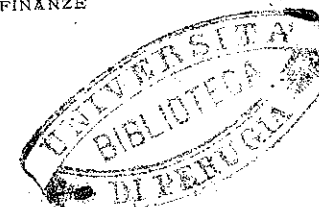


XXX
5
2

ANGELO MAJORANA

PROF. DI DIRITTO COSTITUZIONALE E DI SCIENZA DELLE FINANZE
NELLA UNIVERSITÀ DI CATANIA



IL SISTEMA

DELLO

STATO GIURIDICO

Estratto dall'Antologia Giuridica
Anno III, fascicolo 4 a 8 — 1889.

J

4239

ROMA

ERMANN O LOESCHER & C.
Via del Corso, 307.

TORINO
Via Tornaboni, 20.

FIRENZE
Via di Po, 19.

1889.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
BIBLIOTECA GIURIDICA

Coll. 3.5.0.8
Inv. 5610 R
Data _____

PROPRIETÀ LETTERARIA



A N. 313059
08
SISTEMA DELLO STATO GIURIDICO

Catania, Tip. di F. Martinez.

CAPITOLO I.

CONCETTO GENERALE DELLO STATO GIURIDICO.

I.—Indole del presente studio.

Tratto un argomento grave, che ha importanza dottrinale e pratica. Il problema dello *Stato giuridico*, come disse STAHL ed han ripetuto BAEHR e GNEIST, è il « motto d'ordine » della società moderna. (1) Se ne preoccupano gli scrittori e gli uomini di Stato: la legislazione e l'amministrazione sono sottoposte, nel loro indirizzo, alle varie positure che quel problema assume. Il concetto eminente dello *Stato giuridico* (2) si è di ordinare

(1) STAHL *Rechts-und Staatslehre* parte 2^a p. 137, 3^a ed.—pr. BAEHR *Lo Stato giuridico*, trad. it. nella biblioteca di Scienze politiche del Brunialti, v. VII. p. 285—GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* I. (trad. italiana—Bologna 1884)

(2) I tedeschi dicono *Rechtsstaat*: parola che il senatore ARTOM, nel recare in italiano Gneist, ha tradotto « lo Stato secondo il diritto ». Preferisco dire *Stato giuridico*: frase più semplice ed espressiva, malgrado che sia alquanto impropria, come vedremo più tardi. Ogni Stato è giuridico; epperò quella frase, riferita ad un sol tipo di Stato, non potrebbe avere che il valore di un' antonomasia.

uno Stato il quale in tutto e per tutto, nella sua costituzione e nella sua azione, nei suoi rapporti coi cittadini e con la società, sia, sempre e rigorosamente, sottoposto alle norme del diritto. Il concetto non è nuovo; ma, per le speciali condizioni della età nostra, acquista importanza massima e quasi nuova. Oramai sullo Stato giuridico contasi una ricca e copiosa elaborazione dottrinale; la quale, però, non sembra ancora completa nè precisa. Molto resta tuttavia a farsi, e soprattutto devesi ricostruire il *sistema*. A tale assoluta esigenza scientifica io sono ben lungi dal credere di poter soddisfare col presente mio lavoro. Questo non pretende avere altra virtù se non quella del tentativo.

II.—Cenni critici sulla letteratura dello Stato giuridico.

La dottrina dello Stato giuridico ha avuto particolare sviluppo in Germania. Certamente i germi di essa possono ritrovarsi molto lungi, nella storia del pensiero umano. A tacere delle più remote tradizioni greche e delle epoche di transizione, si può affermare che quella dottrina discenda direttamente dalla scuola del diritto naturale (1); comechè abbia assunto di poi propria figura e si sia scostata dai precedenti suoi di molto. Comuniemente si attribuisce a KANT la prima formulazione dello Stato giuridico, ed a MOHL la ricostruzione teorica (2). In KANT, come vedremo largamente, la dottrina era naturale derivazione dalle premesse filosofiche e razionali; immediatamente dopo di lui però, anzi si può dire contemporaneamente, la positura astratta dei principii comincia ad essere

(1) STEIN osserva che l'idea di Rechtsstaat è capitale nella filosofia giuridica di Germania, da GROZIO in poi (*Verwaltungslehre* I, 269, ed. 1869)—pr. GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* (ed. Bologna 1884) pag. 268.

(2) MOHL *passim* e specialmente *Geschichte und Liter. d. Staatswiss.* I. 15-18; GNEIST op. ed cit., pag. 6 e 267. Cfr. più largamente il mio scritto *I presupposti della dottrina dello Stato giuridico*. (Catania 1888).

influenzata, se non pure perturbata, dalle considerazioni politiche. Nè, per vero, queste si potrebbero eliminare, ove si rifletta che in materie per l'appunto politiche versiamo, e che qualsiasi trattazione scientifica dello Stato non può essere così determinata dalla sistematica astratta che qui e là non si impongano i varii aspetti concreti. Sarebbe anzi studio di molto momento il vedere come in Germania le preoccupazioni politiche si sieno fatte valere in una teorica che da esse apertamente vorrebbe prescindere. Infatti, se si esclude KANT (e giova ricordare l'AHRENS, anche facendo ragione al suo eclettismo) noi scorgiamo le ragioni politiche in GNEIST; che è il più recente restauratore della dottrina; e che afferma essere *millennaria* la elaborazione dello Stato giuridico in Germania, e di questo essere incarnazione quella monarchia costituzionale (1); e combatte acutamente i principii e le pratiche francesi, che chiama negazione del proprio tipo favorito; e sostanzialmente limitasi a riconoscere il valore storico della costituzione inglese. Epperò sarebbe interessante il confrontare, a proposito delle esagerazioni democratiche, come gli stessi principii razionali, bipartendosi nelle applicazioni, possano far giungere alle più opposte conseguenze pratiche e politiche. L'idea del diritto ispira così la teoria della sovranità popolare, nei suoi concetti unilaterali del mandato imperativo e dell'assorbimento di tutto nell'assemblea legislativa, come il forte organamento di uno Stato, in cui il potere governativo sia accentrato e nettamente distinte sieno le funzioni. Ed è sempre lo spirito di quei nostri veri padri intellettuali, che furono i dottori della scuola naturale del XVII e XVIII secolo, che, con varia vicenda, traspira da ogni manifestazione dottrinale contemporanea, nel campo politico.

Per tornare al punto di partenza, osserveremo che il *Rechtsstaat* ha una straordinaria virtù di adattamento. Per guisa

(1) V. particolarmente BLUNTSCHELI *La politica come scienza* L. VII cap. 4, 5.

che mentre, presso taluni, è inteso con prevalenza di principii storici (onde lo si considera come una terza fase evolutiva, dopo il *Patrimonialstaat* ed il *Polizeistaat*), e presso altri secondo veri e propri presupposti dommatici, non mancano molti che lo applichino alla intellesione e ricostruzione del puro diritto positivo. È questa, anzi, una delle cose più notabili nella letteratura odierna di Germania: i trattati di *Staatsrecht* prussiano, o tedesco, si elevano sul commento. Per lo più seguono un andamento sistematico, ma più largo che non abbiano i pandettisti, ossia con più ampi contorni, maggiori partizioni, schematica più autonoma. Notiamo fra i più recenti il GERBER (1) dalla trattazione precisa e perspicua, il LABAND (2) analista per eccellenza, il RÖNNE (3) savio contemporatore del sistema e del commento. Costoro in vario senso allargano e vivificano le trattazioni dello ZACHARIE (4), del quale giustizia vuole che si rivendichi la disconosciuta, ma reale, influenza (5).

Or qui è a notarsi che, malgrado l'usufrimento della teorica a fini particolari di politica, essa in sé ha latitudine di concetto e di esplicazioni dottrinali. Già il Mohl aveva detto che il principio dello Stato giuridico si può riferire a tutte le forme di stato e di governo (6); e lo stesso Gneist dice che quello non è compreso in una speciale forma di costituzione politica, ma esprime una generale e permanente relazione fra società e Stato (7). Molto opportunamente, in Italia, l'Orlando

(1) GERBER *Grundzüge des deuts. Staatsr.* Leipz. 3^a ediz. 1880.

(2) LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (Tübingen 1876).

(3) RÖNNE *Das Staatsr. d. deuts. Reiches*.

(4) ZACHARIAE *Deuts. Staats- u. Bundesrecht* (ed. Göttingen 1865).

(5) Richiamo, per l'analogia del sistema, l'attenzione dei lettori su un recentissimo scrittore, C. BORNHAK, *Preussisches Staatsrecht*, due vol. (Freiburg 1888-89).

(6) MOHL, op. cit. — cfr. GUMPLOWICZ, *Philosophisches Staatsrecht* (ed. Wien, 1877) p. 74.

(7) GNEIST, op. ed. cit. pag. 7.

con novità (e talvolta audacia) di applicazioni, cerca di adattare i principii dello Stato giuridico anche al governo parlamentare (1). Tuttavia, nella generalità, si ha sempre una grande incertezza nelle premesse; onde gli equivoci di cui parlava lo Schulze (2) continuano a deplorarsi in molti trattati. Veramente—pare a me—la teorica porta seco un vizio d'origine, che è dato dalla discendenza di lei dalla scuola del diritto naturale. Il carattere giuridico nello Stato si sarebbe condotti ad ammetterlo, più che altro, come per guarentigia di un contratto già stabilito. In ciò la tradizione, ma in pari tempo l'alterazione, di KANT è visibilissima. Vogliono molti odierni scrittori ribellarsi alla tradizione; ma non ci riescono; oppure, come più spesso accade, vengono in contraddizione con le loro premesse medesime. Ed è appunto ciò quel che si può rimproverare, non al MOHL, ma allo GNEIST. D'altra parte, anche per effetto della antitesi dianzi rilevata, scaturiscono teoriche singolari, nelle quali l'alta e serena ragione giuridica e l'universalità della nozione di Stato minacciano di perdersi, attraverso una minuta ermeneutica, che parrebbe degna di governare i rapporti dei soci di una società in accomandita (3).

Assai più vaste determinazioni e meno suscettibili di false applicazioni sembrami che noi italiani possiamo trarre dalla nostra letteratura paesana ed in ispecie dal Romagnosi; all'insieme dei principii formulati dal quale, come particolarmente vedremo a suo luogo, bisogna di necessità ricorrere in

(1) ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (Bologna 1886)—*Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (Torino 1888)—*Principii di Diritto Costituzionale* (Manuale Barbera, Firenze, 1889).

(2) SCHULZE *Deutsches Staatsrecht* p. 145 (cfr. il mio lavoro già citato).

(3) Alludo al GIERKE, più che al BESELER, ed alla *Genossenschaftstheorie*. Veggasene lo sviluppo storico e dommatico in Gierke, nel libro che porta quella parola appunto per titolo (Berlin 1887) *Einleitung*.

molti punti, per ricostruire il sistema dello Stato giuridico (1).

Vuolsi però affermare il grande merito della nuova e più positiva scuola germanica di Stato giuridico. Essa, non fermandosi ai principii astratti, ma presupponendoli, ha d'altro canto preziosamente svolto la parte speciale e tecnica dei mezzi, ossia del funzionamento, del tipo di Stato propostosi, soprattutto per i rapporti fra il potere giudiziario ed il governativo (2). Noi non restringeremo certo a quella parte, come fa il BAEHR, l'esame del tipo. L'ordinamento amministrativo ed anche quello giurisdizionale sono dipendenti da quello costituzionale; bisogna quindi premettere la descrizione e la ricostruzione di questo. Ma chi può di quelli disconoscere l'estrema importanza? Anzi, per questo riguardo, da parecchi anni in qua, l'Italia scientifica ha recato un contributo scientifico di grande rilievo, dal quale avremo a trarre molto giovamento.

III. — *Necessità del sistema.*

I fugaci accenni critici, che sono stati fatti nel paragrafo precedente sulla letteratura dello Stato giuridico, hanno avuto lo scopo di farci vedere con quanta latitudine di principii debba essere trattato il nostro argomento, ove vogliansi evitare gl'inconvenienti e gli errori nei quali molti scrittori inciampano. Il concetto deve sollevarsi sulla formola. La teorica deve abbracciare così l'essenza come l'esistenza dello Stato, la costituzione come l'azione. Non conviene anticipare idee, che troveranno adeguata sede più tardi. Non prometto una sintesi della dottrina: dessa troverà più acconcio posto quando potrà apparire come risultato e coordinamento delle cose già svolte. Nè

(1) Anticipo uno sviluppo: KANT ammise il contratto, sia pure come semplice *idea della ragione*; invece ROMAGNOSI no. Sotto tale riguardo, in questo, i principii di diritto applicati allo Stato appaiono meno condizionati che in quello.

(2) Cfr. l'introduzione che l'OLIVIERI premette alla traduzione del BAEHR: « Il concetto integrale dello Stato secondo il diritto » XII (ed. cit.)

voglio dare l'apparenza di una trattazione affatto deduttiva, e solo per presupposti, a questa, che i presupposti propri, come vedremo, trae dalla induzione. Gioverà nondimeno premettere alcune idee, le quali servano, se non altro, ad indicare e a determinare il campo delle nostre indagini successive. Vuolsi procedere, in altri termini, come i matematici, che piantano i teoremi da dimostrare.

Che cosa è lo Stato giuridico?

Non è una forma, nè una specie, nè un tipo, concreto o storico, di Stato; perchè ogni Stato è giuridico. Infatti lo Stato è l'organo per eccellenza del diritto e potrebbe inoltre esser definito « costituzione giuridica della società ». Vedremo come, per molti riguardi, lo Stato giuridico si identifichi con quello moderno; ma un tale concetto non deve essere esagerato: perchè, nell'affermare lo Stato giuridico, bisogna sempre far uso di una certa astrazione, che si ribella a desigazioni concrete. Queste debbono essere contenute in un tipo storico, quale è di necessità lo Stato moderno, sottoposto a varie condizioni sociali e storiche. Nè basta il dire che quello costituisca solo una *teorica*: poichè è anche un *fatto*. Gioverebbe meglio l'affermare che costituisca una *tendenza*, anzi una legge evolutiva, o anche di progresso; ma una tale definizione, presa a sè sola, nulla ci direbbe sull'indole intrinseca di quello. Il quale è un tipo *ideale di Stato*, realizzato qui e là con maggiore o minore imperfezione. Lo si ricostruisce teoricamente, ma in base ai rilievi di fatto. Rappresenta una tendenza, anzi una legge di sviluppo; ma in sè ha l'imperativo categorico di un modo organico di essere. Appare, quindi, evidente la convenienza di qualificarlo, più che altro, un *SISTEMA*: parola comprensiva, che può abbracciare in sè tutti i varii significati cui abbiamo accennato. È un sistema che la nostra mente riconosce, ma che risulta dall'osservazione dei fatti concreti e delle condizioni relative. Desso si rispecchia in ogni più minuta particolarità della vita e dell'azione dello Stato; anzi tutto questo coordina, subordinando-

lo ad un complesso di leggi; le quali sono, insieme, ideale della ragione e prodotto della storia.

IV.—*Contenuto del presente studio.*

Poichè lo Stato giuridico è condotto da noi a tale altezza, cioè quale *modo ideale di essere e di vivere dello Stato*, vedremo, senza dubbio, allargarsi grandemente fra le mani la materia. Non più le concezioni, particolari per sistematica incompleta, o convenzionali per abuso di formole, o pregiudicate per intenti politici, o limitatamente storiche. Vuolsi integrare la trattazione. E poichè la nozione generale di Stato giuridico si scompone dapprima nelle due nozioni speciali di Stato e di diritto, gioverà di entrambe presentare lo svolgimento, in modo pratico e teorico. Dovremo, poi, affrontare il più grave problema d'ordine costituzionale: quello della sovranità, che in sè comprende lo accertamento del titolo giuridico nei governanti ad esplicare le loro potestà. Continueremo col riconoscere, nei rapporti fra i cittadini e lo Stato, il campo d'azione del diritto, il quale deve sempre svolgersi circondato dalle sue due fondamentali *condizioni*: la libertà e l'eguaglianza. Poscia, nell'ordinamento dei pubblici poteri, nel loro funzionamento, nello svolgimento entro il campo costituzionale ed amministrativo (per ripetere la comune distinzione scolastica), nell'ordine delle guarantee preventive e repressive, il sistema dello Stato giuridico dovrà apparirci, sempre, senza eccezioni, ugualmente: logico nelle premesse, nei postulati e nei corollari, armonico negli sviluppi.

CAPITOLO II.

DEL METODO.

I.—*A quale scienza appartengano le ulteriori ricerche.*

Parmi necessario, prima di procedere oltre nella mia trattazione, di dire in quale posto, nell'albero delle scienze, io

creda di doverla allogare, e spiegare con quali criteri mi proponga condurla, a quali fonti intenda attingere, quale metodo creda dover seguire. Purtroppo una sistematica delle scienze di Stato, generalmente accettata o almeno accettabile, non si ha ancora; ed in ciò deve ripetersi una delle maggiori cause degli errori e delle incertezze che in quelle si deplorano (1). Io non intendo, certo, tentare qui di fornire una nuova sistematica; nè voglio perdersi in una digressione, che mi allontanerebbe troppo dal tema. Osservo però che, inteso lo Stato giuridico colla latitudine suesposta, la trattazione di esso non può essere ristretta al solo campo del diritto costituzionale, o tanto meno di qualche altra particolare branca del diritto, nè della politica (assunta come la scienza dei fini dello Stato e dei mezzi di realizzarli), ma deve spaziare nel largo campo della *Scienza politica*, intesa come *Dottrina Generale dello Stato*. E poichè il concetto che di questa porto è alquanto difforme da quello oggi prevalente, mi corre l'obbligo di giustificarlo, con brevi accenni bibliografici e critici.

II.—*La scienza politica.*

L'origine della parola *politica* è affatto greca, da *πόλις* che vuol dire *città*, e per antonomasia *Stato*. Dalla qual parola vennero: un aggettivo, *πολιτικός*, che vuol dire *referibile allo Stato*, ed un sostantivo, *πολιτική*, che sarebbe, più propriamente, la nostra *politica*. In questa i greci medesimi distinguevano due momenti la *scienza* (*ἐπιστήμη*) e l'arte (*τέχνη*). Un altro sostantivo, derivante dalla stessa radice, è *πολιτεία*, in cui si comprende così l'idea di cittadinanza e di partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica, come quella più complessiva di co-

(1) SFEIN *die Verwaltungslehre* Vol. I, p. 26 — WALKER *die Grundbegriffe des Staatsrechts*, p. 6. — PI. ORLANDO *Diritto amministrativo e scienza dell'amministr.* I. (*Archivio giuridico* vol. 38 fasc. 5).

stituzione dello Stato (1). Conforme alla etimologia, presso i greci, la politica, considerata come scienza, altro non fu che *la scienza dello Stato*: in tal senso Aristotele scrisse il suo libro famoso. E tale è stato ed è veramente il *significato classico* della parola, anche presso i romani, e presso i grandi scrittori italiani della Rinascenza e della epoca che a questa seguì immediatamente. Possiamo dire anche che tale significato abbiano accolto, fra gli altri, BACONE e SPINOZA.

Nel nostro secolo, colla sempre crescente specializzazione delle discipline, essendo venute le varie scienze di Stato acquistando sempre più figura propria e distinta, il concetto della scienza politica, come dottrina generale dello Stato, si è venuto sformando; ma non così che, attraverso alla lunga serie di scrittori, che hanno trattato la materia (2) quel concetto medesimo non sia rispuntato in molti, specialmente francesi. È ben vero che i *Principes de politique* di B. Constant non sono che una specie di diritto costituzionale considerato con larghezze di vedute; ma la *scienza politica* nel Buchez sollevasi allo studio di tutti i più generali problemi riferibili allo Stato, così da identificarsi perfino colla scienza sociale (3). In un libro, per parecchi riguardi considerevole, del de Parieu, riappare, in parte, la vecchia larghezza della politica, che è dall'autore chiamata *scienza*, anziché *filosofia*; malgrado che quest'ultima locuzione quello lusingasse, per i ricordi del passato, (4) ed

(1) In significato molto particolare, talvolta, *πόλις*; significa *Stato con reggimento libero*. I lessici portano di ciò molti esempi. Cito a caso: SENOFONTE *Ciropedia* VIII, 2, 28. Analogamente *πολιτεία* sarebbe, perfino, la costituzione di uno Stato democratico, in antitesi a monarchia.

(2) Veggasi il diligente elenco bibliografico dell' HOTZENDORFF *Principes de la politique* (trad. franc. 1887) pag. 194 e seg.

(3) BUCHEZ *Traité de Politique et de science sociale* (ed. 1865) Cfr. specialmente il Vol. I, cap. I.

(4) CICERONE, parlando dei greci, ricorda: «... politici philosophi appellati universarum rerum publicarum nomine » *de orat.* III, 28.

anche per alcuni più recenti, (1) nonchè per la nobiltà della disciplina di cui l'autore stesso (2) ha tessuto l'elogio come della più nobile ed importante fra tutte (3). Un chiaro scrittore francese, il Janet, con maggior chiarezza e sicurezza si accosta alle tradizioni classiche, là dove definisce la *scienza politica* come « quella parte della scienza sociale, che tratta dei fondamenti dello Stato e dei principii di governo » (4); e là dove dice che la scienza politica deve « ricercare il principio e la natura dello Stato, determinarne le condizioni eterne, le forme diverse, le leggi di sviluppo... » e soggiunge che siffatta scienza è davvero la *Filosofia politica* (5). Quest'ultima locuzione è stata usata, nel nostro secolo, da due scrittori ben diversi di mente e di indole, e che ben diverso contenuto han dato ai loro libri. Il Brougham scrisse la *Political Philosophy*, nella quale è prevalente la parte storica (6); il Rosmini la *Filosofia della politica*, nella quale è prevalente la parte razionale e, se vuolsi, dommatica. Questo grande scrittore ebbe un concetto larghissimo della politica. Per lui la *Scienza* e la *Filosofia politica*, identificansi; e le ultime loro ragioni deduconsi: 1° dal *fine* della civile società; 2° dalla sua (di questa) naturale *costruzione* o *costituzione*; 3° dalle *forze* che la muovono; 4° dalle *leggi* secondo le quali (essa) si muove. Inoltre tali *ragioni ultime* la filosofia politica « applica a misurare il *valore relativo dei mezzi politici*; quindi insegna il *modo di adoperarli* (questi) acciocchè ottengano il *fine sociale* » (7). Una larga concezione della *Scienza politica* si è avuta anche dallo

(1) Alludesi al PALEY « *The principles of moral and political philosophy* ».

(2) Sull'autorità del MACAULAY, *Miscellaneous Writings* t. I, p. 321.

(3) E. DE PARIEU *Principes de la Science politique* (ed. 1875) Introd. p. XXI.

(4) JANET, nel *Dictionnaire gén. de la Politique* di M. BLOCK.

(5) Cfr. BROUGHAM *Political Philosophy*, in principio.

(6) JANET *Histoire de la Science politique*. Introd. p. II, e seg.

(7) ROSMINI *Filosofia della politica* — *Della naturale costituzione della Società civile* — Introd. (ed. Rovereto 1887). Cfr. anche i suoi *Saggi in appendice alla Filosofia della Politica* (ed. Pogliani, Milano 1857-58).

Scolari; il quale, non solo ha svolto il lato prettamente razionale della dottrina dello Stato, ma, forte del processo storico, ha dato singolare risalto al lato *sociale* (1).

La politica così intesa si differisce molto da quella *Politica*, sia *scienza*, sia *arte*, di cui oggi parlano molti scrittori. In questo secondo e particolare significato la politica altro non sarebbe fuor che il complesso di regole, vuoi scientifiche vuoi tecniche, alle quali l'azione dello Stato e dei governanti deve uniformarsi, per raggiungere gli scopi prefissisi. Anche considerando la politica (quale è assunta in questo secondo e particolare significato) dall'aspetto scientifico e non da quello tecnico (dicono i tedeschi *Politik als Wissenschaft* e non *als Kunst*; diremmo noi *Politica scientifica*) ben palese è la differenza fra essa e la *Scienza politica*, nel primo e più generale significato esposto più su. Nel primo il sostantivo è *scienza*, e con ciò si afferma, francamente e nettamente, lo scopo scientifico, non servendo l'aggettivo *politica* che a qualificare la *scienza*. Nel secondo, invece, il sostantivo è per l'appunto *politica* ed il qualificativo è *scientifica*. Nel primo si ha una vera e completa ricostruzione scientifica; nel secondo una esposizione, tutt'al più dottrinale, dei mezzi pratici che lo Stato deve usare, in vista dei fini.

Quest'ultimo modo di comprendere la politica è oggi, fra gli scrittori, in ispecie germanici, prevalente: quantunque, al dire di un autore competente, non vi sieno oggi in Alemagna due trattati sulla politica che abbiano lo stesso contenuto (2). Già l'Ahrens, eclettico geniale, considerò la politica come intermediaria fra la filosofia e la storia del diritto, ossia come quella che « attingendo alla filosofia la conoscenza dello scopo e dei principii generali d'organamento della società civile; consultando nella storia i precedenti, il carattere, i costu-

(1) SCOLARI *Istituzioni di Scienza politica* (Pisa 1872) Cfr. specialmente il L. III, ed il L. IV ne quali definiscisi, spiegasi e dimostrasi il *progresso*.

(2) HOLTZENDORFF, Op. ed. cit. pag. 14.

mi, le istituzioni di un popolo; esaminandone lo stato attuale della coltura ed i rapporti con gli altri popoli: indica le riforme a quel popolo opportune. (1) Tralascio il ricordo di altri autori che, per incidente, han dato nozioni della politica, e vengo ai tre che per comune consenso hanno, di proposito e con maggiore ampiezza, trattato l'argomento: MOHL, BLUNTSCHLI ed HOLTZENDORFF. — Assai ristretto significato alla politica dà il MOHL, ritenendola più che altro *Staatskunst*, e, fra le dommatiche discipline, considerandola come « la scienza dei mezzi mediante i quali gli scopi dello Stato vengono, nel modo più compiuto possibile, raggiunti in realtà (2) ». Al che si obietta, che la nozione dei *mezzi* non si può svolgere senza quella dei *fini*. — BLUNTSCHLI si occupa della politica come della terza parte della dottrina generale dello Stato, dicendo che essa comprende « la vita consciente dello Stato, la condotta degli affari pubblici, l'arte pratica del governo ». Su questa pratica si eleva la politica come scienza. La quale, a differenza della politica come arte, che s'informa a certi *scopi esterni* (*bestimmte äussere Ziele*) non ha altro fine che la ricerca e la conoscenza della verità (*die Erkenntniss der Wahrheit*). Genericamente poi si dice che, mentre il diritto studia lo Stato in quanto è, la politica lo studia in quanto vive e si muove (3). Questo modo generale di intendere la politica, come la scienza della vita dello Stato, è comune a parecchi scrittori germanici (4). Vi si obietta tuttavia non essere esatto che tutto ciò che ha

(1) AHRENS *Cours de droit naturel* (ed. Bruxelles 1838) p. 30.

(2) MOHL *Geschichte und Literatur der Staatswiss.* t. III. 348; nonché *Encyklopädie der Staatswiss.* (ed. Freiburg) p. 543. L'autore esclude esplicitamente dalla politica la dottrina generale dello Stato, ossia: « das Wesen und der Zweck..... die Grundlage des geordneten theoretischen Wissens vom Staat » (*Encyk.* p. 541).

(3) « das bewusste statliche Leben, die Leitung des Stats und die Einwirkung auf die Statsangelegenheiten, d. h. die bewusste Statspraxis.... ». *Politik als Wissenschaft* (ed. Stuttgart 1876, p.

(4) Cfr. FRÖBEL *Theorie der Politik als Ergebniss* ecc. (ed. Wien 1864). ESCHER *Handbuch der praktisc. Politik* (ed. Leipzig 1875).

vita e si muove faccia parte soltanto della politica e che questa non si debba occupare anche della *essenza* dello Stato—L'HOLTZENDORFF, infine, afferma che la politica, come scienza, ha per obbietto « l'impiego giudizioso ed efficace (1) dei mezzi di cui lo Stato dispone in realtà, per raggiungere i suoi compiti diversi, esclusa l'amministrazione della giustizia ». La quale eccezione a taluno sembra illogica, essendo la giustizia anch'essa una funzione dello Stato, e non potendosi perciò sceverare dalla medesima in tutto l'elemento politico.

Tralasciando altri sviluppi, finiremo col notare che, pur considerando la politica come scienza *pratica* e *d'applicazione*, non si può escludere per ciò l'esistenza della scienza politica (*allgemeine Staatslehre*) quale dottrina generale dello Stato, informata a criterii complessivi d'ordine morale economico e giuridico. Una tale scienza sarebbe, veramente, sintesi e coordinamento delle varie scienze politiche; anzi conterrebbe in sé i principii di tutte queste. Chiaro appare, pertanto, come la teoria dello Stato giuridico, investendo dei suoi postulati tutta l'essenza e l'esistenza dello Stato, non possa ricevere adeguata trattazione se non in seno alla generale scienza politica.

III. — L'aspetto giuridico.

Infatti, sebbene lo Stato di diritto sia, come la frase stessa esprime, *giuridico*, pure la considerazione sistematica di esso non può essere ristretta al solo ed esclusivo profilo giuridico. La scienza politica, quale da noi è stata definita nel precedente paragrafo, si può dividere in tre grandi parti: *morale politica* (*Staatssittenlehre*); *economia politica* propriamente detta (*Volkswirtschaftslehre*); *diritto politico*, meglio ancora che

(1) L' A. ricorda SCHLEIERMAKER che chiamò la Politica pratica *wirksames Handeln*.

pubblico (*Staatsrecht*). Ma niuno dei tre aspetti morale, economico e giuridico può essere inteso a sè solo, in separazione, o tanto meno in antitesi, degli altri due (1). Essi sono armonici fra loro: quindi la larga cognizione scientifica di ciascuno presuppone quella degli altri. L'osservanza di un tale principio è affatto indispensabile, poi, per l'aspetto giuridico; il quale si rivela necessariamente in qualsiasi rapporto morale ed economico. Infatti gli interessi non sono che morali ed economici, e tutti, date certe condizioni, sono dal diritto tutelati e garantiti. In seguito, svolgeremo con larghezza quest'argomento: basterà qui il superiore accenno per giustificare il proposito nostro di volere studiare il sistema dello Stato giuridico in seno alla generale scienza politica.

IV. — Il metodo filosofico.

Risulta altresì da quanto siamo venuti finora esponendo che la dottrina dello Stato giuridico non può essere studiata nei suoi principii se non *filosoficamente*. Amo intrattenermi su questo punto per prevenire possibili obiezioni.

Lo filosofia non è una scienza, ma un *metodo scientifico universale* (2). Secondo HERBART comprenderebbe la ricerca dei concetti (*Bearbeitung der Begriffe*); e secondo ROMAGNOSI « la cognizione delle cose dedotta dalle loro cagioni assegnabili », ossia *noscere res per causas* (3). Più ampiamente potremmo dire che il metodo filosofico tenda alla ricerca approssimativamente esatta dei *principi causali* ed anche dei *fi-*

(1) Cfr. S. MAIORANA-CALATABIANO, *Trattato di economia politica*. Considerazioni generali.

(2) Altre volte ebbi a dare breve dimostrazione di un tale concetto, a proposito del riordinamento delle facoltà di filosofia e lettere.—V. il periodico *l'Università*, Bologna, settembre 1887.

(3) ROMAGNOSI, Lettere a G. Valeri (ed. De Giorgi) § 28.

nali (1), e all'indagine dei *rapporti reali e necessari delle cose* e delle *leggi di sviluppo*. Quindi richiede un savio abito della mente a risolvere i fenomeni, analizzandoli nei loro elementi costitutivi ed astraendo dalle note comuni, così da potere convenientemente generalizzare. Tutto ciò, ben inteso, dopo una accurata osservazione dei fatti. Bisogna, in fine far, seguire un raggruppamento critico (2) in unità organica, delle verità già assodate.

Sotto questo riguardo, la Scienza politica, assunta nel largo significato in cui l'abbiamo inteso, può bene identificarsi colla *Filosofia Politica*; nè, veramente, questo nome apparirà disdicevole alle nostre ricerche, le quali intendono alla ricostruzione di un *sistema*. È vero, bensì, che oggi molti sono coloro che condannano ogni procedimento filosofico, a causa del grande abuso fattosi della filosofia; ma a costoro è facile il rispondere, con un illustre scrittore italiano: « Di che non si abusa? ed il peggior degli abusi è di fuggir l'uso per causa degli abusi » (3).

V.—Il processo logico.

Questa nostra trattazione, appunto perchè sistematica, deve essere, non solo informata al metodo filosofico, ma condotta in modo da dare continuo e grande rilievo all'elemento logico. Di una tale necessità darò implicitamente larghe dimostrazioni nel corso del lavoro, in specie a proposito dei momenti logici e formali dell'idea del diritto. Basterà qui il notare che la logica deve intendersi colla maggior latitudine possibile, come la scienza la quale in sè raccoglie tutte quelle

(1) Cfr. p. e. BAUMANN *Handbuch der Moral nebst Abriss der Rechtsphil.* (Leipzig, Hitzel, 1879 p. 372).

(2) Cfr. p. e. WHATELY *Elements of Logic* L. IV, c. II, § 5.

astratte; e mentre costituisce una delle due grandi branche in cui, secondo la più sintetica e vigorosa classificazione, tutte le scienze possono essere distinte, esercita d'altro canto influenza e determinazione sulle singole scienze concrete (1). Il processo logico, nello sviluppo del nostro argomento, ci porterà a premettere la parte induttiva a quella deduttiva. Cominceremo, pertanto, col riconoscere la genesi dello Stato e del diritto, in base alle più incontrastate osservazioni, e col vedere *positivamente* come il concetto e l'istituto dello Stato giuridico si sollevino nell'età nostra e si identifichino in gran parte col concetto e con gli istituti dello Stato moderno. Poi passeremo alla ricostruzione del sistema; ed allora avremo più volte occasione di far uso dei procedimenti deduttivi. Qui, però, occorre una breve giustificazione.

La *deduzione*, come *metodo* di indagini, è da respingersi assolutamente. Ciò vuol dire che di essa ci possiamo servire soventi come procedimento logico di dimostrazione, ma non già come mezzo di ricerca. In questo secondo senso la deduzione ci porterebbe a ripetere i più abusati errori della metafisica. Invece essa può rendere grandi servizi, quando si ap-

(1) Dice H. ULRICH nell'Introduzione del suo *Compendium der Logik* (Leipzig, Weigel 1860)—opera che può ritenersi una seconda e ristretta edizione del *System der Logik*—(Cfr. *Vorrede*, IV): « ... Denn auf den logischen Gesetzen, Normen und Formen beruht alle Beweisführung, Induction und Deduction, Entwicklung und Darlegung, wie jede Entscheidung wissenschaftlicher Fragen und Probleme, mithin alles wissenschaftliche Wissen ». Il WUNDT dice che la logica « ist eine *normative Wissenschaft*, ähnlich der Ethik », e siccome non è puramente la *Wissenschaft des Schliessens*, così non si deve restringere ai soli rapporti di connessione delle idee (*Logik. Eine Untersuchung der Principien der Erkenntnis und der Methoden wissenschaftlicher Forschung*. Vol. I. *Einleit.* § 1 e 2—ed. Enke, Stuttgart 1880)—In altro punto lo stesso WUNDT considera la logica e l'etica come *die eigentlichen Normwissenschaften* (*Ethik*. Stuttgart, ed. Enke 1886, pag. 5-6). Sulla universalità della logica cfr. STRÜMPPELL, l'odierno continuatore dell'herbartismo, *Grundriss der Logik* (Leipzig 1881), e soprattutto LOTZE *Grundzüge der Logik und Encyklo-*

plichì a dimostrare ed a corroborare un principio che già sia stato fermato induttivamente (1).

Insisto su questo punto. Le scienze fisiche hanno compiuto grandi progressi e compiono, grazie al metodo sperimentale ed induttivo; ma non può negarsi che esse molto si sieno avvantaggiate e si avvantaggino, per dare sicurezza ed efficacia di dimostrazione ai loro postulati, dei procedimenti deduttivi. Basta riflettere al grande campo di applicazione che la matematica ha nella fisica. Invece nelle scienze morali l'avversione alla metafisica è andata tant'oltre da negare alla deduzione qualsiasi posto; mentre, d'altro canto, l'osservazione si riduce soventi ad un empirico rilevamento di fatti e la induzione ad una generalizzazione audace e non dimostrata. Purtroppo di ciò i fautori della nuova scuola sociologica, nelle loro forme molteplici, danno esempi frequenti. Occorrerebbe invece, dopo di avere fermato il principio colla induzione, dimostrarlo e quasi temprarlo, deduttivamente, spiegandone le conseguenze logiche. La deduzione, così, gioverebbe come, nelle più elementari operazioni aritmetiche, la *prova*. Per esempio, la prova della moltiplicazione si ha dividendo il prodotto per uno dei fattori: se il quoziente che risulta da una tale divisione è uguale all'altro fattore, la moltiplicazione è esatta; se no, no. La prova di un'operazione, invero, si ottiene seguendo un processo inverso ad essa medesima; così la prova di una addizione è data dalla sottrazione, di una divisione della moltiplicazione, di una estrazione di radice quadrata dalla elevazione al quadrato. Parimenti qui: la dimostrazione della bontà di un risultato ottenuto mercè l'induzione, non può ottenersi meglio che colla deduzione.

La quale, pertanto—amo ripeterlo—sarà da me usata non

(1) Sul metodo deduttivo in ispeciale riguardo alle materie politiche, v. qualche accenno in BAIN *Logique déductive et inductive* (trad. franc. 1875) L. V. cap. VII, § 32. Con generali riflessi all'idea di scoglio v. Lotze *Metaphysik* (Leipzig

come *metodo di ricerca*, ma soltanto come processo logico di dimostrazione. Aggiungo una considerazione che, a suo luogo, dovrà essere svolta ampiamente. I fenomeni sociali debbonsi sempre studiare sotto due aspetti: *qualitativo* e *quantitativo* (1). Ora, l'apprezzamento quantitativo è per sè matematico: come tale è, logicamente, deduttivo (2). Infatti la matematica comprende principii astratti, ma di universale applicazione; e Romagnosi ben disse che « l'algoritmo non è *legge fisica* delle cose, ma *legge logica* della ragione umana » (3). Mi affretto a soggiungere, tuttavia, che l'anzidetto non esclude l'apprezzamento quantitativo *statistico*: quale è dato, cioè, dalla *induzione matematica* (4). Del che avremo occasione a vedere molti esempi nel corso del lavoro.

Passo ora a vedere in qual modo il problema dello *Stato giuridico* si presenti PRATICAMENTE, nella società moderna, in dipendenza dalla genesi logica dello Stato e del diritto. I due capitoli successivi varranno come *introduzione positiva* alla sistematica (essenzialmente dottrinale) che verrà dopo.

CAPITOLO III.

GENESI LOGICA DELLO STATO E DEL DIRITTO

I.—La socialità.

Ripeterò un'affermazione oramai assiomatica: « l'uomo è per natura animale sociale ». L'organo suppone la funzio-

(1) Cfr. WUNDT *Logik*, vol. II, p. 574 e seg.; ed anche ULRICI *Compendium der Logik*, § 35-36, nonchè 70 e seg.

(2) Dice il BAIN « Il tratto caratteristico delle scienze della quantità è di essere puramente deduttive ». Op. ed. cit. vol. I, p. 152.

(3) Mi rimetto al lavoro di GIUSEPPE MAJORANA mio fratello, *Teoria della Statistica* cap. III, § 9 (ediz. Loescher 1889).

ne. I pesci hanno le branchie fatte in modo da poter respirare sott'acqua: dunque sono animali acquatici. Gli uccelli hanno le ali: dunque sono volatili. L'uomo ha facoltà intellettuali e morali, di sviluppo impossibile all'infuori della convivenza: dunque è un animale sociale. La società è « il mezzo necessario in cui l'uomo deve vivere ». È inutile il confutare i postulati della scuola dello *Stato di natura* sulla estrasocialità.

Possiamo assurgere ad una formola: « *La socialità è in ragion diretta della intellettualità.* » Ossia: quanto più nell'uomo si sviluppa l'elemento intellettuale (conoscenze ed idee), tanto più crescono i rapporti sociali. È bene avvertirlo, però: questi due fatti sono fra loro, reciprocamente, causa ed effetto.—Perchè crescono le conoscenze e le idee? Perchè i rapporti sociali sono cresciuti, e gli uomini, scambiandosi fra loro le cognizioni individuali, le accrescono di estensione, e così fortificano l'intensità del proprio intelletto.—D'altro canto: perchè crescono i rapporti sociali? Perchè gli uomini, essendo progrediti, conoscono quali grandi vantaggi possano ricavare dal reciproco aiuto; quindi questo cercano, sollecitano, svolgono.

Un'altra formola possiamo adottare: « *La moralità è in ragion diretta della intellettualità.* ». Gli antropofagi non sono tali per il gusto di esser tali, nè per coscienza di depravazione; ma perchè convinti di trovare nell'antropofagia il più comodo e breve mezzo di soddisfare ad uno dei loro più impellenti bisogni. Se essi potessero comprendere che il coltivare la terra, o l'impiegare in altro modo retto la loro attività, sarebbe assai meglio, anche al fine di togliere uno stato sociale asperissimo di continue lotte vendette e rappresaglie; certo non mangerebbero i proprii simili. E gli antichi sovrani dell'Asia non avrebbero praticato l'incesto, se non avessero avuto fuorviato l'intelletto dallo strano pregiudizio che il divino sangue del principe non si potesse mescolare con sangue alla famiglia di lui straniero. In linea generale possiamo affermare che il momento intellettuale è quello che soverchia tutti gli altri, per importan-

za. Bacone disse: « l'uomo tanto può quanto sa » (1). Particolarmente, poi, osserviamo che la depravazione morale è conseguenza di quella intellettuale. In questa parte, per ciò che si riferisce alla subordinazione dell'elemento morale all'intellettuale, mi accosto alla teorica di Buckle. (2) Barbari ed immorali sono i selvaggi, perchè ignoranti. La morale sorge quando, cresciuto l'intelletto, si presentano diversi modi di soddisfare agli stessi bisogni, e l'uomo fra quelli può scegliere ciò che crede offenda meno le idee di moralità. Le quali idee non possono attuarsi se non quando si abbia *libertà di scelta*: concetto dalla sana filosofia affermato già da tempo; ma, purtroppo, oggi, da molti dimenticato. La morale non si ha che nella libertà. Nè, logicamente, a tale principio si può opporre che la morale impone dei doveri, quindi limita la libertà. Diremo con Leibnitz (3): *summa enim libertas est ad optimum recta ratione cogi*. Il che vuol dire che la libertà è il sostrato, o meglio l'*incondizionata condizione* della morale; la quale su quella impone le sue leggi assolute. Del resto, ciò che abbiamo esposto è un principio morale che si estende al campo giuridico. L'uomo, infatti, in tanto è responsabile in quanto è libero.

Ritorniamo al punto di partenza. Poichè la moralità è in ragion diretta della intellettualità e questa è in ragion diretta della socialità, segue necessariamente un'altra formola: « *la socialità è in ragion diretta della moralità.* ».

Evidentemente le leggi suaccennate sono più di massa che di individui. Dirò di più: sono, forse, più tosto leggi dinamiche che statiche. Ossia: indicano più l'azione e lo sviluppo delle forze, che l'essere ed il modo di essere degli agenti. Non è raro (per isfortuna) il caso di trovare individui nei quali l'immorali-

(1) Cfr. ROMAGNOSI *Lettere a Giovanni Valeri* (ed. Degiorgi) § 27.

(2) BUCKLE *History of Civilization in England*, I.

(3) LEIBNITZ *Epistola de Fato*.

tà sia in ragion diretta della intelligenza. Vi sono popolazioni assai progredite nelle arti del civile consorzio e, frattanto, mercantilmente egoistiche. Ma ciò non toglie che quelle leggi *sinteticamente* esprimano fatti veri, per la generalità dei casi. E sono veri, più che altro, in quanto rappresentano la tendenza della *legge del progresso*, che è legge di *movimento*. Sul quale punto torneremo più tardi.

II. — Il sistema dei bisogni.

Nell'uomo primitivo, pertanto, troviamo questi tre *fattori negativi*: scarsa intellettualità, ancor minore moralità, poca socialità. Sotto un riguardo *positivo*, poi, potremmo dire che quello sia un essere prevalentemente *egoistico*. Egli è intento solo alla soddisfazione dei bisogni che, in modo più diretto e pungente, lo travagliano. Egli quasi non ha doveri. E come potrebbe averne, se in lui è molto difettoso il senso morale? E verso chi potrebbe averli, se scarsi e fugaci e contingenti e assai difficilmente armonici sono i rapporti di lui coi suoi simili? D'altro canto in lui l'egoismo si manifesta come legge di natura, ossia come impulso a soddisfare i propri bisogni, quindi a raggiungere il proprio scopo. Ogni essere è organizzato in modo da *dover* raggiungere il suo fine. L'affermar ciò non è petizione di filosofema teleologico.

La teorica dei bisogni, eminente in economia politica, può dirsi che sia tale in tutto il campo sociale (1). È per la necessità di soddisfare ai bisogni che l'originario egoismo si stempera nelle più complesse forme sociali. Possiamo, in fatti, formulare i seguenti due principii, la dimostrazione dei quali verrà nei paragrafi successivi:

(1) Anche GNEIST, per comprendere il processo di formazione dello Stato giuridico, esamina la « natura della società nelle sue basi principali », e parte dal sistema dei bisogni (Lo Stato secondo il diritto, II.). Con ciò egli segue le orme di STEIN, di cui sono ben noti gli importantissimi studi sull'organamento sociale.

1.° I bisogni sono individuali. La legge del progresso, però, consiste nel far diventare sempre più sociali i mezzi di soddisfazione dei medesimi.

2.° La maggior parte dei bisogni degli uomini primitivi sono d'ordine fisico; soltanto pochi sono d'ordine morale. In origine, anzi, non si ha separata coscienza di bisogni morali. Egli è che soventi, nella soddisfazione di un bisogno fisico, avvertesi un compiacimento d'ordine morale; il quale mostra che preesisteva, confuso col fisico, anche un bisogno morale, di cui prima non si aveva coscienza. Ed allora la coscienza del bisogno morale viene gradatamente formandosi, crescendo, staccandosi: alla fine diventa autonoma. Nella consecuzione di una tale autonomia consiste appunto la legge del progresso.

III. — Aspetto economico della società.

Poichè l'uomo è un animale per natura socievole, egli deve di necessità trovare in società il suo utile. L'utilità altro non è fuorchè l'attitudine delle cose a soddisfare ai bisogni dell'uomo. Questa è la definizione che ne danno gli economisti (1). Ora, i bisogni, intesi in un senso generalissimo, sono la *manifestazione dello scopo*. L'uomo ha lo scopo di vivere, ossia, giusta la formola romagnosiana, di *conservarsi e perfezionarsi*: un tale scopo, praticamente, manifestasi in una serie di bisogni. La società, essendo conforme allo scopo dell'uomo, deve necessariamente agevolare la soddisfazione dei bisogni umani. E l'agevola. In fatti: i bisogni sono individuali, ma il soddisfacimento loro si ottiene adoperando *mezzi sociali*. Là dove un individuo solo sarebbe incapace ad ottenere un effetto utile, possono essere capaci molti. La *produzione dell'ef-*

(1) Cfr. G. B. SAY Saggio sul principio di utilità (Bibl. dell'Econom. I. s., vol. VII, pag. 1079 e seg.). V. anche per tutta la teorica il saggio sull'utilitarismo di STUART MILL.

fetto utile si ha coll' *associazione* e colla *divisione* del lavoro. Varii individui, tormentati dagli stessi bisogni, mettono in comune le loro forze; quindi le accrescono di intensità: producono un effetto utile, che viene equamente ripartito fra tutti. Essi hanno compiuto una *azione sociale*, malgrado che la spinta ad agire, in ciascuno, non sia stata altro che l' *interesse individuale*. Qui ci appare in tutta la sua pienezza il fenomeno del *cambio*. È questo di indole universale. Se alcuni economisti, come il FERRARA, han trovato, esagerando, che il cambio si ha perfino nel puro fatto del lavoro, nel senso, per esempio, che il selvaggio, il quale faticosamente si arrampica sull'albero per raccoglierne il frutto, con ciò stesso alla natura dà, in cambio del frutto, il proprio lavoro: non può negarsi che il cambio sia la *forma universale* con cui ogni rapporto sociale si estrinseca, così per le idee ed i sentimenti, come per i beni d'ordine economico. Il concetto del cambio, effettivamente, è fondato sulle necessarie diversità di forze, di sviluppi, di mezzi, di posizioni, di possessi, fra uomo ed uomo. L'uno ha ciò di cui l'altro manca; le attitudini, le potenzialità ed i possessi variano; ma variano assai meno i bisogni, specialmente in un' epoca primitiva; quando sono pochi e limitati all'organismo fisico, nel quale la varietà è molto minore che in quello morale. Quindi è naturale che, nella diversità di potenza produttiva e di possesso de' mezzi di soddisfazione ai comuni bisogni, si permuti ciò che rispettivamente esubera o che più facilmente ciascuno può produrre. Il cambio, logicamente, presenta due fasi: nella prima si permutano le cose utili, già state prodotte indipendentemente dal proposito di cambiarle; nella seconda la produzione è fatta in vista del cambio futuro. Onde (sempre logicamente parlando) il concetto di questo si identifica con quello di *associazione di forze*; la quale, se in origine è *contingente*, tende però a farsi sempre più *permanente*.

