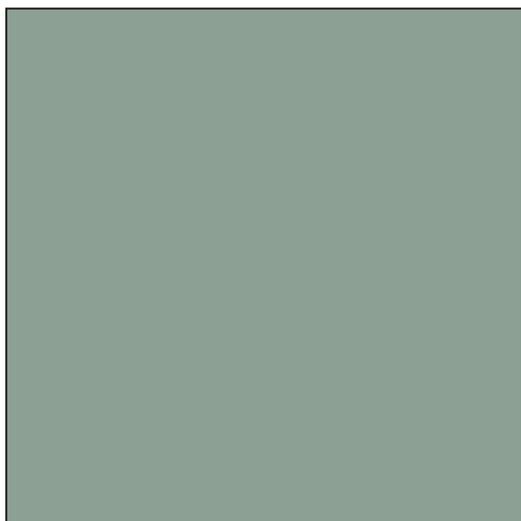


**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**49**



COSTANTINO MORTATI

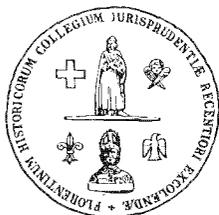
**LA COSTITUZIONE  
IN SENSO  
MATERIALE**

Ristampa inalterata  
con una premessa di Gustavo Zagrebelsky

**giuffrè editore milano**

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME QUARANTANOVESIMO

*Per la storia del pensiero giuridico moderno*

49

---

COSTANTINO MORTATI

# LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE

Ristampa inalterata  
con una premessa di Gustavo Zagrebelsky



*Milano - Giuffrè Editore*

ISBN 88-14-06774-0

*Pubblicazione realizzata con il contributo  
del Consiglio Nazionale delle Ricerche*

*TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.*

© Copyright 1998 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

## NOTA PREFAZIONALE

*Finalmente il nostro Centro è in grado di mantenere una promessa fatta ai lettori sin dal lontano 1990: fu infatti allora che, presentando il volume — curato da me e da Mario Galizia — sul pensiero giuridico di Mortati, preannunciai le ristampe de ‘La Costituzione in senso materiale’ e de ‘L’ordinamento del governo’, due momenti forti della riflessione mortatiana e sicuramente, oggi, due testi classici del pensiero giuridico italiano.*

*Mentre spero di pubblicare quanto prima il secondo testo, che è affidato alle cure di Enzo Cheli, son lieto intanto di offrire ai lettori la ristampa del primo arricchita da una preziosa ‘Premessa’ redatta da Gustavo Zagrebelsky. All’insigne costituzionalista, oggi autorevole giudice della Corte Costituzionale, che è da sempre amico e collaboratore del nostro Centro, vada, con la mia più viva gratitudine, un ringraziamento schiettissimo.*

PAOLO GROSSI



GUSTAVO ZAGREBELSKY

## PREMESSA

Il consenso di cui oggi gode la dottrina mortatiana della costituzione in senso materiale è bene rappresentato da uno spontaneo applauso al congresso annuale dei costituzionalisti italiani del 1994. Si discutevano i limiti di riformabilità della costituzione vigente e un oratore sosteneva un punto di vista, tenendo a mettere in chiaro che i suoi argomenti erano del tutto indipendenti da quelli che in proposito offriva quella dottrina, una dottrina anzi da abbandonare *in toto*. Fu applaudito a scena aperta e quell'applauso, di fronte a una notazione che, in altri tempi, avrebbe almeno fatto discutere, è rappresentativo di uno stato d'animo diffuso. Uno stato d'animo, un disagio presumibilmente, forse più che una ragionata consapevolezza.

La dottrina della costituzione in senso materiale è stata per tempo non breve un luogo classico della riflessione costituzionalistica in Italia. Si potevano contare consensi e dissensi ma, in ogni caso, non si riscontrava né indifferenza né rifiuto aprioristico. Di questo atteggiamento problematico è ultima testimonianza il saggio di Sergio Bartole *Costituzione materiale e ragionamento giuridico* (in *Diritto e società*, 1982, pp. 605-627) dedicato al problema dell'interpretazione costituzionale alla luce di quella dottrina, come recepita e utilizzata da studiosi quali Augusto Barbera, Paolo Barile, Giovanni Bognetti, Franco Modugno, Vincenza Zangara e altri. Oggi invece, se non è semplicemente ignorata, quando la si nomina non è per discuterla e valutarla ma, il più spesso, per darla per morta.

Questa osservazione vale in generale per i giuristi. Poco meno di vent'anni fa, Mario Nigro (*Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p. 1710 e s.)

già lamentava che l'intuizione mortatiana della costituzione in senso materiale, nella sostanza, fosse stata lasciata cadere dalla dottrina italiana, persa « nella sterile e male orientata disputa se si trattasse di costituzione giuridica o di costituzione politica » — rilievo che può valere ad esempio per V. Crisafulli, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, Roma, 1976, p. 1037, su cui criticamente F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. I, Milano, 1977, p. 239 — « laddove l'essenza e l'originalità della dottrina consistevano... nel tentativo di legare la normatività della costituzione all'effettività della volontà politica ed alla idoneità (idoneità non teorizzata o postulata, ma pretesa e vissuta) di questa a porsi come principio vitale e fonte di ordine effettivo, e sempre rinnovantesi, della vita della comunità ». In sostanza, il rilievo critico era di aver mancato di cogliere l'elemento di maggiore fecondità della proposta mortatiana.

Le eccezioni stanno, se mai, tra gli scienziati della politica alla ricerca di formule, presso i quali la nozione di costituzione in senso materiale — non raramente peraltro fraintesa — gode di un certo credito, per esempio nella descrizione del funzionamento reale del sistema politico e delle sue istituzioni o nella ricostruzione del sistema delle relazioni internazionali; oppure tra gli storici del diritto, a uno dei quali, Maurizio Fioravanti, va ascritta un'esemplare ricostruzione del posto che il Mortati della costituzione in senso materiale occupa nello sviluppo della scienza giuridico-costituzionale italiana del nostro secolo (si veda particolarmente *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione — Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33, Milano, 1990, pp. 45-185 e, dello stesso A., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, in particolare p. 51 ss.).

Nell'episodio sopra riferito, non banale come potrebbe sembrare a prima vista, si è consumato un vero e proprio evento dell'inconscio. L'affermazione (« la dottrina della costituzione in senso materiale non c'entra ») è una negazione in senso freudiano (« Negare alcunché nel giudizio è come dire nella sostanza: 'Questa

è una cosa che preferirei rimuovere' »); l'applauso, a sua volta, è il tentativo di rimozione, tanto più intenso quanto più partecipato con un sol cuore.

In questi, che sembrano essere meccanismi di difesa, non si può vedere un segno di forza della scienza costituzionale attuale, né un modo apprezzabile con il quale essa si misuri con i propri antecedenti. Nessuno oserebbe affermare che oggi altre dottrine della costituzione tengano il campo vittoriosamente e convincentemente, cosicché quelle avversarie siano state private dei loro argomenti e della loro forza e possano quindi semplicemente essere ignorate o consegnate all'archivio. Del resto, quell'applauso è piuttosto un segno rivelatore che la dottrina della costituzione in senso materiale, con le questioni essenziali ch'essa ha sollevato e con le risposte che ha tentato di dare, è sempre ancora là a disturbare la quiete di una scienza costituzionalistica che sembra aver perso interesse per l'investigazione delle proprie radici e dei propri fondamenti e quindi anche per le grandi domande che ne mettono in gioco il significato nel momento storico presente. Il saggio di dottrina della costituzione di Mario Dogliani (*Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994) è un'eccezione che conferma la regola, un'eccezione che tuttavia, più che altro, registra una condizione generalizzata che è quella di una rinuncia. Eppure, abbiamo una costituzione ed è in opera il tentativo di riscriverla in gran parte, c'è un diritto e perfino una giurisprudenza costituzionali. Ma non sembrano esistere concezioni della costituzione alla luce delle quali tutta questa abbondanza di manifestazioni costituzionali possa assumere un senso e un valore. Nè ne sembrano avvertiti il desiderio o la necessità. Invece i dilemmi sono numerosi e le conseguenze delle scelte, che comunque sono inevitabili ma spesso si compiono inavvertitamente, possono essere capitali.

La riproposizione di quest'opera, a quasi cinquant'anni dalla sua pubblicazione, va quindi certamente contro corrente e sfida, se non propriamente una *communis opinio*, certo un atteggiamento predominante: un atteggiamento manifestamente elusivo rispetto ai conti che una scienza costituzionale consapevole dovrebbe pur fare con la propria vicenda formativa e con i problemi che l'hanno determinata.

Le principali ragioni che impediscono oggi di guardare nel fondo di questa dottrina, e sulle quali questa introduzione vuol richiamare l'attenzione, sembrano rimanere sulla superficie del suo

nucleo teorico e attengono, l'una, alla sua *compromissione politica*, quanto alla sua origine e ai suoi svolgimenti; l'altra, al suo *giustificazionismo pratico*, quanto alle sue conseguenze. Estranea alla reazione dei più sembra la questione della perdurante adeguatezza delle sue diagnosi e dei suoi, o di alcuni dei suoi contenuti, rispetto alla situazione costituzionale attuale, questione che, se venisse posta, quali che possano essere le conclusioni, coinciderebbe in gran parte con la messa a fuoco dei problemi fondamentali che dovrebbero alimentare quell'elaborazione di teoria della costituzione della quale si avverte la mancanza.

1. *La compromissione politica*. L'idea generatrice della dottrina della costituzione in senso materiale non è stata quella di un tentativo di fondazione giuridico-costituzionale di una forma di Stato in particolare. Al contrario, l'intento dichiarato era di « ricercare un contenuto della costituzione... indipendente dalle particolarità delle singole figure storiche di Stato, un contenuto assoluto, tipico, determinabile in via di deduzione logica »: una ricerca « da compiere in correlazione a quelle che devono ritenersi le condizioni fondamentali perché uno Stato possa assumere una concreta forma giuridica e realizzare i suoi compiti » (pp. 16-17).

Da questa dichiarazione d'intenti, ci si aspetterebbe una trattazione teoreticamente impostata sull'assunzione di premesse concettuali *a priori*, come postulati la cui evidenza derivi da una nozione obiettiva sottoposta ad analisi, con atteggiamenti meramente riflettenti, limitati dal compito di costruire una più ampia concettualità di contorno, attraverso inferenze e implicanze logiche. Un intento di questo genere potrebbe, anzi dovrebbe fare a meno di ogni contaminazione storicamente concreta. Le esperienze storiche potrebbero valere, al più, come mere esemplificazioni e in questo senso dovrebbe intendersi la precisazione che segue di poco il passo ora citato. Nel quale, dopo aver ribadito che lo studio, essendo rivolto a uno scopo di teoria generale, avrebbe potuto rendersi indipendente « dal ricercare gli aspetti concreti » che la nozione di costituzione in senso materiale può « assumere nelle particolari forme storiche di Stato », si aggiunge tuttavia che « è sembrato opportuno non limitare l'indagine... ad una sfera così astrattamente generica, ma avvicinarla al diritto positivo [cioè, in quel tempo, all'esperienza

giuridico-costituzionale dello Stato fascista], rivolgendo l'attenzione al modo con cui la funzione tipica della costituzione si realizza nell'organizzazione dello Stato moderno, qual'è rilevabile mediante l'astrazione e la generalizzazione di alcuni caratteri propri degli istituti costituzionali di quel tipo di Stato, riavvicinabili fra loro per l'identità della funzione cui sono rivolti e la somiglianza dei principi strutturali, dai quali appaiono informati » (p. 21). In questo modo, l'Autore ritiene di poter provare la convergenza nel risultato dell'astratta speculazione sul concetto di costituzione e della concreta esperienza moderna dello Stato (della cui definizione si dirà oltre).

Nelle pagine d'impianto dell'opera, si assiste così a progressivi spostamenti che ne definiscono la prospettiva d'insieme: ricerca del contenuto « assoluto » della costituzione — verifica alla stregua dei caratteri costituzionali dello « Stato moderno » — assunzione dello Stato fascista a paradigma di tal tipo di Stato.

Inutile dire che il punto critico non è tanto l'inserzione del fascismo nella continuità di una vicenda storica bicentenaria (ciò su cui la discussione è aperta), quanto la sua interpretazione come rappresentazione compiuta e paradigmatica delle istituzioni costituzionali di tale vicenda. Ma è tale assunto che dall'intento di teoria generale, enunciato per primo, permette di passare poi a una trattazione manifestamente sintonizzata sulla situazione politica e giuridica del tempo. Non c'è aspetto rilevante della teoria dello Stato e del diritto che, almeno per accenni, non trovi nella dottrina della costituzione in senso materiale un suo svolgimento e una sua collocazione sistematica e non v'è dubbio che si tratti di svolgimenti e collocazioni tutti conformi, se non *alla almeno a una* concezione fascista dello Stato e del diritto. E — si può aggiungere per valutare la pesantezza dell'accusa di compromissione — ogni teorizzazione, già di per sé contiene sempre anche almeno un inizio di valorizzazione, quanto meno in ciò, che assume e espone il suo oggetto come suscettibile di comprensione secondo categorie d'ordine generali, alla stregua di una sua intrinseca razionalità.

Se si volesse definire Mortati come il giurista che, in epoca fascista, ha dapprima compiutamente elaborato una nozione di funzione *di* e *del* governo, come quarta funzione dello Stato, indipendente e predominante sulle altre (in *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* del 1931) e successivamente (in *La*

*costituzione in senso materiale* del 1940) ha assoggettato lo stesso governo al ruolo dominante del partito unico, quale organo « portatore » esclusivo della costituzione in senso materiale secondo la sua propria ideologia; se si volesse quindi dire che l'opera dello studioso si è indirizzata alla costruzione teorica dei due pilastri costituzionali dello Stato fascista, il governo e il partito (v. Ilse Staff, *Verfassungstheoretische Probleme in der demokratischen Republik Italien. Ein Beitrag zur Staatstheorie* Costantino Mortati, in *Der Staat*, 1996, p. 272, un saggio che in modo sintetico e provocatorio sviluppa il più ampio studio *Costantino Mortati: Verfassung in materiellen Sinn: Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung im faschistischen Italien und im Deutschland der Weimarer Zeit und im Nationalsozialismus*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXIII, Milano, 1994, p. 265-362) non si direbbe nulla di inesatto. Ma si dovrebbe poi subito precisare che questa dottrina, per i motivi che si diranno, in nessun momento è assurta a teoria costituzionale ufficiale del fascismo (si vedano le distaccate, brevi recensioni pubblicate, l'una anonima, in *Lo Stato*, 1940, p. 239-240 e l'altra di F. Milani, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 184-185), e che l'influenza maggiore ch'essa ha esercitato non è stata nel tempo in cui e per cui fu elaborata ma durante l'opera di fondazione dello Stato repubblicano e nei suoi primi decenni di vita. La dottrina della costituzione in senso materiale non ha seguito la sorte del regime che aveva teorizzato sul piano costituzionale e questa sopravvivenza è una peculiarità che esige di essere spiegata, anche in rapporto all'opposta sorte che toccò ad altre dottrine elaborate con riferimento al medesimo regime, le quali, pur se dotate di aspirazioni teoriche di ampio respiro storico e di pretese fondative durature, sono state travolte e, almeno finora, riposano in pace.

2. La questione della connotazione politica originaria investe direttamente le matrici culturali della riflessione costituzionalistica di Mortati. In breve: si può definire la dottrina della costituzione in senso materiale come una dottrina fascista oppure essa è dotata di significato e valore più vasti? Dalla risposta a questa domanda dipende anche quella relativa all'itinerario politico del suo Autore e alla coerenza del suo pensiero nel corso dei periodi storici in cui si è svolto. In breve: è stato Mortati un giurista fascista che si è poi

convertito alla democrazia, ovvero un elaboratore di concetti dotati di più elevata forza esplicativa e costruttiva e quindi capaci di valere nella continuità, senza indentificarsi con questo o quel sistema costituzionale?

Il nucleo della risposta a entrambe le questioni può forse racchiudersi nella formula seguente: quella che sta nelle pagine de *La costituzione in senso materiale* non è una *concezione fascista dello Stato* ma una *concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista*. Non è una differenza solo di parole. Concezione fascista dello Stato significherebbe concezione specifica, valida soltanto in relazione a tal tipo di Stato, assunto come *unicum*, irriducibile in tutti i suoi aspetti a una più vasta vicenda. Concezione applicabile allo Stato fascista è formula che lascia invece aperta la possibilità di considerare l'aggettivo come una specificazione entro un concetto più ampio (il concetto di Stato o, per Mortati, di « Stato moderno »), un concetto risultante anche da elementi teorici idonei a trascendere quella realizzazione storica particolare.

3. Per quanto riguarda la polarizzazione sul fascismo degli svolgimenti relativi alla costituzione in senso materiale, è decisivo osservare che al giurista il quale negli anni '30 e '40, in Italia, aveva a occuparsi di cose costituzionali stava di fronte un regime politico stabilizzato e presumibilmente duraturo: due caratteri ritornanti nel pensiero di Mortati per indicare una necessità e quindi un'obbligazione. C'è nella *Dottrina della costituzione* di Carl Schmitt — nel paragrafo sul 'Concetto positivo della Costituzione' — una « piccola frase » che riassume un intero programma teleologico e metodologico per il lavoro del costituzionalista: « Ciò che esiste come *entità politica* è — giuridicamente considerato — meritevole di esistere » (*Verfassungslehre*, Berlin, 1928, 22 s.). Questa affermazione vale come una legittimazione, almeno secondo il punto di vista delle cogenti ragioni della storia; non comporta anche, necessariamente, che l'« adesione » si trasferisca dall'ambito scientifico a quello etico e politico (cosa peraltro possibile senza contraddizione con l'impeparativo scientifico, come dimostrerà l'opera dello stesso Mortati, dedicata, come artefice prima e studioso poi, alla costituzione repubblicana: rispetto a essa è manifesta una propensione avvalorativa, derivante dall'idea — estranea alla produzione scientifica del primo

periodo — del « progresso » nell'esperienza costituzionale alla luce di determinati valori: si v. nel volume *Costantino Mortati*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989, lo scritto *Il metodo di Mortati*, p. 57 ss.).

