum [...]. Eo magis quando ius est quaesitum de iure naturali, vel gentium»³⁴.

Giungiamo a questo punto al cuore del problema che al momento ci sta occupando, cioè la cd. *'quaestio potestatis'*: «num Edictum contra seriem Investiturarum resistat, et num ad eas laedendas justae concurrant Causae, quales in re tanti momenti omnino desiderantur»³⁵.

«Non ergo scitum fuit, Justitiam hanc punitivam à praenobilibus, rectissimisque Feudatariis in vera proprietate possideri quaesito Jure indicendi poenas, easque ad libitum remittendi. Protestatur demum Legem dicere, ut tolleretur – *l'adito ai Sudditi dei Feudatarj di portare i loro Reclami, e di dimandar Revisioni delle Sentenze* –: compertum identidem non fuit id genus Revisiones vel non observari in Praxi, vel non esse conciliabiles cum solemni ipso Investiturarum pacto, quo Feudatariis datum est animadvertere – *nelle prime, ed ultime Istanze sino alla totale Spedizione delle Cause, ed ultimo loro fine* –»³⁶.

L'esercizio del potere, specialmente relativamente alla *"iustitia punitiva"*, possedeva natura di *ius quaesitum* per i feudatari, ovvero sia di diritto certo, di *'ius in re'*, incondizionato; tanto più che molte investiture erano concesse dietro corrispettivo in

³³ Ivi, p. 10.

³⁴ G. MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus, eorum Imperio, et Iurisdictione*, Venetiis, Balleonium, 1667, Lib. IV, Cap. XV, pp. 246-247, §§ 240-246; cfr., in letteratura, GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., p. 645, nt. 16.

³⁵ DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., p. 12; sulla *'quaestio potestatis'* in generale, si rinvia di nuovo GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., pp. 644-655.

³⁶ DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., p. 17.

denaro³⁷ od avevano comunque carattere altrimenti sinallagmatico e non meramente grazioso³⁸. Ne discendeva così che,

«sebbene nell'Alienazione de' Feudi resti sempre al Principe concedente l'eminente Dominio, questo però non giunge a poter togliere i diritti, che un terzo abbia acquistati o da lui, o da' di lui Antecessori, massimamente se per mezzo di un Contratto oneroso, se non a certe condizioni, ed in certi determinati Casi; e neppure con particolare Rescritto; come lasciarono scritto gl'Imperatori nella *L. fin. C. si contr. Jus L. 16. C. de Transac.* = *Nec Imperiali Rescripto jus quaesitum cuiquam subverti posse* = Altrimenti opera contro il sacro Diritto delle Genti, e contra i Precetti di tant'altre Leggi Civili»³⁹.

In definitiva, a riprova della titolarità *iure proprietatis* del potere da parte dei feudatari, i due libelli *pro Feudatariis* rammentavano al Sovrano che ogni sua ingerenza nell'amministrazione del territorio infeudato sarebbe stata legittima solo ove supportata da

³⁷ Circa la questione se la concessione del beneficio feudale contro pagamento di un prezzo «corrompa la natura di feudo», e sull'«errore» insito in questo interrogativo, G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare ovvero Il Compendio di Tutta la Legge Civile, Canonica, Feudale, e Municipale, nelle cose più ricevute in pratica; Moralizzato in lingua Italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa Provincia*, Roma, Giuseppe Corvo, 1673, Lib. I, Cap. IV, § 8, pp. 34-35.

³⁸ Ciò che appunto integrava uno *ius quaesitum*: in questo senso, precisamente, sempre GORLA, *«Iura naturalia sunt immutabilia»*, cit., p. 640, nt. 13b. Sulla differenza tra '*ius quaesitum*' (o '*in re*') e '*ius quaerendum*' (o '*in spe*'), ma senza addentrarci nelle dispute intorno alla possibilità o meno di *auferre* liberamente il secondo, si può tenere buona l'illustrazione di L. MOLINA, *De iustitia et iure tractatus*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Hermanni Mylii, 1614, Tomus III, Pars Prior, Tract. II, Disp. 727, pp. 399-400: «observandum est [...] duobus modis dici aliquem habere ius ad aliquid. Uno, quia est ei aliquo modo debitum, aut suum. Ius, hoc modo sumptum, [...] divisimus in ius in re, et in ius ad rem [su questa specifica distinzione, PUGLIESE, *Diritti reali*, cit., pp. 759 ss.]. Altero modo dicitur aliquis habere ius ad aliquid, non quod sit ei aliquid debitum, sed quod facultatem habeat ad aliquid, cui si contraveniatur, fit ei iniuria» (dove, evidentemente, «*facultas*» è un'esplicazione, oltre che un sinonimo, del termine '*spes*' altrove impiegato dall'A., ad es. ivi, Tract. II, Disp. 639, *ad octavum*). Prosegue quindi: «[h]oc modo dicimus, unumquemque habere ius utendi sui rebus propriis, ut concedendi suum proprium cibum, ita ut, si impediatur, iniuria ac iniustitia ei fiat. Dicimus etiam, pauperem habere ius petendi elemosynam, mercenarium habere ius locandi operas suas, unumquemque habere ius venandi et piscandi in locis non prohibitis, ita ut, si horum aliquis in istorum aliquo impediatur, iniuria ac iniustitia ei fiat, cum restituendi onere, quantum aestimabitur impediri ea via aliquid consequi, esto nullus ei debeat, quod eo modo est impeditus consequi. Eodem modo dicimus, unumquemque habere ius accipiendi, quod quivis voluerit ei donare, legare, aut quovis alio titulo tribuere, ita ut, si quis obstaculum ponat facultati passivae, quam is habet, per vim, aut fraudem, eum impediendo, ne id assequatur, vel per vim, aut fraudem, eum impediendo, qui id illi tribuere vult, ne illud ei tribuat, iniuriam iniustitiamque illi faciat, cum restituendi onere, quatenus iuri contravenit iniuste, quod ille habebat accipiendi, quod gratuito titulo quivis alius ei tribuere vellet». Sempre in tema, P. GALLERATUS, *De renuntiationibus tractatus*, Venetiis, Apud Franciscus Brogiolum, 1661, Tomus II, Centur. I, Renuntiatio XVII, p. 48, §§ 1-3: «Duplex igitur est ius, nempe quaesitum, et quaerendum [...], et alias dicitur ius in re, et ius ad rem [...]. Ius quaesitum illud dicitur quod de presenti ita quaesitum est, ut eo quis uti, et frui possit [...]. Hoc ius certum est, et indubitatum [...] et id ius dicitur etiam ius in re. Ius quaerendum id dicitur quod non est quaesitum, sed spes est, ut illud acquiri possit. Unde non dicitur proprie ius, sed potius spes [...] Hoc ius rursus est duplex, ius delatum, et ius nondum delatum. Ius delatum est ius quaerendum plene competens, quod possumus acquirere, quandocunque ex libera voluntate. [...] nam et haereditas delatas antequam sit adita dicitur ius quaerendum. [...] Ius quaerendum non delatum, aut est quaerendum ex causa de presenti, aut ex causa de futuro [etc.]».

³⁹ (Anon.) *Ragioni per il Marchesato di Vignola*, Bologna, Istituto delle Scienze, 1765, p. 7, conservato in ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Cause civili e criminali, busta n. 36, e in ANSLA-MO, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 24 (è un altro dei libelli di doglianza redatti su commissione baronale). Per conforme dottrina, si rinvia a M. CARVALE, *Potestà regia e giurisdizione feudale nella dottrina giuridica siciliana tra '500 e '600*, in *Annuario dell'Istituto Storico Italiano per l'Età Moderna e Contemporanea*, Roma, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, 1977, voll. XXIX-XXX, pp. 151 ss.

una *iusta causa* di pubblica necessità o utilità, la quale, per di più, sarebbe stata da provarsi «in specie» da parte del Principe, cioè con puntuale riferimento circostanze concrete e non in forma generica⁴⁰.

«L'Esame di questa Massima si vede largamente proposto da Grozio *de jur. bel. ac pac.* [...] = *Ex vi supereminetis Domini primum requiritur utilitas publica, deinde ut fieri potest, compensatio fiat ei qui suum amisit.* = [...] e tutti gli altri Pubblicisti richiedono per prima condizione l'utilità pubblica, la quale sia manifesta, perché deve operare contro al diritto delle Genti, che esige la manutenzione de' Contratti, la vogliono insomma talmente urgente, che non si possa evitare un pregiudizio gravissimo, senza impugnare il Contratto. Scrive Pufendorfio [...] *De potestate summi Imperii* [...] = *Id quoque contingere potest, ut Subdito Jus quaesitum ex Contractu auferatur in poenam vel ex vi Domini eminentis, ut tamen hic necessitas Reipublicae antecedit, et revisio de publico fieri debeat* = [...]. E lo stesso si verifica di una ragione anche semplicemente acquistata col beneficio delle Leggi Civili, che non si può torre al terzo con una nuova Legge, come al citato passo di Grozio insegna Enrico Coccejo = *Sane Subditus, qui auctoritate legis nixus quaedam gessit, comparavit, vendidit etc., fide publica deciperetur, si actus illi juxta leges civiles gesti, noviori lege nulli declarari possent*»⁴¹;

«Hoc autem admissio, aliud maxime retinendum est [...] Causam nempe publicae utilitatis, aut necessitatis non praesumendam, sed probandam esse»⁴².

Erano tutte tesi, queste, più che consolidate in dottrina⁴³. Ciò ci suggerisce che, se è vero – stando all'ipotesi prima formulata – che anche per la parte 'mediata' dello Stato si può e si deve parlare pur sempre di un'unità politica 'immediata' (il che è come dire che, dopotutto, tale mediatezza aveva caratteri molto diversi da quella in cui si concretizzava il rapporto tra Duca e Imperatore), occorre su tali basi ammettere necessariamente come il rapporto di preminenza tra il Principe estense ed i suoi Baroni denotasse una non coincidenza delle due

⁴⁰ Si veda, ad esempio, D. TUSCHUS, *Practicarum conclusionum iuris, in omni forum frequentiorum*, Lugduni, Sumptibus Phil. Borde, Laur. Arnaud, et Claud. Rigaud, 1661, Tomus VI, Concl. 729, §§ 21-22: «licet Princeps possit derogare iuri tertij, non tamen censetur nisi dicat in specie, nec clausulae generales hoc important».

⁴¹ *Ragioni per il Marchesato di Vignola*, cit., pp. 7-8.

⁴² DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., p. 19.

⁴³ Ad esempio, autorevolmente, DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. II, *De' Regali*, Cap. XXI, § 8: «Tuttavia li medesimi Principi, e li loro consiglieri non devono valersi di questa podestà indiscretamente, e fuori de confini del giusto, e dell'onesto, mà restringerla dentro i termini della necessità, ò dell'utilità, pubblica, secondo la restrizione, la quale alla sua podestà per il foro interno della coscienza, si dà più comunemente da Teologi morali, et anco da alcuni Canonisti»; B. ABRUZZO, *Lectura practica ad tit. Inst. quib. alien. licet vel non, et ad l. I. ff. de offic. eius cui mand. etc.*, Panormi, Angeli Orlandi, 1644, p. 380: «Princeps non potest disponere contra ius gentium sine causa rationabili, cum causa rationabili, et nego. Hinc ex eadem causa potest tollere iura privatorum». Cfr. NICOLINI, *La proprietà*, cit., pp. 198-199, ove in sintesi si afferma che, «poiché la proprietà è un istituto per natura illimitato e basato sul *ius gentium* – cioè un ordinamento giuridico superiore alla volontà dell'uomo, sia questo pure il sovrano – l'espropriazione non si potrà operare se non entro certi confini, cioè per causa di pubblica utilità e dietro indennizzo del proprietario».

rispettive posizioni di potere sotto profili diversi da quelli che ora, più precisamente, valuteremo.

Infatti, allorché vi sia una *integrale* sovrapposizione di prerogative (o di diritti che dir si voglia), e queste possano essere azionate giuridicamente dall'inferiore in quanto da lui esercitate *iure proprietatis*, il superiore potrà derogarvi solo in via eccezionale, ricorrendone cioè una *causa* che *gius-tifichi* adeguatamente l'intervento surrogatorio del soggetto in posizione di preminenza. Ma, in questo caso, non è a ben vedere configurabile se non un'unità marcatamente e pienamente *mediata* tra i due ordinamenti, superiore e subordinato.

È quindi questa l'ipotesi particolare che nel prossimo passaggio andrà verificata: quale fosse, oltretutto, la differenza sostanziale tra la potestà baronale e quella principesca. Solo, d'altronde, sussistendone una si può motivatamente concludere che non sempre ogni e, per tutta l'Età Moderna, frequente 'mediatezza' del potere superiore – nel senso sopra chiarito di plurale titolarità di prerogative secondo il dualismo di *substantia* ed *exercitium* – ostasse a quella peculiare e, rispetto al passato medievale, più compatta, immediata declinazione dell'unità politica che la più autorevole storiografia ha concordemente indicato come il carattere proprio, appunto, della 'statualità moderna'.

II. *Feudatari e feudatari: la variegata categoria del potere mediato*

Prima di procedere sul percorso prospettato, giova premettere una precisazione: 'feudalità' e 'mediatezza', cioè potere feudale e potere mediato, non sono e non devono essere considerati sinonimi in senso assoluto. In questo senso, si esprimono le pagine autorevoli del De Luca, il quale ricorda come la «giurisdizione» (nel senso lato di potere pubblico) «non è qualità necessaria per il feudo», che anzi ben «si può dar [...] senza»⁴⁴. Se allora «[s]i descrive il feudo, che sia un beneficio, il quale, col detto peso di fedeltà, e con l'altro, anche essenziale, del servizio, si concede dal Padrone al feudatario»⁴⁵, «può darsi il feudo in potere d'uno, e la giurisdizione in potere d'un'altro, ovvero in potere dell'infeudante; Opure che'l medesimo feudatario abbia da uno il feudo, e da un'altro la giurisdizione in allodio [...]»⁴⁶. È dunque per una ragione di contingenza storica che in questa sede utilizzeremo le dizioni 'potere feudale' e 'potere mediato' in modo indifferente: in quanto, cioè, era di regola attraverso la concessione di un «Feudo, che abbia annessa Giurisdizione»⁴⁷, che la comunicazione del potere pubblico dal *superior* all'*inferior* si

⁴⁴ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. VIII, § 1.

⁴⁵ Ivi, Cap. I, § 5.

⁴⁶ Ivi, Cap. XIV, § 1; cfr. inoltre Cap. XXXIV.

⁴⁷ *Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, Modena, Società Tipografica, 1771, Lib. III, Tit. II, § I.

realizzava. Ed è per questo che possiamo distinguere tipologie diverse di mediatezza del potere – ciò che ci preme fare – sfruttando le distinzioni della dottrina feudistica.

Ora, si è accennato precedentemente al fatto che i feudatari di un Principe territoriale come il Duca di Modena disponevano di poteri di governo molto ampi e importanti, comunemente indicati con i termini, volgarizzati, di ‘giurisdizione’, ‘mero e misto imperio’ e ‘podestà della spada’⁴⁸. Onde ricostruire il contenuto di tali moduli di potere – e quindi, più in generale, i criteri della allocazione di questo sul territorio –, va recuperata in primo luogo la «prima, e principal divisione de’ feudi» che «consiste in quelli di sfera primaria, e maggiore, li quali si dicono regali, e di vera dignità, e gli altri minori, non regali, e più subordinati»⁴⁹.

«Li regali, e di vera di vera dignità, sono quei feudi, li quali trasferiscono nel feudatario, quasi il pieno, e total dominio, et impero, in figura di principato supremo, con tutti li regali, anche maggiori; Di fare, e disfare le leggi, et a quelle dispensare; Di imporre gabelle; Di batter moneta; Di possedere quelle robbe, e prerogative, le quali sono riservate al solo Principe; E tutto il di più che competeva al supremo infeudante, in cui resta solamente quel dominio, il quale si dice alto, e sovrano, e da alcuni si dice altissimo, a differenza di quell’alto, ch’il medesimo feudatario habbia con i suoi Baroni, e suffeudatari; Comeanco quella superiorità, la quale volgarmente si dice sovranità»⁵⁰.

«[...] se sia feudo regale, e di vera dignità, [...] per la regola generale, [...] vengono, l’imperio e la piena giurisdizione de’ vassalli, con li regali, anche maggiori, e connaturali à Principi sovrani, atteso che, per tali vengono stimati questi feudatari, li quali perciò, hanno nel loro feudo o principato, tutto quello che [...] abbia l’Imperadore nel suo Imperio, eccetto il dominio diretto, che alcuni dicono alto, altri altissimo [...]»⁵¹.

E questo per quanto riguarda i feudi maggiori o regali.

«Gli altri feudi minori», invece,

«sono generalmente tutti quelli, li quali non hanno detta qualità di regali e vera dignità, o di pieno principato, ma importino un dominio più subordinato all’infeudante, e più subalterno, o inferiore, et utile, senza la mistura di qualità di dominio alto, e de’ regali con qualità di principato, onde li possessori di essi si dicono Baroni»⁵².

⁴⁸ Vi ci torneremo a breve; in generale, però, può fin da ora rinviarsi all’inquadramento generale offerto da VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., pp. 82 ss. e *passim*.

⁴⁹ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. II, § 2. «[d]i questa sorte di feudi (per esempio), sono in Italia il Regno di Napoli [...], il Ducato di Parma, e Piacenza; Et erano i Ducati di Ferrara, e di Urbino, feudi della Chiesa Romana; E sono li Ducati di Milano, Mantova, Modena, e Reggio, feudi Imperiali [...]» (ivi, § 5).

⁵⁰ Ivi, §§ 3-4.

⁵¹ Ivi, Cap. XIII, § 1.

⁵² Ivi, Cap. III, § 1.

Alla dottrina, insomma, era ben nota l'esistenza di una pluralità di feudi e, di conseguenza, di distinte forme specifiche di mediatezza del pubblico potere. È quindi opportuno tracciare un breve quadro di queste forme diversificate di poteri feudali, sì da identificare con maggior precisione i profili di coincidenza (o, appunto, mediatezza) tra le posizioni di potere dei distinti soggetti che lo detenevano su di un medesimo territorio.

Inizieremo a farlo proprio dai cd. feudi maggiori o regali. Anche qua, però, occorre sgomberare subito il campo da un possibile equivoco. Benché, infatti, sia certamente vero che, «se si tratta di feudi regali, [...] ciò non può farsi se non dal Papa, e dal Imperatore, e da quei Rè grandi, li quali havendo prescritto ogni ragione d'Imperio, formano monarchia totalmente indipendente»⁵³, non è tuttavia altrettanto corretta l'inferenza per cui ogni feudo diretto – imperiale o papale o di principe completamente indipendente – fosse anche un feudo 'regale'⁵⁴.

Se, allora, non è in sé la dipendenza diretta o indiretta dall'Impero o, in genere, dal principe supremo a sancire il carattere proprio dei feudi regali, la proprietà peculiare di questi ultimi ha a che vedere necessariamente con la posizione di potere che viene attribuita al feudatario. A questo proposito, è stato acutamente notato come la celeberrima formula «*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*» debba essere intesa non nel senso che ogni principe territoriale era indipendente (classica declinazione ottocentesca della 'sovranità'), bensì a significare che «*quilibet in domo sua dicitur rex*», in accordo con il canonista due-trecentesco Giovanni d'Andrea e all'insegnamento tomistico⁵⁵.

⁵³ Ivi, Cap. IX, § 6: «[c]ome sono, per esempio, li Rè di Spagna, e di Francia, e simili». In termini, H. BOCER, *Tractatus de regalium*, Tubingae, Cellianis, 1608, Cap. IV, (*Quibus modis Princeps Imperatore inferiores, aliiue regalia adquirant*), § 3, p. 446, il quale sottolinea come «[...] Ducatus, Comitatus, Marchionatus, feuda sint regalia, eò quod à solo Imperatore conferuntur».

⁵⁴ Ad esempio, BUSSI, *Il diritto pubblico*, cit., p. 155, esclude questa qualità per il Principato Vescovile di Trento, come sembrerebbero suggerire, in effetti, i vari rimandi ai «supremi Tribunali dell'Impero» contenuti nel *Codice giudiziario nelle cause civili pel Principato di Trento*, Trento, Monauni, 1788, Cap. X, § 152; Cap. XXV, § 297; Cap. XL, § 496; Cap. XLI, § 505 (etc.). Ma, per vero, R. BECKER, *Madruzzo, Carlo Gaudenzio, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXVII, Roma, Treccani, 2006, riporta l'ottenimento da parte di questo Principe-Vescovo del '*privilegium de non appellando*', anche se non è specificato in quale forma specifica (*illimitatum* o meno: su siffatto *privilegium* e sul valore della sua attribuzione, v. *infra* in questo paragrafo).

⁵⁵ F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957³, pp. 171-173, e, per l'originaria coniazione della formula da parte dei glossatori tra il XIII e il XIV secolo, pp. 31 ss.; ID., "*Iurisdictio*" nel diritto comune classico, in «Annali di storia del diritto», IX (1965), pp. 89-110; ID., *Autonomia (storia)*, cit., spec. p. 352. Cfr. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 3; CORTESE, *Sovranità (storia)*, cit., p. 212, il quale sottolinea, contestualmente, il significato di autonomia politica del rex veicolato dalla formula in parola e quello del «perdurar di aggancon con il mondo feudale»; cfr., altresì, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, cit., pp. 43-44, nntt. 50-51; e DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano*, cit., pp. 203 ss.

Ora, nel momento in cui, oltre ai *regalia minora* (o *regalia fisci*), erano effettivamente concessi all'*inferior* anche i cd. *regalia maiora* (o *ad essentiam et existentiam Maiestatis*), ossia gli *iura reservata principi*⁵⁶, risulta evidente come il rapporto di preminenza tra concedente – poniamo l'Imperatore – e feudatario non potesse più, anche intuibilmente, descriversi sulla base di una differenza di potere. Era, infatti, proprio il potere più peculiare dell'Imperatore (*iura reservata*) che veniva comunicato. Più precisamente, anzi, essere titolari di quel potere era qualcosa di più che disporre dei singoli *iura reservata* o, altresì, della loro semplice somma⁵⁷; era come essere titolari della superiorità tipica dell'Imperatore, al punto che si parlava in dottrina di una *potestas analogica maiestatis*⁵⁸ o «emula della Maestà, che forma in regola un complesso di tutti i diritti o Regalie necessarie per il libero governo interno ed esterno»⁵⁹.

Ciò posto, non si deve pensare, solo per questa forte “analogia”, che la titolarità di quel potere non conservasse una «essenziale dipendenza dal suo principio, talmente che non

⁵⁶ Su questa distinzione, per tutti, F. ERCOLE, *Impero e Papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento (secc. XIV-XV)*, in Id., *Dal Comune al Principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del Rinascimento italiano*, Firenze, Valsecchi, 1929, p. 315, nt. 1. Sempre lì si menziona inoltre un'altra, pressapoco equivalente, distinzione dei diritti sovrani: quella tra (*iura*) «*reservata Principi in signum supremae potestatis subiectionis et superioritatis et universalis domini*» (*regalia maiora*) e (*iura*) «*reservata Principi in signum privilegii singularis*» (*regalia minora*), vale a dire a lui riservati non come manifestazioni del suo peculiare potere, ma come corollario del suo ruolo nell'ordinamento sul presupposto di quel potere.

⁵⁷ Si tratta della distinzione che, in accordo alla categoria aristotelico-scolastica del ‘tutto potenziale’, fa S. VON PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, Francofurti et Lipsiae, Knoch, 1749, Tomus II, Lib. VII, Cap. IV, § 1, tra potere e suo esercizio, cioè tra *esse* (nel senso di *existere*) ed *operitur* o *agere*: «[s]ummum imperium civile, etsi in se unum quiddam sit, et indivisum, tamen quia per diversos sese exserit, prout occupatur circa diversa media, ad servandam civitatem necessaria, complures habere partes intelligitur, ad analogiam partium, quas vocant, potentialium. [...] Sed uti anima quidem unum est, in totum corpus vitam vigoremque dispensans, quae, prout diversas operationes pro diversitate obiectorum et organorum producit, partes habere potentiales concipitur». Sulle parti potenziali del cd. «merum imperium absolutum» o «plenitudo potestatis», BALDO UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, Lucantonio Giunta, 1599, *De iurisdictione omnium iudicum (D.2.1.2)*, ad l. *Cui iurisdictione*, c. 69v; R. CASTALDI, *Amplissimus Tractatus de Imperatore, Quo omnia, quae eius originem, statum, et iurisdictionem respiciunt*, Romae, Antonij Bladi Asulani, 1540, q. CX, pp. 191 ss. Tali ‘partes potentiales’ del potere sovrano – per dirla secondo la successiva critica di Rousseau al tentativo in particolare di Burlamaqui e Barbeyrac di dividere il potere sovrano sulla base di esse – non sono «se non una emanazione» dello stesso potere (ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, cit., Lib. I, Cap. II, p. 34). Tuttavia, «i diritti che si prendono per parti di questa sovranità, gli sono tutti subordinati, e suppongono sempre delle autorità supreme, delle quali questi diritti non accordano che l'esecuzione» (pp. 34-35; ossia «il cui eseguitamento [di quelle autorità o «volontà supreme»] vien procacciato da quei diritti», come si legge nell'ed. di Pinerolo, Lobetti-Bodoni, 1850, p. 43). In altri termini – concludeva l'A. –, «si è riguardato l'atto di dichiarar la guerra, e quello di far la pace come atti di sovranità, il che non è vero; poiché ciascuno di questi atti non è una legge [una volontà generale], ma soltanto un'applicazione della legge, un atto particolare, il quale determina il caso della legge» (ed. 1797, ancora p. 34).

⁵⁸ E. BUSSI, *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 339 ss. e 345 ss.; cfr. SANTINI, *Lo Stato Estense*, cit., p. 18.

⁵⁹ Così BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 161, citando Carlo Ignazio Montagnini (v. *ibidem* in nt.). A riprova della non coincidenza tra questo potere – detto di Superiorità Territoriale o *Landeshoheit* – ed i vari *iura regalia*, Bulferetti opportunamente ricorda subito dopo come, ancora nel maturo Settecento, si continuassero appunto a «distinguere le regalie dalla s. t. ma come *pars ad totum*». E ciò – si noti – al punto che «[l]a distinzione comportava la possibilità di concepire diverse specie di s. t.: “piena e regolare” quando congiunta effettivamente a tutti i diritti e regalie, “irregolare e meno piena” quando separata da esse in quanto il principe godente della s. t. le avesse, in tutto o in parte, cedute» (p. 180).

ostante qualunque ampiezza di clausole inserite nella concessione, ritiene sempre il Supremo Principe quell'altra [...] essenziale prerogativa, e predicato trascendentale della Maestà, in vigor della quale a lui possono ricorrere li Sudditi, e querelarsi *a denegata justitia* [...]»⁶⁰. Tra il potere del *superior*-titolare originario e quello dell'*inferior*-titolare derivato, infatti, «v'è [...] la differenza, che passa tra la causa, e l'effetto»⁶¹.

È del resto questa una questione di pura logica delle cose, che cioè «*omnis effectus aequaliter repraesentat suam causam*»⁶². Ora, l'effetto può peraltro somigliare alla causa in più modi⁶³. Così, se esso (il potere derivato del feudatario) vi rinvia per ciò che identifica la sua causa in sé, ossia per la *forma* della medesima e, nella specie, del potere dell'infeudante⁶⁴, e se inoltre tale potere 'causato' è, «in regno suo», in concreto identico a quello del superiore pur – si badi – continuando ad essere subordinato a quest'ultimo⁶⁵, di conseguenza lo stesso

⁶⁰ Ci serviamo della trattazione del già menzionato NICOLI, *Confutazione*, cit., pp. 260-261, che possiamo tranquillamente estendere anche se essa era riferita alla cessione di un 'singolo regale', cioè «la giurisdizione». Interessante notare, al riguardo, come questa "congenita" dipendenza del potere del Principe Territoriale da quello imperiale si fosse cercata da parte di qualche Principe (quello sabauda) di aggirare con un duplice ragionamento, come risulta dalla vertenza sorta attorno alla metà del Settecento. Primo, facendosi forte della titolarità *iure proprio* ad esercitare tutti gli *iura reservata*; secondo, sostenendo che pure il suo vicariato – cioè la possibilità d'esercitare i medesimi *reservata* questa volta per *commissio* ossia *iure alieno* – del pari «non ammette riserva alcuna espressa, né tacita dei diritti dell'Impero (...) tutti i riservati cesarei relativi al governo del territorio sono compresi, e l'esercizio di questi non meno che dei diritti territoriali compete unicamente ai Duchi di Savoia, sia pendente la vita dell'imperadore, che dopo la di lui morte» (BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 204, nt. 53, menzionando ancora il Montagnini). Per converso, «i consiglieri aulici [imperiali] pretendevano che continuassero ad essere riservati all'imperatore gli "appelli a Cesare", i ricorsi in caso di negata o protratta giustizia, la cognizione del violato privilegio cesareo, le contribuzioni imperiali, la facoltà di erigere terre in principato, e accademie, di stabilire fiere generali e solenni, di creare conti palatini, e altrettali diritti» (ivi, p. 164). Si trattava, del resto, di una competenza altrove pacifica in capo all'Impero, nella quale si sostanziava concretamente la subordinazione dei Principati territoriali ad esso (cfr., con riferimento sempre al periodo del Sei-Settecento, C. CREMONINI, *Impero e feudi italiani tra Cinque e Settecento*, Roma, Bulzoni, 2012², in part. pp. 166 ss. e 175 ss. sulla vertenza per aggravio tra i feudatari regali Cybo-Malaspina e i loro sudditi). In effetti, non mancava dottrina la quale rilevava che, se «non magnam videtur habere controversiam, quòd à sententiis horum Vicariorum appellari non possit, quemadmodum nec ab Imperatore appellari permittitur», «[i]d tamen in his duntaxat procedit sententiis, quas dixerunt ut Vicarii, non verò in his, quas pendente Vicariatu, ut Duces tulerunt» (M. RÜMELIN, *Aurea Bulla Caroli IV Imperatoris*, Tubingae et Francofurti, Cottae, 1702, Diss. IV, Tit. XVI, p. 93). E ciò dicasi *a fortiori* considerando che, se anche è vero, in linea di massima, che «[n]el vicario agisce il committente» e che «[p]erciò non si dà alcun appello o ricorso dal vicario al rappresentato» (V. DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale. Analisi storico-critica*, Roma, Libreria Editrice Università Gregoriana, 1966, p. 36), tale principio va tuttavia coordinato con l'altro per cui «remota appellatione non est remota supplicatio», autorevolmente espresso da BALDO UBALDI, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Haeredes Georgii Varisci, 1616, Tit. *De officio praefecti pretorio*, Lex prima, § *His cunabulis*, n. 5, p. 52v.

⁶¹ NICOLI, *Confutazione*, cit., p. 340 (ma v. anche i copiosi riferimenti dottrinali sulla scorta dei quali l'affermazione era formulata).

⁶² S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 45, art. 7, *Respondeo*.

⁶³ *Ibidem*: «*omnis effectus aequaliter repraesentat suam causam, sed diversimode*» (corsivo nostro).

⁶⁴ *Ibidem*: «*aliquis effectus repraesentat solam causalitatem causae, non autem formam eius, sicut fumus repraesentat ignem, et talis repraesentatio dicitur esse repraesentatio vestigii; vestigium enim demonstrat motum alicuius transeuntis, sed non qualis sit. Aliquis autem effectus repraesentat causam quantum ad similitudinem formae eius, sicut ignis generatus ignem generantem, et statua Mercurii Mercurium, et haec est repraesentatio imaginis*».

⁶⁵ BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 178, ove sottolinea che la Superiorità Territoriale è un potere «subordinato [...] perché sottostante a una potestà ancora più "alta": non nel senso di più piena o più assoluta, ma di contemporaneamente estesa sopra tutti i principi dell'impero, non per sostituirsi

non potrà che costituire una «perfecta [...] imago»⁶⁶ del potere superiore e originario o causativo. In altre parole, la classificazione pufendorfiana del potere per parti potenziali non risulta adatta a descrivere il potere del Principe territoriale o feudatario regale, in quanto essa presupporrebbe – come meglio si apprende dalla teorizzazione hobbesiana – che la subordinazione di quello all’Imperatore infeudante sussistesse *non nonostante* l’eguaglianza sostanziale della posizione di potere, ma, tutt’al contrario, come differenza di poteri o, meglio, di parti potenziali o particolari oggetti cui quel potere può applicarsi⁶⁷.

È invece lo stesso rassomigliare perfettamente del potere del feudatario regale a quello dell’infeudante che implica un’uguaglianza, o quasi, tra i due. Quasi – va puntualizzato –, dal momento che di ineguaglianza tra due elementi è possibile parlare «quia inaequalium non potest esse una quantitas numero», ma vi è un maggiore e un minore⁶⁸. Ebbene, la quantità – questo maggiore o minore – è di due specie («duplex est quantitas»): vi è quella «quae dicitur quantitas molis, vel quantitas dimensiva», e vi è l’altra che «est quantitas virtutis», ossia di «intensità», in questo caso del potere⁶⁹. Potranno forse apparire, questi, dei

ad essi, ma per mantenerli nei rispettivi limiti reciproci, e, all’interno dei singoli territori, nei limiti voluti dalle leggi fondamentali ecc.»); cfr. NICOLI, *Confutazione*, cit., p. 259 e *passim*, il quale, sulla scia della prevalente dottrina coeva, distingueva tra «superiorità territoriale» e «sommo Impero» o «piena [...] Autocrazia, la quale abbraccia tutte e tre le parti potenziali del sommo Impero, l’Autonomia, l’Autodicia, l’Autotelia, rispetto al governo intrinseco», oltre che, «rispetto ai Paesi, e Popoli non soggetti, [...] la podestà di far guerra e confederazioni». Questa identità non escludeva, dunque, che potessero esservi ‘parti potenziali’, ossia regali particolari, magari maggiori, non concessi dall’Imperatore al feudatario per il governo interno del suo principato, sicché, in generale, «[s]i [...] Imperator quibusdam regalibus [...] sibi reservatis, caetera alii cuidam largiatur, in quaestionem vocari potest, an omnis generis regalia, maiora, et minora censeatur concessa» (BOCER, *Tractatus de regalium*, cit., Cap. IV, § 10, p. 452). Tuttavia, sappiamo che un feudo è ‘regale’ se ha, in potenza (come parti cioè potenziali) i regali maggiori, e non invece a seconda di quali e soprattutto quanti di essi possedga. Ebbene, la regola generale, che Enrico Bocero ci rammenta, sta nel senso che «eius [...] generis regalia censi hac concessione translata, cuius generis Imperator sibi reservavit» (ivi, p. 453).

⁶⁶ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 35, art. 2, ad 3.

⁶⁷ Dunque, secondo una gerarchia di natura tra queste ‘parti’ o ‘potenze’ particolari: T. HOBBS, *Il Leviatano*, ed. it. a cura di R. Giammanco, Torino, UTET, 1955, Parte Seconda, Cap. XVIII, § *Questi diritti sono indivisibili*, p. 220: «[q]uesti sono i diritti che rappresentano la base essenziale della sovranità, e sono i segni dai quali si può discernere in quale individuo od assemblea sia posto il potere sovrano e da chi sia detenuto. Tali diritti sono infatti intrasferibili ed inseparabili. Il potere di batter moneta, di disporre della proprietà e della persona degli eredi minorenni, di godere del diritto di imposta sui mercati ed ogni altra prerogativa statutaria, può essere ceduta dal sovrano senza peraltro rinunciare al suo diritto di proteggere i sudditi. Ma se egli trasferisce il comando della milizia, conserva invano il diritto di giudicare, perché manca dello strumento per dare esecuzione alle leggi; oppure se cede il potere di imporre tributi, è inutile che tenga per sé la milizia; e se poi rinuncia al diritto di controllare le opinioni, gli uomini disorientati saranno spinti alla ribellione dal timore dei fantasmi. Se dunque consideriamo ciascuno dei suddetti diritti, ci renderemo facilmente conto che il lasciar cadere il diritto ad uno e conservare gli altri, non fornirà alcun vantaggio per la conservazione della pace e della giustizia, che è il fine per cui tutti gli stati sono stati costituiti». Cfr., sulla gerarchia tra potenze, S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 77, art. 4; in letteratura, si vedano i commenti di R. DERATHÉ, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, il Mulino, 1993, trad. it. a cura di R. Ferrara, p. 348, e TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 131.

⁶⁸ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 42, art. 1, *Respondeo*.

⁶⁹ Ivi, ad 1: «est quantitas virtutis, quae attenditur secundum perfectionem alicuius naturae vel formae, quae quidem quantitas designatur secundum quod dicitur aliquid magis vel minus calidum, in quantum est perfectius vel minus perfectum in caliditate. Huiusmodi autem quantitas virtualis attenditur primo quidem in radice, idest in ipsa perfectione formae vel naturae [...]. Secundo autem attenditur quantitas virtualis in effectibus formae.

rilievi soltanto astratti e di pura teoria, ma era esattamente in quest'ordine di idee che si muoveva la dottrina nel descrivere la differenza del potere dell'Imperatore da quello del Principe territoriale: nei termini, cioè, di una superiorità anzitutto «dimensionale»⁷⁰.

Oltre a questo profilo di inegualità, tra le posizioni di potere del Principe territoriale e dell'Imperatore è possibile invero registrarne uno ulteriore. In proposito, risulterebbe utile uno studio approfondito della cd. 'potestà vicaria', tema caro soprattutto alla canonistica che lo ha sviluppato a partire dalla figura del Vicario Generale del Vescovo⁷¹. Ora, ciò che preme evidenziare è che «la potestà del Vicario è la stessa che quella del Vescovo»⁷²; il che – si capirà – costituisce aspetto di pregnante analogia con il nostro problema, se si eccettua la differente ampiezza territoriale del potere del Principe rispetto a quello dell'Imperatore. Non a caso, la tesi sostenuta da Velasio de Paolis, nel lavoro poc'anzi citato in nota, è proprio che, dovendo per tale integrale identità di potere⁷³ ascrivere al Vicario Generale, per un verso, una potestà 'ordinaria' (fondata su un certo potere proprio e, in quella specie, su un *officium*) e, per altro verso, una potestà 'delegata' (cioè fondata sulla *commissio* ad una certa persona)⁷⁴, l'unica soluzione che residua è – a ben guardare – quella di «pensare ad un unico ufficio» (e per conseguenza ad una medesima potestà⁷⁵), «posseduto contemporaneamente, anche se in modo subordinato, dal Vescovo e dal suo Vicario»⁷⁶.

Primus autem effectus formae est esse, nam omnis res habet esse secundum suam formam. Secundus autem effectus est operatio, nam omne agens agit per suam formam. Attenditur igitur quantitas virtualis et secundum esse, et secundum operationem, secundum esse quidem, in quantum ea quae sunt perfectioris naturae, sunt maioris durationis; secundum operationem vero, in quantum ea quae sunt perfectioris naturae, sunt magis potentia ad agendum» (si veda anche la trad. it. a fronte).

⁷⁰ Sul punto, in aggiunta a quanto detto poco più sopra circa il significato della formula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, aggiungiamo solo che DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. II, Cap. IV, § 2, affermava segnatamente che «quei Principi, [...] con titolo Regio, ò Ducale, sono de fatto Sovrani [...] (eccettuandone la maggior sovranità riguardante il feudo *in universo*, la qual resta all'infeudante)». Cfr., poi, BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 178, il quale in questo esatto senso sottolinea che la Superiorità Territoriale era un potere «subordinato [...] perché sottostante a una potestà ancora più "alta": non nel senso di più piena o più assoluta, ma di contemporaneamente estesa sopra tutti i principi dell'impero, non per sostituirsi ad essi, ma per mantenerli nei rispettivi limiti reciproci, e, all'interno dei singoli territori, nei limiti voluti dalle leggi fondamentali ecc.»).

⁷¹ Sul punto, ci limitiamo a rinviare, per la ricostruzione storica, a DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., in part. pp. 75 ss., e, per un inquadramento generale, a I. ZUANAZZI, *Organi centrali di governo della Chiesa Cattolica, ad vocem*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995, pp. 469 ss.

⁷² DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., p. 147.

⁷³ L'analogia regge anche se tale identità è, come invece nel nostro caso, territorialmente limitata.

⁷⁴ DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., p. 145: «[è] dunque ordinario o delegato il vicario generale? Ordinario, rispondono gli uni, perché precisamente è un alter ego del vescovo e ne possiede la stessa giurisdizione. Delegato, ribattono gli altri, proprio perché avendo la stessa potestà del vescovo non ha nulla di proprio [...]».

⁷⁵ È infatti «inconcepibile un ufficio senza una potestà» (ivi, p. 67).

⁷⁶ Ivi, di nuovo p. 147. Il concetto di *iurisdictio* o *potestas ordinaria* non va confuso con quello di *iudex* o *magistratus ordinarius*, che è tale se ha competenza sulla generalità delle cause o degli affari non espressamente attribuiti ad altri. In questo senso, citiamo per tutti un dispaccio di Francesco III, Duca di Modena, diretto ai suoi Segretari di Stato in risposta al loro del 3 gennaio 1767, nel quale, tracciando il quadro delle magistrature centrali a fini di chiarimento, precisava che quelle speciali non avevano «che il direttivo

Il rilievo pratico della distinzione tra *iurisdictio delegata* e *ordinaria* sta, oltre che nelle possibilità di ulteriore comunicazione del potere⁷⁷, anche nella individuazione dei soggetti ai quali interporre appello delle sentenze o, in genere, delle decisioni emesse. La regola generale, infatti, è la seguente: “[q]uod dicitur eum appellari, qui dedit iudicem, sic accipiendum est, ut et successor eius possit appellari. Proinde et si praefectus urbi iudicem dederit vel praetorio, ipse erit provocandus, qui eum dederit iudicem”⁷⁸; sicché “[a]b eo, cui quis mandavit iurisdictionem, non ipse provocabitur: nam generaliter is erit provocandus ab eo cui mandata est iurisdictionis, qui provocaretur ab eo qui mandavit iurisdictionem”⁷⁹. Parafrasati ed asciugati, questi passi non significano altro se non che «[a]ppellatio debet fieri ad superiorem, id est ad eum, qui est in gradu proximo superiori eo, qui tulit sententiam»⁸⁰.

Se ne ricava, pertanto, che la superiorità (che è una inegualità tra due soggetti) può sussistere o sulla base della maggior «quantitas» di potere di un soggetto rispetto all’altro

nelle Incombenze a loro sotto poste». Il dispaccio è conservato in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta n. 95, p. 16 del primo quinternetto contenente le risposte del Duca; tra i vari, il riferimento può essere inteso ai Magistrati dell’Annona, di Acque e Strade, del Commercio e dell’Agricoltura (poi Consiglio di Economia), Buon Governo delle comunità, ecc. (cfr. ampiamente GORLA, *Appunti sui «Tribunalia»*, cit., pp. 245-246, anche per puntuali riferimenti dottrinali). Per il potere delegato, si veda in generale MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 135-136, ove si ricorda che «iudex delegatus» (*rectius*, il titolare di una *potestas delegata*) è «“qui utitur iurisdictione aliena” e dunque [...], di regola, ha un mandato specifico, che può essere più o meno ampio perché riferibile “ad aliquam speciem causarum vel ad unam tantum causam”»; può essere utile anche il rinvio per un confronto a U. MÜBIG, *Reason and Fairness. Constituting Justice in Europe, from Medieval Canon Law to ECHR*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, spec. p. 67, nt. 3, per i diversi significati possibili di ‘delega’ (che nel passo di Meccarelli appena citato tendono ad essere sovrapposti, cosa di per sé del tutto ragionevole anche se i concetti restano non sovrapponibili). In sostanza, si ha *potestas ordinaria* quando viene in rilievo un potere che si esercita *iure proprio/suo*, mentre è il contrario, come abbiamo appena precisato, per la *delegata*. Ora, esercitare un potere *iure proprio* presuppone che in qualche modo quel potere “appartenga”, spetti, al soggetto che lo esercita; né sfugge ad alcuno che un potere possa appartenere ad un soggetto a diverso titolo, esattamente come si può usare di un bene a titolo di proprietà, di locazione o di semplice comodato. Ebbene, a questo si riferisce il concetto di *potestas ordinaria*: indica che si tratta di un potere che il soggetto esercita a titolo proprio, quale che esso sia. Non per niente le fonti parlano di *iurisdictio*, ossia di *potestas*, «cum administratione», il che segnala che al soggetto cui veniva comunicato il potere era assegnato un bacino di potenziali destinatari del suo esercizio, cioè un «populus». Per converso, si ha *potestas delegata* nel caso in cui il suo esercente non sia tale in base a ad un titolo per cui quel potere gli appartiene, bensì per mera *commissio* del suo (unico) titolare (cfr. meglio *infra* nelle note immediatamente successive). In questo senso, le fonti riportate in COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 120-124, anche nelle nntt.: «[s]i dominus imperator concedat alicui iurisdictionem vel iudicandi potestatem et non assignet ei provinciam seu populum, quem iudicet, habet quidem titulum, id est nomen, sed non administrationem (...); «[o]rdinaria (iurisdictionis) est in praesidibus et proconsulibus provinciarum, qui habent dignitatem cum administratione, cuius ratione possunt de causis cognoscere et pronunciare»; «[e]t dicuntur tales iudices ordinarii. Non tamen necesse habebant praestare. Et hoc multi iudices impetrant ab Imperatore, ut tamquam sub ordinariis causae coram eis agantur: et sic habent iurisdictionem sine administratione» (AZO, *Ad singulas leges 12. librorum Codicis Iustiniani, Commentarius et magnus Apparatus*, Lugduni, Iacobi Stoer et Franc. Fabrj, 1596, *In Lib. I Codicis*, Tit. II, Lex 14, § 42; cfr., oggi, VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., pp. 53 ss. e *passim*).

⁷⁷ Per cui v. ancora MECCARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 134 ss.

⁷⁸ D.49.3.1.pr.

⁷⁹ D.49.3.1.1.

⁸⁰ AZO, *Summa, Locuples Iuris Civilis Thesaurus*, Basileae, per Ioannem Heruagium, 1563, *In Septimum Lib. Codicis*, Tit. *De appellationibus, et consultationibus*, § 23.

(così, nel caso si tratti di due *potestates ordinariae*)⁸¹, oppure sul presupposto che un soggetto e non l'altro sia il titolare del potere (*exercitium potestatis iure proprio* contro *iure alieno*), come nel caso del binomio *potestas ordinaria-delegata*⁸².

⁸¹ Cfr. quanto diremo a proposito della figura del cd. 'barone' nei par. successivi.

⁸² Come iniziavamo a dire poco fa in altra nota, perché si possa parlare di *potestas ordinaria* occorre che il potere sia esercitato *iure proprio*; affinché, poi, un potere sia esercitato *iure proprio*, è necessario che al soggetto in qualche modo appartenga la possibilità di esercitarlo. Ciò posto, con la dizione '*iure proprio*' ci si poteva riferire anche al semplice esercizio del potere *iure officii*, che ricorreva quando la persona esercitava il potere in virtù del suo essere preposta ad un ufficio. Tutto, quindi, dipende da che cosa si intendesse per *officium*, ma è chiaro che questo, discutendosi di potere, non poteva verosimilmente che indicare la *sussistere di una posizione di potere come distinta e separata da un'altra e diversa*, e solo in conseguenza di ciò un'articolazione soggettivo-organizzativa a sé (non avrebbe senso, si è convinti, parlare di *officium* se non vi fosse che un'unica posizione soggettiva di potere formale: cfr. S. BERLINGÒ, *Ufficio ecclesiastico, ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXII, Roma, Treccani, 1994, p. 1: «[l]'ufficio viene [...] a profilarsi come una *determinazione oggettiva intesa a disciplinare in modo razionale le attività necessarie per il realizzarsi dell'ordinamento*», corsivo originale). Del resto, niente esclude che anche al titolare di un potere delegato potesse fare capo una certa organizzazione, mentre ciò che di per sé cambia tra *potestas ordinaria* e *delegata*, nella comunanza del fine – cioè, in generale, la deconcentrazione di un esercizio del potere altrimenti insostenibile –, sono le esigenze che danno loro rispettivamente luogo, quant'è vero che si tratta di forme fra loro alternative di comunicazione del potere. In particolare, la delega ha come effetto proprio la sostituzione del delegato al delegante nell'esercizio di un dato potere e, infatti, solo laddove il delegante sia titolare *suo iure* di quel potere (e non sia invece anch'egli un delegato) si dà ricorso a lui. In questo senso, circa la subdelega, cfr. AZO, *Summa*, cit., *In Septimum Lib. Codicis*, Tit. *De appellationibus, et consultationibus*, § 25: «est illud notandum, quod si delegatus alij delegaverit, non appellabitur ad delegatum aut delegantem, sed primum ordinarium, qui delegaverat: nisi ubi delegatus à principe delegat, tunc enim appellabitur ad legatum principis»; sulla capacità delegatoria del *delegatus principis*, v. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 140, ove si nota che esso «viene equiparato al giudice avente *iurisdictio ordinaria*». Questa regola, peraltro, collima con quanto abbiamo poc' anzi osservato, e cioè che *officium* è termine relazionale, che indica una posizione di potere la quale sussiste separatamente da un'altra: derivando allora ogni potestà legittima dal *Princeps*, è logico che, salvi casi peculiari – v. ivi, p. 141 –, il suo immediato delegato fosse da considerarsi come titolare di una *potestas ordinaria*. È dunque precisamente la suddetta, autonoma sussistenza della posizione di potere che, prima ancora della posizione di potere in sé che costituisce la variabile 'materia' dell'*officium*, appartiene (anche qua, a vario titolo: si pensi solo al fenomeno della venalità degli uffici) al soggetto che a quell'*officium* è preposto e che, cioè, costituisce il *proprium* di quest'ultimo. Lo stesso, inoltre, dicasi per la cd. *potestas specialiter tributa* (per un'acuta ricostruzione storica della quale, DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., pp. 56 ss.). Essa integra parimenti una *potestas ordinaria*, ossia esercitata *proprio iure*, giacché indica poteri che, benché non siano attribuiti ad un soggetto separatamente da altre potestà in modo da istituire un *officium* a sé, sono tuttavia comunicati aggregandoli ad un ufficio già esistente (nel quale cioè, per i poteri che lo contraddistinguono, pure non rientrerebbero). Se allora – come a noi sembra – quello esposto è il concetto più autentico e stretto di 'ufficio', è molto diverso che un soggetto abbia la possibilità (o finanche il diritto soggettivo) di essere preposto ad un *officium* e all'esercizio del potere che lo designa, da che, invece, tale soggetto abbia un vero e proprio 'diritto' soggettivo (un diritto quesito) ad esercitare quello specifico potere il quale, proprio perché in questo caso autonomamente configurante una posizione distinta in conseguenza dell'attribuzione ad una persona diversa dal suo titolare originario, identifica anche un certo *officium*. È per questo, d'altra parte, che i Baroni estensi nella sopra richiamata vertenza con il Duca rivendicavano un esercizio autonomo – possiamo anche dirla in questi termini – del loro *officium*; ed è solo, se non ci si inganna, in questo senso complessivo che, quindi, si possono contrapporre le dizioni '*iure officii*' e '*iure proprietatis*' come fa il già menzionato NICOLI, *Confutazione*, cit., p. 260 (ma v. anche, *ex multis*, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. III, Cap. II, § 37), ove appunto usa il termine «offizio» per contrasto a quello di «proprietà». Fermo restando, cioè, che e l'una e l'altra espressione indicano un esercizio del potere *iure proprio* (ciò che peraltro presuppone che '*iure officii*' e '*iure proprio*' non siano sinonimi: di nuovo DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., p. 71), mentre cambia piuttosto quel che è 'proprio' in un caso e nell'altro. Aggiungiamo, a conferma anzitutto della fornita definizione di *officium*, che è nel diritto canonico (in particolare in *spiritualibus*) che si è forse sviluppata maggiormente la teorizzazione appunto sull'*officium* e sulla assimilabilità del concetto di esercizio del potere *iure officii* a quello di esercizio *iure proprio*. È in quell'ordinamento, infatti, che ricorre una – e peraltro una sola – ripartizione immodificabile («costituzionale») di posizioni di potere o uffici (quello cioè del Papa, relativo alla Chiesa Universale, e quello dei Vescovi, riguardante le Chiese particolari), ma dove non vi è, per altro verso, un diritto in senso stretto dei secondi all'esercizio del potere che loro normalmente compete e che ne integra l'ufficio; o, almeno, non oltre la misura

Supponendo, allora, una integrale coincidenza di potestà e, al contempo, una titolarità *iure proprio* del potere (anzi, *iure proprietatis*) da parte – si sottolinea – di entrambi i soggetti, nessuna delle due suddette forme di superiorità sarà rinvenibile. Di conseguenza, l'unico elemento che potrà essere valorizzato al fine di stabilire la subordinazione di un soggetto all'altro sarà il rapporto di preminenza che intercorre tra tali soggetti da un punto di vista della relazione tra le loro persone stesse⁸³. Il che altro, evidentemente, non significa se non che occorre fare riferimento al diverso diritto di proprietà – *directa* e *utilis* – che tali soggetti rispettivamente hanno sul medesimo 'bene' (il potere) e, dunque, alla posizione giuridica dell'uno rispetto all'altro.

Ebbene, la posizione giuridica dei principali Sovrani Territoriali si inseriva in un rapporto di tipo feudale con l'Imperatore e l'Impero che, correlativamente all'obbligo fondamentale e generalissimo della fedeltà, importava in capo ai primi tutta una serie di obblighi più specifici⁸⁴. Soprattutto, però, ciò che tale rapporto implicava era la non indipendenza del diritto dei Principi Territoriali all'esercizio del potere: l'Impero – lo ricordiamo di nuovo – conservava sempre, in ragione della propria superiorità, il potere di esprimersi in ultima istanza sulle suppliche dei sudditi dei Principi Territoriali per denegata giustizia od evidente aggravio, vale a dire contemperando il diritto e gli interessi dei singoli sudditi con il diritto e gli interessi del Principe Territoriale all'esercizio del potere, ovvero con l'interesse della collettività complessiva di cui egli era a capo. In breve: con l'interesse comune, ultimo e indisponibile, alla giustizia⁸⁵.

dell'intangibilità del loro *officium* (posizione di potere distinta) in sé: «[i]urisdictio [si noti: tanto ordinaria come delegata] vero *superioribus tantum quoad exercitium* competit non *quoad substantiam*, eaque in nullius proprietate et patrimonio, sed *penes ecclesiam* est» (G.L. BOEHMER, *Principia iuris canonici speciatim iuris ecclesiastici publici et privati quod per Germaniam obtinet*, Gottingae, apud viduam Abrami Vandenhoeck, 1762, Lib. II, Sect. I, Tit. I, p. 75, § 128, nt. a); cfr. DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale*, cit., p. 9; più ampiamente, ZUANAZZI, *Organi centrali*, cit., pp. 469 ss.).

⁸³ Ciò che oggi, nel diritto canonico, è definito specificamente con il termine «*ministerium*»: la «specifica e peculiare forma di partecipazione soggettiva all'esercizio della medesima funzione» (BERLINGÒ, *Ufficio ecclesiastico*, cit., p. 3).

⁸⁴ In generale, osserva ERCOLE, *Impero e Papato*, cit., p. 311: «[l]a sovranità dell'Impero [...] non si esauriva nel diritto di riconoscimento [...]. Intanto, tale riconoscimento non era senza corrispettivo di obblighi da parte dei governi e degli Stati, che per tal mezzo ne ottenevano legale consolidamento. [...] obbligo del pagamento di un censo annuale all'Impero [...], e [...] obbligo [...] di fedeltà e di assistenza all'Impero, che al vicario o al principe ne derivava». Per un quadro più completo dei poteri e dei diritti riservati al direttario feudale nei confronti dell'utilista, si veda il pur molto risalente lavoro di É. CHÉNON, *Droit romain. Le tribunal des centumvirs. Droit français. Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, Paris, La Rose et Forcel, 1881, pp. 31 ss., che ne elenca quattro, nonché l'ulteriore bibliografia – dello stesso periodo – riportata da GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 411.

⁸⁵ Su questo punto, si veda in particolare la dottrina relativa al cd. *privilegium de non appellando*, il quale garantiva al suo beneficiario che solo alcune o finanche nessuna delle sue decisioni avrebbero potuto essere ricorse ordinariamente (*appellatio*) davanti al superiore. Tale privilegio contribuiva, così, a realizzare in capo al feudatario il potere detto di Superiorità Territoriale: infatti, va rammentato che «à sententiis [...] Vicariorum appellari non possit, [...] tamen in his duntaxat procedit sententiis, quas dixerunt ut Vicarii, non verò in his, quas pendente Vicariatu, ut Duces tulerunt» (RÜMELIN, *Aurea Bulla*, cit., Diss. IV, Tit. XVI, p. 93). Tra le molte trattazioni rinvenibili sul *privilegium*, cfr. ad esempio J.F. HERTEL, *De privilegio saxonico de non*

Ci è allora possibile, adesso che si sono aggiunti questi dati, riprendere in mano il nostro tema particolare – quello delle modalità di esercizio del potere – per trarre da quelli qualche conclusione che reputiamo pertinente.

Noi siamo abituati a vedere descritta l'esperienza giuridica medievale e di Antico Regime attraverso un modello 'giurisdizionale' di esercizio del potere. Ora, senza voler ripercorrere le argomentazioni che abbiamo esposto nella Parte Prima della ricerca, giova però ripetere che non è predicabile un'equivalenza tra 'processo' e 'giurisdizione', poiché il primo non è che una manifestazione estrinseca ed accidentale di una forma di esercizio del potere o di un'altra⁸⁶. Ma soprattutto, ribadiamo che quello che – a nostro modo di vedere – connota essenzialmente una determinata modalità 'specificata' (o 'forma') di esercizio del potere è il modo in cui gli interessi parziali (cioè delle parti o soggetti particolari del rapporto) vengono ordinati a quello collettivo e funzionale (distinto dai primi): ciò che può avvenire in via immediata od anche mediata rispetto a (e cioè nei limiti di) una soddisfazione delle istanze parziali coinvolte nell'operazione.

Veniamo quindi al punto. Il sistema politico sopra descritto si connotava per un'unità tra molti e distinti ordinamenti o comunità, la quale possedeva un carattere marcatamente mediato⁸⁷: quanto allora, su tali basi, il fatto che, rispetto al governo interno della collettività particolare e subordinata, il rapporto tra ordinamento superiore e inferiore fosse descrivibile

appellando ad terras misnicas, thuringicas, et franconicas extendendo, Ienae, ex officina Mulleriana, 1734, Cap. III, §§ XVI-XVII, pp. 41-44, il quale sottolinea che, se perfino «[q]uerela nullitatis aequae excluditur» poiché, «[s]i [...] permittitur, privilegium de non appellando viribus exiit», tuttavia «legitima causa, contra privilegium [...], est denegata (sub qua comprehendit *protractam* [...]) justitia *Tit. XI Aur. Bull.* [...], § 4 in defectum vero Justitiae liceat appellare» (v. *Aurea Bulla Caroli IV. Romanorum imperatoris [1356]*, Francofurti, Sumpt. Joh. Wilh. Ammonii et Wilh. Serlini, 1658, Cap. XI, § 4: «[i]n defectu vero justitiae praedictis omnibus ad Imperialem duntaxat curiam, et tribunal, seu Judicis immediate in Imperiali Curia pro tempore praesidentis audientiam: et etiam eo casu non ad quemvis aliud Judicem, sive etiam delegatum, his, quibus denegata fuerit justitia, liceat appellare. Quidquid vero contra praemissa factum fuerit, sit irritum eo ipso»). La non indipendenza, insomma, dei feudatari regali muniti di Superiorità Territoriale si manifestava concretamente attraverso il principio generale baldiano che già conosciamo per cui «remota appellatione non est remota supplicatio». A margine, notiamo inoltre come il *privilegium de non appellando*, peraltro quello cd. *'illimitatum'*, non fosse appannaggio esclusivo dei Principi Elettori, giacché «illimitatis privilegiis de non provocando gaudent» altresì ogni «Princeps Imperii» ed altre categorie ancora di alti dignitari ai quali era concesso il governo di un territorio (si veda l'elencazione di cui in A. FRITSCH, *Opuscula varia de selectioribus quibusdam argumentis ad ius publicum atque ecclesiasticum civile item feudale nec non historiam, politicam et morum doctrinam spectantibus olim sparsim edita nunc uno volume comprehensa*, Norimbergae, Sumptibus Iohannis Stein, 1731, Part. IV, Tract. XXIII, p. 497, Tit. XVII, §§ 329-330).

⁸⁶ È questo l'apporto fondamentale fornito alla teoria generale da Feliciano Benvenuti, in particolare BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit. (cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. I).

⁸⁷ Ed anzi si può dire che, rispetto al periodo medievale, la mediatezza veniva accentuandosi durante l'Età Moderna per quanto concerneva i rapporti tra potere originario (in specie l'Impero; il Papato aveva invece, come noto, ampie aree di superiorità immediata o meramente baronali) e poteri derivati, grazie appunto alla concessione frequente del *privilegium de non appellando* e – come nel caso italiano – di vicariati imperiali trasformati spesso e volentieri, e con il cumulo delle cariche, in principati territoriali dotati di tutti i *reservata Imperii*.

in termini di ‘funzione giurisdizionale’ è di per sé in grado di indicare l’inesistenza di una diversa funzione, quella ‘amministrativa’, e che quest’ultima era ancora di là da venire?

Semplicemente, si è invece persuasi di questo: che cioè, in generale, il criterio dei rapporti tra enti, laddove si registri una sovrapposizione nella titolarità delle attribuzioni potestative tale per cui il soggetto gerarchicamente subordinato sia l’unico ad avere il diritto di esercitarle, il rapporto di sovra-subordinazione soggettiva o – che dir si voglia – istituzionale, proprio perché l’*exercitium* è concentrato nel (spetta esclusivamente al) l’ente inferiore (salva solo la astratta *substantia potestatis* nel cedente), non è ricostruibile, in primo luogo, secondo una distribuzione e una differenziazione di modalità di esercizio del potere. Detta gerarchia si impenna *in primis* sulle posizioni di potere stesse e su ciò che, più in particolare (‘parti potenziali’ specifiche ed altri caratteri cui accenneremo nei paragrafi successivi), le qualifica, venendo così in risalto soprattutto i presupposti per l’attivazione della competenza di un soggetto o dell’altro⁸⁸.

⁸⁸ Nella Parte Prima, Cap. III., par. III., avevano già rilevato che, in tema di denegata giustizia ed aggravio e, quindi, di legittima supplica del suddito mediato al *superior* del suo diretto signore, il soggetto supplicato poteva, sì, attivarsi per porre rimedio ai vizi contenutistici delle decisioni del potere minore, ma sempre e solo nella misura in cui essi avessero rivelato una deviazione dell’*inferior* dalle proprie attribuzioni, ossia un abuso, mentre restavano diversamente insindacabili in quanto tali. Cfr., per un esempio di siffatta coincidenza di titolarità di attribuzioni e, di conseguenza, di tipologie di rapporto tra enti improntate primariamente alle diverse sfere di competenza, l’Editto di Francesco III d’Este del 25 Marzo 1754 sulle prerogative del Magistrato del Buon Governo (conservato in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. BB, n. 685; v. anche l’Editto di Sua Altezza Serenissima per il buon Governo, e Regolamento delle Comunità de’ suoi Stati del 6 Giugno 1755, in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. BB, n. 735, che riprende in pieno la normativa progressiva) relativo ai ricorsi per aggravio da parte dei sudditi dei (suf)feudatari del Duca. In particolare, mentre i sudditi immediati dovevano rimettere le proprie suppliche al Magistrato del Buongoverno «perché» – sia consentita qualche licenza sulla *consecutio temporum* nelle citazioni delle fonti – «provveda [direttamente – giova aggiungere –] con l’autorità da Noi conferitagli», nel caso di sudditi mediati il Magistrato avrebbe dovuto – quale semplice segretario, invero, più che in qualità di magistrato titolare di attribuzioni proprie – riferire al Duca i ricorsi a quest’ultimo riservati, «allorché» le Comunità fossero state «gravate, o mal amministrate dai rispettivi loro Feudatarj, ed Ufficiali». Si legge più estesamente nell’Editto del 25 Marzo 1754: «[p]er le altre [Comunità] degli Feudi, il Magistrato, in qualità di Delegato da Noi specialmente a sentire, e riferirci li ricorsi a Noi riservati [...], allorché gravate, o male amministrate da i rispettivi loro Feudatarj, ed Uffiziali, vogliamo, che sempre quando accadranno tali ricorsi, senta sopra di essi li Feudatarj, o Uffiziali medesimi, e chiamati in Nome Nostro li Conti, e Stati delle Comunità ricorrenti, trovando fondate le loro doglianze, e petizioni, ce ne faccia il rapporto, affinché possano da Noi darsi le giuste, ed adeguate provvidenze». Per converso – ed ecco che emergeva la peculiarità di rapporto tra enti della quale dicevamo poc’anzi –, «[n]on essendo poi li ricorsi diretti contro de’ Feudatarj, ma per altri motivi, che abbiano correlazione agl’Interessi Comunitativi, fuori del caso de’ gravami, e mala amministrazione commessa, il Magistrato medesimo sempre in Nome Nostro li rimetterà al Feudatario, o al suo Uffiziale, con lettera eccitativa per la giustizia, o riparo di quell’inconveniente, che fosse rappresentato, ingiungendogli di darcene conto in appresso» (Editto del 1754 citato). Sembra quindi chiaro che, in caso di mancata riparazione dell’inconveniente, si sarebbe evidentemente versati, a quel punto, nelle ipotesi di denegata giustizia o aggravio, che legittimavano l’intervento diretto del *superior*. Per un esempio, si confronti il dispaccio del Marchese Ercole Bernardi, feudatario di Piolo, diretto al Supremo Consiglio di Giustizia, cui il Duca, evidentemente non ritenendo viziata da manifesta infondatezza la supplica di un abitante di detto feudo, aveva commissionato la cognizione del fatto di aggravio ivi esposto. Il Marchese, in particolare, chiedeva al Consiglio di non procedere prima che egli avesse potuto appurare i fatti denunciati dal suo suddito al fine di porvi riparo procedendo o contro il suo giudicante, ovvero contro il supplicante in caso di accertata calunniosità della doglianza. Il dispaccio si trova in ASMO, Archivi giudiziari, Supremo Consiglio di Giustizia, Affari in via economica o delegati – Memoriali ed ordini diversi (1761-1800), busta n. 127 (1761-1776), e, pur

È, cioè, attraverso la diversificazione dei poteri che si rende visibile quella delle modalità di esercizio del potere: solo, infatti, quando si assume che l'ente subordinato – il quale ha un diritto vero e proprio ad esercitare il potere – ne stia abusando, il suo interesse ad esercitarlo diviene interesse parziale rispetto a quello collettivo e 'funzionale' alla giustizia (per il cui perseguimento egli era investito di quella potestà dal suo superiore) e, quindi, si trova sullo stesso piano, rispetto a detto interesse finale, di quello dei sudditi a non subire pregiudizi non motivati dal riferimento alla giustizia stessa. Solo in tale ipotesi patologica la competenza dei due soggetti – *superior* e *inferior* – viene (torna, come prima dell'attribuzione del potere *iure proprio et proprietatis* dal primo al secondo) a coincidere, facendo sì, di conseguenza, che il rapporto tra gli stessi si impigni, proprio in ragione di quella identità di 'potere' – elemento sostanziale a sé –, sull'elemento della 'funzione'.

A nostro parere, dunque, il prisma di studio della realtà d'Antico Regime deve liberarsi completamente delle categorie elaborate sulla base della contemporaneità giuridica, le quali presuppongono l'assenza di un pluralismo dei centri politici e, soprattutto, la separazione dei poteri montesquieuiana⁸⁹. È questo, infatti, che conduce ad equivocare due piani concettualmente distinti e solo contingentemente sovrapposti: quello, da un lato, delle forme di esercizio del potere (quale che sia la prospettiva dalla quale le si classifichi), che sono un fatto connaturato al sussistere stesso di un potere; e il piano, dall'altro lato, delle attribuzioni, ossia delle posizioni di potere in se medesime. La preminenza di una istituzione su un'altra e distinta può realizzarsi tanto su un piano quanto sull'altro; dipende da qual è, nel complesso, il criterio principe dei rapporti di sovra-subordinazione nell'ordinamento e se, una volta che si debba assumere come principio distintivo delle competenze quello della 'funzione', il sistema si informa ad una sovranità «istituzionale» o «normativa»⁹⁰.

L'acuirsi del fenomeno della superiorità imperiale mediata già nella prima Età Moderna segnala in modo molto chiaro, ci pare, la diversità dei due predetti piani concettuali, i quali

non recando data precisa, risale con tutta probabilità al 1766 a giudicare dai documenti vicini. Se ne riporta di seguito il testo completo: «Ill.mi SS.ri // Avendo presentito il Marchese Ercole Bernardi che da un di lui suddito di Piolo sia stato fatto ricorso all'A. S. Ser.ma, ò à nome proprio, ò di quel Pubblico contro quel Giusdicente, per pretesi aggravj, e che in seguito sia stato abbassato qualch'Ordine à questo Ill.mo Tribunale, relativamente à tale ricorso: E siccome lo stesso Marchese, sussistendo qualche mancanza, ò delitto dello stesso Giusdicente, intende di farlo punire, ed a tale effetto di deputare un qualche Giudice, che proceda in forma contro di quello; così essendo necessario avere notizia di tali pretesi aggravj, supplica le SS.rie VV. Ill.me a degnarsi prima di procedere a cosa veruna, di obbligare detto ricorrente a specialmente individuare le asserite mancanze, al detto effetto, ed affine, nel caso si scoprissero, come hà fondamento di credere, mere Calunnie, e dirette à divertire le diligenze da farsi, in seguito degl'Ordini dello stesso Marchese dal rinomato Podestà, per rimediare al mal uso delle rendite pubbliche, quale le è supposto, che accada, di far procedure similmente a norma del giusto contro un tale Calluniatore».

⁸⁹ Si è già avuta occasione di precisare che pluralismo dei centri di potere e separazione dei poteri à *la Montesquieu* non sono necessariamente in contraddizione (*supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.1.): da qui il "soprattutto".

⁹⁰ V. sempre, sul punto, Parte Prima, Cap. II., par. III.1.

è facile invece confondere allorché il diaframma tra il singolo suddito e il potere superiore non sia altrettanto netto, ma sia in certo senso ancipite, esprimendosi cioè la superiorità talvolta direttamente nei confronti della singola ‘parte’ o membro dell’ordinamento subordinato e, talaltra, al contrario, mediatamente a quest’ultimo preso come unità a sé⁹¹.

Del resto, se così non fosse, si dovrebbe necessariamente ammettere che nemmeno *in universo*, nei confronti cioè dell’intera collettività imperiale in sé considerata, l’Imperatore poteva farsi carico degli interessi della stessa se non indirettamente mediante il contemperamento delle istanze – anch’esse parziali – dei singoli ordinamenti particolari. Il che, oltre che irragionevole e poco verosimile, è anche contrario a quel che nei fatti avveniva⁹².

II.1. *Il potere baronale: il significato concreto della mediatezza parziale nel rapporto di preminenza tra Principe e Barone*

«Gli altri feudi minori [...] sono generalmente tutti quelli, li quali non hanno detta qualità di regali e vera dignità, o di pieno principato, ma importino un dominio più subordinato all’infedante, e più subalterno, o inferiore, et utile, senza la mistura di qualità di dominio alto, e de’ regali con qualità di principato, onde li possessori di essi si dicono Baroni»⁹³;

«in tal caso viene anche il mero e misto imperio, e la piena giurisdizione, così civile, come criminale, e mista, ma subordinata all’appellazioni, e ricorsi al Principe, et a suoi Tribunali»⁹⁴.

⁹¹ Ci sembra esprima molto bene questo concetto SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., pp. 88 e 92, il quale parla al riguardo di «separazione orizzontale di poteri», nel senso che «il rapporto gerarchico non intercorreva quindi genericamente tra ordinamento superiore e ordinamento inferiore, ma tra istituzioni e funzioni specifiche dell’uno dell’altro» (il termine «funzioni» è evidentemente impiegato in senso di ‘parte potenziale’ di una posizione di potere: risolvere controversie, fare le leggi, dichiarare guerra, stipulare trattati, ecc.). In tal modo, «[i]n determinati casi era possibile l’appello da una giurisdizione feudale inferiore ad una superiore», mentre nelle altre ipotesi la superiorità si manifestava attraverso i soli rimedi eccezionali contro gli atti di denegata giustizia o di aggravio evidente commessi dalla collettività subordinata ai danni dei propri membri (cfr. parr. ss.).

⁹² Per avvedersene, è sufficiente il rinvio alla storiografia (prevalentemente non giuridica) che si è occupata dei rapporti tra Impero e Stati territoriali nel periodo moderno. Per tutti, si vedano i già menzionati volumi e lavori *I feudi imperiali in Italia*, cit., *L’Impero e l’Italia nella prima età moderna*, cit., e il contributo di CREMONINI, *Impero e feudi italiani*, cit., in part. pp. 15-16, ove, nella prospettiva metodologica di una «riconsiderazione dell’Impero» oltre la sua nota etichetta otto-novecentesca di mero «“anacronistico coacervo di realtà politiche diverse”» «non [...] “politicamente attivo”», lo si cerca di cogliere nella sua specificità di «monarchia composita», classificandolo ma – come si dice – non mettendolo “in classifica” rispetto alla statualità contemporanea. Ed è in questo senso che l’Autrice appena citata valorizza infatti l’istituzione e la vitalità, ancora nel Settecento, di una magistratura imperiale quale la Plenipotenza: nell’ottica di un ‘tutto’ non riducibile semplicisticamente alle sue ‘parti’.

⁹³ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. III, § 1.

⁹⁴ Ivi, Lib. I, Cap. XIX, § 3.

Da questi passi, che in parte conosciamo⁹⁵, si evincono due dati: i ‘Baroni’, o feudatari minori o mediati, erano, sì, figure titolari di una potestà pubblicistica («iurisdictionem habentes»⁹⁶), e cionondimeno disponevano di un potere «più subordinato», specialmente – aggiungiamo – quando lo derivavano da un soggetto che era già a sua volta un feudatario.

Alcuni Autori, forse ancor più precisamente, li denominavano infatti «Valvasores maiores» o semplicemente «Valvasores»⁹⁷. La differenza principale tra ‘Principe’ e ‘Barone’, pertanto, è che il primo era un soggetto⁹⁸ «superiorem non recognoscens» (non rileva se *simpliciter* o *secundum quid*, cioè *in principatu suo*), mentre non sarebbe possibile formulare un principio equivalente per il secondo, del tipo “*Baro in baronia sua est imperator*”. Era infatti proprio *in baronia sua* che il Barone riconosceva un superiore, laddove – come visto – il principe non aveva superiore nel suo principato, al pari di ogni padrone di casa in casa propria.

In altre parole, lo scarto fondamentale tra feudo maggiore e minore è che, mentre nel primo caso l’infedante non conservava (se non eccezionalmente) un potere immediato sui sudditi del feudatario, nel secondo egli – indipendentemente da che fosse a sua volta un feudatario o meno – manteneva determinate competenze sui singoli abitanti, e privati in genere, della baronia concessa.

Ciò si comprende facendo riferimento ancora una volta al concetto generale della ‘imago potestatis’ cui già abbiamo fatto ricorso per raffrontare il potere del feudatario regale con quello dell’infedante primario. Così, ribadendo quanto più sopra esposto, dato che un’immagine può essere perfetta o imperfetta, l’imperfezione della stessa è sinonimo di diseguaglianza, e diseguaglianza vi può essere per un divario di «quantitas dimensiva» (estensione territoriale del potere) e/o di «quantitas virtutis» (intensità del potere nell’ambito di un medesimo territorio)⁹⁹.

In particolare, se abbiamo visto che il potere del Principe Territoriale si discostava da quello del suo *superior* feudale pressoché esclusivamente per una diversa estensione geografica, nel caso della potestà baronale tale schema di comunicazione del potere non si

⁹⁵ V. par. precedente.

⁹⁶ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. I, pp. 206-207, §§ 2-10; analogamente, J. DE CABEDO, *Practicarum observationum, sive Decisionum supremi Senatus regni Lusitaniae*, Pars Secunda, Antuerpiae, Apud Joannis Baptistae Verdussen, 1699, Decis. CIV, p. 151, §§ 1-3 (si veda inoltre la ricca e conforme dottrina citata in queste due opere).

⁹⁷ Così, ad esempio, I.A. LANARIUS, *Repetitiones feudales*, Neapoli, Apud Lazarum Scorigium, 1630, *In repetitione §. 1. de his qui feu. dar. poss.*, §§ 31-33.

⁹⁸ È solo per semplicità che ci riferiamo al rapporto feudale, quindi ad una forma di governo monarchica; ciò comunque non toglie che, sia pure in forme diverse (es., le Capitolazioni), la stessa classificazione di poteri si desse anche per le città, distinte in particolare in città libere e non (cfr. *infra*, Cap. V., par. I.).

⁹⁹ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 42, art. 1, ad 1.

riproponeva semplicemente, ma vi erano alcune differenze qualitativamente più profonde con quello del Principe.

Ora, in dottrina si contemplava effettivamente la possibilità di una cd. «superiorità media» o «giurisdizione media», la quale sostanzialmente poneva il feudatario intermedio (o subinfeudante) nei confronti del suffeudatario nella stessa posizione in cui il primo si trovava rispetto al suo direttario¹⁰⁰. L'ipotesi veniva concretamente in rilievo, per esempio, nella intricata vicenda che, tra la fine del Seicento e i primi decenni del Settecento, conduceva il Duca di Savoia ad estendere infine il proprio dominio sui feudi delle Langhe, in un primo momento grazie all'ottenimento di un diploma imperiale che lo autorizzava ad «acquistare» precisamente detto potere di «superiorità media» su, «ed in subfeudo», quelle specifiche porzioni di territorio (le quali, pertanto, avrebbero continuato a comportarsi di fatto come se ancora dipendenti direttamente dall'Impero)¹⁰¹.

Diversa, ma in qualche modo connessa a questa, era poi la problematica che concerneva le prerogative di quei signori in origine del tutto indipendenti, o comunque di quei feudatari imperiali e regali essi stessi, i quali in seguito si erano sottomessi a quegli altri feudatari regali entro i cui possedimenti i loro si trovavano racchiusi¹⁰².

Più controversa, invece, era l'eventualità in cui il Principe-Superiore Territoriale avesse a sua volta subinfeudato il proprio potere a terzi «totaliter»: perché, «si quis feudum, quod habet, totaliter aliis in subfeudum det, [...] crebrior sententia est, quoddam quasi utile

¹⁰⁰ G. TABACCO, *Lo stato Sabauda nel sacro romano impero*, Torino, Paravia, 1939, pp. 124-125.

¹⁰¹ BULFERETTI, *Il principio della «superiorità territoriale»*, cit., p. 163; per una dettagliata ricostruzione della vicenda, si veda invece R. MUSSO, *I feudi imperiali delle Langhe tra Impero e Stato di Milano (XV-XVIII secolo)*, in *I feudi imperiali in Italia*, cit., pp. 67 ss.

¹⁰² Accadeva spesso, infatti, che tali feudatari imperiali, «o perché li astringesse la forza, ovvero perché così ad essi complisse, per loro protezione, e per esser difesi contro quelli, li quali volessero opprimerli, ad effetto di conservarsi in quel dominio, [...] però gli giurassero fedeltà, e le riconoscessero in sovrano, e signore diretto, come la pratica insegna in molti signori, li quali così oggidì fanno figura di Baroni, e di feudatarij in que' dominij, che anticamente da loro si possedevano in pieno, e libero allodio» (DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. VI, §§ 4-5). Rispetto a tali situazioni, il giurista segnalava che «giova però molto questa considerazione, all'effetto di sostenere in questa sorte di Baroni, e feudatarij, molte di quelle esenzioni, e regalie, et altre prerogative, le quali regolarmente non competono à gli Baroni ordinarij, e feudatarij inferiori» (*ibidem*). Un caso di tal sorta che abbiamo rinvenuto nel contesto del Ducato estense è quello di Alessandro Frosini Marchese d'Albinea, Borzano, Mozzadella e Montericco, impegnato in una vertenza giudiziaria con la Città di Reggio per la dichiarazione della sua titolarità esclusiva del diritto di caccia e di proibizione della stessa nei suddetti feudi. In particolare, il feudatario si richiamava all'investitura imperiale originariamente concessa nel 1363 ai propri ascendenti (i Manfredi) dall'Imperatore Carlo IV «ex certa scientia, motu proprio, de Imperialis potestatis plenitudine, derogantes, etc.», «cum venationibus, et piscationibus; ed in somma con tutti quei diritti, e ragioni, quae Nos, et Sacrum Romanum Imperium exercere possumus». Successivamente, «dappoiché sortirono i Manfredi il grande onore d'essere riconosciuti, ed ammessi per veri, e fedeli Vassalli della Serenissima Casa D'Este, tutte le Investiture, che per tali Feudi hanno eglino di tempo in tempo ottenute, e riportate da i Serenissimi Dominanti, si leggono sempre uniformi, relative, e consonanti alle precedenti più antiche [...] «cum omnibus, et singulis servari solitis hinc retro»» (pp. 5 e 7 della «Memoria legale» conservata in ASMO, ASE, Archivi per materie – legali, memorie allegazioni questioni teoriche, busta 17/A; la memoria, priva di data, risale alla prima metà del Settecento visti i riferimenti temporali presenti nella busta).

dominium penes concedentem [*i.e.* il subinfeudante] manere»¹⁰³. Se nel primo caso, infatti, si poteva forse argomentare ancora nel senso che «[l]a massima, che nel Supremo Signore non nel vassallo stà il dominio diretto del feudo ha luogo rispetto alla *universalità* non quanto alle cose *singole*»¹⁰⁴, nel secondo, al contrario, si sarebbe di fatto annullato il diritto dell'originario direttario sul feudo¹⁰⁵.

In entrambe queste ipotesi, è sicuro che la differenza tra la carica baronale e quella principesca tendesse in qualche modo a farsi più sottile, ma si trattava comunque di casi rari, non foss'altro per il fatto che, in generale, «[r]egalium concessio stricte accipienda est»¹⁰⁶ e, «si sint de potioribus regalibus, [...] illa in dubio [...] non venirent»¹⁰⁷. Per quanto almeno concerne, allora, l'esperienza estense – quella da noi vagliata più da vicino¹⁰⁸ –, è bensì vero che lì si registrava in media una formula di investitura traslativa del potere «quae in aliis Feudis, ad omnimodam, atque independentem judiciariae potestatis translationem exuberat», mentre «in Mutinensibus Investituris minima quoad Jurisdictionis effectum reputari potest» (su tutte, quella frequente che recitava: «dimittentes integrum Dominium Castri, et Villarum omnium, et singulorum in eis habitantium, ita ut dominari possint, quemadmodum Nos proprii dominari consuevimus»)¹⁰⁹; ciononostante, il potere dei feudatari estensi soffriva poi

¹⁰³ Così, C. KLOCK, *Consiliorum*, Norimbergae, Sumptibus Wolfgangi Mauritii Endteri, 1703, Tomus III, Cons. CXXXIII, p. 247, § 97; in termini, H. A. ROSENTHAL, *Tractatus, et synopsis totius iuris feudalis*, Francofurti ad Moenum, Joannis Syberti Heyll, 1662, Cap. IX, Concl. XLVII, pp. 114-115. Circa lo sdoppiamento del *dominium utile* in '*superius*', rimanente presso il subinfeudante o 'superiore medio', ed '*inferius*', trasmesso al suffeudatario, si vedano A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. IV, Padova, Minerva, 1874, che vi accenna a p. 192, e oggi, più ampiamente, F.A. GORIA, *Fra rinnovamento e tradizione: lo Speculum feudorum di Claude de Seyssel*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 81 ss. e in part. p. 103.

¹⁰⁴ L. CANTINI, *Tesoro del foro toscano o sia raccolta delle decisioni del Supremo Consiglio e delle Regie Ruote civili delle prime appellazioni di Toscana*, tomo VI, Firenze, Stamperia Del Giglio, 1823, Decisione I, a. 1822, Articolo II, p. 70, § 190 (corsivi originali). La decisione riprendeva un consolidato filone dottrinale, sul quale si vedano autorevolmente, per tutti, J. MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum*, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Jacobi Gothofredi Seyler, 1676, Tomus III, Cons. CCXXVI, § 182; DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. I, disc. LIV, § 15 (richiamato anche nella predetta sentenza); LANARIUS, *Repetitiones feudales*, cit., *In repetitione §. I. de his qui feu. dar. poss.*, § 54.

¹⁰⁵ MOLINAEUS, *Commentarius in priores Titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis*, cit., Tit. I, *De Fiefs.*, Cap. I, Gloss. VI *in verbo Mouvant de luy*, § 7: «[d]icere enim quod medius vassallus habeat directum dominium feudi ultimi vassalli: et quod superior dominus habeat directum dominium feudi vassalli sui: in quo includatur quoddam directum dominium directi domini quod habet medius vasallus [*sic*] in ultimum: et sic quod primus dominus nullo modo habeat directum dominium feudi possessi per ultimum, non placet, nec est tolerabile; esset enim constituere proprietatem proprietatis, quod in toto jure est inauditum et nusquam receptum».

¹⁰⁶ R. SIXTINUS, *Tractatus de Regalibus*, Norimbergae, Apud Haeredes Johannis Danielis Tauberi, 1716⁴, Lib. I, Cap. V, pp. 72 e 85, § 64. Sulla questione, si veda in letteratura C.M. MOSCHETTI, *Questioni di diritto pubblico marittimo negli scritti dei giuristi napoletani della prima metà del Seicento*, Napoli, Giannini, 1984, pp. 135-144.

