

55
V. E. ORLANDO

~~6372~~

DIRITTO PUBBLICO' GENERALE

SCRITTI VARI
(1881-1940)

COORDINATI IN SISTEMA

14
D
7



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1940 - xviii

LIBRO II.

**SUL SISTEMA E SULLA CLASSIFICAZIONE
DELLE SCIENZE DI DIRITTO PUBBLICO**

I.

DIRITTO PUBBLICO GENERALE E DIRITTO PUBBLICO POSITIVO (*).

I. - L'antitesi tra i due termini che costituiscono il titolo del presente capitolo — antitesi, nella quale si afferma meno un'autonomia assoluta di due scienze contrapposte che una specialità ben distinta di metodi, di indirizzi, di sistemi — ha avuto, in Italia, una manifestazione obiettiva, che si riferisce direttamente all'autore di queste pagine. Così, gli è sembrato non inopportuno il rievocare tali ricordi personali, confidando che l'efficace riscontro dei fatti che con essi si collegano, elimini quell'impressione sgradevole, che tali ricordi suole accompagnare, come quelli che in generale indicano vanagloria scientifica.

Quando anni or sono io ascendeva la cattedra di Diritto Costituzionale dell'Università di Modena e leggevo la mia prolusione, **inauguravo** con essa non solo quel corso, ma la mia vita stessa d'insegnante: della prolusione era argomento la questione del metodo e del sistema (1). Prevaleva allora in Italia l'indirizzo ch'era stato ed era in onore tra gli scrittori francesi sin dalla prima creazione della cattedra stessa del diritto costituzionale e per il quale questa scienza era costituita da contributi tolti a varie scienze affini;

(*) Il contenuto essenziale di questo scritto formi, oggetto della prolusione letta all'Università di Roma, inaugurando il corso di Diritto pubblico interno nel 1901; fu poi riprodotto, con modificazioni ed aggiunte come *Introduzione alla traduzione italiana della Dottrina generale dello Stato* del JELLINEK, Milano, 1921.

(1) Ordine giuridico e ordine politico, prolusione letta nella R. Università di Modena, il 4 dicembre 1885.

se mi si permette un paragone tolto alle discipline nostre, il diritto costituzionale rassomigliava ad uno Stato formato da popoli diversi per razza, religione, civiltà, interessi, e malamente cementati. Frammenti di filosofia del diritto e di filosofia della storia si mescolavano con molta politica più o meno scientifica e con elementi di natura economico-sociale; mentre una scienza nuova, la sociologia con audacia giovanile veniva invadendo il dominio delle scienze di Stato, incontrando deboli resistenze nel campo del diritto costituzionale, che, nel suo tempio politeistico, si era affrettato a consacrare un altare dedicato a quelle nuove idee. In tali condizioni, la mia prolusione annunziò un'idea, che per la sua semplicità ed evidenza sarebbe potuta sembrare persino banale e che, in breve e alla buona, si esprimerebbe così: poichè insegnamo *diritto pubblico*, mostriamo che il sostantivo c'entri per qualche cosa e che la disciplina nostra, nonchè il nome, sia, di fatto, una scienza *giuridica* anch'essa. Torna alla mente, e davvero a proposito, l'aneddoto dell'uovo di Colombo.

Eppure, se in quel giorno il neofita dell'insegnamento avesse con giovanile baldanza esclamato col Poeta:

Forse retro da me con miglior voci...

non avrebbe veduto, nell'avanzar degli anni, andar dispersi l'augurio e la speranza, poichè un'isperata fortuna arrise alla semplice idea e molti — e valenti — l'accosero, un largo movimento scientifico n'ebbe impulso, sorse una scuola. Questa non si racchiuse, intollerante ed esclusiva, nella sua rocca, per lanciar di colà l'anatema a quanti foscero di fuori; non alimentò odii accademici; non oppose barriere ad estranee correnti di pensiero: chiese soltanto che la si lasciasse lavorare in pace. E l'opera, quand'anche tuttora incompiuta, fiorisce non di meno nel suo rigoglio e, nel novero delle varie letterature internazionali, tiene con onore il suo posto.

Intanto, nel 1903, veniva per la prima volta istituita in Italia, nell'Università di Roma, una cattedra speciale di *Diritto pubblico generale*, il cui contenuto si pone, immediatamente e di per sè, in antitesi al *Diritto pubblico positivo*: ed io ebbi l'onore di assumere, per primo, quell'insegnamento. Fu come un'espiazione del tentativo

da me fatto di restringere il campo del diritto pubblico ai soli istituti viventi la vita concreta ed effettiva delle norme vigenti? O si dovrà ritenere che l'idea filosofica, che in certi concetti e sistemi quasi si confonde con l'idea di Dio, riprenda l'uomo nelle più tarde fasi del suo pensiero scientifico, allo stesso modo che l'appressarsi dell'ora del giudizio trasforma il libertino in un santo? Si riproduce forse così, nella sfera individuale dell'io, quel processo di ritorno verso la speculazione filosofica, che, secondo un'osservazione comune, avviene per lo spirito contemporaneo?

Non nego che tutte queste ipotesi siano possibili: affermo, tuttavia, che non sono necessarie. Quando la scuola del diritto pubblico positivo non la si giudichi attraverso gl'intendimenti che le attribuiscono coloro che vogliono più facilmente combatterla, sarà facile riconoscere non solo che l'esistenza gagliarda ed autonoma di essa non è per nulla incompatibile con la esistenza di una dottrina del diritto pubblico generale, ma che anzi da questa attinge sicurezza e forza. Ciò fu da me stesso avvertito immediatamente e spontaneamente in tempi non sospetti; e questa citazione di una opinione manifestata molti anni or sono varrà certo ad eliminare il dubbio, se non la malignazione, che il presente atteggiamento celi un disinvolto accomodamento delle mie idee a necessiti scientifiche, prima non avvertite o trascurate.