Notisi, però, un importante profilo giuridico del princi-

pio del *cambio*, cui alcuni accenni del Romagnosi (1) ci danno occasione a rilevare. Il cambio presuppone bensì, in fatto, la diversità di condizione fra gli uomini; ma presuppone inoltre l'*eguaglianza di diritto*. Poichè *par in parum non habet imperium*, così non può un uomo pretendere da un altro benefici senza ricambiarglieli. Come dalla libertà scaturisce la *concorrenza*, così dall'eguaglianza deriva il *cambio*. Più tardi, a proposito della idea del diritto, delucidaremo questo punto. Ritornando al campo economico, osserviamo che la *associazione del lavoro* comprende la *divisione* dello stesso; poichè nell'opera collettiva gli uffici sono distribuiti secondo la capacità specifica di ciascuno. Le azioni individuali concorrono ad unico fine; un tale concorso è predisposto e preordinato. Così il fenomeno economico spiega la formazione della società e spiega anche quella dello Stato (2). Possiamo vedere il primo germe dello Stato nell'associazione, divisione, cooperazione e coordinazione di forze individuali, aspiranti alla *produzione* di un effetto utile. In tale associazione l'utilità è il *movente*, il diritto la *misura*. Ma non voglio anticipare sviluppi, che verranno più tardi.

Soltanto, qui, mi limito ad accennare, ancora, che è nel senso del concorso nella *produzione degli effetti utili*, che la società comincia a manifestarsi come *organismo*. Questo principio studieremo di proposito.

IV. — Aspetto morale della società.

Gli uomini primitivi s'associano, abbiain detto con frase economica, per la *produzione di una ricchezza* da ripartirsi. Si

(1) ROMAGNOSI *Assunto primo* (ed. cit.) pag. 295 e passim.

(2) Sotto questo riguardo, il punto di partenza della teoria di GIERKE, cui ho accennato nel capitolo precedente, potrebbe accogliersi; sebbene le esplicazioni da lui date, per lo meno, unilaterali.

associano per ottenere una *utilità comune*, ad esempio difendersi da un incalzante pericolo o procacciarsi una buona ed abbondante cacciagione. Ma non è soltanto la convinzione della utilità diretta che spinga gli uomini ad associarsi; è anche la *paura*. Forse, anzi, la paura ha preceduto la convinzione della utilità; sebbene sia più esatto il dire che quella di questa sia stata la prima manifestazione.

Ma la società, la quale in un primo momento razionale sembra *mezzo*, non tarda ben presto a manifestarsi *fine a se stessa*. Il consorzio coi proprii simili si cerca, indipendentemente dal vantaggio immediato che se ne possa ricavare. Sorgono sentimenti di affetto fra gli uomini e *rapporti permanenti*, principali fra tutti i familiari. In questi è visibilissimo il principio suesposto che « nella soddisfazione di un bisogno fisico si trova anche quella di un preesistente e non avvertito bisogno morale ». Nei rapporti sessuali, gradatamente, comincia ad esserci qualcosa, al di là del puro godimento dei sensi. Vi ha un lento ed inconscio impadronimento, per così dire, della donna verso l'uomo e viceversa. Laonde l'uomo non cerca *una donna*, ma *la tal donna*, di cui fitta gli è nel cuore e nella mente la persona. Egli la cerca e ne è cercato: convivono entrambi in modo stabile, e nella convivenza godono; ed è godimento, soprattutto, morale. D'altro canto la 'enerezza della madre pei figli non è più quella che pur le femmine degli animali nutrono pei loro nati: è cosciente e duratura. Non soltanto si ha *l'allevamento*: comincia ad aversi *l'educazione*. Ed il padre non lascia più *spendere i figli sulla faccia della terra*, ma li trattiene seco: da essi, a preferenza che da altri, vuole ed ottiene aiuto. Il vincolo del sangue lega le genti e sopravvive alla morte. Onde, pur agli uomini primitivi, si appalesa un nuovo e grande ordine di cose, nè visibili nè tangibili, che regola ed impera. Che cosa è mai quella forza misteriosa che attira l'uomo alla donna, il padre ai figli, l'amico all'amico? Non lo si può dire: ma è pure una grande e nobile forza. E sorge la pietà verso i defunti che sono lungamente lagrimati. E poichè,

nel frattempo, si è cominciato a partitamente osservare il mondo esteriore, ed a riflettere sulle cose osservate, e le fatte osservazioni e riflessioni sono fra gli uomini scambiate, appare in loro uno strano contrasto fra ciò che si vede e ciò che non si vede, fra la natura visibile e l'occulta. Comincia a svilupparsi la meraviglia. Nelle origini assai remote gli uomini, non osservando, non comprendendo, non avendo la nozione di causalità e di legge, di nulla o di ben poco si stupivano (1). Più tardi, dopo avere osservato molto, ed essersi formate idee, anche grossolane, di ordine e di legge, stupiscono quando credono di vedere trasgredito ciò per loro era fermo, ed indagano, e nel conflitto fra il visibile e l'invisibile danno la palma a questo. Così la religione sorge per vari motivi: appagare la nascente e crescente curiosità; spiegare i fenomeni naturali; soddisfare e quietare le coscienze; dare onorevole o vituperoso posto alle persone che son morte in corpo ma non in spirito, e che bene o male operarono lungo la loro vita terrena; dare conforto ai viventi che, circondati da pericoli, affaticati da bisogni, esaltati da speranze, queste vogliono sicuramente collocare in enti superiori e sovrannaturali, che tutto possano fare di bene o di male, e che perciò possansi con opportuni riti propiziare.

Giacchè oramai l'anima umana è formata, ed è quale è: riboccante di desiderii e di speranze, timida ed oltracotante, impasto di bene e di male.

V.—Il diritto come limitazione delle pretese individuali.

Comincia ad apparirci l'idea di diritto. In un primo momento la società ci si è mostrata come un'*associazione*, dalla quale gli individui che la compongono traggono *utilità*, d'ordine *morale* ed *economico*. Ma il fenomeno sociale sarebbe

(1) SPENCER. *Principii di Sociologia*, I.

monco, se fosse limitato ai soli aspetti morale ed economico: bisogna integrarlo con quello *giuridico*. Ed è precisamente dall'insieme dei rapporti morali economici e giuridici che, come inducesi intiera la nozione di *Società*, scaturisce quella di *Stato*.

E noto che l'idea di *diritto* è complessa, ma che risulta da due aspetti principali: il diritto considerato come *facultas agendi* e come *norma agendi*. Orbene, quantunque il diritto non possa esser veramente tale, quando in sè non comprenda un rapporto di facoltà e d'obbligazione, una potestà ed una prescrizione o *norma*, pure, nella genesi, induttivamente, la *facultas* precede la *norma*. L'individuo, prima di sentirsi obbligato a fare o a non fare qualche cosa, accampa delle pretese. Ciò è conforme a quella nota fondamentale di *egoismo* che fu già osservata nell'uomo primitivo. Però è chiaro che, se tutti gli uomini affermassero, solo e sempre, delle pretese, la società sarebbe impossibile. Perchè questa possa sussistere, diremo ricordando Kant (1), occorre che le varie individualità *coesistano*; il che non può aversi senza una *reciproca limitazione*. Del resto è bene notare che la coesistenza è legge universale in natura (2). La prima manifestazione, dunque, della idea di diritto (manifestazione formale, se vogliamo, affatto esteriore, empirica perfino) appunto perchè si presuppone la coesistenza, è la *limitazione*. Ed è questa che, ora, dobbiamo particolarmente considerare. Nè, per ora, dobbiamo preoccuparci delle possibili critiche che ci si muoveranno: per esempio, essere del tutto *meccanica* la concezione del diritto come limite. Dappoi-

(1) KANT. *Principii metafisici del diritto* § C. e seg.

(2) Cfr. BAIN. *Logica deduttiva ed induttiva* (ed. franc. 1875) vol. II p. 18 e seg.—ove parla della coesistenza de' corpi e delle leggi, e p. e. accennando alla esperienza di Atwood, parla della coesistenza delle leggi di gravità e d'inerzia. Egli, però, nell'attribuire la coesistenza alla legge di causalità, avrebbe dovuto tener conto anche di quella di finalità.

chè, siamo qui in un periodo di osservazione, nel quale i fatti vogliono essere rilevati quali sono, ed anche quali appaiono. Più tardi, quando il materiale sarà tutto raccolto, procederemo alla ricostruzione razionale; chè anzi, allora, sarà da far voti che il nostro metodo di *dimostrazione deduttiva* non ci abbia a procacciar l'accusa di voler richiamare in vita i procedimenti metafisici.

VI.—*Limitazioni naturali.*

Il principio della limitazione (nel quale, *formalmente*, si incarca l'idea di diritto) comprende in sè una *legge naturale* ed *universale*. L'uomo è una forza che tende all'espansione: nella cerchia delle sue facoltà e appetiti e bisogni e istinti e passioni, tende ad agire incondizionatamente. Eppure egli *deve* essere limitato, ed è: in primo luogo dalla natura, poi dagli uomini. L'uomo non può far tutto ciò che vorrebbe; la natura nol consente. Lui tradirebbero le forze, se per sistema si esponesse alle intemperie, se il mare volesse passare a guado, o l'aria traversare a volo, immemore della legge di gravità. Nella ristretta cerchia delle forze di lui, sono visibili le limitazioni che la natura gli impone e che egli subisce. Vi è, anzi, una evoluzione nel modo con cui l'uomo accetta la soggezione sua alla natura. Avvertiamo dapprima che questa soggezione è in ragion diretta dello sviluppo della civiltà; poichè, crescendo l'intelligenza e l'attività dell'uomo, crescono i rapporti di lui colla natura. (Un esempio: il progresso delle industrie lega l'uomo alle forze naturali con doppie ritorte: basta por mente ai macchinisti delle locomotive, neri, ansanti, soffocati per la lotta contro il vapore) Riflettasi, poi, che l'uomo si sottopone prima alla natura per *istinto* ed *inconsciamente*, poi per *esperienza*, in fine per *scienza*.

E passiamo oltre.

VII.—*Limitazioni sociali. La forza.*

Le esuberanti pretese individuali fra loro si limitano e talvolta si elidono. In un periodo embrionario la limitatrice sovrana, fra gli uomini, è la *forza*; ed è la *ragione del più forte* quella che impera. Dessa non patisce eccezione; è come il *fato*; somiglia alla *fisica necessità*, alle forze naturali, alla gravità, al fulmine, all'alluvione. Può obbiettarsi che a questo modo si fa rispuntare il principio di HOBBS: *homo homini lupus*. E certamente voler credere che la sola *paura* sia stata la causa del sorgere dei civili consorzii, sarebbe errore grave. Abbiamo già visto quali forti radici nella natura umana abbia la socialità: e vedremo quanto sia largo il campo delle limitazioni *morali* e di quelle *spontanee*. Ma negheremo il coefficiente della *paura*? E negheremo la originaria e necessaria tendenza alla *lotta*, quando questa non è che il logico postulato dell'originario e necessario egoismo? Osservisi, poi, che, per natura, il regno sistematico della *forza* non è durabile. Alla *forza* si reagisce colla *forza*. Questa è un bene per chi vince, ma è un gran male per chi perde. E le vittorie e le sconfitte si alternano. Vi ha di più: le vittorie, spesso, sono, per ricordare un paragone volgare, come quelle di Pirro. La lotta fiera e spietata non può essere legge dell'umanità. Ed a questo bisogna por mente: che, fino a quando scarsi e contingenti sono i rapporti sociali, può comprendersi che la *forza* sola regoli quei rapporti; ma quando questi, giusta la legge evolutiva già disegnata, diventano normali e permanenti, la *forza* deve cedere il campo. E non a caso dico *deve*; poichè, fra l'altro, avvi, entro la società e la *forza*, contraddizione in termini, ossia logica, e potrebbesi aggiungere teleologica: la società, giusta le premesse, è fatta per il bene di tutti i consociati, la *forza* assicura soltanto il bene del più forte.

La società, dunque, deve limitare dessa le esigenze individuali, e deve limitarle anche colla *forza*, cioè *repressivamente*.

te. Deve pure limitarle *preventivamente*, come vedremo. Notisi, intanto, come in un primo momento psicologico non ci si sia presentata che la sola *facoltà di agire*, la sola *pretesa individuale*, quale conforme all'interesse ed all'utile dell'individuo. Ma ora, anche la *norma*, anche la *limitazione* appare utile, anzi necessaria. Così la nozione del diritto, come rapporto di facoltà e d'obbligazione, è completa. Il fenomeno sociale è integrato. L'uomo in società non soltanto ha rapporti economici e morali, ma ben pure giuridici.

VIII.—*Limitazioni morali e spontanee*

Aggiungasi che le limitazioni non sono imposte solo dalla natura esteriore o dalla *forza* fisica individua o sociale. Per seguire il nostro discorso occorre tener presenti le limitazioni d'ordine morale e religioso. L'affetto verso i parenti e gli amici, la pietà ed il timore verso gli iddii, comprendono un sistema grande di limitazioni. Anzi, come rileveremo più tardi, spesso nei popoli primitivi (nè in essi soltanto) è così forte il principio etico-religioso che la maggior parte delle regole di carattere strettamente giuridico si è preferito, per dar lor efficacia, rivestire della sanzione sovranaturale. Del resto, nella psiche dell'uomo, così come si ha l'istinto a cercare il proprio tornaconto individuale, si ha pur quello a rispettare, con coscienza, le persone che sembrano più capaci. Vi ha un grande spirito di *gerarchia* negli uomini, per il quale, *naturalmente*, alcune persone seguono i consigli e gli ordini di altre. Gli incapaci sono sottoposti ai capaci, così come i deboli ai forti. D'altro canto, alcuni bisogni d'ordine morale non possono soddisfarsi senza addurre a sè medesimi delle limitazioni. Per esempio l'ambizione e la vanità impongono che si facciano delle concessioni a coloro dai quali si pretendono aiuti e dimostrazioni di onore. Per queste ragioni, per quelle addotte più in alto, per

altre molte analoghe che si potrebbero aggiungere, si appalesa limpido agli occhi nostri l'*ingranaggio* della società. In questa si ha « *un'associazione di forze individuali, limitate e coordinate* » Ed è magnificamente notabile che, col processo evolutivo, la limitazione non solo diventa *spontanea*, ma è preceduta dalla *coscienza* della *necessità*.

L'uomo, in principio, giunge a distinguere fra le sue pretese quelle che sono consigliate dal suo nudo *talento* e quelle che hanno base in un vero *bisogno*, anzi in una *necessità*. Perocchè queste ultime permangono, quando trovansi di fronte ad altre pretese; ma le prime più facilmente si combinano ed anche si elidono. L'uomo si limita spesso, non già per l'esercizio della forza altrui, o per la minaccia di un tale esercizio, ma per uno *spontaneo riconoscimento* od *acquiescenza*, vuoi per la visione del proprio *vero* interesse, vuoi per la prevalenza dei sentimenti etico-religiosi. Ed è così che si forma quella *coscienza del diritto* di cui più tardi diremo ampiamente, e nella quale il Wundt vede la nozione nel diritto stesso (1).

Nelle limitazioni addotte del diritto, si trova la causa massima dello sviluppo sociale. Onde si forma e si afforza l'*organismo sociale*, oggi tanto complesso e delicato. Giacchè le varie attività, coesistendo e limitandosi, in sostanza si integrano e si rafforzano. Il rispetto ai diritti altrui (cioè le limitazioni d'ordine giuridico, con relativa coazione) ed il rispetto alle leggi morali (con relative sanzioni di discredito, disistima, disprezzo sociale), pur limitando in apparenza l'attività individuale, in fatto la rendono più sicura; quindi meglio la fanno svolgere, ed in definitiva l'ampliano.

(1) Das Recht ist eine natürliche Erzeugniss des Bewusstseins welches in den Gefühlen und Strebungen, die durch das Zusammenleben der Menschen erweckt werden, seine fortdauernde Quelle hat ». WUNDT *Logik* (ed. cit.) vol. II pag. 596.

IX.—Induzione dell'idea di diritto.

Riassumiamo gli aspetti onde ci si è presentata, esteriormente, l'idea di diritto. Diceva Kant che la nozione di diritto in primo luogo non concerne che il rapporto *esteriore*, ed anche *pratico*, di una persona con un'altra, in quanto le loro azioni possano avere una influenza, mediata o immediata, reciproca. (1) È lecito dire, infatti, che il diritto sia, dapprima, una *facoltà d'agire*, una pretesa individuale. La quale, essendo reciproca, si manifesta come *norma d'azione*. Anzi, in vista dello scopo immediato, è (potremmo dire, rammentando HERBART) una *norma pensata per evitare la lotta*. Dal riguardo sociale è (per dirla con KANT) *condizione di coesistenza*. Il suo contenuto intimo però consiste nel *riconoscimento che ogni individuo fa di una ragione uguale alla propria in altrui*: in ciò appaiono alcune delle linee del sistema di FICHTE. Particolarmente il diritto è, per la società, *condizione di coordinamento e di sviluppo* (conservazione e perfezionamento): nel che vediamo alcuni dei principii di ROMAGNOSI. Complessivamente potremo dire il diritto essere *guarentigia delle utilità morali ed economiche*: con che accettiamo, temperandoli, alcuni dei principii di BENTHAM. E potremo ripetere le belle parole del Romagnosi: « L'utile ed il giusto non sono due cose contrarie, come non lo sono la forza ed il diritto. Come il diritto è una *forza regolata*, così il giusto in sostanza è una *utilità regolata* e propriamente una *utilità conforme all'ordine morale di ragione*. Disgiungere dalla idea di giusto e di ingiusto quelle di *utile* e di *danno*, è lo stesso che volere un effetto senza causa, un'obbligazione senza motivo, un impero senza forza, una legge senza sanzione. Significa

(1) KANT *Princ. metaf.* § B.

«commettere una mostruosa contraddizione» (1). Mi affretto a riconoscere che quelli suesposti sono *aspetti*, anzi *momenti*, *formali* della nozione del diritto; ma sono i primi che, nella genesi di questo, si presentino logicamente. Essi, come dimostreremo parte a parte nel capo V, sono i primi ad apparire induttivamente e gli ultimi deduttivamente: formano l'alfa e l'omega del processo logico; in mezzo a loro stanno, con larga ed estesa virtù determinatrice, i momenti finali.

Passiamo ora a vedere come dalla società e dal diritto sorgano l'idea e l'istituto dello Stato.

X.—Lo Stato organo sociale di soddisfazione dei bisogni comuni.

La società, si è visto, esiste per legge di natura ed ha lo scopo di procacciare, entro certi limiti e con certe condizioni, il bene di coloro che la compongono. Questo è il suo *scopo*, ed in pari tempo la sua *funzione*. Ma la *funzione*, essendo pratica esplicazione di attività, presuppone l'*organo*. Il quale è per l'appunto la società, in quanto è organizzata a Stato.

Gli individui, che compongono la società, hanno dei *bisogni comuni*. Alla soddisfazione di questi provvede lo Stato, come *organo sociale*. Valgano brevi esempi. È ormai generalmente affermato che, in origine, la proprietà del suolo era collettiva. Le comunità indiane fanno riscontro a ciò che si praticava dai più lontani nostri progenitori, ed a ciò che, anche oggi, si pratica da molti popoli selvaggi (2). Ma tal fatto che altro significa, se non che, essendo universale il bisogno di coltivare il suolo e goderne de' frutti, a tale bisogno in epoche primitive si soddisfa dall'associazione intiera, nello interesse di tutti,

ossia dallo Stato? — Ancora. Una certa popolazione si ferma in un determinato territorio e vi prende stanza. Ad un tratto è minacciata da un'invasione. Il pericolo è grave: comune a tutti è il bisogno di scongiurarlo. L'associazione tutta quanta, ordinata con una certa gerarchia, sotto certi capi e condottieri, corre alla difesa. Nal far ciò, quella popolazione non dà forse pruova di essere organizzata a Stato, e lo Stato, nel difendere il territorio, non soddisfa ad un bisogno comune? — Ancora. Un bisogno universale, in ispecie presso i popoli primitivi, è quello del culto religioso. Ad esso, nell'interesse comune, soddisfano quei capi e quei condottieri che pur badano ad altri pubblici interessi. Potremmo dire, con terminologia moderna, che, in tutti i popoli primitivi, il culto sia attribuzione del governo. Or bene, non vediamo anche in ciò una conferma del principio che lo Stato si presenta come *organo sociale di soddisfazione dei comuni bisogni*, sieno morali sieno economici?

XI. — Lo Stato organo sociale del diritto.

Ma non basta. Lo Stato è, soprattutto, anche nelle più remote origini, *organo sociale del diritto*. Certo la tutela del diritto non esaurisce il compito dello Stato, come alcune scuole oggi, variamente innestandosi sui principi di KANT (1) da un lato, degli economisti dall'altro, affermano; ma è pure il compito principale. Si è visto come l'impiego della forza, nei rapporti sociali, sia un male, e come la limitazione delle pretese individuali sia un bisogno comune. Anche a tale bisogno (il quale non ad altro intenderebbe fuor che alla *tutela del diritto*) soddisfa lo Stato. Quando un individuo è offeso da un altro, il male ed il danno non sono soltanto suoi, ma ben pure della società, la quale si vede minacciata. La riparazione del

(1) ROMAGNOSI *Assunto primo* (ed. cit.) 270-71. JHERING, sotto un particolare profilo, dice, non senza petizione di principio: «il diritto è un interesse giuridicamente garantito». *Geist des römisch. Rechts*. III § 60.

torto, quindi, non è soltanto di ragion privata, ma di ragion pubblica. La società deve far rispettare il diritto, ossia deve dare *sanzione coattiva* ad esso; poichè, giusta l'energica espressione di FIETTS, il diritto senza coazione sarebbe un'impotenza. Ora, è appunto compito dello Stato questo: dare sanzione coattiva al diritto (1). Accenniamo, per connessione di causa, all'evoluzione del *diritto penale*; il quale, per comune consenso, è passato dallo originario periodo della *vendetta privata* a quella pubblica, che non è più *vendetta*, ma è propriamente *giustizia*. Quanto più cresce la società, non solo di estensione ma, quel che più monta, di *intensità*, tanto più, per le *guarentigie dei diritti*, lo Stato si sostituisce all'individuo e la tutela del diritto si fa veracemente pubblica funzione.

Doppio è il modo con cui lo Stato si manifesta massimo organo del diritto: come *legislatore* e come *giudice*: nello stabilire le norme universali, limitatrici dell'arbitrio individuale (*diritto positivo, legge*) e nello applicarle praticamente. La società è un complesso di individui e di forze ordinate. Chi altri determinerà le modalità di un tale ordinamento se non la società stessa, come ente collettivo, ossia lo Stato? E chi altri, fuor che lo Stato, dovrà e potrà, con acconcie provvidenze concrete, far rispettare l'ordinamento già stabilito?

XII. — *Necessità dello Stato.*

Lo Stato è organo del diritto: il diritto è, per la società, condizione di sviluppo, di ordine, di esistenza: lo Stato, dunque, è necessario. I fatti dimostrano che, come non vi ha uomo senza società, così non vi ha società senza Stato. Nè fa d'uopo diffondersi a spiegare come, non perchè vediamo i gran-

(1) Perciò, da un riguardo formale, parmi pienamente accettabile la frase del GERBER, che dice lo Stato essere « *die Rechtsform für das Gesamtleben eines Volks* ».

di Stati odierni, con territorii determinati e larga copia di rapporti precisi fra governati e governanti, noi dobbiamo ritenere che, nella storia e nella preistoria, tutti gli Stati a quelli si debbano rassomigliare. A tale una società risponde tale uno Stato. Fra questi due termini il rapporto è intimo, la rispondenza è assoluta; dirò di più: vi ha *medesimezza* (1). Il patriarca, il capotribù, il sommo sacerdote, il guerriero fatto o fattosi Dio, rappresentano, secondo le diverse contingenze storiche, gli Stati primitivi ed i relativi governi. È indiscutibile che non può darsi aggregato sociale, senza una certa coordinazione di individui e di forze, senza una certa gerarchia, nel fine di raggiungere gli scopi di comune utilità. Questa gerarchia costituisce, per lo meno, l'*embrione dello Stato*. Possiamo quindi affermare i seguenti due principii, che in appresso vedremo rispuntare molte volte: « *Lo Stato è tale quale è la società, e viceversa* »; « *Non vi è società senza Stato* ». Possiamo del resto, con maggior forza scientifica, adottare la famosa formola aristotelica: « *L'uomo è per natura un animale politico* »; la quale risolvesi così: 1° La natura dell'uomo richiede che egli viva in società; 2° la natura della società richiede che questa sia organizzata a Stato.

XIII. — *Principio individuale e sociale.*

Cominciano fin da questo punto a manifestarsi due principii, nelle lotte e nelle transazioni dei quali può ben dirsi che sia racchiusa la storia dell'umanità: il principio *individuale* e quello *sociale*. Questi due principii comprendono, per usare la locuzione di un recente scrittore, il Sax, (2) gli *ele-*

(1) È questo il principio dal quale è partito STEIN nella sua teoria della società, sulla quale è fondata quella dello Stato. *Verwaltungslehre* p. 730 e seg. (ed. Stuttgart, 1876).

(2) SAX — *Grundlegung der theoretischen Staatswirthschaft* (ed. Hölder, Wien —

menti della forza sociale; ma l'uno senza dell'altro non può concepirsi. Avremo da tornare in seguito su questo argomento. Per ora basterà ricordare le belle parole del Romagnosi, nelle quali può ritenersi che sieno temperate le due opposte tendenze, che in questo campo si combattono: « la società umana non può essere società di *comunione* e di *azienda*, ma solo società di *utile commercio* e di aiuto *necessario* » (1) Laonde, nel consorzio sociale, « l'uomo (individuo) non deve mai servire all'uomo, ma alla necessità della natura ed al proprio meglio » (2).

XIV.— *Definizione dello Stato.*

Ci sarà facile, ora, dare una definizione dello Stato, allo scopo di comprendere, in una formola sintetica, tutti gli aspetti onde la nozione di esso integra.

Lo Stato, dico, è « la *suprema associazione, naturalmente e necessariamente costituita fra un numero oltremodo vario di individui, quasi sempre ferma in un territorio determinato, che ha lo scopo di garantire ed anche agevolare la conservazione ed il perfezionamento sociale* ».

Analizziamo la definizione.

Dico *associazione*, perchè non v'è Stato ove non sia società. Occorre, affinchè si abbia uno Stato, che molte persone convivano ed ubbidiscano alle medesime leggi. In tale convivenza si han-

no reciproche limitazioni, per il comune benessere. Si hanno, cioè, tutte le forme di un'associazione la quale, per il raggiungimento dei suoi fini, riconosce facoltà ed impone obblighi ai suoi componenti.

La chiamo *suprema*, perchè lo Stato è la più alta associazione che esista in società: superiore alla famiglia, alla gente, alla città, alla regione, nonchè alle associazioni private e per iscopi privati, di cui qui non si discorre. Lo Stato raccoglie in sè la totalità degli individui che compongono una società, nessuno escluso.

Tale associazione *suprema* dico essere costituita *naturalmente e necessariamente*, ossia per *necessità di natura*. La società è necessaria, e necessario è lo Stato, giusta lo assioma aristotelico: « l'uomo è per natura un animale politico ». Con ciò togliesi campo alle teorie atomistiche che farebbero dipendere lo Stato dalla mutabile volontà degli uomini, quasi da contratto.

Dico *costituita*, per indicare che l'associazione non soltanto *esiste*, ma *esiste in uno special modo*, quale, per l'appunto, è espresso nella parola *costituzione*. Questa comprende le idee di *ordinamento* e di *organamento*. L'ufficio eminente dello Stato; infatti, è quello di ordinare e di *ridurre ad organismo visibile* un complesso di individui; quindi si hanno in esso *magistrati e rettori*, ossia persone investite di autorità e di potestà, per il bene pubblico.

Dico lo Stato esistere *fra un numero oltremodo vario di individui*, perchè il numero di individui componenti una società ordinata a Stato non è criterio per giudicare della esistenza o no di questo. Dal comune medievale di Volterra al permanente pletorico Impero celeste, si ha sempre uno Stato, più o men grande o piccolo, ma uguale nelle estreme caratteristiche politiche e soprattutto giuridiche. Dividendo il complesso-Stato fino ai minimi termini, si arriva ad un *atomo* (per usare una immagine attinta alla fisica) al di là del quale la divisione non è più possibile: *l'individuo*. Biologicamente, pe-

1887)—parla delle due fondamentali *Richtungen* nella vita sociale: *l'individualismo* e il *collettivismo* (?), e le chiama anche *socialen Elementarkräfte*. (§ 2 e seg.). Ricorda che il GIERKE ne traccia lo sviluppo storico e le chiama « centralen Axiomen von denen alle Gesellschaftsconstruction ausgeht und um deren Verhältniss zu einander sich alle principiellen Gegensätze bewegen ». *Die Staats- und Corporationslehre der Altzeit u. des Mittelalt.* p. 628.

(1) ROMAGNOSI *Assunto primo* ed cit. § 204.

(2) ROM. id. § 202.

rò, deve dirsi che la *cellula* dello Stato, come organismo, sia la *famiglia*.

Dico che l'associazione umana, la quale dà fondamento allo Stato, è *quasi sempre ferma in un territorio determinato*; poichè il territorio assicura ed afferma lo Stato, e tutti i popoli, che abbiano raggiunto un grado anche minimo di civiltà costante, si posano in un territorio. Questo, tuttavia, non può dirsi logicamente che sia dello Stato condizione essenziale; giacchè anche le errovaghe tribù barbare possono chiamarsi Stati, come vedremo a suo luogo.

Finalmente dico che scopo dello Stato sia quello di *garantire ed anche di agevolare la conservazione ed il perfezionamento sociale*. La formola di conservazione e perfezionamento, ch'io qui adotto, è del ROMAGNOSI, e parmi che esprima tutto il concetto teleologico di una istituzione la quale, sorta per il bene comune, deve prima assicurare nel presente ciò che si ha di buono ed eliminare ciò che di nocivo, e poi deve provocare il meglio per l'avvenire, giusta la legge naturale del progresso, la quale è più che altro psicologica, nel senso cioè che l'uomo tende sempre al meglio. Nella parola *garanzia* si ha la *tutela del diritto* e la *sicurezza*, così interna come esterna; quindi la *potestà ed il dovere*, nello Stato, di dirimere le controversie giuridiche, perseguire giudicare e punire i rei, combattere i proprii nemici. Nella parola *agevolamento* (che non si ammette con la incondizionata larghezza della *garanzia*) trovansi tutte quelle funzioni, sulla cui indole e misura tanto si discute oggi, ma che tanto oggi si vengono allargando: come per esempio proteggere ed incoraggiare industrie arti e commerci, aprire strade, diffondere istruzione, soccorrere in vario modo le forze individuali deboli.

XV.—*Contenuto della nozione di Stato: Popolo e Governo.*

Teniamo fermo il concetto sintetico che lo Stato sia *ordinamento* non solo, ma *organamento* della società. Questa

grazie allo Stato, forma un complesso, ordinato nelle membra e nel capo, anzi un vero *organismo*, che precisamente dicesi *politico*. Lo Stato (a parte i comuni e non di rado contraddittorii ed erronei significati della parola) è nozione complessiva, che abbraccia così gli organi come le funzioni, così gli individui costituenti la società come la rappresentanza di essi in un ente concreto, incaricato di realizzare praticamente i fini dello Stato, ed affidato a poche mani. Infatti la nozione dello Stato comprende in sè due grandi obbietti: il *popolo* ed il *governo*.

Il POPOLO è « la *società ordinata a Stato* »; ossia: « il complesso di individui, che fanno parte dello Stato ». Codesti individui, in quanto son popolo, ossia fan parte dello Stato, chiamansi con un nome politico particolare: diconsi *cittadini*.

Il GOVERNO, poi, è « l'ente concreto, rappresentante del popolo, incaricato di far realizzare praticamente gli scopi dello Stato » (1).

Analizziamo quest'ultima definizione. Spesso confondonsi i due termini *Stato* e *Governo*; ed è grave errore. Lo Stato è nozione complessiva, che abbraccia tanto i cittadini quanto il legame che questi avvince fra loro. Governo, invece, è nozione più speciale, limitata in ciò: che lo Stato, per raggiungere quei suoi fini di cui si è tenuto discorso più su, ha bisogno di un organo supremo il quale rappresenti la totalità dei consociati ed agisca nel loro interesse. Un tale organo, che appunto perchè agisce è chiamato *ente concreto*, è il Governo.

Ne segue che, mentre lo Stato, per la complessità della sua nozione, deve concepirsi come un'idea fondamentale e necessaria, *priva di forma*, il Governo, al contrario, è istituto

(1) Il governo, così inteso, non si deve evidentemente confondere col governo assunto nel particolare e ristretto significato di *potere esecutivo*. Purtroppo, nelle nostre materie, grave è l'imbarazzo per la mancanza di parole proprie e distinte che significano esclusivamente alle varie cose che si vogliono significare.

essenzialmente *formale*. I governi cangiano e si seguono l'un l'altro: lo Stato invece non cade mai. L'anarchia è un parossismo sociale, tanto meno duraturo quanto più violento: sarebbe stoltezza il dire che le rivoluzioni distruggano gli Stati, non potendo esse che distruggere e creare governi. Lo Stato non si crea, come non si crea il diritto, di cui è grande organo: istituto veramente naturale e necessario, quello sorge per il semplice fatto della società umana, ossia della coesistenza di più uomini, in determinate condizioni di spazio. Eppure non muore mai. Lo Stato francese è stato sempre saldo e continuo, malgrado il succedersi della repubblica sorta dalla rivoluzione, dell'impero, dei regni della restaurazione e del 1830, della repubblica del 1848, del secondo impero, della terza repubblica. Inoltre: quando una delle grandi associazioni che formano uno Stato si discioglie, gli individui e le famiglie (ossia, per ricordare l'immagine usata più su, gli atomi e le cellule) che lo costituivano, entrano, quasi senza soluzione di continuità, a far parte di altre associazioni, di altri organismi, di altri Stati. Spartita la Polonia, i polacchi rivissero immediatamente, come *cittadini*, ossia come *individui facienti parte di uno Stato*, nella Russia, nella Prussia, nell'Austria. Gli uomini, insomma, sol perchè vivono in società, fanno parte di uno Stato qualsiasi. Ripeto: in questo momento generalissimo, la nozione dello Stato ci si presenta *priva di forma*, precisamente perchè *necessaria ed universale*. Il governo invece è *formale*, perchè *contingente e mutabile*. Anche ciò, a suo luogo, sarà più ampiamente dimostrato.

Nella definizione del governo dissi, inoltre, esser desso un ente concreto, *rappresentante del popolo*. L'affermazione potrà sembrare erronea, ritenendosi volgarmente che sieno rappresentativi i soli governi del giorno d'oggi, nei quali, mercè le costituzioni liberali, è assicurata ai popoli, con la elezione dei deputati al parlamento, una partecipazione al governo dello Stato. Tuttavia non vorrà disconoscersi essere una tale opinione molto ingratte. Ogni governo, sol perchè esiste,

deve ritenersi, per presunzione che pur ammette pruova in contrario, che sia voluto dalla maggioranza del popolo fra cui e per cui vive, e che perciò sia di questo rappresentante. La rappresentanza non è soltanto quella *espressa e legale*, quale si ha mercè l'elezione; ma può essere ben pure *solamente presunta*, ossia *meramente naturale*. Accenno ora a codesti concetti per integrare la definizione del governo; dichiaro però che dessi non sono *presupposti*, poichè in seguito apparrà da quali fatti e principii discendano.

Giusta le premesse, pertanto, uno studio complessivo sullo Stato deve comprendere quelli che sono in pari tempo fattori e contenuto di questo: il *popolo* ed il *governo*. È soltanto coll'equo apprezzamento de' fattori e de' coefficienti, che può procedersi alla ricostruzione teorica del tutto.

XVI. — *Momenti della nozione dello Stato: — costituzione ed azione.*

Vasto e complesso è lo studio della nozione dello Stato; ma, tenendo presente l'unità dell'obbietto e riflettendo che lo Stato è un ente, vivo ed operante pei suoi fini, si può, metodologicamente, introdurre una grande duplice partizione in quello studio, secondo che più particolarmente si abbia a parlare della costituzione o dell'azione di esso Stato. Tale partizione risponde a quella fondamentale che, in biologia ed in fisiologia, si fa fra l'*organo* e la *funzione*. E non è, il ricordare ciò, far atto di volgare catacresi; poichè realmente lo Stato ha i suoi organi e le sue funzioni, ha la sua *essenziale costituzione* ed esercita la sua *peculiare azione*, come ogni organismo che dalla biologia e dalla fisiologia sia considerato. È inutile soffermarsi in lunghi ragionamenti, a dimostrare che la frase *costituzione dello Stato* non devesi qui intendere nel significato comune e ristretto di legge, o meglio di statuto, ordinatore di pubblici poteri. Dobbiamo sollevarci all'idea complessiva, ed etimologicamente più vera, della parola *costituzione*, che vuol dire *essenza, organizzazione, struttura*. Altra vol-

ta ricordai che i romani dicevano *Senatus constituit praefectum*, ossia « lo mise in carica »; *Caesar constituit tabernacula*, ossia: « piantò le tende »; *Vitruvius constituit domum*, ossia « fe' il disegno della casa ». Cicerone, in una frase rimasta famosa, disse *civitas constitutio populi*: frase che noi ripetiamo per indicare che la *civitas*, (la quale, ad imitazione della *polis* greca, sarebbe lo Stato addirittura) è la riduzione del popolo ad unità organica. In questo ampio significato ci soccorre il concetto aristotelico, per cui la costituzione civile sarebbe « un ordine fatto nelle città, mediante il quale si abbiano a distribuir li magistrati, ed abbiasi a disporre quella parte, che nella città ha ad essere padrona. Ed ancora è un ordine intorno al fine che ciascuna società debba avere » (1).

Così intesa la costituzione, essa abbraccia l'organamento e la struttura dello Stato, ossia del popolo e del governo. Nello studio della medesima, noi andiamo dalla anatomia alla fisiologia, memori del principio che ricorda e con cui ammonisce HALLER: « *neque multo in physiologicis scimus nisi quae per anatomicen didicimus* ». Per la medesima ragione, in senso inverso, la costituzione dello Stato ne abbraccia e determina l'azione.

CAPITOLO IV.

LO STATO GIURIDICO IN FUNZIONE DELLO STATO MODERNO

I. — L'evoluzione dello Stato giuridico.

Le osservazioni e le induzioni d'ordine generale contenute nel precedente capitolo, ci porterebbero senz'altro ad affermare la necessaria identificazione dei due termini *Stato* e *diritto*: necessità logica che ancor meglio apparirà dalle di-

mostrazioni di indole deduttiva che verranno nei successivi capitoli. Senonchè giova notare, fin da ora, che quella identificazione, pur troppo, non si è mai avuta nella storia. Anche tenendo conto di tutto ciò che di relativo può essere, e c'è, nella idea di diritto (e non parlo del diritto positivo), non possonsi disconoscere le profonde violazioni del diritto che la storia registra: per esempio la schiavitù e la depressione della donna in tutto il mondo classico; la strapotenza della fazione vincitrice entro lo Stato nel medio evo; la discendenza divina, epperò l'assolutismo, dei principi e la potestà loro di disporre dei beni e della vita dei sudditi, nelle stesse recenti monarchie legittimiste. Sarebbe studio di molta importanza il ricercare come sia stato inteso il concetto di Stato giuridico nelle varie epoche storiche. Dovendo io restringermi in questo lavoro alla ricostruzione del sistema, debbo prescindere da ogni altra indagine. Mi riservo però, in una prossima occasione, di dimostrare l'esattezza di una *legge storica*, secondò la quale la evoluzione dello Stato avrebbe condotto questo a passare successivamente per tre stadii: TEOLOGICO, POLITICO e GIURIDICO. Oggi noi siamo e ci inoltriamo sempre più nel periodo giuridico. Ebbi ad osservare altra volta (1) che, appena ai nostri giorni, nelle più civili parti del mondo, malgrado alcune persistenti ingiustizie (talune delle quali, del resto, sono dalle masse inavvertite, comechè altre sieno ed avvertite ed esagerate) malgrado ciò, dico, appena oggi il rispetto al diritto di tutti i cittadini, senza distinzione alcuna di classe o di parte, si è in massima parte conseguito, non soltanto nel campo politico, ma pure in quello domestico e civile. Nell'Inghilterra medesima, che ci ha precesso per le libertà politiche, le violazioni al buon diritto sono state fino a poco tempo addietro frequentissime. Oggi, però, il progresso sociale ha generalmente acuito la sensibilità delle ragioni individuali; la

(1) ARISTOTELE, *Politica* IV, c. 1, trad. BERNARDO SECONI.

accresciuta attività intellettuale morale ed economica domanda energicamente guarentigie; la uguaglianza non è più un sentimento mistico, che aspetti una realizzazione sovraterranea, ma è un principio giuridico rafforzato dalla coscienza politica; la tutela del diritto appare limpidamente quale è, ossia la maggiore utilità da raggiungersi nei civili consorzi. E ben può dirsi che le odierne forme di governo, cioè le rappresentative, si sieno, più di ogni altra precedente, meglio avvicinate a ciò che è scopo, ed in pari tempo idea prima, dello Stato. MONTESQUIEU, con partizione arbitraria, disse l'onore esser principio delle monarchie, il timore del dispotismo, la virtù delle democrazie. Noi potremmo oggidì, con maggior fondamento, dire che la tutela del diritto sia il principio fondamentale del governo rappresentativo.

Ma se non posso, per l'economia del lavoro, dilungarmi in ampie ricerche storiche, debbo però, prima di entrare nella ricostruzione razionale, esaminare lo Stato giuridico nella sua più eminente manifestazione concreta, ossia in rapporto, anzi in *dipendenza*, dello Stato moderno. Invero è in questo che quello ha trovato finora le più acconcie condizioni di sviluppo; conviene quindi studiare, come direbbero i matematici, quello in funzione di questo (1). Per fare ciò, occorre dire brevemente che cosa noi intendiamo per *Stato moderno*.

(1) Dicesi che y sia funzione di x quando le due quantità y ed x dipendono fra loro in guisa da potersi assegnare una serie limitata od illimitata di valori della x , a ciascuno dei quali corrisponda uno ed un solo valore di y . — Il concetto di *funzione* ha larga importanza nel campo logico. Ricordo il WUNDT: « In logischer Beziehung lässt sich demnach der Begriff der Function als diejenige Umgestaltung betrachten welche der Begriff der logischen Abhängigkeit in der Anwendung auf den allgemeinen Grössenbegriff erfahren muss » — *Logik* (ed. cit.) vol. II, p. 169.

II—Il tipo storico nello Stato.

Lo Stato è tale quale è la società che da esso è raccolta, compresa, organizzata, personificata. La società, nelle varie epoche storiche, assume una particolare figura, con distinti caratteri. Così lo Stato (1). Onde possiamo, nelle varie epoche, assegnare allo Stato una propria e personale figura che lo distingua radicalmente dagli Stati anteriori e dai successivi. Gli è ciò che costituisce il *tipo dello Stato*.

Il *tipo*, logicamente, è dato dall'*astrazione*. Questa si ha quando, osservando molti fenomeni, si prescinde (2) dalle note eterogenee, si raccolgono le omogenee e su queste si generalizza. Così noi, osservando i diversi Stati di una determinata epoca, prodotti da cause sociali se non identiche omogenee, possiamo prescindere da ciò che di speciale vi ha in ciascuno di essi, raccogliere quel che vi ha di comune in tutti, e ricostruire il tipo. (3) Da ciò segue che il tipo è nozione *astratta*, ma *reale*. Infatti esso si ottiene bensì con un processo logico della nostra mente, ma dopo l'osservazione concreta e diligente dei fatti. Abbiamo frequenti esempi storici di tipi di Stato nettamente distinti. Lo *Stato feudale*, colla società e colle pubbliche potestà gerarchicamente disposte, ne è uno. Un altro è lo *Stato municipale* o, per così dire, *cittadinesco*, quale si ebbe, con due grandi ramificazioni, nelle repubbliche greche e nelle italiane.

(1) In tal senso può dirsi che lo Stato sia un *prodotto storico necessario*. Cfr. per gli sviluppi DAHLMANN—*Die Politik auf den Grund und das Mass des gegebenen Zustände zurückgeführt*.

(2) Ricordo l'espressione del WHATELY, a proposito dell'astrazione: «.... the act of drawing off.... » (*Elements of logic*. II, 5, § 2).

(3) Intorno all'idea di *astrazione* mi accostò di più ai principii di LOCKE, BROWN e dei concettualisti, come li chiamerebbe lo STUART MILL (*System of Logic*. L. IV, cap. 2).

Un altro è dato dalla grande *monarchia asiatica*, assoluta, fortemente sorretta, ora dallo elemento ieratico, ora dal militare, ora e più spesso dall' uno e dall' altro. Anche nell' età, che ha immediatamente precesso la nostra, troviamo un tipo ben distinto: la *monarchia militare*, sotto altri riguardi chiamata *legitimista*, di Francia, Spagna, Prussia, Austria, Russia. Insisto però, a scanso di equivoci, nel concetto suesposto: il *tipo* non implica identità, ma *omogeneità*, nei più generali, anzi fondamentali, caratteri. Per riconoscerlo bisogna far uso dei più rigorosi metodi che la *istorica* (1) possa consigliare.

III.—Il tipo dello Stato moderno

L' età moderna è così diversa dalle precedenti, è venuta talmente trasformandosi, per mezzo delle rivoluzioni e di affrettate evoluzioni, che a lei corrisponde un nuovo e specialissimo tipo di Stato (2). In una considerazione generale e, ripeto, astratta, com' è quella del *tipo*, spariscono le speciali differenze concrete. I regni di Inghilterra, Italia, Spagna, Belgio si parificano per molti riguardi coll' impero germanico e con quello di Austria Ungheria, colla repubblica di Francia e colle confederazioni svizzera ed americana. Altri Stati, come l'im-

(1) Non basta la conoscenza dei fatti storici; bisogna averne adeguata intelligenza critica. In Germania si va facendo sempre più strada la distinzione tra *Geschichte* e *Historik*. Questa, come ben dice il DROYZEN (*Historik* § 16, 18 ecc.) non è enciclopedia nè filosofia, ma insegna il *metodo* per le ricerche storiche. La storia deve rafforzarsi con un complesso di cognizioni sistematiche, non escluse le filosofiche e psicologiche. Si deve conseguire, per dirla col BOECKH, una *Erkenntniß der Erkenntniss* (pr. WUNDT *Logik* p. 518) ed in ciò deve vedersi una perfetta antitesi alla concezione empirica della storia come *Erkenntniß der That-sachen* (WUNDT, p. 519).

(2) Il concetto di *Stato moderno* è nettamente messo in rilievo dal MOSCA (*Studi sulle Costituzioni moderne*, Palermo 1886) e dall' ORLANDO *Principii di*

pero di Russia, sono all' infuori del tipo, ma la ineluttabile legge storica, che ha fatto costituire questo, verso il medesimo spinge gli altri ogni giorno più. Ora, è appunto a tale tipo di Stato moderno che spetta per antonomasia la qualifica di *giuridico*, non tanto perchè in esso sieno realmente, *in atto*, osservati i principii di diritto come in nessun altro mai, quanto perchè esso è dai suoi principii direttivi determinato in guisa da poter fecondare in avvenire sempre più l' applicazione di quelli.

IV.—L'organismo sociale.