Non direi affatto che quel tipo di adesione all'effettiva vigenza di un ordinamento sia l'unica possibilità offerta al giurista. Forse però lo è per chi si richiama allo storicismo positivista, secondo ciò che, da Vittorio Emanuele Orlando in poi, costituiva l'imperativo metodologico della scienza costituzionalistica italiana. Le prime pagine de *L'ordinamento del governo*, ove Mortati rivendica la propria appartenenza alla nostra tradizione del « metodo giuridico » nella trattazione delle cose costituzionali, sotto questo punto di vista risultano molto più di un'*excusatio* di un giovane studioso che si presentava con la consapevolezza di avere non poco da dire e da innovare, nel contenuto, rispetto al patrimonio ricevuto. Sono invece un'interpretazione o, meglio, una restaurazione di quel metodo rivolte a ricondurlo, dalle astrazioni in cui era andato perdendosi, alla sua originaria vocazione, quale forza costruttiva di un diritto costituzionale positivamente rispondente al suo oggetto storicamente concreto e come tale, secondo ogni tipo di storicismo, anche vincolante. Nell'accettazione di questa premessa di metodo, Mortati è stato coerente in tutto il lungo arco della sua vita di studioso, abbracciando esperienze e fasi politiche molto diverse e, sotto vari e importanti aspetti, perfino opposte.

Anche di lui si può quindi dire che fu un « giurista della situazione » concreta del suo tempo, non già, però, in un senso coincidente con quello di Schmitt (*Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*<sup>2</sup>, Leipzig, 1934, p. 20, ora in trad. it., in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, p. 39-40): « Ogni diritto è "diritto applicabile ad una situazione" », formula con la quale veniva giustificato costituzionalmente l'esercizio del potere illimitato per stabilire, o ristabilire la 'situazione' idonea a soggiacere a una norma, cioè per « normalizzare » le situazioni di conflitto. Schmitt già nel 1933 — *Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrecht*, in *Deutscher Juristentag 1933, IV Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*, V, Berlin, 1933, p. 242 ss. — aveva teorizzato, in funzione del nazionalsocialismo, « nemico di ogni artificio normativistico e funzionalistico », « la

legge dell'irriducibile primazia della conduzione politica » concreta, orientata dal conflitto politico-esistenziale fondamentale sotto l'ombra minacciosa dello stato d'eccezione, come « ultimo » principio costituzionale, sempre di nuovo chiamato all'opera dal compito di imporre un ordine perennemente in potenziale pericolo.

Mortati non era affatto un occasionalista di questo genere. Non era un giustificazionista di specifici, singoli episodi di vita costituzionale, a differenza del giurista tedesco suo contemporaneo, sopra citato. Lo stato d'eccezione non occupa un posto di rilievo strategico nella sua teoria, una teoria rivolta alla costruzione di nozioni dotate di significato ordinamentale oggettivo, rispetto alle quali i singoli atti politici stanno sotto, non sopra. I poteri d'eccezione, conseguentemente (come sarà chiarito anche nello scritto del 1973, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. II, Milano, 1973, p. 516 e s.), secondo la dottrina mortatiana sono ammessi in quanto derogatori della legge costituzionale, ma non della costituzione materiale e risultano quindi — a differenza di quanto teorizzato da Schmitt — subordinati, se non alla legge, al diritto. Mortati non era nemmeno, però, un ideologo che giudicasse e prendesse posizione secondo formule politiche astratte, né — contrariamente all'ambizione affermata all'inizio de *La costituzione in senso materiale* — un formulatore di teorie « assolute ». Era un uomo di scienza che aderiva al suo oggetto di studio secondo un atteggiamento oggettivizzante e riflettente, di fronte non ai concetti che stanno in cielo ma alla realtà che va storicamente formandosi. Non a caso, egli stesso si definì un « realista » (si vedano, ad esempio, le pagg. 27 ss. della nona e ultima edizione, da lui curata con l'ausilio di Vittoriana Carusi nel 1975, delle sue famose *Istituzioni di diritto pubblico*). Un realista non nel senso in cui questa espressione è entrata nell'uso per indicare le tendenze, manifestatesi tra le due guerre nella scienza del diritto americana e scandinava, a sottoporre a critica l'ascrizione del diritto al mondo del « dover essere »; un realista invece nel senso di quell'atteggiamento rivolto all'esperienza giuridica storicamente concreta per quello che è, nella quale il piano dell'efficacia e quello della normatività sono concepiti non in parallelo, ma in convergenza: un atteggiamento che necessariamente porta a indagare, degli

ordinamenti giuridici, i presupposti e le condizioni *materiali* (viene a proposito l'espressione) di ordine politico, economico-sociale e culturale che costituiscono per l'appunto le cause della loro concreta vigenza.

Nel nome del « realismo », Mortati si può annoverare nell'ampio fronte combattente contro il formalismo normativistico, in quegli anni rappresentato da Hans Kelsen e dalla sua dottrina « pura » del diritto: un fronte composito e al suo interno diviso su molte questioni di grande rilievo, compatto tuttavia nella consapevolezza che il tramonto dello Stato ottocentesco e del punto d'attacco ch'esso forniva alla teoria del diritto con l'idea e la realtà della sovranità — fosse essa la forza sovrana dello Stato o la sovranità di una norma fondamentale — richiedevano a una scienza del diritto all'altezza del compito che storicamente le era dato di assolvere, di ricercare i propri fondamenti in realtà politico-sociali che in precedenza si potevano o ignorare o considerare fuori del campo giuridico. Nel rifiuto del formalismo positivistico, il nome di Mortati, oltre che a quello di Santi Romano in Italia, può a buon diritto essere avvicinato, nella dottrina tedesca, a quello di Erich Kaufmann, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz, Hermann Heller, Carl Schmitt, Rudolf Smend e, nella dottrina francese, a quello di Maurice Hauriou e di Léon Duguit: tutti autori ben conosciuti con i quali Mortati, nelle pagine de *La costituzione in senso materiale*, aprì un dialogo non consueto nella dottrina italiana di quegli anni.

Il dissenso con questi Autori — dissenso che sta alla base della proposta della « costituzione in senso materiale » — può forse farsi consistere, in sintesi, in un difetto di *concretezza giuridica* ch'egli addebitava alle loro dottrine. Si noti: egli era alla ricerca di una teoria che fosse al tempo stesso concreta e giuridica, una teoria che tenesse conto « della necessità, per il bisogno stesso di intendere l'ordine formale, di sorpassarne i limiti, di slargare l'ambito della considerazione giuridica fino a includervi elementi, che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell'ordine stesso, e che, perché tali, perché essi soli idonei a fornire la garanzia della validità di questo, non possono ritenersi indifferenti pel giurista e respingersi nella sfera della politica, o genericamente nel pregiuridico » (p. 228).

Dal punto di vista dell'affermazione sopra riferita, si comprende

la critica a Kelsen, la cui dottrina della norma fondamentale, una volta sciolta nella mera effettività dell'ordinamento, poteva bensì apparire realista, anzi perfino brutalmente realista, ma, concependosi la scienza del diritto quale scienza puramente normativa, consegnava integralmente lo studio degli elementi storico-concreti, fondativi della costituzione, a scienze diverse da quella del diritto costituzionale e apriva così la strada al formalismo nella trattazione giuridica della costituzione. La dottrina kelseniana appariva a Mortati inaccettabile perché, pur essendo concreta (o, meglio: tale da legittimare indagini costituzionali concrete), non era — per questo aspetto — giuridica e ascriveva tali indagini al campo delle scienze non giuridiche. Riferita a un contesto teorico molto diverso, questa era anche la critica rivolta all'istituzionalismo francese.

Sul lato opposto, stavano le teorie giuridiche della nazione, quale soggetto reale della costituzione, le dottrine dell'istituzione di Romano, della decisione politica fondamentale di Schmitt, dei sintetistici *Rechtsgrundsätze* di Heller, della costituzione come integrazione di Smend: dottrine giuridiche che Smend stesso (in *Arch. öff. Rechts*, 1987, p. 25 s.) considerava accomunate dalla medesima aspirazione alla « penetrazione verso la realtà ». Un'aspirazione, peraltro, che Mortati giudicava non sufficientemente realizzata, posto che ciascuna di queste formule — pur convergendo nel respingere le concezioni che identificano il diritto con un castello di norme e lo esauriscono in questo — alla concretezza allude soltanto, da un lato prestandosi ad abbracciare con formule generiche e astrattizzanti, come scatole vuote, i più diversi contenuti; dall'altro tacendo sui processi effettivi che generano le costituzioni politiche e in particolare su ciò che di esse è il *proprium* differenziatore rispetto a strutture sociali diverse da quelle politiche, cioè il fenomeno del dominio. Ed è questo occultamento, in particolare, il rilievo critico rivolto al « realismo » della dottrina circolare del diritto di Alf Ross, rilievo che potrebbe estendersi anche a quella che, sotto diversi aspetti, potrebbe apparire una diversa espressione di quest'ultima dottrina, l'idea di MacCormick della « consuetudine di riconoscimento », un'idea che M. Dogliani (*Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, in corso di pubblicazione) considera omogenea a quella della costituzione in senso materiale ma più plastica di

quest'ultima perché scevra dal riferimento a un fattore di rigidità quale quello del rapporto di dominio.

In sintesi, si potrebbe dire così: le dottrine generali della costituzione con le quali Mortati si è confrontato gli apparivano, se realistiche, non giuridiche; se giuridiche, non realistiche. Da qui la molla della sua ricerca, che muove dalla convinzione che, per localizzare la base storicamente concreta della costituzione, non ci si possa fermare a indicazioni generiche come la decisione, l'integrazione, l'istituzione, ecc.: formule che, più che chiarificare, nascondono i processi costituzionali reali. Occorre per lui gettare lo sguardo nella « organizzazione sociale » da cui promana la costituzione, un'organizzazione che deve presentarsi già, per quanto a grandi linee, politicamente ordinata secondo una distribuzione delle forze in essa operanti in posizioni di sopra- e sotto-ordinazione. Come dirà nello scritto del 1962, citato di seguito, l'attenzione deve volgersi « ai gruppi, prevalenti in virtù del potere di fatto esercitato, che ricercano nella costituzione lo strumento idoneo alla tutela degli interessi di cui sono portatori, al consolidarsi dei principi di vita associativa che meglio giovano alla stabilizzazione e al più ordinato svolgimento del potere stesso ». Volto lo sguardo alle forze politiche prevalenti nel regime del suo tempo, un regime — si ripete — che appariva consolidato e quindi, schmittianamente, meritevole di essere considerato giuridicamente, era giocoforza immedesimarsi e comprometersi teoricamente con esso.

La testimonianza di questa immedesimazione è nell'intero capitolo III del libro, *La funzione della costituzione materiale*, nel quale della dottrina generale esposta nei capitoli precedenti vengono mostrate le conseguenze pratiche applicative. Alcune di esse appaiono conseguenze necessarie. Altre forse non necessarie ma spiegabili in quanto ispirate alle esigenze (di una concezione) del regime fascista, al quale si andava sempre più esplicitamente ad approdare. Altre ancora limitative di aspirazioni totalizzanti del regime, come quando il partito viene sì innalzato a parte integrante dello Stato (p. 136 s.), quale suo organo sopraordinato a tutti gli altri (p. 158), ma lo Stato, quale dimensione obiettiva e onnicomprensiva della vita collettiva — al contrario di quanto si veniva teorizzando nella Germania nazionalsocialista — non viene a sua volta degradato a semplice strumento del partito (p. 132 s.). Con tali affermazioni

relative alla natura del partito quale organo dello Stato, sia pure di genere nuovo e irriducibile a quelli della tradizione costituzionale liberale — affermazioni il cui significato è molto precisamente e ulteriormente chiarito nella critica alle concezioni di Sergio Panunzio del partito come ente autarchico (*Per una teoria dello Stato fascista*, in *Archivio di Studi Corporativi*, 1940, p. 346 ss.) e nello scritto ricapitolativo del dibattito *Sulla posizione del partito nello Stato* (in *Stato e Diritto*, 1941, ora in *Raccolta di scritti — Vol. IV — Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, pp. 497-515), si ponevano le premesse (che Mortati tentò di sviluppare poi in epoca repubblicana) di una disciplina giuridica del partito stesso, pur nella consapevolezza dei limiti di efficacia di tale disciplina, essendo le forze della costituzione materiale « non mai assorbite interamente nella struttura formale dello Stato » e avendo la loro regolamentazione « carattere dichiarativo di una situazione che trova in se stessa la sua validità » (p. 138).

Altre conseguenze, poi, vanno addirittura al di là degli intendimenti del fascismo, come quando il diritto dei privati (oggetto in quegli anni di una codificazione che, per la parte non « corporativizzata », stava nella tradizione dell'autonomia negoziale dei singoli) si sarebbe voluto piegare anch'esso al fine politico-costituzionale materiale, in nome di una concezione davvero totalizzante o olista (S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, cit., p. 623) dell'unità del sistema giuridico (p. 145 ss.).

In ogni caso, non v'è dubbio che il senso generale della dottrina della costituzione materiale è dato dal contesto del regime nel quale e, in parte, per il quale essa è stata formulata, in contrasto, talora esplicito, ma sempre assai chiaro con le categorie del costituzionalismo liberale. Il « fine politico fondamentale » — la categoria mortatiana che della costituzione materiale rappresenta la forza dinamica — è davvero un vento impetuoso che soffia investendo la società, politica e civile, e spazzando via tutte le nozioni classiche dello stato di diritto.

4. Fin qui e per gli aspetti sottolineati, la dottrina della costituzione in senso materiale soccombe al giudizio di compromissione politica. Si potrebbe perfino dire che essa, partita per cercare il

« concetto assoluto » di costituzione, aveva trovato soltanto il fascismo.

Del resto, non è privo di un certo significato il fatto — indice di un disagio — che nel volume di cinque anni successivo su *La Costituente - La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, 1945 (ora in *Raccolta di scritti* — vol. I — *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit. pp. 3-343), dunque su un tema vicinissimo, anzi per larga parte coincidente con quello trattato ne *La costituzione in senso materiale*, questa espressione, se non si va errati, non viene mai impiegata. Eppure, la relativa nozione — contrariamente a quanto si ritiene da chi invece vede nello scritto del 1945 un mutamento essenziale rispetto a quello del 1940 — è il filo conduttore dell'intera trattazione, fino all'ultima proposizione circa la necessaria concordia — si potrebbe dire — « costituzionale materiale » delle forze costituenti, affinché la nuova esperienza costituzionale potesse nascere e crescere vitale.

E nel grande scritto ricapitolativo della sua visione teorica [*Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962 (ora in *Raccolta di scritti*, cit., — vol. II — *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, pp. 79-241)], l'espressione « costituzione materiale » è utilizzata al limitato scopo di indicare la materia costituzionale, quale concetto da valutare in rapporto all'adozione della « forma » costituzionale corrispondente. Un'utilizzazione dunque assai meno pregnante di quella che ci si sarebbe potuti aspettare, avendo presente lo scritto del 1940. E, pur esistendo una strettissima continuità con l'elaborazione precedente, a quello scritto c'è solo un generico riferimento tra i tanti altri, nella bibliografia generale. E, infine, meriterebbero una valutazione *ad hoc* le modifiche incessantemente apportate, nelle diverse edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico*, alla trattazione dei problemi generali della costituzione, dove l'utilizzazione, più che della nozione (della quale Mortati restò sempre tenace assertore), della formula sembra avere un andamento oscillante, a iniziare dalla sua totale assenza nella I edizione (*Corso di Istituzioni di diritto pubblico — Appunti dalle lezioni* — Anno acc. 1948-1949, Padova, 1949), ove pure si fa largo uso di concetti elaborati nello scritto del 1940, attorno alla nozione di costituzione in senso materiale. Sono questi, forse, segni della percezione di un'ambiguità di un'espressione che poteva ap-

parire politicamente compromessa (affermazione che vale fino alla decisa ripresa, indice di perplessità infine superate, contenuta nelle ultime di tali edizioni).

5. L'orientamento al regime fascista del pensiero di Mortati di quel tempo si inseriva in una visione della storia costituzionale nel cui sviluppo il fascismo stava pienamente nella linea di continuità rispetto alle vicende costituzionali aperte con la Rivoluzione dell'89.

Indipendentemente dall'attendibilità di questo giudizio, qui è probabilmente il punto decisivo da tenere in conto in una valutazione obiettiva che, mettendo da parte il significato della concordanza che la dottrina della costituzione materiale, nei suoi aspetti generali, ebbe a suo tempo col fascismo, ne voglia cogliere gli aspetti di validità permanente, in quanto meno storicamente condizionati.

Mortati sostiene in più punti la tesi del fascismo come fase di una storia costituzionale che, senza cesure e contraddizioni, si svolge a partire dalla Rivoluzione dell'89 sotto il segno categoriale di quello ch'egli denomina « Stato moderno », una formula usata in un senso che appare certamente inconsueto e limitativo. Nell'uso oggi corrente, essa vale a concettualizzare gli eventi storici e gli atteggiamenti politici acquisiti nella coscienza collettiva in una vicenda che copre l'arco di cinque secoli, i quali hanno portato a distinguere lo Stato dal governo e dai governati e a configurarlo come un'entità astratta e impersonale, oggetto di dedizione e rispetto universali, trascendente gli interessi e le sorti dei singoli (la definizione è J.H. Shennan, *The Origins of the Modern European State: 1450-1725* (1974), trad. it. *Le origini dello Stato moderno in Europa*, Bologna, 1991, p. 7): una « stupenda creazione del diritto » (Romano), che il diritto stesso è giunto a personificare a sua volta. Assunta la nozione in questo significato, lo Stato della Rivoluzione non è che una tappa, nemmeno la più importante, in una storia assai più vasta. Per modernità, Mortati invece — prendendo posizione in una disputa non priva di significato ideologico che aveva impegnato una parte importante della pubblicistica italiana (v. Sergio Stammati, *La riflessione sulla costituzione in senso materiale: l'opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario, in Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 2963 ss.) — intende una vicenda più circoscritta entro quella più ampia, una vicenda il cui segno caratteristico

sarebbe la « rappresentatività » dello Stato, cioè il riconoscimento, entrato nella coscienza comune « moderna », del diritto di ogni cittadino alla partecipazione alla cosa pubblica. E alla « rappresentatività », quale strumento organizzativo indefettibile di tal tipo di Stato, segue il partito politico (p. 84-85).

