

DOTT. MEUCCIO RUINI

---

LA

DISTINZIONE TRA SOCIETÀ E STATO

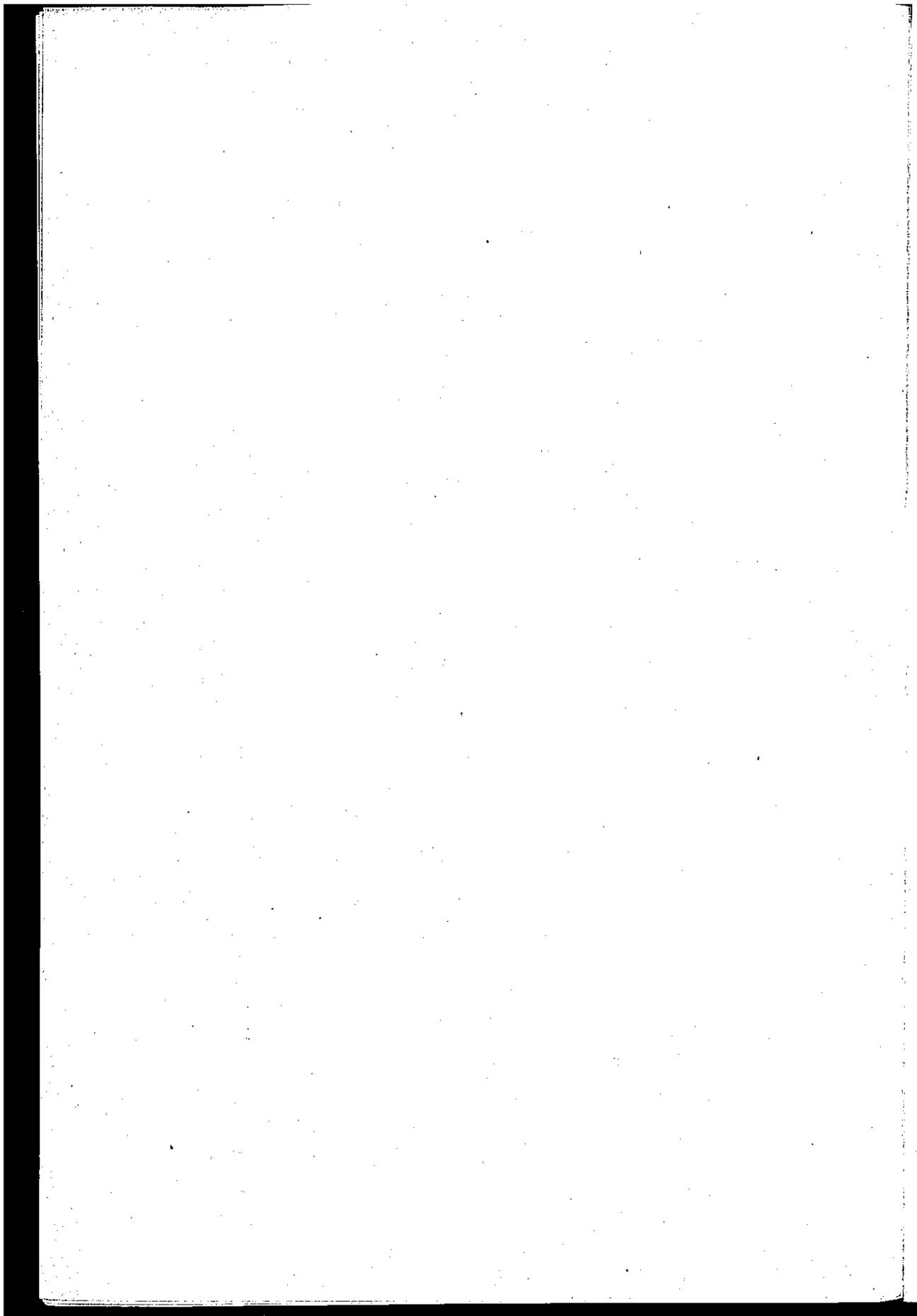
E LA

TEORIA DELLO STATO DI DIRITTO



ROMA

TIPOGRAFIA DELL'UNIONE COOPERATIVA EDITRICE



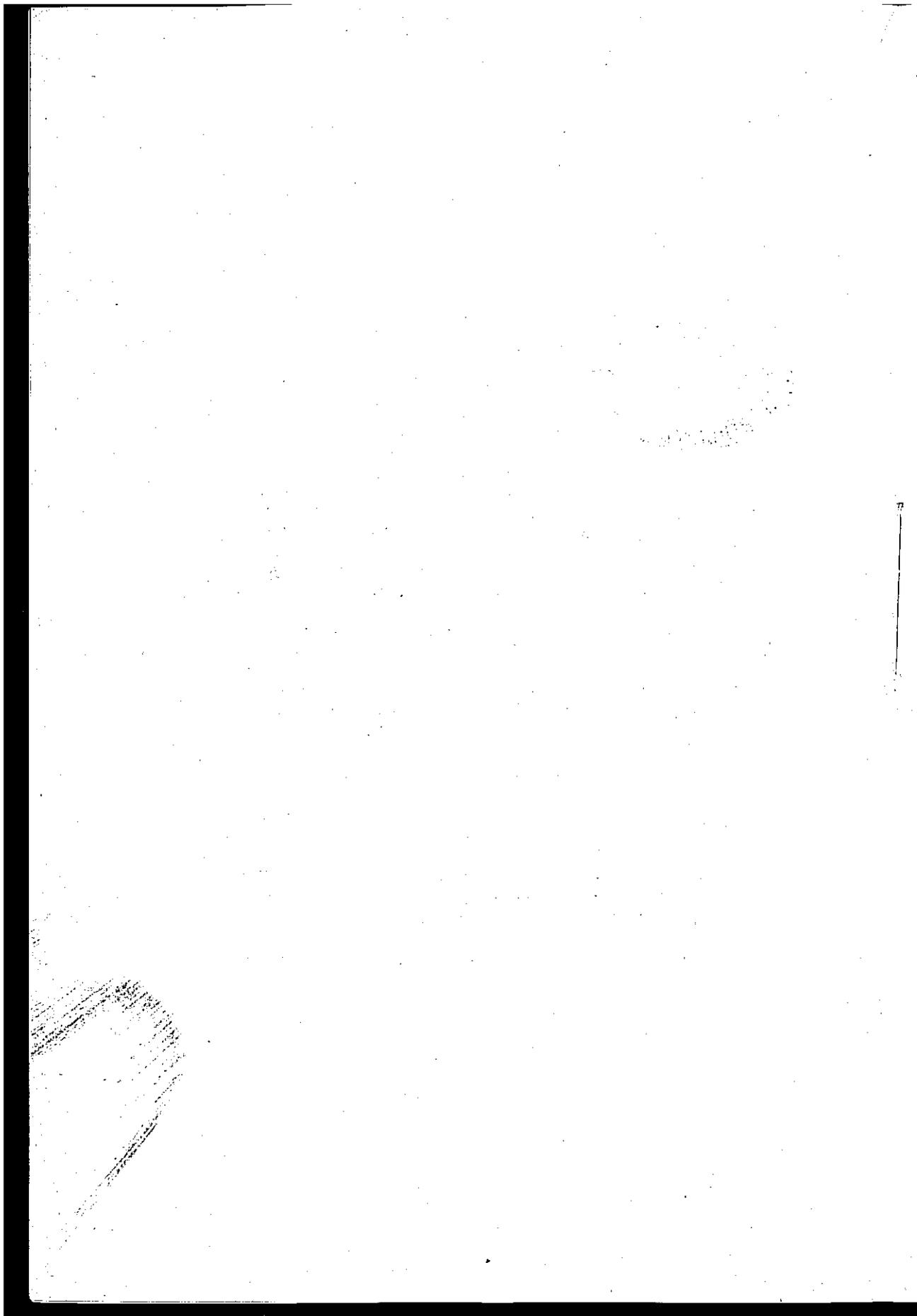
---

*Seguendo un consiglio del mio illustre maestro Icilio Vanni, pubblico questo saggio nella forma stessa, nella quale lo presentai come dissertazione di laurea alla facoltà di giurisprudenza della Università di Bologna, che, il giorno 8 luglio 1899, lo ritenne « degno di stampa ».*

*Di mano in mano che, negli anni susseguiti alla laurea, venivo compiendo studi di filosofia e di diritto, comprendevo sempre più la pochezza del mio primo lavoro, e ne vedevo i gravissimi difetti, resi più evidenti dalla forma impacciata ed inesperta. Fui più volte tentato di porre mano ad un accorcio rifacimento; ma me ne ritrassi tuttora, perchè sospinto dalla necessità di apprendere e attendere a nuove ricerche.*

*Mi decido oggi a dare alla luce, senza aggiunte e modificazioni, la dissertazione, ormai vecchia, per adempiere l'onorevolissimo invito della facoltà di Bologna, confidando che mi si vorrà tener conto dello scopo, per cui il saggio fu scritto, e della immaturità di studi e di ingegno. Invece di una rielaborazione, mi propongo di riprendere e di svolgere alcune parti della mia ricerca, e di valermi del materiale già in essa raccolto, per un esame più ampio e robusto della formazione del concetto di società, nel momento che si riassume attorno ad Hegel. A questo nuovo lavoro sto attendendo, con intenti ormai consci di indirizzo e di trattazione filosofica, ben lieto se, quando che sia, potrà venir fuori qualche cosa di più serio ed efficace dalla trama che allora tracciai con ardimento di giovanile inesperienza.*

Dott. MEBUCCIO RUINI.



## INTRODUZIONE



### I.

In un suo articolo acuto e brillante il Gumpłowicz fa il necrologio dello « Stato di diritto ». Egli crede di sorprendere, in un articolo dell'Eheberg nell'*Handwörterbuch der Staatswissenschaften* la confessione della giovine *scienza tedesca* che il famoso *Rechtsstaat* « era costruito sopra principi insostenibili ed ha dovuto cedere il campo ad altra teorica sullo Stato ». Il Gumpłowicz gode di questa confessione, da fiero avversario com'è della concezione dello Stato di diritto, da lui già vivamente criticata nel 1881 nel volume *Rechtsstaat und Socialismus*, e dice: « E' morto finalmente questo Stato di diritto, che aveva di falso persino il nome, e non era altro che il vecchio Stato poliziesco, il quale si era voltato l'abito e messo un nuovo colletto di velluto. Non parliamone più! »

E' proprio il caso di non parlarne più?

Si potrebbe prima di tutto osservare che, non perchè una teorica è morta, cessa il bisogno di studiarla. Anzi forse si verificano allora le condizioni più favorevoli d'esame. Morte di una teoria non può voler dir altro che essa è stata *superata*; ma per venir superata deve essersi immedesimata ed acquisita al dominio della scienza, che di tale acquisto si vale per procedere ad altri gradi. Dice Ludwig Stein che una idea tramonta nel momento in cui ha raggiunta la sua efficacia.

Il certificato di morte del Gumpłowicz non dispenserebbe quindi, anche se fosse esattissimo, dall'obbligo per gli studiosi del diritto pubblico, di ricercare la storia interna della concezione. Ma è da avvertire fin da ora che il Gumpłowicz, nei suoi acerbi assalti, ha tenuto presente un modo

di concepire lo Stato di diritto su basi assolutamente formali ed esterne, che è senza dubbio il più diffuso, ma non però completo, come appunto mi cercherò di mostrare nel presente studio.

Il quale studio — è bene dichiararlo subito — ha intenti molto limitati e modesti, e non pretende affatto di proporsi come compito il soddisfacimento di quel bisogno scientifico che, ben lontano dal sottoscrivere i necrologi del Gumpłowicz, rilevava il Kirchenheim, affermando: « Nello svolgimento delle teorie, così come in quello delle scienze, vi sono certi momenti critici e riflessi, in cui si fa sentire l'esigenza di una sistemazione. Un tal momento è giunto per quel complesso di concezioni che vanno designate comprensivamente con la formula: Stato-di-diritto ».

Certamente il molteplice contenuto che la formula ha assunto — dalle designazioni filosofiche più astratte e da quelle storiche più generali ai problemi più minuti di tecnica giurisdizionale (onde viene la trattazione del tema in campi e con orientazioni scientifiche diverse) — ed inoltre una spiccata singolarità di svolgimento nelle varie nazioni rendono difficile isolare e definire i tratti costitutivi e caratteristici della teoria. Non mancano elementi perturbatori della ricerca, come, ad esempio, le frequenti accentuazioni polemiche, divenendo il Rechtsstaat « parola di lotta », e la tendenza ad aderire al puro suono verbale, facendone etichetta a vedute contraddittorie e discordi. S'aggiunge oggi a rendere più vivo il bisogno di una sistemazione il diffondersi delle applicazioni pratiche dello Stato-di-diritto, mentre diviene proporzionalmente scarsa e non puntuale la elaborazione delle premesse teoriche, che oramai da parte di molti scrittori sono ricevute in modo concorde come un luogo comune.

In questo breve studio non si intende tentare la sistemazione, non perchè si creda il tentativo informe e asimmetrico per i troppi punti di vista che vi si intreccerebbero, sì da dargli una struttura che potrebbe parer poco rigorosa ai cultori delle singole discipline. E' in realtà legittimo e importante mettere in luce nella sua figura completa — indipendentemente da barriere scientifiche — una concezione che domina un momento storico e investe tutta la vita dello Stato. Ma questa sistemazione richiede e presuppone in chi la tenti una completa maturità di studi e la conoscenza larga e sicura di tutte le manifestazioni della teoria. Mi propongo soltanto di portare un contributo di analisi dirette specialmente a rilevare la base o punto di partenza della concezione ed a sceverare due lati di essa, che non vanno confusi, ma scientificamente distinti

nelle varie correnti di idee che li animano e ne derivano. Dato il carattere di una dissertazione di laurea, ho in ogni parte cercato di tenermi entro i limiti di un rilievo di lineamenti generali, — accennando piuttosto che svolgendo.

## II.

Per avere un primo elemento — su cui procedere all'analisi — bisogna partire dall'esame obbiettivo degli scrittori dello « Stato di diritto ».

Non è il caso di fare una completa rassegna storica (che però manca affatto); basta ricercare quegli autori a cui risale la teoria nella sua piena formazione. È specialmente nelle opere di Stein e di Gneist che si può veder svolto il sistema nei suoi presupposti ed in tutto un complesso di corollari, ed è in esse che si può cogliere con chiarezza la distinzione (se non proprio fra due momenti) fra ciò che ne è il cardine o nucleo, e ne costituisce, per usare una frase del Gneist, il lato sostanziale e ciò che si stende su questa base ed è veramente la teoria. Stein e Gneist partono da uno studio dello Stato, da un punto di vista generale, nella sua posizione di fronte alla società. La ricerca trascende la visuale delle scienze del diritto; è metagiuridica. Attende infatti a delineare l'atteggiarsi di forze sociali, e considera la società specialmente come insieme di classi. Notevolissimi sono i contributi recati, con tale ricerca, dalla pubblicistica tedesca all'elaborazione del concetto di società; così che può senza dubbio affermarsi che v'era in essa un complesso di dottrine sociali di alta e moderna importanza prima ancora della sociologia francese ed inglese. Ma, per ciò che riguarda la prima parte dello Stato-di-diritto, non implica una completa designazione sociologica e lascia fuori ogni maggiore ricerca sul campo più o meno vasto dell'attività statale e degli scopi per cui lo Stato deve agire, riducendosi, piuttosto che ad un esame intrinseco, ad un rilievo di posizione. In questo rilievo viene in luce quello che Stein chiama (1) « il momento dello Stato di fronte alla società » e s'accentua la non sola ma certo più significativa delle esigenze che formano la base del sistema di Gneist: lo Stato neutro e imparziale fra le classi.

(1) STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, pag. 742.

Fermati questi concetti, gli autori entrano in un altro campo. Per assicurare la realizzazione del momento sociologico badano alla struttura giuridica dello Stato: quindi non più analisi di atteggiamenti sociali ma della forma in cui essi si svolgono. Siamo dunque nel campo rigoroso della scienza giuridica, la quale « non designa le attività sociali, ma soltanto riconosce le forme esterne in cui esse vengono in luce ». (1) A questo punto si fa innanzi la nota frase dello Stato che si muove secondo il diritto, frase che per la propria elasticità si presta a varie significazioni nel diritto pubblico.

Per completare il sistema di Stein e di Gneist non vanno poi dimenticati molto corollari e proposte, in cui non manca, com'è stato a ragione rilevata (2), l'influenza di fattori politici.

Ora è innegabile in questo insieme di dottrine un concetto unico ed integrale. Lasciamo stare la posizione inizialmente identica tra la prima ricerca che considera lo Stato di fronte ai suoi elementi sociali, e la seconda che studia lo Stato di fronte ai suoi elementi giuridici, cioè agli individui (come si vedrà meglio nel corso del saggio). Importa rilevare che, se è pienamente legittimo scindere le due concezioni e sottoporle ad elaborazione teorica in discipline diverse, non si possono però isolare, quando si tratti di designare quello che, non ostante le acerbe critiche rivolte alla sua orientazione metodologica, è ancora il compito limite della teoria dello Stato di diritto: il far risaltare un'esigenza idealistica e dare una parola d'ordine. La prima concezione necessariamente conduce alla seconda, non potendosi pensare la realizzazione dello Stato neutro ed imparziale indipendentemente da una garanzia esteriore; ma la seconda a sua volta, per sua stessa natura, non può assicurare completamente che il suo contenuto si realizzi, ed è perfino conciliabile con un tipo di Stato che sia la negazione dello Stato imparziale fra le classi.

Devono quindi le due concezioni tenersi unite, mentre va nello stesso tempo distinta con ogni cura la loro diversa natura. A proposito della quale, osservando tutto il sistema di Stein e di Gneist, sembra anche qui attuarsi il criterio di divisione scientifica che domina la così detta sfera del diritto pubblico. Vi è una pre-ricerca metagiuridica, che esamina le forze sociali che servono di base al fenomeno giuridico, (non con propositi generali, ma diretta allo scopo di far da premessa).

(1) JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, pag. 213.

(2) BLUNTSCHLI, *Politik als Wissenschaft*, VII, c. 4; MAJORANA, *Lo Stato giuridico*, pag. 12.

Su questa base sociologica, che è come la spinta d'impulso e la base del fenomeno giuridico, questo si erige con una struttura logica propria, che si presta ad una elaborazione tecnica indipendentemente da ogni criterio sociologico. Bisogna infine ricordare, che, per la speciale natura del diritto pubblico, accanto all'elemento giuridico v'è l'elemento politico, ed è per mezzo suo che la ricerca sociologica, intesa in un senso più ristretto e particolarizzato e direi quasi localizzato, torna a farsi valere. Anche la teoria dello Stato-di-diritto sembra passare per queste varie fasi.

Onde noi, seguendo le traccie fissate dallo stesso svolgimento letterario della teoria, tenteremo raccogliere anzitutto la ricerca sociologica, che ne è premessa, per procedere quindi ad una delineazione, per somme linee, del sistema giuridico, accennando da ultimo a tutto ciò che resterebbe da fare, se si entrasse in una valutazione più concreta con elementi politici.

### III.

Prima di entrare in queste analisi è necessario chiarire un punto molto importante e che varrà insieme a dare qualche criterio di metodo. E' frequente contro gli scrittori dello Stato di diritto la facile critica, che ne rileva l'indirizzo idealistico e va fino all'accusa di voler arbitrariamente costruire un « *Musterstaat* ». (1). In questa critica è molto di vero. Non è a disconoscersi che l'infiltrarsi di elementi metempirici e razionalisti vizia la stessa base teorica in parecchi autori, e che è perfettamente antiscientifica una concezione che prescindendo dalla realtà e intenda dare il tipo di uno Stato perfetto ed ottimo. Ma con questo non è detto che la teoria dello Stato-di-diritto sia affatto priva di elementi idealistici: essa ancora, nel momento storico attuale, si presenta come esigenza non realizzata in molti suoi punti, ciò che del resto è concordemente riconosciuto dagli scrittori. Ed è appunto qui che bisogna insistere, pel suo orientamento speciale. La teoria non mira a dare la nozione di quello che lo Stato è; e quindi non si basa esclusivamente su una ricerca realistica delle forme

(1) In questo senso, tra i critici più recisi, vedi: GUMLOWICZ, *Allgemeine Staatsrecht* pag. 233 e seg.; VAN KRIECKEN, *Teor. organica dello Stato* (traduzione italiana nella biblioteca di scienze politiche del Brunialti), introduzione. Vedi anche ORLANDO, *St. giur. sul gov. parl.*, in *Archivio giuridico*, vol. 36, pag. 521 e seg.

di Stato come sono attualmente. Essa mira invece a dire come lo stato deve essere, e quindi nel suo processo metodologico si basa anche su elementi deduttivi. Deve entrarvi l'analisi realistica diretta, essendo ormai lo Stato-di-diritto una tendenza storica e dovendosi quindi osservare e raccogliere dai fatti. Ma è impossibile basarsi soltanto su essa che presterebbe una base affatto insufficiente e inadeguata. E v'è ancora di più: per la sua stessa natura di ricerca diretta a metter in luce un tipo di Stato come deve essere, ne viene che la vera giustificazione dell'esigenza si può ricavare soltanto dalla deduzione da premesse alla loro volta realisticamente forti. Procedimento del tutto scientifico e di molta importanza in questo tema, aperto ad equivoci pericolosi.

---

## PARTE PRIMA

### § 1.

Come si è già accennato, l'analisi del « lato sostanziale » della teoria dello Stato di diritto, ossia, per parlare più esattamente, di ciò che ne costituisce il presupposto sociologico, si riduce a colpire la posizione dello Stato di fronte alla società, e viene quindi ad implicare necessariamente che sia attuata la distinzione scientifica tra società e Stato. Il rapporto tra questa ricerca e quella dello Stato-di-diritto non è rapporto soltanto di somiglianza, o di connessità storica, ma proprio scaturisce da un processo di derivazione genetica e logica. Nell'epoca di trasformazione, che attraversò la scienza dello Stato e del diritto pubblico tedesco verso la metà del nostro secolo e che ha grande importanza anche per le tendenze scientifiche odierne, si può osservare come le due teorie siano vincolate e strette l'una all'altra, e trattate bene spesso insieme dai medesimi scrittori; e si può rilevare come la concezione moderna dello Stato-di-diritto non si svolga nel suo sistema completo, se non quando la distinzione fra società e Stato è già uno dei punti acquisiti alla scienza.