Lo Stato moderno è essenzialmente *sociale*. Riferiamo anche a questa qualifica l'osservazione fatta a proposito della locuzione « Stato giuridico ». Evidentemente ogni Stato è sociale; ma oggi il principio sociale si è grandemente accresciuto d'intensità e di estensione. Vi ha una frase, e può anche dirsi una formula, che oggi è assai ripetuta nel campo della dottrina ed in quello della pratica, e che può, sotto molti riguardi, essere assunta come definizione di ciò che è peculiare carattere della età nostra: « *la società è un organismo* ». Avere affermato l'idea prima che in quella formola è contenuta, è merito della scuola economica. L'odierna scuola sociologica ha fatto suo quel concetto, e l'ha preziosamente svolto (1); ma, come suole accadere, per virtù (anzi vizio) di reazione, ha esagerato; si dà confondere l'organismo sociale con quello animale, anzi biologico; si dà parificare il mondo superorganico, come direbbe Spencer, all'organico; si dà scoprire, sulle tracce di SCHAEFFLE, braccia e cuore e mente e nervi e muscoli nel corpo sociale. L'esagerazione è evidente. Nel campo sociale, che non è concreto ma discreto, i rapporti non sono per continuità

(1) SPENCER *Principii di sociologia* § 212 e seg.

di materia. Tutt'al più vi ha, varia ed accidentata, continuità di spirito. Basterebbe ciò solo, per distinguere radicalmente il mondo veramente organico (animale e vegetale) da quello sociale. Negli organismi propriamente detti, ogni parte non ha entità a sé; ma, in tanto esiste ed ha funzioni, in quanto, non solo è coordinata alle altre, ma con esse si integra. Negli organismi sociali, invece, ogni parte (individuo) è distinta ed ha propria entità. Nei primi l'organamento delle varie parti è necessità finale, è scopo; mezzo, invece, è l'esistenza delle parti. Nei secondi, al contrario, scopo è l'esistenza delle parti (individui); mezzo—comechè necessario—è l'esistenza dell'organismo (società). Questa fondamentale differenza, però, convien dire che non sia generalmente riconosciuta. Oggi, anzi, la tendenza si è ad accrescere sempre più il campo sociale ed a restringere l'individuale, ossia a dare maggior vigore all'organismo sociale, e a far diventare questo sempre più lo scopo, nel quale le parti sieno come trascinate e soffocate. Si può deplorare il fatto, ma lo si deve constatare.

V.—*La coesione sociale.*

Manifestazione principale dell'indole progressivamente organica della società moderna, è la grande e continua crescita della *coesione sociale*. Oggi ben può dirsi che l'uomo diventi sempre meno isolato; i rapporti di lui si fanno più numerosi e più stretti; il progrediente sistema d'associazione e di divisione del lavoro richiede, per l'appunto, che gli uomini più e meglio fra loro s'avvicinino e si aiutino; moltiplicansi i fattori ed i termini della produzione e della circolazione della ricchezza; nel campo morale ed intellettuale non meno vivace e continuo è lo scambio che in quello economico; perfino le libere forme di reggimento politico (effetto delle odierne condizioni sociali ed in parte causa loro) sostituiscono alla inerzia della massa, non più abbandonate sotto

duci irresponsabili, il vigile interessamento dei cittadini, che, per ciò, sono meglio condotti ad avvicinarsi fra loro. Si allargano, quindi, e si restringono i rapporti sociali: nè questa è vana antilogia; poichè si allargano estensivamente e si restringono intensivamente. Onde il maggiore *spirito d'associazione* ed una vera e propria *squisitezza d'organismo*, per la quale i colpi dati ad una parte si ripercuotono in tutte le altre e sorge la *solidarietà* e la *corresponsabilità*. Nè sarà richiamo metaforico il dire che quello specialissimo fenomeno finanziario della incidenza riflessione e ripercussione delle imposte (per cui chi è gravato dal tributo cerca scaricarne il peso su altri e ci riesce in parte, cosicchè produttore commerciante e consumatore in vario modo ripartiscono fra loro, per una rete di azioni e di reazioni soventi male percepibili e ricostruibili, il peso tributario): quel fenomeno, dico, può, formalmente, assumersi come universale esempio, dimostrativo della complicatezza e delicatezza di rapporti sociali.

VI.—*La macchina dello Stato.*

Vi ha un principio di somma importanza che possiamo formulare così: « *Le potestà dei governanti sono in ragione diretta della coesione sociale* ».

Ogni governo esiste per il bene dei sudditi. Se a questo bene non si rivolgesse, non avrebbe ragione di esistere. Ma il *bene pubblico* è concetto inteso in diversi modi e misure. Dal minimo di tutela del diritto cui i professori della teorica che lo Stato sia un *male necessario* si restringono, al massimo cui aspirano taluni socialisti, lunga è la via. Chiedesi, frattanto, per interesse scientifico: da che cosa è governato il fenomeno? quale è la *misura* delle potestà dello Stato, nelle varie contingenze storiche? — Giacchè le potestà dello Stato sono un grave *fatto storico* ed occorre indagarne le cagioni.

lo Stato quale è la società, debbono essere ricercate in questa.—Osservisi che, rispetto alla società, le competenze dello Stato risolvonsi in *ordini* (atti di imperio) cui i cittadini debbono ubbidire. D'altra parte lo Stato, in tanto è rivestito di ufficii e di potestà, in quanto agisce nella rappresentanza ed in sostituzione dei cittadini. Prendiamo, ad esempio, la fondamentale ed indiscutibile fra tutte le potestà pubbliche: quella di render giustizia. Per essa, nelle controversie giuridiche fra i cittadini, lo Stato si sostituisce a questi e definisce quelle; le quali, altrimenti, sarebbero rimesse all'azione ed ai contrasti individuali. In un caso diametralmente opposto, identico è il fenomeno, per esempio nella costruzione di una ferrovia da parte dello Stato: questo si sostituisce ai cittadini, i quali da sè non vogliono, o non sanno, o non possono.

La società, dunque, è il *sostrato* delle competenze dello Stato. Ma, in pari tempo, ne è la *misura*. Ammesso che ogni pubblica potestà risponda (bene o male non importa, in questo nostro esame logico) ad un bisogno sociale, si inferisce che, se bisogno non c'è, non si ha potestà, e che questa a quello è proporzionale. Il minimo di competenze in qualsiasi Stato è dato dal rendere giustizia e dall'ordinare e guidare eserciti. Infatti precipuo bisogno di ogni sociale aggregato è la conservazione di sè medesimo: la giustizia è la milizia intendono appunto alla conservazione interna ed esterna. Nei popoli primitivi, alle dette due potestà si aggiunge la gestione delle cose religiose: poichè, nell'opinione di quelli, la integrità dello Stato è minacciata dalla vendetta e perfino dal capriccio degli iddii, a propiziare la clemenza e la misericordia dei quali sono necessarie le pratiche religiose. Ma, col progresso, aumentano i rapporti sociali e cresce la coesione. Gli interessi comuni si fanno sempre maggiori, epperò è ognora crescente il bisogno di allargare le competenze dello Stato. Questo è venuto e viene ogni di più ingrossando, di tal gui-

Un riflesso interessante di ciò che abbiain detto, si vede a proposito della *libertà*, intesa nel suo più comune e quasi volgare significato. Nei grandi Stati e nei governi che ordinariamente si dicono *assoluti*, in ispecie nelle vecchie e grandi monarchie, classiche per il despotismo, colpisce ed offende la *illimitazione legale* delle potestà dei principi: per esempio il *jus vitae ac necis*, il *dominium eminens* sui beni de' sudditi, la personificazione della onnipotenza divina, e via dicendo. In fatto, però, la illimitazione legale trova continui impacci nello esplicamento suo. In società si ha ben poca coesione: scarsi difficili e malsicuri sono i mezzi di comunicazione; la mano del sovrano non si può far sentire, dovunque, pronta, energica ed uguale; molto, in ispecie nella vita privata, è rimesso alla libertà o allo arbitrio dei sudditi; assai potestà legali non esistono specificatamente, poichè non v'ha modo nè bisogno di estrinsecarle: quindi neanche si ha possibilità di agire illegalmente. Viceversa, in una società ristretta e progredita, i governanti hanno molte potestà. Valga l'esempio delle repubbliche greche; nelle quali, giusta i principii che in Socrate ebbero solenne affermazione, si proclamava l'obbedienza passiva del cittadino. E sebbene in quelle i magistrati fossero eletti dal popolo, in modo da aversi il contenuto positivo della *libertà politica*, non perciò si aveva quella che, con frase alquanto impropria ma espressiva, potrebbe chiamarsi *libertà sociale*. E questa, meno che mai, possiamo dire che si abbia ai nostri giorni. L'ordinamento sociale e quello politico in mille modi limitano la libera estrinsecazione dell'attività individuale. Oggi l'oziosaggine ed il vagabondaggio sono elevati a reato. I proprietari hanno limitato il loro diritto in cento modi: debbono pagare le imposte, sottostare alle possibili espropriazioni, alle servitù legali, alle leggi di igiene, ai regolamenti edilizii, ad altri mille vincoli. Molti servizi pubblici, come la leva, la giuria, la testimonianza, la tutela, incombono ineccepibili. L'istruzione elementare è obbligatoria. L'esercizio delle professioni è subor-

dinato all'acquisto di speciali titoli d'abilitazione. Il sistema fiscale è così squisitamente complicato da vincolare, per necessaria connessione di causa ed effetto, enormemente i cittadini. Molte imposte e tasse e dazii sono protettori di certe industrie e commerci, e proibitori di altri. Esagerasi il principio che ogni atto individuale, il quale riesca ingiustamente nocivo ad altri, renda responsabile chi l'ha compiuto. Allargando il quadro delle nostre considerazioni, osserviamo sempre più come la libertà manchi per una ognor crescente massa di vincoli d'ordine morale o politico o anche di semplice convenienza. I legami religiosi si illanguidiscono ai nostri giorni, è vero, ma (in parziale e vario compenso) la pubblica e privata moralità, lo *spirito di corpo* e di *parte* e di *famiglia*, la doverosa *rispettabilità* personale, la cosiddetta *cavalleria*, mille pregiudizii e puntigli sociali, la *moda*, il *galateo*, da ogni parte ci stringono e ci determinano. Possiamo dire di essere veramente liberi? Possiamo negare di essere sotto l'incubo di un mastodontico e multiforme tiranno: la società?

VII.—*Legge di sviluppo dei principii individuale e sociale.*

Giusta l'anzidetto, potremmo rilevare una specie di legge storica, propria dell'età nostra, secondo la quale il principio sociale sarebbe venuto successivamente svolgendosi. Senonchè dobbiamo affrettarci a notare, contro le dottrine de' socialisti, che il vero progresso non deve ritenersi che si abbia quando il principio sociale si svolge e soverchia ed annulla il principio individuale, ma quando questo e quello svolgendosi si afforzino e si integrino a vicenda. Sebbene le lotte fra il principio individuale e sociale sieno state e sieno molte, ed anche contraddittorie, pure può asserirsi che *mai l'uno di essi ha soverchiato in modo da annullare l'altro*. E ciò ben si comprende. Un eccessivo individualismo implicherebbe la negazione di ogni legge morale, economica, giuridica: onde non lo si ebbe neanche nelle più

remote origini, come si è visto. Nè meno energica e fatale negazione sarebbe compresa in quell'eccessivo socialismo cui, pure, sono tanti oggi quelli che aspirano. Razionalmente si può esprimere il seguente concetto, che trae conforto dai fatti: « *il principio individuale è il primo ad apparire, ed in sè comprende lo scopo ultimo, rispetto al quale il principio sociale è il MEZZO NECESSARIO* ».

Non mi pare che si possa seriamente indagare se la legge di evoluzione porti al trionfo del principio individuale o di quello sociale. Il porre la questione in tali termini, come fanno molti scrittori, è un errore. (1) Riflettasi a ciò: lo scopo è l'individuo, il mezzo è la società. Quindi lo sviluppo del principio finale deve essere parallelo allo sviluppo di quello modale. Vediamo, infatti, afforzarsi il principio individuale, nel corso della evoluzione umana, non meno di quello sociale.

Prendiamo, dapprima, l'esempio più contrastato e grave: quello del *diritto di proprietà*. Se la proprietà originaria era collettiva, bisogna pur riflettere che essa non era costituita a beneficio di un solo o di pochi, ma di *tutti gli individui*. La *forma*, dunque, era di collettività; ma, anche allora, il *fine* era il bene individuale. Gli è che un tale scopo non potevasi, in quelle rozze età, raggiunger meglio che col condominio: i singoli individui non avrebbero avuto la forza di difendere da sè le singole loro proprietà; nè tale forza aveva lo Stato. Col progredir del tempo, però, appunto perchè il progresso della coesione sociale rendeva più forte l'autorità dello Stato, la indole *teleologicamente individuale* della proprietà potè svilupparsi, e si arrivò fino a quell'ordinamento rigoroso del diritto romano, che è il nostro. Viceversa lo sviluppo dell'elemento sociale (sia pure come mezzo al fine del benessere individuale) ha arrecato e reca limitazioni alla proprietà considerevolissime; basta

(1) Ed è perciò, logicamente, preferibile il porre l'antitesi fra il principio individuale, anzi individualistico, ed il collettivo. Cfr. SAX *op. loc. cit.*

riflettere alle imposte, alle servitù legali, alle espropriazioni, alle quote legittime di successione, all'obbligo degli alimenti, ecc. Da ciò quale altra conseguenza dedurre se non che il principio individuale si è svolto parallelamente a quello sociale?

Un altro esempio ci è fornito dallo sviluppo del *diritto di obbligazione*.—È lecito affermare, dapprima, che le « *obbligazioni sono in ragion diretta della socialità* »: verità elementare che altro non suona fuor che questo: quanto maggiori sono i rapporti sociali, tanto più gli individui, per varie ragioni, si legano reciprocamente a fare, a dare, a non fare. Ora, quando un individuo, nei primi tempi, comincia ad essere obbligato ad altri, lo è sotto l'immediata minaccia e sanzione della forza. La sua è un' *obbligazione strettamente personale*. Necessariamente la persona del debitore sta garante presso il creditore. Come si puniva la tribù, che non pagava il tributo, distruggendo i seminati, divellendo le capanne dal suolo, violando le donne, imprigionando gli uomini, così il debitore, moroso o mancante, era punito personalmente, afflittivamente. La *forza* essendo, nei rapporti fra debitore e creditore, non *ultima*, ma *prima*, se non pure *sola*, *ratio*, immediatamente passavasi alla *vendetta* ed alla *rappresaglia*. Quando si svolge l'elemento sociale e con esso lo Stato, e l'azione di questo, quale organo del diritto, si sostituisce all'opera individuale: pur sempre, nelle origini, lo Stato perseguita *personalmente* il debitore. Ricordinsi le disposizioni delle XII tavole. Per le obbligazioni, fuor di dubbio, *la legge di sviluppo consiste nel passaggio dalla garanzia personale a quella reale*. Tutta la storia del diritto romano è lì a provarlo. Saltando ai nostri giorni, potremo perfino accennare alle recenti leggi di abolizione dello arresto personale per debiti e di insequestrabilità degli stipendi, che consideransi come attributo strettamente personale. Quanto alla garanzia reale medesima, essa fu mobiliare prima, immobiliare poi, come se ne vide un esempio (profilato, a dire il vero) nello istituto del pegno,

negare che questo sviluppo del diritto di obbligazione, fatto tutto a favore della persona del debitore, non si debba all'incremento del principio sociale, il quale ha limitato le originarie, eccessive, barbare *pretese individualistiche* del creditore? — Ma, d'altro canto, il rispetto alla *persona* del debitore, non è un omaggio reso al principio individuale? — Ed è a soggiungersi: la garanzia reale delle obbligazioni sarebbe possibile senza il regime della proprietà individuale? — Viceversa però si può replicare: la guarentigia della proprietà immobiliare potrebbe essere efficace senza l'ausilio di molti istituti, stati creati appunto per lo sviluppo del principio sociale, quali la registrazione, la trascrizione, lo stesso catasto per i suoi effetti civili, sien pure indiretti? — Dunque, anche in questo particolare obbietto, osserviamo il *parallelismo*, anzi potremmo meglio dire la *confusione*, fra lo sviluppo del principio individuale e di quello sociale.

Un ultimo esempio, pertinente più da vicino al nostro argomento. Per fermo devesi al principio sociale l'assunzione che lo Stato fa nelle sue mani dell'ufficio di rendere coattivo il diritto, giudicare, sentenziare, punire. In tal fatto, non vedesi, insieme all'incremento del principio sociale, anche l'afforzamento, la sicurezza, la garanzia dell'individuo? Non rispondono a verità il vecchio detto *scroī legum debemus esse si liberi volumus esse*, e quell'altro *sub lege libertas*?

Concludiamo: non esserci antitesi fra i due principii; non potersi ritenere quindi che l'uno si debba svolgere a scapito dell'altro. Anzi, per natura di cose, lo sviluppo dell'uno porta seco quello dell'altro. E sempre vuolsi ricordare che il principio individuale comprende lo scopo, quello sociale il mezzo necessario. Guai se si pensasse a svolgere l'individuo senza tener conto della società o viceversa! Nella prima ipotesi si tenderebbe ad una risoluzione *meccanica*, *atomica* e, valga l'immagine, *monistica*. Nella seconda si tenderebbe ad una *confusione anarchica*. Del resto, non a caso ho detto che *si tenderebbe*. L'una e l'altra ipotesi, portando seco l'annul-

lamento dell'individuo e della società, sono, per logica necessità, impossibili.

VIII.—*Il principio sociale e quello nazionale.*

Tralasciando ulteriori indagini e considerando in sè il principio sociale—poichè indiscutibile è lo svolgersi e l'accrescersi di esso — noi siamo condotti a riconoscere un *parallelismo fra lo sviluppo estensivo delle società odierne, per cui esse si costituiscono in grandi Stati, anzi per quanto è possibile in Stati nazionali, e quello intensivo per cui si accresce la coesione sociale*. Il che vuol dire che lo stesso principio, il quale determina lo sviluppo della nazionalità, determina anche quello della socialità. Nondimeno quanto più cresce il principio sociale, tanto più esso, per sua intima virtù di svolgimento, tende ad espandersi e ad oltrepassare i confini del principio nazionale. Infatti, oggi, i socialisti facilmente sono *internazionalisti* e proclamano non altra patria avere che il mondo, ossia la società tutta intiera. Per guisa che può ben dirsi il principio nazionale essere una delle tappe del movimento sociale, ma questo non accontentarsi in quello, e procedere oltre. Il che è bene; poichè i rapporti umani non possono essere ristretti entro i confini di singoli Stati e nazioni. Si ha torto, però, quando il principio sociale, assunto con latitudine siffatta, si voglia porre a base di organamento di Stato e di costituzione politica, come vorrebbero i fautori della rivoluzione sociale, dell' internazionale, della federazione universale. È anche troppo audace e sproporzionato, in molti casi, alle condizioni storiche odierne il principio di nazionalità, quale base degli Stati, perchè si possa seriamente aspirare a più larghe composizioni politiche, come ad ideale di prossima attuazione.

IX.—*Il principio sociale e le forme politiche.*

Tuttavia, se il largo ed espansivo principio sociale non

Stati, non se ne può sconoscere la grande e progressiva influenza sulle costituzioni politiche. Appunto perchè la coesione sociale si è accresciuta, la più grande forza politica nella società moderna è la società stessa. Ben disse lo Scolari che oggi noi siamo sotto l'impero della *sociocrazia* (1). Oggi non si impone il principio monarchico, non l'aristocratico, non il democratico; ma quello sociale ad essi si sostituisce, o piuttosto in sè li raccoglie e li fonde, poi da sè si presenta e si impone. Il che spiega la indifferenza che, fino ad un certo punto, i socialisti odierni nutrono verso le forme politiche; e spiega come il socialismo sia abbracciato da radicali e da conservatori, e si pensi di attuarlo anche con governi dispotici.

Nè sarà inopportuno il notare che il principio socialista (ossia l'esagerazione di quello sociale) è in antitesi col principio democratico, inteso nei più proprii termini. È chiaro come questo, di per sè, sia individuale, nella sua genesi. Esso inoltre manifestasi, o deve, con omaggio al principio di libertà. Ora, abbiamo poco fa rilevato quanto la libertà sia limitata dalla socialità. L'antitesi fra i liberisti ed i socialisti è irrimediabile: è *re ipsa*. Oggi i democratici in politica, ossia quelli che si dicono tali, si chiamano anche socialisti *ultra*; ma, così, essi contraddicono alle premesse ed ai postulati della democrazia. A questa fanno subire quella specie di trasformismo che in biologia dicesi degenerazione. Qui, come riepilogo, gioverà notare che il principio sociale investe sempre più lo Stato moderno, e, come ne accresce le competenze e ne dirige l'azione, così ne determina in gran parte la costituzione. Affermato il concetto generale, in questo quadro dell'evoluzione

(1) SCOLARI, nella prolusione al corso di diritto costituzionale nell'Università di Roma dell'anno 1887-88. È un importante lavoro, purtroppo non ancora pubblicato: l'autore lo ricorda nell'altra sua pregevole prolusione dell'anno 1888-89, già stata pubblicata: « *Della libertà come ragione e fondamento degli isti-* »

storica, ci riserviamo a dare gli acconci sviluppi più tardi, opportunamente.

X.— *Lo sviluppo del diritto.*

Tralasciando ulteriori considerazioni ed avvicinandoci di più al nostro argomento, noteremo che vi ha un grande parallelismo fra lo sviluppo della coesione sociale e quello del diritto. Altra volta ebbi a dire che si può con sicurezza formulare la seguente legge storica: « In ragione del progresso sociale, il campo del lecito si viene sempre più restringendo » e viceversa si viene sempre più allargando quello del diritto ». Posto ciò, e tenuto conto che la crescita della coesione sociale è, giusta le premesse, armonica al corso del progresso, conseguirebbe (grazie all'elementare principio che due rette parallele ad una terza sono parallele fra loro) che realmente lo sviluppo del diritto proceda in ragion diretta di quello della coesione sociale. Di ciò affrettiamoci a fornire breve dimostrazione.

Il diritto, sia *facultas*, sia *norma*, sia combinazione o risultante di questi due concetti presi insieme, è sempre *nozione di rapporti*, necessariamente esplicantesi in società. Quanto più crescono i rapporti sociali, tanto più si svolge il campo del diritto. Due uomini, che sieno di fronte l'uno all'altro, hanno sempre, comechè in vario senso, relazioni giuridiche. È un assioma questo: « ogni relazione sociale ha il suo aspetto giuridico, se non altro latente ». Quindi, quanto maggiori sono i rapporti sociali, tanto maggiori sono quelli giuridici. Così la nostra tesi sarebbe dimostrata, a semplice rigor di logica. Del resto, basta por mente alla idea medesima del diritto ed all'ufficio che questo sostiene nei rapporti sociali. Fra i vari e complessi momenti della nozione del diritto, uno ve ne ha, molto esteriore ed assai facilmente percipibile: la misura. Quando più uomini si trovano in rappor-

to l'un dell'altro, il diritto si presenta come il limite pratico cui può estendersi la loro azione reciproca. Notisi ch'io parlo di *limite pratico* e non voglio pregiudicare la questione delle più larghe determinazioni, anche etiche. Ciò posto, è evidente che, dati i rapporti sociali, sempre occorre la designazione del limite, perchè quelli non si svolgano in modo contrario al fine e non nuocciano agli individui. Ogni rapporto sociale, pertanto, presuppone il diritto: ciò è la nostra premessa. La quale è confermata dall'esame di un altro dei momenti essenziali della nozione del diritto. In questo è fondamentale il concetto di essere *condizione di coesistenza*: basti ricordare il Kant. Quanto maggiori sono i rapporti sociali, tanto più occorre che la coesistenza sia rispettata e che si faccia luogo al diritto.—E poichè all'affermazione del principio storico che lo sviluppo del diritto è sincrono al progresso sociale, ossia alla crescita intensiva ed estensiva de' rapporti sociali, non debbono, nè possono, contraddire diversità di scuole, soggiungerò che, qualunque teorica si abbia sulla essenza ultima e propria del diritto, mai sarà smentita la elementare verità dianzi logicamente affermata. Si vuol dire che il diritto sia la norma pensata per evitare la lotta? O che sia quella branca della legge etica, contenente le determinazioni universali dell'azione? O il riflesso concreto della legge divina? O altro? E che perciò? Quanto più si accrescono i rapporti sociali, tanto più si estende il campo in cui il diritto (legge fisica, o meccanica, o economica, o etica, o teologica) deve esplicarsi, per potere realizzare i suoi altissimi fini.

XI.— *Speciali osservazioni sullo sviluppo del diritto privato.*

Abbiamo parlato, fin' ora, di questo accrescimento di rapporti giuridici in modo generico. Volendone discorrere in modo più particolare, ci si presenta la distinzione fra diritto

può, veramente, dire che, ai nostri giorni, sorgano molti istituti giuridici nuovi. Dappoichè, certe fondamentali figure, che si hanno nei diritti personali e nei familiari e nell'acquisto e nei modi dei diversi diritti reali, permangono sempre. Cresce bensì, e smisuratamente, il campo d'applicazione: ad esempio per ciò che si riferisce al trapasso dei diritti reali ed anche alle modalità nel godimento dei medesimi; a parte che un senso, se non più raffinato certo più riflesso, di privata e pubblica morale trasforma il campo dei diritti familiari: punto sul quale occorrerebbe lungo discorso. Inoltre è da notarsi che la specialità di una società in progresso (nella quale, cioè, cresce la coesione sociale) fa alle vecchie figure di diritto civile assumere caratteri e posizioni nuove. Il diritto commerciale in sostanza è un *adattamento* del diritto comune alle esigenze impellenti di una società molto affaticata. La causa medesima che in materia commerciale determina nuove posizioni giuridiche (così importanti da potersi chiamare istituti nuovi) influisce sulla procedura giudiziaria. Ne è manifestazione, particolare ma non ispregevole, la necessaria trasformazione del rito formale in sommario. E non nella sola materia commerciale, tendesi continuamente a piegare il diritto comune ai nuovi rapporti ed ai nuovi bisogni. La cosiddetta *legislazione sociale* vuol farsi organo di tale tendenza. Basti citare l'esempio della inversione dell'onere della prova negli infortuni del lavoro. Nello stesso nudo diritto civile, si hanno in quantità, non creazioni, ma posizioni e sviluppi nuovi. Riflettasi alle crescenti limitazioni al dominio ed agli altri diritti reali, al sistema delle successioni, al regime delle iscrizioni e delle trascrizioni, oggi così preciso. Riflettasi, infine, se non altro come a manifestazione di tendenze estreme, alla crociata che da varie parti si viene preparando contro l'*individualistico* ed *antisociale* diritto romano, del quale si deplora la tenace vitalità.

XII. — *Le guarentigie.*

Uscendo dal campo del diritto privato, potrem dire che ciò che meglio definisce lo Stato giuridico sia il grande incremento che in esso, necessariamente, deve darsi alle *guarentigie*. Le quali (è evidente), qualunque sia il genere di interesse che tendano a tutelare, sono sempre di diritto pubblico. Non sarà inutile il por mente in qual modo nel nostro secolo, presso la maggior parte degli Stati di Europa, si sia svolta storicamente la questione delle guarentigie, ossia della tutela dei diritti. Prescindendo dalla grande Rivoluzione e dalla successiva reazione e dalle loro contrarie e non durature manifestazioni, è a notarsi che, nella generalità, il bisogno della guarentigia si è cominciato a sentire, dapprima, maggiore per i diritti cosiddetti *privati*, ossia reali, personali e di famiglia. A ciò deve il grande sviluppo della codificazione alla fine del passato ed al principio del nostro secolo: onde vennero il codice prussiano, il Napoleone, l'austriaco, quello delle due Sicilie. Ed i governi assoluti si affrettarono a consentire ai cittadini maggior tutela per i diritti privati, affine di poter meglio conculare quelli politici, che non riconoscevano. Alla tutela del diritto civile si aggiunse quella del diritto giudiziario e del penale: sebbene questa in parte, cioè per reati comuni. Cominciava ad affermarsi un concetto che nello Stato giuridico è fondamentale e che progressivamente si impone: — la legge sia ferma, e precisamente, rigorosamente, applicata dai magistrati. Ma il movimento continua: ed è nel campo politico che si vuole la guarentigia. Quindi le costituzioni, cosiddette liberali, ed i parlamenti rappresentativi: lo scopo principale dei quali era, ed è, di garantire, nella esplicazione della potestà legislativa e della governativa, i diritti dei cittadini. E grande, veramente, è stata ed è la tutela compresa nelle istituzioni rappresentative; ma ormai comincia non a bastare più. Cresco-

no i rapporti dei cittadini fra loro e collo Stato: chiedesi che tali rapporti sieno, in tutto e per tutto, sottoposti al diritto. Onde, oltre delle guarentigie politiche domandansi quelle *giurisdizionali*, per le quali debba la giustizia regnare in tutto il campo d'azione dello Stato, così smisuratamente crescente. Quindi il problema della *giustizia nell'amministrazione* si allarga ed investe tutto lo Stato moderno (1). Dappoichè, come ebbi a dire altra volta, la questione della tutela del diritto e delle guarentigie ha in sè, oggi, straordinaria virtù di espansione. Prima sembrava semplicemente di diritto privato. Poi soltanto politica. Oggi si è sformata in apparenza, specializzandosi nella materia amministrativa, ma in sostanza si è allargata di molto. Chi osservi il larghissimo sviluppo che assume l'amministrazione dello Stato, e rifletta come su questa influiscano anzi gravitino le *questioni sociali*, presterà fede alle nostre parole. La giustizia amministrativa per molti non è che l'avanguardia della giustizia sociale. Infatti, è chiaro dall'anzidetto che l'odierna tendenza storica consista nel restringere il campo del lecito e nell'allargare quello del diritto. Ora, la *questione sociale* esprime per l'appunto il lavoro di alcuni classi sociali, desiderose che i loro interessi sieno riconosciuti legittimi, si facciano rientrare nell'orbita del diritto, e si dia loro sanzione coattiva.

Epperò sembra evidente che la qualifica di *Stato giuridico* può bene usarsi a definire, con virtù sintetica, tutto lo *Stato moderno*. Ciò deve attribuirsi all'indole stessa del diritto; il quale, sotto un certo profilo, è *forma avente un contenuto universale*, siccome dimostreremo nel capitolo successivo.

CAPITOLO V.

I MOMENTI DELLA IDEA DI DIRITTO

I. — Metodo nello studio dell'idea del diritto

La nozione di Stato giuridico si risolve in due fattori: *Stato* e *diritto*. Cominciamo a discorrere del secondo, che informa di sè il primo.

Che cosa è il diritto? — Volendo rispondere, si è sgomentati dalla varietà incertezza e contraddizione di dottrine che si affacciano alla mente. I varii scrittori non si possono facilmente accordare sull'obbietto delle loro indagini. Pur volendo studiare il diritto nella sua più larga positura, danno, in fatto, maggiore o minore risalto ad alcuni profili della nozione, in pregiudizio di altri. Infatti la nozione ha molti *profili*, anzi *aspetti*, anzi *momenti*, che vogliono essere studiati secondo l'ordine di loro gerarchica importanza. Bisognerebbe quindi esordire coll'ordinare i diversi momenti, togliendo campo all'unilateralismo e fonte all'errore. Qual'altro, invero, fu l'errore di KANT se non l'aver assunto come idea del diritto un momento, importante bensì, ma particolare e formale, qual'è la condizione per la coesistenza? E parimenti l'HERBART non peccò nell'amplificare l'accessorio e formale momento della necessità di evitare la lotta? E viceversa altri, come il TRENDLENBURG, non hanno avuto il torto di far assorbire, anzi fondere e confondere, nei più essenziali e generali momenti, per esempio quello etico, gli altri più speciali? (1) Ripeto, perciò: occorre esordire collo scindere ed ordinare la complessa nozione del diritto in tutti i suoi elementi, costitu-

(1) Notisi che non facciamo — per l'economia del nostro discorso — particolare menzione dei rapporti internazionali, nei quali tuttavia è oggi progressiva la tendenza.

(1) AHRENS, colla sua solita neuttezza, consiglia di distinguere nello studio del diritto il contenuto dalla forma (*Diritto naturale* trad. ital. pag. 178); però egli stesso, negli sviluppi, non teneva sempre presente il suo principio.

tivi. Questi non possono meglio indicare che col nome di *momenti*. Anche qui l'analisi deve precedere la sintesi. E comincio col dire, perfino etimologicamente, come debbasi assumere la parola *momento*.

II. — Nozione dei momenti.

Il primo significato di quella è movimento. Troppo palese è l'etimologia da *moveo*, donde venne *movimentum* e poi, per contrazione, *momentum*. Questa parola, anche presso i classici romani, pur avendo a sua peculiare significazione *tratto breve di tempo*, usavasi, con maggiore proprietà d'origine, per *movimento*; ed i lessicografi noverano di ciò molti esempi (1). Per traslato, nella stessa buona latinità, parlavasi di *momenta rerum*, ad indicare pubbliche commozioni e mutazioni (2). Ancora: assumendosi metonimicamente, *momentum* era la *causa ipsius motus, scilicet pondus quo premente res movetur*; e perfino, grazie all'analogia della stadera—sul quale esempio torneremo—era la *vis impellens*, il *pondus*, il *robur* (3). Nel cadere della latinità, fra i molti significati della parola, quello di *breve tratto di tempo* si conserva ed eccelle tanto che, con nuova figura, *momentum* assumesi fino per esprimere *lo stilus quo momentaria inclinatur* (4). La vecchia etimologia però si sente; e, per esempio, scrittori francesi medievali dicono momento nulla meno che la causa prima ed efficiente del crea-

(1) p. e. « Et forma ipsa figuraque sua (degli astri) momenta sustentant » CIC. 2. *Nat. Deor.* 46.—« Pisces cauda reguntur et levi ejus in utrumque momentum velocitatem suam flectunt » SENECA. *ep.* 20 circa med.

(2) p. e. LUCANUS 7. 118.

(3) «... Nullo paene momento ponderis aquae inter se distant » PLIN. 31, 3, 21.

(4) Leggesi nel DU CANGE: « Mom. i. e. mouvement ou moment, la 40 partie d'une heure, ou l'instrument où sont perçus les momens, ou languette de balance. — *Glossarium mediae et inf. lat.* »

to (1). Ma nella odierna lingua francese la parola è rimasta ad indicare soltanto *le temps d'un single mouvement*, ed ha perduto il senso di forza e soprattutto di moto nello spazio (2). Lo stesso può dirsi per la lingua inglese; malgrado che in questa e in quella, quasi per virtù d'atavismo, dal linguaggio di discipline proprie, per esempio la meccanica, il termine tecnico tenda ad allagarsi nell'uso comune. — Anche nella nostra lingua il significato soverchiante è quello di brevissimo tratto di tempo; ed in tal senso, fuor di dubbio, momento usasi elitticamente: ossia si sottintende *momento di tempo* (3). Elissi, che meglio rilevasi nelle applicazioni alla musica, per la quale i momenti sono note o pause di picciolissima durata. Ma riappare l'antica etimologia nella figura comune, che la nostra, insieme ad altre lingue moderne, prende direttamente dal latino; quando dice uomo o cosa di grande o di picciolo momento esser quello o quella che abbia grande oppur picciola importanza, forza, valore.—Ed è stato dai linguisti osservato che, appunto perchè momento viene da moto, esso esprime, in confronto ad altri vocaboli sinonimi, un'importanza più intrinseca, più obbiettiva, più reale. Tuttavolta, nei nostri classici, molti esempi abbiamo di genuine e fresche discendenze dal latino, nel significato proprio della parola, non nei soli figurati. Onde discorresi de' *momenti delle montagne* (alludendo ai moti dei monti) e degli *atti e momenti assennati e graziosi delle persone* (4).—Limpido rilevasi il significato di forza, come più volte ho accennato, nella meccanica..

(1) Cfr. alcuni versi riportati dal GODEFROY *Dict. de l'anc. langue franç.* (IX-XV siècle) fasc. 45 del 1886—F. Vieweg ed.

(2) LITTRÉ *Dictionn. de la langue franç.*

(3) p. e. « Gli mostrò tutti i regni della terra in un momento di tempo ». *Vangelo di S. Luca IV. 5.*

(4) Ricordano i lessici, fra cui la Crusca: BOCCACCIO *Ameto* 59; FRA GUITONE *Leti.* 10. p. 27.

In questa qualche nostro purgato scrittore chiamò momento l'idea medesima di forza (1) ed il Galilei con assai chiarezza disse: « appresso i meccanici momento significa quella efficacia con la quale il motor muove ed il mobile resiste » (2). Nella statica odierna si ha completa la *teorica dei momenti*. Tecnicamente può dirsi, con esattezza, che momento sia l'*efficacia di una forza*; ed è, tale efficacia, rispetto ad un punto, misurata dal rettangolo contenuto dalla retta rappresentante la forza e dal suo *braccio*, ossia dalla perpendicolare abbassata dal punto su detta retta; e distinguonsi i momenti di elasticità, di rotazione, di inerzia, e via dicendo. La nozione di momento (che è relativa se altra mai, e presuppone che la forza si applichi) appare per noi più importante nei *sistemi di forze*; nei quali, per dirne una, il momento della risultante è uguale alla somma algebrica de' momenti delle componenti.—L'analogia di ciò non sarà forse estranea al fatto che, nel linguaggio filosofico, momenti chiamansi le varie parti, gli aspet'i, i fattori, i coefficienti di una teorica, perfino di una idea complessa (3). È chiaro, per esempio, che, secondo il concetto di HEGEL, i momenti sieno le varie fasi necessariamente percorse dalla idea del divenire. Per molti filosofi il momento appare dovunque siaci una serie categorica, anche astratta, nel tempo o nello spazio, e vogliasi accennare alla efficienza nello sviluppo della serie (4). Così momento ha in filosofia un significato altrettanto tecnico che in meccanica; e vuolsi riconoscere che la Germania di cosiffatti momenti è patria legittima. Colà, anche nel linguaggio comune, momento significa non solo breve tratto di tempo (*Augenblick, Zeitpunkt*),

(1) p. e. MAGALOTTI *Lettere contro l'ateismo* I, 153—ibid.

(2) GALILEI *Discorso sulle cose galleggianti* XII—ibid.

(3) I lessici ricordano di CICERONE: « Cum in eadem re varia contrariis in partibus momenta rationum invenirentur..... » I. *Acad.* 12 — Qui preludiasi al momento come parte astratta di raziocinio.

(4) cfr. FRANK *Dict. des Sciences philos.* (ed. 1875).

ma anche *punto di vista* (*Gesichtspunkt*), *profilo*, *aspetto*, *coefficiente*, se così può dirsi, di idee.—Ed è in tal senso che noi assumiamo la parola.

III.—*Momenti finali e formali.*

Fermato così il concetto generale di *momento*, è a notarsi che qualunque idea o cosa o istituzione complessa si studii, analizzandola nei suoi varii momenti, sempre si può stabilire fra questi una distinzione, e direi quasi una gerarchia. Infatti i momenti si possono classificare in due grandi categorie: i *finali* ed i *modali*. Questi ultimi si potrebbero anche, sotto alcuni particolari riguardi, come spiegheremo fra breve, chiamare *logici* o *formali*. I primi danno la ragione dell'idea, del fenomeno, dell'ente: ne comprendono la legge di esistenza e, per somme linee, anche di sviluppo, tracciandone cioè i punti di partenza e di arrivo. I secondi, nell'ambito definito dai primi, contengono le particolari e concrete determinazioni di movimento (sia nel tempo, sia nello spazio). Cominciamo coi primi.

IV.—*Concetto generale dello scopo.*

A parte altre considerazioni che svolgeremo più tardi, la indagine dello scopo (in cui sono compresi i momenti finali) presentasi come necessità logica in qualsiasi trattazione scientifica. La quale, appunto perchè tale, deve, per propria indole, essere *sistematica* ed avere obbietti determinati di studio: occorre quindi che questi sieno dapprima studiati nelle loro leggi di esistenza e di sviluppo, e che si conosca il loro *perchè*. Infatti il *perchè* darà la spiegazione del *come*. Per verità il concetto di scopo non si deve restringere, come taluni fanno, alle abusate formole teleologiche (1), alle quali tanto contraddice

(1) In molti casi, secondo il LOTZE, si ricorre ai principi teleologici come

l'indirizzo positivo della scienza moderna. Diceva BACONE: *causarum finalium inquisitio sterilis est, tamquam virgo deo consecrata: nihil parit*».—Certamente il principio di finalità non può accogliersi colla assolutezza di quello di causalità (1). Noi ammettiamo senza discussione il *nihil ex nihilo fit* di LUCREZIO, e, memori del principio della *naturalità dei fenomeni* del nostro POMPONAZZI, ricerchiamo sempre nelle cose la causa efficiente ed idonea, con probabilità, se non pure certezza, di trovarla. Lo stesso non possiamo dire per lo scopo, intorno al quale ammirabilmente scrisse DANTE:

State contente umane genti al quia
Chè se potuto aveste veder tutto
Mestier non era partorir Maria (2).

Nondimeno, quale *categoria necessaria dello spirito*, lo scopo dobbiamo ammetterlo sempre. Pur rinunciando soventi a riconoscerlo ed a comprenderlo concretamente, non ci è lecito negarne l'esistenza. Se non altro, dobbiamo fare una distinzione, o piuttosto un'astrazione: prescindere dall'indagare lo scopo *al di fuori* dell'obbietto, e considerarlo soltanto *entro* a questo. Così facendo, è più facile il riconoscerlo come *legge di sviluppo* e soprattutto di *esistenza* dell'obbietto stesso. Sotto tale riguardo, è stato egregiamente detto ch'esso rappresenti il *principium individuationis* delle cose (3). È, in queste, intimo ed immanente (4): ne comprende l'essenza.

ad *heuristisches Hilfsmittel*. (*Kleine Schriften*, vol. I, pag. 364, recensione di KOOSSEN). La frase è singolare; ma il principio cui dessa si informa è giusto. Confr. lo stesso LOTZE più tardi, a pag. 373.

(1) Intorno al principio di causalità, cfr. ULRICI *Compendium der Logik*, § 8, 9 e seg.—BAIN, *Logica induttiva e deduttiva* vol. II, L. III, cap. IV e XI, § 13.

(2) DANTE, *Purgatorio* III.

(3) PR. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (Freiburg 1887) p. 193.

(4) « ... immanente innerliche Zwecke... » ULRICI *op. ed. cit.* § 54.

V.—I principi di finalità e di causalità.

Parlando dello scopo (*Zweckvorstellung* prima, *Zweckbegriff* e *Zweckprincip* poi, *Zweckgesetz* infine e soprattutto) debbonsi respingere quelle equivoche forme teleologiche, che sono fondate su concezioni teologiche e, direi quasi, mitologiche, oppure che, con apparenza di maggior razionalismo (il che è peggio) confondono il principio finale col causale (1). Certamente è facile cadere in errore: il principio di finalità ha molti punti di contatto con quello di causalità. Basta riflettere a queste due locuzioni comuni: *causa finale* e *scopo causante*. Ma lo scopo determina l'esistenza; la causa provoca e si identifica coll'origine. Quello è una legge in continuazione agente fino alla fine; e lo dimostra la stessa parola *finis*, nella cui significazione confondonsi lo scopo ed il percorso totale dell'obbietto. Questa, invece, accenna soltanto al primo momento della serie (2). Dal che segue che, mentre la causa abbraccia alcunchè di *concretamente e direttamente efficiente*, onde ben può dirsi che comprenda in sè la *necessità meccanica* delle cose (3), lo scopo, invece, prima si connatura coll'ente, poi se ne *astrae* (4), come sua legge suprema. Ed ecco perchè, senza temere che mi si possa rivolgere l'accusa di formalismo, onde è stato così spesso gratificato KANT, penso che

(1) Non mi pare che lo stesso WUNDT ci abbia dato una chiara nozione dello scopo come legge obbiettiva, preoccupato com'è dalla esigenza logica di ravvisarlo quale *Erkenntnisprincip* soggettivo (*Logik* vol. I, VI, cap. III).

(2) Cfr. STRÜMPPELL, *Der Causalitätsbegriff* ecc. Leipzig 1871.

(3) Veggansi le belle dimostrazioni del SIGWART, *Logik* § 95, 96.

(4) Si legge nel LOTZE: « Zwecke... erklären nie das positive Dasein ihrer Erfüllung; sondern diese muss immer noch besonders und vollständig als nach begründet dem Causalitätsgesetze nachgewiesen werden » *Kleine Schriften* (ediz. Leipzig 1885-86) vol. I, p. 373.

lo scopo si possa riconoscere, al di dentro dell'obbietto, col solo ausilio della retta ragione.

Osserverò d'altra parte, coll'HARTMANN, che nello scopo si hanno quattro momenti: *a)* la rappresentazione dello scopo, *b)* quella dei mezzi, *c)* la realizzazione dei mezzi, *d)* quella dello scopo. Nel che è a notarsi che l'ordine di esecuzione è diverso da quello di concezione, e che lo scopo, primo a concepirsi, è ultimo ad eseguirsi. Idea espressa dall'assioma scolastico: « *quod prius est in intentione ultimum est in executione* ». Aggiungasi che lo scopo governa tutta la serie dei momenti del fenomeno; ossia, malgrado che esso venga a realizzarsi in fine, in certo modo preesiste: chè altrimenti non si comprenderebbe la sua efficacia pratica. È perciò che HEGEL lo chiamò *das vorherbestimmte*. Il KANT, poi, bene a proposito considerò le cause finali come inversione di quelle efficienti (*cause* propriamente dette). Le serie di quelle e di queste sono identiche; ma seguono corso inverso, ossia: *meccanicamente* si va dalla causa all'effetto, *teleologicamente* si va dall'effetto e dalla fine alla causa ed ai mezzi (1).

VI.—Lo scopo e la legge.

Il concetto di scopo si identifica con l'altro di legge (2). Quello abbraccia questa. Fermiamoci su questo punto.

Qualunque cosa o fenomeno o ente o istituzione noi osserviamo in natura—sia fisica, sia morale—ci sarà facile il rilevare, per poco che un tale obbietto delle nostre osservazioni risulti da varii fattori, o elementi, o coefficienti, o anche momenti, che fra questi vi ha un *ordine*, una serie di *rapporti sistematici*, una legge insomma, all'imperio della quale devesi se quegli elementi, in varia guisa accordandosi

(1) HARTMANN *Philosophie d. Unbewussten* Introd. c. II—HEGEL *Filosofia della natura* § 366. Entrambi, con KANT, sono ricordati nell'ottimo libro del JANET, *Les causes finales* Chap. prélim (Paris 1876).

(2) V. con molta chiarezza ULRICI op. cit. § 57.

e coesistendo, producono appunto quel tale effetto complesso che noi osserviamo.

È noto l'esempio più comune, anzi volgare: quello della chimica. L'acido solforico risulta sempre da una combinazione di ossigeno, idrogeno e solfo, espressa dalla formola H^2SO^4 . Quante formole usano i chimici, tante esprimono un *sistema di leggi naturali*, per cui varii elementi, combinandosi in certe condizioni, producono costantemente effetti determinati.—Non poco interessante è l'esempio della musica. La più semplice *melodia*, che mai sia cantarellata da inconscio bifolco, altro non è che un insieme di *note*, aventi ciascuna una individualità propria. Ma queste note sono state unite fra loro secondo certe regole, senza l'osservanza delle quali non si sarebbe avuta armonia, cioè musica. Perchè questa sia, occorre che le note abbiano una certa *successione*, una certa *distribuzione*, una certa *diversità di valor quantitativo*, una certa *intonazione*, una certa *misura ritmica*. I fisici, dopo aver premesso che la diversità delle note risulta dal diverso numero di vibrazioni che rendono i suoni da esse rappresentati, han formulato il principio generale che tanto più gradito riesca all'orecchio un accordo musicale, quanto più semplice sia il rapporto fra i numeri di vibrazioni rese dai suoni che quello compongono. Nella latitudine di codesto principio, però, i musicisti sono, perfino involontariamente, da mille regole determinati, al fine di ottenere l'armonia. E parlo di *armonia*, non di *melodia*. Questa è variabile ed è data dalla facoltà inventiva del maestro; quella è costante e s'impone a chiunque: rappresenta nell'ordine musicale quella *necessità* che nell'ordine sociale è data dal diritto: contiene in sé una grande e capitale *sanzione*; poichè senza essa non si ha musica, come senza diritto non si ha società.—Per portare ancora un esempio dirò che noi, nel comunicare cogli altri uomini, facciamo uno scambio di idee, di giudizi, di raziocinii; ossia uno scambio de' prodotti del nostro pensiero. Sembra, ed è evidentemente, un fenomeno semplicissimo questo del pen-

sare; ma, pure, a quante leggi non è desso sottoposto? La *logica* (che sta al pensiero come l'armonia alla musica) ci insegna come si debbano osservare, ed in fatto si osservino, sia pure irriflessivamente, nei raziocinii anche i più volgari e spontanei, il rapporto da causa ad effetto, la misura e la proporzionalità nelle idee, la critica qualitativa e quantitativa. La più semplice affermazione, per esempio « *questo fiore è bello* » costituisce un giudizio; il quale presuppone per lo meno un sillogismo, nei seguenti tre termini: 1° cognizione di un principio generale, ossia, nella specie, di ciò che è bello: cognizione ottenuta precedentemente dopo molte osservazioni, e mercè l'astrazione delle note comuni a molti fenomeni omogenei; 2° osservazione concreta del fatto e delle qualità di esso, ossia, nella specie, di quel determinato fiore; 3° riferimento del principio generale al fatto osservato ed illazione conseguente. Tutto questo movimento intellettuale, non meno complesso perchè comune e quasi sempre inconscio, è governato da una serie di leggi molteplici e rigorose (1).

