

Giovanni D'Accurso
 Biblioteca del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Francesco Ruffini"
 Servizi di reference,document delivery e prestito interbibliotecario

NS RIF.: 80/B/10 VS RIF.: richiesta n. ILL 4355 N° pp. (inclusa copertina): 23.	
STRUTTURA C.A. FAX Egidia Mosca 0532455459 Biblioteche e musei Università di Ferrara	Da STRUTTURA NUMERO FAX NUMEROTELEFONO E-MAIL dd-ill-ruffini@unito.it
Dipartimento di Scienze giuridiche- Università degli Studi di Torino 011/6703606 011/6703556	

FAX

Estratto dall'Annuario dell'Università per l'anno 1907-908

LA PARABOLA DI UN CONCETTO

DISCORSO INAUGURALE

PER L'ANNO ACCADEMICO 1907-908

LETTO NELL'AULA MAGNA DELLA UNIVERSITÀ DI CAMBRINO

IL 17 NOVEMBRE 1907

dall'Avv. **LUIGI RAGGI**

Professore ordinario di diritto amministrativo





I.

La denominazione di « *Stato di diritto* » è una di quelle che più frequentemente si incontrano nelle trattazioni odierne italiane del diritto pubblico. Con queste parole (come pure con le affini: « *Stato Giuridico* » (1), « *Stato secondo il diritto* » (2) e anche « *Governo legale* » (3)) si tenta tradurre il vocabolo tedesco « *Rechtsstaat* »; vocabolo che nella nostra letteratura pubblicistica ha una grande diffusione. Presso di noi è (si può dire) diventato un vocabolo di moda. Qualunque modificazione, qualunque progresso, qualunque innovazione vogliasi in-

(1) Tale espressione è preferita dall' *OLIVIERI*, dal *MARX*, dall' *OLIVIERI*.

(2) Uso tal frase l' *ARRON*.

(3) Così propone il *SALAZAR*.

4

introdurre nel campo del diritto pubblico, la si giustifica sempre in nome dello « Stato giuridico », la si sostiene perché potrà portarci sempre più al pieno conseguimento dello « Stato di diritto ».

Ora, se i profani incarcano le ciglia quando intendono questa frase, perché forse non bene comprendono il concetto che sotto la stessa si racchiude, non è a stimarsi che i cultori del diritto pubblico si trovino in posizione migliore e più favorita. In genere alle parole « Stato di diritto » non si chiede la loro identità; si accettano con un significato generico e nebuloso, salvo poi ad essere molto imbarazzati, quando si tratti di darne una spiegazione esauriente. Tanto che potrebbe anche meglio applicarsi alla letteratura italiana il paragone, istituito a proposito della letteratura tedesca da un paradossale osservatore d'oltre Alpi (1), che assomigliò lo « Stato giuridico » poco rispettosamente ad un gran pajolo, ove ciascuno fioca a bollire quel che più gli atalenta.

Il fenomeno di queste « frasi storiche », che si ripetono per lunga consuetudine, e che sono troppo comode per rinunciarvi, anche quando oramai ad un esame accurato rispondono con un suono falso, è tutt'altro che nuovo. Come non è nuovo il tentativo di disamina critica dello « Stato di diritto ». Ma siccome, a malgrado di questi tentativi, lo « Stato di diritto » gode in Italia ottima salute e ci viene innanzi ad ogni piè sospinto, non sarà inutile che per conto nostro sottoponiamo ad una revisione e critica e critiche.

Ecco il tema che ci proponiamo di svolgere brevemente nel corso del presente discorso inaugurato; tema

(1) II GUARDLOWICZ.

5

che non può mancare d'una certa importanza, in quanto tende a schiarire un concetto, che si pretende fondamente, di quel diritto pubblico, che il secolo trascorso ha avuto il merito (fra le tante sue conquiste positive) di elevare a dignità e valore di vera, severa e profonda scienza giuridica, immedesima con la vita dei popoli, indispensabile per la loro coesione sociale.

II.

L'origine della espressione « Stato di diritto », se è nobile non è molto antica, non risalendo oltre il secolo XIX. Essa vide la luce in Germania; e più precisamente (erediano) nel 1832, quando un nome, venerato e caro ai cultori del diritto pubblico, Roberto von Mohl, curò l'edizione d'un suo libro intitolato appunto: « *Scienza della Polizia, secondo i principii fondamentali dello Stato di diritto* » (1). Anzi lo Stein (2) insiste sul pensiero: che « parola e concetto del « *Rechtsstaat* » sono specificamente tedeschi, e che non si trovano in alcun'altra letteratura ». - Bisogna però notare che il concetto primo del « *Rechtsstaat* » ha avuto anche dei predecessori non tedeschi. Le ricerche storiche hanno posto in sodo che tra gli antenati del « *Rechtsstaat* » si trovano anche il Grozio, il Hobbes, il Montesquieu, e (ombra dello Geist, inorridisci « con gesto drammatico »!) niente meno che Gian Giacomo Rousseau. L'ultimo però dei progenitori

(1) « *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* ».

(2) *Die Verwaltungsgelahrte*, Vol. I, Stuttgart, 1869, p. 296.

6

spiritali del « *Rechtsstaat* »; e il più potente; fu proprio un tedesco: Immanuel Kant. Però (come ripetiamo) il primo che abbia fatto uso preordinato del vocabolo fu il Mohl.

Da questo momento in poi il « *Rechtsstaat* » assume indigenato nella scienza pubblicistica germanica. E ci basterà ora tracciarne sommariamente la storia dalla sua nascita, senza diffonderci anche sulla storia dei suoi precursori.

Però il Mohl nella sua prima opera ha dello « *Stato giuridico* » un concetto molto differente da quello che allo « *Stato giuridico* » fu dato nel corso della sua marcia ascendente. Per esso lo « *Stato di diritto* » è quello Stato « che ha lo scopo di ordinare la vita del popolo in modo, che ogni membro dello stesso sia appoggiato nell'esercizio e nell'uso, possibilmente liberi e omilaterali, delle sue forze, appoggio che è basato sulla libertà del cittadino stesso ». - Come si vede, il primo concetto dello « *Stato giuridico* » è assai smilzo e povero. Anche quell'apparato sociologico, che vedremo poscia essere quasi imprescindibilmente inerente allo « *Stato di diritto* », « *Stato di diritto* » che diventa così un criterio importante per decidere e definire il contrapposto che si ritiene esistente tra società e Stato, si è aggregato più tardi al concetto di esso. E ciò per una ragione intuitiva: i primi studi dello Stein sul concetto di società, seguiti da quelli del Mohl, cominciano ad apparire solo nel 1850: quando cioè lo « *Stato giuridico* » aveva già incominciato ad espandersi ed ottenere favore. Però nel tempo in cui lo « *Stato di diritto* » sorge, le aspirazioni alla libertà politica si andavano diffondendo per tutta l'Europa; ed anche la Germania le andava coltivando con a-

7

more: ciò spiega la simpatia che accolse un concetto, che sventolava una bandiera, la cui impresa era nel cuore di tutti. La fortuna della parola era fatta. Lo « *Stato di diritto* » comincia ad essere trasformato, perchè accarezzato (1).

Tanto accarezzato, che il sistematore della reazione e dell'ultramontanesimo, lo Stahl, crede di non poterne fare a meno nella propria esposizione. Si può facilmente rilevare (come fu rilevato) che in fondo lo Stahl falsifica il concetto dello « *Stato di diritto* »; che quindi nelle conseguenze più importanti e più essenziali (quale, ad esempio, la giurisdizione nel campo del diritto amministrativo) egli viene a conclusioni opposte e in contrasto con quelle che sono un postulato indefettibile dei sostenitori dello « *Stato di diritto* »; ma non si può negare che le poche parole che egli dedica alla formulazione del concetto sembrano esprimere in modo così preciso, che ad

(1) Anche nella « *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* », edita nel 1851 (v. ediz. di Delangon del 1855, Vol. I, p. 250 e segg.), ove fa la storia dello « *Stato giuridico* » da Ugo Grozio in poi, il Mohl non ha ancora svolto compiutamente il suo concetto. Per esso è « *Stato giuridico* » lo Stato concepito come stretto e formale istituto giuridico, semplice bisogno esterno, derivante dal libero volere delle personalità che lo costituiscono, indipendente da scopi di vita umani, moventesi sul fondamento dell'utilità, limitato nell'azione per amore della libertà negativa del singolo. È solo nella « *Encyclopädie der Staatswissenschaften* » edita nel 1872 (Tübingen, p. 106 e p. 325) che il Mohl, specie sotto l'influenza dello Stein, del Balur e dello Gneist, restringe, specializza e determina il suo concetto di « *Stato di diritto* », che egli annovera come un tipo particolare accanto ai diversi tipi di Stato. L'essenza dello « *Stato di diritto* » nell'« *Encyclopädie* » è duplice: 1° nello « *Stato di diritto* » l'azione dei cittadini e del potere è limitata da un or-

esse si riferiscono nelle loro posteriori monografie il Bähr e lo Gneist, e che non possiamo a meno di riprodurre. Se con il Mohl lo « Stato di diritto » diede i primi vagiti, con le parole dello Stahl esso indossò la toga virile.