### § 2.

Già nella filosofia greca, se non puntualmente svolta, era in sostanza tutta la distinzione di società e Stato nell'analisi aristotelica delle comunanze particolari di fronte alla comunanza politica. Vero è che il pensiero ellenico, almeno nella sua « espressione rappresentativa », come lo Zeller chiama la dottrina d'Aristotele, era dominato dall'idea dello Stato, e quella della società poté bensì distinguersi, ma non assumere posizione autonoma, e tanto meno centrale. « La sociologia d'allora, dice il Barth, era la politica ». Ciò va inteso appunto in quanto che ogni fenomeno di vita comune si subordinava allo Stato; mentre, nella fase odierna degli

studi, si subordina alla società. Donde il nome di sociologia. Tuttavia la distinzione era stata mirabilmente posta da quella filosofia che contiene « ogni germe di dottrine posteriori » (Lasson) (1).

Ma del luminoso principio sembra che attraverso il tempo vadano perdute le tracce. Soltanto nella reazione contro l'indirizzo dominante nella prima parte del nostro secolo si afferma scientificamente la distinzione, implicita in tutte le scuole socialiste e resa perspicua dal processo dialettico hegeliano. E' a Mohl però che la teoria deve una prima esposizione sistematica e il rilievo e la diffusione della sua importanza. Considerata poi nel suo contenuto, la dottrina di Mohl costituisce, insieme a quella di Stein, i due capisaldi differenti a cui si possono ridurre le innumeri trattazioni del tema. Differenti per metodo e per gli elementi fondamentali che gravitano in parte su centri diversi, hanno però le due dottrine qualche cosa di comune, un *minimum* che ne costituisce la parte essenziale, e che si può esprimere nel modo più semplice come la distinzione della società, insieme delle comunanze d'interesse, dallo Stato, la più alta comunanza comprendente tutte le altre: fenomeno molteplice e discorde il primo, unitario il secondo. Questa osservazione potrebbe bastare, come punto di partenza dello Stato-di-diritto. Ma sembra meglio non accontentarsi di questa anticipazione, e studiare in breve la distinzione, sempre limitatamente allo scopo di illuminare la posizione dello Stato di fronte alla società; poichè, senza aver precisati i concetti, sarebbe sempre aperto l'adito ad instabilità e ad equivoci, se non altro di terminologia, che non sono sempre i più lievi. Capiterà nella brevissima analisi di dover rilevare cose che sembrano troppo semplici ed ovvie; ma sono appunto queste che, facilmente trascurate, determinano vizi fondamentali; senza ricordare inoltre che « nella natura dei fatti le cose semplici sono spesso le più profonde » (Wundt).

§ 3.

Osservando il complesso dei fenomeni sociali, si vede come la coesistenza umana dia luogo a rapporti di vita tra individuo e individuo, che hanno natura e forma diversa. Fra questi rapporti ve ne sono certuni che fanno sorgere e, per

(1) Alcuni scrittori, come il Gierke (nel *Genossenschaftsrecht*, pag. 8) ed il Filomusi (nella *Dottrina dello Stato nell'antichità greca*, pag. 6) negano che la distinzione esistesse presso i greci, tenendo presente che questi subordinavano società a Stato.

così dire, costituiscono il substrato di formazioni sociali, facili ad essere rilevate nella loro struttura esterna. Nelle quali più individui non solo coesistono e si pongono in mutui rapporti e quindi si ordinano reciprocamente, ma proprio si associano e si aggregano, in modo da essere stretti da speciali vincoli e differenziati da tutti gli individui non appartenenti a quella data formazione. Tali formazioni si chiamano comunanze ed hanno senz'altro radice nei rapporti di coesistenza. Le comunanze non differiscono sostanzialmente ma solo per gradi d'intensità dagli altri rapporti individuali: ed è infatti impossibile fare un taglio netto fra ciò che è comunanza e ciò che è relazione d'individualità. Di qui, se non c'inganniamo, trae una ragione della incertezza elastica e del difetto di tecnicismo della parola « società » (1) Non è questione soltanto terminologica: è la natura dei fatti che origina e giustifica questa mancanza di precisione. Società in senso generico vale appunto come comunanza, sia per designare la comunanza universale di tutti gli uomini, sia le comunanze particolari a cui abbiamo accennato. Sono queste che non si possono ridurre sotto uno schema rigido di nomenclatura: dalle forme più scolorite ed incerte in cui è poco più della convivenza e dello scambio si va a quelle comunanze alle quali più veramente si addice il nome di società: cioè a quelle, in cui gli individui associati danno vita e costituiscono qualche cosa di nuovo, che ha una unità di movimento e di azione, e può considerarsi un tutto distinto dalle sue parti. Vale a dire, per dati rapporti della vita d'insieme, essi non valgono più come individui, ma come membri. In corrispondenza al variare della intensità dei rapporti di consociazione, varia la struttura esterna o organizzazione formale, che queste comunanze assumono e per mezzo della quale possono essere studiate realisticamente.

Se è impossibile darne un quadro, è facile averne un'idea, osservando gli enti autarchici di diritto pubblico, le persone giuridiche private, ecc.; e gettando lo sguardo su tutto quel movimento che è oggi indicato come associazionismo e che ci mostra ovunque gli uomini affaticati ad assommare le proprie forze, ad afforzarsi unendosi, a costituire nuove formazioni, che fanno a molti prevedere una fase nuova nella costituzione sociale.

(1) Per un'analisi dei vari significati di « società », vedi RÜMELIN, *Ueber den Begriff der Gesellschaft*, etc., in *Reden und Aufsätzen: dritte folge*, pag. 248 e seg.; IHERING, *Der Zweck im Recht*, I, 86; TÖNNIES, *Gesellschaft und Gemeinschaft*, pag. 60; WUNDT, *Logik*, II, pag. 589; REHM, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 284; STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, pag. 83; STEIN LUDWIG, *Die sociale Frage*, pag. 534; GOTHEIN, *Gesellschaft und Gesellschaftswissenschaft*, pag. 838.

§ 4.

Ma il rilievo di queste comunanze a struttura formale non esaurisce l'analisi di ciò che è la società di fronte allo Stato. Accanto a queste formazioni e sotto di esse v'è tutto un mondo di altre formazioni non meno reali, che hanno pure i caratteri di comunanza e in cui si devono rintracciare i più attivi fattori della vita sociale. Bisogna trasportare lo studio al sottosuolo; e, se non è possibile, come prima, rilevare direttamente la configurazione esterna e formale di questi fenomeni (poichè di organizzazione esterna — almeno nella costituzione attuale, che è oggetto dell'analisi nostra, — essi mancano) bisogna rilevarli indirettamente; ciò che è possibile per mezzo di altri fenomeni i quali ne mostrano l'esistenza e le leggi.

Anche qui si tratta di rapporti tra individui. Ogni individuo, per ciò solo che ha una data posizione sociale, idee, coltura ecc. e viene quindi ad avere dati interessi, si trova associato con gli individui, che hanno interessi eguali o simili ai suoi, dissociato da quelli che li hanno contrari o diversi. E' come un fenomeno d'aggregazione spontanea: dovunque è comune interesse, è tendenza ad aggrupparsi quasi intorno ad un nucleo; al contrario è tendenza a separarsi da coloro, a cui comune interesse non lega. Questo fenomeno è quello delle « comunanze d'interessi » ed è la base delle classi sociali, poichè classe non è altro che un gruppo d'individui, i quali hanno interessi comuni (1).

(1) Gli interessi sono di varia natura; quelli poi della stessa natura possono essere tra loro contrari ed opposti: anzi di solito in essi si riscontrano le antitesi più stridenti. Di qui le varie categorie di classi: e le classi contrapposte entro una stessa categoria. Non è il luogo di tentare una classificazione delle « forme sociali » (Stein) su la base di una classificazione di interessi. Tanto meno di vedere quali siano tra queste forme le preminenti e le determinanti, il che condurrebbe lontano in piena discussione di determinismo sociale. Basta accennare che, se la classe è anch'essa comunanza e società in senso generico, non si deve mettere insieme con le comunanze che abbiamo per prime rilevate, e ciò, non solo per la mancanza di struttura, ma forse per qualcos'altro di più sostanziale. Le classi sono comunanze d'interessi. Ora si può dire solo in senso meno preciso e tecnico che anche le prime « società » sono comunanze d'interessi. Certo ogni aggregazione (e del resto ogni e qualunque rapporto di vita) presuppone un interesse comune degli individui che vi prendono parte. Ma (lasciando da parte la vecchia osservazione del Liebsch che in quelle prime comu-

§ 5.

La parola *società* è dunque usata per designare ogni e qualunque forma di « comunanza particolare », ossia di associazione: cioè è senz'altro equivalente di « comunanza ». Ancora genericamente designa « la coesistenza di tutti gli uomini », considerata appunto come comunanza: ossia, scomponendola nei suoi elementi, « l'insieme di tutti i rapporti di vita ».

Ha poi inoltre un senso più specifico, ch'è quello che importa rilevare. Indica cioè « l'insieme delle comunanze » e, ancor più precisamente, proprio il momento dell' « insieme delle comunanze d'interessi », vale a dire delle classi, abbracciando i fenomeni che hanno in esse radice.

§ 6.

Siffatte nozioni vengono confermate per altra via, non seguita dagli scrittori del Rechtsstaat; esaminando cioè in che cosa consista la natura del rapporto « società ». L'idea di società richiama subito quella di pluralità. Ma società non è

nanze l'interesse è effetto, più tosto che causa della aggregazione: cosa che, almeno così assolutamente, non è vera) per notare uno degli elementi che rendono meno precisa l'espressione, si potrebbe dire che nelle comunanze a struttura formale gli interessi sono comuni, ma non sempre di identica posizione. Si possono associare individui con interessi differentissimi, appunto in causa di questa differenza, per integrarli vicendevolmente; dal che sorge appunto l'interesse comune, e tali associazioni si presentano con tutti i caratteri di comunanze. Mentre invece per le classi si vuol colpire una maggiore identità di interessi nei componenti. Del resto anche qui un taglio netto è impossibile, e il vero punto saliente è sempre che vi sia un interesse comune. Per far poi vedere i rapporti intercedenti tra le comunanze a struttura formale e le classi (lasciando stare che in un certo senso generale può dirsi che le prime, come tutta la vita sociale, sono determinate dalle seconde) v'è tutto un gruppo di associazioni esteriormente organizzate che s'innestano proprio sulla vita di classe, e ne sono, per quanto incompiutamente, cristallizzazioni o manifestazioni esterne. Basta accennare senz'altro a quel complesso di fenomeni che abbiamo indicato come associazionismo.

« gli uomini associati », non è un uomo più uno o altri uomini. E' *tra* gli uomini.

Tutto sta a vedere in che cosa consista il *tra*, cioè il rapporto.

Società non è mero rapporto di coesistenza. La coesistenza spaziale, ove non vi siano altri elementi, non implica l'idea di società. Spencer (*Sociol.*, III, 293) osserva bene che « la pura unione di individui non forma società ». Se si volessero usare espressioni proprie della logica, potrebbe dirsi che società non è cosa di spazio, ma cosa di tempo, inquantochè hanno il carattere di cose anche i cambiamenti di cose nel tempo, se una interna correlazione li stringe, e si producono, svolgono e cessano secondo determinate regole (Schuppe).

La coesistenza pura e semplice, cioè passiva e inerte, è poco più di una astrazione. In realtà gli individui, coesistendo, entrano in relazioni e scambi d'efficacia; e si dà luogo a « rapporti di vita », giusta la frase espressiva, mutuata dal tedesco. Ecco un primo senso della parola società. L'uso corrente vede e designa forme di società, sia pure effimere e transitorie, ovunque è vita in comune (vedansi le espressioni *andare in società*, società per *conversazione*, ecc.). Sempre nello stesso significato, dalle società singole si eleva alla società universale, come « insieme dai rapporti di vita che si manifestano tra gli uomini » ed, in senso traslato, « la stessa vita in comune ».

Se si considera che certi rapporti di vita sono sociali, perchè hanno luogo nella vita in comune, ma sono in sostanza la cosa più antisociale che possa pensarsi (ad es. ad una lotta tra uomini male si applicherà il nome di società), si apre l'adito ad una successiva eliminazione degli elementi del concetto, per avere un significato più preciso. Quali rapporti di vita implicano società? Molti trovano la *nota* in ciò che il rapporto sia di integrazione, reciprocità, alterità.

Avvertasi che ogni e qualunque rapporto sociale (anche la lotta e la guerra) se non è considerato isolatamente, ma congiunto con gli altri, avrà sempre un che di integrazione; e che è qui anzi il *nexus* intimo della vita comune. Ritornando a chi interpreta come integrazione la società, questa consisterebbe nell' « uomo per l'uomo », intendendo *per* nel doppio senso finale e stromentale.

Jhering (*Zweck im Recht*, 312) chiama « società l'organizzazione della vita *per* e *mediante* altri » e Morgan (*Mutterrecht und Vaterrecht*, 6) « rapporto di vita di insieme basato su individui e regolante le loro azioni contrapposte ».

Vi è poi un altro modo meno ampio di concepire la natura della società. Se ogni uomo è commerciante, come dice Adamo Smith, alcuni uomini che barattino tra loro non si dicono formare società. Si invece, se si uniscono insieme per spacciare loro merci. Dal rapporto di integrazione si passa a quello di aggregazione. La reciprocità diviene cooperazione. L'aggregazione è la vera nota costitutiva e l'esponente del concetto di società. Non è qui il caso di approfondire simile punto, e di entrare nelle interminabili questioni se e quando l'aggregarsi degli uomini dia luogo ad una entità nuova; nel che è il cozzo delle due tendenze perenni della storia verso l'individuo e verso la socialità.

Basti aver delineato il κλίμαξ delle concezioni di società: coesistenza, rapporto di vita, integrazione, aggregazione.

Aggregazione equivale a comunanza. Tra comunanza e società si fa però distinzione, anche nell'uso comune, per un intervento maggiore nella società dell'elemento volitivo e artificiale.

Per Stammler (*Wirtschaft und Recht*) società è ogni comunanza « frei wollender Menschen ». Società non è dove i rapporti degli uomini sono determinati soltanto dalle leggi naturali, ma anche dalla normazione umana. Quanto più normazione, tanto più volontà. Si può accostare qui anche la distinzione di Tönnies, che, oltrechè vedere comunanza e società come fasi successive di sviluppo storico, le basa su diverse « gestalten » della volontà: « wesenwille » e « wilkür ».

A questo punto, e cioè alla distinzione di aggregazione naturale e volontaria, si riferisce l'esclusione dalle società vere e proprie della famiglia, che si dice società solo in senso largo e che sa di traslato (Gothein).

Siamo giunti così alla nozione di società come comunanza, ed, in senso universale, « insieme delle comunanze ». Ecco il concetto, che era già negli scrittori del Rechtsstaat.

Non si ferma però qui il processo di progressiva eliminazione di elementi concettuali. Dal fondo vago ed indeterminato delle aggregazioni si staccano di mano in mano concetti più precisi e definiti, che acquistano subito autonomia e seguono una propria elaborazione. Si stacca quello di Stato, che anzi come elaborazione teorica ha preceduto il concetto di società. Ma di ciò appunto parliamo di proposito nel presente saggio. Ciò che resta, non organizzato nel fatto, e non definito che tardi nella scienza, è la società in senso proprio.

Chiudiamo ora la parentesi, ritornando nell'orbita delle idee degli scrittori dello Stato di diritto.

§ 7.

Bisognerebbe ora ricavare i caratteri con cui si presenta la società, presa nel senso specifico d'insieme delle comunanze d'interessi. E' ricerca difficile a farsi con qualche generalizzazione, per la natura mobilissima e sfuggevole degli elementi sociali. Basta qui un'osservazione negativa: la società, così come ci si mostra nella sua fitta rete di interessi discordi e antitetici, manca affatto di una struttura formale e di organizzazione unitaria, per mezzo della quale possa valere come un tutt'uno, e aver unità di volere e d'agire. Bisogna egualmente evitare il processo hegeliano, che ne fa una unità (1), e il processo di alcune tendenze della scuola organica che ne fanno, considerandola proprio come società nel suo momento specifico, un vero organismo (2). I caratteri più evidenti della società sono, per dirli in breve, la molteplicità e la disorganizzazione.

§ 8.

Lo Stato è anch'esso una comunanza, che si presenta però con tutti i caratteri di organizzazione e di unità. Esso non si riduce soltanto a quell'organizzazione esterna, a quell'apparecchio politico, a quel complesso di istituzioni politiche che lo caratterizza. Ridurlo a ciò sarebbe confondere una cosa con ciò che è solo il suo carattere specifico. Lo Stato è

(1) Il pensiero di Hegel, in base all'indirizzo generale della sua filosofia, tendeva a vedere unità, aventi valore di persona, nei fenomeni di consociazione umana. La sua dottrina sociale può dirsi veramente *realista*, nel senso in cui questa parola fu usata nella lunghissima controversia tra realisti e nominalisti nel medioevo. Tipico è il contrasto con Herbart, che dalla sua gnoseologia è spinto ad una concezione del tutto individualista e nominalista della vita sociale, come può vedersi nel volume ottavo delle sue opere. Quanto ad Hegel, la influenza che egli ha esercitato sul diritto pubblico, per la teoria delle persone giuridiche e della personalità dello Stato, è criticata vivamente da Seydel e da Lingg. Vedi di quest'ultimo le *Empirisch. Untersuchungen*, etc., prime pagine.

(2) Per la critica della teoria organica, vedi VAN KRIECKEN, op. cit. Purtroppo gli eccessi degli organicisti, che pretendono di costruire la sociologia con continui richiami e similitudini biologiche, e sono arrivati a dare alla «società» come organismo un posto nella scala zcolo-

una comunanza, comprende tutto il *populus*, tutti i suoi componenti, tutte le formazioni sociali che si determinano in esso, e quindi anche tutte le varie comunanze e le classi. Lo Stato è formato dalla società e la loro materia coincide. Ma non si devono per questo confondere i due termini: lo Stato è qualche cosa di diverso da ciò che abbiamo poco prima rilevato come società. Non è più un insieme di elementi disorganizzati, ma si mostra con i caratteri d'organismo sociale; non è molteplice e discorde, ma è struttura unitaria, muovendosi ed agendo come un tutto uno per scopi collettivi. La società diventa organismo per opera dello Stato, e nello Stato; il quale agisce come forza regolatrice e integratrice che spiega la sua azione su tutta la vita sociale, coordinando insieme tutte le attività e subordinandole ad uno scopo collettivo. Lo Stato adunque è la società organizzata politicamente.

Va tenuto presente questo stretto rapporto fra i due termini, per cui sostanzialmente l'uno (lo Stato) viene ad essere l'altro (la società) considerato in un suo speciale modo di essere. Ma non si vuole con ciò disconoscere la distinzione dei due termini, dalla quale appunto s'è voluto prender le mosse. Dire che lo Stato è la società organizzata politicamente non vuol dire che ogni manifestazione di vita sociale si debba ricondurre allo Stato, e che non esistano sfere di attività e circoli di vita sociale, oltre l'attività e la vita dello Stato — (ciò che formò il primo intento e la conquista scientifica della enunciazione di Mohl) — Tanto meno si vuol arrivare al tipo di Stato che assorba e accentui tutta la vita sociale e provveda a tutti i bisogni ed interessi umani. Si vuol rilevare soltanto (e l'osservazione è così ovvia che non v'è bisogno d'insisterci sopra) che lo Stato comprende tutto il *populus* e quindi tutte le comunanze e tutte le classi che si formano in esso. Nè lo Stato assomma tutta la società in sè, ma ne è soltanto il supremo ordinatore e regolatore.

gica, sopra l'*homo sapiens*, non sono ancora finiti, per quanto il ridicolo cui si è arrivati faccia presagire una buona volta il cambiamento di rotta. Per la base della teoria organicista ed il valore inesatto dato all'*analogia* come strumento scientifico di conoscenza, si può, tra gli altri, vedere il BARTH, nel suo lavoro: *Die Philosophie der Geschichte als Philosophie*, 125.

§ 9.

Fissati i concetti di società e Stato nei loro mutui riguardi, secondo gli scrittori dello Stato-di-diritto, è facile comprendere il processo logico per cui si veniva a delineare quale doveva essere la posizione dello Stato di fronte alla società e si poteva affermarne scientificamente l'esigenza. Dai rapporti così come sono indotti fra società e Stato, si deduce ormai quale deve essere la posizione di questo di fronte a quella: dando così a quest'ultima affermazione il valor d'esigenza. Vi è tutta una serie di di ricerche sui compiti e le funzioni statuali, di cui è molto interessante vedere la catena logica negli scrittori che hanno svolta la distinzione già accennata fra i due termini.

Se lo Stato comprende tutte le classi sociali, resta implicitamente affermato che, poiché le classi sono in lotta fra loro, esso deve assidersi in questa lotta imparziale e neutro (per non andare all'energico « Retter » di Stein) agendo per gli interessi generali e non diventando l'organo e lo strumento degli interessi particolari di una singola classe. E' questa un'esigenza teorica che è perfettamente scientifico far valere: ma sarebbe procedimento arbitrario e metempirico confondere il concetto logico con l'esigenza e tradurre l'esigenza stessa in una nozione dello Stato come è esistito nella storia ed esiste tuttora, e affermando come realtà ciò che non è se non un ideale. Non è vero che sempre ed in ogni sua forma storica abbia lo Stato rappresentato una forza imparziale nell'incessante antagonismo delle classi e che abbia sempre cercato il maggior bene possibile di tutte. Bene spesso lo Stato ha costituito l'organo di dominazione e sfruttamento nelle mani delle classi prevalenti. E' qui che per certo aspetto può aver ragione il materialismo storico: ma dove esso ha torto è nel ricavare da questa constatazione storica la legge che sempre ed in ogni sua forma lo Stato sia e debba essere l'organo di una sola classe dominante.

Abbiamo dedotta, come esigenza, l'imparzialità dello Stato. A sua volta l'induzione storica serve di riprova alla deduzione. Che sempre ed in ogni sua forma lo Stato abbia costituito l'organo delle classi prevalenti, senza alcun riguardo agli interessi delle altre classi, questo è ciò che il materialismo storico non può riuscire a dimostrare. V'è una legge, che vale anche per gli organismi sociologici, la quale afferma che non

può in un organismo concentrarsi tutta la vita in una parte, senza che ne derivi irremissibilmente una crisi: ora il mantenersi dello Stato, che perennemente agisca nell'interesse d'una classe sola sarebbe il più strano e il più meraviglioso dei miracoli. L'esame storico dimostra che anche negli Stati più asserviti ad una classe vi sono interessi delle altre classi, se non altro nella forma di interessi collettivi, attuati dal potere statale. Ed anzi (è qui il punto importante) tutta la storia mostra che questi interessi collettivi vanno allargando sempre più la loro sfera, diventando prevalenti; che lo Stato imparziale non è una elaborazione del cervello, ma una reale e progressiva attuazione storica, di cui si possono rilevare i segni (1).