Concludiamo che « *quando si ha un effetto costante ed una serie di cause, un prodotto costante ed una serie di fattori, fra queste cause e questi fattori deve esserci indubbiamente, in precedenza, un ordine, un sistema, una legge* ».

La conclusione a taluno potrà sembrare ingenua, credendosi non occorressero così lunghi ragionamenti per piantarla. Ma non sembrerà inutile, se non altro, l'averla ricordato. Dappoichè soggiungerò: qualunque cosa o fenomeno o ente noi osserviamo in natura, è sempre effetto di un ordine complesso di cause, o prodotto di una serie di fattori. Universale quindi è il sistema degli effetti, delle cause, delle leggi. E siamo, da ciò stesso, ricondotti al concetto di scopo. Potremo dire con SPINOZA che vi ha un *ordo et connexio rerum*. Basta ciò solo, anche senza indagare se corrisponda un or-

(1) Cfr., a proposito dell'esempio addotto, STUART-MILL *System of Logic*, L. I, cap. IV e L. II, cap. II.

do et connexio idearum, perchè si induca una legge intima, governatrice di tutta la serie: una catena, che legghi con anelli successivi tutti i momenti, dal primo dall'ultimo: un sistema di « cause delle cause », uno scopo.

La legge in tal modo sollevasi all'altezza in cui la descrisse PINDARO: « πάντων βασιλεύς, θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων ». E ci appare limpido il sistema delle *leggi naturali*, che altro non sono fuorchè *i rapporti reali e necessari* delle cose (1) e che hanno un universale campo di applicazione. Gli uomini sono ad esse sottoposti, anche nelle azioni che più sembrerebbero spontanee e libere. Da quando il Süssmilch non soltanto osservò, ma dimostrò, nelle nascite, nei matrimoni, nelle morti ed in altri fatti della vita umana, un ordine costante generale completo e bello perfino (2), si è andati sempre più in là nel riconoscere le leggi naturali limitatrici e determinatrici delle azioni umane. Alla sentenza di Cicerone (3) che il Süssmilch ha messo ad epigrafe del suo libro, si dà estensione sempre maggiore. Kant, per la regolarità dei fatti manifestati dallo stato civile, affermò l'impero delle leggi naturali sulle azioni umane, come su ogni altro fenomeno (4). Herder giunse a paragonare la regolarità dei fatti umani a quella che si ha nel movimento degli astri; anzi a tali fenomeni assegnò eguali disposizioni d'ordine superiore (5). Buckle paragonò quella regolarità al movimento delle marce e all'avvicinarsi delle stagioni.—(6) Osservisi lo sviluppo della teoria dal Süssmilch al

(1) La frase è di ROMAGNOSI. L'idea fu bene affermata da MONTESQUIEU *Esprit des lois*, I. 1.—Intorno al concetto di legge veggasi STEIN *System der Staatswis.*, vol. I, p. 45 (ed. 1851).

(2) « eine beständige, allgemeine, grosse, vollkommene und schöne Ordnung... » SÜSSMILCH *Die göttliche Ordnung ecc.* I, Kap., § 12.

(3) Non fortuito facti creati sumus et profecto est quaedam vis quae generi consulit humano » CICERONE *Quaest. tusc.* I.

(4) KANT *Su una storia universale*, Introd.

(5) HERDER *Idee sulla filosofia della storia dell'umanità* XV.

(6) BUCKLE *History of Civiliz. in England* I.

Rümelin. In quello si aveva un' *Ordnung*, che era *göttlich*, ossia riprodotto il concetto della provvidenza, non esclusa la predestinazione. Nel Rümelin, invece, grazie ad una lunga ed intensa elaborazione, al posto dell' *Ordnung* si ha la *Gesetz*: concetto più positivo, che nella categoria del tempo è *storico*, nello spazio è, *sociale*, e più specificatamente assume *forma statistica* (1). L'idea di legge, poi, si allarga nei suoi principii fino al punto di investire di sé ciò che con lei sembrerebbe contraddizione in termini: il caso (2).

Vuolsi notare, coll'arcivescovo Whately, che la parola legge è, pei suoi usi molteplici, una delle più ambigue ed equivoche che sieno adoperate comunemente (3). Prescindendo dal suo significato tecnico e positivo, dal doppio aspetto materiale e formale, dall'altro subiettivo ed obbiettivo (4), occorre qui fermarla nella sua più vasta positura. Essa comprende la forza che muove l'ente (5). È perciò che, allargando il concetto, noi l'abbiamo identificata collo scopo (6). Possiamo ben dire, che fra lo scopo e la legge, vi sia piena reciprocità; in tal senso accettiamo ciò che Kant dice a proposito dell'imperativo: « la determinazione dà lo scopo allo arbitrio » (7). La

(1) V. il discorso accademico del RÜMELIN *Ueber den Begriff eines sociales Gesetzes* (nei *Reden und Aufsätze*, Friburgo 1874-81) ove si discorre delle leggi sociali in genere e delle statistiche in ispecie (vol. I, p. 14 e seg.). La dottrina è più ampiamente svolta nei due scritti *Zur Theorie der Statistik* (vol. I, p. 208 e 265). Quanto alle leggi storiche, cfr. il vol. II, p. 118 e seg. — Anche qui per altri sviluppi mi rimetto alla *Teoria della statistica* di G. MAJORANA, cap. IV.

(2) Cfr. CANTOR *Das Gesetz im Zufall*, nel libro *Sammlung gemeinverständl. wissenschaftl. Vorträge* (ed. Virchow e Holtzendorff, Berlin 1877) pag. 379 e seg.

(3) WHATELY op. cit. appendice I.

(4) Cfr. JELLINEK op. cit. p. 226 e seg.; e, presso lo stesso, ZITELMANN e LABAND.

(5) Cfr. LOTZE *Metaphysik* (ed. 1879 Hirzel) § 198.

(6) Veggansi, limitati al campo morale, gli accenni di WUNDT nella sua *Ethik* Parte III, cap. II.

(7) KANT *Principii metafisici del diritto*. Introd. § 4.

legge si estrinseca nella *norma*; e questa ha il rigore ed il valore dell'*assioma* (1). Bisogna notare, tuttavia, perchè il nostro discorso abbia interezza logica, che vi hanno due specie di leggi e di norme: le une rappresentano una necessità assoluta, poichè si riattaccano ad uno scopo, il raggiungimento del quale non si può pretermettere; le altre rappresentano una necessità, subordinata al fatto di voler raggiungere o no certi scopi determinati (2). La maggior parte delle leggi umane e sociali appartengono alla seconda categoria. In proposito, però, mi affretto a ripetere un'osservazione già da me altra volta fatta: anche questa seconda specie di leggi presuppone lo scopo. Ciò che è subordinato e contingente si è la realizzazione, non l'idea.

VII. — Leggi naturali sociali.

Mi riconduco francamente alla sistematica del nostro grande maestro, ROMAGNOSI. Vi ha la *legge antecedente di natura*. Il pane nutrice, l'arsenico ammazza; la sobrietà conserva, lo crapula nuoce... Meditando sui fenomeni del mondo morale si distendono le due serie dei fatti utili e nocivi costanti... Si ha l'*ordine dei beni* e quello *dei mali*... Onde l'idea di *legge*, di *obbligazione*, di *dovere*... Reali e necessarie sono le *leggi* di natura, regolatrici delle azioni volontarie umane (3) — Tali leggi ben può dirsi che manifestino lo scopo ultimo del bene (4); e sono desse molteplici e varie. Ma le si possono

(1) La frase è del WUNDT (*Ethik* pag. 463); e noi l'applichiamo non al solo campo etico, ma dovunque possansi svolgere le leggi naturali.

(2) È ciò che i tedeschi esprimono col dire che le une contengono un *Müssen*, le altre un *Sollen*. WUNDT *Ethik* p. 462 — Cfr. anche, nei miei *Presupposti dello Stato giuridico*, JELLINEK e WILDEBRAND.

(3) ROMAGNOSI *Giurisprudenza teorica* P. I, L. I, c. I, § 2, 3, 4, ecc.

(4) Indiscutibile è l'identificazione fra *scopo* e *bene*. Lo stesso BAIN, malgrado faccia delle riserve, non può non riconoscer ciò implicitamente. *Op. cit.* L. V, c. VII, § 3 e 4.

sommariamente dividere in due categorie: *fisiche e sociali*. Alle prime quegli è sottoposto come organismo fisico per sè stante; alle seconde in quanto è in rapporto coi suoi simili. Queste ultime dividonsi in *morali, economiche, giuridiche*. Alcuni scrittori preferiscono chiamare, con parola complessiva, *morali o etiche* tutte le leggi che noi abbiamo chiamato *sociali*: modo di esprimersi non commendevole; poichè l'idea di morale è uno degli aspetti speciali onde la legge sociale si integra. Non conviene assumere la specialità come manifestazione universale.

VIII.—*Leggi morali ed economiche.*

Bisogna prima parlare delle leggi morali e delle economiche; così aprirassi la via alla intellesione di quelle giuridiche. Le leggi morali ed economiche non sono, logicamente, in antitesi fra loro, ma quasi in *iuxtaposito*. In vera antitesi non possono essere, perchè sono momenti dello stesso concetto, (il *bene sociale*, in cui è compreso quello *individuale*) e la contraddizione fra quei momenti sarebbe un paralogismo. Invece stanno fra di loro come in confronto, dipendendo da due modi diversi di considerare lo stesso fenomeno, ossia dall'*onesto* e dall'*utile*.

Certamente l'utilità si ha tanto nei precetti economici quanto nei morali, (1) e lo stesso può e deve dirsi dell'onestà; ma in quelli e questi uno di quei principii è così soverchiente da poter dare propria e distinta figura al tutto. Nei precetti economici prevale la considerazione individuale più diretta, in modo che l'utilità rilevasi dal suo profilo *più immediatamente* riferentesi al *subbietto*. In quelli morali, invece, la considerazione dell'utile è più larga, più *mediata*: il *subbietto*

(1) Sotto tale riguardo si può accogliere la frase di JHERING (*Zw. im R.* vol. I p. 377) che sia identico il motivo per cui lo Stato e gli individui debbono essere sottoposti alla legge: *das eigene Interesse*.

individuo non si contempla direttamente, ma per riflesso del tutto sociale (1). Ed è appunto questa contemplazione che fa nascere l'idea di onesto, come legge obbligatoria rispetto all'utilità. Parmi che si possa ben dire che i precetti morali ed economici assumano rispettivamente la funzione d'integrazione e di differenziazione. Appare anche qui cotesta fondamentale distinzione di funzioni, che si rileva essenziale nel campo astratto (onde l'apprezzamento quantitativo nel *calcolo*); che è legge universale di sviluppo, per il mondo organico ed anche per quello politico; che si manifesta nel campo statico, non meno che in quello dinamico. Osserviamo qui che, fuor di dubbio, l'utile è onesto e l'onesto è utile; ma, seguendo una considerazione logica ben distinta, scorgiamo nel momento economico l'elemento individuale, soggettivo, multiplo, sciolto, *differenziante*; nel momento morale l'elemento sociale, soggettivo, unico, organico, *integrante*. Ripeto: la distinzione è logica; perchè esamineremo fra breve come, nel fatto, i varii momenti fra loro si coordinino.

IX.—*Le leggi giuridiche.—Concetto finale del diritto.*

Le leggi morali ed economiche, appunto perchè leggi, contengono una sanzione. Si ha la sanzione anche nelle leggi fisiche: onde, per esempio, l'igiene offesa provoca malattie e morti. Si ha nelle leggi sociali. È noto per quelle morali il detto: « *in suo vitio quisque plectatur* ». È troppo evidente che chi non obbedisce ai precetti economici fa il suo danno. Questa è *sanzione naturale*, ossia scaturente dall'intima natura delle cose, e *spontanea*. Però, nel concetto di utile e di onesto, non si ha l'idea che possa essere obbligatoriamente imposta, fra i rapporti sociali, l'azione utile o morale. E la ragione si è che il precetto di utilità è esclusiva-

(1) V. larghi sviluppi in WUNDT, *Ethik* (ed. 1886) p. 27 e 227.

mente soggettivo; quindi il soggetto non potrebbe che da se stesso essere obbligato ad osservar quello; il precetto morale, invece, è dato non in considerazione del soggetto, ma per ragioni esclusivamente obbiettive, ossia d'ordine generale (integrazione), alle quali quegli può considerarsi estraneo. Affinchè i precetti economici e morali sieno *socialmente* obbligatorii, occorre che essi sieno tali in raffronto all'individuo e alla società, nello stesso tempo. Occorre che essi valgano per più soggetti. Occorre che l'unilateralismo dell'utile si fonda in un termine medio coll'unilateralismo dell'onesto. In ciò si ha la nozione del *giusto*. Da ciò si origina il *diritto*.

Credo di dover richiamare l'attenzione dei lettori su questo punto. Il diritto sorge come termine medio fra due diverse posizioni logiche delle leggi sociali. Esso può esser definito « LEGGE RECIPROCA DELLE AZIONI UMANE ». Nella reciprocità non si ha il criterio affatto esteriore e formale della *coazione*, soltanto colla quale alcune scuole vorrebbero differenziare la morale dal diritto. La coazione è conseguenza della reciprocità; ma questa è data dallo scopo medesimo del diritto.

X.—L'elemento formale nella nozione di diritto.

Abbiam visto come, nella più larga contemplazione dello scopo, il diritto si identifichi col concetto di legge, anzi di norma (1). Ragion vuole però che, giusta le premesse, noi scendiamo all'esame dei momenti formali onde l'idea di diritto si integra. Questo lato *formale*, con frase generica noi potremmo dire che sia dato dalla forma che il diritto assume per raggiungere i suoi fini. Dato il concetto eminente e finale di esso,

(1) Ed è veramente questo l'aspetto sovrachante. Ricordo WUNDT: « Die Rechtsnormen bilden die unmittelbaren Grundlagen des Rechts.... Ihrer logischen Bedeutung nach sind sie den Axiomen der theoretischen Wissenschaften vergleichbar ». *Logik* vol. II p. 603.

cioè di esser legge, occorre vedere come un tal concetto debba svolgersi ed adattarsi, perchè il fine sia raggiunto. Una tal ricerca può dirsi anche *logica*, in quanto basta il nudo pensiero per condurla. Invero, poichè si è premesso lo scopo e si sa che questo, appunto perchè scopo, deve realizzarsi; poichè si conoscono il punto di partenza e quello di arrivo: si può, anzi si deve, con rigorosa connessione, ricostruire il processo logico che l'idea deve seguire. Ricordo che l'Hegel premetteva: « la logica è la scienza della pura idea, ossia dell'idea nello astratto elemento del pensiero » (1); ma poi considerava lo sviluppo dell'idea secondo gli stessi momenti astratti. Chiaro appare, quindi, come nello studio del diritto pienamente si equivalgano il *lato logico* e quello *formale* (2). E questo può bene chiamarsi formale; giacchè i momenti che esso racchiude, malgrado sieno dedotti colla retta ragione, riguardano sempre la esteriorità del fenomeno giuridico e le sue condizioni (3). Per esempio, il dire che il diritto sia misura e proporzione, non è necessariamente richiesto dalla intima ed astratta natura di esso: però, considerando lo svolgimento dell'idea, ossia osservando la forma che questa deve assumere nel mondo esteriore, certamente rilevansi e la misura e la proporzione.

La confessione che noi facciamo di dedicarci allo studio dei momenti formali, non vuole essere fraintesa. Dice l'Ahrensen: « Concentrandosi nell'io, KANT racchiude tutto il suo

(1) HEGEL, *Logica* (ed. Napoli 1863 § 19.

(2) Come vedesi, accolgo il concetto del *lato formale* del diritto con molto maggiore larghezza del TRENDLENBURG, *Diritto naturale*, § 71 e seg.

(3) Quanto alla identificazione dei momenti formali coi logici, v. ULRICI, op. ed. cit. § 60 — Aggiungo un'idea: funzione principale della logica è fornire la *categoria dell'ordine* (ULRICI § 86-88). Ora, nell'ordine, è la forma. Con maggiore profondità veggasi LORZE, *Logik*, al capitolo *Reale und formale Bedeutung des Logischen* (ed. Leipzig 1874, p. 536 e seg.)

pensiero filosofico nel soggetto: la sua dottrina diviene puramente soggettiva e riesce per ogni verso ad un puro *formalismo* » (1). Per fermo la preponderanza dell'elemento formale nuoce alla ricostruzione dell'idea ed è incompatibile collo esame positivo della realizzazione della medesima. In questa l'assorbimento dei momenti formali può essere paragonato al *nudo volere*, il quale, secondo la bella e nota frase di Hegel, è una foglia che mai ha verdeggiato (2). Ma nella ricostruzione dell'idea (ed è appunto in questa che, ora, noi versiamo) può prescindersi dai momenti formali? Senza dubbio deve incolparsi colui che, trascurando la varia concretezza dell'obbietto, non ne esamina che la forma; ma è minore il torto di chi segue un procedimento inverso? Aggiungasi che, appunto perchè si tratta dell'*idea*, il voler fare gravame per la trattazione formale, equivarrebbe ad accusare di formalismo l'algebrista, il quale, non avendo pei suoi calcoli obbiettivi concreti, procede astrattamente e per via di simboli. Epperò io accetto francamente in molti punti, come si vedrà fra breve, la sistematica di KANT, nè con ciò pregiudico altre più larghe considerazioni (3).

Ricordo in proposito che l'Jhering afferma: « il diritto non è un concetto logico, ma energico e fattivo », e soggiunge che « il sistema di astratte massime giuridiche (logiche) ha spiegato tale influenza su tutta la maniera di concepire il diritto da renderla poco corrispondente ed armonica con la rigorosa realizzazione del diritto stesso » (4). A ciò rispon-

(1) AHRENS *Diritto naturale*. Introd. cap. III, § 2.

(2) « trockene Blätter, die niemals gegrünt haben ». HEGEL *Phil. d. Rechts* § 124.

(3) Porto l'esempio del BEAUSSIRE (*Principes de la morale*—ed. Alcan 1885) il quale nel primo libro, in cui tratta della *morale formale*, parte dallo imperativo categorico; ma nei libri successivi svolge un sistema psicologico e quasi positivo.

(4) JHERING, *La lotta per il diritto* (trad. ed. ital. 1875) pag. 120-122.

desi che non vi ha ragione alcuna la quale essendo il diritto principio attuosco, non debba parimenti esserlo logico. Lo Jhering parte giustamente dallo scopo ed arriva all'ultimo anello della catena, che è la realizzazione. Ma egli non può procedere per salti: il passaggio deve essere fatto gradualmente, ed il tramite è appunto lo sviluppo logico. Se, forse, hanno errato Kant ed i suoi seguaci nel non tener conto dei punti iniziali della serie, non minore pericolo di errore parmi si abbia nel prescindere dallo sviluppo logico di tutta l'idea del diritto. Ed invano l'Jhering potrebbe sperare una *rigorosa realizzazione*, ove questa non sia precedentemente elaborata e temprata nella serie dei momenti logici.

XI.—*L'idea astratta del diritto e la forma eminente del contratto.*

La facoltà e l'obbligazione—La coazione.

La forma eminente del diritto è il *contratto*. In questo il *rapporto* si rileva limpidissimo; ed il diritto è, soprattutto, nozione di rapporti. Aggiungasi che nel diritto privato si ha un rigore che non si può sperare affatto di conseguire negli altri rami del diritto. Giova pertanto assumere come universale espressione del fenomeno giuridico un istituto di quello. Ciò fu inteso dalla scuola del diritto naturale; la quale però esagerò di molto e confuse il concetto formale col sostanziale. Il contratto non si può mai assumere come fonte della legge, nonchè del diritto. Io mi riferisco soltanto alla *forma* del contratto, nella quale spiegansi nettamente i due momenti diversi: la *facoltà* e l'*obbligazione*. Sono questi i due momenti formali che soverchiano gli altri, nell'idea del diritto. Ciò è conseguenza del concetto essenziale e teleologico suesposto: « *norma reciproca* ». Nel capitolo III, a proposito della genesi induttiva, ho accennato alla questione se preceda il momento della facoltà o quello dell'obbligazione. Avendo noi considerato entrambi codesti momenti come formali, quella questio-

senz' altro la definizione che, del diritto come facoltà, dà Romagnosi: « la potestà dell' uomo, tanto di agire senza ostacolo a norma della legge di natura, quanto di conseguire dagli altri ciò che gli è dovuto in forza della legge stessa » (1). I due termini facoltà ed obbligazione si completano ed integrano a vicenda: è appunto ciò che caratterizza la legge giuridica e la distingue da quella morale e dalla economica.

Kant, a proposito delle obbligazioni di diritto privato fra due individui, dice che in quelle ciascuno di questi *possiede l'arbitrio dell' altro*. Aggiunge (e le sue parole mi confortano nell'affermare il concetto che è contenuto nell'intestazione di questo paragrafo): « Il possesso dello arbitrio di un'altra persona come potestà di determinarlo per mezzo di un atto proprio... è un *diritto* » (2). Infatti, logicamente, egli aveva premesso che « il diritto è inseparabile, secondo il principio di contraddizione, dalla facoltà di costringere colui che si oppone al suo libero esercizio » (3). Il concetto formale si svolge fino a giungere alla *coazione*. Questa rappresenta bensì un momento essenziale dell'idea del diritto, ma dipendente dallo scopo. E possonsi accogliere (fatta riserva per l'aggettivo *etico*) le parole del Trendelenburg: « la forza fisica del diritto deriva dal suo scopo etico, all'istesso modo che in tutte le cose organiche la forza di coesione è inerente al tutto e determinata dallo scopo interno » (4).

XII.—Il diritto come sistema di garenzie e di condizioni.

Il diritto si può ben definire, da un aspetto formale: « il sistema delle guarentigie dell'utilità ». Vi ha un'essenziale

(1) ROMAGNOSI *Assunto* primo ed. cit. § 174.

(2) KANT *Principii metafisici* Parte II, cap. I. sez. 2. § XVIII.

(3) KANT, op. cit. Introduzione § D.

(4) TRENDLENBURG *Diritto naturale* § 50.

identificazione fra l'idea di diritto e quella di guarentigia: entrambi questi termini, per molti riguardi, si equivalgono. D'altra parte, giusta le premesse, l'utilità, d'ordine sia economico sia morale, abbraccia il complesso dei beni interessanti l'uomo. Non ripeto gli accenni fatti in parecchi punti del mio lavoro alle dottrine di BENTHAM e di ROMAGNOSI. Noto soltanto che, poichè il diritto è garanzia delle utilità, esso costituisce la più grande utilità *pratica*, che più e meglio convenga raggiungere in società. È perciò che il principio dello *Stato giuridico* ha estrema importanza razionale ed anche politica (1).

Non meno interessante è la considerazione del diritto come *sistema di condizioni*. Ci riappare qui, prima ancora di FICHTE, il famoso principio di KANT, secondo il quale il diritto sarebbe l'insieme delle condizioni, per cui l'arbitrio di ciascuno può coesistere con quello di tutti. Per verità la condizione potrebbe dirsi, in questo caso, che sia *incondizionata*, oppure, per togliere la soverchia unilateralità del concetto, si potrebbe affermare, con maggiore energia che per gli altri momenti, il carattere affatto formale di quella. Lo stesso Kant intese il bisogno di specificare che la condizione di coesistenza è sottoposta ad una generale legge di libertà: « *nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit* ». Noi potremo a buon diritto ricordare qui il presupposto dello scopo, che si identifica colla legge universale. Quanto al contenuto della condizione, esso è fuor di dubbio triplice: la COESISTENZA, l'ORGANAMENTO, lo SVILUPPO. E mi limito a ciò, senza abbandonarmi ad ulteriori applicazioni, come fanno molti scrittori (2).

(1) Ciò è stato egregiamente esposto dall'HERING: « das Recht ist die wohlverstandene Politik der Gewalt — nicht die kurzsichtige Politik des Augenblicks, des momentanen Interesses, sondern die weitsichtige Politik, welche in die Zukunft blickt und das Ende erwägt ». *Zweck im Recht* vol. I, pag. 378.

(2) Il concetto di *condizione* nella filosofia del diritto occupa un posto notevolissimo. Ricordo KRAUSE: « das Recht ist das organische Ganze der äus-

XIII. — *Il diritto come limite, misura, proporzione.*

Svolgendo i principii che abbiamo fermato fin qui, ci si presenta un aspetto formale di soverchiante importanza: il diritto come *limite*. Considerando, infatti, il diritto come *forza pratica*, potremo ripetere con Kant che « la ragione dice che tale è il limite assegnato alla libertà dalla sua idea e che così essa può essere limitata in fatto da altri » (1). Epperò il diritto può essere rappresentato come « una universale mutua limitazione, rispettando la libertà di ciascuno *secondo delle leggi generali* » (2). La quale ultima frase, come ebbi a notare altra volta, sminuisce di molto il carattere formale della filosofia di Kant, tanto più ove si rifletta che egli concepì la sua massima, riferendola al mondo esteriore. Egli disse: « Opera *esteriormente* in tal guisa che il tuo arbitrio coesista con quello degli altri ». — L'idea del limite suppone un'originaria potenzialità illimitata, la quale successivamente viene infrenata e costretta. Il limite quindi, rispetto alla funzione, è MISURA, anzi PROPORZIONE. Egli è su questo punto che conviene fermarci largamente. Le tradizioni della scuola italiana qui risplendono magnifiche. Ricordo la definizione di DANTE: « *jus est realis et personalis proportio, quae servata servat societatem, corrupta corrumpit* ». Il concetto si eleva a sistema in G. B. VICO. Questi considera la giustizia *quantum utilitates dirigit et exaequat*, e ciò soggiunge essere *unum universi juris principium unusque finis* (3). Limpida rilevasi la misura per

ren Bindungen der vernunftgemässen Leben »..... Ed ULRICH: das R. ist der Kreis der allgemeinen äusseren Bedingungen der ethischen Existenz und Subsistenz der Menschen.... » Cfr. BAUMANN *Handbuch* cit. p. 384.

(1) KANT *Principii metafisici* § C.

(2) KANT *op. cit.* § E.

(3) G. B. VICO *De uno universi juris principio et fine uno* XLIII.

le utilità; intorno alle quali affermasi «..... communis corporum *mensura* seu regula est *commensus*, vulgo dicta *proportio*, quam *Mathesis* pro nostro argumento demonstrat duplicem, *arithmetica* seu *simplicem*, et *geometricam* seu *comparatam* ». Onde il diritto è « *in natura utile aeterno commensu aequale* » (1). Vedremo fra breve come il concetto di misura assuma una forma matematicamente rigorosa (2). Adesso dobbiamo affrettarci a notare che, considerato il diritto come misura, si impone la trattazione di esso dal riguardo quantitativo, ossia matematico. Per vero, giusta la finissima osservazione dell'HEGEL, la misura è un *quantum qualitativo*, ossia un « *quantum* cui è connesso un essere determinato o una qualità » (3). Però il concetto di quantità (ossia di ciò che è suscettibile di aumento o di diminuzione) è il principale nella misura: quindi in questa, per logica necessità, debbonsi applicare i principii della matematica, che è la scienza della quantità.

XIV — *Applicazione della matematica allo studio dell'idea del diritto.*

Dice Romagnosi: « Che altro è in sostanza la matematica, fuor che la logica delle quantità? » (4) Appunto perchè parte della logica, la matematica è « la scienza astratta della quantità »; quindi determina le leggi della quantità, senza avere riguardo all'obbietto, ossia le rintraccia in ogni co-

(1) G. B. VICO *op. cit.* XLIV.

(2) In Italia, recentemente il BOVIO ha dato una formulazione recisa del diritto come *proporzione*. Più tardi dimostrerò che il diritto è *media geometrica fra le varie potenzialità individuali*. La conclusione è uniforme; il processo logico e dimostrativo, tuttavia, è diverso.

(3) HEGEL *Logica* (ed. cit.) § 107.

(4) ROMAGNOSI *Dello insegnamento primitivo delle matematiche*. Introd. § 2 — Nello stesso senso *Discorso* II § 61. IV § 104 ecc. (ed. De Giorgi).

sa (1). Invero quelle leggi rilevansi dopo aver fatto astrazione da molti momenti concreti degli obbietti (2) Qualunque opinione voglia aversi sul *nominalismo* e sul *realismo* in materie di matematica (di cui egregiamente ci parla il WUNDT nel suo ammirabile libro); e quantunque io, a dire il vero, abbia intorno al valore logico delle conoscenze matematiche, propensione per la dottrina empirica di STUART-MILL (3): pure è indiscutibile che il calcolo sia indipendente da qualsiasi esperienza e che i suoi elementi, le sue analisi, le sue sintesi sieno prodotto di mere *funzioni del pensiero* (4). Le verità matematiche quindi sono essenzialmente logiche e deduttive (5). Potrebbe sorgere qualche dubbio sulla geometria; la quale si riferisce allo spazio, che non può essere considerato illimitatamente e per cui il principio delle tre dimensioni è legge concreta — *Gesetz der empirischen kosmischen Lagenverhältnisse* (6). Vuolsi però osservare, in contrario, che l'estensione è pur sempre una speciale categoria della quantità (7). Rispet-

(1) BAIN *Logica deduttiva ed induttiva* (traduzione franc. 1875) vol. I p. 37. Rimando anche a ciò che ho scritto più su al Cap. II § V—Cfr. anche HAMILTON, pr. BAIN op. cit. vol. I p. 363-4.

(2) WUNDT *Logik* vol. II p. 108.

(3) STUART-MILL dice che tutte le scienze deduttive sono induttive; questo ultimo carattere attribuisce anche nelle matematiche: riconosce però che queste procedono per ipotesi (*System of logic* L. II cap. V.) Non è chi non veda l'importanza logica di un tale principio.

(4) Cfr. MASCÌ *Natura logica delle conoscenze matematiche* (nella *Filosofia delle sc. ital.* anno XVI vol. 32).

(5) Bene dice il WHATELY: « in pure Mathematics and in such ethical propositions (io aggiungo: e giuridiche) ... we do not allow the possibility of any but a logical discovery ». *Elements of logic* L. IV. c. III § 3—Il BAIN nettamente afferma il carattere non solo deduttivo, ma formale, delle matematiche. *Op. cit.* vol. II, l. V, cap. I § 1 e seg.

(6) LOTZE *Kleine Schriften* vol. I Schr. IV *passim* e n° 5 e 7.

(7) HAMILTON, *Op. cit.* § 28 cfr. anche HELMHOLTZ *Ueber den Ursprung und*

to alla matematica in generale, poi, è da tener sempre presente col WUNDT che dessa non può considerarsi limitata alla semplice misurazione delle quantità, ma sostiene un ufficio logico più vasto e di universale applicazione (1). Ed è perciò che, se la matematica è una parte della logica, dall'altro canto questa, nei suoi più generali postulati, si avvantaggia di quella, di cui assume i principii e la forma (2). In proposito basta ricordare il nome del BOOLE, che afferma e dimostra essere le leggi ultime della logica matematiche, nella loro forma (3). La reciprocità però è piena: infatti sotto il primo profilo può sempre ricordarsi la sentenza di LEIBNITZ: « Canonum verae Metaphysicae, quae ultra vocabulorum nomenclatura procedit, maior est usus in Mathesi, in Analysis, in ipsa Geometria quam vulgo putatur » (4).

Non iscendo ad altri sviluppi: (5) mi riservo di tornare presto, di proposito, su quest'argomento. Quanto ho detto sarà sufficiente—spero—per giustificare l'applicazione dei processi matematici al riconoscimento di uno degli aspetti formali di maggior importanza del diritto: la misura, anzi la proporzione. Se oggi, non soltanto nel campo della statistica — che è in gran parte tecnico—ma in quello della economia politica, l'applica-

(1) Non già una « wirkliche Messung von Grössen »; ma ha il più generale compito « die denkbaren Gebilde der reinen Anschauung vollziehbaren formalen Begriffconstructions in Bezug auf alle ihre Eigenschaften und wechselseitigen Relationen einer erschöpfenden Untersuchung zu unterwerfen ». WUNDT *Logik* vol. II p. 75.

(2) Cfr. *die mathematischen Folgerungen* del LOTZE, nelle forme precipue della sostituzione, della proporzione e dell'eguaglianza, che potrebbe meglio dirsi *equazione* (*Logik* ed. 1874 L. I cap. III, B.—v. anche § 159 e *passim.*)

(3) BOOLE *Analisi matematica della logica*—pr. BAIN op. cit. vol. (p. 277 e seg.)

(4) LEIBNITZ *Ep. ad C. Wolfium*—pr. ROMAGNOSI op. cit. Disc. V. § 119.

(5) Per molte cose mi rimetto all'eccellente libro del danese KROMAN *Unsere Naturerkenntnis, Beiträge zu einer Theorie der Mathematik und Physik* (trad. tedesca, Kopenhagen, 1883)—Vedi specialmente i capitoli VI, VII, X, XI della

zione della matematica è così larga, perchè non dovremmo estenderla alla idea astratta (quindi, in molta parte, logica e formale) del diritto?

XV.—Il diritto come media geometrica. Relativa formola.

Studiando noi il diritto matematicamente, dall'aspetto della misura, dobbiamo certamente venire a capo di una formola che esprima il nostro concetto. L'espressione *simbolica o letterale* è indispensabile alla matematica; come dice il Romagnosi, questa, senza le espressioni, « non ha che larve sformate, smilze fantasime, profili spolpati, e quindi tentami imperfetti e conati impotenti » (1).

Memori del principio posato in uno dei precedenti paragrafi, che cioè la forma eminente dell'idea astratta del diritto si abbia nel contratto (rapporto bilaterale), figuriamoci due uomini A_1 e A_2 messi in raffronto l'uno dell'altro. Se A_1 fosse abbandonato a sè solo; se la sua attività non ricevesse alcuna limitazione sociale; se egli potesse fare tutto ciò che volesse, e che nella sua forza fisica e dalle esigenze fisiologiche di lui e dalle leggi del mondo esteriore non fosse contraddetto: egli avrebbe un'attività sociale, o piuttosto un sistema di *pretese*, anzi di *potenzialità* (2), che noi potremmo designare con p_1 . Alla stessa guisa A_2 avrebbe un sistema

(1) ROMAGNOSI *op. cit.* Disc. IV, § 107.

(2) Rilevo un'analogia fra la parola *potenzialità* qui usata e l'altra *potenziale*, ormai, dopo che la introdusse G. GREEN, universale presso i fisici. Per questi essa esprime la *condizione* elettrica dei corpi, in virtù della quale producesi lavoro. Notisi, però: è nozione AFFATTO RELATIVA fra due corpi, anzi fra due punti, o quanto meno fra un punto e la terra, il punto della quale più vicino a quello assumesi come zero (cfr. FLEEMING JENKIN *Elett. e Magnet.* cap. II). Alla stessa guisa noi parliamo di attività potenziale (sociale) degli uomini, mettendoli in raffronto fra di loro.

di potenzialità come p_2 . Però, giusta le premesse svolte in questo capitolo deduttivamente e nel cap. III induttivamente, A_1 e A_2 dal semplice fatto della convivenza reciproca, sono limitati e le loro potenzialità sono ridotte. Il sistema di limitazioni che ne consegue è dato dal *diritto*, cioè da x , che è l'incognita che noi cerchiamo.

Stabiliamo queste due proporzioni:

$$A_1 : A_2 = p_1 : x \qquad A_2 : A_1 = p_2 : x$$

Le potenzialità dei due individui (p_1 e p_2) si trasformano in *attività giuridica* (x) in ragione delle limitazioni reciproche di quelli. È chiaro che la x debba essere comune alle due proporzioni; poichè indica l'attività giuridica, *complessiva e comune ai due individui*. La seconda delle due proporzioni suesposte può essere, senza contrasto, scritta sotto quest'altra forma:

$$A_1 : A_2 = x : p_2$$

Questa, considerata in rapporto alla prima delle due precedenti (essendo due rapporti, eguali ad un terzo, eguali fra di loro) ci dà:

$$p_1 : x = x : p_2$$

Da cui: $x^2 = p_1 p_2$

Ossia: $x = \pm \sqrt{p_1 p_2}$

Questa formola non esito a dire che ha grande importanza. Ad essa siamo giunti per il semplice sviluppo del calcolo elementare; ed essa ci esprime l'indole del rapporto giuridico. Infatti la formola ci dice che l'attività giuridica di due uomini, cioè il *diritto*, è dato dalla *radice quadrata del complesso delle loro potenzialità*. Ora, siccome la *radice quadrata di un prodotto di due fattori è la media geometrica, ossia proporzionale, di esso*, così resta matematicamente dimostrato che

IL DIRITTO È LA MEDIA GEOMETRICA FRA LE VARIE POTENZIALITÀ INDIVIDUALI. Il quale concetto, stato già accennato da parecchi scrittori, non mi pare che abbia avuto finora una dimostrazione la quale, come la precedente, ripeta dal rigore del calcolo efficacia, se non irrefutabilità.

Aggiungo che, nella formola ricavata essendoci una radice quadrata, ho dovuto premetterle il doppio segno positivo e negativo. Questo risponde ammirabilmente—nè parmi circostanza fortuita—alla essenza del diritto; la cui nozione complessiva si risolve nei due precipui momenti di facoltà e di obbligazione. Il doppio segno esprime, a riguardo dell'individuo, così la *pretesa giuridica*, che è *quantità positiva*, come l'*obbligazione*, che è *quantità negativa*.

È chiaro perchè le prime proporzioni stabilite sieno geometriche, anzichè aritmetiche. La misura di una grandezza rispetto ad un'altra, assunta evidentemente, per ciò stesso, come unità, è data dal loro rapporto geometrico.

Proseguendo nell'esempio dei due individui, cerchiamo di scindere la formola che ci dà il valore di x , rappresentante, come si è detto, il complesso fenomeno giuridico; e scindiamola nel particolare riguardo di ciascuno di quelli.

Significando con x_1 la speciale attività giuridica di A_1 e con x_2 quella di A_2 , dobbiamo, allo scopo di conoscere il valore di x_1 e x_2 , stabilire un sistema di equazioni a due incognite. E dapprima abbiamo questa proporzione:

$$p_1 : p_2 = x_1 : x_2$$

La quale esprime che la potenzialità di agire dei due individui (p_1 e p_2) è nello stesso rapporto della loro attività giuridica (x_1 e x_2). Il che è chiaro: giusta la teorica della limitazione e della coesistenza che abbiamo premesso, l'attività giuridica è la risultante delle reciproche limitazioni che fra loro si adducono le varie potenzialità di agire.

D'altro canto possiamo stabilire questa seconda proporzione:

$$p_1 p_2 : \pm \sqrt{p_1 p_2} = p_1 : x_1$$

La quale significa che il complesso della potenzialità dei due individui sta al complesso della attività giuridica di essi (che è il secondo termine del primo rapporto e che comprende, come si è visto, il valore di x) come la potenzialità di un uomo solo sta alla attività giuridica di esso solo. Sul che non può sorgere ombra di dubbio.

Scriviamo così le due ultime proporzioni:

$$\frac{p_1}{p_2} = \frac{x_1}{x_2} \quad \pm \frac{p_1 p_2}{\sqrt{p_1 p_2}} = \frac{p_1}{x_1}$$

Risulta facilmente ciò di cui andavamo in cerca:

$$x_1 = \pm \sqrt{\frac{p_1}{p_2}} \quad x_2 = \pm \sqrt{\frac{p_2}{p_1}}$$

Anche di queste due formole è grande l'importanza. Entrambe hanno, come vedesi, il doppio segno positivo e negativo, che esprime la specialità del fenomeno giuridico (facoltà ed obbligazione). Inoltre i due valori di x_1 e x_2 si manifestano reciproci. Ciò dimostrasi, riflettendo che due quantità diconsi reciproche quando il loro prodotto è uguale ad uno. Nella fattispecie abbiamo:

$$\sqrt{\frac{p_1}{p_2}} \times \sqrt{\frac{p_2}{p_1}} = \sqrt{\frac{p_1 p_2}{p_2 p_1}} = \sqrt{1} = 1.$$

Al quale risultato saremmo pervenuti ugualmente, se avessimo considerato i radicali, anzichè col segno *più*, con quello *meno*. Frattanto sembrami mirabile questa rispondenza, per la quale le formole matematiche risultano reciproche, mentre re-

ciproci sono senza dubbio i diritti individuali da quelle rappresentati. Anche ciò mi assicura sempre più della bontà dell'applicazione dei metodi matematici.

E vorrei non fermarmi qui, ma procedere oltre, cercando una formola dimostrativa del fenomeno giuridico nella sua più larga posizione sociale, cioè in raffronto ad n individui. Preferisco però fermarmi, per non alterare troppo le proporzioni di questo lavoro; ed anche per potere ricavare, dalle critiche che mi saranno fatte alle cose suesposte, ammonimenti e consigli. Del resto il fenomeno è abbastanza intelligibile nei suoi caratteri essenziali, anche limitato ai due soli individui A_1 e A_2 .

XVI.—*Il diritto come condizione per evitare la lotta.*

Passiamo ad un altro momento importante. Il principio della lotta, nella filosofia contemporanea, anche astrazione fatta dalla teoria della *selezione*, occupa un posto ragguardevolissimo. Sebbene le dottrine di HOBBS sieno oggi generalmente, respinte, pure desse rispuntano, anche involontariamente, in molte concezioni razionali. (1) Non posso concedermi larghi sviluppi; mi fermerò soltanto su alcune recenti positure dottrinali in Germania. E comincio con un libro che, tempo addietro, molto rumore levò di sé: la *lotta per il diritto* di JHERING, che porta ad epigrafe, come per riassunto, il seguente detto: «*Im Kampfe sollst du dein Recht finden*». L'autore premette a ragione che il concetto del diritto non è puramente speculativo ma *pratico*, ma tendente ad uno scopo. Quindi, per realizzarlo, bisogna cercare i mezzi opportuni, e per superare

le difficoltà che si frappongono bisogna lottare. Il che si intende. Ma l'autore esagera, quando, trasportato dalla sua tesi, aggiunge che «la lotta non è un che di straniero al diritto; è invece intimamente legata alla essenza sua; è *un momento del suo concetto*» (1). L'errore è evidente ove si voglia ricordare ciò che ampiamente abbiamo dimostrato: che cioè l'idea ed il concetto di un istituto, di un ente, di una cosa, di un fenomeno sono dati dal fine. Questo dà la legge, e nella legge si personifica il concetto. Un tale principio avrebbe dovuto esser tenuto presente dall'Jhering, che è dei concetti teleologici diligentissimo rilevatore. Non potrà mai ammettersi che nello *scopo* del diritto sia compresa la *lotta*. È compresa bensì l'*armonia*, come manifestazione dell'ultimo ed universale fine del *bene*. Nè, dal fatto che, purtroppo, nella realizzazione dell'idea del diritto la lotta appare necessaria, deve retrotrarsi la conclusione che questa sia un momento essenziale dell'idea. Ricorderemo, con intento di argomentazione *a fortiori*, che neanche nella pena è essenziale il concetto di essere afflittiva. Tenendo presente il fine della pena, può dirsi egregiamente, conforme alle tradizioni platoniche, che dessa sia *medicina dell'anima*, e che sia fatta, non solo per il bene della società, ma anche per quello del delinquente.— Appare preferibile il concetto di HERBART e di GAJER, secondo cui il diritto sarebbe «*norma pensata per evitare la lotta*». Qui, a vero dire, il *momento formale* può sembrare soverchio; ma l'idea del fine permane ed in essa è trasfusa quella del *bene*, quantunque logicamente in modo negativo, come necessità di sfuggire alla lotta. Non accetto la critica che all'herbartismo fa l'Jhering. Questi dice che quello è fondato su un motivo *estetico*, l'avversione alla lotta per l'appunto (*Missfallen am Streit*); e domanda perchè, esteticamente, non si debba preferire l'ammissione all'esclusione della lotta. Con-

(1) Il LASSALLE nel campo costituzionale ha fatto in sostanza rivivere il principio della lotta (*Ueber Verfassungswesen*). Questo si cerca di elevarlo, oltre che a momento giuridico, anche ad economico. Cfr. per qualche applicazione, SAX *Grund-*

clude che questa è richiesta dall'etica, come un dovere (1). Osservo dapprima che, veramente, l'estetica si fonda, più che altro, sull'armonia, e che la lotta (contrasto) non può ammettersi tutt'al più che come mezzo. Nel merito della questione, poi, è da tener presente, sempre, che l'HERBART parte dal *fine*, e non è escluso dai suoi postulati che la lotta sia necessaria come mezzo per evitare una lotta maggiore. Ben altra è l'accusa che all'herbartismo può farsi: di esagerare, cioè, il principio meramente logico e formale. Anche per questo riguardo sembrami meno unilaterale la sistematica romagnosiana, per la quale la lotta (*antagonismo*) non entrerebbe nel diritto che come sanzione; ossia, per serbare la rispondenza col campo logico, come *mezzo* (2). Ed è in tal senso che io, fra i momenti formali dell'idea del diritto annovero la « condizione per evitare la lotta ».

XVII.—Il diritto come principio estetico.

Un concetto, accennato di volo nel precedente paragrafo, è degno di ampi sviluppi — Se noi volessimo riassumere tutti gli aspetti formali di cui siamo venuti fin qui discorrendo, e volessimo riassumerli sotto un riguardo anch'esso formale, io credo che in niun modo migliore noi ciò potremmo fare, fuorchè dicendo che il diritto sia un *principio estetico per eccellenza*.

Il bello, secondo Aristotele, consiste nell'*ordine* e nella *grandezza* [*ἐν μεγέθει καὶ τάξει*] (3). Questo concetto, capitale nella filosofia greca (4), è suscettibile di estese applicazioni. Lo stes-

(1) JHERING *op. ed. cit.* Cap. VI, in fine.

(2) Ricordo fin da ora la teorica dell'*antagonismo istituzionale* del ROMAGNOSI, nella quale la vecchia e convenzionale teorica dei *pesi e contrappesi* politici sollevossi a nobiltà di dottrina giuridica. *Scienza delle costituzioni*, passim ed in specie Parte I, § 1, 4, 7, 15, 18 ecc.

(3) ARISTOTELE *Poetica* VII.

(4) È noto il detto di PLATONE: « *μετρίότης καὶ συμμετρία κάλλος* ».

so Aristotele applicava la considerazione estetica, intesa in quel modo, allo Stato. E per vero, poichè il principio del bello si ha nell'*ordine*, cioè nella *misura*, esso appare come un aspetto diverso (ma derivante da omogenee determinazioni) del momento matematico, la cui universalità abbiamo già riconosciuto. Ben può dirsi che l'estetica sia una particolare manifestazione della logica: quali, per altri riguardi, sono la matematica e la grammatica (1). Oggi la filosofia dell'arte tende a battere una via diversa dalla antica; ma il concetto fondamentale della misura permane sempre (2). Per quanta prevalenza si voglia dare allo elemento psicologico, noi diremo sempre con HEGEL che il bello è soggettivo ed è un fatto dell'attività umana (3); ma con Hegel stesso riconosceremo, nella *forma* del bello, i caratteri della regolarità, della simmetria, del coordinamento, dell'armonia. Così giungesi a considerare la bellezza perfino come astratta unità della materia sensibile (4). Ora, se tale è l'estetica, evidentemente i caratteri, l'indole, lo scopo di essa possonsi bene riferire al diritto. Il quale è misura, proporzione, ordine, regolarità, coordinamento, simmetria, armonia. Ed è tale, non soltanto nella sua intima essenza, ma per la sua virtù efficiente. Epperò, anche sotto questo riguardo, l'idea astratta del diritto si impone come universale e pratica regolatrice dei rapporti sociali.

