

PRINCIPII

DI

DIRITTO COSTITUZIONALE

IV
B
17

PER

V. E. ORLANDO

PROFESSORE ORDINARIO ALLA R. UNIVERSITÀ DI MESSINA.

Terza edizione.



FIRENZE,

G. BARBÈJ-À, EDITORE.

1894.

INTRODUZIONE.

Singolare era lo stato **dell'** animo mio quando Impresi a scrivere i seguenti **principii**. Un lavoro di simil genere, **perchè** possa di **si** che consegua il suo **fine**, bisogna che offra con **sobrietà**, con chiarezza, ma soprattutto con **certezza**, le nozioni fondamentali di una scienza. La importanza di un tale lavoro **è** assai maggiore di quello che a prima vista non sembri. Non si tratta **già** di ridurre la scienza, se mi si permette l' espressione, in proporzioni **più** piccolo, per adattarla ad intelligenze **meno** sviluppate : a questa riduzione non si prestano le scienze giuridiche ; e d'altra parte un manuale, sia puro scolastico, quando si rivolge a studenti universitari suppone già lettori di una intelligenza e di una cultura, che **è**, o per lo meno dovrebbe essere, superiore alla media generale. Ma la **difficoltà** peculiare di quel **compito** sta in ciò, che nei **principii** **si** contiene tutto il Diritto: il progredire nei particolari sviluppi, nelle **più** larghe applicazioni, non **impedirà** ad alcun **ingegno** elevato di evitare errori spesso grossolani, quando i **principii** fondamentali non siano bene fermi.

Ridurre quindi tutta la scienza ad una sintesi organica, di cui le parti, armonicamente proporzionate fra loro, si corrispondano con nesso **rigoroso**; fondere i singoli **principii**, **chiaramente** determinati, in un sistema che **dà** loro una reciproca concatenazione logica, **non è** opera di un' importanza meramente didascalica;

ma può riuscire un contributo **poderoso** al **progresso** scientifico di una disciplina **determinata**.

Le condizioni necessarie per riuscire in un'opera siffatta sono di ordine subiettivo ed obiettivo. Nel **primo senso, io farò a** meno di quelle frasi di **modestia, le quali**, comunque profondamente sentite, potrebbero sembrare banali : dirò solo che, **per quanto è a ciò**, la **deficienza** delle proprie forze mi **parve che potesse sino a certo punto** essere supplita non solo **dall'amore** verso la propria scienza, **ma soprattutto dal fatto** dell'insegnamento di essa, il quale appunto dà luogo a quella continua **elaborazione critica dei principii**, a quel bisogno di sempre chiarirli e coordinarli, che **a me sembra la più** acconcia preparazione a quel genere di lavori. Ma sono anche necessari elementi **obiettivi**. **Perchè** una scienza possa ridursi nei suoi principii **in quel modo** che si è detto, **bisogna che quella chiarezza, quel sistema e soprattutto quella certezza** siano già nella scienza. Ora, in rapporto alla nostra disciplina, non solo mancava in me la convinzione che concorressero queste condizioni **considerate**, ma avevo invece la convinzione **del contrario**.

In questi tempi, si sente **così spesso** dichiarare **che una** scienza è fuori strada **e** che abbisogna di una **instauratio ab imis**, che io troverei assai naturale che questa mia dichiarazione fosse accolta con una **grande diffidenza**. Ma il lettore benevolo, se terra bene **pre-senti** le considerazioni che seguono, si **convincerà**, io spero, **che in me queste tendenze novatrici sono con gran cura** tenute in freno, e si **troverà che non è** piccolo il mio rispetto verso quella che io **chiamerei** « scienza costituita » : **esso arriva sin Uovo non trova per** limite un rispetto non meno **doveroso, e** cioè **per quei principii** che a me sembrano i veri.

Mi si domanderà **tuttavia la** prova di **quella mia** grave asserzione intorno alle condizioni **nelle quali versa**

oggi quella scienza, che in Italia si chiama **Diritto costituzionale**. Ma si comprenderà che il completo sviluppo di tale asserzione **implicherebbe l'** esame critico di tutte le teorie fondamentali **della** scienza, il **che non è** qui certamente il luogo di opportunamente fare. Debbo quindi rinviare il lettore al seguito del presente scritto. Ma due argomenti di indole generale possiamo **e** dobbiamo qui addurre, i quali mi sembrano di un **grande peso e** potranno servire **come una probatio semiplena** del **nostr** assunto.

Si **paragonino** fra loro IC varie **letterature nazionali relative alla scienza** nostra ; i **risultati, che** se no otterranno, sono assai sorprendenti. Certo, lo spirito scientifico dei vari popoli ha delle **naturali differenze**, come tutte le manifestazioni di ordine spirituale, lo quali rispondono, mi si passi l'espressione, **a delle categorie etnologiche**. Che quindi, per esempio, la **letteratura del Diritto pubblico germanico differisca** in alcuna **parte** da quella inglese, **francese, o italiana, o così** rispettivamente, non sarebbe cosa da **meravigliare**. Ma **c'è differenza e differenza**. L'indirizzo positivo, cui lo odierne scienze si ispirano, **dovrebbe avere per conseguenza** che le linee **e** i principii fondamentali di una data scienza non dovrebbero mutare, appunto **perchè essi** si fondano sopra un'obiettiva certezza, naturalmente in quanto ciò è possibile, data la **relatività della conoscenza** umana. Così avviene difatti **nella sfera del Diritto privato**. Si paragoni pure un commentatore del Codice Napoleone con un espositore del Diritto comune germanico, e per quanto gravi possano sembrare le differenze **nel modo della trattazione e nel gusto scientifico dei due scrittori**, si **troverà** tuttavia che, per esempio, l'idea di **negozio giuridico, di obbligazione, di contratto e così via** non potranno non essere **identiche : e se non lo saranno, sarà facile ed intuitivo stabilire**

quale dei due versa in un errore fondamentale, anche confrontandolo con gli altri scrittori della sua medesima scuola nazionale. Provatevi invece a fare un analogo confronto fra due scrittori di Diritto pubblico. Le differenze gravi, ma accessorio, diventeranno qui sostanziali. Non solo le nozioni che servono di fondamento alla nostra scienza appariranno radicalmente diverse, ma altresì la definizione, il metodo, i limiti, la portata della scienza, che più? i termini medesimi di cui essa si serve. Così è che passando da uno di questi lavori ad un altro di una scuola nazionale diversa, parrà quasi di essere passati dallo studio di una scienza a quello di un'altra: e, naturale effetto di ciò, mentre nelle altre scienze le varie letterature nazionali reciprocamente si conoscono e si aiutano, si può dire che, meno rare eccezioni, le varie scuole nazionali di Diritto pubblico vivono come tra loro segregate. Nè si dica che questo è un effetto della diversità che intercede fra il Diritto pubblico positivo dei vari Stati: non solo perchè queste diversità non tolgono che i principii essenziali siano i medesimi, ma anche perchè, come sarà visto, la nostra scienza riconosce l'esistenza di un'idea astratta di Stato moderno (confr. appresso n° 45), la quale appunto suppone che i tratti caratteristici dei principali Stati civili odierni siano ad essi comuni.

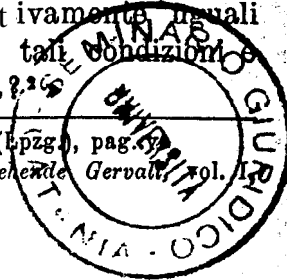
Il secondo ordine di argomenti, onde si prova quella mancanza di rigore, di precisione, di certezza, di sistema, che ad un vero organismo scientifico sono necessari, mancanza che abbiamo lamentata nella scienza nostra, si trae dalle confessioni di taluni autori, i quali contano non solo fra i più illustri, ma altresì fra quelli, i quali appartengono ad una scuola, che per le naturali tendenze del suo spirito nazionale, e per i suoi precedenti, che sono certo i migliori, pare che dovrebbe essere fra tutte la più progredita, specialmente nel senso del **sistema**.

Tuttavia ecco quali parole premetteva il Gerber ai suoi eccellenti *Principii di Diritto pubblico germanico*:¹ e la moderazione delle frasi, di cui egli si serve, accresce peso alla importanza di esse. «La letteratura del Diritto pubblico tedesco presenta una serie di opere alle quali, per diverse considerazioni, si deve molta riconoscenza. Se, ciò malgrado, io sono del parere che la dogmatica scientifica di questa disciplina è ancora capace anzi abbisogna di uno studio più largo, io non credo in alcun modo di contraddire a questo apprezzamento. Io penso che un progresso è possibile secondo i seguenti punti di vista: **in primo luogo, è innegabilmente necessaria una più recisa e corretta precisione dei concetti fondamentali dogmatici. Una parte dei nostri scrittori crede di considerare il compito della giuridica determinazione dei nostri moderni principii costituzionali non tanto di indole giuridica quanto filosofica o politica....** In secondo luogo mi pare (il che è certo affatto intimamente connesso a quel primo punto) **che sia una stringente necessità fissare un sistema scientifico**, nel quale le singole nozioni si manifestino come lo sviluppo di un solo pensiero fondamentale; »

E scriveva Lorenzo Stein che « la mancanza di una giusta classificazione delle scienze di Diritto pubblico è il principale ostacolo per cui **noi non siamo ancora potuti pervenire ad alcun fermo principio giuridico di Diritto pubblico....** In nessun'altra scienza si riscontra qualche cosa di simile! Da centinaia d'anni non si è dato il caso di due trattazioni di Diritto pubblico, le quali fossero solo anche approssimativamente uguali nel sistema e nell'ordinamento! In tali condizioni è mai possibile veramente una scienza? »²

¹ *Grundzüge des d. Staatsrechts*, III Aufl. (Lpzg.), pag. 57.