Scrivo, infatti, nei miei *Principii di Diritto costituzionale* (1889, § 41): « Conceputa 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 ragione speciale per la scienza nostra. Difatti, la nozione di Stato può concepirsi indipendentemente da ogni forma positiva: in questo senso, la teorica 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. *Nè 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 derivanti dall'**esistenza** dello Stato come **condizioni** o presupposti di esso; ed avrebbe perciò una ragion d'essere autonoma. E **poichè** in essa la nozione 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 confronti, sarebbe tuttavia particolare ad ogni Stato determinato, e, per noi, sarebbe il *Diritto pubblico italiano*». Così io scrivevo allora; ed ora, se a taluna di quelle **proposizioni** credo possibile dare una forma più precisa e più esatta, nella sostanza, per altro, il mio pensiero rimane del tutto identico.

E, in verità, se ogni concetto si completa logicamente per via della sua stessa antitesi, e se l'idea di « generale » si contrappone all'idea di « particolare », può, in un certo senso, dirsi che una scienza del diritto pubblico generale in tanto può esistere come autonoma, in quanto, come tale, esista pure una scienza del diritto pubblico positivo. **Certe letterature** non hanno nè l'una nè l'altra, così come **le opere** di certi autori non possono annoverarsi all'una scuola nè all'altra, per la semplice ragione che quelle letterature e quelle opere contengono, nel tempo stesso, tanto di diritto positivo quanto basta per non essere più diritto generale, e tanto di questo quanto occorre per non esser più quello. Ma quando, invece, si sia con rigoroso metodo riconosciuta e costituita una dottrina, la quale studi: il diritto pubblico individuato in **uno** Stato positivo e reale, **la** necessità sistematica, che assicura l'autonomia di essa, cagiona, di per sè sola, la necessaria esistenza di un'altra dottrina, che consideri non già questo o quello Stato nel suo individuale modo di essere, ma lo Stato nei suoi caratteri essenziali e perciò comuni a tutti i singoli Stati, e di tali caratteri ricerchi la natura giuridica, così come, attraverso le scienze **parti-**

colari che trattano degli esseri viventi, una scienza generale investiga ed esamina **le** leggi uniformi regolatrici della vita.

II. - Ma se non è difficile, restando **nei** campo puramente sistematico, intendere la possibilità di queste due discipline, distinte, ma **pur** convergenti nel fine e quindi pacificamente coesistenti, s'intende pure d'altra parte, come sotto l'influenza di particolari condizioni del momento scientifico, l'un ordine di **studii** prevalga sull'altro per estensione e per intensità, in un determinato periodo. Sotto questo riguardo, si **deve** riconoscere che il momento, che ora il diritto pubblico attraversa, è contrassegnato da un vero movimento di ritorno verso le teorie generali: movimento, il quale si dimostra simultaneo nelle varie letterature contemporanee. Minore impressione questo fenomeno potrebbe destare in Francia, dove lo spirito della cultura e le tradizioni di scuola sono, più che altrove, disposte a trasportare le forme di astrazione politica nello studio degli istituti giuridici **propri** dello Stato. Ma deve appunto apparire singolarmente notevole che, mentre la Francia, rimasta per lungo tempo sdegnosamente chiusa alle influenze dell'indirizzo positivo del diritto pubblico, vi si viene man mano convertendo, **sic-**chè in grande onore comincia a tenere la **letteratura** tedesca, ed attende con fervore alla ricostruzione del proprio diritto positivo in questo momento, per l'appunto, colà un'opera sia venuta a rimettere in campo **bruscamente** tutte le questioni generali sulla natura dello Stato: accenno **all'opera** del Duguit, che così vivace eco di simpatie e di consensi ha suscitato anche in Italia. **Nè** meno notevole ancora è il diffondersi di quest'ordine di considerazioni e di **studii** presso gli Anglo-sassoni. Forse, per il loro rigido ossequio al principio **dell'age quod agis**, la letteratura relativa alla scienza dello Stato si era presso di loro mirabilmente sviluppata in quelle due forme estreme, in rapporto alle quali tanto il diritto positivo, come noi lo intendiamo, quanto il diritto generale, rappresentano già zone intermedie. All'uno estremo sta lo studio del diritto inglese, studio di diritto positivo **certain-**mente, concepito però non come un sistema di principi e d'istituti giuridici — il che già supporrebbe una generalizzazione — ma **sol-**

tanto come un insieme di **statuti**, di casi, di precedenti, di risoluzioni. I commentarii del Blackstone trattano del Parlamento e della Corona nel medesimo titolo in cui si discorre del marito e della moglie; assai frequentemente i trattati più che di diritto amano chiamarsi di giurisprudenza, e, quale che sia il titolo, giurisprudenza parlamentare contengono le opere notissime del Todd e dell'Erskine May; ed anche pei più recenti, come per l'Anson e il Dicey, il diritto costituzionale non è che l'esposizione delle regole concrete, legali o convenzionali, com'essi dicono, secondo le quali si regge la monarchia inglese. All'altro estremo stanno, poi, i grandi filosofi della Politica e dello Stato, da Hobbes, da Lockr, da Bentham, a Bagehot, a Stuart Mill, ad Herbert Spencer. Tuttavia, in opere recentissime, come nei *Primi principii* del Lilly e nella dottrina dello Stato del Wilson, si manifesta la tendenza a stabilire le teorie fondamentali dello Stato come oggetto di una propria trattazione, indipendente così dalla raccolta ed esegesi di regole positive come dal vasto piano di una vera filosofia politica.