Dice lo Stahl (1): « Lo Stato dev'essere « Stato di diritto »: tale è la sorte, tale è l'impulso evolutivo dell'età nuova. Lo Stato deve determinare in modo preciso e assicurato intangibilmente le vie e i limiti del suo operare, come la libera sfera d'azione riservata ai cittadini, nella forma del diritto: nè deve realizzare statualmente, cioè direttamente, le idee morali, se non al di dentro della sfera giuridica, cioè nei limiti giuridicamente necessari. Questo è il concetto dello « Stato di diritto »: non già che lo Stato abbia soltanto cura dell'ordinamento giuridico, senza scopi amministrativi, o tuteli completamente solo i diritti individuali. Esso significa soprattutto

ordinamento giuridico onnicomprensivo, e lo Stato deve curare che questo diritto non sia leso, sia nei rapporti dei singoli tra di loro, come nei rapporti del potere con i singoli: e questo è il suo lato più importante e caratteristico: 2° lo « Stato di diritto » deve curare i diversi interessi o scopi dei singoli e delle collettività in esso ordinate, qualora le loro forze siano impotenti a raggiungerli, quando l'oggetto giuridici un' applicazione della forza collettiva. Lo « Stato di diritto » può, secondo il Mohl, essere raggiunto con qualunque forma di governo e di Stato, purché in essa si riscontrino i due estremi accennati: nota però che in certe forme di Stato (l'assoluta e il democrazia pura) l'osservanza di tali estremi è tutta rimessa a limiti morali e religiosi. D'altro lato poi aggiunge che lo « Stato di diritto » non può esistere senza che siano riconosciuti determinati diritti subiettivi all'autorità ed ai singoli cittadini.

(1) Die Philosophie des Rechts, Vol. II, parte II, Preiburg I. B., ed. del 1847, p. 137.

to non lo scopo e il contenuto dello Stato, ma il modo e il metodo con cui raggiungerlo (1) ». In breve: lo Stahl opina che lo Stato è « di diritto », quando determina i limiti del suo operare e dell'azione dei cittadini con norme di diritto.

Un forte e speciale impulso alla consolidazione della teoria dello « Stato di diritto » fu dato dall'opera del Bähr, appunto dallo « Stato di diritto » intitolata (2). Il Bähr che viene a conseguenze pratiche decisamente avverse allo Stahl, ha per punto di partenza le sopra rievocate parole dello Stahl, che pone anzi come motto della sua trattazione. Anche per il Bähr (3) per « Stato di diritto » devo intendersi: « che lo Stato deve definire e regolare esclusivamente mediante precetti giuridici tutta la vita che dentro esso si svolge;..... che lo Stato deve elevare il diritto a condizione fondamentale della sua esistenza; che tutta la vita che dentro esso si agita, la individuale non altrimenti che quella della comunanza in rapporto ai suoi membri, pure senza pregiudizio della libertà ad essa necessaria, si debba muovere sui cardini fondamentali del diritto ». Il Bähr insiste specialmente sull'osservazione che il rapporto tra governanti e governati dev'essere regolato dal diritto; che esi-

(1) Egli continua contrapponendo lo « Stato di diritto » allo Stato patriarcale; patrimoniale; di polizia, in cui l'autorità raggiunge gli scopi morali o d'utilità secondo un criterio arbitrario; nonché allo Stato del popolo (del Rousseau e del Robespierre) in cui il popolo non riconosce limiti al suo morale apprezzamento.

(2) Editto nel 1864. Noi citeremo la traduzione italiana: Lo Stato giuridico - in Biblioteca di Scienze Politiche, Serie I, Volume VII.

(3) Op. cit., p. 286.

10

stano diritti subbietivi di quelli e di questi; che sono necessari dei mezzi che assicurino giuridicamente i confini dei rispettivi diritti. Quindi egli non fa che indicare il processo di sviluppo che deve seguire il diritto pubblico, se vuol diventare un vero *diritto*, ponendo dei principii esatti, e che a quel tempo apparivano nuovi, in ordine al diritto obbiettivo e subbiettivo in genere e alla protezione giuridica, e passando poi ad applicarli al diritto pubblico, da lui ritenuto come una delle specie del diritto della comunità. - Primo passo e requisito essenziale poi perchè lo Stato diventi « *giuridico* » è la posizione d'una legge fondamentale, la protezione giuridica dei diritti garantiti da tale legge, in quanto si trovano in qualche modo lesi, non dall'azione legiferante o giudicante, ma dall'attività amministrativa; perchè l'autorità amministrativa di fronte al diritto e alla legge si trova in posizione identica a quella dei singoli cittadini. Per avere uno « *Stato di diritto* » è necessario sottoporre l'amministrazione a una giurisdizione, e lo Stato sarà tanto più « *di diritto* », quanto più la giurisdizione sarà indipendente e assicurata. l'assazione del diritto pubblico con leggi; assicurazione d'una giurisdizione, che determini e ripristini il diritto nel caso concreto: ecco lo specifico secondo cui, per il Bahr, uno Stato diventa « *Stato di diritto* ».

Lo Stein, che in opere precedenti (1) aveva posto in rilievo il concetto di società, ha voluto poi (2) collegare ad ogni esito il concetto di società con quello di « *Stato di diritto* ». Mentre nei primi lavori trovava lo scio-

11

gimento del contrapposto da esso dimostrato tra Stato o società in principii economici, più tardi lo rinviene in principii giuridico-politici; e più precisamente nella realizzazione dello « *Stato di diritto* ». Il più alto compito dello Stato è quello di dominare gli elementi della società, di conservare il contrappeso fra le varie classi sociali, servire alla generalità; il che si ottiene quando l'operato dello Stato sia l'espressione del volere generale, e il potere esecutivo sia servo del legiferante; quando, cioè, lo Stato diventa « *Stato di diritto* ».

Come si vede, i principii sociologici, da cui lo Stein parte, sono dei motivi, che restano estranei al concetto giuridico puro dello « *Stato di diritto* ». Lo Stein poi riconosce che il concetto di « *Stato di diritto* » è un concetto eminentemente tedesco, solo perchè negli altri paesi era un concetto superfluo; necessario alla Germania, perchè essa non aveva alcuna costituzione, né alcun fermo concetto specifico della legge e dell'amministrazione. È una parola di battaglia esprime il bisogno di avere un diritto amministrativo conforme alla costituzione, una distinzione tra legge e ordinanza: lo Stein riconosce quasi che esso ha adempiuto la sua grande e importante missione, e che sparirà col tempo. « *Stato di diritto* » non è lo Stato, che svolge in genere il diritto, ma quello che svolge il diritto amministrativo o di governo, che, sempre per lo Stein, è quel limite giuridico che è tratto all'amministrazione e che essa non può superare, sia a difesa della libertà collettiva (onde l'amministrazione non tolga al popolo qualche cosa della sua indipendenza e attività), sia a difesa dell'indipendenza del singolo (onde essa non violi gli esistenti diritti e interessi del cittadino).

(1) V. *Der Begriff der Gesellschaft*, Leipzig, 1850.

(2) Op. cit. p. 297 e segg.

Ma il più noto e celebre svolgimento del concetto in Germania lo troviamo nello scritto dello Gneist sullo « Stato di diritto » (1), che riassume e coordina quanto il suo autore era andato esponendo in lavori precedenti (2). L'impressione prodotta dall'opera dello Gneist fu meritamente grande, come quella di tutti i lavori apparentemente impostati su materiale storico, e che esultano con parole elevate un'idea di supremazia nazionale.

Perché (per una metamorfosi assai interessante) per lo Gneist lo « Stato di diritto » è un Bismarck del diritto pubblico; o lo Gneist nel 1871 continua nel campo giuridico la battaglia di Sedan.

(1) Apprendiamo dal RUFFINI (*La classificazione della persona giuridica in Senhaldto dei Preschi e Federico Carlo di Steinberg - in Studi Giuridici dedicati e offerti a Francesco Sclappfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento*, Torino, 1898, Parte II, p. 364) che il Gierke (in un articolo nella *Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. XXX, 1874, p. 184) così condensa il concetto dello « Stato giuridico ». - « Stato giuridico è uno Stato che pone sé stesso, non sopra, ma nel diritto; uno Stato che nella sua interna positiva attività vitale è al pari del singolo libero, ma al pari del singolo solo legalmente libero, e quindi vincolato dai limiti del diritto; uno Stato in cui tutto il diritto pubblico viene, proprio come il diritto privato, riconosciuto punto per punto come diritto nel suo pieno significato, e che quindi gode sopra tutto anche della tutela giudiziaria, che oggi da noi gli è ancora negata ».

(2) V. il lavoro comparso nel 1871, tradotto in italiano: « Lo Stato secondo il diritto ossia la Giustizia nell'Amministrazione politica » - nel vol. cit. della *Bibliothek di Scienze politiche*. I lavori precedenti sono quelli su « Adel und Ritterschaft in Böhmen » del 1853; su « Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht » del 1857; alcuni articoli nella « *Städtische Zeitung* » del 1859; il « *Budget und Gesetz* » del 1867. - V. poi anche il « *Gesetz und Budget* » del 1879.