Lo Stato non è un organismo staccato, avulso dalla società, ma bensì l'organismo della società stessa. Di qui ne viene che esso non deve immobilizzarsi e fossilizzarsi in un apparecchio politico isolato da ciò che è la materia sua, e che la struttura politica deve modellarsi su la sociale, e quindi esservi un continuo scambio di efficacia tra esse: ne viene in particolar modo che, perchè lo Stato sia neutro e imparziale fra le classi, deve adattarsi, ed aprire la propria struttura a tutte le classi. Per usare la parola, che ha ormai un valore ed un significato preciso, deve attuarsi la compenetrazione fra società e Stato.

Tra le due esigenze dello Stato imparziale e della compenetrazione non vi è alcuna antitesi: anzi, come risulta limpidamente da tutta l'opera del Gneist, esse costituiscono una cosa sola ». Uno sguardo superficiale soltanto potrebbe vedere qui una contrapposizione e sostenere che, per dare allo Stato la sua posizione imparziale, è necessario costruirlo affatto indipendentemente dalle classi, con un distacco completo dello Stato dalla società ». Una tale costruzione statale è una vera utopia. Lo Stato non può essere campato in aria, ma deve

(1) Sarebbe interessante vedere come, mentre dalla estrema sinistra della scuola hegeliana Marx giungeva al materialismo storico, un giurista pubblicista che risenti l'influenza di Hegel arrivava d'altra parte ad una concezione della vita delle classi e della preminenza del fattore economico che ha innegabili riscontri col pensiero marxista, ma è animata da spirito e intendimenti tutti diversi. Al collettivismo di Marx si contrappone lo Stato-di-diritto di Lorenzo Stein, che (mentre Marx dalla lotta di classe trae la necessità della organizzazione e della conquista proletaria) deduce dalla lotta stessa il bisogno di un organo politico esterno e superiore a tutte le classi, cioè la monarchia. Non posso in una nota insistere su questo raffronto, che meriterebbe ampio esame. Acutissime, ma in via di semplici accenni, sono le osservazioni che sullo Stein ed il suo materialismo storico fa il FERRARIS, *Il materialismo storico e lo Stato*, ultime pagine.

necessariamente, nel suo organizzarsi e nel suo acquistare un apparato politico, sostanzarsi di elementi sociali. Tutti i tipi messi avanti per incarnare la indipendenza e il distacco dalla società sono in realtà Stati che si basano su una parte sola di essa, e quindi su la negazione dell'esigenza di imparzialità. Il concetto va posto così: poichè lo Stato non può costruirsi indipendentemente dalla società, bisogna che si compenetri con essa. Anche la storia mostra che sempre la società si è fatta valere nello Stato; ma soltanto dell'epoca nostra è chiara e cosciente la tendenza ad una compenetrazione totale, e possono ormai valutarsi le premesse teoriche che ad essa conducono. Tutta la struttura dello Stato e quindi tutto il diritto pubblico ne è ispirato, e bisogna valutare in ordine al principio della compenetrazione il moderno sistema costituzionale rappresentativo.

§ 10.

Lo Stato imparziale di fronte alle classi e la compenetrazione tra società e Stato: tali sono i capisaldi teorici, attorno a cui si svolge tutta l'analisi sociologica che è caratteristica negli scrittori dello Stato-di-diritto, e di cui essi si valgono come presupposto alla teoria vera e propria. L'analisi in questi autori non è certo condotta nel modo preciso con cui abbiamo cercato di ricostruirla, isolando e schematizzando logicamente i concetti; ma le vedute sono, nella loro sostanza, identiche.

Con tali idee vanno messe in stretto rapporto, quasi di conseguenza, altre teorie e correnti di pensiero, che hanno un posto notevole ed esercitano un'ampia influenza nel campo del diritto pubblico. Fra l'altro, per dare un esempio, è stringentissimo il nesso intercedente tra la concezione dello Stato neutro e compenetrato con la società, e la così detta teoria della rappresentanza di classe. Solo nella prima può trovarsi la chiave della seconda: si che sarebbe cosa interessante far vedere il rapporto, finora non compiutamente rilevato. Ma ogni altra ricerca eccede dai limiti prescritti a questa prima parte, in cui solo voleva accennarsi per somme linee la concezione sociologica che va premessa allo Stato di diritto, e ciò seguendo le tracce fissate dalla stessa letteratura.

§ 11.

Non con l'intento di condurre una revisione critica dei sistemi su la distinzione ed i rapporti fra la società e lo Stato, e tanto meno di far la storia interna della teoria, ma solo per completare i cenni dati, tocchiamo alcuni svolgimenti fondamentali del tema.

Che la filosofia greca dello Stato con la sua concezione organica abbia colto la nozione di comunanze o società particolari entro lo Stato dimostra la mirabile analisi aristotelica degli elementi della πόλις. — In Aristotile *κοινωνία* esprime comunanza o società in senso generico: *οἶκος*, la *κωνή*, la πόλις stessa sono *κοινωνία*; *κοινωνία* è anche la comunanza umana in senso latissimo: (*ἀνθρώπων κοινωνία*). — Tutte le *κοινωνίαι* sono parti della *κοινωνία* politica: la loro differenza è nettamente scolpita, in quanto le prime hanno fini particolari. (di esse dà Aristotile esempi che nel loro realismo sembrano freschi ancora: associazioni di lavoro, di ricreazione, ecc.) mentre la πόλις ha uno scopo universale (1).

E' con le scuole post-kantiane che il problema viene ripreso e svolto. Mohl afferma che prima di esse non si può affatto parlare di distinzione. La parola società, frequentemente usata, non ha alcun significato specifico ed è il più spesso sinonimo di Stato. Così avviene nelle opere che portano nel titolo il nome di società, e cercano di essere vere teorie generali, così numerose verso il 1800; tra gli altri in Brown, Renhard, Dauray de Brie, Wolf, ecc. (2). Prima ancora, in pieno diritto naturale, si contrapponeva qualche volta *status socialis* a *status civilis*, ma con significato tutto diverso, che può al più adombrare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e che può vedersi spiegato nell'*Althusius* del Gierke. Si possono certo rintracciare elementi teorici di distinzione anche in scrittori anteriori a Mohl; i più caratteristici dei quali elementi sono forse nella «Metapolitica» dello Schlözer (3) che vuol costruire una scienza della società distinta da quella

(1) ARISTOTILE, *Et. Nic.*, VIII, c. 9; *Pol.*, I, c. 1. Va riannodato: *Pol.*, III, c. 5 § 13; *Et. Eud.*, 10, §§ 5, 6; *Et. Nic.*, VIII, c. 12, § 7; *Pol.*, III, c. 5, § 1.

(2) Per accenni storici sulla distinzione, vedi: MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I, pag. 69 e seg.; GUMPLOWICZ, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 170 e seg.

(3) SCHLÖZER, *Allgemeine Staatsrecht*, (1793), pag. 31 e seg.

dello Stato e fa acute osservazioni su le formazioni sociali a base d'interesse. Germi di distinzione sono anche in Fergusson, List, Schleiermacher, ecc. (1). Ma l'affermazione di Mohl non può che essere confermata da un breve sguardo all'indirizzo dominante fino alla prima parte del secolo scorso. Lo Stato risolto nei suoi atomi individuali, e le formazioni sociali intermedie tra Stato e individui, delle quali la rivoluzione aveva spezzato la struttura medioevale, del tutto dimenticate: ecco le linee-madri della teoria dello Stato, ritenute ormai l'unica comunanza esistente. Anche quando, nella sua penetrazione, Rousseau vede, in un notevole passaggio del suo discorso sull'economia politica, che « ogni società politica è composta di altre più piccole di differente specie » e che « tutti i particolari che hanno un interesse comune compongono una associazione formale o tacita, permanente o reale » insiste però sull'idea che non vi deve essere società parziale nello Stato, e che unici termini debbono essere Stato e singoli cittadini. Contro gli eccessi di questa veduta cominciò un moto di reazione: e fu durante esso che prese ampia consistenza la teoria da noi ricercata.

Il primo contributo notevole è negli scrittori « socialisti » (2) i quali, trasportando la questione pratica delle riforme dal campo dello Stato a quello della società, implicano una nozione di questa, in cui è già il concetto delle strutture sociali basate su interessi e della preminenza del fattore economico; e negli altri scrittori, designati come « critici del socialismo » (3) a cui si collega, nei suoi primi scritti, Stein.

Altri contributi negli scrittori di diritto pubblico e nei filosofi dello Stato tedeschi: tra i quali, capitalmente, in Hegel (4).

(1) FERGUSSON, *Essai sur l'histoire de la société civile*, pag. 26; SCHLEIERMACHER, *Werke*, III, 124; LIST, *Economia politica*, pref.

(2) Importantissima è la influenza del Saint Simon su questa distinzione di società e Stato. Mi propongo di metterla in luce in un saggio a parte, del quale ho già raccolto gli elementi. Il socialismo fu certo leva poderosa per distaccare dalla concezione generica di fenomeno civile e politico quella di società. Per effetto di esso si accentuò anzi un carattere di opposizione tra i due termini. Nel saggio sul Saint Simon cercherò di studiare come la contrapposizione di società a Stato si sia venuta sostituendo, come impulso di trasformazione e di critica degli ordinamenti esistenti, a quell'altra, ben diversa di contenuto e caratteri, tra Stato costituito e Stato di natura.

(3) Per i così detti « critici del socialismo » (Reybaud, Sudre, Hennel, Biedermann) vedi MOHL nella *Gesch. und Lit.*, pag. 72 e seg.

(4) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, specialmente §§ 182 e seg. Vedi, sul concetto di Hegel, SPAVENTA, *Studi sull'etica di Hegel*, pag. 150, il

E' inutile richiamare il processo dialettico, secondo il quale Hegel va dal diritto astratto come tesi alla morale soggettiva come antitesi e all'*ethos* come sintesi. L'*ethos*, cioè comunità, si manifesta prima come famiglia, poi come società civile, poi come Stato. E' qui che bisogna cogliere, e, senza disconoscere la connessione organica con tutto il sistema, staccare il momento della distinzione tra società e Stato. Considerando il punto, in cui la famiglia (concepita come un tutto di cui le parti sono veramente membri, e come una persona sola), si scioglie, Hegel delinea la nuova forma assunta dall'*ethos* come una « atomistica di gruppi ». Ma in questa atomistica non va perduto il carattere di unità e di organismo; si tratta solo di una forma più riflessa della « unità naturale degli interessi » e dell' « ordine organico dei gruppi ». Non occorre insistere su l'analisi hegeliana della società: basta ricordare che da essa, mostrando come l'organizzazione sociale dei gruppi non basta ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni umani, Hegel deduce la necessità dello Stato come « unità collocata fuori e sopra la società » nella quale soltanto trova la società la sua ragione. Di qui ne viene la posizione dello Stato di fronte alla società, come suo unificatore, con lo scopo di assicurare il contenuto dell'attività sociale, e con la funzione di rappresentare e promuovere la universalità del benessere. Mentre gli interessi individuali con la loro lotta minacciano di sciogliere la convivenza umana, lo Stato agisce per gli interessi generali, protegge gli interessi particolari minacciati da altri interessi particolari, concentra in sé le sparse e diverse individualità in un fine unico e comune. — Questa la teoria di Hegel, aspramente criticata da Mohl (*Encyklopédie*, p. 89; *Geschichte und Literatur der Staatsw.*, p. 83) da Bluntschli (*Allgemeine Staatslehre*, I, 123) da Gumplowicz (*Allgemeine Staatslehre*, p. 107) che le negano, in ordine alla distinzione tra società e Stato, ogni valore. Ma, se la teoria è radicalmente viziata dal suo procedimento metodologico, e se bisogna star in guardia, tra l'altro, contro la veduta della società civile come unità, e contro l'esagerazione degli scopi posti allo Stato, è però innegabile che in essa la distinzione netta vi è.

quale però in gran parte rielabora per conto suo il pensiero hegeliano, e quindi non deve ritenersi come espositore; ad esempio, egli della società ha un'idea di mera atomistica, ben differente dalla riflessa unità del suo maestro. Vedi pure LEVI, *La dottrina dello Stato di Hegel*. Sullo svolgersi delle teorie hegeliane circa le classi sociali e la società, vedi ANDLER *Les origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, pag. 227.

La concezione hegeliana è ben presto svolta in applicazioni più ampie, cercandosi di far apparire la società come qualcosa di più che un movimento logico, e si combina con un'altra idea, diffusa ormai dal ceppo delle dottrine socialiste in gran parte della scienza tedesca: la prevalenza dell'elemento economico. Sarebbero meritevoli di studio, fra gli altri Eisenhart (1), Winter (2), Widmann (3), i quali concepiscono la società come insieme di classi («stände, urgemeinwesen» per Eisenhart, «Berufsstände» per Winter), determinandosi le classi su la base della divisione del lavoro (Eisenhart) della differenza di «Beruf» (Winter) o in genere dal punto di vista della «Genussfähigkeit» (Widmann).

La nozione di società come insieme di classi diventa «designazione corrente» (Stahl) comune a tutti i filosofi dello Stato e ai trattatisti di diritto pubblico. Trovasi nei sistemi di Herbart (4) e di Stahl (5) per tanti rispetti così diversi; i quali del resto non accentuano la distinzione della società dallo Stato, considerandola possibile solo logicamente e risolvendo le classi senz'altro in elementi, quasi direi, in articolazioni politiche dello Stato.

Caratteri particolari offre tutta una tendenza, che concepisce l'umanità distinta in tante sfere o circoli di vita e dà la nozione di società come «insieme di queste sfere» e «organizzazione della vita umana». Lo Stato non è che una speciale sfera: quella del diritto; ha il compito di assicurare l'esistenza delle altre sfere e quindi, sotto questo aspetto, carattere universale. A questa tendenza va riallacciato, in parte, Liebe (6) in cui Stato non è l'unità, ma solo un circolo particolare dello stesso modo e significato degli altri, il cui compito particolare è il diritto. Ma l'espressione netta della tendenza si trova in Ahrens (7), l'eminente rappresentante della scuola Krausiana. Ahrens parte dal concetto di distinte finalità poste alla umanità, per raggiungere le quali è necessario un insieme di condizioni, ossia il diritto, che diviene in questo modo esso stesso una finalità. Ogni finalità, pur agendo ed essendo

(1) EISENHART, *Philos. des Staates*, 1843.

(2) WINTER, *Die Volksvert. in Deut. Zuk.*, 1852.

(3) WIDMANN, *Die Gesetze der sozialen Bew.*, 1851.

(4) HERBART, *Allg. Phil.*, vol. 8.

(5) STAHL, *Rechtph.*, III, pag. 51 e seg.

(6) LIEBE, *Der grundadel und die neu. Verfassungen* (1844), pag. 144-207 e seg.

(7) AHRENS, *La dottr. gen. dello St.* (Bib. Brunialti), specialmente parte generale e cap. I, parte speciale; *Id.*, *Corso di d. nat.* (traduzione De Castro), pag. 221 e seg.

influenzata dalle altre, con cui forma un tutto organico, ha organi distinti; così il diritto ha lo Stato. Ma in quanto, come risulta dalla sua posizione speciale, il diritto è condizione agli altri fini, lo Stato deve, oltre essere organo del diritto, assicurare le altre finalità e i loro organi, « essere il mediatore della destinazione umana ». Manca, del resto in Ahrens una nozione precisa della parola società, che è usata soltanto in senso generico.

A Schäffle, che va riannodato qui, sebbene storicamente posteriore a Mohl ed a Stein, si deve una analisi della società rimasta fino ad ora, per ampiezza e profondità, nonostante i numerosi difetti, insuperata. Per quanto riguarda la posizione della società e dello Stato, Schäffle (1) considera lo Stato come « organo d'integrazione della società ad unità di volere e d'agire ». Per lui quindi Stato è solo una « parte », un « sistema d'organi » della società. Solo in quanto è organo dell'unità di volere e d'agire, vien lo Stato a « concentrare tutta la società ». La teoria non s'identifica con quella d'Ahrens, che si basa sul diritto, mentre Schäffle adotta una formula più ampia come contenuto dello Stato: ma è ancora in vincolo con esso. Del resto su le sfumature di tutti gli scrittori che hanno rapporti con questa tendenza non occorre insistere, poichè, se la posizione fondamentale ha importanza per individuare le singole dottrine, in sostanza le conclusioni relative al momento della correlazione fra Stato e società sono quelle comuni: il primo ha, di fronte alla seconda, una funzione unitaria e mediatrice.

E' indicato comunemente come l'autore della distinzione, R. von Mohl, (2) a cui si deve non solo l'aver fatto rilevar tutta l'importanza dell'argomento, ma anche tracciato un sistema fecondo di alte applicazioni. In vari punti delle sue opere ne parla questo operosissimo scrittore, affermando di partire dalla semplice osservazione dei fatti. Egli riconosce esistere in ogni popolo tre « zustände » distinte, ma intrecciate. Anzitutto la moltitudine delle personalità singole coesistenti e dei loro rapporti: Poi un organismo che raccoglie queste personalità ad unità: lo Stato. Tra questi due ordini di fenomeni se ne presenta un terzo, che però viene in luce solamente tardi nella scienza. « Per delineare cosa esso sia, facciamo parlare i fatti » comincia ad affermare Mohl; e

(1) SCHAEFFLE, *Struttura e vita del corpo sociale*, specialmente II, 677, e seg.; ID., *Sist. soc. dell'ec. um.*, pag. 29.

(2) MOHL, *Gesch. und Lit. der Staatswiss.*, I, pag. 88 e seg.; ID., *Enc.*, c. I, specialmente § 6.

conduce una minuta analisi: anzitutto delle classi (stände); poi dei comuni; poi delle «formazioni sociali che derivano dalla coesistenza di diverse razze»; poi delle «formazioni sociali che hanno origine dal lavoro e dal possesso»: fenomeni tutti esistenti per sè, «in cui è qualcosa di più che lo Stato, di diverso dallo Stato». Nè pretende Mohl aver con questa analisi esaurita la serie delle forme di aggregazione o comunanze non statuali, e accenna ancora alle associazioni di religione, a quelle di coltura, ecc. Dal complesso di queste osservazioni in parte non felici, ma certamente realistiche, ricava l'autore l'esistenza di un terzo ordine di fenomeni di coesistenza; e ne studia le leggi, riassumendole così: le cause produttrici di queste aggregazioni sono durature, di notevole importanza, e di comprensione generale; la partecipazione ad una aggregazione non è incompatibile con la partecipazione contemporanea ad altre aggregazioni; queste aggregazioni non sono limitate dai confini politici; e non hanno sempre bisogno di organizzazione esterna formale. Siamo per Mohl in un campo nuovo, in cui non sono più rapporti di vita da individuo ad individuo, nè di vita statale, ma rapporti che danno luogo ad aggregazioni, ad «associazioni d'interesse» nelle quali egli ravvisa dei veri «circoli di vita». Non si deve disconoscere che, insieme con queste sue vedute, egli introduce nella teoria alcuni elementi razionalistici non bene definiti che conducono ad una orientazione diversa nella trattazione del tema svolta nell'«Enciclopedia»; in cui il criterio delle sfere di vita predomina completamente e dà alla teoria, per certe sue parti, un aspetto, per così dire, krausiano. Ma in quella che resterà la forma tipica dell'enunciazione di Mohl, il punto veramente capitale è dato dall'energico rilievo di tutto un mondo di fenomeni d'aggregazione sociale che non si può ridurre nella sfera della vita individuale nè della vita sociale. All'insieme di questi fenomeni è necessario dare una designazione unitaria; e, sebbene la parola «società» sia usata anche in sensi e in designazioni diverse, è ancora per Mohl la più adatta. La società non è altro che l'insieme di tutte le aggregazioni sociali, considerate in questo specifico senso.

Tale, per cenni, la teoria di Mohl; che la svolge e la applica minutamente in ordine ad una sistemazione nuova delle scienze della società e dello Stato: sistemazione che, se non si è attuata del tutto come la tracciava il suo autore, ha avuto una influenza decisiva sul pensiero scientifico posteriore ed è stata la leva più potente di rinnovamento in alcune discipline particolari. Essendo tutta la teoria orientata e diretta a far valere la «distinzione»; a staccare cioè, a scopo di riordinare

campi ed oggetti di scienze, ciò che prima era scientificamente riunito e confuso; la considerazione dei « rapporti » tra società e Stato, e della posizione di quest'ultimo di fronte alla prima, è in Mohl meno accentuata e posta in luce. E' anch'egli penetrato dalle tendenze, comuni in questo periodo a tutti gli scrittori tedeschi, ma la trattazione sua non merita, perchè incompleta, uno studio speciale.

Nettamente scolpito appare invece, non meno che la distinzione, il « momento di rapporto tra lo Stato e la società » in Lorenzo Stein (1). La forma piena di astrazioni e l'aver trattato queste materie in più luoghi delle sue opere e a propositi vari rende difficile un'esposizione genuina del suo sistema. Il quale va riannodato ad Hegel e alle teorie critiche del socialismo e si svolge solo parallelamente e non subordinatamente a quello di Mohl. Ad ogni modo, per quanto riguarda la sostanza della teoria di Stein, anche nei rapporti dell'influenza esercitata su gli altri scrittori, due sono i punti più importanti.

Il primo è dato dalla correlazione di tre momenti della vita d'insieme. Anzitutto si ha la *comunanza*, basata su l'egualianza degli uomini (la quale comunanza non è, come Stein riconosce « se non una idea astratta »), a cui segue una forma diversa di convivenza che basa su la individualizzazione o disuguaglianza e conduce alla lotta e al predominio degli uni su gli altri; forma ed ordinamento a cui è dato il nome di *società* e che ha tutti i caratteri di unità hegeliana. Dall'analisi della società « portata per sua natura a spezzarsi » è ricavata per mezzo dell'intreccio e del contrapposto di altri principi dialettici la necessità di un terzo momento, ossia dello Stato, il quale è « la persona di tutti gli individui coesistenti ». Compito dello Stato è il « signoreggiare la società e offrirle le condizioni della libertà, non mutando la disuguaglianza di fatto » che è un « principio organico » tra gli uomini, ma attuando la egualianza di diritto. Lo Stato è, poi, secondo Stein, in tutta la sua organizzazione, in tutto il suo « diritto pubblico », determinato dalla società.