Ma, senza dubbio, l'insegnamento più significativo ci viene dalla Germania, dove più complessa, più vasta, più organica è stata l'elaborazione del diritto pubblico, come scienza. La vecchia letteratura del secolo XVIII e della prima metà del XIX, come aveva trovato l'espressione di *ius publicum universale*, così l'aveva svolta, sotto l'impero delle teoriche del diritto naturale, nelle opere del Böhmer, del Pütter e del Kreittmayr discendendo giù giù fino al Bluntschli, quasi nostro contemporaneo e che già par così antico da essere argutamente chiamato *l'ultimo dei Mohicani*, come quegli che con cura devota e fedele raccolse l'eredità di una razza, la quale pareva destinata ad estinguersi. E, difatti, mentre la coscienza nazionale maturava ed affermava l'unità dell'impero germanico, la scienza giuridica ne elaborava i principii. Già il Gerber coi suoi *Grundzüge*, che ci si presentano come una sintesi **poterosa**, gettava il ponte fra il diritto pubblico generale e il diritto positivo, e negli ultimi 25 anni del secolo XIX si moltiplicano le opere del *Deutsches Staatsrecht* e degli Stati particolari: basti ricordare quelle del Hänel, del Meyer, del Rönne, dello Schulze, dello Zorn e, massima fra tutte, del Laband. Il Seydcl, ingegno per la sua stessa forte

originalità meno disciplinato e che sin dal 1873 aveva pubblicato la sua ammirevole *Allgemeine Staatslehre* entra anch'egli e resta nel grembo della tendenza dominante, destinando gran parte della sua attività posteriore al diritto pubblico bavarese. Sicchè, per un quarto di secolo perdurò quasi incontrastata la tendenza verso le trattazioni di diritto positivo; di qualche rara opera di diritto generale, che apparse in quel periodo con scarsa fortuna, si potrebbe ben dire che una rondine non fa primavera. Ma proprio in quest'ultimo decennio avviasì e si agita uno spirito nuovo; e anche a prescindere da opere, che quegli argomenti generali trattano con fini più propriamente polemici come quelle del Gunpłowicz e dello Stammler, ben quattro opere sistematiche appaiono, quasi simultanee, di *Allgemeine Staatslehre*: quattro dottrine generali dello Stato, del Rehm, dello Schmidt, del Menger e del Jellinek, nomi autorevoli ed opere notevolissime, e tali da poter ben dare una propria caratteristica ad un periodo scientifico.

111. - Con troppo ristretto ed unilaterale criterio si giudicherebbe di questo simultaneo risveglio degli **studii** di diritto pubblico generale, se si restasse nei limiti della pura metodica giuridica. Il fenomeno, indubbiamente, ha intime rispondenze con uno stato generale dello spirito moderno e si collega con quel procedimento intellettuale, che dal particolare assorge al generale e da questo all'altro discende, con quell'alterna vicenda di temporanee prevalenze or dell'uno or dell'altro **induzzo**, onde si compone la storia dell'umano pensiero. L'analogia organica, che è stata applicata allo Stato, può anche valere per tutto il vasto e complesso scibile umano, che appare quasi come **un organismo**, in cui le scienze particolari abbian funzione analoga a quella dei sensi, la filosofia a quella della coscienza. Il qual paragone — sia detto di passaggio — può contentare anche coloro che alla filosofia non credono, giacchè vi è pure stato chi abbia giudicato la coscienza come un epifenomeno. Ora, fra l'attività periferica, che sarebbe rappresentata dalle scienze e quella centrale, che sarebbe rappresentata dalla filosofia, vi è uno scambio variabile di azione e di reazione, di flusso e di riflusso. Un tempo, le correnti centrifughe

prevalavano sulle centripete ed era la filosofia che dominava sulle scienze particolari: in un'epoca a noi immediatamente prossima, il rapporto si era invertito. Oggi che la tendenza **filosofica** appare risorta, **specialmente nel** campo delle discipline che un tempo le furono più fieramente avverse (cioè in quelle sperimentali ed esatte), dobbiamo dire che si prepari un nuovo dominio dell'astratto sul concreto, del generale sul particolare? Dobbiamo dire con Felix Dahn che la filosofia, come la ((bella addormentata nel bosco)), stia per attendere il prossimo arrivo del giovane principe liberatore, che rompa la malia funesta e le ridoni nuova vita ed illimitata potenza? O deve prevedersi, come per fermo sarebbe da augurare, **che** si componga il dissidio e risulti una conciliazione fra la filosofia dei filosofi, secondo l'arguta espressione del Wundt, e la filosofia degli specialisti, di guisa che l'una e l'altra, pur non arrivando mai a confondersi, si avvicinino sempre più, sino ad incontrarsi?