Tuttavia un suo aspetto caratteristico è lo apparirgli come un segno di buon augurio che con la contemporanea signoria universale delle dottrine sociali francesi si stava data in Germania la parola di ordine dello « Stato di diritto », quale espressione d'un organismo che intraprende ridare e conservare la libertà civile alla smunziata vita sociale. Il « *Rechtsstaat* » è non solo parola tedesca, ma un carattere fondamentale della coltura giuridica tedesca, nascente da una relazione permanentemente reciproca fra Stato e società, in molti aspetti diversa da quella di altri popoli colti del mondo europeo, e specialmente diversa da quella del popolo francese, il cui Stato è sempre stato ed è la negazione del « *governo giuridico* ».

In sostanza le conseguenze pratiche cui perviene lo Gneist con il suo « Stato giuridico » sono le stesse del Bähr. Necessità, cioè, che lo garantisce d'una procedura giuridica esistano anche nel campo del diritto pubblico; che sia tutelata dal diritto anche la sfera giuridica dell'individuo contro l'autorità superiore; che siano determinati per mezzo della legge i poteri dell'autorità; che sia sviluppata la giurisdizione; relativa a queste leggi; che il diritto pubblico venga rispettato o trattato come un vero diritto.

Ma la concezione di questo autore è incorniciata anch'essi in un apparato sociologico, assai complesso e interessante. Gli studi, dallo Gneist con tanta fruttuosità di risultati compiuti, sul diritto pubblico inglese (1) fanno sentire la loro influenza sulla sua nozione dello « Stato

(1) V. tra l'altro anche il « *Selbvergovernment, Constitutional-fassung und Verwaltungsverichte in England* », Berlin, 1871.

giuridico ». Lo sviluppo cui era giunto il diritto pubblico inglese alla fine del secolo XVIII e al principio del secolo XIX gli sembra il raggiungimento del concetto di « Stato giuridico », l'ideale, il prototipo di esso. - Partendo dal concetto di società dello Stein, lo Gneist, nella sua grandiosa esposizione del diritto costituzionale e amministrativo inglese, spiega la varietà dei rapporti di diritto pubblico ricercandone l'origine nelle condizioni della società. Per lui il concetto di società (astratto nello Stein) diventa un concetto concreto; il suo « Stato di diritto » una realtà; senza preoccuparsi se lo Stato da lui storicamente dipinto corrisponda veramente alle esigenze dello « Stato di diritto ». - Mentre dal punto di vista sociologico lo « Stato di diritto » è una delle forme che può assumere il ricongiungimento della società allo Stato, uno dei modi caratteristici con cui lo Stato si unisce alla società; dal punto di vista storico egli induce che un archetipo di « Stato giuridico » non si ha che dove lo Stato si avvicina al suo Stato inglese ideale, dove cioè emerge nella società una volontà ferma di reggersi da sé, una libera e spontanea attività del cittadino negli affari dello Stato. L'autorità governativa, affidata al governo regio e al corpo sociale, nel sistema del *self-government*; i poteri dell'autorità giudiziaria intermedi fra il governo e il corpo sociale; le giurisdizioni civili, penale, amministrativa (esercita dai funzionari del *self-government*), che si completano a vicenda, allo scopo di circondare delle più essenziali garanzie giuridiche l'esercizio del potere politico, in quanto esso deve usare mezzi coattivi contro le persone o i beni dei cittadini; senza togliere l'unità del potere esecutivo; la legge emanante dal re in parlamento, parlamento onnipotente, ma

limitato dai tribunali nel suo controllo sull'amministrazione, e in modo che i suoi partiti politici non possano ingerirsi nel governo, perché i capi di partito, che dal parlamento passano nel gabinetto, trovano funzioni ben definite, con una giurisdizione amministrativa completa, e con precisa giurisdizione su ogni contestazione amministrativa, per cui ogni ministro ha davanti a sé una sfera ben tracciata d'attribuzioni, in cui il più zelante uomo di partito non può rendere equivoca la norma amministrativa o mutarla altrimenti che per via di legge, cioè col consenso del re e dell'alta Camera: ecco l'ideale del vero « Stato giuridico », che poi si riduce a pretese assai moderate (come abbiamo visto) nella sua applicazione allo Stato pratico tedesco. In questa applicazione le premesse storiche e sociologiche dello Gneist, se offrono il fianco a critiche assai gravi, e se preparano il suo concetto giuridico e lo spiegano, in realtà non hanno collegamento intimo e inscindibile con lo stesso.

La famosa opera dello Gneist è stata il canto del cigno del « *Rechtsstaat* » in Germania: dopo lo Gneist, attraverso ad alcune non innovative adesioni dello Schulze (1), del Sarwey (2), e dello Jellinek nei suoi primi la-

(1) Il suo *Deutsches Staatsrecht*, dal 1867, è anteriore allo Gneist. V. però: *Das Staatsrecht des Königreichs Preussen* - in MARGUARDUS, *Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Freiburg i. B. und Tübingen, 1884, p. 154. Per il Schulze si veda il primo postumo dello « Stato di diritto » (e tendenza dei tempi attuali) è un'Amministrazione legale, cioè: la determinazione dei diversi rami dell'amministrazione mediante la legge, che diventa così limite dell'attività amministrativa; e la protezione dei diritti dei cittadini dall'amministrazione violata.

(2) Per il Sarwey il concetto dello « Stato di diritto » abbraccia anche quello di « Stato costituzionale » (V. *Allgemei-*

16

vori (1), e attraverso invece non pochi né più o meno significativi o prudenti silenzi, dobbiamo giungere a Ottono Mayer (2) per ritrovare una potente riaffermazione dello « Stato di diritto », in parte già trasformato.

Il Mayer distingue lo svolgimento storico del diritto amministrativo tedesco in tre periodi, nei quali varia la base del rapporto tra suddito e potere pubblico, rapporto che è l'oggetto del diritto amministrativo. - Nel primo periodo (« Stato patrimoniale » o « periodo dei di-

nes *Verwaltungsrecht* - in MARQUARDSEN, *Handbuch cit.*, Erlangen i. B. und Tübingen, 1884, p. 16). Gli interessi individuali devono essere sacrificati solo a interessi pubblici veramente generali: quindi l'abolizione della libera antedeterminazione individuale deve dipendere, non da un arbitrio del potere, ma da una necessità obiettiva, riconosciuta dietro maturo esame dalle forze congregate del popolo e dell'autorità. Da ciò dipende la formazione di un più alto potere (legiferante), costituito da una molteplicità di singoli e di organi statuali, la distinzione degli organi della legislazione da quelli dell'amministrazione e della giurisdizione, la conformità alla legge dell'amministrazione; e (cfr.: *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico* - in *Bibliotheca di scienze Politiche*, Serie II, Vol. VIII, p. 541) un tale controllo in quest'ultima che, in ogni caso di contrasto fra Stato e società, abbia da emettere la sua infallibile decisione un tribunale indipendente.

(1) Lo Jellinek accenna allo « Stato di diritto » nella sua « *Gesetz und Verfassung* », Preiburg i. B., 1887, (p. 216): « Lo Stato pone a sé stesso ed ai suoi organi fermi limiti, per quanto riguarda le prestazioni che può richiedere dal singolo, la misura fino a cui può introdursi nella sfera di esso. Quindi esso può agire solo al di dentro dei limiti che l'ordinamento giuridico ha assegnato alla libera affermazione della sua personalità. In questo senso è stato designato come « Stato di diritto » ».

(2) L'edizione tedesca del suo « *Deutsches Verwaltungsrecht* » è del 1895. Noi citiamo la edizione francese: « *Principes administratifs allemands* », Paris, il cui primo volume è del 1903.