¹⁰⁷ U. ZASIUS, *In usus feudorum epitome, ordine et utilitate commendabilis*, Lugduni, Godefridus, 1552, Pars V, *Qui feudum dare vel accipere possint*, p. 23, § 13.

¹⁰⁸ Ma, considerato l'interesse della dottrina, quello estense può ragionevolmente essere assunto quale esempio di una prassi certo più diffusa.

¹⁰⁹ DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., pp. 4-5. Cfr., più ampiamente, la raccolta di investiture realizzata da ID., *Summarium*, cit., e, ancora a fine Settecento, il *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. I, § VI,

limitazioni molto pesanti, le quali, se certo stridevano con il tenore letterale delle investiture, segnalavano d'altro canto un profondo e incolmabile divario tra la natura delle due rispettive potestà e cariche.

Più in particolare, posto in primo luogo che «in generali concessione non veniunt reservata Principi in signum supremæ potestatis» (cioè i regali maggiori)¹¹⁰, era ben possibile che, sempre almeno entro i limiti massimi testé ricordati, alcuni di essi fossero attribuiti specificamente ed espressamente¹¹¹. Nella fattispecie appena vagliata, pertanto, si appalesa in modo evidente la differenza tra il potere baronale e quello principesco: il primo si connotava per il possesso, al massimo, di alcuni degli *iura reservata principum* – parti potenziali della sua posizione di potere¹¹² –, mentre il secondo per la titolarità di tutti gli altri e, soprattutto, per il suo porsi rispetto agli stessi come la causa all'effetto, secondo quanto già detto.

Di più, si deve considerare come nemmeno clausole – pur amplissime – del tipo di quelle prima riportate («quemadmodum Nos proprii dominari consuevimus» o «ad uso di Regno») significassero necessariamente che il Principe Territoriale stesse creando *Barones superiorem non recognoscentes in Baroniis suis*, sostanzialmente eguali a lui insomma. Anche una formula altisonante come «quod sit investitus iure feudi ad usum Regni»¹¹³ non

ove si parla di feudi «concessi ad uso di Regno»: formule, cioè, che farebbero pensare ad un rapporto tra Principe Territoriale infeudante e Baroni improntato allo schema della «superiorità media».

¹¹⁰ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XVI, p. 29, § 8.

¹¹¹ Così, ad esempio, «si nominatim, et expresse a Principe concedatur, non est dubium quod eadem in eos potestas [legis condendae] transferatur» (ivi, Lib. III, Cap. III, p. 125, § 45).

¹¹² Graziare i condannati estinguendone la pena o, prima ancora, esentare dal processo i semplici imputati estinguendone il reato, oppure nominare giudici ed ufficiali in genere erano tutti, ad esempio, *iura regalia maiora*, così come introdurre tributi nuovi o procedere *ex abrupto*, ossia «*iuris, et ritus ordine*» non servato (MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, p. 246, § 207; ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., p. 337; I.F. DE PONTE, *Consiliorum sive responsorum*, Neapoli, Tarquinij Longhi, 1615, Vol. II, Cons. LXXIV, p. 438, § 12). Tali regali maggiori, tuttavia, erano quasi sempre ricorrenti nelle investiture estensi. V., *ex multis*, e soprattutto per l'epoca molto avanzata, il rinnovo dell'investitura del feudo di San Cesario (o Cesareo) sul Panaro ai Conti Boschetti, conservata in ASMO, Archivio Boschetti, filza H, busta XV, 11 febbraio 1789: «[i]n oltre con autorità, e podestà [...] di poter a loro piacere deputare in detta Giurisdizione Giudici, e Notari, e qualsivoglia altro Ufficiale, e quelli cavare, e rimetterne altri»; più in generale, cfr. *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. II, § VI: «[s]arà in loro arbitrio l'assumere, e delegare Giudici per la cognizione delle suddette cause, e deputarli [...]»; nonché DURANI, *Summarium*, cit. Peraltro, notiamo che non venivano concesse ai Baroni quelle regalie che, anche tra le maggiori, occupavano una posizione logicamente del tutto preminente, secondo quanto osservavamo dianzi in merito alla gerarchia tra 'parti potenziali' di una posizione di potere pubblico (*supra*, in questo Cap., par. II.): così, prendendo ad esempio ancora il rinnovo dell'investitura dei Conti Boschetti poc'anzi citata, restavano «riservate all'A.S. Ser[eniss]ima [...] la [...] riserva Militare, obbedienza, e servizio de' Soldati».

¹¹³ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XIV, p. 26, § 16. Cfr., sempre per restare ai domini estensi, l'investitura di Soliera del 1636 a Giovanni Pietro Campori, trascritta in DURANI, *Summarium*, cit., p. 11: «[a]tque cum mero, et mixto imperio, ac plena gladii potestate jure Feudi ad usum Regni, ac cum omnimoda, et totali Jurisdictione, et administratione, ac hominum pro tempore Incolarum dictae Terrae Obedientia [...]» (cfr. *infra*, par. III.); o quella, senz'altro più nota, oltre che più risalente, di Scandiano ai Boiardo (1423), riportata per le parti di nostro interesse in O. ROMBALDI, *Matteo Maria Boiardo feudatario, in Il Boiardo e la critica contemporanea. Atti del Convegno di studi su Matteo Maria Boiardo. Scandiano - Reggio Emilia 25-27 aprile 1969*, a cura di G. Anceschi, Firenze, Olschki, 1970, p. 454, nntt. 23-24: «“iure

significava altro, in verità, se non che in quella generale concessione del feudo erano ricompresi, oltre alla proprietà del territorio e ai diritti (anche pubblicistici¹¹⁴) che su di esso spettavano all'infeudante «*ut dominus castris*»¹¹⁵ (*iurisdictionalis*), anche gli ulteriori *regalia*¹¹⁶, ossia le altre prerogative pubblicistiche e fiscali che, sulle medesime aree, gli competevano invece (*lato sensu*) «*ut rex ratione supremi domini*»¹¹⁷; fermo, ad ogni modo, che «*Regalium generalis concessio non comprehendit Regalia maiora*»¹¹⁸.

Solo, infatti, nel caso, senz'altro non registrabile di frequente, in cui il Principe «in concessione diceret, quod *possit ea facere in suo Comitatu, vel Baronia, quae nos, et alii Reges gerere possumus de plenitudine potestatis*», sarebbe stato allora meno controverso che «virtute eorum verborum dicuntur concessa reservata Principi»¹¹⁹. Ma era questa un'eventualità abbastanza in controtendenza con l'indirizzo generale che i principi assumevano fin dalla prima Età Moderna: a quello cioè per cui essi – come è stato osservato –, «fatta salva l'autonomia dei singoli feudatari nelle loro giurisdizioni, miravano ad accentrare nella corte le attribuzioni della sovranità, a rendere più efficiente e spedito il corso degli affari, a determinare più rigorosamente le competenze fra organi centrali e organi periferici», sicché «in questo nuovo quadro i feudatari erano costretti a gravitare sempre più attorno alla corte e a trasformarsi in funzionari»¹²⁰.

E se questo vocabolario può risultare un po' troppo netto e affrettato, in particolare quando l'Autore impiega il termine 'funzionari', la considerazione ci sembra tuttavia sostanzialmente condivisibile, volendo indicare un divario profondo e marcato tra la potestà del Duca – lui pure, ribadiamo, un feudatario – e quella, per restare all'esempio, dei Conti di Scandiano, i quali, dopotutto, non erano nient'altro – usando un lessico più tecnico – che

feudi nobilis ad usum regni, pro se et suis filiis et discendentibus legitimis masculis tantum», [...] «cum mero et mixto imperio, gladii potestate et omnimoda iurisdictione».

¹¹⁴ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 6: «non jure privato, sed jure baroniae, seu domini publici», o almeno non solo. Così, ad esempio, «Barones, et feudatarij, omnes ex concessione iurisdictionis, maxime meri et mixti Imperij sibi a Principe facta possunt leges, et edicta condere» (MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVIII, § 1; v. meglio *infra*, in questo par.).

¹¹⁵ MOSCHETTI, *Questioni*, cit., p. 136; MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XIV, p. 25, § 9.

¹¹⁶ V. ancora, per tutti, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XIV, p. 26, § 16.

¹¹⁷ MOSCHETTI, *Questioni*, cit., p. 136. Cfr. *infra*, nt. 159.

¹¹⁸ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. X, p. 15, § 10. Lo stesso dicasi, inoltre, per clausole generali analoghe, come ricorda SIXTINUS, *Tractatus de Regalibus*, cit., Lib. I, Cap. V, § 81: «etiamsi castrum concedatur additis his generalissimis sive universalibus verbis: *cum omni iure quod Princeps ibi habet*: tamen jus regale non censeatur concessum, nisi probatur quale jus concedens eo loco habuerit et an Regale sit», e, in ogni caso, anche «si concessio fiat [...] in maxima dignitate [...], eam restringit, ut non habeat locum in iis regalibus, quae sunt singulariter reservata in signum supremae potestatis» (ivi, p. 94, §§ 111-112).

¹¹⁹ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XVI, p. 30, § 25.

¹²⁰ ROMBALDI, *Matteo Maria Boiardo feudatario*, cit., p. 454.

«Principes abusivi»¹²¹: «Principi, Duchi, Marchesi, e Conti, che [...] non sono veri titoli, né vere dignità, [...] mà si dicono tali [...] per onorevolezza, ad imitazione»¹²².

Tra i *superiorem recognoscentes*, del resto, si annoveravano coloro che possedevano i regali maggiori e la *plenitudo potestatis*, e che avevano di conseguenza “ragione di principato”; ma vi rientravano anche, a maggior ragione, quelli che, per l’essere investiti «de mero et mixto imperio cum omnimoda iurisdictione», «est communis opinio [...] quod dicatur inter subditos suos tantam habere potestatem, quantam Princeps Supremus in suo principatu», se in certo senso può forse dirsi che «summa potestas administrationis nil aliud est, quam habere merum, et mixtum imperium, et omnimodam iurisdictionem»¹²³.

In disparte dunque la questione se anche un Principe non totalmente indipendente¹²⁴ potesse creare (in quanto appunto titolare dei diritti di sovranità e *dominus directus* delle singole parti del suo feudo) altri feudatari dotati della sua medesima *plenitudo potestatis*, nelle ipotesi che ora stiamo considerando era precisamente quest’ultima a difettare e a segnare la non equiparabilità tra il potere del Duca – feudatario imperiale – da quello dei dignitari – finanche ‘marchesi’, come nel caso del feudo estense di Vignola, o ‘conti’, come per Scandiano – investiti dal signore estense e non dall’Impero. Un conto erano i «Duces, eo ipso quod sunt creati Duces, etiam quod recognoscant superiorem, tamen habent plenitudinem potestatis, et etiam alii Marchiones, Comites»¹²⁵; un altro, invece, erano – come anticipavamo – quei «Domini qui non habent [...] iura imperialia [ossia i regali maggiori], licet sint perpetuo investiti, [qui] dicuntur Principes abusive»¹²⁶. Fra questi, per limitarci ancora agli Stati Estensi, erano annoverabili ad esempio i Conti di Scandiano¹²⁷, o i «Comites Rangones investitos de castro Crescentis cum mero et mixto imperio, et onnimoda iurisdictione, quod non possint facere statuta contra ius commune, nec etiam praeter, si non sunt honesta»¹²⁸.

¹²¹ P.A. DE PETRA, *De potestate principis, et inferiorum ab eo*, Venetiis, Apud Damianum Zenarium, 1599, Cap. III, Quaest. 4, § 69.

¹²² DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. III, § 2.

¹²³ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 4, § 61, ove, peraltro, si fa riferimento proprio ai Conti di Scandiano. BALDO UBALDI, *In Primum, Secundum, et Tertium Cod. Lib. Com.*, Venetiis, Giunta, 1586, ad *Librum Tertium Codicis*, Rubr. *De pedaneis iudicibus*, Lex II, c. 182r, § 12, precisa che «ista dictio, plenariam [iurisdictionem], significat merum, et mixtum Imperium».

¹²⁴ Ogni Duca, Marchese, Conte o, meglio, feudatario regale e diretto di un Principe *superiorem non recognoscens* rientrava tra i soggetti che «assimilabantur Principi» (LANARIUS, *Repetitiones feudales*, cit., *In repetitione §. 1. de his qui feu. dar. poss.*, § 53), «quod [...] in suo statu [...] iura imperii habere dicatur» (DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 4, § 53).

¹²⁵ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 4, § 73.

¹²⁶ Ivi, § 69.

¹²⁷ Ivi, § 61.

¹²⁸ Ivi, § 67.

E qui sta in effetti la chiave di comprensione della natura del potere baronale, l' *'honestas'*: la conformità di ogni decisione anzitutto con lo *ius naturale vel gentium* – che, come sappiamo, legava anche il Principe¹²⁹ – e altresì, almeno tendenzialmente, con lo *ius civile positivum*¹³⁰.

Ora, rispetto a questa corrispondenza allo *ius positivum*, essa non risulta invero dirimente per il nostro attuale e particolare oggetto di studio appena ribadito, sicché ne possiamo rimandare alcune notazioni ad altro luogo¹³¹. Ciò che invece ci interessa adesso sottolineare è che il vincolo allo *ius naturale*, per i *Principes abusivi* e, più in generale, per gli *Inferiores a Principe*, denotava una valenza più stretta e rigida rispetto a quanto potesse predicarsi per il Principe. Ecco, dunque, la sola, vera differenza tra potere baronale e potere principesco.

Dal punto di vista dell'osservanza del diritto civile positivo (*commune* e del Principe) non sembra, peraltro, che le due potestà in menzione differissero sostanzialmente, o non almeno quando l'investitura – come spesso avveniva¹³² – era concessa dal Principe (non *'cum'*¹³³, ma comunque) *'de'*, o *'ex'*, *plenitudine potestatis* e con la volontà di separare l'ordinamento baronale da quello più ampio del distretto cittadino nel quale esso si trovava inserito. Non pare, cioè, potersi concludere tanto recisamente che «opinio reprobata est», in questa ipotesi, «quod Barones, et similes Feudatarij possunt contra ius commune statuere»¹³⁴; infatti, era vero in generale che «videtur princeps iuri communi derogare, ubi utitur potestatis plenitudine [...], et suprema non ordinaria potestate utitur Princeps, ubi utitur potestatis plenitudine»¹³⁵.

Occorre però a questo punto non cadere in un equivoco: il principe non stava concedendo al Barone la *potestas leges condendi*, ovvero sia lo «jus [...] derogandi, vel dispensandi legibus, easque denuo condendi»¹³⁶; più semplicemente e più modestamente, allo stesso esatto modo in cui – come diremo in seguito¹³⁷ – gli statuti delle città erano approvati e

¹²⁹ Ivi, Cap. XXIII, § 83: «omnia licent Principi, et potest omnia quae [...] sunt possibilia, et honesta: impossibilia autem et inhonesta non potest de iure, prout sunt ea quae repugnanti iuri divino, vel naturali».

¹³⁰ *L. digna vox* (C.1.14.4).

¹³¹ *Infra*, Cap. V., in part. parr. III. e ss.

¹³² Si vedano ad esempio quelle riportate in DURANI, *Summarium*, cit.

¹³³ Come quando «in concessione diceret, quod *possit ea facere in suo Comitatu, vel Baroniam, quae nos, et alii Reges gerere possumus de plenitudine potestatis*» (v. *supra*).

¹³⁴ MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., *Ad Indul. Gener Comm.*, Cap. II, p. 336, § 8; nello stesso senso, ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., pp. 329-332: «Barones habentes merum, et mistum imperium non possunt edere statuta contra ius comune nec contra alias leges superiores». E, inoltre, non sembra corretta (*del tutto*: v. *infra*, in questo par. quando riprenderemo in mano il passo che stiamo per citare), o non perlomeno nella stessa, specifica ipotesi di cui si discorre attualmente, nemmeno l'inferenza di cui in MASTRILLO, *op. cit.*, Lib. IV, Cap. XVIII, § 15, relativa ai «Baronibus habentibus merum, et mixtum Imperium cum omnimoda iurisdictione perpetua, quod possint» – si noti – (solo) «ex causa contra ius commune statuere per eorum leges».

¹³⁵ I. CEPHALUS, *Consiliorum sive Responsorum Iuris*, Venetijs, Apud Franciscum Zilettum, 1582, Lib. V, Cons. DCXVII, §§ 30-31.

¹³⁶ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, § 19.

¹³⁷ *Infra*, Cap. V., par. III. ss.

plenitudine potestatis e potevano perciò derogare allo *ius commune*, così, essendo anche l'investitura rilasciata in deroga al diritto, questa circostanza legittimava il Barone ad esercitare il proprio potere, anche normativo, in deroga allo *ius positivum* e finanche *sine causa*¹³⁸. Ciò, più precisamente, avveniva in forza di quello che oggi definiremmo un 'rinvio mobile', cioè alla fonte e non a particolari disposizioni, o atti normativi, come invece succedeva, ad esempio, nel caso del rinvio – 'fisso' – agli statuti cittadini.

Così, qualora non fosse stata espressamente (*nominatim*) concessa al Barone anche la *potestas leges condendi*, egli non avrebbe potuto vantare alcun diritto quesito (*de iure gentium secundarium*) all'esercizio di tale potere normativo, benché quest'ultimo, come ora dicevamo, fosse all'atto pratico ugualmente capace di derogare allo *ius civile* anche senza una specifica causa di pubblica utilità o necessità¹³⁹. Giusta causa, questa, la cui sussistenza era peraltro da presumersi, in quanto implicitamente autorizzata dal rinvio operato *ex absoluta potestate* alle grida baronali, la cui *conditio* era contenuta nell'investitura, come

¹³⁸ Sul significato dell'espressione '*sine causa*' – che non significava affatto arbitrio illimitato – v. Cap. V., par. III.1, spec. nt. 172.

¹³⁹ Si può discutere se, a tale scopo, fosse necessario che il Barone apponesse anch'egli, come il Principe, la clausola derogatoria *ex certa scientia*. Premettiamo, circa la natura di questa clausola, quanto osservato da MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum*, cit., Tomus I, Cons. II, § 328, e cioè che «clausulam ex certa scientia, non operari eo casu, quando ius tertij laedit [...] et [...] sic in clausula motus proprij, dicimus, quae ius concedentis, non tertij laedit». Ciò detto, come osserva DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Tit. *Clausulae, De plenitudine potestatis, effectus, et defectus discutiuntur*, § 19, «clausula praedicta ex certa scientia, potest etiam uti inferior a Principe, sed minus operatur». Infatti, come notavamo nella Parte Prima, Cap. III., § III., ciascun soggetto titolare di potere era *absolutus* dal diritto che lui stesso avevano stabilito, e cioè da una particolare specie di diritto positivo. In senso relativo, quindi, l' '*absolutio*' era riferibile a chiunque, anche se in senso proprio essa designava la *potestas* del Principe, sciolto dal diritto positivo (*sine* o, nel caso dello *ius gentium secundarium* – che pure restava diritto positivo –, *cum causa*) in genere. Per un esempio di utilizzo della clausola *ex certa scientia* (e traslitterazioni, beninteso, equivalenti) da parte di un *inferior a Principe*, v. *Statuti e Leggi per il Marchesato di Vignola*, a cura di A. Plessi (Società vignolese di Storia Patria ed Arti Belle), Vignola, Monti, 1877 (rist. dell'originale del 1616), p. 147 (grida «sopra le risaie» del 1654) e *passim*; un altro è dato dall'approvazione delle «Riformazioni» allo Statuto di Sassuolo nel 1563 da parte di Ercole Pio di Savoia, vassallo del Duca estense: «[h]avendo vedute le soprascritte Riformazioni degli Statuti [...], quelle approviamo, et confermiamo, commettendo siano osservate non ostante cosa alcuna contraria, à cui di certa nostra scienza deroghiamo» (*Degli statuti di Sassuolo e di tutto il dominio dell'illustrissimo sig. Hercole Pio, et suoi soccessori, con molto accrescimento, dichiarazione, et correptione, novellamente in lingua volgare ridotti da M. Lazaro Fenucci sassuoloese. Libri quattro*, Modena, Gadaldini, 1563, in ASCSASSUOLO, Fondo antico, Costituzioni antiche e privilegi, 1/1, n. 3; cfr. *Repertorio degli Statuti comunali emiliani e romagnoli (secc. XII-XVI)*, a cura di A. Vasina, vol. II, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1998, pp. 190-192, ove si precisa anche che questi Statuti rimanevano in vigore fino all'introduzione del Codice Estense nel 1771).

parte potenziale della *iurisdictio-potestas* concessa, anche quando – eventualmente¹⁴⁰ – non esplicitata¹⁴¹.

In questo modo, erano senz'altro possibili ulteriori deroghe che il Principe avrebbe potuto introdurre sempre *de plenitudine potestatis* od anche solo, trattandosi di mero diritto positivo civile, *ex certa scientia*¹⁴², e comunque *sine causa*, alle statuizioni di cui nelle grida baronali e, soprattutto, al potere di emettere queste ultime liberamente. Dandosi allora il caso di una norma del Principe derogatoria rispetto alla stessa *lex specialis* rappresentata dall'investitura, il Barone avrebbe potuto ulteriormente prescindervi – a quel punto sì – solo «ex causa»¹⁴³,

¹⁴⁰ L'utile catalogo di investiture già più volte menzionato, cioè DURANI, *Summarium*, cit., ne dà testimonianza espressa. Nell'investitura di Spilamberto, originariamente concessa nel 1394 (ivi, p. 4), si legge ad esempio: «[e]t de eo Castro, Villisque praedictis, Hominibusque, et Personis in eis commorantibus quibuscumque ita facere, et disponere ad sui libitum possint»; e così pure nella rinnovazione di quella – facendo un salto di più di tre secoli – di Novi Inferiore alla famiglia dei Marchesi Gherardini datata 1738: «[...] e dire altre cose, che più pareranno, e piaceranno al predetto Sig. Marchese Feud., [...] per la cognizione, decisione, e spedizione di tutte, e ciascheduna di dette Cause, e per reggere, e governare i Sudditi [...], e con amplissima facoltà, e Autorità di fare Rescritti, Ordini, e Determinazioni, eseguirle, e farle eseguire» (ivi, p. 15). Lo stesso, del resto, avrebbe fatto ancora (quanto – intendiamo – all'esplicitazione di un potere normativo dei Baroni, e non in ordine al suo ruolo nell'ordinamento e rispetto al diritto principesco, riformato dall'opera 'consolidatoria': cfr. *infra*, Cap. V., par. IV.1.), il *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. II, § X: «[p]er il migliore Governo, e Reggenza dei loro Sudditi, e delle predette Giurisdizioni potranno fare quegli Ordini, Rescritti, e Determinazioni, che troveranno a proposito, eseguirle, e farle eseguire [...]».

¹⁴¹ Era infatti punto incontrovertito che «apud Magistratum civilem in regenda, et moderanda Republica unus ex actibus magis necessarijs sit legis conditio, [...] et statuere iurisdictionis est, et a iurisdictione dependet» (MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVIII, §§ 6-7) e che *a fortiori*, come prima segnalavamo, «Barones, et feudatarij, omnes ex concessione iurisdictionis, maxime meri et mixti Imperij sibi a Principe facta possunt leges, et edicta condere» (ivi, § 1). Si trattava, più precisamente della *potestas* e *arbitrium super bono et pacifico statu*, su cui si rinvia a MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 174 ss. e 356, nt. 23, e una tale potestà nei Baroni, in forza del rinvio suddetto, acquisiva un rilievo di spessore diverso da quello che essa possedeva in ogni altro *inferior a Principe*, magari dotato di *merum et mixtum imperium* (così, ad esempio, il pretore o podestà di Modena, sul quale dato TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., p. 194). Rispetto a questi ultimi è possibile citare, come fa appunto Meccarelli, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria [...]*, Venetiis, 1580, L. *Ambitiosa* [D.50.9.4], Tit. *De decretis ab ordine faciendis*, §§ 11-12: ««[e]x vigore dicti arbitrii (parla dell'*arbitrium super bono et pacifico statu*) non possunt statuere aliquid quod sit contra statuta et ordinem factum a toto populo a quo ipsi auctoritatem habent nisi de novo supervenisset causa vel causa antiqua esset de novo manifestata quae tempore legis conditae populus ignorabat»».

¹⁴² Cfr. J.A. ACTOLINUS, *Resolutiones forenses, seu, res in diversis foris, et praecipue in Civitate Bononiae Iudicatae*, Genevae, Sumptibus Samuelis de Tournes, 1686, Resolutio LIII, § 13, il quale spiega che «inferior non potest se intromittere de re ex certa scientia per superiorem confirmata». A. BEROIUS, *Consiliorum*, Bononiae, Apud Ioannem Rossium, 1567, Vol. III, Cons. VII, § 34, precisa poi ulteriormente, assumendo in particolare (ma non fa invero alcuna differenza di concetto) il caso di uno statuto di un'arte mercantile approvato «ex certa scientia» ma senza la «clausula non obstantibus», che «absque tali clausula [*scil.* la clausola *non obstantibus*, e quindi solo con quella *ex certa scientia*] ultimum derogat primo contrario». A proposito, invece, della clausola *non obstantibus* e della sua diversa efficacia rispetto alla clausola *ex certa scientia*, in riferimento nello specifico alla deroga a norme statutarie (nel senso che, in quanto *lex* «locorum particularium», «non intelligitur princeps tollere, nisi hoc expresse dicat [...]: quia princeps non praesumitur habere scientiam, immo probabiliter potest ignorare statuta, et consuetudines locorum»: L. CORRADUS, *Templum omnium iudicum pontificiae, Caesareae, regiae, inferiorisque potestatis*, Venetiis, 1575, Lib. I, Cap. I, § III, n. 25), si veda ID., *op. cit.*, *loc. cit.*, nn. 26-27: «dicit sufficere verba generalia, derogatoria, vel confirmatoria, actuum praecedentiarum, prolata ab eo, qui potestatem habet confirmandi, vel derogandi: dummodo de eius voluntate constet, utcumque loquamur de privilegijs, rescriptis, constitutionibus, consuetudinibus, vel contractibus: [...] communem esse opinionem ut sufficiat clausula, non obstante aliqua lege».

¹⁴³ Consideriamo di nuovo un brano tratto da MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVIII, § 15: «Baronibus habentibus merum, et mixtum Imperium cum omnimoda iurisdictione perpetua, quod possint ex causa contra ius commune statuere per eorum leges» (con *ius commune* era normalmente da intendersi anche

alla pari di un qualsiasi, comune titolare del *merum et mixtum imperium* e di un *arbitrium regulatum*.

Molto chiaro era, in questo senso complessivo, il già citato giurista piacentino Pietro Antonio de Petra (1512-1608¹⁴⁴):

«[c]ontractus cum illis [«Regibus, Ducibus, et Marchionibus, et alijs qui non ligantur legibus in suo territorio»¹⁴⁵] gesti habent vim legis, sicut contractus Caesaris [...] et est communis opinio. Fel[inus Sandeus] [...] loquens in Civitate superiorem non recognoscente, quod intelligi debet non recognoscente superiorem de facto, ut supra diximus [...], et de Imperatore, vel Rege, vel quocumque alio, qui non ligatur legibus in suo territorio, sicut sunt multi Duces, et Marchiones [come appunto i Duchi estensi] idem concludit Baldus [...]»¹⁴⁶.

Di qui, ebbene, la capacità delle grida e del diritto baronale in genere di derogare allo *ius positivum*:

«statuta Ducum, Marchionum, et omnium Baronum, qui habent iurisdictionem, et administrationem iure proprio, sunt ius civile, ad instar statutorum Civitatis, quae leges similiter facit iure proprio, et ex permissione»¹⁴⁷.

In definitiva, se si considera che, potenzialmente, un Barone poteva godere anche della *potestas leges condendi*, ove espressamente dedotta in contratto, la vera e più profonda differenza che comunque residuava con il Sovrano era che «quilibet Inferior a Principe», «sive sit Comes, sive Magistratus, aut Legatus a latere, vel Praeses provinciae», «non potest auferre ius alterius, nec uti clausula, non obstante aliquo iure, quia non possunt iura tollere

il diritto del Principe, oltre a quello romano, come precisa DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, §§ 19-20: «de legibus, et ordinationibus, quae fiant per Principem supremum, et absolutum, sive per feudatarium dignitatis, qui habeat ius principatus, [...] [h]is etenim casibus, erroneum est, huiusmodi leges appellare statutarias, vel municipales, ab alia lege communi exorbitantes, quoniam vere, ac proprie sunt leges communes [...]»).

¹⁴⁴ J. M. DE BUJANDA, E. CANONE, *L'Editto di proibizione delle opere di Bruno e Campanella. Un'analisi bibliografica*, in «Bruniana et Campanelliana», VIII (2002), fasc. 2, p. 473.

¹⁴⁵ Questa citazione è tratta dallo stesso § indicato alla nota successiva.

¹⁴⁶ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. VI, § 5.

¹⁴⁷ Ivi, Cap. VI Pars. [sic], § 77; nello stesso senso, BERIUS, *Consiliorum*, cit., Vol. III, Cons. VII, §§ 32-33 (la citazione vale per analogia di concetto, come già precisato richiamando questo *consilium*, riferito allo statuto di una corporazione mercantile): «[n]on obstat [...] quod», in linea di principio, «inferior non potest legem superiorem tollere, quia hoc est verum, quando vellet illam in totum, secus si vellet restringere, seu limitare, [...] et maxime hoc verum est, quando inferior non haberet potestatem, et iurisdictionem faciendi statuta a superiore, cuius legem vellet restringere»; infatti, «dico eorum statutum servandum esse contra provisionem Regiminis superioris [...] quia eorum statuta sunt confirmata ex certa scientia [...]. Item confirmata fuerunt a sede apostolica non in forma communi, sed ex certa scientia, ut dictum, [...]: quo casu statuta mercatorum valent, et servanda sunt, etiam si tendant in praeiudicium iurisdictionis superioris, et contra ius publicum, et generale civitatis».

[...] et ista est communis opinio, quod Inferiores a Principe non possunt uti plenitudine»¹⁴⁸. Più in particolare, gli stessi non potevano «de iure retractare sententiam, quae transierat in iudicatum, nec denuo committere eius revisionem per viam appellationis, [...] committere causam cognoscendam, iuris ordine non servato, nec appellatione remota». In sintesi, quindi, dal momento che «Inferiores a Principe non possunt uti plenitudine potestatis, [...] etiam si eis sit concessa omnimoda potestas»¹⁴⁹, gli stessi «non possunt etiam ex causa ius alteri quaesitum de iure gentium, vel naturali auferre»¹⁵⁰.

Aggiungiamo poi che non avrebbe senso domandarsi se e perché il Barone, in forza di un'investitura capace di pregiudicare eventualmente perfino gli *iura quaesita* dai terzi *de iure gentium* (in quanto concessa *de plenitudine potestatis*)¹⁵¹, non potesse, a propria volta, reputarsi indefinitamente autorizzato a derogare a tale diritto – che in fin dei conti era pur sempre diritto positivo – qualora ne ricorresse una giusta causa: alla pari, insomma, del Principe. La domanda, infatti, sarebbe viziata in partenza, nelle premesse, giacché – come appena visto – «auferre» tali diritti quesiti ossia, più in generale, derogare allo *ius gentium secundarium* significava precisamente «uti plenitudine potestatis»; inoltre, lo stesso Principe, atteso che era vincolato al fine della giustizia e che lo *ius gentium secundarium* era strumento capace di assicurarlo quasi sempre¹⁵², non poteva apportarvi eccezioni che *in certo*

¹⁴⁸ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 4, §§ 71-72.

¹⁴⁹ Ivi, § 72. In questo senso, in molte investiture tra quelle che abbiamo potuto vagliare, si trova scritto: «cum mero, et mixto imperio, plenariaque gladii potestate, [...] obedientia Hominum, omnimodaque Jurisdictione [...] pro pacifico statu, ac regimine» (DURANI, *Summarium*, cit., p. 7 e *passim*).

¹⁵⁰ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. XXXII, Tit. *Disputatio secunda principalis*, § 11; v. anche ivi, Cap. XXIII, § 82. Al contrario, proprio perché gli altri enti o soggetti dotati di *merum et mixtum imperium* non godevano di un'attribuzione *iure proprio e proprietatis* – come, ad esempio, i governatori delle città od i podestà delle podesterie maggiori –, «isti inferiores non possunt etiam cum causa ius quoquo modo quaesitum auferre» (ivi, Tit. *Disputatio secunda principalis*, § 14): anche, ovverosia, «in iure quaesito de iure civili, vel positivo» (ivi, Cap. XXIII, § 81), ovverosia «in gratiosis» (ivi, § 82), detti altresì «gratuita [...] privilegia, ac gratiae» (CEPHALUS, *Consiliorum*, cit., Lib. V, Cap. DCXVII, § 149).

¹⁵¹ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. VI, § 6, il quale spiega che «contractus cum aliqua civitate [o con un Principe] superiorem non recognoscente celebratus habet vim legis» anche «in praedictum omnium subditorum, ubi pactum et contractus sit conceptus, prout loquitur Bart[olus] [...] loquens in contractu celebrato inter Civitatem, et conducentem gabellam».

¹⁵² L'unica, ma fondamentale, differenza tra *ius gentium (secundarium)* e *ius civile* è che il primo si definisce come insieme di «conclusiones», sia pur 'seconde' o «ex propinquo» o 'quasi-immediate', dallo *ius naturale* (o, che dir si voglia, *ius gentium primum*), mentre il secondo è un insieme di «determinationes» formulate a partire sempre da quest'ultimo (per la citazione di S. Tommaso d'Aquino, rinviamo *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. II.1.). Infatti, né lo *ius civile* né lo *ius gentium secundarium* sono giusti (rispondenti all'obiettivo della giustizia) *absolute*, ma solo *comparative* al fine; solo che il diritto delle genti secondario, in quanto insieme di 'conclusioni', risponde all'obiettivo della giustizia *in se* e inoltre, in quanto derivato *quasi immediate* dallo *ius naturale vel gentium primum*, *in sua totalitate* (anche se non *in certo casu*). In altre parole, lo *ius gentium secundarium* è nel suo stesso, particolare contenuto quasi sempre 'opportuno' rispetto al fine e resta, perciò, *ius quia iustum*, nonché *iustum quia iustum*. È per questo che occorre una motivazione "rafforzata" – da parte del Principe che volesse derogarvi – rispetto a quella insita nella semplice esplicitazione della sua *certa scientia*, cioè della compiuta attenta valutazione dei fatti e della operata prudente ponderazione degli interessi in gioco: perché la ragione per preferire la norma derogatoria alla norma derogata non poteva essere manifesta, trattandosi di sostituire una regola che era corollario e conseguenza logica dell'obiettivo – oltretutto diretta e immediata: che era appunto *ius quia iusta* – con una, invece, il cui rapporto di strumentalità e utilità con lo

casu. Di conseguenza, o dall'investitura – come più sopra accennavamo – risultava la concessione della stessa *plena potestas* (ed era invero caso dalla legittimità controversa o comunque non comune, come sopra notavamo), o viceversa il dubbio, non constando altresì, ed esplicitamente – ripetiamo –, una siffatta attribuzione e data l'immodificabilità del diritto delle genti secondario *in sua totalitate*, non ha ragion d'essere.

Ciò chiarito, il *merum et mixtum imperium* e la *omnimoda iurisdictio* baronali designavano infatti fondamentalmente un potere magistratuale, molto diverso dal *merum imperium absolutum* del Principe¹⁵³. I Baroni non possedevano, in virtù della loro carica, quelle prerogative «*quae sunt in Principibus ratione Principatu*»¹⁵⁴, ma tutto in essi si definiva a partire dalla loro condizione strutturale di «*Inferiores*» al Principe, dal loro non avere «*ragione di principato*»¹⁵⁵.

Ci sembra pertanto che l'incidenza del tipo di feudo concesso fosse determinante:

«*verba generalia debent referri ad ea, quae sunt de natura rei deductae in concessione, et ideo terminus iste generalis omnis restringitur [...] ad ea, quae sunt de contractu*»¹⁵⁶.

Quand'è così, la distinzione sopra cennata delle «*diversas regalium species*» – «*regalia [...] feudo annexa, et adhaerentia*» che non possono «*separari*» da esso (feudo pubblicistico s'intende) e *regalia* che invece competono all'infedante «*non ut Dominum Castri, sed ut Regem [...] ratione supremi dominij*»¹⁵⁷ – è a ben vedere trasversale a quella tra *regalia maiora, regalia minora* (o *fisci*) e altresì, infine, «*regali, li quali convengono anche a persone*

scopo non era dovuto intrinsecamente alla norma, bensì a fattori estrinseci che la rendevano maggiormente opportuna, nelle circostanze concrete, rispetto all'obiettivo. Ed è per questa ragione che, in definitiva, si diceva che il diritto civile è *ius (iustum) quia iussum* e che, invece, lo *ius gentium secundarium*, benché in sé diritto positivo, era assimilabile maggiormente allo *ius naturale vel gentium primum*. Cfr., su questi concetti, S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, spec. q. 102, art. 1, ad 3.

¹⁵³ «*Jurisdictio, enim, merum, et mixtum imperium sunt vocabula ad magistratus officium pertinentia, non ad summum imperium*» (K. ZIEGLER, *Exercitatio juridica De Jure Collectandi, a quibus, quibusve personis et rebus imponi collectae debeant*, Wittembergae, Typis Danielis Schmatz, 1672, § XIV; S. STRYKIUS, *Continuatio Quarta Usus Moderni Pandectarum, a Libro XXXIX. usque ad finem*, Halae Magdeburgicae, Sumptibus Orphanotrophii, 1713, Lib. L, Tit. IV, p. 996, § 5; BOCER, *Tractatus de regalium*, cit., Cap. I, p. 27, §§ 27-28; NICOLI, *Confutazione*, cit., p. 260). Ricordiamo per completezza che, in altra accezione, *iurisdictio* è concetto da porsi invece in contrapposizione non a 'superiorità territoriale' o 'sommo imperio', bensì a '*legislatio*' (cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. III.).

¹⁵⁴ B. DE CHASSENEUZ, *Catalogus gloriae mundi, in quo doctissime simul et copiosissime de dignitatibus, honoribus, praerogativis [...] continetur*, Coloniae, Apud Samuelem de Tournes, 1692, Pars V, p. 259, Consid. LIV.

¹⁵⁵ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. XIII, § 1.

¹⁵⁶ DE PONTE, *Consiliorum*, cit., Cons. LXXIV, § 7.

¹⁵⁷ Ivi, §§ 5-6.

private»¹⁵⁸ (cioè non legati al ruolo di *praeses communitatis* del concessionario, ma ad esempio al diritto di proprietà sui terreni oggetto dell'investitura)¹⁵⁹.

Ora, questa digressione sulle *communes regulae feudorum*, pur lunga, ci mostra come nel caso dei molti potentati baronali o feudi interni ai Principati territoriali, dei quali l'Europa moderna era ricca, non si desse una mediatezza del potere tanto compiuta quanto quella che, per converso, abbiamo registrato nei rapporti tra le entità politiche statuali o feudi regali e quelle cd. universali e pienamente sovrane.

Ne approfondiremo a breve, nei paragrafi successivi di questo Capitolo, le implicazioni correlate al nostro tema delle modalità di esercizio del potere; intanto, giova insistere ancora un momento sul punto predetto con qualche dato forse più pratico e concreto.

II.1.1. Cenni ulteriori dalla prassi estense

Che cosa veniva «*in generali delegatione meri, et misti imperii*»¹⁶⁰, cioè con il conferimento della *omnimoda iurisdictio*?

Nel paragrafo appena chiuso ci è sembrato di poter stabilire che la differenza essenziale tra le autonomie politiche feudali dipendesse dalle prerogative e dai poteri oggetto della concessione e questi, a loro volta, dalla carica attribuita. Sempre in tale sede accennavamo, per esempio, al fatto che i Baroni non potevano, *de iure*, ossia 'di ragione', per natura della

¹⁵⁸ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. II, Cap. I, § 9, p. 15.

¹⁵⁹ In proposito, si veda ancora DE PONTE, *Consiliorum*, cit., Cons. LXXIV, il quale concludeva che, anche se in certe concessioni di feudo giurisdizionale (*scil.* publicistico) venivano i regali, non tutti i feudi di tal genere avevano però tra gli *iura annexa et adhaerentia* (cioè per loro natura) i regali del prim'ordine, ma solo, come accadeva nella specie da lui esaminata, quelli minori. In particolare, si legge: «non dubito, quod in generali concessione facta cum verbis, ut in bulla» – «conceditur inquam quicquid proprietatis possessionis, et iuris habuerit dicta Ecclesia in Castro Nimphae, vel ad eam spectat, seu spectare potest, et tam in praedicto Castro, quam in domibus, vassallis, hominibus, et habitatoribus eiusdem, ac in ipsius territorio, pertinentijs, et districto, et in mero, et mixto imperio, ac in iurisdictione, in ipsis, et in fructibus, seu redditibus, ac proventibus eorundem» (§ 4) – «venit ius istud regale, utputa solitum est feudum possideri cum mero, et mixto imperio, [...] ita quod connumeratur inter redditus Castri, tunc similia regalia veniunt» (§ 5). Cionondimeno, «concedere voluit Papa omnia, quae habebat, quomodolibet in ipso Castro Nimphae, ut Dominus ipsius Castri» (tanto nel senso, cioè, di territorio quanto di circoscrizione publicistico-giurisdizionale («tam in praedicto Castro, quam in domibus, vassallis, hominibus [...]»); mentre «hoc ius [redditus piscationum] non habet in Castro, sed habet penes se, uti Papa, et propterea in concessione Castri non venit ius, quod non est de Castro», proprio in quanto questo era inteso, al più, come area giurisdizionale, laddove tale diritto aveva natura di «ius [...] ossibus Principis infixum» (§ 12; conforme MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XIV, § 9; cfr. MOSCHETTI, *Questioni*, cit., p. 145). Insomma, o si dimostrava l'esistenza di una qualche altra formula o clausola generale capace di includere anche la (concessione della) 'ragione di principato', oppure «verba generalia non possunt [...] extendi ad id, quod non est de natura rei concessae, maxime [...] ubi [...] non subsequitur aliqua clausula generalis» (§ 11). Nello stesso senso complessivo, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. X, p. 16, §§ 5 e 9, il quale parimenti ribadiva l'importanza della diversità di carica: «in Principibus superiorem recognoscentibus, qui de regali feudo ab Imperatore, vel rege, investiti fuerint, nam per generalem regalium concessionem, non modo minora regalia in Principatu, Ducatu, vel Marchionatu existentia, verum etiam regalia maiora, quae ipsi Imperatori, vel Regi in signum superioritatis reservata sunt, acquirunt», laddove, invece, «loquendo in Principibus, Ducibus, et Marchionibus, quibus simpliciter regalia concessa reperiuntur, illi in eorum dominijs aliud non possunt, quam eorum dictarent privilegia, [...] nec regalia maiora habere dicuntur».

¹⁶⁰ ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., p. 344 e *passim*.

loro carica, «retractare sententiam, quae transierat in iudicatum», né procedere «iuris ordine non servato»; concludevamo, inoltre, che il fattore determinante nella distinzione del potere del ‘barone’ da quello del ‘principe’ era la titolarità della *plenitudo potestatis*.

Con lo sguardo ora rivolto all’esempio estense, risulta significativo ricordare a questo proposito che, nella seconda metà del Seicento, la Reggente Laura Martinozzi emanava provvedimenti tesi a riportare l’esercizio del potere da parte dei feudatari estensi entro i limiti – per l’appunto – della «regolar natura»¹⁶¹ delle loro investiture, già per vero più generose di regalie (anche maggiori) di altre coeve. Così, la Provvisione del 3-4 Ottobre 1671, che era diretta a rimediare alle «forme di Governo introdotte da’ Feudetarii così irregolari, esorbitanti, e contrarie al Ius delle Genti, e naturale, non che positivo»¹⁶²; e che era tesa, altresì, a invalidare tutte le decisioni dai medesimi assunte con le quali si «dasse altra pena così afflittiva, come pecuniaria senza prima essersi proceduto conforme le regole, termini, e fondamenti di Giustizia, come intende Sua Altezza Serenissima praticarsi da molti nelle loro giurisdizioni»¹⁶³.

La richiamata Provvisione passava poi a descrivere nel dettaglio i caratteri indebitamente assunti dal governo feudale:

«[...] proibiscono a’ loro Sudditi, et abitanti ne’ loro Feudi, l’andar fuori delle loro giurisdizioni ad habitare, l’estrarre le loro rendite, et effetti, li far contratti di Grani, Vini, Fieni, Legna, ed altre robbe, annullano tutti li Rogiti d’Instrumenti e Testamenti e li Contratti medesimi, et ultime volontà fatti, eseguiti fuori delle giurisdizioni quanto sia per li beni situati in esse, e vietano ancora a Forastieri il poter acquistare Beni ne’ loro Feudi, et in quelli succedere in qual si voglia modo, in maniera, che con queste Grida, et ordini resta affatto levato il Comercio trà Sudditi di una, e quelli dell’altra Giurisdizione, anzi trà quelli dello Stato immediato, e tutti indirettamente restano privi della facultà e libera disposizione delle loro sostanze, et aggravati da continue molestie, spese d’Officiali, e Composizioni, che continuamente sono sforzati à fare, per evitare le Confiscazioni, e pene gravissime, et esorbitanti contenute in dette Gride, oltre li Carreggi, et opere, a’ quali ò con Gride, ò con Ordini particolari vengono astretti li detti Sudditi a fare servizio privato, e famigliare di essi Feudetarij»¹⁶⁴.

¹⁶¹ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. I, Cap. IX, §§ 8-9.

¹⁶² ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. F, n. 749, *Provvisione sopra alcune gride, commissioni, rescritti et ordini de Signori Feudetarii di S.A. Serenissima*, 1671, pp. 3 e 7. Il testo citato, in seguito ripubblicato nel *Codice*, Lib. III, Tit. II, §§ XI-XXII, è presente altresì in TAVILLA, *Diritto, istituzioni*, cit., p. 117.

¹⁶³ Di nuovo, *Provvisione sopra alcune gride*, cit., *loc. cit.*; cfr. la testimonianza del 1704 di D. DE BELLOIS, *De Vineolae moderniori Statu chronica enarratio*, 1704, in *De Vineolae moderniori statu chronica enarratio Doct. Clerici Dominici De Bellois (Anno MDCCIV) notis ac documentis illustrata et aucta Municipii Vineolensis cura et espensis edita*, a cura di A. Plessi, Bononiae, Zanichelli, 1872, p. 32: «[...] temporibus istis facilius est feudatarios facere de non delicto processus, quam de delicto procedendi per eos omitti rigorem».

¹⁶⁴ *Provvisione sopra alcune gride*, cit., p. 3; cfr. E. FREGNI, *Aspetti istituzionali, organizzazione amministrativa e produzione documentaria nei territori estensi*, in *Archivi, Territori, Poteri in area estense (Secc. XVI-XVIII)*, a cura di Id., Roma, Bulzoni, 1999, pp. 61-62. I feudatari imponevano spesso anche servizi di natura personale ai loro sudditi: tra questi, solo per darne un’idea, quelli «per mantenimento di castelli, rocche, case d’uffiziali

Come ci si potrà facilmente avvedere, queste disposizioni feudali, annullate in buona parte dalla Martinozzi, tendevano a riprodurre lo stile di governo proprio del Sovrano. Tralasciando i manifesti abusi, si trattava cioè di normative, o di ordini in genere, che in molti casi il Duca stesso emanava o aveva emanato. Questa circostanza è degna di nota perché, se tutti i provvedimenti feudali appena considerati andavano immancabilmente a derogare allo *ius gentium*¹⁶⁵, essi erano in parte fatti salvi dalla Duchessa.

Relativamente, in particolare alle grida baronali che vietavano «[i]l poter estraere, portare, e condur fuori dalla Giurisdizione senza licenza, denuncia, ò pagamento alcuno Formenti, Grani, et ogni altra sorte di Legumi, Uve, Vini, Legna»¹⁶⁶, esse venivano dichiarate nulle «purche non l’estraessero dal Luogo infeudato ne’ Stati d’altri Principi»¹⁶⁷. A parte la questione (giuridica ma) discutibile della scelta di restringere sotto tale aspetto la libertà dei sudditi per ragioni di utilità pubblica, la norma è interessante, dal nostro punto di vista, per il fatto che sanzionava l’auto-arrogazione da parte dei feudatari estensi del potere di derogare al diritto delle genti. Così, «se per qualche accidente occorresse penuria grande di dette cose nella Giurisdizione del Feudetario, in tal caso potrà per quell’Anno solamente provvedere con

di giustizia, molini feudali, carceri e simili»; «[fornire] uve alle loro cantine, fieni alle stalle ed ogn’altra cosa per servizio delle case loro» (C.E. TAVILLA, *Diritto e politica durante la reggenza Martinozzi: il ruolo di Bartolomeo Gatti*, in *L’Occidente degli eroi. Il Pantheon degli Estensi in Sant’Agostino a Modena (1662-1663) e la cultura barocca. Atti del convegno. Modena, Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti, 25-26 ottobre 2018*, a cura di S. Cavicchioli, Modena, Artestampa, 2019, pp. 51-52). V. anche *Statuti e Leggi per il Marchesato di Vignola*, cit., p. 68: «[d]i più Sua Eccellenza [il Marchese] Ordina, e Comanda espressamente, che ogni persona di qualsivoglia grado, stato, condizione si sia, così terriera, come forastiera, non debba per l’avenire macinare fromento né altra sorte di Biade e grani che occorrerà macinare altri Molini che alli molini di Sua Eccellenza di Vignola, et Savignano, sotto pena della perdita della robba, e di due scudi per staro d’applicarsi per tre quarti alla Camera Marchionale».

¹⁶⁵ Ci limitiamo a questo riferimento: «infertur, non posse Barones habentes merum, et mistum imperium edere nonnulla banna [...] prohibentia extractionem rerum seu victalium extra territorium; nam de iure gentium cuilibet data est facultas rerum suarum libere administrandi, et deducendi ubicumque voluerit» (ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., pp. 329-332). Che poi, effettivamente, si trattasse di materie oggetto della disciplina dello *ius (positivum) gentium secundarium* e non piuttosto regolate dallo *ius (positivum) civile*, alcuni, probabilmente al fine di favorire il proprio cliente, cercavano di negarlo. Così M. SOZINUS IUNIOR, *Consiliorum*, Venetiis, 1556, Pars tertia, Cons. LXXVI, § 22-25, precisa in realtà che «statutum de qua agitur» – una provvisione con la quale il feudatario di Sassuolo stabiliva «ne bona immobilia in sua iurisdic[tione] iacentia possint quoquo modo in non subditos alienari» (ivi, § 20) – «valere, et servandum esse, [...] alicqualiter contrarietur iuri communi, quod ius commune per statuta municipalia tolli potest (loquor de iure civili) [...]». Et huiusmodi statutum valet [...], cum dicatur factum ob publicam utilitatem, ut [...] in eius prooem[io] ibi *per conservare lo commodo, et utile alli suoi sudditi* [...]. Et quod etiam videmus ex consuetudine servari quod isti Duces, et Comites, etiam quo in aliquo recognoscant superiorem faciunt talia, et similia statuta [...]». L’argomentazione, tuttavia, appare fragile: se si trattava di una libertà non afferente allo *ius gentium secundarium* ma allo *ius civile*, che bisogno aveva il Signore di Sassuolo di invocare una *iusta causa* di pubblica utilità per derogarvi dal momento che – affermazione palesemente non *pro veritate* – i Baroni «in territorio [...] non recognoscunt superiores, prout est iste [...] Comes praesertim quando aliquid disponunt per viam statuti, et de plenitudine potestatis, prout accidit in casu isto» (ivi, § 27)? Per una panoramica delle norme di diritto naturale e delle genti, si rinvia al già più volte citato GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., pp. 639-644.

¹⁶⁶ *Provigione sopra alcune gride*, cit., p. 4.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Grilde penali ancora al bisogno proprio, e de' suoi Sudditi, mà sempre, e non altrimenti con partecipazione, et assenso di S.A.S.»¹⁶⁸.

Di rilevanza ancora maggiore, poi, era l'altra norma a tenore della quale,

«[n]on intendendo l'A.S. di derogare a' Statuti vecchi di ciascuna Terra, Luogo, e Castello, in materia di simile proibizione a' Sudditi di alienare ne' Forastieri, et a quelli di poter succedere, et acquistare, poiche se tali Statuti saranno particolari di detto Luogo, Terra, o Castello, questi non s'intenderanno aboliti, ne rivotati, e così il Feudatario potrà valersi della loro disposizione, che se poi la Terra, o Luogo infeudato si valesse de' Statuti delle Città, questi, come fatti per regolare il Governo universale della Città dominante, e non altrimenti la Giurisdizione, e Luoghi particolari singolarizzando ciascuno di essi, come tanti Dominij divisi, e separati tra loro, et ancora dalla Città medesima, e massime dopo le infeudazioni, in questi termini non potranno li Feudetari valersi di detti Statuti della Città [...]»¹⁶⁹.

Perché – ci si potrebbe domandare – statuti che, esattamente alla pari delle grida baronali, limitavano libertà naturali dei sudditi erano fatti salvi all'opposto di quelle? La risposta, a nostro avviso, rientra perfettamente nello schema generale che tracciavamo al paragrafo precedente.

In primo luogo, v'è da ribadire che il Feudatario non aveva alcun potere di derogare allo *ius gentium secundarium*; questa capacità, certo, non l'avevano men che meno le città suddite del Principe, e tuttavia, se gli statuti con i quali esse avevano limitato detta libertà individuale erano stati approvati dal Principe “*non obstantibus*”, la deroga doveva considerarsi senz'altro lecita, mentre una simile approvazione – prerogativa esclusiva del Principe, come sappiamo – non era stata ottenuta dalle contenutisticamente identiche grida feudali. Ora, lo *ius gentium secundarium*, come da ultimo si ribadiva sempre nel superiore paragrafo, non poteva essere mutato che *in certo casu*, in quanto quasi sempre giusto (*rectius*: rispondente a giustizia); se però il Barone avesse potuto stabilire autonomamente dal Principe quando questo caso eccezionale ricorreva, ciò avrebbe significato che egli stava esercitando la *plena potestas*, la quale aveva ad oggetto precisamente tale capacità di deroga. Il punto è che il Barone non disponeva – salvo espressa attribuzione – della *plenitudo potestatis*. Se essa appunto difettava, il problema era allora che, costituendo la concessione dell'investitura baronale – diversamente dall'approvazione dello statuto comunale – un ‘rinvio mobile’ (alla fonte e non all'atto normativo), mentre di conseguenza la città suddita derogava allo *ius gentium* in forza della legge del Principe (in qualità, cioè, del suo statuto

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 5.

divenuto legge del Principe¹⁷⁰), le grida lo avrebbero fatto invece per forza propria, usurpando così il loro autore un potere che non gli era stato concesso e che, quindi, non gli apparteneva.

In secondo luogo, si legge nel testo poc'anzi trascritto che, oltre a doversi trattare di «Statuti vecchi», essi dovevano essere inoltre «particolari di detto Luogo» e non «fatti per regolare il Governo universale della Città dominante», cioè un ambito territoriale trascendente il feudo. Ebbene, in questo caso la norma si spiega considerando che l'investitura era la *lex specialis* del luogo infeudato e che, conseguentemente, come essa andava a derogare ad una legge più generale, così doveva a sua volta dirsi derogata da una norma ancora più specifica, qual era appunto quella che disciplinava, qualora ciò non fosse fatto esplicitamente e diversamente dall'investitura, un oggetto che il beneficiario di quest'ultima non avrebbe potuto regolamentare autonomamente. Lo stesso poi dicasi anche per l'ulteriore norma di cui nella Provvisione della Martinozzi, riguardante i rapporti non tra grida baronali e Statuti cittadini ma tra le prime e le grida ducali¹⁷¹.

Passando adesso ad un altro esempio, era sempre per il vincolo rigido allo *ius gentium secundarium* che era inibito a questa specie di feudatari il procedere *ex abrupto*, vale a dire *iuris et ritus ordine non servato* (cd. *tela iudiciaria*) nel modo più radicale, in deroga al fondamentale principio della *citatio-defensio*¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. *infra*, Cap. V., par. III ss.

¹⁷¹ *Provvisione sopra alcune gride*, cit., p. 6: «[i]ntende però Sua Altezza Serenissima sin' hora, e sino ad altra sua risoluzione, che fosse necessario à farsi per la pubblica utilità, e buona direzione del suo governo, che sotto la dichiarazione di nullità di tutte le sudette Gride, Ordini, Provigioni, Statuti, e Rescritti, non siano comprese, ne contenute quelle [...] che prima dell'Infeudatione fatta Feudatario, fossero state publicate, e rispettivamente fatte dal Prencipe sopra le suddette materie, quando anche fossero poi doppo le Infeudationi state confirmate dal Feudatario (cosa pur troppo praticata da molti, come se le gride del Prencipe supremo havessero bisogno della loro approvatione) purchè siano state fatte, et ordinate dal Prencipe per il Governo particolare di quel luogo, e così fossero locali, poichè se fossero universali, e spettanti al Governo universale dello Stato, in tal caso fatta l'Infeudatione, in vece di regolarlo, distruggerebbono il governo contra la mente del Prencipe, che le fece, e così dichiara Sua Altezza Serenissima, che s'intendino abolite, e rivate; e ciò se da quelle non avesse il Feudatario alcun Dazio, o Gabella, e che da lui fosse stata acquistata specialmente insieme col Feudo, o separatamente doppo l'infeudatione, perchè all' hora la Grida, e Provigione, non s'intenderà annullata, e rivotata [...]». L'ultimo periodo («e ciò se da quelle non avesse [...]») dimostra proprio, ci sembra, quanto ora osservavamo nel testo: che, cioè, solo laddove l'investitura, quale *lex specialis* – si noti – del Principe, e non del Barone, avesse disposto in qualche maniera astringendo le libertà garantite dallo *ius gentium* (se con giusta causa o meno è discorso adesso non pertinente), allora la grida fatta dal Barone sarebbe stata efficace e, prima ancora, valida (semprechè, successivamente, non fosse stata derogata dal Duca anche la stessa investitura sotto quel profilo). Cfr., sul punto, TUSCHUS, *Practicarum conclusionum*, cit., Tomus primus, Concl. 28, § 9: «non possunt feudatarij condere statuta, neque facere bannimenta, per quae aufertur vasallis, et subditis facultas competens de iuri naturali, vel communi nisi fiant in auxilium [*secundum legem*] constitutionis sui superioris [come appunto nel caso ora in esame]; secus est, si fiunt statuta, et prohibitoria bannimenta, quae respiciunt ius commune, et ex causa, etiam si tollatur quaedam immemorabilis tolerantia, prout deferendi arma».

¹⁷² ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., p. 337: «idem est procedere ex abrupto ac iuris ordine non servato. [...] procedere ex abrupto est de reservatis supremo Principi, *Bal. in l. imperium* [...], quia procedere ex abrupto, est procedere supra legem, et Princeps absolutus est supra legem Civilem, [...] ergo talis potestas non transit in generali delegatione meri, et misti imperii»; MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, p. 246, § 207: «Barones, et alij feudatarij, habentes merum, et mixtum imperium, teneantur, et debeant illud exercere iuris, et ritus ordine servato; non autem ex abrupto, [...] quia Rex concedendo alicui

Peraltro, non bisogna confondere il procedimento *ex abrupto* con qualsiasi altra *clausula diminuens iuris ordinem*, quali erano la *clausula 'summarie'*, quella *'de plano'* e quella *'sola facti veritate inspecta'*¹⁷³. Un conto, infatti, erano quelle procedure che derogavano allo *ius gentium secundarium* – come appunto quella *ex abrupto* –; un altro, invece, erano quelle che derogavano alla procedura ordinaria *de (mero) iure civili*, ma che restavano comunque «cum debita causae cognitione»¹⁷⁴. Solo il procedere *ex abrupto*, così, era precluso ai Baroni in virtù della natura della loro carica¹⁷⁵; per converso, quei «Domini [...] recognoscentes superiorem», i quali «habent in suis terris omnimodam, et absolutam [scil. separata] iurisdictionem», «possunt uti hac clausula [summarie etc.]»¹⁷⁶, «cum ordo iudicij est constitutus a lege communi» e «si haberent regalia» (ossia se il Barone non fosse solo titolare di una carica perpetua)¹⁷⁷.

merum, et mixtum imperium, intelligitur concessisse, ut illud exerceat cum debita causae cognitione, et non cum illa plenitudine potestatis, quam Rex concedens habebat». Sul tema del procedimento *ex abrupto*, si veda in generale L. LACCHÉ, «Ordo non servatus». *Anomalie processuali, giustizia militare e «specialia» in Antico Regime*, in «Studi storici», XXIX (1988), fasc. 2, pp. 361 ss., e spec. pp. 369-370, nt. 31, in merito alla deroga, giusta il procedimento *ex abrupto*, del diritto alla *citatio-defensio*, sulla cui afferenza allo *ius gentium* GORLA, «Iura naturalia sunt immutabilia», cit., pp. 639-640; MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., pp. 427 ss., spec. p. 472; QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, cit., pp. 56 ss.; MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 123, nt. 81.

¹⁷³ In generale, su queste clausole, MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 255 ss.; TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., pp. 55 ss.; MONTI, *Iudicare tamquam Deus*, cit., pp. 128 ss.; più di recente, si può vedere F. MACINO, *Extra petita. Sugli effetti della clausola sola facti veritate inspecta nella dottrina tra XV e XVI secolo*, in «Historia et ius», XX (2021). Nel particolare, anche quando si potevano assumere decisioni parametrate alla 'sola verità del fatto' «numquam censetur sublata defensio» e, inoltre, «fieri non potest condemnatio ad debitum non probatum, ex quo esset contra ius naturale, et gentium» (B. ABRUZZO, *Interpretatio ad pragmaticam unicam de modo procedendi Summarie, et de Plano, sola facti veritate inspecta*, Panormi, Apud Alphonsum de Isola, 1638, Pars II, Cap. I, §§ 7-9); cfr. I.B. ASINIUS, *Ad Statutum Florentinum De Modo procedendi in civilibus, Interpretatio*, Florentiae, Apud Carolum Pectinarium, 1571, § III, *De causis summaris, et clausulis summarie, De plano, et sola facti veritate inspecta, et De forma a statuto imposta*, Cap. V, n. 3: «suadere id videtur vis ipsa clausulae, et ius naturale vel gentium, ad quod Iudicem ipsum reducit»; e ACTOLINUS, *Resolutiones forenses*, cit., Resolutio XVIII, § 62: «per talem clausulam [sola facti veritate inspecta] tolluntur omnes solemnitates Iuris positivi, et ea sola remanent, quae Jus gentium concernunt».

¹⁷⁴ Sempre MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, p. 246, § 207.

¹⁷⁵ Il che non significa affatto che questa facoltà non potesse essere loro attribuita in maniera espressa dal Principe: in questo senso, con riguardo agli Stati Estensi, v. *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. IV, Tit. XIV, § IV.

¹⁷⁶ A. GABRIELIUS, *Communes Conclusiones*, Francofurti, Impensis Rulandiorum, 1616, Lib. VI, *De clausulis*, Conclus. VI, §§ 4-5 (v. anche il § 6); cfr. F.M. CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles sive Commentaria ad varia Capita Statutorum Almae Urbis [...]*, Romae, Sumptibus Francisi Ant. Galleri, 1701, Tomus I, Annot. XV, Art. II, §§ 141-146; P. RODOLPHINUS, *De ordine procedendi in iudicijs in Romana curia [...]*, Perusiae, Ex Typographia Camerali, et Episcopali, 1650, Pars II, Cap. I, *De causis Summarijs*, §§ 67, 75-76. Per un esempio concreto, v. il § X della Grida penale del 1775 emanata dal Conte Tommaso d'Ottone Chiodini, feudatario di Felina: «Agli effetti suddetti si procederà sommariamente *ex Offitio* [...]» (in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. MM, n. 1746).

¹⁷⁷ M. DE AFFLICTUS, *In utriusq. Siciliae, Neapolisq. sanctiones, et constitutiones novissima praelectio*, Venetiis, Apud Ioannem Variscum, et Paganinum de Paganinis, 1588, Pars I, Quaest. IX, § 14. Del resto, tale conclusione complessiva si accorda con il principio generale, ossia con la natura del *merum et mixtum imperium* che i Baroni incontrovertibilmente e molto spesso possedevano: in questo senso, J.A. MARTA, *Tractatus de iurisdictione per, et inter iudicem ecclesiasticum et secularem exercenda*, Moguntiae, Typis Ioannis Albini, 1609, Tomus I, Pars I, Cap. XXXVI, §§ 21-22: «[...] igitur patet, quid sit meri imperii definitio. Est nimirum imperium nulli iurisdictioni coniunctum, id est, nullam admittens causae cognitionem, vel exercitium, quae proprie ad iurisdictionem pertinent. Dicitur enim merum, ide est, solum, et purum [...], quod purum, et simplex est, ac cum nullo alio mixtum [...]: Item merum ius gentium, [...] quod cum praeceptis civilibus non est

Ecco quindi, e di nuovo, il punto: il nucleo della *plenitudo potestatis* o *merum imperium absolutum* che dir si voglia, quella *absolutio legibus* che – come già si è visto – consentiva a chi avesse ‘ragione di principe’ di derogare anche allo *ius gentium secundarium*, sebbene solo *in certo casu*, e cioè allorché lo richiedesse una causa di pubblica utilità o necessità.

Si giunge così all’aspetto che ci premeva sottolineare con quanto sin qui si è esposto. Nei casi di scontro tra Duca e feudatari appena esaminati, una delle principali questioni che la dottrina aveva affrontato – cioè l’oggetto della *generalis delegatio* della *iurisdictio* e del *merum et mixtum imperium*¹⁷⁸ – ne racchiudeva un’altra e, per la nostra indagine, dirimente. Si trattava dell’inconcepibilità stessa dell’ordinamento baronale nei termini di un ordinamento *per se stans*, dal che derivavano implicazioni che potremmo definire davvero “strutturali” relativamente ai criteri di sovra-subordinazione tra enti titolari di pubblico potere. E queste conseguenze – siamo convinti – trovano nelle varie classificazioni dell’elemento funzionale che abbiamo ricostruite nella Parte Prima del lavoro la propria chiave di comprensione.

Quest’ultimo passaggio, tuttavia, deve essere rimandato alla parte conclusiva di questo Capitolo, richiedendo l’ordine logico dell’esposizione che procediamo prima a chiarire più concretamente in che senso gli ordinamenti dei feudi minori non fossero affatto autosufficienti a causa dei rilevanti limiti che il potere baronale soffriva rispetto a quello di un vero e proprio ‘principe’.

A questo proposito, diciamo subito che ci sembrano illuminanti il tema della *duplex sententia* e quello, più in generale, delle appellazioni contro le decisioni delle cause assunte in sede baronale.

Ancora il Codice Estense del 1771 recava infatti la prescrizione per cui «soltanto per le Cause Civili si continuerà la pratica sin quì osservata di portarle dopo le due Sentenze

coniunctum». Sempre a proposito dei rapporti tra *merum imperium* e *causarum cognitio*, J. VOET, *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani Iuris principia ac controversias illustriores, Jus etiam odiernum, et praecipuae Foris quaestiones excutiuntur*, Coloniae Allobrogorum, Fratres de Tournes, 1778, Tomus I, Lib. II, Tit. I, *De Jurisdictione*, § 40, precisava di rapporto ‘tutto’ - ‘parte’, e in particolare ‘parte potenziale’, nel senso che il *merum imperium* sussiste anche senza la cognizione delle cause, e tuttavia essa era una modalità della sua espressione: «non tamen imperium hoc merum in solo consistit naturali facto animadversionis, sicut omnis deesset Jurisdictio, sed magis in animadvertendi potestate, cui conjuncta est potestas examinandi, condemnandi, vel absolvendi, causa cognita, reos criminum, sicut praecedens Causae cognitio, et examen indissolubili nexu huic cohaeret Imperio». Avremo invece occasione di dire come la *causarum cognitio* fosse sempre ‘parte’, ma ‘integrante’ (o ‘integrale’), della posizione di potere della *iurisdictio simplex*, e cioè necessaria e imprescindibile per la sua sussistenza stessa.

¹⁷⁸ Oltre all’ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., pp. 297 ss., e al MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, si veda sulla questione anche l’autorevole trattazione di J. MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis, centuriae sex. Quibus tota iuris pars, quae a iudicum arbitrio et potestate pendet [...] Omnia nunc emendatius et ordinatius quam antehac edita*, Genevae, Samuelis de Tournes, 1690, Lib. I, Quaestio LXXIV.

conformi al Supremo Nostro Consiglio di Giustizia in grado di Revisione» (Lib. III, Tit. II, § VII)¹⁷⁹. Anche più pregnante, poi, la disposizione di cui al successivo § VIII:

«passando in giudicato una Sentenza per essere trascorso il termine ad appellare, o per essere andato deserto l'appello, dovrà bensì ricorrersi a Noi, o al Supremo Consiglio Nostro suddetto per la restituzione in intero, ma questa ottenuta dovrà poi ritornare la Causa al Tribunale de Feudatarj, e sarà immancabilmente giudicata in grado d'Appello dai Giudici deputati, o da deputarsi dai medesimi Feudatarj».

La normativa in esame, lungi dal costituire una novità del Codice del 1771, rappresentava piuttosto una ripubblicazione degli *Ordini da osservarsi dal Consiglio di Signatura* emanati da Francesco II il primo Febbraio 1683, provvedimento che a sua volta confermava quello più risalente di Cesare d'Este del 22 Dicembre 1620¹⁸⁰; a testimonianza, insomma, dell'essere questi principi iscritti nella natura stessa dei sistemi d'Antico Regime.

La soluzione di cui nel citato articolo del Codice sembra d'altra parte conforme agli orientamenti della dottrina di quel tempo, laddove essa legava la capacità (o la incapacità) di concedere la restituzione nei termini alla titolarità (o alla non titolarità) della *plenitudo potestatis*, ovvero ad una specifica e puntuale concessione che però, almeno nel caso estense, difettava.

«Respondetur primo loco si loquimur de restitutione in integrum iustitiae, potest illam concedere Baro. Probatur primo [...] quod Barones habentes merum, et mistum imperium sunt iudices dati a Regia maestate, ergo possunt in integrum restituere, quando restitutio competit ex iustitia. [...] Secunda principalis conclusio, restitutio in integrum ex gratia concedenda non a Barone habente merum, et

¹⁷⁹ Per un campionario, ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Affari in via economica o delegati – Memoriali ed ordini diversi (1608-1760), busta n. 904 (1734-1760). Fra le molte, la supplica al Duca di revisione di sentenza civile emessa dal giudice di Gombola, feudo della famiglia Cesi fino al 1796 («Serenissima Altezza // Angelo e fratelli Cabtj da Gombola sudditi [...] umilissimi [...], sentendosi lesi da certa esecuzione commessa dal Podestà di Gombola contro d'essi loro, ad istanza di Camillo Poggi di colà, ricorrono perciò genuflessi alla Clemenza grande di V.A.Ser.ma e la supplicano degnarsi concedere, che ne sia riveduta la causa»). Altre, poi, provenivano dai feudi di Arceto dei De Mari-Spinola e di Ravarino dei Rangone Terzi. Ancora, in ASMO, Archivi giudiziari, Supremo Consiglio di Giustizia, Affari in via economica o delegati – Memoriali ed ordini diversi (1761-1800), busta n. 127 (1761-1776), la supplica contro una sentenza d'appello emessa proprio dal Governatore di Vignola, feudo Boncompagni, come ci è noto: «Ser.ma Altezza. In causa civile in prima istanza vertita nel Foro di Savignano tra il Sacerdote D. Giacomo Odorici [...] attore da una, e Gian [illegg.] Cassanelli settuagenario del luogo istesso reo convenuto dall'altra parte, riportò questi dal Podestà di Savignano sentenza contraria, da cui per sentirsene lesa appellò al Governatore di Vignola, il quale forse perche non sono state dedotte le ragioni di d.o Cassanelli settuagenario ha confermato detta sentenza. E sentendosi il p.to Cassanelli oltre modo aggravato e desideroso di provvedere alla propria indennità; perciò il medesimo umil.mo ser.e, e suddito dell'A.V.Ser.ma supplica ossequiosamente la somma clemenza, e retta Giustizia della medesima, a volersi degnare di concedergli la revisione al Supremo Consiglio di Giustizia che della Grazia quam Deus etc.».

¹⁸⁰ Per la ricognizione di questi dati, TAVILLA, *Diritto, istituzioni*, cit., p. 169.

PARTE SECONDA

mistum imperium concedi potest, sed solum a supremo Principe [...]. Et ratio est nam talis Baro [in linea di principio, *n.d.s.*] aggratiare non potest»;

«si cum mero, et misto imperio crearetur aliquis Dux Marchio vel Comes tunc posset aggratiare, quandoquidem conclusio est intelligenda de Marchionibus Comitibus, et Ducibus, qui in temporalibus non recognoscunt superiorem, et decorantur tit[ulo] serenitatis, ut v.g. Dux Mantuae [...], non aut intellegi debet dicta propositio de Ducibus, Marchionibus, et Comitibus vassallis, qui solum abusive dicuntur Princeps Duces, et Comites ac Marchiones»¹⁸¹.

Emerge dai passi appena trascritti come vi fossero due tipologie di remissione in termini, distinguendosi tra restituzioni «*ex iustitia*» ed «*ex gratia*»; non entrambe, tuttavia, dipendevano dalla peculiare potestà di natura *extra ordinem* (cioè *absoluta*) del Principe¹⁸². Da un lato, infatti, v'era l'«insuflazione delle istanze» e dall'altro le «desertioni» «*ex causa*»¹⁸³, e solo per le prime occorreva in realtà il ricorso alla *plena potestas* o 'grazia' ducale (termine, questo secondo, peraltro improprio perché, di per sé, indicava qualcosa di non dovuto).

Ora, il punto è che i feudatari estensi non avevano una facoltà – come si diceva, generica e indeterminata – di procedere *iuris ordine non servato*. Di conseguenza, riguardo alla disposizione in esame («passando in giudicato una Sentenza per essere trascorso il termine ad appellare, o per essere andato deserto l'appello, dovrà bensì ricorrersi a Noi [...] per la restituzione in intiero»), deve ragionevolmente propendersi per la riferibilità della stessa alle sole «insuflazioni» d'istanze nell'ambito delle cause civili. Il motivo, in conclusione, è che esse richiedevano l'esercizio della *potestas* sovrana, *absoluta* – previa ricorrenza di una *iusta causa* – anche dallo *ius gentium secundarium*, cioè da quelle 'conclusioni' tratte dallo *ius naturale* le quali, tuttavia, avendo anch'esse natura di diritto positivo, non erano sempre e necessariamente rispondenti a giustizia, diversamente dallo *ius naturale* o *gentium primum*. Ed era siffatta potestà derogatoria che – come più volte ormai affermato – ai feudatari minori, privi della *plenitudo potestatis*, non poteva competere se non in virtù di specifiche ed espresse concessioni¹⁸⁴.

¹⁸¹ ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., rispettivamente pp. 426-428, §§ 894-895 e 903, e, circa la potestà di grazia dei 'principes abusivi', pp. 312-313, § 313; cfr. MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, p. 249, § 285, e ivi, Lib. III, Cap. IV, § 388.

¹⁸² Cfr. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 126, nt. 87, e soprattutto TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., pp. 80-81 e 164-166.

¹⁸³ TAVILLA, *op. ult. cit.*, locc. ultt. citt.

¹⁸⁴ Considerazioni analoghe, ragionevolmente, possono spendersi anche per la *duplex sententia*, specie prestando attenzione al fatto che essa andava a stabilire i diritti delle parti in maniera definitiva (cfr. ancora TAVILLA, *op. ult. cit.*, pp. 175 ss.). Per la materia penale, invece, ogni dubbio viene fugato dalla espressa attribuzione al vassallo estense della potestà di grazia.

Non era cioè sufficiente il *merum et mixtum imperium* («*a iure limitatum*»¹⁸⁵), che, al massimo, avrebbe consentito di mitigare il *rigor iuris civilis*. Occorreva, invece, quella *potestas plena* che era ‘assoluta’, cioè slegata, dalle rigidità contingenti anche dello *ius gentium secundarium*¹⁸⁶.

Possiamo ora tirare le fila del discorso sin qui svolto. Abbiamo visto come l’investitura di un feudo regale desse luogo ad un Principato *de iure* sovrano, perché, benché non totalmente indipendente, il Principe vi esercitava lo stesso potere del soggetto che glielo aveva concesso. La subordinazione di un ente all’altro, in quelle condizioni, si svolgeva – precisiamo: per quanto almeno riguardava i rapporti interni al Principato subordinato – secondo un esercizio del potere marcatamente ‘giurisdizionale’, e cioè, in breve, nelle ipotesi di *denegata iustitia* e «agravio evidente». Abbiamo inoltre osservato come, sempre in un simile stato di cose, l’esistenza e – certamente – la netta prevalenza della ‘funzione giurisdizionale’ (ancora una volta nel senso formal-sostanziale del termine) non potesse in alcun modo indicare l’inesistenza di una ulteriore funzione – quella ‘amministrativa’ –, ma solo, piuttosto, che quest’ultima non poteva assurgere, a causa della rigida mediatezza del potere superiore, a criterio di descrizione dei rapporti tra enti.

Ebbene, è precisamente sotto questo profilo che, a nostro avviso, la cd. modernità rivelava una delle sue novità più capaci di creare una cesura con l’esperienza precedente¹⁸⁷. Laddove,

¹⁸⁵ Si veda di nuovo BALDO UBALDI, *In primam Digesti veteris*, cit., *De iurisdictione omnium iudicum* (D.2.1.2), ad l. *Cui iurisdictione*, c. 69v; ma sulla non libertà «a lege honestatis» del potere del *princeps*, v., fra i molti, H. CAGNOLUS, *In primam et secundam Digesti veteris et Codicis partem*, Venetiis, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, 1590, *In legem imperium ff. de iurisdictione omnium iudicum*, p. 57, § 129.

¹⁸⁶ Come limpidamente sottolinea MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 105-106 e 126-127, e come abbiamo già più volte messo in luce, per l’*arbitrium regulatum* e quello *liberum* il vincolo al potere non era riferibile alle singole norme di una certa sfera di diritto (rispettivamente, *ius civile/positivum* e *ius naturale vel gentium*), bensì alla «*ratio*», all’obbiettivo o, come abbiamo cercato di dimostrare, all’interesse collettivo perseguito dalle medesime norme; od altresì, come diremo ora più nello specifico, a determinate declinazioni di un medesimo scopo quali sono i differenti assetti di interessi chiamati appunto *ius positivum* o *civile* (a sua volta suscettibile di tante graduazioni quante erano le istituzioni subordinate l’una all’altra), *ius gentium* e *ius naturale* e *divinum*. Si veda, in particolare, in MECCARELLI, *op. cit.*, p. 106, nt. 31, il passo di Baldo degli Ubaldi ivi riportato: «Triplex est conscientia: scilicet ligata rebus visis [cioè legata alla lettera della legge, sicché si potrà al massimo prospettare una libertà o discrezionalità interpretativa], ligata rationibus legum [senza perciò riguardo alle norme già formate in quanto tali] [...]». In generale, come già accennavamo al par. precedente, il titolare del *merum et mixtum imperium*, in quanto portatore di un *arbitrium regulatum*, era chiaramente soggetto allo *ius positivum* (in particolare – ripetiamo – allo *ius commune* romano e alla legge del Principe Territoriale), ma non se ricorreva una ragione di equità o, che più piaccia dire, di giustizia (cioè ‘*ex causa*’ o ‘*cum causa*’), benché sempre *per come declinata*, tale ragione di equità, dallo *ius gentium secundarium*. Ebbene, il Barone, come più sopra puntualizzato, aveva una condizione leggermente differenziata da quella appena descritta di ogni altro titolare del *merum et mixtum imperium*: egli era infatti soggetto al diritto positivo solo allorché il Principe avesse manifestato espressamente la propria volontà di derogare con la pienezza della sua podestà anche alla investitura da lui concessa, vale a dire emanando una *lex* che era *specialis* anche rispetto alla *lex specialis* costituita dall’investitura (cfr., sul punto, *supra*, par. II.1., nonché *infra*, Cap. V., par. III. ss.). Restava invece invalicabile anche per i Baroni, ed anche *in certo casu*, cioè anche qualora ricorresse una *iusta causa* per derogarvi, il limite dello *ius gentium secundarium* (v. ancora *supra*, par. I.1.).

¹⁸⁷ Una continuità fondamentale, invece, può essere individuata nella persistenza – come già anticipato – del paradigma della «sovranità istituzionale». Infatti, è solo l’introduzione del paradigma tipico della

infatti, non vi sia una mediatezza del potere, vale a dire una condivisione formale e vincolante da parte del soggetto in posizione di preminenza della titolarità della propria potestà con l'ente subordinato, acquisiscono un ruolo descrittivo di primo piano le modalità di esercizio del potere. E la ragione è di natura logica: l'esercizio del potere o funzione, molto semplicemente, presuppone una posizione di potere. Se cioè – per usare il vocabolo di Pietro Costa – l'“ineguaglianza” della relazione di potere si determina rispetto ad un certo fine o interesse comune, e si manifesta in ultima istanza mediante un comando ossia un atto o decisione (generale o particolare), in mezzo tra questi due termini vi è l'ordinamento degli altri interessi che vengono in rilievo nell'operazione (interessi parziali), e quest'ultima si sostanzia nella regola di precedenza che rappresenta il contenuto dell'atto decisorio.

Sono insomma la connaturalità e l'inscindibilità stesse di queste fasi della formazione di una regola giuridica ad indicare che ad acquisire visibilità è il momento ‘funzionale’, una volta che non si debbano fare questioni di attribuzioni in punto di potere in senso stretto, e quindi di individuazione delle rispettive sfere di dominio di due distinti soggetti; il che è vero proprio perché la titolarità del (profilo¹⁸⁸ della posizione di) potere che viene in rilievo non è condivisa.

Analogamente, supposta una coincidenza di funzione formale (ossia di tipologia formal-sostanziale di funzione), si dovrà poi distinguere tra parti potenziali di quella stessa funzione, le quali – come sappiamo – si identificano con la scansione normare-eseguire-controllare. E ancora, infine, ipotizzando l'identità tra due soggetti distinti anche di parti potenziali di una forma funzionale, bisognerà distinguere le competenze di essi sulla base del tipo di atto emanando.

contemporaneità, cioè la «sovranità normativa» o, ed è lo stesso, il principio di separazione delle funzioni nell'accezione non formal-sostanziale ma montesquieuiana per l'avanti descritta, che implica l'espulsione dal campo del giuridico di ogni interesse funzionale indisponibile: la giuridicità, ovverosia, della giustizia. La ragione è che – come abbiamo cercato di dimostrare nella Parte Prima del lavoro – la necessità di assicurare tale interesse finale-funzionale da parte di un'istituzione implica sempre, in un qualche momento, quella di formare una regola di precedenza tra interessi (una norma) nuova e diversa da quella formata da un altro soggetto e tuttavia, per l'appunto, contrastante con l'interesse che in teoria quest'ultimo soggetto avrebbe dovuto perseguire, e non ledere.

¹⁸⁸ VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., p. 54, ha opportunamente precisato che «resulta perfectamente licito delegar toda la jurisdicción o sólo una parte de la misma, pudiendo ésta delimitarse en función de *criterios territoriales, personales u objetivos* aplicados a los distintos ámbitos que definen la propia jurisdicción ordinaria» (corsivi nostri). Ad esempio, tenendo a mente che il diritto positivo serviva a perfezionare i rapporti giuridici regolati dallo *ius naturale vel gentium*, il fatto che i Baroni non fossero abilitati a derogare allo *ius gentium secundarium*, nemmeno laddove necessario per perseguire il fine per cui lo stesso *ius gentium secundarium* sussisteva, cioè la giustizia o equità (ed è questo il concetto di *iusta causa*), ci indica come, pur nell'identità dello scopo, ossia dell'interesse comune-collettivo finale, Baroni e Principe avessero due posizioni di potere chiaramente diversificate. In particolare, se il Duca aveva la facoltà di operare l'ordinamento degli interessi parziali a quello comune e ultimo della giustizia senza ulteriori condizionamenti, spettava per converso ai Baroni la prerogativa di perfezionare il medesimo ordinamento di interessi dando forma meno generica agli assetti di interessi già previsti dalle altre, superiori, predette sfere giuridiche.

La natura della carica baronale ci suggerisce in definitiva due conclusioni distinte ma connesse. In primo luogo, il fatto che la Baronìa non avesse ragione di Principato indicava l'inconcepibilità, anche in astratto, di una sua totale separatezza dal resto dell'ordinamento complessivo, dal momento che il potere baronale, limitato com'era, risultava privo della capacità di svolgere tutti i compiti necessari alla vita di una collettività¹⁸⁹. A questa segue poi l'ulteriore osservazione per cui, dove non ricorreva il presupposto essenziale di una potenziale separazione tra ordinamenti – cioè, ripetiamo, una condivisione tra due enti distinti della titolarità di determinate prerogative tale per cui *il diritto* all'esercizio delle stesse risiedesse in capo alla sola istituzione subordinata –, si rendeva necessariamente più evidente, quale criterio informatore dei rapporti di sovra-subordinazione, la differenza di natura 'funzionale'.

Sono queste, quindi, le due risultanze che dobbiamo ora accingerci a sviluppare.

III. Centro e periferie: una pluralità di 'pubblici'

Anche per affrontare questo tema specifico ci serviremo prevalentemente dell'esperienza giuridica estense in qualità di esempio.