Il secondo punto del sistema di Stein che preme rilevare è l'analisi della struttura della società: la società, a differenza di Mohl, è considerata da un punto di vista economico, poichè il rapporto che sta alla base è quello degli uomini e dei gruppi sociali con i beni materiali. Esce dal contenuto di questa nota

(1) STEIN, *Sist. dell'econ. pol.* (traduzione italiana) ultime pagine; *Id.*, *Die Verwaltungslehre*, I, cap. 5, III, introduzione, ecc.; *Id.*, *Handbuch der Verwaltungslehre*, pag. 738-759; *Id.*, *Gegenw. und Zuk. der Rechts und Staatswiss.*, pag. 115 e seg., 215 e seg.; *Id.*, *Der Begriff der Gesell. und die sociale Bewegung der französischen Revolut.*, vorwort.

l'insistere sullo svolgimento dato a queste vedute e sulla delineazione che ne deriva dalla costituzione sociale, in cui sono germi fecondi per le scienze sociali ed economiche, i quali troppo a torto vengono dimenticati. Importa soltanto notare che sulla base della differenziazione economica sorgono e si costituiscono le differenti classi. Di fronte alle classi lo Stato deve essere imparziale e neutro; deve conservare la assoluta eguaglianza di diritto e non farsi strumento e organo di nessuna di esse: « è in questo senso, dice Stein, che noi lo chiamiamo Stato di diritto ».

Ma questa posizione dello Stato imparziale e neutro, questo « lato sostanziale della concezione dello Stato di diritto » è ancor più ampiamente e sistematicamente svolto da Gneist. (1) Il quale, per la teoria generale della società e la distinzione di essa dallo Stato, dichiara di accettare e di rimettersi completamente al sistema di Stein. Suo tema specifico è il delineare quale deve essere la posizione dello Stato, e lo fa con formule nettissime, logicamente connesse tra di loro. « Lo Stato deve essere imparziale »: ecco la prima formula, dalla quale egli inflessibilmente deduce la seconda, cioè: l'esigenza della « compenetrazione ». Per Gneist « lo Stato di diritto » consiste nella « pacificazione di tutte le classi sociali » e nella « compenetrazione di Stato e società ». A questi concetti-base è legata la giustificazione delle numerose applicazioni che egli fa valere nel campo del diritto pubblico e degli istituti che costruisce e vagheggia. Nel processo seguito da Gneist s'innesta l'elemento politico che rende discutibile e può anche togliere ogni valore alle sue proposte concrete: ma rimane con tutto ciò inalterata e ferma la esigenza da cui egli è partito. Non è possibile qui ricostituire il quadro sistematico del diritto pubblico come Gneist vigorosamente scolpì: basta accennare ai due principi più diffusi: da una parte, tratta dalla compenetrazione, l'introduzione del *self-government* a vecchio tipo inglese; dall'altra, dedotto dallo Stato neutro, l'istituto del Re in parlamento » e anzi della monarchia non parlamentare.

Dopo Mohl e Stein la distinzione della società e dello Stato, dopo Stein e Gneist il concetto di Stato neutro e compenetrato con la società, hanno ormai acquistato in tutta la scienza moderna il diritto di cittadinanza e si sono andati ampliando con gli svolgimenti e le modificazioni più varie (2). La distinzione, trattata più spesso per la sistematica generale delle

(1) GNEIST, *Rechtsstaat*, specialmente cap. I; ID., *Verwaltung Justiz*, etc., prime pagine; ID., *Selfgovernment in England*, pag. 7 e 147.

(2) Vedi anche la distinzione di TRENDLENBURG, *Diritto naturale*, pag. 154.

scienze politiche e sociali, o come base particolare di una singola scienza (1), e qualche volta assunta a giustificazione di teoriche o d'istituti, non ha però avuto contributi tali da introdurvi un'orientazione nuova; e le teorie di Mohl e Stein, la prima caratterizzata da un rilievo ampio di tutte le più svariate forme di aggregazione e di comunanze d'interessi di ogni natura, la seconda ristretta ad una analisi delle classi dal solo punto di vista economico, sono rimaste in materia le teorie fondamentali, a cui si possono ricondurre le altre.

Senza volerne fare un elenco minuto, non difficile ma privo d'ogni importanza, e ricordando soltanto le maggiori, ricorderemo le concezioni di Holtzendorff (2), che cerca completare e si attiene a Mohl; e di Gumpłowicz (3), che, pur inquadrandola nel suo sistema sociologico, accetta la teoria di Mohl con qualche lieve modificazione. In Holtzendorff è pure notevole, come del resto in moltissimi altri, la chiara e perspicua formula dello Stato neutro e compenetrato (4).

Al sistema di Stein si riferiscono altre trattazioni: notevoli quelle di Klöppel (5) e Tönnies, (6) che non si limitano ad un punto di vista strettamente economico, ma si attengono ancora, specialmente il secondo, alla distinzione steiniana di comunanza e di società, come di due momenti dinamicamente succedentisi.

Le poche cose dette possono bastare per una idea dello svolgimento della distinzione tra Stato e Società. Non è il caso di accennare alle intricate questioni che si manifestano per i tentativi di costituire un terzo ramo del diritto accanto al diritto privato e al diritto dello Stato come diritto sociale: tentativi a cui si intrecciano le tendenze che ammettono un diritto associativo, nel quale dovrebbe essere compreso anche il diritto dello Stato. Se della prima forma ormai sono scarsi i rappresentanti, numerosi e forti sono quelli della seconda:

(1) Ad esempio la statistica e la scienza dell'amministrazione. Vedi per la prima: RÜMELIN, Op. cit.; OETTINGEN, *Moralstatistik*, III, pag. 352.

(2) HOLTZENDORFF, *Princ. de la pol.* (traduzione francese), pag. 163 e seg.

(3) GUMPOWICZ, *Allg. St. r.*, pag. 170 e seg.

(4) Vedi BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatslehre*, II, c. 5; TREITSCHKE, *Gesellschaftswiss.*, pag. 25; WAITZ, *Politik*, pag. 28; SARWEY, *Das öffentl. Recht und Verwaltungspflege*, pag. 5.

(5) KLÖPPEL, *Staat und Gesell.*, pag. 4 e seg.

(6) TÖNNIES, *Gemein. und Gesell. ab. passim*, specialmente prime pagine.

ma nulla diremo di essi, per quanto le questioni si possano riferire alla analisi che noi abbiamo accennata (1).

In Italia la trattazione del tema fu approfondita specialmente da Filomusi-Guelfi (2) e Ferraris (3). Pregevoli cenni sono pure nelle prefazioni dell'Artom e dell'Olivieri alle opere di Gneist e di Bähr, riprodotte nella « Biblioteca di scienze politiche » del Brunialti (4).

Notevolissimo, in ordine alla posizione dello Stato di fronte alla società ed alle classi, il libro dello Scolari (5) « Il regno e la sociocrazia », in cui, in mezzo ad elementi vari, ove tuttavia non è difficile rintracciare una certa analogia con le linee del sistema di Gneist, è mirabilmente messa in luce l'esigenza dello Stato neutro e della compenetrazione.

## § 12.

La corrente di pensiero, qui delineata, non è certamente la sola tra quelle che si svolsero sul problema dei rapporti tra società e Stato. Il problema è posto in modo ben diverso, ad esempio, nella sociologia del Comte ed in quella dello Spencer che fanno della società il fenomeno complessivo della vita d'insieme, e non danno allo Stato quella posizione centrale e suprema che ha di solito negli scrittori tedeschi *post-hegeliani*, i quali in qualche modo ripresero l'orientamento del pensiero greco. Non vi è però contrasto intrinseco tra l'una

(1) Ammettono un diritto associativo, di cui il pubblico sarebbe parte, in contrapposto a quello privato: BÄHR, *Rechtsstaat*, pag. 298; GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, in principio; PREUSS, *Gemeinde, Staat, etc.*, pag. 236; BERNATZIK, *Kritische Studien u. die juristischen Personen*, pag. 211.

(2) FILOMUSI-GUELFI, *Enc. giur.*, pag. 203 e seg.

(3) C. F. FERRARIS, *Saggi di econ., ecc.*, prime pagine, pag. 84 e seg.

(4) Vedi anche SCHIATTARELLA, *La missione del diritto nella storia*, pag. 465; ORLANDO, *Principi*, pag. 15; MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*, pag. 34; LUIGI ROSSI, *La scienza del dir. cost. nelle nazioni latine* (riassunto), pag. 40; LOMBARDO PELLEGRINO, *Determinazione scientifica del diritto costituzionale*, pag. 60.

(5) SCOLARI, *Il regno e la sociocrazia*, cap. 8. Vedi pure, sulle orme dello Scolari, RATTO, *Stato e libertà*, ed articoli sulla *Rassegna di scienze politiche* (1891, pag. 208).

e l'altra trattazione. Alla sociologia francese ed inglese è mancato il concetto di società in senso specifico, come insieme delle classi, sulla base dell'interesse; mentre è invece raggiunta, con efficacia grandissima sulle idee contemporanee, la *vue d'ensemble* di tutte le manifestazioni della convivenza, ed il concetto di società in senso largo, come sintesi ed espressione del *consensus* di tutte quelle manifestazioni.

Trascende dai limiti del presente studio un più approfondito esame dei due concetti. Non deve però ritenersi, che, se quello comtiano ha aperto la via regia degli studi sociologici, sia completamente mancata ogni elaborazione sociologica attorno al concetto di « società in senso specifico », posto da Hegel. Noi abbiamo trattato questo punto come fondamento dello Stato-di-diritto; ed infatti ha soprattutto carattere di preparazione al diritto pubblico; così che a ragione può dirsi che il precisare bene le idee in materia sociale ha piantato solidamente le basi dell'edificio, inalzatosi poi mirabilmente; del diritto pubblico tedesco di oggi. Ma, oltre tale limitato punto di vista, esiste, negli stessi scrittori accennati al precedente paragrafo, una « *gesellschaftslehre* » che meriterebbe maggiore attenzione.

Tanto più poi trascende da questo modestissimo studio l'elevarsi ad una valutazione, non solo esterna e storica delle varie fasi dell'idea di « società », ma proprio del suo contenuto e del suo valore, di fronte alla tecnia della conoscenza. Società non è concetto fermo e costante. Gli stessi sociologi, che lo adoperano continuamente, si curano poco di rivederlo e determinarlo in modo rigoroso. Così fanno del resto i naturalisti con lo spazio, l'atomo, la materia ecc.

Tale determinazione è condizione imprescindibile di scienza. Ma però è in certo modo fuori della scienza; le idee-madri non possono essere ricavate dai segmenti del sapere, cui presiedono. Occorre una elaborazione filosofica. E' qui, che, ove si osasse tale elaborazione, si presenterebbe, tra le prime, quella questione che ha occupato ininterrottamente, se anche atteggiata in varie forme, il pensiero, da quando si rivolse a studiare la società. La vecchia controversia degli universali non è stata seppellita dalla rinascita filosofica. La sua esistenza si è perpetuata e permane. Che la scolastica non sia scesa nella tomba per questo lato, lo dimostra (dice Otto Liebmann) la filosofia moderna, nella quale ad esempio, Hegel col suo monismo dell'assoluta idea va all'estrema parte realistica, mentre Herbart col pluralismo dei suoi « reali » va all'estremo nominalismo. Tutta la questione logica e psicologica della esistenza dei concetti astratti ha una ripercus-

sione nel modo di concepire la società. L'individualismo vede nella società un *nomen*; la tendenza contrapposta, che (per non confonderla col socialismo, che è ormai una dottrina economica di contenuto più particolare) chiameremo della socialità, vede nella società un tutto unitario ed un organismo reale e concreto. E' la discussione stessa che si fa per le persone giuridiche.

Saggiare, con criteri filosofici, questo insieme di materie sarebbe, io credo, di alto interesse per il rigore della scienza. Mi sia bastato per ora accennare ai problemi, e mi si tenga a merito (ove ciò sia) averli *visti*, lasciando germi di riflessione e di studio a più matura preparazione.

## PARTE SECONDA

---

### § 1.

Veniamo ora all'esame della teoria vera e propria dello Stato-di-diritto.

Nell'introduzione è stato accennato il rapporto scientifico delle due ricerche o « lati della concezione » e lo stretto vincolo intercedente tra esse. In quest'esame della teoria si deve però prescindere da ogni elemento sociologico, eliminare ogni disamina metagiuridica, e tendere senz'altro ad avere un concetto specifico da cui sia possibile ricavare sistematicamente applicazioni relative all'ordinamento statale: in una parola: un concetto tecnico-giuridico. Non mancano scrittori che fondono insieme l'una ricerca e l'altra, intrecciandone e scambiandone gli elementi, onde scaturiscono equivoci di sostanze ed ineguaglianze di forma. Per noi una ricerca è senza l'altra incompleta, ma deve ognuna di esse venir trattata con indirizzo e metodo proprio, come lo esige la loro stessa natura.

### § 2.

Varie difficoltà si fanno innanzi per questa analisi giuridica. Lo « Stato-di-diritto » non è veramente una teoria, nel senso di enunciare un principio relativo ad un dato punto della struttura politica, ad un istituto particolare o ad un tema localizzato di diritto pubblico; ma riguarda tutta una orientazione sistematica generale, e viene quindi, in certo senso, ad abbracciare « l'insieme della struttura politica, del diritto pubblico, se non nella enunciazione minuta e completa, certo nella coordinazione dei principî regolatori ». Da questo carattere deriva la giusta osservazione che designa lo Stato di diritto come « sistema » più tosto che come teoria. Ancora: non è si-

stema del tutto attuato, e si presenta come enunciazione teorica, non dovendosi però dimenticare che è nello stesso tempo tendenza storica.

Oltre queste difficoltà intrinseche se ne fa innanzi un'altra che chiameremo estrinseca, in quanto è inerente non al contenuto della teoria, ma alla sua formula; la quale sembra aver avuto una storia propria, esterna, indipendentemente dal contenuto, e aver designato concetti che non hanno tra loro assoluta continuità sostanziale.

Ma, pur rilevando queste difficoltà, ed ammettendo anche, fino ad un certo punto, la così ribattuta accusa di astrattezza nebulosa nello svolgimento teorico, non si devono accettare le idee di quei numerosi scrittori, che, giudicando equivoca e non specifica ogni trattazione sullo Stato-di-diritto, ne negano addirittura la legittimità (1). Intanto si potrebbe notare che, pur respingendo la formula esteriore, essi accettano e s'ispirano ai principi che innegabilmente sono dovuti alla elaborazione della tendenza scientifica che dallo Stato-di-diritto prende nome. Tutto il vizio sarebbe, come i critici stessi affermano, nella pretesa di voler costruire una teoria autonoma e darle una posizione a sè, mentre i suoi elementi rientrano diffusamente in questo campo o in quell'altro della scienza del diritto pubblico. Anche riducendoci a questo punto di vista, sembra a noi che non sia possibile negare che il concetto dello Stato-di-diritto abbia un contenuto specifico e che sia scientificamente legittima la sua posizione di principio regolatore di tutta una orientazione sistematica. E' questo appunto che verrà in luce dalla esposizione seguente.

Crediamo opportuno tenere conto fin d'ora delle critiche; che rilevano essere frequenti nelle trattazioni del tema elementi che non si riducono ad esso. La tendenza a farne un tipo storico, ed a crearne il denominatore comune di tutta l'epoca moderna, facendovi quindi rientrare tutti i segni caratteristici della civiltà attuale, contribuisce a produrre l'intreccio vario e difforme delle trattazioni (2). In esse spesso

(1) BAEHR, *Lo st. giur.* (Bib. Brunialti), pag. 286; GNEIST, *Lo st. giur.* (Bib. Brunialti), pag. 1145, riconoscono anche essi che « poco chiara e piena d'astrazioni è la nozione di Stato giuridico ». SCHULZE, *Deuts. St. r.*, pag. 145, mette in luce tutti gli equivoci dell'espressione. Tra i numerosi critici che negano la legittimità della teoria: VAN KRIECKEN. *Teor. org. della St. introd.*; MORELLI, *Funz. leg.*, pag. 12.

(2) Questo, ad esempio, è il concetto di Gumpłowicz (*Allg. St. r.*, pag. 242) che quindi a ragione sostituisce all'espressione di « Rechtsstaat », per designare lo Stato moderno, quella di « Culturstaat », già usata da Waleker e da Wagner.

viene trasportato, come ad un luogo comune che gli serva di etichetta, un particolare ideale giuridico o sociologico che l'autore cava dalla sua testa e che proprio non ha nulla a che fare con il concetto dello Stato di diritto. E' difficile ad esempio, spiegare come possa rientrare fra i « caratteri principali » dello Stato di diritto, la partecipazione diversa dei laici e degli ecclesiastici all'auto-amministrazione, come vuole il Kirchenheim, o il matrimonio civile obbligatorio, come vuole lo Schvanz (1). Ha ragione, sotto tale aspetto, il motteggio acerbo del Gumpłowicz, che dipinge tutti i professori tedeschi affannati a ficcare roba di ogni genere nel paiuolo del Rechtsstaat, con una specie di anarchia intellettuale. Da tutte le vedute, che non sono affatto in dipendenza dal concetto specifico di Stato-di-diritto, dovremo prescindere nella nostra analisi.

§ 3.

Questa analisi presuppone un cenno breve allo svolgimento teorico dei suoi precedenti. E' assai spesso ripetuto che lo « Stato-di-diritto », è teoria prettamente tedesca. (2). La parola stessa « Rechtsstaat » è intraducibile esattamente in ogni altra lingua. Bisogna però far qualche riserva: non dimenticarsi anzi tutto che le istituzioni, a cui si lega il concetto sono « prodotto di condizioni storiche identiche anche in altri paesi » (3). Non è inoltre da dimenticarsi che i presupposti filosofici della teoria si trovano altrettanto in Francia che in Germania. Se la pubblicistica tedesca è la madre, si può col Gumpłowicz convenire che Rousseau è per certo aspetto il padre del sistema. Non ostante ciò la teoria si presenta organizzata e completa soltanto nella scienza tedesca, ove scaturisce dall'ambiente storico ed è preparata dall'elaborazione antecedente delle scienze politiche. A far vedere ancor più spiccatamente la sua germanicità è parlante il fatto che, divenuta prevalente fra gli scrittori tedeschi, fu contrapposta come « teoria nazionale » a dottrine prevalenti in altri paesi, per esempio al costituzionalismo francese basato su la divi-

(1) KIRCHENHEIM, *Einf. in der Verw. r.*, pag. 35; *Lehrbuch des deut. St. r.*, pag. 15; SCHVANZ, *Element. der Polit.*, pag. 141.

(2) STEIN, *Verw. lehre*, I, 297; GNEIST, *St. di dir.*, 1145; *Verwaltung, justiz*, etc., in principio; ORLANDO, *Tratt. di dir. amm.* pag. 82.

(3) MAYER, *Deut. Verw. r.*, pag. 125.

sione dei poteri e la prevalenza del legislativo. Non mancano altrove elaborazioni teoriche del sistema, ma non sono che riflessi secondari, lasciando stare che il più spesso, come in Italia, si riducono a parti della concezione completa, a suoi veri « brandelli » (1). In Inghilterra invece, anche se si volesse (ciò che non può ammettersi) riconoscere nella costituzione politica la piena realizzazione dello Stato-di-diritto, manca la trattazione scientifica sistematica e comprensiva, od ha, tutt'al più, un carattere riflesso e meno preciso (2).

§ 4.

Non si pretende di fare la storia completa della concezione. Bisognerebbe, in altro caso, far convergere in un punto il risultato di due ricerche: sulla storia degli istituti positivi e sulla letteratura filosofico-politica; onde avere la veduta prospettica del tema. Verrebbe subito in luce la connessità di fatto dello Stato e del diritto. Lo Stato non è tale se non ha la funzione del diritto, il diritto se non per posizione dello Stato. Il punto che differenzia la norma giuridica dalle altre norme e la comunanza politica dalle altre comunanze è il loro corriferirsi. Simile rilievo di fatto servirebbe a spiegare il senso primo ed immediato di Stato-di-diritto come tautologia di Stato, ed a rintracciare gli antecedenti più lontani del concetto, fino nel pensiero platonico ed aristotelico, e dovunque è un corpo di diritto che abbia raggiunta una certa maturità di progresso. Ivi infatti non può mancare l'idea della correlazione di Stato e di diritto.

I germi diretti della teorica che noi studiamo si trovano in quella scuola (o meglio periodo) del diritto naturale (3), che ha dato alla nostra disciplina forme ed idee-base, e che così male si mostra di comprendere, tanto da chi non ne tiene conto come di « lungo errore », quanto da chi vuole senz'altro risuscitarla. Non è qui il luogo di mostrare le radici filosofiche del Rechtsstaat. Non sarebbe difficile dimostrare che negli scrittori di diritto naturale vi erano tutti gli elementi, che poi si raccolsero nella designazione unitaria. Basti accennare a

(1) L. ROSSI, *Intr. allo studio della rapp. pol.*, ultime pagine.

(2) GNEIST, *Engl. Verfass. geschichte*, pag. 3 e seg.

(3) MOHL, *Gesch. und Lit.*, p. 230; *Enc.* pag. 88; STEIN, *Die Verw.*, I, p. 204; GNEIST (traduzione) *St. di dir.*, pag. 268; BLUNTSCHLI, *Allg. Staatsl.*, I, 350; MAJORANA, *Lo st. giur.*, pag. 12; FILOMUSI-GUELFI, *Enc. del dir.*, §§ 111 e 112.

due idee: a quella del diritto come scopo dello Stato, ed all'altra del diritto come limite dello Stato. Quanto alla prima, Grozio — il fondatore — pone nella sua nozione di Stato l'elemento dello scopo giuridico, ed in Pufendorf — il sistematore — compito dello Stato è la garanzia giuridica della sicurezza (1). Quanto alla seconda, ricordiamoci di essere in mezzo ai teorici delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo.