Non spetta a noi il soffermarci sulla valutazione dell'arduo problema. Certo, ove si riconosca che ogni procedimento dal particolare al generale avvicina alla filosofia, la stessa denominazione della scienza, di cui ora dobbiamo occuparci, può indicare un passo intermedio fra lo studio positivo e lo studio filosofico del diritto. Ma faremo noi per ciò consistere il diritto pubblico generale in una filosofia dello Stato. **come** lo Schulze ed altri, specie tedeschi, che ritengono equivalente l'*Allgemeine Staatslehre* alla *Philosophische Staatslehre*? O faremo noi consistere la scienza stessa in una specie di transazione eclettica fra lo studio positivo e quello filosofico, creando un tipo astratto di Stato, desunto per via speculativa, di guisa che, tornando indirettamente alla filosofia, il « tipo » di Stato si tramuti in un'« idea » dello Stato?

Noi non accogliamo nè l'una nè l'altra tendenza. Può, sotto un certo aspetto, e l'abbiamo già detto, la scienza del diritto pubblico generale considerarsi **come** una zona intermedia fra il diritto filosofico e il diritto positivo, ma senza confondersi nè con l'uno nè con l'altro. **Noi** non la concepiamo come una frazione così formulata: diritto filosofico, più diritto positivo, diviso **due**. Ma crediamo, invece,

che a quella scienza competa un campo proprio e determinato di cognizioni e d'indagini, in guisa ch'essa abbia assicurata la sua autonomia, pur conservando sempre rapporti di stretta affinità con altri ordini di studi più immediatamente prossimi: il che, per altro, **avviene** per tutte le scienze.

Il nostro intento e il nostro metodo, adunque, non sono filosofi&' nel senso proprio di questa espressione. Noi **crediamo** che di **un** sistema filosofico, pur potendo disgiungersene le varie parti per comodità di trattazione, tuttavia sempre permanga l'intima **unità** del vincolo che la regge. Le idee filosofiche in tanto hanno un valore, in quanto si coordinano le une alle altre nell'unità del sistema. Ed ogni sistema contiene, quindi, la sua filosofia del diritto e la sua filosofia **dello** Stato; ma la filosofia resta sempre tutta e indivisibile in ciascuna sua parte. Lo si confesserà più o meno apertamente; ma, in ogni **caso**, il concetto filosofico di Stato non rappresenterà che un'applicazione di una legge generale, secondo la quale si concepisce regolato l'universo. Una meccanica di atomi produce l'universo, una **meccanica** d'idee determina la coscienza, una meccanica di atti umani **deter-**mina lo Stato. Reciprocamente, le leggi naturali sono un caso **parti-**colare della finalità mondiale, e l'universo intero si considera **come** una immensa **coordinazione** di **mezzi** ad un fine; ed allora lo **Stato** appare tutto informato da quel medesimo concetto teleologico. **Ne** segue che, **se** il diritto pubblico generale dovesse coincidere col diritto **filosofico**, tanto varrebbe negare la vera e propria autonomia di quella scienza, per tramutarla in una sezione di un sistema filosofico. **Dovrà**, invece, dirsi l'opposto, quando avremo dimostrato che la nostra **scienza** muove anch'essa dalla considerazione di fatti non diversi da **quelli** donde muove il diritto positivo; bensì — e qui sta la distinzione — essa li studia con **propri** scopi, con propria determinazione, con metodi **propri**. La vera difficoltà, secondo noi, sta non tanto nel distinguere il diritto generale dal diritto filosofico, quanto, per contrario, nel distinguerlo dal diritto positivo, **poichè**, in più ampio senso, positivo deve pur esserne il contenuto, se davvero esso costituisce una scienza particolare.

E, soffermandoci a considerare il fenomeno dello Stato, ci è dato scorgere attraverso le forme particolari di **vita**, onde i singoli Stati si determinano e si differenziano, caratteri essenziali e comuni: **sicchè** potrebbe veramente dirsi che, *attraverso* gli *Stati*, *esista lo Stato*. E a chiarire questo concetto giovi l'analogia cui abbiamo accennato: nelle svariate forme onde ci si presentano gli esseri organici, animali o vegetali, appare **come** elemento comune il fatto stesso della vita, che, appunto nei suoi dati generici, **potè** sembrare sufficiente per creare un'apposita scienza: la biologia generale. E la **differenza** che esiste fra i due ordini di fenomeni, messi in paragone;— tale da consentire che si possa più facilmente ammettere, anche per semplice intuizione, una scienza dello Stato **anzichè** della vita. Ed invero, la ricerca dei caratteri e dei fatti comuni a tutti gli esseri, dal batterio all'uomo, incontra tali e tante difficoltà di coordinazione, che si comprende come si sia imposta la tendenza di limitare lo studio biologico alle così dette «forme della vita elementare». Ma, nella scienza nostra, quando ci saremo liberati dal pregiudizio (e allo stato attuale degli **studi** non dovrebb'esser difficile) di attribuire l'importanza di profonde ed essenziali distinzioni alla esteriore combinazione **degli istituti** politici, potremo rapidamente e senza troppi ostacoli **isolare** quegli elementi costitutivi e comuni, **che** in tutti gli Stati **necessariamente** si riscontrano.