A proposito sempre della natura della carica baronale e dei limiti cui la connessa potestà soggiaceva, nel *Dottor Volgare* del De Luca riassuntivamente si legge che «questi feudatarij inferiori e subordinati, col mero, e misto impero, e con la giurisdizione, pare che in sostanza siano più tosto *governatori* e *magistrati* perpetui, che veri feudatarij con dignità, et imperio»¹⁹⁰. Più, invero, che sulla perpetuità della carica, intendiamo però adesso concentrarci sulla qualità di *iudices ordinarii* dei Baroni, sul loro essere depositari di una potestà generale nel territorio affidato al loro governo¹⁹¹.

¹⁸⁹ A questa conclusione giunge anche R. DEL GRATTA, *Feudum a fidelitate. Esperienze feudali e scienza giuridica dal Medioevo all'Età Moderna*, Pisa, ETS, 1994, pp. 282-283, con riferimento al Ducato mantovano: «alcune fattispecie esulavano dal rapporto feudale disciplinato dall'investitura; rispetto ad esse gli abitanti del feudo non venivano presi in considerazione nella loro condizione di sottoposti alla giurisdizione vassallatica, bensì quali sudditi del Duca»; cfr. anche A. VISCONTI, *La Pubblica Amministrazione nello Stato milanese durante il predominio straniero (1541-1796). Saggio di storia del diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1913, spec. pp. 370-371.

¹⁹⁰ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. II, Cap. XX, § 3 (corsivi nostri); anche se ciò non sembra del tutto corretto affermare quando i Baroni non hanno in proprietà solo la carica (l'*officium*: ciò che farebbe pensare piuttosto alla venalità delle cariche, appunto), ma hanno in proprietà anche quel *merum et mixtum imperium*, come nei casi sin qui vagliati. Cfr. M. CARAVALE, *Tradizione, legge, consuetudine: qualche osservazione sul pensiero dei commentatori*, in «Historia et ius», XVIII (2020), pp. 28-29.

¹⁹¹ Ad esempio, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XV, p. 233, §§ 1 e 9: «Barones Regij officiales, ac Magistratus dicuntur»; «Baronem investitum cum iurisdictione dici Iudicem ordinarium perpetuum suorum vassallorum, nihilque differre ab alijs iudicibus, nisi quod ipsi habent iurisdictionem dominium, et transmissibilem ad suos, alios tamen iudices, et Magistratus habere revocabilem, et ad tempus»; v. anche G. BOLOGNETTI, *In secundam Codicis partem. Repetitiones aureae, doctissimae, ac copiosissimae, ad omnes rubricas, leges et materias quae matutinis horis in publicis Gimnasij interpretantur, hac nouissima editione ita partitae, ordinatae, et restitutae, innumerisque erroribus omnis generis expurgatae*, Venetijs,

Certo, abbiamo chiarito che questi suffeudatari disponevano spesso di molte regalie, anche di alcune di quelle maggiori; era proprio la titolarità da parte loro di queste ultime a dare infatti scaturigine a profili di coincidenza con il potere del Principe, sicché, in tali casi, si realizzava una piena mediatezza del potere del Sovrano. Tuttavia, se, come dicevamo poco fa in nota, era ai Baroni che risultava affidata in linea di principio la responsabilità del «migliore Governo, e Reggenza dei loro Sudditi», ben diversa indole presentavano la competenza dei medesimi ad occuparsi dei rapporti di convivenza in generale, specie in ordine alla risoluzione delle controversie penali¹⁹², e quella ad intervenire in altri settori di pubblico interesse (vale a dire, in ordine a interessi comuni-collettivi di portata meno generale rispetto a quello alla giustizia¹⁹³).

Variscum, 1572, *ad Rubr. C. qui admit*, §§ 42-43. Ancora il *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. II, § X, stabiliva – lo ricordiamo – senza molti margini di ambiguità che «[p]er il migliore Governo, e Reggenza dei loro Sudditi, e delle predette Giurisdizioni potranno fare quegli Ordini, Rescritti, e Determinazioni, che troveranno a proposito, eseguirle, e farle eseguire [...]». Ciò è del resto conforme alla tradizionale e onnicomprensiva definizione bartoliana di *merum et mixtum imperium e iurisdictio (stricta)*, qualificazioni giuridiche di moduli di potere pubblico sempre – come visto – ricorrenti nelle formule d’investitura: «merum imperium; est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur vel per actionem publicam utilitatem respiciens principaliter [...]. Mixtum imperium est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur privatam utilitatem respiciens [...]. iurisdictio stricta [...] est iurisdictio quae officio iudicis mercenario expeditur privatam utilitatem respiciens» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima ff. veteris. Expolita commentaria domini Bartoli de Saxo ferrato [...] in primam partem digesti veteris [etc.]*, Venetij, Baptistam de Tortis, 1526, *ad l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, cc. 50r-51v, §§ 6, 15 e 23). Sul *iudex ordinarius* si è invece già detto, in sé, nei parr. precedenti.

¹⁹² Era cioè soltanto in tale ambito più specifico che i Baroni avevano una competenza eguale a quella del Duca; non altrettanto invece – lo si è appurato – circa la risoluzione delle controversie civili. Né – aggiungiamo per completezza – deve essere fraintesa la portata della riserva al *princeps* di alcune fattispecie delittuose, in quanto ciò di per sé non poteva indicare in alcun modo una sua superiorità di potere. Essa solo segnalava, piuttosto, una volta di più la non completa cessione di potere da parte del Duca, ma non anche il trattenimento di un altro e diverso regale o qualità della posizione di potere sovrana. Così era, ad esempio, per crimini quali la lesa maestà e la blasfemia, per le composizioni di delitti, o altresì per le controversie che coinvolgevano le *miserabiles personae* (anziani, malati, pellegrini, forestieri, enti ecclesiastici, minori, vedove, e simili), le quali potevano invocare in ogni momento il privilegio del foro stabilito dalla *Lex unica* (C.3.14.1: v. TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 180, nt. 14, anche per una relativa bibliografia). Cfr., ampiamente e per tutti, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, p. 246-249, §§ 214 ss., il quale annoverava ben quaranta categorie di cause – civili e penali – sottratte normalmente alla potestà dei feudatari; ABRUZZO, *Lectura practicabilis*, cit., pp. 310 (circa la lesa maestà) e 410-411 (composizioni di delitti). Per un campionario poi di fattispecie concrete in territorio estense, si veda ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Prodotte civili, Suppliche, Commissioni, Relazioni d’*adeat*, busta n. 879 (1762-1764), ove si rinviene, *ex plurimis*, il caso di una vedova di San Martino in Rio (località infeudata sino al 1767) supplicante la remissione della propria causa al Supremo Consiglio di Giustizia. Erano fattispecie, tutte queste, che restavano entro la sfera di cognizione sovrana, ma che non si vede dogmaticamente perché non avrebbero potuto essere comunicate ai feudatari. La riserva al Duca era operata infatti tendenzialmente sulla base di criteri di selezione, anche culturali, che qui ci è sufficiente accennare, quali la rappresentazione del (solo) *princeps* come protettore degli ‘incapaci’ – a riprova del fatto che i Baroni non possedevano tale qualità –, o perché si trattava di questioni che lo coinvolgevano direttamente (su questi profili, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Discorso conclusivo*, in *La giustizia nell’alto Medioevo (secoli V-VIII). Atti del Convegno presso il Centro italiano di studi sull’alto medioevo svoltosi a Spoleto 7-13 Aprile 1994*, Spoleto, Fondazione C.I.S.A.M., 1995, pp. 1274-1276).

¹⁹³ Per questa distinzione, che ha carattere eminentemente logico, tra «collettività riunita per un’impresa speciale» (quale quella degli aventi come interesse comune-collettivo quello al buon mantenimento delle vie pubbliche acquatiche e di terra) e «collettività [...] unite per la vita nel suo insieme, [...] p. es., [...] la collettività di una città o di un regno», si veda S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 48, *Respondeo* (anche nella traduzione italiana appena citata): «[e]st autem quaedam multitudo adunata ad aliquod speciale negotium,

Era infatti relativamente a questi settori più particolari del governo di un territorio che acquisivano maggiore visibilità le modalità di *esercizio* del potere, in quanto, in quegli ambiti, la mediatezza rispetto al potere baronale non risultava ricorrere.

Già Giovanni Santini, in questo senso, riportava l'esempio della podesteria di Montecuccolo, parte del piccolo feudo della famiglia dei Marchesi Montecuccoli-Laderchi, il quale, per gli adempimenti relativi alla realizzazione e manutenzione della Via Giardini¹⁹⁴, dipendeva dal Podestà di Montefiorino e quindi dal Governatore di Sestola, entrambe giurisdizioni dello Stato immediato¹⁹⁵.

Più in generale, è possibile del resto notare come, corrispondentemente a ciascuna di tali collettività (o settori di governo) 'speciali', vi fossero altrettante magistrature con competenza estesa all'intero Ducato¹⁹⁶.

Assumiamo in particolare l'esempio del Magistrato di acque e strade, tra i più attivi del Ducato estense, la cui attività veniva riassunta da Francesco III con Chirografo del 2 Gennaio 1739¹⁹⁷ ed era confermata nuovamente con Notificazione del 24 Luglio 1750, che segue:

«[...] allorché in Gennaro dell'Anno 1739. rimettessimo [...] in attività il predetto Magistrato dell'Acque, e registrato nel regolamento de' Tribunali, [...] dichiarassimo, che la Giurisdizione di detto Tribunale, dovesse estendersi, come così per quanto potesse occorrere, l'estendessimo a tutti i Paesi, e Luoghi del Nostro Dominio tanto Immediato, come Mediato, sicché da esso dovessero esaminarsi, conoscersi, e definirsi tutte le controversie riguardanti gli Argini de' Fiumi, Torrenti, e Canali, le vie pubbliche, e Cavi pubblici (giacché quelle che potessero insorgere tra particolari sopra Vie, Sentieri, e Cavi privati devono spettare alla cognizione de' Giudici ordinarj rimanendo per altro al Magistrato la facoltà, e cognizione, in rapporto al mantenimento, ed escavazione de' Cavi privati sempreché ciò abbia relazione al pubblico beneficio, e interesse) siccome tutt'altro, che in qualunque maniera possa appartenere alla Coltura delle Campagne [...]. Ordinassimo finalmente, che allo stesso Magistrato,

sicut exercitus congregatur ad pugnandum, cuius regitiva est prudentia militaris. Quaedam vero multitudo est adunata ad totam vitam, sicut multitudo unius domus vel familiae, cuius regitiva est prudentia oeconomica; et multitudo unius civitatis vel regni, cuius quidem directiva est in principe regnativa, in subditis autem politica simpliciter dicta». La generalità cui abbiamo fatto riferimento nel testo è quella di natura causale, secondo quanto abbiamo cercato di chiarire *supra*, Parte Prima, spec. Cap. III., par. II.1.

¹⁹⁴ Si trattava della nuova via di collegamento tra gli Stati Estensi e la Toscana, realizzata tra il 1766 e il 1781, quando veniva inaugurata.

¹⁹⁵ SANTINI, *Lo Stato Estense*, cit., pp. 135-136.

¹⁹⁶ Per una ricca panoramica sulle quali, GORLA, *Appunti sui «Tribunalia»*, cit., p. 241: «[a]cque, Fiumi, Agricoltura, Alimentazione (Grascia e Abbondanza), Vie, Strade (urbane, extraurbane, inter statali), Edilizia e Urbanistica, Vigilanza su commerci e mestieri, controllo sulla *oeconomica administratio* delle comunità od enti locali (comprese la "tutela sostitutiva" e la responsabilità dei funzionari locali), Tesoreria, Debito pubblico (c.d. *Loca Montium*), Dogana, Zecca, etc.»; in aggiunta, si rinvia ai lavori di stampo più localistico o settoriale, quali SANTINI, *Lo Stato Estense*, cit., pp. 71 ss. e 241 ss.; F. VALENTI, A. SPAGGIARI, *Archivio di Stato di Modena*, in *Guida generale degli Archivi di Stato italiani*, a cura di P. D'Angiolini e C. Pavone, Roma, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, 1983, vol. II, pp. 1009 ss.; per alcune notizie in più sul Magistrato di Acque e Strade, G. DOTTI MESSORI, *Magistrato di acque e strade. Inventario*, Carpi, Nuovagrafica, 1992, pp. 7 ss.

¹⁹⁷ DOTTI MESSORI, *Magistrato*, cit., p. 8.

dovessero essere subordinate, ed ubbidire tutte le Congregazioni, Giudici d'Acque del Nostro Dominio, e chiunque parimenti esercitasse qualunque ufficio, che appartenesse, e concernesse la Coltura delle Campagne»¹⁹⁸.

Ora, la disposizione appena trascritta sembra lasciare pochi dubbi circa l'assenza di qualsivoglia cessione del potere di occuparsi dell'interesse pubblico sotteso all'istituzione del Magistrato di acque e strade. Ciò, peraltro, non significava che i feudatari non avessero alcuna competenza in questo campo, ma solo, piuttosto, che non vi avevano una competenza *iure proprietatis*, ossia che non potevano vantare un diritto su tale potere, pur potendolo esercitare – in quanto giudici ordinari – *iure officii* e, quindi, comunque *iure proprio*.

Le ragioni della non spettanza della prerogativa in esame al Barone confermano la peculiare forma statutale che la modernità – come più volte ormai ribadito – inaugurava, polarizzando «unità» da un lato e «pluralità» dall'altro, di contro alla maggiore gradualità tipica dell'esperienza medievale¹⁹⁹. Era proprio infatti tale polarizzazione, il «superamento» dell'«ordinamento uno ed unico in sé» da parte di molti «ordinament[i] per sé»²⁰⁰, che, non ripetendosi però anche all'interno di questi ultimi, poneva i '*principes abusivi*' in una condizione di generale subordinazione, capace finanche di concretizzarsi – come appunto ora vedremo – in un vero e proprio rapporto di direzione-esecuzione²⁰¹. Esecuzione che, come sappiamo, continua odiernamente a racchiudere, nell'opinione comune, il significato di funzione 'amministrativa', sulla base tuttavia di una valutazione fondata su una storica contingenza – nel senso, cioè, che è in questi termini che oggi l'«amministrare» si esprime – e non invece sulla forma, od ontologia, dell'esercizio del potere²⁰².

A tale proposito, un approfondimento relativo al *regale viarum et fluminum* ci sembra possa risultare chiarificante. Peraltro, rileva ma non è dirimente se esso integrasse una regalia maggiore o minore²⁰³; nel secondo caso, certo, è maggiormente facile che rientrasse nella

¹⁹⁸ La *Notificazione* è conservata in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. Z, n. 499.

¹⁹⁹ Per tutti, FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 14; COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 306.

²⁰⁰ MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 1.

²⁰¹ Lo lascia chiaramente intendere anche il Promemoria di doglianza del 1766 degli stessi Baroni estensi, ove si legge che essi, «per la natura delle loro investiture [...], godono l'insigne prerogativa di non dipendere in tutto ciò che [...] può spettare le loro giurisdizioni, se non se dal loro Sovrano, dal cui immediato oracolo o per il canale della Segreteria di Stato ricevevano gli ordini e le leggi, restandone poi ai feudatari unicamente addossato l'adempimento» (*supra*, in questo Cap., par. I.1.).

²⁰² *Supra*, in generale Parte Prima.

²⁰³ Generalmente, a quanto ci consta, i fiumi erano annoverati tra le regalie minori ossia fiscali, come si legge, tra i tanti, in ROSENTHAL, *Tractatus*, cit., Cap. V, Concl. III, p. 113: «[m]inora regalia sunt [...] poenarum mulctarumque compendia, angariarum, aliarumque subditorum operarum praestationes, vias publicas, flumina, vecticalia iam compedita [...]»; o in H. DE COCCEJUS, *Grotius illustratus seu Commentarii ad Hugonis Grotii De Iure Belli et Pacis Libros Tres*, Wratislaviae, Korn, 1744, Tomus I, Lib. II, Cap. VI, § X, *additio*, p. DCLVIII: «[a]d minora referri solent viae publicae, flumina, fodinae, adespota, et loca publica ut foresta, etc.». Per ulteriore e conforme dottrina, si può vedere, vista l'inerenza al nostro ambito territoriale privilegiato, L.

concessione della baronia ricadendo in una delle ampie formule generali che a tal genere di *regalia* si riferivano²⁰⁴, ma il vero interrogativo è prima ancora se gli eventuali fiumi annessi al feudo baronale potessero considerarsi effettivamente una ‘regalia’.

Leggiamo ad esempio:

«distinguit [...] l. 2, §. *viae publicae* vers. *viarum*, ff. *ne quid in loco publico* [D.43.8.2.22²⁰⁵] [...] tres *viarum* species generales [...], scilicet *publicae*, *privatae*, et *vicinales*»²⁰⁶.

«Publicae», in particolare,

«sunt illae, quae Graeci appellant *Basilicas*, antiqui autem Juriconsulti, juxta usum Pandectarum, et Codicis, [...] vocant *Militares*, *Consulares*, vel *Praetorias*, Feudistae vero, et alii eas vocant *Regales*, *regias*, *magistras*, seu *stratas* per antonomasiam [...]; Et haec proprie est illa *viarum* species, quam text. in c. *unic. quae sint regalia in usibus feudorum* [L.F. 2.55²⁰⁷] ponit inter Regalia, et ibidem communiter feudistae, verbo *via publica*»²⁰⁸.

In verità, lo stesso Digesto precisava subito in coda al passo precitato che anche altre vie potevano essere considerate ‘pubbliche’, seppur in senso lato («*putem*»)²⁰⁹, e, del resto, la costituzione *Quae sint regalia* del 1158 parlava di «*viae publicae*» in genere. Sembra

MUZZARELLI, A. ROSA, *Diritti della città di Modena sulle acque di Secchia nella causa istituita per sovrano comando in via di compromesso tra la comunità di Modena e la comunità di Sassuolo [ecc.]*, Modena, Soliani, 1827, Cap. II, § XLIX, p. 54, nt. 65. Non ignoriamo, tuttavia, che a causa dell’importanza di un determinato fiume, esso avrebbe forse potuto essere ricompreso tra i regali maggiori, analogamente a quanto accadeva per alcuni porti di mare. Sul punto, DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., Lib. II, Cap. XV, p. 191, § 6: «[n]elli porti però di mare, li quali siano pubblici, e considerabili, per armate, ovvero per vascelli de’ negozij grandi, senza dubbio entra la ragion regale, [...] non volentieri se ne permette l’uso à Baroni, et altri signori inferiori; A segno che suol’essere stimata regalia di primo ordine per più rispetti; Primariamente per lo politico, in riguardo dell’introduzione dall’armate de’ nemici, ò dissidenti; Secondariamente per le frodi che si possono fare alle tratte, et alle dogane, e gabelle; E terzo per l’assicurazioni, e franchizie che sogliono darsi à naviganti, ne’ porti pubblici».

²⁰⁴ In questo senso, ROSENTHAL, *Tractatus*, cit., Cap. V, Concl. XXX, §§ 1-2 e 4.

²⁰⁵ «*Viarum* quaedam *publicae* sunt, quaedam *privatae*, quaedam *vicinales*. *Publicas vias* dicimus, quas Graeci *Basilikas*, nostri *praetorias*, alii *consulares vias* appellant. *Privatae* sunt, quas agrarias quidam dicunt. *Vicinales* sunt *viae*, quae in vicis sunt vel quae in vicis ducunt: has quoque *publicas* esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet».

²⁰⁶ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 14.

²⁰⁷ Dei *Libri Feudorum* si è consultata la recentissima edizione di A. STELLA, *The Libri Feudorum (the ‘Books of Fiefs’)*. *An Annotated English Translation of the Vulgata recension with Latin Text*, Leiden-Boston, Brill, 2023.

²⁰⁸ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, sempre § 14; in termini, B. CIPOLLA, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticarum praediorum*, Coloniae Agrippinae, ex officina Ioannis Gymnici, 1596, *De servitutibus rusticorum praediorum*, Cap. III, §§ 16-17.

²⁰⁹ D.43.8.2.23: «[p]rivatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeari liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, *putem* etiam ipsas *publicas* esse».

di conseguenza risultare tra via pubblica e correlata regalia una identità assoluta e piena, diversamente da quanto abbiamo appreso dal passo sopra citato. L'interrogativo che subito allora scaturisce da questa discordanza tra norma e *communis opinio doctorum* è se, posto che le vie e i fiumi ricompresi fra le regalie erano di natura pubblica, potesse invece non valere sempre il reciproco: se non tutte le vie ed i fiumi pubblici fossero, cioè, anche annoverabili fra i *regalia Principis*, come la dottrina sembrava suggerire²¹⁰. In ogni caso, anticipando sulle prossime conclusioni, il risultato è per il nostro tema specifico convergente e conferma una volta di più la diversa natura del 'principato' e della 'baronia', con le implicazioni che meglio vedremo in punto di rapporti fra enti e di modalità di esercizio del rispettivo potere in questo ambito particolare della regimazione giuridica²¹¹ delle strade e dei fiumi pubblici.

Ora, in particolare, «sciendum est, tribus modis *publicum* dici»²¹²:

«[u]no modo, quod sit populi quidem, sed patrimonio populi, non usu tantum, ut sunt res fisci, ut civitatis publica, quae conducuntur a publicanis, ut vectigalia praedia. [...] Altero, quod est usu tantum populi: sed id dupliciter. Alias generaliter, quidquid est in usu publico, sive sit in usu omnium hominum, sive unius alicuius populi, aut plurium, sive etiam in civitatis unius alicuius tantum. Hoc modo litora, licet communia omnium [...]. Hoc modo quae sunt civitatis alicuius tantum, ut viae, itineraque [...]. Alias specialiter dicitur id, quod neque est usu omnium hominum, neque rursus universitatis alicuius tantum: sed est in usu unius alicuius populi, seu gentis, aut plurium, non tamen omnium. Ut cum flumina dicuntur *publica*, distinguuntur hoc verbo a litoribus, caeterisque rebus, quae sunt communes omnium: distinguuntur item a rebus, quae dicuntur *universitatis*»²¹³.

²¹⁰ Oltre a DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, §§ 16-17, si veda CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Tomus I, Annot. XXII, Art. I, §§ 46 e 48, il quale del pari espressamente distingue tra «viae publicae consulares» e «viae publicae non consulares», includendo fra le regalie solo le prime. Del pari, circa i fiumi, G. PANCIROLUS, *Consiliorum sive responsorum iuris*, Venetijs, Apud Franciscum Zilettum, 1578, Lib. I, Cons. CLIV, § 1: «non est dubitandum, ea publica flumina dici, quae perpetuo [...] currunt, iux[ta] [...] D.43.12.1.3]. Et horum fluminum duae sunt species, aliud est navigabile, aliud non navigabile, iux[ta] [...] D.43.13.1.2]. omnia autem flumina navigabilia sunt de regalibus Principis, et ad eum pertinent similiter et non navigabilia, modo aliud flumen navigabile faciant, omnia sunt de regalibus Principis [...]. Alia vero flumina publica, quae non sunt navigabilia, nec aliud flumen navigabile faciunt, non sunt de regalibus Principis»; cfr. F.M. PECCHIUS, *Tractatus de aquaeductu*, Ticini Regii, Ex Officina Io. Andreae Magrii, 1670, Lib. I, Cap. II, *De divisione aquarum* [...], § 22: «Publicum est illud [flumen], quod est perenne»; e ivi, Lib. I, Cap. II, Quaest. II, § 2: «licet flument sit publicum, tamen cum non sit navigabile, nec alium faciat immediate navigabile, non potest dici de regalibus ad Principem, vel Regem spectantibus». Precisiamo inoltre che «[n]avigabile [...] flumen est illud per cuius alveum natura sua navigari potest» (F. GALLUS, *Tractatus de fructibus* [...], Genevae, Sumptibus Samuelis de Tournes, 1690, Disput. III, Art. VII, § 3).

²¹¹ Altro conto, infatti, è la gestione economico-contributiva: lo spiega molto bene MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., Capp. VII-VIII.

²¹² H. DONELLUS, *Opera omnia. Commentariorum de iure civili*, Tomus I, Lucae, Riccomini, 1762, Lib. IV, Cap. II, § II.

²¹³ *Ibidem*.

Dunque, anzitutto, ‘pubblico’ era riferibile a tutte le cose che non erano ‘private’ in senso stretto, cioè del singolo soggetto o di più singoli soggetti²¹⁴. Tale aggettivo non indicava invece, se non in senso lato (come precisava Donello dicendo «generaliter»), quelle cose che erano «communes omnium»²¹⁵, bensì – ed era questo il senso proprio di pubblico («specialiter») – quelle altre che, quanto all’uso («in usu»), erano «unius alicuius populi, seu gentis, aut plurium, non tamen omnium».

Anche le cose pubbliche, insomma, rientravano alla pari di quelle «privatae» nel più ampio genere delle «res propriae», «quae usu, vel proprietate non sunt communes, sed [...] vel unius, vel plurium»²¹⁶. In particolare, le «res publicae» si differenziavano, nell’ambito di quelle «propriae», da quelle «privatae» e, altresì, da quelle «universitatis, seu civitatis»²¹⁷ perché «quarum usus, vel proprietas communis est civium ejusdem Reipublic[ae]»²¹⁸.

‘Pubblico’, quindi, poteva riferirsi tanto alla proprietà quanto all’uso; per aversi però una *via publica*, come si evince dai relativi requisiti, che erano tre e dovevano ricorrere «copulative»²¹⁹, determinante non era che fosse pubblica la proprietà del suolo su cui la via era realizzata, ma che tale ne fosse l’uso.

«Primo scilicet, quod habeat utrumque caput publicum, quia incipiat a publico, et desinat in publicum. Secundo, quod longo tempore per eam publice iter haberi consueverit. Et tertio, quod solum sit publicum, publica auctoritate ad id destinatum, nisi accedat immemorabilis»²²⁰.

²¹⁴ In questo senso, si veda la più dettagliata classificazione di J. ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres: totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*, Herbonae, Corvinus, 1617, Lib. I, Cap. XXI, § 7; cfr. D.1.8.1, spec. ultimo periodo.

²¹⁵ Cfr. ancora ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Lib. I, Cap. XXI, § 3: «Communes res sunt, quae proprietate et usu omnium hominum» (corsivo nostro).

²¹⁶ Ivi, § 7.

²¹⁷ Ivi, § 33: «[u]niversitati, seu civitatis [...] res sunt, quae civibus ejusdem civitatis omnibus in universum, non singulis separatim [(nel qual caso sarebbero semplici *res privatae*)], usu et proprietate sunt communes». Sul concetto di *communitas* ossia *universitas*, quale entità distinta dalla mera somma delle sue parti (private), si rinvia a COSTA, «*Così lontano, così vicino*», cit., p. 697; MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 26 e 29 (anche nt. 33); prima ancora, accenna alla «concezione organica del popolo», al popolo cioè come ‘tutto’ distinto dalle sue ‘parti’, CALASSO, *I glossatori*, cit., p. 96; cfr. anche SBRICCOLI, *L’interpretazione*, cit., p. 17.

²¹⁸ ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Lib. I, Cap. XXI, § 18. In questo senso, cfr. anche BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria*, cit., *Super Authenticis, et Institutionibus*, Collatio IX, Tit. *De rerum divisione*, § *Littorum quoque*, § 1, il quale afferma che «[p]ublica dicuntur, quasi populi: quia magis appropriantur hominibus» rispetto alle «communia», e porta l’esempio dei «flumina» (*ibidem*).

²¹⁹ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 3; così anche CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, § 5.

²²⁰ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 3; CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, § 4: «Ut autem via dicatur publica tria exiguntur; primo, quod publice per eam eatur; Secundo quod solum sit publicum, vel emptum aere publico, directum ab eo, qui ius publicandi habuit; tertio demum, quod ducat ad Civitatem, Villam, vel alium locum publicum».

Collegamento di due luoghi pubblici, ossia non meramente privati come sopra chiarito; prassi di uso pubblico, vale a dire – ancora una volta – non riducibile all’utilizzo di alcuni privati soltanto ma di un ‘pubblico’, in questo senso più generale e, almeno per i dati sin qui esposti, meno dubbio del termine; formale destinazione d’uso pubblico fatta dall’Autorità ovvero dalla consuetudine. Sarebbe quindi un errore interpretare il requisito del «solum publicum» di cui nella fonte romana²²¹ nel senso esclusivo di ‘suolo di proprietà pubblica’, cioè pubblico in base alla natura dell’ente titolare del terreno²²²; che poi questo fosse o meno il significato corretto del passo nel diritto romano²²³ è invero indifferente per noi, stante la risistemazione complessiva dello stesso realizzata – come noto – dalla dottrina medievale e successiva. Una via, infatti,

«[d]icitur etiam via publica, si pro tali fuerit habita, reputata, ac usitata per tantum tempus, cuius initij memoria non extet [...], ubi quod ex tempore immemorabili via privata est ex collatione bonorum privatorum constructa evadit publica, si non titulo servitutis, sed uti viae publicae usus intercesserit»²²⁴.

Così, il «solum» era «publicum» o di per sé (quanto appunto alla proprietà) o comunque se «publica auctoritate ad id destinatum», cioè se adibito all’uso della collettività dall’Autorità o direttamente dalla collettività stessa attraverso la formazione di una consuetudine. Si deve cioè osservare – insistendo ancora sul punto – che, «non constituto de destinatione facta auctoritate publica, ob quam, solum alias privatum, efficiatur publicum, [...] necessariam esse immemorabilem»²²⁵. Quale insomma che fosse la forma di tale destinazione d’uso pubblico, era vero che «dominium soli [...] Civitatis, vel etiam privati [...] non implicat [*scil.* non ostacola a che], viam ad [...] alios effectus esse publicam»²²⁶.

²²¹ D.43.8.1.21: «[v]iam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur».

²²² Come si legge in DONELLUS, *Opera omnia*, cit., Lib. IV, Cap. II, § III, alcune cose «dicuntur publicae [...] non ex usu, et iure, quo istae res habentur, quod ius totum est privatum: sed ex persona, quae possidet, quae est publica».

²²³ Espressamente in questo senso, ad esempio, il romanista L. CAPOGRASSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell’Età Repubblicana*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976, p. 19.

²²⁴ CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, §§ 6-7. Forse ancora più chiaro DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVII, § 4: «quamvis [...] constaret, huiusmodi viam conflata esse ex privatis praediis vicinorum, itaut, vicinalis potius, quam publica dicenda esset, adhuc tamen, dum non docebatur de contraria memoria, publica dicenda videbatur, quia non implicat, viam ab initio constitui ex praediis privatorum pro vicinorum commoditate, et deinde ex longeva observantia effici publicam, vel saltem talem, quod omnibus vicinis non consentientibus, claudi non posse». Come del resto anche al reciproco l’A. ricorda ivi, Disc. CXXXV, § 5, che «viae publicae [...] quoad solum [seu dominium: v. *ibidem*] esse possunt privati dominii [...] in illis partibus, quae publico usui non repugnant».

²²⁵ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 17.

²²⁶ Ivi, § 19.

A conferma di questa conclusione, si può anche addurre l'affermazione secondo cui «non hic accipi debere publicas eas, quae specialiter ita nominantur interdum, sed generaliter quae sunt in usu publico ita, ut non sint privatae»²²⁷. Infatti, rispetto alla proprietà e non all'uso, le uniche cose davvero pubbliche, ossia «communes», erano le *res communes omnium* e le *res nullius*, mentre tutte le altre erano «privatae» («in unius alicuius dominio»²²⁸), in quanto spettavano ad una persona collettiva e cioè, ma solo in questo senso, pubblica.

Stabilito così che 'pubblico' andava inteso nel senso di 'uso pubblico' ossia 'comune', non bisogna inoltre dimenticare che 'pubblico' e 'privato' sono fondamentalmente in se stessi termini relativi, il cui significato si ricava ovverosia *per relationem*. Se, allora, 'pubblico' significa in senso assoluto quanto appena indicato, allorché invece si diano più 'pubblici' – cioè più comunità – e queste, pur mantenendo una reciproca alterità²²⁹, formino insieme un'unica comunità complessiva, il vocabolo 'pubblico' non potrà che riferirsi propriamente alla comunità maggiore. Come già si è visto, infatti, «res publicae» si dicevano a rigore o in senso stretto («specialiter») quelle «quarum usus, vel proprietas communis est civium ejusdem Reipublic[ae]»²³⁰; non quelle il cui uso e/o proprietà competeva alle *universitates* o comunità particolari e locali, le quali, di conseguenza, potevano considerarsi, almeno se paragonate alle prime e quanto all'uso, «privatae».

Avviandoci alla chiusura di questa – a nostro avviso – necessaria digressione concettuale, è possibile a questo punto recuperare la distinzione fondamentale delle «viae».

Nello specifico, quelle «consulares» erano dunque in senso stretto e proprio vie 'pubbliche' e per questo rientravano fra i regali. In disparte poi le «viae vicinales», le quali «sunt viae per agros, et fundos privatos, introductae principaliter pro privato usu, et commoditate»²³¹, «via privata» era invece quella «quae in jure privata nuncupatur, ad differentiam consularium, sub nomine stratae seu viae publicae propriae venientium, sed in se est etiam publica»²³².

Ora, la ragione di questa affermazione è, concordemente a quanto sopra osservato, che tale specie di via era «principaliter destinata ac deservientem, non privato usui aliquorum praediorum, sed usui, et commercio publico Urbis, ac populorum in [...] Castris, et Oppidis

²²⁷ DONELLUS, *Opera omnia*, cit., Lib. IV, Cap. II, § III.

²²⁸ ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Lib. I, Cap. XXI, § 7.

²²⁹ Sul mantenimento di questa alterità, v., per tutti, MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., spec. p. 51.

²³⁰ ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Lib. I, Cap. XXI, § 18.

²³¹ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 16.

²³² *Ibidem*; DONELLUS, *Opera omnia*, cit., Lib. IV, Cap. II, §§ III-IV, afferma che «*publicarum* appellatione non dici eas, quae sunt in patrimonio populi. Hae enim sunt privatae»; e che tuttavia «accipi debere publicas eas [...] quae sunt [...] in usu publico, sive omnium hominum, sive unius populi, aut plurium, sive unius alicuius civitatis. Huius generis tres sunt species, eae, quae commemorantur [...] *res communes omnium, publicae, universitatis*».

viventium: Igitur perneceesse dicendum venit, esse in casu viae publicae»²³³. Era questa una conclusione sostanzialmente condivisa in dottrina²³⁴. Tali strade, nominalmente «privatae» erano vie di comunicazione che, anche se non «respiciunt publicum commercium in universum, et communicationem cum toto Orbe» come invece quelle «consulares», «proportionabiliter autem, et discretive sunt etiam publicae, respectu illorum vicorum, et coloniarum, seu populorum in eis viventium»²³⁵.

Come si evince da quanto precede, in un siffatto impianto teorico-giuridico la distinzione delle molteplici comunità e, al contempo, la loro considerazione unitaria in un'unica *Respublica* fungeva da chiave di volta dell'intera costruzione. E proprio questa tensione verso l'unità mostrava in effetti le sue peculiarità, ponendo «sub immediata Principis protectione»²³⁶, «ratione Reipublicae»²³⁷ – in ragione cioè del suo essere a capo di quella comunità complessa di singoli e di altre comunità più circoscritte –, precisamente quelle 'res publicae' che servivano all'utilità di essa ('commodum universale' o, appunto 'publicum') e che da essa traevano – come illustrato – il loro nome stesso.

Sull'altro versante si collocavano per contro tutte quelle potestà pubblicistiche (come quelle relative a vie e fiumi) che, per non essere per loro natura *de regalibus* ma piuttosto meri *iura annexa feudo* (come appunto la regimazione giuridica delle vie e dei fiumi non

²³³ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 16; A. SCHULTING, *Enarratio partis primae Digestorum, seu Pandectarum D. N. Justiniani, Sacratissimi Principis*, Lugduni Batavorum, Apud Joh. vander Linden, 1720, Lib. I, Tit. VIII, § 8, ove chiama le «res civitatum» in genere «publicae, sed abusive», sulla scorta di D. 50.16.15: «[b]ona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt» (cioè della comunità complessiva). Lo stesso ragionamento svolto per i fiumi si rinviene invece, ad esempio, in B. AYMS, *Tractatus singularis de universo alluvionum iure*, Jenae, Sumptibus Zachariae Hertell, 1675, Lib. II, Cap. VI, § 39: «flumen esse privatum, duobus modis accipitur [...]. Eo sensu quandoque sumitur, quo est publico flumini contrarium, i[d est] quod non est in usu publico [...]. Secundo privatum dicitur flumen, i[d est] proprium; et hoc modo flumen etiam publicum potest appellari privatum, sed abusive, prout est proprium i[d est], suppositum jurisdictioni, et dominio cujusque civitatis, in cujus territorio defluit»; cfr. inoltre M. LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus, in quo selectiora jura ad rem fructuariam pertinentia expenduntur [...]*, Venetijs, Balleonium, 1701, Pars Prima, Cap. V, §§ 44-51. L'unica differenza tra vie e fiumi era, al massimo, che quanto a proprietà non poteva darsi alcun dubbio per i fiumi pubblici, dal momento che essi appartenevano necessariamente ad un qualche ente territoriale (pubblico anche in senso lato, appunto). Così GALLUS, *Tractatus de fructibus*, cit., Disput. III, Art. VII, § 5; v., più nel dettaglio, PECCHIUS, *Tractatus de aqueductu*, cit., Lib. I, Cap. II, *De divisione aquarum [...]*: la natura dell'alveo – cioè del terreno – seguiva infatti quella dell'acqua (§§ 6, 12-13; oltre che viceversa, § 5, forse perché il suolo, una volta invaso dall'acqua, non risulta più suscettibile di altri utilizzi), e ciò in deroga alla regola generale per cui ciò che sta sul suolo vi accede e ne deriva la titolarità giuridica. Per quanto riguarda l'acqua, poi, essa era considerata pubblica se perenne (§§ 8-9, 19, 22-23 e 43), o se altrimenti rispondente ad una pubblica e non meramente privata utilità (§ 15).

²³⁴ V. anche, ad esempio, J. DE COMITIBUS, *Decisiones inelytae Rotae Senensis, et Florentinae*, Lucae, Venturini, 1714, Tomus I, Pars Prima, Decis. XI (16 Maji 1707), § 15; B. FINSTERWALDER, *Practicarum Observationum Ad Consuetudines Archi-Ducatus Austriae Superioris*, Salisburgi, Typis et impensis Joannis Josephi Mayr, 1732, Lib. III, Observ. XXIX, § 7.

²³⁵ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 16.

²³⁶ *Ibidem*; v. anche ivi, Disc. CXLI, § 5: «sub protectione» cioè *sub* «Principis obligatione, nedum has vias regales reficiendi, sed etiam protegendi, et custodiendi ab incursionibus latronum, aliisque molestijs, commercij libertatem impediuntibus».

²³⁷ TUSCHUS, *Practicarum conclusionum*, cit., Tomus III, Concl. 382, § 1.

pubblici in senso stretto), erano classificati come *iura regalia* solo finché la loro titolarità era in capo al soggetto avente veste regale, ovverosia al *princeps*²³⁸.

Ora, se le potestà correlate alla cura giuridica di quest'ultima specie di vie e fiumi pubblici non costituivano regalie a sé, né, pertanto, erano riservate al Principe, esse logicamente competevano al soggetto che esercitava il potere nel territorio sul quale le medesime vie e fiumi insistevano²³⁹.

Ovviamente, restava però implicita la necessità di coordinare tale spettanza con i limiti connaturali al peculiare potere baronale (ad esempio, la preclusione alla deroga *causa publicae necessitatis vel utilitatis* ai diritti quesiti *de iure gentium*²⁴⁰), nonché con il titolo cui

²³⁸ Così, ad esempio, LANARIUS, *Consiliorum*, cit., Cons. XXXIX, §§ 5-6: «si [...] Rex concedit Castrum cum flumine, et aquis, aquarumque decursibus, flumen non dicitur amplius publicum, sed privatum, quoad utile dominium Baronis, directo retento penes Regem, et [...] flumen est privatum, cum proprietas, vel iurisdictio uni tantum domino, vel Civitati competit, quia respectu aliorum est privati iuris illius domini, vel Civitatis, in cuius est territorio, vel qui in eo habet iurisdictionem. [...] Regalia Regum, non sunt Regalia post concessionem factam Baronibus, exemplo Angariae, et perangariae»; e H. CAPYCIUS LATRUS, *Consultationes juris selectiores cum observationibus C.A. De Luca et C. De Alexio Super Materias Tam Ecclesiasticas quam Civiles Duobus Tomis Distinctae*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon et Cramer, 1728, Tomus I, Consult. XLI, §§ 13-16: «licet penes Regem flumina dicantur publica, facta tamen concessione illorum Baronibus, quoad utile dominium Baronis privata efficiuntur, [...] nec dicuntur amplius Regalia post concessionem factam Baronibus, ut habetur in angariis, et parangariis, quae in posse Regis Regalia dicuntur, secus tamen quando sunt in posse Baronis, [...] quod tamen intelligitur, quousque fluunt per territorium ipsius Baronis, eo ipso enim quod egrediuntur de fundo, sive territorio illius, transeunt in dominium recipientis». Cfr., in questo senso, anche MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 281-283.

²³⁹ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, §§ 5-6, spiega così il «factum positivum [...] domini sternentis viam in proprio fundo [...], non jure privato, sed jure baroniae, seu domini publici, atque non ad privatam alicuius praedii commoditatem, sed ex ratione usus publici». Osservava cioè come, quando un soggetto non era titolare di una via «privatus dominus, illam jure privati domini ad solam fructuum perceptionem possidens, sed erat dominus totius castris et territorii cum iurisdictione et imperio [...] penes ipsum resideret publica auctoritas sternendi et custodiendi eas vias publicas, quae juxta distinctionem [...] dicuntur privatae ad differentiam basilicarum seu viarum militarium, quae solae infra districtum Urbis sunt sub iurisdictione et cura Aedilium, qui vulgo *viarum magistris* nuncupantur, reliquae autem sunt sub iurisdictione et cura Baronum, et domicellorum seu Civitatum, ut communi, inconcussa et notoria observantia docet». Infatti, ad ognuno di tali soggetti, «tanquam dominus jurisdictionalis, publicam habens auctoritatem, [...] videbatur esse in probatis circa dictum tertium requisitum, cum ita solum effectum esset publicum, utpote publica auctoritate destinatum». Cfr. CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, §§ 60-61, e III, § 152; I.F. CAPIBLANCUS, *Tractatus de iure, et officio baronum erga vasallos burgenses, seu maui aurea commentaria super pragmaticis in tit. de Baronibus*, Neapoli, Ex typographia Haeredum Tarquinij Longi, 1622, Pragm. 8, pars 2, § 48; di nuovo, GALLUS, *Tractatus de fructibus*, cit., Disput. III, Art. VII, § 5.

²⁴⁰ L'espressione «ius publicandi», ad esempio, è stata intesa anche, con un'interpretazione maggiormente letterale, come sinonimo di «diritto di espropriazione». Così, oltre alla dottrina romanistica già in tempi risalenti (ad esempio, F. PICCINELLI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto*, Firenze, Salani, 1882, p. 47; E. CENNI, *Studj di diritto pubblico ad occasione della contesa tra il Comune di Napoli ed i proprietari danneggiati per rifazione delle vie pubbliche*, Napoli, De Angelis, 1870, p. 135), anche l'analisi della dottrina intermedia svolta da NICOLINI, *La proprietà*, cit., p. 218, nt. 3 («*publicare* è usato qui per designare il passaggio della cosa allo Stato anche se ciò non avviene per confisca»; v. anche ulteriore dottrina romanistica ivi citata). A parte però questo trasferimento in senso stretto del bene, costituivano espropriazione anche l'imposizione di vincoli particolarmente forti all'impiego libero del *dominus* privato, fra i quali la destinazione d'uso pubblico certamente può considerarsi rientrare. Per questo, ove, per la titolarità privata della strada destinata all'uso pubblico, tale atto di destinazione equivaleva ad un atto di esproprio, l'unico potere capace di procedervi legittimamente era quello che competeva al *Princeps legibus solutus*, e non anche ai *domini inferiores*, quali città soggette o Baroni. Infatti, si trattava di derogare per una *iusta causa* ad un diritto quesito *de iure gentium secundarium* (cfr. NICOLINI, *op. ult. cit.*, cit., p. 87, anche nt. 1, dove si esplicita il nesso tra ente cd. *superiorem non recognoscens* e *ius publicandi*).

il potere era detenuto, in particolare, *iure proprietatis* o semplicemente *iure officii* o, al più, *privilegii*²⁴¹. Ciò che connotava rispettivamente una comunità mediata (in forma sempre di Baronia) ed una immediata: la mancanza, in definitiva, di autonomia formale dal centro sovrano.

Veniamo finalmente al punto: per le *viae publicae consulares*, ossia *de regalibus*, risultava in questo modo attestata una sicura competenza del solo Principe²⁴². Ne abbiamo in realtà citato più sopra un esempio, che possiamo quindi ricordare, ed è quello che, con riferimento agli Stati Estensi, riportava Giovanni Santini relativamente alla Via (ducale) Giardini.

Ma era invero ben possibile, o comunque non da escludere con leggerezza, che anche per le vie non *de regalibus* la competenza fosse centralizzata. Sempre l'autorevole voce del De Luca precisava del resto in tal senso che quelle di cui si tratta erano «quaestiones certam [...], ac uniformem non recipientes regulam, utpote a singulorum casuum qualitate, et circumstantijs decisionem expectantes»²⁴³.

La ricerca d'archivio fornisce evidenze di tale complessiva dinamica. Tornando così ai domini estensi, giusta la Notificazione del 24 luglio 1750, con la quale abbiamo introdotto il lungo ragionamento di questo paragrafo, «la Giurisdizione» del Magistrato di acque e strade si estendeva «a tutti i Paesi, e Luoghi del Nostro Dominio tanto Immediato, come Mediato, sicché da esso dovessero esaminarsi, conoscersi, e definirsi tutte le controversie riguardanti gli Argini de' Fiumi, Torrenti, e Canali, le vie pubbliche, e Cavi pubblici».

Lasciamo in disparte l'espressione «Argini de' Fiumi, Torrenti, e Canali», che, se potrebbe far pensare, in modo incongruente, ad una potestà relativa a corsi d'acqua incontrovertibilmente privati quali i torrenti erano²⁴⁴, va intesa ancora una volta in senso relativo: anche i torrenti e canali privati in genere non erano più tali se non impropriamente, ove l'uso di tale aggettivo derivasse dal rapportarli con l'utile della comunità complessiva e non di quella locale, rispetto alla quale anche i fiumi pubblici «sed abusive», ove rispondenti all'utilità di quel pubblico, erano anch'essi, appunto, pubblici²⁴⁵.

²⁴¹ Cfr., sulla differenza, Cap. V., in part. parr. I. e III.

²⁴² DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. XCVII, § 3: «intra districtum illarum viarum, quae vere publicae sunt, alias Consulares seu Praetoriae, cura non est Baronum seu Domicellorum, minusque in reliquo Statu, sed Aedilium et Praesidis viarum» (cioè dei giudici delle acque); CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, § 59.

²⁴³ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, *Summa*, Rubr. XI, § 138.

²⁴⁴ PECCHIUS, *Tractatus de aquaeductu*, cit., Lib. I, Cap. II, *De divisione aquarum* [...], § 23.

²⁴⁵ Questo è quanto si può verificare, ad esempio, attraverso gli atti della annosa controversia tra la Comunità di Reggio e quella di Scandiano per l'utilizzo delle acque del Canale di Secchia, delle quali – spieghiamo per completezza – la Congregazione di acque e strade Reggio rivendicava l'«assoluto dominio, e Padronanza», insieme con le «sue acque, argini, e rive anche nel Territorio Scandianese, ed una onnimoda podestà, ed autorità per la manutenzione, e conservazione del detto Canale e sue acque». In particolare, la Congregazione

Passiamo quindi alla dizione «vie pubbliche»: con questa ci si riferiva alle sole vie pubbliche ducali, ossia *consulares*? O si indicavano anche le vie pubbliche che erano tali «proportionabiliter», perché cioè rispondenti all'utile (pubblico) delle singole comunità locali?

Ai fini del presente lavoro, beninteso, che la subordinazione baronale ai magistrati ducali fosse estesa anche alle vie pubbliche non *de regalibus* non vale comunque a contraddire la nostra tesi di fondo, ma al contrario a rafforzarla. Rinviando alla fine del prossimo paragrafo una (prima) conclusione di respiro più generale, possiamo intanto ribadire nuovamente – a livello concettuale – che, dove la *titolarità* condivisa di una medesima posizione di potere cede alla sua concentrazione in capo ad un solo ente, il rapporto tra questo e quelli subordinati si modella necessariamente sulle diverse modalità possibili di *esercizio* di quel (medesimo) potere. Il che, ed è quanto ora dobbiamo mostrare, riproduce schemi – nella specie: la scansione normare-eseguire-controllare – che tradizionalmente sono considerati tipici degli Stati a Pubblica Amministrazione ottocenteschi. In tali ordinamenti, anzi, la centralità di tale tripartizione ha portato addirittura a vedere nell'«esecuzione» delle norme la definizione più corretta della funzione «amministrativa» degli interessi collettivi²⁴⁶, fra i quali vi può appunto essere l'interesse alla buona ed efficiente regimazione giuridica delle vie e dei fiumi pubblici. Per questa ragione, il rinvenire un identico metodo di distribuzione del potere in un sistema d'Antico Regime può, secondo noi, essere un utile spunto per ripensare la fino ad oggi supposta natura della funzione amministrativa, con tutti i corollari che ne derivano (specialmente, come abbiamo cercato di dimostrare nella Parte Prima di questo lavoro, in punto di giustiziabilità delle decisioni amministrative dell'ente pubblico, una volta liberata tale funzione dagli angusti spazi della *legis executio*).

pretendeva, una volta che si fosse «verificato», ad esempio, «il bisogno di [...] macinazione [n.d.s., della Città di Reggio], [...] l'autorità di far chiudere le Chiaviche nel Reggiano, così pure [...] le altre nello Scandianese» (ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 195, vol. A, rispettivamente pp. 2 e 6 ss., *Polizza dell'Assessore della Congregazione del 3 Giugno 1784.*). Ebbene, era fra l'altro proprio da un affluente del Secchia, cioè «dal Torrente Tresinaro», che si rivendicava da parte di detta Congregazione «l'irrefragabile diritto del Pubblico di Reggio di derivare [...] le acque per comodo di detta Città» (ivi, pp. 72 ss., *Promemoria del Sig.e Capo Presidente, e dell'Assessore sotto li 3. Settembre 1785.*), a testimonianza insomma del *publicum commodum* cui anche un 'torrente', benché fiume (almeno in senso lato) 'privato', poteva rispondere. Cfr. MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 395, nt. 44, il quale, a proposito degli argini, precisa: «[I]a cura delle rive e degli argini puramente privati, invece, non aveva carattere obbligatorio, ed era lasciata alla facoltà dei proprietari rivieraschi con l'unico limite di non nuocere ai fondi vicini, e sempre salva l'autorizzazione preventiva del Magistrato dei Fiumi. Come spiega la giurisprudenza [...] l'argine è pubblico quando è stato costruito “per pubblica sottoscrizione” (il che si presume sempre): nel qual caso ogni successivo intervento non può che esser fatto “per pubblica (e non per privata) autorità”. È privato, invece, quando è stato eretto a spese esclusive del proprietario della riva, ed in questo caso non è assunto in cura dalla Parte» (la Parte Guelfa era la magistratura competente per i lavori pubblici nel fiorentino).

²⁴⁶ *Supra*, Parte Prima, Cap. II.

Ma riprendendo adesso il filo dell'esposizione, l'unica cosa pacificamente riservata alla potestà baronale era la loro qualità di titolari della potestà pubblica in genere all'interno della propria Baronìa; per questo, ad esempio, era abbastanza pacifico che competesse alla potestà baronale la cognizione dei delitti anche se commessi nelle vie consolari o regali che dir si voglia²⁴⁷.

Ora, volendo tentare una risposta alle domande che ci siamo poc'anzi posti, si può ben ammettere che, in un "primo" tempo (cioè, in ambito estense, fino agli inizi del Settecento), il potere baronale includesse anche la regimazione giuridica di vie e fiumi pubblici ma non consolari, e che poi, in un momento successivo, e per ragioni di opportunità rispetto all'interesse della collettività complessiva dello Stato²⁴⁸, il Duca avesse derogato alle investiture da lui stesso concesse centralizzando tale compito in un suo magistrato. Il punto è però che sottrarre ai Baroni la cognizione in genere dei delitti e sottrargli, invece, una potestà che – come abbiamo già in parte notato – non costituiva senz'altro l'essenza del potere da loro detenuto *iure proprietatis* (e di conseguenza protetto dallo *ius gentium secundarium*) erano due cose completamente diverse.

Sotto questo profilo soccorre, invero, la vicenda della riforma estense del 1763 più sopra richiamata, nella quale il Duca, senza togliere ai suoi feudatari il potere di emettere a proprio nome le sentenze penali, avocava però stabilmente a sé la cognizione e la decisione delle relative controversie. E così, in sede di *quaestio potestatis* occasionata da tale riforma, si opponeva da parte dei feudatari che «“Jurisdictio concessa, ea quoque concessa censentur, sine quibus illa explicari non posset”»²⁴⁹. Nello specifico, concesso il *merum et mixtum imperium* a titolo di proprietà, si doveva considerare incontrovertibilmente concessa con pari titolo la potestà più particolare «cognoscendi et deffiniendi [...] omnes et singulas Civiles, et Criminales, mixtas, et cujusvis generis Causas»²⁵⁰, quale – per usare un linguaggio

²⁴⁷ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. II, Disc. CXXXVI, § 15; GALLUS, *Tractatus de fructibus*, cit., Disput. III, Art. VII, § 6; CONSTANTINUS, *Observationes forenses practicabiles*, cit., Annot. XXII, Art. I, § 62; MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. IV, Cap. XVI, pp. 243-244, §§ 146-151. E così non solo nella penisola, C. LOYSEAU, *Traite des Seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1610, Cap. IX, §§ 78-79: «[m]oins encor y a-il d'apparence, de vouloir soustenir que la cognissnce des delits commis dans les grands chemins appartienne aux Iuges Royaux à l'exclusion des Barons de France, attendu qu'on ne peut nier qu'ils n'ayent leur territoire tout entier, et veu ce quei vient d'estre dit, que la propriété des chemins n'appartient non plus au Roy, qu'à eux».

²⁴⁸ Ricordiamo, del resto, che il settore delle acque e strade pubbliche era uno di quelli che più difficilmente potevano essere ottimamente disciplinati in via disgiunta nei diversi ordinamenti minori, come ha precisato anche MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 187 e 279-280 (cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. III.).

²⁴⁹ *Ragioni per il Marchesato di Vignola*, cit., p. 6, ove si richiama VOET, *Commentarius*, cit., Tomus I, Lib. II, Tit. I, *De Jurisdictione*, § 38 (l'edizione consultata dagli Autori del precitato libello di doglianza era evidentemente diversa risalendo quello agli anni 1765-66, ma il contenuto è lo stesso).

²⁵⁰ VOET, *Commentarius*, cit., Lib. II, Tit. I, *De Jurisdictione*, § 40; cfr. *Ragioni per il Marchesato di Vignola*, cit., sempre p. 6.

aristotelico – ‘parte integrante (o integrale)’, ossia co-necessaria, di quel potere che era stato espressamente ceduto²⁵¹.

Ecco dunque perché, a nostro avviso, una deroga alla potestà di gestione giuridica delle acque e delle strade pubbliche esercitata dai Baroni non costituiva, al contrario, un vero e proprio esproprio di un loro diritto: in quanto, cioè, tale particolare potestà non era, rispetto a quella dei feudatari minori nel suo complesso, che una parte e, in più, non ‘integrante’, ma meramente ‘potenziale’, del più generale interesse collettivo alla giustizia. Di conseguenza, il venire meno di quella parte in capo ai Baroni non era, per la natura della stessa, tale da implicare *ipso facto* una compressione del potere oggetto dell’investitura, ma solo, semmai, una delimitazione esteriore del suo ambito di esplicazione.

Ci sembra, a questo punto, che la panoramica delle prerogative dei Baroni (in specie, estensi) sia più o meno completa, anche se certamente, in quanto ‘panoramica’, sommaria; perlomeno, si è individuato un ambito di rilevante spessore nel quale questi ultimi non potevano a buon diritto escludere le ingerenze stabili del loro *superior* feudale.

Non resta quindi che passare a verificare i (diversi) criteri che presiedevano alla subordinazione dei Baroni al Duca (al *Princeps*) in tale ipotesi, cioè nell’esercizio della potestà di regimazione giuridica delle acque e dei fiumi pubblici.

III.1. *La competenza esecutiva dei Baroni e la posizione direttiva della Magistratura centrale di acque e strade*

Per mostrare la forma della subordinazione baronale al Magistrato di acque e strade ducale (indipendentemente da che si trattasse di strade o fiumi pubblici *de regalibus* o meno), giova fornire un breve sunto del metodo di attività di quell’ufficio.

Tale Magistrato provvedeva in particolare alle proprie incombenze acquisendo, in primo luogo, il parere dei due giudici delle acque operanti all’interno del Distretto di Modena,

²⁵¹ E, una volta ceduto a titolo sinallagmatico, quel diritto diveniva ‘quesito’, come tale protetto dal diritto delle genti, il quale – come sappiamo – era derogabile dal *Princeps* solo per causa di pubblica utilità o necessità da provarsi, inoltre, da parte sua specificamente e motivatamente con riferimento alle circostanze del caso concreto. Per questo, i Baroni lamentavano altresì che, anche ammessa e non concessa la ricorrenza di una siffatta causa di pubblica necessità o utilità per derogare ai loro *iura quaesita*, la deroga avrebbe dovuto essere contenuta nei limiti dello stretto necessario a soddisfare detta esigenza pubblica e giustificativa. Così, il Duca avrebbe semmai dovuto preferire l’avocazione delle singole cause mal decise dai feudatari, se il fine era quello dichiarato della «migliore amministrazione della giustizia» (cfr. i dispacci preparatori della riforma inviati dai Segretari di Stato al Duca tra il 13 e il 27 Luglio 1763: *supra*, in questo Cap., par. I.1.), e non invece limitare in generale il loro potere. In questo senso, DURANI, *Mutinensis jurisdictionis*, cit., pp. 19-20: «[i]n duabus tamen hisce rationibus potuerunt quidem ex inopportuno forte zelo Aliqui eas Serenissimo Duci exaggerare [...]. Valeat [...] Princeps Causas avocare, vel adjunctum designare propter ineptitudinem Praetoris Feudalis. Non tamen nec laudatus Doctor [Advocatus Fiscalis], nec alter quispiam hucusque cogitavit, imperitiam unius, vel alterius Judicis ad Causam publicae utilitatis, ac necessitates adeo enormiter detorquere, ut in universo satis amplo dominio omnes Feudatarii jurisdictionem sibi lugeant ademptam, ex quo unus, vel alter ex eis Praetorem minus idoneum constituerit».

oppure, al di fuori di esso, quello delle omonime Congregazioni o dei giurisdicenti locali. Il passo successivo consisteva nel trasmettere ai medesimi enti i piani di lavoro e il comparto delle spese, formati da appositi ufficiali subalterni, come il Commissario della Carreggiatura. Erano, infine, il giurisdicente o la Congregazione (questa, comunque, con l'intervento dell'altro) che si occupavano della vigilanza alle opere nonché della risoluzione dell'eventuale e relativo contenzioso, e tutto ciò sempre in rapporto di subordinazione rispetto al Magistrato²⁵².

Venendo ora a qualche esempio di questa subordinazione, prendiamo – fra le tante – la lettera inviata il 15 Settembre 1769 dal Ministro Sovrintendente alle acque e strade²⁵³ alla Congregazione di Carpi, relativa ai lavori di riattamento dell'«argine detto della Carrata» nel Marchesato di Soliera (che ricadeva nell'ambito di competenza di detta Congregazione).

Si legge in questa lettera, anzitutto, che «i Comparti» di spesa erano «formati *di mio ordine* dal Commissario della Carreggiatura sopra le due Villi di Limidi e Gargallo soggette a codesta giurisdizione»²⁵⁴, e ciò benché appunto si trattasse di giurisdizioni baronali. In altra missiva, poi, del successivo 20 Marzo 1770 al Governatore (cioè al giurisdicente) di Carpi, lo stesso Ministro scriveva più ampiamente:

«sarà dunque V.S. Ill.ma contenta di passare lo stesso Comparto alla Congregazione dell'Acque, e Strade, con commissione di farlo tenere a codesto Deputato al Carreggio per la dovuta esecuzione, tosto che ne sarà essa Cong[regazio]ne eccitata dal Podestà di Soliera, cui contemporaneam[en]te scrivo di dover Egli andare inteso colla medesima»²⁵⁵.

Il Podestà di Soliera – nominato dal feudatario di quel luogo –, risultava insomma dipendente strettamente dal Magistrato e, a livello di distretto, dal Governatore di Carpi. Soliera era feudo Campori dal 1636 e vi rimase fino all'arrivo dei francesi nel 1796. L'investitura di Pietro Campori concessa da Francesco I d'Este il 4 febbraio di detto anno recitava nientemeno che (alla pari di pressoché tutte le altre cui abbiamo finora accennato):

«[...] cum mero, et mixto Imperio, ac plena gladii potestate jure Feudi ad usum Regni, ac cum omnimoda, et totali Jurisdictione, et administratione, ac hominum pro tempore Incolarum dictae Terrae Obedientia [...] omnimodam potestatem Jurisdictionem, bailiam, et dictionem, quam, et quae omnia habuisset, et habere potuisset Serenissimus Dominus Dux Noster. [...] Oppidum [...] habeat [...] d.

²⁵² Il metodo di attività del Magistrato è descritto dettagliatamente in DOTTI MESSORI, *Magistrato*, cit., pp. 11-17.

²⁵³ Tra il 1767 e il 1768 il Magistrato veniva riorganizzato come ufficio di Sovrintendenza alle acque e strade in seno al Supremo Consiglio di Economia (SANTINI, *Lo Stato Estense*, cit., p. 245).

²⁵⁴ ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Processi repertoriati (civili), busta n. 483 (corsivo aggiunto).

²⁵⁵ *Ibidem*.

Dominus Petrus divisa, separata, et sejuncta a gubernio, et regimine Saxoli²⁵⁶, et ejus Jurisdictione, ac Imperio, et potestate, adeo quod [...] neq[ue] d. Domino Feud[atario], et suis etc. vel [...] Judicibus possit, aut debeat in causis suorum subditorum inhiberi seu inhibitiones transmitti a Tribunalibus Supremis suae Celsitudinis sub cujusvis recursus praetextu, nisi in casibus denegatae administrationis Justitiae, vel gravaminis irreparabilis [...]. Et cum arbitrio, et balia, et facultate ampla, et potestate mulctandi, et etiam absolvendi, et liberandi quoscumque inobedientes, rebelles, noxios, et facinorosos, criminales, et delinquentes, et ex quocumque crimine, et delicto, bonaque eorum confiscandi in omnibus, et per omnia, [...] pro bono pacifico, quieto, et tranquillo, ac honorabili Statu [...] cum omnimoda, et plenaria Jurisdictione pro libito voluntatis ipsius d. Feudat[arii] [...] cognoscendi, et definiendi, Judicesque ac Notarios, et Officiales quoscumque eligendi, nominandi, deputandi etc. et sibi Jurisdictionem dandi, et delegandi [...]]²⁵⁷.

Un «usum Regni» dunque un po' *sui generis* – sia concessa l'ironia – se nemmeno nello stabilire come provvedere alla cura di strade che oggi probabilmente definiremmo 'provinciali' il "regnante" era autonomo dal suo superiore²⁵⁸.

Sempre in questo senso, rivolgendoci ora ad altro feudo di cui già abbiamo parlato, cioè al Marchesato di Scandiano²⁵⁹, fra gli atti delle sessioni del Magistrato di acque e strade relativi alla già citata controversia con la Città di Reggio per l'utilizzo delle acque del Canale di Secchia (prevalentemente per il funzionamento dei mulini per la macinazione dei cereali e per il trasporto di merci), si ha nuovamente testimonianza della subordinazione del giurisdicente locale e fedale:

«[s]ù la pretesa promossa per parte de' Sig.ri Deputati della Congregazione di Reggio, che si osservino gli Ordini Sovrani emanati li 24. Maggio 1730. circa il far chiudere le chiaviche di Scandiano a beneficio della macinazione *dietro le disposizioni, che dal Governo di Reggio venghino date alla detta Congregazione [...]*, fù egualmente convenuto, che si stia agli Ordini med.mi»;

²⁵⁶ Al quale Soliera era originariamente unita: cfr. «Giornale araldico-genealogico-diplomatico», VI (1881), fasc. 1, tomo VIII, p. 85.

²⁵⁷ DURANI, *Summarium*, cit., pp. 11-12.

²⁵⁸ Il che non significava che il Barone e il relativo giurisdicente non avessero una competenza in materia, ma solo che – come anticipavamo al par. precedente – la titolarità della stessa non spettava loro in via esclusiva. Per una conferma di tale competenza, è sufficiente anche un vaglio sommario dei fondi d'archivio delle comunità feudali. Cfr., *ex multis*, la *Notificazione* marchionale di Vignola dell'11 Giugno 1729 sopra l'obbligo, per chi intenda irrigare i campi, di «operare che detta Acqua non [si] sparga e vada scorrendo per le pubbliche strade in danno e pregiudizio de' passeggeri e Carreggianti [...]»; o quella del 21 Aprile 1786 relativa all'obbligo per i frontisti delle strade pubbliche e maestre di scavare i fossi necessari allo scolo delle acque (entrambi i documenti sono conservati in ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Gride, bandi e notificazioni marchionali (1697-1799), busta n. 39).

²⁵⁹ Scandiano era stato in origine feudo dei Boiardo con il titolo di Contea, passando in seguito alla famiglia Thiene (con il titolo di Marchesato dal 1580) e quindi ai De Mari nel 1750 e fino al 1777 (Giambattista De Mari, già feudatario di Arceto nonché Governatore di Reggio); infine, veniva ceduto nel 1787 a Ercole Rinaldo d'Este, figlio naturale del Duca Ercole III (per queste notizie, G.B. VENTURI, *Storia di Scandiano*, Modena, Vincenzi, 1822, p. 120).

PARTE SECONDA

«è stato finalmente convenuto, che *competa tale diritto* [appuntamento di far chiudere le chiaviche] *alla stessa Congregazione*, mà che per provvedere a qualunque disordine, e pregiudizio, che venisse cagionato da tale Dugarolo per incuria del di lui ufficio resti incaricato il Sig.e Podestà di Scandiano a prendere *in nome della Congregazione* cognizione della causa [...]»²⁶⁰.

Anche in questo caso viene ribadita, quindi, la cennata subordinazione. Il feudatario (o per lui il suo giurisdicente) esercitava senz'altro una potestà nell'ambito in esame e, tuttavia, faceva ciò in stretta subordinazione agli enti con competenza più estesa, nel (od anche oltre il) singolo distretto. D'altronde, la spiegazione ci sembra concordare con quella che esponevamo più sopra:

«al Feudatario non si toglie la Giurisdizione Territoriale col dichiarare, che a favore della Città restar debba presso il Canale una strada almeno di quattro braccia per ogni lato, lo stesso essendo quanto alla detta Giurisdizione Territoriale, che detto tratto sia di dominio de' Particolari, e che sia della Città, onde non si sà comprendere quale gius quesito voglia il Sig.e Difensore della Comunità di Scandiano intendere acquistato dai Feudatarj, che resti violato con detto Decreto [ducale (il rescritto del Duca che definiva una passata, analoga controversia, il cui esito non era evidentemente condiviso dagli scandianesi)]»²⁶¹.

Si trattava insomma di due potestà diverse: la «Giurisdizione Territoriale», cioè la *iurisdictio* e il *merum et mixtum imperium*, e il potere di regimazione giuridica dei beni d'uso pubblico suddetti, funzionale ad un interesse collettivo diverso da quello più generale alla giustizia, che costituiva oggetto specifico del diritto baronale. Così, in ordine a tale settore, il diaframma feudale risultava dissolto: la superiorità del *Princeps* abbandonava le vie più anguste della modalità 'giurisdizionale' del potere, non limitandosi più a garantire – a fronte di una pretesa «*denegata iustitia*» o di un supposto “*irreparabile gravamen*” – che il Barone

²⁶⁰ ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 195, vol. A, pp. 12 ss., *Atti di dette sessioni*, sessione 3^a, rispettivamente per i due passi 8 e 9 giugno 1784 (corsivi nostri).

²⁶¹ Ivi, pp. 98-99, *Promemoria del Sig.e Capo Presidente [della Congregazione di Reggio], e dell'Assessore sotto li 3. Settembre 1785*. Ciò che in questo passaggio i residenti in Scandiano «nega[va]no alla nostra Congregazione» era «il diritto di avere una strada da ambi i lati del Canale di una larghezza almeno di quattro braccia, che il Canale debba avere buoni argini, e ripe, e braccia otto di strada almeno dall'una, e dall'altra parte». Riportiamo il passo più estesamente: «[i]nutilmente però prende il valoroso Sig.e Scrittore Contrario [il Podestà di Scandiano] di scansare la forza di detta relazione onorata della Sovrana approvazione del Ser.mo Duca, che ne ordinò la esecuzione, coll'allegare la segregazione [*i.e.* la separazione] del Marchesato di Scandiano dalla soggezione, e Giurisdizione del Ducato di Reggio, poiche data pure la verità di detta segregazione seguita nel 1418. [...], [...] se a' Conti Bojardi fù concesso in Feudo da Ser.mi Estensi il Marchesato di Scandiano, rimase però sempre presso il Principe infeudante l'alto dominio, in forza del quale estende le sue Leggi anche sulle Giurisdizioni [...] de' Feudatarj, i quali anche nel concreto caso non risentono da detto Decreto, o Legge alcun pregiudizio, mentre al Feudatario non si toglie la Giurisdizione Territoriale col dichiarare, che a favore della Città restar debba presso il Canale una strada almeno di quattro braccia per ogni lato, lo stesso essendo quanto alla detta Giurisdizione Territoriale, che detto tratto sia di dominio de' Particolari, e che sia della Città, onde non si sà comprendere quale gius quesito voglia il Sig.e Difensore della Comunità di Scandiano intendere acquistato dai Feudatarj, che resti violato con detto Decreto».

esercitasse il proprio potere entro i confini dell'onestà, della giustizia e, altresì, dei suoi limiti di diritto positivo. A causa dell'estraneità all'investitura feudale della potestà relativa alle acque e strade pubbliche e del conseguente difetto di autonomia per il Barone, quest'ultimo si trasformava rapidamente in un "esecutore" alle dipendenze del Magistrato ducale e delle sue direttive²⁶², con più o meno discrezionalità (tecnica e di scelta) a seconda dei casi.

In alcune occasioni, anzi, il Magistrato d'acque e strade si doleva della poca diligenza dei giurisdicenti locali in rapporto all'esecuzione dei suoi ordini. Così, ad esempio, in una lettera del 15 dicembre 1756, quando denunciava al Segretario di Stato Felice Antonio Bianchi l'«arbitrio solito da prendersi da SS.ri Giurisdicenti, e di ciò il S.r Seg.rio degnissimo ne potrà più facilmente venire in chiaro di quello, che far possa il Mag.to dell'acque, a cui i Giurisdicenti talvolta si danno aria di non rispondere, come troverassi in debito di rappresentare a S.A. Ser.ma quanto prima»²⁶³. E il Podestà in questione, peraltro, era di nuovo quello di Scandiano, all'epoca territorio feudale.

Sempre nello stesso ordine d'idee, si può vedere poi il carteggio diretto che intercorreva nel 1759 tra «Vari Interessati in una Strada di Formigine» e gli «Ill.mi SS.ri del Magistrato del acque [sic]», «[t]rovandosi la Stradella, che dalla Madonina de' SS.ri Gandini porta sino alla Casa del fu Tenente Gatti, posta nel Feudo di Formigine, talmente rovinata, che in occasione d'Inverno il passaggio per essa si rende impraticabile» (22 giugno). Così – si legge nella stessa lettera dei possidenti di Formigine –, «comecche le loro forze non sono sufficienti a compirla [la «ghiaratura» di tale strada], e che oltre ad essi ne sente comodo anche il Pubblico, per servir di detta strada di transito a quelli, che da Spezzano vengono alla Città, essi supplicano per essere ajutati dalli qui descritti fondi [...] in vicinanza del lavoro».

²⁶² Per qualche esempio pratico di disposizioni del Magistrato in tema di cura del patrimonio fluviale e stradale, v., fra le molte, la *Notificazione* penale del Magistrato di Acque e Strade del 15 Luglio 1751 (ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. AA, n. 562), recante disposizioni a carattere generale dirette a contrastare i «disordini, e [le] contravvenzioni, che succedono nel Canale, che serve a' Molini di Nonantola nel Territorio di S. Cesario» (feudo dei conti Boschetti), la cui esecuzione restava evidentemente affidata al giurisdicente (del Barone) del luogo. Ancora più esplicita, in merito a quest'ultimo profilo, la *Notificazione* della Sovrintendenza alle acque e strade del 28 maggio 1776, con la quale il Ministro ducale sanciva il divieto, presidiato del pari da sanzione penale, di deviare le acque della Fossa di Spezzano, così da «assicurare ai Possidenti del Feudo» (di proprietà della Casa Coccapani di Modena: RICCI, *Corografia*, cit., *ad vocem*, *Spezzano*), «e a quei della Stradella di Formigine, il diritto, che loro compete, d'irrigare coll'Acqua di Varana» (Formigine - feudo Calcagnini; Varana - feudo Galliani Coccapani: ivi, *ad voces*); incaricando poi «[p]er la esecuzione delle presenti Provvidenze i Giurisdicenti dei rispettivi Territori, per i quali scorre dett'Acqua di Varana», «sicché non commettasi contravvenzione veruna, e commettendosene dovranno parteciparne tosto alla Soprintendenza Generale alle Acque e Strade, con dettagliata, e sincera Relazione per averne dalla medesima le necessarie Istruzioni» (§ VII). Come ci riporta ancora il RICCI, *op. ult. cit.*, *ad vocem*, *Fossa di Spezzano*, i territori per i quali questo corso d'acqua scorreva erano quasi tutti feudali, e, difatti, ritroviamo la Notificazione in esame ripubblicata anche dai Marchesi di Vignola (ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Gride, bandi, editti e notificazioni ducali (1730-1796), busta n. 41, c. 154), transitando tale Canale anche per la loro Comunità di Fogliano.

²⁶³ ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 2.

Supplica, questa, a cui da Modena il Magistrato rispondeva acquisendo la relazione del giudicante di Formigine, tale Giovan Battista Gillidi, e ritrasmettendo quindi a Formigine il comparto delle spese formato in accordo all'utilità per i rispettivi privati, per «farlo eseguire con tutta imparzialità»²⁶⁴.

Analogamente, si può vedere la lettera del Podestà di Reggio del 22 Giugno 1759. Con tale scrittura, quest'ultimo, in qualità di «Proconsultore» del Magistrato su delega del Governatore di Reggio, Marchese Giambattista de Mari, dava conto al Magistrato medesimo di aver indirizzato al giudicante di Gualtieri (Stato immediato) e a quello di Castelnuovo di Sotto (feudo dei Marchesi Gherardini fino al 1796) «gli ordini opportuni» per il «riattamento ordinato farsi recentemente a norma delle clementissime Sovrane provvidenze degli Argini del Crostolo [...] soggette alla immediata direzione di questo Sig.re M.se Governatore». In particolare, si trattava dei segmenti degli «Argini opposti situati nelle due Giurisdizioni di Gualtieri, e Castelnuovo di Sotto». Con sua risposta datata 25 Giugno 1759, il Magistrato scriveva quindi: «Non possiamo che approvare l'esecuzione data da V.S. agl'Ordini del S.re M.se Governatore, di cui ci rende intesi [...]; avrà però ella l'avvertenza, che li detti venghino con tutta esattezza eseguiti, dandocene conto in seguito per regola nostra»²⁶⁵.

Come si vede, il Governatore di Reggio – per restare all'esempio – e, per lui, il Podestà cittadino quale suo delegato avrebbero potuto e dovuto non solo impartire gli «ordini opportuni» per attuare le «clementissime Sovrane provvidenze», ma anche controllare l'esecuzione di quelli da parte dei giudicanti locali, anche feudali. Una genericità di direttiva che ben segnala, inoltre, la discrezionalità decisoria di tutti i soggetti istituzionali coinvolti; discrezionalità 'tecnica', certo, ma non solo, trattandosi dal punto di vista giuridico soprattutto di bilanciare l'esigenza del «Pubblico» di una certa comunità a conservare la propria rete idrica e stradale in buono stato e l'interesse dei privati, membri di quella stessa comunità, ad essere invece collettati (ossia a contribuire alle relative spese) solo nella misura del loro utile parziale²⁶⁶.

Tutto ciò si svolgeva appunto sotto la supervisione del Magistrato, il quale, puntualmente, chiedeva conto dell'operato finale e complessivo. Si manifestava dunque chiaramente un rapporto di direzione-attuazione, susseguendosi in ordine logico la configurazione degli

²⁶⁴ ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 120, anno 1759 (primo semestre). Si tratta di un unico rescritto del Magistrato relativo all'approvazione del piano di manutenzione delle strade di Formigine, Carpi e Sassuolo, indirizzato il 6 di luglio, «mutatis mutandis», ai tre rispettivi giudicanti e Congregazioni.

²⁶⁵ Entrambe le lettere appena citate sono conservate *ibidem*; corsivi nostri.

²⁶⁶ Cfr. GORLA, *Appunti sui «Tribunalia»*, cit., pp. 243-244; MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 289, nt. 28, 397 e *passim*; ID., *L'amministrazione del territorio*, cit., spec. p. 184.

interessi più opportuna rispetto al fine di pubblico interesse da perseguire e l'inveramento di tale assetto che chi risultava incaricato dell'esecuzione era chiamato, alla luce del fatto concreto e con un'ulteriore previsione normativa, a realizzare.

In altre ipotesi, poi, la discrezionalità del feudatario sembrava maggiore, forse perché non era necessario coordinare l'azione di più Comunità, restando confinato l'affare – pur di acque e strade pubbliche e di conseguenza di competenza del Magistrato – entro la dimensione di una sola giurisdizione.

Così, ad esempio, avveniva in un caso relativo al feudo di Spilamberto appartenente ai Marchesi Rangone e per questi retto da un Governatore di loro nomina. Si tratta della supplica del 4 maggio 1752 del sacerdote Don Pietro Stradi (o Strada: il nome compare scritto in due modi diversi) indirizzata sempre al Magistrato di acque e strade per il rilascio dell'autorizzazione all'«occupazione di uno stradello in Gorzano», villa soggetta a Spilamberto. Il Magistrato trasmetteva quindi l'istanza al Governatore di Spilamberto, «che prenderà le necessarie intuizioni per farne piena Relazione a S.E. il Sig.re Marchese Lodovico Nostro Capo, e Presidente, il quale come Padrone del Feudo darà in appresso le disposizioni sue particolari». Sembra dunque che al giurisdicente titolare del luogo, cioè al feudatario, fosse qui lasciato un più ampio spazio propriamente valutativo; sempre però – ed è il dato che ci interessa sottolineare – in dipendenza dal Magistrato delle Acque, come conferma del resto la circostanza che la supplica fosse diretta a quest'ultimo²⁶⁷.

Allo stesso modo, una più ampia discrezionalità del titolare del potere a livello locale ci è attestata da una interessante vicenda riguardante il Marchesato di Vignola dei Boncompagni.

Premessa fattuale è che il «Torrente» Panaro (il quale scorre per tale territorio e nei pressi della Rocca), «quantunque scarso di acque nel tempo estivo per la povertà delle sorgenti, tuttavia, radunati con industria in pochi rami quei molti ruscelli, che qua, e là scorrono fra' sassi in letto così spazioso, tutti poscia si conducono dentro terra per Canali fatti con arte, e quindi a diversi Molini per uso degli abitanti»²⁶⁸. L'acqua – si spiega nella memoria legale appena citata in nota – era fatta confluire dai Mugnai nei predetti canali interni all'alveo del

²⁶⁷ ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 107, anno 1752. È evidente, certo, che il frequente assommarsi nella stessa persona di più ruoli – Lodovico Rangone era Presidente del Magistrato ed anche feudatario di Spilamberto e Gorzano – rende più difficile per noi ricostruire il tipo di decisione che la stessa persona poteva assumere ad un titolo e la natura della valutazione che ella poteva effettuare in diversa veste. Sulla figura di Lodovico Rangone, cfr. MARINI, *Lo Stato estense*, cit., p. 122.

²⁶⁸ Così la memoria legale a stampa redatta dall'Avvocato G.F.M. CACCIARI, *Ragioni di fatto, e di gius per l'Eccellentiss. Camera di Vignola, e per la Comunità, e Padroni de' Terreni denominati le Basse di detta Terra contro i Proprietarj, e Interessati nei Mulini, ed altri Edifizj esistenti nel Canale detto di S. Pietro di Modena nella Causa pendente avanti l'Illustrissimo Supremo Consiglio di Giustizia di Modena*, Bologna, Volpe, 1764, p. 3, conservata in ANSLA-MO, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 23.

Panaro «col mezzo di palizzate a più fila»²⁶⁹, in modo da poterla poi derivare nei corsi emissari per il funzionamento dei mulini. Così facendo, tuttavia, non appena il flusso dell'acqua aumentava secondo le circostanze stagionali, le modifiche all'alveo che gli stessi Mugnai avevano apportato per realizzare le riferite strutture favoriva – almeno a detta di chi scriveva – le esondazioni del fiume, «con deplorabile desolazione di quelle feconde campagne»²⁷⁰. In sostanza, quindi, il problema era che «[a] questo privato vantaggio succede[va] un danno pubblico assai maggiore [...] dai sopraddetti lavori»²⁷¹.

Per tale ragione – ed arriviamo così al punto di nostro interesse –, già nel 1680 il Marchese di Vignola di quel tempo aveva provveduto a far realizzare un «muro» per rimediare a tale situazione. In seguito, crollato quest'ultimo, e fattone costruire un altro nel 1756 – questa volta su disposizione del Magistrato di acque e strade –, il problema si prospettava nuovamente, perché i proprietari dei mulini avevano intrapreso nuove opere di convogliamento delle acque. Sintetizzando all'estremo, si vedeva quindi «costretto il Governatore del Feudo di disturbare il progresso dell'opera con giudiziale inibizione»²⁷², contro la quale però «[r]icorsero i Mugnai al Magistrato delle acque»²⁷³. Sempre volendo riassumere, la vertenza conduceva così all'effettuazione di varie visite da parte dei periti del Magistrato, onde cercare di individuare, da un lato, il modo per proteggere i raccolti (ossia la principale fonte di profitto dell'intera comunità del Marchesato) e, dall'altro, «il mezzo, che facilitasse la derivazione delle acque al Canale» a vantaggio dei mugnai²⁷⁴.

Non ci importa proseguire oltre nell'esposizione della vertenza, essendo già emerse le due questioni ai nostri fini degne di nota.

In primo luogo, rinveniamo chiaramente nel Barone (o chi per lui) l'impiego di una discrezionalità non meramente tecnica, ma di scelta o, come diremmo oggi, 'pura': evidente, infatti, è la ponderazione degli interessi, pubblico e privati, che il decreto con cui si inibivano i mugnai dal proseguire la realizzazione delle strutture loro utili recava, sacrificando in particolare il vantaggio privato di questi ultimi a quello della collettività. Non per nulla, in questo senso, si ricordava nella suddetta memoria «la calunnia ordita» dai mugnai «contro la costruzione del muro»²⁷⁵, vale a dire – fuori da questo linguaggio di parte – la attendibile critica dagli stessi indirizzata alla decisione di costruire tale opera. Tant'è, infatti, che, per aggirare gli effetti per loro pregiudizievole di quel muro, «[s]'inoltrarono essi per tanto nel

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Ivi, p. 4.

²⁷¹ Ivi, p. 3.

²⁷² Ivi, p. 5.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Ivi, p. 6.

²⁷⁵ Ivi, p. 5.

letto del Fiume a fronte di Vignola, e preferendo il minore loro dispendio, e fatica al danno universale, piantarono in tale vicinanza, ed in tali situazioni le loro chiuse con l'aggiunta di un taglio largo, e profondo, che a questo invito sarebbonsi certamente ricondotte le piene e, deluso il riparo del Muro, rovesciate nuovamente sopra le campagne»²⁷⁶.

In secondo luogo, proprio il fatto che i mugnai ricorrevano al Magistrato ducale contro il provvedimento del Governatore feudale ci dimostra che il feudatario non agiva, in questo settore di governo, secondo un potere riservato e, in aggiunta, che oggetto del ricorso non era nientemeno che la ponderazione comparativa degli interessi effettuata dal medesimo ufficiale baronale. A questo riguardo, a voler essere precisi, dobbiamo anzi osservare come non si contestasse nemmeno tanto l'*opportunità* della decisione rispetto all'interesse pubblico perseguito – la sicurezza delle campagne e l'economia del Marchesato, potremmo dire –, cosa del resto difficile da sostenersi; i mugnai eccepivano piuttosto l'*ingiustizia*' della soluzione adottata²⁷⁷.