² STEIN, *Die Verwaltungslehre: die vollziehende Gewalt*, vol. I, pag. 26 (2ª ed. Stuttgart, 1869).



Le due versa in un errore fondamentale, anche andolo con gli altri scrittori della sua medesima nazionale. Provatovi invece a fare un analogo fra due scrittori di Diritto pubblico. Le diffe- renze, ma accessorie, diventeranno qui sostanziali. Le nozioni che servono di fondamento alla nostra compariranno radicalmente diverso, ma altresì la forma, il metodo, i limiti, la portata della scienza, i termini medesimi di cui essa si serve. Così facendo da uno di questi lavori ad un altro di altra nazionalità divorsa, parrà quasi di essere allo studio di una scienza a quello di un'altra: l'effetto di ciò, mentre nelle altre scienze le strutture nazionali reciprocamente si conoscono, non, si può dire che, meno rare eccezioni, le strutture nazionali di Diritto pubblico vivono come aggregate. Non si dica che questo è un effetto di similitudine che intercede fra il Diritto pubblico e la Letteratura: non solo perchè questo diversità è che i principii essenziali siano i medesimi, ma perchè, come sarà visto, la nostra scienza è l'esistenza di un'idea astratta di Stato moderno (appresso n° 45), la quale appunto suppone caratteristici dei principali Stati civili odierni e comuni.

Questo ordine di argomenti, onde si prova quella mancanza di rigore, di precisione, di certezza, di sistema, di vero organismo scientifico sono necessari, e che abbiamo lamentata nella scienza nostra, e che le confessioni di taluni autori, i quali contano fra i più illustri, ma altresì fra quelli, i quali appartengono ad una scuola, che per le naturali tendenze del diritto nazionale, e per i suoi precedenti, che sono i migliori, pare che dovremmo essere fra tutto la più difetta, specialmente nel senso del sistema.

Tuttavia ecco quali parole premetteva il Gerber nei suoi eccellenti *Principii di Diritto pubblico germanico*:¹ e la moderazione delle frasi, di cui egli si serve, accresce peso alla importanza di esse. « La letteratura del Diritto pubblico tedesco presenta una serie di opere alle quali, per diverse considerazioni, si deve molta riconoscenza. Se, cib malgrado, io sono del parere che la dogmatica scientifica di questa disciplina è ancora incapace anzi abbisogna di uno studio più largo, io non credo in alcun modo di contraddire a questo apprezzamento. Io penso che un progresso è possibile secondo i seguenti punti di vista: *in primo luogo, è innegabilmente necessaria una più recisa e corretta precisione dei concetti fondamentali dogmatici. Una parte dei nostri scrittori crede di considerare il compito della giuridica determinazione dei nostri moderni principii costituzionali non tanto di indole giuridica quanto filosofica o politica....* In secondo luogo mi pare (il che è certo affatto intimamente connesso a quel primo punto) che sia una stringente necessità fissare un sistema scientifico, nel quale le singole nozioni si manifestino come lo sviluppo di un solo pensiero fondamentale.

E scriveva Lorenzo Stein che « la mancanza di una giusta classificazione delle scienze di Diritto pubblico è il principale ostacolo per cui noi non siamo ancora potuti pervenire ad alcun fermo principio giuridico di Diritto pubblico.... In nessun'altra scienza si ricerca qualche cosa di simile! Da centinaia d'anni non è dato il caso di due trattazioni di Diritto pubblico, quali fossero solo anche approssimativamente, nel sistema e nell'ordinamento! In tali condizioni mai possibile veramente una scienza? »²

¹ *Grundzüge des d. Staatsrechts*, III Aufl. (Lpzg), pag. 77.

² STEIN, *Die Verwaltungslehre: die vollziehende Gewalt*, pag. 26 (2ª ed. Stuttgart, 1869).

Il lettore vede dunque come in **quelle tendenze** novatrici, cui noi dianzi accennavamo, noi abbiamo buona compagnia in autori, appertinenti ad una **letteratura** la quale è certo di gran lunga maggiore della nostra per autorità e ricchezza; confessione **che** possiamo fare senza nulla togliere al rispetto dovuto **a** quegli egregi cui spetta in Italia l'onore di **avere** divulgato le dottrine costituzionali. Sarà quindi facile **avere un'idea** dell'incertezza in cui io mi trovai quando, con tali convinzioni sullo stato presente della nostra scienza, mi accinsi **a** scriverne i principii. Non era solo la certezza e sicurezza obiettiva che mi mancavano : ma mentre da un lato io non credeva di potere limitarmi ad una fedele riproduzione dello stato attuale della scienza, mentre, pur volendolo, non l'avrei potuto, appunto perchè secondo il mio pensiero il difetto essenziale di quello è la mancanza di un sistema e di principii certi, dall'altro lato io era ben convinto che la completa ricostruzione di tutto un organismo scientifico non può essere l'opera di un sol uomo o di un sol libro, ma dello sforzo molteplice e continuo di varie attività coordinate. E seppure io mi fossi limitato alla parte meramente critica e negativa, **che è** relativamente la più facile, il mio non sarebbe stato un libro di principii, ma bensì di controversie e di dubbi.

Mi parve che la soluzione più opportuna sorgesse dalla reciproca temperanza di questo necessità diverse. Non pretendo di avere ricostruito una scienza nuova, e nemmeno credo di avere pienamente seguito gli odierni indirizzi prevalenti. Sempre, quando ciò mi è stato possibile, io ho cercato di conservare i principii dominanti, il sistema, i termini, come sono comunemente intesi, pur cercando di darvi quella base, che mi sembrasse più scientifica, e pure accennando ai dubbi, che possono sollevarsi sulla loro correttezza. Compatibil-

mente perb con **siffatto** proposito, io mi sono allontanato senz'altro da quelle **teoriche** dominanti in cui mi pareva affatto certo mancasse il giuridico fondamento.

Ma anche più che **a** questa parte attinente al contenuto, i miei sforzi si sono principalmente rivolti alla parte formale. Se una riforma, come **a** me pare, è necessaria, bisogna che essa **cominci** appunto dal lato **metodico e sistematico**. Ho creduto di dover **sacrificar** tutto alla massima precisione dei concetti ed al rigore sistematico della trattazione. Se anche ad alcuno **sembrerà** che io abbia in questo senso esagerato, di un tal giudizio mi terrò pago, **dappoichè** quando un albero è curvo in un senso, perchè si raddrizzi è necessario piegarlo nel senso opposto.

E per conseguire questo **fine** io ho cercato di eliminare dalla mia trattazione tutto ciò che avesse un mero scopo di orudizionc, tutto quelle digressioni di indole storica, **generalmente** usate, tutti quei paragoni con altre costituzioni, **anche** attuali, i quali non fossero **strettamente** necessari all'esplicazione di un concetto: in breve, ho cercato di **scrivere principii di DIRITTO**. Non credetti di fare **a** meno completamente di note, pur cercando di essere quanto più era possibile sobrio, ed aggiungendole solo quando mi sembrasse rispondente al fine generale del libro.

Un'analogia avvertenza debbo faro per ciò che riguarda la bibliografia. Non credetti opportuno **affastellare** citazioni di autori, superflue per chi è provetto, inopportune per chi principia. Tuttavia talune opere citai, e in generalo quelle che a me sembravano di un interesse maggiore, o **a** cui rimandare lo studioso, che desiderasse chiarimenti più larghi. E per tale riguardo potrh sembrare con ragione relativamente eccessiva la citazione che io fo di altri miei scritti. So bene che in

generale il citare le proprie opinioni non è conveniente; ma in questo caso mi scusa una ragione di **evidente opportunità**. Molte volte, troppe volte, la economia e la proporzione fra le varie parti del lavoro mi obbligarono ad una **brevità che** pub riuscire **insufficiente** ed oscura. Quando questo era a proposito di teorie, lo quali io altrove avevo avuto occasione di **studiare più largamente e completamente**, certo a nessun altri potevo meglio ricorrere per la **spiegazione di idee mie**, che a me stesso.

Questi sono i fini generali che hanno ispirato il presente scritto, questi i criteri fondamentali di cui mi sono servito. Li ho rivelati con una franchezza, che ad alcuno potrebbe sembrare ingenua, ad altri presuntuosa, ad altri insieme ingenua e presuntuosa. Però questa franchezza mi dà il vantaggio di poter soggiungere, essendo creduto, che se io ho avuto la convinzione che un libro, da questi fini mosso, sarebbe potuto riuscire di una grandissima importanza ed utilità, è assai lungi da me la presunzione di avere attuato un tale *desideratum*. Nell'indole medesima del presente lavoro è implicito che, siccome esso rispondo ad uno stato transitorio della scienza, molto vi sarà da aggiungere, da togliere, da correggere. In questo senso tutto le critiche, di cui sarà fatto l'oggetto, saranno per me l'apagamento di uno dei fini che io mi proposi. Che se poi alcuno dalla lettura del libro non ricavasse altro che questa conclusione negativa, cioè che esso constata un bisogno, pure essendo completamente disadatto a soddisfarlo, l'aver determinato un tale sentimento negativo sarà per me un sufficiente compenso alle fatiche durate.