Lo Stato fascista e il partito unico, che di esso è l'elemento costituzionale materiale fondamentale, starebbero in questa linea di continuità.

È chiaro il prezzo di questa operazione. Occorre rinunciare a guardare dentro il concetto di rappresentanza; ignorare ogni distinzione in ordine alla diversa possibile natura, funzione e vocazione del partito politico, rendersi ciechi infine di fronte alle differenze tra sistemi politici mono- o pluripartitici. Su tali questioni, infatti, ci si aspetterebbero approfondimenti. Invece, o c'è silenzio o ci sono schematizzazioni fortemente ideologizzate. Sul punto davvero essenziale al fine della tesi della continuità — il significato del partito unico — si legge per esempio che, essendo il partito « l'elemento attivo dell'istituzione originaria, necessario affinché questa assuma una forma politica », esso « non può che essere unico, come unico è il principio di qualsiasi forma politica » (p. 87). Il partito del Mortati de *La costituzione in senso materiale* è il *partito totale* (un ossimoro, per ogni pensiero di impostazione non totalitaria). Il partito (moderno) è quello che « assumendo come propria una concezione generale, comprensiva della vita dello Stato in tutti i suoi aspetti » vale « a tradurla nell'azione concreta statale, con esclusione delle concezioni ad essa contrastanti » (sul punto, ancora, S. Stammati, *op. cit.*, 2968).

Alla luce di questa affermazione, il bipartitismo dei regimi censitari liberali dell'Ottocento, ma anche quello dei sistemi anglosassoni a lui contemporanei, appaiono a Mortati delle pure varianti di facciata che non nascondono la sostanziale unità e unicità della forza di direzione politica. La crisi nasce « quando, con la estensione del diritto di voto, necessitata dalla stessa logica del sistema, fu consentita espressione legale ad ideologie contrastanti con quella borghese » (p. 86, nt. 33). È questa possibilità, che però storicamente non fu realizzata, sembra dire l'Autore, che avrebbe portato alla rottura della continuità. Il fascismo e il partito unico, reso necessario per l'appunto dalle formidabili esigenze di integrazione e

di governo globale della società post-liberale, insidiata dal conflitto sociale e ideologico esplosivo su larga scala, ne sarebbero invece il ripristino che riallaccia i fili della continuità.

Il pensiero di Mortati, per quel che riguarda la sfera della politica, è essenzialmente dunque antipluralista: « lo Stato moderno è uno stato monistico » (p. 147); « lo Stato, in conseguenza dell'assoluta supremazia rispetto a tutti i soggetti fisici o giuridici nel suo territorio, dalla quale è contrassegnato, ha come suoi caratteri ineliminabili di essere: stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale » (p. 67). In uno Stato così connotato, due o più partiti realmente diversi e antagonisti sarebbero un'intollerabile contraddizione. Il partito unico, insomma, è la conseguenza di una necessità categoriale.

Questa convinzione è ripetuta anche in epoca successiva, pur in un contesto di pensiero viceversa aperto, come è ben noto, al pluralismo sociale. Rispondendo alle osservazioni che Paolo Barile (*La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, p. 40) rivolgeva alla dottrina della costituzione in senso materiale, allo scopo di adeguarla al nuovo contesto democratico, si replica rilevando un equivoco « sul modo di intendere il partito politico, nel quale si era identificato il sostrato sociale dello Stato. La parola partito non è stata impiegata per indicare i singoli raggruppamenti fra loro contrapposti, bensì l'insieme delle forze politiche, omogenee tra loro, intorno a cui si ordina lo Stato. Ed avendo presente appunto siffatto significato si è affermata la necessaria unicità del partito, in cui si raccoglie la stessa classe dirigente, pur se suddivisa in diversi schieramenti politici » (*Istituzioni di diritto pubblico*<sup>2</sup>, Padova, 1960, p. 69).

Al pluralismo politico, insomma, viene negato il diritto d'essere tematizzato come problema costituzionale. Si potrebbe dire: perché, a tutte le forme di pensiero monista, appare un tema essenzialmente anticostituzionale. Se il pluralismo esistesse autenticamente, non esisterebbe lo Stato. Se lo Stato viceversa esiste è perché esso è solo di facciata e nasconde un'unità profonda della classe dirigente. L'unica attenuazione — alla quale non conviene il termine pluralismo — è la possibile struttura composita della forza politica dominante, tra le cui parti debba perciò stabilirsi un accordo, perfino un « trattato di pace », come è stato al tempo della Costituente (si v. M.

Dogliani, *Introduzione*, cit., p. 337). Ma, dal punto di vista « esterno », del rapporto tra dominanti e dominati, il partito unico, il « partito » composito o il pluripartitismo non fanno grande differenza.

In questo, il pensiero di Mortati si accorda alle preoccupazioni per il temuto disfacimento della compagine statale, che quello che si definiva allora il « sindacalismo » avrebbe comportato. Ma la sua risposta a questo problema comunemente avvertito non si confonde con quella degli altri. Alcuni, come il Sonnino di *Torniamo allo Statuto*, del 1899, vedevano una restaurazione possibile dell'obiettività e della stabilità dello Stato nella rivitalizzazione dei suoi elementi tradizionali autoritari facenti capo alla monarchia e agli apparati di governo. Altri, come il Romano dello splendido saggio su *Lo Stato moderno e la sua crisi* del 1909, trovavano motivi di speranza nella prospettiva di integrare i fattori sociali di disgregazione, privandoli della loro insidia distruttiva, attraverso il « completamento delle deficienze e delle lacune » dello Stato, rendendolo maggiormente partecipato per mezzo dell'allargamento delle istituzioni rappresentative. Mortati invece innova radicalmente. Pone al principio della sua proposta la politica; attribuisce a essa principalmente la funzione dell'integrazione in unità delle divisioni sociali e scorge nel partito di massa lo strumento operativo della canalizzazione delle energie sociali nello Stato e quindi della rivitalizzazione di quest'ultimo. L'incontro col fascismo era lo sbocco del tutto naturale. E tale incontro poteva sembrare possibile nel segno di una continuità.

6. Ci può però forse essere accordo sulla tesi che non il regime fascista, ma i problemi costituzionali ai quali esso intese dare risposta erano nel segno della continuità con gli eventi aperti dalla Rivoluzione dell'89. La distruzione delle forme tradizionali di organizzazione politica e sociale, di cui l'individualismo rivoluzionario aveva posto le premesse teoriche; i grandi sconvolgimenti sociali indotti poi dall'industrializzazione e dalla grande guerra; il necessario ampliamento dei compiti di reggimento dello Stato, chiamato ormai dalla necessità storica a una funzione di « governo totale » di realtà collettive altrimenti destinate al conflitto distruttivo, nelle quali le regole « spontanee » dell'economia di mercato si erano mostrate

incapaci di generare un ordine accettabile, erano forse ascrivibili, *in nuce*, alla svolta storica di cui la Rivoluzione dell'89 rappresentava, se non la causa, certo l'evento simbolico.

Sostenere invece la tesi del fascismo quale il continuatore di quella rivoluzione, è tutt'altra cosa. Esso si poneva sì espressamente come forza restauratrice di una vita politica e sociale nello Stato ma, a questo fine, ripudiava tutto ciò che di più essenziale la Rivoluzione aveva affermato come valore, a incominciare dall'individualismo, considerato nella ideologia totalitaria come fonte di egoismo disgregatore tanto della compagine sociale che di quella politica. E per questo il fascismo rivendicava a sé un ruolo rivoluzionario (o, meglio, controrivoluzionario) che l'interpretazione mortatiana non gli concedeva, essendo per ciò sospetta alle concezioni ufficiali del tempo.

Se si riconosce la forzatura che c'è nella ricostruzione anzidetta là dove riconduce alla logica della continuità i progetti e le realizzazioni costituzionali del fascismo e ne configura il programma costituzionale quasi come la realizzazione necessaria e più piena dello « stato moderno »; se si assume invece, come chiave di comprensione, la frattura, è possibile dividere idealmente la lettura de *La costituzione in senso materiale* in due parti, relativamente indipendenti: una, che parla dei problemi dei regimi di massa del XX secolo e delle esigenze di strutturazione e di governo che essi pongono, indicandoci, nelle linee generali, le direttive concettuali che ne derivano; un'altra, che parla del regime fascista come una realizzazione storica che intese dare risposta a quei problemi. Se si riconosce l'errore, dal punto di vista dell'interpretazione storica, dell'aver inteso il fascismo come la strada obbligata da percorrere per affrontare i problemi costituzionali delle società postliberali, l'intreccio può sciogliersi e la riflessione costituzionale generale di Mortati può rendersi indipendente e valere, come in effetti vale, al di là di una semplice premessa finalizzata necessariamente alla fondazione di quello specifico regime costituzionale. Si è detto sopra: non una *concezione fascista dello Stato*, ma una *concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista*.

Potremmo descrivere la ricerca di Mortati come l'inerpicarsi sulle pendici di un colle. Arrivati al crinale, vediamo più chiaro. Dietro di noi si estende il panorama di quel che abbiamo dovuto

lasciare e davanti a noi si apre lo spazio che ci attende. Abbiamo nozione di quel che è superato e sappiamo che cosa ci è occorso per superarlo. E sappiamo anche che, per scendere dall'altra parte, dobbiamo trovare la strada. Mortati ne ha saputa indicata una sola, quella che in quel tempo sembrava promettente e vittoriosa. Ciò non vale però a privare di valore la scalata. Bisognerà, semmai, riprendere il cammino da dove possono partire altri itinerari.

7. Il patrimonio di consapevolezze storico-costituzionali che la ricerca mortatiana acquisisce alla scienza del diritto costituzionale è cospicuo. Tali consapevolezze, inutile dirlo, pongono i problemi nuovi della scienza costituzionale, piuttosto che risolverli. Ma nessuna ricerca feconda può pensare a una semplice restaurazione cieca di fronte a tali acquisizioni.

Innanzitutto, la centralità della costituzione rispetto a quella dello Stato. La scienza costituzionale che proveniva dal passato liberale assumeva come fulcro delle sue concezioni lo Stato, nella sua visione metaforica ma piena di significato giuridico, di persona sovrana. Tale persona costituiva un dato assunto *a priori*. Se ne potevano cercare le origini e le cause storiche, e quindi se ne poteva storicizzare la nozione. Ma ciò non toglieva nulla, per la scienza costituzionale, alla certezza categoriale fondativa di tale assunzione. Il nucleo dello Stato era la Corona e l'amministrazione, con i suoi apparati, che alla Corona facevano capo. A tale nucleo si aggiungevano, per giustapposizioni acquisite storicamente, una giurisdizione modellata sulle sue esigenze di primazia rispetto alla società, e un parlamento in cui trovavano parziale espressione le forze della società civile, ammesse alla partecipazione alla vita dello Stato se e fino a che la loro presenza non si fosse manifestata in contrasto con gli interessi dello Stato. La costituzione di allora era la codificazione di queste acquisizioni-modificazioni-concessioni della monarchia e, come tale, poteva apparire una variazione sul tema dello Stato, giustificata forse storicamente, ma non essenziale concettualmente. Per quel tempo, anche la costituzione, in fondo, era una giustapposizione ad una realtà che aveva una sua propria e indipendente consistenza e legge di vita.

La crisi dello Stato a cavallo dei due secoli, di cui parlava il famoso saggio di Romano sopra citato, non permetteva più questa

tranquilla certezza. Il nucleo obiettivo di potere reale che si concentrava nell'amministrazione monarchica risultava via via eroso dalla sindacalizzazione dello Stato. La sua sovranità pareva soccombere alla massa delle pressioni corporative, alimentate dalla rappresentazione ch'esse riuscivano a ottenere presso la rappresentanza parlamentare e moltiplicate dall'impatto che l'allargamento del suffragio aveva sull'assetto delle forze politiche in parlamento. Lo Stato, nella sua unità, diventava problematico e il problema era come rigenerarlo attraverso una legge di vita che lo potesse rianimare: una legge, questa volta, davvero costitutiva perché intrinseca e operante dall'interno di esso.

Per questa nuova vita dello Stato, occorre una nuova energia. Non bastava più appellarsi all'idea della « persona » statale, né al nucleo tradizionale dell'amministrazione monarchica. Il passo risolutivo e, rispetto alla tradizione, addirittura rivoluzionario compiuto da Mortati è stato quello di aprire la strada, attribuendo loro una funzione costituzionale, alle forze politiche, cioè per l'appunto a quelle forze nelle quali la dottrina legata alle visioni dello Stato liberale, vedeva annidarsi le cause del disfacimento e alle quali imputava quindi una funzione anticostituzionale.

Per il costituzionalismo ottocentesco, lo Stato era la forza costitutiva della costituzione e della politica: l'una e l'altra ne erano una derivazione. La nuova visione rovescia: la politica è la forza determinativa della costituzione e dello Stato. Per le dottrine dello Stato di diritto, lo Stato come organizzazione giuridica produceva atti giuridici. Per la nuova concezione, la politica produce lo Stato, il quale produce diritto politicizzato.

Tutti i concetti della scienza costituzionale del passato vengono polarizzati in modo nuovo, dallo Stato come obiettività, neutralità, unità, sovranità ecc., alla politica, come soggettività, parzialità, conflitto. E anche le categorie giuridiche si adeguano a questo mutamento. Su questo punto, ancora, si registra la concordanza con le tesi di quella schiera combattente contro il formalismo di origine ottocentesca che si è menzionata sopra, tesi espresse con particolare chiarezza da C. Schmitt nella sua visione panpolitica della vita dello stato postliberale [v. *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder politischen Theologie* (1984), trad. it. *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, a

cura di A. Caracciolo, Milano, 1992, 19: « Non si può più oggi definire il politico partendo dallo Stato, ma ciò che oggi si può chiamare ancora Stato deve viceversa essere inteso a partire dal politico »].

La politicizzazione del diritto costituzionale si accompagna alla consapevolezza del necessario arricchimento del contenuto materiale della costituzione. Il « fine politico » che, della costituzione materiale, rappresenta lo spirito animatore e, delle forze dominanti, la ragione sociale, non è limitato a questo o quel l'ambito (al contrario di quel che ritenevano, sulla scorta della famosa enunciazione dell'art. 16 della Dichiarazione dell'89, le teorie costituzionali liberali e la loro concezione limitativa dei compiti dello Stato). Ogni questione, ogni aspetto della vita collettiva può costituzionalizzarsi, quando diventi terreno di una lotta politica per il predominio.

È la stessa destrutturazione delle forme tradizionali di vita sociale a esigere dalla costituzione questo sovrappiù rispetto al passato. Dalle costituzioni, come aveva affermato Rudolf Smend, ci si attende lo svolgimento di un compito gigantesco, sconosciuto nel passato, un compito di integrazione di una società divisa nell'unità della vita statale. « Uno Stato concreto — scrive Mortati — non può pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata secondo un'idea politica » (p. 64) e la costituzione materiale non può non « contenere in sé, come sua parte costitutiva, questa collettività » (p. 65). La verità di questa ricognizione del compito attuale della costituzione appare oggi paradossalmente chiara, quando anche il progetto di chi mira a ristabilire una separazione tra la sfera dello Stato e quella della società civile, per depoliticizzarla e quindi decostituzionalizzarla, non può non essere un progetto globale nel quale l'organizzazione giuridica della società civile, distinta dallo Stato come organizzazione di apparati, venga assunta appunto come problema costituzionale.

Dal punto di vista teorico, il passaggio-chiave della visione costituzionale di Mortati è l'acquisizione dell'idea che, nella società politica, valgono rapporti di sovra- e sotto-ordinazione che si stabiliscono fattualmente e che le conferiscono già un ordine, basato sul dominio e orientato a certi fini politici. La società, dal punto di vista costituzionale non è un'unità organica o un tutto indifferenziato. È una realtà caratterizzata da « specificazioni » e strutturata sulla base

della differenziazione fondamentale tra dominanti e dominati. Quella della « differenziazione » è una categoria centrale nella concezione mortatiana della costituzione, assai vicina alla nozione gramsciana di egemonia. Quando tale differenziazione, costruita tanto su forza materiale quanto su forza ideologica, si rende stabile e vincolante — il che significa: quando nella grande contesa della politica si manifesta un vincitore — allora si determina un ordine costituzionale, al quale si addice il nome di costituzione in senso materiale. Ciò comporta un passo nel senso del realismo (v. V. Zangara, *Costituzione materiale e convenzionale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, cit., vol. I, p. 435 s.), poiché le forze generatrici della costituzione sono identificate non in astrazioni come la società, la nazione, le forze politiche, ecc. ma nelle forze *dominanti*. È un'idea senza la quale il pensiero di Mortati risulterebbe incomprensibile. Se ne troverà una manifestazione più tardi, scandalosamente formulata a proposito della teoria della sovranità, ch'egli non attribuisce al popolo inteso nella sua totalità (nozione per lui priva di concretezza, che necessita di un « rappresentante ») ma alla maggioranza, sia pure inquadrata come corpo elettorale (*Istituzioni di diritto pubblico*<sup>9</sup>, cit., p. 153) cioè, ancora una volta, a una forza politica che si forma attraverso processi di « differenziazione ». In fondo, anche questa idea (che sta a cavallo, nell'elaborazione mortatiana, tra la teoria generale e l'interpretazione dell'art. 1 della vigente Costituzione) è un prolungamento dell'idea germinatrice della costituzione in senso materiale.