Nessun sindacato limitato all'atto, dunque, ossia ai soli vizi di legittimità del provvedimento, ma un controllo che si spingeva alla ricerca di una soluzione obiettivamente 'giusta' da prendersi e, cosa più importante di tutte, che impostava tale indagine in termini giuridici. A riprova, insomma, del fatto che, come abbiamo tentato di dimostrare nella prima parte di questo lavoro²⁷⁸, l'insindacabilità del merito (ossia del contenuto discrezionale delle decisioni) non è affatto conseguenza della funzione 'amministrativa', né dell'aver gli atti che ne sono espressione carattere discrezionale, quale d'altra parte quelli appena esaminati avevano. Al contrario, la piena sindacabilità nel merito è una questione di rapporti tra enti,

²⁷⁶ *Ibidem.*

²⁷⁷ Ci si potrebbe domandare a questo punto perché, trattandosi di una questione di 'giustizia' (interesse collettivo dotato di una propria e distinta identità come si è più volte detto) ed essendo il Barone – secondo quanto abbiamo precedentemente osservato – l'ufficiale preposto a questo più generale interesse, la competenza non ritornasse, in un'ipotesi come quella che ora si esamina, al medesimo. La spiegazione ce la fornisce la dottrina, che molto opportunamente GORLA, *Appunti sui «Tribunalia»*, cit., p. 245, riferisce: «De Luca [...] ci spiega le ragioni per cui, nelle cause connesse, la *jurisdictio* dei *Tribunalia* speciali [...] assorba la *jurisdictio* del *judex ordinarius* [...]. E cioè che essi non sono stati istituiti “*ad certum personarum vel causarum genus, ex privilegio vel gratia speciali, sed ex causa publica et favore Reipublicae, cujus intersit quoddam causarum genus non nisi sub uno iudice esse debeat; et tunc iste iudex specialis privative* (rispetto a) *ad alios loci iudices et Magistratos ordinarios et unversales deputatus censeatur*”. [...] Al giudice ordinario spetterà la *jurisdictio* su un certo *negotium* (cui quindi non potrà estendersi o 'protendersi' la *jurisdictio* del giudice speciale) soltanto quando tale *negotium* non abbia connessione con la materia, *ex causa publica* oggetto della giurisdizione speciale, *vel a tali causa dependente, sed de re urbana et mere privata*, o di un *actus* compiuto come da *un quisque de populo* [...]» (DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. III, parte I, disc. LXXVIII, CVII-CVIII, e Lib. IV, parte I, *De servitutibus*, disc. XXVI, XXVIII, XXX-XXXI e XCIII). E concludeva poi segnatamente lo stesso Gorla (*ibidem*, anche nt. 29): «[I]ascio al lettore di sentire se e quale sapore di modernità abbiano queste cose dette da De Luca»; «[i]n relazione a quanto De Luca dice della ragione di *pubblica utilità* o “*causa publica*” per l'istituzione e il funzionamento dei *Tribunalia* in considerazione, non mi azzardo neppure a porre il problema di sapere se nella giurisprudenza di quei *Tribunalia*, anche se non formulato in concetto, alitasse qualcosa come i nostri 'interessi legittimi'» (corsivi tutti originali).

²⁷⁸ In particolare, Parte Prima, Cap. II, par. V., e Cap. III.

la cui gerarchia non si determini solo sulla base del rigido binomio ‘normare-eseguire’ (o trinomio, anche se il ‘controllare’ non è che un eseguire esso stesso, come più volte si è precisato). In definitiva, quindi, è una questione di presupposti che rendano possibile impostare il ragionamento decisorio secondo il paradigma del ‘rapporto giuridico’, cioè secondo i due termini complementari dell’interesse ‘comune’ e dell’interesse ‘parziale’²⁷⁹.

Non v’è, invero, bisogno di molti altri esempi di un siffatto sindacato, posto che ciò è stato precisamente il punto di partenza della presente ricerca e che già provvede autorevolmente a fornirne Mannori²⁸⁰. Volendo comunque ampliare l’elenco, se ne possono rinvenire ulteriori disseminati in varie, e spesso non facilmente intuibili, collocazioni archivistiche. Molti, infatti, erano per un verso i ricorsi indirizzati al Magistrato di acque e strade contro le decisioni dei giudici delle acque locali o, dove questi mancavano, i giudicanti del posto; per altro verso, i criteri di conservazione dei documenti non contemplavano (o non per tutti i fondi archivistici o le filze) una catalogazione rigorosamente separata delle comunità mediate e di quelle immediate. Ma, in verità, già abbiamo precisato che, quanto al settore che ci occupa al momento, non vi era tendenzialmente distinzione da farsi tra tali due sorte di territori, ragion per cui anche ipotesi tratte da giurisdizioni non baronali risultano pertinenti per il tema specifico che abbiamo ora richiamato.

Ciò premesso, un’altra fattispecie concreta interessante ai nostri fini è quella relativa al Decreto del 22 giugno 1759 del Conte Cesare Passerini, Giudice delle acque di sotto (siamo dunque qui nello Stato immediato, distretto di Modena), con il quale si intimava a un certo «Pellegrino Gavioli [...] di dovere [...] aprire quel tratto di terreno [...] posto in Roncaglio di sotto, [...] che giuridicament[e] siete stato intimato di aprire a f[orm]a di fosso scolatizio»²⁸¹. Avverso tale provvedimento, il privato ricorreva al Magistrato delle acque (anche se in quel caso senza successo) limitandosi a esporre il pregiudizio per il proprio interesse e suggerendo, per di più, una soluzione diversa da quella contestata²⁸².

²⁷⁹ Si è cercato di dimostrare *supra*, Parte Prima, Cap. III., in part. par. II.1., come sia possibile, da un punto di vista logico, procedere ad un sindacato pieno e, soprattutto, *in iure* nonostante l’assenza di norme condizionali (o perfette) di riferimento.

²⁸⁰ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 313-314 e *passim* (lo abbiamo già rilevato nella Parte Prima, Cap. I, spec. par. II.1.).

²⁸¹ ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 120, anno 1759 (primo semestre).

²⁸² Leggiamo, in particolare, nella missiva indirizzata al Magistrato delle acque e strade dal ricorrente: «Viene intimato a Pellegrino Gavioli dal Sig.re Conte Passerini, Giudice di sotto, di dovere [...] aprire immediatamente un tratto di Terreno [...], per il quale pretendesi si debbono scolare le Acque de’ Terreni circonvicini, e della Strada, e come [...] una tale apertura riuscirebbe di un sommo pregiudizio ai Beni del Ricorrente, addosso de’ quali si tirerebbero quasi tutte le Acque scolatizie senza il modo di scaricarsene in alcun pubblico, o privato Cavo capace a riceverle, quando le dette Acque si potrebbero condurre direttamente per il Fosso della Strada, facendole indi passare per una Chiavica da aprirsi nella medesima a spese di chi avesse il beneficio dello sgolo, al Canale, che si va a mettere in Burana, essendo questo lo sfogo dell’Acque più regolare, e men dannoso, [...] umilmente supplica la Benignità, e sempre retta giustizia delle SS.rie LL. Ill.me [...]».

In questo, come nel caso che abbiamo brevemente analizzato più sopra, nel ricorso non veniva fatta tanto una questione di ‘opportunità’ della decisione rispetto all’interesse pubblico perseguito, ma si invocava piuttosto una giustizia di tipo ‘distributivo’: ci si limitava, cioè, a rappresentare i danni che la decisione impugnata, ad avviso della parte ricorrente, arrecava agli interessi dei singoli, chiedendone l’emissione di altra più attenta (anche) a questi ultimi.

Del pari, il caso occorso tra il 1761 e il 1763 nella Villa di Limidi (o Limiti) dipendente da Carpi (Stato immediato)²⁸³. Dopo che il 31 marzo 1761 «la Cong[regazio]ne delle acque, e strade di Carpi con la dovuta cognizione [...] interpose la pubblica autorità alla istanza del» (parafasato: in seguito al rilascio dell’autorizzazione al) «Sind[a]co, e Massari della Chiesa Parrocchiale di Limidi per la varia[io]ne, e trasporto di una parte di strada maestra, che dà l’ingresso al sagrato della Chiesa istessa, affine di renderla più comoda», tale «Dottore Antonio Papotti» – che oggi si qualificherebbe come ‘controinteressato’ – decideva di impugnare l’atto in questione (tralasciamo peraltro le modalità non esattamente ortodosse dell’opposizione che le carte ci riferiscono, in quanto non pertinenti)²⁸⁴.

Più nel dettaglio, come apprendiamo da un memoriale del Parroco Don Benedetto Marri datato 11 dicembre 1762 – atto di parte, pertanto da leggersi consapevoli del tipo di tono impiegato –, il Papotti «tendeva ad introdurre sopra le terre, e sacro d’essa Chiesa un abuso di pas[s]agio con Persone, carra, e bovi sopra una spianata, che dalla strada Maestra passava nel sacro sud[de]tto e che per essere in sito alquanto discosto dalla Porta d’essa Chiesa conveniva trasportarla in sito più comodo, levandola dov’era», sicché «gl’Agenti della Chiesa» «richiesero alla Congregazione [...] il permesso di fare tale trasporto, e spianare la vecchia».

Di nuovo, nessuna impugnazione di un’eventuale inopportunità dell’atto, ma semplicemente la prospettazione da parte del controinteressato del pregiudizio al proprio interesse²⁸⁵ ad usare un tratto di via che, in quanto «parte di strada maestra», era

²⁸³ ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 128, anno 1763 (secondo semestre).

²⁸⁴ Si tratta di una missiva inviata dal Magistrato di acque e strade al Duca il 9 luglio 1763 per esporgli la reazione – e le contravvenzioni in specie – del Papotti in risposta all’autorizzazione suddetta.

²⁸⁵ Giova appuntare a questo riguardo che «[l]egitimat[i]o [...] generatim describi potest, quod sit *actus judicialis, quo quis iudici fidem facit, quod jus postulandi habeat vel in utilitatem alienam* [«legitimat[i]o personae» o, come diremmo oggi, processuale], *vel propriam*», cioè in «*desiderium suum vel amici*». Infatti, «*postulare est, inquit Ulpianus [...], desiderium suum, vel amici sui in jure apud eum, qui iurisdictioni praest, exponere, vel alterius desiderio contradicere*»; ed è «sine dubio» che ciascuna delle due tipologie di legittimazione «*in omni iudicio etiam summario requiratur*» (D. COTTA, *Dissertatio juridica inauguralis de legitimatione ad causam*, in J.F. LUDOVICI, *Dissertatio juridica De tribus sententiis conformibus, Halae Magdeburgicae, Christiani Henckelii, 1711, §§ III-V, corsivi originali; v. D.3.1.1.2). Ecco, dunque, la definizione vera e propria di «legitimat[i]o ad causam», e cioè di legittimazione ad agire: «quando quis postulat in utilitatem propriam, sive, quando eventus litis ad ipsum pertinet» (così sempre D. COTTA, *op. cit., loc. cit.*). In accordo, insomma, con la centralità del fine della giustizia-equità nei sistemi di Antico Regime, è per logica*

incontrovertibilmente pubblica. L'interesse del Papotti, di segno di per sé concorde con quello della collettività all'uso di detta via pubblica, restava infatti sacrificato – giustamente o meno, per l'appunto, non importa a noi ora accertarlo – dal rilascio della riferita autorizzazione alla Parrocchia, la quale era portatrice di un altro interesse privato e, in linea astratta, contrapposto a quello pubblico (anche se in quelle circostanze concrete esso era evidentemente ritenuto compatibile con quello collettivo dalla Congregazione).

Risultava insomma sempre possibile ricorrere al Magistrato o Sovrintendente alle acque e strade avverso gli atti del giurisdicente locale, anche appunto se baronale. Alle volte erano l'opportunità rispetto all'interesse pubblico perseguito o la giustizia stessa del provvedimento ad essere – secondo quanto appena visto – impugnate; altre volte, invece, veniva in rilievo una più semplice “violazione di legge”, per usare un linguaggio a noi familiare, od altri vizi parimenti di ‘legittimità’.

Circa questo secondo tipo di ipotesi, ne costituisce esempio l'Ordinanza del 3 Giugno 1772, con la quale il Sovrintendente, Ippolito Bagnesi, accoglieva il ricorso di due privati che avevano il possesso di una bocchetta sita in Fellegara. In particolare, il Ministro ducale, «non permettendo le Leggi, che alcuno sia spogliato del suo possesso prima, che siasi fondatamente riconosciuta la non competenza del giusto titolo per possedere», giudicava «destitute [...] di ogni assistenza di ragione» «le presunzioni addotte dal Governatore di Scandiano [...] di clandestinità [...], ed abuso dell'Acqua del Canale» di Fellegara²⁸⁶, il quale ufficiale ne aveva su tali basi disposto la demolizione²⁸⁷.

Interessante ci sembra poi il ricorso che altri due possidenti e notabili, i Marchesi Lodovico Coccapani e Sigismondo Gualenghi²⁸⁸ Foschieri, presentavano nel luglio del 1796, previa addirittura supplica indirizzata direttamente al Duca, al Supremo Consiglio di Economia contro la Comunità feudale di Novi²⁸⁹; un solo mese prima – potrà essere peraltro curioso notare – della insurrezione dei rivoluzionari reggiani e dell'invasione francese e della brusca fine dell'Antico Regime.

conseguenza di tale centralità (cfr. quanto osservavamo più in generale *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. V., spec. nt. 249) che – come abbiamo appena letto – la legittimazione ad agire si poteva definire come la mera esposizione, o affermazione, di un proprio *ius* (precisiamo: *in re* od anche solo *in spe*); non invece come la sua titolarità effettiva (questione, questa, oggi assai dibattuta dalla dottrina amministrativistica, e non casualmente).

²⁸⁶ RICCI, *Corografia*, cit., *ad vocem*, *Fellegara*, si spiega che questa località dipendeva da Scandiano (che era in quel momento infeudato).

²⁸⁷ ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 3.

²⁸⁸ (Se ben leggiamo).

²⁸⁹ Feudo della Casa Bagnesi di Firenze (v. sempre RICCI, *Corografia*, cit., *ad vocem*, *Novi*).

I ricorrenti, contestando una colletta levata dalla Comunità per la ripartizione delle spese per la «manutenzione della grande Strada»²⁹⁰, esponevano in tale sede che «non seppero vedere la ragionevolezza di tale Colletta» e facevano quindi istanza per la «sospensione [...] sinché possano prendere i lumi necessari per riconoscerla giusta»²⁹¹. Leggendo meglio il ricorso, si argomentava nel senso che i suoi autori non individuavano una «sufficiente ragione d'imporla», cioè un fine legittimo per cui detta colletta era stata disposta. Un siffatto fine, per converso, i medesimi supplicanti lo avevano «riscontrato [...] rapporto alla prima» colletta (un'altra colletta, ovverosia, contestualmente decretata dalla Comunità per un'opera di scolo delle acque, sulla quale non serve scendere in ulteriori dettagli), e ciò pur «passando sopra a quelli eccessi di Spese che ordinariamente accadono nei Lavori pubblici». Come a dire: anche rispetto all'altra colletta non appariva (loro) del tutto chiaro lo scopo realmente perseguito, ma nella «seconda» – quella che a noi interessa – esso era, a parere sempre dei ricorrenti, del tutto carente.

A seguito dell'esposizione delle ragioni della Comunità di Novi, veniva steso in data 3 agosto 1796 «sentimento» ad essa favorevole da parte del consultore Agostino Vandelli, incaricato dal feudatario di Novi. A quest'ultimo, infatti, era stato trasmesso il 12 luglio precedente dal Consiglio di Economia il memoriale dei ricorrenti con l'annesso rescritto ducale che dava l'impulso al medesimo Consiglio per «un conveniente giusto provvedimento». Si era così scritto da parte del Consiglio di Economia al Marchese di Novi «perché, sentita sull'esposto quella Comunità [...], riferisca rimettendo la supplica».

Ebbene, la Comunità – si legge nel memoriale della stessa del 19 luglio –, «per far vedere la ragionevolezza della formaz[ion]e della med[esim]a [colletta]», esponeva con dovizia di riferimenti contabili tutte le spese di cui aveva dovuto farsi carico in quell'anno e la misura (assai modesta) delle proprie entrate. Anche il suddetto consultore doveva riconoscere, pertanto, che la decisione di imporre la colletta in parola era in effetti, prima ancora che opportuna, logica, conseguente e ragionevole in rapporto al fine dichiarato. In altre parole, non emergevano elementi dai quali poter concludere che essa fosse pretestuosa e che, cioè, perseguisse obiettivi diversi da quello ufficiale di «rimpiazzare» – come scrivevano i rappresentanti della Comunità –, ovverosia di rimborsare, la cassa comunitativa che aveva anticipato le somme necessarie per la manutenzione della «Grande Strada»²⁹².

²⁹⁰ Non è chiaro se si riferissero con questa espressione alla Via Vandelli oppure, più semplicemente, ad una strada di notevole rilevanza ma per la sola località di Novi; a noi basta peraltro sapere che si trattava di via pubblica, in uno dei due sensi che questo termine – come precisato in precedenza – poteva assumere.

²⁹¹ ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Controllo sulle Comunità, busta n. 22.

²⁹² Nel «sentimento» del consultore si legge in particolare: «[...] sull'appoggio de' fondamenti che in esso [memoriale della Comunità] si allegano, sembrami, che ritardare non si debba l'esazione delle rispettive

Molte affinità – per usare un eufemismo – ci sembrano, in breve, esservi con l'attuale figura del vizio di eccesso (e, *sub specie*, sviamento) di potere.

Osservazioni riepilogative

Possiamo a questo punto tentare una breve riflessione di respiro più generale, riallacciando le ultime risultanze esposte al nostro più ampio tema d'indagine sull'esercizio 'amministrativo' del potere e sui rapporti fra enti.

Dai casi appena esaminati, in conclusione, emerge che occorre abituarsi prima di tutto a "riconoscere" le decisioni amministrative, specialmente perché i privati, nei loro ricorsi contro di esse, si limitavano spesso a porre innanzi il proprio interesse pregiudicato, come avrebbero fatto in qualsiasi altro ricorso, o azione, contro soggetti privi di *publica potestas*. Ma questa centralità del modello processuale – che, per vero, oggi abbiamo almeno in parte recuperato²⁹³ – celava nei sistemi giuridici di Antico Regime una vera e propria diversità di funzione o modalità di esercizio del potere: 'amministrare' e 'giudicare', nel senso formal-sostanziale di modi differenti di ordinare gli interessi privati a quello pubblico (e non invece in quello formale ma meramente estrinseco di 'processo' e 'procedimento'²⁹⁴), erano complementari in una misura in cui tutt'oggi, invece, non sono. Non bisogna perciò stupirsi della scarsità nei ricorsi di richiami ai vizi dell'atto e, in particolare, alle circostanze che potevano denotare uno scorretto esercizio del potere; ciò che, di nuovo oggi, rappresenta invece l'unico modo per tentare di aggredire in sede processuale il contenuto discrezionale (od anche non²⁹⁵) delle decisioni 'amministrative'.

Quello che essenzialmente distanzia le due esperienze giuridiche – pre- e post-rivoluzionaria – non è in breve nient'altro che, rispettivamente, la rilevanza pienamente autonoma e non pienamente tale degli interessi dei privati (anche) quando, nel momento dell'esercizio del potere e dell'ordinamento di interessi nel quale esso consiste, le stesse istanze dei privati vengono a confrontarsi con quella pubblica. Da qui – cioè sulla base delle conseguenze prettamente logiche che le due diverse impostazioni di detti sistemi giuridici recano²⁹⁶ –, la possibilità per il privato di ricorrere contro ogni decisione autoritativa anche sulla semplice base di un vizio di iniquità, o ingiustizia che dir si voglia, della medesima.

Imposte, maggiormente nella circostanza in cui si ritrova quel Pubblico in oggi gravato di molte non indifferenti straordinarie spese».

²⁹³ Cfr. Parte Prima, Cap. I., par. IV.

²⁹⁴ Rimandiamo di nuovo a quanto osservato nella Parte Prima, Cap. I., parr. III-IV.

²⁹⁵ Parte Prima, Cap. II., par. V.

²⁹⁶ Lo ricordiamo ancora, in estrema sintesi: «sovranità istituzionale» e «normativa».

Consideriamo ora rapidamente le predette impostazioni di fondo. Più la subordinazione dei Baroni e dei loro magistrati al Duca e agli uffici ducali era estesa, più ciò dimostra chiaramente – ci sembra – che l’esercizio del potere si manifestava attraverso la scansione normare-eseguire-controllare anche in un ordinamento avente una struttura paradigmatica molto diversa da quella delle realtà statuali post-rivoluzionarie “a separazione dei poteri”.

Ci riferiamo precisamente al rapporto di direzione-esecuzione intercorrente tra Magistrato delle acque e giurisdicenti locali. Ne resta quindi dimostrato come tale scansione non sia “scoperta scientifico-dogmatica” degli ordinamenti (in fin dei conti recenti) che osservano la regola – diciamo per semplicità – di Montesquieu, nei quali detta tripartizione è tanto centrale. In questi ultimi ordinamenti, piuttosto, si stabilisce la conformazione dell’intero sistema di allocazione del potere tra enti alla teorica del celebre pensatore francese; si introduce, cioè, la preclusione per un ente ad esercitare una modalità funzionale tra le tre ricordate diversa da quella che, nel rapporto con gli altri enti, allo stesso normalmente compete²⁹⁷. Ma è proprio l’inesistenza nei sistemi post-Rivoluzione Francese di qualsivoglia ‘mediatezza’ dell’unità politica, ossia di ogni cessione della titolarità *iure proprietatis* (vincolante) del potere da un ente all’altro, a determinare la centralità in tali realtà politiche della scansione normare-eseguire-controllare²⁹⁸.

Un pluralismo di centri di potere – questo cui abbiamo or ora accennato – che non era però così netto o determinante nemmeno, in verità, negli Stati d’*Ancien Régime*, specialmente a certi riguardi, come la differenza tra potestà baronale e principesca ci sembra ben dimostri. E, quanto meno si può parlare di mediatezza o sovrapposizione di posizioni di potere, tanto più – lo abbiamo sottolineato anche in precedenza – i rapporti tra enti titolari dello stesso devono regolarsi sulla base delle diverse modalità funzionali (o di esercizio del potere) possibili ed esistenti: non, cioè, secondo una diversità di potestà, come invece accadeva nei rapporti tra gli enti veramente *superiorem non recognoscentes* (quali l’Impero o il Papato) ed i feudi cd. regali.

La mediatezza puntiforme che gli ordinamenti baronali realizzavano mostra allora soprattutto la interessante coesistenza di questi due criteri di distribuzione del potere, la quale non intaccava pesantemente la polarizzazione del potere tra un centro e una periferia (o,

²⁹⁷ Abbiamo cercato di illustrare il punto *supra*, Parte Prima, in part. Cap. II., parr. III.-III.1., e Cap. III., par. III.

²⁹⁸ Non per niente è solo di recente, con la cessione di parte delle prerogative statali al superiore ente dell’Unione Europea, che sono fioriti studi su modalità di preminenza diverse da quella del normare-eseguire; senza peraltro che ciò riguardi il sistema nel suo complesso, ma piuttosto alcuni puntuali settori. Cfr., per tutti, gli autorevoli lavori di Cassese che abbiamo richiamato nella Parte Prima, Cap. III., par. III.

meglio, plurime periferie), secondo lo “schema” tipico dell’organizzazione politica che chiamiamo ‘Stato’ e che ancora oggi, benché in forma diversa, essenzialmente persiste.

Inoltre, è proprio la concentrazione di almeno alcune potestà nel solo ente superiore che porta, in generale, quest’ultimo a ‘funzionare’ più spesso (ad esercitare cioè il potere di cui dispone) in modo ‘amministrativo’.

Una volta, infatti, (ri)strutturatasi in tal modo l’organizzazione politica complessiva, l’ente preminente non può più limitarsi a perseguire un fine (o interesse) in modo soprattutto indiretto rispetto al raggiungimento o alla soddisfazione di fini o interessi più particolari e parziali, ovverosia di istanze facenti capo a collettività in posizione di subordinazione (tali anche sol perché territorialmente meno estese) e costituenti, perciò, ‘parti’ – appunto – della comunità complessiva.

Una dinamica, questa, che risulta per converso inevitabilmente preclusa da un’ampia cessione di potestà dall’ente superiore a quelli inferiori. Toccava invece ormai, in Età Moderna, all’ente collocato al vertice dell’«unità politica immediata» il ruolo di perseguire direttamente (‘amministrativamente’) la soddisfazione dell’interesse collettivo della determinata comunità per cui agiva: anche – intendiamo – di quelle ad esso soggette (o così almeno in certi settori di governo), posto che, benché le collettività subordinate continuassero ad esistere come soggettivamente distinte da quella superiore e dominante, esse non disponevano – non più – di un potere ‘perfetto’, capace cioè di far fronte in maniera compiuta alle molteplici esigenze della vita di una certa società, o «Pubblico».

Sulle basi descritte, non ci si può per altro verso sorprendere neanche della possibilità di sindacato pieno, esteso cioè al merito del contenuto discrezionale delle decisioni autoritative, le quali erano spesso, inevitabilmente, di tal sorta. In assenza, infatti, di qualsivoglia vincolo positivo di separazione tra ‘controllare’, ‘eseguire’ e ‘normare’ – ciò che non rende le decisioni ‘amministrative’ riduttivamente sinonimo di norme o di atti esecutivi di fatto incontestabili, pena la violazione di detta preclusione –, anche quando si diano contenuti decisori discrezionalmente formati, è sempre possibile che la regola di precedenza tra interessi sia oggetto di revisione²⁹⁹.

Non resta, ora, che portare la nostra attenzione allo Stato immediato, dove, fino almeno all’epoca delle cd. consolidazioni, le comunità e i loro statuti proseguivano – come è noto –

²⁹⁹ *Supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.-V., ove, in particolare, abbiamo individuato la necessità, ai fini di un sindacato pieno sul merito delle decisioni a contenuto discrezionale, di un ‘controllo’ che, da mera esecuzione corretta e nient’affatto distorsiva della norma da attuare, possa spingersi anche, se utile al fine dell’interesse comune alla giustizia, alla formulazione e, specie ove si tratti di ‘norma programmatica’ ossia meramente ‘di scopo’, anche alla contestuale applicazione di una nuova norma rispetto a quella originariamente da eseguire. Sempre in tale luogo vedevamo altresì i presupposti secondo noi idonei a rendere pienamente ‘giustiziabili’ le decisioni autoritative.

a percorrere sentieri largamente autonomi dal centro in più ambiti della vita collettiva, ma in cui, per definizione, non vi erano potestà giuridicamente riservate a soggetti che non fossero il Principe. Il che può costituire un'occasione ulteriore per verificare come il pluralismo politico seguisse, in pieno accordo con i caratteri plural-unitari peculiari della statualità moderna e ben tracciati dalla storiografia già da tempo, il canale dell'esercizio condiviso del potere attraverso la diversificazione delle due tipologie formal-sostanziali della 'funzione'.

CAPITOLO V.

LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E QUELLA GIURISDIZIONALE NEI TERRITORI A SOVRANITÀ IMMEDIATA

Sommario: I. Immediatezza del potere sovrano e margini concettuali per un'autonomia delle comunità soggette. – II. Tra *oeconomica* e *politica* amministrazione. – III. L'autonomia duttile delle comunità immediate: i termini più precisi della questione. – III.1. In particolare: l'autonomia statutaria e il pluralismo istituzionale come facoltà di auto-'amministrazione' del *bonum commune* locale. – IV. Dalla specialità alla gerarchia delle fonti: premessa. – IV.1. Il fenomeno 'consolidatorio' e la sua non decisività nella trasformazione del paradigma di potere complessivo. – V. Uno sguardo oltre il crinale dell'Antico Regime: il legame tra gerarchia delle fonti, accentramento del potere e paradigmi della sovranità.

I. *Immediatezza del potere sovrano e margini concettuali per un'autonomia delle comunità soggette*

L'obiettivo di questa ultima parte del lavoro è quello di dimostrare come il recupero della dimensione dell'«esercizio del potere», o «funzione», sia fondamentale per spiegare la statualità d'Età Moderna: anche laddove, come nei territori a sovranità immediata, l'assenza di un «bozzolo» formale a prova di ingerenze nel governo interno da parte del principe¹ (quale quello che caratterizzava invece, in certa misura, gli ordinamenti baronali) si coniugava con la nota autonomia, anzitutto statutaria, che le città conservavano fino almeno all'epoca delle consolidazioni settecentesche².

¹ Come spiega bene ancora una volta MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 42 ss., 50.

² Riassume efficacemente il punto O. RAGGIO, *Visto dalla periferia. Formazioni politiche di antico regime e Stato moderno*, in *Storia d'Europa*, a cura di M. Ayard, vol. IV, Torino, Einaudi, 1995, p. 489, ricordando che, nel corso dell'Età Moderna, «le politiche delle periferie non sono soltanto resistenze alle istanze istituzionali, ma elaborazioni originali [...], modelli e pratiche capaci di determinare anche i percorsi del centro» (cfr. MANNORI, *Introduzione*, cit., p. 8). Nello stesso senso, P. CORRAO, *Città e normativa cittadina nell'Italia meridionale e in Sicilia nel medioevo: un problema storiografico da riformulare*, in *La libertà di decidere: realtà e parvenze di autonomia nella normativa locale del Medioevo. Atti del convegno nazionale di studi, Cento 6/7 maggio 1993*, a cura di R. Dondarini, Cento, 1995, p. 40, il quale definiva le «città soggette negli stati regionali italiani del tardo medioevo e della prima età moderna [...] come soggetti attivi, contrattualmente attivi, nella formazione di entità politiche territorialmente molto estese e istituzionalmente molto innovative». Densissime osservazioni, in questo senso, si trovano per il periodo del Quattro-Cinquecento in CHITTOLINI, *Statuti e autonomie*, cit., pp. 29-31. Le riportiamo estesamente: «si può forse notare, in generale, la notevole tenuta dello *jus proprium* nel diritto privato, per la materia dotale e successoria, i rapporti fra coniugi, il diritto di famiglia in genere, e varie specie di contratti (massime agrari). Qui gli interventi sovrani erano alquanto cauti e sporadici; ma non di rado parziali e non sistematici risultavano anche nella delicata materia dell'amministrazione della giustizia, a fronte di una pratica giudiziaria locale refrattaria a interferenze e mutamenti; o in questioni di tasse, dazi, mercati, o, soprattutto, di rapporti col contado, sul quale lo statuto cittadino nella Padania pare conservare (o recuperare, verso la metà del Quattrocento) gran parte dell'antica efficacia. [...] Lo statuto restava, nell'ideologia politica urbana, il simbolo di una condizione di libertà, per

Nelle prossime pagine tenteremo anzi di vedere perché proprio le modalità formal-sostanziali di esercizio del potere – ‘amministrativa’, ‘giurisdizionale’ – possano rappresentare una chiave di lettura utile, da un lato, a spiegare la concentrazione del potere nel vertice (specialmente, appunto, nelle aree immediate); dall’altro, a sciogliere l’apparente contraddizione che può sorgere dalla considerazione della reciproca «alterità» tra le comunità particolari e quella complessiva alla quale accennavamo nel Capitolo precedente³: ovverosia dalla considerazione della pluralità di “Pubblici”, e di ‘*bona publica*’.

È quest’ultimo, in effetti, il vero nodo da sciogliere: in che modo, in concreto, il mantenimento di una distinta soggettività giuridica da parte delle singole comunità poteva non ridursi ad un semplice dato nominalistico nei territori immediati di uno Stato?

Ora, l’aver prima analizzato il significato di ‘mediatezza’ del potere ci semplifica notevolmente il compito residuo. Abbiamo infatti già chiarito, da un lato, le implicazioni della plurale titolarità *iure proprietatis* – o in forma altrimenti sinallagmatica (*ex contractu*) – di una medesima potestà o ‘potenza’ particolare; dall’altro, inoltre, il valore reale, secondo noi, di tale mediatezza della sovranità in Età Moderna, incapace ormai di dissolvere l’unità politica complessiva nella pluralità dei centri di potere insistenti sul territorio.

La titolarità condivisa può concernere tutti i differenti profili che connotano una posizione di potere, la quale – come sappiamo – è una relazione di inegualità o di diversa distanza da, o, ancora, di non paritetica disponibilità di, un determinato parametro di riferimento tra il soggetto “dominante” e quello “dominato”⁴. Una concorrenza di più soggetti “dominanti” (ossia titolari di potere) e gerarchicamente ordinati tra loro può realizzarsi, infatti, attraverso una ripartizione delle declinazioni specifiche ricavabili da ciascuno dei costitutivi che

allora perduta, ma forse non irrecuperabile negli incerti sviluppi del sistema italiano; e restava comunque modello di quell’autonomo reggimento comunale che, pur all’interno degli stati regionali, i *cives* si sentivano legittimati a rivendicare. Ma anche nella concreta e quotidiana vita del diritto, quello ‘statuto’ [...] conservava (per numerose sue norme, e per le provvisori aggiunte) reale efficacia: sia perché ad esse restava affidata gran parte della normativa comunque in uso; sia perché tale normativa, che in molte sue parti manteneva forti connotazioni di diritto urbano, continuava ad essere strumento funzionale ad esigenze e interessi della città stessa e dei *cives*, e ad essa si poteva ricorrere, o per indiscussa sua vigenza, o attraverso vie più sottili e tortuose che di volta in volta si aprivano nell’incertezza dell’ordinamento e nell’oscillare dei rapporti di forza col principe». Ma questo quadro era valido invero anche successivamente, salvi, certo, i molti interventi derogatori dei Principi, i quali non toglievano comunque il fatto che lo statuto rimaneva il perno, la regola fondamentale, in molti ambiti della vita comunitativa, e specialmente per quanto riguardava il diritto privato e quello penale: cfr. B. SORDI, *L’amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 35 ss., il quale ci testimonia per la Toscana «l’inalterata vigenza del *corpus* normativo degli statuti» fino almeno alle riforme di metà Settecento circa. Peraltro, è sufficiente considerare come saranno solo le consolidazioni settecentesche, appunto, a modificare tale centralità degli statuti, tanto nella materia civile quanto in quella criminale: cfr. *infra*, par. IV.1.

³ Cap. IV., par. III.

⁴ Senza volerci ulteriormente addentrare in un’analisi di teoria generale sulla natura di un rapporto di potere – cosa che pure sarebbe certamente chiarificatrice –, ci poniamo sostanzialmente nel solco delle categorie autorevolmente impiegate da COSTA, *Jurisdiction*, cit., pp. 74-91, alle quali già in altri luoghi di questo lavoro abbiamo attinto.

caratterizzano una posizione di potere; l'importante, affinché si possa parlare di 'gerarchia', è che vi sia una relazione di preminenza, che esistano cioè un maggiore e un minore rispetto ad un qualche – non necessariamente unico – principio d'ordine capace di ricomprendere tutti i termini o soggetti considerati, almeno sotto determinati profili⁵.

⁵ In questo senso va a nostro avviso letto il classico contributo di L. DUMONT, *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni*, trad. it. a cura di D. Frigessi, Milano, Adelphi, 1991, spec. pp. 527-535, il quale sottolinea che 'gerarchia' non è riducibile al solo significato di «“dialettica”», ma è compatibile anche con quello di «“struttura”» (p. 531). Con ciò, il noto A. intende dire che la «gerarchia» è, «per l'essenziale, [...] una relazione che si può succintamente definire *inglobamento del contrario*» (p. 528). «Questo rapporto gerarchico» – spiega meglio *ibidem* – «è, da un punto di vista generale, il rapporto tra un tutto (o un insieme) e un elemento di questo tutto (o di questo insieme): l'elemento fa parte» – ed evidenziamo il termine 'parte' – «dell'insieme, è in questo senso consustanziale o identico ad esso, e nello stesso tempo se ne distingue o gli si oppone». Su queste basi, non si può pertanto concordare con la pur autorevole opinione di P. CAPPELLINI, *Gerarchia*, in Id., *Storie di concetti giuridici*, cit., in part. p. 161, il quale sostiene – a nostro sommo avviso un po' troppo recisamente – che proprio Dumont avrebbe consolidato l'«acquisizione» della «problematizzazione del nesso 'gerarchia-táxis'», cioè il binomio 'gerarchia-ordine', (solo) perché egli ha suggerito che la gerarchia non è riducibile meramente a «una catena di comandi sovrapposti» o di «dignità decrescenti dei suoi componenti» o, ancora, ad una «forma di albero tassonomico» (CAPPELLINI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*). A nostro parere, invece, Dumont si limita soltanto a sottolineare che la gerarchia è una relazione di sovra-subordinazione che può avere *più d'un* principio d'ordine rispetto al quale determinare l'essere 'maggiore' o 'minore' di un elemento della «catena» rispetto a un altro. Per vero, Dumont non fa altro che recuperare al concetto di gerarchia (particolare relazione di preminenza) il binomio di *ordine logico* (consequenzialità o, appunto, gerarchia astratta e logico-discorsiva) e *ordine genetico* (consequenzialità o gerarchia concreta e di natura tra due elementi), dimostrandola sulla base di un attento studio empirico. Più nel dettaglio, egli afferma – curiosamente in sostanziale accordo con la tradizione scolastica e confutando il pensiero hegeliano che distacca bene/interesse pubblico-statale e bene/interesse particolare-privato (cfr. G.W.G. HEGEL, *Filosofia della storia*, trad. it. a cura di G.B. Passerini, Capolago, Tipografia Elvetica, 1840, *Introduzione*, punto c), pp. 35 ss.) – che, appunto «nello schema hegeliano, fondato sulla contraddizione», «si tratta di produrre una totalità differenziata a partire da una sostanza indifferenziata». Il concetto di 'tutto' è cioè legato, nel modello proposto dal filosofo tedesco, a quello di sintesi di affermazione e negazione – sintesi, in termini più concreti, della contrarietà delle 'parti' –, e tale nozione di 'tutto', in quanto negazione della negazione, è «trascendenza» e, pertanto, «è prodotta sinteticamente, anziché preesistere» (DUMONT, *op. cit.*, p. 532). «Al contrario, nello schema gerarchico, la totalità preesiste [...]» (*ibidem*). Essa, ovverosia, non deriva dalle parti come conseguenza in modo logico ma anche meramente discorsivo, come ragionamento appunto di sintesi che è capace di trovare qualche cosa che accomuna tesi e antitesi e che, tuttavia, contemporaneamente si pone in opposizione dialettica con entrambe, superandole in una nuova affermazione che neghi e l'una e l'altra. Ciò lo avevamo sostanzialmente già rilevato parlando delle due diverse concezioni – aristotelico-scolastica e platonica – dell'interesse pubblico, la prima delle quali era – guarda caso – 'armonica' con gli interessi 'parziali', mentre la seconda assumeva l'interesse pubblico come istanza del tutto 'trascendente' questi ultimi (cfr. COCA, SPASIANO, *Nozioni introduttive*, cit., pp. 11-12, *supra*, Parte Prima, Cap. II., parr. IV.-V.). Il 'tutto' costituisce invece, nella costruzione (ri)proposti da Dumont, presupposto logico e, soprattutto, ontologico delle parti. Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *Commento alla Politica di Aristotele*, a cura di L. Perotto, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1996, Lib. I, Cap. 1B, § 14, p. 68, ove si afferma che «il tutto è anteriore alla parte»: «[q]uando tutto l'uomo viene distrutto, non rimane più né il piede, né la mano se non in senso improprio, come si può chiamare 'mano' una mano di pietra». Su queste basi, è evidente che la relazione tra tutto e parti è un rapporto di preminenza e cioè di gerarchia, anche se, proprio in ragione di una siffatta consequenzialità di natura che fa derivare le 'parti' dal 'tutto', tale tipo di relazione gerarchica non comporta necessariamente – «per l'essenziale», come dice Dumont (v. sopra) – una opposizione generalizzata tra il 'tutto' e le 'parti', ma una qualche possibilità di «inglobamento» della parte nel tutto. Concludendo il presente ragionamento, si tratta dunque di recuperare la pluralità dei possibili principi d'ordine o di gerarchia più che di eliminare il concetto di 'ordine' in sé, che a quello di gerarchia è coesistente. Tra due termini o soggetti sussiste, così, una relazione gerarchica o di preminenza ogni volta che vi sia una dipendenza causale di un termine o soggetto dall'altro, i quali, rispetto al principio d'ordine che viene in rilievo, risultano esservi ricompresi uno come maggiore e l'altro come minore. Allora, l'aspetto di speciale interesse, almeno ai nostri fini, è che, assumendo il paradigma ontologico della gerarchia, la dipendenza di una parte dal tutto non ha ad oggetto necessariamente la parte in quanto tale (ossia in senso assoluto, *simpliciter*), ma potenzialmente a certi riguardi soltanto (*secundum quid*): sul punto, cfr. segnatamente COSTA, «*Così lontano, così vicino*», cit., p. 697. Il che, come subito diremo nel testo, rappresenta precisamente la chiave di comprensione che ci può

In questa fase dell'indagine, si tratterà quindi di individuare quel profilo rispetto al quale il delinarsi di una dipendenza della 'parte' – nel nostro caso, una città o comunità locale – dal 'tutto' – lo Stato o *Respublica* complessiva – spieghi al contempo la mancanza di autonomia formale (titolarità del potere *iure proprietatis* o *ex contractu*) e la conservazione di non irrilevanti margini di scelta politica e di assetti giuridici differenziati dal centro, secondo lo schema tipico dei territori 'immediati' degli Stati d'Antico Regime.

Prima però di fare questo, bisogna fugare quello che a nostro parere è un equivoco di fondo. È noto come la struttura "costituzionale" degli Stati d'Età Moderna – tanto di quelli europei quanto di quelli regionali italiani – fosse di natura 'pattizia'; è questo, tuttavia, un termine non troppo preciso, anzi in certa misura fuorviante, giacché 'patto' fa immediatamente pensare a 'contratto', o, più in generale, a qualcosa di sinallagmatico.

Ora, non tutti i patti, o contratti, sono invece sinallagmatici, quantunque abbiano natura bi- o finanche plurilaterale. Riconoscere pertanto che tutte le entità statuali d'Età Moderna denotavano una struttura pattizia – se, semplificando, vogliamo generalizzare – non può legittimare a concludere, per una sorta di automatismo deduttivo, che dove si rinveniva un patto – ossia ovunque in Europa – vi fosse anche sempre un sinallagma.

Ad esempio, sembra talora scontare un po' questo equivoco di fondo, quantomeno sul piano degli effetti pratici che le due diverse specie di patti producevano, la pur autorevole opinione storiografica (non giuridica) che fa capo ad Angela De Benedictis⁶.

Nello specifico, è senza dubbio da accogliere l'impostazione da questa studiosa suggerita per quel che concerne «l'esigenza di una considerazione complessiva dei problemi»⁷. Non bisogna cioè accedere né, da un lato, all'idea di una «'resistenza' e 'opposizione'» delle istanze cittadino-centrifughe a quelle regio-centripete⁸, né, dall'altro, alla tesi che mira(va) ad attribuire alla statualità moderna – con una indubbia fuga in avanti – molti caratteri propri di quella ottocentesca⁹: entrambe queste versioni ricostruttive, infatti, per quanto «diverse nell'impianto e nei presupposti», sono «logicamente complementari»¹⁰.

permettere di descrivere l'unità plurale tipica della statualità d'Età Moderna e, in particolare, in questa parte dell'indagine, delle cd. 'giurisdizioni immediate'.

⁶ Ci riferiamo in particolare alla ricostruzione di DE BENEDECTIS, *Repubblica per contratto*, cit., chiaramente esposta nell'*Introduzione*, par. 1, pp. 9 ss., e soprattutto nel Cap. I, parr. 1-3, pp. 21-86. Quanto detto, peraltro, non sta a significare che la città di Bologna – oggetto specifico dello studio di questa autorevole Autrice – non fosse legata al Papa «ut vim contractus», cioè in maniera sinallagmatica (ivi, spec. pp. 191-192); ciò che ci interessa rilevare è piuttosto la rischiosa generalizzazione degli effetti – come dicevamo nel testo – dell'uno e dell'altro tipo di patti che, pure, in sé, l'A. ben distingue.

⁷ Ivi, p. 82.

⁸ Ivi, p. 16.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Ivi, p. 15.

Se questa impostazione metodologica è pienamente condivisibile, non pare per converso possibile estenderla sino a negare in sostanza l'osservazione – precedentemente circolante in storiografia e criticata dalla citata Autrice – per cui «la stessa *fictio dei pacta* non è mai spinta sino ad obliterarne il carattere formale e sostanziale di ‘capitoli’¹¹ concessi per grazia»: «[n]ulla quindi che assomigli in qualche modo, neppure nella forma, ad una pattuizione [cioè ad un sinallagma, *n.d.s.*] tra due parti»¹².

Se dunque è vero – come nota ancora De Benedictis – che tale affermazione è stata poi utilizzata dal suo Autore per applicare, in un'ottica fortemente anticipatrice e poco convincente, categorie di conio ottocentesco come il binomio pubblico-privato¹³, occorre per altro verso non tentare, a nostro avviso, di ridimensionarne la portata solo perché impiegata per suffragare una conclusione non soddisfacente, ma, al contrario, va individuata una soluzione che non riduca – o che non tenda a ridurre – la valenza pratica della distinzione tra capitoli concessi «*ex causa onerosa e propter servitia*»¹⁴ ed “*ex causa gratuita*” (ossia, appunto, meramente unilaterale e non sinallagmatica)¹⁵.

Nessuno, allora, dubita della struttura pattizia degli Stati d'*Ancien Régime* nel loro complesso. Un conto, tuttavia, erano quei patti caratterizzati da una inderogabilità formale (in assenza di una *iusta causa publicae utilitatis vel necessitatis*) perché coperti dalla garanzia dello *ius gentium (secundarium)*; un altro conto erano invece quelle diverse negoziazioni che producevano, sì, un assetto di fondo tendenzialmente stabile, ma in ragione soprattutto degli equilibri politici che si consolidavano nel «fitto dialogo fra governo centrale e poteri locali, [...] così importante a definire via via i rispettivi ambiti di autorità»¹⁶.

Della prima categoria di patti ci siamo già occupati al Capitolo precedente: le investiture feudali, infatti, non erano che una particolare *species* del *genus 'pacta onerosa vel propter servitia'*¹⁷. Adesso, invece, ci dobbiamo domandare il perché di una siffatta differenziazione

¹¹ Forma esteriore, appunto questa dei ‘capitoli’, che i patti tra Principe e città di regola assumevano.

¹² A. VENTURA, *Politica del diritto e amministrazione della giustizia nella Repubblica veneta*, in «Rivista storica italiana», XCIV (1982), fasc. 3, p. 600; DE BENEDICTIS, *Repubblica per contratto*, cit., p. 81.

¹³ DE BENEDICTIS, *Repubblica per contratto*, cit., p. 81.

¹⁴ Ivi, p. 64.

¹⁵ Ivi, pp. 30-73 e *passim*, dove l'equiparazione *tra gli effetti* delle due tipologie di *pacta* è a più riprese ribadita: e.g. pp. 45 («[u]no degli argomenti insistentemente ricorrenti nel repubblicanesimo cittadino europeo di cui si è parlato finora è costituito dalla asserzione che i diritti e i privilegi di *ogni* città hanno natura contrattuale», corsivo nostro); 184-185 (dove richiama la lettura di Aldo Mazzacane relativa al punto in discussione, sulla quale v. però *infra*); e, soprattutto, 68-69, dove l'A. richiama MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 37-54, il quale, tuttavia, sostiene la tesi contraria a quella che equipara gli effetti dei patti ‘graziosi’ a quelli dei patti ‘onerosi’ e piuttosto suggerisce i limiti, in chiave di garanzia autonomistica delle comunità suddite, anche delle capitolazioni *ex contractu*.

¹⁶ G. CHITTOLINI, *Statuti e autonomie urbane. Introduzione*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età Moderna*, a cura di Id. e D. Willoweit, Bologna, il Mulino, 1991, p. 29.

¹⁷ M. VENTURINUS, *Consiliorum, sive Responsorum*, Bononiae, Typis HH. de Duccijs, 1648, Lib. I, Cons. IV, § 12, precisa, con riferimento peraltro alla Contea baronale estense di Scandiano, che, appunto, «[f]eudalis concessio inter contractus nominatos numeratur».

tra accordi bilaterali; o, ed è lo stesso, dobbiamo chiederci quale fosse l'oggetto di tale seconda categoria di *pacta* tra Principe e comunità locali. Era, del resto, su questa base che veniva tracciata la classificazione di fondo tra città (o comunità) *'liberae'* e *'subiectae'*, in misura *'plena'* o *'limitata'*¹⁸: su quella, cioè, di attribuzioni *iure officii* o «*iure privilegii*» – per meglio dire¹⁹ – che non risultavano protette dallo *ius gentium secundarium*²⁰.

¹⁸ Sulla teorica bartoliana della titolarità da parte di una comunità della *potestas* (o *iurisdictio* che dir si voglia) *plena* o *limitata*, v. C. STORTI STORCHI, *Appunti in tema di «potestas condendi statuta»*, in *Statuti città territori*, cit., spec. p. 327; ancora sostanzialmente nello stesso senso di Bartolo, ma molto più tardi, KLOCK, *Consiliorum*, cit., Tomus I, Cons. XIV, § 21.

¹⁹ Il divario tra queste due dizioni – da cui alcune diverse implicazioni che preciseremo a breve – si deve all'interesse (*favor*) che la concessione di un *officium* piuttosto che di un *privilegium* intendeva soddisfare. Nel primo caso, esso era evidentemente un interesse diretto e immediato del concedente (l'*officium*, appunto), cioè della comunità complessiva e di chi ne faceva le veci; nel secondo, invece, si trattava di un interesse prossimo al concessionario appunto del *privilegium*. Cfr. J.B. GONET, *Manuale thomistarum, seu brevis theologiae cursus*, Patavii, Ex Typographia Seminarii, 1718, Tomus IV, Tract. VI, Cap. I, § 1, p. 7, per il rilievo per cui «sint aliquae leges, quae bonum privatum videntur respicere» – parlando, precisava subito in seguito, «de materia proxima, circa quam versatur lex» e non certo «de motivo formali» –, «ut [...] privilegium, quod bonum particularis illius personae, in cuius favorem conceditur»; M. BONACINA, *Opera omnia nunc primum in tres tomos distributa*, Mediolani, Ex Typographia Francisci Agnelli, 1734, Tomus II, Disputatio I, Quaest. III, Punctum I, Propositio I, § 10, il quale precisava, inoltre, quanto a beneficiari del privilegio, che «privilegium aliquando proxime, et immediate respicit bonum privatae personae; [...] [a]liquando vero immediate, et proxime respicit bonum Communitatis» (di una comunità – e sottinteso, perché ciò attiene alla natura del privilegio – particolare, e non di quella complessiva: cfr. *infra*, par. III., quando riprenderemo il testo di Bonacina nel punto in cui ricorda che anche «[p]rivilegium est», pur sempre, «lex»).

²⁰ Preliminarmente, sulla cennata distinzione tra comunità o città, S. STRYKIUS, *Dissertationum juridicarum francofurtensium ex jure publico, privato, feudali et statuario materias exhibens*, Florentiae, Celli, 1838, Vol. V, Disp. XI, Cap. I, §§ 11-22: «distinguere videntur [...] ex qualitate civitatis et diversitate privilegiorum civitati competentium» (vedremo peraltro in seguito come anche il De Luca assumesse questa categorizzazione). Di qui, «illa distinctio [...], quod civitas alia sit municipalis, alia libera seu imperialis. Municipales quod attinet, distinguunt iterum, an illae omnimoda jurisdictione instructae, an non» (*ibidem*). Cfr. D. MEVIUS, *Commentarii in Jus Lubecense libri quinque [...]*, Francofurti ad Moenum, Impensis Joachimi Wilden, 1664, Lib. I, Quaest. VIII, il quale, da un lato, osservava: «[...] disceptatur frequenter, an aliis civitatibus, iis nempe quas municipales vulgo vocant, quae alterius Principis imperii jurisdictionem obsequiose agnoscunt, exinde quod Lubecensi Iure utuntur [Lubecca era città avente ragione di Repubblica: v. *ibidem*], congruunt, ut eorum usum sibi exinde vindicare et usurpare possint? [...] denegat [...]. Excluduntur enim istae civitates a communione jurium regalium et fiscalium, per communem [...] opinionem, [...] tum qu[ui]a privatorum loco habentur [...] ideoque publici juris et regalium sunt incapaces. [...] tum quia territorii jure carent, cui regalia, tanquam accidens subiecto, inhaerent» (§§ 3-6); mentre, dall'altro lato, fermo appunto che le «civitates [municipales] non possidere jura publica, seu imperii regalia, id tamen concedendum est, iure privilegii ea exercere, qu[ui]a qu[o]a[d] effectu[m] parum vel omnino nihil differt» (§ 21). Circa, infatti, la titolarità *iure privilegii* della *iurisdictio* da parte delle città suddite, spiegava lo stesso MEVIUS, *op. cit.*, *loc. cit.*, §§ 7-8: «testatur civitates [municipales] [...] frui istis juribus [publicis] [...]. [...] usum publici juris iis tribuamus, oportet discerni causam modumque, unde [...] tenent. Aliae isto utuntur ex singulari indultu Principum, qui per privilegium istis concessere [...], Aliae diuturno usu receperunt, sine alio titulo, aut expresso indultu»; e §§ 19-20: «Sunt enim quaedam civitates in Imperio Romano, aliis Principibus imperii subditae, quae exemptione aut privilegiis eo pervenerunt [...]. Deinde quidquid de privata civitatum conditione profertur, non aliter accipiendum est, ac eo respectu, quo superiori oboediunt, quoad hunc enim ejusque imperium pro privatis habentur: Ratione vero jurisdictionis, quam habent, et immunitatum aut privilegiorum, quibus gaudent, pro publicis reputari personis et publico jure frui nemo nescit». Ripercorre ampiamente la distinzione tra le due specie di convenzioni di natura sinallagmatica (pari o impari, cioè aventi ad oggetto una *potestas plena* o *limitata*) e le convenzioni graziose o *'deditioniae'*, MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 37-54. In particolare, l'A., a p. 48, a proposito del legame tra titolarità *iure proprietatis* del potere e *libertas* ossia autonomia formale, cita L. ALTOGRADUS, *Consiliorum sive responsorum, et rerum super iis iudicaturum*, Lucae, Typis Bernardini Pierij, et Hiacynti Pacij, 1654, Lib. II, Cons. LXX, § 9, e scrive: «i capitolati “ex lege deditionis” non sono “mere subditi”, ma “subditi cum obligationibus, et oneribus in capitulis d. subiectionis reservatis, et declaratis tantum, in coeteris vero aliis quibuscumque in iis non contentis, cuiusvis sint generis, non dicuntur exempti, sed potius non subditi, seu non subiecti”». Per questa ragione – conclude il giurista secentesco al successivo §

Ciò posto, ci sembra che la gerarchizzazione tra il potere di titolarità di due enti distinti possa imperniarsi sul rapporto di preminenza o tra gli interessi pubblici rispettivamente perseguiti, o tra le ‘parti potenziali’ di una posizione di potere sussistente per il perseguimento di un medesimo interesse collettivo²¹; o, inoltre, sulla base dei limiti cui una posizione in sé di potere soggiace rispetto al perseguimento di uno stesso obiettivo di pubblico interesse, cioè a quali assetti di interessi essa è vincolata (potestà soggette alla sfera giuridica dello *ius positivum* o soltanto a quella dello *ius naturale*).

Nel Capitolo precedente abbiamo cercato di mostrare come il potere baronale sottostesse a quello del principe in tutti e tre i modi appena elencati: i Baroni perseguivano un interesse collettivo generalissimo – quello alla giustizia – che cedeva di fronte a quello speciale alla

10 –, tali «Castra, et Loca non dicuntur esse sub onnimoda, et absoluta Principis iurisdictione; sed appellantur conventionata, quia praeter ea, quae sunt expressa in conventione, sunt libera, et ad aliquid aliud non tenentur»; fermo ovviamente restando che «licet immunitas concessa fuerit titulo oneroso, nihilominus silet, ubi causa subest publicae necessitatis» (ivi, §§ 4-8). Nello stesso ordine d’idee, già, ad esempio, P. CASTRENSIS, *Consiliorum sive responsorum*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1580, Lib. I, Cons. CCCXVII, § 3, il quale ricordava – con una triplice distinzione che, questa volta, suddistingueva in due le convenzioni non sinallagmatiche – come gli enti «habentes immunitatem possint esse multiplicis generis. Nam quidam habent ex pacto, quidam ex privilegio mere gratuito, quidam ex privilegio non mere gratuito, sed remunerativo alicuius operis bene gesti. [...] Constat autem quod immunitas, quae habetur ex pacto, et ex conventione non potest tolli [senza una giusta causa: ivi, § 5: «princeps ex causa publicae utilitatis potest eius subdito auferre etiam quod habet a iure gentium»] [...]. Sed illa, quae habentur ex privilegio *etiam non mere gratuito* [corsivo nostro], possunt revocari etiam sine aliqua causa, princeps nam non est obligatus ad observantiam dicti privilegij». Circa la questione, poi, se Padova – città a favore della quale, nel tracciare questa distinzione, Paolo di Castro scriveva – fosse effettivamente inquadrabile tra i soggetti «habentes immunitatem [...] ex pacto» e non, invece, in virtù di un semplice privilegio (ancorché «non mere gratuito», per essersi la stessa, comunque, e sebbene solo alla fine dell’assedio veneziano, arresa «con volontaria dedizione» alla città lagunare: V. SANDI, *Principj di storia civile della Repubblica di Venezia dalla sua fondazione sino all’anno di N.S. 1700.*, Venezia, Presso Sebastian Coleti, 1755, Parte II, vol. I, p. 432), ebbene, si tratta di questione qualificatoria che qui ha poca rilevanza. Non foss’altro, in particolare, perché «i patti cd. ‘dediticii’, recanti una sottomissione incondizionata e che di fatto, almeno a partire dagli ultimi decenni del Trecento, sono i più comuni», «si differenziano dai ‘foedera iniqua’» (che invece erano pur sempre ‘contratti’), «prima ancora nella forma che nel contenuto; essendo costituiti da una semplice dichiarazione unilaterale con cui la comunità si assoggetta alla dominante, senza che quest’ultima compaia in alcun modo come ‘parte’ dell’atto. Né la successiva concessione di un certo pacchetto di privilegi con cui si remunerano i nuovi sudditi per il gesto compiuto cambia la natura del rapporto, che evidentemente non ha niente di sinallagmatico» (MANNORI, *op. ult. cit.*, p. 51). E in questo senso ci sembra che la formula con cui Venezia concedeva poi a Padova i capitoli richiesti o, meglio, supplicati non lascasse invero adito a molti dubbi, per quanto Paolo di Castro cercasse di argomentare in senso contrario (CASTRENSIS, *op. cit.*, *loc. cit.*, § 5): v. *La Bolla d’oro nella dedizione della Città di Padova alla Repubblica Veneta*, Padova, Sicca, 1848, pp. 13-14: «Nos Michael Steno Dei gratia Dux Veneciarum etc. Universis, et singulis tam presentibus quam futuris presentem Privilegi nostri paginam inspecturis facimus manifestum, quod comparentibus ad nostram nostrique Domini presentiam Egregiis el Spectabilibus viris dominis [...] honorabilibus Oratoribus Comunitatis et Civium Padue, et nobis certa eorum capitula presentantibus, qui velut fideles et devoti nostri Domini supplicabant admitti per nos, et concedi de gratia speciali, [...] deliberavimus supplicationibus ipsorum nostrorum fidelium benignum auditum impendere, et quantum cum onestate et justitia voluimus exauditionis janua aperire, ut perinde [...] eorundem fidem et devotionem erga nos ferventius excitemus dictis eorum capitulis in forma infrascripta singulariter respondendo [...]» (30 gennaio 1405). Alla conclusione di una natura invece sinallagmatica degli atti di dedizione – conclusione, tuttavia, per le ragioni esposte non condivisibile, specie in quanto operante una generalizzazione troppo ampia ed indistinta – sembra addivenire, sulla base dei medesimi brani di Paolo di Castro, A. MAZZACANE, *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il «secolo della Terraferma»*, in *Storia della cultura veneta*, vol. III/1, Vicenza, Pozza, 1980, spec. pp. 588-589.

²¹ Come accennavamo al Cap. IV., par. II.

regimazione giuridica delle vie e dei fiumi pubblici; essi, poi, non avevano il potere, o meglio la parte potenziale del potere, avente ad oggetto il comando militare, cioè una – com'è intuibile – delle potestà più importanti e preminenti²²; infine, il loro potere si esplicava tutto nell'orizzonte dello *ius (mere) positivum*, ossia dello *ius civile*, diversamente da quello del Principe.

Abbiamo valutato altresì l'ipotesi di una attribuzione *iure proprietatis* totale o pressoché tale della posizione di potere fatta da un soggetto a beneficio di un altro e, interrogandoci sul modo in cui il cedente potesse conservare, cionondimeno, una superiorità sul cessionario, abbiamo concluso che la sovraordinazione continuava a intercorrere tra le persone stesse, in base alla natura del diritto "soggettivo" che ciascuna di esse vantava verso il medesimo bene (appunto, quella medesima posizione di potere comunicata).

Da ultimo, si è infine esaminata l'ipotesi di una stretta subordinazione che si realizzava tra l'ente titolare di potere gerarchicamente sovraordinato e quello subordinato allorché il secondo non solo non detenesse una potestà a titolo originario, ma non ne fosse nemmeno titolare, pur essendo coinvolto nel suo esercizio, per diritto proprio di proprietà. In un caso simile, l'istituzione subordinata difficilmente poteva farsi fautrice di politiche in qualche misura diversificate da quelle stabilite dall'ente superiore: il rapporto si informava sulla distinzione del momento 'direttivo' da quello 'esecutivo'²³.

Volendo dunque riassumere, la condizione di libertà o meno di un'istituzione subordinata (comunità, città o soggetti monarchici come i Baroni) era correlata alla titolarità o, al contrario, alla non titolarità in qualità di diritto quesito (*de iure gentium secundarium*) di determinate potestà; la misura di tale libertà, invece, dipendeva dall'oggetto, ossia dal contenuto, di quel diritto. Mentre, perciò, era in questo secondo modo che si evidenziava la differenza tra la qualità di 'barone' e quella di 'principe', era invece sulla titolarità *iure proprietatis* o meno del potere che si differenziavano Stato mediato (soggetto al Principe indirettamente) e immediato (subordinato direttamente allo stesso).

All'esito di questa rassegna, quali possibilità residuavano – ci domandiamo – di prospettare una sovraordinazione gerarchica di un'istituzione all'altra che, al contempo, preservasse in qualche modo uno spazio di azione autonomo per l'ente subordinato? Ad essere allora più precisi, era in ordine a ciò che comportavano la titolarità *iure proprietatis* del potere e, inoltre, la formale separatezza ordinamentale (che quasi sempre – almeno nelle investiture baronali estensi – come visto figurava) che le comunità *immediate e mediate*

²² Di nuovo, *supra*, Cap. IV., par. II. e, più specificamente, par. II.1.

²³ Cap. IV., par. III.1.

subiectae al Principe differivano: in ordine, ovverosia, alla possibilità delle seconde di esercitare il potere «*privative*» e non meramente «*cumulative*» con il Sovrano; o, meglio ancora, in modo autonomo da quest'ultimo e inviolabile (in assenza di giuste cause) da parte del medesimo²⁴.

²⁴ Circa la distinzione tra esercizio del potere *privativo* e *cumulativo*, MASTRILLO, *Tractatus de Magistratibus*, cit., Lib. I, Cap. XII, p. 21, §§ 42-45, sottolineava segnatamente che, se in genere, «concessis Regalibus [quale è un qualsiasi grado di *iurisdictio/potestas*], intelliguntur concessa cumulative, non autem privative», tuttavia «generi per speciem derogantur». Ipotesi 'speciali', in particolare, si avevano o, appunto, «quando Regalium concessio facta reperiretur per investituram, vel alium contractum, tunc enim intelligitur facta privative, non cumulative»; oppure allorché «quorum usus [cioè delle regalie] per usum Principis impediretur, ut puta si idem vectigal concessum exigere vellet, vel circa redditus, et servitia a subditis praestanda, eo magis ubi utile dominium in concessionarium translatum fuisset, prout in materia iurisdictionis [...], nimirum utile dominium quo ad fructum praefertur». Ebbene, la formula *iure privilegii* concerneva indubbiamente un'attribuzione *privativa* (v. *infra* in questa nt.); non, però, perché vi fosse una traslazione del dominio utile («*iure privilegii*», non «*iure proprietatis*», appunto), ma piuttosto perché sarebbe stata una contraddizione in termini concedere l'uso delle regalie ad un soggetto (individuale o collettivo) a titolo di 'privilegio' personale per poi servirsi – il concedente – delle medesime, annullando così di fatto la precedente 'dazione' effettuata – come dice la stessa parola 'privilegio' e come abbiamo precisato poc'anzi in altra nota – nell'interesse immediato del beneficiario. In ogni caso, come subito diremo nel testo, il punto è che la concessione *iure privilegii* non metteva al sicuro il concessionario dalla volontà derogatoria del Principe: semplicemente, divideva la regola – l'attribuzione del potere all'*inferior* – dall'eccezione – l'intervento del *superior* –. In questo senso, J. MENOCHIUS, *De praesumptionibus, conjecturis, signis, et indiciis, commentaria*, Genevae, Sumptibus Cramer, Perachon et Cramer filii, 1724, Tomus I, Lib. II, Praesumptio XVIII, § 1: «quando princeps concedit iurisdictionem magistratui [...] [h]oc casu dicendum est, praesumi concessam cumulative», mentre «quando privilegio personae ejus cui facta est concessio, fuit concessa iurisdictione [...] [h]oc sane casu intelligitur privative concessa. [...] Idem esse, quando contractu concessa fuit iurisdictione» (ivi § 23). L'«[e]ffectus, qui oritur ex hac cognitione quod cumulative vel privative concessa fuerit iurisdictione» era che, «[c]um [...] privative collata est, nullus praeter principem manus [...] apponere potest. [...] Cum vero cumulative concessa est iurisdictione, ita quod unusquisque per se et in solidum cognoscere et diffinire potest causam, locus est praeventioni» (ivi, § 36). In senso identico, P. BARBOSA, *Commentarii ad Interpretationem Tituli, ff. De Iudiciis*, Francofurti, Paltheniano, 1615, Art. IV, §§110-112: «Princeps per viam officii, nunquam videtur concedere privative iurisdictionem respectu sui, nec etiam quoad alios ordinarios, sed potius cumulative [...]. Et etiam non solum Princeps concurrere potest cu meo, cui concessit praedictam iurisdictionem privative, sed etiam, et illam revocare potest. Quod sane intelligendum est, quando praedicta concessio facta est per viam officii [...]. Nam si in feudum facta fuerit concessio iure patrimonii, vel etiam donata fuit [...], tunc etiam quoad se privative videtur concessisse iurisdictionem»; J.A. MARTA, *Digesta Novissima Totius Juris Universi Scientiae [...]*, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Joannis Friderici, 1680, Tomus I, Tit. *Iurisdictione*, Cap. LII; cfr. ancora MASTRILLO, *op. cit.*, Lib. IV, Cap. XVII, p. 254, § 108: solo i «Barones» (o gli altri enti posti a capo di territori mediati) «habeant iurisdictionem, in dominium, et sic privative quoad Regem concedentem, [...] attamen eorum officiales respectu Baronum cumulative iurisdictionem exercent». Insomma, un potere concesso *privative* non escludeva che la possibilità di appellare in via ordinaria al superiore; non ne escludeva certo l'intervento straordinario, il quale era invece proibito – ovviamente, *sine causa* – solo quando la potestà era concessa *iure proprietatis*. Ed ecco perché era proprio sul presupposto teorico della non titolarità di un potere formalmente autonomo che la dottrina di Bartolo sulla titolarità del potere da parte delle comunità suddite (*superiorem recognoscentes*) era stata a suo tempo criticata dai contemporanei. Ci riferiamo soprattutto alla tesi di Ranieri Arsendi, dettagliatamente studiata da STORTI STORCHI, *Appunti*, cit., la quale Autrice – benché non distingua sempre nettamente i due non sovrapponibili piani della titolarità e del contenuto del potere – conclude infatti sottintendendone ugualmente la divisione: la «teoria di Bartolo [...] costituiva una valida garanzia soltanto per l'autonomia delle città libere “superiorem non recognoscentes”. Contribuiva, anzi, a rinsaldare il potere di tali città sul loro contado, dato che a *villae e castra*, soggetti alla *iurisdictio* cittadina, essa negava espressamente la facoltà di statuire, se non in materie di ordinaria amministrazione locale [ne parleremo *infra* nei prossimi parr.], a meno che intervenissero i controlli e le *confirmationes* degli organi competenti della *civitas* dominante. La teoria della *iurisdictio* [di Bartolo] creava invece rischi notevoli per l'autonomia delle città sottoposte violentemente o per usurpazione ad un regime monarchico. Evitando di indagare sulle origini di tale potere, la teoria di Bartolo finiva, in un certo senso, per abbassare la soglia della legittimità dei regimi signorili, trascurando di fissare i confini tra un potere esercitato in base alla legge ed uno tirannico. Il possesso di una *dignitas* perpetua o a vita, la carica di giudice perpetuo conferivano di per sé *iurisdictio* e quindi la *titolarità*» – ecco, si noti, il punto (ultimo corsivo nostro) – «della potestà legislativa. La

Laddove, pertanto, non si potesse parlare di una comunicazione del potere *iure proprietatis*, non si poteva di conseguenza fare questione nemmeno di un suo esercizio formalmente escludente quello del Principe; visto, però, che questo effetto nella pratica quotidiana comunque si verificava²⁵, ciò significa che la soluzione a questa apparente contraddizione – se non si vuole negare, contro l’evidenza storica, ogni valenza all’attribuzione di un potere *iure privilegii* nel senso di una creazione di un certo equilibrio tra istituzioni – non può essere cercata a livello di titolarità appunto del potere, bensì sul piano del suo esercizio o ‘funzione’²⁶. Infatti, le due formule sopra riportate – titolarità del potere *iure privilegii* e *iure officii* – erano equiparabili precisamente sotto questo profilo: entrambe, non importando un *dominium* sulla potestà che costituiva l’oggetto dell’attribuzione, davano luogo ad un esercizio del potere (cumulativo o privativo che fosse, ma in ogni caso) non escludente il suo titolare originario.

Questa conclusione poggia sui seguenti presupposti. Si è già sottolineato più volte come la ‘funzione’ consista in un’operazione di ordinamento di interessi; ebbene, la dottrina ce lo testimonia ribadendo, sulla scorta del pensiero aristotelico-tomistico – centrale per tutto l’Antico Regime²⁷ –, che

«Justitia triplex est: Alia legalis, quae omnia ad bonum commune dirigit, et utilitatem publicam, universalemque causam prae oculis habet: alia distributiva quae officia, et alia communia inter privatos, debita proportione servata, distribuit: alia commutativa, quae inter partes privatas jus suum cuique conservat, et reddit»²⁸.

iurisdictio, inoltre, avrebbe potuto essere acquistata per concessione del *princeps* o anche per prescrizione» (pp. 333-334; cfr. di nuovo, sul punto, KLOCK, *Consiliorum*, cit., Tomus I, Cons. XIV, § 80). Insomma, che al Principe spettasse la titolarità del potere in quanto soggetto esterno e preminente rispetto all’ordinamento comunitativo, oppure in veste di carica interna nella quale, tuttavia, parimenti si concentrava ormai completamente il potere della comunità, in forza cioè di un ruolo di natura *lato sensu* vicariale, il risultato cambiava poco, almeno sotto questo aspetto (sottolinea opportunamente le altre, invece, differenti implicazioni di queste due forme di legittimazione, MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 352-359). Cfr. la disputa di precedenza tra il Duca di Ferrara e quello di Toscana – per molti versi forse più ‘Doge’ sul modello veneziano che ‘Dux’ feudale – ben ripercorsa da MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 75-93, 78; sul tema del potere del Principe *vice populi*, v. in generale E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, a cura di E. Conte, A. Fiori, L. Loschiavo, M. Montorzi, Roma, Senato della Repubblica, 2020 (rist. dell’orig. del 1964), in part. pp. 169 ss.

²⁵ Riportiamo di nuovo, in questo senso, un passo di MEVIUS, *Commentarii*, cit., Lib. I, Quaest. VIII, § 21, nel quale si osservava che «civitates [municipales] non possidere jura publica, seu imperii regalia, id tamen concedendum est, iure privilegii ea exercere, q[ui]a qu[o]a[d] effectu[m] parum vel omnino nihil differt».

²⁶ Come anticipavamo nella Parte Prima, Cap. III., par. III.

²⁷ Molto interessante, in questo senso, il contributo di D. FRIGO, *Governo della casa, nobiltà e «republica»: l’«economica» in Italia tra Cinque e Seicento*, in *Governo della casa, governo della città*, a cura di M. Bianchini, D. Frigo, C. Mozzarelli, in «Cheiron materiali e strumenti di aggiornamento storiografico», II (1985), in part. p. 93.

²⁸ C. CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*, Lugdunj, Deville, 1730, Pars secunda, Observ. CXIV, § 79.

Soprattutto, poi, emerge chiaramente questa dinamica ordinante, la quale assume in particolare due «motus» opposti nella giustizia legale e in quella distributiva:

«motus accipiunt speciem a termino ad quem. Et ideo ad iustitiam legalem pertinet ordinare ea quae sunt privatarum personarum in bonum commune, sed ordinare e converso bonum commune ad personas particulares per distributionem est iustitiae particularis»²⁹.

Quello della giustizia distributiva (ordine tutto/bene comune a parti/beni parziali) è, peraltro, un moto che si svolge sempre – come poc’anzi trascritto – «debita proportione servata», cioè sempre nella garanzia che la concessione agli interessi parziali fatta a partire dall’interesse comune non si traduca in una lesione di quest’ultimo. Il bene comune, infatti, è, sì, proprio delle singole parti³⁰, ma non di per sé, bensì solo perché e nella misura in cui determinati soggetti sono considerabili appunto parti di una certa comunità: il che significa che il bene comune è riguardabile come ‘proprio’ delle medesime parti, e cioè come parziale, soltanto *per relationem* a quanto dello stesso è stato concesso, o si può concedere, agli altri membri della stessa comunità³¹. Nel caso contrario, infatti, si incorre nella cd. accettazione di persone, nel senso che si riduce alla persona «quaecumque conditio non faciens ad causam propter quam sit dignus hoc dono, puta si aliquis promoveat aliquem ad praelationem vel magisterium quia est dives, vel quia est consanguineus suus, est acceptio personae»³². In altre parole, è bene comune – è, ovverosia, giustizia – anche che la singola parte possa domandare una perequazione di quanto le spetta rispetto alla comunità medesima³³.

S. Tommaso – si sarà notato – usa il termine ‘donum’ a proposito della concessione fatta al singolo sul bene oggetto dell’interesse comune perché, come appena precisato, la dazione delle cose comuni (ovviamente *lato sensu*: l’ordinamento del bene comune ai beni parziali delle parti) costituisce, sì, un diritto, uno *ius*, ma *in spe*. Infatti, «iustitia distributiva et commutativa non solum distinguuntur secundum unum et multa, sed secundum diversam

²⁹ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 61, art. 1, ad 4; cfr. CRESPI DE VALDAURA, *op. cit.*, Pars secunda, Observ. CXIV, § 80.

³⁰ S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 61, art. 1, ad 2: «sicut pars et totum quodammodo sunt idem, ita id quod est totius quodammodo est partis. Et ita cum ex bonis communibus aliquid in singulos distribuitur, quilibet aliquo modo recipit quod suum est».

³¹ Ivi, art. 4, ad 2: «In distributiva enim iustitia non attenditur aequalitas eius quod quis accipit ad id quod ipse impendit, sed ad id quod alius accipit, secundum modum utriusque personae».

³² Ivi, q. 63, art. 1, *Respondeo*.

³³ Ivi, art. 4, *Respondeo*: «iudicium est actus iustitiae, prout iudex ad aequalitatem iustitiae reducit ea quae inaequalitatem oppositam facere possunt. Personarum autem acceptio inaequalitatem quandam habet, in quantum attribuitur alicui personae praeter proportionem suam, in qua consistit aequalitas iustitiae. Et ideo manifestum est quod per personarum acceptionem iudicium corrumpitur»; ad. 1: «iudicium dupliciter potest considerari. Uno modo, quantum ad ipsam rem iudicatum. Et sic iudicium se habet communiter ad commutativam et ad distributivam iustitiam, potest enim iudicio definiri qualiter aliquid commune sit distribuendum in multos, et qualiter unus alteri restituat quod ab eo accepit [...]».

rationem debiti», atteso che «alio [...] modo debetur alicui id quod est commune, alio modo id quod est proprium»³⁴. E questa diversità di modi l'abbiamo esplicitata poco fa: nel caso dell'ordinamento dell'interesse collettivo a quelli parziali (giustizia distributiva), ad una singola 'parte' è dovuto il 'tutto' in rapporto a quanto è stato dato o a quanto si concederà alle altre.

Ora, noi non possiamo dimenticare che, fermo il nucleo per così dire duro dell'interesse collettivo alla giustizia – quello del mantenimento della struttura del rapporto giuridico indicata definitivamente dallo *ius naturale vel gentium primum et divinum* –, tale struttura necessita di essere sviluppata e 'perfezionata' per rispondere adeguatamente alle esigenze di una comunità e dei suoi membri (in aderenza, ovviamente, a quel medesimo fine della giustizia)³⁵. Un simile svolgimento ulteriore spetta al diritto positivo, all'opera cioè dell'uomo, nel quale – lo ricordiamo – rientra finanche lo *ius gentium secundarium*. Quest'ultimo, poi, si identifica con le conclusioni 'quasi immediate' («ex propinquo»³⁶) dalla giustizia e dallo *ius naturale* o *gentium primum*, le quali, non essendo sempre e necessariamente vere e valide, ma essendo tali, seppur appunto 'quasi' sempre, in via solo contingente, possono di conseguenza richiedere un intervento discrezionale e derogatorio dell'Autorità pubblica, in senso correttivo in conformità al fine della giustizia.

Resta, così, dimostrato come il privato non possa pretendere qualcosa in senso stretto – cioè vantare un 'diritto' in senso forte, uno *ius in re* – nei confronti del bene comune e di chi lo assume come proprio (l'Autorità pubblica): non, perlomeno, al di fuori delle ipotesi in cui la mancata concessione ('distribuzione') operata in suo favore a partire dal bene comune medesimo non costituisca essa stessa una violazione dell'obiettivo alla giustizia o, altresì, delle norme che lo individuano univocamente (*ius naturale et divinum*)³⁷.

In tutti gli altri casi, la singola parte potrà certamente presentare il proprio ricorso lamentando una lesione sempre della giustizia e, in virtù della capacità soddisfattoria tipica di quest'ultimo interesse collettivo³⁸, anche del proprio particolare interesse parziale. Ella, tuttavia, non potrà pretenderlo come dovuto in senso assoluto, ma solo in quanto, in comparazione con gli altri interessi particolari e l'interesse della collettività stesso, non vi

³⁴ Ivi, q. 61, art. 1, ad 5.

³⁵ Abbiamo cercato di approfondire questi temi e questa impostazione della giustizia come rapporto e come fine-obiettivo, più che come mero insieme di norme, *supra*, Parte Prima, Cap. III, par. II. e II.1.

³⁶ S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 3, ad 3.

³⁷ Cfr., sulla questione, C. LUPI, *I fondamenti filosofici della politica secondo S. Tomaso d'Aquino*, Roma, Biblioteca di storia patria, 1986, p. 122: «[l]a giustizia distributiva in quanto assume il compito di regolare il rapporto tutto-parte può essere indicata anche come giustizia sociale, solo alla condizione che si tenga conto del primato della "giustizia legale"».

³⁸ Sul punto, di nuovo *supra*, Parte Prima, spec. Cap. II., par. V., e Cap. III., par. II.

ostino ragioni che, se invece trascurate, risulterebbero a loro volta lesive dell'interesse comune alla giustizia. Uno *ius in spe*, pertanto, una posizione giuridica – quella del privato nelle ipotesi in cui viene in rilievo la giustizia distributiva – che ben potremmo allora definire di 'interesse legittimo', anche se risulta palese l'abisso che separa questo "*interesse legittimo d'Ancien Régime*" da quello liberale e, altresì, odierno. L'oggetto di tale posizione giuridica non è infatti un bene strumentale, come oggi, molto chiaramente, ci spiega invece essere, per tutti, Scoca³⁹. Oggetto ne è, al contrario, il bene finale avuto di mira dal privato: l'unico che davvero gli 'interessa' e che, se la nostra tesi di fondo è corretta, assume una rilevanza giuridica pienamente autonoma solo in rapporto alla possibilità di far valere (la contestuale lesione di) un interesse comune – o pubblico in senso oggettivo che dir si voglia –, la cui soddisfazione sia capace di produrre potenzialmente, quale 'tutto potenziale', anche quella dell'interesse del privato, che ne è omonima 'parte'. Ciò che – va però precisato – presuppone(va) l'indisponibilità del fine comune da parte dell'Autorità.

Ora, il suddetto svolgimento ulteriore dell'interesse comune naturale alla giustizia – ciò che si indicava con 'giustizia legale' – è quello che propriamente si definisce esercizio 'amministrativo' del potere (o 'funzione amministrativa'). Così, essendo la giustizia, prima ancora che una norma da rispettare, un obiettivo da raggiungere e da inverare nei casi particolari e contingenti della vita; non esistendo spesso, poi, una norma totalmente indisponibile (al di fuori degli *iura naturale et divinum*), ma essendo affidato al diritto positivo il compito di sviluppare l'obiettivo predetto, ne consegue pertanto che non risulta logicamente possibile 'distribuire' quanto ancora non ha una consistenza precisa. O meglio, non lo si può fare se non si vuole ledere potenzialmente il bene comune. D'altronde, il tutto, in ordine logico, precede sempre – come abbiamo più sopra ricordato – le sue parti, di talché anche il bene e l'interesse comune fanno lo stesso con quelli parziali e in modo analogo, infine, le decisioni dirette rispettivamente a soddisfare in via diretta l'uno (giustizia legale) e gli altri (giustizia distributiva)⁴⁰. Peraltro, da ciò discende inoltre che ciascun soggetto

³⁹ Parte prima, Cap. I., par. IV., e ancora Cap. II., par. V.

⁴⁰ È questa una delle implicazioni del fatto che «*lex est ratio iuris*» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 1, ad 2; *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. II.). La *lex* è il criterio di decisione ed è anche, prima di tutto, ordinamento *al bene comune*, ossia *parti-tutto*, e non *tutto-parti*. Di conseguenza, se si vuole che una decisione di giustizia particolare (distributiva o commutativa) persegua – seppur indirettamente – il *bonum commune*, è necessario che sia assunta secondo una *lex* (nel senso, resta inteso, logico del termine appena ricordato). Siccome, cioè, la 'parte' non esiste come tale senza il 'tutto', così anche la giustizia legale (o funzione amministrativa), che è l'ordinamento diretto della parte (il *bonum particolare*) al tutto (il *bonum commune*), precede a sua volta come tutto la giustizia distributiva e quella commutativa (entrambe espressioni della giustizia particolare, o funzione giurisdizionale). Queste ultime, invece, hanno direttamente ad oggetto la parte o le parti (gli interessi o beni parziali) e solo indirettamente il tutto (interesse o bene comune). Si veda sempre S. TOMMASO D'AQUINO, *op. ult. cit.*, II-II, q. 58, art. 5, *Respondeo*: «*iustitia, [...] generalis, dicitur iustitia legalis*» e, *ivi*, q. 61, art. 1, *Respondeo*, in merito alla giustizia particolare; v., inoltre, ID., *Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo. Libro terzo, Distinzioni 23-40: le virtù in Cristo e le virtù nei fedeli*, Bologna,

coinvolto in quell'operazione di creazione del diritto positivo soggiace anche al diritto positivo stabilito da un'istituzione a lui sovraordinata.

È convinzione di chi scrive che tutto questo ragionamento, pur scontando una certa dose di astrattezza, risulti utile per il punto oggetto della presente trattazione. Già abbiamo rilevato, infatti, che – come del resto è più che noto – di ‘pubblici’, cioè di comunità, e cioè ancora di interessi comuni, non ve ne fosse uno soltanto nelle realtà statuali d'Età Moderna⁴¹. Allora, se combiniamo il dato di questa marcata pluralità dei centri di potere alla precedenza logica (non di importanza) che l'‘amministrare’ ha sul ‘giudicare’⁴², ne traiamo la conclusione per cui l'‘amministrare’ poteva essere – come dire – collocato in sede decentrata anche nei territori dello Stato a sovranità immediata: senza – è a dire – che ciò ne contraddicesse, per un verso, appunto l'immediata soggezione ad un unico Principe, unico padrone in punto di titolarità di ogni potere, e, per altro verso, la stessa costituzione pluralista e – detta con termine oggi in voga – “multilivello”.