Il processo comune della *scuola* è di partire dai diritti dell'individuo e dedurne per contratto la genesi dello Stato. Ma nella esplicazione del principio comune, si seguono due vie che portano a risultati diversi. C'è quella che muove da Leibniz, il quale avea ricavato il concetto di diritto dalle determinazioni più universali della filosofia pratica, ed è esplicita in Wolf: scopo del contratto di Stato è l'aiutare, promuovere, esigere la perfezione, l'*Aufklärung*, la felicità degli uomini. Conseguentemente lo Stato non ha solo da curare la sicurezza, ma anche il benessere universale, nella più larga estensione; deve liberare gli uomini dagli errori, deve entrare nei loro rapporti privati a scopo di educazione. E' la teoria del dispotismo paterno, dello Stato-di-polizia benevolo ed illuminato; è tutta una epoca storica che trova la sua rappresentazione teoretica.

Il risultato contrapposto si riallaccia alla distinzione del diritto e della morale. Gundling, il sottile e lucido seguace di Tomasio, dice chiaramente che lo Stato, come ordinatore esterno dei rapporti degli uomini deve limitarsi alla protezione giuridica della sicurezza. Questa teoria risponde benissimo al senso individualistico dell'*Aufklärung*, e storicamente può essere spiegata con la reazione liberale contro l'assolutismo invadente, ed anche in parte con quell'indifferentismo politico che costituisce una caratteristica di alcuni ambienti di quei tempi. Al qual riguardo si può vedere il pregnante e notissimo libretto dell'Humboldt.

Kant, che per la filosofia giuridica continua e rinnova il diritto naturale, è il primo ad usare la formula « *Rechtsstaat* » (2). Egli concepisce lo Stato nella pura funzione del diritto, inteso questo come limite tra le libertà. E' appunto

(1) GROZIO, *De iure belli ac pacis*. I, 1-14; PUFENDORF, *De iure naturae ac gentium*, VII, c. II, § 13.

(2) KANT, *Metaphysische Anfangsgründ der Rechtslehre*, §§ B, C, II, § 45 e seg., I, 3, § 41 e seg. Vedi anche FICHTE, *Das sys. der Rechtslehre*, 539-540; *Grundlage des Naturrechts*, II, 17. La formula kantiana è netta in Humboldt, Eötvös. Manca negli scrittori italiani di diritto naturale per la sua specifica struttura tedesca. (Vedi Baroli, Rosmini, Tolomei).

il particolare momento dell'esclusivo scopo giuridico dello Stato che per la prima volta si designa come Rechtsstaat e per tutta un'epoca si contrappone allo Stato eudaimonistico o di benessere. Anche Kant parte dalla distinzione del diritto e della morale, i quali però hanno di comune l'essere esigenze della stessa ragione pratica; onde il concetto della autonomia o libertà come concetto finale che dirige la vita sociale. La necessità del diritto sorge per la lotta degli arbitrii. Ma la validità del diritto nella condizione naturale è solo provvisoria; diventa perentoria dove è sicuramente costringibile, cioè nello Stato. Per Kant il diritto è solo nello Stato e per mezzo dello Stato. Anche il contratto assume un contenuto nuovo: non è più chiarimento e spiegazione della genesi empirica dello Stato. Per Kant un contratto giuridicamente obbligatorio è possibile solo nello Stato; il contratto base dello Stato non è che una idea regolativa; non è più dilucidazione, diviene norma: « nello Stato nulla deve farsi, che non si farebbe, se lo Stato fosse costituito per contratto ». Ciò si raggiunge con la *costituzione* dello Stato: centro per Kant è l'attuazione della giustizia e l'allontanamento dell'arbitrio. Kant designa allo Stato il compito di assicurare la validità della legge e di permettere nello stesso tempo la libertà individuale. Tutto il sistema Kantiano si impernia sul Rechtsstaat, ispirato al senso individualistico e negativo della pura funzione giuridica.

Ulteriore sviolgimento è in Fichte, che applica dapprima le idee del maestro. In Fichte tuttavia, anche nella prima maniera, lo Stato, per quanto sotto la concezione dominante, e cioè limitato agli scopi esterni e staccato dal campo morale, è una macchina regolatrice di più ampia efficacia; ed è questo il punto di transizione logica allo Stato della seconda maniera di Fichte, al « geschlossene Handelsstaat », che è uno Stato regolatore della vita economica ed è vero ideale socialistico.

Non occorre insistere oltre sulle idee filosofico-politiche di Kant, dato il carattere di questi accenni. Nè occorre fermarsi sul processo storico, che Kant con la sua dottrina esprime ed al quale egli col suo Rechtsstaat ha dato il nome. Si chiudeva un periodo e se ne apriva un altro. Sul terreno ingombro dagli strati e dalle sovrapposizioni della feudalità medioevale lo Stato moderno era sorto dapprima come emanazione e affermazione di un potere centrale e sovrano, e l'assolutismo statale aveva avuto una funzione democratica e civile, liberando dagli avanzi di un diritto superato. Lo Stato era apparso allora di benessere, indipendentemente dall'idea giuridica, contro i cui ordinamenti positivi spesso contrastava. Afforzare lo Stato, costituirlo onnipotente e giuridicamente

illimitato, era l'ideale e la tendenza, perchè ciò significava spezzare i ceppi intermedi. Ma, raggiunto lo scopo, venne a mutare radicalmente la concezione politica. La necessità di difendere le libertà individuali portò alla tendenza di regolare l'azione dello Stato, ponendovi come limite la norma giuridica. Ecco la radice storica dello Stato-di-diritto. Tutto il pensiero moderno s'incamminò per questa via. Il passaggio logico sovraccennato spiega benissimo l'orientamento della scienza tedesca del diritto pubblico, che altrimenti si rischierebbe di non comprendere, ed il prevalente atteggiarsi della dottrina contemporanea che, come vedremo in seguito, tenendo fermo il concetto iniziale dell'onnipotenza dello Stato, lo considera in atto di auto-limitarsi nella forma del diritto.

Ma di ciò in seguito. Basti di tali accenni fatti per *incidens*, che non entrano nei modesti intenti di questa rassegna. Riprendendo il pensiero Kantiano, ricordiamo che esso implica due elementi: a) il diritto come scopo dello Stato; b) il diritto come scopo *esclusivo* dello Stato.

#### § 5.

Giova qui rilevare il primo, che è il pernio attorno a cui la teoria kantiana si svolge e che consiste nell'affermare come funzione dello Stato la realizzazione del diritto.

La ricerca degli scopi dello Stato trascende la visuale d'una scienza giuridica: notiamo soltanto che innegabilmente è tra essi anche il diritto: che anzi il diritto è lo scopo specifico, che lo Stato non divide con alcuna altra personalità. Gli altri scopi statuali sono comuni ad altre persone; il « mantenimento » non è altro che il principio di conservazione inerente ad ogni persona: lo scopo di « coltura » è comune a molte altre comunanze. Lo scopo del diritto è invece specificamente proprio dello Stato e dello Stato soltanto (1).

#### § 6.

Il sistema Kantiano, che riduceva lo Stato ad organo del diritto, dominò largamente tutt'una epoca delle scienze politiche e giuridiche. Lo « Stato-di-diritto » era « parola di lotta »

(1) STAHL, *Rechts und Staatsl.*, III, 145; SCHULZE, *Ein. in das d. St. r.* 136; JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, 214.

contro la tendenza contraria, che, movendo, come si vide, da Leibnitz e da Wolff, poneva per scopo dello Stato non più il diritto, ma il benessere generale (1). Quando poi si generò la reazione del diritto pubblico contro « i metodi kantiani », e, anche in un campo più generale del pensiero, si manifestarono quelle correnti mentali (notevoli tra l'altre le due prima parallele, poi irreparabilmente divergenti, — che si riassumono nei nomi di Savigny ed Hegel) le quali ne sgretolarono il sistema, la concezione dello Stato-di-diritto come di Stato che compie la sola funzione del diritto venne meno. O Stato etico, o Stato provvidenza, o Stato come la realtà storica lo designava, in tutte le sue forme di concezione, lo Stato aveva per scopo qualcosa più che il diritto esclusivamente.

Ma la formula non venne meno, e fu messa innanzi, con un significato in parte nuovo. Conservava cioè pienamente l'idea del diritto come di scopo statutale, ma non escludeva che l'attività statutale potesse rivolgersi anche ad altri scopi; soltanto affermava che, anche in questo caso, lo Stato doveva attuare i suoi scopi nella forma del diritto. La espressione classica di questa veduta si trova nella nota frase dello Stahl che è divenuta la parola d'ordine di tutto il sistema. Dal punto di vista della tecnica giuridica questa concezione si presenta in modo assai utile, prescindendo affatto dagli scopi, e guardando solo al modo, alla forma, in cui si devono realizzare, secondo cui deve muoversi lo Stato stesso.

In ciò si rivela l'importanza della formula kantiana « Rechtsstaat » come struttura esterna e logica giuridica. Anche quando il sistema kantiano venne meno in quanto limitazione dello Stato allo scopo giuridico, l'opportunità tecnica della formula non andò perduta. Dallo *scopo* si passò alla *forma* dello Stato. Ed appena dilagarono le teorie politiche e filosofiche improntate alla socialità, ecco lo Stato-di-diritto riaffacciarsi e rinnovarsi, ed agire in certo modo come correttivo e limite delle tendenze socializzanti, restringendo l'attività dello Stato con l'esigenza della forma giuridica. Ed ecco su siffatta base storica il tecnicismo giuridico si raffina e si sottrae ad ogni elemento estraneo. Non si tratta più di stabilire il *quale* o *quantum* della sfera d'azione e degli scopi statuali. Lo Stato-di-diritto non è più funzione, ma organizzazione; non implica nè socialismo, nè individualismo. « Qua-

(1) Per la contrapposizione, vedere WELCKER, *Diz. W. e R.*, XII, 367; TRENDELENBURG, *D. naturale*, § 151.

lunque scopo si proponga lo Stato, deve, per attuarlo, muoversi nelle vie del diritto ».

Così in Stahl (1). Senonchè, nel periodo che è attorno a Stahl, la teoria mantiene in generale, nelle trattazioni, il suo carattere astratto e filosofico, e non c'è una applicazione sistematica nella struttura del diritto pubblico. Non solo: ma nella teoria dello Stato-di-diritto s'intrecciano vari e difformi punti di vista. Non v'è più la contrapposizione dello Stato-di-diritto allo Stato di benessere come sistemi antitetici o diversi, ma v'è quella dello Stato-di-diritto allo « Stato patrimoniale » e allo « Stato di polizia », designando quest'ultimo lo Stato « che non attua i suoi scopi rigorosamente nella forma del diritto » (2). Predomina, in quest'epoca, la tendenza a classificare le forme dello Stato secondo categorie insieme logiche e storiche: (3) ed è con questo processo che si fa dello Stato moderno un tipo di forma statale, e, ravvisando in esso una continua tendenza allo Stato-di-diritto, lo si designa con questo nome; che del resto è promiscuamente usato con i nomi « di Stato liberale », « costituzionale », ed altri. S'infiltrano poi nella teoria elementi razionalistici, i quali assumono talora il carattere di un vero e proprio indirizzo e danno allo Stato-di-diritto l'aspetto di uno Stato tipico ideale.

Tali indirizzi coesistenti e sovrappoventisi si trovano nettamente in Mohl il quale compie per la teoria dello Stato-di-diritto la funzione stessa che ha compiuto per la teoria della distinzione di Stato e società, quella di dare il massimo rilievo

(1) STAHL, *R. und S. L.*, III, pag. 130 e seg.

Per Stahl Stato è la « comunanza umana ordinata a regno morale » (pag. 130). Esso deve quindi « realizzare le idee etiche » (pag. 137), ma, poichè « gli sfugge il mondo interno », poichè lo Stato è una « istituzione soltanto per l'ordinamento esterno della vita sociale » (pag. 137), può realizzare queste idee « soltanto esternamente, cioè nella forma del diritto ». « Stato di diritto e Stato come regno morale non si contraddicono, ma si conciliano e si condizionano a vicenda » (pag. 139). « Il concetto dello Stato di diritto non è che lo Stato attui solo l'ordine giuridico senza scopi amministrativi, ovvero che assicuri soltanto il diritto dei singoli. Stato di diritto non designa lo scopo e il contenuto dello Stato, ma solo la forma ed il carattere con cui lo scopo si realizza » (pag. 138).

(2) MOHL, *Enc.*, pag. 88; STEIN, *Verw. L.*; BLUNTSCHLI, *Allg. St. L.*, I, 73, 356. La contrapposizione è conservata anche nei moderni: MAYER, *Deut. V. w. r.*, I, §§ 4, 5, ecc.

(3) Così la teoria dello Stato di diritto è trattata spesso a proposito della distinzione delle forme dello Stato.

Sui metodi di classificazione di queste, dominanti in quel momento scientifico, vedere le osservazioni critiche di STAHL, pag. 218 e seg.; WAITZ, appendice alla *Politik*.

alla formula e di diffonderla scientificamente. Ma il contributo che Mohl porta alla teoria dello Stato di diritto non è di valore decisivo per le scienze giuridiche, almeno dal punto di vista di un chiaro concetto sistematico.

§ 7.

Le opere di Mohl (1) sono troppo spesso citate e troppo poco conosciute. Nella « *Geschichte und Literatur*, ecc. », non insistendo su la spiccata accentuazione idealistica della prefazione (che è la sola che di solito — e a torto isolatamente — si rilevi), lo Stato-di-diritto non è altro che lo Stato moderno, come si è svolto storicamente dagli albori della vita moderna fino a noi. Quindi si riduce allo Stato di diritto tutta la trattazione teorica del diritto pubblico da Grozio in poi. Carattere fondamentale di tutta l'epoca è che lo Stato « ha per base il riconoscimento delle libertà individuali ».

Nella « *Polizeiwissenschaft* » Mohl parte dal criterio che ogni forma e tipo storico di Stato corrisponde ad una differente « *lebensansicht* » del popolo. Alla concezione di vita dei popoli che tendono al « pieno sviluppo della individualità » e quindi alla libertà individuale corrisponde il tipo storico dello Stato di diritto, che va contrapposto ad altri tipi storici di Stato, corrispondenti a concezioni di vita diverse: alla teocrazia, alla dispotia, allo Stato patrimoniale, allo Stato patriarcale (2). « La libertà del cittadino è la base di tutto lo Stato di diritto » (p. 16) Compito dello Stato di diritto, corrispondentemente alla delineata concezione di vita popolare, è « l'ordinamento della vita d'insieme in modo che ad ogni singolo sia riconosciuta una sfera libera d'attività e sia protetto ed aiutato nello svolgersi della personalità propria » (p. 18). Protezione rivolta a rimuovere anzitutto ostacoli: da altre persone (tutela del diritto), da cose (polizia). La « polizia deve nella sua azione conformarsi alle leggi di diritto ».

Nella *Encyklopädie* è, con lievi varianti, la stessa classificazione delle forme di Stato che è nella *Polizeiw.*; più ampia-

(1) MOHL, *Geschichte und Literatur der St. w.* I, 18, 219 e seg.; *Polizeiwissenschaft, Einleitung*, specialmente pag. 16; *Encyklopädie*, pag. 106 e seg.; articolo *Polizei* (Dizionario di ROTTECK e WELCKER).

(2) Anche più ampia la contrapposizione nel *Württemberg's Staatsrecht*, I, 3 e seg. Analogamente WELCKER, DUDEN, VOLLGRAFF, PFIZER (vedi *Polizeiw.*, note).

mente è svolto il tema delle forme concrete in cui lo Stato di diritto si è storicamente attuato.

Dunque per Mohl Stato di diritto è in ultima analisi il così detto « Stato liberale » cioè lo Stato che riconosce le libertà individuali. Si consideri questo elemento del rispetto alla individualità e del suo « non sacrificio all'ente collettivo » che, allacciato a tendenze teoriche antecedenti, è destinato ad avere influenza anche in altri scrittori pur recentissimi. Ma, valutando il contenuto di questa ampia teorica Mohliana, è facile rilevare — oltre i difetti inerenti allo svolgimento metodologico, tra cui la combinazione di caratteri logici e storici — la non specificità della concezione, che è ridotta a comune denominatore di cose diverse e di innumerevoli scrittori, e il carattere della concezione stessa, che non si presta ad una elaborazione giuridica dal punto di vista tecnico e sistematico. Sulla accusa frequentissima al Mohl di tendere ad un « *Musterstaat* » cioè ad uno Stato-limite tipico ed ideale, va notato che, se il metodo ha una orientazione razionalistica, (evidente, ad esempio, nella classificazione degli Stati in base a « *lebensansichten* » del popolo) non si può trovare proprio una aspirazione ad uno Stato ideale, chè anzi, in un certo senso, per Mohl lo Stato-di-diritto è già realtà attuata da gran tempo.

Un'ultima osservazione. Che Mohl non sia proprio il costruttore dello « Stato-di-diritto » deriva dal carattere generale di tutta la sua produzione scientifica e della sua *formamentis*. Si potrebbe dire che Mohl non era abbastanza tedesco per concepire il vero *Rechtsstaat*. Egli, insieme a pochi altri scrittori della bassa Germania, rappresenta un indirizzo liberale, aperto ad influenze francesi, che fu poi, nella scienza posteriore, sopraffatto dalla tendenza oggi dominante, senza dubbio più improntata di *autoritarità*.

#### § 8.

In Stein e Gneist, che abbiamo già visti come i veri autori della concezione moderna dello « Stato di diritto » per il complesso organico delle premesse sociologiche, è dato scorgere, per il vero corpo della teoria, una elaborazione tale che racchiude in sè tutto lo svolgimento teorico posteriore, con un contenuto preciso e un'orientazione sistematicamente tecnica. Stein (1) nota che a Mohl manca « la chiara cono-

(1) Per STEIN vedi specialmente: *Die Verwaltungslehre*, th. I, pag. 294 e seg., th. II, pag. 21 e seg.; Id., *Handbuch der V. w. L.*, pag. 72 e seg., ecc.

scenza dei fattori dello Stato-di-diritto». Lo Stato-di-diritto « non riguarda, nel suo concetto, tutto il diritto, ma solo una data parte di esso, cioè il diritto che regola la sola azione dello Stato ». Quindi è Stato-di-diritto lo Stato, in quanto pone il « verfassungsmässige Regierungsrecht » o « Verwaltungsrecht », cioè « pone limiti giuridici a sè stesso ». Con questa autolimitazione si viene ad assicurare la consacrazione della libertà individuale « cosa in cui sta la particolare sostanza dello Stato-di-diritto ». Condurrebbe troppo oltre l'esporre come s'inquadra con questo concetto generale tutto il sistema di Stein nelle sue applicazioni: notiamo senz'altro che Stein vede nettissimamente ulteriori specificazioni del concetto, ad esempio là dove fa consistere lo Stato-di-diritto specialmente nel « regolare i rapporti tra legge e ordinanza ».

Al contrario di Stein — con cui pure ha tanti punti di contatto — manca in Gneist (1) una struttura dottrinale serrata in rigide linee formali. Fu notato che egli non dice mai chiaramente « cosa s'intenda per Stato-di-diritto » (2): eppure nessun autore come Gneist fa sentire lo spirito del sistema. Il concetto dello Stato « che si muove nella forma del diritto » come pure quello delle « guarentigie individuali di fronte all'azione statale », in cui il primo concetto si risolve sono chiari in Gneist. Ma v'è un punto speciale che egli accentua e che poi verrà trasportato ed imitato in altri paesi ed a cui particolarmente si legherà il concetto di Stato-di-diritto. Nell'attuale dilagare del parlamentarismo, si fa ogni giorno sentire più forte l'esigenza di sottrarre l'amministrazione all'influenza di partiti e di classi, dandole un'organizzazione indipendente: di qui la necessità di disciplinare l'amministrazione ponendole limiti giuridici e di costituire tribunali che tutelino questi limiti stessi. E' l'« Amministrazione di diritto » e, più particolarmente, il problema complesso della organizzazione della giurisdizione amministrativa. Questo, come dice il Sarwey, è il punto capitale dell'opera del Gneist: e qui va riallacciato il libro mirabile del Bähr, che tutto si riduce a questo particolare tema, pur avendo nitida e chiara la coscienza delle premesse e del sistema.

(1) Specialmente: GNEIST, *Verw. Ju. Rechtsw.*, etc., prime pagine; *Engl. Verfass. geschichte*, prime pagine; *Lo Stato di diritto* (trad.) passim.

(2) OLIVIERI, *Prefazione al Bähr.*, pag. 264; ORLANDO, *Intr. al dir. amm.*, pag. 33.

Sull'ordinamento amministrativo Gneist ebbe a svolgere sue particolari opinioni, che, ispirandosi al modello inglese, facevano capo ad una forma di auto-amministrazione, messa da lui in voga. Anche questo tema discende direttamente dallo Stato-di-diritto e dall'esigenza della compenetrazione tra Stato e società. Costretti a prescindere del tutto, vogliamo solo accennare che il modello di Gneist si è ormai trasformato, e, quando l'illustre vecchio scriveva gli ultimi lavori, l'amministrazione inglese si poneva sopra tutt'altra via. Il Bornak ed il Lombardo-Pellegrino insistono sul fatto che Gneist teorizzò una condizione di fatto, quando essa tramontava. Ma ciò, se può importare verso le particolari vedute dello scrittore, nulla significa contro le esigenze perenni del sistema, del quale l'autoamministrazione può essere un'applicazione, ma non è la base.

Con Stein e Gneist la teoria acquistava un carattere netto e preciso, — designando inoltre in modo più particolare quel punto di essa che era destinato ad esserne il fulcro d'irradiazione — ed assumeva sempre più un aspetto sistematico, preparandosi ad agire su tutto l'indirizzo metodologico posteriore.

#### § 9.

Converrebbe ora fare l'analisi del sistema moderno dello Stato di diritto, esaminando i vari modi di concezione che si sono delineati dopo Stein e Gneist. Tale ricerca non deve essere una esposizione che riproduca senz'altro per elenco l'atteggiarsi delle varie dottrine in quell'ordine o cronologico o altro con cui si presentano. Si deve piuttosto, anche trascurando la parte espositiva, dare il quadro delle varie concezioni facendone vedere il rapporto logico, poichè, come è stato notato, modi di concepire (o meglio esporre) la teoria dello Stato-di-diritto apparentemente diversi sono stretti da una correlazione sostanziale, — anche se non si vuole ammettere che siano proprio « momenti d'uno stesso sistema » o concezioni, che si sovrappongono e derivano l'una dall'altra, differenziandosi per una comprensione sempre minore e una corrispondente maggiore specificazione. Avendo visto ormai in che cosa consiste il contributo recato alla teoria dai maggiori autori, non giova insistere su diversità letterarie o bibliografiche di scrittori a noi vicini.

§ 10.