Ne *La costituzione in senso materiale* quelle forze politiche dominanti, « portatrici » della costituzione, sono identificate nel partito, quale strumento di coinvolgimento e integrazione nella vita dello Stato dei « grandi numeri ». Quest'ultima precisazione mette in luce un aspetto di validità del pensiero mortatiano, transitato oltre i confini storici del fascismo e trasfigurato dalle nuove coordinate costituzionali della democrazia. Sulla centralità del partito quale forza costituzionale materiale, il pensiero di Mortati subirà delle trasformazioni, non tali però, sembra, da smentire il nucleo della sua dottrina. Nel saggio su *La costituente* del 1945, del partito unico prendono il posto i partiti, autori dell'accordo costituente. E nella « voce » *Costituzione (Dottrine generali)* del 1962, la ricerca delle forze politiche dominanti si allarga nella nozione di « classe governante » (o dominante) (p. 162-163), una nozione dai confini stori-

camente variabili e scomponibile (secondo un abbozzo di sociologia politica) in classe dirigente e in classe politica, e comprendente quanti riescono a occupare una posizione di supremazia utilizzando, nelle forme più varie, oltre ai mezzi della politica, anche quelli offerti dal predominio economico, religioso e culturale. E infine, nell'ultima edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* (cit., p. 26) quello che era il partito unico diviene un « insieme di forze, di rapporti, di situazioni », formula che evidentemente tende a concedere non poco al pluralismo ma si arresta comunque prima di arrendersi ad una visione dei rapporti politici e sociali privata dalla tensione governanti-governati, una visione dalla quale deriverebbe anche, come conseguenza, la perdita di ogni funzione normativa e direttiva della costituzione: perdita che, più tardi (in *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 528 s.) verrà indicata come il rischio che insidia gli stati pluralistico-sociali del nostro tempo.

La nozione di costituzione in senso materiale si presta così ad essere adattata ai contesti più vari e alle forme sempre nuove del dominio politico, sopravvivendo anche al tempo declinante della politica « per partiti ». E le variazioni ora riferite stanno a dimostrare che il partito, inteso quale formazione politica storicamente nota con questo nome, non è affatto ingrediente essenziale della dottrina della costituzione materiale. Nel pensiero di Mortati, ciò che è essenziale, il fattore costituzionale *sine quo non*, è la differenziazione (si veda, a conferma della continuità di posizioni, *art. 1*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 21). La costituzione è opera di quanti hanno vinto una battaglia, della « parte » vincente. Espressa in termini meno vividi, l'idea costituzionale mortatiana non è distante dall'idea politica schmittiana pur essendo — la prima, non la seconda — disponibile a « contaminazioni » con prospettive integrazionistiche, idonee a renderla utilizzabile anche in contesti *politici* democratico-pluralisti (sul punto, G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996, p. 32 s.). Ma, per quanto la classe governante, in nome della democrazia, si possa allargare, come in fatto si è allargata negli anni della Costituente, fino a comprendere quello che in seguito sarebbe stato denominato l'« arco costituzionale », e per quanto tale allargamento esiga patti, transazioni e

perfino, come si è detto, reciproci «trattati di pace», essa non arriverà mai a comprendere l'intera società. Se non ci fosse predominio differenziatore, ci sarebbe o caotica anomia o spontanea armonia: due esiti opposti, concordi tuttavia nell'escludere la (possibilità o la necessità della) costituzione. Ecco ancora la lezione di realismo, che può forse rendere avvertiti di fronte a certe ireniche idee costituzionali circolanti oggi, quando fare o rifare la costituzione è spacciato come una piana occasione positiva che tutti dovrebbero essere felici di poter cogliere.

L'ideale democratico astratto vorrebbe escludere ogni differenziazione. Ma questo, sembra dire Mortati, è e resta appunto un ideale (il che non significa che non meriti di essere perseguito). Nella realtà della vita costituzionale, ogni forma di stato è il portato di un'incessante lotta per la differenziazione, che aggrega e disgrega incessantemente le classi dominanti, che integra e poi disintegra l'unità politica, per poi reintegrarla su nuove basi (si veda l'espressione di questa legge di vita delle costituzioni in *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1978, p. 8).

In questo quadro, si è detto, posto centrale occupa la costituzione. Ma una costituzione, a differenza di quella che fu, al tempo stesso politicizzata e politicizzante. Politicizzata in quanto oggetto di un'incessante contesa della politica che ha come sbocco la costituzionalizzazione delle forze egemoni, e politicizzante in quanto estesa a diffondere principi politici in tutti i campi della vita collettiva regolati dal diritto. In breve: costituzionalizzazione della politica, politicizzazione della costituzione e del diritto. In questa duplice dinamica che l'analisi di Mortati ha posto in luce sta per l'appunto il nocciolo dei principali problemi del diritto costituzionale odierno. La consapevolezza che non sapremo liberarci da tutto questo e non potremo restaurare un mondo (forse già da sempre frutto di una illusione e di un mascheramento) di certezze costituzionali e giuridiche obiettive, stabili, non controverse, ecc. è la premessa per ogni riflessione costituzionalistica adeguata al nostro tempo, anche di quelle che mirano a recuperare, ma come sia reso possibile nel nuovo contesto, quei grandi principi dello stato di diritto che il Mortati della costituzione in senso materiale riteneva irrimediabilmente superati.

8. *Il giustificazionismo pratico.* Su questo aspetto del pensiero mortatiano, si è assistito, nei tempi recenti, al suo più totale fraintendimento, frutto — è il meno che si possa dire — di una tendenza alla semplificazione e alla banalizzazione, proporzionali al successo che la formula della costituzione in senso materiale (ma solo la formula) ha riscosso nella discussione dei temi costituzionali, tanto tra i giuristi quanto tra i profani. «Costituzione materiale» è diventato sinonimo di mero accadimento, di comportamento, di prassi, di fatto brutto nella sfera dei rapporti costituzionali.

La «dottrina» della costituzione in senso materiale è sembrata allora il modo di giustificazione *a posteriori* della realtà costituzionale contro la norma posta per regolarla: in sostanza, un complotto contro l'idea stessa di normatività applicata alla vita costituzionale e, in definitiva, una resa della costituzione come norma alla forza degli eventi.

Di regola, questa interpretazione critica viene da chi, della costituzione ha una concezione «formale», come legge più alta, consacrata in un testo normativo speciale approvato un tempo magari lontano, che si considera capace di valere per l'energia ch'essa stessa conterrebbe in sé. Questo legalismo della costituzione nutre un'ingenua aspirazione: quella di poter contrapporre vittoriosamente agli avvenimenti costituzionali la nuda forza delle parole, ricavate attraverso interpretazioni più o meno accorte di un testo e disposte a schiera contro la realtà. Non si viene talora sfiorati dall'idea che la forza che alla costituzione scritta compete — se compete e nella misura nella quale compete — non deriva, per l'appunto, dal fatto di essere scritta ma discende anch'essa da una situazione costituzionale materiale storico-concreta che postula di essere «a costituzione scritta». Non ci si accorge poi che questo unilateralismo della norma costituzionale formale cade nel medesimo difetto, ma rovesciato, che si rimprovera (erroneamente) alla dottrina della costituzione in senso materiale: come questa legittimerebbe il fatto indipendentemente dalla norma, così quello santificherebbe la norma indipendentemente dalle sue condizioni di fatto e lascerebbe comunque senza risposta la questione capitale di sapere qual è la forza vivificante delle costituzioni.

In ogni caso, la questione della valenza giustificatrice della dottrina della costituzione materiale è assai meno semplice di quanto

voglia intendere questa interpretazione. Essa trascura il punto essenziale dell'intera ricerca mortatiana che, in tutti i suoi svolgimenti, è orientata a identificare il nucleo ultimo, fondativo e pertanto inderogabile, dunque massimamente normativo, della costituzione: quel « principio primo dell'organizzazione statale... richiesto, oltreché da necessità logiche astratte, da ragioni di sistemazione giuridica... che è necessario... per potere intendere un ordinamento giuridico, quale *deve essere*, cioè: sistema chiuso e autonomo di norme, coerente con le sue parti, capace di effettiva realizzazione, stabile e uguale a sé stesso, pur nella varietà e mutabilità degli elementi costitutivi » (p. 20-21). Un principio costitutivo — occorre aggiungere — tanto resistente da essere sottratto alla stessa disponibilità modificatrice delle forze politiche dominanti e tanto significativo da costituire l'elemento identificativo della forma di stato e del suo ordinamento giuridico (v. p. 204 ss., nonché, in epoca successiva, *Concetto e limiti della revisione costituzionale* del 1952, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 3 ss.).

Secondo Mortati, nel momento in cui le forze politiche dominanti si raccolgono attorno a un fine supremo, riuscendo a imporlo nella realtà come elemento costitutivo della società, l'ordine materiale e ideale che ne deriva si obiettivizza e diviene un limite e un vincolo per le stesse forze governanti. C'è qui un punto teorico molto denso e certo non perfettamente chiarito, riguardante il significato dell'esperienza costituzionale come fattore della costituzione stessa, il punto di contatto e di estraneazione tra la volontà politica che si realizza e la realizzazione stessa la quale, stabilizzandosi, diviene un dato della vita costituzionale vincolante per le stesse forze che ne sono state le cause iniziali.

Mortati non è per un « potere costituente materiale » permanente (sotto questo punto di vista, la sua costruzione non può piacere a chi sogna la costituente rivoluzionaria sempre in azione e denuncia una sottrazione di creatività a quello che dovrebbe essere il potere originario illimitato e viene invece ridotto a un « animale ammaestrato »: A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago, 1992, in part. cap. I, § 1, *Sul concetto giuridico di potere costituente*, pp. 7-20).

Con una certa concessione alle concezioni dello Stato che *La costituzione in senso materiale* intendeva superare (e forse anche con

un'oscillazione di pensiero, rispetto ad affermazioni contenute in altri passi del volume), si afferma che « non solo è da escludere che l'esistenza delle forze sociali governanti debba condurre a intendere lo Stato come oggetto della loro sovranità, ma è anche possibile conciliare la presenza delle medesime con l'ammissione della personalità e sovranità dello Stato stesso, poiché nulla osta a che le forze in parola si configurino come organi dell'entità statale, aventi solo l'esercizio della sovranità, non la titolarità, attribuibile invece a questa » (p. 228-229). E, quanto alla costituzione come documento, Mortati critica sì come formalistica, l'idea del positivismo normativista secondo la quale la « posizione » della costituzione formale farebbe tacere la costituzione materiale, ma la critica viene giustificata con la considerazione che, « ritenendo altrimenti, si toglierebbe valore e si svisterebbe il significato delle regole costituzionali concrete e, in genere, del diritto positivo ». Egli osserva, in via generale, che « l'emanazione di una costituzione, ha lo scopo di assicurare la stabilità e la sicurezza dei rapporti sociali, di garantire, sia agli appartenenti al partito e sia agli stessi soggetti ad esso estranei, lo svolgimento della vita statale nelle forme e nei modi che si ritengono più idonei alla realizzazione del principio organizzatore dell'ordinamento. Sicché deve ritenersi che, in via normale, vi sia fra la struttura della costituzione formale e la sua funzione il massimo di corrispondenza, cioè la adeguazione più perfetta possibile fra il funzionamento dei poteri, nel modo da essa previsti, e lo scopo per il quale questi sono ordinati. Non è quindi esatto, sempre in via normale, che la forza politica di instaurazione non ceda nulla del suo potere all'ordine giuridico positivo che essa crea: poiché invece essa tende a trasferire se stessa nell'ordine giuridico, e questo appare tanto più « razionale » quanto meglio riflette il sistema effettivo dei rapporti di forza, sui quali si basa » (p. 131).

Dietro questa prosa non poco involuta, sta la grande questione di come sia possibile che chi pone la costituzione ne sia poi vincolato. La questione, cioè, se il vincolo non presupponga un potere di garanzia più alto e quindi la degradazione delle forze governanti da costituenti a costituite, a favore di un potere superiore: il classico *regressus ad infinitum* del costituzionalismo.

Non parrebbe che la risposta di Mortati, tanto o poco convincente che sia, soccomba nel confronto con le teorie puramente

normative della costituzione le quali, semplicemente, rimuovono la questione.

Il vero è che, forse, c'è più garanzia nell'appellarsi alla durezza e alla stabilità di un sistema costituzionale storico-concreto, in tutti i rapporti politici e sociali ch'esso determina e in tutte le aspettative anche di ordine ideale o ideologico che ne derivano, nell'appellarsi cioè alla forza oggettivante di qualunque sistema complesso di relazioni — forza tanto maggiore quanto più ramificato e intrecciato sia tale sistema — che non nel richiamarsi all'astratta forza di norme scritte in un testo costituzionale, se questo non corrisponde, per l'appunto, a un sistema costituzionale materiale che lo sorregge rendendolo vigente.

Sinteticamente, con le parole di Mortati, « la costituzione materiale, essendo espressione di una situazione di equilibrio, tende a stabilizzarla e a garantirla, improntando a essa le particolari istituzioni giuridiche » (p. 132). Il che è quanto dire, contrariamente a quanto sospettano le interpretazioni banalizzanti della costituzione materiale, che il fine al quale essa mira — diversa la questione se riesca a raggiungerlo — non è di minare la forza della costituzione formale, ma esattamente quello contrario, di sostenerla con la sua forza « materiale ».

9. Nel caso normale e fisiologico, non vi sono, propriamente, due costituzioni in lotta l'una con l'altra, ma una sola costituzione che ha due « sensi », l'uno materiale e l'altro formale. Dopo aver negato che l'identificazione di una « costituzione vera », derivante dai reciproci rapporti di forza che legano gli elementi sociali sui quali lo Stato si fonda, e la sua distinzione dalla costituzione giuridica formale tolgano a quest'ultima il carattere della positività — carattere essenziale perché un'entità possa considerarsi giuridica — e la privino di fondamento, si aggiunge che « deve piuttosto ritenersi che la costituzione originaria [cioè la costituzione in senso materiale] permanga, come una costituzione che si potrebbe chiamare alla seconda potenza, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della sua stessa natura; con la medesima più o meno intimamente connessa ed armonizzata, e anzi tendente a compenetrarsi secondo un processo

storico ... che può chiamarsi... di « razionalizzazione del potere » (p. 136).

Il compito della scienza costituzionale è quindi di lavorare affinché i due « sensi » siano indirizzati alla stessa meta: gli svolgimenti « materiali » a rafforzamento di quelli formali e viceversa, in un processo circolare tra due poli.

Un processo circolare a due poli. Occorre aggiungere, però, che essi non hanno la medesima forza. È quello materiale a svolgere la funzione determinante. La costituzione formale è strumento di quella materiale, è quindi « secondaria » (p. 132-133). La costituzione formale è cedevole rispetto al fine costituzionale materiale, essa è solo dichiarativa (p. 138). Il che è come ammettere la possibilità, nel caso critico, del dissidio e della soccombenza della costituzione come forma. Anche se ciò non comporta necessariamente sempre che il contrasto sia destinato a risolversi con la soppressione dichiarata della norma formale, dato il carattere intrinsecamente elastico e incompiuto della costituzione scritta, fatta di formulazioni di principi generici e di direttive di massima che abbisognano di essere svolte e adattate alle particolari e mutevoli esigenze di vita dello Stato, imprevedibili al momento della emanazione della costituzione. L'evoluzione e l'adattamento delle costituzioni scritte attraverso l'interpretazione, del resto, è un'esperienza universalmente nota e piena di significato nel senso indicato da Mortati.

Nel rapporto che è, normalmente, di integrazione e, eccezionalmente, di tensione, tra costituzione materiale e costituzione formale sta il nucleo dell'indicazione di metodo che può trarsi dalla dottrina della costituzione in senso materiale, un'indicazione che induce la scienza costituzionale ad assumere come oggetto delle proprie proposizioni anche gli svolgimenti storici che attengono all'ambito materiale della costituzione e a non relegarli nell'ambito del meramente politico o degli eventi pre-costituzionali: svolgimenti concreti anche assai diversi, quali i contenuti della legislazione; le formazioni partitiche, i loro programmi e gli esiti elettorali; l'esistenza di centri di potere con valenza politica diversi dai partiti e da quelli formalmente riconosciuti e disciplinati; l'interpretazione costituzionale e, particolarmente, quella della giurisdizione costituzionale; la prassi, ecc. Poiché punto fermo della teoria mortatiana, che ne è un tratto

distintivo, è l'idea della valenza intrinsecamente giuridica dei fatti costituzionali materiali, ciò che occorre è una teoria che consenta di abbracciare in una visione unitaria questa massa di elementi di per sé eterogenei e qui sta il contributo di Mortati.

In ogni caso, l'anzidetto rapporto di preminenza della costituzione materiale su quella formale non autorizza in alcun modo un'interpretazione del pensiero di Mortati nel senso dell'arrendevolezza di fronte al fatto compiuto. Il mero fatto continua a essere tale e dunque passibile di valutazione in termini di illegalità, se contrastante con la costituzione formale. E tale giudizio si rafforza con quello di illegittimità, se contrastante con la costituzione materiale, cioè col fine costituzionale che in essa è radicato. Tutta la « lotta per la costituzione » di Mortati nel tempo della Costituzione repubblicana, quando la nuova Carta costituzionale era contraddetta da massicci fenomeni di violazione e di mancata attuazione, è stata una lotta condotta non « nonostante » la sua teoria della costituzione in senso materiale, ma « sulla base » di essa. Egli non ha cessato di vedere nei principi che aprono il testo della vigente Costituzione la formalizzazione di quel fine costituzionale materiale tuttora costringente le parti politiche, in carenza di qualcosa che potesse assomigliare a una nuova costituzione in senso materiale, la cui realizzazione avrebbe dovuto fondare un assetto costituzionale e produrre una nuova ideologia costituzionale conforme, di cui non c'era traccia (contro, M. Dogliani, *Introduzione*, cit., 343, che parla di un Mortati deluso, che, a un dato momento della sua vicenda di studioso, avrebbe preso atto della prevalenza di una nuova costituzione materiale sulla carta del '48, non formalmente abrogata e per questo condannata a far la parte di una menzogna costituzionale). C'era invece per lui una violazione della costituzione esistente che non cessava di essere tale per il fatto di essere realizzata e doveva continuare ad ascrivere alla responsabilità delle forze politiche dominanti, impari rispetto al compito che esse stesse si erano date nel momento della loro vittoria (si vedano le *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali* del 1969, ora in *Raccolta di scritti*, cit., vol. IV, p. 174).