Edizioni Studio Domenicano, 2000, vol. VI, p. 702, ove si spiega come tale rapporto di presupposizione sia valido per ogni parte (specie) della giustizia legale, fra cui anche l'*aequitas* (o *epieicia* o *epikeia*): «epieicia adiungitur legali iustitiae, et circa eadem est, quamvis non ex eodem dirigit: quia legalis dirigit in scripto legis, sed epieicia ex intentione legislatoris; et quamvis sit excellentior quam iustitia legalis, non tamen potest dici cardinalis: tum quia est in supplementum legalis iustitiae, et etiam quodammodo praesupponit illam; tum quia est idem omni virtuti aequaliter, sicut et legalis iustitia»; cfr. ID., *S.T.*, cit., II-II, q. 120, art. 2, ad 1. Tale rapporto di presupposizione – va peraltro precisato – non dà necessariamente scaturigine a due momenti decisori temporalmente distinti, ma si tratta di una presupposizione logica. Quella di cui si parla è un'esigenza basilare del modo di ragionare, giusta la quale, per ordinare tra loro determinati elementi o interessi particolari secondo un certo criterio (giustizia commutativa), o così anche per stabilire un rapporto regola-eccezione (cioè a cui, pur semplificando troppo, si può ridurre la giustizia distributiva), occorre prima stabilire quel criterio sulla cui base contemperare tra loro esigenze più particolari o stabilire eccezioni alla regola generale. Non bisogna dunque sovrapporre la giustizia distributiva ai cd. «conflitti indiretti» di interessi, quelli «cioè già mediati da una regola [...] del conflitto» (PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 203; cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. II.). Se è vero, infatti, che anche in questo caso si presuppone una regola di ponderazione di interessi, tale regola non è il criterio della decisione, bensì l'oggetto di questa. Di conseguenza, la funzione giurisdizionale può esprimersi tanto nell'ambito di conflitti indiretti, nei quali si pondera il fine assunto come primario nella regola sindacata con quello che funge da criterio dell'operazione di controllo di quella norma; quanto naturalmente nel caso di «conflitti diretti» (ivi, p. 202), nei quali non si valuta invece la rispondenza di una regola di ordinamento tra interessi già esistente ad un fine ulteriore a quello in essa stabilito, ma si elabora tale regola sulla base – direttamente – di un certo fine da perseguire.

⁴¹ Giova riportare a questo riguardo la considerazione decisa di MANNORI, *Introduzione*, cit., p. 33: «è infatti fuori questione che quel ‘progetto amministrativo’ che prende l'avvio alla fine del Rinascimento non è per nulla diretto a sovvertire la tradizionale costituzione pluralistica del territorio bensì a proteggerla dalle sue stesse fragilità e contraddizioni interne».

⁴² Cosa, peraltro, rispetto alla quale è del tutto indifferente che l'obiettivo ultimo sia ‘dato’ e, come tale, indisponibile per il potere umano-positivo, come era in Antico Regime, ovvero che, come accade oggi, si voglia attribuire il contenuto essenziale stesso della ‘giustizia’ mediante il diritto positivo, giustificandolo poi sulla base della legittimazione politica con la quale tale operazione è svolta, prima e più che sulla base del suo fondamento obiettivo e razionale.

II. *Tra oeconomica e politica amministrazione*

Una possibile obiezione all'ipotizzata capacità del binomio 'amministrare-giudicare' di spiegare la convivenza di «[m]onismo politico e pluralismo istituzionale»⁴³ è quella per cui – secondo quanto ha ampiamente dimostrato Luca Mannori –, in forza del «precetto classico secondo il quale “expedit Reipublicae ne sua re quis male utatur”», «il principe, in quanto “Pater Patriae et subditorum”, “praeter iurisdictionem exercet quoque illam politicam et oeconomiam potestatem in Rempubicam et subditos, prout cuilibet prudenti patrifamilias in propria domo competit”»⁴⁴. Parrebbe dunque, parafrasando, che di spazi per la sopracitata autonomia delle comunità immediate ne residuassero potenzialmente pochi.

Non possiamo a questo proposito non affrontare la questione della cd. '*oeconomia*'. In particolare, per verificare la fondatezza dell'ipotesi suddetta, dobbiamo approfondire il nesso tra *oeconomia* come governo della casa privata e *oeconomia* come governo della *domus* pubblica e quello che spiega la possibilità di effettuare questo rilevante salto. Il problema di fondo, infatti, è che 'politica', in punto di teoria astratta, è ciò che riguarda «il reggimento universale», ossia il «“il comune de tutte le Case”»⁴⁵, «mentre il reggimento economico si occupa del particolare di ciascuna di queste»⁴⁶. Il Sovrano, in questa prospettiva, deve «anche vigilare affinché i suoi sottoposti non arrechino danno a se stessi»⁴⁷; deve cioè farsi carico anche di alcuni interessi delle parti della collettività delle quali egli è a capo, allorché, o per l'incapacità dei suoi normali titolari o perché questi ultimi *male utuntur* di quanto a loro stessi compete, la lesione di tali istanze parziali si possa tradurre in un danno per l'interesse della collettività complessiva.

Ora, si comprenderà come la connessione tra interesse parziale e comune appena riferita sia in sé talmente generica che il Sovrano avrebbe potuto con questo criterio legittimare un proprio intervento in pressoché ogni ambito della vita delle comunità locali⁴⁸ e – perché no – dei singoli individui. Posto, però, che «la centralizzazione assunse assai più la forma di una continua mediazione tra esigenze [...] del principe, rivendicazioni delle oligarchie locali e bisogni vitali delle masse contadine che non l'aspetto di un governo realmente verticalizzato»⁴⁹, diviene di conseguenza indispensabile fare luce sul principio che presiedeva alla cernita degli interessi avocabili dal centro alla propria competenza senza che

⁴³ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 94.

⁴⁴ Ivi, p. 208, ove l'A. cita una «relazione a sentenza» del magistrato della Rota senese Giuseppe Maria Casaregi (si veda meglio ivi, pp. 205 ss.); Inst.1.8.1.1.; cfr. D.1.6.1. e 2.

⁴⁵ FRIGO, *Governo della casa*, cit., pp. 86-87, ove si richiama G.B. ASSANDRI, *Della economica, ovvero disciplina domestica*, Cremona, Belpiero, 1616, p. 5.

⁴⁶ FRIGO, *Governo della casa*, cit., p. 87.

⁴⁷ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 209.

⁴⁸ Tema su cui opportunamente insiste Mannori, ivi, *loc. ult. cit.* e pp. ss.

⁴⁹ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 211.

ciò comportasse uno stravolgimento della costituzione territoriale pluralista, più volte cennata, ereditata dal Medioevo. Cercheremo, in altre parole, di dimostrare l'ipotesi che abbiamo prima proposto e che a noi pare la più plausibile: quella cioè per cui l'autonomia delle comunità locali delle aree immediate dello Stato potesse muoversi esclusivamente sui binari non della titolarità *iure proprietatis* del potere – di privata spettanza del centro: ciò in cui appunto consisteva l'immediatezza della sovranità –, ma sul piano dell'esercizio del potere, ossia della funzione. Il che è possibile solo se alcuni interessi delle componenti della *Respublica* restavano al di fuori della portata espansiva della 'casa' statale, o, ed è lo stesso, se tra Stato e *Respublica* non vi era una totale identificazione.

'*Oeconomia*' è uno di quei classici vocaboli la cui polisemia, se non si chiarisce preliminarmente l'accezione nella quale li si assume, toglie capacità chiarificatrice ad ogni ragionamento ad essi relativo. Daniela Frigo ha dedicato fortunatamente a questo obiettivo una serie di pregnanti contributi il rinvio ai quali ci sembra imprescindibile⁵⁰; ci sarà pertanto sufficiente insistere sui profili di interesse per il tema oggetto del nostro lavoro.

Ciò detto, a noi sembra che '*oeconomia*' possa venire in rilievo in un triplice senso.

In primo luogo, il De Luca scriveva che «[p]er un certo uso comune però di parlare il [...] governo si distingue in tre specie; Una, la quale si dice *Politico*, l'altra *Civile*, e la terza *Economico*»⁵¹. In particolare, il governo 'politico'

«riguarda gli affari pubblici di Stato per la conservazione, aumento, decoro, e felicità del Principato [...]. Che però questa parola *Politica* è sinonimo, e dinota l'istesso, che la ragione di stato; posciache la parola, *Ragione*, abbraccia tutto quello che di giusto, e di ragionevole dalle leggi Divina, naturale, delle genti, positiva, e di convenienza si dispone, ovvero si richiede anche tra privati; onde vi si accoppia l'altra parola, *di Stato*, per dinotare una ragione pubblica, e singolare del Principe, e della Republica in universale. [...] in due diverse specie si distingue. Una da praticarsi con altri Principi, ovvero con altri popoli non sudditi [...]. E l'altra specie di politica riguarda quegli affari pubblici, che appartengono al mantenimento, conservazione, e buon governo del Principato con i sudditi, per ovviare alle ribellioni, e disubbidienze, et altre guerre intestine, e civili, e provvedere all'altre cose, che potessero cagionare la perturbazione della pubblica quiete, e la mutazione, ovvero l'alterazione dello Stato»⁵².

Proseguendo nella lettura, apprendiamo poi:

⁵⁰ Oltre al già richiamato FRIGO, *Governo della casa*, cit., si veda EAD., *Amministrazione domestica e prudenza 'oeconomica': alcune riflessioni sul sapere politico d'ancien régime*, in «Annali di storia moderna e contemporanea», I (1995); e, altresì, EAD., *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*, in *Archivio dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica. Nuova Serie. N. 3*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. 1.

⁵¹ DE LUCA, *Il Principe cristiano pratico*, cit., Cap. VI, § 6.

⁵² Ivi, §§ 6-7 e 9.

PARTE SECONDA

«Il governo civile [...] contraddistinto da quel politico [...], abbraccia tutto quello, che appartiene all'amministrazione della giustizia distributiva, e commutativa, et alla pubblica quiete, utilità, comodità, libertà del commercio, e vita felice de' sudditi; così nell'ovviare, che non seguano le oppressioni, e che ciascuno goda quel che è suo, e nel castigo de' delitti; come anche in quel, che riguarda l'abbondanza de' vittuali, la conservazione della sanità, il traffico, et il commercio, et altre cose simili necessarie, ovvero opportune per l'umana società, e la vita civile, comoda, e felice de' Popoli, che dev'esser lo scopo principale del Principe»⁵³.

Giungiamo finalmente al governo 'economico':

«Et il governo economico consiste propriamente nella buona, e diligente amministrazione dell'erario pubblico; così acciò le rendite sieno con fedeltà, e diligenza amministrate [...]. E sotto questa specie di governo economico cade ancora tutto quello, che riguarda l'economia, e la ricchezza de' sudditi per mezzo delle arti, delle industrie, e dell'agricoltura»⁵⁴.

Se ne ricava pertanto – premesso che 'governo', come ben traspare dai passi trascritti, era preso nell'accezione generica di reggimento od ordinamento di una moltitudine ad un fine comune⁵⁵ – che *politico*, *civile* ed *economico* non indicavano altro che materie diverse da ordinare appunto al bene di una certa collettività. In questo caso, '*oeconomia*' tendeva a coincidere con 'finanza', in accordo precisamente a quanto si scriveva in una nota opera attribuita ad Aristotele e diffusasi largamente nel corso del XVI secolo⁵⁶.

Volendo concretizzare quanto appena esposto, si inseriva entro tali coordinate, ad esempio, il *Regolamento ed ordini di S. A. Serenissima da osservarsi dai Consigli, Magistrati e Tribunali di Modena per lo Governo politico, civile, ed economico de' Suoi Domini* del 30 dicembre 1740, che il Duca estense emanava avendo «osservato esservi del disordine prodotto forse dal dover fare li Ministri, che li compongono [i Tribunali] più figure formali, o perché non sono state tenute separate le materie contenziose dalle graziose, e miste, o perché nella distribuzione, e disamina di esse non si osserva il buon ordine de' Tribunali»⁵⁷. Quindi, questa materiale era una prima accezione del termine '*oeconomia*'.

⁵³ Ivi, Cap. VII, § 5.

⁵⁴ Ivi, Cap. VII, §§ 6-7.

⁵⁵ Cfr. ivi, Cap. I, § 25; più in generale, in questo senso, S. TOMMASO D'AQUINO, *De regimine principum*, cit., Lib. I, Cap. I.

⁵⁶ ARISTOTELE, *Trattato sull'economia*, trad. a cura di R. Laurenti, in *Aristotele*, Milano, Mondadori, 2008, in part. Lib. II, pp. 763 ss.; cfr. FRIGO, *Amministrazione domestica*, cit., p. 44-45.

⁵⁷ *Regolamento*, cit., p. 5 (in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione Generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. V, n. 168). Con specifico riguardo al governo economico si legge: «[r]iguardando il Governo Economico la buona, e diligente Amministrazione dell'Erario del Principato, acciò le rendite sieno con fedeltà, e diligenza amministrate, [...] e tutto quello che esser possa dell'Economia, e ricchezza de' Sudditi per mezzo delle Arti, delle industrie dell'Agricoltura, de' mezzi per rendere più facile, e comodo il Commercio, [...] e venendo questa spezie di Governo esercitata dal Tribunale della Nostra Camera, del Magistrato dell'Acque [...]» (pp. 33 ss.). Sulla genesi di questo regolamento, cfr. TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., pp. 47 ss.

Alle diversità tipologiche di ‘governo’ potevano poi corrispondere potestà di natura differente. Ed è in questo secondo senso che la parola in esame veniva altresì in rilievo. Il giurista spagnolo del Seicento Cristóbal Crespi de Valdaura affermava infatti:

«[r]esidet [...] in Principe alia oeconomica, et politica potestas, quae ei tanquam Reipublicae capiti, et parenti ut cuilibet patrifamilias in propria domo competit [...]. Haec autem potestas, non eisdem regulis, quibus contentiosa iurisdictio metitur, sed omnino diverso exercetur. [...] Non enim criminum punctionem, sed praeservationem continet, ad quam non plena necessaria est probatio, sed suspicio: non judicialis citatio, sed viae facti executio. Atque ita plura, quae contentiosa iurisditione iniusta forent, potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequissime immo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt»;

«[h]ac [...] potestate uti, et ejus exercitio damna pellere, ipsius Reipublicae favor exposcit»⁵⁸.

Si tratta di passi noti. Daniela Frigo, al riguardo della tipologia di *potestas* ivi descritta, commenta concludendo che «nelle materie non di giustizia, che non riguardano cioè diritti quesiti, si riconosce al principe un potere che esula dai limiti della *iurisdictio* e che trova il suo modello proprio nell’autorità “naturale” del padre all’interno della sfera domestica»⁵⁹. Luca Mannori, soffermandosi sui medesimi brani, pare inoltre suggerire che si trattasse di una potestà del tutto parallela a quella *a iure limitata* indicata con il termine *iurisdictio*⁶⁰. Al contempo, lo stesso Autore sembra nondimeno differenziare detta *potestas oeconomica* dalla *absoluta potestas* di titolarità sempre del Principe, affermando che, per quanto la prima fosse «contigua»⁶¹ alla seconda, «sotto al governo economico cadono le persone in istato di soggezione speciale», come i chierici; mentre, per converso, «il comune suddito, nonostante il progressivo allargamento subito dalla ‘casa’ del principe, continua di regola a collocarsi al di fuori delle sue mura, conservando rispetto ad essa la posizione di un terzo», anche se «ciò non vale, certo, a porlo al riparo dalle ‘lettres de cachet’ del suo sovrano»⁶².

Queste due letture, tuttavia, non risultano a nostro avviso pienamente condivisibili. Rispetto a quanto sostiene Daniela Frigo, è certamente vero che affermare che «haec potestas

⁵⁸ CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae*, cit., Pars prima, Observ. III, §§ 1-2 e 8.

⁵⁹ FRIGO, *Amministrazione domestica*, cit., p. 40.

⁶⁰ MANNORI, *L’amministrazione del territorio*, cit., pp. 176-177: «[l]a natura totalmente diversa di questo tipo di potere rispetto a quello giurisdizionale consente in particolare, secondo Crespi, che ad esso siano legittimamente assoggettabili tutti coloro che per qualche ragione godono di un foro diverso da quello civile – tipicamente i chierici –. Si tratta, come ben si vede, di una concezione molto ‘forte’ del concetto di economia, dichiaratamente concorrente rispetto alla sfera della ‘giurisdizionalità’ in quanto il principe può ottenere, agendo appunto in via “oeconomica”, i medesimi risultati altrimenti conseguibili solo mediante processi e sentenze, fino a privare i sudditi della libertà e della vita»; così anche in ID., *Per una ‘preistoria’*, cit., pp. 427-433, anche nntt. 264 e 274, e in ID., *Il Sovrano tutore*, cit., p. 433, nt. 14.

⁶¹ MANNORI, *L’amministrazione del territorio*, cit., pp. 177.

⁶² ID., *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 433.

oeconomica, et politica, quae [...] ad futura damna vitanda, et quietem, et pacem publicam tuendam, et defendendam tendit, [...] adeo ut interdum, et ad privandum vitae nocentem absque processu alio (licet rarissime) protendatur»⁶³ non significava affatto ammettere una deroga al diritto naturale alla vita, preclusa al Principe anche *in certo casu* in quanto tale diritto individuale rientrava nello *ius gentium primum*. Il passaggio trascritto riguardava, infatti, i requisiti sussistendo i quali poteva ritenersi giustificata – e la giustificazione è l'esatto opposto della deroga – la privazione della vita del colpevole di determinate azioni⁶⁴. E tuttavia, anche il diritto alla *citatio-defensio* era un diritto quesito, sebbene fosse “di rango minore”, e cioè sebbene fosse derogabile ricorrendone una giusta causa di pubblica utilità o necessità (*ius gentium secundarium*), come in effetti era derogato allorché si procedeva *ex abrupto*⁶⁵. Resta così evidentemente chiarito che la *potestas oeconomica* poteva astringere i diritti quesiti; il che è come dire che si poneva in una posizione in qualche modo «contigua» con la tradizionale *absoluta potestas*.

Rispetto alla spiegazione fornitaci da Mannori, cionondimeno, si deve notare che l'ecclesiastico che il Principe avrebbe potuto espellere liberamente in virtù di quello «statuto operativo completamente diverso e concettualmente autonomo rispetto a quello tradizionale»⁶⁶ – «così come il padre di famiglia può bene cacciare dalla propria casa un qualunque ospite indesiderato, anche senza giusta causa»⁶⁷ – era in realtà solo quello che «non habet jus illic habitandi»: solo questi, quindi, anche «absque causa potest expelli»⁶⁸, «non vero personae Ecclesiasticae, quibus jus est commorandi in Regnis». Queste ultime potevano essere espulse dall'Autorità civile in forza, sì, della *potestas oeconomica*, ma solo «cum causa», cioè «si illa [Regna] turbant, iurisdictionem impediunt, vel usurpant aut alio modo quietem publicam laedunt»⁶⁹. Lo stesso Crespi, in senso analogo, precisava ulteriormente che «et residentiam Ecclesiasticorum, quam Princeps saecularis permittit, et

⁶³ CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae*, cit., Pars prima, Observ. III, § 46.

⁶⁴ Ivi, §§ 25, 48-49, ove l'A. parla rispettivamente di «clara necessitas», di «privata scientia» e di «delinquentem Principi notissimum» e addirittura di «imminens ruina»; nonché sempre ivi, §§ 80-81, dove osserva riassuntivamente che «se podía proceder sin guardar la forma» in «[c]aso [...] de tanta enormidad» o «con los delinquentes notorios, cuyos delitos no se podían probar, reduciendo la prueba a escritas [...]». Cfr. inoltre, in questo stesso senso, I.D. RAYNALDUS, *Observationes criminales, civiles, et mixtae*, Romae, Sumptibus Nicolai Chellini, 1688, Lib. I, Prooemium, § VII, n. 33: «dicta Potestas oeconomica non dicitur absoluta, dum adhuc exigit in Principe conscientiam informatam, et tantum rejicit telas, et tramites iudiciales». Si noti peraltro – come a breve avremo occasione di riportare più estesamente – che questo A. con «*absoluta potestas*» intendeva quella tirannica, cioè la potestà «ad libitum exercita» (*ibidem*), e non la *potestas absoluta* dal diritto positivo e, *cum causa*, da quello delle genti secondario.

⁶⁵ Sul procedimento *ex abrupto*, si veda quanto abbiamo riportato *supra*, Cap. IV., par. II.1.1.

⁶⁶ MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 176, nt. 30.

⁶⁷ ID., *Per una 'preistoria'*, cit., p. 431, nt. 274.

⁶⁸ CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae*, cit., Pars prima, Observ. III, § 23.

⁶⁹ *Ibidem*.

tutionem esse quid temporale; atque ea ratione suae, et non alterius jurisdictioni [ecclesiasticae] subjici»⁷⁰.

La *potestas oeconomica*, potendo legittimare una deroga anche ai diritti quesiti, era dunque senz'altro contigua alla *potestas absoluta*, ma non può essere considerata il precursore diretto della cd. “potestà amministrativa” contemporanea o, in altri termini, essa si inseriva appieno nel modello statuale d'Antico Regime: era un potere, cioè, tutt'altro che capace di legittimare da se stesso i propri contenuti, ma che si fondava e giustificava la deroga all'*ordo iuris* pur sempre sul fine dell'interesse comune alla giustizia (è evidentemente scontato che non parliamo di possibili abusi di quel potere). Vedremo subito come; in ogni caso, è già quel «cum causa» a segnalarlo e, del resto, anche la *absoluta potestas* non era un potere autolegittimantesi, come già più volte si è avuto modo di puntualizzare.

La peculiarità della potestà “domestica” del Principe, anche nella sua *domus* allargata, si comprende allora, a nostro parere, non negando la centralità della giustizia e prefigurando un quasi «assolutismo giuridico» – l'unico carattere davvero distonico rispetto al sistema politico d'*Ancien Régime*⁷¹ –, ma come diverso rapporto tra le utilità (interessi) parziali e l'utilità collettiva rispetto a quello che legittimava l'esercizio della *absoluta potestas*.

Ciò lo si evince considerando che non tutti i rapporti di potere sono uguali. Proprio la cultura dell'*oeconomia*, circolante in Europa per tutto il corso dell'Età Moderna, distingueva tra tipologie di rapporti all'interno della casa: quello tra marito e moglie, quello tra padre e figlio, quello tra padrone e servo. Come *paterfamilias*, ossia capo della famiglia, il marito-padre-padrone deteneva un potere e si trovava in una posizione di superiorità verso tutti gli altri soggetti appena elencati; verso ciascuno di essi, tuttavia, il *paterfamilias* aveva un potere di natura diversa⁷². In particolare, nei confronti della moglie il potere era generalmente definito «“politico”», «perché l'uomo» era «tenuto qui a rispettare le preesistenti leggi coniugali»; con riguardo al figlio era invece «“reale”», cioè «dotato di un maggior margine di discrezionalità»; in ordine al servo, infine, esso era categorizzato come «“dispotico”», giacché «fondato sulla naturale superiorità del primo» (si pensi anche solo alla naturalità del ruolo, nel senso che un capo è tale se ha il comando dei suoi dipendenti)⁷³.

⁷⁰ Ivi, § 24.

⁷¹ RAYNALDUS, *Observationes*, cit., Lib. I, Prooemium, § VII, n. 33, ad esempio, afferma emblematicamente che la potestà «ad libitum exercita, ita ut stet pro ratione sola voluntas, [...] est abominabilis, et debet exterminari a mundo».

⁷² FRIGO, *Amministrazione domestica*, cit., p. 38.

⁷³ *Ibidem*.

Si trattava in altre parole di tre diverse forme di «“comunanza”»⁷⁴. La moglie aveva infatti con il marito, considerato ovviamente nella sua veste di *paterfamilias*, un rapporto analogo a quello che intercorreva «fra “Castellano, o sia Luogotenente” e “Principe [...]”»⁷⁵. La potestà del marito sulla moglie si definiva a partire dal riferimento al bene comune della famiglia, del compito del cui perseguimento il marito era investito divenendo appunto *paterfamilias*, esattamente come il Principe era tale – cioè *caput* – in relazione al bene comune della *Respublica*. La differenza tra moglie e marito – indipendentemente dalle ragioni culturali per le quali era il marito, e non la moglie o entrambi insieme, il ‘capo’ della famiglia – si giustificava, ovverosia, sulla base del riferimento al bene comune della comunità familiare, posto che «è necessario che in ogni moltitudine ci sia un principio reggitore» (monocratico o collegiale è altro discorso)⁷⁷.

Non così poteva dirsi invece per il rapporto tra padre e figlio, dal momento che in capo al primo si sommavano il compito (e il correlato potere) di perseguire il bene comune della famiglia – della quale il figlio, al pari della moglie e del marito/padre, era parte – e, inoltre, quello di perseguire il bene più particolare – *parziale* – del figlio stesso. Analogamente al caso del servo, allora, ed anche se per ragioni evidentemente diverse (la tutela del figlio contro la dipendenza anche solo lavorativa del servitore), il potere del padre non soltanto rappresentava il suddetto «principio reggitore», capace cioè di assumere quelle decisioni necessarie per ordinare al bene comune familiare beni, interessi ed esigenze distinte da questo e diverse fra loro – così come «in ogni complesso di cose ordinato a un unico fine si trova un qualcosa che regola qualcos’altro»⁷⁸ –; il potere paterno, assumendo il padre la cura degli interessi particolari stessi del figlio finché questo non diveniva giuridicamente capace di provvedervi in proprio, fungeva esso medesimo da «momento di equilibrio [...] nella struttura compositiva» del rapporto con il figlio medesimo⁷⁹. Ne risultava, in questo modo, una non equidistanza delle parti – padre-*paterfamilias* e figlio o servitore – dall’interesse collettivo della famiglia più marcata di quella che caratterizzava i rapporti tra marito-*paterfamilias* e moglie.

Eppure, non si può dire che tale inegualità di posizioni e, quindi, tale rapporto di potere fosse svincolato dal riferimento ultimo al bene comune della famiglia. Proprio in funzione

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Tralasciamo la parola «“Padrone”» perché, per quello che vogliamo esemplificare, risulta del tutto fuorviante e non pertinente.

⁷⁶ FRIGO, *Governo della casa*, cit., p. 85.

⁷⁷ S. TOMMASO D’AQUINO, *De regimine principum*, cit., Lib. I, Cap. I, p. 9.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Come già notavamo nella Parte Prima, Cap. III., par. II.1., riportando le parole di PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., p. 305.

di esso, dopotutto, era stabilita in capo al padre la tutela del figlio incapace, con la conseguente assenza di legittimazione di quest'ultimo ad opporsi entro certi limiti alle disposizioni paterne: limite che, appunto, coincideva con quello del bene familiare e, più ampiamente, della giustizia, ove anche il primo avesse potuto contrapporsi al bene del figlio che il padre era chiamato a curare per lui⁸⁰. Il potere economico-paterno rispondeva cioè non direttamente, ma indirettamente tramite quella del figlio, ad un'utilità 'comune' (se non pubblica *stricto sensu*), giacché aveva come complemento necessario anzitutto il *bonum commune familiae*.

Era infatti, quest'ultimo – comunità o bene comune familiare/domestico –, un ulteriore significato di '*oeconomia*'⁸¹. Solo in ragione di quel bene comune, quindi, il figlio incapace, il cui interesse era curato dal padre come se fosse il proprio, non aveva un'istanza da opporre validamente alla decisione del padre, o almeno non entro i limiti logici appena precisati. E (solo) in tale misura, di conseguenza, il potere del padre era insindacabile o – come dicevamo sopra – «dotato di un maggior margine di discrezionalità», più assorbente rispetto a quello del marito verso la moglie.

⁸⁰ Di base, cioè, come notava S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 58, art. 7, ad 3, «secundum philosophum, in I Polit., distinguuntur secundum tres coniugationes, scilicet uxoris et viri, patris et filii, domini et servi, quarum personarum una est quasi aliquid alterius», sicché, in primo luogo, si deve concludere che «ad huiusmodi personam non est simpliciter iustitia, sed quaedam iustitiae species, scilicet oeconomica, ut dicitur in V Ethic.». Al di là di questa giustizia 'domestica', o bene comune familiare, già BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, cit., ad l. *Imperium*, ff. *De iurisdictione omnium iudicum*, lex I, § 3, osservava comunque che «pater in filios, d[omi]n[u]s in servos, tutor in pupillos habent iurisdictionem» e, soprattutto, che «[e]st [...] eorum potestas introducta de publico» (s'era già ricordato che i termini «iurisdictione et potestas idem sunt»: ivi, lex III, § 4). E un potere era per Bartolo *de iure publico* quando si accompagnava, come qualsiasi altra *iurisdictione* o *potestas* che dir si voglia, «cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae» (ancora ivi, lex I, § 3), «licet» pure, poi, che si trattasse di un «munus [...] utilitate privatum» (*ibidem*); ancora oggi, d'altra parte, è pacifico che «il padre nel curare gli interessi del figlio è meno libero che nel curare i propri [...] perché questo rapporto [...] osserva un interesse superiore» (di nuovo PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, cit., p. 303).

⁸¹ Si veda B. FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae, ex sacra theologia, et ex utroque iure, ad utrumque forum coalescentis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratres de Tournes, 1737, Tomus I, *Introductio prooemialis*, § I, nn. 7-8. Questi, sulla scorta della scansione logica aristotelica delle tipologie di comunità – famiglia, villaggio, città –, e raccordando i termini *oeconomia-domus-familia*, da un lato, e *Respublica-politia*, dall'altro, spiegava che tra *domus* e *Respublica* non corre una differenza di natura, bensì di *perfezione*: tutte e tre sono, cioè, comunità – 'tutti' in senso logico – «in se» perfette(/i), ma relativamente o comparativamente («*secundum se*») solo la città è perfetta, in quanto, in ordine alle esigenze dei singoli dai quali essa è stata costruita, è l'unica fra le varie *communitates* – e quindi tra i diversi tipi di *bona communia* – capace potenzialmente di realizzare appieno tali esigenze. Scriveva in particolare Fragoso: «domus est quaedam parva civitas, et oeconomia compendiaria Respublica, sicut etiam civitas magna domus est, et Politia communis quaedam Oeconomia. Unde facile dicimus eundem esse aptum, et dispensationi domesticae, et administrationi publicae: quamvis hae multitudine, magnitudineque differant. [...] haec Politia [...] est congregatio communitatis perfectae sub pluribus utilitatem Reipublicae per leges suas principaliter intendentibus. Oeconomia vero est communitas in se, et secundum se imperfecta, quae sibi perfecte non sufficit, neque in eam conveniunt singulae personae, ut membra principalia ad constituendum unum corpus politicum; sed omnes, ibi existentes componunt privatam domum, cui praest paterfamilias. [...] At vero Politia est multitudo perfecta, hominumque societas inter se aliquo foedere in ordine ad aliquem finem politice copulata; estque capax politicae gubernationis, cujus est incapax oeconomia». Per ordine espositivo, riprenderemo più oltre, sempre in questo paragrafo, il motivo essenziale per cui, come ci tramanda questo A., l'*oeconomica gubernatio* si distingueva da quella *politica*.

Secondo una dinamica simile, poi, l'ospite – per riallacciarci al discorso iniziale – non aveva (e non ha) un diritto a permanere nella casa dell'ospitante, sicché ben può il padrone di casa cacciarlo *ad libitum* senza alcuna *iniuria*. Anche in questo caso, benché naturalmente per ragioni differenti, il soggetto destinatario del potere (l'ospitato) non ha da far valere un proprio interesse tutelato rispetto al bene oggetto di questo interesse (quella determinata casa e la permanenza al suo interno, banalmente), sicché l'attribuzione al padrone di casa del potere di cacciarlo è già, essa stessa, giustizia.

Non occorre, in altre parole, che la decisione di espellere l'ospite sia contenutisticamente – cioè rispetto all'assetto di interessi che configura – giusta, ma, appunto, lo è già di per sé stessa. Infatti, l'interesse del padrone di casa e quello dell'ospite coincidono nell'oggetto (il godimento dell'abitazione); tuttavia, l'oggetto del comune interesse è un bene di titolarità di una parte soltanto, non è distinto dal bene 'parziale' di quest'ultima. In tal modo, si potrà certo parlare di un *interesse 'comune'*, ma non nel senso dogmatico di *interesse per un 'bene comune'*, distinto da quelli parziali perché proprio di tutti e di ciascuno, bensì nell'accezione più generica di interesse condiviso anche da qualcun altro⁸². Così, siccome il bene oggetto del comune interesse appartiene ad una parte soltanto (il padrone di casa), ecco che l'ospite non potrà mai vantare un'istanza autonoma da quella del primo.

Ora, tornando alla *potestas oeconomica* del Principe nella sua "casa allargata" – la *Respublica* –, essa seguiva una dinamica di questo tipo. L'analogia con i rapporti domestici ha potuto avere tanta fortuna nella precettistica giuridica e politologica d'Età Moderna, perché quella che viene in rilievo è, concettualmente, un'ipotesi di inscindibilità tra gli interessi di soggetti distinti – di 'parti' distinte – la quale si verifica allorché oggetto dell'interesse di tutti gli stessi sia un bene parziale e non propriamente 'comune'. L'*oikonomia*, in questo senso, non è che una forma di prevalenza logica di un interesse parziale sull'altro: prevalenza, cioè, determinata per necessità di *logica* in ragione del fatto che uno di tali interessi parziali (ossia di una parte) si rivolge, diversamente dall'altro, ad un bene proprio.

Ciò, peraltro, non esclude affatto l'imprescindibile riferimento al bene comune; si deve anzi affermare che è esclusivamente sul presupposto dell'interesse per un'utilità di questo tipo – capace, cioè, come già rilevato più volte, di soddisfare potenzialmente le istanze di tutti e di ciascuno – che si può spiegare, senza a questo fine dover accedere alla denegata ipotesi dello "*stat pro ratione sola voluntas*", il perché certi interessi di una parte del rapporto giuridico siano disponibili *ad libitum* dall'altra parte in ragione dei propri. Anche

⁸² La 'comunanza', quindi, riguarda più esattamente l'interesse e non l'oggetto dell'interesse come nel caso del *bonum commune*.

la sopra riferita – si potrebbe dire – “ineguaglianza di partenza” risulta rispondere all’utilità comune e, quindi, anche, potenzialmente, a quello della parte titolare dell’interesse “debole”. È infatti indubbio, in questo senso, che l’ospite cacciato insindacabilmente dal padrone di casa condivide anch’egli l’interesse a poter fare altrettanto con le persone che in altra occasione potrebbe lui ospitare in casa propria.

Prima, dunque, di accingerci ad analizzare la terza accezione di *oeconomia* (comunque legata a questa), sia consentita un’ultima osservazione. È sul doppio binario rappresentato, da un lato, dall’appena descritto rapporto tra interessi parziali (cioè, ripetiamo, tra interessi di parti del rapporto e non della totalità di esse) e, dall’altro lato, dal persistente radicamento ultimo di ogni dinamica giuridica nel bene comune, che si sviluppa tutto il filone di pensiero moderno della “Ragion di Stato”.

«Se» – scrive efficacemente Lorenzo Ornaghi – «lungo l’intera vicenda dello Stato moderno opera costantemente la tendenza ad incorporare gli interessi ‘privati’ nell’esclusivo interesse ‘politico’ dello Stato, [...] [n]on per caso, gli sforzi di trasfigurare il ‘particolare’ interesse del Principe nel ‘generale’ interesse della collettività torneranno infatti a scontrarsi [...] con gli opposti tentativi di smascherare, dietro lo schermo della “persona ficta” dello Stato, i concreti interessi di chi fattualmente detiene il potere»⁸³. Ornaghi il quale inoltre osserva che «[n]on è senza significato [...] il fatto che il lessema “commonwealth” (dove “wealth” è la forma astratta di “weal”, calco lessicale sul latino “bonum publicum”) giungesse nel secolo XVI ad indicare ordinariamente il ‘corpo politico’, dopo che tale termine era stato sino ad allora impiegato per denotare – contemporaneamente ed indistintamente – tanto il ‘corpo politico’ quanto il ‘bene-essere’»⁸⁴.

Ora, per chiudere il discorso sulla *oeconomia* come tipologia di *potestas*, possiamo spiegare sulla base di quanto precede il motivo per cui «[i] casi di “oeconomica coercitio” esemplificati da Crespi [...] si concretizzano sempre nell’irrogazione di sanzioni penali o di misure limitative della libertà»⁸⁵. Il problema teorico di fondo – capace, a parere di chi scrive, di ridimensionare quel «sempre» – era di natura più generale; esso sarebbe stato più tardi ampiamente dibattuto negli ordinamenti liberali e, altresì, costituzional-democratici a «sovranità normativa», nei quali, cioè, ogni assetto di interessi, per definizione stessa di tale paradigma, deve potersi ricondurre ad una intermediazione normativa dei rapporti giuridici

⁸³ L. ORNAGHI, *Introduzione*, in *Il concetto di “interesse”*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1984, p. 21.

⁸⁴ Ivi, p. 20, ma v. anche segnatamente la nt. 60 a p. 65: «[i]l passaggio cruciale e decisivo fu quello per cui “Commonwealth” e “State” divennero sinonimi: tanto che – è noto – Hobbes [...] *Leviathan* [...] ebbe a rilevare, sin dalla “Introduzione”, come “For by Art is created that great *Leviathan* called a *Commonwealth*, or *State*, (in latine *Civitas*) which is but an Artificial Man”».

⁸⁵ MANNORI, *L’amministrazione del territorio*, cit., p. 177, nt. 31.

pubblico-privati. Si tratta della dialettica e delle tutt'oggi, almeno in certa misura, «irrisolte contraddizioni» fra il contrasto alla pericolosità sociale di alcuni individui, da una, e la garanzia della libertà personale dall'altra parte⁸⁶. Un'antinomia, questa, che indubbiamente creava meno problemi di concetto quando vigeva un criterio generale dei rapporti tra enti pubblici e società civile improntato alla gerarchia istituzionale per interessi collettivi («sovranità istituzionale»), piuttosto che, come oggi, a quella per funzioni *à la Montesquieu*⁸⁷.

Ove, in particolare, si discuta di garanzie della libertà personale in rapporto dialettico con le esigenze della difesa della società dai soggetti pericolosi, è evidente come il riferimento ad un bene 'comune' – nel senso dogmatico del termine che si è per l'avanti precisato – resti all'inizio del ragionamento abbastanza sullo sfondo. Il motivo è che l'interesse alla libertà personale dei membri di una certa collettività è parte fondamentale – 'integrante', detta con più precisa terminologia⁸⁸ – di quello collettivo al contrasto della pericolosità sociale: è infatti innegabile che, in un contesto sociale pericoloso, non sussista effettiva libertà personale. L'interesse della parte collettiva alla sicurezza, perciò, è in se stesso – cioè 'attualmente' e non solo 'potenzialmente' – proprio anche della (o condiviso altresì dalla) controparte individuale, ovverosia del soggetto supposto pericoloso del quale, in un ipotetico caso concreto, si vorrebbe limitare la libertà ad utilità della parte collettiva del gruppo complessivo. In altre parole, poiché la libertà del singolo membro di una comunità non è scindibile dalla libertà del resto dei componenti di quest'ultima e, più direttamente, dall'esigenza collettiva del contrasto alla pericolosità sociale, l'interesse del singolo ha ad oggetto un bene – appunto la libertà personale – che coincide con quello altrui, dal quale – come poc'anzi spiegato – il bene del primo dipende per sua natura.

Nel suo scaturire da questa peculiare relazione tra interessi (l'uno individuale, l'altro sovra-individuale, ma comunque entrambi, come ora diremo meglio) parziali, è allora senza

⁸⁶ M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 324.

⁸⁷ È significativo, in questo senso, che Pifferi segnali tra le cause principali della problematica dialettica tra contrasto alla pericolosità sociale e libertà individuale il fatto che «le tesi positiviste» (le quali – ci sia consentito – costituiscono l'exasperazione delle ragioni della sicurezza pubblica), «ed in particolare il criterio dell'individualizzazione, incidano profondamente sul significato della legalità, scomponendone la formula nelle due distinte parti del *nullum crimen* e del *nulla poena sine lege*». In particolare – scrive –, «la prima è ripensata alla luce del paradigma della pericolosità sociale fino ad essere riformulata come *nulla poena sine crimine*, la seconda è 'abbandonata' per consentire la massima flessibilità della pena-trattamento in ragione delle caratteristiche variabili del reo, delle possibilità rieducative e delle necessità di difesa sociale» (ivi, p. 35).

⁸⁸ Si definisce in logica parte 'integrante' quella che forma un tutto 'integrale' (o 'fisico'), «ut paries, tectum et fundamentum sunt partes domus» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 48, *Respondeo*). Tetto e fondamenta non sono, cioè, parti scindibili dalla casa, perché senza una di esse la casa non è più tale. In altre parole, parti integranti sono quelle «quae necesse est concurrere ad perfectum actum [...] [ossia all'esistenza] illius» (*ibidem*).

dubbio vero che «la ‘potestas oeconomica’ rivela evidentemente parecchi caratteri che saranno poi tipici della futura funzione amministrativa» ottocentesca⁸⁹; e tuttavia, i caratteri delle decisioni espressive dell’esercizio di quel potere – «la finalizzazione alla “effezione del pubblico bisogno”, la inidoneità a “fare stato nei confronti del privato interesse” [...], la esecutorietà immediata anche in costanza di opposizione giudiziale, e naturalmente la non necessità di un contraddittorio preventivo per la loro emanazione»⁹⁰ – non si spiegano, a nostro avviso, sull’essere la potestà economica «sorretta da un’ideologia non giustiziale»⁹¹.

Anche qua, infatti, la ineliminabile dipendenza dell’interesse individuale da quello della contro-parte collettiva non implicava affatto che il soggetto che, nel caso concreto, si trovava a dover difendere la propria libertà personale contro le istanze ‘economiche’ di difesa sociale e libertà collettiva fosse titolare solo di questo particolare (e, certo, fondamentale) interesse.

Scrivendo “non solo” è peraltro scontato come non si intenda suggerire che vi siano interessi individuali superiori a quello alla libertà, bensì, in senso diametralmente opposto, come tale massima istanza non possa essere salvaguardata veramente al di fuori del riferimento ultimo a quella per il bene comune della giustizia, e di ciò che essa oggettivamente è e comporta⁹². D’altronde, se il Principe avesse potuto prescindere dallo scopo ‘causalmente’ generale della giustizia – dotato, cioè, di capacità ordinante⁹³ –, egli non avrebbe invero avuto bisogno di nessuna «conscientiam informatam»⁹⁴ per limitare la libertà personale dei sudditi in via ‘economica’.

Secondo la lettura che ci sembra pertanto più solida, la *potestas oeconomica* non contraddiceva quindi essenzialmente il radicamento del fenomeno giuridico e del potere nel bene comune della giustizia, ma era piuttosto un criterio di legittimazione dell’esercizio del potere pubblico (e sovrano in specie) differente; e in sé, al netto cioè dei sicuramente

⁸⁹ MANNORI, *Per una ‘preistoria’*, cit., p. 431.

⁹⁰ Ivi, p. 432, nt. 275.

⁹¹ Ivi, di nuovo p. 431.

⁹² Secondo un ragionamento avente sicuramente connotati assiologici, i quali, cionondimeno, sono perfettamente saldati con la relativa parte logica – se le due cose sono davvero distinguibili –. Ce lo propone, in questi termini, la dottrina medievale, in particolare S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 47, art. 10, ad 2: «ille qui quaerit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quaerit bonum suum, [...] quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni. Unde et maximus Valerius dicit de antiquis Romanis quod malebant esse pauperes in divite imperio quam divites in paupere imperio».

⁹³ In merito alla capacità causale, od ordinante, di un fine o di un (interesse per un) bene nei confronti di un altro, FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae*, cit., Tomus I, *Introductio prooemialis*, § I, n. 13 – con un esempio che non stiamo a trascrivere nel dettaglio perché superfluo, ma che è riferito al rapporto di incidenza causale di una tipologia di bene comune sull’altra e sul bene individuale –, spiega che, sì, «fines [...] sunt diversi, eo quod finis monasticae est bonum unius; oeconomiae bonum familiae, politicae tandem finis est bonum multitudinis»; tuttavia, «[n]eque obstat, ut sint diversi specie, quod unus ordinetur ad alium: sicut etiam differunt specie fines equestris, militaris, et civilis, et tamen finis unius ad finem alterius subordinatur».

⁹⁴ V. sopra, in questo par.; fin dal Medioevo, inoltre, era stato messo fuor di dubbio che, «cum aliquis iudex ex suspitione procedit ad aliquem condemnandum», «hoc directe ad iniustitiam pertinet. Unde est peccatum mortale» (S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 60, art. 3, *Respondeo*).

possibili abusi⁹⁵, tale criterio era necessario e complementare a quello imperniato non sull'interesse pubblico-statale e anch'esso parziale ("Ragion di Stato": la società come istituzione⁹⁶), ma su quello pubblico-comune, di tutti e di ciascuno ("bene comune"⁹⁷).

E così si riallacciavano alla fine la *potestas* (in senso lato) *privata* del Principe con la sua *potestas publica*. Anche la libertà personale del singolo, dunque, pur derivando la sua concreta sussistenza dall'interesse della società alla propria complessiva difesa contro alcuni dei suoi stessi membri, trovava nel riferimento al bene comune della giustizia, e nel suo schema essenziale della pluralità delle parti soggettive del rapporto giuridico, la garanzia – almeno concettuale – che solo un'effettiva e necessaria esigenza di difesa sociale avrebbe potuto limitarla, nonché gli aggiustamenti ed i riequilibri 'distributivi' dovuti al singolo in ragione di tale superiore e più generale obiettivo.

Ogni membro della società, infatti, aveva (ed ha) interesse tanto alla difesa contro gli individui socialmente pericolosi, quanto, d'altronde, a che tale obiettivo non si converta in una possibile restrizione della libertà dei singoli *ad libitum* dell'Autorità a motivo della prevenzione o della sicurezza pubblica in genere. È fin superfluo ricordare, a questo riguardo, che, se in ordine logico il 'tutto' – come precedentemente precisato – precede sempre le sue 'parti', non così è in ordine "genetico", ossia reale, dal momento che «le città sono state istituite dall'iniziativa umana»⁹⁸ e che, pertanto, il fine reale, cui il bene comune concretamente è utile, è il singolo individuo: l'unico soggetto che, evidentemente, non è una *persona ficta*⁹⁹.

⁹⁵ Rispetto ad alcuni particolari risvolti applicativi del potere economico, CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae*, cit., Pars prima, Observ. III, § 50, ammetteva trattarsi in effetti di una «anceps et ardua [...] quaestio». È in fondo il classico problema del "quis custodiet custodem": in questo caso, il "custode" era il Principe, "padre dei suoi sudditi" e "capo della *domus* comune", la società.

⁹⁶ RAYNALDUS, *Observationes*, cit., Lib. I, Prooemium, § VII, nn. 29-31: «Doctores omnes afferunt esse necessariam in Principe duplicem potestatem. [...] hoc idem monstrat experientia, quae est rerum magistra, etenim, sublata potestate oeconomica tolleretur via praeveniendi periculis, quod non est dicendum». In termini, anche F. SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis et iudicibus Ecclesiasticis*, Lugduni, Sumptibus Ludouici Prost, 1627, Tomus I, Pars I, Cap. II, §§ 289-290: «[s]i [...] Principibus supremis omni iure naturali, divino [...] competit protectio vi oppressorum, ac violentiarum propulsatio, [...] multo magis sibi intelligitur permissa omnia ea, quae necessaria sunt ad ipsam violentiam effective repellendam intra limites eiusdem naturalis defensionis, quia cui conceditur finis, concessa censeretur ea, quae devenitur ad finem, et cui conceditur antecedens, conceditur etiam consequens».

⁹⁷ I. MORONUS, *Centum responsa centum quaesitis*, Mediolani, Ex Typographia Ambrosij Ramellati, 1682, Respons. III, §§ 59-60: «[d]uplex est potestas, dominativam et iurisdictionis. Ad leges [in senso logico: ordine al bene commune, *n.d.s.*] condendas non sufficit dominativa, sed bene ad praeceptum, ad leges condendas requiritur potestas iurisdictionis, idest gubernativa Reipublicae, et communitatis perfectae, non imperfectae, quails est spetialis alicuius domus [...]. Differet autem potestas dominative a potestate iurisdictionis. 1. Ex obiecto, nam iurisdictionis respicit communitatem perfectam, ad cuius gubernationem ordinatur; dominative autem imperfectam, aut partes illius [...]. 2. differt fine; dominative enim respicit bonum, et utilitate imperantis tantum, vel personae, cui praeceptum imponitur: At iurisdictionis respicit bonum, et utilitatem communitatis, ut sic, et ut spectat, ad bonum regimen [...].».

⁹⁸ S. TOMMASO D'AQUINO, *Commento alla Politica di Aristotele*, cit., Lib. I, Cap. 1B, § 17, p. 69.

⁹⁹ Ivi, Lib. I, Cap. 1A, § 14, p. 53, *Gli interessi coincidono*; ivi, Lib. I, Cap. 1B, § 19, p. 70, *La città perfeziona l'uomo*; nello stesso senso, vale di nuovo il passo poc'anzi citato di ID., *S.T.*, cit., II-II, q. 47, art. 10, ad 2.

Il vincolo finalistico della giustizia non poteva, insomma, che comportare il venir meno già in premessa dell'arbitrarietà del potere 'economico' del Principe e dei suoi maggiori magistrati. E in questo senso – lo si è prima anticipato –, si può fra l'altro considerare come con l'aggettivo 'economica' si finisse spesso per designare, anche nel ben diverso settore del contenzioso civile tra privati, una semplice riduzione dei requisiti di diritto processuale e sostanziale normalmente richiesti per addivenire ad una decisione. Sostanzialmente, quindi, lo si utilizzava come sinonimo del procedimento *sola facti veritate inspecta*¹⁰⁰, sebbene, al di là dell'eguale risultato all'atto pratico, la via 'economica' postulasse in sé, come presupposto, una dinamica di rapporti tra interessi diversa da quella che coinvolgeva direttamente il bene comune¹⁰¹ (la quale ultima poteva ben legittimare anch'essa – s'intende – a procedere, in deroga, «extrajudicialiter»¹⁰²).

Ricondotta così a pieno titolo anche la *potestas oeconomica* entro l'alveo teorico-concettuale dei sistemi politici d'Antico Regime, emerge in sintesi dal discorso sin qui svolto

Inoltre, è sempre in virtù del principio per cui il bene comune serve all'esistenza e alla perfezione del bene dei singoli che sussiste la pluralità di beni comuni – familiare, ecc. – cui sopra abbiamo accennato.

¹⁰⁰ *Supra*, Cap. IV., par. II.1.1.

¹⁰¹ Cfr. ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta n. 95, pp. del 15-16 del primo quinternetto contenente le risposte del Duca Francesco III ai Segretari di Stato, risposta ad una missiva dei Segretari di Stato del 3 Gennaio 1767 relativa a due fattispecie criminose di differente natura. In particolare, il Duca rimproverava i Segretari di Stato per non aver avuta chiara la distinzione tra «principii politici, e governativi», o «via economica», nelle «materie di Stato» e «Regole legali». Leggiamo: «[l]a Signatura, o sia Tavola di Stato è quel Tribunale Supremo, a cui abbiamo confidata la Podestà Governativa, la quale porta seco di necessaria conseguenza l'attenzione, e vigilanza più scrupolosa sopra tutti li Dicasteri [...]. // Noi intendiamo dunque per Tribunale la Signatura, perché ad essa spetta di giudicare e deffinire le materie di Stato con i principii politici, e governativi; Il Consiglio di Giustizia, a cui è appoggiato il giudicare tanto nel Civile, che nel Criminale secondo le Regole legali, ed a tenore delle leggi, e statuti veglianti [...]». Continuava poi ivi, pp. 16-17: «[l]'esame però di varii casi recentemente occorsi, ci anno [*sic*] fatto comprendere con nostro rincrescimento, che [non] siano bastantem.te impresse queste massime de Nostri Ministri. Ed in fatti nella Processura formata inutilm.te a scoprimento degli Assassini, si è il Governo intromesso oltre il suo dovere, ed Istituto, togliendo in certo modo [...] la libertà al Consiglio di Giustizia di diriggere in via ordinaria, e regolare questa medesima Processura [...]. E nel tumulto, ossia commozione popolare contro le Guardie della Ferma, che doveva essere terminato per tutte le buone regole, ed in forza delle nostre Istruzioni, e Chirografo in questa materia emanati con instantaneo, e sommario provvedimento vale a dire in via economica, anno in vece li Nostri Segretari lasciata intradare la Cognizione di questa Emergenza per la lunga, e ordinaria via della Giustizia inopportunistissima in casi di simil fatta [...]». Lettera del 25 Febbraio 1767 (ivi, pp. 21-22): «[...] [r]apporto al Processo intrapreso per l'occorso strepito popolare, e che sempre si è da noi riguardato per inopportuno, non meno che opposto allo spirito, ed alla lettera de' nostri ordini in materia di Finanze [...], non trattandosi qui ne di sollevazione formale, ne di delitto contro lo Stato, ma di una semplice ed assai picciola commozione senza conseguenza, come chiaro apparisce dal suo principio e dall'immediato suo fine senza il minimo seguito importava solo di dare un pronto esempio ad istruzione, e disinganno del Popolo [...]. Ciò replichiamo anche questa volta per avvertire li N.ri Ministri a non confondere in altre incidenze li casi, che esigano il corso rigoroso della Giustizia, con quelli che meritano soltanto una pronta, ed economica Risoluzione».

¹⁰² Infatti, molti rescritti apposti in calce a suppliche di privati – in alcun modo relativi a questioni 'domestiche' del Principe, ma meramente afferenti agli interessi di tali supplicanti – avevano questo tenore: «Consilium Justitiae circa narrata provideat, super omnia exposita facta, extrajudicialiter, et economice [*sic*] determinando» (supplica di una certa Anna Maria Teresa Baracchi relativa ad una controversia con tale Franco Reggiani per un fondo enfiteutico, in ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Prodotte civili, Suppliche, Commissioni, Relazioni d'*adeat*, busta n. 879 (1762-1764), maggio 1764).

che il significato più essenziale e proprio di *'oeconomia'* – capace di fungere da *trait d'union* con le altre accezioni nelle quali il termine era o poteva essere adoperato – era quello di peculiare dinamica di rapporto fra interessi 'parziali'; una dialettica distinta da, anche se raccordabile a, quella tra interessi per beni 'parziali' e per il bene 'comune' (come il termine *'oikia'* – 'relativo alla casa' –, per contrasto a quello di *'politèia'* – 'relativo alla città' –, ben evidenzia). È soltanto per questo che l'ambito criminale (meglio, della sicurezza pubblica) veniva in rilievo correlativamente al tema della potestà economica; non, invece, per un legame tra quest'ultima e appunto la difesa sociale in sé.

Proprio su tale base, il lemma *'oeconomia'* rivela infine una terza valenza. Se, dal punto di vista dell'*oeconomia-potestas*, l'attenzione converge soprattutto sulla capacità di incidenza di un soggetto sulla sfera giuridica e sull'interesse altrui – sul fatto, ovverosia, della 'tutela', per riprendere la metafora paterna –, va in aggiunta valutata la prospettiva che potremmo chiamare "istituzionale", la quale concerne la titolarità di quegli interessi fra loro connessi nel modo anzidetto e riconducibili in se stessi a soggetti, specialmente collettivi, distinti. In sostanza, si tratta di vedere in quali ambiti, e su quali interessi, la *potestas paterna* od *oeconomica* si esercitava specificamente.

A questo proposito, nell'enunciare la suddetta dinamica tra interessi abbiamo sopra omesso – per semplicità espositiva – che lo stesso rapporto di 'parte-tutto', nel quale il 'tutto' era però anch'esso una 'parte', emergeva inoltre con riferimento ad una serie di altre istanze intermedie tra quelle della *domus* principesca e quelle individuali, un elenco delle quali non è difficile da stilare.

Ad ogni Magistratura speciale centrale di cui precedentemente abbiamo parlato o che abbiamo menzionato¹⁰³ – acque e strade, sanità, abbondanza dei viveri, buongoverno delle finanze comunitative, ecc. – corrispondeva, infatti, una particolare utilità inscindibile da quelle omologhe registrabili ai livelli territorialmente più circoscritti. Non per niente, tutte queste appena rievocate erano magistrature che possiamo ben definire 'economiche', anche se con l'economia o le finanze in senso stretto o diretto avevano poco a che vedere¹⁰⁴.

Pertanto, tale pluralità di interessi collettivi tra loro collegati è possibile predicarla altresì per la stessa, suddetta tematica della sicurezza pubblica. Ogni ufficiale locale – il governatore, ma anche il podestà a un livello ancora più ristretto¹⁰⁵ – era cioè titolare di un

¹⁰³ Cap. IV., parr. III-III.1.

¹⁰⁴ Ed infatti MANNORI, *Per una 'preistoria'*, cit., p. 424, avverte che alle «magistrature fiscali in senso stretto» era assimilate, quanto a «modello funzionale», «anche una quantità di altre figure istituzionali assegnatarie dei più svariati compiti pubblici», quali «gli amministratori delle acque, delle strade e delle opere pubbliche».

¹⁰⁵ Per una esemplificazione di queste competenze dei governatori principeschi, cfr., relativamente agli Stati Estensi, BEDONI, *L'ufficio del governatore*, cit., in part. p. 166, per questa linea gerarchico-istituzionale che dal Segretario di Stato giungeva, per il tramite del governatore, fino al singolo podestà; cfr. altresì C.E.

arbitrium super bono et pacifico statu civitatis (della comunità affidata al suo governo)¹⁰⁶; una prerogativa – insegnava già Baldo – che aveva specificamente ad oggetto «l'*arbitrium* con cui “statutum est factum contra turbantes vel volentes turbare statum civitatis”», ricomprendente quindi «sia il profilo repressivo (*contra turbantes*) sia quello preventivo (*volentes turbare*)»¹⁰⁷.

Possiamo a questo punto riprendere in mano la domanda che ci eravamo posti a inizio paragrafo, quando ci eravamo chiesti se la potestà domestica del Principe possedesse una potenzialità espansiva tale da cancellare virtualmente ogni forma di autonomia delle città e delle comunità locali in genere.

È a tale riguardo che soccorre il significato più – almeno secondo noi – appropriato e basilare di *'oeconomia'*, quello dogmatico. Sulla base di esso, sull'inappuntabile conclusione di Luca Mannori per cui lo «Stato 'paterno' [...] lascia[va] alle varie componenti della società organizzata la titolarità di tutti i loro diritti, ma ne rivendica[va] a sé il concreto esercizio in base al presupposto di una incapacità di quelle strutture ad amministrarsi autonomamente»¹⁰⁸, è possibile innestare un'osservazione ulteriore e, invero, limitativa: quella cioè per cui né tale avocazione al centro degli interessi comunitativi locali, «neque» la relativa «potestas dominativa patrisfamilias extenditur extra administrationem rei familiaris»¹⁰⁹. E *'res familiares'* (chiaramente: *lato sensu*) erano – come speriamo di aver dimostrato col ragionamento sopra svolto – tutti, ma anche solo quegli interessi che, sebbene altrui se considerati in se stessi, potevano tuttavia essere gestiti dal Principe in quanto 'parti' di quelli propri di quest'ultimo, o, meglio, del soggetto o parte (sia pur) collettiva – lo Stato – che questi impersonava.

Oltrepassata invece quest'area ideale e, indubbiamente, molto ampia, la costituzione pluralista dell'Età Moderna – ossia lo strutturarsi della *Respublica* come una folla di soggettività distinte, dalle singole famiglie alle comunità cittadine – non mostrava tolleranza per uno Stato “Leviatano” alla Hobbes: per un interesse collettivo, cioè, che inglobava e scioglieva in sé, pur rimanendo sempre – in ragione della ineliminabile alterità soggettiva delle sue singole parti – un interesse esso stesso parziale, tutte le istanze delle parti private.

TAVILLA, *Da centro a periferia: il governatorato di Carpi tra devoluzione e riforme settecentesche*, in *Storia di Carpi*, vol. II, *La città e il territorio dai Pio agli Estensi (secc. XIV-XVIII)*, a cura di M. Cattini, A.M. Ori, Modena, Mucchi, 2009, pp. 89-120.

¹⁰⁶ Basti l'analogia con quello baronale cui abbiamo accennato *supra*, Cap. IV., par. II.1., dal quale quello degli *officiales* dello Stato immediato differiva essenzialmente per la mancanza di autonomia nel suo esercizio dalle direttive della Segreteria di Stato del Principe.

¹⁰⁷ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 176 (per il riferimento a Baldo degli Ubaldi, si rinvia direttamente alla nt. 28, *ibidem*).

¹⁰⁸ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 211.

¹⁰⁹ FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae*, cit., Tomus I, *Introductio prooemialis*, § I, n. 8.

PARTE SECONDA

Ed ecco perché «Politia [...] est[...] capax politicae gubernationis, cujus est incapax oeconomia»¹¹⁰: perché,

«quamvis paterfamilias queat pro bono sui regiminis aliqua praecepta imponere, ac facere, non tamen habebunt rationem ac vim legum; nam lex primo, ac principaliter respicit ordinem ad bonum commune. At vero ordinare aliquod commune bonum non pertinet ad personas privatas, sed est totius communitatis perfectae, vel illius vices gerentis, [...] quae regitur potestate jurisdictionis»¹¹¹.

Insomma, poiché «haec potestas oeconomica versatur circa privatas personas, et vocantur potestas privata»¹¹², anche al Principe, quando non agisca per il ‘bene comune’ ma appunto per quello (*lato sensu*) privato¹¹³ dello Stato e della *domus* statale, come a qualsiasi altro «hominem [...] privatum [...] non spectat»¹¹⁴ occuparsi di tutti quegli interessi che non sono in qualche modo considerabili come suoi propri, ma che sono altrui. Il punto di partenza, in altri termini, erano il riconoscimento e la piena valorizzazione nel diritto positivo della naturale pluralità soggettiva e comunitaria – in una parola: relazionale – da cui ogni realtà politica necessariamente è costituita. Infatti, «cujus bonum» – il bene del soggetto privato o di quello in senso lato tale quale è lo Stato – «non est ultimus finis, sed tendit», esso stesso, «ad commune bonum, sicut bonum unius domus tendit ad bonum unius civitatis, quae est communitas perfecta societatis vinculo colligata»¹¹⁵.

Ora, è cosa affatto naturale che ciascun soggetto curi i propri interessi se non vi sono ragioni per cui qualcun altro possa, o debba, farlo al suo posto; e quand’è così, anche il potere correlato a siffatto compito compete alla persona – individuale o collettiva che sia – cui detti interessi sono propriamente imputabili.

Concentrandoci in particolare sugli interessi comunitativi dianzi accennati, ebbene, era logico e altrettanto naturale che essi, in quanto parti di quelli omologhi del centro, e tenendo conto dell’assenza di una qualsivoglia riserva di potere specifica in tal senso in capo alle comunità locali immediate, fossero ‘amministrati’ dal centro, e quindi dal Principe e dai suoi magistrati a ciò preposti. Non è possibile, tuttavia, generalizzare questa conclusione, dal

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ivi*, n. 9.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Ossia ‘non comune’, benché collettivo e, quindi – se si vuole –, ‘pubblico’, ma solo in ragione del soggetto esponenziale cui un siffatto interesse è riconducibile: circa il significato di ‘pubblico’ e ‘privato’, cfr. quanto già osservato *supra*, Cap. IV., par. III. In particolare, si era allora rilevato, richiamando ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Lib. I, Cap. XXI, § 7, che anche le cose pubbliche potevano considerarsi «privatae» nel senso più lato di «res propriae», «quae usu, vel proprietate non sunt communes, sed [...] vel unius, vel plurium».

¹¹⁴ Così sempre FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae*, cit., Tomus I, *Introductio prooemialis*, § I, n. 10.

¹¹⁵ *Ibidem*.

momento che, ove non si dessero motivi di carattere ‘logico’ che giustificassero una siffatta, strutturale e stabile avocazione al centro delle ragioni delle comunità locali, non potevano invece che essere motivi di natura ‘politica’ – vale a dire una scelta progettuale – a determinare un’opzione centralistica tanto netta come quella appena ipotizzata. È sempre Mannori a segnalarci questa differenza abissale che non avrebbe poi permesso all’intendente d’*Ancien Régime* e al prefetto di «tendersi la mano attraverso il gorgo della rivoluzione che li divide[va]»¹¹⁶: rivoluzione, cioè, dopo la quale «l’obiettivo» che il centro si sarebbe assegnato «non» sarebbe più stato «un governo ‘delle’ comunità, bensì un governo della società civile realizzato passando ‘attraverso’ le comunità»¹¹⁷.

Lungi, allora, dall’arrivare a tanto, la statualità moderna realizzava al massimo (nei territori immediati) una concentrazione generale della titolarità del potere; o, almeno, della titolarità *iure proprietatis* di esso. La precisazione è invero dirimente, atteso che in capo alle comunità *immediate subiectae* al Principe poteva bensì residuare una stabile attribuzione *iure officii* o, meglio, *privilegii* di alcuni poteri (ad esempio, la risoluzione delle controversie civili o penali, od anche l’autonomia normativo-statutaria)¹¹⁸, ma ciò non escludeva certo, essendone egli, appunto, il *dominus* esclusivo, che lo stesso Principe potesse agire in deroga a tale ripartizione di competenze. Tanto dichiarava espressamente, ad esempio, il già menzionato Cesare d’Este negli *Ordini* del 1619, nei quali stabiliva doversi intendere «sempre riservata la nostra volontà, perché se in alcuna causa paresse bene il cometterle al medesimo Consiglio [di Giustizia]» – in deroga, cioè, alla ordinaria attribuzione alle città immediate –, «vogliamo che si possa fare, havutone però l’ordine nostro espresso in quel caso solo o nostro special rescritto»¹¹⁹.

Ed ecco il punto al quale volevamo giungere: di tutti gli interessi collettivi che non erano in un senso o nell’altro di quelli suindicati considerabili come propri del Principe, questi ne lasciava in concreto la gestione ‘amministrativa’ ai loro naturali titolari. Certo, ove ne ravvisasse un qualche motivo di opportunità politica, il Sovrano conservava sempre la sua discrezionalità nell’avocarne a sé straordinariamente la cura diretta – o per l’appunto ‘amministrativa’ – in quanto ‘proprietario’ di ogni potestà e, così, anche di quella relativa

¹¹⁶ DE TOCQUEVILLE, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 101 (il quale, com’è noto, appoggiava ed anzi era il fautore della tesi contraria).

¹¹⁷ MANNORI, *Introduzione*, cit., p. 37.

¹¹⁸ Ci soffermeremo meglio su questo aspetto nel prosieguo del Capitolo.

¹¹⁹ *Ordini intorno a’ nostri consiglieri e segretari* del primo settembre 1619, passo riportato in TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 210; cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. III.

agli interessi non propri¹²⁰; questo, però, non faceva parte della normale dialettica centro-periferie, come si può comprendere anche solo pensando al numero delle leggi o di atti di diverso genere emanati dai Principi per il governo particolare di un certo luogo in sé considerato¹²¹.

Il Sovrano interveniva, eppure, molto spesso con riferimento alle singole comunità a lui soggette ed ai loro rapporti interni; specialmente dietro supplica, la sua azione si manifestava in ordine ad istanze particolari, cioè parziali, e non invece per perseguire l'interesse e il *bonum*, in sé, della collettività nella quale i titolari delle prime si inserivano. Questo altro non significa se non che il Principe interveniva in quei casi in forma 'giurisdizionale'. Che poi egli facesse ciò in relazione a questioni (o in forza di prerogative) a lui riservate, oppure che si esprimesse sul contrasto tra l'assetto di interessi contenuto in una decisione ricorsa dal privato e l'interesse esposto nella di lui supplica¹²², in entrambe le ipotesi il *modus operandi* era sostanzialmente identico.

Si vede, perciò, come questo intervento sovrano non solo non eliminasse l'autonoma declinazione degli interessi collettivi locali, ma anzi la presupponesse: basti pensare, del resto, che tutte le controversie tra privati che, in seguito all'accoglimento delle suppliche di revisione o di avocazione in genere, finivano davanti ai tribunali del Principe avevano ad oggetto rapporti giuridici disciplinati dai vari statuti locali.

Con riferimento a questa specifica dinamica, già si era accennato alla distinzione bodiniana tra *état* e *gouvernement*¹²³. Gaetano Silvestri la traduce come «necessità di distinguere il *potere reale*» (cioè del Re) «dal *potere politico*»¹²⁴. Chiarisce così che «quando Bodin si riferisce all'indivisibilità della sovranità non intende dire che il potere dello stato non può essere diviso»: «[i]l potere sovrano è potere assoluto in quanto riassume in sé tutti i poteri possibili, non nel senso che il sovrano effettivamente dispone di tutti i poteri, ma nel senso che è titolare della suprema potestà di comando, che si estende potenzialmente a tutti

¹²⁰ Abbiamo appena parlato a questo riguardo della differenza tra *potestas publica* e *potestas privata* (od *oeconomica*). Non bisogna in altre parole confondere la titolarità degli interessi curati con quella del potere che serviva a provvedervi.

¹²¹ V. meglio *infra*, par. III.

¹²² Soprattutto in quest'ultimo caso, veniva cioè in rilievo qualcosa di simile allo schema dei «conflitti indiretti» di interessi, «già mediati da una regola [...] del conflitto» (PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 203), concetto al quale da ultimo abbiamo accennato *supra*, in questo Capitolo, par. I. Così, le suppliche potevano essere dirette contro un atto generale, a grida ad esempio – pensiamo, sebbene si trattasse di Stato mediato (ma il concetto di fondo a questo riguardo è lo stesso), ai ricorsi avverso le grida baronali poi cassate dalla Duchessa Martinozzi nel 1671 –; o, più spesso, alle suppliche contro un atto puntuale, e in specie una sentenza di cui si domandava la revisione. Il filo conduttore, insomma, è l'esercizio del potere in ordine a interessi particolari e non ad un interesse collettivo.

¹²³ Parte Prima, Cap. III., par. III.

¹²⁴ SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 154 (corsivi originali).

i settori dello stato»¹²⁵. Maurizio Fioravanti, a proposito di tale “condivisione” del potere tra il Principe e la società civile, ha parlato del *gouvernement* come del «piano [...] della pratica politica e della opportunità», sul quale «continua a svolgersi il ruolo delle assemblee e dei Consigli rappresentativi della complessità del territorio»¹²⁶.

Ebbene, il «piano della pratica politica» non è altro, più concretamente, che quello delle forme sostanziali dell’esercizio del potere – funzione tanto ‘amministrativa’ quanto ‘giurisdizionale’ –, perché in esso soltanto si conciliano, a nostro avviso, concentrazione estrema del *potere* e sua ampia condivisione tra attori istituzionali distinti.

Era pertanto su questo piano concettuale che in Età Moderna si dipanava tutta la trama delle relazioni e degli equilibri politici tra Stato centrale e comunità locali immediate: la gelosa custodia, da parte dei rispettivi centri di imputazione, del proprio ‘*bonum commune*’ e della possibilità di darvi una declinazione propria e “identitaria”, personalizzata e in questo senso – se si vuole limitato – ‘autonoma’ rispetto alle politiche centrali; l’‘amministrazione’ da parte del centro di quegli interessi pubblici locali che non risultavano scindibili da quelli della collettività complessiva della quale, in fin dei conti, anche le singole comunità territoriali facevano parte; e, infine, il ruolo nevralgico, ma indiretto, che il Sovrano svolgeva specie nel diritto privato e in materia criminale fino almeno alla metà del Settecento¹²⁷.

Non ci resta, quindi, che approfondire questa peculiare dinamica di rapporti tra centro e periferie.

III. *L’autonomia duttile delle comunità immediate: i termini più precisi della questione*

Che i rapporti tra centro e comunità immediate si impostassero sulla distinzione tra modalità sostanziali di esercizio del potere – funzione amministrativa, è a dire, e giurisdizionale – lo si ricava osservando che, se si eccettuano gli interessi ‘economici’ del Principe, la sovra-subordinazione tra tali enti non seguiva la scansione per parti potenziali dell’*esercizio* del potere, cioè la sequenza normazione-esecuzione.

Bisogna dunque mettere in luce quali siano i presupposti perché la relazione gerarchica tra istituzioni si informi all’uno o all’altro criterio. Quanto a quello da ultimo ora ricordato, il presupposto consiste nella concentrazione non solo della titolarità del potere, ma anche del suo concreto esercizio in capo all’ente gerarchicamente superiore, sicché quello subordinato

¹²⁵ Ivi, pp. 156-157.

¹²⁶ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 26.

¹²⁷ Relativamente agli Stati Estensi, ci testimonia il protrarsi di questa situazione anche per la materia criminale, e fino almeno al 1763 (anno della riforma della giustizia penale sopra in parte esaminata: Cap. IV., par. I.), TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., pp. 217-218.

si trovi a dover – appunto – ‘eseguire’ (con maggiore o minore discrezionalità) le direttive del primo.

Ebbene, a noi sembra che tale presupposto non ricorresse nemmeno nell’ambito dei territori a ‘sovranità immediata’ al di fuori – ripetiamo – del settore dell’*oeconomia*, nel quale, in verità, anche gli ordinamenti mediati-baronali non si discostavano dalla pratica del potere osservata negli altri. Se la tesi che qui sosteniamo è almeno nel fondo corretta, e se il carattere essenziale della statualità di Antico Regime è la «sovranità istituzionale», è necessario che, per quanto possa estendersi l’articolazione degli enti secondo il binomio normare-eseguire, quest’ultimo non assurga tuttavia a paradigma generalizzato dei rapporti fra istituzioni («sovranità normativa») e, per riflesso, del rapporto fra queste e i destinatari dell’esercizio del potere¹²⁸.

Ora, il criterio di ripartizione delle competenze tra soggetti istituzionali basato sulle forme sostanziali di esercizio del potere presuppone, diversamente da quello sostanziantesi nella scansione normare-eseguire-controllare, che sia l’istituzione subordinata ad esercitare un certo potere per prima e in via principale. Il caso è, cioè, quello di un soggetto subordinato a un altro che esercita, in luogo di quest’ultimo, un determinato potere: vi deve essere una sorta di “scorporazione” dell’esercizio del potere, similmente a ciò che accade con l’istituzione di un *officium*, quanto almeno agli effetti¹²⁹.

Sappiamo anzitutto che negli Stati immediati, a differenza di ciò che si verificava in quelli mediati, l’*inferior* non poteva opporre al suo *superior* un diritto (uno *ius*, in senso lato, *proprietas*) ad esercitare quel potere. Ed è questa la variabile indipendente che la storia ci consegna ed a partire dalla quale va sviluppato il ragionamento¹³⁰.

¹²⁸ Ricordiamo che tra «sovranità normativa» e principio della separazione dei poteri vi è un legame biunivoco (cfr. *supra*, Parte Prima, in part. Cap. II.) e che, tuttavia, le ‘funzioni’ che tale principio presuppone – ‘normazione’, ‘esecuzione’ e quella di chiusura del ‘controllo’ – sono, a differenza della regola montesquieuiana che ha natura squisitamente politica, un qualcosa di dogmatico: un qualcosa che, cioè, può ben ricorrere anche in ordinamenti che pure – come ad esempio accade ancora oggi in quello della Chiesa Cattolica – non contemplano la regola politica predetta come principio precettivo e vincolante, «come regola assoluta» (LLOBELL, *Il diritto al processo giudiziale*, cit., p. 234; ZUANAZZI, *Praesis ut prosis*, cit., pp. 313-314 e *passim*).

¹²⁹ Le comunità locali, soprattutto nel contesto italiano, rivendicavano infatti l’originarietà del proprio ordinamento; il che era assunto nient’affatto contraddetto dalla circostanza per cui il potere fosse successivamente stato acquisito in misura integrale in capo ad una istituzione monocratica, interna o finanche esterna alla comunità stessa quanto a legittimazione politica. Sul punto, per tutti, MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 25 ss.

¹³⁰ Del tutto diversa – giova chiarirlo – è invece la domanda “che cosa conduceva alla situazione di fatto appena descritta?»: vale a dire il chiedersi perché proprio quella peculiare modalità di condivisione di potere – senza dubbio più duttile di una diversificazione delle competenze impostata sul diritto di esercitarne alcune piuttosto che altre – fosse il perno di un equilibrio durato, in fin dei conti, praticamente per tutti i secoli dell’Età Moderna. Fare luce su questo è compito, invero, della storia, non della storia del diritto, e qui ci limiteremo pertanto a tentare di portare in superficie più chiaramente tale stato di cose, senza interrogarci troppo sulla sua eziologia sociale e politica.

Ciò posto, quando la diversificazione delle competenze si articola sulla base di una medesima posizione di potere e, quindi, a seconda delle modalità in cui questo potere si può esercitare, bisogna tenere conto di diversi fattori. In primo luogo, di come ogni esercizio del potere pubblico sia un ordinamento di interessi parziali ad un interesse comune e di come, inoltre, vi sia una gerarchia logica fra le varie forme (sostanziali e potenziali¹³¹) di esercizio del potere; in secondo luogo, del fatto che questa gerarchia delle funzioni va combinata con quella soggettivo-istituzionale.

Visto allora il rapporto di sovra-subordinazione fra le istituzioni dalla prospettiva della ‘funzione’, chi esercita il potere in modo ‘giurisdizionale’ presuppone e quindi, avendone ad oggetto le statuizioni, “sovra-sta” chi lo esercita in forma ‘amministrativa’. La funzione ‘amministrativa’ precede, cioè, in ordine logico quella ‘giurisdizionale’¹³², dal momento che l’interesse comune non ha una consistenza perfettamente (pre)definita, se non nel suo nucleo, e che ‘amministrare’ significa esattamente conferirgli tale consistenza o perfezione¹³³.

Di conseguenza, l’*inferior* può ‘amministrare’ quanto, successivamente, il *superior* ‘giudicherà’, ma non – ed è evidente – viceversa. Se è invece il superiore ad ‘amministrare’, la condizione di inferiore è compatibile solo con la (funzione di) ‘amministrazione’-‘esecuzione’ (con margini o meno di discrezionalità, come già dicevamo) del comando del superiore; o, al massimo, con un distinto esercizio ‘amministrativo’-‘normativo’ del potere che non si ponga in contrasto con le norme emanate nel ciclo funzionale aperto dal soggetto sovraordinato¹³⁴.

Mentre con la Rivoluzione si sarebbe sposata, così, la gerarchia tra enti per parti potenziali della funzione (normare-eseguire) – sicuramente più confacente agli obiettivi politici dell’epoca –, la statualità d’Età Moderna si strutturava invece secondo un rapporto di sovra-subordinazione tra istituzioni maggiormente in linea con la sua genesi pattizia e plurale e, contemporaneamente, con la concentrazione di ogni potere al vertice: ciò che un rapporto di preminenza per funzioni sostanziali può, per la sua natura, “offrire”. Infatti, data la condivisione di un certo, particolare potere, resta comunque fermo che ‘giudicare’ di quanto

¹³¹ Ricordiamo che ‘normare’ ed ‘eseguire’ (e ‘controllare’) sono *parti potenziali* dell’elemento (o soggetto) ‘esercizio del potere’ o ‘funzione’ (e, in particolare, delle sue due *forme sostanziali*: ‘amministrativa’ e ‘giurisdizionale’). In questo senso, normazione ed esecuzione sono ‘funzioni’ anch’esse e presuppongono una o l’altra delle funzioni sostanziali (v. *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.).

¹³² La giustizia legale o generale (o, in sostanza, la funzione amministrativa) precede, quale tutto rispetto alle parti, la giustizia particolare (funzione giurisdizionale): v. *supra*, in questo Cap., par. I.

¹³³ V. sempre *supra*, par. I.

¹³⁴ Ogni forma sostanziale di esercizio del potere dà luogo ad un nuovo «ciclo funzionale» (o «processo di realizzazione di valori giuridici») che «può essere attivato solo dall’esercizio della funzione normativa» (SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 715).

altri ha ‘amministrato’ non cancella, ma al contrario – appunto – presuppone la declinazione all’interesse comune (il quale è causa finale di quell’esercizio del potere) che è stata impressa da chi ha agito amministrativamente.

Quanto appena detto vale, beninteso, non nel senso che si trattava di un criterio di sovra-subordinazione dotato di una qualche cogenza effettiva nei rapporti tra enti (e ciò in ragione della concentrazione del potere al vertice della piramide istituzionale che si realizzava nei territori a sovranità immediata); ma nel senso che il paradigma della «sovranità istituzionale», proprio per la concentrazione del potere alla sommità della piramide che esso recava – in atto (quando veniva in rilievo una superiorità, appunto, immediata) o in potenza, ossia sussidiaria (nel caso di sovranità mediata¹³⁵) –, non poteva, in ultima istanza, che caratterizzarsi per una ripartizione del potere per forme sostanziali del suo esercizio. Se ci si pensa, l’esercizio di un potere non è altro che il suo utilizzo ed operare effettivo, una ‘attualità’ più perfetta (o ‘seconda’) del potere stesso; non a caso, infatti, «sovranità istituzionale» non significa essenzialmente altro – ripetiamo – che concentrazione del potere¹³⁶, il quale, a sua volta, è esercizio in potenza¹³⁷.

Ora, la forma sostanziale di esercizio del potere che si attiva per ultima in ordine logico è – come indicato – quella ‘giurisdizionale’; per quanto, quindi, si possa immaginare un apparato decisionale modellato sullo schema normare-eseguire – cioè caratterizzato da una concentrazione del potere, e di conseguenza anche del suo esercizio, nel vertice –, questo vertice – assumendo il suddetto paradigma «istituzionale» della sovranità – conserva in sé una potenzialità inesauribile ed è strutturalmente teso a ‘funzionare’ in forma giurisdizionale, ossia a (ri)assumere in sé – quale «“fontana” di ogni giustizia e potere»¹³⁸ –

¹³⁵ Si veda quanto osservato in proposito degli interventi, di natura ‘giurisdizionale’, del *superior* feudale nelle ipotesi di denegata giustizia e aggravio (*supra*, Cap. IV., par. II.).

¹³⁶ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 697, come abbiamo già riportato *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. II., spiegava in questo senso: «o l’unità politica è assicurata mediante la compressione dell’indipendenza giuridica degli organi a favore di un’istanza istituzionale suprema [...]», ed è questa la «sovranità istituzionale»; «o questa unità è il risultato di una concordanza ‘di fatto’ tra la predeterminazione extraistituzionale dei programmi quale viene effettuata dal blocco politico-sociale dominante, e l’indirizzo politico dello Stato». In questo secondo caso («sovranità normativa»), il potere trova cioè «la sua effettiva concentrazione al di fuori di essi [degli organi]» (ID., *La separazione dei poteri*, vol. I, cit., p. 312).

¹³⁷ Si tratta del principio logico generalissimo per cui ‘agere (o operare) sequitur esse’ (S. TOMMASO D’AQUINO, *Somma contro i Gentili*, a cura di T.S. Centi, Torino, UTET, 1975, Lib. I, Cap. XLIII, § 2); cfr. ID., *S.T.*, I, q. 54, art. 1, *Respondeo*: «[a]ctio [...] est proprie actualitas virtutis [cioè della potenza]; sicut esse est actualitas substantiae vel essentiae». Valga l’analogia con l’anima e le sue parti potenziali (intelletto, volontà) di cui parla ivi, I, q. 77, art. 1, *Respondeo*: «anima, secundum quod subest suae potentiae, dicitur actus primus, ordinatus ad actum secundum. Invenitur autem habens animam non semper esse in actu operum vitae». Infatti (ivi, I, q. 77, art. 6, *Respondeo*), «primum est causa in quolibet genere».

¹³⁸ MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 99.

ogni momento logico dell'esercizio di quest'ultimo¹³⁹. E questo – è da notare – anche qualora si trattasse di un potere esercitato nella concreta occasione dal Sovrano stesso.

Se ciò era già chiaro con l'utilizzo della triplice categorizzazione costituita da 'giustizia ritenuta' (quella alla quale si riferisce direttamente detta potenzialità), 'giustizia delegata' (*rectius, iure proprio*) e 'giustizia concessa' (ossia, *iure proprio proprietatis*)¹⁴⁰, tali categorie, per quanti punti di contatto si possano trovare, non sono sovrapponibili a quelle della giustizia legale e della giustizia particolare (distributiva e commutativa). Infatti, le prime indicano staticamente il titolare di un potere, ma non sono in grado – se non nel caso della giustizia signorile o concessa¹⁴¹ – di spiegare i rapporti tra quegli enti quando uno di essi non abbia un diritto vero e proprio ed opponibile al superiore ad esercitare una determinata potestà.

Ci accingeremo adesso ad esaminare qualche esempio del modo di rapporto tra enti titolari di potere appena descritto. A questo scopo, il sistema delle fonti del diritto ed alcuni suoi gangli forse meno esternamente visibili sono elementi che, unitamente ad altri fattori ai quali accenneremo, concorrono, a nostro avviso, in modo efficace a mettere in evidenza la dinamica di un esercizio condiviso del potere fondato sulle forme sostanziali dello stesso. Si

¹³⁹ È questo il nucleo della dinamica che, in un passaggio famoso, descriveva P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. VI, *La Cassazione civile (parte prima)*, Roma, Roma Tre-Press, 2019, p. 212: «[a]ccennerò soltanto ad un fenomeno che costantemente si verifica in questo campo: che, cioè, mentre nel periodo primitivo dello Stato l'organo nel quale culmina la sovranità esercita direttamente la suprema giurisdizione (talché, anche se, per la decisione di qualche controversia, chiama a consulto il consenso dei più alti dignitari, questo non si trasforma in un organo giudiziario stabile), in seguito ha luogo un singolare processo di scissione, quasi direi di geminazione, per cui dal consiglio supremo del sovrano, sempre più spesso incaricato di decidere i ricorsi rivolti al principe in materia contenziosa, si stacca a poco a poco un vero e proprio organo giudiziario permanente, incaricato di esercitare stabilmente le prerogative giurisdizionali della sovranità. Quasi tutti i *tribunali supremi* che troviamo negli Stati dell'età intermedia debbono la loro nascita a questo processo di geminazione avvenuto nel consiglio politico del principe: e anche quando questi tribunali supremi giungono ad essere interamente separati dal consiglio che li ha originati, la loro derivazione si manifesta costantemente nella maggior estensione di poteri ch'essi hanno in confronto dei tribunali ordinari, ai quali sono superiori non solo per grado, ma anche per ampiezza di attribuzioni. Senonché bisogna notare che, mentre da una parte il sovrano, impossibilitato a decidere personalmente i ricorsi sempre più numerosi a lui diretti in materia contenziosa, delega questa funzione ad un tribunale permanente, che agisce così in sua rappresentanza, dall'altra il sovrano stesso si riserva sempre la facoltà di esercitare direttamente, quando gli aggradi, la sua potestà di giudice supremo e di controllare l'operato di quel tribunale permanente che giudica in nome suo: la istituzione dei tribunali supremi non segna dunque la fine della giustizia personalmente esercitata dal principe, ma produce in realtà l'aumento di un grado di giurisdizione, in quanto al disopra del tribunale supremo, che dovrebbe costituire per diritto l'ultima istanza di ogni controversia, seguita a funzionare la diretta cognizione del sovrano, al quale, come a fonte [*scil.* potenza] prima di ogni giustizia, e sempre ammissibile un ulteriore ricorso».