(1) Una tale idea è, quanto alla grammatica, sulla base di alcuni principi sparsi di CONDILLAC, ammirabilmente dimostrata da ROMAGNOSI: *Sullo insegnamento delle matem.* Disc. IV, § 110.

(2) Cfr. LOTZE *Ueber den Begriff der Schönheit* (nei *Kleine Schriften* già citati, Vol. I, Schr. XI).

(3) HEGEL *Estetica* 1^a parte, ed. Napoli, 1863 p. 22 e seg.

(4) HEGEL *Op. ed. cit.* p. 142 e seg.

XVIII.—I vari momenti della idea di diritto e lo Stato giuridico.

Ci riconduciamo al punto di partenza affine di vedere, sotto un aspetto molto complessivo, in qual modo la idea del diritto — da noi riconosciuta nei suoi vari ed essenziali momenti — debba informare lo Stato.

Si impone dapprima la necessità di applicare i presupposti teleologici. Dopo le recenti dimostrazioni dell' JHERING (1) non è il caso di fermarsi molto su questo argomento. — Il diritto deve essere sempre salvo e rispettato, nelle sue varie manifestazioni. Lo Stato ha per l'appunto lo scopo di assicurare la tutela del diritto. Lo Stato si presenta come « il mezzo pratico, necessario per la realizzazione dell' idea del diritto ». Questa affermazione, così recisa, parmi che debba avere importanza per prevenire molti errori ed esagerazioni in cui cadono alcune scuole germaniche. Se il diritto è lo scopo, sorge limpida e necessaria la nozione del *subiectum juris*. E nello Stato giuridico subbietto di diritto non è soltanto lo Stato, ma anche il cittadino, anzi l'individuo. La dottrina dello scopo logicamente conduce a ciò: la società e lo Stato sono mezzo per garantire il diritto di tutti, cioè di ciascuno. Ben dice Gneist che « il diritto non deve soltanto regolare la vita esteriore dei sudditi fra loro; ma proteggere la sfera giuridica dell'individuo contro l'autorità superiore » (2). Una tale affermazione, però, in lui e nella scuola è per molti riguardi all'infuori del sistema: in questo l'avversione all'individualismo (chiamato *atomismo*) è fondamentale, come ne ve-

(1) JHERING *Der Zweck im Recht* (Leipzig 1884) — Veggasi fra i più recenti scrittori che hanno fatto particolari applicazioni al diritto pubblico, JELLINEK *op. cit.*, p. 198 e 213-4 — Per il profilo economico SAX *Grundel. d. theor. Staatswirth.* § 63, 64, 161, 188-9 ecc. Ivi è richiamato WAGNER *Macht-u. Recht-Zweck*.

(2) GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* trad. ital. cit. p. 27.

dremo presto una esplicazione nella dottrina della *sovranità dello Stato*, cui contrapporremo la teorica della « *sovranità individuale* per il soggetto ed *organica* per l'oggetto ». A mio giudizio, pertanto, i subbietti nello Stato giuridico sono gli individui e lo Stato, e non altri: non i ceti, le classi, le corporazioni. Il *popolo* non può ammettersi altrimenti che come complesso di individui, *entro lo Stato*. Non nego, d'altro canto, che la nozione dello individuo di fronte allo Stato, debba essere propria e *sui generis*, nel senso che non abbia a dimenticarsi che quello è *membro organico*, come dice il Bähr, di una comunità (1). Errore è però quello del Bähr — onde mi affretto a dichiarare di non dividero — di considerare il diritto di Stato come una forma speciale di un più largo e generale *diritto di comunità*; mentre quello dallo scopo suo ritrae proprii caratteri e condizioni.

Il concetto che lo Stato sia *mezzo* allo *scopo* del diritto, ci rinvia immediatamente alla considerazione dei momenti formali di questo. (2) Accettando, da un riguardo concreto, la frase di Jhering, che il diritto sia il complesso delle norme coattive esistenti in uno Stato, è chiaro come questo, nel farsi organo di quello, espliciti un doppio ordine di momenti: la norma e l'applicazione di essa (3). Nel che si avrebbe la legislazione da un canto, la giurisdizione dall'altro, siccome vedremo a suo luogo (4). Qui ci restringiamo a notare, dal profilo logico, che il momento essenziale e teleologico della leg-

(1) BAEHR *Lo Stato giuridico* trad. ed. ital. cit. p. 298 e seg.

(2) JHERING, in fatti, dice che lo Stato è « die engültige Form der Verwendung der Gewalt für die menschlichen Zwecke » *Zw. im R.*, I, p. 307. Veggasi anche ciò che il GERBER dice della Staatsgewalt. *Grundzüge des deuts. Staatsr.* (ed. Leipzig 1880) p. 21 e 226.

(3) JHERING *op. cit.* p. 320-329.

(4) Cfr. GIERKE *Die Genossenschaftst. u. die deuts. Rechtsprechung* (ed. Berlin 1877) p. 846 n. 1.

ge (norma in senso largo) si svolge fino alle estreme manifestazioni formali, quali possono essere comprese nella realizzazione dell'idea (*Verwirklichung*). Abbiamo infatti nettissimo il concetto del *limite*: l'azione dello Stato dagli scopi di esso stesso è in vario modo determinata o limitata (1). Abbiamo inoltre il concetto della guarentigia. Infatti la costituzione politica, nella quale praticamente si personifica lo Stato, può ben definirsi « guarentigia del diritto » (2). Ed è guarentigia, soprattutto, *d'ordine politico*; la quale si ha per lo esercizio dei poteri legislativo e governativo. Le indagini meramente costituzionali, pertanto, sono necessarie alla ricostruzione del tipo dello Stato giuridico, come quelle che possono fornire i mezzi idonei al raggiungimento del fine. La guarentigia, poi, ha una forma specifica, ed è quella *giurisdizionale*, nella quale rifulge la specialità dello Stato giuridico. Particolarmente può dirsi che « il diritto è creato colla legge e realizzato colla giurisdizione » (3). Qui ci appare il famoso detto di STAHL che il diritto sia per la giustizia scopo, per l'amministrazione limite (4), su cui dovremo fermarci in seguito. Notiamo soltanto, per ora, che anche il governo, nell'amministrazione, sua forma specifica, deve essere sottoposto al diritto; ma questo su quello esercita un'influenza che è limitatrice più che *determinatrice*: nel senso che traccia i confini in cui l'azione dello Stato, per i suoi concreti scopi politici, deve svolgersi. Il diritto in tal caso vale, più che altro, per quella sua funzione di estrema importanza, che si ha nel limitare e garantire *il campo del lecito*. — Da qualun-

(1) GERBER *op. cit.* p. 21, n. 2, p. 31, e Beilage III. p. 235.

(2) Cfr. ZACHARIAE *Deut. Staats.-und Bundesrecht* (ed. Göttingen 1865) pag. 296.

(3) BAEHR *Lo Stato giuridico*, cap. I. § 4, 5—JHERING *Zw. im R. I.* p. 338, ed anche p. 357-8.

(4) STAHL pr. GERBER pag. 187 n. 7—V. anche GIERKE p. 652.

que lato, pertanto, noi consideriamo lo Stato, nella sua costituzione o nella sua azione, esso in varie forme ci appare sempre sottoposto all'uno o all'altro dei momenti del diritto. Questo su quello si solleva: concetto che è stato formulato da taluno col dire che il « il diritto ha la naturale tendenza ad emanciparsi dallo Stato » e col soggiungere che « lo Stato ha la naturale tendenza a sottoporsi al diritto » (1).

I principii da noi basati finora avranno, nei successivi capitoli, applicazione ed esplicazione. Si vedrà chiaramente, allora, che il lungo ed increscioso cammino che abbiām fatto attraverso il campo della nuda speculazione, doveva necessariamente percorrersi, se si voleva giungere a conclusioni certe e definite. Ricorderò con KANT che la scienza puramente empirica del diritto è come la testa della favola di Fedro: una testa bella, forse, ma senza cervello (2). Le indagini astratte cui ci siamo abbandonati, credo che abbiano importanza pratica; laonde, se taluno mi chiedesse se io sia un metafisico, credo di poter rispondere come è fama abbia risposto COUSIN a chi gli chiedeva se fosse cattolico: « *Oui, monsieur, je suis catholique autant qu'on peut l'être, quand'on ne l'est pas* » (3).

CAPITOLO VI.

LE CONDIZIONI DELLO STATO GIURIDICO

I.—Concetto della condizione.

Nel significato più ristretto di diritto civile, *condizione* dicesi quello evento incerto e futuro, dal quale si fa dipende-

(1) GUMFLOWICZ *Philosophisches Staatsrecht* ed. cit. pag. 149-50.

(2) KANT *Principii metafisici del diritto* Introd. § B.

(3) pr. MAMIANI *Sulle condizioni comuni della filosofia d'Europa* § 3 (Atti Accademia Lincei, anno CCLXXV serie III, vol. 2).

re l'acquisto o la perdita di un diritto. Ma questo concetto si può allargare fino ad immedesimare la condizione coll'oggetto cui essa si riferisce. In tal modo essa può perfino assumersi come *modo di essere*, delle cose o delle persone (1). È perciò che, nel proprio linguaggio giuridico, le locuzioni *stato e condizione delle persone* si equivalgono. Intesa così, la condizione è necessariamente *incondizionata*, e può giustificarsi perfino il ricordato concetto di KANT sul diritto.

Parlando noi, ora, delle condizioni dello Stato giuridico, le intendiamo colla larghezza suaccennata, ossia come *modi essenziali*, dai quali la esistenza di quello dipenda *senza eccezioni*. Ci collochiamo quindi da un punto di vista generale, per la ricostruzione del sistema indispensabile. A chi ben guardi, invero, e rifletta che lo Stato è associazione di individui; che il diritto è legge reciproca; che, giusta la teorica dello scopo, sono, nello Stato giuridico, subbietti di diritto gli individui e lo Stato: si parrà evidente che in quella condizione principale, la quale in sé tutte le altre comprende e raccoglie, sia quella di *riconoscere, tutelare, garentire i diritti individuali*.

II.—I « *diritti dell'uomo* ».

Ci troviamo di fronte alla teorica dei *diritti dell'uomo*, anzi dei *diritti innati*, come fu svolta dalla scuola del diritto naturale. Questa esagerò molto nelle sue derivazioni; ma hanno esagerato del pari i suoi oppugnatori, nel negarle ogni

(1) Il diritto romano distingue la *condicio* dal *modus*: quella sospende o risolve l'atto, questo no (L. 80 D. XXXV 1; L. 17 § 2 D. XL. 4; L. 41 D. XVIII, 1; ecc.)—Tuttavia noi assumiamo qui la *condizione* in un significato logico generale, del quale il *tempo*, come i vari possibili *modi*, non appaiono che speciali momenti.

ragione e fondamento. La dottrina dei diritti innati molto comprende di vero; non la si deve però piantare con assolutezza, nè svolgere in modo rigorosamente deduttivo. Bisogna toglier campo all'antitesi logica, così finemente osservata dallo Stahl, fra la necessità naturale di quei diritti e la loro alienabilità (1). Anche in questa parte vuolsi far capo alla teoria dello scopo.—La questione si è: la ragione giuridica degli individui preesiste a quella della società e dello Stato? Si presentano quelli originariamente, con un complesso di diritti, intimamente connessi alla loro persona?—Non esito a dare risposta affermativa. Nè temo la taccia di *atomista*; poichè la nozione del diritto, come ci siamo indugiati a provare nel precedente capitolo, non indica una pretesa sciolta ed unilaterale: ma una pretesa cui risponda un'obbligazione. Epperò, teleologicamente, fu detto il diritto essere *legge reciproca delle azioni umane*. Ora, l'affermare l'originalità dei diritti individuali, non vuol dire altro fuor che vi ha, in origine, fra gli individui onde l'associazione-Stato si compone, un complesso di norme giuridiche, che ne governano i rapporti. Il diritto dello Stato si solleva su questa massa di diritti individuali e li coordina, con la stessa logica necessità per cui il prodotto presuppone e coordina i fattori da cui risulta. In tal senso comprendesi e giustificasi la famosa *dichiarazione dei diritti dell'uomo*, che fu fatta dalla rivoluzione francese. Vi sono state, nella età moderna, tre grandi dichiarazioni politiche: l'inglese del 1669, l'americana del 1774 e la francese del 1789. Le prime due ebbero un contenuto storico, la terza filosofico. La buona scuola non esita a dare la preferenza alla prima, che si occupò dei diritti del *cittadino* (2), sul-

(1) STAHL *Storia della filosofia del diritto* L. III, Seg. III. cap. 4.

(2) GNEIST a questo proposito dimostra la filiazione dei diritti da doveri politici, e delle istituzioni politiche (Camera dei Comuni e dei Lords) da quelle comunali (*selfgovernment* locale). *Verwaltung, Justiz*, ecc. (ed. 1869) § 5.

la terza che affermò quelli dell' *uomo* (1). Per vero la prima determinò ed assicurò su salde basi una forma concreta di costituzione politica; la seconda compì un' affermazione astratta, di cui il valore pratico fu più *negativo* che *positivo*, in quanto, essendo valsa a distruggere il passato, non potè ricostruire solidamente l' avvenire. Ma, se poniamo da parte le considerazioni politiche pratiche e storiche, e ci collochiamo da un riguardo *razionale logico e giuridico*, non possiamo non riconoscere che il sistema dello Stato giuridico mancherebbe di base e rischierebbe di cadere in applicazioni unilaterali e contraddittorie, ove non fosse incondizionatamente condizionato al rispetto ed alla guarentigia della *persona umana* e dei suoi più essenziali attributi. Oggi, presso alcune scuole, si è diffuso il mal vezzo di irridere gli universali principii di ragione, che vengono qualificati come vacue ed astratte generalità. Noi non seguiremo certo, per inconscia imitazione, un tale mal vezzo.

III. — La padronanza originaria.

Ritorno alla sistematica del grande maestro: ROMAGNOSI. Egli dice: « quelli che vennero appellati *diritti dell' uomo* formano il complesso della *originaria padronanza naturale* di ogni individuo » (2). Svolgendo un tale concetto, osserva che l' idea di padronanza involve il concetto di *autorità* nel vero senso primitivo, cioè di *suità*. L' *ἀρχή, proprium sui ipsius*, dei greci, esprime fedelmente il concetto di una potenza che si move di moto proprio, e che è causa di un dato fatto (3). Or, siccome scopo proprio dell' uomo è la *conservazione* ed il

perfezionamento, ed in questo ed in quella, più che nel generico ed eudemonistico concetto della *felicità*, risiede lo scopo del diritto (1): consegue che il diritto di padronanza originaria si può definire: « la facoltà propria d' un uomo, di una famiglia, di un popolo, rispetto ad ogni altro, di procacciare a suo beneplacito, e senza ingiuria di chi che sia, la propria più felice conservazione, mediante il più rapido e completo perfezionamento in società e per mezzo della società » (2). Nella quale definizione è a notarsi l' amplitudine del concetto di padronanza; il quale parte bensì dalla persona (individuo) ma si applica anche al popolo, e noi potremmo dire allo Stato. Quindi bene noi, memori del carattere *reciproco* del diritto, affermeremmo che condizione universale dello Stato giuridico sia il rispetto della padronanza ordinaria degli individui e dello Stato. — Osserviamo inoltre che, nel sistema, la padronanza si presenta come *mezzo* ad un fine maggiore. Giova ripetere le parole medesime del Romagnosi: « La padronanza originaria costituisce gli articoli fondamentali dei diritti dell' uomo, ossia delle facoltà utili di lui.... Ma queste facoltà non si debbono considerare in senso *assoluto* ed *isolato*, ma *relativo* e *subordinato* allo scopo della conservazione mediante il perfezionamento praticabile. Dunque ogni diritto, ogni condizione, ogni parte di questa padronanza, si deve assumere come *mezzo necessario* » (3). Non è chi non vegga l' importanza di questo principio, di fronte alle premesse teleologiche da noi fermate nel precedente capitolo.

(1) PALMA *Corso di diritto costituz.* Vol. III. cap. I § 5.

(2) ROMAGNOSI *Lettera IV a G. Valeri* ed. cit. § 80 — Preferisco riportare la terminologia precisa dell' autore (malgrado che in molti punti non la creda accettabile) a qualsiasi parafrasi, che facilmente riuscirebbe infedele.

(3) ROM. *Giurisprudenza teorica*. Parte I, L. II cap. I § 1.

(1) ROM. *Introduzione al diritto pubblico universale*. Tratt. I, par. I, cap. I.

(2) ROM. *Giurisp. teor.* Parte I, L. II, cap. I, § 5.

(3) ROM. *Lettera IV a G. Valeri* § 95. Non avendo il Romagnosi scritto un libro in cui il suo sistema fosse completamente svolto, ma avendo questo diviso, con molte ripetizioni e lacune, in varie opere, sono stato costretto far capo a tutte queste, cercando di integrare l' unità sulla molteplicità.

IV.—*La proprietà personale.*

L'obbietto della padronanza originaria implica, per chi ne è soggetto, dominio e proprietà. « La padronanza è un impero proprio ed indipendente. Il *dominio* è la facoltà propria ed indipendente di usare e di agire su delle cose e delle persone, a proprio beneplacito. La *proprietà* consiste in un dominio indipendente ed esclusivo, in quanto viene attribuito ad alcuno » (1). Il concetto di proprietà, nel suo più ampio significato giuridico, non si può restringere alla sola fisica disponibilità delle cose. Prima della proprietà *reale* si ha la *personale* (2). Nell'una e nell'altra si identifica la padronanza. Ma, fra tutte le proprietà, la più preziosa e predominante (perocchè dà l'essere a tutte le altre) è la proprietà personale. E nello stesso tempo essa è quella che, nel consorzio degli uomini, più di tutte le altre abbisogna di protezione, nello interesse così degli individui come della società (3). Il pieno esercizio della proprietà personale, non solo è compatibile, ma è necessario, con qualsiasi forma di governo (4). Una tale necessità noi affermiamo, con un evidente argomento *a fortiori*, per lo Stato giuridico. Mentre il rispetto alla padronanza ed alla proprietà si presenta come condizione, esso alla sua volta non è possibile senza l'osservanza di alcune fondamentali *condizioni*, alle quali, con maggiore proprietà di linguaggio, un tale nome si appartiene. Fra le varie condizioni annoverate dal Romagnosi io tralascio di parlare della in-

(1) ROM. *Giur. teor.* P. I, L. II, c. II, § 5.

(2) In questa parte, come ebbi altra volta a notare, il sistema di Romagnosi è informato alle dottrine di alcuni fisiocrati; p. e. di BAUDEAU *Introd. alla filosofia economica* cap. VI, art. III, 2.

(3) ROM. *Giur. teor.* P. II L. I cap. I § 6.

(4) ROM. *ibid.* § 5.

dipendenza, della sicurezza, della tutela e di altre che in vario modo si presentano, o dipendenti dalle altre vere e proprie condizioni di cui parleremo fra breve, o connesse con più larghi e sostanziali modi di considerare il fenomeno. Riduco le condizioni a due essenziali: la LIBERTÀ e l'EGUAGLIANZA.

V.—*La libertà.*

La libertà in senso metafisico, cioè amplissimo, riferibile alle persone ed alle cose, agli esseri animati ed agli inanimati, consiste nella « esenzione da ogni ostacolo nell'esercizio di una forza qualunque ». Così Shakespeare dice: « più libero dei venti in mare ». La libertà razionale, poi, consisterebbe nell'« attività dell'essere intelligente, in quanto nei suoi atti è esente da ostacoli » (1). Il primo concetto, che della libertà si ha, è essenzialmente negativo: gli è solo per virtù di integrazione che quella si può elevare a principio positivo. Tralascio di ricordare le numerosissime definizioni, che di quella si sono avute (2). Appunto perchè obbietto interessantissimo di studio e di vita pratica, la libertà è stata ed è intesa in molti e contrarii modi. I concetti morali e giuridici si sono frapposti a quelli politici, e starei per dire meccanici. Mi restringo al solo profilo giuridico: ed in questo, fra tante nozioni sieno date, preferisco ed accolgo quella del Romagnosi, che è la più profonda, la più logica, la vera. Quindi dico: LA LIBERTÀ NON È UN DIRITTO, MA È UNIVERSALE CONDIZIONE DEI DIRITTI.

Essa potrebbe intendersi come « la potestà irrefragabile di non soffrire ostacoli nell'esercizio dei nostri diritti da chi-

(1) ROM. *Dir. pubbl. univ.* Tratt. I, p. II, cap. I, art. 1.

(2) Cfr. LIEBER *La libertà civile* cap. II nella Bibl. di Scienze politiche del Brunialti, vol. V, p. III.

chessia » (1). Dice testualmente il Romagnosi: « La libertà, parlando con rigore, non costituisce un diritto a sè; ma propriamente una CONDIZIONE inseparabile ed universale; e dirò meglio un requisito essenziale, dell'esercizio di qualunque diritto e dovere (2). I doveri ed i diritti sono funzioni utili della forza umana, le quali debbono essere libere per poter esistere e produrre il loro effetto... » (3). Tolto l'essenziale carattere della libertà, ogni diritto e dovere riesce nullo. E soggiunge: «... Noi non diremo, come fu detto da taluno, che la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri; ma bensì nel diritto di essere esente da ostacoli nell'esercizio dei nostri diritti e doveri. Oltrechè la nozione che noi rigettiamo non è propria, essa trae a mostruose conseguenze, sì nel diritto di difesa, che nella collisione dei diritti in caso di necessità » (4).—Vedesi pertanto come, giusta l'integrazione suaccennata, la libertà si possa presentare quale *principio giuridico positivo*. Ed è perciò ch'essa vale anche come *principio politico* (5). Parlasi di libertà *civile e politica*. Il contenuto di questa, secondo le tradizioni classiche, è duplice: implicando da una parte il diritto dei cittadini a non essere molestati nella esplicazione delle legittime loro attività, dall'altro una loro partecipazione al governo della cosa pubblica. Dei quali significati, il primo è meccanico, il secondo è improprio. La libertà non vuole essere confusa colla so-

(1) ROM. *Dir. pubbl. univ.* tratt. I. p. III, cap. II, art. 2.

(2) L'aggiungere il *dovere* al *diritto* non toglie vigore alla sistematica. I doveri sono anche diritti; anzi, fra questi, i primi.

(3) ROM. *Giur. teor.* P. I, l. II, c. III, § 2.

(4) ROM. *ibid.* § 3. V. anche lo scritto *Che cosa è libertà?* (Opere complete ed. Degiorgi, vol. III, p. 798 e seg.)

(5) Sotto tale riguardo vale l'affermazione, recentemente svolta dallo SCOLARI, che la dottrina costituzionale è quella della libertà e che lo Stato è la maggiore creazione della libertà — Discorso citato sulla *Libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*.

vrantà. Pellegrino Rossi definiva la *libertà individuale*, forma precipua di libertà, come « la facoltà dell'uomo di porre in atto tutte le sue volontà legittime » (1). Più scientifico è il concetto romagnosiano. Si premette la nozione del diritto; segue quella della libertà. Non si può essere liberi se non nell'esercizio dei proprii diritti. Onde l'indagine che deve farsi è:—quali fatti e quali azioni costituiscono diritto? Fermato ciò, il riconoscimento della libertà è di pura conseguenza logica. — Or niuno è che non vegga come, giusta le premesse, lo Stato giuridico debba essere così ordinato da garantire il più grande rispetto alla libertà giuridica. Se così non facesse, esso conterrebbe una vera contraddizione in termini. In armonia alla logica del sistema, prescindendo qui dall'esaminare il vario contenuto della libertà. Questa è *forma universale del diritto*: il suo contenuto quindi non è altro fuor che quello del diritto stesso.

VI. — L'eguaglianza.

L'eguaglianza esprime un rapporto, ma non di identità nè di equivalenza: di quella è maggiore, di questa è minore. Se ben guardiamo, l'eguaglianza è una delle primordiali e fondamentali idee dell'uomo. La massima parte dei nostri giudizi, sono affermazioni di eguaglianze. Quando diciamo che il « sole è luminoso », affermiamo che il sole è uguale a quel tipo ideale, o meglio astratto, che noi ci siamo formati delle cose luminose. Invero gli aggettivi qualificativi contengono un'astrazione: astraendo le note comuni di molte cose simili, desumonsi quei concetti complessivi che noi diciamo bello, brutto, grande, ecc. Ogni aggettivo risponde ad un sostantivo astratto. Aggiungasi che ogni qualvolta noi usiamo il verbo sostantivo *essere* con un attributo, affermiamo con ciò una eguaglianza. E poichè ogni verbo contiene in sè il

(1) P. Rossi *Corso di diritto costituzionale* leg. XXVI.

verbo essere (tanto che *lodare* p. e. significa *essere lodante*; *soffrire, essere sofferente*) così chiaro appare che tutti i discorsi degli uomini procedono per via di eguaglianze. Nell'universale campo logico (e se ne vede applicazione eminente nella matematica) l'eguaglianza è capitale.—Or chiedesi: quale estensione e valore ha dessa nella realtà, e particolarmente nel mondo giuridico?

Ripetesi comunemente che tutti gli uomini sono eguali; ma non *in fatto*, sibbene *in diritto*. Cosa significa ciò?—Ricordo che uno dei momenti formali di maggior importanza del diritto è la *misura*. Diremo noi che il diritto altri rapporti non conosca se non quelli di eguaglianza, e altre misure non applichi se non per rendere gli uomini allo stesso livello? Certo che no. Molte delle disuguaglianze di fatto sono dal diritto riconosciute e tutelate. Questo è misura, ma non è Procuste: è *ragione*, che vuol dire *proporzione*, anzi *media geometrica*. Deve avere per criterio l'eguaglianza, intendendo che uguale è la misura quando uguali sono i rapporti; disuguale in caso contrario. Bene a proposito è stato detto che l'eguaglianza è l'*identità di quantità riferita a più cose*; ma un tale riferimento non può farsi meccanicamente e quasi aritmeticamente, per via di *addizione*, ma idealmente e geometricamente, per via di *valore* e di *ragione*. In questo solo senso può, anzi deve, dirsi che l'uguaglianza sia carattere universale e *condizione* del diritto. Essa non è un diritto, per sè stante, come potrebbe essere quello di vita o di incolumità personale: è carattere che tutti i diritti deve accompagnare, allo stesso modo della libertà. Il Romagnosi, che un tale principio afferma e dimostra assai bene, mette la libertà e l'eguaglianza come condizioni essenziali del diritto, e dice che la prima è assoluta, la seconda relativa (1), significando

(1) ROM. *Assunto primo* XXII.—Veggansi gli stessi punti indicati per la teoria della libertà.

che, mentre la libertà si riferisce solo al diritto in sè, nel concetto dell'eguaglianza sia invece implicita l'idea (relativa) di un rapporto necessario fra uomini. Può dubitarsi di tale affermazione: anche la libertà presuppone i rapporti fra uomini e d'altra parte il concetto primo dell'eguaglianza è assoluto. Entrambe sono necessarie alla essenza, alla esistenza, all'esercizio del diritto.

Che cosa dire, infatti, di un diritto, il quale non sia riconosciuto con uguale criterio in tutti coloro che vi avrebbero titolo? Il riconoscerlo in tal guisa sanzionerebbe un'ingiustizia (che è il contrario del diritto) per coloro che ne fossero privi: la sanzionerebbe anche rispetto a coloro cui fosse conferito, apparendo simil concessione come fatta per ragioni di favore anzichè di universale giustizia. Quel diritto, dunque, recherebbe in sè grave vizio d'origine: non sarebbe più diritto. Ecco perchè l'eguaglianza si presenta come *condizione sine qua non* del diritto. Essa razionalmente è sviluppo di quel carattere intrinseco del diritto che è la *universalità*. Ma questa non si ha, nè si può avere, se non *a parità di condizioni*.

Per l'uguaglianza, dunque, come per la libertà, bisogna impiantar prima e presupporre la nozione del diritto. L'una e l'altra non si possono avere se non in quanto si riferiscono a dei diritti (1). La sistematica dello Stato giuridico deve partire da un tale concetto.

CAPITOLO VII.

TEORIA GIURIDICA DELLA SOVRANITÀ.

I.—Posizione della questione.

Noi vediamo in società governatori, assemblee legislative,

(1) Grande è l'importanza dottrinale di questo modo di studiare i fenomeni giuridici. Io ho cercato di farne un'applicazione al campo finanziario nella mia *Teoria costituzionale delle entrate e delle spese dello Stato* (Roma, Loescher 1886) in specie ai cap. II-V.



re, imperanti. Chiediamo: chi li ha investito del potere supremo? Perchè comandano essi? Quale è il principio della potestà loro? Il problema è di semplice formulazione, ma di soluzione non facile. Fin dal primo momento esso si presenta duplice. Ed a ragione: l'avverbio *perchè*, sia usato per interrogare o per affermare, comprende così la ricerca della *causa* come quella dello scopo. Quand'io chieggo: « perchè lo stantuffo della macchina a vapore si muove su e giù dentro il tubo in cui è costretto? » voglio conoscere tanto la causa immediata di questo fenomeno, che è il vapore operante sullo stantuffo con vece alterna, quanto lo scopo, che è quello di mettere in moto la macchina, sia locomotiva o filanda o mulino, nell'intento di produrre effetti utili. Alla stessa guisa la domanda perchè in società ci sia gente che comandi regni ed imperi, ne comprende altre due:—Quale è lo scopo del supremo potere sociale? Chi ne può essere l'investito?—Anche ridotto a questa seconda più semplice positura, il problema ha due aspetti, uno razionale ed uno positivo. Possiamo chiederci dapprima: chi deve essere, secondo ragione e giustizia, l'investito del potere supremo? E poi: nel fatto chi è l'investito? come si arriva a comandare, a governare, a regnare? perchè alla somma delle cose è l'una persona più tosto che l'altra?

Sulla prima e più generale questione, relativa all'indole ed alla necessità del potere, noi ci siamo trattiene implicitamente in qualcuno dei precedenti capitoli. Dobbiamo ora trattenerci sulla seconda, nelle sue due posizioni: « chi ha diritto di imperare? chi impera? » L'indagine giuridica si presenta prima. Ed eccoci in pieno diritto costituzionale, nel campo della vecchia e famosa teorica della sovranità.

II.—Sovranità originaria ed imperante.

La parola *sovranità* è equivoca, quindi erronea. Come tutte le parole che la scienza raccatta dal linguaggio comune

non ha significazione precisa: quindi oscilla fra significazioni contrarie. Come il fisico si affretta a determinare che *inerzia*, scientificamente, indica tanto lo stato di quiete quanto quello di moto, purchè siaci continuità in tale stato di quiete o di moto; così l'economista determina che *ricchezza* significa il possesso di cose godevoli, e non già il solo eccesso di tali cose, come dice il volgo. Ora, che cosa intendiamo noi, scientificamente, per sovranità?

Sovrano, nella sua etimologia, indica chi fisicamente stia al di sopra. Nell'uso comune però, sovrano e suoi derivati indicano piuttosto superiorità morale e, con ispecial riguardo, politica. Così sovrano è sinonimo di principe e sovranità di imperio. Ma vuolsi distinguere: fra i vari significati comuni, facilmente rilevasi che due se ne hanno precipui. Talvolta dicesi: « il re è sovrano »; oppure « la sovranità spetta al capo dello Stato ed al parlamento ». In tali casi qualificansi come sovrani quelle persone che effettivamente hanno in sè la somma delle cose ed imperano. Per sovranità intendosi il fatto reale di un ordinato supremo potere sociale.—Altre volte, invece, dicesi: « la sovranità spetta a Dio », o « al popolo », o « alla ragione », o « alla nazione ». Qui la parola assumesi in un significato ben diverso dal primo. Non vuolsi indicare già la suprema forza sociale, ma il motivo, la causa, l'origine, il principio di tale forza. Evidentemente, coloro che in società sono governanti ed imperanti debbono da qualche cosa ritrarre il loro impero: questo qualche cosa dicesi anche sovranità. Infatti la sovranità popolare e quella di diritto divino non sono altro che i principii dai quali, secondo varie teorie, discendono le somme potestà pubbliche.—In certo modo può dirsi che si debba distinguere fra la sovranità *causa* e quella *effetto*; ma è preferibile usare un'altra locuzione.

Il Guizot, adombrando la differenza suesposta, distinse la

sovranità di diritto da quella di fatto⁽¹⁾; ma questa terminologia è inesatta. Invero, ciò che quegli chiama *sovranità di fatto*, ossia l'organismo dei poteri e delle funzioni dello Stato, non può negarsi che sia anche di diritto; nel senso che quasi tutti i governi esercitano le loro potestà legittimamente, e non pochi giuridicamente, secondo il diritto razionale. D'altro canto la così detta *sovranità di diritto* è anche di fatto; nel senso che quel principio, qualunque siasi, vuoi pure astratto, informatore della suprema potestà sociale, debba essere reale ed effettivo.—Aveva scritto meglio il Romagnosi: «L'imperio altro non è che il comando di una persona, avvalorato dalla potenza sociale. La sovranità è propriamente questa stessa potenza»⁽²⁾. E soggiungeva più tardi, benchè alla sfuggita: «Qui parliamo così della *sovranità nazionale originaria* come della *derivativa*; così del potere pubblico residente nel corpo della nazione, che del potere pubblico diretto da uno o più capi, e che è un potere delegato»⁽³⁾. La terminologia del Romagnosi (*sovranità originaria* e *derivativa*) è chiara ed abbastanza esatta; parmi però che abbia il difetto di essere alquanto *modale* o *processuale*, ossia di esprimere soltanto il rapporto di causalità e di continuità fra le due sovranità; ma senza dirci, intimamente, quel che siano l'una e l'altra.

Credo meglio chiamar la prima *Sovranità originaria* e la seconda *imperante*. Indicherebbesi così che la prima è causa ed origine della seconda, la quale praticamente in sè comprende l'*imperium sociale*. Giusta le varie teoriche, la sovranità originaria spetterebbe a Dio, al popolo, alla ragione, alla nazione e via dicendo. Secondo le varie forme di governo, i re, le Camere, le assemblee de' notabili, le consulte ieratiche, le

(1) GUIZOT *Histoire des orig. du gouvern. répres* Lec. VII.

(2) ROMAGNOSI *Scienza delle costituzioni* P. II intr.—È perciò che chiama lo imperio sovranità imprastata.

(3) ROM. *Scienza delle costit.* P. II, L. I, c. VI.

radunate popolari, i dittatori, sarebbero investiti di quella imperante. Il fenomeno più visibile si ha in questa, la quale si fa sentire e comanda. L'origine di essa, invece, si fa risiedere o in un principio astratto come è il diritto divino, o in un ente concreto com'è il popolo: ma, principio o ente, astrazione o concretezza, sempre l'origine deve risiedere in qualche cosa di reale e di distinto, che fa d'uopo indagare.

III.—Sviluppo storico della teorica.

Il problema della sovranità originaria s'è sempre affacciato alla mente umana: ma le soluzioni datene sono state molteplici e contrarie. Credo tuttavia di poter notare una specie di legge di tendenza che ha governato lo sviluppo della teorica, e che oggi, malgrado le diverse posizioni di questa, le attribuisce un carattere uniforme, se non altro dal riguardo formale. Altra volta ebbi a fermare un principio, che ora ripeto: «Il pensiero umano, riflesso sulla costituzione degli Stati, « dall'iniziale *preordinamento religioso* è passato, progredendo, « al riconoscimento dei precetti morali, ha oscillato alternativamente e cumulativamente fra i precetti morali e la *convenienza politica*; spesso ha fatto molti e lunghi passi all'indietro, abbandonandosi al *fatalismo dinamico*; finalmente si « è posto sulla via del più sicuro progresso, affermando il necessario *fondamento giuridico* delle istituzioni politiche»⁽¹⁾.

Sulla universalità primordiale del principio religioso non può sorgere dubbio. Ricordo la teorica di COMTE, per ciò che si riferisce al primo dei tre stadii da lui disegnati (teologico, metafisico, positivo) indiscutibile. Ragioni storiche, logiche, psicologiche dimostrano che i popoli primitivi, nelle loro concezioni politiche e giuridiche, così come nelle fisiche e co-

(1) Del principio sovrano nella costituzione degli Stati—Studio storico critico—(Roma 1886) cap. VII.

smogoniche, non possono non fondarsi sullo elemento sovrannaturale. — La questione della sovranità fu studiata apertamente in Grecia; e colà (alla stessa guisa con cui Filolao intuì o divinò il moto della terra attorno al sole) furono accennate o abbozzate o svolte tutte le teoriche che sulla sovranità sono state di poi, in varii tempi e luoghi, formulate. Nei primi pitagorici si ha la sovranità teosofica, nei sofisti e in Aristotele si può vedere quella popolare, in Pitagora, Socrate, Platone, Aristotele e negli stoici quella della ragione; in Platone e negli stoici quella dello Stato; in Aristotele della nazione; nei sofisti, scettici, epicurei ed indirettamente negli stoici medesimi, il dinamismo polilico; negli epicurei l'eccesso dell'utilitarismo e perfino un accenno al contratto della scuola del diritto naturale. Fra tante dottrine si può desumere una legge generica di sviluppo, per la quale partendo dalla teosofia pitagorica (ispirata dalla teologica sovranità egiziana) si giunse fino allo stoicismo, che è altamente etico. Non si ha, però, il momento giuridico, quale rilevasi ai nostri giorni. Il quale momento è venuto affermandosi in virtù della grande antitesi fra la sovranità popolare e quella di diritto divino. La prima, fecondata e germinata lungo le lotte fra la Chiesa e lo Stato, appoggiata prima, poi respinta dalla Chiesa, combattuta dalla riforma, fraintesa sempre, accolta sulle prime come comodo mezzo e docile strumento, ha acquistato, col tempo, proprio vigore ed autonomia, sì che si è imposta. Essa ha proceduto e procede, soprattutto, in nome del *diritto*, ed ha costretto la sovranità teologica a ripiegarsi sopra di sé e ad entrare, se non altro *formalmente*, nel campo giuridico, affermando il *diritto* divino e la *legittimità* o *legalità* del potere dei principi assoluti (1). Qui ci si manifesta una solenne applicazione di ciò che abbiamo affermato, a proposito della

identificazione fra questi due termini: *Stato giuridico* e *Stato moderno*. Quante teoriche si hanno oggi sulla sovranità, tante rivestono *forma giuridica*; dappoichè tutte vogliono fondate le supreme potestà dello Stato e regolati gli eminenti rapporti sociali, da norme *precise, rigorose, obbligatorie, reciproche*. Si può sinteticamente affermare che cinque sieno le teoriche oggi prevalenti, ossia la sovranità popolare, quella di diritto divino, quella della ragione, dello Stato e della nazione. L'economia di questo lavoro non mi consente uno studio critico e comparativo in proposito: studio che, del resto, ho fatto in altra occasione, e dei risultati del quale dovrò implicitamente valermi fra breve. Noto soltanto che la ragione dei tempi moderni toglie valore ai presupposti teologici, impedisce alla forza cieca di soverchiare, non si appaga dei soli precetti morali. Ecco la ragione della universalità (ripeto: se non altro formale) del momento giuridico, il quale mette capo, per necessità, a varii *sistemi costituzionali*. Si vuole che la costituzione dello Stato non sia rimessa all'arbitrio, ma regolata con norme costanti. I desposti stessi intendono che sia affermato il *diritto* al despotismo. La stessa teoria astratta odierna della ragione e della giustizia vuole costituito *giuridicamente* il governo, in modo da dare efficiente prevalenza ai più capaci. Non limitandomi all'elemento formale, passo a vedere in chi e come risiegga il diritto di sovranità originaria.

IV. — *Fondamento logico del diritto di sovranità originaria.*

Ritorna la considerazione dello scopo, fondamentale nella nostra sistematica. — Nella genesi logica dello Stato ho detto che scopo di esso si è « garentire ed anche agevolare la conservazione ed il perfezionamento sociale ». Potrei anche dire che scopo sia l'intendere al *bene sociale*. Con ciò affermo un principio generale, senza occuparmi di indagare fino a qual punto debba estendersi l'azione dello Stato, per procacciare

(1) V. il mio discorso inaugurale dell'Università di Catania per l'anno 1888-89: « *La Rivoluzione francese e la sua influenza costituzionale* ».

quel bene sociale: argomento inesausto di lotte, fra economisti e socialisti.—E poichè abbiain detto anche che il complesso di individui, onde l'associazione-Stato si compone chiamasi *popolo*, possiamo soggiungere, colla riserva testè accennata, che scopo dello Stato sia il bene del popolo. Ma per integrare il nostro discorso, occorre un'altra affermazione: nel popolo non solo risiede lo scopo dello Stato, ma la causa di esso, e più propriamente la causa del governo dello Stato. Dimostrare la verità di un tale principio equivale a provare che nel popolo risiede la sovranità originaria.

Non ripeto ciò che ampiamente ho svolto nel cap. V, intorno alla differenza fra il principio di causalità e quello di finalità. Sebbene essi siano fra loro ben distinti, pure vi hanno dei casi in cui si incontrano nello stesso soggetto. Quello di cui noi ci occupiamo ora, è uno di siffatti casi.

Si ammette senza contrasto da tutti che nel popolo risieda lo scopo dello Stato. Usiamo quindi di un mezzo molto comune ai matematici ed ai giuristi: *l'ipotesi*. Supponiamo che il principio causante del governo dello Stato non risieda nel popolo ma in altri. Chiunque sia quest'altri, persona o ente, se in lui risiede la causa, vuol dire ch'egli determinerà la costituzione e l'azione dello Stato. Essendo lo Stato una forza sociale, quegli avrà in suo potere una tal forza. Qui debbono distinguere due casi: o si ha una potestà illimitata di usare di tal forza, o limitata. Se illimitata, il popolo può servirsi della forza a suo libito, pei suoi interessi e voleri: chè altrimenti non si direbbe esser senza limiti. Ma è ciò ammissibile? No, per fermo; poichè dalla teleologia dello Stato abbiain desunto (nè puossi su ciò discutere) che scopo di esso sia il bene sociale. Quel tale uomo o ente (o anche principio, se vuolsi) in cui risiederebbe il principio causante, deve usare del governo subordinatamente al fine dello Stato. Quindi il suo potere è limitato.—Ma, se limitato, può dirsi veramente potere sovrano? O, piuttosto, può dirsi sovranità originaria? Quegli fa nascere il governo, ma non per sè, per altri.

È il mandatario, è colui che ha locato l'opera sua, non è il proprietario. È agli antipodi dello stesso usufruttuario, che, *salva rerum substantia*, ha il *jus utendi fruendi*. Tutt'al più potrebbe dirsi un *negotiorum gestor*. Il proprietario, colui che, direttamente o indirettamente, mette in moto la macchina, è quegli nel cui interesse essa è costituita. È chiaro pertanto che in questo caso, praticamente, una distinzione fra scopo e causa non possa farsi. Non si saprebbe dove lo scopo finisca e cominci la causa: si avrebbe così una strana confusione di diritti e di potestà.—Notisi però: la distinzione logica fra il contenuto dello scopo e quello della causa deve sempre farsi: la fusione è soltanto nel soggetto, che in questo caso è unico.

Cesare Balbo, animato dal nobile proposito di conciliare la sovranità popolare con quella di diritto divino, disse che nel popolo risiede lo scopo dello Stato, in Dio la causa (1). Nel dire ciò egli, a parte altre considerazioni, cadde in contraddizione. Infatti non c'è diritto senza sanzione. Il diritto che ha il popolo di esser ben governato nello Stato (per cui si si dice che in quello risiede lo scopo) quale sanzione avrebbe? Nessuna, evidentemente; perchè, riconoscendo nel popolo il diritto di scacciare e di punire i mali governanti, si riconoscerebbe in lui il principio causante.

V.—Contenuto del diritto di sovranità originaria.

Il contenuto del diritto di cui parliamo è duplice, ossia ha due aspetti o momenti principali: l'uno che si potrebbe dire *passivo*, l'altro *attivo*. Usando un linguaggio di facile e comune intelligenza, potremmo dire che il primo consista nel diritto di essere ben governati, il secondo nel diritto di governare. Nello svolgimento del discorso e per comodo d'a-

(1) BALBO *Monarchia rappresentativa* L. II, c. I. § 2, 3.

nalisi, il momento passivo precede l'attivo (1), anzi questo si presenta più come conveniente sanzione di quello che quale necessaria deduzione dal vero. Ma nella ricostruzione teorica, le parti si invertono, o, per lo meno, ciascuno dei due momenti si presenta con carattere figura e ragione propria ed assoluta.

Il *momento attivo* verte su due oggetti precipui: la costituzione dello Stato, l'azione del governo. Dapprima il popolo, direttamente o no, per suo assenso espresso o tacito o presunto, intende alla determinazione dei caratteri estrinseci dello Stato, massimi fra tutti il territorio e la forma di governo. Il territorio non si può arbitrariamente creare o cangiare per conquista o per maneggi, sien di piazza o di gabinetto. Vuol si dal diritto che lo Stato sia costituito su acconcie ed omogenee popolazioni; e che nei disgregamenti ed aggregamenti di queste se ne richieda l'esplicito assenso. Del resto il territorio dev'esser determinato, più che altro, dalla natura delle cose. Più visibile è il diritto di sovranità originaria nel popolo, per ciò che riguarda la forma del governo. Quello organizza i pubblici poteri nella guisa più rispondente ai suoi fini. E ciò può fare, o dando il suo assenso esplicito; o dandolo tacitamente, con muto e mutuo accordo fra governati e governanti; o nulla facendo che possa escludere la presunzione di diritto che i governanti, arrogatisi il supremo potere, non sieno accettati almeno alla maggior parte del paese. Ciò, per quella parte della sovranità originaria che riferiscesi alla *potestà costitutiva*. Quanto all'altra parte, che comprende il diritto di determinare l'azione del governo dello Stato, essa (che nel suo concetto è assoluta ed illimitata) riceve limiti ed ordinamento dal modo con cui si è svolta la potestà costitutiva. Perocchè, secondo che, nella costituzione dello Sta-

(1) Dice STUART-MILL che gli uomini han bisogno dei diritti politici non tanto per governare quanto per non essere sgobernati.—*Governo rappresent.* VIII.

to, il popolo si sia riservati diritti maggiori o minori, esso parteciperà di più o di meno alla cosa pubblica, con azione più o meno diretta od efficace.

Quanto al momento passivo della sovranità originaria, esso, a vero dire, altro non abbraccia fuorchè la *guarentigia della libertà*, ossia la tutela del diritto, di cui la libertà è condizione. Mi rimetto a quanto ho svolto nel precedente capitolo.

VI. — *Subbietto del diritto di sovranità originaria.*

Ogni diritto suppone un oggetto (contenuto) e un soggetto. La determinazione di quest'ultimo è, nella teorica della sovranità, il punto più difficile non solo, ma quello da cui veramente tutta la teorica dipende. Si può essere d'accordo, senza soverchi contrasti, nel concetto che il popolo sia il *subiectum juris* di cui andiamo in traccia; si è però in grave disaccordo nel determinare che cosa sia codesto popolo. Per Rousseau esso è il complesso di individui, i quali formano una *perfetta unione*, mercè l'*alienazione* che ogni associato fa dei suoi diritti alla comunità; onde sorge la *volontà generale*, assoluta ed illimitata, nella quale veramente risiede la sovranità (1). Una siffatta teorica crea un assolutismo di nuovo genere; nel popolo, così arbitrariamente riconosciuto, l'individuo è assorbito, anzi scompare, e la volontà distrugge la libertà ed il diritto. — Del resto questa antitesi fra i singoli ed il tutto, fra la prevalenza del maggior numero ed il rispetto ai diritti di ciascuno, è *re ipsa* e costituisce il massimo scoglio della teorica di cui ci occupiamo.

Per eliminare l'antitesi, in Germania si è singolarmente svolta la dottrina della *sovranità dello Stato*, dipendente dal modo particolare con cui è inteso colà lo Stato giuridico. Affermasi che la sovranità non debba spettare al popolo, e molto meno ad alcuna frazione di esso, ma allo Stato medesimo,

(1) ROUSSEAU *Contract Social* I, 6, 7 e seg.

come ente supremo che in sè tutto raccoglie (1). Si ha in ciò, anzi, uno dei presupposti del *Rechtsstaat* che trovasi nelle più diverse posizioni che questo assume: da KANT, il quale ammise il contratto solo come *idea pura della ragione*, limitatrice più che determinatrice della volontà dello Stato, fino a GERBER ed agli altri espositori sistematici del diritto positivo vigente, i quali, per le loro successive deduzioni, hanno bisogno di premettere e giustificare nello Stato un' assoluta *Willensmacht* (2). Nondimeno la sovranità dello Stato non mi sembra accettabile in una completa sistematica dello Stato giuridico. Essa comprende una tal quale petizione di principio. Conduce a confondere la sovranità originaria colla imperante. Certamente lo Stato, nella esplicazione delle sue funzioni e potestà, è sovrano; ma è bene la causa, l'origine ed il titolo di tale sovranità ciò di cui noi andiamo in cerca.