Adirittura il carattere di tali contenuti costituzionali materiali, preminente sulle altre parti della Costituzione scritta e strumentale, lo avrebbe poi portato a mettere in pratica quella « cedevolezza »

delle istituzioni formali di cui si parla nel testo del 1940, per tentare di piegarle, finalizzandole, al compito supremo dell'attuazione materiale della costituzione (si vedano, in proposito, le considerazioni di Giuliano Amato nella sua *Recensione alla Raccolta di scritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 1025 ss., nonché, dello stesso A., *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., in particolare p. 240 ss.).

Naturalmente, tutto ciò non ha a che vedere con la prospettiva del positivismo normativistico (la polemica contro il quale è uno dei fili conduttori dell'intero volume: ad es. p. 128) che pretende di poter ignorare i presupposti materiali della costituzione, una volta che da questi si sia passati alla legislazione costituzionale consegnata a un testo. La stabilizzazione e la garanzia della costituzione, nella prospettiva di un diritto costituzionale ricondotto esclusivamente alle norme poste da un legislatore costituente, è un'opera impervia che non può compiersi che attraverso i meccanismi formali che la costituzione stessa prevede: le procedure aggravate per la revisione costituzionale, gli istituti della giustizia costituzionale, ecc.. Ma proprio qui è la questione: se tale prospettiva sia appagante rispetto alle esigenze di vita costituzionale stabile e se, per avventura, una risposta negativa su questo punto, particolare ma cruciale, non riapra, rilanciandola e giustificandola pienamente, l'intera problematica sostanzialistica che *La costituzione in senso materiale* ha aperto.

## LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE



## AVVERTENZA

*L'argomento trattato in questo volume doveva, secondo il piano originario, formare oggetto di uno studio, destinato ad essere inserito nella « Raccolta di Scritti giuridici in onore di Santi Romano ». Ma penose vicende personali sopravvenute hanno impedito che il lavoro potesse venire completato nel tempo prescritto.*

*Se mutata è la veste con cui lo studio ora appare, e più ampie sono le proporzioni da esso assunte, non mutato è l'intento che lo ispirò: quello di rendere testimonianza di ammirazione e di reverenza al Maestro insigne.*



## INTRODUZIONE

1. Il problema relativo alla determinazione del contenuto della costituzione si suole presentare come collegato all'esigenza, propria delle c.d. costituzioni rigide, di discriminare fra parte e parte delle disposizioni contenute nel testo costituzionale, al fine di accertare quale fra esse debba essere sottoposta al procedimento speciale prescritto per le revisioni costituzionali. Sicché, muovendo da questo punto di vista, la ricerca della materia da ritenersi specifica della costituzione verrebbe a mancare di interesse, oltre che nei casi di mancanza del documento consacrante per iscritto la legge ritenuta fondamentale e del ricordato procedimento speciale <sup>(1)</sup>, anche

---

<sup>(1)</sup> L'opinione, che può dirsi generale, è nel senso della necessaria connessione fra i due elementi ricordati nel testo (forma scritta e speciale procedura di mutamento). V. HEINRICH, *Die Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff*, in *Gesellschaft, Staat, Recht*, Wien, 1931, p. 205, e DONATI D., voce «Costituzione», in *Enciclopedia Ital.*, per cui la costituzione formale presuppone una costituzione strumentale. L'accogliere quest'opinione, nell'assolutezza con cui è formulata, è in relazione al concetto che si abbia della consuetudine e alla soluzione del problema, dipendente dal concetto stesso, dell'abrogazione della consuetudine per opera di una successiva. Se si esclude la durata come elemento costitutivo della consuetudine, allora è ovvio che non potrebbe concepirsi l'esistenza di una regola consuetudinaria, che sottoponga il mutamento di dati principii organizzativi dello Stato a speciali procedimenti. Ma si dovrebbe forse diversamente opinare se, come sembra più esatto, si ritenga necessario per una valida consuetudine un'applicazione costante non solo, ma una probabilità seria in favore dell'applicazione nell'avvenire delle regole seguite, e, se naturalmente si ammetta ancora, ciò che non sembra discutibile, l'esistenza di una gerarchia fra le regole di uno stesso ordinamento consuetudinario (V. su questi problemi HEINRICH, *I caratteri differenziali della consuetudine*, in *Recueil d'études en l'honneur de F. Geny Paris*, s.a., v. II, 290. segg.). V. anche un accenno sull'abrogazione della consuetudine in FERRACIÙ, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi senesi*, 1921-1922, pp. 113, 115, abrogazione che, secondo l'A., potrebbe avvenire solo attraverso un lungo processo. Contro SIOTTO-PINTOR, in *Studi per Ranelletti*, v. II, p. 259, il quale esclude l'uso come elemento costitutivo della consuetudine, proprio nella considerazione che, altrimenti, non si potrebbe mai ottenere il mutamento

quando si dovesse escludere la possibilità di distinguere fra le varie norme consacrate nel documento stesso, al fine della sottoposizione ad esso <sup>(2)</sup>.

---

della norma consuetudinaria. V. sullo stesso argomento BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Basel 1927, p. 224). Vi sarebbe pertanto la possibilità di regole, le quali, pur non essendo consacrate in forma scritta, potrebbero essere sottoposte a mutamento solo attraverso un procedimento eccezionale. Recentemente il ROSSI (L.), *La elasticità dello Statuto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, p. 10 e segg. estr., ha contestato che sia lo speciale procedimento di revisione ad imprimere carattere di rigidità alla costituzione e, affermando che questo è, se mai, conseguenza, neppure necessaria, non mai causa di essa, ha posto come elementi necessari e sufficienti per aversi costituzione rigida: la forma scritta e solenne, da una parte, e dall'altra speciali caratteri, anche sostanziali, delle norme in essa comprese (p. 13). Sembra che tali caratteri non si riferiscano alla struttura giuridica della norma, ma alla materia, differenziabile da quella comune legislativa per l'intenzione del costituente di porla sopra a questa (intenzione che invece non è dato rintracciare, a causa della varietà ed incertezza delle fonti, nelle costituzioni flessibili) che vincola l'organo di legislazione ordinaria, abilitato alle modificazioni costituzionali. C'è qui la giusta concezione, che sarà appresso sviluppata, secondo la quale il comune legislatore, allorché dispone sulle norme che lo abilitano ad agire, o ad agire in determinato modo, assume una veste giuridicamente diversa da quella rivestita nei casi di attuazione e svolgimento dei poteri così conferiti. Ma rimane aperto, anche in questa raffigurazione, come del resto in quella comune della rigidità (ed è merito del Rossi aver mostrato l'identità dei due casi) il problema del limite, che ha un duplice aspetto: quello sostanziale, della materia la cui conservazione deve ritenersi necessaria per il mantenimento di un particolare ordinamento; e quello delle garanzie capaci di ottenere tale conservazione. Se si dovesse affermare che questo limite sia solo politico (così per es.: RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pag. 150; ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, pag. 242) non si riuscirebbe a provare la peculiarità della legge costituzionale e la sua funzione di fondamento dell'ordine giuridico.

<sup>(2)</sup> Tale distinzione è contestata, o in quanto si assuma la inesistenza di un contenuto specifico della costituzione che sarebbe possibile solo sulla base di teorie di diritto naturale (così, per es.: CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Paris 1922, pag. 572) o in considerazione del carattere supremo che sia attribuito all'organo legislativo (V. lo stesso CARRÉ, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, ecc., Paris 1933, pagg. 56 e segg.) o in quanto si ritenga, in contrasto all'opinione precedente, che la determinazione formale di ciò che deve valere come costituzione. Sia fornita sempre, indipendentemente dal contenuto, di una propria funzione condizionante la validità della legge. (V. ROSS A., *Théorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1928, pag. 369) V. anche contro la possibilità della distinzione DUGUIÉ, *Traité de droit const.*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, vol. I, pag. 58; vol. II, pag. 515; NAWIASKI, *Die Auslegung der art. 48 der Reichsverfassung*, in *Archiv des öff. Rechts*, 1925, pag. 13.

In ogni caso, il criterio di distinzione fra l'aspetto formale e quello materiale nei riguardi della costituzione si presenta in modo eterogeneo rispetto a quello che si propone per l'analoga distinzione nel campo delle altre attività statali, poiché mentre questa si suole desumere dalla particolare natura giuridica degli atti, mediante cui esse sono esercitate, l'altra viene ad essere fondata esclusivamente sulla materia, nel senso dei fatti o rapporti assunti come oggetto della regolamentazione. La determinazione di tale materia, se fatta al fine e con le limitazioni predette, non può assumere carattere di generalità, in quanto è diretta da criteri contingenti di importanza politica e condizionata alle esigenze organizzative di ogni singolo ordinamento e alle intenzioni da cui trae ispirazione ogni costituente nel predisporre particolari mezzi di revisione costituzionale.

Inoltre, collegando all'esistenza di questi mezzi la rilevanza del contenuto, si finisce con l'escludere che questo eserciti una qualsiasi funzione nei riguardi della qualificazione dell'ordinamento: in quanto si ammette che ogni mutamento di esso, anche il più radicale, sia sempre possibile, purché compiuto attraverso la forma prescritta per la revisione, e quindi, come esige la logica delle premesse, anche quello della forma stessa.

Così, considerata da questo punto di vista, la costituzione rigida si accosta a quella flessibile, in quanto in entrambe viene a mancare un punto di riferimento stabile nella successione del tempo, sicché un concetto materiale di costituzione potrebbe essere dato solo con riferimento ad un momento determinato dello svolgimento storico <sup>(3)</sup>.

Il voler desumere il contenuto proprio della costituzione dallo stesso testo costituzionale conduce ad assorbire la determinazione materiale in quella formale, e, in definitiva a negare una funzione autonoma della costituzione in ogni caso, e non solamente, come ritiene l'opinione dominante, negli ordinamenti a tipo non rigido <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Per quest'ultima affermazione cfr. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino 1937, pag. 7, che pertanto riduce il concetto di costituzione a quello formale. Da un diverso punto di vista, il ROSSI, *s. cit.*, pag. 14, osserva come sia l'elemento dell'elasticità, caratterizzante le norme costituzionali, che raggiunge di fatto il risultato di conciliare e talora superare la distinzione fra rigidità e flessibilità.

<sup>(4)</sup> Per la critica di questa opinione cfr. ORIGONE, *Sulle leggi costituzionali*, Roma 1933, pag. 32.

2. È da chiedersi se invece non vi sia luogo a ricercare un contenuto della costituzione, che sia indipendente dalle particolarità delle singole figure storiche di Stato, un contenuto assoluto, tipico, determinabile in via di deduzione logica <sup>(5)</sup> attraverso la ricerca della costante funzione che essa adempie in ogni tipo di Stato, da compiere in correlazione a quelle che devono ritenersi le condizioni fondamentali perché uno Stato possa assumere una concreta forma giuridica e realizzare i suoi compiti <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> In un senso diverso, il contenuto assoluto della costituzione è determinato dalle correnti giurisdizionalistiche con riferimento al contratto sociale, o a particolari valori storici, ai quali viene attribuito un significato universale. V. su ciò i successivi svolgimenti. Ancora diversamente dal modo com'è considerato nel testo è il concetto di contenuto tipico che, generalizzando da particolari esigenze storicamente condizionate, danno il KELSEN, *Allgem. Staatslehre*, Berlin 1925, pag. 248 e il BURCKHARDT, *Die Organisation cit.*, pag. 207, i quali lo fanno consistere nella determinazione delle condizioni per l'esercizio dell'attività legislativa. Per la possibilità di procedere ad una determinazione delle funzioni statali secondo esigenze logiche v. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, pag. 145. Contro una costruzione di pura logica v. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, cit., pag. 16, ma sembra solo allo scopo di negare validità generale alla concezione gradualistica delle fonti. Con riferimento alla costituzione parla di fondamentale necessità logica dello Stato ORIGONE, *Sulle leggi costituzionali*, cit., pag. 22, ma avendo riguardo ai presupposti di ogni singola forma statale. Per la concezione della teoria generale del diritto pubblico come sistema di deduzioni logiche dalla nozione elementare di ordinamento giuridico cfr. LIUZZI, *L'atto giurisdizionale*, in *Foro Amministrativo*, 1928, pagine 160 e 161.

<sup>(6)</sup> È opportuno mettere in chiaro che il significato attribuito alle espressioni forma e contenuto non è quello filosofico, secondo il quale la forma può essere assunta a designare la sostanza delle cose trascendente le loro mutevoli apparenze. Cfr.: per questo significato DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, in *Riv. fil. del diritto*, 1921, pag. 189; MICELI, *La realtà della persona dello Stato*, *ivi*, 1922, pag. 22. Ma, ad evitare equivoci, bisogna tener presente, come, anche limitata al campo empirico, la distinzione ha carattere relativo, e che pertanto ciò che, visto in una determinata relazione, appare forma, diviene contenuto se considerato in un diverso rapporto. Su questa relatività v. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, pag. 18; KELSEN, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto* (trad. it.), Roma 1933, p. 169; JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, p. 208; BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, cit., pag. 108. Cfr. anche ESPOSITO, *La validità della legge*, cit., pag. 187 e bibliografia *ivi*, a proposito della distinzione analoga fra vizio formale e vizio materiale degli atti giuridici. Pel rapporto fra forma e materia nell'elaborazione dei fenomeni giuridici v. CICALA, *Filosofia e diritto*, I, *sommari* vol. VII-XII, Città di Castello, 1925, pag. 41. Sempre a proposito di questo rapporto può ricordarsi l'opinione comune che afferma la precedenza logica

Se l'essenza dell'ordinamento statale è di collegare in un sistema unitario e coattivo tutte le attività che in esso si svolgono, la funzione prima, senza della quale esso non sarebbe pensabile, deve essere quella che ha per compito, in primo luogo, di porre il criterio supremo in base al quale sia possibile di circoscrivere l'ambito di efficacia dell'ordinamento, di operare il collegamento unitario predetto, il criterio capace cioè di determinare la rilevanza per lo Stato dei rapporti sociali, di operare l'imputazione ad esso dei medesimi, e conseguentemente di differenziare un particolare tipo di ordinamento non solo da quelli vigenti in ambiti diversi, ma anche dalle forme differenti da esso assunte nel corso del tempo; in secondo luogo, di attuare il sistema delle garanzie sufficienti a conferire validità al criterio anzidetto e perciò di imprimergli impronta giuridica.

Questi compiti devono ritenersi fra loro collegati in modo in scindibile; poiché, come si cercherà di mostrare, son da considerare come parti di una stessa ricerca, sia l'indagine sul modo di essere di un ordine statale, sia quella relativa al fondamento della sua obbligatorietà. Lungi dal potersi porre su piani diversi o dal potersi risolvere con criteri appartenenti a forme diverse di conoscenza, le indagini stesse appaiono rivolte agli aspetti di uno stesso problema, alla determinazione degli elementi costitutivi di un medesimo concetto: il concetto della costituzione materiale. Infatti i compiti di cui si è parlato, sono quelli attraverso i quali si realizza lo scopo tipico della costituzione, o, come anche si potrebbe dire, la sua causa giuridica, quella da cui essa riesce individuata e che conferisce valore di sistema autonomo di conoscenza alla disciplina, che l'assume come suo obbietto. Sono essi perciò gli elementi, i quali determinano quel contenuto necessario, che può formare oggetto di una ricerca di carattere generale.

---

della forma sul contenuto, del principio dell'organizzazione su quelle del comportamento v. BURCKHARDT, *Methode*, ecc., cit., pagina 107. Ma, come si vedrà l'organizzazione presuppone a sua volta una regola materiale di comportamento. Sull'influenza che il contenuto dell'atto esercita sulla scelta della forma, attraverso cui si deve concretare v. MARCILI, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano 1911, pagg. 5 e segg.

3. Si è parlato della costituzione come funzione, la prima e la più rilevante dello Stato, ma senza con ciò volerla porre sullo stesso piano delle altre funzioni fondamentali. Il fare ciò presupporrebbe una revisione della teoria delle funzioni, che sembra necessaria, ma che non entra nel compito di questo scritto. Si può solo osservare, a chiarimento del concetto qui preso in esame, come la differenza, alla quale si è già accennato, fra il modo di determinazione materiale della costituzione (compiuta in base agli oggetti da essa regolati) e quella delle altre funzioni (ottenuta attraverso la discriminazione della struttura del comando) si attenua, o addirittura scompare, quando si consideri, da una parte, che la semplice considerazione delle modalità strutturali non è sufficiente a far conseguire la distinzione fra loro delle funzioni statali, nella tradizionale tripartizione con cui vengono di solito raffigurate, occorrendo all'uopo tener conto dello scopo tipico, della causa di ogni funzione, che determina l'attribuzione ad essa degli atti rivolti a quel determinato scopo; e, dall'altra parte, si osservi come la costituzione, intesa nel senso che più oltre sarà sviluppato, ha anche caratteri strutturali propri, in quanto ha efficacia costitutiva assoluta, ed è sempre e necessariamente generale (7). Sembra che non dalla natura degli atti si possa partire per la ripartizione delle funzioni, bensì dalla determinazione di queste (da compiere in base all'esame delle direzioni essenziali verso le quali lo Stato necessariamente deve, per sorgere e agire, esplicare la sua attività) si possa argomentare per la attribuzione degli atti all'una o all'altra di esse, in quanto si palesino più

---

(7) Questi caratteri sono considerati come propri della legge materiale: ma si può osservare, che la costitutività di essa è derivata e si esplica in gradi diversi, in relazione alla posizione dell'organo da cui la legge emana, e che la generalità non è essenziale, rivestendo almeno secondo l'opinione comune, carattere sostanzialmente legislativo anche gli atti particolari di deroga al diritto vigente. È stato notato come anche la costituzione ammetta deroghe per casi singoli (Cfr.: ORIGONE, *op. cit.*, pag. 43, sulle dispense dall'osservanza della Carta; e sulla questione, in genere, della generalità della costituzione, cfr.: ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 216): ma ciò può avvenire se si consideri la costituzione come complesso di statuizioni singole, non la costituzione nel senso qui sviluppato, poiché questa, formando l'elemento di stabilità di un ordinamento, non è, per sua natura, suscettibile di deroghe.

idonei, per la loro natura, alla soddisfazione dell'interesse connesso con ogni singola funzione <sup>(8)</sup>.