¹⁴⁰ Su queste categorie, v., per un inquadramento generale, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma, Aracne, 2009, pp. 16 ss.; cfr. S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1994, in part. pp. 13-29; di nuovo, MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 81-82 e 114-127; tenendo tuttavia conto del diverso ordine concettuale in cui entrambi questi ultimi due volumi assumono 'amministrare' e 'giudicare', cioè come sinonimi, rispettivamente, di 'esecuzione discrezionale' ed 'applicazione (meramente) interpretativa' delle norme, su cui già abbiamo insistito in senso critico nella Parte Prima.

¹⁴¹ Cfr. *supra*, Cap. IV., par. II.

tratta del resto di coordinare, preservando le debite preminenze soggettive, volontà normative diverse aventi un medesimo oggetto o il medesimo profilo di un determinato oggetto: ciò in cui appunto consiste l'esercizio condiviso di un medesimo potere.

È stato osservato in questo senso che, «[d]al punto di vista teorico, [...] il problema di giustificare la *potestas condendi statuta* degli ordinamenti territoriali cittadini e rurali costituiva, in fondo, un aspetto particolare del controverso (e per lo più rappresentato in termini di antagonismo) rapporto tra *voluntas principis* e *voluntas populi* [...]»¹⁴². Ricorderemo a breve come, non a caso, lo statuto municipale potesse assolvere al suo scopo regolativo solo in qualità di legge del Principe, quando si trattava di comunità *superiorem recognoscentes*; e nondimeno, che cosa vi era di più contrario alla concentrazione dell'esercizio del potere – non invece, si noti, a quella della sua titolarità *iure proprietatis* – di una molteplicità di statuti, ossia di leggi locali, disciplinanti molti e fondamentali ambiti della vita collettiva come la materia civile e quella criminale?

A questo proposito – come rilevava autorevole storiografia –, fin dal trapasso dal Medioevo ai regimi signorili erano divenuto evidente come fossero ormai i «*domini*» a «porsi [...] quali principali fonti del diritto nei loro territori»: o «in forma diretta, tramite la promulgazione di norme»; ovvero – ed ecco il punto di nostro interesse – «indirettamente mediante il sistema di sottoporre alla loro approvazione (*confirmatio*) gli statuti delle terre soggette al loro dominio»¹⁴³. Ci sembra emerga con nitore la dinamica dello scorporo dell'esercizio di un potere alla quale accennavamo più sopra.

Un siffatto meccanismo continuava ad essere operante fino al Settecento, ed anzi per tutto il corso di quel secolo, come ora e più oltre meglio vedremo. In particolare, la conservazione dello *statutum* come vera e propria '*lex*' (*specialis*) – così che, appunto, la comunità locale, benché suddita, potesse continuare a reggersi effettivamente sulla base di norme proprie – era subordinata alla preventiva approvazione del Principe o, addirittura, dei *Rectores* locali¹⁴⁴. A questo dato dobbiamo poi aggiungere l'altro – già ribadito più volte – per cui la titolarità anche di una *plena e omnimoda iurisdictio*, e quindi di una generalizzata *potestas*

¹⁴² STORTI STORCHI, *Appunti*, cit., p. 320. Lo statuto, del resto, è sempre stato, fin dalle origini del fenomeno comunale, un che di politico: valga per tutti la conclusione di SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., p. 24, secondo il quale la «legislazione statutaria denota caratteri specifici, e non generici, di politicità» che la caratterizzano «come “legislazione di parte”», portatrice del «tratto caratteristico della società che le dà vita» (ivi, p. 27). Lo statuto, in altre parole, rispecchiava il perseguimento dell'interesse comune-collettivo della comunità che lo aveva promosso e, prima ancora, concorreva, alla pari di ogni altro *ius positivum civile*, a dargli forma.

¹⁴³ STORTI STORCHI, *Appunti*, cit., p. 324.

¹⁴⁴ Come si ricava da DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, §§ 19, 22 e 61; in letteratura, in senso conforme, C. STORTI STORCHI, *Aspetti generali della legislazione statutaria lombarda in età viscontea*, in Ead., *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 96-97; cfr. altresì DE BENEDETTIS, *Repubblica per contratto*, cit., p. 350.

*statuendi*¹⁴⁵, non deve essere sempre intesa, per una sorta di automatismo ricostruttivo, come titolarità *iure proprio (et) proprietatis* della stessa, ma al massimo come riconducibilità al soggetto *iure proprio (sed mere) privilegii*. Di questa condizione era eloquente il «panorama politico» che si delineava sin da fine Trecento-inizi del Quattrocento, «in cui pochissime» erano «ormai le ‘civitates liberae’»¹⁴⁶, titolari del potere (similmente ai Baroni) *iure proprietatis*, ossia *ex causa onerosa o propter servitia*, in misura *plena o limitata*¹⁴⁷; «e dove pure la legislazione statutaria locale non solo non si estingue[va] ma acquista[va] anzi un sempre maggior rilievo quantitativo»¹⁴⁸.

Ecco quindi che, unendo questi due tasselli, il quadro che ne risulta è quello di molte periferie che, sebbene prive di ogni potere per diritto soggettivo proprio e vincolante per il sovrano, continuavano purtuttavia a vivere di vita – questa sì – almeno in parte propria; anche se – e qui stava in concreto il divario con gli ordinamenti baronali – in alcun modo giuridicamente separata dall’ordinamento statale complessivo.

III.1. In particolare: l'autonomia statutaria e il pluralismo istituzionale come facoltà di auto- 'amministrazione' del bonum commune locale

Nel passo del *Theatrum Veritatis et Iustitiae* del Cardinale De Luca che richiamavamo in nota verso la fine del paragrafo precedente, si trova scritto che «sub nomine juris statutarii, vel municipalis in temporalibus, proprie veniunt illa Statuta, vel ordinationes, quae fiant per Civitates subditas, aliave inferiora loca»¹⁴⁹. Ebbene, sappiamo come tutti questi *inferiores a Principe* – giova precisare: per la natura della loro posizione o carica – «non habeant facultatem derogandi juri communi» (o non almeno senza una giusta causa), sicché «sub quo etiam inviti vivere debeant»¹⁵⁰. Altrimenti dicasi invece «de legibus et ordinationibus, quae fiant per Principem supremum et absolutum, sive per feudatarium dignitatis, qui habeat jus principatus, et regalia majora, et praesertim istud derogandi, vel dispensandi legibus, easque denuo condendi»¹⁵¹. Di conseguenza, a tutti coloro ai quali «desit jus regale faciendi, ac

¹⁴⁵ Ferma però sempre la diversità dei limiti connaturali alla *plena iurisdictio* rispetto a quelli correlati alla *potestas absoluta* di chi aveva ‘ragione di Principato’: cfr. *supra*, Cap. IV., par. II.1., in particolare la precisazione di DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 4, § 72, per cui «Inferiores a Principe non possunt uti plenitudine potestatis, [...] etiam si eis sit concessa omnimoda potestas».

¹⁴⁶ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 115-116.

¹⁴⁷ Si veda *supra*, par. I in questo Capitolo.

¹⁴⁸ Così sempre MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 115-116. Alle diverse tipologie di *foedera*, o *pacta*, o *conventiones* che dir si voglia (in particolare al dualismo tra sinallagmatiche e non), abbiamo già accennato al suddetto par. I.

¹⁴⁹ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, § 19.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*; o, altresì, «de illis Civitatibus, quae libertatem sibi vindicaverunt, a quocumque Principe vel dominante, adeo ut se gerant pro Republica, cum eodem jure principatus et regalium, quamvis sub alicujus

destruendi leges positivas», «regulariter istis [inferioribus] prohibitum est Statuta, et leges condere sine licentia proprii Principis»¹⁵², posto appunto come «eis derogandi facultas non competat, nisi quatenus ipse Princeps concedat, vel approbet»¹⁵³. Solo in questo modo, tali statuti potevano legittimamente derogare allo *ius civile*¹⁵⁴.

Lo stesso meccanismo si ripeteva poi al livello concentrico ancora più ristretto e particolare. Così, con riguardo alle città – si può dire – “doppiamente suddite”, «debent servari statuta loci dominantis, non statuta locorum dominatorum»¹⁵⁵, sebbene, in forza del rinvio attuato mediante la *adprobatio* o *confirmatio* della loro dominante (se essa aveva o conservava questa prerogativa¹⁵⁶), o in alternativa del Principe, anch’esse potessero reggersi sui propri statuti come legge principale. Di conseguenza, si poteva concludere nel senso che «attendatur statutum particolare, etiam concurrenti statuto generali», «quia statutum speciale derogat generali»¹⁵⁷.

adjacentis Principis protectione vivant» (*ibidem*). Ma sulla peculiare capacità derogatoria dei Baroni in ordine allo *ius civile*, v. *supra*, Cap. IV, parr. II.1.-II.1.1.

¹⁵² DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, § 61.

¹⁵³ *Ivi*, § 22.

¹⁵⁴ *Ibidem*: «frequens detegitur aequivocum modernorum Pragmaticorum, pro consueta simplicitate procedentium in sola littera doctrinarum, super intelligentia, vel applicatione aliquorum antiquorum Interpretum, seu Consulentium, qui loquantur de legibus conditis per aliquas Civitates dominantes, ita confundendo alias Civitates subditas, quibus respectu pagorum, seu castrorum et locorum existentium in ejus territorio, vel districtu, ad quosdam effectus, congruit iste terminus dominantis, cum illis Civitatibus, quae juxta illorum temporum conditionem praesertim in Italia, sive de jure, sive de facto, libertatem sibi vindicaverunt, atque pro Republica independenti cum jure principatus se gerebant; Et de qua specie Civitatum, ut plurimum illorum temporum scriptores loquuntur; Quoniam leges in eo statu per ipsas ordinatae sunt potius leges Principis, vel principatus, quam leges municipales Civitatis subditae, quae sub proprii Principis legibus viveret. Magna etenim, valdeque notabilis est differentia, inter unam et alteram speciem legum, circa earum observantiam, ac interpretationem; Quoniam ubi agitur de legibus ordinatis per Civitates subditas, quae vivere cogantur, cum legibus principatus, sub quarum genere veniunt etiam dictae leges civiles Romanorum [...], adeo ut eis derogandi facultas non competat, nisi quatenus ipse Princeps concedat, vel approbet; Et tunc vere et proprie dicitur statutarium, vel municipale exorbitans a jure communi, ejusque correctorium, et consequenter odiosum, quod stricte intelligendum est, juxta illos rigores leguleicos [...], cum subordinatione, vel passiva interpretatione ab ipso jure communi; Secus autem in altera specie, in qua potius procedunt ea, quae de ipso jure communi habemus». Cfr. TUSCHUS, *Practicarum conclusionum*, cit., Tomus VII, Concl. 430, § 3: «civitas non libera, sed subiecta alicui Principi, non potest statuere aliquid sine confirmatione Principis, cui est supposita, maxime in iis, quae sunt contraria iuri communi»; *Selectarum Rotae Florentinae Decisionum Thesaurus ex Bibliotheca Iohannis Pauli Ombrosi*, Florentiae, Ex Typographia Bonducciana, 1772, Tomus primus, Decis. XV (25 Augusti 1705), § 135: «[s]i Statutum sit confirmatum a Principe non dicitur Statutum Civitatis, sed eiusdem Principis» (rubrica); cfr. MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 109.

¹⁵⁵ M.A. DE AMATIS, *Decisiones Rotae Provinciae Marchiae collectae*, in V. Carroccius, Id., *Decisionum Libri II*, Francofurti, Sumptibus Iohanae Rhodii, 1602, Decis. II, § 13; M. RIMINALDUS, *Consiliorum seu Responsorum in causis gravissimis redditorum*, Francofurti ad Moenum, Rulandiorum, 1609, Lib. III, Cons. CCXXXVI, § 15: «statuta civitatis dominantis servant in castris et locis illi subiectis».

¹⁵⁶ Lo avevano di regola i Baroni, enti – ripetiamo – *subditi*: oltre a quanto ci tramanda il De Luca nei passi più sopra citati, cfr. anche gli *Statuti e leggi per il Marchesato di Vignola*, cit., in part. p. XLV, per un esempio concreto; per altri e diversi esempi, MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 122 e *passim*.

¹⁵⁷ DE AMATIS, *Decisiones Rotae*, cit., Decis. II, §§ 4-6. Ma si veda quanto precisava M.A. SAVELLI, *Pratica universale*, Venezia, Presso Paolo Baglioni, 1697, *Statuti, ad vocem*, §§ 8-9: «Che in materia di giurisdizione, o lesiva delle ragioni, e preeminenze della Città dominante sempre si devino attendere li Statuti di essa Città dominante, e quelli preferirsi a qualsivoglia Statuto de’ luoghi particolari, che disponesse in contrario [...]. Nel resto poi regolarmente si devono attendere li Statuti de’ luoghi particolari, luogo per luogo, e non quelli della

In questo modo, si verificava il risolversi, a livello locale e in linea di principio, del diritto positivo civile nel diritto positivo municipale. Ma in che misura questo risultato lo si doveva a prerogative proprie delle comunità locali? La risposta ci sembra evidente: in nessuna misura. Era solo in virtù dell'approvazione degli statuti da parte del Principe che il rapporto tra fonti di per sé collocate su piani gerarchici diversi¹⁵⁸ veniva a regolarsi secondo il principio di specialità, il quale presuppone la equiordinazione gerarchica delle fonti stesse¹⁵⁹.

Quand'era così, sulla base di che cosa, in difetto di un *contractus*, si creava una situazione di relativa stabilità delle rispettive competenze del Principe e delle comunità suddite? Pluralità di soggetti impone, infatti, ripartizione delle competenze, e ripartizione delle competenze è garanzia di equilibrio tra quei soggetti. Un siffatto equilibrio si coglie allora riflettendo su quale fosse il significato degli statuti e della loro approvazione in rapporto alla condivisione del potere tra città e Sovrano; su quale 'funzione', detta più precisamente, lo statuto esprimesse.

Chiarificatore è, a nostro parere, il legame tra la fonte statutaria, il *bonum commune* particolare delle singole comunità e quello generale della *Respublica*: la logica, complessivamente, della giustizia.

A questo proposito, bisogna ricordare anzitutto che, per assicurare la prevalenza delle norme speciali su quelle generali e, prima ancora, per renderle gerarchicamente paritarie, era necessario che l'approvazione fosse rilasciata dal *superior* – anzitutto dal Principe – «in forma specifica» ed «expressa»¹⁶⁰, cioè «ex certa scientia»¹⁶¹: «[q]uando enim statuta sunt

Città dominante, a' quali si ricorre solamente in sussidio mancando quelli de' luoghi particolari, et in ultimo si ricorre alla disposizione del jus comune».

¹⁵⁸ J.A. MARTA, *Summa totius successionis legalis*, Venetiis, Apud Bertanos, 1681, Pars I, Quaest. XVII, Art. I, § 4: «licet iura derogatoria possint tolli per contrariam legem, si in ea dicatur, non obstante tali lege: [...] tamen hoc procedit, quando illa derogatio fit ab aequali potentia, quia nemo potest sibi legem imponere, a qua non liceat discedere [...]. Sed quando lex derogatoria procedit a minori potentia, tunc non potest tollere leges contrarias ab eo conditas qui est maioris potentiae»; O. DE PONTE, *Consilia*, in *Responsorum quae vulgo consilia vocantur ad causas ultimorum voluntatum, successionum dotium, et legitimationum [...] ex praestantissimis quibusque Iureconsultis [...]*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1581, Vol. II, Cons. IX, § 8: «quando lex derogatoria procedit a minori potentia, tunc minoris potentiae lex, eam [legem contrariam, n.d.s.] tollere non potest».

¹⁵⁹ Proprio in ragione della specialità dello *ius receptum*, «[c]onfirmatio Legis, aut Statuti facta per Principem solum dat vim confirmatum, sed non extendit confirmatum ultra casum in eo dispositum» (*Selectarum Rotae Florentinae*, cit., Tomus primus, Decis. XV (25 Augusti 1705), § 137, rubrica). Se ne conclude, quindi, che «Statuta Locorum servari debent in casibus, in quibus particulariter provident, et in quibus non provident, recurrendum est ad Statuta Loci dominantis» (§ 138, rubrica) e, infine, che «[d]erogatio legibus antecedentibus stricte intelligenda, et in eo intelligitur, quod legitur expressum, vel necessario infertur» (§ 142, rubrica; cioè la deroga «opera solamente rispetto a quelle cose, che son contrarie, ed incompatibili fra la Legge nuova, e la vecchia [...], massimamente quando la derogatoria è generale, e posta in fine delli Statuti»: *ibidem*, testo).

¹⁶⁰ C. PANIMOLLE, *Decisiones civiles, morale, et criminales [...]*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1690, Decis. XCVII, Adnotatio I, § 13.

¹⁶¹ M.A. NATTA, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, Ex Officina Ioannis Baptistae Somaschi, 1574, Tomus II, Consil. CCCXX, § 25: «[...] praesumendum esse principe in gratiosis uti plenitudine potestatis: respondetur hoc [...] non posse: quia aut princeps concedit beneficia praeter ius, et non est opus plenitudine potestatis: aut concedit contra ius, et tunc videtur uti plenitudine potestatis, si hoc facit ex certa scientia».

contra ius commune», e soprattutto «non habentia motivum aequitatis, aut publicae utilitatis, non sufficit confirmatio [...] in forma communi»¹⁶². Inoltre, come già sappiamo, «[n]on operatur [...] clausula *ex certa scientia* in iis quae Princeps praesumitur ignorare, cuiusmodi sunt statuta»¹⁶³. Non ricorrevano, quindi, i presupposti per l'operatività del principio generale secondo cui «Lex seu Constitutio posterior Principis» – l'approvazione dello statuto –, «si sit directe contraria priori, eam tollit, et abrogat, quamvis de priore constitutione nullam mentionem faciat, [...] quia Princeps scire censetur omnes leges communes seu publicas Reipublicae»¹⁶⁴. Per di più, ogni statuto, in quanto *privilegium*, rientrava fra le cd. «leges odiosae»: «privilegium quatenus lex est¹⁶⁵, odiosum est [...], quia derogat juri communi, et inducit singularitatem in communitate, quae odiosa esse solet»¹⁶⁶. Di conseguenza, era necessaria una *scientia* effettivamente *certa* «adeo ut Principi [...] innotescat an statuta iusta sint»¹⁶⁷; e di essa andava dato atto appunto mediante la clausola *ex certa scientia*, per quanto si puntualizzasse poi in dottrina che essa «non sufficiat» – quale mera formula di stile – «dum aliunde non constet [...] Principem informatum fuisse de validitate, et iustitia actus statuti confirmandi»¹⁶⁸.

¹⁶² PANIMOLLE, *Decisiones*, cit., Decis. XCVII, Adnotatio I, § 13.

¹⁶³ SIXTINUS, *Tractatus de Regalibus*, cit., Lib. I, Cap. V, § 46; H. DE CELSO, *Consilia*, Lugduni, 1570, Cons. LXXIII, § 52: «Dicere possumus [...] quod haec clausula, ex certa scientia, nihil operetur nisi in his de quibus princeps habuisse certam scientiam praesumitur: quemadmodum sunt ea quae de iure sunt, et in ipsis legibus consistunt: non autem in his quae princeps ignorare praesumitur: veluti commercia facta, et consuetudines bonae» (cfr. *supra*, Cap. IV, parr. II.1.-II.1.1.).

¹⁶⁴ E. PIRHING, *Ius Canonicum in V. Libros Decretalium Distributum*, Dilingae, Per Joannem Federle, 1674, Lib. I, Tit. II, Sect. III, § V, n. CXXXII.

¹⁶⁵ Cfr. BONACINA, *Opera omnia*, cit., Tomus II, Disputatio I, Quaest. III, Punctum I, Propositio I, § 1: «Privilegium est lex, qua conceditur aliquid speciale. [...] aliquis favor conceditur, qui jure communi non conceditur»; T. DE CHARMES, *Theologia universa ad usum sacrae theologiae candidatorum*, Venetiis, Apud Haeredes Balleonios, 1824, Cap. IV, Quaest. II, Art. III, *Sequitur* 2: «[privilegium] differat a dispensatione, in quantum dispensatio sit gratia transiens ad unicum actum [o, per estensione, ad una categoria di atti]; privilegium vero sit gratia, [...] quae dat jus *ex se* stabile» (corsivo originale).

¹⁶⁶ F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Londini, Sumptibus J. Dunmore, T. Dring, B. Tooke et T. Sawbridge, 1679, Lib. V, Cap. II, § 3; ma v. anche *ivi*, § 1: «lex humana generatim dividitur in odiosam, seu onerosam, et favorabilem, seu beneficium conferentem [...]. [...] dicunt iure odia restringenda, et favores ampliandae». In particolare «lex [...] quae nulli imponit speciale gravamen, nec ita est gravis, et onerosa, ut propterea odiosa censeatur, eo ipso, quod est iusta, et propitia communi bono, censetur favorabilis, et amplianda intra limites favoris» (§ 14). L'A. elencava poi quattro specie di *leges odiosae*, quelle cioè che più facilmente sono meramente onerose o che comunque contrappongono, invece di unire, una 'parte' (soggetto) all'altra o una 'parte' al 'tutto' (la comunità), sicché da tal sorta di leggi proviene, potenzialmente spesso, un aggravio più significativo del beneficio (per il bene pubblico) che pure esse possono portare. Fra queste, le leggi tributarie, quelle penali e, appunto, in quanto almeno modificano diritti quesiti, la «lex exorbitans a iure antiquo, vel a communi iure, aut illi derogans, vel limitans, aut corrigens illud, et a fortiori lex posterior priorem abrogans» (§ 15). Per l'inquadramento dello *ius municipale* approvato dal Principe *de plenitudine potestatis* in deroga allo *ius commune* (*lex principis* e *ius romanum*) fra i *privilegia* e, conseguentemente, fra le *leges odiosae*, DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, § 22.

¹⁶⁷ PANIMOLLE, *Decisiones*, cit., Decis. XCVII, Adnotatio I, § 15.

¹⁶⁸ *Ivi*, §16; cfr. SIXTINUS, *Tractatus de Regalibus*, cit., Lib. I, Cap. V, § 47: «sane quemadmodum non praesumitur Principem uti voluisse clausula plenitudinis potestatis [...] sic etiam non praesumitur in concessione certa scientia sed probari debet».

Solo in questo modo complessivo, dunque, gli statuti divenivano senz'altro capaci di derogare alle norme dello *ius positivum commune* (romano e del principato¹⁶⁹) e di fungere da legge fondamentale di una comunità e del suo territorio.

E proprio qui, attorno al fine che anche ogni statuto – quale *ius* e specialmente, dopo l'approvazione del Principe, quale *ius* che «vere et proprie dicitur statutarium, vel municipale exorbitans a jure communi»¹⁷⁰ – doveva perseguire, ossia la giustizia, si compattavano così le ragioni e le scelte politiche del centro sovrano come quelle delle periferie suddite. Nel sistema politico d'Antico Regime, infatti, la *lex* non aveva – come sappiamo – valore intrinseco, ma se ed in quanto strumento adeguato e utile al fine: ancora la giustizia¹⁷¹. Il diritto non era cioè costituito anzitutto dalle norme, ma dalla *ratio*, dal fine, dall'interesse collettivo e dal bene comune o pubblico che quell'interesse aveva ad oggetto.

Si comprende così, essendo il compito dello *ius civile* quello di completare e perfezionare gli assetti di interessi di cui nello *ius naturale vel gentium* in funzione dell'obiettivo della giustizia (*bonum commune*), perché fosse necessario che chi, come per primo il Principe, ricopriva questo incarico fondamentale per la convivenza sociale ben ponderasse le proprie decisioni – i bilanciamenti di interessi – prima di adottarle. E questo valeva anche qualora non si trattasse di fare un'eccezione allo *ius gentium secundarium*, ma solo di modificare lo *ius positivum civile*, disponibile anche *sine causa* da parte del Principe; meglio, anche senza la spiegazione puntuale delle ragioni della modifica normativa¹⁷². Il concetto era espresso in

¹⁶⁹ Per questa qualificazione del diritto del singolo principato come *ius* anch'esso *commune*, v. DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, §§ 19-20; A. BURGOS, *Repetitio in C. Canonum Statuta. De Constitutionibus*, in *Repetitionum in universas fere juris canonici partes [...]*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Joannis Gymnici, 1618, Tomus II, p. 170, § 30 (con riferimento al Regno di Francia): «dicitur quod ius municipale [inteso come diritto del Regno, *n.d.s.*] est ius commune: [...] illud est verum secundum quid et non simpliciter»; sulla vigenza dello *ius commune* in forza del potere del principe alla pari del diritto più propriamente stabilito dal medesimo, di nuovo DE LUCA, *op. ult. cit., loc. ult. cit.*, § 20: «istae leges Romanorum in singulis respective principatibus, vel dominijs independentibus, habent vim legum, non ex auctoritate earum legislatoris, sed potius ex illa ipsius Principis, vel Domini localis, vel ex illa ipsius Reipublicae, quatenus illas servare placeat, neque in contrarium statuatur».

¹⁷⁰ DE LUCA, *Theatrum*, cit., Lib. XV, Pars I, Disc. XXXV, § 22.

¹⁷¹ MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum*, cit., Tomus I, Cons. CIII, § 52: «etsi Princeps sit supra ius positivum; attamen quod ius positivum est fundatum in ratione et aequitate naturali, perimi illud non potest»; in termini, DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. III, Quaest. 3, § 80. Cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. III.

¹⁷² Restava certamente fermo il vincolo teleologico alla giustizia, ma, non possedendo lo *ius civile* (a differenza dello *ius gentium secundarium*) una capacità obbligate intrinseca (ossia 'di ragione') se non quanto alla sua necessarietà rispetto al fine, non serviva indicare puntualmente le ragioni dell'abrogazione o della deroga ad esso apportata, bastando l'esplicitazione della piena contezza dei fatti, oltre che l'avvenuta, prudente ponderazione degli interessi che venivano in rilievo, per garantirne l'*adeguata* rispondenza al fine; o così, almeno, fino a che non si individuasse una norma più efficace rispetto all'obiettivo stesso (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 108, art. 2, ad 4: «iudicialia [praecepta: cioè lo *ius civile*] etiam, secundum se considerata, non sunt de necessitate virtutis quantum ad talem determinationem sed solum quantum ad communem rationem iustitiae»; v. anche, di nuovo, *ivi*, q. 96, art. 4, *Respondeo*, sul distinguo tra *conclusiones* e *determinationes*; *ivi*, q. 97, artt. 1-2, sulla mutevolezza dello *ius positivum*). Al contrario, invece, per il diritto delle genti secondario: cfr. *supra*, Cap. IV., par. II.1., nt. 152.

dottrina da una similitudine a nostro avviso efficace: «testator pro arbitrio suo convertere et revertere potest absque praeiudicio aliorum» – vale a dire: senza che tale revisione *ad libitum* possa mai provocare un pregiudizio ingiusto a chicchessia –, «sed princeps non ita intelligit corrigere velle ius commune conditum ob bonum publicum, multisque vigiliis, et laboribus excogitatum»¹⁷³.

Notiamo a questo punto due cose. Da un lato – e lo abbiamo osservato anche in ordine alla potestà normativa baronale¹⁷⁴ –, niente vietava pertanto che la disposizione di rinvio del *superior* e, in specie, del Principe fosse derogata a sua volta da un'ulteriore *lex specialis* (sempre del Principe); e soprattutto, come ciò potesse avvenire anche senza una *causa rationabilis* che non fosse la mera opportunità di modificare lo *ius positivum civile* per meglio sviluppare lo *ius (positivum) gentium secundarium* e quello *naturale*, cioè l'ordine più prossimo alla giustizia. Se, infatti, il vincolo della fonte superiore costitutiva in generale un vincolo «flessibile», «mobile», «capace di una continua espansione con i casi concreti che si pon[evano]»¹⁷⁵ – perché le norme erano soprattutto declinazioni modali o «parametri di orientamento»¹⁷⁶ dell'obiettivo, della *ratio* da realizzare –, questo era vero in special modo nell'ipotesi del diritto meramente positivo (*ius civile*), cioè di qualcosa di '*iustum (solo) quia iussum*'. Affinché, dunque, la norma successiva del Principe potesse giudicarsi idonea a derogare alla fonte statutaria dallo stesso approvata *ex certa scientia*, sarebbe stata di nuovo sufficiente una mera esplicitazione della volontà derogatoria o abrogativa.

Dall'altro lato, ma sulle medesime basi, era però chiaro anche questo: una volta debitamente approvato, persino un *privilegium* come uno statuto municipale derogatorio del diritto comune¹⁷⁷ poteva ben rispondere anch'esso – in quanto *lex singularis* ma pur sempre

¹⁷³ NATTA, *Consiliorum sive responsorum*, cit., Cons. CCCCII, § 39.

¹⁷⁴ *Supra*, Cap. IV., par. II.1.

¹⁷⁵ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 101 ss., in part. p. 105 ove, citando Baldo, si ricorda che il potere o *arbitrium regulatum* «è infatti [...] *conscientia ligata rationibus legum*» (cfr. Parte Prima, Cap. III., par. II.1.). Il vincolo «mobile» era cioè rappresentato dalle norme connotate da una utilità soltanto '*strumentale*' e non, al contrario, '*necessaria*' rispetto ad un certo fine. Questa seconda tipologia di norme concerneva quelle che indicavano come vie obbligate e necessarie la meta, l'interesse o bene pubblico/comune finale (e non strumentale o intermedio). Esse, alla pari dello scopo 'finale' che indicavano, potevano essere appunto '*necessarie*' tanto per la natura stessa del fine (*iussum quia iustum*, o necessità in senso assoluto) quanto perché tale fine era stato comandato da un soggetto sovraordinato (*iustum quia iussum*, o necessità in senso relativo o, altresì, potremmo dire, necessità utile). Così, ogni soggetto od ente titolare di potere era in generale vincolato al rispetto di quel fine (e delle correlate norme necessarie, o finali, come più piaccia dire) che per lui era indisponibile, e che, cioè, non era stato lui a 'porre'. Lo stesso soggetto, invece, non era vincolato anche alle norme che, meramente strumentali (utilità relativa o strumentale, o semplicemente strumentalità), non avevano ad oggetto quel fine ma un fine intermedio o, appunto, 'utile' (v. ancora Parte Prima, sempre Cap. III., par. II.1., e in particolare il rinvio a S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I, q. 83, art. 3, *Respondeo*).

¹⁷⁶ Ancora MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 101 ss.

¹⁷⁷ Il *privilegium* poteva essere «privatum», ossia a beneficio di una singola persona, oppure «commune», quando «respicit bonum Communitatis» (BONACINA, *Opera omnia*, cit., Tomus II, Disputatio I, Quaest. III, Punctum I, Propositio I, § 10).

*lex*¹⁷⁸ – al *bonum commune*, e, anzi, «omne privilegium» era davvero tale solo se «ultimo referatur ad bonum commune»¹⁷⁹, cioè della *Respublica* complessiva¹⁸⁰.

Ogni norma, pertanto, che era idonea ad incidere su uno «ius quoquo modo quaesitum»¹⁸¹ altrui si presumeva fatta *secundum* o *praeter legem positivam (lex digna vox)*¹⁸². Ciò valeva soprattutto quando difettesse l'esplicitazione di una *iusta causa publicae utilitatis sive necessitatis*, se si trattava di derogare allo *ius gentium secundarium*; ma valeva invero anche qualora, trattandosi di un semplice *ius quaesitum de iure positivo*, «ut revocatio», o come la deroga, «beneficij concessi»¹⁸³ (il quale era – ribadiamo – una *lex singularis*), la volontà derogatoria non fosse stata opportunamente clausolata a renderla manifesta¹⁸⁴.

In questo secondo caso, del resto, la norma statutaria costituiva *lex specialis* anche rispetto a quella successiva generale, non pensata – quest'ultima – per il governo di quel particolare territorio¹⁸⁵. Soltanto, perciò, manifestando il superiore una volontà esplicita di derogare alla conferma dello statuto e quindi allo statuto stesso, si sarebbe emanata una *lex* di efficacia a

¹⁷⁸ Infatti, la *lex* – come più volte ricordato nella Prima Parte del lavoro, spec. Cap. III. – «nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., I-II, q. 90, art. 4, *Respondeo*).

¹⁷⁹ BONACINA, *Opera omnia*, cit., Tomus II, Disputatio I, Quaest. III, Punctum I, Propositio I, § 10.

¹⁸⁰ Sul significato *per relationem* degli aggettivi '*commune*' e '*publicum*', rinviamo *supra*, Cap. IV., par. III.

¹⁸¹ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Tit. *Disputatio secunda principalis*, § 14.

¹⁸² C.1.14.4: «[d]igna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum. Et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus». Cfr. DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. II, §§ 11-12: «in usu potestatis ordinatae [...] non erit differentia inter ipsum Principem, et quemlibet alium inferiorem Magistratum, nisi quod illi de necessitate cogantur iura observare ad unguem, [...] ille autem [...] ex sua propria voluntate, de honestate, legibus se subiecit. *L. digna vox. C. de legi.* secundum quam non debet a dispositione legis scriptae recedere, de potestate ordinaria, sine causa, per ea, quae infra dicemus [...]; ivi, Cap. XXIII, §§ 80-83 ubi apparebit, secus esse de potestate absoluta». Per un inquadramento della tematica legata alla *lex digna vox*, si veda soprattutto NICOLINI, *La proprietà*, cit., pp. 136-137; cfr., più di recente, D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in «Annali del seminario giuridico», LII (2008), pp. 55 ss.

¹⁸³ DE PETRA, *De potestate principis*, cit., Cap. XXIII, § 83; v. anche ivi, §§ 81-82.

¹⁸⁴ L'efficacia derogatoria, poi, variava da clausola a clausola: cfr. le brevi annotazioni sul punto di cui *supra*, Cap. IV., par. II.1.

¹⁸⁵ SUÁREZ, *Tractatus de legibus*, cit., Lib. VI, Cap. XXVII, § 13: «infertur [...], si lex prior sit specialis et posterior generalis, posteriorem, etiamsi sit contraria priori, non derogare illam, sed potius secundum illam limitari seu derogari»; CORRADUS, *Templum omnium iudicum*, cit., Lib. I, Cap. I, § III, n. 25; PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § V, n. CXXXVII: «Princeps per generalem Constitutionem non censetur abrogare velle particularia statuta et consuetudines specialium locorum et personarum, quibus lex illa posterior est contraria, [...] nisi id exprimat [...]. Ratio [...] quia consuetudines et statuta particularia [...] respectu [...] Principis [...] sunt quid facti [...]: cum enim varia sint et innumera, sciri non potest, an et quaenam talia statuta et consuetudines existant, ideoque cum id ad factum pertineat, probabiliter a Principe ignorantur, et consequenter non censetur Princeps per novam constitutionem contrariam ea revocare vele, nisi expresse in ea caveatur [...] saltem per clausulam generalem, *non obstante quocumque contrario particulari statuto, vel consuetudine*»; F. MEROLLA, *Disputationum in universam Theologiam moralem*, Neapoli, Ex Typographia Lazari Scorigii, 1640, Tomus III, Cap. VI, Dubium I, § 215 – che «non praesumitur Princeps velle derogare privilegio priori: immo nec illud scire, nisi illius mentionem faciat. Idemque est, si deroget particulari statuto [...]. Idem si repugnat consuetudini, nisi de illa expressam mentionem faciat [...]. Idem denique erit de quocumque alio facto, vel iure privato, quod praesumitur Princeps ignorare, et ideo censetur illud nolle [...]»; cfr. PH. DECIUS, *Super Decretalibus*, Lugduni, 1559, Tit. *De exceptionibus*, c. 267r. e v., § 8 (rubr.): «Papa dicitur uti certa scientia, quando hoc exprimitur». Cfr. *supra*, Cap. IV., par. II.1.1.

sua volta *specialis* rispetto a quella (allo statuto, appunto) che già aveva carattere derogatorio rispetto alla disciplina comune precedente e che, inoltre, avrebbe continuato ad averlo rispetto a quella successiva ma anch'essa generale.

Le comunità, insomma, non godevano – come nemmeno i Baroni dal punto di vista dell'autonomia normativa¹⁸⁶ – di alcuno *ius quaesitum* nel senso forte della parola (*de iure gentium*) ad esercitare il potere; eppure – come dimostra la circostanza che gli statuti fossero il perno della vita giuridica locale¹⁸⁷ – era a loro che ne era demandata una parte fondamentale di tale esercizio. Nonostante la indubbia precarietà tipica delle attribuzioni meramente 'graziose' (*iure privilegii*), si veniva ugualmente a creare una certa stabilità nel riparto delle competenze, dalla quale – come affermava ad esempio Francesco III d'Este ancora nel 1740 – «dipende[va] molto la quiete e la tranquillità de' popoli»¹⁸⁸.

Genericamente parlando, si potrebbe dire che si trattava di un rapporto regola-eccezione, il che, tuttavia, ben poco ci chiarisce quale fosse questa regola e quale il criterio sulla cui base si fondavano le eccezioni.

Le comunità territoriali supplicavano il Principe per l'approvazione dei loro statuti come strumento – politico – di sviluppo del proprio *bonum commune* in via differenziata da quello dei molti altri *bona communia* esistenti nella *Respublica* complessiva, nonché dal *bonum commune* di quest'ultima unitariamente considerata. Il rapporto tra le fonti consente di verificare precisamente questo risultato: che, cioè, con la concessione di statuti *de plenitudine potestatis* da parte del Principe, questi rinunciava a 'funzionare' di regola come centro di impulso in ordine alla vita di quegli ordinamenti, quantomeno per le materie disciplinate dagli statuti. Anche, infatti, da un punto di vista dogmatico – come dicevamo da

¹⁸⁶ *Supra*, Cap. IV., sempre parr. II.1.-II.1.1. La differenza è da individuarsi piuttosto nel fatto che i Baroni avevano la facoltà di emettere grida (atti di natura normativa) senza la previa partecipazione, e assenso, del Principe, mentre – almeno negli Stati Estensi – tale potestà non competeva ai giudicanti dello Stato immediato: in questo senso, il § V degli *Ordini da osservarsi da' Giudici, e Notai dello Stato di Sua Altezza Cesare d'Este del 1604* (in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. A, n. 35): «[c]he [«tutti i Giudici, e Notai»] non possano far pubblicare Gride senza espressa licenza dell'A.S. in iscritto, fuor che quando il tardare potesse cagionare scandalo; nel qual caso dovranno però subito dar parte a S.A. del fatto, col mandarle copia della Grida, nella quale non applicheranno a se stessi parte alcuna della pena» (cfr. TAVILLA, *Da centro a periferia*, cit., p. 103). La disposizione di Cesare confluiva da ultimo nel *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., Lib. I, Tit. II, § XII. Tali grida dei giudicanti immediati – giova precisarlo – in assenza di una approvazione *ex certa scientia* da parte del Principe, ossia in forma specifica e derogatoria, non avrebbero potuto derogare agli statuti, ma sarebbero state efficaci, se non contrastanti con essi, soltanto *praeter statuta*. Per un confronto, E. FUSAR POLI, *Relativo e plurale. Dinamiche, processi e fonti del diritto in Terraferma veneta (secc. XVI-XVIII)*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 75-78.

¹⁸⁷ Cfr. quanto detto *supra*, in questo Cap., par. I.

¹⁸⁸ *Regolamento ed ordini di S. A. Serenissima*, 30 dicembre 1740, cit., pp. 9-10, nel quale il Duca si premurava affinché i propri Segretari di Stato non turbassero, nella loro attività di «vigilanza» sulle comunità locali, l'ordine tradizionale delle competenze potestative. In particolare – leggiamo –, i tre Segretari di Stati avrebbero dovuto «conservare, in tutto ciò che giustamente si possa estendere, l'autorità nostra, senza pregiudizio però mai dell'altrui, colla massima di tener viva quella economica armonia da cui dipende molto la quiete e la tranquillità de' popoli».

ultimo al paragrafo precedente –, ogni «ciclo funzionale» (o «processo di realizzazione di valori giuridici») «può essere attivato solo dall'esercizio della funzione normativa»¹⁸⁹. Ciò significa che è allo statuto, quale atto normativo generale, che bisogna guardare per primo per comprendere le dinamiche di rapporto tra le comunità locali immediate e il Sovrano, essendo le stesse prive di ogni attribuzione potestativa – ripetiamo – giuridicamente opponibile al secondo in sede di *quaestio potestatis*.

Il 'privilegio' e il tipo di titolarità del potere che esso importava in capo al suo beneficiario aveva prevalentemente l'effetto di deconcentrare e di decentrare (solo) l'esercizio del potere, piuttosto che un vero e proprio diritto a tale esercizio; sotto questo profilo, non troppo diversamente, dunque, da un'attribuzione *iure officii*. Ora, a livello concettuale, quando l'esercizio di un potere, dipendendo dalla titolarità di quest'ultimo come dalla sua causa, risiede *cumulative* nel soggetto superiore e in quello inferiore, questa sua condivisione può declinarsi in due modi: o ad esercitare quel potere è anzitutto l'ente preminente, e allora quello subordinato non potrà che 'eseguire' in concreto le direttive (le 'normative') del primo, o comunque emanare norme – *i.e.* stabilire fini – compatibili con quelle e con gli obiettivi in esse indicati; oppure, se ad esercitare il potere per primo è invece l'istituzione subordinata (come accadeva precisamente con gli statuti comunitativi), la superiorità dell'altra non potrà che manifestarsi mediante un'operazione 'giurisdizionale'.

Tanto le comunità quanto il Principe normavano, eseguivano norme e ne giudicavano l'esecuzione in ordine ad uno stesso rapporto. Lo statuto era normazione (comunitativa), l'applicazione del medesimo ai casi concreti o l'elaborazione di norme *praeter statuta* da parte di ufficiali della comunità ne erano esecuzione¹⁹⁰; i giudizi d'appello (prime e seconde appellazioni), di cui di frequente le comunità ancora erano titolari fino al Settecento inoltrato¹⁹¹, esprimevano invece una funzione di controllo. Il Principe, però, poteva ad esempio avocare a sé le cause, come adesso diremo un po' meglio, e in esse, non sempre ma spesso, decideva *sola facti veritate inspecta*: in deroga cioè – come sappiamo – alle norme e alle procedure statutarie. Di più, le sentenze dei suoi tribunali o i decreti dei suoi magistrati,

¹⁸⁹ V. da ultimo in principio di questo par.

¹⁹⁰ Sulla capacità o potenzialità normativa dell'*arbitrium officialis*, v. ampiamente MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 347 ss.

¹⁹¹ Si vedano ad esempio gli Statuti di Modena del 1547, i quali, nonostante varie restrizioni intervenute nel tempo (ad esempio quella introdotta con la riforma della giustizia penale del 1763), rimanevano in vigore fino al 1796, almeno per quanto concerneva la risoluzione delle controversie. Cfr. TAVILLA, *Diritto, istituzioni*, cit., pp. 67 ss.; ID., *L'amministrazione centrale della giustizia*, cit., p. 214 ss; *Repertorio degli Statuti comunali emiliani*, cit., pp. 101 ss.

specie se approvati con sovrano rescritto, potevano avere efficacia generale e derogatoria delle normative statutarie¹⁹².

Rappresentava tutto questo una funzione di controllo dell'applicazione o dell'esecuzione di una norma preesistente o normazione essa stessa? Ed era norma esecutiva sempre di quella statutaria o nuova norma, nuovi fini, nuovi interessi cui dare precedenza? Le categorie a noi più familiari si adattano ben poco a descrivere questo quadro e non aiutano a districare una simile matassa di competenze da questo punto di vista identiche e sovrapposte.

L'unico criterio – ci sembra – che consente da una parte di preservare la capacità di scelta politica di un'istituzione (e politica dice ordine al *bonum commune*, ad un interesse collettivo) e, dall'altra, di spiegare la concentrazione integrale di ogni potestà in un ente sovraordinato, senza appunto rinnegare per ciò tale pluralità, è quello che indica il modo in cui il potere si rapporta a tale bene comune o interesse (del) pubblico.

Ora, il bene comune è, nella sua essenza, rapporto tra 'parti' e 'tutto'. Esercitando il potere, si può perseguire il bene, l'interesse, l'*utilitas* – come si preferisce – della parte (*utilitas privata*), come anche quella *publica*, del tutto. L'oggetto è lo stesso, perché l'*utilitas privata* si riannoda come parte a quella *publica*, e quest'ultima si riflette per converso, ed incide, sull'*utilitas privata*. Ma lo statuto ha ad oggetto l'interesse di quel 'pubblico' particolare, mentre l'intervento del Principe – negli ambiti e nelle materie da esso disciplinati – gli interessi parziali, cioè delle parti di quel pubblico. Il Principe interviene, in altre parole, nella vita comunitativa sotto un profilo preciso. Tutto, certo, contribuisce a sviluppare e a declinare secondo scelte politiche diverse, come diversi sono i loro autori, l'interesse collettivo: non c'è spazio per la separazione della potestà dell'uno da quell'altro soggetto istituzionale. Il *bonum commune*, nondimeno, si può perseguire in due modi diversi, direttamente o indirettamente; e così, distinguendo funzione 'amministrativa' e 'giurisdizionale', si individuano le competenze degli enti concorrenti nei territori a sovranità immediata e si comprende, in senso pratico, "che cosa facesse" l'uno e che cosa facesse l'altro.

Quella tra pluralità nell'*esercizio* del potere e monismo nel *potere* e nel diritto ad esercitarlo è perciò, a nostro avviso, una contraddizione solo apparente. Siamo di fronte in sostanza al tipico modello del «governo per rescritto»¹⁹³, con la quale espressione non si deve

¹⁹² Per tutti, GORLA, *I tribunali supremi*, cit., pp. 590 ss.; MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 155.

¹⁹³ L'espressione è di L. MANNORI, *Lo Stato del Granduca 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015, p. 239, e peraltro è utilizzata ancora con riferimento al periodo successivo a quello qui considerato, cioè alla Restaurazione. Alla continuità sotto questo aspetto tra i due momenti storici – che a nostro avviso non può che dipendere, almeno nel suo nucleo, dal paradigma della «sovranità istituzionale» – accenneremo conclusivamente *infra*, par. V.

tuttavia pensare al dualismo atto normativo generale - atto puntale e concreto (che il termine ‘rescritto’, appunto, potrebbe in senso stretto stare a designare). Il «governo per rescritto» non indicava tanto uno stile di governo che traeva la propria specificità dalla tipologia dell’atto, della decisione, ma dal tipo dei rapporti tra istituzioni deputate al governo del territorio ed esercenti il potere¹⁹⁴; e se lo statuto era atto normativo, niente – come dicevamo poc’anzi – vietava che anche il rescritto potesse tradursi in un atto di egual sorta¹⁹⁵. Con il che resta dimostrato come un conto sia l’‘atto’, un altro conto sia l’‘esercizio del potere’ (o ‘funzione’) e un altro ancora sia il ‘potere’ in sé.

L’ordinamento delle ‘parti’ al ‘tutto’ (‘funzione amministrativa’, o ‘giustizia legale’), salva l’eccezione degli interessi che afferivano alla *Respublica* unitariamente considerata e l’altra – pure relevantissima e ingombrante – degli interessi ‘economici’ della medesima *domus* complessiva, restava lungo il corso dell’Antico Regime compito da svolgersi ordinariamente dalle comunità con le quali quel ‘tutto’ – meglio, quei ‘tutti’ – si identificavano. Al Principe, nello Stato immediato e in qualche caso pure – come visto nel Capitolo precedente – in quello mediato¹⁹⁶, spettava non tanto l’incarico di promuovere politiche coordinate e uniformi, normative da eseguire adattandole alle variegate esigenze locali; il suo compito era piuttosto quello di garantire, sul presupposto di quella stessa declinazione ‘amministrativa’ impressa agli interessi collettivi locali da parte delle comunità cui essi erano rispettivamente riconducibili, un corretto ordinamento ‘giurisdizionale’ del ‘tutto’ alle ‘parti’ (‘giustizia distributiva’) e dei rapporti tra ‘parte’ e ‘parte’ (‘giustizia

¹⁹⁴ Ciò che era ben chiaro a Mannori, *ibidem*, il quale, su questa base, poteva appunto concludere per una sostanziale continuità tra il «sistema decisionale» della Restaurazione (fino almeno, in Toscana, al 1848) e quello «d’antico regime». Scrive l’A. più in particolare: «[n]ella sua essenza, quindi, il sistema decisionale continua a ricordare per molti versi quello d’antico regime. Il vertice, piuttosto che funzionare da macchina d’impulso rispetto all’amministrazione, è il luogo in cui si contemperano le esigenze dei diversi rami di questa». Ora, l’unico dato differenziale tra Antico Regime e Restaurazione, sotto il profilo della tipologia di rapporti tra istituzioni esercenti il potere, sembra la derivazione plurale e variegata, rispettivamente, e unitaria dell’apparato complessivo di governo: riconducibile, sempre rispettivamente, al Sovrano e alle comunità territoriali, o invece al solo Sovrano. L’analogia tra le due epoche quanto a stile decisionale e di governo, che Mannori ci segnala, è dunque del tutto solida.

¹⁹⁵ Frequentissime nei gridari erano le Notificazioni di carattere normativo; in particolare, quelle penali, con le quali, «avuto ricorso» un qualche privato, per il tramite del Governatore locale, «a S.A.S. ad oggetto che sia posto opportuno riparo ai gravi danni, e molti pregiudizj, che [...] vengono inferiti sopra i Beni» dello stesso, «la prelodata A.S. Serenissima» si mostrava poi «condiscesa ad esaudire le di lui Suppliche [del privato] coll’ordinare con grazioso Rescritto [...], che si pubblici, ed ai soliti Luoghi si affigga una Notificazione, mediante la quale sia posto freno ai pregiudizj suddetti, sotto le Pene portate dalle vigenti» – si noti, a testimonianza del carattere eccezionale e ‘giurisdizionale’ (proteso verso la ‘parte’) della Notificazione – «locali Provvigioni». Il caso, fra i moltissimi rinvenibili, da cui abbiamo cercato di estrarre il principio di sopra espresso, era nello specifico quello di tale «Sig. Gaetano de Pincetti Nobile Modenese», che supplicava il Duca per evitare danni contro alcuni suoi beni «posti in Villa di Magreta», giurisdizione di Sassuolo, Stato immediato (ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. NN, n. 1842, Notificazione del 10 settembre 1777).

¹⁹⁶ Laddove il potere baronale, come nel caso di deroghe da operarsi allo *ius gentium secundarium*, incontrava limiti per esso invalicabili. Per qualche esempio, *supra*, Cap. IV., par. II.1.1.

commutativa'). Vi era insomma una forte complementarità, come quella che lega tali due funzioni.

Sebbene, inoltre, ogni atto si porti dietro qualcosa del modo in cui il potere che l'ha prodotto è stato esercitato¹⁹⁷, non sempre, tuttavia, ciò basta per distinguere la modalità funzionale che ha caratterizzato quell'atto. Se, come notavamo poco fa, alcuni atti normativi erano incontrovertibilmente rispondenti ad interessi particolari (come nel caso delle frequenti Notificazioni penali emesse dietro supplica dell'interessato), altre decisioni di natura analoga non risultavano finalizzate, invece, a soddisfare un'istanza particolare¹⁹⁸.

Il fattore dirimente è allora, piuttosto che il tipo di atto in sé, l'obiettivo stesso da esso perseguito. In questo modo, una volta individuata la natura dell'interesse cui l'esercizio del potere tendeva, diviene possibile anche risalire alla base intellegibile sulla quale il Principe derogava ad uno statuto altrimenti idoneo a raggiungere il suo scopo; si può cioè stabilire se, emergendo un interesse della collettività complessiva, quello della comunità particolare – e quindi lo statuto che lo realizzava – dovessero conseguentemente valutarsi come recessivi. Similmente, è il fatto che venisse in rilievo una qualche esigenza non collettiva ma parziale che ci rende possibile comprendere il perché della competenza del Principe; Principe che interveniva quale soggetto gerarchicamente preminente ed unico vero depositario del potere, come è normale che contro ogni subordinato si ricorra al suo superiore, sussistendo alcuna ragione per cui il primo non sia in grado di assicurare il raggiungimento dell'obiettivo al quale, pure, è in via generale preposto. Ed era per l'appunto quest'ultima la casistica preponderante, indipendentemente dal tipo di atto – normativo o meno – che poi ne scaturisse.

¹⁹⁷ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 128: «l'atto è la manifestazione del risultato di quella funzione».

¹⁹⁸ Per fare solo un esempio, si veda l'*Editto, o Provvisione con cui S.A.S. ordina, e comanda si condannino i Rei carcerati, quantunque negativi, sempreché siano legittimamente convinti, nella pena ordinaria prescritta dalle Leggi, e Gride vigenti ne' suoi Stati, tanto mediati, che immediati*, 25 novembre 1755, in ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. BB, n. 763: «[i]l principale, e più frequente ostacolo alla retta e sollecita ultimazione de' Processi, e spedizione delle Cause Criminali intraprese contro de' Rei di Omicidio segnatamente, suol essere la quasi ordinaria durezza, ed ostinazione de' Carcerati nel confessare il compiuto delitto [...]. Animati costoro dalla costante opinione, avvalorata dalla consuetudine e dallo stile introdotto ne' Tribunali de' Nostri Stati, che mantenendosi eglino negativi, non sia luogo di condannarli nella pena ordinaria, proporzionata alla enormità del loro misfatto [...]. Essendo però della maggior Nostra premura, che la pronta e giustamente rigorosa punizione de' colpevoli [...] produca il bramato effetto della cessazione de' trascorsi; Dichiariamo espressamente, e comandiamo, che debbano i Giudici in tutte le cause Criminali condannare nella pena ordinaria, prescritta dagli Statuti, o dalle Leggi, Gride, e Ordinazioni veglianti, e corrispondente alla qualità del delitto, i Rei carcerati, quantunque negativi [...]; E ciò non ostante qualunque stile, consuetudine, o altra qualsivoglia cosa che far potesse in contrario; Derogando Noi a tutto, conforme deroghiamo colla suprema Nostra Ducale autorità: E volendo risolutamente, e comandando, che la presente Nostra ordinazione debba inviolabilmente osservarsi qual Legge positiva, e perpetua ne' Tribunali tutti del Nostro Dominio, tanto mediato, che immediato».

In questa direzione vanno i risultati delle indagini degli storici. Con riferimento agli Stati Estensi, ad esempio, Marco Folin rileva che «i registri di “decreta” e “chirografi” conservati all’Archivio di Stato di Modena [...] sotto l’ingannevole denominazione novecentesca di *Leggi e Decreti* contengono atti contraddistinti da valenze normative assai scarse»¹⁹⁹: «nel mare eterogeneo dei provvedimenti *ad personam*» – osserva – «si frammentava e disperdeva la volontà normativa ducale»²⁰⁰, ancora alla metà del Settecento²⁰¹.

Così, strumento per eccellenza dell’esercizio del potere sovrano, oltre alle tipologie di decisioni poc’anzi ricordate, era piuttosto quello dell’avocazione delle cause, che costituiva spesso l’esito del rescritto recante l’accoglimento della supplica del particolare. Al riguardo delle avocazioni ci limiteremo ad una osservazione soltanto: che a queste il Principe procedesse in virtù del generale potere di deroga implicito nella sua *absoluta potestas* impiegata *ex certa scientia*²⁰², ovvero in forza di quello che si reputava da taluni essere un più specifico *regale* riservato²⁰³, o, ancora, in forza di una positivizzazione di tale facoltà in una norma *ad hoc*²⁰⁴, non si trattava in ogni caso di sfumature dirimenti. Anche ammettendo

¹⁹⁹ FOLIN, *Il sistema politico estense*, cit., pp. 509-510.

²⁰⁰ *Ibidem*: «donazioni, decreti di cittadinanza, esenzioni da dazi o gabelle, concessioni di immunità fiscale, privilegi vari rilasciati a persone o comunque diretti a una singola comunità demica, etnica o professionale».

²⁰¹ *Ibidem*: «ancora nel gridario del 1755 (precedente diretto della codificazione del 1771) è rarissimo trovare ordini e provvigioni con un raggio d’applicazione esteso alla totalità del dominio»; e, peraltro, «va sottolineato che questa scarsità di leggi generali [...] è stata riscontrata ancora nella prima metà dell’ottocento come una delle caratteristiche di fondo dell’amministrazione austro-estense, basata in larga misura su provvedimenti empirici, *ad hoc*, emanati secondo le necessità contingenti» (ivi, pp. 511-512; cfr. G. BERTUZZI, *La struttura amministrativa del Ducato austro-estense. Lineamenti*, Modena, Aedes Muratoriana, 1977, pp. 8-9).

²⁰² Come abbiamo precisato sopra. Peraltro, fin dal Quattrocento, autorevole dottrina dichiarava che «[c]erta scientia principis praesumitur de omnibus in supplicatione contentis» (N. DE TUDESCHIS PANORMITANUS, *Commentaria super secunda parte lib. Primi Decretalium*, Augustae Taurinorum, Apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1577, Tit. *De officio iudicis*, Cap. XXVIII, c. 93r, § *Praetera*, n. 4).

²⁰³ B. ALDIMARI, *Tractatus de nullitatibus sententiarum, decretorum laudorum, arbitramentorum, et quorumcumque actuum iudicialium*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Wilhelmi Metternich, 1720, Tomus I, pars I, rubrica IX, quaestio CLXXX, § 6: «Multoties [...] Superior potest [...] avocationem facere [...]. Cum talis potestas in Principe Supremo sit de regalibus»; cfr. MONTI, *Iudicare tamquam Deus*, cit., p. 78. In questo caso, l’utilizzo di un siffatto *regale* senza un’esplicitazione della volontà derogatoria avrebbe potuto – ne inferiamo – esonerare il Principe da quest’onere fino a che il rapporto regola-eccezione non si fosse, per un’eventuale, troppo elevata frequenza delle avocazioni, invertito.

²⁰⁴ Cfr. D. MEVIUS, *Codex Mevianus, hoc est Decisiones Summi Tribunalis Regii [...]*, Augustae Vindelicorum, Apud Joannem Casparum Bencard, 1703, Tomus I, Decis. XL: «[v]erum nec ea [causa avocandi] iudicis arbitrio relinqui potest magis, quam ei submitti aliena iurisdictione (6); sed talis esse debet, quae aut superiori arbitrium in inferiorem tribuit, aut inferiori potestatem procedendi demit»; infatti, «[j]urisdictione inferiorum non delegata sed ordinaria et propria, non est in superioris arbitrio, sed instar iuris quaesiti censenda» (ivi, nt. 6); v. anche I. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Opera omnia, siue Quotidianarum controuersiarum iuris tomi octo*, Lugduni, Sumptibus Laurentini Anisson, 1667, Tomus VII, Lib. VI, Cap. XLI, § 144. Ora, il Principe era il solo titolare *iure proprietatis* del potere; le comunità locali lo avevano invece per privilegio grazioso, ma ciò si considerava comunque *iure proprio*. Alla necessità della *certa scientia* da esprimere in occasione di ogni deroga si poteva ovviare, così, con una norma *ad hoc* che «superiori arbitrium in inferiorem tribuit». Il che, tuttavia, non significava affatto che l’eccezione divenisse la regola, riproponendo così la questione che qui stiamo esaminando: quale era il criterio che rendeva tali quella regola e quella eccezione? In questo senso, si vedano ad esempio gli ormai più volte citati *Ordini* del 1619 emanati da Cesare d’Este, § “*Delle cause spettanti al medesimo Consiglio*”: «[...] e delle terze istanze ne’ luoghi ne’ quali, in difetto degli statuti propri o concessioni, s’osserva lo statuto di Ferrara, et in questa città di Modona e nella città di Reggio e negli altri

che il Principe potesse decretare l'avocazione di una causa senza esplicitare la propria *certa scientia*, come nelle ultime due ipotesi riferite, la deroga allo Statuto veicolava quasi sempre²⁰⁵ – facendo seguito, del resto, alla supplica di un privato per la tutela di un suo

luoghi nel modo prescritto solamente dagli statuti loro o da altre provisioni e non altrimenti, volendo Noi che in tutte le nostre città e Stati rispettivamente s'osservino i loro proprii statuti, ordini e provigioni intorno a giudicii di tali terze istanze o più oltre ancora, e s'intenda sempre riservata la nostra volontà, perché se in alcuna causa paresse bene il commetterle al medesimo Consiglio, vogliamo che si possa fare, havutone però l'ordine nostro espresso in quel caso solo o nostro special rescritto, né per questo s'intenda levata l'appellazione a' Collegi o ad altri giudici nelle terze istanze in virtù degli statuti per altre cause, né per questo s'intenda derogato ad alcuno de' sudetti statuti, concessioni o provvigion». La norma di Cesare, peraltro, era almeno in certi casi superflua, giacché lo stesso potere di deroga si trovava già parimenti positivizzato ad esempio negli Statuti di Modena, a testimonianza insomma della doppia natura – principesco-feudale e signoril-comunale – del potere ducale (*Libri quinque statutorum inclytæ civitatis Mutinæ*, Mutinæ, Ioannes de Nicolis, 1547, cc. 4v-5r; cfr. ancora TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., p. 196).

²⁰⁵ Non sempre – diciamo – perché la risoluzione di una controversia non è che il risultato, lo scopo pratico di un certo modo di esercitare il potere e, dopo di questo, altresì di un certo atto. Non è, cioè, per la natura dell'elemento teleologico, e per la conseguente classificazione empirico-materiale dell'esercizio del potere o funzione, che nelle controversie, in linea di massima, si rinviene una 'funzione giurisdizionale', ma solo per una contingenza, o comunque per un legame meramente estrinseco e non definitorio tra quel risultato e l'esercizio giurisdizionale del potere. Ci sembra che un buon esempio di questo possa provenire dalla *Dichiarazione del Serenissimo Sig. Duca di Modena. Circa la generalità de' Privilegi, e delle Esenzioni competenti alla Famiglia Pio di Savoia di Carpi*, Carpi, Stamperia Paolo Ferrari, 1742, versione a stampa di un chirografo ducale con il quale si terminava una lunga e annosa controversia tra gli eredi della Casa Pio di Savoia e le Comunità di S. Felice sul Panaro e di Finale. La causa aveva ad oggetto il rivendicato, da parte dei primi, «immunitatis et exemptionis privilegium pro omnibus, et singulis eorum Bonis in Ducatibus, et Dominijs Nostris ubicunque existentibus qu[ibu]s utabantur, et fruebantur dum essent Saxoli Domini» (copia della patente del 13 giugno 1637 concessa da Francesco I d'Este a titolo di «transazione» per la perdita del feudo di Sassuolo; «amplissimi Privileggi» – si legge infatti nella supplica a Francesco III del 30 giugno 1754 – «col titolo oneroso concessi»). Vediamo però ora più nel dettaglio il documento a stampa, nel quale, per quanto qui d'interesse, si trova scritto: «Avendoci supplicati Don Pellegrino, Don Ercole, e Rodolfo Pii di Savoia di Carpi a volere di nostro moto proprio, certa Scienza, e Ducale Podestà definire, e terminare per sempre l'Articolo de' Privilegi d'Immunità, ed esenzioni, per lunghissimo immemorabile tempo dalla loro famiglia goduti, ed anche ultimamente approvati con Decreto del Nostro Consiglio di Segnatura [...]; ed essendoci parso bene, attesa massime la chiarezza, ed Antica Nobiltà della Casa degli istessi de' Pii, non meno, che la loro fede, e divozione verso di Noi, e dello Stato Nostro di esaudirli. Premessa perciò l'avvocazione della Causa dello stesso Consiglio, abbiamo prese sufficienti informazioni: Onde con piena cognizione dell'affare, Dichiariamo essere tal'Immunità, ed Esenzioni generali generalissime, ed affatto universali, in modo che nulla di eccettuato restando, fuor che il concorso alle riparazioni degli Argini, Strade, Ponti, e Cavi, a tenore del Nostro Editto delli 15. Marzo 1738. abbiano essi, e Loro Discendenti Maschi in perpetuo, assieme con i Loro Mezzadri, e Lavoratori de' Beni d'esser considerati per immuni, ed esenti da ogni sorta di aggravio [...], tanto imposto, che da imporsi, sia per Noi, ò per la Camera Nostra, che per lo Stato, e Comunità, o d'altri, [...] non ostante gli Statuti, Costituzione, Ordini, e Provvisioni, ed altro, che far possa in contrario, a quali tutti espressamente deroghiamo, per l'effetto della presente Dichiarazione [...]» (tutti e tre i documenti citati sono conservati in ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Controllo sulle Comunità, busta n. 29). Ebbene, tralasciando il fatto che in questo caso trattavasi di privilegio concesso a titolo oneroso, cui magari v'era però anche motivo di pubblica utilità per derogare – non ci è dato sapere –, non è certo che il solo motivo dell'accoglimento della supplica fosse questo, vale a dire il soddisfacimento dell'interesse particolare dei (nobili) ricorrenti. Dal tenore del Decreto ducale, infatti, ci sembra di cogliere diversi spunti di 'pubblico interesse', dovuti probabilmente ai travagliati rapporti tra gli Estensi e i Pio di Savoia, e dei legami di questi con i noti, potenti Duchi. In particolare, tali spunti si colgono se si fa memoria dell'incapacità degli Estensi di pagare l'indennizzo stabilito per la perdita, nel 1599, del feudo di Sassuolo e della conseguente surrogazione dei Pio, a partire dal 1647, nella percezione di alcuni redditi comunitativi e nella concessione di determinate immunità fiscali. Per questi dati, A. CECCARELLI, *Pio, Carlo, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXXXIV, Roma, Treccani, 2015. Proprio i motivi, o meglio la *ratio* della decisione, sono l'elemento fondamentale – come già accennavamo – per comprendere di che modalità di esercizio del potere si tratta: non bisogna quindi stupirsi se un atto a contenuto puntuale risponde prima di tutto – cioè direttamente e immediatamente – ad un interesse pubblico. Proprio, del resto, sulla base della *ratio* di volta in volta perseguita da un esercizio del potere si possono tentare di afferrare i meccanismi di funzionamento di un equilibrio non fondato su una ripartizione

interesse particolare²⁰⁶ – un esercizio del potere di carattere ‘giurisdizionale’: una manifestazione, appunto, della giustizia distributiva o commutativa.

Questo dicasi ad ulteriore dimostrazione del fatto che la “vocazione esecutiva”²⁰⁷ degli apparati e del sistema giuridico nel suo complesso non è mai una questione di non titolarità, da parte degli enti subordinati, di una posizione di potere opponibile al superiore²⁰⁸. Il rapporto reciproco tra istituzioni dipende anche da altri fattori; senza allora indagare troppo sull’eziologia del fenomeno, quello che si verificava nel contesto che stiamo studiando dal punto di vista dell’esercizio del potere non era, sostanzialmente, troppo diverso da quanto si registrava nel caso di una qualsiasi delega *stricto sensu*, cioè di una *commissio*, anche se – e proprio da qui il carattere non dirimente del profilo della titolarità –, con riguardo ai rapporti tra Principe e comunità suddite, una qualche detenzione del potere *iure proprio e privativa* da parte delle seconde, ancorché non vincolante per il primo, vi era²⁰⁹.

rigida delle competenze potestative, ma sulla natura dell’interesse curato, sul suo legame con l’ente che lo perseguiva e sui rapporti di preminenza tra enti che secondo questo criterio complessivo si articolavano.

²⁰⁶ Traccia un efficace quadro riassuntivo dei motivi per cui il privato ricorreva al Principe, e quindi ne domandava l’intervento di ‘forma giurisdizionale’, M. GARBELLOTTI, *Antichi archivi giudiziari trentini: l’Archivio pretorio (secoli XVI-XIX). Catalogazione e ricerca*, in «Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento», XXVIII (2002), p. 682: «[s]emplificando, le suppliche possono essere raggruppate in tre categorie: quelle che chiedevano una deroga alla norma vigente, quelle previste dalla procedura, infine quelle che rilevavano errori giudiziari»; cfr. TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., p. 46.

²⁰⁷ Non parliamo invece della positivizzazione di tale “vocazione”: come più volte precisato, essa è il risultato o di un principio politico come la separazione delle funzioni montesquieuiana, o di una contingenza storica che ne realizza i contenuti, mentre la scansione normazione-esecuzione è qualcosa, in sé, di dogmatico che può non assurgere mai a criterio (fondamentale) di rapporto tra enti.

²⁰⁸ All’opposta conclusione si dovrebbe per converso addivenire se l’unico presupposto per ricorrere al Principe fosse che questi poteva decidere *sola facti veritate inspecta*, cioè libero dai condizionamenti sostanziali e procedurali dello *ius positivum civile* e semplicemente «inspecto iure naturali et gentium» (si veda la fonte menzionata in TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., spec. p. 190, anche nt. 42, il quale notava opportunamente, appunto, che «[i]l controllo sul regolare corso dell’amministrazione giudiziaria e l’eventuale intervento su di esso con gli strumenti “sovrani” della giustizia e dell’equità era «da realizzare anche mediante il ricorso ai principi di *ius commune*»; sulla clausola in parola abbiamo già detto *supra*, Cap. IV., par. II.1.1.). Ciò denoterebbe, infatti, una ripartizione delle competenze per ‘posizioni di potere’ (o parti di), non invece una per ‘forme di esercizio’ di un medesimo potere. Era, allora, il compito di rendere giustizia al soggetto particolare che esigeva, se del caso, una deroga allo *ius positivum civile*; viceversa, se questa deroga fosse stata necessaria a prescindere, si dovrebbe ammettere che tutti i rapporti erano fondati nello (e disciplinati dallo) *ius gentium*: il che sarebbe assurdo perché significherebbe sottrarre ogni ragion d’essere allo *ius civile*. È pertanto ridondante precisare che i privati ricorrevano al Principe molto spesso per ottenere la revisione della sentenza emessa da un giudice ordinario.

²⁰⁹ Come abbiamo visto *supra*, Cap. IV., par. II., «*iudex delegatus*», o, meglio, il titolare di una *potestas delegata*, è «“qui utitur iurisdictione aliena”» (MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 135-136), ossia colui cui compete un potere meramente «*quoad exercitium*» (BOEHMER, *Principia iuris canonici*, cit., Lib. II, Sect. I, Tit. I, p. 75, § 128, nt. a)), sicché «si Princeps, sive Judex ordinarius inferior, jurisdictionem seu causam quandam delegaverit, potest ipse hanc libere revocare» (A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum*, Bambergae, 1701, Tomus I, Lib. I Decretal., Tit. XXIX, § VI, n. 136). Invece, l’esigenza che l’avocazione fosse fatta *ex certa scientia*, o comunque che restasse eccezione alla regola, stava a significare che tale forma di deroga allo statuto concesso *iure privilegii* doveva essere previamente ben ponderata e risultare utile al perseguimento del *bonum commune*, quantunque al Principe non corresse l’obbligo di addurre una *iusta causa* per operare validamente la deroga; e ciò – come abbiamo già detto – in ragione del legame solo indiretto tra privilegi graziosi e fine della giustizia, cioè dell’essere il diritto positivo civile qualcosa di *iustum quia iussum*. In questo senso, si può leggere una *Memoria autografa* del giurista estense P.E. CASATI, 1615 ca. (ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Consigli, Giunte, Consulte, Reggenze, busta n. 14b; riportata per intero

In definitiva, ci sembra che il criterio di rapporto tra enti che proponiamo specialmente per i territori a sovranità immediata – le forme sostanziali di esercizio del potere –, valga a dimostrare che sia la ‘funzione giurisdizionale’ sia l’‘amministrativa’, in quanto elementi logici e non meramente storico-contingenti, esistevano già ben prima della frattura rivoluzionaria e dello ‘Stato amministrativo’ a separazione dei “poteri” (termine, come sappiamo, peraltro improprio). Esistevano da sempre e per natura stessa del potere, di cui l’esercizio costituisce soltanto una più perfetta ‘attualità’. Su queste basi, la conclusione cui qui si perviene risulta allora concorde, nella sostanza anche se non nell’argomentazione seguita, con quella consegnataci da Mannori, alle cui efficaci parole lasciamo quindi il compito di chiudere il ragionamento:

«[I]’effetto più notevole della critica cinquecentesca alla teoria funzionale del medioevo classico fu [...] l’aprirsi di un largo e definitivo fossato tra le funzioni riservate al ‘princeps’ e quelle proprie dei suoi apparati. La rappresentazione del potere pubblico caratteristica dell’età moderna si costruisce tutta lungo il discrimine tra un vertice costituzionale che, per il suo stesso statuto di *superiorem non recognoscens*, è abilitato a derogare a proprio libito al diritto oggettivo (nonché ai diritti soggettivi che su di esso si innestano) ed una gerarchia di *inferiores* relegati invece entro la cornice di un ordine giuridico sottratto alla loro disponibilità. [...] Ciò, beninteso, non implica affatto di postulare una volontà sovrana sottratta ad ogni controllo; né tantomeno di individuare in essa la fonte essenziale del diritto nell’ambito dello Stato. In realtà, ben prima che a riscrivere l’ordinamento secondo un proprio progetto, la ‘absolutio’ serve al principe per regolarne il quotidiano travaglio da una posizione preminente: come testimonia il fatto stesso che nella generalità degli Stati premoderni la gran maggioranza dei suoi atti non rivestono la forma della legge generale o del motuproprio, bensì quella del rescritto emanato “alle preci dei particolari” o alle “rappresentanze dei magistrati”. La grande fortuna del rescritto – che nella Toscana medicea serve al sovrano anche ad attuare un continuo controllo sulle magistrature ‘repubblicane’ mediante un’amplissima disponibilità ad esaminare le lagnanze dei sudditi contro il loro operato – è legata alla stessa struttura particolaristica e composita dell’ordinamento. Naturalmente refrattario alla vocazione uniformizzante e livellatrice propria dell’atto legislativo, esso guarda invece al centro come ad un’istanza di mediazione tra le esigenze confliggenti delle sue singole cellule costitutive. Ben più che per mezzo di leggi, le varie periferie territoriali o istituzionali si rimodellano tramite la continua emanazione di rescritti emanati dietro loro stessa richiesta – si tratti di aprire nuovi mercati o di ritoccare circoscrizioni gabellari, di avviare interventi regimativi o di redistribuire forze di polizia, di modificare distretti giudiziari o di autorizzare diverse suddivisioni di carichi fiscali. In casi del genere, il sovrano pone il proprio ‘imperium absolutum’ al servizio di interessi settoriali, dietro specifica domanda di singoli corpi o persone: assumendo una posizione non poi molto diversa da quella del giudice a cui

in TAVILLA, *La favola dei centauri*, cit., pp. 220-223), relativa sempre al tema delle avocazioni delle cause giudiziarie: «[n]è fa difficoltà che ‘l Consiglio sia solito a derogare alli statuti ne i casi delle restituzioni [...] et per conseguenza possa anchora derogare a questo delle terze istanze, perché anzi il Consiglio non fa mai simili atti senza qualche particolare causa [...]». Cfr., in termini, le fonti riportate in MONTI, *Judicare tamquam Deus*, cit., spec. p. 85, nt. 79.

ricorriamo per ottenere soddisfazione di una qualche pretesa. La ‘grazia’, certo, va oltre la giustizia, in quanto consiste proprio nell’attribuire al suddito qualcosa che non gli è giuridicamente dovuto; ma il fine che essa persegue è sempre legato all’appagamento di un interesse particolare»²¹⁰.

IV. *Dalla specialità alla gerarchia delle fonti: premessa*

Vogliamo concludere questa indagine sulla statualità d’Antico Regime con una riflessione sulle più importanti riforme settecentesche, tra le quali si annoverano per prime le opere normative che cadono oggi sotto la fortunata dizione di ‘consolidazioni’²¹¹.

Procedendo sempre a partire dagli Stati Estensi, ci si potrebbe porre questa domanda: quale causa, ancora nel 1740, e quindi non molti anni prima del “Codice” estense del 1771, rendeva pericoloso per la «tranquillità de’ popoli»²¹² pregiudicarne le attribuzioni consolidate da secoli che poi, nel volgere di soli tre decenni, perdeva di valore al punto da eliminare la antica centralità degli Statuti cittadini nel sistema delle fonti²¹³?

L’interrogativo, a ben pensarci, è in realtà mal posto, per un verso, e, per altro verso, fuorviante. Fuorviante perché, concentrandosi su di esso, si rischia o di sottovalutare o, al contrario, di sopravvalutare la portata innovativa delle ‘consolidazioni’, assumendole però implicitamente come fattore euristico dirimente. Mal posto, più a monte, giacché, come siamo convinti che il riordinamento gerarchico delle fonti delineato dai Principi nel corso del Settecento rappresenti un fattore di discontinuità rispetto al passato, così ci sembra altresì vero che lo stesso non sia, in quanto tale, cosa che non possa iscriversi entro le coordinate di fondo di un sistema di Antico Regime: che, cioè, non possa accordarsi con il principio di fondo della «sovranità istituzionale» che caratterizzava quell’esperienza giuridica²¹⁴. Il che è come dire che i rapporti tra enti seguitavano anche dopo quel momento a regolarsi alla fin fine secondo il criterio che già abbiamo visto.

Diciamo subito che l’argomentazione che adesso proporremo si impernia sulla considerazione di fondo per cui i rapporti tra le fonti, e in particolare la loro gerarchia, sono

²¹⁰ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., pp. 410-412.

²¹¹ Come noto, la denominazione ‘consolidazione’ risale a M.E. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967. Per un inquadramento generale degli immediati antecedenti di questo fenomeno e per il dibattito intorno alla capacità dell’intervento normativo del Sovrano di assicurare, come da insegnamento muratoriano, la certezza del diritto, ovvero il suo risolversi in una «leguleica simplicitas» (De Luca), resta imprescindibile il rinvio a G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 543 ss.

²¹² *Regolamento ed ordini di S. A. Serenissima*, 30 dicembre 1740, cit., p. 9.

²¹³ Sul punto, v. *infra*.

²¹⁴ È sostanzialmente questa, del resto, la tesi sostenuta da FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 11-12.

un qualcosa di molto diverso dalla gerarchia tra enti che esercitano il potere. E questo impone alcune considerazioni preliminari.

Si tratta di una tematica di respiro affatto generale, che nei tempi attuali, o comunque recenti, è emersa ripetutamente; in Italia, specialmente in occasione del trapasso dallo Stato monarchico-liberale allo Stato repubblicano-democratico, dal quale momento «ogni potere deve fondarsi su un'attribuzione da parte della legge, espressione della volontà popolare»²¹⁵. Il principio di legalità si pone al crocevia tra i due elementi appena ricordati, nel senso che esso certamente indica un rapporto gerarchico tra le fonti e in certa misura, quindi, anche tra enti, essendo contraddittorio che la fonte superiore – ossia la legge – sia espressione della volontà di una istituzione subordinata.

Ora, è noto a tutti come la fonte sovraordinata possa imporsi sulle altre in un triplice modo: o come vincolo di mera «compatibilità» e di «non contraddizione» per la fonte subordinata; o come vincolo di «conformità formale»-autorizzatoria o di «rinvio» (che costituisce sostanzialmente una variante del primo modo e che è poi quello che accadeva con l'*adprobatio* degli statuti delle comunità soggette da parte del Principe); o, infine, come vincolo di «conformità sostanziale», almeno nella misura della predeterminazione da parte della fonte sovraordinata del fine da perseguirsi da quelle inferiori²¹⁶.

La gerarchia delle fonti, la preminenza – insomma – di una fonte sulle altre, può quindi ben essere assicurata senza che per questo soltanto la volontà dell'ente della quale la medesima fonte pure è manifestazione ricopra una posizione centrale e nevralgica nell'ordinamento, e che cioè tutte le istituzioni titolari di potere stiano in rapporto reciproco di sovra-subordinazione sulla base di tale fonte normativa soltanto. La gerarchia delle fonti, infatti, è strumento che può garantire la centralità e la prevalenza della volontà da cui scaturisce la fonte gerarchicamente preminente solo quando ogni fonte subordinata, così come ogni altro atto anche non normativo, sia vincolato almeno al perseguimento – normativo, appunto, piuttosto che puntuale e concreto – del fine posto dalla fonte apicale²¹⁷.

²¹⁵ CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, cit., p. 622.

²¹⁶ Il quadro è tracciato ampiamente – come peraltro già accennato nella Parte Prima, Cap. II. – da FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 666 e ss. Precisiamo che l'A. inquadra la predeterminazione del fine nella categoria della conformità formale, ma per una questione di linearità ricostruttiva – considerato che comunemente per conformità formale s'intende il semplice rinvio fatto dalla fonte superiore a quella inferiore – qualificheremo qui la stessa come conformità sostanziale. In effetti, tale predeterminazione è già elemento in grado di orientare in certa misura l'attività del titolare del potere normativo subordinato, quale norma cd. programmatica.

²¹⁷ È proprio questa la tesi di FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 665, il quale afferma che è nell'atto-fonte legislativa che deve potersi rinvenire – se si vuole garantire la generalizzata preminenza nell'ordinamento di tale fonte – «la prefissione normativa di una causa (o di uno scopo, o di un motivo primario: sotto il profilo di un "interesse primario" predeterminato quale elemento cardine dell'atto amministrativo)», anche regolamentare ossia normativo esso stesso.

Invece, quando questo vincolo di conformità finalistico-funzionale non sussiste, la posizione gerarchicamente privilegiata di una fonte rispetto alle altre potrà assolvere senza dubbio ad utilità diverse (ed è questa, precisamente, la logica della ‘riserva’ di determinate materie, o istituti, alla disciplina della fonte preminente²¹⁸), ma non assicurare che ogni atto subordinato, normativo come anche non normativo, costituisca funzionalmente ‘esecuzione’ di quella stessa fonte. Al di là, infatti, dei *casus decisi* specificamente dalla fonte primaria²¹⁹, se non vige un principio di conformità alla fonte superiore – o, ed è lo stesso, se vi è

²¹⁸ Già abbiamo avuto occasione di ricordare come il principio di legalità, anche nella sua declinazione sostanziale, non debba essere confuso con il meccanismo della ‘riserva di legge’, poiché quest’ultima non concerne tanto «i rapporti fra le fonti», quanto piuttosto i «limiti normativi all’azione dell’amministrazione», e solo in questa misura, di conseguenza, anche la non contraddittorietà della fonte secondaria nei confronti di quella primaria (BALDUZZI, SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1218; *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.1.). La riserva di legge, in altre parole, è assimilabile al rapporto gerarchico tra le fonti esclusivamente in quanto importa il vincolo di compatibilità-non contraddittorietà suddetto; in misura parziale – riserva relativa – o totale – riserva assoluta –, e in quest’ultimo caso nel senso che il problema di una eventuale incompatibilità non deve neppure porsi. In questo senso, è noto a tutti come il passaggio da una forma statutale caratterizzata ancora, durante la Restaurazione, da un’impronta perlomeno di fondo di Antico Regime – come accenneremo infine – alla statualità liberale – dalla monarchia “assoluta” a quella “costituzionale”, per usare questa vulgata semantica – abbia coinciso con la «lotta costituzionale» tra due istituzioni distinte, «il Parlamento e la Corona», nella quale andava «identificandosi la riserva di legge con la riserva di disciplina parlamentare» (ivi, p. 1212).