LIBRO PRIMO.

LO STATO E IL DIRITTO PUBBLICO.

CAPITOLO I.

La nozione dello Stato. — Caratteri generali.

1. -Contrariamente alle tendenze in generale dominanti, noi non crediamo possibile di cominciare il nostro studio con la definizione della scienza. Difatti questa è così strettamente connessa con la *nozione di Stato che* non si pub avere una piena e scientifica intelligenza dell' una, senza aver prima determinata l'altra. Certamente è la nozione di Stato così complessa, così controversa e difficile che abbraccia per se sola il campo di molteplici discipline. Ma non è qui la teoria dello Stato che a noi serve, ma bensì una *determinazione* della nozione di esso. Ed il nostro compito sarà reso più facile in quanto è possibile muovere dalla considerazione di certi dati obiettivi, che per la loro *semplicità* servono assai bene come preparazione ad un esame più progredito.

2. — Così basta la semplice e facile osservazione di un numero *considerevole* di fatti storici ed attuali a dimostrarci come, *perchè* l'idea di Stato sia, è *necessario* il simultaneo concorso di talune *condizioni*, che

possono altresì costituire i **caratteri generali** onde quella nozione si determina e si distingue. Queste condizioni obiettive sono :

1) Un certo numero di *uomini* (famiglie), in una relazione costante con un **territorio** nel quale sono **fisati** (in antitesi alle così dette tribù nomadi) ;

2) Un rapporto di **obbedienza politica** : sicchè si istituisca un *potere sovrano* da un lato e dei *sudditi* dall' altro lato (in antitesi alle organizzazioni patriarcali, alle *gentes* romane, ai *clans* celtici o simili, dove esiste bensì un rapporto di obbedienza, ma fondato su vincoli di consanguineità, più o meno prossimi).

3. — Certo, questi caratteri così rilevati sarebbero insufficienti a dare intera la nozione di Stato : essi non costituiscono che dei criteri **semplici ed elementari** i quali però ne preparano uno studio più approfondito. Fermiamoci di fatti sul primo di essi, che ci schiude la via ad una distinzione fondamentale. Noi abbiamo detto : « convivenza di uomini in un territorio ; » ora il semplice fatto della coesistenza umana implica già una serie indefinita di rapporti tendenti al **soddisfacciamento dei bisogni** dell'umana natura : bisogni di ordine fisiologico, di ordine economico, di ordine spirituale, per cui l' uomo si cerca una compagna, educa la sua prole, lavora e produce, e questi prodotti scambia con altri a lui bisognevoli ; per cui infine obbedisco a quelli impulsi poderosi che dan vita alla scienza, alla letteratura, alle arti. Ora ognuno di questi rapporti implica necessariamente l'accordo di sforzi molteplici, cui l'individuo è assolutamente insufficiente e può solo riuscirvi **associandosi** ad altri individui (*convivenza sociale*) ; l' uomo isolato è un concetto meta fisico, completamente campato in aria, una nozione arbitraria la quale non solo non ha mai potuto avere riscontro nella realtà, ma nemmeno è concepibile astrattamente, perchè tutti gli

sforzi subiettivi non arriveranno mai nemmeno a rendere indipendente il proprio pensiero dalle influenze **sociali**, che imprescindibilmente lo determinano.

4. — In quanto questa, convivenza sociale si considera in tal modo, e cioè diretta al soddisfacimento degli umani bisogni, sorge la nozione di **Società**. **Se** non che questa nozione se può isolatamente concepirsi per i fini scientifici, non può tuttavia nel fatto esistere quando quelle relazioni molteplici che essa suppone non siano regolate da certe **norme obbligatorie**, e queste garantite da una forza superiore ; 0, in altri termini, quando le relazioni **sociali** non costituiscano altresì rapporti giuridici difesi da un potere coercitivo esteriore. Ora in quanto **la Società si concepisce organizzata politicamente per la tutela del Diritto sorge la nozione di Stato**.

5. — Fermati questi principii, vediamo di trarne certe conseguenze fondamentali, le quali integrano l' idea di Stato dianzi sommariamente esposta. Ed in primo luogo si rileva come le due nozioni di Stato e Società, coincidono per estensione, ma differiscono per la portata. L' elemento *materiale* è, difatti, identico ; così la Società come lo Stato sono costituiti da una data quantità di individui che sono insieme la monade costitutiva dell' uno come dell' altra ; la differenza è affatto relativa al punto di vista scientifico da cui si considerano in rapporto allo scopo che devono raggiungere. Errano perciò quelle scuole che fanno dello Stato un **organo sociale**, confondendolo con **governo** (confr. n° 18).

6. — Lo studio ulteriore è tutto inteso a integrare giuridicamente questa determinazione della nozione di Stato, che è fondamentale per la scienza nostra, Sara in seguito determinato, in virtù di criteri che qui sarebbe prematuro di esporre, come questo Stato costituisca un organismo sui **generis**, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi : e da tutti

questi criteri sorgerà completo il concetto della *personalità giuridica dello Stato*, presupposto anch'esso essenziale della scienza nostra. Ma anche dalla semplice posizione di termini che sinora abbiamo fatto può ricavarsi questo principio, dal quale sorge il carattere essenzialmente *giuridico* del nostro studio.

7. — Abbiamo difatti stabilito corno fino essenziale dello Stato l'attuazione, in senso larghissimo, del Diritto nella convivenza sociale. Vero è dire che il Diritto si sviluppa in virtù di leggi autonome e in virtù di una forza propria: ma ciò non esclude l'altra verità, cioè che quella coazione esterna, senza cui non esiste alcuna norma giuridica, non può esistere che in seno allo Stato. Se dunque ogni istituto giuridico viene, non diremo creato, ma certamente *riconosciuto* dallo Stato, bisogna dire che lo Stato costituisce esso stesso un istituto giuridico, anzi l'istituto giuridico per eccellenza. E se ad esso spetta la tutela del Diritto, bisogna che esso sia dotato di attribuzioni che lo rendano idoneo a tal fine, o, in termini correlativi, bisogna che egli abbia il godimento di Diritti ad esso spettanti per virtù propria e che, sinteticamente considerati, costituiscono il *Diritto dello Stato*.

8. — Lo stato è dunque un istituto giuridico, ed è un soggetto capace di Diritto; nei quali termini è già compresa la nozione di *personalità giuridica dello Stato*. In mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi dello sforzo e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità. Così nello Stato l'idea di popolo si concepisce come un tutto organico dotato di vita propria, di propria coscienza, di propria forza, nel tempo stesso effetto ed espressione suprema del Diritto.

CAPITOLO II.

La genesi dello Stato.

Determinazione dei criteri metodici.

9. — La nozione di Stato, grandemente complessa com'è, riguarda molteplici discipline delle quali noi non vogliamo invadere il campo. Appartiene, quindi, alla storia del Diritto l'esame del succedersi delle varie idee *di Stato* nell'età diverso e presso diversi popoli; appartiene alla filosofia del Diritto l'esame delle varie *dottrine* che, intorno allo Stato, si sono seguite, e dei loro rapporti colle generali teorie filosofiche.

10. — Tuttavia un lato di quest'ultimo esame ha interesse non lieve **anche** per noi. Senza istituire una **vera** storia critica delle diverse teorie sullo Stato, **importa** assai confrontare la nozione che noi ce ne siamo **formata** con due altre, dominanti ai tempi nostri. Questo confronto servirà da un lato a meglio chiarire le idee che abbiamo **esposte**, e dall'altro a separare nettamente **la** scuola nostra da quelle altre; e così, nelle particolari trattazioni, intendere facilmente i criteri che ci guidano. Sicchè in questa ricerca noi comprendiamo quell'**esame** che ordinariamente si fa dagli scrittori intorno al *metodo* che bisogna tenere nello studio della scienza nostra. Il modo diverso di concepire lo Stato, questo presupposto essenziale del Diritto pubblico, risponde, come è naturale, ad un criterio metodico diverso, che esercita poi un'influenza decisiva su tutte le altre parti della nostra disciplina.

11. — La prima di queste teorie è quella **dell'** origine *contrattuale dello Stato*. Questa teorica, che si collega **con** le scuole del Diritto **naturale** del secolo XVI, **apparsa** da aspetti diversi e con diversi temperamenti

ai suoi vari sostenitori, ebbero la forma logicamente più perfetta e storicamente più famosa nel *Contratto Sociale* di G. G. Rousseau. Importa innanzi tutto rilevare che quando si afferma che lo Stato origina da un contratto, non s'intende già accennare ad un fatto storico, ma ad una *genesi metafisica*,¹ come *metafisico* per eccellenza è il metodo scientifico che a quella scuola è proprio. Il postulato fondamentale è il seguente: lo Stato riposa sulla volontà individuale dei consociati; conseguenza naturale è la seguente: col venir meno di questa volontà vien meno lo Stato.