Da un punto di vista generalissimo, le attività che appaiono assolutamente necessarie sono: quella che pone la costituzione fondamentale, nel senso materiale che si vedrà, e quella che realizza attraverso atti particolari i vari fini statali. Corrispondono invece a fasi di sviluppo più avanzate e sono collegate quindi con particolari forme organizzative dello Stato, le altre funzioni, che sorgono come specificazione delle due fondamentali: il governo e la legislazione, che si pongono quale attuazione immediata della costituzione, l'amministrazione e la giurisdizione, invece, forme diverse di attuazione mediata e particolare.

Ma senza indugiare su questo punto, che meriterebbe ben più ampi svolgimenti, è piuttosto da osservare come la costituzione, nel senso qui assunto, non è da ritenere necessariamente collegata a particolarità formali, a speciali solenni dichiarazioni o a procedimenti di revisione. La sua funzione, sempre uguale, qualunque sia il tipo di ordinamento, si esplica nel conferire stabilità alla forma di Stato, sorta per suo mezzo. Si è detto della legge costituzionale ch'essa rappresenta un compromesso fra le due esigenze complementari della conservazione e del mutamento, compromesso che praticamente si concreta nella predisposizione di aggravamenti della procedura di modificazione. La costituzione, invece nell'aspetto da cui ora è guardata, tende a soddisfare solo alla prima delle dette esigenze, essendo l'elemento assolutamente costante che appunto perché tale, fornisce il criterio per potere sceverare nelle leggi costituzionali (le quali si presentano quali esplicazioni parziali e contingenti di essa) la parte che, essendo più intimamente collegata con la struttura fondamentale dello Stato, partecipi del carattere di stabilità proprio di questa, dalla parte per la quale, essendo meno stretto il nesso predetto, può essere consentito il mutamento senza che ne riesca alterato l'ordine essenziale.

La ricerca del fondamento primo di un concreto ordine giuri-

---

<sup>(8)</sup> V. nel cit. scritto di ESPOSITO (pagg. 134 e segg.) un concetto analogo, ma in base alla considerazione che in ogni atto si manifestano sempre e necessariamente tutte le tre funzioni, intese come espressioni di tre diverse attività spirituali: il volere, il giudizio, l'azione.

dico, la determinazione del suo contenuto necessario, corrispondendo ad un'esigenza ineliminabile del pensiero rivolto allo studio dello Stato, si rinvencono fin dalle origini nella storia delle dottrine statali <sup>(9)</sup>: ma più frequentemente esse son presentate come staccate dall'indagine giuridica, non come collegate ad un elemento necessario di giustificazione e interpretazione del sistema positivo, bensì a un mero precedente di fatto, o ad una premessa puramente logica e speculativa dell'indagine giuridica. E invece di accertare se la determinazione di un principio primo dell'organizzazione statale non sia richiesta, oltrech  da necessit  logiche astratte, da ragioni di sistemazione giuridica: se insomma quei compiti, ai quali innanzi si   accennato e che   necessario soddisfare per potere intendere un ordinamento giuridico, quale dev'essere, cio : sistema chiuso e autonomo di norme, coerente nelle sue parti, capace di effettiva realizzazione, stabile ed uguale a s  stesso, pur nella variet  e mutabilit  degli elementi costitutivi, possano essere realizzati senza il riferimento al principio stesso.

4. Uno studio rivolto a questo scopo pu  mantenersi esclusivamente nel campo della teoria generale, in quanto si limiti a ricercare gli elementi, i quali, con carattere di necessit  e costanza, devono entrare a comporre il concetto di costituzione materiale, e a mostrare il modo di agire tipico di questo contenuto essenziale nella vita statale, prescindendo dal ricercare gli aspetti concreti che esso pu  assumere nelle particolari forme storiche di Stato.   sembrato per  opportuno non limitare l'indagine che segue ad una sfera cos  astrattamente generica, ma avvicinarla al diritto positivo, rivolgendola al modo con cui la funzione tipica della costituzione si realizza nell'organizzazione dello Stato moderno, qual   rilevabile mediante l'astrazione e la generalizzazione di alcuni caratteri propri degli istituti costituzionali di quel tipo di Stato, riavvicinabili fra loro per l'identit  della funzione cui sono rivolti e la somiglianza dei principi strutturali, dai quali appaiono informati <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Oltre alle citazioni che saranno appresso riferite, V. quelle, relative agli orientamenti in questo senso, di indole pi  propriamente filosofica, contenute, nello scritto di DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del diritto*, cit., p. 189.

<sup>(10)</sup> Si esclude invece la considerazione filosofica del problema.   stato sollevato

Si rivolgerà anzitutto l'attenzione, nella prima parte dello studio, al modo come il problema della costituzione è Stato considerato dal

---

il dubbio se questa esclusione sia legittima, se cioè sia possibile una esatta soluzione di esso senza desumerne gli elementi dalla filosofia. Così per la teoria delle fonti, che in sostanza si identifica con la teoria della costituzione, cfr.: BELING, *Die Rechtswissenschaft: ihre Funktion u. ihre Grenzen*, in *Recueil Geny*, cit. I, pag. 160, il quale assegna alla gnoseologia il compito della ricerca preliminare, necessaria alla scelta della fonte da cui desumere la regola del diritto; v. anche LEVI A., *Istituzioni di teoria generale del diritto*, Padova 1932, I, pag. 10; ASCOLI MAX, *L'interpretazione delle leggi*, Roma 1928, pagg. 13 e segg. per cui la ricerca delle fonti prime del diritto, dei principi generali dovrebbe essere sottratta alla dogmatica ed attribuita esclusivamente alla filosofia del diritto, altrimenti la dogmatica formulerebbe un principio che è fuori di lei. Senza volere affrontare *ex professo* la questione dei rapporti fra dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto (v. PAGANO, *I caratteri differenz. della filosof. del d. e della dogm. giuridica*, in *Riv. fil. del dir.*, 1926, pag. 535; CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, *ivi*, 1933, pag. 170), e pur senza negare i nessi della ricerca giuridica con quella filosofica, derivanti dalla comunanza dell'oggetto dell'indagine, si può ammettere un'autonomia della prima rispetto alla seconda pensando alla diversità degli scopi perseguiti da ciascuna.

Così per quanto riguarda l'oggetto in esame, la determinazione del concetto di costituzione può compiersi accertando anzitutto, in via di deduzione logica, i presupposti perché la funzione di unificazione e di stabilizzazione di un ordinamento giuridico possa essere adempiuto, desumendo poi dall'osservazione del modo di costituirsi e di funzionare di Stati concreti la indicazione delle concrete forme di realizzazione di quei presupposti. Certamente può variare la maniera di intendere le esigenze della regolamentazione giuridica, e quindi può concepirsi in modo più o meno vasto l'ambito da attribuire ad un ordinamento: il che significa che l'indagine proposta presuppone a sua volta, come suo punto di partenza, l'accettazione di un dato concetto di diritto e di Stato. (Cfr.: W. HEINRICH, *Die Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff*, cit., pag. 175; ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Riv. diritto pubbl.*, 1926, I, p. 285-286; e soprattutto BATTAGLIA, *La concezione speculativa dello Stato*, in *Scritti di teoria dello Stato*, Milano 1939, pag. 83 e gli ampi riferimenti, *ivi*, sui modi diversi di intendere il concetto giuridico di Stato). Ma qualunque indagine giuridica muove, sia pure implicitamente, dall'assunzione di una determinata concezione del diritto statale (v. in questo senso anche LIUZZI, *s. cit.*, pag. 162). Il giurista può, nei suoi fini, limitarsi a scegliere quella concezione la quale sia suscettibile di dare una rappresentazione del fatto giuridico più aderente alla realtà sociale, quella più comprensiva, capace cioè di spiegare il maggior numero di rapporti che emergono da quella realtà, con la pretesa di una regolamentazione coattiva. In senso analogo v. ORLANDO, *s. l. cit.*; il quale, per giustificare il rigetto della tesi che afferma l'irrelevanza dei processi generativi delle norme, osserva che questa tesi porterebbe ad escludere importanza giuridica a fenomeni, cui usualmente viene attribuita. Alla generale esperienza si richiama il ROMANO, *L'ordinam. giur.*, cit., pag. 7 e 16; v. anche DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. fil. del diritto*, 1923, pag. 214. Si potrebbe anche ricordare la legge dell'economia del

positivismo empirico, e da quello critico da una parte, e dall'altra dalle tendenze che, pur con vario orientamento, sono collegate dall'esigenza di inserire nella considerazione giuridica il principio sottostante all'ordine normativo. Nella seconda parte si cercherà di precisare in che modo sia da determinare il contenuto tipico della costituzione e si esamineranno alcuni degli aspetti, nei quali si manifesta la sua influenza nello svolgimento concreto dell'ordinamento.

---

pensiero, che il Kelsen, in *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 18, trasferisce, dal campo del pensiero teorico per il quale il Mach l'aveva formulata, a quello normativo, attribuendo carattere di vigenza a quell'ordinamento, secondo il quale può essere contrassegnato come conforme al diritto quanto maggior numero di fatti è possibile. Il BURCKHART, *Organisation*, cit., pag. 196, oppone che al teorico del diritto s'impone non di spiegare il maggior numero di fatti, bensì di trovare la norma con cui giudicare i fatti, siano questi pochi o molti. Riservando al resto della trattazione un tentativo di chiarimento di questo punto, basterà qui riaffermare la necessità che la scienza del diritto assuma fra i suoi compiti la ricerca del fondamento dell'ordine positivo, della fonte suprema che unifica e coordina tutte le attività, le quali per essa vengono a comporsi in sistema, anche se per far questo debba assumere come presupposto un dato concetto di diritto. La legittimità della scelta dovrà risultare dalla dimostrazione che senza quel concetto il complesso delle norme risulterebbe insufficiente a coprire tutta la realtà giuridica, quale risulta dall'osservazione dell'effettivo funzionamento degli istituti. Naturalmente la considerazione giuridica, riguardando un singolo settore della realtà, non può che essere parziale, la visione unitaria spettando alla filosofia, cui compete pronunziare giudizi valutativi delle forme giuridiche in relazione ai fini universali, oltreché determinare la posizione del pensiero giuridico nel sistema delle attività dello spirito.

CAPITOLO I  
LE PRINCIPALI TEORIE  
SULLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. Il positivismo empirico, per le stesse premesse da cui muove, non solo non si pone il problema della costituzione in modo complessivo, nell'unità degli aspetti già rilevanti, ma, per quanto riguarda ciascuno di questi singolarmente presi, o li esclude dalla considerazione giuridica, o non offre criteri validi per la soluzione delle questioni che essi implicano. Così esso è portato a porre fuori della teoria dommatica ogni ricerca circa il fondamento della costituzione e la sua validità <sup>(1)</sup>; non riesce a determinare alcun principio direttivo per quanto riguarda la determinazione della continuità o meno dell'ordinamento, in occasione di mutamenti costituzionali, o nella questione, connessa a questa, della formazione derivata degli Stati, e costruisce l'unità del complesso normativo a posteriori, esclusivamente attraverso un processo di analisi, di coordinazione, di generalizzazione dalle norme <sup>(2)</sup>. Onde la tendenza, da parte di questo indirizzo, di

---

<sup>(1)</sup> V. per es.: PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internaz.*, 1917, p. 199; dello stesso autore: *Necessità e stato di necessità*, ecc., in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, p. 273; MARINONI, *L'universalità dell'ordine giuridico statale e la concezione del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1916, I, p. 227 e segg.; BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato*, in *Rivista*, predetta 1921, I, p. 113; BURCKHARDT, *Organisation*, cit., p. 126; e sostanzialmente in modo analogo ESPOSITO, *Validità*, cit., p. 238. Più generalmente, sui limiti posti dal positivismo all'indagine giuridica nel campo del diritto statale, v. le indicazioni di BATTAGLIA, *La concezione speculativa dello Stato*, cit., pag. 82 e segg. Naturalmente, il termine « positivismo » si adopera qui in senso convenzionale limitato, poiché qualsiasi scienza del diritto non può che essere positiva. Cfr. THOMA, *Handbuch des deut. Staatsrechts*, Tübingen, 1930, I, p. 5.

<sup>(2)</sup> E anzi v'è la tendenza di vedere in ogni mutamento, anche di singole leggi, un mutamento del sistema: v. per es., LABAND, *Das Straatsrecht*, ecc., Tübingen, 1911, II, pag. 55; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), Torino, 1886, I, pag. 25.

contrassegnare la costituzione esclusivamente pei suoi caratteri formali <sup>(3)</sup>.

A parte la considerazione che, con tale limitazione, riesce impossibile cogliere la funzione caratteristica della costituzione, propria di ogni comunità organizzata, e non solo di quelle in cui essa è rivestita di particolari forme, è da osservare come questa consacrazione in testo speciale di una data materia, e le limitazioni espressamente poste ai mutamenti di esso, anche colà dove sono poste, non appaiono sufficienti — come l'esperienza del diffuso fenomeno dei mutamenti taciti (*Verfassungswandlungen*) o, comunque, attuanti all'infuori dei particolari procedimenti previsti dimostra, — a garantire l'osservanza della speciale disciplina giuridica predisposta, ed a mantenere quindi alla materia stessa il carattere costituzionale, ove esso sia impresso solo da questa disciplina. Inoltre, è da osservare come — se da un punto di vista strettamente positivisticco — appare conseguente identificare la materia costituzionale con il complesso delle disposizioni inserite nel testo della costituzione, questa soluzione va incontro ad un'altra difficoltà, comunemente rilevata <sup>(4)</sup> derivante dal fatto che, a volte, il testo stesso, o le leggi complementari si presentano frammentari o lacunosi, sì che da essi non è dato desumere la disciplina di materia, che dovrebbe esservi inclusa, o comunque il criterio capace di ricondurre ad unità di sistema il

---

<sup>(3)</sup> Così per LABAND, *o. c.*, II, p. 72 e segg.: « il concetto di costituzione è estraneo agli Stati con costituzione non scritta ». Per la insufficienza dello scritto a operare la differenziazione formale della costituzione v. HEINRICI, *o. c.*, p. 23; *Verfassungslehre*, München u. Leipzig, 1928, p. 13; HSU DAU LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin u. Leipzig, 1932, p. 18. V. invece sul valore dello scritto in sè, come divieto di decostituzionalizzazione, ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 210. Sulla identificazione della costituzione con la legge quando manchi una speciale istanza costituzionale, oltre gli autori cit. innanzi, v. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, 5<sup>a</sup> ed., Firenze 1909, p. 139; HATSCHKE, *Deutsche u. preuss. Staatsrecht*, Berlin, I, 2<sup>a</sup> ed., p. 50; HERRNITT, *Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung u. Verfassungsänderung*, Tübingen-Leipzig, 1901, p. 434; BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1909, pag. 46 segg. e pag. 556, e, più generalmente, ESPOSITO, *o. c.*, p. 229 e segg. Incerto il pensiero di G. JELLINEK, che, in *Gesetz u. Verordnung*, Freiburg, 1887, p. 262, aveva svolto fra i primi, la distinzione fra la costituzione in senso formale e quella in senso materiale (e ugualmente in *Allgemeine Staatslehre*, p. 210), pone poi l'elemento differenziale solo in caratteri formali, *ivi*, p. 531 e 534).

<sup>(4)</sup> V. per es., JELLINEK, *o. c.*, pag. 486.

complesso delle norme. Ma prescindere dal testo, per ricercare aliunde la materia da assoggettare alla particolare disciplina delle leggi costituzionali esigerebbe di trascendere l'ordine legale <sup>(5)</sup>, il che non potrebbe avvenire se non attraverso una ricerca, la quale deve apparire al positivismo estranea al compito del giurista.

I tentativi di raggiungere una determinazione della materia costituzionale compiuti dagli scrittori appartenenti a questo indirizzo (inficiati già dalla convinzione della irrilevanza pratica di essa) si risolvono in enumerazioni, più o meno vaste, di oggetti vari <sup>(6)</sup>, che non possono non suscitare un'impressione di arbitrarità, non essendo esse dirette da criteri forniti di validità generale, ma legate alla considerazione dei singoli ordinamenti e spesso ispirate, anche se inconsapevolmente, a quei presupposti ideologici o politici, che pure teoricamente sono proclamati irrilevanti per il mondo del diritto.

2. Il problema della costituzione riceve un notevole approfondimento da parte di quegli scrittori, che, pur appartenendo all'in-

---

<sup>(5)</sup> V. ancora le Osservazioni di SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1927, p. 315, sulla impossibilità di desumere dal contenuto della norma costituzionale, di per sé il diverso grado di rilievo giuridico ad essa attribuibile.