17

ritti di superiorità del principe »), la persona del principe è investita di diritti propri riguardanti gli affari pubblici di fronte ai sudditi, diritti acquistati separatamente a titoli differenti nei confronti dell'Impero o dei sudditi, regolati dal concetto filosofico del diritto naturale. Il diritto comune regola tutti i rapporti, i diritti acquisiti sono vere barriere opposte al diritto pubblico: unica eccezione lo *ius eminentis*, la ragione di Stato, in casi straordinari. - Nel secondo periodo (« lo Stato di polizia ») il principio in nome dello Stato, di cui è rappresentante, si serve della polizia per raggiungere i suoi scopi. Il suo potere non ha limiti giuridici di fronte ai sudditi: unici suoi limiti la responsabilità davanti a Dio e alla sua coscienza, o la considerazione prudente dell'utile mancanza assoluta di diritto pubblico; sviluppo maraviglioso del diritto civile, che con la famosa dottrina del Fisco trova modo di estendersi ed applicarsi in numerosi casi anche allo Stato. - Abbiamo poi il passaggio al terzo periodo: allo « Stato moderno » allo « Stato di diritto ». Il Mayer è ben lungi dal rivendicare l'idea del « *Rechtsstaat* » come una particolarità tedesca, il che anzi per lui è un'asserzione erronea. Per contro riconosce che un tale concetto dipende in gran parte dall'insieme delle idee giuridiche del diritto costituzionale francese ed ammette che proviene anche dal principio della sovranità popolare del Rousseau. Invero non può prescindersi nello « Stato giuridico » dal presupporre il popolo far le leggi, cioè prescrivere le regole generali che saranno obbligatorie per tutti i funzionari dello Stato, e anche per il suo capo, e pensare perciò l'amministrazione sottoposta alla legge. Solo in tal modo lo Stato si riveste delle caratteristiche del diritto: nasce un di-

ritto pubblico amministrativo, che si applica all'amministrazione, e il diritto pubblico non è più la sfera in cui non vi ha alcun diritto (come nello « Stato di polizia ») nei rapporti fra Stato e sudditi. - Il pensiero direttivo di tutto questo movimento che trova in Germania la sua esposizione nell'idea del « Rechtsstaat »: si esige cioè, che, ovunque l'attività dello Stato incontra i suoi sudditi, esista un ordinamento regolato dal diritto. Programma astratto, percorso da differenti tendenze, e che dà luogo a difficoltà di realizzazione pratica. In primo luogo si vede però che l'amministrazione dev'essere legata da regole di diritto, diretta nel suo agire, finché possibile, da regole di diritto. In secondo luogo sorge una tendenza a costituire una giurisdizione amministrativa indipendente: nel diritto amministrativo il diritto può essere riconosciuto e dichiarato come in diritto privato; per conseguenza: isolamento dell'atto amministrativo, che dev'essere conforme al diritto, sottoponibile al controllo del diritto. Uno Stato è « Stato di diritto », se ha distinte le forme della legge e dell'atto amministrativo; ed è più o meno perfetto come « Stato di diritto », secondoché usa più o meno di queste forme e ne assicura l'effetto (1).

(1) L'olandese KRANER (*The Lehre der Rechtsstaatlichkeit*, Groningen, 1904, p. 193 e segg.), preoccupato dalla sua idea della sovranità del diritto, dichiara che essa sarebbe il finale completamento dello « Stato di diritto ». Non lo Stato dev'essere limitato dal diritto, come da forza estranea; ma esso diritto è il vero, unico potere che esista e che comandi. Il suo conseguenza di ciò che lo Stato sia anch'esso subiecto di diritto come i singoli; e che il suo rapporto con i cittadini sia

III.

In alcun altro paese, non affine al germanico, la dottrina dello « Stato di diritto » ebbe tante e così larghe accoglienze come in Italia. Essa fu introdotta assai tardi, ma per compenso conserva tutt'ora intatta la sua vitalità. L'ambiente italiano ha anzi improntato la stessa di un aspetto caratteristico speciale, aspetto anch'esso già ritrovantesi in qualche scrittore tedesco (1), ma alquanto deviatore dal concetto puro del « Rechtsstaat ». Ripetiamo ancora: che, accanto all'uso consuevole dello « Stato giuridico », abbiamo adoperata spesso l'espressione come frase d'obbligo, senza preoccuparsi di che cosa veramente si intenda parlare.

Già Silvio Spaventa nel suo celebre discorso di Bergamo sulla « Giustizia nell'amministrazione » (2), aveva certo presenti alla mente le opere del Bähr e dello Gneist, accennava al « Rechtsstaat », come a quel carattere della monarchia moderna, per cui, non solo i diritti relativi ai beni privati, ma ogni diritto e interesse che giacessero

rapporto giuridico. - Tra i Francesi il Ducour (*Prinzipien des Rechtsstaats*, Paris, 1907, pp. 41, 48, 51) annunzia il concetto dello Stato di diritto. Lo Stato è sottoposto alla norma di diritto obbiettivo; lo Stato non può fare un atto amministrativo o giurisdizionale, che nel limite della legge, e deve sottoporsi alla giurisdizione dei propri tribunali. - V. HAURIOU (*Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907, p. 16, 43), per cui il fenomeno dello « Stato di diritto » si riduce alla sottoposizione dello Stato al diritto.

(1) Ad es., nel SARWY.

(2) Volito nel « Codice della giustizia amministrativa », Firenze, 1889, p. 291.

cittadino ha nell'amministrazione dei beni comuni, siano morali, siano economici, è a ciascuno sinceramente garantito e imparzialmente trattato; nell'evadrice la monarchia, che in questa missione ha la sua nuova ragione d'essere.

Lo « *Stato giuridico* » aveva trovato il momento proprio per far breccia nelle dottrine italiane. Valdemoro che la principale richiesta pratica dello stesso si concretava nella giustizia in seno all'amministrazione. Ora in quel turno di tempo le aspirazioni verso un complesso di istituzioni di giustizia amministrativa, che completassero il nostro sistema giurisdizionale nel campo del diritto pubblico, corrispondevano tanto ad una urgente e imperiosa necessità della nostra vita giuridica nazionale, che si procedette alla traduzione delle opere dello Gneist e del Bähr, e lo « *Stato giuridico* » diventò la parola d'ordine di chi si faceva a richiedere la soddisfazione di questo bisogno generale.

Isacco Arton nella sua introduzione alla traduzione dello Gneist (1), dichiara che i tedeschi intendono per « *Rechtsstaat* » il complesso delle istituzioni per cui lo Stato amministra secondo il diritto, vale a dire, un'amministrazione retta dalla legge e avente per fine ad un tempo la giustizia e il pubblico bene: quindi un sistema di « *Rechtsstaat* » è l'esposizione dei principi del sistema costituzionale in correlazione con la giustizia amministrativa.

Oliviero Olivieri in un discorso (2) premesso alla traduzione dell'opera del Bähr giungeva ad una specia-

(1) 1^a prima edizione è del 1884. V. l'ediz. cit., p. 1112.

(2) « *Il concetto integrale dello Stato secondo il diritto* » nel vol. cit. della « *Biblioteca di Scienze politiche* », p. 227.

le amplificazione del concetto di « *Stato giuridico* », amplificazione caratteristica (come accennammo) degli autori italiani. Per l'Olivieri è « *Stato di diritto* » quello Stato che possiede un sistema di diritto pubblico intero, il quale permea allo Stato di porre una legge giusta, di essere pur giusto nell'applicazione della legge stessa; vale a dire: che si valga d'una norma giuridica nell'azione dei poteri pubblici, dovunque questa azione si diriga o si manifesti; e che di fronte a questa norma giuridica, facendo nascere dei diritti nei suoi cittadini, offra il modo di soddisfarli. Sicché lo « *Stato di diritto* » si compone di un doppio ordine di problemi; uno costituzionale: garantire all'individuo, alle associazioni, alle classi, che nel momento della formazione della legge non verranno menomate le libertà individuali e le libertà istituzionali, in modo che individui, società, Stato, i vari termini della vita civile, procedano armonicamente e non si schiaccino, urtandosi l'un contro l'altro. Uno amministrativo: costituire un ben ordinato organismo di istituzioni amministrative, in modo che l'attività dello Stato venga collocata e frenata entro i termini del diritto, onde equamente si esplichi e non si volga a danno di alcuno (1).

Su questo ordine di idee (Stato nella costituzione e nell'azione rigorosamente sottoposto alle norme del diritto) costruisce teoricamente, in base ai rilievi di fatto, un « *sistema dello Stato giuridico* » Angelo Majorana (2). Lo « *Stato giuridico* » per il Majorana è una tendenza, anzi una legge di sviluppo o anche di progresso, un ti-

(1) L'Olivieri aveva quindi ampliato l'opera del Bähr.

(2) Roma 1883.

po ideale di Stato, realizzato qua e là con maggiore o minore imperfezione. « Appare evidente quindi la convenienza di qualificarlo più che altro un sistema; parola comprensiva, che può abbracciare in sé tutti i vari lati accennati. È un sistema che ha mente riconosce, una che risulta dall'osservazione dei fatti concreti e delle condizioni relative, in quanto si rispecchia in ogni più minuta particolarità della vita e dell'azione dello Stato: anzi esso coordina tutta l'attività statale, subordinandola ad un complesso di leggi, che sono insieme ideale della ragione e prodotto della storia » (1). Allo Stato moderno spetta per autonomia la qualifica di « *giuridico* ».