Dai critici dello Stato di diritto è contestata la validità della teoria con l'osservazione che « in essa tutto si riduce a rilevare che il diritto è funzione dello Stato »; vale a dire lo Stato-di-diritto sarebbe una semplice tautologia della parola Stato. Ed anche tra coloro che accettano la formula — nella ricerca appunto di definirla — v'è alcuno che si riduce a questo punto di vista, elevandolo così a caratteristica della concezione (1). Gli uni e gli altri, rilevando il concetto del « diritto funzione dello Stato » a proposito dello Stato-di-diritto, non dicono nulla di inesatto ma non dicono nulla di concreto.

Il diritto è uno scopo, anzi lo scopo specifico dello Stato. Per adempiere al quale lo Stato deve compiere date funzioni. Anzitutto deve enunciare le norme generali di diritto; il che nel suo contenuto consiste nel delineare i limiti d'attività tra individuo e individuo, tra l'individuo e lo Stato stesso; venendo in conseguenza da una parte a vietare, dall'altra a concedere facoltà. Ma questa funzione non basta: ne deriva necessariamente un'altra che è di natura diversa. Il comando giuridico implica non una necessità logica, ma etica, « non un *müssen* ma un *sollen* » (2); e l'attività umana può deviare dall'indirizzo designatole mediante la norma. Deve quindi lo Stato dichiarare il diritto, valutando le condizioni di fatto ed applicando il diritto al caso concreto. Quindi: non solo enunciazione generale ed astratta, ma anche dichiarazione particolare e concreta.

Questi « concetti elementari » sono certamente impliciti nel sistema dello « Stato di diritto ». Ed è ad essi, e ad essi soltanto, che si riferiscono, in ultima analisi, quelle enunciazioni che affermano lo Stato-di-diritto come lo Stato « che attua il diritto ». Ma, ridotta a ciò, che valore avrebbe la teoria?

Prima di tutto occorre mettere in luce, e una volta per sempre, un preliminare. Quale diritto è quello che lo Stato deve attuare? La risposta non può essere che una sola: il diritto positivo. Uscendo da esso, per voler stare sempre in un terreno

(1) Fra i critici, vedi: VAN KRIECKEN, loc. cit.; MORELLI, loc. cit.; BRUNIALTI, introduzione del vol. VII, serie II, sua biblioteca. Vedi per una concezione tale di Stato di diritto: WAITZ, *Pol.*, 11.

(2) JELLINEK, *Ges. und Ver.*, 218.

scientifico e non cadere nella inammissibile veduta d'un diritto naturale, bisognerebbe designare allo Stato la funzione di attuare il diritto « in modo corrispondente alla coscienza popolare » e, per entrar più addentro, alle condizioni necessarie della vita in comune, proprie dello Stato stesso. In questo senso si avrebbe sì un contenuto legittimo e una « concezione non più formalistica », ma generica, scolorita ed insignificante. Non si farebbe altro che ripetere l'esigenza che il diritto si uniformi alle condizioni sociali, e si entrerebbe nel mare magnum delle discussioni filosofiche sui principi del diritto, esorbitando dai limiti di quella sistematica giuridica entro la quale si vuole qui rimanere.

Ciò posto, se il diritto che lo Stato di diritto deve attuare è il positivo, tutto si riduce a considerare lo Stato in quanto è organo del diritto. Ed allora ogni e qualunque tipo di Stato cadrebbe sotto la designazione, poichè Stato e diritto sono termini che s'integrano necessariamente a vicenda; nè lo Stato è divenuto propriamente Stato e il diritto diritto, se non quando, nella loro formazione convergente, il primo ha assunto le funzioni del secondo e ne è divenuto l'organo. Verrebbero quindi anche Stati molto bassi nella scala della civiltà — se in essi il mantenimento del diritto è compito dello Stato — ad essere Stati di diritto, e lo Stato di diritto sarebbe una realtà concreta già attuata, di portata così generale e così antica da non sentir proprio il bisogno di farne oggi una « parola d'ordine ».

Accogliere tale veduta sarebbe fermarsi al primo gradino, mentre occorre procedere oltre a specificazioni maggiori, cercando di ottenere un concetto che risponda a questi due caratteri: contenuto specifico, elaborazione tecnica.

#### § 11.

Con il concetto dello Stato organo del diritto è connesso, ed anzi rientra insieme nell'altro del diritto scopo dello Stato, la nozione dello « Stato regolato, ordinato, disciplinato giuridicamente ». Questa notizia accentua il fatto che, con l'emancipare norme giuridiche, lo Stato disciplina i rapporti di vita compresi nella sua cerchia, togliendo l'arbitrio e sostituendovi l'impero della legge.

Se non si scende a specificazioni maggiori, si possono ripetere le critiche condotte sopra. Anche qui, in un certo senso, tutti gli Stati, in quanto Stato è « l'ordinamento giuridico della società », sarebbero Stati di diritto: anche qui, ammettendo

un certo elemento non ancora attuato o a dirittura un'esigenza di disciplina normativa di tutti i rapporti sociali interessanti la comunanza, mancherebbe ogni contenuto specifico ed ogni giovamento per la sistematica giuridica.

Tali difetti risaltano specialmente in quelle forme — amplissime — di concezione, che investono ogni e qualunque rapporto entro i limiti statuali, e quindi così il campo del diritto privato come il campo del diritto pubblico (1).

Ma è generale la limitazione che, lasciando da parte tutto il terreno dei rapporti tra individuo e individuo, si riduce a ai rapporti tra individui e Stato.

Solo con tale limitazione vengono fuori concezioni che, pur riallacciandosi all'ordine generale visto prima, presentano un profilo più netto e più preciso.

« Lo Stato deve regolare giuridicamente, e quindi sottrarre al proprio arbitrio i rapporti tra sè stesso ed i suoi sudditi », vale a dire « deve designare a sè la via e i limiti della propria attività ». Inoltre deve lo Stato, una volta designate le vie della propria attività ed imposti limiti a sè stesso, mantenere questi limiti « muovendosi nella via, nella forma del diritto ». Questi, senz'altro, i concetti, facilmente riducibili in un solo, che formano le designazioni consuete e costituiscono ciò che è indicato come il contenuto specifico della teoria dello Stato-di-diritto (2).

§ 12.

Anche questi modi più precisi di concepire lo Stato-di-diritto si riannodano a vecchie teorie nel campo del diritto pubblico. Basta pensare al criterio solito che distingue la dispotia dal governo legale, in quanto nella prima l'esercizio della sovranità è affidato all'arbitrio del sovrano, nel secondo è fissato con norme il modo con cui la sovranità dovrà esercitarsi. Sarebbe impossibile e inutile richiamare tutti i luoghi ove fu presentita o accennata o svolta la teoria: un criterio

(1) SCHVANZ, *El. der Pol.*, pag. 139 e seg.; POSADA, *Trat. de Derecho pol.*, cap. III; MAURUS, *Der Verfassungsstaat als Rechtsstaat*, pag. 103.

(2) Per l'enunciazione dello Stato di diritto in questo senso, tra gli altri, vedi: STAHL, *R. und S. L.*, II, 137; BAHR, *St. giur.*, 1 e seg.; GNEIST, *St. di dir.*, 16 e seg.; GUMFLOWICZ, *Rechtsstaat und Socialismus*, 13; GIERKE, *Zeit. für St. w.*, vol. 30, pag. 13; MAYER, *D. Verw. r.*, 60 e seg.; FILOMUSI-GUELFU, *La codificazione*, passim; MAJORANA, *Lo St. giur.*, c. I, ecc.!

di riconoscimento in questa ricerca può essere dato dall'incontrarsi con le formule diffusissime di « impero della legge », di « legge sovrana », ecc. Per accennare ad alcuni punti rilevanti, si ricordi la *polis* platonica ove « chi governa è la legge », pensiero conservato e svolto in Aristotile, nel quale è la chiara visione che le forme di stato « pure » hanno per fine essenziale di attuare la giustizia, e che in esse impera la legge, e non le parti (1). San Tommaso ne derivò un concetto analogo che va messo in rapporti con la classificazione delle forme di regimina (2). Nel costituzionalismo inglese l'idea della azione dello Stato in conformità alla legge è nettissima, ed il re « deve governare il suo popolo conformemente alle disposizioni delle leggi del paese » (3). Base poi di tutta la costituzione inglese, è, secondo il Dicey, il rispetto alla legalità. Anche nei padri del costituzionalismo francese è frequente la formula « impero della legge, obbedienza alla legge ecc » (4).

Non ostante gli ampi e decisivi precedenti, le « formulazioni specifiche » dello Stato di diritto nel senso sovrindicato sono moderne. Non si tratta più di massime estremamente astratte come quelle di prima, che si riducevano ad altre ed elementari nozioni. E' vero che la formula ha ancora un aspetto generale, ma ciò deriva dalla stessa sua natura di « fulcro di tutto un orientamento della organizzazione statale ». La specificità della concezione dello Stato di diritto dovrebbe essere colpita nella particolare struttura che sotto la sua influenza assunse tutto il diritto pubblico, con un indirizzo e uno svolgimento metodologico proprio. Ma per far ciò in modo completo bisognerebbe « studiare il sistema di tutto il diritto pubblico per salire ai suoi principi ». Noi condurremo invece l'analisi e procederemo in senso inverso, procedendo dal concetto più vasto ad alcuni più speciali, ma senza venire addentro nell'organismo concreto del diritto pubblico, e, anche qui come al solito, accennando più tosto che svolgendo.

E' necessario anzitutto distinguere nelle concezioni moderna due correnti, i cui germi sono anche nei primi autori delle

(1) ARISTOTILE, *Pol.*, III, c. 4 e 5.

(2) Vedi specialmente *De regimine princ.*, lib. II, c. VIII.

(3) Vedi le citazioni di BRACON e FORTESCUE in BLACKSTONE, *Comm.*, lib. I, c. VI. Caratteristica per il concetto d'impero della legge la frase degli Year-Books (Enrico VI) citata da BLACKSTONE, loc. cit.; da GNEIST, *Engl. Verw. r.*, 455; da DICEY, *Intr. of const.*, 171. Vedi poi STORY, *Comm.*, §§ 482-490.

(4) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, lib. XI, c. III; ROUSSEAU, *Lett. de la mon.*, II, lettera 8.

teoria. Esse vanno sempre meglio delineandosi separatamente: ma non sono per altro fra loro inconciliabili. In tutte due è comune l'impostazione del tema nel campo del diritto pubblico, in ordine al rapporto fra Stato ed individuo. Ma nella prima si prende il rapporto in un senso più ampio, venendo a identificare lo Stato di diritto con lo Stato costituzionale: nella seconda si cerca invece di colpirlo da un punto di vista più strettamente e più rigorosamente giuridico.

§ 13.

La spiegazione del processo per cui s'identifica lo Stato di diritto nello Stato costituzionale non si può ricavare bene, come vuole l'Orlando (1), traducendo la esigenza dello Stato che si deve uniformare al diritto, nell'altra che si deve uniformare « ai bisogni, ai sentimenti dell'età nostra, che è di progresso civile e politico », con una portata che evidentemente trascende il diritto positivo, nè reca luce sulla materia.

Seguendo altra via, si può osservare, anzitutto, che lo Stato di diritto come tendenza e lo Stato costituzionale come realizzazione concreta coincidono, e si possono ridurre ad un tipo storico più vasto: lo Stato moderno. Ma la coincidenza non è solo esterna, ed è facile a rilevarsi, cercando di cogliere in che cosa consiste la caratteristica vera e propria dello Stato costituzionale.

Di solito nel concetto di Stato costituzionale si fanno rientrare vari ordini di caratteri che lo rendono assai complesso; ad esempio la partecipazione del popolo al governo, mentre questa è più propriamente la base dello Stato rappresentativo, col quale vi può essere equivalenza di fatto ma non identità teorica (2). Il concetto vero e proprio di Stato costituzionale, a volerlo isolare, è « l'assicurazione dei diritti dei signoreggiati verso il signore », « la guarentigia delle libertà e dei diritti individuali mediante consuetudini obbligatorie o norme scritte » (3). Ora lo Stato di diritto, nelle enunciazioni sovra accennate, consiste appunto nel porre guarentigie individuali verso l'azione statale, in quantochè l'esigenza che lo Stato si regoli e si muova nella forma del diritto tende ad

(1) ORLANDO, *Intr. al tratt. di dir. amm.*, pag. 34.

(2) Riducono il concetto di Stato rappresentativo a quello di Stato costituzionale fra gli altri: GUMPLOWICZ, *Phil. S. r.*, pag. 76; JELLINEK, *Ges. und Ver.*, pag. 225; MAYER, *D. V. w. r.*, pag. 3.

(3) L. ROSSI, *I princ. fond. della rapp. pol.*, pag. 203.

assicurare gli individui contro l'arbitrio dello Stato. Con ciò si spiega la facile identificazione, tanto più se si ricorda la tendenza del concetto di Stato costituzionale ad aderire ad altri concetti, riducendo a sé anche quelle istituzioni che rappresentano l'attuazione finora realizzata dello Stato di diritto.

Ma, se si deve riconoscere il rapporto, specialmente storico, d'aderenza fra i due concetti, e se si vuole anche ammettere che lo Stato costituzionale implichi una realizzazione della struttura dello Stato di diritto in misura per lo meno superiore a tutti gli altri tipi finora esistenti di Stato, — non è affatto vero che Stato costituzionale e Stato di diritto siano la stessa cosa —, né che lo Stato costituzionale implichi necessariamente lo Stato di diritto. Con la prima veduta si corre il pericolo di diluire un concetto più specifico in uno più vasto. Quanto alla seconda, si deve tener presente che l'orientamento delle due teorie è diverso: l'una vuol significare un tipo storicamente già attuato, l'altra una tendenza: dal che si vede che, anche storicamente, la coincidenza non può esser perfetta. Ma, venendo al cuore della questione, Mayer giustamente osserva che, per ammettere che lo Stato costituzionale sia Stato-di-diritto bisognerebbe intendere « uno Stato perfettamente costituzionale » poichè « con l'esistenza di una costituzione non è dato lo Stato di diritto: esso è molto più in là » (1).

Può infatti uno Stato costituzionale avere un ordinamento e una attività tale da costituire la negazione completa dello Stato di diritto (2). Qui anzi va legato tutto il dibattito tedesco, di cui abbiamo avuto qualche eco anche in Italia, fra i sostenitori del sistema rappresentativo e parlamentare, ed i loro critici (3). V'è tra questi l'abitudine ad accentuare una certa

(1) MAYER, *Deut. Verw. r.*, pag. 61-62.

(2) « L'esperienza ha insegnato che lo Stato di polizia si può molto bene adottare con un sistema costituzionale » LÖNING (citato da Mayer). Altrettanto in SARWEY, *All. Verw. r.*, pag. 83.

(3) In Gneist è netta la contrapposizione. Egli afferma che lo « Stato di diritto è spezzato dal costituzionalismo » (tra l'altro, vedi *Verw. Ju. R.*, 189) e trova che il governo parlamentare è uno stato di fatto artificiosamente creato dal prepotere delle forze di partito, ed è addirittura inconciliabile con lo Stato di diritto.

Questa antitesi fu, dopo Gneist, ancor più ampiamente svolta. Ma se i critici sono negativamente concordi nella designazione dello Stato di diritto come termine antitetico allo Stato rappresentativo ed al parlamento, quante diversità nel lato positivo diretto a rilevare la costruzione di questo Stato di diritto!

Fra i critici più radicali nelle loro conclusioni è MAURUS il cui libro: *Der mod. Verf. s. als R. s. kritisirt*, vuol essere « un vero atto d'accusa contro i sistemi finora vigenti ». Il concetto animatore del

antitesi tra Stato di diritto e i suaccennati sistemi, che vengono qualificati per semplici « condizioni, stati di fatto » senza una vera base giuridica. Si ricordi ancora, da ultimo, quella solita contrapposizione dello Stato di diritto come teoria prettamente tedesca allo Stato costituzionale di tipo francese, che è divenuta ormai comune nei trattatisti.

Per questo insieme di ragioni non ci sembra accettabile, se non altro a scanso d'equivoci, l'identificazione dello Stato di diritto con lo Stato costituzionale.

Ciò risulta anche da un altro ordine di considerazioni. La teoria dello Stato costituzionale si presenta con caratteri non rigorosamente giuridici: gran parte, e invero prevalente, ha in essa l'elemento politico. Lo « Stato di diritto » invece, per la sua stessa struttura teorica, può e deve essere una teoria puramente giuridica. Riconoscendo anche nei due tipi di Stato una base comune per l'assicurazione dei diritti individuali, nel primo questi vengono ad essere assicurati specialmente per mezzo delle così dette guarentigie politiche, nel secondo si tratta piuttosto di organizzare una vera e propria « difesa giurisdizionale » (1).

#### § 14.

Questa più spiccata giuridicità risalta appunto nella seconda corrente delle concezioni moderne dello Stato di diritto.

Punto di partenza è la posizione dello Stato di fronte agli individui, ossia, in altre parole, i rapporti giuridici intercedenti tra l'uno e gli altri. Nelle tendenze del diritto pubblico in cui si inquadra il sistema dello Stato di diritto, questi rapporti fra Stato e individui si riassumono e fanno capo al diritto di sovranità, diritto che tutti gli altri comprende ed assorbe, presupposto necessario, condizione indispensabile d'esistenza dello Stato medesimo e del suo funzionamento.

libro è questo: perchè lo Stato possa enunciare il vero diritto, indipendentemente dalla prevalenza contrapposto di partiti e di classi, non vi deve essere una forma di governo rappresentativa, ma una forma di governo diretta. Il metodo seguito dal Maurus è oscuro e metafisico; ed insiste troppo sopra una non chiara antitesi fra diritto e legge.

(1) Per l'identificazione dello Stato di diritto con lo Stato costituzionale, vedi tra gli altri: BLUNTSCHLI, *Allg. St. L.*, I, c. 7; SARWEY, *Allg. Verw. r.*, 17; SCHULZE, *Lehr. des deutschen St. r.*, I, pag. 615; GAREIS, *Allg. St. L.*, pag. 140; SEYDEL, *Bay. St. r.*, I, 615; KIRCHENHEIM, *Lehr. des deut. St. r.*, 15; ID., *Einf. in d. Verw. r.*, 18, ecc.

Non facciamo qui la discussione se la sovranità sia proprio un diritto; nè se, dato che il suo concetto è implicito in quello di Stato, è necessario o no farne una teorica speciale (1). Non insistiamo nè pure su tutto il complesso lavoro per fissare la figura giuridica dei rapporti tra Stato e individuo col ricorso ad analogie da altri campi, ad esempio dalle obbligazioni, dai diritti di famiglia, dai diritti d'associazione (2). Dobbiamo accontentarci di studiare i rapporti suddetti, in quanto ci è necessario per la caratteristica dello Stato di diritto.

§ 15

Una dottrina ispirandosi alla correlazione tra diritti e doveri pubblici, afferma che i sudditi sono obbligati verso lo Stato, perchè lo Stato è a sua volta obbligato verso di loro: nessun dovere pubblico senza diritti pubblici. All'inversa: nessun diritto si deve dare ai sudditi, se non concorrono alla vita statale con doveri propri, se non sono obbligati verso lo Stato: nessun diritto pubblico senza pubblici doveri. Si tratta addirittura di prestazione contro prestazione, di un vero rapporto di *do ut des* (3).

Facile è riuscita, ai suoi avversari, combatterla (4). Stabi-  
lendosi infatti quasi un parallelismo ed una identità di po-  
sizione fra Stato e individuo, si viene ad intaccare lo Stato,  
tendendo così ad annullare uno dei due termini del rapporto,  
poichè lo Stato, considerato « alla stessa stregua, su lo stesso  
piede » del suddito, non è più Stato nella sua pienezza. Il fon-  
damentale vizio teorico risulta evidente dalle conseguenze che  
derivano logicamente dalla concezione, e ne sono, senz'altro,

(1) Negano che la sovranità sia un diritto e la considerano solo come forza, cioè come elemento metagiuridico: SEYDEL, *Grundz. ein. allg. St. l.*, p. 25; STENGEL, *Oeff. r.*, pag. 179 (*Wört. d. d. Verw. r.*, II).

(2) Estesi cenni in SANTI ROMANO, *La teor. dei d. p. s.* pag. 152 e seg.

(3) Evidenti i rapporti di questa dottrina con il contrattua-  
lismo. Notevole la sua enunciazione in autori di diritto positivo  
(BLACKSTONE, ecc.). In realtà per date epoche corrispose alla costi-  
tuzione politica.

(4) Tutt'al più ha valore in un altro campo. Certo, anche nel  
terreno delle esigenze etiche-sociali, non è proprio vero che vi debba  
essere correlazione tra diritto e dovere pubblico; ma v'è l'esigenza di  
rispetto e non sacrificio dell'individualità che, come vedremo oltre,  
da Mohl fino ad Orlando è una caratteristica dello Stato di diritto.

la valutazione migliore (1). Dalla correlazione verrebbe il dover stabilire una complicata e sottile dosimetria d'obbligazioni e di diritti equivalenti; che sarebbe assai strana cosa, e per nulla suscettibile d'esser tradotta in forma legislativa, mostrando così, irrefragabilmente, il nessun valore tecnico della teoria. Le altre deduzioni pratiche o sono in contraddizione con i principi elementari del diritto pubblico odierno o, almeno, di fronte ad essi, estremamente pericolose: ad esempio: la compensazione reciproca di doveri e diritti; la mutua convertibilità di dovere con dovere e quindi, per esser logici, di diritto con diritto. Da queste e maggiori critiche traggono facilmente i suoi avversari la dimostrazione che la teoria è giuridicamente inammissibile.

§ 16.

E si affermò contr'essa quell'altra tendenza che, come s'è accennato, s'impernia sul diritto di sovranità. Sarebbe molto interessante il delineare il procedimento con cui quest'ultima si venne formando in reazione alle scuole del diritto naturale. Siffatte scuole partivano dalla considerazione dell'uomo allo stato di natura, provvisto d'un ricco corredo di diritti innati, e, per mezzo dell'alienazione di una parte di questi diritti, costruivano — di fronte agli individui —, una creazione artificiale e posticcia: lo Stato. Fu capovolta addirittura la concezione. Base iniziale divenne lo Stato, considerato — da un punto di vista generale ed astratto — nell'esercizio della sua sovranità. « Indipendente e illimitato », può lo Stato imporre qualunque obbligazione ai sudditi, i quali non possono pretendere alcun corrispettivo, anzi non hanno diritti se non come « effetto riflesso » dei diritti dello Stato. Il Gerber, che col suo piccolo trattato ha esercitato tanta influenza sull'indirizzo odierno, fa l'individuo « oggetto del diritto di sovranità » (2).