Risolverebbe meglio il problema la teorica, che nel diritto costituzionale può oramai dirsi classica, e secondo cui la sovranità risiederebbe non già nel popolo meccanicamente inteso o nello Stato, ma nella *nazione*. Romagnosi, infatti, parla del *potere di tutto un popolo*, diretto alla più felice conservazione degli individui, e del diritto di cui è investito *tutto il corpo della nazione*, preso in *solidum* (3). Sismondi contrappone la sovranità nazionale alla popolare, che trova pericolosa, e preferisce la prima (4). Constant spiega come la sovranità debba spettare al tutto sociale e sia limitata, per il doveroso ossequio alle ragioni di ciascuno (5). Questa è invero

(1) TRENDLENBURG *Diritto naturale* § 199 — BLUNTSCHLI *Teoria Generale dello Stato* L. VII, c. I, 2, 3. — GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* passim.

(2) Ciò è singolarmente notevole in MOHL, per il maggior vigore logico dato allo sviluppo sistematico.

(3) ROMAGNOSI *Scienza delle Costituzioni* P. II, L. I, cap. VI, quest. 1 — *Diritto naturale politico* Sez. II, a. XIV — *Giurisprudenza teorica* P. I, l. V, c. II, § 3 — *Assunto primo* XII.

(4) SISMONDI *Studii sulle costituzioni dei popoli liberi* II.

(5) CONSTANT *Politique constitutionnelle*, chap. I (dével.).

la teorica oggi dominante: la sovranità si dice spettare alla nazione, considerata non come complesso di individui, ma di *cittadini*, ossia alla nazione giuridicamente costituita (1).

Una tale teorica io accetto, e dico che la sovranità spetta al popolo, in quanto implica *comunione di diritto*. Esso è certo il *subiectum juris*. Però la nozione di esso sarebbe monca se noi, prima di riconoscere la sua *indole organica*, non affermassimo nettamente una primordiale *ragione individuale* al diritto di sovranità originaria.

VII—Continuazione. Il diritto di sovranità originaria negli individui.

Si può egli mai comprendere e giustificare un diritto, il quale risieda in un complesso di individui considerati come organismo, e che non si trovi prima, almeno in embrione, negli individui medesimi? E la ragione che consiglia a riconoscere il diritto nel tutto, non consiglia anche per le parti? E concesso pure che il diritto sia nel tutto e non nelle parti, come si giustificherebbero i diritti politici dei singoli cittadini? E soprattutto il diritto del voto? Possonsi ammettere quelle timide e contraddittorie giustificazioni di alcuni giuspubblicisti, i quali si riparano sotto certe formole generali ed empiriche, quali la coscienza sociale, la funzione pubblica, la comune utilità, il progresso della democrazia? — Bisogna dunque esordire collo affermare, se non un vero e proprio diritto, una primordiale *ragion giuridica* negli individui, per la sovranità originaria.

Nondimeno, per quanto sia eticamente commendevole, in questo caso, l'applicazione del principio di eguaglianza, e si creda praticamente giovevole la proclamazione di una uni-

(1) SCOLARI riconosce la sovranità nel *complesso del popolo*, di cui afferma il *carattere organico*. PALMA dimostra in qual senso si debba intendere la *nazione* giuridicamente costituita. *Corso di diritto cost.* vol. I cap. IV. Cfr. per altre autorità il mio lavoro citato, cap. VI.

versale ragione giuridica in tutti gli individui, rispetto alla costituzione dello Stato, sottraendo così la sovranità all' usurpazione dei pochi o dei molti: pure gravi possono sorgere le obiezioni. Evidentemente, ciò che offre facile fianco alle critiche è il *momento attivo* del diritto. Può chiedersi:—È verosimile che la costituzione e l'azione dello Stato sieno nel fatto determinate da migliaia e milioni di individui, necessariamente discordanti di interessi e di sentimenti? Sempre han comandato uno, o pochi, o molti; ma in questo ultimo caso uno o pochi per i molti; ma tutti per tutti è impossibile. E se tutti gli individui non possono riuscire ad esplicare efficienza sullo Stato, a che può affermare in loro un diritto?—Può replicarsi, però, che non si deve confondere la *ragione* del diritto col *fatto* del suo *esercizio*. Per ora bisogna vedere soltanto se tutti gli uomini, sol perchè tali, abbiano un egual titolo a concorrere alla costituzione dello Stato e non già se *effettivamente* tutti vi concorrano. La capacità intellettuale o morale, la forza fisica o economica, la tradizione, la consuetudine, la fortuna perfino: queste ed altre molte sono ragioni di *fatto* ed in parte anche di *diritto*, le quali determinano disuguaglianze fra gli uomini, aggruppamento dei meno capaci attorno ai più, riduzione degli individui molteplici ad unità: quindi permettono la formazione di governi concreti, come vedremo. Ma non perciò deve negarsi la preesistente ragione individuale in tutti.

Aggiungansi due considerazioni di sommo rilievo. Duplice è il contenuto della sovranità originaria, come fu esposto; ma se può sorgere questione sul momento attivo, non può discutersi affatto su quello passivo, ossia sulla *libertà di diritto*, che può e deve essere garantita a tutti gli individui indistintamente. Quanto al contenuto attivo, poi, vuolsi ricordare la fondamentale distinzione fra sovranità originaria ed imperante. Quella è causa di questa. Ora, tutti gli individui non imperano, e non possono; ma possono, in certo modo, essere *origine* di imperio. Fra le due specie di sovranità vi ha un

mezzo di congiunzione, che è dato dalla *rappresentanza*. Questa serve per raccogliere e ridurre ad unità gli individui.

VIII — *Indole organica del diritto di sovranità originaria.*

Qui bisogna rilevare l'*indole* speciale del diritto di sovranità originaria. Trattasi di costituire lo Stato e determinarne l'azione; ma lo Stato è organo sociale del diritto e di soddisfazione degli universali bisogni. Il diritto di sovranità non si può confondere con la incolumità personale, nè con la potestà domestica. È ben vero che gli individui hanno una ragione giuridica particolare a ciascuno; ma il subbietto del diritto è il *popolo*, ossia quel complesso di individui, che hanno uguali diritti, ed il diritto di ciascuno dei quali trova in quello degli altri piena reciprocità ed integrazione. Le singole pretese si limitano a vicenda; e la *limitazione reciproca* è condizione essenziale per la *reciproca coesistenza*. Vedemmo già nel capitolo V, che la coesistenza presuppone la limitazione. Senonchè, giusta le premesse, non dobbiamo esagerare nell'elemento formale. A rigore, il *limitare* supporrebbe una ragion giuridica, se non un diritto, di cui l'esercizio per impellenti ragioni pratiche, ad esempio per pubblica utilità, sia ristretto; quindi, dove non c'è diritto, non c'è limitazione. Or, la sovranità originante mai potrebbe estendersi fino a soddisfare il talento di alcuni individui, coll'ingiusto danno degli altri. Essa, fin nel concetto razionale, ha confini ristretti. Il diritto, pertanto, che è *individuale* per il soggetto, è *sociale* e *collettivo* per l'oggetto. È *organico*, quindi; perchè non potendosi esso, razionalmente, metter in atto colla ingiusta offesa delle ragioni individuali, queste coordina e fa coesistere.

IX. — *Il diritto dei più capaci — Passaggio alla sovranità imperante.*

È celebre il principio della scuola dottrinarìa, secondo cui la sovranità non può spettare che alla ragione ed alla giu-

stizia (1). Bella è la teorica; ma facile è il tesserne la critica: la ragione e la giustizia sono principii astratti; chi si farà, in terra, loro organo? Così il problema torna da capo. — Risponde il Guizot: comandi la *ragione sparsa e diffusa in società*. Ma può replicarsi: ognuno crede di avere la ragione dal canto proprio; quindi, nel certame delle varie pretese, non si saprebbe a chi ricorrere per la definizione. La teorica, tuttavia, ha in sè un alto valore etico ed è anche suscettibile di esplicazioni concrete importantissime. Infatti essa conduce ad affermare che la sovranità debba essere esercitata dai *capaci*, e questo principio può francamente accettarsi. Senonchè dobbiamo ricordare qual differenza corra fra la sovranità originaria e l'imperante, e come al non aver tenuto conto di ciò debbansi attribuire gli errori delle teoriche della sovranità dello Stato, della ragione, ed anche del popolo nel senso più democratico. Ricordando ciò che abbiain detto circa la ragione individuale e l'indole organica del diritto di sovranità originaria, e l'impossibilità ch'esso sia direttamente esercitato da chi ne è investito, concludo: — Il principio della sovranità originaria ed il fatto della imperante sono fra loro ben distinti. È necessario però che un vincolo unisca questa a quella. Tale vincolo è la rappresentanza. I rappresentanti non hanno un antecedente titolo e ragione, un diritto proprio e personale, come gli investiti del diritto di sovranità originaria. Essi esercitano una *funzione*. I rappresentanti quindi sono scelti a seconda della capacità loro ad esercitare la funzione. Hanno il dovere di essere capaci. Poichè dovere e diritto per molti riguardi sono termini reciproci, consegue che, non i *capaci*, ma i *più capaci* hanno, razionalmente, il *diritto* di essere rap-

(1) La formulazione più ampia si ha in Guizot *op. loc. cit.* — Cfr. anche E. DE PARIEU *Princ. de scien. polit.* X. — In Italia il principio è stato accolto e diversamente sviluppato da T. MAMIANI *Di un nuovo diritto europeo* cap. XIX § 2; CASANOVA *Diritto costituzionale* lez. XVII; SAREDO *Principii di dirit. costit.* vol. I. lez. V; PADELLETTI *Teoria della elezione politica*, II; ecc.

presentanti. L'attuazione di questo diritto, però, è subordinata praticamente al riconoscimento che ne facciano i rappresentati, ossia gli investiti del diritto di sovranità originaria.

Qui giunti, lasciamo la teoria giuridica della sovranità e passiamo a quella della rappresentanza.

CAPITOLO VIII.

TEORIA GIURIDICA DELLA RAPPRESENTANZA.

I. — Concetto largo della rappresentanza.

Vi ha il pregiudizio comune di credere che rappresentativi sieno solo i governi dei nostri giorni, cioè quelli costituzionali e parlamentari. È da osservarsi, invece, che ogni governo è rappresentativo, colla differenza che in quelli odierni la rappresentanza è *espressa*, è veramente *legale*, anzi *giuridica*, ed è garantita dalla *elezione*; mentre negli altri è *spontanea* e *naturale*, ossia in vario modo *presunta*. Non vi ha despota, come fu accennato a cap. III, che non rappresenti i suoi sudditi. Se così non fosse, egli non sarebbe alla testa del governo. Il regime rappresentativo, prima di essere disciplinato dalla legge e di entrare nel diritto, è naturale. Gli uomini in fatto non sono eguali. L'età, l'intelligenza, la forza fisica, il vigore morale, l'eredità, l'ambiente, le condizioni del tempo e dello spazio, quella grande incognita che dicesi *caso*, stabiliscono entro quelli differenze senza numero. Fra le quali si nutrica il principio della *maggior capacità*, della *plusvalenza*, della *gerarchia*. Nel campo politico la plusvalenza assume la forma specifica della *rappresentanza*. Si manifesta il fenomeno della *riduzione ai minimi termini*. Gli individui gravitano sullo Stato e su questo cercano di spiegare la loro efficienza. A ciò non essendo adeguate le forze individuali, queste fra loro si associano. Gli individui più capaci riescono a met-

tersi alla testa di associazioni particolari, e ne sono i rappresentanti. Il concetto di *partito* ha, nella statica sociale, una estensione assai maggiore che non suoni la parola. A parte le forti ragioni psicologiche (1) che determinano la costituzione dei partiti, questi obbiettivamente possono definirsi « *l'unità organante delle individualità omogenee* ». Per virtù loro lo aggregato politico si riduce: restano in campo soltanto alcuni gruppi, i quali lottano per far convergere l'azione dello Stato a proprio beneficio. Fra tali gruppi il più forte, per necessità meccanica, si impone; onde il noto principio che « *ogni governo è dato dalla maggioranza dei governati* ».

È stato ingegnosamente dimostrato dal Mosca (2) che quel che decide in società della formazione e del mantenimento dei governi, è sempre una limitata categoria di persone, una speciale *classe politica*, la quale, in confronto alla totalità degli abitanti di uno Stato, è una sparuta minoranza. Ciò è vero, in gran parte; ma vuolsi dire: *cave a consequentiariis*. Non perchè è una minoranza quella che direttamente si occupa dello Stato e riesce ad informare di sè il governo, deve negarsi che dessa trovi appoggio, se non altro negativo, nel maggior numero di consociati. È noto che: « *qui tacet non utique fatetur, verum est assentiri videtur* ». In società si ha sempre una grande massa di gente, la quale non vuole o non sa o non può occuparsi di cose politiche. Sono costoro gli *indifferenti* (come volgarmente chiamansi); i quali, tuttavia, se non esplicano alcuna forza positiva ne esplicano, inconsciamente, una *negativa* di grande importanza (3), permettendo che su loro stessi i governanti si poggino ed imperino. Ritorna il principio della leg-

(1) Cfr. ROHMER *Lehre von den politischen Parteien* (ed. Nördlingen) — i concetti del quale sono stati (assai ristrettamente però) accolti dal BLUNTSCHLI *La politica come scienza*.

(2) MOSCA *Teoria dei governi e governo parlamentare* (Loescher 1885) I.

(3) Il concetto di *quantità negativa* è suscettibile di larghe applicazioni logiche. Cfr. WUNDT *Logik* II, p. 121 e seg.

ge di inerzia. Notisi ancora che, per legge di *statica sociale* (1), il governo deve avere un centro di gravità su cui fermarsi. La forza risiede nelle masse; nè a tale affermazione contraddice il fatto che queste soventi non abbiano coscienza della propria forza, epperò questa non esercitino.

II. — *Forme e principii di governo.*

Sebbene ogni governo, sol perchè esiste, rappresenti in fatto la totalità del paese; sebbene, sempre, sia più direttamente influenzato dalla maggioranza; sebbene in esso, sempre, variamente si intreccino i principii monarchico democratico ed aristocratico; sebbene, mercè le indirette rappresentanze e le intrusioni di elementi anomali, sia, sempre, assicurata alle varie parti politiche una maggiore o minore, positiva o negativa, efficienza sullo Stato: pur tuttavia la *forma visibile ed esterna* ha un carattere *proprio ed unilaterale*, che distingue ogni particolare governo da tutti gli altri. Nè, per avventura, si tratta di sola forma; poichè questa involve seco sostanziali modi di essere e di esistere. Invero, nello esame delle varie forme di governo, non bisogna restringersi, come fa una scuola convenzionale (2) al numero ed alla qualità dei *governanti*; ma vuolsi, soprattutto, trascendere allo studio del numero e della qualità dei *governati*, affine di vedere come realmente si manifesti quel fenomeno che abbiain chiamato della *rappresentanza naturale*.

Non mi fermerò ad esaminare di proposito le varie classificazioni delle forme di governo: rinvio ai libri che, con copia di dottrina, han trattato l'argomento (3). Nè mi fermerò a

(1) cfr. SPENCER *Social statics* I

(2) Contro questa scuola è grande merito di HEEREN l'aver cominciato la reazione, nel libro *Ueb. d. character d. despot. Verfass. und d. Staatsverfas. überh. ecc.*

(3) Cfr. PALMA *Corso di dir. cost.* vol. I, cap. III — BRUNIALTI *Le forme di governo* pref. al vol. II della *Biblioteca di Sc. polit.*

risolvere la questione: « qual'è la miglior forma di governo? »: domanda che lo Spedalieri definì semplicemente *insulsa* (1). È nota la classificazione *classica* delle tre forme semplici (monarchia, democrazia, aristocrazia) alle quali rispondono le tre forme corrotte (tirannia, demagogia, oligarchia): classificazione perspicuamente svolta da Aristotele (2) e servita al Machiavelli come presupposto alla teorica della legge dei mutamenti politici, da lui fatta rivivere con nuovo fondamento psicologico (3). Quella classificazione ha il difetto principale di tener conto di soli criterii *quantitativi ed estrinseci*. È facile osservare che la monarchia assume forme diversissime. Quale rapporto vi ha fra i re barbarici, i feudali, i *legittimisti*, i costituzionali? Quale fra l'impero romano ed il germanico, vuoi di Federico Barbarossa, vuoi di Federico III? Quale fra lo antico re d'Egitto ed il principe italiano del 1400? — Onde il Montesquieu distinse la *monarchia* dal *despotismo* ed a queste due forme di governo aggiunse una terza, la *repubblica* (4): del che diciamo che fece bene a distinguere la monarchia temperata dall'assoluta, male a confondere nella repubblica la democrazia e l'aristocrazia. Ed il Bluntschli bene fece a specificare l'*ideocrazia*, forma di governo nella quale il potere sovrano, come nelle teocrazie, riceve determinazione trascendente la realtà (5), ma difettò di ulteriori specificazioni. Dappoichè non diversamente che per la monarchia può argomentarsi per l'aristocrazia e per la democrazia. E quanto diversa non è la democrazia ateniese e fiorentina da quella odierna di America e di Francia e da quella democrazia che

(1) SPEDALIERI *Diritti dell'uomo* L. I, cap. XV, § 8 — Ma non è più insulsa la domanda quando nel risponderle si porti la dottrina ed il vigor critico di CORNEWALL-LEWIS.

(2) ARISTOTELE *Politica* III. 8.

(3) MACHIAVELLI *Discorsi* I, 2.

(4) MONTESQUIEU *Esprit des lois* II, 1.

(5) BLUNTSCHLI *Teoria generale dello Stato* L. VI cap. 4, §.

pure, oggi, indiscutibilmente, impera nelle monarchie rappresentative, per esempio di Italia e di Inghilterra? E l'aristocrazia di Sparta e di Venezia non trova riscontro, sia pure per alcune caratteristiche formali, nelle teocrazie e ierocrazie circondanti i re di India e di Egitto, e perfino nelle odierne e così spesso, nè sempre ingiustamente, incriminate *oligarchie parlamentari*? (1). — Bisogna quindi cercare il principio di distinzione in qualche cosa di più intimo e sostanziale che non sia la quantità dei partecipanti alla sovranità da noi chiamata *imperante*. Il Guizot, svolgendo logicamente la sua dottrina, distinse i governi, secondo che in essi la sovranità di diritto risiedesse negli uomini, molti o pochi, o nella ragione e nella giustizia (2): concetto astratto, di cui abbiamo già osservato la poca concludenza: e rispetto al quale conterrebbe un criterio pratico di maggior efficienza il principio della *coscienza*, invocato dallo SCHLEIERMACHER — Tuttavia, trattandosi di *forme concrete*, bisogna dar prevalenza alla considerazione degli elementi storici, come benè ha affermato il Passy (3). Il nostro Balbo distinse a proposito il governo *assoluto* dal *consultivo* e dal *deliberativo*, introducendo così un criterio, *qualitativo* bensì, ma non esauriente i lati del problema (4). Nè alcuna *classificazione* potrebbe esaurirli: meglio sarebbe una *enumerazione* dei vari tipi di governo succedutosi nella storia (5). Così facendo, guadagnerebbesi in esattezza e toglierebbesi occasione ad ampie, vuote e pericolose generalizzazioni.

Lo stesso Balbo considerò sette forme di governo: ma, con-

(1) Per le analogie fra le antiche e moderne forme di governo, v. G. W. HOSMER *Il popolo e la politica* L. II cap. I (nella *Bibliot. di Scienze politiche*, v. II).

(2) GUIZOT op. loc. cit.

(3) PASSY *Le forme di governo* I.

(4) BALBO *Della politica nella presente civiltà* III, 4, §.

(5) BRUNIALTI, op. cit. par. II e III, traccia per l'appunto un tale sviluppo storico.

templando le tre forme semplici di Aristotele ne enumerò sette diverse *combinazioni*. Per verità, se avesse tenuto presente il principio algebrico delle *permutazioni* e delle *disposizioni*, avrebbe potuto enumerare ben quindici forme, fra semplici e composte (1). Ma la questione non è qui: non si dovrebbero ammettere combinazioni nè permutazioni ad uno ad uno, nè a due a due, nè a tre a tre. Non vi ha governo che sia così assolutamente monarchico da non contenere in sè alcuna cosa di aristocratico o di democratico, la quale espliciti efficacia pratica, se non altro in senso negativo. Egli è che quelle tre non sono *forme*, ma *principii* di governo, *necessarii* ed *universali*. In ogni aggregato politico, si hanno il principio dell'unità (monarchico) e quello della molteplice varietà (democratico) ed un terzo principio intermedio (aristocratico) che implica la *maggior capacità collettiva*. Tutti e tre si fanno, in forme diverse, rappresentare sempre. Ciò malgrado, subordinatamente alle condizioni storiche, l'uno o l'altro di quei principii trova modo di prevalere e di imporsi agli altri, in modo da dare al tutto preponderante figura di sè. Ed è perciò che la miglior classificazione delle forme di governo non può esser data che dalla enumerazione storica dei vari tipi di governo che si sono succeduti fra le genti (1). A questo modo noi dobbiamo considerare come forma distinta quella che oggi prevale presso la maggior parte dei paesi civili: il *governo rappresentativo*.

(1) Nelle *combinazioni*, diverse cose si dispongono in gruppi differenti, senza aver riguardo all'ordine. Quindi col sistema del Balbo si avrebbero queste sette combinazioni: *m, a, d, ma, ad, md, mad*. Nelle *permutazioni* o *variazioni* secondo l'ordine di disposizione, il loro numero sarebbe per *n* elementi dato dal fattoriale di *n* (1). Nella specie avremmo 15 permutazioni: *m, a, d, ma, md, am, ad, dm, da, mda, mad, amd, adm, dam, dma*. Infatti *md* è diverso da *dm*: cangia il caso secondo che la monarchia sia andata ad innestarsi sulla democrazia o viceversa. Aggiungo che neanche queste specificazioni quantitative basterebbero per descrivere il fenomeno. Il prodotto *md* cangia enormemente secondo il diverso valor relativo di *m* e di *d*, secondo che l'uno rispetto all'altro sia $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ ecc.

III.—Lo Stato giuridico ed il governo rappresentativo.

La rappresentanza naturale è a base, come fu detto, di ogni governo. Ma essa, ove sia abbandonata alla pura spontaneità e naturalezza dei rapporti sociali, può dar luogo, come sempre ha dato, a gravi inconvenienti. Essa è facilmente *tacita, presunta, occupata, conquistata, usurpata*. Per essa si può facilmente esagerare l'acquiescenza *negativa* degli *indifferenti* e degli *inerti*. Le gravi violazioni della morale e del diritto, perpetrate sempre dai governi dispotici di ogni genere, sono prova della misintelligenza del principio di rappresentanza. Laonde questa, nello Stato giuridico, deve essere tutelata e garantita, ossia deve essere veramente *giuridica* (1). E ben può dirsi che il *governo rappresentativo* sia l'*eminente e più propria forma dello Stato giuridico* (2).

Qui può sorgere un dubbio ed obbiettarsi:—lo Stato giuridico, fondandosi sul diritto, ch'è nozione astratta ed eterna, non può identificarsi con nessuna forma concreta di reggimento politico; la quale, perchè tale, è passeggera e contingente. La teorica dello Stato giuridico, può dirsi, deve stabilire alcuni fondamentali principii e rapporti, da applicarsi in qualsiasi contingenza.—L'obiezione è seria e riguarda il modo fondamentale con cui noi riteniamo lo Stato giuridico. Rispondo che, certamente, nel *sistema* di questo, deve prescindersi dall'esame di tutto ciò che è accidentalità storica; ma, appunto per ciò, non posso prescindere dalla rappresentanza, che è fenomeno universale in tutti i governi. D'altra parte, dicendo che il governo rappresentativo sia l'*eminente forma dello*

(1) MOHL. *Staatsrecht Völkrecht und Politik* (ed. Tübingen 1860) vol. I p. 3, 22 e seg.

(2) Ciò significherebbe che il governo rappresentativo sia la forma ideale. Il concetto fu già affermato e splendidamente dimostrato, in altro campo, da STUART MILL *Considerazioni sul gov. rappres.* III.

Stato giuridico, non intendo pronunziare identificazione fra i due termini, se non a patto di determinare il significato tutto proprio del *governo rappresentativo*, in parte diverso dal modo con cui questo è realizzato nello Stato moderno.

IV.—*Fondamento e condizioni della rappresentanza giuridica.*

Giusta le premesse svolte a cap. VI, la rappresentanza è il legame che unisce la sovranità originaria alla imperante. I subbietti della prima non possono essere subbietti della seconda. A parte la diversità logica e giuridica fra quei due termini, vi ha, anche, impossibilità pratica di confonderli. La sovranità imperante richiede vigore ed unità d'azione, quale un ente collettivo, più o men grande, com'è l'investito del diritto di sovranità originaria, non può esplicare. Nelle stesse piccole repubbliche greche ed italiane, i di cui ristretti confini eran segnati dalla aristotelica tromba del banditore e dal raggio del suono della campana comunale, e nelle quali era estesamente applicato il governo diretto: questo stesso non abbracciava che la legislazione, parte della potestà giudiziaria, ed alcuni eminenti atti del potere governativo. Il resto del contenuto di questo e di quella era affidato ai *magistrati*, ossia ai rappresentanti. Nei grandi Stati moderni, però, il governo diretto è del tutto impossibile (1).—Rilevasi, anche per questo riguardo, la necessità della rappresentanza, la quale, in uno Stato giuridico, deve essere rivestita delle due condizioni che a cap. VII abbiain detto essere fondamentali per ogni rapporto giuridico: l'*eguaglianza* e la *libertà*.—L'eguaglianza richiede che tutte le forze politiche di un popolo, ciascuna proporzionatamente al proprio valore ed intensità, sieno rappresentate, e che niuna, per violenza o per inganno, usurpi

(1) Cfr. STUART—MILL *Gov. rappres.* III.—Dice ROMAGNOSI: « il sistema rappresentativo non è presso noi di elezione ma di necessità ». *Scienza delle costit.* Parte II cap. V, § 54.

il posto delle altre. E poichè abbiain veduto in ogni società esserci tre fondamentali principii politici, il democratico, il monarchico e l'aristocratico, consegue che tutti e tre debbano essere rappresentati nello Stato giuridico. Ciò è stato da molto tempo affermato da varie scuole costituzionali; ma, più che altro, in modo meccanico. È nota la teorica del governo misto, che ripete origini essenzialmente classiche. Otanes, Megabizos e Dario, nella disputa che ci riferisce Erodoto, consigliavano ciascuno una soltanto delle tre forme tipiche di governo (1). Alcuni vecchi pitagorici, però (p. e. Archita ed Ippodamo), preferivano temperarle fra loro, in modo che dalle rispettive *opposizioni* meglio risultasse il pubblico bene (2). Il concetto è sollevato a teorica da Aristotele, è svolto da Polibio, accolto da Cicerone (3). Machiavello l'accetta, considerando la lotta dei varî elementi politici come condizione d'armonia; ed è in ciò seguito dalla maggior parte degli scrittori politici italiani (4). Con Montesquieu la teorica prende altro indirizzo, innestandosi al principio della divisione dei poteri (5). Ma non tarda a cadere in un puro meccanismo, colla scuola *dei pesi e dei contrappesi* (6). Sollevasi a dignità giuridica per Romagnosi, la cui teorica dello *antagonismo istituzionale* comprende un *sistema di reciproche sanzioni*, affinché

(1) ERODOTO *Le storie* § 80-83.—Ho esaminato lo sviluppo storico di questa dottrina nel mio *Parlamentarismo* cap. VII.

(2) pr. STOBÆUS *Sententiae ex thesauris* sermo XLI *de rep.*—p. 250-51 e 268-69 ed. Aureliae Allobrog. MDCIX.

(3) ARISTOTELE *Politica* II, 6—SENOFONTE *Resp. lacedem.* IV, 2, 5—POLIBIO *Historiae* VI, 1-9—CICERONE *De rep.* I, 98, 29, 30, 45; II, 33, 41 ecc.

(4) MACHIAVELLI *Discorsi* I, 2, 4, 6, 17. ecc.—GIANNOTTI *Rep. fiorentina* I, 23, ecc.—PARUTA *Perfezione politica* III.

(5) MONTESQUIEU *Esprit des lois* XI, 6.

(6) p. e. ADAMS *Difesa della Costit. americana, ossia Necessità d'una bilancia nei poteri d'un governo libero*—che porta ad epigrafe il verso di POPE: « All nature's difference keeps all nature's peace » cui si sarebbe potuto aggiungere quest'altro: «... the according music of well mixed states ». *Essay on the man* Ep. 3.

i vari organi dello Stato, investiti di pubbliche potestà, adempiano ai doveri ed esercitino i diritti (1). — Il quale concetto è accettabile, ma non basta per sè solo ad integrare la nozione. L'antagonismo contiene una *limitazione*: or questa, come vedemmo a cap. V, è una delle manifestazioni formali della idea stessa di diritto. Oltre a ciò, bisogna sollevarsi alla ragione della rappresentanza, ed a quella universale condizione giuridica che è data dalla *eguaglianza*. Se le varie parti politiche della nazione debbono essere rappresentate, gli è che ne hanno il *diritto*: in questa prima fase è irrilevante l'indagare se, nei suoi effetti pratici, la rappresentanza di tutti possa essere utile o conveniente. Ogni ricerca subordinata potrebbe diminuire il valore dell'assoluta condizione giuridica.

Altra condizione essenziale della rappresentanza è la *libertà*. Questa, per vari aspetti, si identifica colla *sicurezza*. Deve togliersi campo agli arbitrii ed alle violenze cui dan luogo le rappresentanze meramente presunte. E ciò non può ottenersi meglio che colla *elezione*, per la quale la rappresentanza diventa *legale ed espressa*, anzi *giuridica*. Infatti è *garantita*. Perciò il sistema *rappresentativo* si parifica con l'*elettivo*. Non bisogna esagerare, però. La rappresentanza presunta può innestarsi su quella elettiva. In tal caso la garanzia, che *esplicitamente* è data da questa, può rifluire e valere *implicitamente* per quella. Ciò si verifica per i re costituzionali, che coesistono con i parlamenti elettivi. Tengasi fermo che la elezione non è scopo a sè stessa: lo scopo non può essere altro fuor quello di aversi una *rappresentanza eguale e libera*.

V. — *Rappresentanza discreta e concreta.*

Nello Stato due principii vi sono che bisogna far salvi: l'unità del tutto e l'autonomia delle parti. Gli è perciò che

(1) ROMAGNOSI *Scienza delle Costituzioni* Parte I, § 1, 7, 18 ecc. L'antagonismo è presentato sempre come *guarentigia*.

la rappresentanza deve essere *concreta e discreta*. Questi due aggettivi non debbono assumere nel loro comune e degenerato significato, ma in quello etimologicamente più proprio e vero, secondo il quale *concreto* dicesi «ciò di cui gli elementi sono strettamente combinati fra loro in guisa da formare una unità», e *discreto* «ciò che nei suoi elementi costitutivi è ben diviso e distinto». La concretezza dello Stato è magnificamente espressa da una persona sola, ossia dal capo dello Stato medesimo, sia re, sia presidente di repubblica. La discretezza, dalle assemblee rappresentanti singole forze sociali e politiche, singole parti della nazione. Vuolsi notare tuttavia che il carattere concreto, pur essendo prevalente nel Capo dello Stato, non implica che questi assorba la rappresentanza del tutto e non sia determinato e limitato dalle ragioni e dai diritti delle parti. Soprattutto è a notare che le assemblee rappresentative sono discrete per l'origine loro, ma concrete per l'esplicazione delle potestà. Così intendesi la disposizione, comune a molte costituzioni moderne, secondo cui «i deputati rappresentano non le sole provincie in cui furono eletti ma tutta la nazione» (1). Ed è in questo generale significato rappresentativo che, giusta la tradizione inglese, si intende il *parlamento*, come quello che abbraccia in sè non soltanto la camera dei lords e dei comuni, ma anche il re, chiamato *caput principium et finis Parliamenti* (2). Nel quale significato la parola, perchè pratica ed usuale e scevra di pericolose applicazioni, è dal Balbo preferita a *sovranità*, voce affatto teo-

(1) Art. 41 statuto italiano. — P. ROSSI, *Corso di dir. costit.* Lez. 75.

(2) Nel *Modus tenendi Parliamentum* dei tempi di Edoardo III dicesi che il parlamento comprende il re, i prelati alti e bassi, i baroni, i cavalieri delle contee, i cittadini dei borghi (SRUBBS, *Constit. History of England* ed. Oxford 1875, vol. II, pag. 166). Per il significato più recente della parola, v. ERSKINE MAY *A treatise on the laws*, ecc. (ed. 1863) p. 2; TODD *On parliam. gov. in Engl.* (ed. 1867) vol. I, p. 246; lo stesso SRUBBS vol. III, p. 468.

rica, ed a *rappresentanza* voce mezzo teorica (1).—Noi manteniamo entrambe queste due ultime parole; perchè, malgrado i loro difetti, possono esse sole darci adeguata idea dei rapporti giuridici. Per evitare errori, tuttavia, ci affrettiamo a riconoscere che i due momenti concreto e discreto integrano spettivamente la nozione di rappresentanza.

VII.—*La rappresentanza democratica.*

Il principio democratico logicamente si presenta prima del monarchico e dell'aristocratico, come quello che parte dall'idea di individui (2). È vero che spesso, nelle sue esplicazioni pratiche, esso contraddice alla premessa, come se ne vide esempio eloquente nella *alienazione* del ROUSSEAU, e se ne vede oggi continuo nei democratici che dan la mano ai socialisti; ma non può negarsi la sua necessaria ed originaria ragione individuale. Infatti, come abbiamo dimostrato più su, non si può affermare la ragione del tutto (del *demos*) senza riconoscere quella delle parti. Inoltre le eminenti manifestazioni democratiche si hanno in due principi affatto individualistici: l'eguaglianza e la libertà. La prima delle quali, affermando la parità, sia pure soltanto giuridica, di tutti gli uomini fra loro, riduce la società ad un elemento costante, l'*individuo*, che potrebbe dirsi *unità di misura universale*; la seconda, garentendo a ciascuna di queste singole unità l'esplicazione dei suoi diritti, ne accresce la dignità e conferma la suità. Il principio democratico parte dall'individuo e finisce alla collettività (3): nel lungo cammino, ove sia abbandonato

(1) BALBO, *Monarchia rappresentativa*, L. II, cap. I, 55.

(2) Cfr. TOCQUEVILLE *Democrazia in America* L. II cap. 2; il quale pur dimostra che le idee ed i sentimenti dei popoli democratici, in materia di governo, sono favorevoli all'accentramento dei poteri (L. IV cap. 3 e 4).

(3) Infatti la rappresentanza è del *complesso del popolo*, nel quale risiede la sovranità. La conciliazione di questi termini antitetici costituisce, come dimostra MOHL, la grave difficoltà delle democrazie rappresentative—*Staatsrecht* etc. Vol. I, p. 467 e seg.

a sè solo, minaccia soventi di deviare, e purtroppo devia.

Consegue che la rappresentanza dell'elemento democratico deve essere *discreta*; ossia deve darsi modo a ciascuna delle singole forze politiche esistenti in società, di manifestare quanto più si possa, ognuna individualmente presa, la sua efficienza. Inoltre deve essere *espressa*; poichè, se può ammettersi una rappresentanza presunta o tacita nel capo dello Stato, ciò non si può affatto per il complesso multiforme e molteplice di cittadini. Quindi *elezione*. Onde trova necessità logica e giuridica la *Camera dei Deputati*, ossia l'*assemblea popolare*, che deve considerarsi parte integrale del governo rappresentativo non solo, ma *dello Stato giuridico*. Ed applicando la teoria della sovranità a questo discorso, ci sarà facile affermare che il voto non è soltanto una *funzione*, ma un *diritto*; che ogni consociato ha potenzialmente quel diritto; che il *suffragio universale* è il sistema ideale di ragione; che la legge non può mai *accordare*, ma soltanto *riconoscere*, nei cittadini, il diritto di voto.

Nondimeno, appunto perchè l'indole del diritto di sovranità originaria è organica, ben si intende che la legge subordini il riconoscimento del diritto di voto alla condizione di capacità. Se una tale subordinazione è necessaria per i diritti privati e strettamente personali, i quali non interessano la società fuor che in modo indiretto, essa sarà veramente indispensabile, per quel diritto che si riferisce alla costituzione dello Stato e a tutti i conviventi. Ma non a caso abbiain detto *condizioni di capacità*. Siccome il diritto preesiste alla legge, questa non può limitarne l'esplicazione se non in quei casi in cui prepotenti *ragioni di fatto* si impongano in guisa da rendere l'esercizio del diritto contraddittorio alle ragioni di esso stesso. Tale è il caso—suscettibile di latissime posizioni—di incapacità nel soggetto. Questa desumesi, più che altro, dalle condizioni storiche delle varie società politiche: ossia è sottoposta, nella sua determinazione, ad un numero di condizioni di gran lunga maggiori che non la capacità o incapacità civile. È essen-

zialmente *relativa*. Epperò, sviluppandosi sempre più nelle società moderne le forze democratiche, le ragioni politiche suffragano le giuridiche, e sotto ogni riguardo deve consigliarsi l'allargamento del suffragio.

In antitesi alla scuola germanica di Stato giuridico, credo che si debba affermare la *personalità* e l'individualità del diritto elettorale. Il governo giuridico nell'impero tedesco, pur avendo avuto, come dice Gneist (1), mille anni fa, lo stesso punto di partenza di quello inglese, cioè le istituzioni carolingie, se ne diversificò molto negli sviluppi. Le varie classi, o *ordini*, avevano, come tali, *diritti proprii*. L'autonomia degli ordini comprendeva anche l'autonomia giurisdizionale, che era rafforzata dalla continuità e dalla pienezza della proprietà territoriale. Forse devesi alla lunga tradizione storica, il fatto che in Germania è singolarmente accarezzato il principio della *rappresentanza per classi e degli interessi* (2). Però la ricostruzione dottrinale si è fatta completa, indipendentemente dalle ragioni storiche. Basti citare STEIN, il quale nel suo *sistema sociale*, da noi più volte accennato, parte francamente dal concetto delle *classi sociali*, e queste in certo modo viene a comprendere come subbietto di diritto (3).

(1) GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* V.

(2) BLUNTSCHLI *Teoria generale dello Stato* vol. I, L. V, c. 7; *La Politica come scienza* L. 10, c. 3—Veggasi la larga esposizione critica della dottrina in PALMA op. cit. vol II, cap. I.

(3) STEIN *System der Staatswiss.* (ed. Stuttgart 1856—Vol. I.) Le classi sociali, egli dice, sono diejenigen Ordnungen in Gesellschaft, welche durch die Einwirkungen der Verschiedenheit in der Grösse oder dem Masse des Besitzes auf die gesellschaftlicher Güter, Rechte und Funktionen, oder durch die Vertheilung des Besitzes in engem Sinne für die Gesellschaft erzeugt werden (p. 273). Egli considera die *Besitzklassen* (p. 311), die *Ehrenklassen* (p. 313), die *Rechtsklassen* (p. 320). Quanto a queste osserva che, siccome die Gestalt der Gesellschaft stets die Grundlage für die Verfassung und Verw. der Staaten wird, così die *herrschende Klasse* è « die letzte Gestalt und höchste Form der Rechtsklassen » p. 323).—Ciò è verissimo in fatto; ma esagerata ne è la conseguente afferma-

Ma il concetto, a parte che non risponde alle condizioni della società moderna, contraddice ai postulati dello Stato giuridico; il quale, avendo a sua condizione essenziale la libertà, deve garantire per sé i diritti individuali, senza bisogno di particolari associazioni, quali, per la impotenza dello Stato e per la sua deficientissima conformità al diritto, erano necessarie nel Medioevo. Per la stessa ragione non sembra accettabile il sistema dello Stuart-Mill, col quale alle persone più capaci si accorderebbero dei *voti plurimi* (1). Il voto è affatto individuale. Certo è necessità che le persone più capaci esercitino influenza sulle meno: ma la legge non può imporre una tale maggior capacità, che è questione di *fatto* e non di *diritto*. La legge può e deve garantire soltanto la libera estrinsecazione di ogni attività che non sia ingiustamente nociva ad altri. — Perciò deve ammettersi la *rappresentanza delle minoranze*, la quale più propriamente è *proporzionale*, ossia ha quel carattere formale del diritto che è dato dalla *misura*, dalla *proporzione*, dalla *media geometrica*. In quella, a differenza della rappresentanza delle classi, le varie forze politiche *certant de damno vitando, non de lucro captando*. È ben vero però che, dovendo la elezione dei deputati, in omaggio ai buoni principii, farsi in collegi ristretti, ossia a scrutinio uninominale, non si avrebbe per la nomina di quelli occasione pratica ad esplicare alcun sistema proporzionale, se non nelle città molto popolate.

VII.—Il Senato.

Fra la rappresentanza *discreta* della Assemblea democratica e quella *concreta* del capo dello Stato, si colloca una terza ed

zione giuridica. Nella nostra sistematica *subiectum juris* sono solo e sempre gli individui e lo Stato.

(1) STUART-MILL *Governo rappres.* VIII.

intermedia specie di rappresentanza; la quale risponde a quel principio aristocratico, di cui già fu rilevata l'indole mediana e modale. Sorge così l'istituto del *Senato* o *Camera alta*; la cui ragion d'essere costituzionale e giuridica, sebbene da molti sia revocata in dubbio, è necessaria. Infatti, per giustificare il Senato, non basta il dire che esso serve ad incatenare l'altra Camera, allo scopo di potere procedere meglio, entrambe d'accordo, per il pubblico bene (1); nè che giovi ad impedire la trasformazione della onnipotenza di diritto in quella di fatto (2); nè che valga a ristabilire l'equilibrio della bilancia, compromesso dal disaccordo fra l'altra camera ed il capo dello Stato (3); nè che assicuri una più netta visione del pubblico interesse, per la ragione stessa per cui quattro occhi veggono meglio di due (4). Molto meno giova l'ammetterla subordinatamente alla insufficienza della Camera popolare ai suoi compiti (5). Osservò il Rossi che la necessità del Senato può desumersi o dal bisogno di rappresentare elementi sociali distinti, o da quello di avere una migliore e più elaborata legislazione, o per entrambi cotesti motivi (6). Evidentemente la prima ragione è la più grave e giuridicamente importante. In un governo rappresentativo ogni istituzione deve avere una propria ed intima ragion d'essere: il non essere informati a questo principio, è causa di debolezza per molti Senati, fra cui l'italiano. Invero una ragione universale vi ha, per la quale si deve costituire un'assemblea rappresentativa diversa e al di là dalla Camera democratica; ed è che in società, oltre del numero e della quantità, vi ha la qualità e la distinzione, e che il principio del *maggior valore* è reale, e quindi deve

(1) MONTESQUIEU *Esprit des Lois* XI. 6.

(2) GUIZOT *Historie des orig. du gouv. répres.* vol. II, lec. XVIII.

(3) BALBO *Monarchia rappresentativa* II, 3, § 1.

(4) BLUNTSCHLI *Dottrina generale dello Stato* L. V, c. 6.

(5) STUART-MILL *Gov. rappr.* XIII. BAGEHOT *English const.* V.

(6) ROSSI *Corso di dir. costit.* Lez. 80.

essere tutelato dal diritto. In questa parte accolgo le illazioni di STEIN, e non è contraddizione; poichè la *maggior capacità* deve riconoscersi in tutte le classi sociali, con eguaglianza e libertà. Delicato è il problema della costituzione del Senato in uno Stato giuridico. Parrà strana la frase, ma è pur vera: deve conciliarsi l'aristocrazia con la uguaglianza. Ossia: gli elementi distinti, ai quali deve darsi autonoma rappresentanza, vogliono essere riconosciuti dovunque, in ossequio, non alla eguaglianza di fatto, ma a quella di diritto. Vedesi pertanto come sia fallace la tendenza della scuola politica democratica, contraria alla bicameralità (1). È vero tuttavia che l'ottenere praticamente quella conciliazione non è facile. Quasi sempre, allato alle assemblee democratiche, si è avuto un istituto simile al Senato. La massima parte, la quasi unanimità, degli Stati costituzionali, hanno doppia Camera. Grande è la varietà dei sistemi che si veggono realizzati e che dagli scrittori sono consigliati (2). Ma non è accettabile, per le ragioni suaccennate, il principio ereditario, prevalente in Inghilterra e parzialmente adottato in Austria, Baden, Baviera, Portogallo, Russia, Sassonia, Spagna, Ungheria, Wurtemberg. Nè la nomina del principe, sia libera sia entro categorie, sempre contraria ad ogni ragione giuridica di rappresentanza, come è in Italia, Austria, Baden, Baviera, Danimarca, Inghilterra, Portogallo, Prussia, Sassonia, Spagna, Wurtemberg, ed in molte colonie inglesi (Canada, Terranova, Queensland, ecc). Nè l'assunzione *jure proprio* o per ragion d'ufficio, come si ha notabilmente in Ispagna. Il principio della elezione (sia indiretta, sia per mezzo di designazione al principe) da parte di elementi conservatori o elevati o locali, quale si ha in Baden e Sassonia per la nobiltà signorile ed i feudatarii, in Ispagna per i più forti censiti, in Prussia per i conti feu-

(1) ROSSI *Mélanges* vol. II, p. 137.

(2) cfr. PALMA *op. cit.* vol. II, cap. V.

datari ecc., è contraria a quella ragione di eguaglianza giuridica superiormente affermata. La rappresentanza particolare delle singole regioni dello Stato, come negli Stati Uniti d'America ed in Svizzera, è solo possibile negli Stati federali. L'elezione popolare, più o meno condizionata, come in Belgio, Argentina, Brasile ed in parecchie colonie inglesi, non determina la specialità rappresentativa dello istituto. L'elezione da parte degli enti locali o di coloro che sono stati eletti per amministrare cotesti enti, come è in Francia, minaccia di confondere la ragione strettamente amministrativa con quella politica. Nè sembra, in genere, accettabile il sistema, che pur trovasi nella maggior parte delle costituzioni moderne, di innestare vari principii, non di rado contrarii, fra loro, producendo una istituzione mista e poco omogenea. — Altra volta ebbi a manifestare il pensiero che convenga far eleggere i senatori da un corpo elettorale ristretto, nel quale si riconosca capacità morale, intellettuale, politica ed economica, raccolto in collegi larghi, posto in antitesi alla Camera dei deputati, che è nominata da un corpo elettorale quanto più largo possibile e distribuito in collegi ristretti (1). Non ripeto le dimostrazioni allora svolte. Insisto però nel concetto fondamentale, che è conforme alla sistematica dello Stato giuridico: si dia *eguale e libera rappresentanza* alle forze sociali e politiche che han diritto di far valere la loro efficienza.

VIII.—Il Capo dello Stato.

La rappresentanza concreta si ha nel Capo dello Stato. Poichè il concetto dell'unità dello Stato non è una vuota astrazione, ma risponde ad una necessità, consegue che esso deve avere reale efficienza, mercè una rappresentanza distinta. Nella quale le varie parti e forze politiche ed i vari indi-

vidui sono rispecchiati tutti egualmente come cittadini, ossia in quanto fanno parte dell'aggregato politico. L'istituto del Capo dello Stato è necessario, non solo perchè esigenza pratica di governo è la semplicità ed il vigore d'azione, quali possonsi avere in una persona sola; ma perchè devesi sintetizzare la varietà e molteplicità degli elementi discreti. Una tale sintesi—in un sistema razionale—si comincia a fare nel Senato, che considera la qualità e non il numero; diventa completa nel Capo, in cui il fatto esteriore e visibile della persona è espressione fedele dell'ufficio e della funzione. In siffatta unità si ha anche una vera e propria guarentigia per gli individui. Questi veggonsi compresi tutti nella sintesi, la quale, per questo riguardo, eccelle sull'analisi.