Ciò posto, e fermati poscia i due concetti di diritto e di Stato, viene a concludere che lo Stato ha appunto per iscopo di tutelare il diritto di tutti i soggetti; che la sua azione dev'essere limitata dai suoi scopi; che tali principii, su cui poggia lo « *Stato di diritto* », trovano garanzia politica nella costituzione dello Stato e garanzie giurisdizionali. Condizione universale perché possa esistere lo « *Stato giuridico* » è il rispetto della persona umana e dei suoi più essenziali attributi, il rispetto alla padronanza originaria degli individui, all'esercizio della loro proprietà personale, il che non può aversi senza il riconoscimento della libertà ed eguaglianza. La cosiddetta sovranità nazionale, il governo rappresentativo, la personalità e individualità del diritto elettorale, la bicameralità, la distinzione dei poteri, l'impero della legge e la sua onnipotenza, il governo distinto dall'amministrazione, le garanzie del diritto, politiche e giuridiche; ecco i cardini pratici dello « *Stato*

(1) Op. cit., p. 7.

giuridico » del Majorana, che ritiene averlo fondato sulle tradizioni del Kant e del Koningski, tenendo conto delle condizioni sociali e politiche dell'età nostra, e informandosi alle tradizioni liberali, proprie della scuola italiana (1). Da ultimo anche l'Orlando (2), che già precedentemente aveva fatto omaggio allo « *Stato giuridico* », tentando dimostrare che ad esso non isovviene la forma del governo parlamentare (3), e che può essere posto a base della teoria giuridica della garanzia della libertà (4); pose la nozione dello « *Stato di diritto* » come un presupposto necessario dello studio del diritto pubblico. Anche per l'Orlando lo « *Stato giuridico* » racchiude non solo la qualifica di caratteri esistenti nelle attuali istituzioni, ma la meta ideale del progresso politico. Gli elementi di cui la nozione si compone si riscontrano

(1) « Il crescente sviluppo della coesione sociale, l'incremento della potestà dei governanti, l'armonico svolgimento del principio individuale e del sociale, la forma specifica del principio di nazionalità, il progressivo allargamento del campo di azione del diritto, sia pubblico che privato, l'afforzarsi coscienza giuridica, la insolenza progrediente delle violazioni del diritto, il continuo impellente bisogno di garanzie, la necessaria pressione delle forme e dei fattori politici su tutta la vita del diritto; queste ed altre molte sono le ragioni storiche determinanti lo sviluppo dello « *Stato giuridico* » ».

(2) *Introduzione al diritto amministrativo* - in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo* - Vol. I, p. 32 e segg.

(3) V. « *Studi giuridici sul governo parlamentare* » - in *Archivio Giuridico* - Vol. XXXVI », p. 525.

(4) V. *Teoria giuridica della garanzia della libertà* - in *Biblioteca di Scienze politiche* - Serie I, Vol. V, p. 341 - V. anche *Principii di diritto costituzionale* - Firenze, 1894, p. 50 - In questi lavori per l'Orlando il « *Rechtsstaat* » consiste nella realizzazione dell'ideale della perfetta armonia tra il diritto dello Stato e quello degli individui.

nello Stato moderno, ma come germi che abbisognano di sviluppo: esso è l'ideale dello Stato, che si prefigge di contenere nei limiti del diritto l'azione dello Stato verso i cittadini.

Il cittadino non deve essere sprovvisto di garanzie verso l'azione dello Stato, e tali garanzie sono capaci di svolgersi nella sfera del diritto. Le garanzie individuali politico-costituzionali sono insufficienti; il loro regolamento giuridico deve proporsi e risolversi esclusivamente nel campo del diritto. Prima di queste garanzie è che il sacrificio del singolo deve avvenire solo in beneficio e vantaggio di un vero interesse collettivo. Quindi nel momento legislativo, della imposizione degli oneri ai singoli per parte dello Stato, il sacrificio individuale si regola in due modi: riducendolo al *minimum* possibile, e ripartendo gli oneri proporzionalmente, ma egualmente, su tutti i cittadini. Lo Stato fissa le norme (col che impone a sé medesimo il freno di norme giuridiche capaci di contenere l'azione dell'autorità) in modo che siano riconosciuti e rispettati gli interessi legittimi dei sudditi, e che il sacrificio loro richiesto e imposto sia motivato e proporzionato. - Fissata la norma, il compito dello « Stato giuridico » si completa con appositi ordinamenti giurisdizionali. Questo ordinamento si fa da taluni coincidere con l'idea stessa del « *Rechtsstaat* »: ma ciò è troppo poco; esso è il campo concreto in cui maggiormente si attuano i principii dello « Stato giuridico », ma realmente lo « Stato di diritto » informa di sé stesso tutto quanto l'insieme delle istituzioni di un politico reggimento (1).

(1) Il concetto dello « Stato di diritto » è ammesso (tra gli altri) anche dal VACCHERLI (*La responsabilità civile dello Stato*

IV.

In questo coro, se non concorde, certo imponente, non è mancata però la voce isolata di qualche solitario, ma deciso, oppositore dello « Stato di diritto ».

Lo spirito acuto del Van Krieken (1) ammoniva « di non aver orecchia finnea nelle insegne poste in fronte a recenti prodotti della scienza dello Stato e del diritto per mezzo di designazioni più o meno arbitrarie, finché non abbiano verificato quanto il contenuto della dottrina che ci è porta corrisponda a quello designazio-

Afca amministrazione e il diritto comune - Milano, 1892, p. 26: « La condizione dell'organismo dello Stato in cui le diverse funzioni si compiono attraverso a processi suscettibili di essere richiamati all'osservanza dei loro scopi col mezzo di appari giuridici veri e propri, dichiarativi del diritto ») e dal SALANDRA (V. il suo: *Trattato di Giustizia Amministrativa, e: Diritto e politica* - in *Annuario della Università di Roma per il 1906-1907* - p. 12 e segg.: « L'impero della legge è un ideale fecondo di realtà. Tutto il diritto pubblico interno dei paesi liberi tende a questo fine, anzi non è se non l'applicazione dei mezzi per conseguirlo.... Il progresso civile è possibile solo nella costante osservanza della legge, e a tale osservanza più e prima di tutti son tenuti coloro cui è affidata l'autorità pubblica »). Cfr. anche: *Il Giuridico nei governi parlamentari* dell'ARCONBO, e MARCHI - *l'istituto giuridico nell'antarchia* - Modena, 1904, p. 43 (« è lo Stato che pone sé stesso nel diritto »). Per il KOMAROV (*Il Comune*, nel *Primo Trattato dell'Orlando*, cit., Vol. II, parte I, p. 500) meta dello « Stato giuridico » è quella di precisare e regolare l'azione statale, non solo verso gli individui, ma anche, e non meno rigidamente, verso gli enti antarchici.

(1) *Della costituzione teorica organica dello Stato* - in *Biblioteca di scienze politiche* - Serie I, Vol. VII, p. 135.

ni ». E, tra queste insegne da tenersi in sospetto, egli annovera la locuzione « *Rechtsstaat* », spiegabile, perchè ogni pubblicista tiene lo Stato, che risponde alle esigenze del suo concetto subiettivo del diritto, come lo « *Stato di diritto* » per antonomasia; inutile perchè il concetto di diritto è contenuto in quello di Stato.

Ma più decisamente il Gumplowicz mosse all'attacco del « *Rechtsstaat* » nel suo volume del 1881, « *Stato giuridico e socialismo* » (1), tornando alla carica con un articolo pubblicato, sembraci, nel 1896 nella rivista *Zukunft* (e ripubblicato nel suo « *Concetto sociologico dello Stato* » (2)), nel quale, con un vigore di polemica che non può essergli disconosciuto, fa addirittura il necrologio dello « *Stato di diritto* », che proclama morto e seppellito. Hanno nocinto ai Gumplowicz, perchè la sua critica potesse trovare unanime accoglimento, due circostanze. - 1° L'essere la stessa preferibilmente rivolta ad abbattere le premesse sociologiche di alcuni sostenitori dello « *Stato di diritto* », premesse indipendenti dal vero concetto, che è eminentemente giuridico. 2° Il partire nella confutazione delle teorie relative allo « *Stato di diritto* » dalla propria concezione antigiuridica (o, certo, non giuridica) dello Stato, che ritiene lo Stato puro rapporto storico, di dominio, che non ha il diritto per presupposto e che sta sopra al diritto, concetto che per voler essere troppo empirico cade anch'esso, per ragioni che qui sarebbe troppo lungo lo svolgere, nello irrazionale. Quindi, se sono rimaste di patrimonio comune le critiche che conducono avverso le idee sociologiche dello Stein, e special-

mente se sono colpevoli i rilievi sollevati in confronto dello Gneiss, che in realtà ha fabbricato uno « *Stato di diritto* » per suo uso e consumo, ciò porta ad inframare le idee particolari dei diversi autori, ma non a ferire l'essenza del « *Rechtsstaat* ».

Il quale non ha certo a temere, quando è combattuto, perchè riduce il diritto pubblico a diritto privato, mentre il metodo giuridico è insufficiente a spiegare il diritto pubblico; perchè si riferisce a desideri per l'avvenire, e non a ciò che esiste in fatto; perchè lo Stato è in fondo sempre stato organo del diritto; perchè è un ricordo di un indirizzo ideale; perchè è basato sui concetti di libertà morale e giuridica e di eguaglianza degli individui; concetti che in fatto non si sono mai creati; perchè importa come *conditio sine qua non* il raggiungimento di una completa giustizia amministrativa, che praticamente è impossibile ottenere; perchè è fondato sul principio della personalità dello Stato, dal Gumplowicz negata. - Benchè poco tenaci dello « *Stato di diritto* », non possiamo nascondere che in tutte queste obiezioni, o per ragioni di forma, o per ragioni di merito, saremmo sempre per lo « *Stato di diritto* » contro il Gumplowicz (1).