Anche tale tendenza non manca di errori. Anzitutto, se non si evita con cura ogni accenno ad una ricerca di diritti « propri, naturali » si nello Stato che nell'individuo, con tutta la reazione tedesca non si fa altro che trasportare il vizio teorico dell'un termine all'altro del rapporto. Ma Gerber stesso

(1) « Il miglior giudice d'un concetto è l'estrema conseguenza che se ne può tirare. Le conseguenze sono la certezza del principio ». STEIN, *Geg. und Zuk. der St. w.*, 103.

(2) GERBER, *Grund. des Deut. St. r.*, pag. 45 e 221; vedi anche LABAND, *Deut. S. r.*, I, 131.

nota che si tratta soló di far vedere la posizione « originaria, genetica » del rapporto. Entrando poi nella teoria, è facile rilevare le eccessività di cui essa, come ogni tendenza di reazione, è impregnata. Ciò risulta, senz'altro, dalla conseguenza estrema che se ne trae e che è ormai in Germania la prevalente: la negazione dei diritti pubblici subbiettivi (1). Ora, negando i diritti individuali, si viene a negare la personalità dell'individuo e quindi ad affermare che fra individuo e Stato non corrono rapporti giuridici. La più « giuridica » delle teorie arriverebbe così ad una conclusione tanto opposta alla sua natura. Si tenga conto però che la « non personalità dell'individuo » non va intesa assolutamente neppure nei seguaci più accentuati della teoria: i quali o ammettono col Gerber che l'individuo sia nello stesso tempo soggetto e oggetto di diritto, o, coi suoi modificatori, restringono la posizione ad uno status particolare. Senza insistere di più, perchè, non potendo svolgere, si corre il rischio di dire cose inesatte ed oscure, val meglio notare che, insieme agli errori v'è nella tendenza una attitudine e capacità di elaborazione logica, che ha esercitato una larga efficacia su tutta la costruzione scientifica del diritto pubblico. In una scienza che per la sua stessa natura deve fermarsi a considerare la forma esterna in cui le attività si svolgono, ed i rapporti vengono in luce, non può disconoscersi il valore di un punto di vista esclusivamente sistematico-formale. E' da tal punto di vista, e cioè come astrazione giuridica, che Gerber e gli altri partono dal rapporto di sovranità o sudditanza, ammettendo che lo Stato « soggetto attivo » ha la « potenzialità giuridica » di imporre qualunque obbligo all'individuo, « soggetto passivo », senza che questo possa pretendere alcun corrispettivo. Che poi l'individuo non debba essere sacrificato allo Stato è una ricerca, non meno importante dell'altra; ma secondo gli scrittori accennati essa eccede dal campo dogmatico per entrare in quello delle esigenze etico-sociali.

§ 17.

Ove rimanesse isolata e limitata, la posizione teorica delineata nel precedente capoverso, offrirebbe senza dubbio fianco alle accuse di autoritarismo e di dispotismo, che si

(1) Vedi bibl. in O. MAYER, *D. Verw. r.*, 104; SANTI ROMANO, *T. d. p. s.*, 116.

fanno sentire da più parti. Non si deve però dimenticar che, accanto a quella concezione fondamentale, ve ne è un'altra, non meno vigorosa e ampia e non meno giuridica, che le serve naturalmente di complemento. Dopo aver messo in evidenza soltanto lo Stato, indipendente e illimitato nell'esercizio della sua sovranità, si stabilisce che lo Stato medesimo, per natura sua, deve regolare giuridicamente i rapporti tra sè e gli individui, essere « Stato di diritto ». E' in questa funzione che viene a segnare a sè stesso limiti; e cioè, per usare la espressione in corso, si mostra inerente allo Stato-di-diritto il concetto dell'autolimitazione. Autolimitazione non di fatto, ma giuridica, in modo da dar luogo a veri e propri diritti individuali: non nel senso ristretto che è implicito in ogni concreto tipo statale, ma cosciente e completa, in corrispondenza all'attuarsi del sistema dello Stato-di-diritto. Si vede così, senz'altro, come si possano far rientrare nella trattazione dello Stato di diritto importantissime teoriche: quella, ad esempio, dei diritti subbiettivi, delle libertà, e di altri punti, che nemmeno si accennano in uno studio così ristretto. Scopo nostro era far vedere che lo « Stato di diritto » integra la concezione imperniatesi sulla esclusiva considerazione dello Stato, temperandone la portata e facendo venir avanti l'altro termine del rapporto, cioè l'individuo. Tutto ciò, senza uscire dal campo sistematico formale, in cui lo Stato-di-diritto, come lo abbiamo visto finora, è impostato.

§ 18.

Abbiamo finora considerato lo Stato nella sua totalità, nel complesso di tutti i suoi poteri: ma ciò, in certo senso, non è se non una astrazione, perchè nella sua vita concreta lo Stato non si presenta mai investito di tutte le sue funzioni, ma può solo presentare volta per volta uno dei suoi lati. Così il cittadino non si trova mai di fronte *tutto* lo Stato, ma uno solo dei suoi organi.

L'attività dello Stato non è unica, ma si fraziona e differenzia in vari atteggiamenti, che possono essere ridotti in modo sistematico a momenti o categorie. E' la distinzione delle funzioni statuali che, intesa in un senso « logico, interno » è ammessa da tutti. Ed anche, nel raggruppare i momenti v'è molta uniformità (1). Si può partire dall'azione

(1) GERBER, *Grün, d. deut. S. r.*, pag. 26; SARWEY, *Allg. V. w. r.*, 6 e seg.; MEIER, *V. w. r.* (Hollendorff's Enc.), 1084.

dello Stato per lo scopo del diritto: che, come abbiamo veduto, dà luogo a due funzioni: la legislazione e la giurisdizione. Tutto il dominio d'attività dello Stato che resta oltre queste due funzioni, ed è in sostanza diretto a curare e promuovere gl'interessi dello Stato in modo non dissimile da ciò che fanno le altre persone per gli interessi propri, è, come questa attività analoga, chiamato amministrazione (1). Si può considerare invece l'attività dello Stato per l'emanazione di norme generali ed astratte (legislazione), contrapponendovi, per la realizzazione di queste norme, il provvedimento in casi particolari e concreti (amministrazione in senso largo, comprendente giurisdizione e amministrazione in senso proprio, tra sè nettamente differenziate) (2).

Che a questa distinzione « logica, interna » corrisponda una distinzione effettiva, in modo da costituire ogni funzione in un potere autonomo munito di organi propri, e che questi poteri si debbano mantenere meccanicamente separati, lo affermava soltanto il vecchio costituzionalismo, sulle orme di Montesquieu non esattamente interpretato. Ormai però è una veduta superata. Nè teoricamente si può precisare dove una funzione finisca e cominci l'altra, nè nella realtà effettiva la distinzione precisa dei poteri esiste. Sarebbe però esagerazione disconoscere nel diritto moderno una certa tendenza scientifica e pratica ad « obbiattivare e rendere esterna l'interna distinzione » (3) La distinzione vera ed obbiattiva che esiste negli Stati moderni riguarda gli atti in cui si manifestano le singole funzioni fondamentali nello Stato e consiste in ciò che alle singole funzioni sono attribuiti singoli atti formalmente distinti con effetti giuridici di diversa natura ed efficacia (4). Senza insistere su ciò, basta aver affermato la distinzione dell'attività statale; di solito tripartita nella legislazione, giurisdizione, amministrazione.

#### § 19.

Il sistema dello Stato-di-diritto abbraccia lo Stato in tutta la sua attività e quindi in tutti questi momenti. Ma nella natura varia dei momenti è implicito che il sistema vari, per ognuno, d'atteggiamenti ed efficacia.

(1) JELLINEK, *Ges. und Ver.*, 219.

(2) SARWEY, *D. Verw. r.*, 7, 8; SEYDEL, *Grundzüge*, 21; G. MEYER, *Lehr. Deut. St. r.*, 12, 398; SCHULZE, *Lehr. Deut. St. r.*, 515.

(3) JELLINEK, *Ges. und Ver.*, loc. cit.

(4) ORLANDO, *Intr. teor. dir. amm.*, pag. 30.

Dacchè la posizione di quelle norme, secondo cui lo Stato-di-diritto si deve svolgere, rientra nella legislazione, risulta evidente che è fuori e prima dello stesso Stato-di-diritto. Per sua natura la legislazione non è soggetta a limiti giuridici, nè possono esistere di fronte ad essa veri diritti subbiettivi: vi è una vera « onnipotenza » degli organi legislativi. Solo col distinguere la legislazione costituzionale dall'ordinaria, dovendosi quest'ultima esplicitare nei limiti della prima, potrebbe venir in luce una limitazione veramente giuridica. Tutte le altre, proposte o applicate, limitazioni della funzione legislativa, non sono giuridiche. Certamente anch'esse meriterebbero di essere studiate in un lavoro che esaurisse la trattazione del nostro tema. E si dovrebbe tenere conto, tra l'altro, di quel diritto alla rivoluzione, che non è per nulla un *diritto*, ed è stato affermato, con significantissime argomentazioni, da molti scrittori del diritto naturale. I legami della concezione di un diritto di natura con la rivoluzione; il valore della rivoluzione, di fronte allo Stato, nel positivismo giuridico odierno: sono queste materie che qui è necessità trascurare.

Essendo compito della giurisdizione applicare puramente e semplicemente il diritto, il sistema dello Stato-di-diritto appare così implicito nel concetto di questa funzione da non richiedere nessun rilievo teorico e nessuna affermazione puntuale di esigenza. Come si vedè, è una ragione opposta a quella per la legislazione.

Lo Stato-di-diritto riguarda specialmente la amministrazione. F' inutile raccogliere le varie nozioni di amministrazione: facile è concepirla negativamente, sottraendo dal campo dell'attività statale la legislazione e la giurisdizione e riducendo assieme tutto l'altro dominio che non presenta come la legislazione e la giurisdizione un profilo netto e specifico. (1) Nell'amministrazione si distinguono due momenti che è importantissimo non confondere e che possono venir indicati come governo ed esecuzione. Nel governo, (che consiste principalmente nella « decisione ») l'amministrazione si mostra come iniziativa e come libera attività, nell'esecuzione invece si pone come attività determinata da un comando più alto. Mentre il primo momento porta ad espressione una volontà propria, il secondo è attuazione di una volontà estranea (2). L'amministrazione è molto differente dalla giu-

(1) Vedi ad esempio: STEIN, *Verw. L.*, I, 10; LABAND, *St. r.*, II, 201; GAREIS, *Allg. St. r.*, 59; SARWEY, *Allg. Verw. r.*, 14, ecc.

(2) Di solito nell'amministrazione si accentua solo l'uno dei momenti: l'esecuzione. La veduta contraria invece in LABAND, III, 200.

risdizione. Compito della prima è che i limiti giuridici siano mantenuti; l'amministrazione tende invece alla soddisfazione degli interessi; è attività analoga a quella che il singolo sviluppa pel conseguimento degli scopi individuali; è come la grande «azienda comune» di tutti (1). Quindi suo compito non è la conservazione dell'ordine giuridico, ma la soddisfazione di un interesse: base per la giurisdizione la legge, per la amministrazione l'interesse. La prima conserva i limiti giuridici, la seconda li osserva soltanto. Di qui ne viene che: «il diritto è per la giurisdizione scopo, per l'amministrazione limite». (2)

Dalla idea di amministrazione si può comprendere come si faccia in essa valere il sistema dello Stato-di-diritto. Molte definizioni dello Stato-di-diritto lo fanno consistere nella «amministrazione di diritto» e, in modo ancor più particolare, si riducono ad un momento solo di essa «governo di diritto» (3). Aderenti a queste trattazioni sono quelle altre che svolgono il sistema a proposito dei rapporti tra legislazione e amministrazione, tra legge ed ordinanza. Ma su questa parte, puramente espositiva, non è merito accennare.

Riassumendo: perchè lo Stato sia Stato di diritto, occorre che nella sua funzione amministrativa sia, finchè è possibile, regolato giuridicamente. Qui si riannoda la tendenza al regolamentarismo, che è una caratteristica dell'età nostra. Ma non tutta l'amministrazione può essere irrigidita in una disciplina preventiva: v'è un campo (e la natura stessa del «governo» lo dice) che necessariamente ne sfugge. Per questo campo però non vien meno l'efficacia dello Stato-di-diritto; anzi agisce con un maggior valore d'esigenza, nel senso che l'amministrazione, anche quando non vi sono per essa norme, deve svolgersi in modo consentaneo a tutto il complesso ed all'indirizzo del diritto vigente nello Stato.

e seg. La distinzione dei due momenti risale molto in su; è in STAHL, III, pag. 194, e prima ancora. Fu poi diffusa dalla nozione di Albrecht. Vedi per tutto questo: JELLINEK, *Ges. und Ver.* 221; G. MEYER, *Lehr. d. St. r.*, p. 220.

(1) SEYDEL, *Grundzüge*, 7 e seg.

(2) STAHL, loc. cit.; BAEHR, *St. giur.*, pag. 6; SCHULZE, *D. St. r.*, II, 67; O. MAYER, *D. Verw. r.*, 10.

(3) Per la formula, vedi quasi tutti gli autori citati in materia d'amministrazione. Specialmente: SARWEY, SCHULZE, G. MEYER, KIRCHENHEIM. Vedi le idee del principe Bismark in proposito, in ROSIN.

§ 20.

Fissate le norme secondo cui lo Stato deve agire, cioè circondata l'azione statale di limiti e garanzie (limiti e garanzie che generano diritti nei soggetti tutelati), ne viene come necessaria conseguenza, — per assicurare il secondo momento del sistema, che cioè « lo Stato si muova nella forma del diritto » — l'organizzazione di appositi ordinamenti giurisdizionali. Ecco dunque il tema della « generale tutela giuridica dei cittadini verso l'autorità dello Stato » (1).

Il concetto di questa difesa giurisdizionale si può far risalire molto in alto. Era già inchiuso nei principi delle istituzioni inglesi per cui « ovunque è un torto; deve essere un giudice ». Ma nella sua concezione sistematica l'ordinamento di una giurisdizione, dinanzi a cui il cittadino possa proporre le sue ragioni contro l'azione dello Stato, entra nell'elaborazione teorica dello Stato di diritto; anzi qui fanno alcuni consistere tutto il sistema. La nozione è troppo ristretta: questo è solo il campo concreto, in cui i principi teorici dello stato di diritto si fanno valere.

Si completa così la serie di deduzioni che formano il sistema: l'idea infatti della giurisdizione deriva da quella dei diritti individuali di fronte allo Stato, diritti che alla loro volta discendono dalla autodeterminazione di norme giuridiche che lo Stato impone all'esplicarsi della propria attività: ciò che costituisce il postulato supremo dello Stato di diritto (2).

Di fronte alla legislazione, cioè verso gli atti del potere legislativo, una difesa giurisdizionale non è possibile: il cittadino non può ricorrere che a guarentigie d'indole politica: potrà anche, se vuolsi, giungere fino alla resistenza, ma non ad un rimedio giurisdizionale. Entra tuttavia qui il tema del sindacato costituzionale dei giudici (3); — e possono insieme studiarsi, con qualche interesse, gli altri ordinamenti proposti per la garantigia contro le leggi incostituzionali e lesive di diritti (4).

La maggiore importanza è principalmente della difesa giurisdizionale contro l'azione amministrativa, che ha dato luogo

(1) GERBER, *Grundzüge*, 207 e seg.

(2) ORLANDO, *Int. dir. amm.*, 41.

(3) Vedi: UGO, *Sulle leggi incost.*, 3 e seg.; ORLANDO, *Teor. giur. guar.*, 946.

(4) Vedi, tra gli altri, ESMEIN, *El. droit const.*, pag. 428.

a tutto un movimento del diritto pubblico attuale, ed a cui converge un organismo di dottrine. A proposito delle quali converrebbe analizzare come (o fino a che punto per ognuna di esse) esercitino un'azione determinatrice i postulati generali dello Stato-di-diritto. Ma la ragione già accennata dell'impossibilità di ridurre tutto il tema a poche linee, e più ancora i limiti della dissertazione rivolta a definire il concetto teorico dello Stato di diritto, impediscono ogni particolare ricerca (1).

§ 21.

Ed ormai senz'altro — anche solo dagli scarsi ed aridi cenni dati — si può seguire la logica connessione, secondo la quale dalle premesse prime e generali ricavate dalla natura giuridica dello Stato si svolge la serie di corollari che vanno tenuti insieme come parte del sistema. Vale a dire: si può vedere « il sistema integrale (prescindendo da ogni ricerca metagiuridica) dello Stato-di-diritto ».

Come risulta dalla esposizione precedente, esso può venir trattato da un punto di vista dogmatico-formale: anzi è questo il metodo preferito dalla dottrina odierna, che abbiamo cercato di riprodurre obiettivamente. Ma, se i teorici dello Stato di diritto hanno affermato frequentemente la necessità imprescindibile per ogni progresso scientifico di restringersi ad un tal punto di vista, e se si è voluto delineare il rapporto tra Stato e individuo solo esternamente, mostrando cioè lo Stato che regola giuridicamente il rapporto — senza dire nulla del contenuto e senza affermare se e come l'individuo deve essere trattato, — non sempre è possibile nell'applicazione del sistema un taglio netto e preciso. In molti infatti degli autori dello Stato di diritto, anche fra i più recenti, sono trattazioni che trascendono il punto di vista puramente formale, o almeno vi sono accenni e spunti che possono essere ridotti ad una nuova nozione (2).

Può essere messa in relazione con la teoria di Mohl, il quale, come si è visto, faceva consistere il carattere specifico dello stato di diritto nel « rispetto dell'individualità » Tutti del resto

(1) Nell'organizzazione della giurisdizione il « Rechtsstaat » si chiama anche « Justizstaat ». Vedi: STEIN, *Verw. L.*, I, 140, ecc. Vedi anche JELLINEK, *Gesetz. und Ver.*, 242.

(2) Su quest'affermazione propria dell'indirizzo odierno degli studi, vedi la bibliografia recata da GUMFLOWICZ, che critica il punto di vista nel suo *Rechts. und soc.*, pag. 15.

gli autori a cui il sistema risale hanno visto che nella « inviolabilità del libero individuo sta la sostanza del sistema » (1). Per avere una enunciazione della veduta si può vedere Sarwey e Orlando (2). Essi non si fermano al « concetto fondamentale del principio di sudditanza » che importa una molteplice serie di obblighi e prestazioni dell'individuo allo Stato e mostra l'individuo come « puro soggetto passivo del rapporto ». Vengono subito ad esaminare il « titolo giuridico della obbligazione dell'individuo » che consiste nella utilità collettiva; e affermano l'esigenza che solo a questa e nel minimo grado possibile siano sacrificati gli interessi individuali. Escono così del tutto da una visuale formalistica; parlano infatti di « bene inteso, di razionale individualismo » e fanno consistere lo Stato-di-diritto « nella realizzazione di un ideale, cioè nella perfetta armonia tra il diritto dello Stato e quello dell'individuo ». Stato di diritto è quindi lo Stato che nel momento della legislazione e della amministrazione si subordina al supremo principio del rispetto degli interessi individuali.

Abbiamo altra volta detto che l'irrigidimento della teoria dello Stato di diritto in un sistema formalistico non è ammissibile, se non tenendo ben presenti i rapporti con la considerazione più sostanziale. Questa ha sempre, se non altro, la posizione di conseguenza del sistema formalistico stesso, poichè dalla autodeterminazione di norme all'attività statuale e dalla attribuzione conseguente di diritti subbiettivi individuali viene ad essere affermato e posto in rilievo l'individuo. Ed, a sua volta, la posizione di norme giuridiche « segnanti le vie e i limiti allo Stato » da che cosa è determinata? Proprio soltanto dalla « natura giuridica » dello stato? Evidentemente: v'è tutto un complesso d'esigenze che rendono necessaria quell'autodeterminazione, e fra queste è anche il rispetto alla individualità, che però non è il solo punto importante a mettersi in luce.

Da quanto è detto finora risulta abbastanza chiara la elaborazione che lo « Stato-di-diritto » ha avuto nella scienza tedesca e negli scrittori che direttamente ad essa si ispirano.

## §. 22.

Resterebbero ora da svolgere le tendenze che dal ceppo originario della teoria derivarono in altre nazioni. Nella scienza

(1) STEIN, *Verwalt. L.*, II, 21.

(2) SARWEY, *Allg. Verw. r.*, 16 e seg.; ORLANDO, *Intr. teor. dir. amm.*, pag. 32 e seg., ed anche *Teor. giur. guar.*, pag. 941.

inglese, — i cui caratteri più notevoli sono nella impronta di storicità data a tutti gli istituti, ed in uno spirito di giuridicità diverso da quello tedesco, giacchè non risale a un tutto sistematico, — lo « Stato-di-diritto » tedesco trovava riscontro con certi « profili e massime del diritto pubblico » nelle quali dagli scrittori d'oggi è fatta consistere la caratteristica della « rule of laws ». I principali caratteri della « rule of laws » sono, secondo Dicey (1), tre: anzitutto l'assoluta supremazia della legge, contrapposta all'arbitrio, e quindi ad ogni prerogativa e ampiezza di potere discrezionale: poi la eguaglianza di tutti davanti alla legge senza giurisdizioni speciali, in antitesi specialmente al sistema della giustizia affidata agli stessi organi amministrativi: in fine il particolare processo di formazione delle leggi della costituzione inglese, considerandosi tali leggi non come fonti dei diritti individuali, ma conseguenza dei diritti stessi, quali sono stati definiti dalle corti; dimodochè « la costituzione è il risultato della legge ordinaria del paese ».

Da questo solo cenno si può vedere come la trattazione, che cerca innestare il portato teorico tedesco sul costituzionalismo patrio, non presenta un carattere specifico e cerca solo certi profili generali del diritto pubblico esistenti già nella realtà.