12. — Secondo che a questa volontà si dà, con una presunzione assoluta, un contenuto diverso, la teoria contrattuale può venire alle più opposte conseguenze: se si presume con l' Hobbes che, nel dar vita allo Stato, l'individuo rinunzia ad ogni suo diritto, avremo una teoria *dispotica*; se si presume col Grozio e con il Locke che si stabilisce un certo rapporto bilaterale, avremo una teoria *liberale*; se si presume col Rousseau (e in verità più logicamente, date le premesse) che ogni diritto individuale è inalienabile o imprescrittibile e che perciò i singoli, con un semplice atto di volontà, possono far *tabula rasa* di ogni governo e magistrato esistente, avremo una teoria *radicale*. Ma queste diverse conseguenze *politiche*, per quanto storicamente importantissime, non hanno interesse scientifico dal punto di vista attuale; fermiamoci più tosto a considerarne il postulato fondamentale, che del resto è comune a tutti quei sistemi particolari.

13. — Poiché la genesi dello Stato riposa Sulla volontà dei singoli consociati, no viene innanzi tutto che

¹Questo dimenticano quegli avversari della teoria contrattuale che credono di averla distrutta domandando ironicamente in quale archivio si conservi e presso quale notaio si è stato stipulato il famoso contratto sociale.

la teorica contrattuale è *individualistica*. L'idea dell'individuo antisociale precede e domina l'idea dello Stato sociale, il quale non si forma che sotto l'impero di una dolorosa necessità e per evitare mali maggiori. A tale postulato, la teoria nostra contrappone quest'altro: l'individuo, indipendentemente dalla Società, è un'idea, non solo storicamente non probabile, ma *nepure astrattamente concepibile* (n° 3): lo Stato forma un complemento necessario ed una naturale derivazione della vita individuale.

14. — Poiché lo Stato si considera come la somma di volontà individuali e queste dan vita cos] al legame dell'obbedienza politica come al fatto della coesistenza sociale, ne viene che le due nozioni di Stato e di Società per la teoria contrattuale coincidano e si confondano in un'idea unica: la vita dello Stato ha un'esistenza precaria appunto perchè dipendente dalla volontà, sia poi di un uomo (Hobbes) o di una maggioranza (Rousseau). Per noi invoco l'idea di Stato differisce essenzialmente da quella di Società in quanto non è la giuridica integrazione ed è quello un organismo che vive di una vita propria, il cui sviluppo è determinato da proprie leggi, le cui forme sono dipendenti dalla necessità dello sviluppo storico.

15. — L'altra teoria dominante nei tempi moderni e che costituisce anch'essa in base di uno speciale metodo di indagine scientifica è quella detta *sociologica*, di cui il capo scuola è H. Spencer che la derivò immediatamente dal *sistema positivista* di A. Comte. Per essa, la Società è un organismo sorto dalla naturale evoluzione, in modo analogo agli altri organismi individuali; lo Stato agisce come *organo d'integrazione* dell'organismo sociale, ubbidendo anch'esso all'influenza di quelle leggi generali che governano l'evoluzione, quali la lotta, per l'esistenza, l'eredità o l'adattamento all'ambiente,

16. — Dal punto di vista metodico gravi differenze ci separano da questa scuola. Il punto di partenza è comune: cioè che io studio dei fenomeni sociali e giuridici deve fondarsi sulla osservazione dei fatti, risalendo da essi per via di induzione ai principii che li regolano. Ma la differenza essenziale tra In scuola nostra e la sociologica sta in ciò, nel sapere a quale ordine di fatti bisogna far capo onde servirsene in questo procedimento scientifico. La scuola sociologica muove da un presupposto, cioè l'identità delle leggi che regolano l'evoluzione, salvo le modificazioni rese necessarie dai variare della materia, cui quelle leggi si applicano. Si potrebbe osservare che questo presupposto è già viziato dal pregiudizio metafisico, poichè quell'affermazione potrà giustificarsi come divinazione di un fine ultimo, cui lo sviluppo scientifico potrà pervenire; ma per ora non si può certamente dire che io stato attuale di tutto io scibio permetta la ricostruzione positiva di una sintesi così arida e sicura.

17. — Preoccupata da questo principio d'identità, la teorica dello Spencer vuole riattaccare in icgge sociologica a quella biologica, che costituirebbe l'anello immediato con cui essa si riattacca all'evoluzione generale. Da ciò quell'altro presupposto, che base scientifica per la valutazione delle leggi sociali sia l'individuo, direttamente soggetto a questa legge biologica. Confrontando l'uomo sociale con l'uomo extra-sociale, sottoposto quindi alla pura legge biologica, si potrà con un criterio di sottrazione determinare tutto ciò che la società è venuta, per così dire, aggiungendo all'individuo; e per ciò la legge sociologica medesima. Strana manifestazione della prepotenza della logica! Una scuola che venne affermandosi in recisa antitesi con la metafisica va a finire a quel principio medesimo che è proprio ad una teoria metafisica per eccellenza, cioè la

ricerca di un individuo extra-sociale. E in questo esame la teoria sociologica non ci sembra che sia stata più felice dell'altra. Si procede allo studio delle condizioni degli attuali popoli barbarici, presso i quali si presume che l'influenza sociale sia minima e quindi più facile il prescindere ed ottenere così una base positiva per ricostruire questo tipo extra-sociale. Ma a parte le difficoltà, forse insormontabili, di raggiungere una scientifica e generale certezza intorno le condizioni sociali di quei popoli, pare in primo luogo che un'organizzazione sociale, sia pure primitiva, eserciti tuttavia un'influenza così vasta e complessa da riuscire sempre arbitrario questo processo di eliminazione delle qualità sociali dalle extra-sociali. In secondo luogo poi si domanda come mai dalla considerazione di popoli destinati a rimanere indefinitamente in condizioni sociali barbariche, si possa risalire alla ricostruzione delle leggi che regolano le società civili. Ci pare che in ciò esista una vera e radicale contraddizione, la quale spiega come, malgrado l'ingegno sovrano e la straordinaria cultura dell'autore di essa, questa parte della teorica spenceriana non sia riuscita a risultati generali scientificamente importanti.

18. — Così è che malgrado la radicale differenza formale, le conclusioni a cui la teoria sociologica arriva sono sostanzialmente identiche a quelle della teoria contrattuale. Abbiamo visto come la concezione dello Stato sia, nell'una e nell'altra, individualistica; e nell'una come nell'altra la nozione di Società finisca per assorbire quella di Stato. Nella teoria spenceriana, la Società è l'organismo e lo Stato l'organo integratore: il che contravviene a quel principio fondamentale da noi già fermato e per il quale le due nozioni di Stato e di Società coincidono per estensione, differendo per qualità, e per cui lo Stato non è una parte della Società (or-

gnno), ma bensì la Società medesima in quanto raggiunge una giuridica organizzazione (n° 5).

19. — La confutazione che noi abbiamo fatto dell'una e dell'altra di queste teorie estreme, ci schiude la via alla determinazione della teorica nostra e dei principii fondamentali metodici a cui s'ispirerà il nostro studio. Noi respingiamo ogni presupposto metafisico, tendente alla ricostruzione puramente ideale dei nostri istituti sulla base di criteri subiectivi. I fenomeni sociali, per quanto sostanzialmente diversi dagli altri ordini di fenomeni naturali, hanno tuttavia con essi questo tratto di comune: che sono regolati da leggi non mutabili, le quali se la scienza vuole rintracciare, uopo è che si serva di quel metodo sperimentale e induttivo, che fa capo innanzi tutto all'accertamento e allo studio dei fatti. Ma a quale ordine di fatti bisogna ricorrere? Qui noi, diversamente dalla scuola sociologica, opiniamo che ogni ramo di scienza ha un ordine di fatti che lo è proprio, su cui deve principalmente fondare la propria teoria. Il ricorrere alle leggi ricavate da un ordine di fatti ad altre scienze spettanti, può qualcho volta essere utile, ma l'abusarne è da un lato pericoloso, e dall'altro lato ledè il principio della divisione del lavoro scientifico, il quale, chi ben guardi, è una delle essenziali condizioni dello studio positivo di una scienza.

20. — So queste premesse son vere, noi domandiamo: quali ordini di fatti sono propri alla sfera delle scienze nostre? Potrebbe in generale dirsi che i fenomeni sociali e giuridici trovano la loro espressione nei fatti storici; ma venendo ad una determinazione maggiore, poichè l'obiettivo immediato della nostra scienza è il Diritto, bisogna vedere su quali elementi di fatto il Diritto riposi per potere così dedurne il criterio metodico, che andiamo cercando.

21. — Tutte le teorie metafisiche si sforzano a far rion-

trare i fenomeni giuridici nella cerchia delle loro leggi 'universali. Noi rinunziamo a risalire a tale sintesi altissima. Per noi, il Diritto si concreta negli istituti giuridici, che ne sono la manifestazione immediata. E noi vediamo che l'istituto giuridico, indipendentemente dal riconoscimento esteriore che in uno stadio sviluppato gli viene dall'autorità suprema dello Stato, l'istituto giuridico, noi diciamo, riposa originariamente sul sentimento generale della comunità, la quale trova che quei determinati rapporti, uopo è che si risolvano con quella norma determinata. Così il Diritto trova la sua prima espressione nella *consuetudine*, forma oramai subordinata come fonte *positiva* del Diritto, ma che tuttavia ha una grandissima importanza dal punto di vista metodico, in quanto ci dimostra la formazione spontanea del Diritto. Data questa base, agevole riesce spiegarsi come lo sviluppo posteriore del Diritto si uniforimi alle modificazioni di siffatta coscienza giuridica popolare, che a sua volta si uniforma al lento e continuo mutarsi dei rapporti, cui la norma giuridica si riferisce per regolarli.