(1) V. anche il suo: *Grundriss der Soziologie* - Wien, 1885, p. 240 e segg. Il RURI in una sua tesi di laurea del 1899 (*La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto* - pubblicata a Roma, crediamo, nel 1905) ha tentato una giustificazione del concetto dello « *Stato di diritto* » di fronte agli attacchi del Gumplowicz, distinguendo nello « *Stato di diritto* » il lato sostanziale dal formale. Il sostanziale, o presupposto sociologico, sarebbe la posizione che lo Stato viene ad assumere in confronto alla società, come corpo neutrale e imparziale e le esigenze d'una penetrazione tra società o

(1) *Rechtsstaat und Socialismus* - Innsbruck, 1881.
(2) Versione italiana - Torino, 1904.

V.

Questa la storia dello « Stato di diritto ».

Da essa possiamo percepire che alcuni degli ultimi suoi teorici ne hanno modificato i tratti, hanno formato un nuovo « Stato di diritto », disforme dall'antico.

Con la nostra rassegna abbiamo fornito gli elementi per averlo rappresentato nella sua interezza. Lo abbiamo

Stato. Dal lato formale e giuridico lo ritiene un'orientazione sistematica generata, un sistema, non del tutto attuale, quindi una tendenza storica. Forse non si presta alla formazione di una teoria autonoma con posizione a sé, perché i suoi elementi rientrano in altri campi della scienza del diritto pubblico. Ma non si può negare che il concetto dello « Stato di diritto » abbia un contenuto specifico, ed è legittima scientificamente la sua posizione di principio regolatore di tutta un'orientazione sistematica. Esso consisterebbe nella regolazione giuridica per parte dello Stato, e quindi sottratta al proprio arbitrio, dei rapporti tra esso Stato e i sudditi. Inoltre: nel mantenimento da parte dello Stato dei limiti che si è imposti alla propria attività « movendosi nella via, nella forma del diritto ». Quindi non è vera l'identità tra « Stato di diritto » e Stato costituzionale, né che lo Stato costituzionale implichi necessariamente la « Stato di diritto ». — Però è molto necessario un principio sostanziale a completare lo « Stato di diritto »: principio sostanziale, che deve guidare il legislatore. — Affinamente la parte giuridica del concetto si è liberata dagli elementi sociologici, ma una ricerca sociologica è un compimento necessario per aver completo il quadro delle idee e delle tendenze ridotte sotto la formula concreta dello « Stato di diritto »: lo « Stato di diritto » è tale per attuare un'esigenza sociologica. — Dunque lo « Stato di diritto » è un organismo logico; difetta solo di un po' di praticità, abbisogna di essere messo in relazione con la vita; richiede questa di carattere politico. Esso è un processo storico, una formazione, un divenire: non uno Stato ideale, ma una idealità, un concetto regolatore del diritto pubblico.

dipinto conforme alla verità, come Cromwell voleva essere dipinto dal giovane Lely, con tutte le sue rughe e tutte le sue cicatrici. Anche in questa piccolezza — osserva il Macenlay — il grande protettore conservava il suo buon senso: egli voleva che il suo volto comparisse con tutti i deterioramenti, che gli avevano lasciato il tempo, la guerra, le notti insonni, le ambascie e forse anche i rimorsi di coscienza; ma anche con l'espressione del suo valore, della sua prudenza, del suo potere, della cura per il pubblico bene. Noi così abbiamo foggiate, non un concetto nostro del « Rechtsstaat », ma ne abbiamo descritto tutta l'evoluzione, mostrandone la unitarietà, le deficienze, le contraddizioni, insieme a quel carattere di pratica utilità per il raggiungimento della giustizia, e di elevata idealità politica e giuridica, che gli è propria.

Nè negheremo che esso abbia assolto un nobile compito, che forse gli incomberà, nello svolgimento del diritto pubblico: la sua nascita per opera di autori veramente illustri, l'ammirazione di cui fu ed è circondato, la sua persistenza, la sua resistenza, la sua forza espansiva, servirebbero senz'altro a dimostrare che lo « Stato di diritto » ha compiuto una funzione necessaria, ha colmato una lacuna, e la sua formazione era richiesta da condizioni particolari del diritto pubblico. — Tanto meno poi dissimuleremo le benefiche azioni, che sulla dottrina e sulla legislazione lo stesso ha esercitato (1).

(1) Tra l'altro il RUFFINI (op. cit., p. 364) fa rilevare l'efficacia che lo svolgimento dell'idea di « Stato di diritto » ha avuto sullo sviluppo dell'idea dello Stato concepito come persona giuridica.

Ma per il momento noi ci proponiamo un'indagine diversa. Non consideriamo ciò che lo « *Stato di diritto* » ha significato ed ha fatto, ma quello che esso è. Riteniamo che la scienza del diritto pubblico abbia superato a riguardo dello « *Stato di diritto* » lo stadio costruttivo e poetico, e che sia entrata nello stadio critico. Il concetto dello « *Stato di diritto* », che oramai abbiamo visto che cosa ricopre, è un concetto scientificamente ammissibile, e spiegabile attentamente nel campo del diritto pubblico? quali è la portata che può assumere? il posto che gli compete? la funzione che adempie?

E, per rispondere a simili domande, è evidente doversi risolvere prima un'altra difficoltà. Abbiamo visto che lo « *Stato di diritto* » non ha sempre avuto lo stesso senso. Quindi noi dobbiamo prendere in considerazione l'idea dello « *Stato giuridico* », quale appare dal primo lavoro del Mohl, oppure sotto la forma di cui l'ha rivestita Ottone Mayer? oppure dobbiamo fermarci su quello speciale carattere che allo « *Stato di diritto* » ha impresso la scuola italiana con l'Officieri, con il Marotana, con l'Orlando?

Secondo noi, quando un concetto, come il nostro, ha avuto una consolidazione ed una deviazione; quando ha subito, in un dato periodo del suo sviluppo, un andamento e un carattere quasi unitari, per disperdersi poscia in varie e differenti trasformazioni; bisogna e basta che la critica del concetto stesso si informi all'idea prevalente nell'epoca del vigoreggiare del concetto, che colga il fiore ed il nucleo centrale del suo svolgimento, senza soffermarsi né alle vaghe e vacillanti premesse dell'età di preparazione, né agli atteggiamenti ultimi e derivati, che rappresentano un adattamento, una transazione, che

31
conservano, cioè, una parola a costo di sacrificare l'idea cui la stessa prima era informata.

Noi intendiamo anche di non soffermarci a discutere sullo « *Stato di diritto* », prendendo a pretesto i concreti filosofi che costituiscono la sua progenie intellettuale, e di cui esso è figliazione diretta. Simili sistemi di confutazione, oltre ad essere facili e spesso ripetuti, in fondo non influiscono manomamente sul punto essenziale della questione. Molti degli stessi espositori dello « *Stato di diritto* » erano dichiarati avversari della sua deviazione filosofica, che conoscevano perfettamente, ma che non alterava la possibile esattezza giuridica dell'idea, la quale poteva benissimo connettersi ad altri principii teorici. E questa indipendenza della dottrina giuridica dalla dottrina filosofica che storicamente ne fu madre, non è neppure essa un fatto nuovo nella storia del diritto pubblico; le dottrine filosofiche spesso, se sono l'*humanus* fecondatrice, il terreno preparatore, possono essere coefficienti al sorgere di prodotti giuridici, che sono ben lungi dall'essere, dal punto di vista logico, indistricabilmente collegati con le prime.

Così pure eliminiamo qualunque eccezione in ordine alla parte sociologica delle dottrine sullo « *Stato giuridico* », parte sociologica che rianiano anch'essa avere un semplice rapporto di casualità con la dottrina giuridica. Tanto il Mohl, quanto, più e specialmente (come vedemmo) lo Stein e lo Guenst, ripetevano la dottrina dello « *Stato di diritto* » ad una substruzione sociologica, alla descrizione del contrapposto fra società e Stato, alla funzione sociale che lo Stato deve compiere, funzione cui adempie appunto la forma di Stato, che chiamano « *Stato di diritto* ».

Ma noi crediamo che, anche nel pensiero degli autori richiamati, lo « Stato di diritto » conservi sempre la sua impronta e la sua efficienza, essenzialmente ed esclusivamente giuridica; crediamo che il legame che passa tra lo stesso e gli accennati concetti sociologici (concetto forse nello Gneist, che allarga e snatura troppo il concetto del « *Rechtsstaat* ») sia un nesso che in sostanza non produce alcun pratico effetto sul significato dello « Stato giuridico », e che, più che altro, è derivato dalla contemporaneità degli studi proseguiti sui due concetti. Infatti vediamo che la teoria dello « Stato giuridico » è completa, anche mancando qualsiasi premessa sociologica; e come questa teoria sia la stessa, anche partendo da premesse sociologiche differenti. Il che dimostra come la parte sociologica osorbita dal contenuto del concetto che ci occupa.

Ridotto ai minimi termini, spoglio dalle sovrabbondanze di cui fu ricoperto, schematicamente sintetizzato, il concetto dello « Stato giuridico » si restringe per noi ad assi poco: perché uno Stato sia « giuridico », in primo luogo occorre che lo Stato definisca con precetti giuridici tutti i rapporti che si svolgono tra i suoi organi e i singoli: in secondo luogo (e questo non è per molti fatti che una pura e semplice conseguenza del primo estremo) è necessario sottoporre i rapporti giuridici fra organi dello Stato e singoli ad un regolamento giurisdizionale, in modo che i precetti posti a tutela dei singoli raggiungano la loro realizzazione.