Si presenta la vecchia questione se sia preferibile un capo dello Stato, elettivo e non monarchico. Per risolverla bisogna, prima di tutto, tener conto delle condizioni storiche dei vari paesi; poichè inaccettabile è ogni giudizio assoluto in queste materie. Ma, subordinatamente a quelle, deve riflettersi che non contraddice all'indole della rappresentanza giuridica l'esser dedita fra i vari organi commista, ed espressa e presunta. A ciò fu accennato più su. Quando per le due assemblee la rappresentanza fosse espressa, ossia per elezione, e quando le potestà pubbliche fossero convenientemente intrecciate fra i vari organi, può ammettersi che il capo dello Stato non sia elettivo, ma ripeta dalla ereditarietà l'imperio. Anzi ciò è più utile, e meglio rispondente allo scopo della rappresentanza concreta ed alla sua indole sintetica. Il principe, non sottoposto ai partiti, di niuno timoroso o speranzoso, comprende per la totalità dei cittadini una guarentigia maggiore, che non dia un presidente temporaneo, emanazione di una maggioranza. L'esperienza di parecchi paesi costituzionali, ed in particolar modo dell'Italia, è dimostrazione di tale verità.

(1) *Del Parlamentarismo* cap. IX.

IX.—*Riassunto della teoria giuridica—La rappresentanza ed il mandato.*

Raccogliendo i corollari che risultano dai paragrafi antecedenti, allo scopo di riconoscere la propria indole della rappresentanza politica, osserviamo che questa contiene un rapporto giuridico *sui generis*; il quale, pur avendo molti punti di contatto con alcune figure di diritto privato (il *mandato* e la *negotiorum gestio*, non la *locazion d'opera*) se ne differisce radicalmente per taluni aspetti speciali, e soprattutto per il concetto generale e complessivo. La nostra sistematica sarebbe incompleta, se non dessimo opera a riconoscere la specificità di quel rapporto.

È chiaro che si abbia pieno diritto di dichiarare la propria volontà per mezzo di altri, e che non sia perciò meno valido il negozio giuridico che per mezzo di tale dichiarazione mediata si conclude. La nozione di *rappresentanza* va al di là di codesto concetto. Bisogna infatti, come nettamente fa il WINDSCHEID, distinguere la *rappresentanza*, nella *dichiarazione* e nella *volontà* (1). Il rappresentante può, nel concludere il negozio giuridico, esprimere la volontà *propria*, aggiungendo però che quello è fatto nello interesse e per conto, non di lui dichiarante, ma del rappresentato. Il diritto romano, in linea generale, non ammetteva una simile rappresentanza; la quale, però, nel diritto vigente si viene facendo sempre più strada. Si possono concludere negozi giuridici per mezzo di un altro: questi, pur restando nei limiti del potere di rappresentanza, manifesta la sua *propria* volontà, che vale ad obbligare il rappresentato. Alla rappresentanza intesa in questo modo, si avvicina molto quella politica dei nostri giorni.

Comunemente si dice che questa comprenda un *mandato*.

La frase è impropria. Deve farsi differenza fra rappresentanza e mandato, anche nel diritto privato. Come dice WINDSCHEID, il mandato significa che alcuno *deve* fare qualcosa per un altro; la rappresentanza invece, anzi il *potere di rappresentanza* (*Vollmacht*) significa che alcuno ha la *potestà giuridica* di fare qualcosa per un altro. In tal modo può giungersi a concepire un potere di rappresentanza senza mandato, e viceversa.

La rappresentanza politica è in tutto un rapporto giuridico *sui generis*. In persona dei rappresentanti fondonsi i due concetti del *dovere* e del *potere*. Ossia: essi cominciano col l'essere mandatarii; nella esplicazione del loro ufficio, però, mostrano di essere investiti di vere e proprie potestà.

Nel diritto privato è risaputo che la potestà di concludere negozi giuridici per altri, può aver fondamento in un *ufficio pubblico* o in un *mandato* conferito dal *dominus negotii*. Vi ha anche una terza causa, che spesso può dirsi sia informata ai caratteri delle prime due: la *costituzione di una persona giuridica*. In altri termini, quella potestà ripete origine dalla legge o dalla volontà individuale. Nella rappresentanza politica questi due termini fondonsi visibilmente: la volontà del costituente dà essere al costituito; il quale però dalla legge ritrae l'indole, l'estensione e le guarentigie delle sue potestà. Di sommo rilievo è il concetto suaccennato della persona giuridica. Lo Stato, è noto, è la persona giuridica per eccellenza; ora, i rappresentanti, non individualmente presi, ma come investiti di potestà, costituiscono il *governo*, che è il secondo termine del contenuto dello Stato, come fu detto a cap. III, ed è persona giuridica con proprii diritti, indipendentemente dal mandato.

Dall'anzidetto consegue la piena incompatibilità fra la rappresentanza politica ed il *mandato imperativo*. Non la sola volontà a quella dà origine. ROUSSEAU paradossalmente disse che il popolo inglese è libero in un sol momento: quando elegge i suoi rappresentanti: elettili, ricade sotto la loro servitù. Il paradosso desumesi dal complesso di guarentigie su

(1) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* I, § 72, c. 74.

cui quella elezione si impernia. Quanto grave e reale servitù non si avrebbe colla *alienazione* degl'individui alla totalità del corpo sociale, dal Rousseau vagheggiata?

Deduciamo dalle premesse che la qualità di rappresentante politico non può perdersi se non nelle forme e condizioni stabilite dalla legge. Questa, pei rappresentanti elettivi, assegna un termine al di là del quale la rappresentanza si risolve *de jure*, affine di dar modo ai costituenti di reiterare la espressione di quella *volontà* che pur abbiamo riconosciuto essere il *punto iniziale* della rappresentanza stessa. Inoltre la legge prevede il caso di disarmonia fra eletti ed elettori; quindi lascia modo di risolvere il rapporto giuridico fra quelli al capo dello Stato; il quale, come rappresentante concreto, può bene adempiere all'ufficio di *pubblico ministero*, per così dire, ossia può deferire gli eletti avanti agli elettori, affinchè questi diano il giudizio definitivo. Dal che vedesi che la volontà è punto non solo *iniziale*, ma anche *finale*, nei modi di legge.

Non si ammette, quindi, vera e propria *revocabilità del mandato*. È questa una delle maggiori differenze col diritto privato, nel quale vige il principio generale che sempre chi conferisce altrui dei poteri possa revocarli. Del resto, è noto che nello stesso diritto privato, quando a taluno sono stati conferiti dei poteri di fronte a terzi, ed in seguito a ciò quegli ha concluso dei negozii, non si passa, più tardi, la revoca dei poteri opporre a danno dei terzi suddetti. Per analogia non troppo audace, può dirsi che il conferimento del mandato politico sia fatto in presenza e collo intervento di tutti i cittadini, i quali rispettivamente assumono la funzione di costituenti e di terzi aventi causa: quindi non possonsi reciprocamente opporre la revoca.

Più ampiamente ed esattamente diremo che i rappresentanti sono veri depositarii della *sovranità imperante*: come tali sono *irresponsabili*. La irresponsabilità, infatti, non è soltanto del re, ma anche delle assemblee parlamentari e delle

persone che le compongono, in quanto esplicano la loro sovranità. Nel capitolo XII vedremo come la irresponsabilità dei sovrani imperanti si concilii con la tutela del diritto.

CAPITOLO IX.

I POTERI DELLO STATO.

I.— *Concetto generale dei poteri.*

La teoria della *divisione* o, meglio, della *distinzione dei poteri* è essenzialmente giuridica, e nel nostro sistema occupa posto precipuo. — Bisogna cominciare col dare una nozione precisa dei *poteri*. Questi non debbono essere confusi cogli *organi*, come fanno molti scrittori. Il re e le due camere sono *organi* dello Stato, ma non *poteri*: o, almeno, se poteri vogliansi chiamare, questa qualifica deve togliersi, per evitare confusione, alla legislazione, al governo, alla giurisdizione. E neanche, a rigore, i poteri si potrebbero confondere colle *funzioni* o colle *competenze*. È vero che, come altra volta notai, facile è la confusione fra potere e funzione poichè nello Stato la funzione (che vuol dire *fungere*, ossia estrinsecare la propria attività nei limiti assegnati dallo scopo e dall'indole) è investita di superiorità e di forza, onde appare un *potere in atto*. Ma fra i due termini v'ha differenza sostanziale, come v'ha fra la forza e l'applicazione, il motore ed il movimento, il principio e l'azione, il diritto e l'esercizio. Nondimeno nell'uso comune la parola potere è assunta, cumulativamente e disgiuntamente, nei varii significati testè accennati, ed in altri ancora. Non la si potendo eliminare del tutto, nè restringere ad un solo significato (tenendo salva però la netta distinzione cogli organi) giova specificare tre principali aspetti diversi dai quali la si può comprendere: l'aspetto *logico*, quello *politico*, quello *giuridico*,

II. — *I poteri in senso logico.*

Le facoltà e le funzioni dell'uomo possono considerarsi dal profilo *obbiettivo* o dal *subbiiettivo*. Nel primo caso si pone mente al reale contenuto delle funzioni stesse: p. e. il mangiare, il dormire, l'andare, lo studiare, ecc. Nel secondo si pone mente, piuttosto, al processo logico con cui si presenta l'estrinsecazione delle funzioni; ed allora di queste nell'uomo se ne riconoscono, sulla scorta di G. B. Vico, tre principali: l'intendere, il volere, l'agire: *nosse, velle, posse*. Applicando questo ultimo concetto allo Stato, che è l'uomo in grande, avremmo tre poteri, i quali rappresenterebbero rispettivamente il momento intellettuale, il volitivo e l'attivo. È da notarsi però che l'elemento intellettuale si connette troppo intimamente col volitivo: in un ente astratto come lo Stato non si può comprendere una volontà vera e libera, la quale non abbia fondamento nella intelligenza. Così molti scrittori giungono, per una induzione apparente, che in sostanza è deduzione, a dire che lo Stato *vuole e agisce*. Affermano quindi l'esistenza di due poteri principali: il *legislativo* ed il *governativo*. La quale ultima locuzione si preferisce a quella comunemente usata di *esecutivo*, per esprimere la latitudine del concetto dell'*azione*, di fronte alla più generale determinazione del *volere*.

III. — *I poteri in senso politico.*

In senso politico la ragione dei poteri diventa obbiettiva. Ricordo ciò che ampiamente fu dimostrato a cap. II: il criterio politico è complessivo, cioè d'ordine morale economico e giuridico insieme. Non restringendoci all'apprezzamento affatto formale, quale si ha nel momento logico, passiamo all'esame del *contenuto* delle *potestà* e delle *funzioni*. Così facendo, osserviamo nello Stato il *potere politico* in senso lar-

ghissimo, che si scinde nel potere *giudiziario*, in quello di *polizia*, nel *militare*, nell'*economico*, nel *morale*, nel *finanziario*, ecc. ecc. Le varie competenze dello Stato, comunque sieno dirette, alla tutela del diritto, alla difesa della convivenza contro nemici esterni od interni, a soccorrere o integrare depresse forze economiche, ad esercitare ufficii etici di comune vantaggio, a provvedersi dei mezzi necessari per il raggiungimento dei propri fini: in quanto sono messe in atto, costituiscono dei *poteri*.

IV. — *I poteri in senso giuridico.*

Dal lato particolarmente giuridico la nozione dei poteri si restringe. Essa si informa a quel concetto che abbiamo rilevato nella genesi dello Stato: questo è « *organo sociale del diritto* ». Come tale, esso deve: 1° determinare il diritto; 2° agire secondo il diritto; 3° garantire il diritto. È così che ci si presentano i tre poteri *legislativo*, *governativo*, *giudiziario*. L'intima ragione giuridica dei quali, in antitesi a talune convenzionali e predominanti concezioni, sarà rilevata nei tre successivi capitoli.

CAPITOLO X.

LA LEGGE.

I. — *Concetto generale della legge (diritto positivo).*

La determinazione della legge è l'atto eminente dello Stato, in quanto è organo del diritto. Il diritto non è certo creato dallo Stato: esso preesiste, come legge di natura; dallo Stato è riconosciuto e dichiarato mercè la *legge*; ma solo in quanto è legge ha virtù obbligatoria e coattiva. Il principio capitale nello Stato giuridico si è che « *praticamente in società*

non vi ha diritto ove non sia riconosciuto dalla legge». Non ripeto ciò che a cap. V fu detto circa il più largo significato di legge. Di questa, limitandosi al campo positivo, molti scritti danno definizioni affatto formali, che tengono presente soltanto il *processo di formazione*. Con ciò seguono le tradizioni romane; poichè, come disse Ateio Capitone e ripeterono i giureconsulti posteriori « *lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu* ».(1) Ma un concetto ben più intrinseco fu affermato da PAPINIANO, quando la legge disse esser *communis reipublicae sponsio*. Invero l'individuo non può accampare alcuna pretesa giuridica, la quale non abbia fondamento in una legge (2). Questa è perciò, veramente, l'espressione, più che della volontà, della sovranità dello Stato, ossia della suprema associazione giuridica.

II.—Legge scritta e consuetudinaria.

La legge è di due specie: *scritta e consuetudinaria*. Nello Stato giuridico, la legge per eccellenza è la prima; la quale ha in sè il carattere precipuo della certezza: più visibilmente appare come espressione della sovranità dello Stato, e nella sua genesi mostra la sicura e cosciente valutazione degli scopi, dei motivi, dei mezzi. La consuetudine non può avere valore giuridico se non in quanto la si riconosca come una *espressione spontanea e perseverante della coscienza pubblica*, che dall' autorità dello Stato sia *riconosciuta e tutelata*.—La tendenza storica dello Stato giuridico porta (è inutile il negarlo) a ridurre ai minimi termini il diritto consuetudina-

(1) AULO GELLIO *Notti attiche* X, 20—GAIO I, 3 e 4.

(2) Come dice il WINDSCHEID la legge è « la pronunziazione emanata dallo Stato che qualche cosa sarà diritto » *Diritto delle pandette*. L. I, c. I, § 14.

rio (1). Ciò dipende da varie cause, e da due precipuamente: l'aversi un proprio organo legislativo qual' è il parlamento, istituito appunto per dare gaarenzie di maggior bontà nella legislazione (2); e l'esser fondamentale il principio che la giurisdizione debba seguire, quanto più fedelmente e rigorosamente si possa, la legge. Tuttavia, a questo proposito, occorre far differenza fra il diritto privato ed il pubblico. In quello il diritto consuetudinario viene realmente sempre più restringendosi; non così in questo. Nel quale, non dico che si verifichi il fenomeno opposto, ma è certo che la sovrana ragione politica s'impone spesso, per far creare consuetudinariamente nuovi rapporti giuridici o far derogare dagli antichi. È ancora a farsi uno studio completo sulla consuetudine in diritto pubblico (3). Io credo che essa si possa bene accordare col sistema dello Stato giuridico, purchè sia rivolta a quei rapporti che hanno—come più tardi accenneremo—un contenuto più genericamente politico che strettamente giuridico. Nel nostro diritto pubblico essa è largamente applicata, nella doppia forma positiva e negativa; così, per esempio, deve ritenersi che da noi, non solo per implicita deroga contenuta in altre leggi, ma per sostanziale desuetudine, sia stato abrogato l'art. 1 dello Statuto; e che sia stato profondamente modificato l'altro articolo che dà al re il diritto di nominare i ministri: un tale diritto, salve circostanze straordi-

(1) SAVIGNY e PUCHTA sostennero che al diritto consuetudinario si dovesse assegnare il primo posto. Da parecchio tempo però l'opinione dominante è affatto contraria. Cfr. JHERING *Geist d. röm. Rechts* II, § 25.

(2) Da taluni si vuol giustificare anche oggi il diritto consuetudinario col tacito assenso del legislatore. Si è osservato però, con ispeciale riguardo ai governi costituzionali, che in questi non si ammette la dichiarazione tacita della volontà legislativa.—ZITELMANN pr. WINDSCHEID § 15.

(3) I trattatisti di *Staatsrecht* germanico e prussiano tuttavia non dimenticano di parlare distintamente del diritto consuetudinario; p. e., ZACHARIAE op. cit. vol. I, § 5; MEYER *Deut. Staatsr.* § 16; SCHULZE *Einleit. in das deut. Staatsr.* § 9; RÖNNE op. cit. vol. I, p. 81; ecc.

narie, è subordinato alle designazioni parlamentari. Inoltre qui è a notarsi che particolare importanza ha la consuetudine parlamentare, la quale è legge, ma più spesso giurisprudenza; ossia la forma con cui essa sorge e si manifesta accusa lo sforzo di interpretare e di adattare la preesistente legge scritta (1). Siccome il parlamento, spesso (in ispecie in materia di bilancio) cumula in sé la veste del legislatore e del giudice, cioè di chi crea la legge e di chi l'applica nei casi controversi; e non soltanto del giudice, ma più spesso, e più propriamente dell'esecutore e del governatore, cioè di chi, entro confini prestabiliti, intende ad attuare con poteri discrezionali la legge (e di tal veste si vede la prova nel sindacato che il parlamento esercita sul governo, mercè i voti di fiducia e di sfiducia): così chiaro appare che la consuetudine ora sembri legge, ora giurisprudenza, ora perfino pratica di governo. L'unione, anzi la *identità personale*, nel *subiectum juris* rende difficile, a prima giunta, di sceverare i varii aspetti obbiettivi della funzione; ma non perciò deve negarsi che molteplice sia il contenuto di questa, come molteplici ne sono i fattori.

III. — *Contenuto della legge.*

Il contenuto della legge si può ben dire illimitato; poichè altri limiti non ha fuorchè quelli che dalla nozione e dallo scopo del diritto sono assegnati. Ciò si esprime col dire che « *la legge non è mai illegale* » e che « *nulla è superiore alla legge* » (2). Quando essa è fatta e pubblicata nelle dovute

(1) Intorno ai criteri politici nella interpretazione delle leggi cfr. MOHL *Staatsrecht* ecc. (ed. Tübingen 1860) vol. I, pag. 107 e seg. Per il punto in questione v. anche pag. 127 e seg. — Una larga teoria della legislazione si ha nel saggio, modestamente chiamato *Bruchstück*, che trovasi nel vol. II, op. cit.

(2) Sul concetto di legge, in rapporto ad un largo sistema di *Justis-Politik* rimando particolarmente al MOHL, *Die Abfassung der Rechtsgesetze*. Op. cit. volume II, p. 375 e seg.

te forme e diventata obbligatoria, l'obbedienza deve essere assoluta e passiva: *dura lex sed lex*. Un tale principio trovavasi nello Stato giuridico, come negli Stati i quali, avendo governi assoluti, non si possono chiamare giuridici; anzi in quello, per necessità logica, più che in questi. È evidente che non possiamo invocare *guarentigie contro la legge*, quasi in linea *repressiva*, ossia per riparare alle ingiustizie che quella potesse contenere; nè in un modo alcuno ci è lecito sottrarci all'obbedirle. Le guarentigie sono *preventive*, nel senso di ordinare gli organi legislativi in modo da poter adempiere alle loro funzioni, in omaggio ai principii di ragione. A tal'uopo sono deputati i parlamenti: la rappresentanza, da questo profilo, è guarentigia.

In proposito una notevole distinzione è a farsi, secondo che il contenuto della legge abbracci un rapporto più o meno giuridico (1). L'Orlando è andato troppo oltre, distinguendo nettamente le leggi *proprie*, com'ei dice, dalle *improprie*, e dicendo che queste (per esempio la legge che determina, giusta lo statuto, gli assegni annui ai principi della corona, e quella del bilancio) mancano affatto di contenuto giuridico e sono leggi soltanto perchè in esse si ha il formale concorso della volontà delle due Camere e del capo dello Stato (2). L'esagerazione è evidente; poichè la legge, in quanto dispone e comanda, contiene un rapporto giuridico. Nè il carattere formale è in antitesi colla idea del diritto; come, e non a caso, ci siamo indugiati a dimostrare nel cap. V. (3). La distinzione può valere soltanto come *tendenza*; poichè tutte le leggi hanno un contenuto giuridico (sia pure soltanto formale): alcune sono però determinate dalla pura ragion giuri-

(1) LABAND *das Staatsrecht d. deuts. Reiches* vol. II § 58.

(2) ORLANDO *Studii giuridici sul governo parlamentare* § 5, 6, 7.

(3) SELIGMAN *der Begriff des Gesetz im materiellen und formellen Sinn* (Bern 1886) Intorno alla applicazione della distinzione fra senso formale e materiale cfr. GIERKE op. ed. cit. passim, e p. 26, 116, 720, ecc.

dica, altre da particolari considerazioni politiche. La distinzione, così intesa, non è praticamente inutile: sulla sua applicabilità abbiám fatto qualche accenno a proposito del diritto consuetudinario. Aggiungo che, quanto più veramente giuridico è il contenuto, tanto più occorrerebbe che la partecipazione degli organi legislativi sia rigorosamente esplicita nelle forme che, giusta le premesse, si considerano come costituenti guarentigia. In tutti gli aspetti dello Stato giuridico si rispecchia l'antitesi col momento politico. Notabile esempio su cui ci fermeremo, è quello delle leggi finanziarie.

Nel suo contenuto la legge subisce una limitazione, che meglio si direbbe *specificazione*. Come i fisici riconoscono nella *divisibilità* dei corpi un punto, al di là del quale non si può più oltre dividere, così, quando l'importanza si rimpicciolisce e la mutabilità degli obbietti cresce in ragione delle contingenze, non si fa luogo a leggi, ma a decreti o ad altre provvidenze d'ordine governativo. Vedremo fra breve, però, che la ragione della differenza fra legge e decreto non è *quantitativa*, soltanto, ma soprattutto *qualitativa*.

IV.—Organi della legge.

Gli organi della legge non possono essere altri fuorchè i depositari della sovranità imperante, ossia i rappresentanti: due Camere e Capo dello Stato, cumulativamente (1). Nè questi potrebbero a rigor di dritto delegare ad altri, o ad alcuni di loro particolarmente, l'esercizio della potestà legislativa, in grazia del principio che il delegato non può delegare ad altri. Nondimeno, appunto per la efficienza dell'elemento politico in antitesi al giuridico, talvolta quella delega si impone come necessità pratica; per esempio, in caso di conferimento

(1) Sulla formazione della legge, cfr. i capitoli IV e V del BRUNIALTI. *La legge nello Stato moderno*, prefazione al vol. IV della Bibl. di Sc. polit.

di sommi poteri al capo dello Stato, in momenti di guerra o di altre gravi perturbazioni. Ma in tali casi, superate le straordinarie circostanze temporanee, deve sempre ritornarsi al parlamento, normale organo legislativo, perchè esso approvi e ratifichi le leggi straordinariamente fatte. È così che si ammette il sistema dei *decreti da convertirsi in legge*; dei quali in Italia abbiám visto recenti e frequenti esempi nei *catenacci doganali*, sistema che dovrebbe assai parcamente usarsi.—Un altro caso in cui si decampa dalla normale estrinsecazione del potere legislativo è quello di leggi le quali, per la loro complessività e anche tecnicità, non possono essere adeguatamente discusse e deliberate da assemblee numerose e varie. Così, nei codici, in Italia, si è preferito farli votare al parlamento in complesso, non già articolo per articolo, lasciando potestà al governo, aiutato da commissioni competenti, di pubblicare il testo definitivo. Per il quale sistema debbonsi ancora ripetere le raccomandazioni di essere oltre modo riguardosi. Nè puossi applicare con larghezza il concetto di Stuart-Mill di lasciare a commissioni tecniche (rappresentanti l'elemento intellettivo) la elaborazione delle leggi, ed al Parlamento (rappresentante lo elemento volitivo) la votazione (1). Ricordo quanto dissi nel cap. IX intorno alla difficoltà della scissura della intelligenza dal volere. Inoltre, la partecipazione al momento anteriore di elaborazione deve essere soltanto *di fatto*, non *di diritto*; chè altrimenti si comprometterebbe la sovranità di coloro in cui risiede il momento volitivo. Circa la proporzionale efficacia dei varii organi del potere legislativo sullo esercizio del medesimo, il diritto, non meno che la politica, consigliano ad aver riguardo alla origine dei singoli istituti ed alle varie circostanze. E non è, per vero, in questi casi, il diritto scritto, anzi *non può essere*; ma è, e *deve essere*, quello consuetudinario. La legge scritta *deve* affermare nei tre organi *piena ed uguale* potestà,

(1) STUART-MILL *Cons. sul gov. rapp.* V.

affinchè, quando, giusta le contingenze, uno di quelli dovesse per politica farsi valere in confronto degli altri, non fosse costretto, con ciò, ad uscire dalla legalità. Soltanto la consuetudine può e deve affermare, in fatto, come i rapporti si debbano esplicare normalmente e come debbansi apprezzare quelle circostanze politiche che possono influire a far deviare dalla normalità. La consuetudine, come fu accennato di già, è la *forma giuridica più propria per fermare alcuni rapporti politici*. Ed essa bene a ragione restringe, normalmente, la partecipazione al potere legislativo del Capo dello Stato alla semplice *sanzione* di ciò che dalle due Camere sia stato approvato, e non lascia per converso, nei casi estremi, che il diritto del *veto*, il quale sostanzialmente è solo sospensivo. Ciò apparrà giustificato, ove si rifletta all'indole della *rappresentanza concreta* ed al diritto e dovere di *ricorrere ai rappresentanti*, di cui fu fatto cenno.—La stessa consuetudine può e deve introdurre delle norme per regolare i rapporti delle due Camere. È naturale che, fra queste, la democratica spieghi in via di fatto maggiore efficacia nelle leggi che hanno un contenuto d'ordine maggiormente politico, e che l'altra ed alta assemblea prevalga nella determinazione delle leggi in cui, quel carattere politico non essendo così impellente, è viceversa necessaria maggiore *riflessione* (intesa la parola non già alla lettera) ed *elaborazione*.

V.—Potestà costituente.

Appunto perchè il contenuto della legge è illimitato, essa può vertere su qualunque oggetto. Ed è perciò che abbraccia in sè anche la potestà costitutiva (1). Un potere costituente

(1) L'incostituzionalità della legge, come vedremo più tardi, non può essere mai intrinseca, salvo che per la parte formale. In tal senso può farsi valere presso i magistrati e gli amministratori.—Cfr. MOHL, op. cit., vol. I, parte I, cap. 3; specialmente p. 81 e seg.

separato dal legislativo non mi sembra accettabile, come quello che tenderebbe a stabilire nelle leggi una graduazione di importanza, per misurare la quale mancherebbero spesse volte i criterii pratici; a parte che, dal riguardo formale, tutte le leggi si equivalgono.—Non si saprebbe, inoltre, perchè dover distinguere la potestà di costituire gli organi costituzionali dello Stato, dalla normale potestà legislativa, quando questa dovrebbe pur sempre comprendere rapporti importantissimi, quali lo stato delle persone, le fondamenta della legislazione di diritto privato, il diritto penale, il giudiziario, la estrinsecazione per gli scopi politici delle potestà definite nella costituzione: estrinsecazione che soventi è più interessante, epperò meglio meritevole di esser circondata di garanzie, dell'atto fondamentale medesimo di costituzione. Non solo, quindi, per l'obbiettivo contenuto della potestà costituente, ma per gli organi che sarebbero deputati a rappresentarla, non la si può distinguere dalla legislativa. Ed è questa la savia massima inglese, seguita, sebbene non apertamente, anche in Italia (1). Da ciò deriva la *onnipotenza parlamentare*; la quale in sè sarebbe certamente deplorabile, come ogni assolutezza di imperio, ma intorno a cui voglionsi bandire le esagerazioni. Essa è conseguenza del principio che la legge non è mai illegale: onnipotente quindi è il parlamento che della legge è organo esclusivo. Ma ripeto: la mancanza di guarentigia repressiva non esclude, anzi rafforza, quella preventiva.

VI.—Il bilancio e le leggi finanziarie.

Speciale discorso ci occorre intorno al bilancio dello Stato, considerato in sè stesso, in rapporto alle altre leggi di indole finanziaria. Il bilancio non è, come sostengono alcuni scrittori

(1) PALMA Corso di dir. costituz. vol. II, cap. VI, § 2.

germanici, un semplice *conto* o *piano amministrativo* (1): tuttavia non può negarsi che sia una legge *sui generis*. In esso il Parlamento esercita sempre la pienezza della potestà legislativa, ossia della sovranità; ma—se così potessi esprimermi—la capacità giuridica, elemento affatto subbiettivo, non deve far forza alla realtà obbiettiva della funzione. E questa è tale che, nel bilancio dovendosi tener presente la proporzione fra le spese e le entrate, bisogna far distinzione fondamentale fra l'origine di queste ed il loro governo. Le leggi determinatrici delle entrate e delle spese preesistono al bilancio: questo non fa che regolarne i rapporti e l'esplicazione. Da ciò il principio che non si possa in sede di bilancio sopprimere un servizio il quale sia stato creato per legge; nè crearlo, quando il far ciò sia compreso nelle competenze, non del potere governativo, ma del legislativo (2). Ed ancorchè sia nelle competenze del primo, richiedesi sempre, secondo le buone norme, che l'atto formale di istituzione preesista all'approvazione d'ordine finanziario che il Parlamento è chiamato a dare al funzionamento di tutti i servizi dello Stato, di qualunque natura essi sieno. Poichè, questo è principio cardinale: il bilancio è una vera legge, non solo per la parte formale, e per il concorso di tutti gli organi del potere legislativo; ma perchè, pur comprendendo un atto del tutto amministrativo, qual'è l'esame dei conti, ha il contenuto eminentemente giuridico di dare a quei conti *sanzione*, e di investire il governo di quella capacità giuridica ad amministrare che esso non ha per sè, ma che, in un regime rappresentativo deve ripetere dalla delega parla-

(1) p. e. LABAND: « ein Verwaltungsplan der von den gesetzgebenden Organen festzustellen ist... der nur die Form eines Gesetzes erborgt ». Ho esaminato di proposito la questione nella mia *Teoria Costituzionale delle entrate e delle spese dello Stato*—V. anche SEIDLER *Budget und Budgetrecht im Staatshaus. d. const. Mon.* (Wien 1885).

(2) La questione è stata singolarmente dibattuta in Italia a proposito del bilancio di previsione 1889-90, in ispecie per quello dei lavori pubblici.

mentare (1). So bene che una siffatta teorica è del tutto contraria a quella dominante in Germania; ma non perciò mi sembra meno esatta, in paesi come l'Italia e l'Inghilterra, dove veramente la legge del bilancio comprende una *sanzione* ed una *delega di potestà*. Il meccanismo costituzionale procede in questo modo: i servizi sono stabiliti precedentemente, ognuno per sè; ognuno in vista de' singoli motivi che lo possano determinare; direi quasi: ognuno con criteri particolari, anzi unilaterali. Tutti, poi, vengono, nei loro rapporti reciproci e complessivi, in vista delle esigenze pratiche, sottoposti alla periodica approvazione parlamentare. Vi ha, in certo modo, la considerazione particolare nell'*atto di istituzione* (ripeto la frase), e poi quella generale e complessiva dell'*autorizzazione a vivere ed a funzionare*. Il dualismo, ben inteso, è puramente *formale*; poichè in fatto la legge del bilancio deve accordarsi ed integrarsi con tutte le precedenti leggi, alle attuazioni delle quali essa provvede. Vi ha anche, come rileveremo fra breve, una specie di confusione, nell'esercizio delle potestà parlamentari, fra la ragione *legislativa*, di cui è espressione la *sanzione*, e poi quella *governativa*, di cui è espressione il *sindacato*.

Quanto ai rapporti ed alla proporzionale efficacia dei vari organi del potere legislativo, in materia finanziaria, è da ricordarsi quanto fu detto a § 4 di questo capitolo. Uguale è la ragione giuridica in tutti e tre: uguale quindi dovrebbe essere la potestà; subordinatamente però alla varia indole politica degli obbiett. E poichè in materia finanziaria la ragione politica è quasi sempre soverchiante su quella giuridica (a dire il vero il meccanismo finanziario è essenzialmente *modale*) deducesi, *in via di fatto*, una normale plusvalenza della assemblea democratica sul Senato e sul capo dello Stato (2).

(1) Contro: GNEIST *Gesetz und Budget* (ed. 1879) passim e p. 107-8.

(2) Anche qui dovrebbe valere il solo diritto consuetudinario. Così è in In-

CAPITOLO XI.

IL GOVERNO.

I. — Concetto del governo in uno Stato giuridico.

Il concetto di una potestà governativa distinta dalla legislativa, è essenziale nello Stato giuridico. Montesquieu consigliò di dividere il potere legislativo dall'esecutivo, anzi da quello che egli disse *esecutivo di diritto delle genti*; poichè, nella diversità di persone investite dell'uno e dell'altro e nelle reciproche loro *opposizioni*, rinvenne una guarentigia. Il concetto è pienamente formale (1). Invero risponde a quei momenti particolari della nozione di diritto che noi abbiamo esaminato a capitolo IV, ossia il limite, la misura, la condizione di coesistenza, la necessità di evitare la lotta. Dobbiamo però sollevarci sul formalismo, ed assegnare una ragione più *intrinseca* a quella distinzione. In uno Stato che non sia giuridico non si ha soltanto l'inconveniente di cumulare diverse potestà nelle stesse mani, e quindi di provocare il naturale impulso (psicologico) che hanno tutti gli investiti di autorità, ad eccedere; ma vi ha quello, molto più grave, di confondere la legge nel governo. Non si impone ai governanti l'idea della legge come di un precetto universale ed assoluto, a tutti, epperò anche a loro stessi, superiore. Non soltanto si ha confusione *personale* fra quei termini, ma *reale*. Nella evoluzione dello Stato giuridico, invece, la legge si stacca dal governo: prima diventa autonoma, poi ad esso superiore (2). La funzione

ghilterra (TODD *On parliam. Governm. in England* I, p. 457 e seg.—ERSKINE MAY *A treatise on the laws ecc.* pag. 575). Quando il Senato fosse costituito secondo ragione, la stessa *iniziativa* riservata per le leggi finanziarie alla Camera dei deputati (p. e. art. 10 Stat. ital.) non dovrebbe essere espressa nella legge scritta.

(1) GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* VII.

(2) Cfr. per l'evoluzione storica FRANZ *Vorschule zur Physiologie der Staaten* (Berlin 1857) pr. TRENDLENBURG *Diritto naturale* § 176 e seg.

governativa rimane, conforme alla definizione data più su, integra nella sua elevatezza: essa rappresenta l'attività (si direbbe germanicamente: *l'attuosità*) dello Stato; ma sempre in subordinazione alla legge. Così intesa, quale esercizio di sovranità, la potestà governativa è perfino irresponsabile (1). Qui è a notarsi che la legge dichiara, determina, limita, proibisce, attribuisce, prescrive, faculta. Comanda sempre, però: anche nelle leggi meramente dichiarative e facultative: poichè ne impone il rispetto, e per altre competenze, nei fissati confini, sanziona la responsabilità per il non esercizio e per i modi dell'esercizio. Tuttavia, da un aspetto formale, è lecito dire che in doppio modo essa manifesti la sua superiorità sul governo: o come *determinatrice* o come *limitatrice*. Molti atti sono dalla legge tassativamente imposti; molti altri invece sono rimessi alla libertà ed alla responsabilità degli investiti della potestà governativa. In questo caso, però, la legge vale come *limite*: la determinazione è data dalla ragion politica. Accolgo quindi, in parte e senza esagerarlo, il concetto di Stahl già ricordato, secondo cui il diritto, che per la giustizia è scopo, per l'amministrazione è limite (2): anche in questa il diritto spesso è scopo e determinazione; senonchè la ragion politica fa sì che il diritto tracci solo i confini del *lecito giuridico* in cui l'azione dello Stato, per i suoi particolari scopi, possa liberamente esplicarsi.—Anche per ciò la locuzione *potere esecutivo* è impropria; propria è quella di *potere governativo*, universalmente accettata in Germania. Ricordo che l'Hegel disse il potere legislativo comprendere l'obbiettiva esistenza della *generalità astratta* dell'idea, considerò come potere *concreto* quello del monarca, ed in un posto intermedio collocò il potere governativo (3). Evidente è la confusione, nel parlare del mo-

(1) V. in senso molto particolare RÖNNE *das Staatsrecht d. Preuss. Monarchie* (ed. Berlin 1883) III, p. 485.

(2) STAHL pr. GERBER *Grundzüge d. deuts. Reiches* ed. cit. p. 187.

(3) HEGEL *Phil. des Rechts* § 275-298.

narca, fra l'organo e la funzione; la qualifica di concreto meglio si addirebbe al potere *governativo*, il quale realmente rappresenta la forza e l'unità dello Stato (1). Epperò altra volta credetti di dover affermare che il potere governativo, piuttosto che realizzare la legge, realizzi *gli scopi dello Stato quali vengono rilevati dalla legge*. Così intendesi l'elevatezza della funzione, e spiegasi che dessa è veramente un *potere* e che gli investiti della medesima sono partecipi della sovranità imperante.

II.—Organi del potere governativo.

Consegue dall'anzidetto che organi del potere governativo sono tutti gli investiti della Sovranità imperante, ossia i rappresentanti, ossia le due Camere ed il Capo dello Stato. In questo punto, la mia sistemica si discosta notevolmente da quella prevalente in Germania, che considera il potere governativo come esclusivo retaggio del monarca (2). Il principio, a parte altre considerazioni, è contraddittorio all'affermata elevatezza della potestà governativa; poichè, a dire il vero, quanto più questa si solleva sulla pura e macchinale esecuzione e si appalesa esercizio di sovranità, tanto più deve affermarsi la immediata dipendenza della stessa dalla sovranità originaria, quindi la necessaria sua pertinenza a tutti i rappresentanti.

Senonchè la diversa indole di questi non può non esercitare influenza. È chiaro che la potestà governativa essendo *attuosa* per eccellenza, richiegga vigore semplicità ed unità d'azione. Sorge spontanea una diversità nel modo con cui i rappresentanti concorrono a quella. Il capo dello Stato, persona una e

rappresentante concreto, potrà più facilmente personificare quel potere e dirigerne praticamente l'esercizio. Le due Camere invece, e segnatamente la popolare, rappresentante discreta, potranno adempiere soltanto all'ufficio di sindacato e di controllo. Con ciò esse esplicano realmente la loro *partecipazione* al potere governativo; chè la *forma* del controllo implica la *sostanza* della *sanzione* (1), ossia la *comunione del diritto*. — Dallo incontro delle due forme diverse di partecipazione, il controllo e la *direzione*, sorge un istituto intermedio: il Ministero o Gabinetto.

III.—Teoria giuridica del Ministero.

La teoria politica e la genesi storica del gabinetto nei governi parlamentari, sono oramai acquisite alla scienza. Non è completa però la teoria giuridica; e per vero, in questa parte, la ricca elaborazione germanica non ci può dare ausilio. Essa nega (in genere) ogni carattere giuridico al Gabinetto, che è considerato soltanto in linea di fatto come l'adiutore del monarca: non ha figura propria ed appena ha nome. Anche in questa parte mi discosto notevolmente dai sistemi germanici. Il Ministero, non solo in un Governo parlamentare, ma in uno Stato giuridico, ha propria personalità e ragion di essere.

Giuridicamente, il ministero è « *il necessario negotiorum gestor degli investiti della potestà governativa* ». Questa definizione ci impone di metter in guardia il lettore contro una analogia che facilmente potrebbe venire in mente. Potrebbe credersi infatti che, alla stessa guisa con cui il Capo dello Stato il Senato e la Camera sono i *rappresentanti* della nazione, così di quelli sia rappresentante il Ministero. L'ana-

(1) BLUNTSCHLI, *Diritto pubbl. univ.* V, 2. TRENDLEMBURG, op. loc. cit.

(2) Si va da taluno molto più in là anzi; e neanche si accetta il detto inglese *rex debet esse sub lege quia lex facit regem* — (pr. SCHULZE op. cit. vol. I, pag. 153). Lo stato è il re — Cfr. BORHAK op. cit. vol. I, § 23.

(8) Vi ha quindi concorso di volontà, in forma ben diversa dalla *Zustimmung* e dalla *Genehmigung*: le due forme di cui, per i parlamenti, discorre LABAND op. cit. vol. I, p. 278.

logia sarebbe soverchia e fallace. Il rapporto giuridico della rappresentanza politica è *sui generis*, ed ha per contenuto, come fu visto, una totale delegazione della sovranità. Non così nella nomina del ministero. Dimostrammo già la rappresentanza non potersi chiamare mandato; invece *mandato* può veramente dirsi quello che si conferisce ai ministri. Anzi, siccome è generale e non ispeciale, e comprende una certa larghezza di azione, parmi preferibile chiamarlo più tecnicamente *negotiorum gestio*. Questa non esclude, anzi necessariamente include, la revocabilità continua non solo, ma la partecipazione del mandante o committente. Infatti, quell'uno dei mandanti, che per la sua personalità concreta è più in grado di esercitare gli uffici di direzione, ossia il Capo dello Stato, continuamente partecipa e dirige.

Dove però rilevasi la propria ragion d'essere del Ministero, è nello aggettivo *necessario* che abbiain posto nella definizione. Invero, malgrado la revocabilità del mandato, *necessaria* è la presenza del gestore in tutti i negozi. Tutti gli atti del potere governativo debbono estrinsecarsi per mezzo di quella. Il nostro Statuto (ed altri molti con esso) dispongono che tutti gli atti del re debbano essere controfirmati dai *ministri*. Con ciò sminuiscisi, fin nella legge positiva—a parte l'efficacia, grandissima in queste materie, della consuetudine — la portata della generale affermazione degli Statuti stessi, che al re solo spetti il potere esecutivo. Giuridicamente questa *necessità* della partecipazione del Ministero, è della più alta importanza, perchè mostra come in questo si incontrino e Capo dello Stato ed assemblee, e come si manifesti l'efficacia dei vari organi del potere governativo.

Infatti i ministri sono nominati dal re, ma dietro l'indicazione dei voti del parlamento. Questo è diritto, consuetudinario sì, ma fermo. Resta sempre integro nel re, come fu detto a cap. VIII, il diritto di prescindere dalle designazioni parlamentari in casi eccezionali; ma l'eccezione non è regola. In questo modo le assemblee parlamentari, partecipano al po-

tere governativo con opera preventiva, salvo il sindacato repressivo che si manifesta coi voti di sfiducia. Consegue che, se irresponsabili sono il Capo dello Stato e le assemblee parlamentari depositarie della sovranità imperante, responsabili invece sono i ministri. E ciò non perchè *paracadute*, come da taluno è stato detto, della Corona; ma per propria opera ed azione loro, e per l'indole del loro rapporto giuridico, ben diverso da quello che lega i rappresentanti ai rappresentati (1). Fermata così l'indole giuridica dell'istituto del Ministero, nei paragrafi successivi verremo meglio spiegandone la funzione.

IV.—Il decreto.

A ripruova di ciò che fu detto nel cap. IX intorno al carattere esclusivamente logico della distinzione fra i soli poteri legislativo e governativo, basata sulla differenza fra il momento volitivo e l'attivo (*attuoso*), sta la considerazione che anche nel potere governativo debbonsi distinguere la volontà e l'azione, la determinazione della norma generale e la pratica estrinsecazione dell'attività nei confini di questa. In quello, infatti, s'ha il diritto di emanare *decreti*; i quali rappresentano, nell'ambito della legge positiva, ciò che nel campo del diritto razionale è la legge positiva (2). Entro i confini di questa il governo deve essere determinato da norme più precise e particolari: appunto per ciò si hanno i *decreti*. Ricordo che la legge, rispetto al governo è determinatrice, ma più spesso limitatrice (3). Ma dove non determina la legge,

(1) In parziale appoggio invocò ZACARIAE § 58, 59; MEYER § 184 e seg.; SCHULZE vol. 2, § 278 e seg.

(2) I decreti non possonsi considerare soltanto come *Verwaltungsordnungen*, ma anche come *Rechtsordnungen* (Cfr. sulla questione RÖNNE op. cit. vol. I, p. 379 e ARNDT *Das Verordnungsrecht d. deut. Reiches*, p. 76 — ed. Berlin 1884). Ossia: hanno un contenuto giuridico, ma entro la legge.

(3) Cfr. in parte, LABAND *Das Staatsrecht d. deut. Reiches* (ed. cit. vol. II. § 67).

esercita un tale ufficio il decreto. Insisto nell'affermare che il criterio di distinzione fra questo e quella non è tanto *quantitativo* quanto *qualitativo*. Non basta il dire che la legge comprende i rapporti di maggiore importanza ed il decreto quelli di minore. Spesso è così, ma non sempre. Alcuni rapporti, anche importantissimi, debbono essere rilasciati al decreto, per il loro contenuto essenzialmente *politico*, e perchè si riferiscono alla estrinsecazione della potestà governativa. In proposito bisogna guardarsi da un'esagerazione. Molti credono che indispensabile guarentigia sia, in un governo liberale, il far tutto preordinare e disporre sempre dalla legge. Ciò non è esatto. Certamente, in uno Stato giuridico, il campo di applicazione della legge è massimo; ma non deve tutto abbracciare. Ed al potere governativo, che è partecipe della sovranità, deve lasciarsi diritto di determinare molti suoi sostanziali modi d'essere e d'agire. La guarentigia, del resto, si ha sempre. Infatti basta riflettere, in primo luogo che il decreto sempre deve essere nell'ambito della legge e che non può fuorchè svolgere ciò che in questa è tracciato a somme linee (1). In secondo luogo, essendo organi del potere governativo quelli stessi del legislativo, comechè in diverso modo e misura, la guarentigia che si ha in questo rifluisce, in ultima analisi, su quello. Le Camere parlamentari esplicano il loro sindacato anche sui decreti.

Ciò che è giuridicamente di sommo rilievo, però, si è il fatto che in uno Stato giuridico il governo è, nella sua azione, determinato dalla legge in primo luogo, dal decreto (regolamento) in secondo. È ben vero che questo, essendo prodotto del governo stesso, non lo liga come quella; ma lo liga pur sempre molto nella sostanza e affatto intieramente

(1) Egregiamente JELLINEK, in sostanziale antitesi a GNEIST, dimostra che la potestà della corona di emanare decreti si appoggia sulla legge scritta o, quanto meno, sulla *common law*. Op. ed. cit. p. 25.— Su tutta la questione dei rapporti fra legge e regolamento cfr. BRUNIALTI *La legge nello St. mod.* cap. VII.

nella forma. Infatti è assai più facile, nella generalità dei casi, il rinunciare ad un provvedimento che si voglia adottare e che dai vigenti decreti sia proibito, anzichè abrogare o soltanto modificare questi per render possibile quello. Questa è caratteristica massima dello Stato giuridico: « ogni potestà, ogni rapporto, ogni atto, dev'essere da precedenti norme, le legislative o regolamentari, prescritto o riconosciuto o garantito ». Con ciò non si toglie campo alla prerogativa, di cui parleremo fra breve.

V.—L'amministrazione.

La considerazione minuta che siamo venuti facendo fin qui del momento giuridico, c'impone, per logica connessione di argomento, di distinguere la più generale nozione di *governo* dall'altra più particolare di *amministrazione*. Questa, a vero dire, è « la forma specifica » che assume quello. Ossia: in quanto il governo agisce in modo particolare e concreto, per raggiungere i suoi fini secondo le norme che dal potere legislativo e dallo stesso potere governativo sono state determinate, in tanto è amministrazione. Questa, quindi, sta a quello, come il particolare al generale (1), e come stanno il Governo stesso alla legge, il ministero al parlamento. Gli amministratori sono i mandatarii dei governanti: e l'affermare ciò ha grande importanza pratica e giuridica, perchè implica che la funzione di quelli è distinta da quella di questi. Infatti il governo, per ragioni di generale ordine *politico*, determina le norme concrete, entro la legge: l'amministrazione le traduce in atto. Quello è essenzialmente politico e ha sovranità, imperio, prerogativa; questa ha carattere prevalentemente giuridico, soprattutto nel senso formale, dovendo limitarsi a serbare integri

(1) Mi sono informato a molte idee di STEIN *die Verwaltungslehre* I.

i rapporti che dalle leggi o dai decreti sieno stati fissati (1). Perciò stesso l'amministrazione dovrebbe essere all'infuori della politica: simile all'ordine giudiziario, che applica la legge nei casi contenziosi. E mentre si toglierebbe campo alle deplo-rate indebite ingerenze nell'amministrazione, si eviterebbero per converso gli abusi della *burocrazia*, che pur tende, nello Stato moderno, ad assumere l'indole ed il carattere di potere.— La distinzione fra governo ed amministrazione è capitale nello Stato giuridico (2). Essa non è soltanto logica, ma pratica; nondimeno non vuole essere esagerata. Come osservai altra volta, essa vale più quale *tendenza d'azione* che quale *definizione d'ufficio*. Il governo è sempre a capo dell'amministrazione; e nella persona dei supremi rettori confondonsi governanti ed amministratori. La distinzione indica la diversità degli *obbietti*, più che dei *subbietti*, e la peculiarità ed i limiti della funzione. Il campo d'azione del governo è duplice: come governo propriamente detto (sovrano), come amministrazione (esecutrice).