L'elemento della coordinazione giuridica, onde la varietà degli umani rapporti si assoggetta ad una norma regolatrice — primo e precipuo fattore dell'idea di Stato — sostanzialmente non muta col mutare delle forme concrete di Governo; ed è questo, veramente, un postulato fondamentale, di cui non dovrebbe occorrere la dimostrazione per chiunque sia appena appena versato nelle nostre discipline, **sebbene**, forse, possa sembrare non facilmente accessibile ad un'osservazione superficiale e volgare. Ma, in realtà, che il comando di Stato assuma forma di *Ukase* in Russia, di atto **dei** Parlamento in Inghilterra, di deliberazione dell'assemblea del popolo nelle democrazie dirette, l'essenza del comando non per questo muta; varia quanto si voglia la maniera dell'esercizio della sovranità, invariabile

e la natura della sovranità; e così, correlativamente, attraverso l'indeterminato mutare, nel tempo e nello spazio, di atteggiamenti e di istituti statali, l'essenza stessa dello Stato non per questo muta. Questa essenza il diritto pubblico generale, per l'appunto, si propone di studiare., desumendola non già per via speculativa, ma attraverso quelle stesse forme concrete, che **il** diritto positivo viene a sua volta studiando, con la differenza, bensì, che quello non ne fa, come questo, l'oggetto di una considerazione specifica e diretta. E quel che si afferma per il concetto centrale che anima **tutta** la dottrina dello Stato, può ripetersi anche a proposito delle altre teorie generali. Sia quale si voglia la forma che lo Stato assume, si avranno sempre e necessariamente delle persone fisiche, alle quali spetta di manifestare la volontà in nome del gruppo collettivo e di prefiggere i **fini** di esso e di disporre dei mezzi pel raggiungimento di quei **fini**: anche qui, non è difficile intuire che, quali ch'esse **siano** e comunque si chiamino queste persone fisiche, e **ciòè** Principe, Consiglio di ottimati, Assemblea di popolo, non perciò muta essenzialmente quel carattere giuridico di esse, **ond'è** possibile che la volontà loro valga **come volontà** dello Stato. E, ancora, mentre necessariamente e sempre la sovranità viene a porsi come rapporto da imperante a suddito; **d'altra parte**, di fronte al diritto assorbente ed assoluto dell'imperante, vengono ad affermarsi e a contrapporsi come categoria giuridica di un valore variabile con l'evoluzione storica e pur costante nei suoi elementi logici, i diritti dell'individuo nella sua sfera di attività patrimoniale e spirituale, sociale e politica, e quindi la teoria della sovranità s'integra con quella dei diritti del cittadino. E diventando sempre più particolare la analisi, vedremo questo diritto d'impero, unico come fonte di suprema potestà, affermarsi poi per via di funzioni distinte, in guisa che, quanto al valore obiettivo dell'atto, la manifestazione di una volontà generale viene a contrapporsi ad una particolare, la legge all'ordinanza e alla sentenza; e, quanto al **subietto** onde l'atto emana, al titolare della sovranità il mandatario di esso, all'organo dello Stato il rappresentante o funzionario; e, dalla complessa valutazione dell'insieme degli organi e degli istituti **giuri-**

dici e dei modi e dei limiti, coi quali la sovranità si attua, vedremo specificarsi i Governi nelle loro forme esteriori, che saranno dai noi considerate così nei loro momenti storici più caratteristici, come nella vita interiore che le agita, in combinazione con gl' indefiniti elementi della civiltà. E si pone in ultimo il problema dei **fini** dello Stato, non nel senso della teleologia metafisica, ma come esplicazione concreta di una energia: attività vitale, se trattasi di un organismo, impiego di forza se di macchina, ma pur sempre valutazione dinamica che segue alla valutazione statica. Ed ecco lo Stato, nella sua funzione di difesa **del diritto**: condizione, nel tempo stesso, dell'esistenza attuale del popolo e mèta del progresso futuro; e, quindi, nella sua attività sociale, non da essa determinato e dominato, **come vuole il** materialismo storico, ma neppure da essa aborrente, secondo il liberalismo arcadico: lo Stato, insomma, che, sorto per assicurare il rapporto di umana convivenza, la forza derivantegli a tal fine **dalla** società mette a disposizione della società stessa, e ne promuove il benessere, diventando educatore, industriale, commerciante, banchiere, costruttore di vie, di acquedotti, bonificatore di paludi, assuntore di trasporti. Attività da Leviathan, che va dal medicinale di Stato al teatro di Stato, strumento di sopraffazione sociale per gli **uni, stimolo di solidarietà** umana per gli altri, ora speranza, ora terrore, ora giogo che opprime, or leva che innalza, con tanta ansia invocata, con altrettanta ripugnanza temuta.

Questa indicazione analitica, per quanto sommaria, di quello **che** appare di per sè come effettivo contenuto della scienza di diritto pubblico generale, servirà — almeno io spero — a rendere immediatamente intuitivo il concetto, che, dedotto con puro processo logico; poteva forse sembrare eccessivamente sottile, o almeno non **abbastanza** chiaro. Le teorie di sovranità, di volontà generale, di amministrazione e di giurisdizione, di organo e di funzione pubblica, di libertà civile o politica, e così via, si manifestano collegate da un nesso sistematico, e così gravi e complesse, particolarmente e nell'insieme, da giustificare una disciplina apposita, che non è affatto filosofica, nel senso di pura speculazione o di necessaria **coordinazione**

zione con un principio universale, ma semplicemente diretta a studiare teorie e principi, i cui dati sono offerti dalla mera osservazione dei fatti. Nè v'è necessità di ricorrere alla costruzione di Stati ideali o a tipi di Stati, secondo la tendenza di non pochi scrittori tedeschi; la sovranità è un fatto, per accertare e studiare il quale non occorre innalzarsi sino a quell'astrazione; basta, invece, per affermarne l'esistenza, il considerare uno Stato qualsiasi. E lasciamo stare la questione subordinata — che qui non serve — se, cioè, anche per lo studio generale dello Stato, sia necessario rivolgerci, come fanno i biologi, alle così dette « forme elementari » che, nel caso nostro, sarebbero rappresentate dagli Stati primitivi, siano preistorici, siano **proto**storici, siano barbarici. Solo, di passaggio, ci sarà permesso osservare che la questione ha forse minore importanza di quella che vi si attribuisce, **poichè** se è vero che la natura delle cose si racchiude nel germe onde originano, non è men vero che tutta si rivela nel loro divenire e che, quindi, come le forme più semplici dello Stato debbono ben contenere quelle potenze, che verranno man mano svolgendosi in seguito, così tutte le forme più progredite potranno sempre ridursi agli elementi semplici originari.