Il primo, e principale ed assorbente estremo, è adunque la fissazione della norma regolatrice dei rapporti tra organi dello Stato e singoli. - Ora una tale esigenza è tanto semplice e così poco importante, che si sfante-

rebbe (nello stato attuale delle cognizioni) a comprendere come si sia tanto insistito in simile formulazione, che è quasi generale. Su tale esigenza, che fu soddisfatta già da antico, fu ed è fondato tutto il diritto pubblico, il quale consiste appunto nello studio delle norme che regolano i rapporti fra organi dello Stato e singoli. È la base dello « Stato di diritto » appunto, così espressa, veramente ingenua. Una regola dei rapporti fra Stato e singoli è quasi sempre esistita: quindi non vi sarebbe Stato che non fosse « Stato di diritto ». Ad esempio: nel cosiddetto « Stato di polizia » esisteva un diritto pubblico regolava i rapporti ad esso sottoposti in modo, che ai singoli non era riconosciuto alcun diritto subiettivo; ma indubbiamente la norma giuridica esisteva. - E neppure può soddisfare ad uno scopo scientifico la formulata molteplice delle norme obbiettive, perché, ove i rapporti tra organi dello Stato e singoli fossero in modo completo regolati, non portassero alla esclusione in qualunque caso o ad una forte restrizione del diritto subiettivo o dell'affermazione della personalità dei singoli; la molteplicità poco contribuirebbe a rendere uno Stato « Stato giuridico ». Intesa dunque alla lettera, la spiegazione del primo requisito dello « Stato giuridico » non significa troppo.

Ma sorpassiamo pure la lettera che eccide, e andiamo allo spirito che vivifica. Che cosa voleva realmente significare la così infelicemente formulata « fissazione molteplice delle norme di diritto nei rapporti tra singolo e Stato »? - Che ai singoli debbono essere riconosciuti dei diritti nei loro rapporti con lo Stato; che lo Stato deve imporsi dalle limitazioni giuridiche (che è tenuto ad osservare) nei confronti con i singoli. Però,

anche dando a questi principii un'intenzione pratica, razionale e liberale (qual'era nell'intenzione dei loro promulgatori), noi entriamo in piena questione costituzionale; anzi *de jure constituendo*, politica. Fino a quali punti dovrà spingersi questa limitazione dello Stato? Quali sono i diritti che devono essere riconosciuti ai singoli? Quali saranno, e come congegnate, le forze sociali cui debbesi dare la prevalenza nello Stato, al fine di fissare questa limitazione e questi diritti? Ecco le questioni che il concetto di « Stato giuridico » adombra, ma che in sè è impotente a risolvere; a prescindere dall'osservazione: che è inusitato che tutta la tendenza del diritto pubblico moderno debba riscontrarsi in una limitazione dei poteri dello Stato, mentre invece l'azione dello Stato moderno è accompagnata da un ampliamento di funzioni, da un accrescimento di oneri e restrizioni della libertà dei singoli, ampliamento che è da sottoporre a rigorosa limitazione.

La questione vera che lo « Stato giuridico » tenterà risolvere si sposta: è formulata in modo formale; ed è invece un problema d'indole sostanziale. Più che dell'esistenza d'una norma, si tratta del contenuto della norma. E i questi relativi, quando non sono metafisuridici (1), si risolvono in quelli, omai già noti e categorizzati, circa i diritti pubblici subiettivi, circa l'esistenza, la portata e l'estensione del diritto pubblico obiettivo e i suoi rapporti con lo Stato, circa le forme di governo. Perché gli stessi dovrebbero riportarsi ad una

(1) Cfr. a proposito della portata sostanziale dello « Stato di diritto » - le osservazioni del Dr. VERGARA - *Diritto e personalità umana nella storia del pensiero* - estratto dalla *Rivista di Filosofia e Scienze affini* - Bologna, 1904, p. 261.

teoria, che non ha collegamento alcuno con una ben ordinata sistematizzazione della scienza? Perché dovremo rinegozierli in un cantone, mentre sono ben distinti fra loro, e strapparli alle diverse ripartizioni della disciplina, in cui trovano la loro posizione logica? La dottrina dello « Stato giuridico », sostanzialmente considerata, si compone di idee giuste e vere, ma che hanno trovato il loro collocamento metodologico in diversi e separati reparti della scienza del diritto pubblico, mentre nessuno sa dirci sotto quale argomento potrà sussumersi lo « Stato giuridico », ove potrà raggrupparsi come studio a sé. Falso è un concetto portatore: soprattutto per la scienza. Perché non certo potrà pretendersi (con il Mohl) che lo « Stato giuridico » sia una particolare forma di Stato. Abbiamo degli Stati repubblicani, democratici, oligarchici, monarchici, dispotici, limitati, rappresentativi, medievali, moderni, semplici, federati, che esauriscono tutte le forme di Stato, e che non lasciano spazio per degli « Stati di diritto ».

Lo « Stato di diritto » è sorto (si dice, ripiegando) in reazione alle primitive teorie costituzionali, per dimostrare che le sole garanzie politico-costituzionali sono insufficienti a soddisfare i desiderata del regolamento giuridico delle garanzie individuali. - Ma allora esso non è che un modo di dire, una frase complessa in cui si conglomano i programmi dei miglioramenti istituzionali che si intendevano introdurre nei governi costituzionali, miglioramenti che avevano per iscopo di concedere una protezione giuridica e giurisdizionale a diritti e interessi dei singoli, che avevano una protezione di altro ordine, ritenuta deficiente.

Altri ancora osserva in favore dello « *Stato di diritto* »: che esso vuol indicare quello Stato in cui l'azione dell'amministrazione è regolata da norme di diritto, in cui l'amministrazione con la sua giuridicamente regolata attività (atto amministrativo) si sottopone alle regole del diritto. Ma anche in questo senso lo « *Stato di diritto* » non è che un sinonimo di varie teorie filosofiche, costituzionali e amministrative, che si riteneva di dover altrimenti ordinare: esso ripete la questione della sottoponibilità dello Stato al diritto, il principio della distinzione delle funzioni statali, il concetto dell'attività amministrativa; è una loro conseguenza, una pratica loro applicazione.

È dunque scientificamente lecito strappare un brano dello da tante dottrine politico-giuridiche diversamente fissate, travisare dei concetti che hanno una derivazione logica differente, per fingere di darci un'idea di Stato speciale, che non ha riscontro nella realtà, e che invece non è che la descrizione, raggrupata in guisa scientificamente inesatta, di alcune aspirazioni in ordine a elementi staccati dall'attività dello Stato, che corrispondono a esigenze fondamentali, necessarie per lo studio dello Stato costituzionale attuale? È che se (o in sé o nei loro rapporti) non farono poste in rilievo all'epoca in cui lo « *Stato giuridico* » sorte, ciò dipese da erronei procedimenti usati nel campo del diritto pubblico, ma che ora con lo svolgimento dello stesso hanno acquistato (forse anche per merito dello « *Stato di diritto* » e suoi patrocinatori) una completa elaborazione, e racchiudono, ordinate razionalmente, le molecole che (*undique collata*) costituiscono lo « *Stato di diritto* ». - Il concetto dello « *Stato di diritto* » per noi non può essere più che un concetto

storico, può avere un significato tradizionale e convenzionale, desunto storicamente, è (tutt'al più) un principio d'orientazione con cui rivestire le richieste giuridico-pubbliche (di qualunque natura) della politica spicciola, è una frase speditive; ma non può aspirare ad essere un oggetto di studio per la scienza giuridica, perchè manca di base, di ragione d'essere, di *scienza* giuridica; e le dottrine, in cui si risolve e che lo formano, si riferiscono a vari concetti, che sono d'esso poziori, perchè irrimediabili per la costruzione giuridica.

Infatti basta (a noi d'esempio) ricordare che la più gloriosa applicazione pratica della teoria dello « *Stato di diritto* », cioè lo svolgimento e l'assicurazione della giurisdizione e delle limitazioni statuali in materia amministrativa, si spiega (e si deve spiegare) scientificamente senza ricorrere al concetto di « *Stato giuridico* »: la sua giustificazione scientifica si trova nelle teorie già accennate del diritto obbiettivo, dei diritti subbiettivi e dell'interesse, della distinzione dei poteri, delle garanzie e dei controlli.