²¹⁹ O comunque del diverso ed eventualmente anche più esteso ambito di applicazione della fonte primaria. Ciò che accade appunto con la riserva, la quale non ha mai ad oggetto ‘casi’, ma ‘materie’. A questo proposito, sono da rigettarsi ad esempio le conclusioni di U. MORI-CHECCUCCI, *Gli usi normativi come fattispecie*, Genova, Pagano, 1948, pp. 63-69, il quale, ragionando sull’attuale art. 12 prel. e sull’art. 3 prel., C.C. 1865, annulla ogni differenza tra ‘materia’ e ‘caso’, risolvendo la prima nel secondo, contro, peraltro, la lettera delle due disposizioni, che distinguono entrambe «casi simili o materie analoghe». Nel senso invece più convincente, A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, cit., p. 524, il quale, in ordine all’ipotesi in cui vi sia una riserva ad una fonte (superiore; nel suo caso, ex art. 8 prel., C.C. 1942, una riserva indeterminata escludente l’applicabilità della fonte consuetudinaria «[n]elle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti»), afferma: «non basta l’esistenza di una qualunque disciplina perché una materia possa dirsi regolata dalla legge: vi sono istituti che la legge regola in modo occasionale e frammentario ovvero regola (in modo relativamente compiuto) sotto certi profili e non sotto altri». Ciò posto, dopo aver escluso come «[i]naccettabile [...] anche l’indirizzo [...] che vuole riservare all’uso [fonte – ripetiamo – subordinata per materie regolamentate da legge e regolamento] tutti gli aspetti di ciascun istituto che non trovino espressa regolamentazione nella legge», l’A. conclude infine col dire: «‘[m]ateria’ è dunque ogni istituto o rapporto per il quale la legge preveda una disciplina organica e tendenzialmente compiuta. Se questa disciplina investe solo un aspetto dell’istituto o del rapporto (l’aspetto strutturale e non quello contenutistico, l’aspetto soggettivo e non quello oggettivo, e via dicendo), per l’aspetto o gli aspetti privi di un’organica regolamentazione il rapporto potrà formare oggetto di disciplina da parte dell’uso». La riserva, insomma, se si vuole attribuirle un significato distinto da quello del mero principio di gerarchia tra fonti (che interviene nel contrasto tra norme puntuali, ossia che decidono uno stesso *casus*), è istituto che concerne non i ‘casi’ – appunto –, ma le ‘materie’, e cioè ogni unità concettualmente e sostanzialmente autonoma che può formare oggetto di disciplina; o perlomeno una ‘parte’ di essa, di quel ‘tutto’ disciplinato. È vero, peraltro, che, se si intendesse per materia ‘regolamentata’ ogni sorta di disciplina ricavabile dalla fonte che beneficia della riserva, e in particolare dai principi generali ricavabili dalla medesima, tale riserva si tradurrebbe in realtà in una soppressione della fonte secondaria (o terziaria o comunque inferiore) e di ogni suo ambito possibile di applicazione. La soluzione al dubbio è quella che ricorda anche MORI-CHECCUCCI, *op. cit.*, pp. 56-57, il quale poi tuttavia la scarta – non condivisibilmente – come non determinante: «[I]nvocare poi i principi generali del diritto e l’efficacia di essi, per posporre alla loro applicazione l’applicazione della norma consuetudinaria, non soddisfa per un’altra considerazione. In quanto con ciò si inverte l’ordine logico delle cose: [...] perché i principi generali, se debbono indursi da tutte le norme [...] di cui è intessuto l’ordinamento giuridico, dovranno costruirsi tenendo conto anche delle norme consuetudinarie [se appunto non si toglie loro, come si diceva un attimo fa, ogni ambito possibile di applicazione], e nell’ordine logico dell’applicazione pertanto non potranno anteporsi ad esse, ma dovranno bensì posporre».

un'«autofondazione»²²⁰ o «fondamento “istituzionale”»²²¹ del potere dell'istituzione da cui la fonte inferiore promana, o altresì «un'autorizzazione (o attribuzione di competenza)» disposta dalla fonte primaria e «valida in via generale ed una volta per tutte»²²² –, la fonte subordinata risulta “indipendente” da quella in sé prevalente²²³. Di conseguenza, tutto si potrà dire eccetto che la gerarchia delle fonti serva in questo caso da espediente per articolare la trama delle istituzioni titolari di potere normativo in modo monistico; e se ciò avviene, ed è anzi in buona misura scontato che avvenga, si deve invero al moltiplicarsi dei ‘casi decisi’ dalla fonte primaria.

Su un piano concettuale completamente distinto – quello delle modalità, o forme, di espressione della sovranità – si colloca poi la dinamica che segue: che, cioè, la gerarchia tra le fonti sia strumentale alla centralità nel sistema politico della volontà di un ente dotato di particolari caratteristiche, piuttosto che serva soprattutto a sottrarre alla volontà di certe istituzioni la disciplina di alcune materie “sensibili”, entrambe queste alternative non sono

²²⁰ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 686.

²²¹ FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 689 e *passim*.

²²² Ivi, p. 692.

²²³ È questa la critica serrata e lucida che sempre Fois, ivi, in part. pp. 688-689, nt. 160, muove ai regolamenti dell'Esecutivo cd. – appunto – “indipendenti”, che operano cioè al di fuori (sempre in misura minima per assicurare la prevalenza della fonte superiore-legislativa) di ogni predeterminazione dei fini posta in essere da quest'ultima fonte: «[s]i potrebbe obiettare che il regolamento, in quanto norma secondaria, ed in forza del principio della “preferenza” non trova mai “spazi liberi” nei quali operare, e quindi è sempre possibile porre la questione della sua non-contraddittorietà a principi (magari impliciti) desumibili dal complesso della legislazione esistente [...]; si può rispondere che la suddetta considerazione può valere a condizione che si accetti il principio per cui il regolamento deve avere il suo fondamento nella legge (a condizione, cioè, che anche nei suoi confronti valga la legalità come “conformità formale” [che per l'A. – come già precisato sopra – significa predeterminazione del fine]): in caso contrario, se si ritiene che il regolamento abbia una sua legittimazione istituzionale indipendente dalla legge, di fronte all'alternativa tra una norma regolamentare che disciplini specificamente un determinato rapporto, ed un principio implicitamente ricavabile (in base all'*analogia legis* o *iuris*) dalle leggi, non si potrà che preferire la prima al secondo: ciò in conseguenza dell'art. 12 disp. prel., che esige prima di tutto il ricorso ad una “precisa disposizione”, senza distinguere se essa debba avere carattere legislativo o regolamentare. In altri termini la tesi del fondamento istituzionale del potere regolamentare, in quanto non può non risolversi (anche) nell'autorizzare il regolamento a disciplinare specificamente rapporti non (specificamente) disciplinati dalle leggi, non può che giustificare – a norma dell'art. 12 disp. prel. – la prevalenza della specifica norma regolamentare sull'implicito e non specifico principio legislativo». Anche in questo caso, peraltro, non va confuso il significato di principio di legalità (cioè regola di rapporto tra fonti) e riserva di legge (delimitazione dell'ambito di applicazione delle fonti subordinate). Invero, un simile fondamento istituzionale del potere regolamentare dell'Esecutivo (cioè della fonte secondaria) era ritenuto dubbio nell'ordinamento statutario, almeno fino alla L. 100/1926 (su cui ivi, p. 692), nel senso che l'ordinamento statutario non avrebbe conosciuto i cd. regolamenti indipendenti, ma solo quelli di prerogativa, che rappresentavano però attribuzioni puntuali: cfr., sulla questione, CHELI, *Potere regolamentare*, cit., pp. 82-87. Così farebbe pensare anche l'art. 3, co. 2, prel., C.C. 1865, il quale, diversamente dall'art. 12 suddetto, affermava che «[q]ualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle [ecc.]», implicitamente sancendo un'operatività della fonte normativa secondaria regolamentare soltanto *secundum legem* (in conformità cioè alle indicazioni, dettagliate o generiche, della fonte legislativa), e non altresì *praeter legem*. Anche se, invero, la “logica della riserva di legge”, che rispondeva esattamente alla genesi ‘ottriata’ dello Statuto Albertino e del costituzionalismo monarchico-liberale, sembrerebbe dar ragione a quanti consideravano i regolamenti indipendenti come un esempio, e quindi come una parte specifica, di quelli di prerogativa (come ricorda anche CHELI, *op. cit.*, p. 85), restringendo così la portata del citato art. 3, co. 2.

determinanti per ottenersi come risultato che la gerarchia tra istituzioni esercenti il potere resti, in modo generalizzato, informata al criterio normativo.

Un conto, del resto, è che – come dicevamo poc’anzi – ogni fonte subordinata possa trovare in una apicale, e proprio in quella, «sia il fondamento che il limite»²²⁴, per ciò che la stessa rappresenta; tutt’altro conto è che il potere di vertice esprima la propria superiorità (o sovranità che dir si voglia) in forma normativa.

Nella prima ipotesi, infatti, la gerarchia delle fonti risponde soprattutto all’esigenza che tutte le volontà normative risultino controllabili sulla base di quella di esse che ricopre la posizione apicale, e per ragioni – come ancora una volta già visto – che possono essere le più varie (il tipo di legittimazione del suo autore istituzionale, la rappresentatività di questo, ecc.). Nella seconda, invece, l’unica cosa che importa è che l’ente apicale non possa manifestare la propria sovrana volontà se non in forma normativa²²⁵: il che significa che, se comunque vi è una pluralità di fonti, ed è perciò certamente necessario a questo risultato che la fonte primaria predetermini quantomeno i fini (interessi) da perseguire²²⁶, la fonte subordinata esprime per forza una *funzione* esecutiva, non diversamente da ogni *atto* (decisione) di natura puntuale e concreta²²⁷; mentre non è, per contro, importante la natura o la legittimazione dell’ente sovrano e, quindi, quale sia la fonte del diritto più alta²²⁸.

²²⁴ CHELI, *Potere regolamentare*, cit., p. 72.

²²⁵ Sulle ragioni ideologiche per cui l’istituzione di vertice dovrebbe fare ciò, cioè sul fine di una siffatta impostazione, ci siamo soffermati *supra*, Parte Prima, Cap. II., parr. I. e II. In estrema sintesi, il motivo è la declinazione individualistica della libertà individuale sostenuta dal giusnaturalismo moderno e secolare e quindi dall’Illuminismo giuridico, per la quale teoria la soggezione ultima ad una volontà di tipo normativo è l’unico strumento valido per evitare abusi di potere e tirannia ed assicurare la giustizia dei rapporti. Ancora, d’altra parte, G. ZANOBINI, *Sul fondamento dell’inderogabilità dei regolamenti*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955 (rist.), p. 16 (ma ci si potrebbe avvicinare a noi ancora di più), scriveva, con riguardo a quella che invece era, ed è, la funzione propriamente ‘giurisdizionale’ (al netto certo, di ogni «abuso»), quanto segue: «il dispotismo è, in gran parte, la degenerazione della funzione legislativa a scopi particolari di chi dispone del potere pubblico: e questa degenerazione si manifesta specialmente nell’abuso delle disposizioni eccezionali, delle dispense, dei privilegi, rivolti a scopi tutti diversi dai loro fini naturali»; cfr. CHELI, *Potere regolamentare*, cit., p. 32, che lo cita.

²²⁶ Cfr. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 692.

²²⁷ Ancora una volta, sulla natura delle parti potenziali della funzione rinviamo alla Parte Prima, Cap. II., par. III.

²²⁸ Cfr. sempre SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 712: «[l]a funzione essenziale appare quindi la normazione, che non si identifica con la legislazione». Questa fondamentale e abissale differenza di ruolo della gerarchia delle fonti la ha sottolineata efficacemente, abbastanza di recente, la nostra CORTE COSTITUZIONALE, sent. 7 aprile 2011, n. 115, in tema di potere di ordinanza non contingibile ed urgente del Sindaco quale ufficiale del Governo (art. 54 T.U.E.L. *ante sententiam*). Premetteva anzitutto la Corte in tale arresto che «[n]ella materia in esame è intervenuto il decreto del Ministro dell’interno 5 agosto 2008 (Incolunità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione). In tale atto amministrativo a carattere generale [*scil.* normativo], l’incolunità pubblica è definita, nell’art. 1, come “l’integrità fisica della popolazione”, mentre la sicurezza urbana è descritta come “un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell’ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale”. L’art. 2 indica le situazioni e le condotte sulle quali il sindaco, nell’esercizio del potere di ordinanza, può intervenire, “per prevenire e contrastare” le stesse». Ciò posto, notava da un lato che «[i]l decreto ministeriale sopra citato può assolvere alla funzione di indirizzare l’azione del sindaco, che, in quanto ufficiale del Governo, è

Ora, quali sono i presupposti che conducono il potere sovrano, o apicale che dir si voglia, ad esercitarsi (soltanto o del tutto prevalentemente) in forma normativa? Quando, cioè, il criterio generalizzato di preminenza tra istituzioni titolari di potere coincide con la scansione funzionale ‘normare’ (che è essenzialmente stabilire una precedenza tra interessi, come minimo indicandone uno primario e prioritario) ed ‘eseguire’?

Se non si vuole fornire una dimostrazione meramente indiretta, che non abbia un carattere prettamente casistico e che, in altri termini, non ci dica solo in quali situazioni concrete quel fenomeno si verifica o si è verificato, ma anche il perché e quale sia il fattore che lo causa, la risposta ci sembra essere soltanto una: è indispensabile che i diversi enti che vengono in considerazione abbiano prerogative, competenze, attribuzioni *differenziate in ordine al perseguimento di un medesimo scopo*, vale a dire nell’ambito – ed è questa, come abbiamo visto, la specifica e autorevole tesi di Gaetano Silvestri – di uno stesso «processo di realizzazione di valori giuridici», o «ciclo funzionale»²²⁹. Soltanto questo. Unicamente in questo modo, infatti, si consegue il risultato per cui, «se si parla di potere supremo, il potere legislativo [*scil. normativo*] è sicuramente sovrano», ma, poiché «deve in particolare

sottoposto ad un vincolo gerarchico nei confronti del Ministro dell’interno, come è confermato peraltro dallo stesso art. 54, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. n. 267 del 2000 [...]»; di più, «[a]i sensi dei commi 9 e 11 dello stesso articolo, il prefetto dispone anche di poteri di vigilanza e sostitutivi nei confronti del sindaco, per verificare il regolare svolgimento dei compiti a quest’ultimo affidati e per rimediare alla sua eventuale inerzia». Ma ecco, dall’altro lato, il punto di nostro interesse. Alla difesa statale, che argomentava – e citiamo sempre la sentenza – che «[u]na ulteriore definizione dell’ambito applicativo della norma censurata è poi intervenuta [...] ad opera del d.m. [atto, ripetiamo, normativo] 5 agosto 2008», il quale, fra l’altro, «prescriverebbe che l’azione amministrativa “si eserciti nel rispetto delle leggi vigenti”, ponendo quindi un ulteriore e più stringente limite, *tale da escludere la funzione normativa delle ordinanze, e da configurare le medesime quali strumenti per concrete prescrizioni a tutela della vita associata*» – cioè: come atti di tipo normativo-generale ma esprimenti pur sempre una funzione ‘esecutiva’ (corsivo nostro) –, la Corte Costituzionale ribatteva segnatamente – a dimostrazione della non sovrapponibilità delle due questioni di cui nel testo – come segue: «[I]a natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini. Il decreto, infatti, si pone esso stesso come esercizio dell’indicata discrezionalità, che viene pertanto limitata solo nei rapporti interni tra Ministro e sindaco, quale ufficiale del Governo, senza trovare fondamento in un atto avente forza di legge. Solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità. // Si deve, in conclusione, ritenere che la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all’art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge».

²²⁹ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 714.

limitarsi all’emanazione delle regole generali», esso «non è investito della totalità dei poteri dello Stato e [...] non può occuparsi di tutto»²³⁰.

Dividere le attribuzioni potestative in ordine al perseguimento di un medesimo scopo – o, meno genericamente, come abbiamo precisato nella prima parte di questa indagine, in ordine ad un medesimo interesse pubblico-funzionale – significa concretamente rendere indipendente, in senso per l’appunto funzionale, dal superiore-“normatore” l’inferiore-“esecutore”, ed altresì chi esercita la funzione di ‘controllo’. Proprio, anzi, l’impossibilità per chi controlla di riscrivere la regola di precedenza tra interessi stabilita da chi esercita la funzione normativa è, come visto²³¹, la chiave di volta che mantiene in piedi il sistema.

Il percorso d’indagine sin qui seguito, dapprima individuando le problematiche che l’indicato sistema crea (su tutte, la non piena sindacabilità e giustiziabilità, a tutt’oggi, degli atti potestativi), e, poi, ricostruendo ciò a cui dava invece luogo l’assenza di quel meccanismo (quale fosse, cioè, il carattere identitario della statualità d’*Ancien Régime*), aveva anzitutto l’obiettivo di far emergere il nucleo suddetto della “separazione delle funzioni”.

Non si tratta affatto – si noti – di una tautologia, «ma», come avevamo già rilevato²³², «della constatazione di una necessità logica del tipo: affinché un triangolo sia isoscele, è necessario che due dei suoi angoli siano uguali»²³³. Non è allora, analogamente, una tautologia affermare che la sovranità, il potere di vertice, si esprime in modo esclusivamente (o tendenzialmente) ‘normativo’ quando gli enti – quello sovrano-apicale compreso – detengono (sempre o quasi) competenze differenziate in ordine al perseguimento di uno stesso scopo: la differenza tra tautologia e definizione di una cosa è, infatti, che la definizione predica qualcosa del soggetto, indicando ‘ciò per cui esso è tale’, mentre la tautologia si limita a predicare il soggetto del soggetto stesso, come sarebbe dire “un libro è un libro”, senza che ciò possa aggiungere o spiegare alcunché. La questione è strettamente connessa con quella della natura del diritto: se questo sia, alla fine, un insieme di norme – magari

²³⁰ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 131.

²³¹ Parte Prima, Cap. II., in part. parr. III.-III.1. Il motivo è, in particolare, la natura stessa della normazione: normare vuol dire stabilire un interesse (pubblico) primario che altri dovrà perseguire come scopo inverandolo, ma (il perseguimento di) questo interesse primario è, però, esso stesso lo strumento per uno scopo presupposto. Di conseguenza, se l’interesse parziale – tendenzialmente quello del privato o dei privati destinatari dell’esercizio del potere – non può, per la natura non propriamente ‘comune’ e ‘generale’ dell’interesse pubblico primario, essere soddisfatto nemmeno in astratto (potenzialmente) dal vincolo a quest’ultimo, ecco che, di fatto, l’unico modo per assicurare giustizia al titolare di quell’interesse parziale sarebbe che chi ‘controlla’ potesse riscrivere lui stesso la norma di precedenza tra interessi. A quel punto, tuttavia, non sfugge a nessuno come la separazione delle funzioni à la Montesquieu sarebbe saltata.

²³² *Supra*, Parte Prima, Cap. II., par. II.

²³³ TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., p. 122, nt. 10.

anche indisponibili per qualunque legislatore –, oppure un obiettivo parimenti indisponibile da raggiungere ogni volta che si ha a che fare con un rapporto tra persone.

Ebbene, «l’alternativa» a tale separazione, alla separazione delle funzioni ‘potenziali’ (normazione, esecuzione, controllo), «è precisa»²³⁴ e secca – torniamo a dire –: se non le si divide – come appunto recita il noto principio illuministico – si (ri)entra giocoforza nella logica della *plenitudo potestatis* dell’istituzione apicale, nello scioglimento di quelle ‘potenze’ nella inesauribile ‘potenzialità’ funzionale per cui restava sempre vero, fra le altre implicazioni, che – come notava Baldo – «remota appellatione non est remota supplicatio»²³⁵.

Ora, la nostra analisi non sarebbe completa se, tutto ciò discusso, non ci domandassimo in che misura il prodotto normativo cd. consolidatorio fosse o non fosse idoneo ad implementare la divisione delle funzioni appena descritta. Come possiamo inquadrare, più nel particolare, l’ordinamento gerarchico delle fonti che le consolidazioni settecentesche realizzavano tra le varie valenze, più sopra illustrate, che questo criterio di rapporto tra fonti normative può avere?

IV.1. *Il fenomeno ‘consolidatorio’ e la sua non decisività nella trasformazione del paradigma di potere complessivo*

Per rispondere alla domanda non possiamo che considerare in primo luogo la natura del progetto originario dal quale almeno alcune ‘consolidazioni’ scaturivano. Senza ovviamente veruna pretesa di completezza sul punto, ci sembra però significativo che almeno due delle più note di esse, vale a dire quella sabauda e quella estense, fossero sorte come variante dalle classiche ‘compilazioni’ delle normative complessivamente vigenti in quei domini: collezioni, raccolte cronologiche, ripubblicazioni semplici o abrogative, ‘gridari’, ‘bollari’ (varie erano le forme), le quali, se certo operavano anche una selezione del materiale da abrogarsi o derogarsi per l’effetto delle clausole *ex certa scientia* e *non obstante quacumque lege in contrarium disponente* apposte dal Principe in calce al provvedimento, conservavano però una finalità prevalentemente ordinativa della trama delle leggi e degli statuti “veglianti”²³⁶.

²³⁴ SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 697.

²³⁵ *Supra*, Cap. IV., par. II. Cfr. la retorica illuminista che si scagliava proprio contro la possibilità di assicurare l’obiettivo della giustizia anche, se necessario (e salvi ovviamente abusi), derogando al diritto (positivo civile), mediante la *clausula sola facti veritate inspecta*, ossia *inspecto iure naturali et gentium*: «[l]a decadenza politica si convertiva, quindi, in giudizi arbitrari, in processi straordinari, in cui la giustizia si realizzava *de plano, sine strepitu et figura iudicii*, ossia secondo equità sommaria e ‘naturale’, quant’ a dire priva di cultura e di metodo giuridico». Così A. CERNIGLIARO, «Difendere il cittadino dall’insulto, più che Vendicarlo dall’offesa». *Nuovi orizzonti nel penale per nuovi scenari costituzionali*, in «Quaderni fiorentini», XXXVI (2007), p. 303, commentando il pensiero del giurista illuminista Francesco Mario Pagano.

²³⁶ Sul fenomeno ‘compilatorio’, CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, cit., pp. 254 ss.; I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patri nell’Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico*,

Il primo progetto di “codificazione” normativa pensato da Francesco III d’Este, così, prevedeva l’istituzione nel 1759 di una «commissione per gli statuti», che era «la prima ufficiale commissione legislativa incaricata di procedere alla revisione e alla selezione della normativa statutaria, passo intermedio tra il Gridario del ’55» – che raccoglieva la normativa ducale – «e la costituzione di un’apposita deputazione per quello che sarà il Codice del ’71»²³⁷. Il progetto di codificazione estense era confermato dal Duca nella sua identità originaria di compilazione ancora nel 1767, al rinnovo della presidenza della Commissione per la redazione²³⁸. L’anno successivo, invece, il medesimo veniva ad allargarsi «sensibilmente», mirando a quel punto alla redazione di un «“ben inteso codice universale, quale [...] contenga non solo la riforma de’ varii statuti e leggi di questi Dominî, ma di più tenda a stabilire un diritto generale per li Stati medesimi, che, colla scorta di principii sicuri, possa applicarsi ad ognuno de’ casi che si presentino e servire di norma contro gli abusi e le corruttele del foro [...]”»²³⁹.

Ma, in verità, il preambolo del Codice estense – finalmente promulgato nel 1771 – lasciava come trasparire ancora la suddetta ambiguità; lasciava residuare qualcosa dell’“anima compilativa” sulle ceneri della quale esso era nato: non è forse un caso, in questo senso, che pochi mesi prima della promulgazione dell’aprile del 1771, nel gennaio dello stesso anno, la Deputazione ancora parlasse di «‘codice statutario’», piuttosto che di «‘codice universale’»²⁴⁰.

Non ci riferiamo però unicamente alla rievocazione terminologica che si può leggere nel brano del preambolo che subito andiamo a riportare; si tratta, a nostro avviso, di una circostanza di respiro più ampio e da non trascurare, come fra breve proveremo a spiegare, per comprendere la novità e, al contempo, le continuità che quel Codice veicolava sotto il profilo del rapporto tra enti esercenti il potere (normativo, in specie).

«Sono già più anni» – dichiarava il Duca nel preambolo dell’opera – «che [...] si era da Noi stabilita una Deputazione di Soggetti idonei a compilare un Codice, che non solamente riducesse diverse Leggi Comuni, e Municipali alla più semplice uniformità, e nel tempo stesso riscasse quelle già andate in

prassi ed insegnamento, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di Id. e A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 48 ss.; cfr. GORLA, *I tribunali supremi*, cit., p. 579.

²³⁷ TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., p. 43.

²³⁸ Ivi, p. 179.

²³⁹ Ivi, pp. 201-202 (anche per i riferimenti archivistici alla missiva della Deputazione citata); cfr. anche ID., *Un progetto di riforma del Governo estense*, in «Studi Parmensi», XLII (1996), pp. 245 ss. Lo stesso discorso va ripetuto per l’origine delle ancor più note Costituzioni piemontesi del 1723 e successive, sulle quali, oltre naturalmente a M.E. VIORA, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna). 1723, 1729, 1770*, Società Reale Mutua di Assicurazioni, 1986 (rist. anast. dell’orig. del 1928), pp. 35 ss., si veda F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 30 ss.

²⁴⁰ TAVILLA, *Riforme e giustizia*, cit., p. 355.

disuso, o che per la varietà de' tempi, e de' costumi non sono più adattabili a' tempi correnti; ma di più che alcune nuove Costituzioni formasse convenienti all'odierno Sistema, e alle presenti circostanze de' Nostri Dominj, e che fissasse, e stabilisse colle massime dell'Equità, e della Ragione i veri, chiari, e sodi principj da osservarsi sopra tanti articoli, e quistioni più ovvie, e frequenti a suscitarsi nelle controversie Forensi, e le quali per la diversa, e sofistica opinione de' Giureconsulti non servono che a dar fomento alle Liti, a prolungare le Cause, e a render dubbie, e fluttuanti le Risoluzioni»²⁴¹.

Il tentativo delle Costituzioni del 1771 sembrava per certi versi – a giudicare in particolare da una scorsa ai lavori preparatori di sopra cennati – quasi quello di proporsi come nuovo “diritto comune territoriale” della *Respublica* estense. Non si eliminava la vigenza dello *ius commune*, ma lo si riduceva – come noto – a fonte sussidiaria attraverso l'introduzione del principio di gerarchia delle fonti. Peraltro, questa persistenza dello *ius commune*, contraddicendo il ricordato proposito, dimostrava la presa d'atto della incapacità del Codice di fornire una soluzione puntuale a tutti i casi immaginabili, o, è a dire, il riconoscimento, peraltro abbastanza esplicito²⁴², del suo carattere casistico²⁴³.

Ciò premesso, è nostra intenzione soffermarci un momento sul cambiamento che l'introduzione del criterio di gerarchia in luogo di quello di specialità – che da molto tempo dirimeva le antinomie tra le norme del diritto principesco e quelle del diritto comune romano – importava.

A questo riguardo, iniziamo col dire – e in sé può apparire come rilievo banale – che una norma può qualificarsi come ‘speciale’ piuttosto che come ‘generale’ solo nel confronto con un'altra. ‘Speciale’ e ‘generale’, cioè, sono termini il cui significato, come quello di altri che abbiamo già incontrato, si coglie ‘*per relationem*’, ‘*comparative*’ l'uno all'altro: l'una *lex* è speciale o generale rispetto all'altra solo se paragonata all'altra²⁴⁴. E tali due caratteri – generalità e specialità – si ricavano dalle norme (precepto o *verba*) e, in aggiunta, dalla *mens* (o *ratio*), che è norma essa stessa²⁴⁵.

²⁴¹ *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., preambolo, pp. IV-V.

²⁴² *Ibidem*: «[...] compilare un Codice [...] che fissasse, e stabilisse [...] i veri, chiari, e sodi principj da osservarsi sopra tanti articoli, e quistioni più ovvie, e frequenti a suscitarsi nelle controversie Forensi».

²⁴³ Cfr. GORLA, *I precedenti*, cit., p. 131.

²⁴⁴ GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 320-321, anche in nota.

²⁴⁵ Ogni «*lex ex duabus partibus constat, scriptura, seu verbis, et mente, sive intellectu*» (S. DE FEDERICIS, *De interpretatione legum, sive de ratione interpretandi, ampliandi, restringendi, concordandi, et supplendi in casibus omissis*, Genuae, Dominicus Peri, 1648, Pars I, § 2); il ‘tutto’ formato da queste due ‘parti’ è la legge stessa. La ‘*mens legislatoris*’ è la *ratio*, lo scopo, l'interesse perseguito dal legislatore (e il bene, soprattutto, oggetto di questo interesse), che altrove in questo lavoro abbiamo più precisamente ricordato essere l'interesse ‘funzionale’. Cfr. N. EVERARDUS, *Loci argumentorum legales*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1564, Loc. 79, p. 455, § 19: «*ratio enim legis et mens legis idem esse videntur: nam ex ratione legis colligitur mens legis*»; P. FARINACIUS, *Fragmenta criminalia*, Ulmae Svevorum, Sumptibus Wolffgangi Endteri, 1646, Pars I, c. 180, § 57: «*ratio est anima legis, unde sicut anima dominatur corpori, ita ratio legis dominatur verbis ipsius legis*»; PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Sect. II, § II, n. XCI: «*mens et ratio anima legis est*»; ivi, Sect. III, § I, n. CIV: «*in interpretatione legum non tam verba spectanda sunt, quam mens et voluntas seu intentio*

Ora, la norma generale²⁴⁶ può essere derogata da quella speciale in vari sensi. O solo nei *verba*, cioè in funzione della medesima *ratio*; e allora, fungendo quest'ultima stessa da giusta causa per la deroga, si può dire che la *lex specialis* sia comunque, in certo senso, *secundum legem generalem*²⁴⁷. O nei *verba* e altresì nella *ratio*, e nondimeno conserva – la *lex generalis* – un proprio ambito di applicazione residuo; e in questa seconda ipotesi, la norma speciale è quindi a tutti gli effetti *contra legem generalem*, ma deroga a quest'ultima solo «in specie», o «ex parte» che dir si voglia. O, infine, la norma generale può essere derogata da quella speciale nei *verba* e nella *ratio* (sicché la norma speciale è anche qui *contra legem generalem*) e, per di più, «in genere», ossia «in totum»²⁴⁸; e in questo caso più che di deroga bisogna parlare di modifica alla norma precedente che ne determina l'abrogazione, perché la si priva di ogni ambito di applicazione.

Peraltro, come è possibile derogare ad una norma, od a più norme, è possibile derogare anche ad una determinata *fonte*, ovverosia a tutte le norme che da quella possono potenzialmente scaturire. Quando si interviene su una fonte, possono avere luogo due risultati: o la si abroga *sic et simpliciter*, cosicché la fonte non sarà più vigente²⁴⁹; o, in

legislatoris, quae est veluti anima legis» (e sappiamo che, in logica, la *voluntas* ha ad oggetto un fine o bene); A. REIFFENSTUEL, *Theologia moralis [...]*, Mutinae, Sumptibus Jo. Baptistae Alberitii, 1739, Tract. II, Distinct. IV, Quaest. I, § 4: «mens Legislatoris ex ratione in lege posita praecipue cognoscitur». La *mens (legislatoris)* è insomma senz'altro una *ratio*, un obiettivo, più che il significato (norma) da attribuire ai *verba* della disposizione, ma, come diremo fra breve in altra nota, non sono – come si sarà potuto inferire – due concetti completamente sovrapponibili, pur indicando entrambi un obiettivo o, appunto, una *ratio*. Sul concetto di *ratio legis* nella logica pre-contemporanea, cfr. ampiamente SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 281 ss.

²⁴⁶ Visto, come si è detto, che una *lex* consta di due parti integranti o essenziali, cioè *verba e mens*, è possibile che essa sia generale rispetto ad un'altra e per l'uno e per l'altro elemento. Cfr., ad esempio, P. DE DUEÑAS, *Regularum vtriusque iuris cum ampliationibus ac limitationibus*, Venetiis, Ad candentis Salamandrae, 1553, Lib. I, Reg. CXXXIII, pr.: «Constitutiones, leges, vel canones facti per verba generalia dicuntur generale[s]»; PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. II, § II, n. XCI: «si [...] dispositio [...] sit generalis comprehendens omnes similes casus, in quibus locus habet generalis et adaequata ratio [...]». Sappiamo, inoltre, che una cosa può dirsi 'generale' in due maniere: «generale dicitur aliquid dupliciter. Uno modo, per praedicationem, sicut animal est generale ad hominem et equum et ad alia huiusmodi. Et hoc modo generale oportet quod sit idem essentialiter cum his ad quae est generale, quia genus pertinet ad essentiam speciei et cadit in definitione eius. Alio modo dicitur aliquid generale secundum virtutem, sicut causa universalis est generalis ad omnes effectus, ut sol ad omnia corpora, quae illuminantur vel immutantur per virtutem ipsius. Et hoc modo generale non oportet quod sit idem in essentia cum his ad quae est generale, quia non est eadem essentia causae et effectus [...]» (S. TOMMASO D'AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 58, art. 6, *Respondeo*).

²⁴⁷ «Sive statuta [*leges generales*] sunt praeter ius commune, sive secundum ius commune, sive contra» (DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars II, § 4), e questo per fornire un inquadramento. Se l'eccezione, venendo al caso al momento attenzionato, risponde alla stessa *ratio* della regola, allora «statutum [*scil.*, *lex specialis*] [...] in illis casibus specialibus [...] non erit contra ius commune [*scil.*, *legem generalem*], sed secundum ius commune» (DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars II principalis, § 29): «nam non solum id dicitur esse secundum legem, quod scriptum est, sed etiam quod ex mente» (ivi, Pars I, § 7). E in questo caso, quindi, e sol in questo, sembra quindi corretto affermare che «[statuta] limitantur, distinguuntur, et interpretantur, ab ipso iure comune» (ivi, Pars II, § 4).

²⁴⁸ Per queste varie dizioni, v. nt. seguente.

²⁴⁹ È quello che, tanto per citare un esempio celeberrimo fra i molti, anche se qui in sé poco pertinente, faceva il Codice Napoleone, Decreto di promulgazione (legge 30 ventoso anno XII, 21 marzo 1804), art. 3: «[a] datare dal giorno in cui il Codice Napoleone sarà posto in attività, le leggi romane, le ordinanze, consuetudini generali e locali, gli statuti e regolamenti cesseranno di aver forza di legge generale o particolare nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice Napoleone». Tornando all'epoca qui trattata, F.

alternativa, può accadere che, sebbene la modifica abbia ad oggetto la fonte in sé considerata e non una sua parte (cioè alcune sue norme), tuttavia la medesima fonte derogata conservi ugualmente un proprio ambito di applicazione residuo.

Inutile dire che è questa seconda l'ipotesi sulla quale dobbiamo concentrarci. Alla fonte così derogata «in totum» si ritaglia come un ambito di vigenza riservato, cioè la si conserva vigente ma con una sfera di applicazione residua più circoscritta, la quale è da individuarsi in quella della compatibilità, o comunque della non incompatibilità, con le norme della fonte superiore²⁵⁰. Il risultato, insomma, è che si pospone la fonte derogata a quella derogante, collocandola precisamente in una posizione gerarchicamente subordinata rispetto a quest'ultima²⁵¹; e questo è quanto facevano le cd. consolidazioni, tra cui appunto quella estense.

Ma, all'atto pratico, che mutamento recava l'introduzione con le consolidazioni della gerarchia tra le fonti del diritto? Per cercare di fornire una risposta, considereremo in particolare l'ipotesi della lacuna normativa (*casus omissus*).

BORDONUS, *Controversiae morales*, Romae, Typis Haeredum Corbelletti, 1652, Controvers. XLIX, § 143: «Papa suam legem, cuius modi est ius commune, tollere potest, et destruere non solum ex parte, sed etiam in totum». Cfr. anche TUSCHUS, *Practicarum conclusionum*, cit., Tomus primus, Concl. 28, § 20: «Duces, Marchiones, Comites, et Barones perpetui [...] possunt derogare in specie, et in genere iuri communi; quia possunt communitates statuendo, multo magis Principes [evidentemente sottinteso, dato il riferimento ai Baroni, anche 'abusivi'] in suo territorio». La conclusione si riallaccia al principio più generale, ben espresso da PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § I, n. CIV: «lex universalis et generalis sive generatim et indefinite loquens, etiam generaliter et universaliter intelligenda est, it ut locum habeat in omnibus, quae sub tali generi in propria verborum significatione continentur»; e ivi, § V, n. CXXXII: «Lex seu Constitutio posterior Principis [...], si sit directe contraria priori, eam tollit, et abrogat, quamvis de priore constitutione nullam mentionem faciat, [...] quia Princeps scire censetur omnes leges communes seu publicas Reipublicae». Cfr. anche DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars II principalis, § 29: «[c]ontra facit, quia statutum intelligitur esse factum in his, quae plerumque accidunt, l. nam ad ea, ff. eo. [D.1.3.5.]»; nonché ivi, § 30: «ubi statutum est contra ius commune, et loquitur generaliter, potius intelligatur velle derogare regulae iuris communis, quam ut ita restringatur, ut praesumitur voluisse providere, et disponere in casibus specialibus, vel privilegiatis exceptis a dicta clausula iuris communis». La *extensio* in genere soggiaceva comunque – almeno in teoria – ad un limite, e requisito, importante, quello cioè della *iusta causa publicae necessitatis*: in questo senso, ad esempio, G. SAYRUS, *Clavis Regia Sacerdotum, casuum conscientiae sive theologiae moralis thesauri [...]*, Monasterii Westfaliae, Sumptibus Michaelis Dalii, 1628, Lib. XII, Cap. IX, § 6, precisava che «vero iudex inferior non potest in iudicando a verbis recedere, nisi certo sibi constet, moraliter loquendo, quod observantia legis, quantum ad verba, est in perniciem Reipublicae».

²⁵⁰ In caso di contrasto, le norme tratte dalla fonte subordinata non possono disporre *contra legem superiorem*. Notiamo peraltro – come avevamo già accennato al par. precedente – che la circostanza per cui la fonte subordinata intervenga a disciplinare casi non decisi da quella superiore non significa che questa stia contraddicendo quest'ultima. Ciò, infatti, è impossibile ove la norma superiore difetti tanto come *verba* quanto come *mens (ratio)*. Piuttosto, vuol dire che a quel riguardo, ossia al di fuori dei casi decisi espressamente, o decidibili – come ora vedremo – per analogia *legis* da impostarsi sempre sulla fonte sovraordinata come premessa, e se inoltre non ricorre una regola per cui la fonte subordinata possa dar luogo soltanto a norme *secundum legem superiorem* (come era quella di cui all'art. 3 disp. prel. C.C. 1865), a quel riguardo, ebbene, il principio di gerarchia non vige: sono due cose – violazione della gerarchia e non esistenza, a livello generalizzato di sistema delle fonti, dello stesso principio – fra loro molto diverse.

²⁵¹ E difatti – come è noto – la gerarchia riguarda le *fonti*, mentre concerne le *norme* che scaturiscono da quelle fonti solo di conseguenza, cioè in quanto scaturenti da una fonte avente una determinata collocazione gerarchica.

In primo luogo, com'è ovvio, se due norme si trovano gerarchicamente sullo stesso piano, il loro rapporto è regolato dal criterio di specialità. Ora, una norma – lo si è detto poc'anzi – è qualificabile come speciale (o, viceversa, generale), almeno di regola²⁵², in comparazione con un'altra; dandosi quindi un *casus omissus*, non vi sono in linea di massima ragioni per cui la norma speciale non possa essere impiegata come premessa dell'argomento analogico – cioè per creare una norma *praeter legem*²⁵³ – per tutta l'estensione dei suoi *verba* e della sua *ratio*²⁵⁴ (*extensio legis improprie dicta*) o, altresì, della sua *ratio*-interesse perseguito soltanto (*extensio legis proprie dicta*)²⁵⁵: per quanto, insomma, essa deroga effettivamente – in tutto o in parte – alla norma generale.

²⁵² V. subito *infra*.

²⁵³ DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars II principalis, § 34: «[*praeter legem*] idest, quando statutum [*lex*], nec in totum iuri communi derogat, nec in totum ei servit». '*Praeter*' perché dispone in casi non previsti (come diremo meglio, dai *verba* od anche dalla *mens legislatoris*), e quindi 'oltre', 'al di là' di essi.

²⁵⁴ Per semplicità equipariamo *analogia* ed *extensio*, ma sui margini di assimilabilità e di non assimilabilità reciproca dei due concetti rinviamo alla puntuale trattazione di SBRICCOLI, *L'interpretazione*, cit., pp. 217-226, oltre che a quella di CORTESE, *La norma giuridica*, vol. II, cit., pp. 295 ss.; sull'argomento analogico in generale, si veda invece, per tutti, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 281, il quale richiama G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, UTET, 1957, p. 159: «l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio [*ratio*] in essa contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella appunto che contiene la regola del caso 'analogo' a quello espressamente disciplinato». Ad ogni buon conto, discorrendo attualmente di *casus omissi*, l'accostamento tra *analogia* ed *extensio* non è scorretto, anche se in sé, in linea generale, impreciso. Ciò posto, a proposito dell'*analogia legis* o «*extensio improprie dicta*», leggiamo in PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXI: «[e]xtensio comprehensiva sive inclusiva est, per quam dispositio seu decisio legis transfertur ad alium casum, vel personam non contentam sub verbis legis, seu per verba non expressam, comprehensam tamen in mente legislatoris»; DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars Ultima, § 24: «casus a pari ratione comprehensus, dicitur tacite comprehensus»; FARINACIUS, *Fragmenta criminalia*, cit., Pars I, c. 180, § 51: «[e]xtensio, identitate rationis, quod fieri possit de casu ad casum per regulam, quod ubi est eadem ratio, ibi debet esse idem ius»; quanto allo scopo suppletivo della lacuna (*analogia*), v. più in particolare *ivi*, c. 194, § 188: «[e]xtensio regulariter conceditur de similibus ad similia ex identitate rationis».

²⁵⁵ Oltre alla suddetta '*extensio legis improprie dicta*' (equiparabile alla nostra *analogia legis* almeno quando si trattava di colmare una lacuna normativa), vi era – e invero vi è – anche un'altra forma di *extensio legis*: quella '*proprie dicta*', fondata sulla similitudine della *ratio*. Cfr. ancora PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXI, circa la cd. *analogia mentis* (o *rationis*) *legis*: «[e]xtensio mere extensiva et proprie dicta est, per quam transfertur, sive extenditur alicuius legis dispositio seu decisio, propter paritatem rationis, ad alium casum vel personam, nec sub verbis legis, nec sub mente legislatoris comprehensam, ideoque etsi non sit contra mentem legislatoris, est tamen praeter vel ultra illam»; REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, cit., Tomus I, Lib. I Decretal., Tit. II, § XV, n. 371: «videlicet *Extensio proprie dicta* (quam etiam appellant *Extensionem legis extensivam*, vel *Interpretationem mere extensivam*) est illa, per quam cujuspiam legis decisio transfertur ad alium casum, vel personas, tam ultra verba Legis, quam ultra mentem Legislatoris; quamvis non contra mentem ipsius». Infatti, come è vero che «non solum id dicitur esse secundum legem, quod scriptum est, sed etiam quod ex mente» (DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars I, § 7), così del pari *praeter legem* può significare anche *praeter legis mentem*. Emerge qui indubbiamente una differenza concettuale tra *mens* e *ratio* (per quanto poi siano legate). Sulla scorta anche dell'autorevole opinione – oggi, a dimostrazione dell'attualità sempre ricorrente di queste tematiche, insita nella loro afferenza al piano della logica – di GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 276, si può allora dire che occorre distinguere l'obiettivo (*ratio*) 'in potenza' da quello(/a) 'in atto' (*mens*). Entrambi sono *ratio*, ma nel primo caso si tratta di «fattispecie sulle quali il legislatore non ha avuto, di fatto, alcuna intenzione poiché, semplicemente, non le ha disciplinate»; o, in altre parole – come si legge nella citazione di cui sopra –, «etsi non sit contra mentem legislatoris, est tamen praeter vel ultra illam». Ecco allora perché in dottrina si poteva dire che si può operare una «[e]xtensio de similibus ad similia, dummodo in utroque simili adsit eadem ratio [...]. Nam [...] simile dicitur, ubi adest eadem ratio, dissimile, ubi adest diversa ratio (FARINACIUS, *Fragmenta criminalia*, cit., Pars

Anche, dunque, una *lex* che pure, rispetto a un'altra, è da considerarsi speciale è suscettibile di fungere da base per l'analogia, perché essa stessa può qualificarsi come generale. Il solo limite che, allora, la norma *comparative* speciale incontra sotto tale profilo è, alla pari di ogni altra *lex*, quello della precettività dei suoi *verba* e, soprattutto, della sua *ratio* o interesse (o bene) perseguito: il limite, cioè, in cui un qualche caso possa ricondursi a (e ritenersi avere attinenza con) detti *verba* o detta *ratio*, e non debba invece riannodarsi a quelli e a quella della norma (più) generale.

Solo, infatti, nella misura in cui la norma speciale risponda agli stessi *verba* o alla stessa *ratio* di quella generale e ne rappresenti, così, un'eccezione (un caso speciale in senso stretto, privo di una propria e distinta *ratio*), allora essa, in quella misura, sarà in effetti destinata ad operare unicamente nel *casus decisis* e sarà, in altri termini, insuscettibile di ogni forma di applicazione analogica-estensiva. E questa, a ben vedere, è una norma speciale *in se* e non *comparative*²⁵⁶.

Giova inoltre precisare che la predetta estendibilità valeva finanche per le norme penali, le quali erano suscettibili, al pari delle altre, di applicarsi a casi non espressamente regolati e decisi, ma rispondenti comunque alla stessa, particolare *ratio* della norma incriminatrice²⁵⁷.

I, c. 195, § 199); cfr. EVERARDUS, *Loci argumentorum*, cit., Loc. 13, p. 130, § 4: «procedit [...] istud argumentum a simili, quando est similitudo in eo, in quo fit comparatio, quod sufficit, licet in alio sit dissimilitudo», e sempre «[procedit] ex identitate rationis»; ivi, § 6: «in materia extensionis satis est quod militet eadem ratio decisionis, licet etiam aliquo respectu minor sit ratio in casu ad quem fit extensio». Pertanto, se in un caso l'*analogia legis* postula una somiglianza che ha ad oggetto, a parità di *ratio*, il fatto, il precetto e, insomma, i *verba*, in quest'altro caso essa presuppone una somiglianza che ha ad oggetto – non la *ratio*, che deve essere sempre la stessa o comunque assimilabile a quella che il caso da decidere porta a emergere, ma – la *mens legislatoris*. Su che basi si ricava, ebbene, questa somiglianza di *mens*? Sulla base della *ratio*, esattamente come nel primo caso, perché comunque a fare la differenza è sempre la *ratio legis*.

²⁵⁶ Norme speciali 'in se', ma anche necessariamente, erano poi quelle di *ius (positivum) civile* che derogavano alle norme di *ius (positivum) gentium secundarium*. Il diritto delle genti secondario – già lo si è detto – non era insieme di norme gerarchicamente superiore a quello civile, sicché i rapporti tra le stesse fonti si regolavano secondo il criterio di specialità. Tuttavia, rispondendo effettivamente lo *ius gentium secundarium* quasi sempre (*in sua totalitate*) allo *ius gentium primum* – fonte, questa sì, gerarchicamente superiore e inderogabile –, nel momento in cui esso veniva derogato dal Principe con una sua norma speciale, quest'ultima, siccome fatta, e non potendo – ecco il punto – che essere fatta, per lo stesso scopo di una norma di diritto delle genti secondario, sarebbe stata necessariamente di stretta interpretazione: cfr. DE FEDERICIS, *De interpretatione legum*, cit., Pars II principalis, § 54: «statutum [...] est contrarium iuri communi, et tunc contra ius commune est intelligendum, nec ab eo distinguitur, nisi forte ius commune haberet duo capitula, sive duas partes; unam de iure civili, aliam de iure naturali: tunc quo ad ius civile corrigitur, non quo ad ius naturale».

²⁵⁷ PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXII: «[e]xtensio legis improprie dicta sive comprehensiva, ob adaequatae rationis omnimodam similitudinem seu identitatem, fieri potest ac debet, non tantum in lege favorabili, sed etiam odiosa aut poenali»; per un esempio, v. FARINACIUS, *Fragmenta criminalia*, cit., Pars I, c. 194, § 191: «Extensio fit de similibus ad similia, etiam in maleficiis, et poenis [...] [ovviamente «ex identitate rationis»: ivi, § 188 già citato]. [...] stante statuto quod percutiens aliquem in platea puniatur capite, tale statutum habebit locum in eo, qui percutit in Palatio Dominorum». Cfr. M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 388. Le norme penali, invece, restavano escluse naturalmente da ogni forma di *extensio legis proprie dicta* (ossia dall'ambito di operatività dell'*analogia legis* fondata sulla somiglianza di *mens*), giacché, avendo ad oggetto, quest'ultima varietà di *extensio*, non solo fattispecie differenti ma ricadenti sotto il medesimo obiettivo (*ratio*) 'in atto' (cioè sotto una medesima *mens*), bensì anche obiettivi (*rationes*) 'in potenza' (*mentes* simili ma non eguali), «lex non potest obligare ad id, quod non praecipit, vel prohibet: sed id, quod in lege, nec

Il che, del resto, collima con il fatto che oggi tale possibilità è esclusa non certo per un'inidoneità formale e logica della *ratio* incriminatrice a fungere da premessa per l'estensione del precetto a fattispecie non espressamente previste, ma particolari rispetto a detta *ratio*, e alla *mens* specifica sottesa alla norma, bensì solo perché vige, per scelta politica, la cd. 'norma generale esclusiva'²⁵⁸.

Quando il rapporto tra norme e tra fonti (cioè tra tutte le norme che scaturiscono da una determinata fonte) è regolato dal criterio di specialità, si vede dunque bene quanto estesi siano i margini di prevalenza della norma speciale; e la legge del Principe era fonte speciale rispetto al diritto comune. Bisogna allora tenere conto soltanto del fatto che, se la fonte che rispetto all'altra è speciale, e che quindi è destinata a prevalere in caso di contrasto, ha carattere casistico (e basta una scorsa ai gridari – o almeno a quello estense – per avvedersene)²⁵⁹, di fatto essa, benché appunto *lex specialis*, denota una profonda incapacità di fungere da serbatoio di categorie ordinanti. È in queste ultime, però, che si inquadrano gli istituti, ed anzi prima ancora si individua il caso giuridico stesso da decidere; è da esse che si ricavano i principi generali che servono a risolvere i casi giuridici non espressamente disciplinati dalla *lex specialis* e non riconducibili in alcun modo alla medesima.

Di conseguenza, in vigenza del principio di specialità, al di fuori dei *casus decisi* dalle norme speciali e di quelli rispondenti alle loro *rationes*, accadeva che le categorie erano per forza quelle del diritto comune²⁶⁰. Ed era (non solo ma) anche a quelle categorie, a quei principi ed a quelle *rationes* più generali contenute nel diritto comune romano che, ove una norma del caso non fosse stata ricavabile nemmeno mediante il ricorso alle varie forme di *extensio legis*, in sede decisoria si sarebbe attinto per stabilire *ex novo*, prima ancora della

quoad verba, nec quoad mentem legislatoris continetur, lex non praecipit, nec prohibet, ergo non potest ad id obligare» (PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXIV).

²⁵⁸ La norma generale esclusiva è una norma direttivo-programmatica che indica, come tale, un obiettivo specifico e che deroga, cioè, alla regola logica per cui una norma è di suo estendibile ai casi rispetto ai quali, in un senso o in un altro, risulta 'generale' (cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. IV.). Peraltro, PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXIII, ricorda come questa estendibilità delle norme penali subisse limitazioni in quanto esse erano *leges odiosae* e, di conseguenza, *stricte interpretandae*; in particolare, qualora non fosse certo se il caso omissso dalla norma penale potesse effettivamente rispondere alla stessa, identica *ratio* di tale norma, cioè alla stessa *mens*, specie se, ad esempio, vi era una qualche *disparitas* rilevante tra gli elementi costitutivi dei due casi che ne rendeva incerta l'equiparazione.

²⁵⁹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 67 ss.; PETRONIO, *L'analogia*, cit., pp. 196 e 288-289.

²⁶⁰ Cfr. CARVALE, *Storia del diritto*, cit., pp. 26-32, il quale in particolare chiarisce che «l'interprete si avvaleva in via immediata del diritto comune, dato che inquadrava il caso concreto da lui esaminato in una delle categorie astratte elaborate dalla dottrina sulla base di quel diritto; tale inquadramento conferiva stabilità e certezza al caso concreto, legittimandolo come produttore di diritti e di doveri; la disciplina concreta del caso, poi, era costituita da un canto dalla norma di *ius proprium* che lo regolava, quando esisteva, dall'altro dall'interpretazione che la dottrina a partire dalla glossa aveva fornito, e continuava a fornire, della categoria teorica coinvolta. Il diritto comune romano canonico, dunque, trovava immediata applicazione nella vita concreta del diritto».

norma precisa del caso, la particolare *ratio* decisoria stessa²⁶¹. Era necessariamente il diritto comune, insomma, a “fare sistema”.

Ebbene, considerata la capacità estensiva – della quale poc’anzi si è detto – delle norme (soprattutto quelle della legge del principe, quando l’atto fosse stato clausolato con le formule derogatorie “*ex certa scientia*”, “*non obstante*”, e simili), che cosa cambiava allora con il sistema consolidatorio che introduceva la gerarchia delle fonti?

Ci limiteremo qui ad un’osservazione: se assumiamo il Codice Estense del 1771 e, ad esempio, il suo Libro Terzo relativo alle leggi feudali, immediatamente ci si accorge di come esso non fosse altro che una trascrizione dei testi – più o meno standardizzati – degli atti d’investitura rilasciati dal Duca; inoltre, si rinviene la ripubblicazione – cosa che tipicamente si faceva nelle ‘compilazioni’ che con regolarità, a distanza di qualche lasso di tempo, venivano edite per evitare la desuetudine delle norme più risalenti²⁶² – delle grida miranti a disciplinare qualche specifica questione o caso (pensiamo su tutte, per stare all’esempio, alla

²⁶¹ G.B. DE LUCA, *Discorso dello stile legale cioè del modo col quale i professori della facoltà legale, così avvocati, e procuratori, come giudici, e consiglieri, et anche i cattedratici, o lettori, debbano trattare in scritto, et in voce delle materie giuridiche, giudiziali, et estragiudiziali*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus J.A. Cramer et P. Perachon, 1697, Cap. VI, § 8: «per quello che spetta alle ragioni, non si deve intendere di quelle che a ciascuno persuadea il suo cervello, ovvero il proprio discorso e lume naturale, conforme molti malamente credono, vivendo con questo inganno; mentre non ritrovandosi stabilito nel mondo quale sia la vera e la certa ragione delle cose, ciascuno se la figura o la suppone a suo modo, secondo la varietà de’ cervelli, sicché quello che ad uno parrà bianco, ad un altro con egual sentimento di verità parrà nero: onde per questo effetto è stato di bisogno introdurre le leggi, e in difetto di queste si è stabilito doversi deferire alle opinioni ricevute, ed alle decisioni de’ tribunali [...]; Ma s’intende delle ragioni derivanti da principj legali, e dalle regole e massime certe della facoltà, sicché siano ragioni legali, e non naturali solamente»; cfr. GORLA, *I precedenti*, cit., pp. 115-116. È questa sostanzialmente l’*analogia iuris* (cfr. PETRONIO, *L’analogia*, cit., pp. 252-253). Ad essa si può procedere per argomentare e legittimare l’elaborazione di una norma inespressa in questo caso, come noto: quando, rispetto al caso omesso, non solo non vi è una norma puntuale e, quindi, si ricorre all’*analogia legis* sulla base di una norma che, invece, decide precisamente una fattispecie diversa, ma rispondente ad una *ratio* identica a quella che il caso omesso e da risolvere porta all’attenzione; ma quando non vi è neppure una norma che risponde alla medesima *mens*, cioè alla medesima particolare *ratio*, od obiettivo, o interesse, che il caso omesso fa emergere. In questa ipotesi, l’unica soluzione che rimane per argomentare (o per cercare di persuadere chi deve decidere, seguendo la prospettiva assunta da De Luca nel passaggio di cui sopra, a farlo secondo una) norma piuttosto che un’altra, è quella di ricavare in primo luogo una *ratio* particolare che sia adeguata a quelle più generali che caratterizzano un determinato ordinamento giuridico: «ragioni legali», appunto, «e non naturali solamente», cioè ancora più generali; compito quest’ultimo lasciato a chi può derogare indefinitamente allo *ius civile* e decidere *inspecto solo iure naturali et gentium*, o a chi deve convincere tale soggetto a farlo (pensando ad esempio alle suppliche rivolte ai Tribunali del Principe: DE LUCA, *op. ult. cit.*, loc. cit., § 7). Infatti, come afferma MORI-CHECCUCCI, *Gli usi normativi*, cit., pp. 56-57, i principi dell’ordinamento sono ricavati da tutte le leggi valide in esso, non solo da una fonte; o almeno da quelle cui chi deve decidere è soggetto e nella misura in cui vi è assoggettato.

²⁶² Posto che in generale «[s]i lex per generalem clausulam, non solum abroget et revocet consuetudinem praexistentem, sed etiam simpliciter prohibeat consuetudinem futuram, vel praesentem in futurum, sive expresse dicat, subditos in perpetuum lege obligari, non obstante quacunque contraria consuetudine in futurum, non censetur tali prohibitione comprehensa consuetudo immemorialis» (PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. IV, Sect. I, § VIII, n. LXVI). Per un esempio di questa clausola, *Codice di Legge e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. II, § XXI: «Contro il disposto nella presente Legge non si attenderà qualsivoglia pratica, od osservanza, ancorché per tempo antichissimo fosse stata introdotta, o s’introducesse per l’avvenire».

grida della Duchessa Martinozzi del 1671, che veniva ripubblicata pressoché parola per parola in tale Libro del Codice²⁶³).

Quello di ‘gerarchia’ è criterio di risoluzione delle antinomie normative che presuppone, in quanto tale (come ogni altro criterio di tal genere), un contrasto tra norme; in particolare, esso rivela la sua utilità quando si vuole assicurare la prevalenza ad una norma che, se fosse posta sul medesimo piano gerarchico dell’altra con la quale contrasta, risulterebbe generale rispetto a quest’ultima e, di conseguenza, recessiva²⁶⁴.

Ora, che prevalenza si poteva attribuire mediante il criterio di gerarchia ad una norma che, rispetto all’altra, risultava già speciale e dunque già destinata a vincerla? In alcun modo il diritto feudale comune avrebbe potuto prevalere sulla singola investitura o sulle norme del Principe che poi confluivano nel Libro Terzo cennato del Codice: l’una era, infatti, *lex singularis* e le altre *leges particulares*, ovverosia e l’una e le altre erano *leges speciales*. Né si può dire che, introdotto il criterio gerarchico, che faceva del diritto comune la *lex inferioris*, le cose cambiassero radicalmente: come decidere tutte le infinite questioni che quasi quotidianamente intervenivano – per stare ancora all’esempio di prima – nei rapporti tra Principe e Baroni e delle quali abbiamo avuto un assaggio al Capitolo precedente? Non ci sarebbe stato insomma nessun bisogno, per conferire prevalenza e priorità alla *lex principis* sul diritto comune (feudale come anche romano), di introdurre un principio di gerarchia in un ambito dove lo spazio di operatività di quest’ultimo sarebbe stato marginale: il diritto comune era infatti, già di suo, «un diritto metalegale ed eminentemente suppletivo»²⁶⁵.

La natura e la portata della riforma, sotto il profilo appena esaminato, non andavano in definitiva molto oltre quelle di una qualsiasi altra ‘compilazione’. Per il vero, anzi, come si doveva ‘interpretare’ la disposizione di cui nel decreto promulgativo secondo la quale, «avvenendo alcun caso relativo a quelle materie Civili, Criminali, o Miste, delle quali si parlerà nelle presenti Costituzioni, per cui non fosse stato provveduto, non si potrà avere ricorso a veruno Statuto, o a Disposizione particolare, ma per servare l’uniformità in tutta l’estensione dei Nostri Dominj si potrà unicamente per detto Caso ommesso ricorrere alla Disposizione del Gius Comune»²⁶⁶? Infatti, abbiamo visto sopra che «id, quod in lege, nec

²⁶³ *Codice di Legge e Costituzioni*, cit., Lib. III, Tit. II, §§ XI ss. E così molte altre normative, tra le quali, forse su tutte, quella relativa alla revisione delle sentenze, materia disciplinata originariamente dagli *Ordini* di Cesare d’Este del 1619 e confluita senza molte modifiche nel Codice: cfr. TAVILLA, *L’amministrazione centrale della giustizia*, cit., spec. pp. 207 e 221; ne avevamo accennato anche *supra*, Parte Prima, Cap. II., par. II.

²⁶⁴ E questo era quanto accadeva nei rapporti tra *ius civile* e *ius gentium*, fonte nel suo complesso appunto gerarchicamente sovraordinata: S. TOMMASO D’AQUINO, *S.T.*, cit., II-II, q. 57, art. 2, ad 2.

²⁶⁵ MANNORI, *Il Sovrano tutore*, cit., p. 105.

²⁶⁶ *Codice di Legge e Costituzioni*, cit., preambolo, pp. IX-X.

quoad verba, nec quoad mentem legislatoris continetur, lex non praecipit, nec prohibet»²⁶⁷; quand'è così – ci chiediamo però – l'interprete avrebbe dovuto procedere anche alla *extensio proprie dicta*, cioè all'*analogia* della *mens legis*, per dare alle nuove costituzioni estensi «ogni preferenza, ed estensione, ove si oppongano al Gius antico, al Municipale, e a qualsivoglia altra Legge, Prammatica, Opinione, Consuetudine, per modo che non si possa loro dare stretta interpretazione, e la meno lesiva del Gius comune»²⁶⁸? O, al contrario, bisognava intendere per *casus omissus* solo quello in cui difettava una precisa disposizione – e che poteva quindi essere colmato con l'*analogia* dei *verba legis* –, dovendo di conseguenza l'interprete «ricorrere alla Disposizione del Gius Comune» «per servare l'uniformità in tutta l'estensione dei Nostri Dominj»?

Il risultato, qualunque sia la risposta corretta a questa complessiva domanda, è questo: o, per la natura casistica – come detto – delle nuove leggi del Principe, cambiava poco o nulla nei rapporti con il diritto comune; oppure, – e ci riferiamo al secondo interrogativo – la legge del principe usciva dalla riforma finanche indebolita nella sua attitudine espansiva a casi non espressamente (*mente*) previsti. Il che non è forse così paradossale come esito se, mettendo insieme i dati raccolti, si rifletta ancora una volta sul fatto che si trattava sostanzialmente, da questo punto di vista, di un progetto nato in origine con intenti compilatori. La “rivoluzione” di Francesco III d'Este sembrava in altri termini arrestarsi, almeno – ripetiamo – in questo, alle soglie dell'uniformità normativa «in tutta l'estensione» dei suoi «Dominj».

Rivolgiamo invece adesso il pensiero ai rapporti tra la *lex principis* e le fonti territoriali, cioè gli statuti delle comunità e, altresì, le grida baronali: entrambe queste ultime due fonti, essendo approvate (o autorizzate) *de plenitudine potestatis*, derogavano quali *leges speciales* alla legge del Principe, oltre che al diritto comune. Cionondimeno, il Principe, quale *superior*, poteva derogare indefinitamente a quelle norme speciali, sol che apponesse – come visto al paragrafo precedente – una clausola derogatoria che a sua volta avrebbe reso speciale la sua *lex* rispetto a quelle stesse fonti e capace, quindi, o di derogarvi in senso stretto (restringerne l'ambito di applicazione), od anche di abrogarla *in toto*, o, ancora, di posporre l'applicazione rendendola gerarchicamente sussidiaria.

²⁶⁷ PIRHING, *Ius Canonicum*, cit., Lib. I, Tit. II, Sect. III, § II, n. CXIV.

²⁶⁸ *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., preambolo, p. VIII. Per fare un rapido confronto, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del 1811 sarebbe stato molto chiaro in proposito, al § 7: «[q]ualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge [*scil.*, *verba*], si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi [*analogia ex verbis legis*], ed ai motivi di altre leggi analoghe [*analogia ex mente legis*]. Rimanendo dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi di diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate [*analogia iuris*]». Sulle espressioni (*extensio*) '*ex verbis*' ed '*ex mente*' *legis*, v. CORTESE, *La norma giuridica*, vol. II, cit., p. 330.

Ed ecco, dunque, che emerge la sola, vera novità delle consolidazioni (vedremo a breve in che misura rivoluzionaria): il ridimensionamento del ruolo degli statuti locali e, con essi, più in generale, del pluralismo giuridico che aveva invece conservato, nonostante la stretta che a numerosi riguardi era stata impressa dal centro nel corso dell'Età Moderna (su tutti, gli interessi della *'oikos'* del Principe), una certa 'auto-nomia' di fondo nella materia civile e in quella criminale. In alcuni casi, gli statuti mantenevano in quelle materie un proprio ambito di applicazione, benché sussidiario (cioè in Piemonte)²⁶⁹; nel caso estense, invece, essi venivano abrogati, anche se solo limitatamente alle materie regolate dal Codice, il quale creava in proprio favore (e in favore della legge del Principe in genere e dello *ius commune*) una riserva «in [...] quelle materie, in cui è stato provveduto»²⁷⁰.

Non intendiamo a questo punto approfondire i residui ambiti di vigenza degli statuti delle comunità locali, così come anche delle grida baronali – ché sappiamo che, quanto al potere normativo, anche questi “*iurisdictionis domini*”, privi però della *potestas leges condendi*, erano in effetti *immediate subiecti* al Principe –: non v'è, invero, bisogno di prove ulteriori a quella costituita dallo stesso Decreto di promulgazione del Codice, che ne circoscriveva l'abrogazione alle materie in esso trattate, come poc'anzi dicevamo²⁷¹. Né avrebbe troppa

²⁶⁹ *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, Stamperia Reale, 1770, Tomo I, Lib. III, Tit. XXII, § 15: «[v]olendo Noi, che per la decisione delle Cause si osservino unicamente in primo luogo le nostre Costituzioni; in secondo luogo gli Statuti Locali, purché sieno approvati da Noi, o da nostri Reali Predecessori, e si ritrovino in osservanza; terzo le Decisioni de' Nostri Magistrati; ed in ultimo luogo il Testo della Legge comune [...]».

²⁷⁰ Riportiamo in parte di nuovo, per comodità di lettura, i riferimenti già sopra trascritti al *Codice di Leggi e Costituzioni*, cit., preambolo, pp. VII-VIII: «[l]e presenti Costituzioni [...] si dovranno attendere [...] in tutti i Nostri Domini [...] come unica Sovrana Legge Fondamentale in ogni, e singolo di que' Casi, e di quelle materie, in cui è stato provveduto [...] dalle presenti Costituzioni, alle quali vogliamo, ed ordiniamo, che si dia ogni preferenza, ed estensione, ove si oppongano al Gius antico, al Municipale, e a qualsivoglia altra Legge, Prammatica, Opinione, Consuetudine, per modo che non si possa loro dare stretta interpretazione, e la meno lesiva del Gius comune, siccome hanno preteso, ed incautamente esagerato molti Giureconsulti verso le stesse Sanzioni de' Principi, da' quali soltanto emana, e dipende il vigore, e l'attività della Legislazione»; ivi, pp. IX-X: «avvenendo alcun caso relativo a quelle materie Civili, Criminali, o Miste, delle quali si parlerà nelle presenti Costituzioni, per cui non fosse stato provveduto, non si potrà avere ricorso a veruno Statuto, o a Disposizione particolare, ma per servare l'uniformità in tutta l'estensione dei Nostri Dominj si potrà unicamente per detto Caso ommesso ricorrere alla Disposizione del Gius Comune».

²⁷¹ In sostanza, dunque, gli statuti locali e le grida baronali conservavano la propria usuale vigenza nelle residuanti materie direttamente afferenti agli interessi comunitativi, al *bonum commune* strettamente locale. Come notava, e benché «dubitativamente» (anche se non se ne vede ragione, vista la chiarezza del Codice), l'Avvocato Alessandro Plessi, curatore degli *Statuti e leggi per il Marchesato di Vignola*, cit. (rist. 1877), p. XLVI, «[d]elle leggi Statutarie Feudali e Municipali nel Marchesato di Vignola, pare che si mantenessero soltanto quelle riguardanti l'amministrazione Comunale e la polizia Urbana e rurale». In una interessante pronuncia della CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA - SEZ. DI MODENA, sent. 22 giugno 1886, in «Giurisprudenza italiana», vol. XXXVIII (1886), Parte II, pp. 721-723, si metteva in evidenza che «[l]'abolizione degli statuti municipali antichi sanzionata colle costituzioni estensi del 1771, dal Codice estense del 1851 e dal Codice italiano del 1865 deve intendersi limitata a quelle materie d'indole generale che solo possono essere contemplate in un Codice e non estesa a quelle che, per la natura loro non riguardando che l'interesse particolare di un Comune, formano soggetto di locali regolamenti» (la citazione è tratta dalla massima). Più in particolare, leggiamo nella sentenza che, «se al cessare dell'autonomia dei Municipi, stante la prevalenza negli Stati del principio di accentramento, si pubblicarono Codici comuni per ciascuno di essi, è naturale che gli statuti particolari dovessero essere aboliti. Ma l'abolizione loro decretata prima dalle accennate Costituzioni, poscia dal Codice pubblicato nel Ducato nel 1851, e infine dal Codice italiano del 1865, deve intendersi limitata

utilità, per dimostrare la continuità fondamentale sulla quale dobbiamo ora concentrarci, il soffermarsi sul fatto che anche dopo l'introduzione del Codice Estense proseguiva invariata la pratica di domandare al Principe la conferma degli statuti locali – il che peraltro dimostra una volta di più che il Codice non li aveva abrogati completamente – e dei privilegi fiscali ed altresì giurisdizionali²⁷² in essi contenuti²⁷³.

Non staremo adesso ad indagare troppo nemmeno sul significato politico della riforma consolidatoria relativamente ai rapporti tra il Principe e le comunità locali; almeno in qualche misura, tuttavia, essa testimoniava ormai una «prevalenza negli Stati del principio di accentramento», come si legge nella sentenza del 1886 della Corte d'Appello di Bologna, Sez. di Modena, poc' anzi citata in nota. Anche se, invero, considerando che, parallelamente alla riforma delle fonti, ancora nel 1780 veniva ribadito ad esempio alla comunità di Carpi il privilegio della decisione delle cause d'appello (quindi sostanzialmente nel civile visti i molti limiti agli appelli penali)²⁷⁴, persino un indubbio accentramento del potere giudiziario, quale quello attuato con la riforma della giustizia (in questo caso penale) del 12 settembre

a quelle materie soltanto d'indole generale, che sole possono essere contemplate in un Codice e non mai a quelle che per loro natura, non riguardando che l'interesse particolare di ciascun Comune, non possono formare oggetto che di locali regolamenti. E quali sieno tali materie si rileva dalla stessa nostra legge comunale provinciale, art. 87, n. 6 e regol. relativo, art. 67 e seguenti che dà facoltà ai Comuni di darsi regolamenti sull'igiene, sulla edilizia e sulla polizia locale urbana e rustica; e così dalle leggi sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, che all'art. 168, lettera K, in quanto alle distanze da mantenersi da chi voglia far cavi, fontanili e simili presso fiumi, torrenti e canali, si riporta ai regolamenti e consuetudini locali [...]; materie tutte che hanno la più grande affinità con quella in questione, la quale pure interessa eminentemente la polizia rurale; sicché, finché questa in Nonantola non si dimostri regolata da altre più recenti disposizioni particolari, deve necessariamente seguire le norme dello statuto di Modena, in questa parte sempre in vigore, o del rogito Previdi in quanto ebbe a modificarlo». Per ulteriori dettagli sulle materie di polizia urbana e rurale, si possono vedere gli estratti di statuti riportati nel *Repertorio degli Statuti comunali emiliani*, cit., pp. 101 ss., nonché dare una scorsa al gridario dei Marchesi di Vignola: ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Gride, bandi e notificazioni marchionali (1697-1799), busta n. 39.

²⁷² Su questi ultimi si veda subito *infra*.

²⁷³ Porteremo un solo esempio, che è quello che ci è stato più agevole reperire, cioè la conferma nel 1780 degli Statuti della città immediata di Carpi: sulla quale, G. ZACCHÈ, *Patriziato e comunità a Carpi in epoca estense (1527-1796)*, in *Archivi, Territori, Poteri in area estense*, cit., p. 241; R. BRACCIA, *Gli statuti tra Medioevo ed Età Moderna*, in *Storia di Carpi*, vol. II, cit., pp. 135-136. In particolare, veniva pubblicata prima nel 1776 e quindi nel 1780 la raccolta delle conferme statutarie e delle grazie concesse dai Duchi; l'edizione del 1780 conteneva, oltre alle conferme e alle grazie che già comparivano nel volumetto del 1776 – cioè quelle intervenute e concesse fino al 1740 (*Grazie da' Serenissimi Estensi di sempre Gloriosa, e Venerata Memoria concesse, e confermate alla Città, e Principato di Carpi*, Carpi, Per Antonio Francesco Pagliaro, 1776 (rist.)) – anche il riferimento espresso al Codice Estense, che mancava invece nella semplice ristampa precedente. Così il manoscritto intitolato *Annotazioni, Dichiarazioni, ed Aggiunte, che sembra opportuno di farsi nel Libretto stampato in Carpi l'Anno [sic] e successivamente ristampato nel 1776: col titolo Grazie da' Serenissimi Estensi*, 1780, nella cui prima carta si modificava la supplica di conferma degli statuti di cui nel volumetto a stampa citato, p. 8, § *Con suo benigno Rescritto* («Con suo benigno Rescritto [«restar servita» (ivi, p. 7)] confermare, ed approvare gli Statuti di Carpi, e di Ferrara, e le sue consuetudini laudabili sin qui osservate, non ostante qualsivoglia uso in contrario»): «Aggiunta... “Per quanto il comporta il nuovo Estense Codice di Leggi, ed il Ducale Chirografo a quello premesso”». I documenti citati sono reperibili in ASCCARPI, busta n. 2 (Grazie e Privilegi 1527-1796).

²⁷⁴ *Grazie da' Serenissimi Estensi*, cit., 1776 (ma confermato, come detto nella nota precedente, nel 1780), p. 8: «[I]e cause delle prime, e seconde Appellazioni siano conosciute dalli Giudici ordinarj, ed altri Dottori di Carpi, e quando fossero ruscitati tutti, il Sig. Governatore conosca le Cause della ruscitazione, e sia Giudice col consiglio d'un Consultore da eleggersi negli Stati di V.A.S. fabbricandosi li processi a Carpi».

1763, poteva in qualche modo reputarsi prima di tutto finalizzato a rendere «più regolare, universale e conforme in tutti li tribunali subalterni de' nostri domini la vigorosa, retta e pronta amministrazione della giustizia»²⁷⁵. Tale accentramento rientrava insomma, almeno in certa misura, in quel gioco di rapporti tra centro e periferie che, non soggiacendo alle tutele dello *ius gentium* come accadeva per le comunità mediate, era lasciato alla 'prudenza politica' del Principe, alla sua *certa scientia* che una deroga, specie così vistosa, ad antichi statuti rispondesse effettivamente al *bonum commune* della *Respublica*.

A noi sembra in sostanza che le consolidazioni, come anche molte altre riforme settecentesche – abbiamo appena accennato di sfuggita a quella del sistema giudiziario penale –, avessero un po' il sapore di “grosse deroghe” all'impianto originario. Ci sembra cioè che non eliminassero, sebbene lo restringessero, il “campo di applicazione” – per stare alla similitudine – degli schemi e dei principi fondamentali di funzionamento dell'ordinamento d'Antico Regime.

Parlando sempre di gerarchia delle fonti, restava segnatamente inalterata la collocazione dello *ius divinum, naturale et gentium*, mentre i veri Codici si guarderanno bene dal conservare a queste sfere nevralgiche del diritto un ruolo cardine nel sistema giuridico. L'ABGB, che pure manteneva il riferimento al diritto naturale – sebbene si trattasse del diritto naturale dei giusnaturalisti moderni e degli illuministi, molto diverso da quello sin qui considerato –, ne rovesciava completamente la posizione gerarchica; e se inoltre si considera che, come basta a dimostrare la sua straordinaria brevità in rapporto alla vastità della materia regolata, tale codice era formato da norme eminentemente di principio (non casistiche)²⁷⁶, si comprende bene come il suo aver relegato il diritto naturale a fonte sussidiaria equivalesse – qui sì – a rivoluzionarne la portata giuridica.

Ma nelle consolidazioni, invece, o almeno in quella estense che abbiamo cercato di esaminare un po' più nel dettaglio, non vi era niente di tutto questo. Possiamo quindi trarre ora alcune conclusioni sulla base di questi dati.

²⁷⁵ Per i riferimenti archivistici alla riforma, dal preambolo della quale la citazione è tratta, v. *supra*, Cap. IV., par. I.1. Al § II del *Regolamento* si stabiliva che i «giudici ordinarii [...] costruiranno i processi offensivi e difensivi intieramente fino alle sentenze esclusivamente, e poi, uniti alla loro relazione votiva, trasmetteranno detti processi in copia al Consiglio»; solo nelle «cause criminali [...] di minor conto, cioè quelle in cui non entri pena afflittiva ed in cui dagli statuti, bandi e provvisioni non viene imposta pena maggiore di cinquanta scudi», «i rispettivi giusdicenti potranno procedere alla sentenza» (§ IX). Peraltro, tenendo conto del fatto che in realtà l'accentramento di cui al citato § II si riferiva indistintamente ai giudici ordinari dei luoghi «come pure [a]i delegati, compresi anche quello della Ducal Camera», e cioè ad ufficiali dell'apparato ducale stesso, l'interrogativo circa il vero intento perseguito dal Duca con questa riforma, tra i due indicati nel testo, si ripropone, a nostro avviso, a maggior ragione.

²⁷⁶ Per questa affermazione, rivolta in generale al modello codicistico, GORLA, *I precedenti*, cit., p. 131; PETRONIO, *L'analogia*, cit., pp. 288-289.

V. *Uno sguardo oltre il crinale dell'Antico Regime: il legame tra gerarchia delle fonti, accentramento del potere e paradigmi della sovranità*

Veniamo a questo punto al nostro quesito di fondo. Adesso che abbiamo fatto un po' più di luce sui rapporti tra le fonti del diritto, e in particolare sul principio di gerarchia tanto caro alla statualità rivoluzionaria, liberale e per ultima – ancora e almeno in parte – attuale, ci domandiamo: quanto la positivizzazione di questo principio di gerarchia modificava o avrebbe di per sé potuto modificare il modo di esprimersi della sovranità?

Si sarebbe tentati di concludere, sotto questo aspetto, che la vera differenza tra la sovranità d'Età Moderna e quella liberale, o proto-liberale, stia tutta nel tipo di tecnica, e conseguentemente di opera, normativa; che, cioè, il principio di gerarchia sia determinante solo se abbinato ad un fattore distinto e parallelo: questo per l'appunto, il prodotto normativo, il 'Codice'. Sarebbe tale tipologia di atto normativo a sublimare la gerarchia in genere, a porre fine una volta per tutte al pluralismo delle fonti, ma anche al regno della volontà degli uomini, e ad instaurare quello della volontà della legge nella sua rinnovata declinazione normativa.

A confutare questa, in sé lineare, ipotesi ricostruttiva è però sufficiente il riflettere sulla circostanza che, allora, solo i Paesi di diritto codificato – che incarnano o incarnavano una vera e pura positivizzazione della gerarchia delle fonti – avrebbero dato vita al detto governo delle leggi generali assunte in funzione di schermo garantistico nei rapporti pubblico-privati. Ma Montesquieu non guardava certo ad un Codice nel senso tecnico che del resto, alla sua morte, era ancora abbondantemente di là da venire. Paradossalmente – e indipendentemente da che ne avesse o meno contezza –, egli guardava ad un sistema, quale quello inglese, nel quale «sarebbe inconcepibile la sussistenza dello *statute - law* senza *common law*» e in cui, in altre parole, è proprio invece la «'specialità' del diritto legislativo» che «spiega perché esso abbia forza prevalente rispetto al *case-law*: "*lex specialis derogat legi generali*"»²⁷⁷.

Non sembra dunque essere la positivizzazione della gerarchia delle fonti l'elemento di per sé determinante che possa imprimere una declinazione al modo di esprimersi del potere e al rapporto con i suoi destinatari radicalmente diversa da quella che caratterizzava la statualità d'*Ancien Régime*. A voler essere precisi, anche la gerarchia in sé tra le fonti – prima ancora che la sua introduzione come principio precettivo – non è un qualcosa di eccezionale: gli statuti locali non approvati con legge del Principe erano, come abbiamo visto al paragrafo precedente, fonte subordinata – «quando *lex derogatoria* procedit a minori potentia, tunc minoris potentiae *lex*, eam [*legem contrariam*] tollere non potest» –; di più, fin dal Medioevo

²⁷⁷ G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 21.

rinveniamo *leges speciales* che venivano posposte nella loro applicabilità a *leges generales*, e questo è incontrovertibilmente segno che vi era un ordine anche gerarchico tra le fonti già a quell'epoca²⁷⁸.

Il fattore decisivo è allora quello che (non solo, ma) anche per mezzo della gerarchia delle fonti si veicola, si può veicolare: «non si tratta» (riferito al Codice in senso proprio) «di una fonte nuova o di un nuovo modo di concepire e confezionare con respiro e ampiezza la vecchia *ordonnance* reale; si tratta invece di un modo nuovo di concepire la produzione del diritto, e quindi il problema primario della connessione fra ordine giuridico e potere politico». Ancora, si pone all'attenzione un «modo di concepire il diritto (non più giustizia come diritto, ma legge [*scil.*, norma] come giustizia): [...] modo nuovo di concepire la produzione del diritto»²⁷⁹.

Ecco, quindi, che torniamo al filo rosso di questa indagine, la dialettica tra «sovranità istituzionale» e «sovranità normativa». Che cosa trasporta, ebbene, la gerarchia delle fonti? Soltanto un accentramento al vertice del potere normativo? La normazione è la funzione – di tipo ‘potenziale’, come abbiamo chiarito a suo tempo – che gode, per propria intrinseca natura, di una preminenza logica, quant'è vero che l'azione presuppone sempre, se non vuole essere irrazionale, una regola dell'azione, cioè l'ordinamento a un fine. È questo ciò in cui si sostanzia in senso minimo ed essenziale la funzione normativa: lo stabilimento di fini, di interessi da perseguire prioritariamente rispetto ad altri. La domanda appena posta può essere quindi convertita subito nella seguente: la gerarchia delle fonti, se è vero che veicola o che può veicolare l'accentramento del potere, ossia la preminenza dell'istituzione da cui promana la fonte sovraordinata; di più, se è certo che tale criterio è il tramite con cui la «pluralità delle fonti normative si compone in sistema secondo criteri di ripartizione orizzontali e verticali, che trovano la loro premessa concettuale e di fatto in un ‘principio di

²⁷⁸ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 453-467. La gerarchia – si noti – non aveva ad oggetto tanto i rapporti tra diritto municipale, da un lato, principesco e *commune* dall'altro – questi sì regolati dal criterio di specialità –; la graduazione riguardava piuttosto le varie fonti le cui norme erano destinate ad applicarsi, «deficientibus statutis», in qualità di norme generali, come nota appunto il Calasso, *ivi*, p. 456: al fine, cioè, di limitare così, o comunque di indirizzare, la scelta discrezionale dell'interprete in ipotesi di *casus omissus* dagli statuti-diritto speciale. In difetto di alcuna gerarchizzazione, infatti, la scelta sarebbe stata presa secondo le «regole generali dell'interpretazione» (*ivi*, p. 455), e nello specifico in base alla «generalissima regola di logica giuridica “in toto iure generi per speciem derogatur”» (*ivi*, p. 457, anche nt. 8: D.50.17.80). E non sempre lo *ius commune* era, tuttavia, l'ultimo a cui, in accordo con la gerarchia fissata dagli Statuti, si doveva ricorrere, come pure invece ci si aspetterebbe da un diritto considerabile generale e quanto a natura delle norme, e, in ogni caso, privo di un ambito territoriale di applicazione definito, e di conseguenza generale in tutti in sensi, anche geografico. Cfr., ad esempio, lo Statuto di Casale Monferrato del secolo XIV, richiamato *ivi*, sempre a p. 457: «secundum statuta communis Cassalis, deficientibus statutis secundum iura romana, legibus romanis deficientibus secundum bonas consuetudines diu obtentas et longo tempore in Cassali».

²⁷⁹ CAPPELLINI, *Codici*, cit., pp. 120-121.

predeterminazione assiologica'»²⁸⁰: chiarito tutto ciò, la gerarchia delle fonti è però anche, di per sé, garanzia sicura della preminenza e della centralità nell'ordinamento della funzione normativa? Basta a far sì che la sovranità si esprima in modo normativo?

Il fatto è questo: che se, come abbiamo precisato più sopra in questo Capitolo, perno del sistema è la funzione normativa, ogni altra decisione potestativa – che si traduca in atti normativi piuttosto che puntuali – è 'esecuzione' di quella norma. La logica di fondo era la seguente: se ogni decisione è esecuzione di una norma, il privato cittadino sarà soggetto alla fine soltanto a norme, cioè a decisioni che, per loro natura, non hanno attinenza ai casi concreti e, quindi, sono meno tiranniche. E se, per ipotesi, lo dovessero essere lo stesso, come ben lo possono in effetti essere, chi le dovrebbe eseguire – supponendo quindi che si tratti di soggetti indipendenti tra loro – potrà comunque rifiutarsi di farlo.

Chi 'norma', chi 'esegue', insomma: ciò che è da eliminare non è la concentrazione del potere, ma quella del suo esercizio, bisogna ovverosia scomporre la funzione. Come? Scorporandone le 'parti potenziali', esattamente come aveva fatto la Scuola di diritto naturale – Pufendorf in testa –; solo, questa volta, non del 'potere'. È l'esercizio di quest'ultimo che va frazionato, e va frazionato in ordine al perseguimento di un medesimo obiettivo.

Proprio sotto questo profilo, «sovranità istituzionale» e «normativa» si mostrano quanto mai distanti. L'analisi svolta nelle parti precedenti di questo Capitolo e in quelli prima ancora aveva il senso di mostrare come, nonostante l'ampia, amplissima distribuzione del potere che caratterizzava ogni Stato d'Antico Regime, il *trait d'union*, la chiave di volta dell'unità politica, fosse da individuarsi invece non nelle norme, non, prima ancora che in queste, nella funzione normativa, non nell'unicità del fine particolare perseguito da tutti coloro che concorrevano alla realizzazione di valori giuridici; non in tutto questo bensì nel potere del vertice, nella sua inesauribile potenzialità, la quale era strumentale, però, al perseguimento – questo sì unico e indisponibile – del fine generale della giustizia, al quale anche la norma in sé era ordinata. Senza, cioè, che la norma fosse già essa stessa giustizia.