IV. Se non che, stabilite in questo modo l'indole e l'estensione del campo che al diritto pubblico generale è riservato, sorge spontanea l'obiezione, se, **cioè**, quest'ordine d'indagini non sia da riconoscersi come pertinente allo stesso diritto pubblico positivo; ed appunto per la gravità di tale obiezione, noi dicevamo poc'anzi che la vera **difficoltà** non sta tanto nel distinguere il diritto pubblico generale dal diritto filosofico, quanto dal diritto positivo. E a quell'obiezione aggiunge valore la considerazione di ciò che nel fatto avviene, specie se si tenga presente la differenza profonda, che nel procedimento metodico passa fra il diritto pubblico e il privato. Che la ragione' di tale differenza sia storica e transitoria od organica e permanente, è questione che ha scarso interesse pratico, **giacchè** attualmente la differenza si riscontra e produce i suoi **effetti**. Chi, ad esempio, proceda a considerare la teoria delle condizioni richieste per la **rei vindicatio**, non

sarà preoccupato menomamente, nella sua indagine, da tutte le dispute filosofiche e sociologiche, che intorno al fondamento giuridico ed alla legittimità della proprietà si fanno con accanimento non minore di quello che avviene per lo Stato. Non così, invece, per il diritto pubblico, e non soltanto nel campo dottrinale ma nelle stesse applicazioni pratiche. A proposito di un qualsiasi ordinariissimo ritardo di un'operazione doganale, che dia luogo alla questione della responsabilità dello Stato, ecco comparire la teoria della imputabilità reale o fittizia dell'atto, e quindi la ricerca se la esistenza di una personalità dello Stato, debba qualificarsi come una « menzogna tecnica », secondo il pensiero del Duguit, o come un fatto altrettanto tangibile e naturale quanto la personalità fisica dell'uomo, secondo il Gierke. Per una qualsiasi questione di rapporti di competenza fra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa che può presentarsi ogni giorno ad ogni avvocato di mediocre attività, pare che non si possa fare a meno di ricordare la teoria della divisione dei poteri con l'immanicabile Montesquieu. E se si tratta dell'annullamento delle elezioni comunali di qualche piccolo villaggio di montagna, basta un po' di buona volontà per risalire, mediante il tramite della sovranità popolare, sino al *Contratto sociale* e a Gian Giacomo Rousseau!

Anche per via di semplice intuizione, non sarebbe difficile accorgersi come siffatto mescolarsi di teorie generali nella soluzione di questioni particolari indichi un vizio tecnico nel procedimento; ma appunto perchè il fatto appare così persistente, bisogna ricercarne e stabilirne le ragioni. E da tale indagine verrà fuori il criterio, che deve più nettamente e più sicuramente distinguere il diritto generale e il diritto positivo.

Quando la classificazione delle scienze procede, come è carattere degli studi moderni, specificandosi sempre più, un elemento va acquistando sempre maggior valore sugli altri, desunti dai **nessi** materiali del **contenuto** e da quelli formali del metodo, e cioè il criterio della funzione pratica della dottrina stessa. **Che** le scienze abbiano per **iscopo** il soddisfacimento di bisogni dell'uomo o della società, è una verità che può affermarsi ugualmente per tutte; **poichè**,

come diceva Kant, ogni interesse scientifico è pratico, e quello stesso della ragion teorica appare, condizionato alla sua pratica utilità. Ma è pur vero che, tra le scienze, alcune hanno con le necessità pratiche una relazione più immediata, in guisa da potersi anzi dire che da esse traggano la origine loro. Or, fra **queste discipline** è senza dubbio da annoverarsi, in prima linea, il diritto positivo. Certo, quando si dice che il diritto è una scienza eminentemente pratica, si dà a questa parola un significato che suona ben diverso da quello di un puro empirismo; nè si pensa di voler con essa indicare semplicemente la misura e la qualità di cognizioni che possano occorrere ad un cancelliere per accogliere un deposito di documenti, o ad un segretario comunale per redigere un processo verbale di una seduta, o ad un qualunque mestierante per compilare un commento sulla legge del bollo. Evidentemente, non è in questo senso che noi diciamo *il diritto essere una scienza pratica*; con maggior esattezza, se pure con minor brevità, dovremmo dirlo piuttosto *una scienza che ha un'immediata funzione pratica*, in quanto muove da una necessità concreta della vita, come quella che chiama il medico al capezzale di un ammalato o l'ingegnere alla determinazione del tracciato di una via. Che importa ch'essa si sia svolta nelle immortali elaborazioni di un Salvo Giuliano, di un Cuiacio, di un Savigny? L'origine è pur sempre quella: **come le scienze** fisiche, del resto, le quali, **benchè** in seguito illustrate da un Galileo e da un Newton, cominciarono con quel primo inventore, di cui per altro il mito ellenico fece un semidio, che insegnò ai primi uomini ad accendere il fuoco e a servirsene. Purtroppo, la formula democratica « libertà, eguaglianza, fraternità » non è abbastanza penetrata nel dominio scientifico: e, forse, questa concezione della funzione pratica del diritto non incontrerà favore neppure fra i giuristi stessi, cui cuoce il dispregio nel quale, per l'adempimento di quella loro **funzione**, sono tenuti dai gran signori della speculazione: dagli **antichi** metafisici e dai moderni **sociologi**, che potrebbero paragonarsi gli **uni** all'aristocrazia discendente dalle crociate, gli altri a quella finanziaria modernamente formatasi con le industrie e coi commerci. Ma, per vero, se il titolo di nobiltà acquista

maggior valore dall'antichità degli **avi** da cui si discende, ben diceva Shakespeare che il **più** nobile uomo è certamente il contadino! e allora, in quest'ordine di precedenza araldica, al contadino deve **im-**mediatamente succedere il giurista, **poichè** il primo litigio dovette nascere, io penso, subito dopo il primo raccolto.