Lo « *Stato giuridico* » fu un motto di battaglia, ma, come in genere avviene di tutte le parole di combattimento, non è un concetto scientifico esatto dal punto di vista giuridico, quando s'intenda l'esattezza, in una scienza teorica come il diritto, non nel senso di realtà delle istituzioni che un concetto descrive, ma di corrispondenza ad un edificio sistematico. Anzi, come tutto ciò che è inusitato, la sua conservazione nel campo della scienza giuridica può diventare un pericolo per gli studiosi, pericolo verso cui è bene il porre in guardia. Non dunque per sola iconoclastia, noi abbiamo tentato dimostrare la insostenibilità dal punto di vista della logica

giuridica di questo concetto; ma perché non si prenda come elemento basilare, con cui si abbiano da fare dei conti, ciò che giuridicamente non è che un'ombra, e che perciò può fiorire nell'indagine. La scienza giuridica è una scienza, più che altro, di sistemazione e di analisi costruttiva: in essa i concetti si possono spesso chiarire errati, non perché siano inesistenti, ma bensì perché sono squilibrati e contraddittorii nella loro vita di relazione con gli altri concetti, che formano il patrimonio già acquisito alla scienza.

Noi così non ripudiamo le idee propugnate dallo « Stato giuridico », né la loro estensione pratica: diciamo solo che, dal punto di vista giuridico, esse rientrano tutte in altre teoriche, che devono percorrere la loro carriera scientifica con un altro stato civile giuridico, che il raggruppare sotto un concetto unico, non solo contrasta con i risultati della scienza, ma colloca le stesse sotto una luce falsa, le travia e le deforma.

VI.

Tanto più che noi ereditiamo che la composizione del concetto in esame sia l'indice della esagerazione di un procedimento, che non è ancora scomparso totalmente dai nostri studi: quello, cioè, di passare tutta la vita dello Stato allo stacco di formule giuridiche; di non distinguere, per quanto riflette lo Stato, quello che è oggetto, conseguenza, modalità di studio giuridico, da ciò che non lo è.

Lo Stato può fornire materia di ricerca a diverse discipline: alla storia, all'economia, alla sociologia, alla

politica, al diritto. Questo scienzu hanno tra loro dei rapporti reciproci per quanto tratta lo Stato; in qualche punto si toccano e si intrecciano; ma occorre sempre descrimmarle, tenerle distinte l'una dall'altra, ad evitare confusioni ed equivoci.

Ora, specialmente a proposito dello « Stato giuridico », si procedette ad una larga immissione di principi politici in un campo che si riteneva (ed è) esclusivamente giuridico; si tentò ridurre la politica a diritto. Sistema che ha dato luogo ad inconvenienti, perché: non solo la politica è politica, e il diritto è diritto; ma perché, anche separando i due rami, e studiando, con metodi distinti, solo le relazioni che fra le due manifestazioni, possono intercedere, sembraci più vero che, anziché essere il diritto che informa e debba informare di sé la nuova politica, sia la nuova politica che informa il nuovo diritto. In parte concordando, in parte deffettendo, da quanto un acuto ed illustre maestro della nostra scienza ha detto inaugurando l'anno decorso gli studi dell'Università Romana (1), l'ideale, fecondo di realtà, alla cui effettuazione mirano sempre più gli Stati civili e progressivi, sembraci, non tanto l'impero della legge, quanto l'impero d'una determinata legge, di quella legge che corrisponde alle mutate coscienza sociali ed alle esigenze dei tempi: il diritto non assoggetta a sé la politica, ma la mutata politica ispira equi e giusti concetti al diritto.

(1) SALAMINA - *Diritto e politica* - cit. - (Cfr. anche BURRIATI - *Lo Stato moderno* - nel VII volume della I serie della *Biblioteca di Scienze politiche* - p. XXXI).

L'assolutismo e la schiavitù sono stati un tempo diritto; come il misconoscimento dei diritti pubblici subbiotivi, la mancanza di garanzie di legalità di fronte all'azione dei pubblici poteri: ora invece è diritto la monarchia limitata, il riconoscimento indefettibile della personalità umana, lo svolgimento dei diritti pubblici subbiotivi, il controllo e il sindacato sull'azione amministrativa. Col che si dimostra che il diritto non è che duttile e rispettato strumento nelle mani delle correnti sociali, è una forma di varia sostanza, e, mentre il puro concetto del diritto non potrà mai essere la meta di qualunque aspirazione o movimento, d'altro lato qualunque nuova tendenza politica, se vuol diventare attuale, deve esplicarsi nella forme del diritto. Tutti siamo (ad esempio) testimoni di quella evoluzione dottrinale, in via di elaborazione, nota col nome di *socialismo giuridico* (1), che si va compiendo in seno di alcune scuole socialistiche, e tenta ridurre le idee da esse sostenute da pure astrazioni o concetti economici a concetti di possibile attuazione pratica. Il *socialismo giuridico* non fa altro che tentare di tramutare delle correnti politiche in diritto, eleva delle costruzioni giuridiche, e che vanno dalla riva borghese alla riva socialista, e convinto che solo con i mezzi legislativi si potrà rafforzare la posizione sociale del proletariato, e si giungerà col tempo a poter compiere dei nuovi codici e delle nuove leggi con le conqui-

(1) V. HERRER: *La dernière évolution doctrinale du socialisme: le socialisme juridique* - in *Revue d'économie politique* - 1906, p. 209 e segg. - V. anche gli articoli sul « *Socialismo giuridico* » del COSEXTINI - in *Civiltà Sociale* - Vol. XVI, 1906.

te del quarto stato. (Questo esempio d'attualità ci dimostra ancora una volta (ove fosse necessario) come il diritto non è né un'arca santa né un principio fondamentale, fesso ed immutabile, ma il docile strumento delle forze sociali. La *forza del diritto* e il *diritto della forza* sono frasi che non contengono in sé alcuna contraddizione; il diritto ha sempre con sé la forza, ed è sempre il risultato d'una forza morale e sociale.

Nè si creda che noi in tal modo escludiamo l'elemento ideale del diritto: anzi, per noi, l'ideale del diritto, sempre in formazione e in movimento, è un qualche cosa di effettivo o tangibile e reale, è l'elemento propulsore della evoluzione del diritto, che, onde rivelarlo, e anche incanalarlo e dirigerlo, collaborandovi, deve sempre essere tenuto presente dal giurista, ove non voglia ridurre lo studio del diritto ad una effimera ciarlataneria secolastica. Solo che questo ideale, anziché nel passato, come voleva lo Gneist, noi lo riponiamo nel futuro, e dal passato traggiamo soltanto le cautele e gli ammonimenti.

E di questo ideale del diritto, che si andrà formando in base ed in seguito a nuove idealità politiche, voi, o giovani, dovete essere i più validi, i più sapienti cooperatori. Riforme di vecchi abusi, nuove e giustificata aspirazioni, richiedono nelle anime dei giovani colti un'eco di calda corrispondenza. Sono le finalità che voi andrete perseguendo nella vita pratica quelle che costituiranno il diritto dell'avvenire. A voi, qui convenuti per festeggiare la ricorrenza annuale dell'apertura dei vostri studi, non ci sentiamo di muovere esortazioni. Da parte mia, che non ho alcuna autorità all'ipotesi, sarebbe ridicolo e pedante, e io non desidero né essere né (tanto meno) di

passare per tale. Solamente è un invito, che sento di poter rivolgere a voi, più che in mio nome, in nome di tutti i colleghi, di ogni materia e di ogni facoltà. Invito, cioè, a prepararvi al compito, che vi dovette proporre ed esaurire. E a voi, che, come elemento più elevato della nazione, conscio dei propri doveri morali ed economici e dei propri diritti intellettuali, spetta la fatica maggiore in quella attività politica, morale, economica e giuridica, che darà come risultante il necessario rinnovamento della nostra Italia. L'aumento della coltura e della civile educazione, la produzione, la diffusione e l'egua ripartizione della ricchezza, la dignità della vita, l'integrità del carattere, l'equità del sentimento altruistico, l'amore ardente e sereno per la patria, devono trovare in voi i loro pionieri. Ognuno dovrà ingaggiar lotta nel proprio campo. E il vostro dovere potrete iniziarlo da queste ante, quando vi sentite penetrati da quello ideale squisitamente elevato e profondo, da cui è spinta e fecondata ogni attività di studio. Voi non potete immaginare di quanto vivido soddisfacimento sia a noi apportatrice la constatazione che nelle menti dei nostri studenti siamo riusciti a trasfondere l'entusiasmo, che tutti ci anima, per la scienza; e che vibra nei vostri cuori la corda dell'amore per ciò che dev'essere il vostro lavoro e la vostra vita. Invece nessun più grave sgomento per noi che l'incontro dello scetticismo e dell'apatia. Non si dica che la nostra gente è priva di ideali: la razza latina che con Victor Hugo ha esclamato: « *Tu seras, idéal, - toi seras, existes* »; e cantò col Carducci: « *Tu solo... o ideal, sei vero* »; quella razza che col Sully Prudhomme fu « *aimant de l'idéal comme on l'est de drapau, pour la grandeur de action qu'à son ombre on a fait* »; non può né devo

abbandonarsi a degli scoramenti, che sarebbero prodromi di inevitabile decadenza.

E solo se voi procederete nella vostra crociata, irridati sempre dagli ideali che arrisero ai vostri anni più lieti, allora veramente dovremo per la maggior parte all'Ateneo che la patria nostra, superate le torbide ambascie dell'ora presente, più colta, più felice che oggi non sia, si assida, conscia d'una sua nuova missione, maestra d'un nuovo diritto, nei concili futuri dell'Umanità progredita, pacifica e concorde.