22. — Così la scuola, cui noi apparteniamo, è quella così detta *storica*, la quale a noi appare come un'applicazione particolare del metodo induttivo alle scienze giuridiche. Fondata dal Savigny, ma con punti di vista particolari, questa teorica non ha certamente avuto nè quello sviluppo, che pure le è necessario, nè quelle applicazioni di cui è capace. Da ciò quella certa vaghezza in taluna delle sue nozioni essenziali, che gli oppositori di essa le rimproverano, come difetti inerenti e indivisibili dai suoi principii informatori. Non è qui certamente il luogo di ricostruire la teorica: ci basti augurarci che a questo scopo si rivolga l'attenzione dei giuristi, e procediamo ad una breve applicazione di questo criterio metodico alla nostra teoria dello Stato.

23. — La consiilernziona storica dello sviluppo dello vario razze umane ci dimostra come l'organizzazione politica è una forma la quale costantemente raggiungono certi popoli in certi stadi di civiltà. Ci mostra altresì come l'attitudine a costituire una tale organizzazione a farla progredire varia notevolmente da popolo a popolo, e varia con l'attitudine di un tinto popolo a raggiungere un grado più eminente di civiltà. Così, mentre certi popoli barbarici pare che si siano fermati a certe organizzazioni primitive, di cui può dubitarsi se costituiscano o no uno Stato, questa forma ha invece raggiunte le sue forme più complesse e più progredite in quella razza, la quale certamente a tutte le altre sovrasta, cioè nella razza ariana.

24. — Lo studio delle antichità ariane, fatto in base ai criteri della filologia comparata e al confronto delle più remote tradizioni a noi pervenute, basterebbe a dimostrare come la prima forma di organizzazione politica abbia avuto per base la famiglia, intesa non già nel senso moderno, ma come un piccolo tutto organico, rigorosamente subordinato all'autorità del capo di famiglia, e di cui facevano parte non solo i figli e i nepoti, ma altresì gli estranei, che vi si aggregavano per averne sussistenza e difesa (clientela), e tutto il patri-monio familiare che stava in rapporto alla famiglia, in quel nesso organico con cui il territorio si concepisce in rapporto allo Stato.

25. — Questa forma rudimentale si connette con una organizzazione più larga, in cui il vincolo dell'obbedienza ha ancora per fondamento principale i vincoli del sangue, ma questi si son fatti più remoti, e la sfera delle persone soggette si è considerevolmente allargata. Questo secondo momento suppone dunque lo stato di convivenza di più famiglie, discendenti da uno stipite comune, *tribù, clan, gens*; viene finalmente il terzo

stadio in cui la subordinazione è oramai diventata esclusivamente *politica*, in cui si afferma l'esistenza di un potere *sovrano*, avente una ragione autonoma all'obbedienza dei consociati: sorge lo Stato.

26. — Di questa evoluzione conserva tracce nitidissime e ce ne dà un ricordo storico indiretto, ma prezioso, la costituzione politica di uno dei più grandi popoli, cioè il romano. Quando esso comincia ad avere una storia, già lo *Status romanæ reipublicæ* si è in verità formato; ma il passaggio dalle altre forme rudimentali è così vicino, che i caratteri salienti di queste si conservano meravigliosamente. Da ciò il carattere evidentemente politico della famiglia romana: *unità organica* che trova la sua espressione nel *pater familias*, che esercita, sui suoi sottoposti, poteri che con vocabolo moderno chiameremmo giurisdizionali, e che si riassumono in quella formola così espressiva: *pater familias in domo dominium habet*. E la *gens* conserva altresì la sua autonomia nei giudizi propri e persino nei propri riti religiosi (*sacra gentilicia*) e sino a potere intraprendere una spedizione armata per conto proprio, come fece gloriosamente la gente Fabia, quasi tre secoli dalla fondazione della città.

27. — Così questa semplice considerazione storica ci dimostra lo Stato sorgere come effetto naturale e spontaneo di una storica evoluzione, ed il confronto con le vicende di altri popoli primitivi conferma una tale dimostrazione. È dunque una forma di giuridica convivenza, la quale un popolo raggiunge in un determinato stadio di sua civiltà; e, così affermatosi, noi vediamo lo Stato svilupparsi, crescere, deperire come ogni altro organismo, e vediamo altresì come le forme ultime di politica organizzazione da certi popoli raggiunte passano come eredità in altri popoli, i quali alla lor volta wiluppandole, l'idea di Stato con un processo secolare,

ma continuo, va diventando sempre più complessa, raggiunge le forme odierne, le quali confrontate coi tipi primitivi apparirebbero sostanzialmente diverse e quasi ex novo create, mentre invece una semplice considerazione delle forme intermedie ce ne dimostra il legame non interrotto. Naturale dunque l'origine, lo manifestazioni, lo sviluppo: ecco quanto a noi basta per dare un fondamento scientifico alla teoria dello Stato. Così, in antitesi a tutte le scuole individualistiche, noi non subordiniamo l'esistenza di esso alla manifestazione della volontà individuale, la ricaviamo bensì da una ragione di essere autonoma, che fa di quello un organismo avente proprie leggi ed un modo proprio di sviluppo.

CAPITOLO III.

Classificazione delle scienze di Diritto pubblico, sociali e politiche. — Ordine giuridico e ordine politico.

2s. — Importa grandemente stabilire su basi certe gli elementi sistematici di una scienza, e in particolare della nostra, in quanto uno dei difetti che in essa principalmente si lamentano è la mancanza di una sfera scientifica rigorosamente determinata. Perciò, prima ancora di venire alla definizione del contenuto proprio di essa, crediamo conveniente premettere lo studio relativo ai confini che la separano dalle altre alline e fra cui la confusione può riuscire più facile, ed è di fatto avvenuta. Perciò non immoriamo su talune distinzioni, la cui portata è così semplice che non ha dato mai luogo ad alcun serio dubbio. Così è per la distinzione fra il Diritto pubblico o il Diritto privato. Può avvenire

la confusione nell'attribuire, nei vari esami particolari, un criterio pertinente al Diritto privato con uno che il Diritto pubblico concerne, ma ciò dipende da un'erronea valutazione dei principii medesimi e non già dalla loro posizione sistematica, la quale, ripetiamo, non dà luogo a dubbio. Ed essa fu già posta dai giuristi romani, sicchè la scienza posteriore poco o nulla vi ha aggiunto. *Publicum ius, così lasciò scritto Ulpiano in fr. 1, § 2, de iust. et iur. (1, 1), est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* Dunque il contenuto essenziale e la nota caratteristica del Diritto pubblico in antitesi al Diritto privato sta in ciò che l'uno ha per oggetto lo Stato, l'altro i rapporti fra privati.

29. — Così non presentano difficoltà altre distinzioni affatto obiettive. Così per il Diritto internazionale che si distingue dal Diritto pubblico interno, in quanto il primo suppone la relazione fra più Stati, mentre lo studio dell'altro si limita alla vita giuridica di uno Stato soltanto; Così per il Diritto penale, che suppone l'infrazione delittuosa del Diritto, i modi di accettarla e reprimerla?

30. — La nostra attenzione deve dunque principalmente rivolgersi ai rapporti sistematici che passano fra le così dette scienze di *Diritto pubblico interno, sociali e politiche.* La ragione per cui questa distinzione presenta insieme maggiore interesse e maggiore difficoltà è che tutte queste scienze hanno un contenuto materiale identico, e le differenze loro, comunque gravissime, hanno una esclusiva ragione sistematica, sicchè se il sistema non è rigorosamente determinato, la confusione riesce inevitabile. E crediamo opportuno a questo riguardo avvertire che in questi argomenti non solamente sono incerti i limiti reciproci fra le scienze, ma nemmeno la terminologia può dirsi assolutamente determinata, sicchè, a modo di esempio, occorre nor

di rado di sentir chiamare il Diritto costituzionale scienza « sociale » o « politica: » le quali denominazioni non ad esse dà senso dell'uso comune, un errore sbisognerebbe naturalmente evitarlo se queste espressioni dà t e c n è c o

— detto iamo tutti questi vari ordini i s c i e n z a hanno un contenuto materiale identico. Difatti esse hanno per oggetto del loro studio le due nozioni di Stato e Società, che noi abbiamo visto materialmente coincidere, comunque grave sia la loro distinzione (confr. n° 5). Ora quella classificazione scientifica, che noi dobbiamo stabilire, uopo è che muova dalla valutazione dei modi diversi con cui queste nozioni sono da queste varie scienze studiate.

32. — Un primo ordine di scienze ha per oggetto lo studio della Società e dei rapporti diversi che questa nozione suppone (n° 4). Tipo di questa maniera di scienza è *l'Economia politica*: vi si aggiungo la *Statistica* e quella *Sociologia*, il cui organismo scientifico non è ancora adulto, ma che sarebbe destinata a rendere grandi servigi se ne fosse bene inteso il fine ed appropriato il metodo. Tutte queste scienze si chiamano *sociali*; e come noi sappiamo che la Società non è un organismo giuridico, così esse sono altresì prive di qualsiasi carattere giuridico.