<sup>(6)</sup> Cfr. JELLINEK, *o. c.*, p. 487, e sul suo esempio la più gran parte della dottrina costituzionalistica. L'incertezza nella determinazione del contenuto logico della costituzione si riflette in altri tentativi come in quello di HEINRICH che (in *o. c.*, pag. 201) estende il contenuto tipico anche alle norme sull'esecuzione, il che implicherebbe — se si volesse uscire dall'estrema genericità del concetto di organizzazione in senso ampio — la determinazione della parte dell'ordinamento esecutivo da ritenere costituzionale. Ma sull'impossibilità di separare, mediante il concetto di costituzione materiale, il diritto costituzionale dall'amministrativo e dal processuale, v. lo stesso HEINRICH, *o. c.*, pag. 203 e bibliografia ivi. Così si dica ancora per quanto riguarda l'inclusione nella materia costituzionale dei rapporti con i sudditi (su cui v. HEINRICH, *o. c.*; WALDECKER, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1927, p. 598; SOLAZZI, *Note critiche sul concetto di libertà*, Bologna, 1912, pag. 162. Contro: SCHMITT, *o. c.*, pag. 200; SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, pag. 87. Il KEISEN, *Staatslehre*, cit., p. 252, fa della disciplina del rapporto con i sudditi il contenuto di un concetto di costituzione in senso largo, non dedotto solo in via logica, ma riposante su una lunga tradizione storica); oppure i rapporti fra gli Stati membri di uno Stato composto fra loro e con lo Stato centrale, su cui REDSLOB, *Abhängige Länder*, Leipzig, 1914, pag. 127 e segg., contro: WENZEL, in *Festgabe für K. Bergbohm*, Bonn, 1919, pag. 196 e segg.

dirizzo positivo, sono consapevoli delle esigenze metodiche della ricerca.

A questa corrente positiva critica non poteva apparire elemento sufficiente di differenziazione delle norme costituzionali dalle altre la prescrizione di speciali modalità per il loro mutamento e ciò, oltre che per i motivi già considerati, — per il fatto che le prescrizioni stesse, considerate dal punto di vista della loro funzione, che è di porre le condizioni per la validità di altre manifestazioni di volontà dello Stato, non hanno natura diversa da quella delle varie categorie di atti (per es.: disposizioni di legge ponenti a leggi successive limiti di contenuto) i quali sono anch'essi nella relazione di condizionante a condizionato rispetto ad altri atti, ad essi subordinati. Da questo punto di vista non potrebbe ritrovarsi nel rafforzamento dell'efficacia formale propria della legge con la caratteristica della costituzione, nel senso ritenuto dal Laband (7).

L'elemento specifico della costituzione capace di differenziare questa rispetto agli atti predetti, dovrebbe invece rintracciarsi nel carattere particolare delle condizioni destinate ad essere da essa poste alla restante attività dello Stato: e tale carattere particolare sarebbe da desumere, anzitutto, dal fatto di essere esse le sole necessarie in via logica per pensare esistente lo Stato, poi da quello, consequenziale al precedente, di essere le supreme (8).

Per quanto riguarda quest'ultimo punto è da osservare che, se anche si voglia rigettare come inesatta, nella absolutezza con cui è rappresentata dalla corrente che fa capo al Kelsen e al Merkl, la tendenza gradualista delle fonti, e si voglia consentire nella tesi che considera come pari ordinate fra di loro le varie manifestazioni di volontà dello Stato escludendo una diversa intensità e gradualità

---

(7) Un accenno in tal senso è già in JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, cit., pag. 261 e segg. Cfr. anche BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 210; KELSEN, *Staatslehre*, cit., pag. 248; ESPOSITO, *Validità*, cit., pag. 90. In questo senso, all'infuori della concezione gradualista delle fonti, v. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg 1898, I, p. 107. Sostanzialmente nello stesso senso è l'Osservazione di HAENEL, *Das Gesetz im formellen u. materiellen Sinne*, vol. II, degli *Studien zum deut. Staatsrecht*, Leipzig 1888, pagina 113 in opposizione all'opinione di LABAND (*Staatsrecht*, cit., I, p. 577) ricordata nel testo.

(8) V. MOKRE, *Zum Begriff der Verfassung im mater. u. formellen Sinn*, in *Archiv des öff. Recht*, 1932, pag. 238.

della volontà stessa <sup>(9)</sup>, non può tuttavia contestarsi che, almeno nei riguardi della costituzione, sia da postulare come necessaria una posizione di supremazia della medesima di fronte alla restante attività <sup>(10)</sup>.

La consapevolezza della peculiarità di posizione della costituzione rispetto agli altri atti Statali nel senso indicato ha portato a desumerne il contenuto essenziale in base agli elementi intrinseci di differenziazione, derivanti da questa sua posizione. Se infatti la costituzione contiene le condizioni essenziali, è da chiedersi quali possano considerarsi tali, e, se tali condizioni sono le supreme che cosa le fa tali e come si esprime la loro supremazia.

Il Burckhardt <sup>(11)</sup> ha il merito di aver posto in rilievo come, anche indipendentemente da ogni differenziazione formale, le norme che creano il potere e l'organizzazione legislativa (le quali, anche per lui, come per la scuola normativa, sono la materia

---

<sup>(9)</sup> Su questa tesi v. soprattutto ESPOSITO, *o. c.*, pag. 68 segg. e bibliografia ivi.

<sup>(10)</sup> Contro la tesi della supremazia è l'ESPOSITO, *o. c.*, pag. 81 e segg., ma in sostanza questo A., non contesta che una graduazione di effetti fra i vari atti vi sia e che quindi una manifestazione di volontà prevalga su altre, ma invece tende a costruire questo fenomeno in modo diverso da quanto si fa comunemente, contestando che possa basarsi sull'intensità del volere o sulla supremazia dell'organo. Ma, qualunque altro concetto si seguisse, anche se si ritenesse che tutti gli atti siano, nello stesso grado, creativi di diritto, bisognerebbe arrestare questa parità di posizione di fronte alla costituzione: poiché è essa a fornire il criterio, da cui può argomentarsi la creatività, o l'uguale grado di creatività, deve necessariamente porsi fuori dell'ordine degli altri atti, in una funzione che origina e condiziona quest'ordine. Anche se si guardi ad un altro aspetto del problema, a quello della positività, non si potrebbe contestare la superiorità della costituzione, intesa nel suo significato materiale. Così si dica della teoria della circolarità di A. Ross, secondo cui la istanza superiore è condizionata all'inferiore, che deve realizzarla. Questa considerazione (che, come si vedrà, deve condurre a includere nella costituzione le forze atte a garantirne l'osservanza) non porta a contestare la superiorità della costituzione sulle altre manifestazioni di volontà statale, ma anzi, la riafferma, e solo pone in rilievo come l'istanza alla quale si deve attribuire carattere supremo non può dedursi a priori, logicamente, ma è determinabile prendendo in considerazione la totalità sociale (cfr.: *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig u. Wien, 1919, p. 360 e segg.). Quindi l'istanza suprema può variare nella sua composizione: ma non venir meno la sua funzione condizionante in modo assoluto le altre attività.

<sup>(11)</sup> BURCKHARDT, *Gesetzrecht*, in *Politisches Jahrbuch des schweiz. Eidgenoss.* Bern, 1910, p. 37; *Kommentar der schweiz. Bundesverfassung*, Bern, 1931, p. 3; *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, cit., pagina 206 e segg.

specifica della costituzione) sono diverse da quelle poste nell'esercizio dell'attività legiferante perché emanazione di una volontà diversa e superiore a quella che esplica quest'ultima, irriducibile perciò ad essa: in primo luogo per la diversità del fondamento, in quanto le prime non possono desumere la loro legittimità da una regola antecedente, ma da un fatto, in secondo luogo per la differenza nel grado di stabilità essendo le prime, diversamente dalle altre, immodificabili<sup>(12)</sup>. Infatti il mutamento delle condizioni poste pel valido funzionamento dell'organo supremo non potrebbe avvenire per opera dell'organo stesso, ingenerando ciò una contraddizione logica, che farebbe venir meno il carattere di ordine normativo, ma solo per opera di un'istanza superiore, istanza che però non può essere prevista da alcun sistema di norme; sicché il mutamento stesso, non essendo riconducibile ad un principio giuridico proprio dell'ordinamento, avrebbe valore di alterazione della struttura di fatto sulla quale esso poggiava.

Il problema, posto dal Burckhardt con grande esattezza, non riceve da lui soluzioni che possano soddisfare, come si cercherà in seguito di mostrare; ciò sembra doversi attribuire alla maniera di intendere l'ordine giuridico, da cui quest'autore muove, che mentre lo porta a limitare il contenuto della costituzione alla determinazione delle condizioni formali per l'esercizio dell'attività legislativa e a riporre in queste il contrassegno per l'identificazione dell'ordinamento, lo induce a trascurare, come di mero fatto, gli elementi che conferiscono validità e stabilità all'ordinamento stesso.

Rispetto a quella ora ricordata, la concezione del Kelsen<sup>(13)</sup> costituisce un ulteriore svolgimento e un tentativo di maggiore

---

<sup>(12)</sup> Su questo punto v. specialmente *Organisation*, cit., pag. 210, nonché Ross, *o. c.*, p. 360, contro VERDROSS, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, in *Juristische Blätter*, 1916, p. 472, che aveva, affermando la possibilità che una norma dichiararsi se stessa non modificabile, trascurato di considerare la diversità di posizione di una tale norma rispetto alle altre emanate dalla stessa istanza e l'esigenza di trovare lo speciale suo fondamento di validità e la garanzia di stabilità, che la fa essere norma, la sottrae cioè all'arbitrio.

<sup>(13)</sup> Per la prima volta esposta in *Archiv. für öff. Recht*, 1914, v. 32, p. 216; poi in *Das Problem der Souveranität*, ecc., Tübingen, 1920, p. 100; in *La naissance de l'Etat*, ecc., in *Revue de droit international*, 1929, n. 616; in *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 248; in *Reine Rechtslehre*, p. 67.

approfondimento del problema. Essa, muovendo dall'esatta considerazione che dal mero fatto non possa dedursi un rapporto di obbedienza e di comando di carattere giuridico, e che quindi la validità delle norme costituzionali non possa su di esse fondarsi <sup>(14)</sup>, è condotta a postulare, al di sopra della costituzione in senso giuridico positivo (che ha come suo contenuto necessario le norme disciplinanti il procedimento legislativo) una costituzione in senso giuridico logico, concepita quale norma suprema, caratterizzata dall'essere: anzitutto, giuridica (poiché altrimenti sarebbe eterogenea rispetto all'ordinamento); in secondo luogo, fornita non di un contenuto assoluto di carattere materiale (come per esempio: quello postulato dalle concezioni giusnaturaliste), ma invece di uno che, in contrapposto a questo, appare solo formale, costituito dall'ordine di agire secondo il comando dell'organo supremo; inoltre, fondamentale, perché diretta a spiegare la validità e l'identità dell'ordine positivo; infine, ipotetica, perché ottenuta non in via positiva, cioè per deduzione da una norma precedente, ma posta dal pensiero per rendere pensabile un ordine giuridico come positivo <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> V. soprattutto: *Allgem. Staatslehre*, p. 34. Per l'affermazione di una analoga esigenza, ma con svolgimenti assai diversi, v. ROMANO, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 48. E ancora HERRNRIIT, *Staatsform*, cit., p. 43; PERGOLESI, *Ossezzazioni sul sistema gradual.*, ecc., in *Studi per Vacchelli*, Milano, 1938, p. 383.

<sup>(15)</sup> L'ipotesi di una *Grundnorm* era stata già formulata da W. JELLINEK (in *Gesetz, Gesetzesanwendung*, ecc., Tübingen, 1913, pag. 27 e poi in *Verwaltungsrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Berlin 1931, pag. 119. Vi è però una notevole differenza nel modo di intenderla rispetto a KELSEN. Per JELLINEK la norma è assolutamente astratta e generica (« quello che comanda il potere supremo deve essere obbedito ») e quindi immutabile, indipendentemente dalla realtà. Invece per KELSEN essa è collegata ad ogni singolo ordinamento: muta quando, a spiegare un dato ordinamento positivo, occorre assumere una diversa norma fondamentale. Nello stesso ordine di concetti di K. MERKEL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1923, pag. 209 e segg., e, da noi, PERASSI, *Teoria domm.*, cit., pag. 198. Sui nessi fra la norma fondamentale e il concetto di « ipotesi della costituzione » del SANDER (in *Faktum der Revolution*, ecc., in *Ztschr. für öff. Recht*, I, p. 164), cfr. WALZ., *Die Ursprungsnorm*, ecc., in *Archiv des öff. R.*, 1930, p. 23. Di una *allgemeine Rechtssatz* « piena di mistero », in virtù della quale qualcuno è legislatore, aveva parlato ZITTELMANN: *Gewonheitsrecht und Irrtum*, in *Archiv für die civ. Praxis*, 1883, p. 458, ma senza ulteriore svolgimento. Di una norma fondamentale di podestà parla anche INVREA, *La parte gen. del diritto*, Padova, 1935, pag. 199, ma in senso diverso e poco chiaro, poichè essa sarebbe norma suppletiva di quelle positive, ma in fatto applicata quando la norma preesistente non sia applicabile.

Il carattere sintetico della presente trattazione esclude che si possa analizzare diffusamente il valore di questa concezione, che è stata oggetto di una vasta letteratura critica <sup>(16)</sup> non tutta illuminata da un'esatta comprensione del pensiero del Kelsen, pensiero che del resto è esso stesso non sempre chiaramente formulato, e che ha subito una certa evoluzione <sup>(17)</sup>.

Basterà osservare, ai fini del presente scritto, come sia palese nel Kelsen la contraddizione fra l'esigenza di escludere dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei rapporti sociali e l'implicita deduzione della norma presupposta proprio da questa realtà. Infatti, o la norma presupposta è veramente solo un'ipotesi, un surrogato logico necessario per rendere teoricamente pensabile il diritto positivo, ed allora viene meno al suo scopo ed appare inutile, poiché, se non si risolve in una mera tautologia <sup>(18)</sup>, non aggiunge nulla di nuovo, non dà ragione della validità del diritto stesso, non risolve l'antitesi fra costituzione reale e costituzione giuridica; oppure non è un'ipotesi in quanto suscettibile di prova ed anzi valida solo a questo patto <sup>(19)</sup>, ed in tal caso essa può costruirsi solamente sulla

---

<sup>(16)</sup> Per un'obiezione di carattere generale alla teoria di Kelsen, secondo la quale questi invece di porre, come avrebbero richiesto i presupposti filosofici da cui muove, un principio ontologico, produttivo di tutta la realtà giuridica, intesa come puro dovere, ossia un apriori logico, del tutto indipendente dal mondo dell'essere, si basa in realtà su un concetto generale desunto dall'esperienza, v. l'ampia ed acuta analisi di TREVES (R.), *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, pag. 113 e segg.; LOCKEL, *H. Kelsensrechts-theoretische Methode*, 1930, p. 115 e segg.

<sup>(17)</sup> Ciò è detto con riferimento al modo di apprezzare il requisito della positività per la determinazione del concetto di ordine giuridico, e quindi alla funzione della *Grundnorm* in questa direzione. Si possono paragonare al riguardo il pensiero espresso dal Kelsen in *Das Problem der Souv.*, cit., pag. 98 e segg. (secondo cui deve ritenersi errato desumere dal concetto stesso del diritto l'efficacia, in via media, delle sue norme) con quello manifestato successivamente nella polemica con HOLD KERNECK (cfr.: *Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung*, 1926, p. 20), affermantì l'esistenza di una differenziazione più di formulazione che di sostanza con il pensiero degli avversari su questo punto. V. le obiezioni mosse a questa tesi dal WENZEL, in *Veröff. der Verein. der deut. Staatsrechtslehrer*, 4<sup>o</sup> quad., 1928, 114 e segg. e p. 205, nonché la replica dello stesso Kelsen, *ivi*, p. 172. V. anche Ross, *o. c.*, p. 259.

<sup>(18)</sup> In tal senso HEINRICH, *o. c.*, pag. 197. Anche per SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 8, è tautologico il dire che qualche cosa vale se essa vale e perché vale.

<sup>(19)</sup> Così HEINRICH, *v. l. c.*; TREVES, *o. c.*, pag. 114.

base della conoscenza del suo contenuto sociologico, identico con gli effettivi rapporti di forza <sup>(20)</sup>.

Ma se sono queste forze a conferire, non solo efficacia, ma validità all'ordinamento dovrebbe argomentarsi che, contrariamente a quanto il Kelsen ritiene, la norma che ne emana, dando luogo ad un vero grado sopraordinato sulla legislazione, sia da considerare essa stessa il vero specifico contenuto della costituzione, e, inoltre, che in questa debbano anche includersi le forze stesse come soggetto da cui emana la norma predetta <sup>(21)</sup>.

Si può ancora osservare come il modo puramente formale di intendere questa fa venir meno la possibilità di risolvere in modo soddisfacente sia il problema dell'identità, che quello dell'unità dell'ordinamento. Per quanto riguarda il primo, il Kelsen, a differenza del Burckhardt, ammette che possa esservi un mutamento costituzionale che non alteri l'identità dello Stato, e desume il criterio per distinguerlo da quello che modifica l'identità stessa, dal mantenimento o meno dalla *Grundnorm*. Ma, per giudicare di questo, fa riferimento alla forma con la quale la trasformazione costituzionale si è attuata cioè alla legalità o illegalità del procedimento che ha portato al mutamento, qualunque sia l'entità di questo <sup>(22)</sup>. Ora è da osservare che, se la

---

<sup>(20)</sup> Nello stesso senso VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, 1923, pagg. 24, 82; HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwiss. und Sozialpolitik* 1926, pag. 308; Roffenstein, *Kelsen Staatsbegriffe und die Soziologie*, in *Zeitschrift für öff. Recht*, vol. 4, pag. 551.

<sup>(21)</sup> V. HEINRICH, *o. c.*, p. 197; CAPITANI, *L'illicite*, I, Paris, 1929, p. 165; Ross, *o. l. c.*; BURCKHARDT, *Organisation*, cit., p. 209, nota I. Invece per KELSEN la norma fondamentale non può contenere le norme del sistema giuridico perchè queste sono atto di volontà, mentre la prima, analogamente che per W. JELLINEK, è *Erklärungssatz*, atto di pensiero. In KELSEN il porre la norma fondamentale come puramente obbiettiva, e l'assenza di ogni ricerca del soggetto di essa, corrisponde alla tendenza ad una concezione impersonale dell'ordinamento, nel quale la sovranità è della norma, non degli individui.