VI.—La prerogativa.

La nozione del potere governativo sarebbe monca, se non si integrasse con quella di *prerogativa*. Di questa non si ha ordinariamente fra gli scrittori un'idea chiara. La si restringe al monarca; mentre invece è propria di tutto il governo. È nota la definizione che il Locke dava della prerogativa, « agire a discrezione, per il bene pubblico, senza la prescrizione di una legge, anzi talvolta contro la legge » (3). Accettando un ta-

(1) La questione dei confini fra Governo ed amministrazione si risolve secondo i criterii con cui si intende il *Vewaltungsrecht*. Cfr. BORNHAK op. cit. vol. I, § 13 e pr. lo stesso GERBER e LABAND.

(2) Cfr. in parte, GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* XI.

(3) LOCKE *On civil government* XIV.

le concetto, notiamo che il governo ha il diritto di agire *entro la legge*: in ciò è sovrano. Talvolta però sconfina dalla legge; ma nel far ciò sconfina anche dalla sovranità; perchè questa deve restare nei limiti del diritto.

Eppure è bene il lasciare al governo latitudine di azione per certe gravi o subitanee esigenze di indole politica: per ragioni politiche quindi e non giuridiche si giustifica la prerogativa. La quale sta alla sovranità come il privilegio alla legge: basti ricordare la distinzione del diritto romano. A rigore, nello Stato giuridico non si dovrebbero ammettere prerogative; ma poichè la ragion politica si impone, conviene andare in altra sentenza.

Del resto il diritto può e deve intervenire sempre, per determinare i confini ed alcune generali condizioni della prerogativa stessa. Come dissi, questa è del governo e non del monarca. È ben vero però che comunemente si identifica in questo. Ciò dipende da ragioni storiche e psicologiche. Infatti è a notarsi l'evoluzione storica che le potestà dei monarchi hanno subito in seguito alla istituzione dei governi rappresentativi. Oltre la grande riduzione quantitativa, ciò che prima era diritto e sovranità è diventato privilegio e prerogativa. Ma questa si presenta sempre come intimamente connessa alla persona del principe, già fonte di tutti i poteri. La *personificazione*, anche avuto riguardo alle idee ed alle impressioni che suscita la figura del principe, è necessaria; tanto più che, quale rappresentante concreto, egli, anche in uno Stato giuridico, è meglio in grado di significare e raccogliere in sè le potestà che richiedono vigoria ed unità d'azione. Ma, razionalmente, la funzione non può spettare che al *potere governativo*, come tale. Infatti, anche per l'esercizio della regia prerogativa, non si esclude la responsabilità ministeriale.

CAPITOLO XII.

LE GUARENTIGIE DEL DIRITTO.

I. — Concetto generale delle guarentigie.

L'idea di guarentigia è essenzialmente giuridica. È pratica ed esprime l'assicuramento che qualche cosa sia e si svolga realmente, così come, giusta il suo scopo e la sua indole, deve essere e svolgersi. La guarentigia ha virtù obbligatoria e coattiva. In certo modo può dirsi che sia l'idea stessa di diritto, in quanto è attuosa. Nella garanzia è la *sanzione* del diritto. Scindere questo da quella sarebbe, più che altro, contraddizione in termini. Ecco perchè lo Stato giuridico può altrimenti dirsi: lo Stato delle guarentigie.

Vuolsi notare tuttavia che, sebbene tutte le guarentigie abbiano indole giuridica, in quanto contengono una *sanzione*, pure le si possono distinguere in *politiche* ed in *strettamente giuridiche*. Nelle prime non ricorrono tutti i caratteri essenziali del diritto, quali la reciprocità fra facoltà ed obbligazione, la necessità e il rigore delle forme. Vi ha in esse una certa *elasticità*, che permette alle varie contingenze politiche d'esplicare la loro efficienza. Le seconde invece sono recise, assolute, nettamente determinate nel contenuto e nella forma. Lo Stato giuridico non deve essere così rigorosamente sottoposto al diritto, da non potere, anzi dovere, accontentarsi in molti casi di semplici guarentigie politiche. Delle quali la necessità pratica fu bene dimostrata da P. Rossi, quando disse non potersi illimitatamente procedere nella via delle guarentigie dirette: « Volete che ogni giudice risponda dei suoi giudizi e degli errori che può commettere? Rinviatelo davanti a nuovi giudici. E questi? Davanti ad altri giudici ancora. Bisogna tuttavia che in qualche luogo vi fermiate: ciò è nelle umane necessità. Voi giungerete sempre ad un punto di fermata in

cui le garenzie dirette vi mancheranno, e sarete obbligati a ricorrere alle indirette » (1). Ma, oltre di questa, altre ragioni vi hanno, veramente razionali. Contro gli organi dello Stato, in quanto sono depositarii della sovranità imperante, non si possono avere guarentigie strettamente giuridiche. Queste presuppongono *responsabilità* da una parte, *potestà provveduta di sanzione* dall'altro, una perfetta *giurisdizione* nel mezzo. Ma il legame che unisce la sovranità originaria alla imperante, richiede che i depositari di questa in certo modo rispondano sempre avanti agli investiti di quella: a ciò si provvede colle guarentigie politiche, di cui siamo venuti, per la speciale forma di governo rappresentativo, discorrendo nei due precedenti capitoli, ed a cui è da aggiungere la *pubblica opinione*. Questa è soprattutto guarentigia d'ordine morale; ma ha pure carattere giuridico (2) in quanto deve essere rivestita dalle universali condizioni di libertà e di uguaglianza: complessivamente diciamo essere guarentigia politica, poichè, come fu visto a cap. II, il concetto della politica consta anche dei fattori morali e giuridici. Limitandoci qui alle guarentigie strettamente giuridiche, osserviamo dapprima che il principale loro fondamento è dato dalla *responsabilità*, il contenuto dalla *giustizia*. Analizziamo entrambe queste nozioni.

II. — La responsabilità.

Romagnosi dice che « la responsabilità è la necessità giuridica di sottostare a qualche cosa, in conseguenza di un atto imputabile » (3). L'imputabilità in tal modo si presenta co-

(1) ROSSI *Corso di diritto cost.* Lez. 68.

(2) Giuridicamente ROMAGNOSI considerò la pubblica opinione, composta di intelligenza e di interessi, come il *potere predominante*. (*Scienza delle costituzioni* parte I, § 58, 61). SCOLARI dimostra che in sostanza l'ufficio legislativo spetta all'*opinione collettiva* (*Scienza politica* V).

(3) ROMAGNOSI *Giurisprudenza teorica* P. I, l. I, c. III.

me *causa* e *titolo* alla responsabilità: quella è cosa *di fatto*, questa *di diritto* (2). Epperò, come altra volta dissi, la responsabilità implica: I) il concetto di un ordine cui si deve sottostare, e di una norma cui bisogna conformarsi; II) d'un possibile deviamen- to da quell'ordine e da quella norma: deviamen- to imputabile, cioè libero; III) la necessità di rovesciare le con- seguenze del deviamen- to sul contravventore; IV) il fatto di subire le conseguenze nocive di quel deviamen- to.—In questo fatto si integra la responsabilità.

Nello Stato giuridico affermandosi assoluto l'impero del diritto, per ciò stesso si afferma la necessità *obiettiva* di chia- mare responsabile chiunque di quello si faccia violatore. Re- sponsabili sono gli individui e lo Stato stesso, nei suoi organi. Ma—ponendo da parte la responsabilità politica — deve farsi distinzione secondo che gli organi dello Stato, investiti di poteri, esercitino o no atti di sovranità. Il criterio pratico di differenza deve riportarsi alla legge. Poichè questa dichiara quali cose sieno diritto, consegue che per *qualsiasi violazione di legge* si è responsabili giuridicamente. Ma quando si esplicano atti di sovranità, nel legiferare o nel governare o nel giudicare, non c'è possibilità di violare la legge; quindi si è irresponsabili. Tant'è: nello Stato giuridico supremo regola- tore di tutti i rapporti è, sempre, il diritto, ossia la legge.

III.—La giustizia.

Dissi contenuto delle guarentigie essere la giustizia. Di quante definizioni sono state date di questa, la migliore è sempre quella di ULPIANO: *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (2). Senonchè la parola *voluntas* può sembrare che esprima più l'intenzione del fatto che il fatto

(1) ROM. *Genesi del diritto penale* P. III, l. II, c. IV.

(2) L. 10 D. *de just et jure* I, 1.

medesimo. L'averla usata i giureconsulti romani sarebbe una riprova della confusione che essi facevano spesso fra morale e diritto—La giustizia, invero, può assumersi in due signifi- cati: l'uno più genericamente etico, e l'altro più specificata- mente giuridico. Ma qui occorre affermarla quale *istituzione* e quale *fatto giuridico*. Epperò sembrami migliore definizione il dire: « *La costante e perpetua attribuzione del diritto pro- prio a ciascuno* ».

Notasi soprattutto che la giustizia presuppone il diritto (1). Ciò apparrebbe anche dalla etimologia della parola (*jus sistere?*) (2). Secondo Cicerone, uomo veramente giusto può esser solo colui che conosce bene il diritto (3). Ai giurecon- sulti romani prima presentavasi la nozione di diritto, poi quella di giurisprudenza (cognizione del diritto) infine quella di giu- stizia (applicazione del medesimo) (4).

Ma la nozione di giustizia non vuole essere limitata alla pura e semplice applicazione della legge. Già Socrate distinse la *giustizia secondo le leggi scritte*, dall'altra secondo le *leggi non scritte* (5). Aristotele a sua volta affermò l'esistenza di una *giustizia naturale*, universale ed immanente (6). Cice- rone in più di un luogo, rimasto famoso, riconobbe un or- dine giuridico di ragione, superiore alla legge positiva, e disse che riferendosi a quello si ha la nozione di giustizia (7).

(1) cfr. CICERONE *Philip.* IX, c. 5.

(2) Cfr. AULO GELLIO *Noctes Atticae* L. XX, c. I.

(3) « *Sis summi juris peritissimus, sine quo justus nemo potest* ». DE REP. V, 3.

(4) HAUBOLD *Instit. juris rom. priv. hist. dogm.* I, 1; pr. CARMIGNANI *Teoria delle leggi della Sicurezza sociale* L. I, c. VIII in nota).

(5) SENOFONTE *Memorabili* IV, 4, § 13, 19.

(6) ARISTOTELE *Etica Nicomachea* V, 7, 1 e 4-14.

(7) Si quae sint tyrannorum leges, si XXX alii Athenis leges imponere vo- luissent, ant si omnes Athenienses delectarentur tyrannicis legibus, non edcirco hae leges *justae* haberentur? Quod si principum decretis, si sententiis judicum jura constituerentur, jus esset latrocinari, jus ipsum adulterare. « Cicerone *de el- gibus* I, 16.

Il quale principio fu poi accolto e largamente svolto dalla scuola del diritto naturale. Il concetto comune che si ha della giustizia, va al di là della legge positiva. E popolare il detto di quell' antico magistrato: « poco m'importa della legge, purch'io renda giustizia ». Colui, talvolta, per rispettare il diritto naturale, offendeva il diritto positivo: per lui la giustizia stava alla legalità, come il diritto sta alla legge. Egli era incurioso di questa al paragone di quella.

Ben si comprende come il concetto di giustizia sia assai più e meglio inteso di quello di diritto. La giustizia indica il fatto, il diritto, il principio. Gli antichi Greci ebbero, di quella, nozione assai più chiara che non del diritto; e questo abbracciarono in quella, che considerarono come divinità ispiratrice. Presso i romani la confusione fra diritto e giustizia in parte perdurava ancora, sebbene, come abbiám visto, essi stabilissero una certa cronologia. Ai nostri giorni, però, debbonsi distinguere nettamente i due concetti. È da notarsi poi che nella antica Grecia la supremazia dell' idea di giustizia era tale che la si trasportava anche al mondo fisico. Eraclito per esempio, come già tutta la scuola ionia, considerò la giustizia quale la necessità fisica per cui le cose tutte debbono mantenersi al loro proprio posto. Quanto alla intrusione dello elemento etico nella idea di giustizia, ne vedemmo un riflesso nella *voluntas* di Ulpiano. Giova ricordare anche che il concetto teologico, il quale ascrive la giustizia fra le virtù cardinali, ha trovato eco in molti antichi giuristi (1).

La nozione di giustizia contiene in sè un rapporto ed è perciò *relativa*. Questo rapporto non è tanto di uguaglianza, quanto di proporzione (2), ossia contiene il rispetto ai diver-

(1) WOLFIO scrisse: « Iustitia dicitur *virtus* qua unicuique tribuitur *jus suum* perfectum... et ex adversu *Iniustitia vitium* qua... ecc. » *Inst. juris Nat.* § 85.

(2) A ciò non contradice il detto del Vico ricordato a pag. 186 nota 3 di questo libro (*De uno univ. juris* ecc. XLIII) Basta riflettere come la *mensura* fosse er il Vico transfusa nel concetto di *iur.*

si diritti individuali secondo la varia estensione loro. Il quale concetto proporzionale fu egregiamente rilevato per il primo da Aristotele (forse influenzato da Pitagora) presso il quale la giustizia era il *numero quadrato per eccellenza*, a cui deve riportarsi la distinzione, della quale si è tanto scolasticamente abusato, fra giustizia *retributiva* e *distributiva*: l'una procedente colla *ragione aritmetica* l'altra colla *geometrica* (1).

Malgrado che, per il modo di svolgimento del suo obbietto, la giustizia sia *nozione relativa*, pure in sè stessa è *assoluta*, in quanto assoluta è l'idea che le dà origine: il diritto. L'assolutezza della giustizia fu ammirabilmente espressa da Ulpiano coi due aggettivi *constans et perpetua*. In fatto una attribuzione di diritti temporanea o accidentale contraddice all'essenza stessa del diritto. Inoltre è da notare che la giustizia, consistendo nell'attribuzione del suo a ciascuno, ha un obbietto perfettamente determinato, che le impedisce di eccedere in un senso o in un altro, sotto pena di non esser più vera giustizia. Sotto questo riguardo, ben fu detto avere essa l'esattezza delle matematiche (2).

La giustizia implica la realizzazione del diritto. Quindi consta dei seguenti momenti: un diritto; una controversia su questo; un giudice; una sentenza definitrice della controversia riconoscente ed attributiva del diritto; una forza capace di far eseguire la sentenza, cioè, in questa, il diritto. Onde è che nel giudice, organo della giustizia, si ha, per dirla con Aristotele, il diritto stesso animato (3).

(1) ARISTOTELE *Etica Nicomachea* V, 4-8 e seg.

(2) « La giustizia si distingue dall' esercizio di tutte le altre virtù che possono cadere in eccesso quando il principio che le informa oltrepassa i limiti della convenienza.... La fortezza p. es. può degenerare in asprezza, la pietà in mollezza, ma la giustizia non può mai cangiare, peggiorando, natura ». SCLOPIS *Autorità giudiziaria* cap. I.

(3) « Adire ad iudicem adire ad jus est; nihil enim videretur aliud esse iudex quam jus animatum » ARISTOTELE *Etica Nicom.* L. V. cap. 4 (7) 1132, 50.

Ben si comprende come Cicerone, esagerando, credesse indifferente l'adottare l'una o l'altra forma di governo purchè si avesse giustizia in società (1). Nè posso non trascrivere le belle parole del Vico; il quale, dopo avere premesso che il *verum* e l'*aequum bonum* sono gli elementi costitutivi della giustizia, continua: « A ragione Scipione l' Africano, presso Cicerone, referente S. Agostino (2), insegna *sine justitia nullam stare posse civilem societatem*: idea che si legge in Aristotele nell'esempio dei ladroni, i quali, se non dividessero egualmente le prede, non potrebbero sussistere nella loro società *quamquam injuriæ*. Ciò prova anche Cicerone coll'esempio abbastanza acuto di un solo degli organi di un corpo animato, il quale, se a sè solo chiamasse tutti gli alimenti, allora, *contabescentibus aliis*, tutto il corpo e sè con esso corromperebbe » (3).

Dall'anzidetto facilmente traesi la conclusione che nello Stato giuridico l'osservanza della giustizia è condizione intrinseca.

IV.—Definizione del potere giudiziario.

Dicesi comunemente che il potere giudiziario sia quello che « applica le leggi ». La frase, presa alla lettera, è erronea: tutti applicano le leggi, così il potere governativo come i privati cittadini. Meglio sarebbe il dire, che il potere giudiziario « applica la legge nei casi controversi »: sebbene molte controversie, sorgenti dall'applicazione di leggi speciali, non sieno definite dall'autorità giudiziaria, ma dall'amministra-

(1) « Quid quaeso interest inter unum et plures, si justitia est in pluribus » ? CICERO *De rep.* I, 39. L'esagerazione proviene appunto dal non riconoscere la influenza che la forma di governo esercita sull'avversarsi o no la giustizia.

(2) S. AGOSTINO *De civitate Dei*, Libro II. cap. 21.

(3) VICO, *De uno univ. Juris*, LIX.

tiva. Ancor meglio sarebbe lo specificare ulteriormente, col dire che quello « *definisce le controversie giuridiche, nascenti dall'applicazione delle leggi* ». Il potere giudiziario quindi definirebbe quelle controversie in cui le parti *certant de jure* e non per pura convenienza economica, o per qualsiasi privato interesse; o per ragioni meramente politiche e più particolarmente amministrative. Ma il concetto della *controversia*, sia pure *giuridica*, non esaurisce, epperò non definisce, il campo d'azione del potere giudiziario. Questo, invece, io così descrivo: « *previene le violazioni del diritto, definisce le controversie giuridiche nascenti dall'applicazione delle leggi, reintegra il diritto offeso* ».

Potrà osservarsi da taluno che sia soverchio il distinguere la *definizione delle controversie* dalla *reintegra del diritto*, e che basti il porre l'una o l'altra. Può dirsi che, se in ogni controversia di diritto, una parte ha ragione e l'altra torto, questa per *presumptio juris et de jure*, offende il diritto: quindi la sentenza che la condanna reintegra il diritto offeso. Viceversa può osservarsi che, anche nelle più flagranti violazioni della legge penale, si ha una controversia, in quanto il reo nega di esser tale o, almeno, di esserlo nei modi e nella misura che pretende l'accusa. Rispondo però che scopo di ogni definizione deve essere la *descrizione* di ciò che è contenuto nel definito, chè altrimenti rischiasi di cadere in audaci e generiche generalizzazioni. Giova quindi specificare le diverse parti del contenuto. Oltre a ciò, è solo per virtù di sottigliezza (alcun po' metafisica) che può dirsi che ogni controversia giuridica costituisca una violazione di diritto per colui il quale perderà. In tutt'i casi la violazione non potrebbe esser riconosciuta che dal magistrato, ossia non avrebbe quel carattere che solo posteriormente al giudizio.

Ma, lasciando andare questo argomento, che ci si potrebbe ritorcere spesso nella materia penale, è certo che nella materia civile (ove si eccettuino soventi le turbative di possesso ed altri casi analoghi) non si ha per lo più violazione di leg-

ge, con deliberato proposito, ma vere controversie, in cui ambo le parti assumono di aver agito secondo legge. In materia penale si nega per lo più il fatto, ma son vari i dubbii che un tal fatto sia delittuoso. In quella civile, invece, sebbene il fatto sia sempre confuso col diritto, pure la considerazione di questo più visibilmente può staccarsi dalla contemplazione di quello; laonde non si può *offendere* un diritto che si discute e che dal magistrato deve essere definito.

Più grave argomento di critica sarà per me l'aver detto che il potere giudiziario *previene le violazioni del diritto*. Ma occorre por mente all'indole del *potere*, il quale è manifestazione di sovranità. L'oggetto del potere giudiziario è la *guarentigia del diritto*, e questa può essere preventiva o repressiva. Quindi in quello è compresa la *polizia giudiziaria* (1). Il quale principio, indiscutibile in sè, ha grande importanza pratica. La *polizia*, in uno Stato giuridico, deve uscire dal campo politico ed entrare in quello giuridico. Non deve essere attribuzione del potere governativo, ma di quello giudiziario. Ripeto che la polizia deve intendersi come *guarentigia preventiva*: ora, la guarentigia, qualunque essa sia, abbraccia sempre un concetto giuridico.

V. — *Realità del potere giudiziario.*

Molti scrittori, sviluppando ed esagerando alcune frasi di Montesquieu, dicono che due soli poteri vi hanno: il legislativo e l'esecutivo; ed in questo comprendono il giudiziario, il quale non pare, a loro criterio, avere altro ufficio se non quello di eseguire, in certi modi e condizioni, la legge. Erroneo è il concetto, perchè il contenuto del potere giudiziario è di *garantire il diritto*: e tale ufficio ha realmente la nobiltà di un

(1) Il concetto sembrami di grande importanza. In proposito rimando alla sistematica di MOHL.

potere. Se abbiain detto non esser lecito considerare come mero esecutore il governo, il quale entro i limiti della legge ha suità volitiva ed altezza di un imperio; a maggior ragione ciò diremo per il potere giudiziario. Questo è realmente sovrano, come se ne ha manifestazione eloquente (sebbene dai giuristi pubblicisti poco notata) nello istituto della *res judicata*, la quale *pro veritate habetur*. Essa costituisce per il caso particolare un responso così assoluto, come per quelli generali è la legge. Non soltanto dunque nel potere giudiziario è autonoma ed assoluta la ragione teleologica; ma tale è anche la manifestazione concreta.

Un'osservazione di molto rilievo si è che nel potere giudiziario ciò che è contenuto è, insieme, scopo: la guarentigia del diritto. Questa si esplica mercè la *giurisdizione*, quasi *potestas jus dicendi*, colla quale praticamente definiscesi da che parte stia il diritto, ed a questo si dà *sanzione coattiva*. È a notarsi che la giurisdizione presuppone la legislazione. Tale è il sistema prevalente, che risponde ad alcune essenziali caratteristiche dello Stato giuridico. Non è a credersi però che un tale sistema sempre sia esistito al mondo: sovente la legge è stata confusa nel giudizio, ed il giudice si è arrogato l'ufficio di legislatore.

In un mio recente lavoro (1), ho cercato di dimostrare una specie di legge storica, secondo cui si succederebbero (colla forma dei corsi e dei ricorsi) due sistemi diversi: la sentenza, rigida esecutrice della legge; la sentenza, modificatrice e creatrice della legge. Ho creduto, anzi, di poter notare che la tendenza odierna sia ad allontanarsi dalla prima forma e ad avvicinarsi alla seconda, in ispecial modo mercè l'arbitrato, le azioni popolari, la giurisdizione volontaria e nuovi democratici modi di nominare i magistrati. Non mi ripeto: noto soltan-

(1) *Evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, nell'Archivio giuridico 1889.

to che, per la logica del sistema, lo Stato giuridico dovrebbe preferire la prima forma; ma poichè in queste materie deve essersi sottoposti alle larghe e complessive determinazioni politiche, quello può accettare anche la seconda.

In ogni caso, l'altezza, anzi la sovranità, del *potere giudiziario*, si impone sempre.

VI.—*Le guarentigie rispetto alla legge*

Abbracciando il potere giudiziario il sistema di guarentigie giuridiche in generale, sorge questione se esso abbia competenza anche contro alla legge. Per noi, giusta le premesse, la risposta negativa è pronta. Nulla è superiore alla legge, che è la espressione del diritto medesimo. Ma la questione è grave quando si faccia distinzione fra le varie specie di leggi. E la distinzione può esser duplice. Dapprima, come si è visto, si può far differenza fra le leggi più strettamente giuridiche e quelle genericamente politiche: si può dire quindi che azione giudiziaria competa avanti al magistrato, quando le seconde violino alcuni precetti contenute nelle prime. Ma la illazione sarebbe falsa; poichè erronea è la premessa. Non nego fra le varie leggi differenze obbiettive, secondo che il loro contenuto sia più o meno politico; ma in tutte il carattere giuridico (formale) è sempre identico: onde non possonsi fra loro istituire gerarchie. Altra differenza potrebbe farsi fra le leggi ordinarie e quelle che determinano i fondamentali modi di essere della costituzione politica, ossia gli *Statuti* che ordinano gli organi i poteri e le funzioni dello Stato. Così negli Stati Uniti del Nord America, giudicasi fino a qual punto le leggi sieno conformi alla costituzione. Ma un siffatto sistema non è accettabile per noi, che abbiamo respinto il potere legislativo qual distinto dal costituente; inoltre è contrario alla essenza della volontà dello Stato; offende la sovranità del Capo dello Stato, e del parlamento; perturba l'azione dei poteri pubblici; li sottopone al formalismo della ermeneutica legale. — Niuna

guarentigia, se non d'ordine politico e preventivo ossia « nello esercizio regolare della sovranità nazionale » (c repressivamente la rivoluzione) compete contro il contenuto della legge (1). Questo, per lo Stato giuridico, è cardine.

Ma altro è *contenuto*, altro è *forma*. Il magistrato come dice lo Zachariae non può giudicare *de lege* ossia della convenienza o della necessità o giustizia delle leggi ma « può e deve giudicare se, in una legge, esista la *forma costituzionalmente necessaria e corrispondente all'obbietto ed al contenuto della legge stessa* » (2). Assai nettamente il Gabba dice che si deve distinguere fra la *costituzionalità* e l'*esistenza* delle leggi: i magistrati incompetenti a giudicar di quella, possono portare il loro esame su questa (3). In ciò i giuspubblicisti sono d'accordo cogli scrittori di diritto privato (4). Rimando alla bella trattazione che ha fatto dell'argomento l'Orlando (5). Che dire infatti d'una legge la quale si asserisce essere stata fatta col concorso dei tre organi del potere legislativo, alla quale tale concorso mancasse in tutto o in parte per uno di quelli? Il Laband dice essere accademica una tale

(1) LAURENT *Principes de droit civil* vol. I, n. 31. — Questo punto è fermo nella dottrina. Cfr. RENAUD *Rechtliche Gutachten* I; JELLINEK op. cit. passim; e la diligentissima nota (a) apposta dai traduttori italiani al L. I del WINDSCHEID. ed. cit.

(2) ZACHARIAE op. ed. cit. vol. II, § 175 p. 243 e seg.

(3) GABBA nella nota alla sentenza 20 giugno 1886 della Cassazione di Roma—nel *Foro italiano* n. XI, p. 105 e seg.

(4) VANGEROW *Lehrbuch der Pandekten* (§ 12, vol. I, p. 38-39 ed. Marburg 1865) — WINDSCHEID op. cit. L. I, § 14 — nota dell'aut. a pag. 48 e dei trad. a p. 107—Sulla questione cfr. MEYER nell'*Holtzendorff's Rechtslexikon* vol. III, pagine 225-6. Leipzig 1886 il quale afferma che « l'esame dei magistrati non deve assolutamente limitarsi alla *validità giuridica della forma*, ma in certa guisa estendersi alla *giuridica efficacia del contenuto*... ».

(5) ORLANDO *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* L. I, cap. II.—Veggasi anche lo studio diligente di G. B. UGO *Le leggi incostituzionali*.

questione, perchè impossibile il caso (1). L'esperienza però ha dimostrato non esser ciò vero, e molte volte, se non altro per errore, esserci fra i deliberati dei varii organi del potere legislativo diversità (2).

L'opinione ch'io seguo è dominante nella scuola. Vi si obietta però che la legge non può essere altra se non quale è *promulgata* dal sovrano: (3). Ma con ciò si travisa l'istituto della promulgazione. A parte che questo è più tosto atto del potere governativo che del legislativo (Gabba), esso non può certo portar seco l'annullamento delle potestà parlamentari. La promulgazione è condizione necessaria perchè la legge esista, ma non è tutta la legge. Delle norme giuridiche assolute vi hanno che regolano la formazione della legge: il potere giudiziario, garentitore universale del diritto, deve garentire anche l'osservanza di quelle forme.

(1) LABAND op. ed. cit. p. 45 e seg.

(2) Ricordo un caso singolare in Italia, di cui la dottrina non si è ancora occupata, ma di cui si è discusso in Senato nel dicembre 1887: l'art. 20 della legge del 1866 sulla soppressione delle corporazioni religiose, a proposito dei corpi redditizii appartenenti ai soppressi ordini, dice che dessi si posson cedere ai Comuni purchè questi si obblighino a corrispondere un'annua rendita allo Stato: rendita, soggiunse, « *affrancabile in ragione del 5 per cento* ». Quest'ultimo inciso, quale è scritto nella legge promulgata, non fu mai nè presentato nè discusso nè approvato dalla Camera, nè dal Senato; il quale, a motivo della guerra allora scoppiata con l'Austria, diede facoltà al Governo di pubblicare come legge il testo già stato approvato dalla Camera. — Si domanda: *quid juris*? Evidentemente, se per esempio un privato o un Comune, domandasse di affrancare quella rendita, non in ragione di 20 annualità, come dispone quello inciso intruso, ma in ragione di 15 (come la legge più benigna del gennaio 1880 permette), non gli si potrebbe opporre la legge del 1866, che in quella parte è incostituzionale; ed i magistrati avrebbero il diritto, anzi il dovere, di pronunciare la inefficacia di quello inciso di fronte ai terzi.

(3) Così LABAND loc. cit. — GERBER equivocamente parla del *rispetto* che si deve al sovrano (op. cit. § 49) — Veggasi contro, con molta nettezza, ORLANDO loc. cit.

VII.—*Le quarentigie rispetto al governo ed alla amministrazione.*

Il principio generale dello Stato giuridico è di garentire sempre il diritto, grazie al carattere obbligatorio e reciproco di questo. I diritti che i cittadini possono avere di fronte allo Stato, debbono essere garentiti. La garenza giuridica per eccellenza è quella giurisdizionale; i cittadini quindi hanno *azione* contro lo Stato, per la tutela dei loro diritti. Erroneamente è stato detto che lo Stato non può esser *parte* (1). Vuolsi sempre distinguere lo Stato in quanto è sovrano ed in quanto è persona giuridica, operante per fini particolari. Nella prima ipotesi è irresponsabile, vuoi che crei la legge (potere legislativo), vuoi che con altezza di imperio operi entro la legge (potere governativo), vuoi che applichi e dichiari il diritto (potere giudiziario). Nella seconda invece è responsabile: allora esso è *amministratore*, ed io ricordo la fondamentale distinzione fra governo ed amministrazione. Allora lo Stato deve eseguire la legge, è a questa sottoposto come ogni privato cittadino: deve dare piena guarentigia giuridica, ossia giurisdizionale, che la legge rispetti.

Da questa posizione sistematica, trae origine la *giustizia amministrativa* (2), di cui facilmente giusta l'anzidetto desumiamo l'indole, il carattere, i limiti. Si può intentare azione contro l'amministrazione dello Stato, ove essa violi la legge o il decreto. Il decreto, infatti, essendo emanazione del potere governativo è superiore all'amministrazione, crea diritto nei terzi, rende responsabile chiunque lo violi, deve essere fatto osservare. Ciò, ben inteso, fino a quando esso non sia revo-

(1) Cfr. MANTELLINI, *Lo stato ed il codice civile* vol. III p. 316 e seg.

(2) Cfr. la bella posizione sistematica che dà alla questione lo SPAVENTA nel suo memorabile discorso del 7 maggio 1880 che tanta influenza ha esercitato sulla scuola italiana in quest'ultimo decennio.

cato regolarmente con altro decreto. Infatti *illius est solvere a legibus cuius est condere leges*.

La questione, delicatissima fra tutte, nello Stato giuridico è quella di determinare quali atti siano di *sovranità* e quali di *amministrazione*. Certamente bisognerebbe restringer quelli ed allargare questi. Gioverebbe grandemente però che la legge positiva intervenisse a specificare con nettezza e gli uni e gli altri. La tendenza infatti dello Stato, quale ente investito di forza, è a prosciogliersi da ogni vincolo e da ogni responsabilità. Ma ciò in un sistema giuridico non è ammissibile.

Sorge grave questione sull' indole della giurisdizione amministrativa. È dessa *sui generis*? Ha carattere particolare e quasi eccezionale? Oppure è una branca della comune e normale giurisdizione, diversa solo per l'obbietto e non per alcun suo intimo carattere o essenziale condizione? (1). La questione è importante per la specialità della competenza e del foro, assumendosi da molti scrittori (e così praticandosi da varie legislazioni) che per quella debba aversi magistrato speciale: *contenzioso amministrativo*. Ma alla sistematica dello Stato giuridico è più confacente il principio della competenza dei magistrati comuni, ossia dell'unità della giurisdizione (2). Ciò risponde meglio all'indole del potere giudiziario, che abbraccia l'universal campo delle guarentigie del diritto; inoltre dà maggiore affidamento pratico che si abbia giustizia (3).

(1) Per il BAEHA « die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist eine Rechtsprechung wie jede andere ». Veggansi parimenti WESTERKAMP, STENGEL, SCHMITT. Una sostanziale *privatrechtliche Theorie der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, si ha in SARWEY *Das öffentliche Recht u. die Verw. 'srechtspflege*, Tübingen 1880, pag. 73 e seg. — Cfr. BORNAHK op. cit. vol. II, § 138.

(2) È la teorica prevalente in Italia dottamente svolta dal BONASI per la *responsabilità*.

(3) Contro: MEYER, *Enciclopedia di Holtzendorff*, I, p. 953, i pr. GNEIST *Lo Stato secondo il diritto* X e note 62 e 63 — La tesi dell'unità di giurisdizione è egregiamente sostenuta dall' ORLANDO op. cit. c. III, § 2.

Appunto perchè nelle contenzioni amministrative lo Stato è parte, non deve nel medesimo tempo essere giudice.

Mi affretto a riconoscere però che l'ideale sistema della unità di giurisdizione non è sempre applicabile; esso presuppone in fatto indiscussa la maestà della legge, universale la coscienza del giusto, rigorosamente scissa la ragion politica dalla giuridica, incontrastabilmente supremo per virtù, per scienza e per pubblica fiducia, l'ordine giudiziario. Ma quando queste condizioni non sono realizzate, così come vuole la loro idea teleologica, deve ricorrere alle magistrature speciali. È un grande progresso quando si creano nuove giurisdizioni; ed io credo di poter affermare che esse non possono altrimenti sorgere che con l'ausilio di magistrature speciali. Rilevo una analogia storica di sommo momento, che mi riservo svolgere in altra occasione. Come un nuovo sistema di legislazione sorge mercè il lavoro *differenziante* dei giudici chiamati ad applicare le antiche leggi (1); così ogni nuovo sistema di giurisdizione si afferma, mercè la *differenziazione* di molte magistrature speciali. L'evoluzione storica non consente che si passi alla *integrazione* dell'unica giurisdizione. Affermo pertanto la niuna rispondenza logica finale delle magistrature speciali col sistema dello Stato giuridico; pure esse rappresentano necessari momenti storici nella evoluzione di questo.

Alcunchè di simile è a dirsi intorno alla differenza che le scuole e molte leggi positive fanno fra *interesse* e *diritto*, dicendo che all'uno spetti il *reclamo*, all'altro l'*azione* (2). A rigor di logica il reclamo non avrebbe ragion d'essere; poichè o l'amministrazione è obbligata a tener conto delle ragioni dei privati cittadini, e allora a questi compete azione giudiziale.

(1) Rimando daccapo alla mia *Evoluzione storica dei rapporti fra legislaz. e giurisdizione*.

(2) V. per la più netta positura dottrinale STEIN *Verwaltungslehre*, vol. I, pag. 440 e seg.

ria; o non è obbligata, e quella deve essere irresponsabile. I cittadini rispetto ad essa non dovrebbero avere altro che *interessi giuridici*, ossia garentiti dal diritto.—Ma anche questo è un ideale e fino a quando non sia, non dico raggiunto, ma reso vicino dalla evoluzione progressiva dello Stato moderno, giova accontentarsi di forme intermedie (se non pure ibride), quali il *reclamo* che non è guarentigia giuridica e neanche politica, la quale però, per la specialità dell'obbietto e del campo, non può altrimenti chiamarsi che *amministrativa*.

Concludiamo che, non l'azione governativa, ma quella amministrativa dovrebbe sempre procedere di pari passo con un rigoroso sistema giurisdizionale. In tal modo lo Stato giuridico sarà veramente tale; ossia presterà efficaci guarentigie, perchè in esso sia rispettato il diritto, quale dalla legge è riconosciuto.

CONCLUSIONE

Riassumo le principali conclusioni cui sono pergiunto lungo il faticoso cammino percorso. A vero dire, io non ho trattato che la *parte generale* della Teoria dello Stato giuridica, ossia i principii fondamentali su cui questo riposa. Mi riservo di svolgere quanto prima la parte speciale, applicando i principii ai singoli rapporti ed istituti.

Lo Stato giuridico è un' *autonomia*, una *tendenza*, una *legge storica*, un *ideale*, un *sistema*. In esso mira ad identificarsi lo Stato moderno, nella sua evoluzione. Il crescente sviluppo della *coesione* sociale, l'incremento delle *potestà dei governanti*, l'armonico svolgimento del *principio individuale* e del *sociale*, la forma specifica del principio di nazionalità, il progressivo allargamento del *campo d'azione del diritto*, sia pubblico sia privato, l'afforzantesi *coscienza* giuridica, la insofferenza progrediente delle *violazioni* del diritto, il continuo impellente bisogno di *guarentigie*, la necessaria *riazione* delle forme e dei fattori politici, su tutta la vita del diritto; queste ed altre mol-

te sono ragioni storiche determinanti lo sviluppo dello Stato giuridico. Logicamente poi, corroborando la *ricerca induttiva* colla *dimostrazione deduttiva*, premettesi il *sistema dei bisogni* che sono manifestazione dello scopo dell'uomo; affermansi le *limitazioni naturali e sociali*; distinguonsi queste in *economiche, morali e giuridiche*; riconoscesi la *necessità* dello Stato, quale «organo sociale del diritto e di soddisfazione dei comuni bisogni». Esaminando da vicino l'idea di diritto, distinguonsi i *momenti finali* dai *formali*. Teleologicamente, si riconosce il diritto come *legge reciproca delle azioni umane*. Formalmente, quale *rapporto* fra la *facoltà* e l'*obbligazione*; sistema di *garenzie*, limite, *misura*; *media geometrica*; *condizione di sviluppo*, di *coesistenza* e di *organamento*; mezzo per evitare la *lotta*; principio *estetico*; in ogni ipotesi e sempre principio pratico ed attuoso, provveduto di *sanzione* e di *coazione*. Dalle quali indagini e dimostrazioni, deducesi sicuramente che lo Stato è *mezzo* allo scopo del diritto, e però affermarsi la necessità razionale dell'idea di Stato giuridico.

Questo, identificandosi coll'idea del diritto, ha per *subbietto persona*, sia dell'individuo, sia dello Stato; ed, in tutte le sue manifestazioni, vuole esser sempre circondato dalle due condizioni giuridiche essenziali, la *libertà* e l'*uguaglianza*.

Nel campo strettamente costituzionale, il diritto di *sovranità originaria* non può risiedere in altri fuorchè nel complesso di individui costituenti il popolo. La *ragion giuridica* primordiale, trovasi in ciascuno di quelli; ma *organica* è l'indole del diritto. Dalla sovranità originaria si passa alla *imperante*, mercè il tramite della *rappresentanza*. Questa deve esser *giuridica*, ossia *libera* ed *uguale*, contiene una *delega*, che non è un *mandato*, non è una *negotiorum gestio*, ma ha una figura giuridica *sui generis*. Voglionsi distinguere le *forme* dai *principii politici*. Questi son tre; ed in qualsiasi reggimento, esplicano la loro efficacia. Laonde la rappresentanza giuridica deve esser triplice: *concreta* nel capo dello Stato; *discreta*

nell' assemblea democratica, *mediana* e *modale* in quella aristocratica.

I *poteri* dello Stato debbono considerarsi dall' aspetto *logico*, dal *politico*, dal *giuridico*. Sotto quest' ultimo riguardo distinguonsi in tre: *legislativo*, che intende alla determinazione positiva del diritto; *governativo*, che intende all' azione concreta pei fini politici, sotto la determinazione e dentro i confini del diritto; *giudiziario*, che intende alle guarentigie del diritto — La legge, contiene tutto ciò che è diritto positivo. Preferibilmente è *scritta*; ma non escludesi che possa essere *consuetudinaria*, nei più propri rapporti politici. *Formalmente* tutte le leggi hanno egual valore. Ragioni politiche determinano la diversa efficacia dei diversi *organi legislativi*, nella determinazione delle diverse leggi. — Il Governo esercita atti di *sovranità* ed ha *suità volitiva* (onde il decreto) sotto e dentro la legge. Distinguesi dalla *prerogativa* e dall' *amministrazione*. È personificato nel *Ministero*, il quale, di fronte agli organi supremi rappresentativi (capo dello Stato e due assemblee) trovasi nella condizione del *negotiorum gestor*, ed è giuridicamente e politicamente *responsabile*. — Le *guarentigie giuridiche* sono essenzialmente *giurisdizionali*. Deve farsi salva la *giustizia*, che è l' attribuzione del diritto suo a ciascuno. Non si hanno guarentigie giuridiche avanti alla legge o al governo o ai giudici, in quanto sovrani, se non per l' osservanza delle *forme di legge*. Si hanno bensì guarentigie *sostanziali* ed *estrinseche* avanti all' *amministrazione*.

I lettori vorranno riconoscere, spero, se non altro, un certo valore logico alla sistematica. E vorranno, spero ancora, riconoscere, in questa, indipendenza di talune teoriche, in buona parte convenzionali e determinate da ragioni politiche che oggi predominano in Germania, nè colà soltanto. Ho cercato, nel ricostruire il sistema dello Stato giuridico, di fondarmi sulle più pure tradizioni di KANT da un lato, di ROMAGNOSI dall' altro; tenendo conto però delle condizioni sociali e politiche della età nostra. Mi sono informato anche alle tradizioni

liberali, che sono proprie alla scuola italiana. Arduo era l' argomento, poco esplorato in parte il cammino; in altra e maggiore parte, confuso ed intralciato da contraddizioni di scuole, da preoccupazioni politiche, da filosofemi dottrinali, da empirismi vuoti, da ermeneutiche inopportune. Sono quindi giustificato, se, per varii riguardi, l' opera mia apparirà sproporzionata al compito assunto.

INDICE

CAP. I.—*Concetto generale dello Stato giuridico.*

I. Indole del presente studio	Pag. 1
II. Cenni critici sulla letteratura dello Stato giuridico	» 2
III. Necessità del sistema	» 6
IV. Contenuto del presente studio	» 8

CAP. II. — *Del metodo.*

A quale scienza appartengano le ulteriori ricerche	Pag. 8
I. La scienza politica	» 9
III. L'aspetto giuridico	» 14
IV. Il metodo filosofico	» 15
. Il processo logico	» 16

CAP. III.—*Genesi logica dello Stato e del diritto.*

I. La socialità	Pag. 19
II. Il sistema dei bisogni	» 22
III. Aspetto economico della società	» 23
IV. Aspetto morale della società	» 25
V. Il diritto come limitazione delle pretese individuali	» 27
VI. Limitazioni naturali	» 29
VII. Limitazioni sociali. La forza	» 30
VIII. Limitazioni morali e spontanee	» 31
IX. Induzione dell'idea di diritto	» 33
X. Lo Stato organo sociale di soddisfazione dei bisogni comuni	» 34
XI. Lo Stato organo sociale del diritto	» 35
XII. Necessità dello Stato	» 36
XIII. Principio individuale e sociale	» 37
XIV. Definizione dello Stato	» 38
XV. Contenuto della nozione di Stato: popolo e governo	» 40
XVI. Momenti della nozione dello Stato: costituzione ed azione	» 43

CAP. IV.—*Lo Stato giuridico in funzione dello Stato moderno.*

I.	L'evoluzione dello Stato giuridico	Pag. 44
II.	Il tipo storico nello Stato	» 47
III.	Il tipo dello Stato moderno	» 48
IV.	L'organismo sociale	» 49
V.	La coesione sociale	» 50
VI.	La macchina dello Stato	» 51
VII.	Legge di sviluppo dei principii individuale e sociale	» 54
VIII.	Il principio sociale e quello nazionale	» 56
IX.	Il principio sociale e le forme politiche	» 58
X.	Lo sviluppo del diritto	» 60
XI.	Speciali osservazioni sullo sviluppo del diritto privato	» 61
XII.	Le guarentigie	» 63

CAP. V.—*I momenti della idea di diritto.*

I.	Metodo nello studio dell'idea del diritto	Pag. 65
II.	Nozione dei momenti	» 66
III.	Momenti finali e formali	» 68
IV.	Concetto generale dello scopo	» 69
V.	I principii di finalità e di causalità	» 71
VI.	Lo scopo e la legge	» 72
VII.	Leggi naturali sociali	» 77
VIII.	Leggi morali ed economiche	» 78
IX.	Le leggi giuridiche. Concetto finale del diritto	» 79
X.	L'elemento formale nella nozione di diritto	» 80
XI.	L'idea astratta del diritto e la forma eminente del contratto. La facoltà e l'obbligazione. La coazione	» 83
XII.	Il diritto come sistema di garanzie e di condizioni	» 84
XIII.	Il diritto come limite, misura, proporzione	» 86
XIV.	Applicazione della matematica allo studio dell'idea del diritto	» 87
XV.	Il diritto come media geometrica. Relativa formola	» 90
XVI.	Il diritto come condizione per evitare la lotta	» 94
XVII.	Il diritto come principio estetico	» 96
XVIII.	I varii momenti della idea di diritto e lo Stato giuridico	» 98

CAP. VI.—*Le condizioni dello Stato giuridico.*

I.	Concetto generale della condizione	Pag. 101
II.	I « diritti dell'uomo »	» 102
III.	La padronanza originaria	» 104
IV.	La proprietà personale	» 106
V.	La libertà	» 107
VI.	L'eguaglianza	» 109

CAP. VII.—*Teoria giuridica della Sovranità.*

I.	Posizione della questione	Pag. 111
II.	Sovranità originaria ed imperante	» 112
III.	Sviluppo storico della teorica	» 115
IV.	Fondamento logico del diritto di sovranità originaria	» 117
V.	Contenuto del diritto di sovranità originaria	» 119
VI.	Subbietto del diritto di sovranità originaria	» 121
VII.	Continuazione. Il diritto di sovranità originaria negli individui	» 123
VIII.	Indole organica del diritto di sovranità originaria	» 125
IX.	Il diritto dei più capaci — Passaggio alla sovranità imperante	» ivi

CAP. VIII.—*Teoria giuridica della Rappresentanza.*

I.	Concetto largo della rappresentanza	Pag. 127
II.	Forme e principii di governo	» 129
III.	Lo Stato giuridico ed il governo rappresentativo	» 133
IV.	Fondamento e condizioni della rappresentanza giuridica	» 134
V.	Rappresentanza discreta e concreta	» 136
VI.	La rappresentanza democratica	» 138
VII.	Il Senato	» 141
VIII.	Il Capo dello Stato	» 144
IX.	Riassunto della teoria giuridica — La rappresentanza ed il mandato	» 146

CAP. IX.—*I poteri dello Stato.*

I.	Concetto generale dei poteri	Pag. 149
II.	I poteri in senso logico	» 150
III.	I poteri in senso politico	» ivi
IV.	I poteri in senso giuridico	» 151

CAP. X.—*La legge.*

I.	Concetto generale della legge (diritto positivo)	Pag. 151
II.	Legge scritta e consuetudinaria	» 152
III.	Contenuto della legge	» 154
IV.	Organi della legge	» 156
V.	Potestà costituente	» 158
VI.	Il bilancio e le leggi finanziarie	» 159

CAP. XI.—*Il Governo.*

I.	Concetto del governo in uno Stato giuridico	Pag. 162
II.	Organi del potere governativo	» 164

III. Teoria giuridica del Ministero	Pag. 165
IV. Il decreto	» 167
V. L' amministrazione	» 169
VI. La prerogativa	» 170

CAP. XII.—*Le guarentigie del diritto.*

I. Concetto generale delle guarentigie	Pag. 172
II. La responsabilità	» 173
III. La giustizia	» 174
IV. Definizione del potere giudiziario	» 178
V. Realtà del potere giudiziario	» 180
VI. Le guarentigie rispetto alla legge	» 182
VII. Le guarentigie rispetto al governo ed all'amministra- zione	» 185

CONCLUSIONE	Pag. » 188
-----------------------	------------