33. — Un secondo gruppo di scienze studia esclusivamente lo Stato, prescindendo dai rapporti sociali, nella sua organizzazione, nella sua vita. Esse sono il *Diritto costituzionale* e la *Politica*. Ma accanto a questi due ordini di scienze che studiano separatamente quelle due nozioni, sta un terzo ordine, il quale suppone lo studio dei rapporti che fra lo Stato e la Società naturalmente si stabiliscono. In quanto dunque lo Stato

ha una missione da adempiere nei rapporti sociali, sorgono due scienze: il *Diritto amministrativo* e la *Scienza dell'amministrazione*, la quale è poi l'ultima venuta in questa serie.

34. — Fin qui i rapporti appaiono netti e precisi: la difficoltà maggiore nasce quando si tratta di distinguere fra loro le scienze comprese in questi due ultimi ordini scientifici, i quali, distinti fra loro nel modo che si è detto, contengono però rispettivamente due altre scienze, cioè il Diritto costituzionale e la *Politica* da un lato, il Diritto amministrativo e la *Scienza dell'amministrazione* dall'altro lato. La portata della distinzione appare qui a noi identica, così nell'uno che nell'altro rapporto, e risponde a quella distinzione, per i nostri studi fondamentali, tra *ordine giuridico* e *ordine politico*.

35. — Lo studio scientifico della vita di quel grande organismo, che è lo Stato, dà luogo ad un'osservazione che a prima vista sembra racchiudere una contraddizione insormontabile, ma che risponderebbe a quell'antitesi fra l'io e il non io, che ha tanto affaticato le scuole metafisiche. Da un lato, le leggi che regolano la vita di quell'organismo appaiono naturali e necessarie, prodotto ultimo ed inevitabile di una *evoluzione* storica (confr. n° 27). In questo senso altresì i vari rapporti, cui lo Stato dà luogo, paiono improntati allo stesso carattere di necessità, per cui con logica, obiettiva ed assoluta certezza, dato un popolo determinato, in un determinato ambiente, esso ha un insieme di istituzioni politiche, la cui portata, i cui termini, il cui contenuto deve necessariamente esser quello.

36. — Ma un'osservazione anche superficiale rivela nella vita dei popoli un'attività auto-cosciente per cui essi, lungi dal rassegnarsi, inerti, a quest'azione delle leggi naturali, reagiscono poderosamente su di esse; hanno la coscienza della loro libertà, libertà di scelta

tra varie istituzioni, libertà, soprattutto, nel modo di adattare, modificandole, ai loro bisogni. Da ciò quel lavoro incessante, quell'attività febbrile, maggiori dove maggiore è lo sviluppo civile ed intellettuale di un popolo, o rivolte alla valutazione dei pregi o dei difetti di una forma politica, dei mali che affliggono lo Stato e dei mezzi onde rimediarvi.

37. — L'antitesi di questi punti di vista apparirebbe insormontabile, salvo che con criteri metafisici. Ma l'indirizzo positivo, a cui noi apparteniamo, non si cura di ridurre ad armonia queste antinomie: ad esso basta l'osservazione e la constatazione di queste due verità, solo che ad ognuna di esse fa corrispondere due ordini scientifici diversi. Su queste basi noi fondiamo la distinzione fra ordine giuridico e ordine politico: l'uno suppone lo studio di rapporti naturali e necessari, l'altro la variabilità di essi a seconda della coscienza attiva della ricerca subiettiva. Così il Diritto costituzionale si distingue dalla Politica, o così anche (modificando naturalmente i termini, pel variare del contenuto) il Diritto amministrativo dalla Scienza dell'amministrazione.

38. — Ma per quanto la distinzione fra Diritto e Politica sia certamente grave ed essenziale, bisogna dire che essa, date almeno le odierne condizioni della scienza, potrà difficilmente indurre una separazione formale fra le due scienze. Da troppo tempo quella distinzione è stata inosservata; e per ciò una così grande quantità, di criteri politici si è introdotta nella sfera giuridica e viceversa, che, ripetiamolo, dato il senso e la portata.

* Su quest'ultima distinzione qui non immoriamo perchè estranea ai fini propri di questo lavoro. Rinvieremo il lettore, che desidera studiare una più larga applicazione di questi principii, al nostro articolo *Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione nell'Archivio giuridico*, XXXVIII, fasc. 5 e 6.

che attualmente ha la scienza nostra, sarà difficile, e forse impossibile, creare una *scienza della Politica*, completamente distinta dal Diritto costituzionale. Ciò potrà farsi quando quella parte generale, che alla scienza nostra rimane, sarà venuta meno per dar luogo ad una *scienza del Diritto pubblico positivo di uno Stato determinato* (confr. appresso n° 41). Ed anche allora potrà meglio conseguirsi una forma più specifica di scienza politica, la quale, conforme del resto ai suoi fini, potrà rivolgersi allo studio delle politiche condizioni di un dato popolo in un dato momento storico.¹

39. — Ma, nello stato attuale del Diritto costituzionale, il prescindere completamente da criteri politici non sarà possibile, appunto per l'indole generale che l'informa. Difatti, dato un istituto politico, la nostra scienza lo studia anzitutto nel suo contenuto essenziale, e poi nello vario legislazioni in cui esso si è attuato. L'uno e l'altro di questi studi hanno una portata essenzialmente giuridica. Il primo in virtù del suo contenuto medesimo, per una ragione che diremo *originaria*, il secondo per una ragione che diremo *derivata*,

¹ Crediamo degno di molto interesse rilevare che mentre i tentativi della ricostruzione generica di una scienza della Politica non si può dire che abbiano avuto molta fortuna (ricorderemo di questi tentativi i due più importanti, HOLTZENDORFF, *Die Principien der Politik*, tradotti ora in francese, Parigi 1888, e BLUNTSCHLI, *Die Politik als Wissenschaft*, tradotti in francese e in italiano), sono invece classici e possono valere come modelli del genere parecchi studi politici speciali. Così fra i lavori stranieri, basti citare quelli del Tocqueville sulla Democrazia in America e del Gneist sulla *Politica* inglese rapporto ai corpi locali. In Italia abbiamo gli studi in questo genere insuperati del Machiavelli: fra i moderni ei può citare l'ammirevole scritto del BALBO, *Della Monarchia rappresentativa in Italia* (Firenze 1857) che l'autore con giusta intuizione della distinzione sistematica, intitolò *Saggi politici* e che contiene difatti uno studio d'indole strettamente politica intorno l'applicabilità della forma rappresentativa alle condizioni presenti d'Italia.

la quale è che il commento positivo di una legge è per sè stesso uno studio giuridico, indipendentemente dal vero contenuto della legge medesima. Ora il passaggio dai principii giuridici generali all'attuazione di essi in leggi positive, implica una valutazione politica, che non sarà possibile di trascurare, se non si vuole che il proprio studio resti monco e slogato. Se non che queste considerazioni pratiche non solo non tolgono il valore alla distinzione da noi fatta, ma ne accrescono anzi l'importanza. Appunto perchè nella nostra scienza è per ora inevitabile far capo a criteri politici, tanto più è necessario che il giurista non dimentichi la sua qualità e il suo compito, e che quegli ordini diversi si tengano distinti, e si stia in guardia contro l'equivoco e l'errore di confondere i criteri politici con i giuridici, sicchè qualche volta si è ridotti al punto da domandarsi, in vista di certe trattazioni, se una scienza che s'intitola *Diritto costituzionale* sia o non sia una scienza *giuridica!* Noi, da parte nostra, abbiamo messo la maggior cura nel tenere distinti quei due ordini, come al lettore occorrerà più ¹e perciò diamo una grande importanza a che sia ben tenuta presente la ragione che a ciò ci muove, e il senso che noi vi diamo,

CAPITOLO IV.

Definizione della scienza.

40. — Da tutto l'anzidetto, sorgerebbe già spontaneamente la vera definizione della scienza nostra. Essa avrebbe per oggetto lo studio del *Diritto, che compete*

¹ Confr., p. es., n¹ 86, 122, 140, 181, 233, 265, 311, 333, 334, 414.

allo Stato, o, più brevemente, del Diritto dello Stato. Concetto che gli scrittori tedeschi riproducono esattamente con la parola *Staatsrecht* e che, con espressione nostra, potrebbe dirsi « Diritto pubblico, » semplicemente. Vero è che l'uso comune da a quest'espresso un significato assai più largo, comprendendovi anche il Diritto penale, il Diritto internazionale, l'Ordinamento giudiziario. Ma nulla vieterebbe di pigliare quell'espressione in senso stretto, il quale poi (ed a ciò non si è posto mente) corrisponderebbe al senso del Diritto romano, che primieramente fissò quella distinzione, e che disse *Ius publicum* quello relativo ad uno Stato determinato (ad *Statum rei Romanæ spectat*). Si avrebbe così il grande vantaggio di abbandonare l'espressione a Diritto costituzionale » che è per vari rispetti viziosa e ha dato luogo ad equivoci, come appresso vedremo.