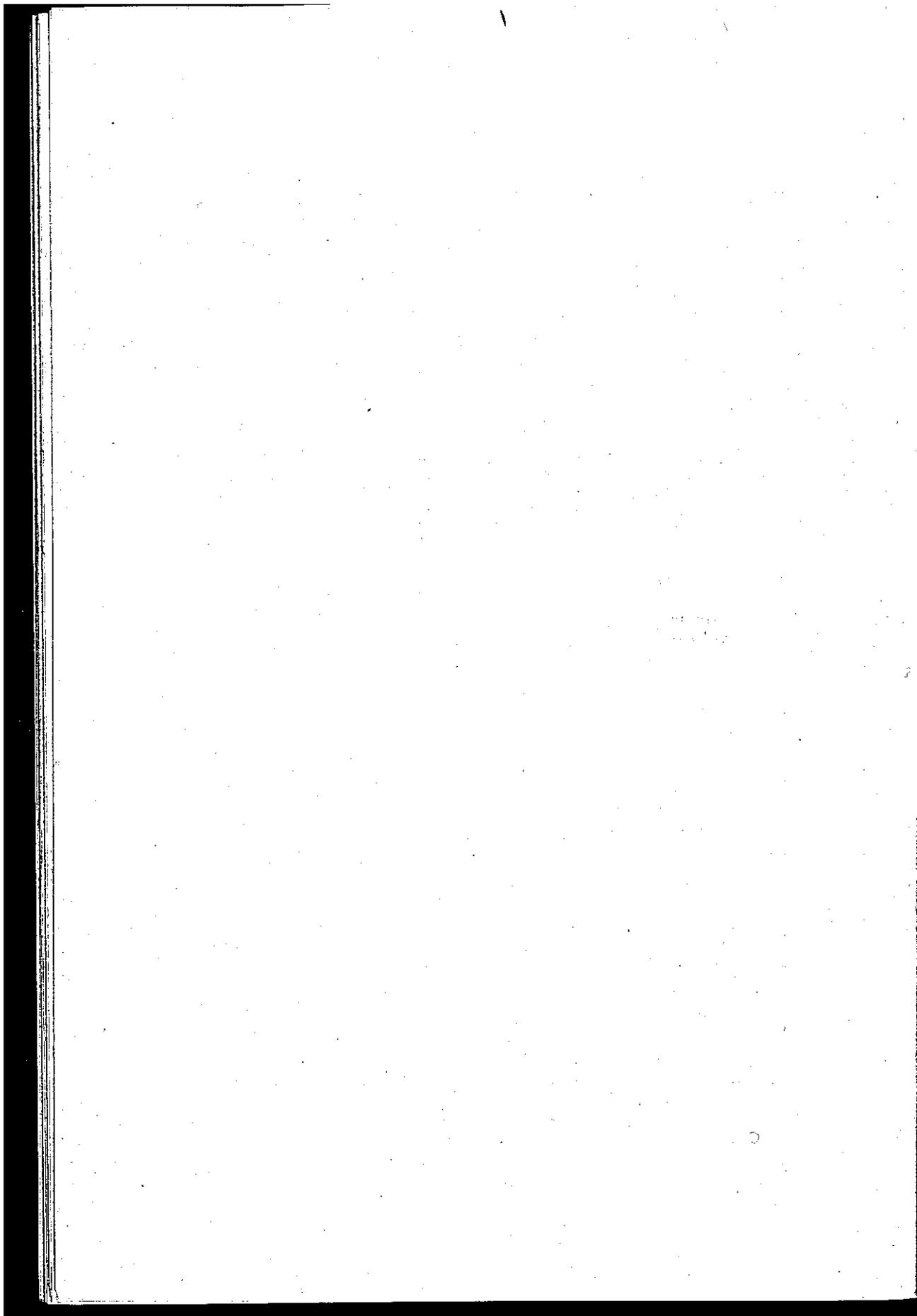
In Italia la teoria dello « Stato di diritto » (2) fu poderosamente svolta dallo Spaventa, che si collocò da un punto di vista pratico e restrinse la concezione alla « amministrazione di diritto ». Mirabili però sono in lui alcuni cenni al sistema integrale anche nella sua parte sociologica e nella sua maggior portata giuridica. Seguendo lo Spaventa, lo « Stato di diritto » o, come più spesso fu chiamato, il « governo di diritto » fu fatto per lo più consistere nell'organizzazione della giustizia amministrativa. Vi sono tuttavia trattazioni più ampie, ad es. quella del Majorana (3); e dell'Arcoleo (4), che fa consistere lo Stato di diritto specialmente nella separazione di governo e amministrazione, sottraendo questa a quello; rientra cioè nella tendenza che vuol sottrarre l'amministrazione all'influenza dei partiti. Nella scienza italiana l'orientazione teorica è alquanto diversa dalla tedesca, non riducendosi esclusivamente, come questa, a una sistemazione dottrinarica, ma trasportando il sistema ideale-teorico nella vita e vedendo se e fino a che punto è conciliabile con questa.

(1) DICEY, *Intr. st. of const.*, 455 e seg.

(2) Oltre il famoso discorso dello SPAVENTA, vedi l'acutissimo esame che ne fa il FILOMUSI-GUELFI nella *Codificazione*, etc., note.

(3) MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*.

(4) ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*.



## PARTE TERZA

### § 1.

Il nostro assunto può così dirsi compiuto.

Avevamo chiesto che cosa fosse lo « Stato-di-diritto ». E poichè non è un fatto, ma una teorica, non un fatto naturale, ma una creazione dottrinarìa, per studiarlo positivamente bisognava ricorrere alla storia letteraria ed all'esame dei suoi autori. In Stahl, per quanto in forma profonda e rappresentativa, non v'è che un momento sussunto in una particolare concezione filosofica; in Mohl, prescindendo da certi elementi razionalistici, quel suo limitarsi ad una trattazione espositiva di diritto pubblico non dà la determinazione sintetica del concetto. Abbiamo creduto vederla in Stein e Gneist. Punto di partenza lo Stato di fronte alla società.

I due concetti sono la prima volta definiti correlativamente come insieme di interessi o classi, e organizzazione unitaria. Questi teorici, che sono un po' formalisti e tengono più o meno dall'Hegel, si dilettono di delineare, con simmetrie antitetiche, di qui il molteplice e diverso, di là l'uno ed uguale. Si riconosce e si esamina la *lotta* tra società e Stato, dominata la prima da forze centrifughe ed il secondo da un impulso accentratore; lotta che ha anche uno svolgimento storico, che troviamo accennato in Stein e sarà, in parte su orme sue, svolto da recenti scrittori, ad esempio, Wundt (*Ethik*, 645 e seguenti).

La lotta finisce storicamente in accordo e *pace* (Klöppel). Secondo i teorici del Rechtsstaat, v'è tra società e Stato, pur lottanti, un « comune fenomenico ». Qualche volta si parla di astrazione da un fenomeno solo. Il processo dialettico hegeliano di Stein costituisce, come la distinzione, così anche l'unità dei due termini.

La posizione dello Stato di fronte alla società deve essere, negativamente, di neutralità ed imparzialità fra le classi; positivamente, di azione come promotore e portatore degli

interessi comuni. In sostanza, o che con Stein si cerchi piuttosto di elevare lo Stato al disopra della società (onde una energica concezione monarchica), o che si tenga avanti agli occhi la compenetrazione tra società e Stato, come Gneist fa in ogni angolo delle sue trattazioni, è l'*imparzialità* che si vuole accentuare. Questa è chiave di volta del sistema. Lo Stato per essere imparziale deve essere di diritto. Di qui il passaggio dal momento sociologico alla struttura giuridica, dalla lotta di interessi e forze sociali alla formalità della garanzia.

E di qui il significato nuovo del Rechtsstaat, che già da tempo, sotto gli auspici del pensiero di Kant, dominava la filosofia giuridica. Comincia una fase nuova. La prima fase, che in fondo si riduceva a concepire uno Stato col solo scopo di mantenere la coesistenza tra gli uomini per mezzo del diritto, era già superata da correnti diverse d'idea. Lo Stato-di-diritto di Stahl, Stein e Gneist, mentre riprende, sostituisce definitivamente lo Stato-di-diritto Kantiano. Un raffronto tra le due concezioni porterebbe troppo lungi. Dalla coesistenza tra individui si è passati a voler garantire l'azione dello Stato. C'è, in mezzo alle due forme di Rechtsstaat, tutto quel ricco tessuto di organizzazione sociale che un nuovo orientamento di pensiero aveva acquisito alla scienza. E lo Stato-di-diritto dal campo del diritto privato, ove lo concepiva più specialmente la prima fase Kantiana, passa al campo del diritto pubblico.

La distinzione di società e Stato, ed in generale tutta la elaborazione sociologica post-*hegeliana*, avrebbe dunque agito come *determinante* del concetto moderno di Stato-di-diritto. Che sia stata la sola determinante non vogliamo certo affermare, ed anzi non è la nostra opinione. Ove ci fossimo proposti di ricercare *tutte* le premesse della concezione, e, soprattutto, di vederne i collegamenti filosofici, più ampie e sostanzialmente diverse sarebbero state le conclusioni. Ma questo non è che saggio di laurea, in facoltà di giurisprudenza; ed intende recare un tenue contributo ad uno dei tanti punti, che meritano di essere approfonditi.

## § 2.

Chi ha seguito lo studio, vedendone le due parti atteggiarsi in indirizzi, ed in orientazioni diverse, senza alcun vincolo apparente, ha ragione di giudicarle ormai autonome e indipendenti nella scienza. Qui è avvenuto un fenomeno comune

ma raramente così netto nel diritto pubblico: la teoria si è del tutto liberata da quegli elementi di ricerche sociologiche che ne costituiscono la base, e si è costituita in un organismo giuridico rigoroso e serrato, che ammette una trattazione con intenti metodici propri ed esclusivi, col tecnicismo più raffinato e con lo spirito dommatico di un *rechtslehrer*. Come lo dice il nome stesso, non vi può essere nulla di più esclusivamente giuridico che il sistema dello « Stato di diritto ».

Ma riconoscendo ciò, non viene a contestarsi la legittimità di condurre in un altro campo una ricerca di quelle esigenze sociologiche che si riannodano al sistema: anzi questa ricerca è un compimento necessario per chi voglia avere completo il quadro delle idee e delle tendenze che si riducono sotto la formula comune. Oltre e più di questa ragione storica e letteraria che giustificherebbe il condurre parallelamente anche due ricerche riconosciute autonome, vi sono più stretti e sostanziali rapporti di connessione. Non si capirebbe la genesi, e quindi anche la natura, della teoria, facendola basare soltanto su alcuni astrattissimi postulati giuridici, senza portare lo studio al sottosuolo sociale, senza vederne la spiegazione e la giustificazione sociologica, senza aver riguardo alle esigenze etico-sociali che rampollano dalla vita e determinano l'atteggiarsi e il costituirsi di un ordinamento giuridico. In ogni disciplina non è possibile dare la nozione di ogni suo concetto in funzione di un altro concetto della disciplina stessa. Si cadrebbe in una analisi vacua di dati senza nuove acquisizioni, ad un inane circolo vizioso. Qualcosa deve porsi *ab extra*, e ricavarci fuori della disciplina; beninteso non occorre sia postulato a priori; anzi, nel caso nostro, è la realtà dei fatti sociali che rende la premessa legittima ed attuosa. Lo Stato non deve essere Stato di diritto, non deve cioè segnare a sé le vie e i limiti della propria attività e muoversi secondo tali norme, solo per il fatto che è Stato, cioè ordinamento giuridico dei rapporti di vita e quindi anche di quelli tra i rapporti di vita che intercedono tra lo Stato stesso e gli individui: ma deve essere Stato-di-diritto per attuare una esigenza sociologica, e garantire qualcosa di sostanziale, sia poi il benessere collettivo o la libertà dell'individuo, o, per Stein, il bene comune di tutte le classi.

Correlativamente, posto che anche uno Stato di diritto, quale lo raffigura lo schematismo più formale, ha una efficacia sociale, sottraendo il potere centrale all'influenza di classe e partito, affermando i diritti subbiettivi dei singoli ecc., ne risulta che il dato giuridico a sua volta influisce sulla concezione sociologica.

A questo modo i teorici rilevano la connessità delle due parti. Connessità tale che Stein, con una distinzione terminologica che anche nel campo del diritto ha tutta una tradizione e venne di recente ripresa con portata più filosofica (ad. es. Stammler) chiama reciprocamente le due concezioni, delineate in questo studio, *forma* e *contenuto*.

§. 3.

I critici accusano lo Stato di diritto di essere troppo dottrinario ed astratto. Sul punto di chiudere il nostro esame, dobbiamo riconoscere che nell'accusa è un'anima di vero. Ma ciò non vuol dire che le due ricerche condotte sono inutili o errate; vuol dire che debbono essere alla lor volta completate da un'altra.

Cosa abbiamo fatto finora, sulla traccia degli scrittori del Rechtsstaat? Abbiamo costruito teoricamente un tipo di Stato, deducendolo da esigenze etico-sociali o da postulati giuridici astrattissimi. La base sociologica, con cui si è *sostanzializzato* lo schema giuridico, consiste in esigenze di carattere quanto mai generale, indipendentemente da ogni condizione concreta e particolare. Quando si è *scoperto* che lo Stato deve essere neutrale, imparziale, e tante altre belle cose, si rischia di restare con un pugno di mosche, se non si va un po' più avanti. Il Rechtsstaat finora è un organismo logico, non messo in relazione con la vita. Far vedere tale relazione è tradurre il sistema nel momento storico odierno.

Ciò evidentemente non è possibile se non in concordanza con le condizioni di fatto. Il diritto, secondo cui lo Stato si deve regolare e muovere, non è una dichiarazione astratta di uno Stato astratto, ma deve uscire dalla coscienza popolare e corrispondere ad essa. Tutto il diritto pubblico contemporaneo « è fatto di ordinamenti che permettano alle forze popolari di valere nella organizzazione politica ». La frase è di uno degli autori più esaminati da noi: il Mohl. Nella compenetrazione famosa, tante volte ricordata come un caposaldo, è la base del costituzionalismo e del regime rappresentativo, anche nella forma parlamentare, come dimostra l'Orlando (1).

Lo Stato-di-diritto può essere organizzato in un governo parlamentare? ed in che modo? Le due forme sono concilia-

(1) ORLANDO, *St. giur. sul gov. parl.*, *passim*.

bili o no tra loro? L'Arcoleo (1) vedeva acutamente il problema, allorchè lo poneva nel conciliare il governo secondo la legge col governo secondo i partiti, « ambedue necessari e non irriducibili ».

S'apre a questo punto un terzo e vasto ordine di indagini, con carattere diverso dagli altri due percorsi. Sopra la ricerca sociologica che aveva carattere di filosofia della vita sociale, e sopra quella giuridica irrigidita in un dommatismo logico, si viene ad innestare una nuova ricerca, basata su dati ed esigenze sociali, ma con un più particolare valore; e diretta non a rilevare leggi o indicazioni razionali, ma opportunità e convenienze relative ad un momento storico e ad un tipo concreto statutale; ed a far vedere come la struttura giuridica si modelli e temperi in tali condizioni di fatto.

E' la ricerca di carattere prevalentemente *politico*. Essa è in gran parte nuova, giacchè scarsi sono i precedenti in Italia, e mancano riscontri in Germania, anche perchè ivi la questione non si può porre bene per la mancanza del governo parlamentare.

Appena gettato uno sguardo sovr'essa, siamo costretti a lasciarla. Il presente studio sembra destinato a servire da atrio e da introduzione; ciò che forse conviene ad una dissertazione, la quale deve offrir germi di più efficace elaborazione nell'avvenire.

La triplice distinzione portata nello studio dello Stato-di-diritto potrebbe poi dare occasione a qualche rilievo sulle discussioni metodologiche, oggidì tanto dibattute nella scienza generale del diritto pubblico ed a vedere specialmente quale influenza la teoria del Rechtsstaat abbia esercitato su quell'indirizzo, che, sotto l'influenza di un criticismo rinascete, e collegato all'*Allgemeine Rechtslehre*, ha preteso rivedere i concetti fondamentali e ricostruire scientificamente le discipline. Da ciò infine si potrebbe salire ad una valutazione dell'indirizzo stesso di fronte al realismo giuridico ed ai presupposti filosofici, su cui questo s'impernia.

#### § 4.

Così come la parte politica, resta fuori del presente saggio la posizione filosofica dello Stato-di-diritto che dovrebbe essere la sintesi di ogni ricerca.

(1) ARCOLEO, *Il Gab. nei gov. parl.*, ultime pagine.

Che cosa è lo Stato-di-diritto? *realtà, tendenza, ideale?*

Se fosse realtà, si determinerebbe con l'esame dello Stato odierno come dato di fatto, e sarebbe l'esponente concettuale di esso. Il metodo sarebbe l'induttivo e l'osservazione diretta. Parecchi scrittori (cui già accennammo) *dicono* di avere questa veduta, ma, quasi sempre, non appena cominciano a delineare il loro Rechtsstaat, v'introducono altri elementi, e ricorrono all'idealizzazione piuttostochè all'analisi, venendo quindi a negare il loro preteso metodo. Prescindendo da questa critica letteraria, il considerare lo Stato-di-diritto come attualità concreta stabilisce l'identità: « Stato-di-diritto = Stato moderno », cioè di tutta la formula fa un sovrapposto e del concetto un inutile duplicato.

Rimanendo sempre nell'ordine della realtà, non si può oggi più prescindere dalla concezione genetica, succeduta alla fissità metafisica dei concetti. Lo Stato-di-diritto, anche se è fatto, deve concepirsi come processo storico, formazione, divenire. Anche questo criterio implica sempre l'induzione, anzi le forme speciali dell'induzione storica. Senonchè sembra verificarsi anche qui negli scrittori una contraddizione interna tra il punto di vista e l'applicazione. Per molti il fatto della formazione storica di uno Stato più progredito ed elevato come il Rechtsstaat diventa il punto d'approdo e la designazione di una meta. Stato-di-diritto non è più formazione, ma tendenza in senso teleologico, non è più storico, ma razionale.

Si entra così in pieno « Stato ideale », e nella più *verata quaestio* della filosofia politica. Il processo con cui si forma l'idea di uno Stato razionale ottimo e perfetto è in fondo il processo stesso con il quale si è potuto concepire un diritto diverso dal positivo. Il diritto naturale ha per logico correlato lo Stato ideale. Se per lo Stato la contrapposizione del fatto e dell'idea, del positivo e del naturale, è meno netta e recisa, ciò va spiegato con la maggiore immediatezza fenomenica dello Stato a paragone del diritto, che è fenomeno di speciale natura, e cioè norma. Oltrechè, appunto per l'idea di un diritto naturale contrapposto a quello attuale dello Stato, si spiega come coesistano un concetto metafisico del diritto ed uno prammatico dello Stato; ciò che avvenne nella così detta scuola del diritto naturale, ove si riscontra divergenza tra la filosofia astratta del diritto e la scienza meccanica dello Stato, o meglio tra la scienza e l'arte politica.

In ogni modo per lo Stato, come pel diritto ideale, principio è la deduzione dal fondo stesso della ragione o dalla natura delle cose. Il processo è dommatico e la posizione assoluta. La radice dell'errore va ricercata nelle false basi

gnoseologiche, e consiste, per tradurre in termini kantiani, nell'ammettere qualcosa oltre il fenomeno, sebbene poi nella determinazione dello Stato ideale (e qui il vizio logico si fa evidente) si vengano a dare al noumeno i caratteri concreti di fenomeno. In realtà vi è un trapasso o *saltus* logico; si traduce in Stato ciò che non è se non aspirazione e idealità psichica sia pure sociale. La controprova è facile, coll'osservare che nei teorici ogni concezione di Stato ideale è un riflesso dell'ambiente che li circondava.

Analizzando ancora questo *saltus*, lo si vede determinato da un pregiudizio teleologico. Il pensiero osservatore, nella formazione storica e nel continuo divenire dello Stato, è portato a vedere una finalità immanente, appunto per la illusione di staccare la fase progredita da quelle basse e inferiori, designandola come meta. Non si bada al fatto, ma al compito; non alla trasformazione ma alla destinazione. Viene così fuori il concetto di uno Stato-limite, o di un *Musterstaat*, che può cadere del tutto nel regno dell'utopia.

Ciò posto, non sembra legittimo considerare lo Stato-di-diritto come Stato ideale. Se non che dalla negazione dello Stato ideale non si può inferire la negazione di ogni esigenza ideale nello Stato. La parola può far paura ai positivisti, ma la cosa è data dall'esperienza; e negarla sarebbe negare un fatto. Davanti alla organizzazione storica di uno Stato concreto si sviluppano aspirazioni, forze e spinte psichiche collettive rivolte ad attuare ciò che nelle menti associate si presenta come un che di *diverso* dallo Stato e dal diritto attuale. Il formarsi di una idealità sociale di fronte al reale implica che il pensiero non si sia limitato a riconoscere cioè che un dato Stato è, ma, ponendosi il quesito «è questo Stato giusto o no?», abbia ricercato il *dovere essere*.

Non pretendiamo certo entrare nel cuore di quella discussione sulla giustificazione intrinseca del diritto, che è stata posta così profondamente dal nostro maestro Vanni. Rimandandò ad essa, basti qui concludere che non è illegittima la concezione dello Stato-di-diritto come idealità. Esso non è realtà attuata, concetto logico, esponente di uno Stato di fatto, ma dover essere, indicazione razionale. Le esigenze che gli stanno a base non si sono ancora attuate nell'organismo giuridico. Con l'indurre da quanto di esse si è trasformato in realtà non si assolve tutta l'indagine; resta un largo margine d'ideale che va additato come meta di un ulteriore svolgimento del diritto.

Stato-di-diritto non è una meta designata alla prassi da principî ricavati dalla ragione epperò con valore assoluto e

universale. Saldamente piantato nel terreno sociologico, da esso trae continuo e rinnovato alimento. Il metodo, lungi dall'essere meramente deduttivo, si giova della deduzione solo da premesse di cui ha già saggiata la legittimità. E le cerca con ampie analisi sociologiche e storiche, ad una tra le quali abbiamo in questo saggio accennato.

Da queste premesse lo Stato-di-diritto si muove per agire come concetto *normativo* e regolatore. Ecco un altro punto di luce, col quale ci è grato finire. Per tutte le scienze pratiche ossia per tutte le dottrine dell'operare umano è condizione di esistenza stabilire ideali e criteri, da valere in determinate condizioni di spazio e di tempo, ricavandole non dalla ragione ma dalla storia. Il diritto pubblico, come scienza pratica, ha anch'essa nell'era moderna il suo concetto *regolatore*.

E' lo Stato-di-diritto, che non è morto, come vorrebbe il Gumpłowicz. Le idee di Stein e Gneist, cioè la seconda fase del Rechtsstaat, possono già esser divenute vecchie. E può delinearsi anche l'avvento di forme nuove. Ma non si ha diritto di dichiarare morta e seppellita la concezione, perchè bisognerebbe allora cancellare tutto il diritto pubblico in vigore.