Mentre, dunque, il diritto positivo procede risolvendo casi con l'applicazione di norme, queste hanno l'immediato loro fondamento in atti e fatti materialmente dimostrabili: ora sono documenti che si chiamano leggi o statuti o editti o ordinanze; ora è la stessa consuetudine, che, con un carattere materiale ancora più evidente, sorge da fatti ed atti molteplici costantemente ripetuti, coi quali il caso di cui si tratta, presenta rapporti d'identità o di grandissima analogia. E quando, come abbiamo ricordato, **gl'Inglese** fanno consistere il loro diritto costituzionale in un complesso di regole, essi ricordano precisamente la definizione di Papiniano, per il quale il *jus civile* romano discendeva ex *legibus, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium*. Bene è vero che il progresso della elaborazione scientifica viene poi desumendo da tali norme positive e concrete dei « principi », i quali si collegano in « istituti » e, ancora, l'insieme di questi principi e di questi istituti si coordina in un « sistema »; ed è pur vero che in tal modo ha luogo — come **quelle** stesse espressioni indicano — un procedimento di generalizzazione e di astrazione: esso, però, rimane sempre in intima connessione Col fine di meglio studiare e più sicuramente applicare le norme positive. Non *ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*: questo aforisma di Paolo è stato vero in ogni tempo e in ogni grado di sviluppo della scienza giuridica. Un sistema di principi generali, adunque, nel diritto positivo, non solo non tende a indebolire la finalità essenziale di esso, che è di muovere da norme concrete per risolvere casi specifici, ma quella, anzi, assicura e rafforza.

Tutto ciò, ognuno vede, vale o dovrebbe valere così pel diritto privato come pel pubblico. Potrà solo discutersi circa una più immediata **efficienza pratica** dei principi generali, quando essi servano a risolvere una questione, per la quale manchino non solo espresse

disposizioni di diritto scritto, ma perfino le consuetudini; sebbene anche per tali casi la pretesa che si manifesti quella che il **Köhler** voleva chiamare « forza creatrice della giurisprudenza », sia stata autorevolmente e vivamente negata. Certo è, però, che qui i **principii** generali esercitano una influenza pratica più rilevante e, quindi, per questo rispetto, è da riconoscersi una differenza notevolissima tra il diritto pubblico e il privato, almeno per noi Italiani. Il diritto privato, forte della sua ininterrotta evoluzione più che due volte millenaria, ha così provveduto e tuttora va provvedendo alla risoluzione diretta di qualsiasi eventuale rapporto di diritto, che il ricorrere ai principi generali, in applicazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari al cod. civ., ha un'importanza pratica presso che trascurabile. E allo stesso modo si spiega come qualcosa di simile avvenga pel diritto pubblico inglese, nel quale un ((precedente » accaduto sotto Edoardo il Confessore ha un'importanza assai più decisiva della più elegante e sottile elucubrazione giuridica. Il contrario deve, invece, avverarsi per quei diritti pubblici, che, come l'italiano, in riguardo alla lentezza del crescere e del rassodarsi delle istituzioni giuridiche, possono dirsi appena usciti dallo stato d'infanzia. Ma se questa è una difficoltà particolare per il giuspubblicista, la quale ne rende più delicata l'analisi e meno ferme le conclusioni, nessuna difficoltà v'è o dovrebbe esservi, per cui abbia a **restar** modificata o attenuata quella verità elementare, che fa del principio giuridico una pura e semplice derivazione da una regola concreta. La sicurezza pratica del principio sarà maggiore o minore quanto più o meno precise ed analitiche siano le regole stesse: ma la base non può esser diversa.

E' bensì da osservare come in questo processo di generalizzazione, che è proprio della tecnica giuridica, si pervenga man mano **a** teorie, le quali, quantunque muovano anch'esse da rapporti reali ed abbiano per **iscopo** di più esattamente spiegarli, hanno nondimeno dei nessi sempre più remoti e più deboli con la primordiale necessità, che abbiamo chiamata funzione pratica del diritto, cioè una norma concreta da svolgere e da applicare. E si badi: ciò vale parimenti per il diritto pubblico come per il **privato**. Tutti sanno, ad esempio,