41. -Concepita così la nostra scienza come *Diritto dello Stato*, essa si presterebbe ad una naturale distinzione, la quale trova riscontri analoghi in tutti i rami delle scienze giuridiche, ma avrebbe una ragion speciale per la scienza nostra. Difatti la nozione di Stato può concepirsi indipendentemente da ogni forma positiva: in questo senso, la teoria dello Stato avrebbe per oggetto gli elementi essenziali di esso, i principii cui s'informa, i tipi principali storici in cui si è affermato con maggiore riguardo ai tipi moderni. NB si dica che questo studio si comprenderebbe nei limiti della così detta filosofia del Diritto. Questa scienza si concepisce come una grande sintesi, nella quale la teoria dello Stato figurerà solo nei suoi dati fondamentali, che a questa sintesi la riconnettono; mentre quella scienza generale dello Stato, di cui noi tracciammo i limiti, sarebbe una scienza che studierebbe di proposito tutte le teorie subordinate che lo Stato suppongono ed avrebbe perciò una ragion d'essere autonoma. E poichè in essa la no-

zione di Stato è presa *in generale*, potrebbe questa scienza chiamarsi *Diritto pubblico generale*. Dall' altro lato la scienza potrebbe avere per oggetto, come avviene nel campo del Diritto privato, l' ordinamento giuridico di un popolo determinato: avremmo allora il concetto di un *Diritto pubblico positivo*, il quale, pur giovandosi di opportune comparazioni e raffronti, sarebbe tuttavia particolare ad ogni Stato determinato, e, per noi, sarebbe il *Diritto pubblico italiano*.

42. — Questa distinzione, come ognuno vede, appare semplicissima e razionale, ed ha fatto un' eccellente prova in Germania, dove, accanto all'*allgemeines Staatsrecht*,¹ è sorto ed ha vita rigogliosa ed autonoma il *deutsches Staatsrecht*.² Tuttavia in Italia questa distinzione non è stata adottata; e il concetto della scienza si è tolto ad altri criteri, prevalenti principalmente nella scuola francese. Fedeli a quei proponimenti che noi ci siamo prefissi (confr. *Introduzione*, pag. 10), noi, volendo per quanto è possibile conformare il presente studio ai criteri prevalenti nell' odierno indirizzo scientifico italiano, procctiamo ora all' esame della definizione in esso prevalente, augurandoci che il futuro indirizzo si uniformi a quegli altri, che superiormente abbiamo esposti e che ci sembrano astrattamente assai preferibili.

43. — Poichè il nostro studio dovrà limitarsi ai soli scrittori italiani, noi rileveremo in essi tre tipi di de-

¹ A questo genere, che più si avvicina al tipo italiano, appartengono le opere di Bluntschli (*Allgemeine Staatslehre* e *Allg. Staatsrecht*), di Mohl (*Encyklopedie der Staatswiss.*), di Seydel (*Grundzüge einer allg. Staatslehre*), e, in un certo senso, anche i trattati non recenti di Diritto pubblico germanico che trattavano con una certa larghezza lo scorio generali della scienza: così è per esempio il *D. Staats-und Bundesrecht* di H. A. Zachariæ.

² Tali sono i trattati di Gerber, Laband, Rönne, Schulze, fra i recenti.

finizione, in cui i limiti della scienza nostra sono intesi sempre più ristrettivamente. Intendono alcuni il Diritto costituzionale come quello che studia « la costituzione dei paesi liberi » (Casanova, Palma); altri « la costituzione degli Stati retti con forma rappresentativa (costituzionale) » (Arcoleo, Brunialti); altri a la costituzione degli Stati retti con la forma monarchico-rappresentativa » (Saredo). Quale sia il criterio scientifico da cui si fa discendere questo senso più o meno largo di intendere la scienza, è difficile rilevarlo: noi cercheremo di stabilire siffatto criterio, riferendo la teoria italiana alle considerazioni generali da noi fatte. In altri termini, mantenendo ferma la base che il contenuto essenziale della scienza nostra è il Diritto dello Stato, noi cercheremo di stabilire quale sia l'idea di Stato cui la teoria italiana si riferisce, cercando così di conciliare i termini che noi crediamo obiettivamente esatti con quelli attualmente dominanti nelle scuole italiane.

44. — Confrontando quella idea di Stato, a cui, secondo ognuna di quelle tre maniere di definizione, si riferisce la nostra scienza, con le idee di Stato generale e di Stato positivo, noi troviamo che la più larga fra esse è ristretta di fronte all' idea di Stato generale, e d'altra parte la più ristretta fra esse è larga di fronte all' idea di Stato positivo. Difatti, estendendo lo studio del Diritto costituzionale alle sole costituzioni dei popoli liberi, non abbiamo più l' idea di Diritto pubblico generale, il quale studia tutte le forme di Stato, quindi anche le non libere e le semilibere. E dall' altro lato, anche limitando la scienza al solo studio delle forme monarchico-rappresentative, non si può dire che si abbia per oggetto solo il Diritto pubblico italiano, ma altresì in generale quello delle altre attuali monarchie rappresentative.

45. — Una base scientifica alla teoria italiana potrà quindi darsi supponendo che essa tenda a fondare una

nozione di Stato, la quale, se si permetta l' espressione, sarebbe *intermedia* fra le due estremi di Stato generale e di Stato positivo: nozione, la quale sarebbe ristretta e concreta rapporto alla prima, larga ed astratta rapporto alla seconda. Questa nuova nozione di Stato noi chiameremmo la nozione dello « Stato moderno. » La scienza non avrebbe per oggetto un' idea assolutamente astratta di Stato e non abbraccerebbe tutte le forme di esso, vissute nel tempo o esistenti nello spazio; e neppure si limiterebbe all' ordinamento giuridico di un popolo determinato. Essa studierebbe un tipo di Stato quale sorge dalle condizioni politiche odierne dei popoli inciviliti, principalmente europei ed americani.

46. — Data questa base alla teoria italiana, noi abbiamo un criterio scientifico per scegliere fra i tre tipi suddetti di definizione. Un esame anche superficiale delle condizioni in cui in generale versano quei popoli, onde si ricava l' idea dello Stato moderno, mostra che la forma politica onde essi si reggono è la rappresentativa. Pare quindi che sia da preferirsi quel secondo tipo di definizione, per cui il Diritto costituzionale debba riferirsi non a tutte le forme libere e neppure alla forma monarchico-rappresentativa, ma bensì alla forma rappresentativa in generale.

47. — E difatti, una volta accettata l' astrazione di Stato moderno, una volta che non si vuole arrivare sino al concetto di un Diritto pubblico positivo, qual mai ragione potrà consigliare il limitarsi alla sola forma monarchico-rappresentativa? E se tutte le forme libere sono ammesse come oggetto del Diritto costituzionale, non si avrà più evidentemente la nozione di Stato moderno; ma in tal caso perchè non venire senza altro

¹ Quest' idea dello « Stato moderno » fu molto felicemente messa in evidenza dal Mosca, *Le Costituzioni moderne* (Palermo, 1887), pag. 1 e segg.

all' idea di un Diritto pubblico generale, comprendente altresì lo studio anche delle forme dispotiche o semilibere? Alcuno degli scrittori darebbe a quest' esclusione un senso ostile verso le forme dispotiche affermando che esse sono a non conformi a ragione. » Ma queste preoccupazioni subiettive non possono avere **accoglimento** in uno studio scientifico; e non si può non riconoscere come naturali, fisiologiche o, se così vuoi, « conformi a ragione » forme politiche nelle quali lungamente taluni popoli si sono adagiati, e in cui tuttavia durano. Il non essere queste forme più applicabili alle condizioni politiche nostre non è una buona ragione per negar loro obiettivamente il fondamento del Diritto.

48. — Possiamo quindi concludere definendola scienza che formerà l' oggetto del nostro studio, in una maniera che è l' effetto di un reciproco temperamento fra le varie esigenze, che abbiamo rilevato. Diciamo dunque che il Diritto costituzionale è per noi quella scienza, che studia l' ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo moderno, con particolare riguardo alla costituzione positiva dello Stato italiano.

CAPITOLO V.

Lo Stato e il Diritto costituzionale **italiano**.

Fonti di esso.

49. — Lo studio storico delle tradizioni politiche di uno Stato, in generale così importante e così fecondo e per cui tanta importanza ha per la scienza nostra la storia costituzionale inglese, ed in parte anche la tedesca, la francese, l' americana, ha in Italia un interesse quasi nullo, per quanto riguarda la valutazione delle odierne condizioni politiche. La ragione è abbastanza ovvia. Lo

Stato italiano manca di tradizioni storiche, non solamente per quanto riguarda la costituzione politica, ma per quanto riguarda l'esistenza dello Stato medesimo. In ciò la condizione nostra è incomparabilmente peggiore di quella di altri popoli, presso cui la mancanza di tradizioni dirette si limita solo alla forma di governo. Così è che lo studio dell'*Ancien Régime* ha potuto in Francia dare non poca luce a molte delle istituzioni vigenti e soprattutto a quelle dell'ordine amministrativo. Dappoichè, data la continuità della vita dello Stato, le grandi crisi rivoluzionarie possono interrompere e attenuare, ma non estinguere, la forza delle tradizioni. L'esistenza dello Stato italiano invece non conta che pochi anni di vita.