Due cose sono da sottolineare, dunque. In primo luogo, che la gerarchia delle fonti svolge, sì, un ruolo fondamentale per l'implementazione di una «sovranità normativa», anche se l'obiettivo che esige tale gerarchia – la suddetta predeterminazione assiologica di massima delle decisioni – può invero essere raggiunto non solo attraverso una positivizzazione di tale criterio, come dimostra un confronto anche solo sommario tra sistemi cd. di *civil law* e di *common law*. In secondo luogo, in ordine a tale scopo, la sola gerarchia delle fonti è tuttavia

²⁸⁰ Così un'osservazione già riportata di SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 692 (cfr. *supra*, Parte Prima, Cap. II., parr. III.-III.1.).

“zoppa”, finché, in particolare, non importa anche, *in quanto tale*, che il vertice politico si limiti soprattutto ad esprimere la propria superiore autorità (o sovranità) in forma ‘normativa’: vale a dire, ‘stabilendo fini’, predeterminando – appunto – gli scopi e gli interessi prioritari cui altri dovranno dare ‘attuazione’ (‘esecuzione’).

Osserviamo – come mera notazione rafforzativa del ragionamento e suscettibile indubbiamente di ulteriori sviluppi – come non sia affatto un caso che tutte le costituzioni liberali del XIX secolo avessero come cifra specifica non certo la democrazia, la rappresentatività, il dare voce al popolo, ma i rapporti tra enti titolari del potere. La riserva di legge – la sottrazione totale o parziale di determinate materie alla capacità di regolamentazione autonoma dei Sovrani – serviva ad instaurare, almeno parzialmente, almeno in tali ambiti, un frazionamento dell’esercizio del potere nel perseguimento di un medesimo scopo.

Questo diverrà evidente, fra i molti esempi, sotto lo Statuto Albertino, nella cui vigenza il Re, capo dell’apparato esecutivo, poteva autonomamente ‘eseguire’ le norme, poteva cioè attuare i fini consegnatigli dalla norma di legge elaborata non più soltanto da lui, ma anche dal Parlamento. Egli poteva poi finanche ‘controllarne l’esecuzione’²⁸¹ – traccia residua di un fondamento istituzionale del potere –, ma non altresì, se non dove riprendeva vigore l’«autofondazione» del suo potere e mancava, cioè, una disciplina di legge, rivedere la regola di precedenza tra interessi elaborata in sede d’esecuzione. Il Re – ecco il punto – non era più titolare di un potere che attendeva di essere esercitato semplicemente, ma solo di un potere da esercitarsi in una delle sue modalità, o funzioni, ‘potenziali’: ovverosia, di un preciso tipo di “contributo” o – come lo avevamo anche chiamato – “apporto” ad un’operazione complessiva di ordinamento di interessi rispetto ad un medesimo interesse funzionale²⁸².

Si vede bene, insomma, come la gerarchia delle fonti – per la particolarità della fonte legislativa – assolvesse ad uno scopo preciso ed ulteriore a quello della semplice concentrazione del potere normativo in capo all’istituzione apicale²⁸³, per contro, ad esempio,

²⁸¹ Sui ricorsi al Re non quale Capo di Stato (ricorso straordinario di legittimità), ma quale Capo dell’Esecutivo (ricorso ordinario anche per il merito amministrativo), si veda ampiamente, per tutti, R. PORRINI, *I ministeri*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 463-478, spec. pp. 467 ss.

²⁸² *Supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.

²⁸³ Cfr. TROPER, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 133 ss. L’A. critica l’utilità della (teoria della) distribuzione della titolarità della funzione normativa su due organi (cd. “bilanciamento”), ma lo fa per criticare la tenuta della teoria in se stessa della separazione delle funzioni potenziali (la separazione cioè montesquieuiana e dei pensatori illuministi in genere). Tuttavia, un conto è contestare e, prima ancora, considerare la tenuta di una teoria e la sua capacità di conformare effettivamente a sé il funzionamento di un apparato di potere; un altro, invece, è valutarne i presupposti per l’implementazione. Ed è di questa seconda sorta l’esame che stiamo conducendo noi qui. Che poi quei presupposti non abbiano garanzie di essere efficacemente rispettati e conservati (e quindi di conservare la stessa separazione di tali funzioni) non concerne la precettività della teoria, ma solo la sua garanzia, come risulta evidente dallo studio di Troper stesso, in particolare *ivi*, p. 228, ove,

all'antico pluralismo delle fonti. Il *Sovrano-istituzione* – questa è la vera questione – non era più, con la Rivoluzione e il liberalismo, *istituzione sovrana*, giacché non aveva più la facoltà di esercitare il potere in più modi diversi in ordine alle attività concettuali di perseguimento di un medesimo scopo: normando, eseguendo e infine controllando egli direttamente l'esecuzione della norma, se del caso modificando la stessa.

Il vero fattore di cambiamento sono allora i rapporti tra enti: se la gerarchia delle fonti non vale a configurare questi nel modo appena descritto, non si può parlare di vera rottura con l'Antico Regime (se per Antico Regime si intende soprattutto una statualità informata al paradigma della «sovranità istituzionale»). Se si tralascia infatti il pluralismo giuridico – altro fattore fondante dell'Antico Regime e, in certa misura, anche del paradigma di sovranità adesso ricordato²⁸⁴ – la gerarchia delle fonti e, più in generale, l'accentramento del potere non sono radicalmente incompatibili con la sovranità di tipo «istituzionale».

Questo ce lo spiega molto efficacemente Mannori, quando descrive, con riferimento alla Toscana della Restaurazione (fino almeno al 1848), non solo le «contraddittorietà di un centralismo innestato su un impianto schiettamente autonomista»²⁸⁵, ma anche e soprattutto «l'avvento di una 'monarchia amministrativa' simile a quella impostasi nella gran parte dell'Europa post-napoleonica»²⁸⁶; nella quale Toscana, «[d]'altra parte, questa amministrazione, divenuta ora un universo così rilevante e articolato, continua[va] a scontare un divario profondo rispetto ad un apparato burocratico propriamente moderno»²⁸⁷.

Tale apparato si impostava – come già accennavamo al paragrafo precedente – sul modello del «governo per rescritto»²⁸⁸ e «per segreterie»²⁸⁹: «ancor più che nel Settecento», cioè, il compito degli uffici apicali «si risolve[va] essenzialmente nell'esprimere un parere sugli affari» che venivano «via via sottoposti alla decisione personale del sovrano da parte dei vari uffici subordinati». Erano «questi ultimi, quindi, a porsi come i titolari di un'iniziativa diretta a strappare al principe questo o quel provvedimento»²⁹⁰.

indipendentemente dalla condivisibilità o meno della conclusione che egli propone sulla vigenza del principio montesquieuiano, si parla di tenuta del «tipo-ideale».

²⁸⁴ Qual è, a rovescio, la capacità di incidenza del pluralismo normativo e istituzionale sulla tenuta della sovranità (non «istituzionale», ma) «normativa»? Se essenziale a questa è che alla fine si garantisca l'unità politica mediante l'univocità normativo-astratta degli ordinamenti d'interessi, il pluralismo giuridico – o, è a dire, la differenziazione delle declinazioni dei rapporti giuridici collettivi – non potrà più essere ricondotto(/a) ad unità mediante la predeterminazione dei fini, ossia attraverso le gerarchie normative, allorché non si riescano più a trovare regole minime comuni. Vi abbiamo accennato *supra*, Parte Prima, Cap. III., par. II.

²⁸⁵ MANNORI, *Lo Stato del Granduca*, cit., p. 237.

²⁸⁶ Ivi, p. 238.

²⁸⁷ Ivi, p. 239.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ Ivi, p. 272.

²⁹⁰ Ivi, p. 239.

Il punto è proprio qua: l'accentramento del potere al vertice – testimoniato anche dal fatto che in alcune esperienze, come quella della Restaurazione Toscana appena citata, si addiveniva finanche alla generalizzata e «radicale abrogazione degli statuti locali»²⁹¹ – non intacca, ma anzi rafforza, la circostanza per cui alla fine, per quanto anche ben distribuite siano le competenze (non più tra le varie istituzioni territoriali, ma) tra i vari uffici di un medesimo apparato, “troppo controllo – come si dice – fa perdere il controllo”.

Quando «il Principe si interessava di tutto, come un padre che a tutto deve provvedere, e trovava il tempo di dedicarsi anche alle cose più minuziose» – «le carrozze e i cavalli dei suoi ministri, gli arredi sacri di qualche cappella sperduta fra le montagne...»²⁹² –, è chiaro come, «a causa della pleora di affari minuti che si riversavano sul sovrano», si imponesse poi per necessità «l'emanazione di provvedimenti di 'deconcentrazione' decisionale», con i quali cercare «periodicamente di scaricare [...] sui singoli segretari le pratiche di minor rilievo»²⁹³. Lo stesso accadeva negli Stati Estensi della Restaurazione, anche nei quali, parimenti, il nodo di «tutto il sistema di governo, sia a livello periferico, sia a livello centrale», era costituito, «almeno fino alle riforme di Francesco V nel 1848», dalla Segreteria di Gabinetto²⁹⁴.

Si tratta insomma – torniamo a dire – di una dinamica trasversale a fattori quali la gerarchia delle fonti e in buona misura anche al centralismo. Tutto ci conduce a osservare che, al di là delle inefficienze degli apparati, quando in generale il potere sovraordinato invece di funzionare da vertice direttivo-normativo deconcentra il compito di stabilire le priorità in ordine a determinate questioni, esso è come che rinunciasse in quel momento ad esercitare quel suo potere. È una sorta di “questione tenaglia”, perché, quando si dà questa situazione – e a noi non importa il perché si dia, ma solo valutarne gli effetti –, la superiorità di un'istituzione non potrà manifestarsi che in forme diverse da quella della mera normazione.

Nessun superiore, del resto, può mai essere vincolato ad agire secondo la regola d'azione stabilita dal proprio subordinato, e questo ci sembra fin troppo scontato. Se, pertanto, il vertice politico non esprime la sua superiorità in forma – appunto – prettamente normativa,

²⁹¹ Ivi, p. 234, dove prosegue: «di cui Pietro Leopoldo aveva sì soppresso tutte le parti relative all'organizzazione istituzionale senza però toccare le disposizioni altro carattere, rimaste a testimoniare la persistenza dell'antica costituzione plurale dello Stato».

²⁹² Così, suggestivamente, L. AMORTH, *Modena capitale. Storia di Modena e dei suoi Duchi dal 1598 al 1860*, Milano, Aldo Martello Editore, 1967, p. 340. Il riferimento è a Francesco IV d'Asburgo-Este (Duca tra il 1814 e il 1846).

²⁹³ MANNORI, *Lo Stato del Granduca*, cit., p. 240.

²⁹⁴ A. SPAGGIARI, *Documenti riguardanti la Lunigiana nell'Archivio di Stato di Modena*, in «Cronaca e storia di Val di Magra», V (1976), pp. 169-176.

i criteri di gerarchia vanno ripensati; occorre comprendere come, su tali basi, si possa configurare parimenti un rapporto di preminenza tra enti che non elimini la pluralità di questi ultimi. Nostra esigenza, infatti, è proprio quella di spiegare una distribuzione dell'esercizio del potere, cioè di comprendere una pluralità istituzionale diversamente articolata sotto questo aspetto rispetto ai paradigmi cui noi occidentali contemporanei siamo abituati.

Allo scopo indicato, occorre lasciarsi alle spalle il piano delle distinte attività concettuali necessarie per predisporre e completare l'operazione complessiva di ordinamento degli interessi a quello di essi che ne rappresenta la causa finale. Bisogna spostarsi piuttosto sul piano degli interessi stessi coinvolti nella medesima operazione, ove non si valutano tanto, o soltanto, deviazioni indebite dalla norma, ma si indaga l'utilità di quella norma rispetto al fine; di più, il fine stesso che la norma persegue può essere messo in discussione.

E qui vi è una importante differenza sostanziale e pratica. Se la separazione delle parti potenziali della funzione fraziona, per definizione, l'unità di tale elemento – ossia dell'esercizio del potere –, essa crea anche interstizi vuoti di diritto, margini strutturali di insindacabilità decisoria.

Al di là del limite normativo vi è la libertà: sì, anche del potere pubblico. Ogni intervento oltre il vincolo normativo, ogni controllo che lo trascenda per valutare il merito decisorio, diventa intrusione, conflitto di attribuzioni. La graduazione degli interessi, al di qua del suddetto limite, stretto o largo che sia, rimane questione meta-giuridica. Spostarsi sul piano degli interessi significa invece mettere al centro – come si diceva – gli obiettivi, le *rationes*, il loro raggiungimento, lasciando sullo sfondo le operazioni logiche che servono per perseguirle. Tutta o quasi l'estensione del sociale, così, torna ad essere occupata dal diritto.

Questa impostazione non si risolve affatto in una negazione della pluralità degli enti che concorrono ad un medesimo esercizio del potere, ma semplicemente è un modo di regolarne le rispettive competenze sulla base di elementi diversi da quelli che caratterizzano l'altro modo (cioè il normare, l'eseguire e il controllare). Qui, invece, l'elemento sul quale si impernia la condivisione dell'esercizio del potere e, quindi, la gerarchia tra gli stessi enti è soprattutto l'interesse perseguito in via diretta e immediata dal vertice. Come, in particolare, la 'parte' presuppone il 'tutto' e l'interesse parziale presuppone quello collettivo, così anche l'esercizio del potere diretto a soddisfare immediatamente l'interesse parziale presuppone quello mirante ad un soddisfacimento diretto dell'interesse pubblico.

Ora, interesse parziale era senz'altro quello del privato che ricorreva al Principe contro una decisione di un tribunale, di un qualche altro ufficiale o di una corte dello stesso Sovrano; ma parziale era anche qualunque interesse che, all'esito di una normazione o dell'operazione di invero di un obiettivo già (normativamente) individuato, fosse stato stabilito come

primario da un ente o da un ufficio subordinato che aveva poi il compito di sottoporre l'affare al Principe per la decisione definitiva.

Come abbiamo osservato già in precedenza²⁹⁵, infatti, ogni regola di precedenza tra interessi «segue (e non precede), presuppone (e non preclude) il conflitto» tra gli stessi e il loro ordinamento²⁹⁶; di conseguenza, la proposta al Principe della stessa bozza di decisione equivaleva a domandare al medesimo se la configurata priorità tra gli interessi considerati fosse compatibile o con il fine di una norma (se si trattava di un inveramento o esecuzione di quello stesso), o con fini di carattere più generale (magari contrastanti con quello della norma da attuare) ai quali il Sovrano avesse voluto dare priorità²⁹⁷.

Normare ed eseguire – ci sembra evidente – si sovrapponevano e si confondevano in una dinamica del genere. Sarebbe arduo capire dove precisamente terminasse lo stabilimento dell'interesse pubblico primario da perseguire (fissato da una norma che l'ufficio eseguiva? O dallo stesso ufficio?); dove iniziasse il controllo del Principe cui era rivolta la proposta di soluzione; quanto questo controllo non modificasse l'inveramento o il fine primario stesso della norma di cui nella bozza di decisione che gli veniva sottoposta. Eppure, si delineava ugualmente uno schema di fondo, secondo il quale oggetto principale e diretto della pronuncia del Principe non era l'ordine in sé degli interessi parziali a quello pubblico da perseguire come obiettivo finale, bensì la compatibilità della proposta di assetto di interessi dell'ufficio o con lo stesso o con altri interessi – ripetiamo – più generali. Cioè un confronto tra questi ultimi e il fine stabilito come primario nella richiesta di approvazione inoltrata dall'ufficio: una modalità decisionale non molto diversa, dopotutto, da quella con cui si valutavano le suppliche e gli interessi particolari in esse contenuti e le loro possibilità di accoglimento in rapporto all'interesse generale.

Questo, dunque, rappresentava un intrecciarsi stretto di interesse particolare e parziale e interesse comune. Ciò collocava la forma di esercizio del potere finalizzata alla soddisfazione immediata degli interessi parziali in posizione di supremazia rispetto a quella che perseguiva in maniera diretta l'interesse pubblico. Di qui, il senso del primato logico della funzione 'giurisdizionale' su quella 'amministrativa' negli ordinamenti d'Antico

²⁹⁵ *Supra*, Parte Prima, Cap. II., par. III.1.

²⁹⁶ PINO, *Conflitto e bilanciamento*, cit., 239-240.

²⁹⁷ Cfr. la fonte relativa alla Toscana della Restaurazione (in particolare al periodo 1814-1847) trascritta in MANNORI, *Lo Stato del Granduca*, cit., p. 258 (n. 30), ed avente ad oggetto gli affari che «si risolvon dal Principe sul parere dei consiglieri, ma sulle proposizioni dei capi d'ufficio». «Qui» – si legge – «posson farsi due ipotesi: o gli affari sono risolti in conformità della proposizione; o lo sono in modo diverso. [...] Nel secondo caso poi non prendendo parte alla risoluzione colui che più d'ogni altro conosce l'affare, e l'azienda alla quale l'affare appartiene, si corre sempre il triplice pericolo, o che l'affare sia risolto incompletamente, o che sia risolto in modo da renderne impossibile l'esecuzione, o che lo sia in modo contrario al fine cui originariamente la proposizione era diretta».

PARTE SECONDA

Regime, e invero non solo. E di qui, inoltre, un criterio di rapporto tra istituzioni esercenti il potere che forse, agli occhi della dottrina contemporanea del potere pubblico, potrà apparire come un *monstrum*, ma che l'incipiente e ancipite pluralismo giuridico dei nostri giorni ci invita senz'altro a riscoprire e studiare.

BIBLIOGRAFIA

I. FONTI

- ABRUZZO B., *Interpretatio ad pragmaticam unicam de modo procedendi Summarie, et de Plano, sola facti veritate inspecta*, Panormi, Apud Alphonsum de Isola, 1638;
- ABRUZZO B., *Lectura practicabilis ad tit. Inst. quib. alien. licet vel non, et ad l. I. ff. de offic. eius cui mand. etc.*, Panormi, Angeli Orlandi, 1644;
- ACTOLINUS J.A., *Resolutiones forenses, seu, res in diversis foris, et praecipue in Civitate Bononiae Iudicatae*, Genevae, Sumptibus Samuelis de Tournes, 1686;
- AFFLICTUS M. DE, *In utriusq. Siciliae, Neapolisq. sanctiones, et constitutiones novissima praelectio*, Venetiis, Apud Ioannem Variscum, et Paganinum de Paganinis, 1588;
- ALDIMARI B., *Tractatus de nullitatibus sententiarum, decretorum laudorum, arbitramentorum, et quorumcumque actuum iudicialium*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Wilhelmi Metternich, 1720;
- ALTHUSIUS J., *Dicaeologicae libri tres: totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*, Herbonae, Corvinus, 1617;
- ALTOGRADUS L., *Consiliorum sive responsorum, et rerum super iis iudicaturum*, Lucae, Typis Bernardini Pierij, et Hiacynthi Pacij, 1654;
- Annotazioni, Dichiarazioni, ed Aggiunte, che sembra opportuno di farsi nel Libretto stampato in Carpi l'Anno [sic] e successivamente ristampato nel 1776: col titolo Grazie da' Serenissimi Estensi*, 1780, in ASCCarpi, busta n. 2 (Grazie e Privilegi 1527-1796);
- ANSLA-MO, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, nn. 23, 24, 25;
- ARISTOTELE, *Trattato sull'economia*, trad. a cura di R. Laurenti, in *Aristotele*, Milano, Mondadori, 2008;
- ASCCARPI, busta n. 2 (Grazie e Privilegi 1527-1796);
- ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 107, anno 1752;
- ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 120, anno 1759 (primo semestre);
- ASCMO, Magistrato di Acque e Strade, Atti e recapiti, serie A, filza 128, anno 1763 (secondo semestre);
- ASCSASSUOLO, Fondo antico, Costituzioni antiche e privilegi, 1/1, n. 3;
- ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Cause civili e criminali, busta n. 36;

BIBLIOGRAFIA

- ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Gride, bandi e notificazioni marchionali (1697-1799), busta n. 39;
- ASCVIGNOLA, Archivio marchionale, Gride, bandi, editti e notificazioni ducali (1730-1796), busta n. 41, c. 154;
- ASINIUS I.B., *Ad Statutum Florentinum De Modo procedendi in civilibus, Interpretatio*, Florentiae, Apud Carolum Pectinarium, 1571;
- ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Affari in via economica o delegati – Memoriali ed ordini diversi (1608-1760), busta n. 904 (1734-1760);
- ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Processi repertoriati (civili), busta n. 483;
- ASMO, Archivi giudiziari, Consigli di Segnatura e di Giustizia, Prodote civili, Suppliche, Commissioni, Relazioni d'*adeat*, busta n. 879 (1762-1764);
- ASMO, Archivi giudiziari, Supremo Consiglio di Giustizia, Affari in via economica o delegati – Memoriali ed ordini diversi (1761-1800), busta n. 127 (1761-1776);
- ASMO, Archivi per materie – legali, buste n. 14, 16 (/A e /B), 17 (/A e /B);
- ASMO, Archivio Boschetti, filza H, busta XV;
- ASMO, Archivio notarile di Modena, Notai modenesi della Camera ducale, reg. 1322;
- ASMO, Camera ducale, Investiture di feudi, usi e livelli, registro 146, c. 4;
- ASMO, Camera ducale, Rogiti camerale, Registro degli Istromenti, 1757-1759, busta n. 186;
- ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 2;
- ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 3;
- ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Acque, strade, boattiera, lavori pubblici, busta n. 195;
- ASMO, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Controllo sulle Comunità, busta nn. 22, 29;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Carteggio di referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, buste n. 92, 93, 94, 95, 119;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Consigli, Giunte, Consulte, Reggenze, busta n. 14b;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. A, n. 35;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. AA, n. 562;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. BB, nn. 685, 735, 763;

BIBLIOGRAFIA

- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. DD, n. 932;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. EE, n. 1056;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. F, n. 749;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. GG, n. 1226;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. MM, n. 1746;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. NN, n. 1842;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. V, nn. 108, 168;
- ASMO, ASE, Cancelleria – Sezione generale, Gridario, E, Gride a stampa in volumi, vol. Z, n. 499;
- ASSANDRI G.B., *Della economica, ovvero disciplina domestica*, Cremona, Belpiero, 1616;
- Aurea Bulla Caroli IV. Romanorum imperatoris [1356]*, Francofurti, Sumpt. Joh. Wilh. Ammonii et Wilh. Serlini, 1658;
- AYMUS B., *Tractatus singularis de universo alluvionum iure*, Jenae, Sumptibus Zachariae Hertell, 1675;
- AZO, *Summa, Locuples Iuris Civilis Thesaurus*, Basileae, per Ioannem Heruagium, 1563;
- AZO, *Ad singulas leges 12. librorum Codicis Iustiniani, Commentarius et magnus Apparatus*, Lugduni, Iacobi Stoer et Franc. Fabrj, 1596;
- BALDO UBALDI, *In Primum, Secundum, et Tertium Cod. Lib. Com.*, Venetiis, Giunta, 1586;
- BALDO UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, Lucantonio Giunta, 1599;
- BALDO UBALDI, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Haeredes Georgii Varisci, 1616;
- BARBOSA P., *Commentarii ad Interpretationem Tituli, ff. De Iudiciis*, Francofurti, Paltheniano, 1615;
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima ff. veteris. Expolita commentaria domini Bartoli de Saxo ferrato [...] in primam partem digesti veteris [etc.]*, Venetijs, Baptistam de Tortis, 1526;
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria, denuò maximo labore vigilantique recognita*, Lugduni, Apud Sebastianum de Honoratis, 1559;

BIBLIOGRAFIA

- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria [...]*, Venetiis, 1580;
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis, Commentaria*, in Id., *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria nunc recens praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas Aureis Adnotationibus Iacobi Anelli De Bottis et Petri Mangrellae*, Venetiis, 1590;
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, in Id., *Omnia, quae extant, opera [...]*, Venetiis, Iuntas, 1596;
- BECANO M., *Summa Theologiae Scholasticae. De Beatitudine et actibus humanis, peccatis, legibus, gratia, iustificatione et merito. Secundae Partis Pars I*, Lugdunij, apud Nicolai Gay, 1645;
- BELLOIS D. DE, *De Vineolae moderniori Statu chronica enarratio*, 1704, in *De Vineolae moderniori statu chronica enarratio Doct. Clerici Dominici De Bellois (Anno MDCCIV) notis ac documentis illustrata et aucta Municipii Vineolensis cura et expensis edita*, a cura di A. Plessi, Bononiae, Zanichelli, 1872;
- BEROIUS A., *Consiliorum*, Bononiae, Apud Ioannem Rossium, 1567;
- BOCER H., *Tractatus de regalium*, Tubingae, Cellianis, 1608;
- BOEHMER G.L., *Principia iuris canonici speciatim iuris ecclesiastici publici et privati quod per Germaniam obtinet*, Gottingae, apud viduam Abrami Vandenhoeck, 1762;
- BOLOGNETTI G., *In secundam Codicis partem. Repetitiones aureae, doctissimae, ac copiosissimae, ad omnes rubricas, leges et materias quae matutinis horis in publicis Gimnasij interpretantur, hac nouissima editione ita partitae, ordinatae, et restituae, innumerisque erroribus omnis generis expurgatae*, Venetijs, Variscum, 1572;
- BONACINA M., *Opera omnia nunc primum in tres tomos distributa*, Mediolani, Ex Typographia Francisci Agnelli, 1734;
- BORDONUS F., *Controversiae morales*, Romae, Typis Haeredum Corbelletti, 1652;
- BURGOS A., *Repetitio in C. Canonum Statuta. De Constitutionibus*, in *Repetitionum in universas fere iuris canonici partes [...]*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Joannis Gymnici, 1618;
- CABEDO J. DE, *Practicarum observationum, sive Decisionum supremi Senatus regni Lusitaniae, Pars Secunda*, Antuerpiae, Apud Joannis Baptistae Verdussen, 1699;
- CACCIARI G.F.M., *Ragioni di fatto, e di gius per l'Eccellentiss. Camera di Vignola, e per la Comunità, e Padroni de' Terreni denominati le Basse di detta Terra contro i Proprietarj, e Interessati nei Mulini, ed altri Edifizj esistenti nel Canale detto di S. Pietro di Modena nella Causa pendente avanti l'Illustrissimo Supremo Consiglio di Giustizia di Modena*, Bologna, Volpe, 1764;
- CAGNOLUS H., *In primam et secundam Digesti veteris et Codicis partem*, Venetiis, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, 1590;

BIBLIOGRAFIA

- CANTINI L., *Tesoro del foro toscano o sia raccolta delle decisioni del Supremo Consiglio e delle Regie Ruote civili delle prime appellazioni di Toscana*, tomo VI, Firenze, Stamperia Del Giglio, 1823;
- CAPIBLANCUS I.F., *Tractatus de iure, et officio baronum erga vasallos burgenses, seu maui aurea commentaria super pragmaticis in tit. de Baronibus*, Neapoli, Ex typographia Haeredum Tarquinij Longi, 1622;
- CAPYCIUS LATRUS H., *Consultationes juris selectiores cum observationibus C.A. De Luca et C. De Alexio Super Materias Tam Ecclesiasticas quam Civiles Duobus Tomis Distinctae*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Perachon et Cramer, 1728;
- CASTALDI R., *Amplissimus Tractatus de Imperatore, Quo omnia, quae eius originem, statum, et iurisdictionem respiciunt*, Romae, Antonij Bladi Asulani, 1540;
- CASTILLO SOTOMAYOR I. DEL, *Opera omnia, siue Quotidianarum controuersiarum iuris tomi octo*, Lugduni, Sumptibus Laurentini Anisson, 1667;
- CASTRENSIS P., *Consiliorum sive responsorum*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1580;
- CELSE H. DE, *Consilia*, Lugduni, 1570;
- CEPHALUS I., *Consiliorum sive Responsorum Iuris*, Venetijs, Apud Franciscum Zilettum, 1582;
- CHARMES T. DE, *Theologia universa ad usum sacræ theologiæ candidatorum*, Venetiis, Apud Haeredes Balleonios, 1824;
- CHASSENEUZ B. DE, *Catalogus gloriae mundi, in quo doctissime simul et copiosissime de dignitatibus, honoribus, praerogativis [...] continetur*, Coloniae, Apud Samuelem de Tourne, 1692;
- CIPOLLA B., *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticarum praediorum*, Coloniae Agrippinae, ex officina Ioannis Gymnici, 1596;
- COCCEJUS H. DE, *Grotius illustratus seu Commentarii ad Hugonis Grotii De Iure Belli et Pacis Libros Tres*, Wratislaviae, Korn, 1744;
- Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, Modena, Società Tipografica, 1771;
- Codice giudiziario nelle cause civili pel Principato di Trento*, Trento, Monauni, 1788;
- COMITIBUS J. DE, *Decisiones inclytae Rotae Senensis, et Florentinae*, Lucae, Venturini, 1714;
- CONSTANTINUS F.M., *Observationes forenses practicabiles sive Commentaria ad varia Capita Statutorum Almae Urbis [...]*, Romae, Sumptibus Francisi Ant. Galleri, 1701;
- CORRADUS L., *Templum omnium iudicum pontificiae, Caesareae, regiae, inferiorisque potestatis*, Venetiis, 1575;
- COTTA D., *Dissertatio juridica inauguralis de legitimatione ad causam*, in J.F. LUDOVICI, *Dissertatio juridica De tribus sententiis conformibus*, Halae Magdeburgicae, Christiani Henckelii, 1711;

BIBLIOGRAFIA

- CRESPI DE VALDAURA C., *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*, Lugdunj, Deville, 1730;
- DE AMATIS M.A., *Decisiones Rotae Provinciae Marchiae collectae*, in V. Carroccius, Id., *Decisionum Libri II*, Francofurti, Sumptibus Iohnae Rhodii, 1602;
- DE LUCA G.B., *Il Dottor Volgare ovvero Il Compendio di Tutta la Legge Civile, Canonica, Feudale, e Municipale, nelle cose più ricevute in pratica; Moralizzato in lingua Italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa Provincia*, Roma, Giuseppe Corvo, 1673;
- DE LUCA G.B., *Il principe cristiano pratico*, Roma, Stamperia della Reverenda Camera Apostolica, 1680;
- DE LUCA G.B., *Discorso dello stile legale cioè del modo col quale i professori della facoltà legale, così avvocati, e procuratori, come giudici, e consiglieri, et anche i cattedratici, o lettori, debbano trattare in scritto, et in voce delle materie giuridiche, giudiziali, et estragiudiziali*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus J.A. Cramer et P. Perachon, 1697;
- DE LUCA G.B., *Theatrum Veritatis, et Justitiae, sive decisivi discursus per materias, seu titulos distincti, et ad veritatem editi in forensibus controversiis Canonicis et Civilibus, in quibus in Urbe Advocatus, pro una partium scripsit, vel consultu respondit*, Venetiis, Balleonium, 1734;
- Dichiarazione del Serenissimo Sig. Duca di Modena. Circa la generalità de' Privilegi, e delle Esenzioni competenti alla Famiglia Pio di Savoja di Carpi*, Carpi, Stamperia Paolo Ferrari, 1742, in ASMo, ASE, Cancelleria, Buongoverno – Controllo sulle Comunità, busta n. 29;
- DODARO F., *Per D. Antonia Fazzari e gli altri di Casa Staibani, eredi per giudicato. Contro Principio Staibani*, Napoli, 1838;
- DONELLUS H., *Opera omnia. Commentariorum de iure civili*, Tomus I, Lucae, Riccomini, 1762;
- DUEÑAS P. DE, *Regularum vtriusque iuris cum ampliationibus ac limitationibus*, Venetiis, Ad candentis Salamandrae, 1553;
- DURANI F., *Mutinensis jurisdictionis pro Feudatariis mutinensibus cum Serenissimo Ducali Fisco*, Parmae, Montiana, 1766, in ANSLA-Mo, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 25;
- DURANI F., *Summarium in causa feudalis jurisdictionis pro Feudatariis Mutinensibus cum Serenissimo Ducali Fisco*, Parmae, Montiana, 1766, in ANSLA-Mo, Archivio, Atti e sentenze, busta 7, n. 25;
- EVERARDUS N., *Loci argumentorum legales*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1564;
- FARINACIUS P., *Fragmenta criminalia*, Ulmae Svevorum, Sumptibus Wolffgangi Endteri, 1646;

BIBLIOGRAFIA

- FEDERICIS S. DE, *De interpretatione legum, sive de ratione interpretandi, ampliandi, restringendi, concordandi, et supplendi in casibus omissis*, Genuae, Dominicus Peri, 1648;
- FINSTERWALDER B., *Practicarum Observationum Ad Consuetudines Archi-Ducatus Austriae Superioris*, Salisburgi, Typis et impensis Joannis Josephi Mayr, 1732;
- FRAGOSO B., *Regiminis Reipublicae Christianae, ex sacra theologia, et ex utroque iure, ad utrumque forum coalescentis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratres de Tournes, 1737;
- FRITSCH A., *Opuscula varia de selectioribus quibusdam argumentis ad ius publicum atque ecclesiasticum civile item feudale nec non historiam, politicam et morum doctrinam spectantibus olim sparsim edita nunc uno volume comprehensa*, Norimbergae, Sumptibus Iohannis Stein, 1731, Part. IV;
- GABRIELIUS A., *Communes Conclusiones*, Francofurti, Impensis Rulandiorum, 1616;
- GALLERATUS P., *De renuntiationibus tractatus*, Venetiis, Apud Franciscus Brogiollum, 1661;
- GALLUS F., *Tractatus de fructibus [...]*, Genevae, Sumptibus Samuelis de Tournes, 1690;
- GONET J.B., *Manuale thomistarum, seu brevis theologiae cursus*, Patavii, Ex Typographia Seminarii, 1718;
- Grazie da' Serenissimi Estensi di sempre Gloriosa, e Venerata Memoria concesse, e confermate alla Città, e Principato di Carpi*, Carpi, Per Antonio Francesco Pagliaro, 1776 (rist.), in ASCCarpi, busta n. 2 (Grazie e Privilegi 1527-1796);
- HEGEL G.W.G., *Filosofia della storia*, trad. it. a cura di G.B. Passerini, Capolago, Tipografia Elvetica, 1840;
- HERTEL J.F., *De privilegio saxonico de non appellando ad terras misnicas, thuringicas, et franconicas extendendo*, Ienae, ex officina Mulleriana, 1734;
- HOBBS T., *Il Leviatano*, ed. it. a cura di R. Giammanco, Torino, UTET, 1955;
- KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in Id., *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, Editori riuniti, 2015;
- KLOCK C., *Consiliorum*, Norimbergae, Sumptibus Wolfgangi Mauriti Endteri, 1703;
- La Bolla d'oro nella dedizione della Città di Padova alla Repubblica Veneta*, Padova, Sicca, 1848;
- LAGUNEZ M., *Tractatus de fructibus, in quo selectiora jura ad rem fructuariam pertinentia expenduntur [...]*, Venetijs, Balleonium, 1701;
- LANARIUS I.A., *Consiliorum, sive iuris Responsorum*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1598;
- LANARIUS I.A., *Repetitiones feudales*, Neapoli, Apud Lazarum Scorigium, 1630;
- Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, Stamperia Reale, 1770;
- Libri quinque statutorum inclytæ civitatis Mutinae*, Mutinae, Ioannes de Nicolis, 1547;

BIBLIOGRAFIA

- LITTA BIUMI P., *Famiglie celebri d'Italia*, Milano, Giusti, 1819, fasc. 75;
- LOYSEAU C., *Traite des Seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1610;
- MARTA J.A., *Tractatus de jurisdictione per, et inter iudicem ecclesiasticum et secularem exercenda*, Moguntiae, Typis Ioannis Albini, 1609;
- MARTA J.A., *Digesta Novissima Totius Juris Universi Scientiae [...]*, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Joannis Friderici, 1680;
- MARTA J.A., *Summa totius successionis legalis*, Venetiis, Apud Bertanos, 1681;
- MASTRILLO G., *Tractatus de Magistratibus, eorum Imperio, et Iurisdictione*, Venetiis, Balleonium, 1667;
- MENOCHIUS J., *Consiliorum sive responsorum*, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Jacobi Gothofredi Seyler, 1676;
- MENOCHIUS J., *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis, centuriae sex. Quibus tota iuris pars, quae a iudicium arbitrio et potestate pendet [...] Omnia nunc emendatius et ordinatius quam antehac edita*, Genevae, Samuelis de Tournes, 1690;
- MENOCHIUS J., *De praesumptionibus, conjecturis, signis, et indiciis, commentaria*, Genevae, Sumptibus Cramer, Perachon et Cramer filii, 1724;
- MEROLLA F., *Disputationum in universam Theologiam moralem*, Neapoli, Ex Typographia Lazari Scorigii, 1640;
- MEVIUS D., *Commentarii in Jus Lubecense libri quinque [...]*, Francofurti ad Moenum, Impensis Joachimi Wilden, 1664;
- MEVIUS D., *Codex Mevianus, hoc est Decisiones Summi Tribunalis Regii [...]*, Augustae Vindelicorum, Apud Joannem Casparum Bencard, 1703;
- MOLINA L., *De iustitia et iure tractatus*, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Hermanni Mylii, 1614;
- MOLINAEUS C., *Commentarius in priores Titulos antiquae Consuetudinis Parisiensis, prout in prioribus Editionibus habentur, in Opera quae extant omnia*, Parisiis, Sumptibus Nicolai Pepingue, 1681;
- MONTESQUIEU C.L. DE, *Lo spirito delle leggi*, in Id., *Tutte le opere (1721-1754)*, a cura di D. Felice, Milano, Bompiani, 2014;
- MORONUS I., *Centum responsa centum quaesitis*, Mediolani, Ex Typographia Ambrosij Ramellati, 1682;
- NATTA M.A., *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, Ex Officina Ioannis Baptistae Somaschi, 1574;
- NICOLI F.M., *Confutazione della dissertazione del signor Michele Anastasio circa il sommo Impero, e libertà di S. Remo, fatta dal signor avvocato Nicoli di Piacenza in difesa della di lui scrittura intitolata Ragioni della M. Università di S. Remo*, Piacenza, Giacomazzi, 1733;

BIBLIOGRAFIA

- PACE G., *Analysis institutionum imperialium, cum selectis. Adiecta est in calce utriusque una et altera Anacephalaeosis*, Lugduni, sumpt. Ioan. Ant. Huguetan, 1638;
- PANCIROLUS G., *Consiliorum sive responsorum iuris*, Venetijs, Apud Franciscum Zilettum, 1578;
- PANIMOLLE C., *Decisiones civiles, morale, et criminales [...]*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1690;
- PECCHIUS F.M., *Tractatus de aquaeductu*, Ticini Regii, Ex Officina Io. Andreae Magrii, 1670;
- PETRA P.A. DE, *De potestate principis, et inferiorum ab eo*, Venetiis, Apud Damianum Zenarium, 1599;
- PONTE I.F. DE, *Consiliorum sive responsorum*, Neapoli, Tarquiniij Longhi, 1615;
- PONTE O. DE, *Consilia*, in *Responsorum quae vulgo consilia vocantur ad causas ultimarum voluntatum, successionum dotium, et legitimationum [...] ex praestantissimis quibusque Iureconsultis [...]*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1581;
- PIRHING E., *Ius Canonicum in V. Libros Decretalium Distributum*, Dilingae, Per Joannem Federle, 1674;
- PLESSI A. (a cura di; Società vignolese di Storia Patria ed Arti Belle), *Statuti e Leggi per il Marchesato di Vignola*, Vignola, Monti, 1877 (rist. dell'originale del 1616);
- PUFENDORF S. VON, *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, Francofurti et Lipsiae, Knoch, 1749;
- Ragioni per il Marchesato di Vignola*, Bologna, Istituto delle Scienze, 1765, in ASCVignola, Archivio marchionale, Cause civili e criminali, busta n. 36;
- RAYNALDUS I.D., *Observationes criminales, civiles, et mixtae*, Romae, Sumptibus Nicolai Chellini, 1688;
- REIFFENSTUEL A., *Jus Canonicum Universum*, Bambergae, 1701;
- REIFFENSTUEL A., *Theologia moralis [...]*, Mutinae, Sumptibus Jo. Baptistae Alberitii, 1739;
- RICCI L., *Corografia dei territori di Modena, Reggio, e degli altri stati già appartenenti alla casa d'Este*, Modena, Soliani, 1788;
- RIMALDUS M., *Consiliorum seu Responsorum in causis gravissimis redditorum*, Francofurti ad Moenum, Rulandiorum, 1609;
- ROBESPIERRE M. DE, *Rapporto sopra i principj di morale politica che debbono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interiore della Repubblica*, Parigi, Stamperia nazionale esecutiva del Louvre, 1794;
- RODOLPHINUS P., *De ordine procedendi in iudicijs in Romana curia [...]*, Perusiae, Ex Typographia Camerali, et Episcopali, 1650;
- ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, Firenze, Piatti, 1832;
- ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, Piatti, 1832²;

BIBLIOGRAFIA

- ROSENTHAL H. A., *Tractatus, et synopsis totius iuris feudalis*, Francofurti ad Moenum, Joannis Syberti Heyll, 1662;
- ROUSSEAU J.J., *Del contratto sociale, ossia principj del diritto politico*, trad. a cura di N. Rota, Venezia, Curti, 1797;
- RÜMELIN M., *Aurea Bulla Caroli IV Imperatoris*, Tubingae et Francofurti, Cottae, 1702;
- SALGADO DE SOMOZA F., *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis et Iudicibus Ecclesiasticis*, Lugduni, Sumptibus Ludouici Prost, 1627;
- SANDI V., *Principj di storia civile della Repubblica di Venezia dalla sua fondazione sino all'anno di N.S. 1700.*, Venezia, Presso Sebastian Coleti, 1755;
- SAVELLI M.A., *Pratica universale*, Venezia, Presso Paolo Baglioni, 1697;
- SAYRUS G., *Clavis Regia Sacerdotum, casuum conscientiae sive theologiae moralis thesauri [...]*, Monasterii Westfaliae, Sumptibus Michaelis Dalii, 1628;
- SCHULTING A., *Enarratio partis primae Digestorum, seu Pandectarum D. N. Justiniani, Sacratissimi Principis*, Lugduni Batavorum, Apud Joh. vander Linden, 1720;
- Selectarum Rotae Florentinae Decisionum Thesaurus ex Bibliotheca Iohannis Pauli Ombrosi*, Florentiae, Ex Typographia Bonducciana, 1772;
- SIXTINUS R., *Tractatus de Regalibus*, Norimbergae, Apud Haeredes Iohannis Danielis Tauberi, 1716⁴;
- SOZINUS IUNIOR M., *Consiliorum*, Venetiis, 1556;
- STELLA A., *The Libri Feudorum (the 'Books of Fiefs'). An Annotated English Translation of the Vulgata recension with Latin Text*, Leiden-Boston, Brill, 2023;
- STRYKIUS S., *Continuatio Quarta Usus Moderni Pandectarum, a Libro XXXIX. usque ad finem*, Halae Magdeburgicae, Sumptibus Orphanotrophii, 1713;
- STRYKIUS S., *Dissertationum juridicarum francofurtensium ex jure publico, privato, feudali et statuario materias exhibens*, Florentiae, Celli, 1838;
- SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Londini, Sumptibus J. Dunmore, T. Dring, B. Tooke et T. Sawbridge, 1679;
- TOCQUEVILLE A. DE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, Rizzoli, 2015⁷;
- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *De malo*, in Id., *Quaestiones disputatae*, vol. II, Roma, Taurini, 1953;
- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *De regimine principum ad regem Cypri et De regimine Iudaeorum ad ducissam Brabantiae politica opuscula duo*, Torino, Marietti, 1971 (trad. it.);
- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *Somma contro i Gentili*, a cura di T.S. Centi, Torino, UTET, 1975;
- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *La Somma Teologica*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1984, testo orig. con trad. it.;

BIBLIOGRAFIA

- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *Commento alla Politica di Aristotele*, a cura di L. Perotto, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1996;
- TOMMASO D'AQUINO (Santo), *Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo. Libro terzo, Distinzioni 23-40: le virtù in Cristo e le virtù nei fedeli*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2000;
- TUDESCHIS PANORMITANUS N. DE, *Commentaria super secunda parte lib. Primi Decretalium*, Augustae Taurinorum, Apud haeredes Nicolai Bevilaquae, 1577;
- TUSCHUS D., *Practicarum conclusionum iuris, in omni forum frequentiorum*, Lugduni, Sumptibus Phil. Borde, Laur. Arnaud, et Claud. Rigaud, 1661;
- VENTURI G.B., *Storia di Scandiano*, Modena, Vincenzi, 1822;
- VENTURINUS M., *Consiliorum, sive Responsorum*, Bononiae, Typis HH. de Duccijs, 1648;
- VOET J., *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani Iuris principia ac controversias illustriores, Jus etiam odiernum, et praecipuae Foris quaestiones excutiuntur*, Coloniae Allobrogorum, Fratres de Tournes, 1778;
- ZASIVS U., *In usus feudorum epitome, ordine et utilitate commendabilis*, Lugduni, Godefridus, 1552;
- ZIEGLER K., *Exercitatio juridica De Jure Collectandi, a quibus, quibusve personis et rebus imponi collectae debeant*, Wittembergae, Typis Danielis Schmatz, 1672.

II. LETTERATURA

- ABELSON M.A., *Le strutture amministrative nel Ducato di Modena e l'ideale del Buon Governo (1737-1755)*, in «Rivista storica italiana», LXXXI (1969), fasc. 3;
- AIMO P., *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, Giuffrè, 1990;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965;
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma, Aracne, 2009;
- AMERIO F., *Il principio di causalità in San Tomaso*, in «Rivista di Filosofia Neo-Scolastica», XVI (1938), fasc. 1;
- AMORTH L., *Modena capitale. Storia di Modena e dei suoi Duchi dal 1598 al 1860*, Milano, Aldo Martello Editore, 1967;
- ANNONI A., *Stato di Milano (Dominio asburgico) (1535-1748) e Lombardia austriaca (1749-1796)*, Milano, Giuffrè, 1966;

BIBLIOGRAFIA

- ANTONINI E., *Il giardino mancato: luoghi naturali e luoghi artificiali nelle terre di Campogalliano (XVI-XX secolo)*, Campogalliano, Edizioni Comune di Campogalliano, 1998;
- ARMANNI L., *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultive, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1897;
- ASCHERI M., *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in «Quaderni storici», C (1999), fasc. 2;
- BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989;
- BARONE G., *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1989;
- BECKER R., *Madruzzo, Carlo Gaudenzio, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXVII, Roma, Treccani, 2006;
- BEDONI G., *L'ufficio del governatore nei ducati estensi quale organo periferico con competenza generale (1527-1780)*, in «Atti e Memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi», s. XI (1993), fasc. 15;
- BELLEI V., *Le strutture giuridico-governative nello Stato di Modena alla fine del XVIII secolo*, in «Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi», s. X (1975), fasc. 10;
- BELLINI P., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, Giuffrè, 1964;
- BENEDETTO XVI (papa), lettera enciclica *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009;
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in «Rassegna di diritto pubblico», V (1950);
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (1952);
- BENVENUTI F., *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (1954);
- BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961;
- BENVENUTI F., *Valore delle pronunce ex art. 27 T.U. del Consiglio di Stato e loro esecuzioni*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo. Napoli, 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962;
- BENVENUTI F., *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975;
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1987⁵;

BIBLIOGRAFIA

- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987;
- BENVENUTI F., *Funzione (teoria generale)*, ad vocem, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989;
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986;
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002;
- BERLINGÒ S., *Ufficio ecclesiastico*, ad vocem, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXII, Roma, Treccani, 1994;
- BERTI E., *Il concetto di "bene comune" di fronte alla sfida del terzo millennio*, in *Atti del Congresso internazionale su L'umanesimo cristiano nel III millennio: la prospettiva di Tommaso d'Aquino, 21-25 settembre 2003*, Città del Vaticano, Pontificia Accademia di San Tommaso, 2004;
- BERTUZZI G., *La struttura amministrativa del Ducato austro-estense. Lineamenti*, Modena, Aedes Muratoriana, 1977;
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988;
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005;
- BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, Jovene, 2009;
- BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Francoangeli, 2018;
- BIROCCHI I., *La formazione dei diritti patrî nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di Id. e A. Mattone, Roma, Viella, 2006;
- BIROCCHI I., FABBRICATORE E., *De Luca, Giovanni Battista (Venosa, 1613/14 - Roma, 5 febbraio 1683)*, ad vocem, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I;
- BLANCO VALDÉS R.L., *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, ed. it. a cura di A. Salerno, Padova, Cedam, 1997;
- BONGIOVANNI G., *Diritti, principi, bilanciamento*, in *Argomenti di teoria del diritto*, a cura di C. Faralli, Torino, Giappichelli, 2016;
- BRACCIA R., *Gli statuti tra Medioevo ed Età Moderna*, in *Storia di Carpi*, vol. II, *La città e il territorio dai Pio agli Estensi (secc. XIV-XVIII)*, a cura di M. Cattini, A.M. Ori, Modena, Mucchi, 2009;

BIBLIOGRAFIA

- BRUNELLI G., *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, a cura di Ead. e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013;
- BULFERETTI L., *Il principio della «superiorità territoriale» nella memorialistica piemontese del sec. XVIII. C.I. M. di Mirabello*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino, Ramella, 1954;
- BUSSI E., *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1959;
- BUSSI E., *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970²;
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, vol. VI, *La Cassazione civile (parte prima)*, Roma, Roma Tre-Press, 2019;
- CALASSO F., *Medio Evo del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954;
- CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957³;
- CALASSO F., *Autonomia (storia), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959;
- CALASSO F., *"Iurisdictio" nel diritto comune classico*, in «Annali di storia del diritto», IX (1965);
- CAMMEO F., *L'equità nel diritto amministrativo. Discorso inaugurale*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, Bologna, Neri, 1924;
- CANNIZZARO E., *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXI (2002);
- CAPOGRASSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'Età Repubblicana*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976;
- CAPPELLINI P., *«Status» accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, 1990;
- CAPPELLINI P., *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Bari, Laterza, 2002;
- CAPPELLINI P., *Bene (comune)*, in Id., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010;
- CAPPELLINI P., *Gerarchia*, in Id., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010;
- CARAVALE M., *Potestà regia e giurisdizione feudale nella dottrina giuridica siciliana tra '500 e '600*, in *Annuario dell'Istituto Storico Italiano per l'Età Moderna e Contemporanea*, Roma, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, 1977, voll. XXIX-XXX;

BIBLIOGRAFIA

- CARAVALE M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, il Mulino, 1994;
- CARAVALE M., *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai normanni ai Borboni*, Bari, Laterza, 1998;
- CARAVALE M., *La nascita dello Stato moderno*, in *Storia moderna*, Roma, Donzelli, 1998;
- CARAVALE M., *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari, Laterza, 2012;
- CARAVALE M., *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, Giappichelli, 2013;
- CARAVALE M., *Tradizione, legge, consuetudine: qualche osservazione sul pensiero dei commentatori*, in «Historia et ius», XVIII (2020);
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020;
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, vol. II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022;
- CARLASSARE L., *Regolamento (diritto costituzionale)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988;
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990;
- CARLASSARE L., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, tomo II;
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936;
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato all'incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013;
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2021²³;
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973;
- CASSESE S., *Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea?*, in «Quaderni fiorentini», XXXI (2002);
- CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», XII (2002), fasc. 2/3;
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LIII (2003);
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010;

BIBLIOGRAFIA

- CATTANEO M.A., *Separazione dei poteri e certezza del Diritto nella Rivoluzione Francese*, in *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese: atti del Colloquio internazionale*, Milano, 1-3 ottobre 1990, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1992;
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979;
- CECCARELLI A., *Pio, Carlo, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXXXIV, Roma, Treccani, 2015;
- CENNI E., *Studj di diritto pubblico ad occasione della contesa tra il Comune di Napoli ed i proprietari danneggiati per rifazione delle vie pubbliche*, Napoli, De Angelis, 1870;
- CERNIGLIARO A., «*Difendere il cittadino dall'insulto, più che Vendicarlo dall'offesa*». *Nuovi orizzonti nel penale per nuovi scenari costituzionali*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», XXXVI (2007);
- CERRI A., *Diritto di agire dei singoli, delle associazioni che li rappresentano, di entità destinate alla difesa di interessi collettivi. I progressivi ampliamenti della legittimazione e le ragioni che li giustificano*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, Giappichelli, 2003;
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in «*Diritto processuale amministrativo*», II (2012);
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967;
- CHÉNON É., *Droit romain. Le tribunal des centumvirs. Droit français. Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*, Paris, La Rose et Forcel, 1881;
- CHEVALLIER J., *Du principe de séparation au principe de dualité*, in «*Revue de droit administratif*», VI (1990);
- CHIAPPELLI A., CALOGERO G., NARDI B., CRESCINI V., *Aristotele, ad vocem*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti*, Roma, Treccani, 1929, vol. IV;
- CHIODI G.M., *Legge naturale e legge positiva nella filosofia politica di Tommaso Hobbes*, Milano, Giuffrè, 1970;
- CHITI E., *Il diritto amministrativo canonico e i diritti amministrativi degli ordinamenti contemporanei a regime amministrativo. Premesse per un'indagine comparata*, in *Il diritto amministrativo tra ordinamenti civili e ordinamento canonico. Prospettive e limiti della comparazione*, a cura di M. De Benedetto, Torino, Giappichelli, 2016;
- CHITTOLINI G., *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello stato del Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1979;
- CHITTOLINI G., *La città europea tra Medioevo e Rinascimento*, in P. Rossi (a cura di), *Modelli di città. Strutture e funzioni politiche*, Torino, Einaudi, 1987;
- CHITTOLINI G., *Statuti e autonomie urbane. Introduzione*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età Moderna*, a cura di Id. e D. Willoweit, Bologna, il Mulino, 1991;

BIBLIOGRAFIA

- CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, tomo II;
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in «Il Foro amministrativo – T.A.R.», XI (2002);
- CLAVERO B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997;
- CLAVERO B., *'Jurisdictio' nello specchio o el silencio de Pietro Costa*, in P. Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002 (rist. dell'originale del 1969);
- COLOMBO P., *Monarchia/Repubblica*, in *Atlante culturale del risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Bari, Laterza, 2011;
- CONSIGLIO DI STATO, Ad. plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4;
- CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV., sent. 1 marzo 2022, n. 1451;
- CORRAO P., *Città e normativa cittadina nell'Italia meridionale e in Sicilia nel medioevo: un problema storiografico da riformulare*, in *La libertà di decidere: realtà e parvenze di autonomia nella normativa locale del Medioevo. Atti del convegno nazionale di studi, Cento 6/7 maggio 1993*, a cura di R. Dondarini, Cento, 1995;
- CORSO G., *Conclusioni della prima giornata di studi*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017;
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017⁸;
- CORTE COSTITUZIONALE, sent. 7 aprile 2011, n. 115;
- CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA - SEZ. DI MODENA, sent. 22 giugno 1886, in «Giurisprudenza italiana», vol. XXXVIII (1886), Parte II;
- CORTESE E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1966;
- CORTESE E., *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990;
- CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, a cura di E. Conte, A. Fiori, L. Loschiavo, M. Montorzi, Roma, Senato della Repubblica, 2020 (rist. dell'orig. del 1964);
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Bari, Laterza, 1999;
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. II, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Bari, Laterza, 2000;
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. IV, *L'età dei totalitarismi*, Bari, Laterza, 2002;

BIBLIOGRAFIA

- COSTA P., *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Bari, Laterza, 2002;
- COSTA P., *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002 (rist. dell'originale del 1969);
- COSTA P., *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di Id. e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2003²;
- COSTA P., *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007);
- COSTA P., «*Così lontano, così vicino*»: *il Comune medievale e la sua 'autonomia'*, in «Quaderni fiorentini», XLIII (2014);
- COTTA S., *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Torino, Giappichelli, 1955;
- CREMONINI C., *La mediazione degli interessi imperiali in Italia tra Cinque e Settecento*, in *I feudi imperiali in Italia tra XV e XVIII secolo. Atti del Convegno di studi. Albenga-Finale Ligure-Loano, 27-29 maggio 2004*, a cura di Ead. e R. Musso, Roma, Bulzoni, 2010;
- CREMONINI C., *Impero e feudi italiani tra Cinque e Settecento*, Roma, Bulzoni, 2012²;
- CREMONINI C., *L'Impero in Italia nell'epoca di Carlo VI: il mutamento dei rapporti con i vassalli imperiali italiani (1713-1740)*, in «Studia Historica: Historia Moderna», XLIV (2022), fasc. 2;
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1981;
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008;
- CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012;
- D'ALOJA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002;
- DANI A., *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in *La giustizia dello Stato Pontificio in età moderna*, a cura di M.R. Di Simone, Roma, Viella, 2011;
- DE BENEDICTIS A., *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 1995;
- DE BUJANDA J. M., CANONE E., *L'Editto di proibizione delle opere di Bruno e Campanella. Un'analisi bibliografica*, in «Bruniana et Campanelliana», VIII (2002), fasc. 2;
- DE FRANCISCI P., *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III (1923), fasc. 4;

BIBLIOGRAFIA

- DE PAOLIS V., *La natura della potestà del vicario generale. Analisi storico-critica*, Roma, Libreria Editrice Università Gregoriana, 1966;
- DE VANNA F., *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in «Jura Gentium», XV (2018);
- DE VERGOTTINI G., *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, Milano, Giuffrè, 1993³;
- DEL GRATTA R., *Feudum a fidelitate. Esperienze feudali e scienza giuridica dal Medioevo all'Età Moderna*, Pisa, ETS, 1994;
- DERATHÉ R., *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, il Mulino, 1993, trad. it. a cura di R. Ferrara;
- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Il lato oscuro dei Diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2014;
- DONZELLI R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008;
- DOTTI MESSORI G., *Magistrato di acque e strade. Inventario*, Carpi, Nuovagrafica, 1992;
- DUMONT L., *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni*, trad. it. a cura di D. Frigessi, Milano, Adelphi, 1991;
- ERCOLE F., *Impero e Papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento (secc. XIV-XV)*, in Id., *Dal Comune al Principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del Rinascimento italiano*, Firenze, Valsecchi, 1929;
- FABI F., *Sovranità e dislivelli di potere. Paradigmi per una rilettura della riforma estense della giustizia feudale (1763)*, in «Italian Review of Legal History», VIII (2022);
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, Bari, Laterza, 2001;
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, *Ottocento e Novecento*, Bari, Laterza, 2001;
- FAZZALARI E., *Processo. Teoria generale, ad vocem*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, UTET, 1966;
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986;
- FEDELE P., *Equità canonica, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966;
- FERRAJOLI L., *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e Id., Milano, Feltrinelli, 2003²;
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2008 (rist.);
- FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018;
- FERRANTE R., *Recensione a Aa. Vv., Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», LXXVII (2004);

BIBLIOGRAFIA

- FERRARA A., *Autenticità, normatività dell'identità e ruolo del legislatore in Rousseau*, in *La filosofia politica di Rousseau*, a cura di G.M. Chiodi e R. Gatti, Milano, Francoangeli, 2022 (rist. dell'orig. del 2012);
- FERRARA L., *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Colloquio sull'interesse legittimo: atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, a cura di A. Travi, Napoli, Jovene, 2014;
- FERRARA L., *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», II (2019);
- FERRARA L., *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in «Diritto pubblico», 2020, fasc. 3;
- FERRARA L., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, a cura di A. Carbone, Torino, Giappichelli, 2021, tomo I;
- FIORAVANTI M(arco), *Le potestà normative del governo dalla Francia d'Ancien régime all'Italia Liberale*, Milano, Giuffrè, 2009;
- FIORAVANTI M(aurizio), *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», X (1981);
- FIORAVANTI M(aurizio), *Stato (Storia), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990;
- FIORAVANTI M(aurizio), *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Bari, Laterza, 2002;
- FIORAVANTI M(aurizio), *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2014;
- FIORAVANTI M(aurizio), *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018;
- FOIS S., *Legalità (principio di), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973;
- FOLIN M., *Il sistema politico estense fra mutamenti e persistenze (secoli XV-XVIII)*, in «Società e Storia», XX (1997), fasc. 77;
- FREGNI E., *Assetti istituzionali, organizzazione amministrativa e produzione documentaria nei territori estensi*, in *Archivi, Territori, Poteri in area estense (Secc. XVI-XVIII)*, a cura di Id., Roma, Bulzoni, 1999;
- FRIGO D., *Governo della casa, nobiltà e «repubblica»: l'«economica» in Italia tra Cinque e Seicento*, in *Governo della casa, governo della città*, a cura di M. Bianchini, D. Frigo, C. Mozzarelli, in «Cheiron materiali e strumenti di aggiornamento storiografico», II (1985);
- FRIGO D., *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*, in *Archivio dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica. Nuova Serie. N. 3*, Milano, Giuffrè, 1985;

BIBLIOGRAFIA

- FRIGO D., *Amministrazione domestica e prudenza 'oeconomica': alcune riflessioni sul sapere politico d'ancien régime*, in «Annali di storia moderna e contemporanea», I (1995);
- FROSINI V., *Equità (nozione di), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966;
- FROSINI V., *Il diritto di grazia fra la regola e l'eccezione*, Torino, Edizioni di Filosofia, 1976;
- FUSAR POLI E., *Relativo e plurale. Dinamiche, processi e fonti del diritto in Terraferma veneta (secc. XVI-XVIII)*, Torino, Giappichelli, 2020;
- GALLIANI COCCAPANI G., *Vita del segretario Giovanni Galliani scritta da lui medesimo*, a cura di G.C. Montanari, Modena, STEM Mucchi, 2016;
- GARBELLOTTI M., *Antichi archivi giudiziari trentini: l'Archivio pretorio (secoli XVI-XIX). Catalogazione e ricerca*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», XXVIII (2002);
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano Giuffrè, 1939;
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959 (ora anche in ID., *Scritti. Volume IV. 1955-1962*, Milano, Giuffrè, 2004);
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I;
- GIANNINI M.S., *Amministrazione pubblica, ad vocem*, in *Enciclopedia delle scienze sociali, ad vocem*, vol. I, Roma, Treccani, 1991;
- GIAVAZZI M., *L'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE e l'interpretazione valutativa delle norme di contenuto vago: una riflessione sui limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in «Giustamm.it», VIII (2018);
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013;
- GORIA F.A., *Fra rinnovamento e tradizione: lo Speculum feudorum di Claude de Seyssel*, Milano, Giuffrè, 2010;
- GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in «Il Foro Italiano», XCII (1969), fasc. 10, parte quinta, *monografie e varietà*;
- GORLA G., *Un «trittico» di interesse attuale sull'urbanistica romana fra i secoli XVII-XVIII*, in «Il Foro Italiano», C (1977), parte quinta, *monografie e varietà*;
- GORLA G., *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981;
- GORLA G., *«Iura naturalia sunt immutabilia». I limiti al potere del «principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi. Quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, Olschki, 1982;

BIBLIOGRAFIA

- GORLA G., *Appunti sui «Tribunalia» o «Magistratus» con funzioni amministrative e giudiziarie operanti fra i secoli XVI e XVIII nello Stato pontificio e nel Granducato di Toscana (con qualche traccia per altri Stati)*, in «Il Foro Italiano, CXIII (1990), parte quinta, monografie e varietà;
- GOSIS F., *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in «Diritto amministrativo», IV (2021);
- GRASSO G., MANFRELOTTI R., *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in «Historia Constitucional», VIII (2007);
- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in «Diritto amministrativo», XXII (2014);
- GROSSI P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992;
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995;
- GROSSI P., *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998;
- GROSSI P., *Interpretazione ed esegesi (anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998;
- GROSSI P., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998;
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001;
- GROSSI P., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002;
- GROSSI P., *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXI (2002);
- GROSSI P., *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "Carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in «Jus», L (2003), fasc. 3;
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2011;
- GROSSI P., *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013;
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015 (ed. digitale);
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010;
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011;
- HERRANZ J., *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, in «Ius Ecclesiae», XII (2000);

BIBLIOGRAFIA

- HINTZE O., *Formazione degli stati e amministrazione comunale*, in Id., *Stato e società*, ed. it. a cura di P. Schiera, Bologna, Zanichelli, 1980;
- IADECOLA G., *Note critiche in tema di testamento biologico*, in «Rivista italiana di medicina legale», XXV (2003), fasc. 3/4;
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966;
- KELSEN H., *Giurisdizione e amministrazione*, in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982;
- LACCHÉ L., «*Ordo non servatus*». *Anomalie processuali, giustizia militare e «specialia» in Antico Regime*, in «Studi storici», XXIX (1988), fasc. 2;
- LIBERTINI M., *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in «Orizzonti del diritto commerciale», II (2018);
- LLOBELL J., *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura, J. Canosa, Milano, Giuffrè, 2006;
- LOMBARDI R., *Le azioni collettive*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2023;
- LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, in «Il Foro amministrativo – T.A.R.», VI (2007), fasc. 7-8, supplemento;
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a costituzione, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016;
- LUPI C., *I fondamenti filosofici della politica secondo S. Tomaso d'Aquino*, Roma, Biblioteca di storia patria, 1986;
- MACINO F., *Extra petita. Sugli effetti della clausola sola facti veritate inspecta nella dottrina tra XV e XVI secolo*, in «Historia et ius», XX (2021);
- MAGRI M., *La giustizia amministrativa tra Stato e Regioni*, in «Istituzioni del Federalismo», XXXI (2010), fasc. 1-2;
- MAGRI M., *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017;
- MANNONI S., *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1994;
- MANNORI L., *Uno Stato per Romagnosi*, vol. I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984;
- MANNORI L., *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987;
- MANNORI L., *L'amministrazione del territorio nella Toscana Granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Firenze, Capponi, 1988;

BIBLIOGRAFIA

- MANNORI L., *La nascita del contenzioso amministrativo in Italia. (A proposito di: P. Aimò, Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica, Milano, 1990)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX (1990);
- MANNORI L., *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX (1990);
- MANNORI L., *Il Sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994;
- MANNORI L., *Introduzione*, in *Comunità e poteri centrali negli antichi Stati italiani. Alle origini dei controlli amministrativi. Atti del Convegno "Comunità e poteri centrali negli antichi Stati italiani"*, Napoli, 28-29 giugno 1996, a cura di Id., Napoli, Cuen, 1997;
- MANNORI L., *'Autonomia'. Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia e Italia*, in «Quaderni fiorentini», XLIII (2014);
- MANNORI L., *Lo Stato del Granduca 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015;
- MANNORI L., *Parlando di storia. La parabola dell'amministrazione autoritativa dal pre- al post-moderno*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017;
- MANNORI L., *Una o plurima? Le immagini della Nazione nella cultura costituzionale dell'Italia preunitaria*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», L (2021);
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001;
- MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016;
- MANNUCCI G., *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in «P.A. Persona e Amministrazione», IV (2017), fasc. 1;
- MANZONE G., *Il fondamento dell'uguaglianza nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Diritto di cittadinanza e uguaglianza sostanziale*, a cura di I. Sanna, Roma, Studium, 2014;
- MARINI L., *Lo Stato estense*, in *Storia d'Italia*, a cura di G. Galasso, vol. XVII, Torino, Utet, 1979;
- MARONGIU G., *Funzione (amministrativa), ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989;
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ F., *Recension a Vv. Aa., Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica (Giuffrè Editore, Milán, 2003)*, in «Revista de estudios histórico-jurídicos», XXVII (2005);

BIBLIOGRAFIA

- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006;
- MAZZACANE A., *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il «secolo della Terraferma»*, in *Storia della cultura veneta*, vol. III/1, Vicenza, Pozza, 1980;
- MAZZACANE A., *De Luca, Giovanni Battista, ad vocem*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXXVIII, Roma, Treccani, 1990;
- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008;
- MECCARELLI M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998;
- MELIS G., *L'amministrazione tra centro e periferia*, in «Italia contemporanea», 1997, fasc. 206;
- MENSI L., *Nicòli Francesco Maria, ad vocem*, in Id., *Dizionario Biografico Piacentino*, Piacenza, Del Maino, 1899;
- MERIGGI M., *Gli Stati italiani prima dell'Unità*, Bologna, il Mulino, 2002;
- MERUSI F., *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», XXIX (2011), fasc. 4;
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1909⁶;
- MICOLO F., *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, Milano, Giuffrè, 1984;
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, Tornari, 1945, vol. I;
- MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989;
- MIRAS J., *L'oggetto del ricorso contenzioso-amministrativo canonico*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura, J. Canosa, Milano, Giuffrè, 2006;
- MODUGNO F., *Funzione, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969;
- MODUGNO F., *Norma (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978;
- MODUGNO F., *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985;
- MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985;
- MODUGNO F., *Validità (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993;

BIBLIOGRAFIA

- MODUGNO F., *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2021;
- MONDIN B., *Forma, ad vocem*, in Id., *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2000²;
- MONTAGNINI C.I., *Memorie riguardanti la superiorità territoriale, i diritti, regalie, e prerogative spettanti a S.M. nei feudi e terre delle Langhe, 1762-1771 (data incerta)*;
- MONTI A., *Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, Giuffrè, 2003;
- MORI-CHECCUCCI U., *Gli usi normativi come fattispecie*, Genova, Pagano, 1948;
- MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972;
- MOSCHETTI C.M., *Questioni di diritto pubblico marittimo negli scritti dei giuristi napoletani della prima metà del Seicento*, Napoli, Giannini, 1984;
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012;
- MÜBIG U., *Reason and Fairness. Constituting Justice in Europe, from Medieval Canon Law to ECHR*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019;
- MUSSO R., *I feudi imperiali delle Langhe tra Impero e Stato di Milano (XV-XVIII secolo)*, in *I feudi imperiali in Italia tra XV e XVIII secolo. Atti del Convegno di studi. Albenga-Finale Ligure-Loano, 27-29 maggio 2004*, a cura di Ead. e R. Musso, Roma, Bulzoni, 2010;
- MUZZARELLI L., ROSA A., *Diritti della città di Modena sulle acque di Secchia nella causa istituita per sovrano comando in via di compromesso tra la comunità di Modena e la comunità di Sassuolo [ecc.]*, Modena, Soliani, 1827;
- NEUMANN F., *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, a cura di M. Baccianini, Milano, Mondadori, 2007 (rist. it. dell'originale del 1942);
- NICOLINI U., *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, Giuffrè, 1952²;
- NICOLINI U., *Certeza del diritto e legge giusta nell'età comunale*, da ultimo in Id., *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, Vita e Pensiero, 1983;
- NIGRO M., *Rileggendo Giovanni Miele*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVII (1988);
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002;
- NUBOLA C., WÜRGLER A. (a cura di), *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, Bologna, il Mulino, 2002;
- ORLANDO V.E., *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Id., vol. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1897;

BIBLIOGRAFIA

- ORNAGHI L., *Introduzione*, in *Il concetto di "interesse"*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1984;
- ORSI BATTAGLINI A., *Recensione a «B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, Cedam, 2000»*, in «Diritto pubblico», VIII (2001);
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005;
- OSTI A., *La neo istituita Supreme Court del Regno Unito: il punto di arrivo di una riforma volta a "dimostrare" l'indipendenza del potere giudiziario*, in «Rivista A.I.C.», 00 (2010);
- PADOA SCHIOPPA A., *Discorso conclusivo*, in *La giustizia nell'alto Medioevo (secoli V-VIII). Atti del Convegno presso il Centro italiano di studi sull'alto medioevo svoltosi a Spoleto 7-13 Aprile 1994*, Spoleto, Fondazione C.I.S.A.M., 1995;
- PADOA SCHIOPPA A., *L'equità nel diritto medievale e moderno. Spunti della dottrina*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXVII (2014);
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2016²;
- PAGLIARI G., *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017²;
- PALAZZOLO S., *Per una introduzione allo studio del processo*, in *Il Tommaso Natale. Bollettino dell'Istituto di diritto processuale penale dell'Università di Palermo*, VII (1979), vol. III, *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*;
- PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987;
- PANSOLLI L., *La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana*, Milano, Giuffrè, 1970;
- PARADISO M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2018¹⁰;
- PARODI G., *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, in «Rivista A.I.C.», 2022, fasc. 4;
- PAVONE LA ROSA A., *Consuetudine (usi normativi e negoziali), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961;
- PERFETTI L.R., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in «Giurisprudenza Italiana», V (2012);
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in «Diritto amministrativo», XXI (2013), fasc. 3;
- PERICU G., *I procedimenti di massa*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988*, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1990;
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. IV, Padova, Minerva, 1874;

BIBLIOGRAFIA

- PETRONIO U., *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i Codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto (Como, 17-18 novembre 2006)*, a cura di C. Storti Storchi, Napoli, Jovene, 2010;
- PICCINELLI F., *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto*, Firenze, Salani, 1882;
- PICOZZA E., *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009²;
- PIFFERI M., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006;
- PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007);
- PIFFERI M., *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013;
- PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010;
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», I (2017);
- PIRAINO S., *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in «Rivista di diritto processuale», XXXIV (1979);
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964;
- PIRAS A., *Invalidità (diritto amministrativo), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972;
- PIZZA I., *L'evoluzione del concetto di giustizia nella teoria giusnaturalistica di Ugo Grozio*, in «Teoria politica. Nuova serie. Annali», XI (2021);
- PIZZORNI R., *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Roma, Città Nuova Editrice, 1985;
- PLESSI A. (a cura di; Società vignolese di Storia Patria ed Arti Belle), *Statuti e Leggi per il Marchesato di Vignola*, Vignola, Monti, 1877 (rist. dell'originale del 1616);
- POLICE A., *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, vol. II;
- PORRINI R., *I ministeri*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1897;
- PRISCO G., *Elementi di filosofia speculativa*, vol. I, Napoli, Fibreno, 1879⁵;
- PUGLIESE G., *Diritti reali, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964;

BIBLIOGRAFIA

- QUAGLIONI D., *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992;
- QUAGLIONI D., *La sovranità*, Bari, Laterza, 2015 (ed. digitale dell'originale del 2004);
- RAGGIO O., *Visto dalla periferia. Formazioni politiche di antico regime e Stato moderno*, in *Storia d'Europa*, a cura di M. Ayard, vol. IV, Torino, Einaudi, 1995;
- RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006;
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», II (2010);
- RAY J., *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico. L'idea del regno della legge*, trad. it. dell'originale del 1939 a cura di F. Di Donato, in «Lo Stato», I (2013);
- RENGA S., *Le diverse eguaglianze tra protezione sociale e lavoro*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 24 ottobre 2008*, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2009;
- ROMANELLI R., *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1995;
- ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia», I (1909);
- ROMANO S., *Autonomia, ad vocem*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983 (rist.);
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, ed. a cura di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018;
- ROMBALDI O., *Matteo Maria Boiardo feudatario*, in *Il Boiardo e la critica contemporanea. Atti del Convegno di studi su Matteo Maria Boiardo. Scandiano - Reggio Emilia 25-27 aprile 1969*, a cura di G. Anceschi, Firenze, Olschki, 1970;
- ROMEO G., *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, Giappichelli, 2020;
- RUSSO R., *An herculean mind: il problematico ruolo di Locke come precursore dell'utilitarismo*, in «Etica & Politica», XIX (2016);
- RYBKA R., *L'attuazione del bene comune nel pensiero politico di S. Tommaso d'Aquino*, in «Angelicum», LXXVII (2000), fasc. 3/4;
- SAITTA F., *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione. Atti del secondo colloquio fiorentino di diritto amministrativo (Firenze, 31 maggio 2019)*, a cura di C. Cudia, Torino, Giappichelli, 2020;
- SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in «Diritto amministrativo», II (1993);
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993;

BIBLIOGRAFIA

- SANDULLI A.M., *Sulla natura degli interessi dei privati alla conservazione delle bellezze naturali*, in «Il Foro amministrativo e delle acque pubbliche», XXVII (1951), fasc. 1-2, parte prima, sez. II;
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989;
- SANTE CENTI T., *Dizionario dei termini tecnici tomistici*, in S. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1984, testo orig. con trad. it.;
- SANTINI G., *Lo Stato Estense tra riforme e rivoluzione: le strutture amministrative modenesi del XVIII secolo*, Milano, Giuffrè, 1987;
- SANTINI G., *Lo Stato Estense nel quadro degli ordinamenti italiani preunitari*, in *Lo Stato di Modena. Una capitale, una dinastia, una civiltà nella storia d'Europa*, Atti del Convegno, Modena, 25-28 Marzo 1998, a cura di A. Spaggiari, G. Trenti, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2001;
- SANTORO E., *Rule of law e "libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e Id., Milano, Feltrinelli, 2003²;
- SATTA F., *Un nuovo criterio di identificazione dell'interesse legittimo?*, in «Giurisprudenza italiana», CXXV (1973), parte prima, sez. I;
- SATTA S., *Impugnazione (diritto processuale civile), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970;
- SBRICCOLI M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969;
- SBRICCOLI M. ET AL., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003;
- SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, tomo I;
- SBRICCOLI M., «*Lex delictum facit*». *Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, tomo I;
- SCIACCA E., *Riflessi del costituzionalismo europeo in Sicilia (1812-1815)*, Catania, Bonanno, 1966;
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990;
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in «Diritto amministrativo», III (1995), fasc. 1;
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2002;
- SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco*,

BIBLIOGRAFIA

- Istituzione Villa Monastero. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffrè, 2002;
- SCOCA F.G., *La gestazione dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, Cedam, 2007, vol. I, *Teoria e storia, diritto amministrativo generale*;
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017;
- SCOCA F.G., SPASIANO M.R., *Nozioni introduttive*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2019⁶;
- SICILIANI P., *Socialismo darwinismo e sociologia moderna*, Bologna, Zanichelli, 1885;
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979;
- SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXVI (1981);
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984;
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985;
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2014;
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia Liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985;
- SORDI B., *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991;
- SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in «Diritto amministrativo», XVI (2008), fasc. 1;
- SORDI B., *Selfgovernment, selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLIII (2014);
- SORDI B., *I difficili sentieri del diritto amministrativo nell'ordinamento canonico*, in «Quaderni fiorentini», XLV (2016);
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLV (2016);
- SORDI B., *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione. Atti del convegno. Salerno, 14-15 novembre 2014*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017;
- SORDI B., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020;
- SPAGGIARI A., *Documenti riguardanti la Lunigiana nell'Archivio di Stato di Modena*, in «Cronaca e storia di Val di Magra», V (1976);
- SPAGGIARI A., TRENTI G., *Gli Stemmi Estensi ed Austro-Estensi. Profilo Storico*, Modena, Aedes Muratoriana, 1985;

BIBLIOGRAFIA

- SPANTIGATI F., *La legittimità nel pluralismo. (Né i giuristi né i legislatori producono il diritto nella società pluralista)*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 settembre 1996*, a cura di Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1997;
- STEIN L. VON, *La scienza della pubblica amministrazione secondo L. Von Stein. Compendio del trattato e del manuale di scienza della pubblica amministrazione ad uso degli italiani*, Torino, Utet, 1897;
- STORTI STORCHI C., *Appunti in tema di «potestas condendi statuta»*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età Moderna*, a cura di Id. e D. Willoweit, Bologna, il Mulino, 1991;
- STORTI STORCHI C., *Aspetti generali della legislazione statutaria lombarda in età viscontea*, in Ead., *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, Giuffrè, 2007;
- STORTI STORCHI C., *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di Ead., Torino, Giappichelli, 2016;
- STRONATI M., *Il governo della «grazia». Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè, 2009;
- TABACCO G., *Lo stato Sabauda nel sacro romano impero*, Torino, Paravia, 1939;
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976;
- TARROW S., *Tra centro e periferia. Il ruolo degli amministratori locali in Italia e in Francia*, Bologna, il Mulino, 1979;
- TARULLO S., *Giusto processo (diritto processuale amministrativo), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, tomo I;
- TAVIANI P.E., *Il concetto di utilità nella teoria economica*, vol. I, Firenze, Le Monnier, 1968;
- TAVILLA C.E., *L'amministrazione centrale della giustizia negli Stati estensi. Dalle origini ferraresi alla Restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXI (1998);
- TAVILLA C.E., *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano, Giuffrè, 2000;
- TAVILLA C.E., *Autonomia feudale e prerogative sovrane nei territori estensi. Il caso di Montegibbio (secc. XVII-XVIII)*, in *A Ennio Cortese: scritti*, a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte e U. Petronio, Spoleto, C.I.S.A.M., 2001, Tomo III;
- TAVILLA C.E., *La favola dei centauri. "Grazia" e "Giustizia" nel contributo dei giuristi estensi di primo Seicento*, Milano, Giuffrè, 2002;
- TAVILLA C.E., *Diritto, istituzioni e cultura giuridica in area estense. Lezioni e percorsi di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006;
- TAVILLA C.E., *Da centro a periferia: il governatorato di Carpi tra devoluzione e riforme settecentesche*, in *Storia di Carpi*, vol. II, *La città e il territorio dai Pio agli Estensi (secc. XIV-XVIII)*, a cura di M. Cattini, A.M. Ori, Modena, Mucchi, 2009;

BIBLIOGRAFIA

- TAVILLA C.E., *Diritto e politica durante la reggenza Martinozzi: il ruolo di Bartolomeo Gatti*, in *L'“Occidente degli eroi”. Il Pantheon degli Estensi in Sant'Agostino a Modena (1662-1663) e la cultura barocca. Atti del convegno. Modena, Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti, 25-26 ottobre 2018*, a cura di S. Cavicchioli, Modena, Artestampa, 2019;
- TIEPOLO G., *La legge 20 marzo 1865 (all. C) sul contenzioso amministrativo*, in «*Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*», VIII (1897);
- TIGRINO V., *Istituzioni imperiali per lo stato sabauda tra fine dell'antico regime e Restaurazione*, in *L'Impero e l'Italia nella prima età moderna*, atti del convegno tenuto a Trento nei giorni 19-21 giugno 2003, a cura di M. Schnettger, M. Verga, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker et Humblot, Bologna, il Mulino, 2006;
- TONOLETTI B., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in «*Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari S. Tosi*», XX (2010);
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in «*Giornale di diritto amministrativo*», XII (2010);
- TORRE A., *La giustizia costituzionale nel regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova, Cedam, 2009;
- TRAVI A., *Cammeo e i ricorsi amministrativi*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», XXII (1993);
- TRAVI A., *Ricorsi amministrativi, ad vocem*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, Utet, 1997;
- TRAVI A., *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, in «*Diritto pubblico*», XII (2006), fasc. 1;
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2024;
- TRIMARCHI M., *A proposito di “Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)” di Andrea Carbone*, in «*Diritto processuale amministrativo*», IV (2021);
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in «*Diritto processuale amministrativo*», XXXI (2013), fasc. 4;
- TROPEA G., *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in «*Diritto processuale amministrativo*», III (2011);
- TROPER M., *Per una teoria giuridica dello stato*, Napoli, Guida, 1998 (trad. it. dell'orig. fr. del 1994);
- TROPER M., *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005;

BIBLIOGRAFIA

- VALENTI F., SPAGGIARI A., *Archivio di Stato di Modena*, in *Guida generale degli Archivi di Stato italiani*, a cura di P. D'Angiolini e C. Pavone, Roma, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, 1983;
- VALENTINI C., *L'ordinamento giuridico*, in *Argomenti di teoria del diritto*, a cura di C. Faralli, Torino, Giappichelli, 2016;
- VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992;
- VALLERANI M., *La supplica al signore e il potere della misericordia: Bologna, 1337-1347*, in «Quaderni storici», XLIV (2009), numero CXXXI, fasc. 2;
- VASINA A. (a cura di), *Repertorio degli Statuti comunali emiliani e romagnoli (secc. XII-XVI)*, vol. II, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1998;
- VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, UTET, 1957;
- VELLANI M., *Appello (diritto processuale civile), ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958;
- VENTURA A., *Politica del diritto e amministrazione della giustizia nella Repubblica veneta*, in «Rivista storica italiana», XCIV (1982), fasc. 3;
- VETTER C., *La fragile e dolente felicità di Robespierre*, in «Filosofia politica», XXVI (2012), fasc. 3;
- VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in «Quaderni costituzionali», 2019, fasc. 2;
- VIGGIANO A., *Fra governanti e governati. Legittimità del Potere ed esercizio dell'Autorità Sovrana nello Stato Veneto della prima età moderna*, Treviso, Canova, 1993;
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017²;
- VIOLA F., *I diritti dell'uomo e l'etica contemporanea*, in «Ragion Pratica», VI (1996);
- VIORA M.E., *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna). 1723, 1729, 1770*, Società Reale Mutua di Assicurazioni, 1986 (rist. anast. dell'orig. del 1928);
- VISCONTI A., *La Pubblica Amministrazione nello Stato milanese durante il predominio straniero (1541-1796). Saggio di storia del diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1913;
- VOLPE F., *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004;
- VOLPE F., *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2018;
- ZACCHÈ G., *Patriziato e comunità a Carpi in epoca estense (1527-1796)*, in *Archivi, Territori, Poteri in area estense (Secc. XVI-XVIII)*, a cura di E. Fregni, Roma, Bulzoni, 1999;

BIBLIOGRAFIA

- ZAMPETTI E., *Riflessioni su processo amministrativo e situazioni giuridiche soggettive in dialogo con Andrea Carbone*, in «P.A. Persona e Amministrazione», IX (2021);
- ZANOBINI G., *Sul fondamento dell'inderogabilità dei regolamenti*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955 (rist.);
- ZOLO D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e Id., Milano, Feltrinelli, 2003²;
- ZUANAZZI I., *Organi centrali di governo della Chiesa Cattolica, ad vocem*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995;
- ZUANAZZI I., *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diaconia della Chiesa*, Napoli, Jovene, 2005.