quanto ardua sia la teoria dei diritti pubblici subiettivi: ma la nozione di diritto subiettivo ricorre pure nel diritto privato, e anche in questo non è certo meno aspra e meno dibattuta. E la stessa questione che per il diritto pubblico è addirittura fondamentale, vera chiave di volta di tutto l'edificio o, almeno, di tutto il sistema, cioè la personalità giuridica dello Stato, non si presenta anche nel diritto privato, giacchè questo deve pur considerare, ai fini dei loro rapporti patrimoniali, le così dette *persone morali*? E non è ormai acquisito alla scienza, dopo la luminosa dimostrazione del Gierke, il principio della sostanziale identità tra la massima associazione, che è lo Stato, e le particolari associazioni, che vanno dal comune giù giù sino alle ordinarie corporazioni, sorte per molteplici e svariati fini? Perché mai, dunque, il diritto privato, malgrado le medesime difficoltà teoriche, procede oltre, franco e sicuro, verso i suoi fini e non così, invece, il diritto pubblico? Per la semplice ragione che la tecnica dell'uno sa girare intorno l'ostacolo, e quella dell'altro si ostina a cozzarvi contro. Egli è che il diritto positivo, sia pubblico sia privato, appunto perchè sospinto e costretto dalla necessità della sua funzione pratica, cui non può mancare senza mancare al suo fine, ha più pronto l'istinto, direi, di non indugiarsi indefinitamente intorno a quei problemi, rispetto ad esso affatto teorici o generali, ai quali talvolta viene a trovarsi di fronte, non già, si noti bene, per necessità della sua propria funzione, ma soltanto per la più salda costruzione del suo sistema: il che è, certo, cosa diversa. Che la persona giuridica sia una realtà naturale o una finzione del diritto o che persino non esista affatto nè come realtà nè come finzione, forse per questo non esistono effettivamente i rapporti giuridici, cui quegli enti, quale che ne sia la natura, danno origine? Non nascono essi, non agiscono, non si obbligano, non ereditano? E poichè questi rapporti sono regolati da norme, non ha il diritto positivo quanto gli occorre per svolgere su di essi la sua attività scientifica? Per le esigenze sistematiche, la cui ragione e i cui limiti abbiamo dianzi stabiliti, il diritto positivo non ha bisogno di far gravare su se stesso tutta la inevitabile incertezza di quelle costruzioni teoriche. Ad esse, scientificamente,

provvede il mezzo logico della ipotesi, che non è particolare al diritto, ma a tutte le scienze sperimentali ed esatte. Le più grandi scoperte della chimica sono procedute da un'ipotesi qual'è la teoria atomica; oggi, l'esistenza dell'atomo materiale è revocata in dubbio e si vorrebbe muovere da semplici misure di energie; ma anche quando all'ipotesi tradizionale una nuova e diversa se ne sostituisse, verrebbero meno per ciò le meravigliose conquiste di quella scienza? Il concetto della specie è stato una delle basi angolari della botanica e della zoologia; eppure, quante controversie non si sono dibattute e quanti dubbi non si sono sollevati su di esso? Il Keplero formulò e abbandonò successivamente diciannove teorie sulla forma delle orbite planetarie, e l'ultima cui si arrestò, quella della forma ellittica, rimase per qualche tempo un'ipotesi. Non deve, dunque, il diritto positivo esagerarsi l'importanza che può avere la maggiore o minore certezza positiva di quei presupposti, che una scienza particolare assume per procedere oltre nelle sue dimostrazioni e coordinarle. Quei mezzi si possono rassomigliare ad una scala, che, dopo raggiunta l'altezza, vien rimossa, o, se pur si vuole, ad una impalcatura, che, dopo aver giovato alla più rapida e sicura costruzione di un edificio, vien disfatta, mentre l'altro si erge compiuto e saldo.

V. - Applicando queste premesse, crediamo si possa bene raccogliere ora la distinzione fra il diritto pubblico generale e il diritto pubblico positivo, sotto l'aspetto concreto della loro rispettiva funzione pratica. Mentre il primo deve affaticarsi lungamente intorno alla teoria dello Stato, l'altro potrebbe anche limitarsi, se, ad esempio, studia lo Stato italiano, a muovere dall'esistenza di fatto di alcune decine di milioni di uomini, conviventi su di un territorio, chiuso dalle Alpi e limitato da tre mari, sotto un complesso di leggi ed ordinamenti, che sarà, per l'appunto, oggetto del proprio esame. E, mentre l'uno s'indugia sulla teoria del fondamento della sovranità, potrebbe all'altro bastare l'affermazione che il potere sovrano in Italia è esercitato da un parlamento, da un re, da una magistratura. Che se poi, per la costruzione sistematica dei principii di diritto positivo, si rendesse necessario ri-

solvere una questione, che ha tratto indissolubile con quelle teorie fondamentali, allora soccorrerebbe l'ipotesi; ed ipotesi può essere quella della personalità giuridica dello Stato o dei diritti pubblici subiettivi. Ma tutte codeste teorie generali e codeste stesse ipotesi, che, trasportate come materia di diretto esame nel campo del diritto positivo, lo impacciano, lo perturbano, l'obbligano a una funzione penosa, come quella di un cavallo che, bendato, gira e gira sempre intorno ad un punto, muovendo faticosamente una macina, possono bene determinare e determinano, infatti, un'ampia e coordinata materia di studio scientifico, che, per l'appunto, al diritto pubblico generale sarebbe affidata. In tal modo, si soddisfa nel tempo stesso a una duplice esigenza: da un lato, si obbedisce ad una legge di necessità conoscitiva, per la quale quei problemi s'impongono fatalmente alla nostra considerazione, richiedendo una profonda ed apposita indagine analitica; e, d'altro lato, si concorre indirettamente, ma efficacemente, alla salda e gagliarda elaborazione del diritto positivo. E così pure l'una scienza e l'altra si danno la mano e, rispettivamente autonome, si sorreggono e si giovano l'una dell'altra tanto quanto, commiste e confuse, s'intralciano e danneggiano a vicenda.