50. — Questa difficoltà viene ancora aggravata da un'altra. Anche presso altri popoli, i quali hanno solo raggiunto in tempi moderni l'unità di popolo e presso i quali manca, come in Italia, la tradizione storica, così della forma politica come dello Stato medesimo, si riscontra almeno nelle varie frazioni in cui furono divisi uno sviluppo analogo e l'esistenza di certi nessi, ora deboli, ora forti, nei quali la vita di quel popolo, qualunque scisso, può ricondursi ad una relativa ed astratta unità: questo può dirsi del popolo tedesco. Se non che neppure questa, che diremmo simultaneità di sviluppo storico, si riscontra fra le varie parti nello quali l'odierno Stato italiano fu per secoli diviso. Nel mezzogiorno d'Italia prevalse e durò la forma monarchica con la tendenza ad una costituzione più unitaria, e, principalmente in Sicilia, la forma rappresentativa poté raggiungere una pienezza e uno splendore, che trova un confronto in certi secoli della costituzione inglese. Nella parte settentrionale invece prevalse nel medio o da un lato la forma repubblicana dei comuni, dall'altro lo sminuzzamento feudale in piccole signorie, gli uni

e le altre aspiranti ad un'indipendenza irrequieta. L'esistenza poi di uno Stato teocratico, forte di una grande influenza spirituale, lo straniero invasioni e dominazioni furono anch'esso cause non ultime che determinarono quella straordinaria varietà di sviluppo storico, la quale, aggiungendosi alle divisioni esistenti ed aggravandole, fe' sì che, come si è accennato, ben si può dire che la tradizione storica al presente Stato italiano manchi assolutamente. Il che può tanto più confortarci dei risultati ottenuti e renderci meno pessimisti e più pazienti nel valutare e nel sopportare i mali delle attuali nostre condizioni politiche.

51. — L'odierno Stato italiano, quantunque nel fatto sorto da un procedimento rivoluzionario, tuttavia, formalmente, esso venne costituito per mezzo dell'allargamento successivo di un piccolo Stato, il quale aveva davvero una vita scolara. Sia per mezzo di volontarie annessioni di popoli, che avevano cacciato i loro antichi sovrani, sia per mezzo di annessioni conseguite con la forza delle armi o con trattati internazionali nel 1859, 1860, 1866, 1870, l'antico Regno di Sardegna venne a poco a poco estendendosi sull'Italia tutta, proclamandosi Regno italiano nel 1861. E fu allora che con grande senno politico questa continuità dello Stato, sia pure formale, dappoichè altrimenti non poteva conseguirsi, venne gelosamente curata, non mutandosi nel nome del Re il numero relativo alla serie dei suoi predecessori e collegando la serie delle legislature parlamentari con quella del Parlamento subalpino.

52. — Lo stesso avvenne per la forma politica. Fondamento costituzionale del novello Stato rimase quel medesimo Statuto che il 4 marzo 1848 era stato accordato ai suoi popoli dal re Carlo Alberto, e mantenuto tra le gravi vicissitudini degli anni che seguirono. Quello Statuto, come in generale gli altri del

tempo, fu formulato a simiglianza della *Carta francese*, la quale aveva introdotto la forma rappresentativa inglese con temperamenti che rivelavano una certa diffidenza contro gli elementi democratici. Nel Regno subalpino invece, e fu questa insieme grande fortuna e grande merito dei reggitori, la concessione di queste franchigie costituzionali, se fu nella forma analoga alle altre del tipo, ne differì per la sostanza, e ciò ne assicurò la durata. Essa non fu strappata al Re dalla violenza di un popolo in rivolta: quando la reazione, dovunque prevalente, avrebbe permesso alla Corona, forse con immediato vantaggio, di revocarla, vi rimase fedele non solo, ma ne assicurò lo sviluppo, piuttosto nel senso liberale che autoritario. Così sino dai suoi primordi la forma del nostro Stato fu non semplicemente rappresentativa, ma altresì parlamentare (confr. n° 298) e permise che si raffermassero quei vincoli di affetto e di fiducia fra il popolo e il principe, che permisero la grande opera del risorgimento nazionale, e che soli possono garantire l'esistenza, la tranquillità e la forza dello Stato recente.

53. — Quali sono le fonti di questo nostro Diritto costituzionale così formatosi? Questo esame, che noi faremo con particolare rapporto allo Stato italiano, ha una portata scientifica generale, e può valere altresì per quanto riguarda le *fonti del Diritto costituzionale* in generale. Per altro, questa materia ha avuto un largo sviluppo nel diritto comune, i cui principii si applicano alla nostra materia. Così noi distingueremo la *legislazione*, in *consuetudine* e la *giurisprudenza* (in senso largo, comprendente non solo la giudiziaria, ma altresì la parlamentare, e il così detto *Diritto scientifico*).

54. — In uno Stato progredito, fonte principale del Diritto è la *legge*, cioè la dichiarazione di una norma giuridica fatta con segni esterni e rivestita di un impero as-

soluta dalla competente autorità dello Stato (confr. n° 167). Tutte le leggi che regolano il Diritto pubblico dello Stato (fatta eccezione di quelle che hanno rapporti colla pubblica amministrazione) sono una delle fonti della scienza nostra. Oltre lo Statuto citato che contiene le fondamenta della costituzione le principali leggi di ordine costituzionale sono le seguenti: Legge elettorale 22 gennaio 1882; legge sull' incompatibilità parlamentare 13 maggio 1877; legge sulle prerogative del sommo Pontefice e sulle relazioni dello Stato colla Chiesa 13 maggio 1871; regolamenti interni del Senato e della Camera dei deputati; legge sulla stampa dei 26 marzo 1848 colle modificazioni posteriori; legge sulla Corte dei Conti dei 14 agosto 1862; di pubblica sicurezza dei 20 marzo 1865; sulla lista civile, 5 febbraio 1868 con le posteriori sino al 31 maggio 1877; oltre le varie leggi che garantiscono o limitano la libertà dei cittadini, come quelle sulla leva, sulla giuria, molte disposizioni di diritto e procedura penale, sull'espropriazione per causa di pubblica utilità, ec. ec. A questa fonte di Diritto si possono aggiungere quelle generali ordinanze che il potere esecutivo emette nei limiti delle proprie attribuzioni: tale per esempio il R. decreto 25 agosto 1876 che regola le attribuzioni del Consiglio dei ministri, o dei 4 gennaio 1880 che attua il principio costituzionale dell' inamovibilità dei giudici.

55. — Seconda fonte del Diritto è la *consuetudine*. Quanto abbiamo detto sull' origine generale del Diritto spiega e dimostra l'importanza grandissima che ha la consuetudine; e per gli elementi generali che la costituiscono rimandiamo ai trattati generali di filosofia del Diritto. Qui solo importa di avvertire come la consuetudine ha nel campo del Diritto privato perduto praticamente quasi ogni importanza. Ciò si deve al sistema dei Codici, il presupposto dei quali è appunto di voler

regolare con una dichiarazione espressa tutti i possibili rapporti che possano nel fatto verificarsi. Invece la consuetudine conserva nel campo del Diritto pubblico un'importanza pratica grandissima. La ragione di questa differenza è duplice. Unn si riferisce alle condizioni particolari delle fonti legislative del nostro Diritto pubblico. Mentre il Diritto privato si collega, con una relazione non interrotta di più secoli, col Diritto romano, e si giova quindi del mirabile sviluppo sistematico di esso, il nostro Diritto pubblico manca quasi affatto di rapporti tradizionali, e ha dovuto prendere per modello leggi di altri popoli con un procedimento non di rado precipitoso, anzi abborracciato: per la quale ragione il sistema legislativo riesce da un lato incompleto, dall'altro lato difforme con le vere tendenze dello spirito nazionale: difetti cui una consuetudine può rimediare. La seconda ragione poi ha una gravità maggiore, come quella che è inerente alla natura medesima del Diritto pubblico. Difatti molti dei principii di esso, e per avventura fra i più gravi ed importanti, sfuggono ad una dichiarazione precisa ed assoluta, e mal si prestano a essere contenuti nella rigidità di una formula. Così è che molta parte del Diritto pubblico inglese si fonda sulla consuetudine; così è che nella nostra Italia medesima la consuetudine conserva una efficacia non lieve; anzi, non di rado, nel corso del nostro studio vedremo persino posta e risolta negativamente la quistione se convenga o pur no regolare con legge alcuni rapporti del Diritto pubblico (confr., p. cs., n° 206, 327). La consuetudine agisce poi tanto come *innovatrice*, quanto come *abrogatrice* (*desuetudine*): come esempi del primo genere basti ricordare che il principio medesimo per cui il governo parlamentare si forma, cioè l'accordo fra il Parlamento e il Gabinetto, non si trova scritto in nessuna legge; come esempi del secondo, i diversi articoli dello

Statuto i quali non sono più osservati senza che alcuna legge lo avesse espressamente dichiarato (art. 1°, confr. n° 386; art. 28, 2° comma, confr. n° 391; art. 53 confr. n° 195; art. 77 in fine e 80).

ci. — Viene Analmente la giurisprudenza la quale, come abbiamo ricordato, abbraccia così i pronunziati dei collegi giudiziari, come le deliberazioni parlamentari, e finalmente il Diritto scientifico inteso come elaborazione delle varie fonti del Diritto e raffronto cosciente di esso cogli istituti giuridici corrispondenti e colle leggi o consuetudini analoghe di altri popoli. Nel corso del nostro studio avremo non di rado occasione di ricorrere a queste fonti, mostrandone praticamente l'importanza e il modo di usarle (per la giurisprudenza giudiziaria confr., p. es., n° 171 in nota, per la giurisprudenza parlamentare, n° 235 e 404).