<sup>(22)</sup> KELSEN, *Staatslehre*, cit., p. 249. Nello stesso senso di K., ma senza riferimento ad una norma fondamentale, SOMLO, *Iuristische Grundlehre*, Leipzig, 2<sup>a</sup> ediz., 1927, p. 117; e in Italia, CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1921, p. 545, e recentemente ORIGONE, *Sulle leggi cost.*, cit., pag. 37; quest'A., pur ammettendo un senso materiale di costituzione, finisce però con il considerare quale contenuto essenziale della costituzione solo l'organo supremo, facendo dipendere dal mantenimento di questo, l'identità dell'ordine positivo. Cfr.

*Grundnorm* dev'essere intesa, come sembra che il Kelsen l'intenda, non in modo generico (« ubbidite all'organo supremo chiunque esso sia »), ma con riferimento alla particolarità di un dato ordinamento, la soluzione che egli dà alla questione della continuità di questo, anche a volere accettare il punto di vista formale, da cui egli si pone, appare in contraddizione con le premesse. Infatti il mutamento dell'organo supremo, sia pure compiuto attraverso l'impiego delle forme legali, cioè con la partecipazione di questo, non può non importare la modificazione della norma fondamentale, in quanto questa verrebbe ad imporre l'obbedienza ad un organo supremo diverso dal precedente. Sembra pertanto che, accolta tale soluzione, la norma verrebbe a perdere insieme alla funzione di garanzia della continuità dell'ordinamento quella di mezzo di riconoscimento della permanenza di questo.

Per quanto riguarda poi l'unità del sistema la concezione formale del Kelsen non riesce a realizzare l'esigenza, a cui tende, di spiegare il diritto vigente secondo la connessione dei gradi legati dalla norma fondamentale. O meglio vi riesce, ma in senso solo formale, nel senso cioè della conoscenza teoretica <sup>(23)</sup>, escludendo dal diritto, obbietto della scienza giuridica, tutto ciò che non possa conoscersi in base ad un ordine di deduzioni logiche, e con la conseguenza di ammettere l'esistenza di un doppio ordinamento, di un doppio aspetto o di un doppio fondo del diritto, corrispondente alla distinzione fra l'atto di volontà creativo del diritto e la conoscenza del diritto <sup>(24)</sup>.

---

contro il K. Ross, *o. c.*, pag. 367; SCHMITT, *o. c.*, pag. 102, nonché gli autori, che saranno in seguito ricordati.

<sup>(23)</sup> KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1<sup>a</sup> ed., 1921, p. 103, e inoltre in *Veröff.*, cit., 1928, p. 177. V. anche, in *Staatslehre*, cit., pagg. 229 e 251, nello stesso ordine di idee, il rimprovero fatto alla teoria del contratto sociale (che considera analoga alla *Grundnorm* nella funzione di ricondurre ad unità la molteplicità degli atti statali) di avere un contratto di carattere materiale.

<sup>(24)</sup> Nel senso della fondatezza di questa distinzione si pronuncia MEZGER, *Der Begriff der Rechtsquellen*, in *Festgabe für Heck*, ecc., Tübingen, 1931, p. 29. V. già precedentemente PACHMANN, *Über die gegenwärtige Bewegung der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1882, p. 4; e anche BONUCCI, *s. c.*, p. 119, che però, con minore rigore logico del KELSEN, trova l'unità del fenomeno politico e di quello giuridico nel momento della costruzione, nel quale si rileverebbero gli imperativi, impliciti nelle norme. La distinzione del KELSEN generalizza e razionalizza la tesi, già da altri formulata, che considera

Coerentemente a tali premesse il Kelsen esclude da quest'ultima, in primo luogo, la teoria dell'interpretazione, affermando, contro la giurisprudenza concettuale, l'impossibilità di riempire esattamente lo schema legislativo in base a criteri rinvenibili nella legge stessa e l'appartenenza del problema interpretativo al campo della politica legislativa<sup>(25)</sup>; in secondo luogo il caso di riempimento di lacune tecniche<sup>(26)</sup>, quello della discrezionalità, quello del rinvio da parte del legislatore a norme non giuridiche per supplire alla mancanza di disposizioni di legge<sup>(27)</sup>. Così questi due campi, in cui viene scissa la realtà giuridica, rimangono incomunicabili fra loro, nonostante il loro ricollegarsi ad una stessa *Grundnorm*, attraverso un formale sistema di delegazioni<sup>(28)</sup>.

Deve tuttavia riconoscersi che la determinazione dei presupposti necessari, per la soluzione del problema, in termini strettamente giuridici, della costituzione è stata compiuta dal Kelsen nel modo più esatto. Lo Stato non ha altra realtà che quella giuridica in quanto si pone come punto di riferimento delle attività destinate ad essere

---

come casi di duplicità di ordinamento giuridico in uno stesso sistema la coesistenza di più fonti che sembrano non riconducibili ad unità (Così KÖHLER, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, Berlin, 1996, § 9) o che, con diversa formulazione, ma con pensiero uguale sostanzialmente, valuta come fatto la consuetudine che si afferma accanto o contro il diritto (v. per es. BURCHARDT, *o. c.*, p. 235). In un senso diverso da quello ora visto si è da altri (per es., da HAURIQU: v. citazioni in CARRÉ DE MALBERG, *Tbéorie*, cit., I, p. 239) fatto riferimento a un duplice sistema giuridico scaturente da due serie giuridiche coesistenti: il diritto positivo e il diritto sorgente dalla regola di giustizia. L'HUBER (in *Ztschrift für gesammte Staatswissenschaft*, 1934, p. 15) vede in queste distinzioni una caratteristica del modo di pensiero del secolo XIX: il « *Trennungdenken* ».

<sup>(25)</sup> V. *Formalismo*, cit., pag. 170. Su questa tesi v. HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, Berlin, 1931, pag. 144 e gli sviluppi di SCHREIER, *Die Interpretation der Gesetze*, ecc., Leipzig u. Wien, 1927, p. 4 e segg.

<sup>(26)</sup> V. *Reine Rechtslehre*, cit., pag. 90 e segg. e specie, pag. 96. Inoltre in *Veröff.*, cit., pag. 122.

<sup>(27)</sup> V. *Reine Rechtslehre*, cit., pag. 106.

<sup>(28)</sup> L'unificazione nella *Grundnorm* appare ancora più apparente, che sostanziale, nei riguardi di quella parte del diritto extrasistemico, per il quale non vi sia rinvio espresso da parte del legislatore, parte che il KELSEN (*Zur Soziologie des Rechts*, in *Archiv. f. Sozialwiss. u. Sozialpol.*, 1912, pag. 605) fa rientrare nel sistema, sulla base di una delegazione implicita nella norma fondamentale. Con maggiore coerenza con i presupposti dottrinali della scuola il MERKI esige sempre un apposito rinvio giuridico positivo (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien u. Berlin, 1927, pag. 152).

incluse nel sistema in cui si sostanzia: e la costituzione è il criterio supremo attraverso cui si opera tale riferimento. Se è vero che gli svolgimenti appaiono insufficienti o in contrasto con le esigenze poste <sup>(29)</sup> è vero altresì che proprio dalla considerazione di queste insufficienze e contraddizioni viene spianata la via per una esatta valutazione della norma fondamentale. Bisognerà all'uopo dimostrare come essa non sia altra cosa se non la costituzione in senso giuridico, e come, a determinarla esattamente, bisogna precisare il soggetto da cui emana, precisare che ad essa è da attribuire un carattere non puramente ipotetico ma positivo, un contenuto non meramente, ma anche sostanziale; dimostrare in altri termini come non possa distinguersi fra presupposti concettuali e elementi forma-

---

<sup>(29)</sup> Così, per es., se il KEISEN ha avuto il merito di avere mostrato la falsità della pretesa del positivismo empirico di poter costruire tutto il diritto di base a deduzioni logiche da norme positive, e l'artificio, da esso a volte usato, nella formazione di concetti non ricavati rigorosamente dal materiale empirico, ma costruiti allo scopo di poterne derivare le norme giuridiche desiderate, è egli stesso, in alcune pratiche applicazioni, caduto in quel sincretismo metodologico da lui criticato (v. su ciò TREVES, *o. c.*, p. 75). È stato giustamente osservato come, dietro alla generale concezione kelseniana dell'ordine giuridico stia proprio uno di quei presupposti di carattere politico materiale, sul cui rigetto si basa la dottrina pura del diritto. Sembra infatti corrispondere ad un'assolutizzazione della concezione liberale la posizione della legge come suprema fonte normativa, che corrisponde all'esigenza pratica della tutela della libertà dei cittadini e che trova il suo completamento nella norma implicita, esclusiva, di libertà per casi non regolati. (V. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 100). Sebbene questa norma sia dal KEISEN chiamata negativa, essa sembra formulata in modo analogo a quella posta dal D. DONATI, in *Il problema della lacuna dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910). Inoltre l'affermazione dell'equivalenza delle soluzioni, non deducibili logicamente, si innesta pure alla concezione liberale, la quale considera le medesime come soluzioni di forza, ritenute le più idonee a realizzare le armonie prestabilite. Può anche ricordarsi come corrisponda al contenuto della costituzione dello Stato parlamentare di legislazione la limitazione di essa a regole di organizzazione e di procedimento, allo scopo di rendere pubblici e ammissibili diversi indirizzi; cfr., in proposito SCHMITT, *Legalität u. Legitimität*, München u. Leipzig, 1932, p. 23. Come a ciò sottostasse un interesse di classe e come da questo interesse sia sorta l'antitesi di costituzione reale e costituzione giuridica mostrano le considerazioni di OPPENHEIMER, *System der Soziologie*, 1916, v. II, p. 646. L'esistenza di presupposti politici nella teoria del KEISEN (su cui v. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 8; SMEND, *Verfassung u. Verfassungsrecht*, München — Leipzig, 1928, p. 128; HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 275 e soprattutto SANDER, in *Zeitschrift für off. Recht*, 1921, p. 511), è stata, com'è noto, vivacemente contestata dallo stesso (v. *Formalismo*, cit., p. 168; *Der Staat als Integration*, cit., p. 32). Sul punto v. anche TREVES, *o. c.*, p. 123 e, contro l'opinione ricordata, Ross, *o. c.*, p. 202.

tivi del concetto giuridico di costituzione, poiché anche i primi sono necessari a questo allo stesso titolo degli altri. La distinzione è, se mai, fra contenuto tipico e contenuto empirico della costituzione, fra costituzione e legge costituzionale <sup>(30)</sup>.

3. Mosso dalle stesse esigenze cui obbedisce la costruzione ora vista, un altro indirizzo teorico ricerca, come quella, il fondamento dell'unità e della validità del sistema delle norme positive risalendo ad un elemento diverso da questo e ad esso anteriore e sopraelevato, ma con questa differenza che l'elemento in parola viene inteso come qualche cosa di eterogeneo dall'ordine normativo, cioè come qualche cosa di esistenziale, di vivente solo nel mondo della realtà materiale.

Questa corrente di pensiero si ricollega, più però per lo spirito informatore che per il concreto modo di risolvere il problema, ad una tendenza assai antica; che anzi può dirsi <sup>(31)</sup> dominante fino al

---

<sup>(30)</sup> Su quest'ultima distinzione v. ENGLISHI, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelber, 1935, p. 12, nota 1, e gli autori che saranno in seguito ricordati.

<sup>(31)</sup> V. i cenni di ZWEIF, *Die Lehre vom Pouvoir constituant*, Tübingen, 1909, pag. 6, sulla distinzione fra costituzione e ordine nominativo in PLATONE e in genere nel pensiero greco pre-aristotelico; v. inoltre ARISTOTILE, *Politica*, trad. Costanzi, Bari, 1918, I, p. 1 e segg. (in modo divergente, sull'interpretazione del pensiero aristotelico su questo punto, cfr. JELLINEK, *o. c.*, pag. 492 e SOMLÓ, *o. c.*, pag. 315). Ancora sul pensiero degli antichi in genere al riguardo v. SMEND, *o. c.*, pag. 68. Sul modo di considerare nel medio-evo la costituzione come *status*, come *institutio*, cioè non le norme, ma le caratteristiche posizioni di forza cfr. SCHMIDT R., *Die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen* (in *Festgabe für O. Mayer*, Leipzig, 1916, pag. 89 segg.). Rientra anche in questo indirizzo la dottrina del contratto sociale, per la valutazione ch'essa fa di una realtà sociale organizzata ispirante e legittimante l'ordinamento positivo. Cfr. HAURIQU, in *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, pag. 16 segg.; HELLER, *Die Souveränität*, Berlin u. Leipzig, 1927, pag. 82. Per la vecchia e la moderna pubblicistica tedesca v. citazioni in SCHMIDT, *o. c.*, pag. 96 segg. Può ricordarsi anche nello stesso ordine di idee la teoria della nazione, quale è svolta dalla dottrina francese e italiana e che si ricollega alle concezioni della scuola storica e di quella organica tedesca. Il DONATI, (voce *Costituzione*, in *Enciclop. Ital.*), riconduce a queste teorie dei politici dell'antichità, del medio-evo e della prima età moderna le recenti concezioni istituzionali dell'ordine giuridico.

Mentre la concezione normativa della costituzione caratteristica del moderno positivismo giuridico è collegata alle esigenze dello Stato di diritto e al suo bisogno di certezza e di stabilità, l'odierno rifiorire di dottrine istituzionali, alle quali si farà cenno, è dovuto al mutato clima storico, al succedersi di violente e rapide trasformazioni costituzionali, al diverso modo di intendere sia il concetto del diritto, sia le funzioni e lo

prevalere del moderno positivismo giuridico, di fronte alla quale si differenzia nel senso che si è accennato.

Non è possibile prendere in esame questo vasto complesso di dottrine, le quali potrebbero, forse con qualche utilità, essere classificate secondo il diverso modo con cui le medesime raffigurano l'entità sociale alla quale tutte in definitiva fanno riferimento come sostrato dell'ordine normativo e secondo la differente valutazione che esse fanno del rapporto fra quell'entità e quest'ordine.

Così sarebbero da distinguere, in primo luogo, le teorie che, ricogliendosi alla tendenza già prima esaminata, considerano il sostrato sociale come puro presupposto del sistema legale e quindi, data la postulata eterogeneità dei due elementi, non si pongono il problema delle loro relazioni, o se lo pongono in modo che non appare utilizzabile per la considerazione giuridica. In secondo luogo, quelle le quali ritengono esistente, accanto alla costituzione in senso proprio, un'altra costituzione, che è considerata come sociologica, ma alla quale attribuiscono tuttavia requisiti o funzioni, che la fanno apparire giuridicamente rilevante. Infine le teorie, le quali considerano direttamente e immediatamente giuridico l'ordinamento che precede quello formato dal complesso delle norme, e sul quale esse fondano l'ordine complessivo dello Stato. Queste ultime, a loro volta, sarebbero da differenziare fra loro con riguardo alla varietà dei modi, secondo i quali raffigurano l'ordinamento preesistente al sistema normativo.

Da un punto di vista metodico generale, può osservarsi che, in contrapposto a questa ultima posizione, solo la prima delle dette tendenze si presenta coerente con le premesse da cui parte, in quanto, considerando essa l'ordine normativo come chiuso e completo, trovante in sè stesso la sua spiegazione, conclude logicamente per la irrilevanza di ogni entità, che non sia riconducibile all'ordine stesso. Meno logica invece appare l'altra opinione, la quale ritiene sussistente una costituzione reale accanto a quella giuridica, ma, pur affermando l'eterogeneità di natura dell'una rispetto all'altra, ammette tuttavia la sussistenza di nessi fra di esse, e la rilevanza della prima sulla seconda, senza però riuscire a determinare i modi e le

---

scopo dello Stato, che ha portato a confinare in una sfera più esigua la esigenza della predeterminazione astratta e generale rispetto a quella della concreta attività.

forme di questa rilevanza e giungendo così necessariamente ad assorbire uno dei termini nell'altro e a negare in pratica quella duplicità di entità postulata <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Questa posizione di pensiero si può rilevare in modo caratteristico in JELLINEK, dal quale deriva più spesso la successiva frequente giustapposizione di costituzione reale e di costituzione giuridica (cfr. *Staatslehre*, cit., p. 337 e p. 308 e già nel precedente scritto *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906, pag. 72. Si tornerà in seguito su questa corrente di pensiero: possono per ora ricordarsi come ad essa appartenenti SEIDLER, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, 1929, p. 35 segg.; SCHMIDT R., *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, I, pag. 191; HATSCHEK, *Deut. u. Preuss. Staatsrecht*, I, pag. 23; REDSLOB, *Abhängige Länder*, Leipzig, 1914, pag. 190 segg. (pel concetto di « forte maggioranza del popolo ») come unità non organizzata); HELLER, *Staatslehre*, cit., pag. 260 segg. (che considera la costituzione giuridica come posta al servizio di quella reale, ma senza chiarire come ciò possa avvenire, una volta che si pongano i due ordini come distinti). Un tentativo di mediazione fra l'ordine e sociale e quello giuridico e di determinazione della giuridicità del rapporto corrente fra queste due entità eterogenee, ha fatto di recente l'ESPOSITO, con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano (*Lo Stato e la nazione italiana*, in *Archivio di dir. pubblico*, 1937, pag. 410 segg.): ma non sembra che esso, nonostante l'acutezza spiegata nella costruzione, possa ritenersi riuscito. L'autore, ritenendo che, ammessa l'esistenza di un sostrato sociale dello Stato, questo sia da determinare non in via generale, ma con riferimento alle particolarità di ogni ordinamento, sostiene che per l'Italia esso è da identificare con la nazione e che questa entità, pur rimanendo di fatto, assume in virtù del richiamo che le leggi fanno ad essa, rilevanza pel diritto ed anzi entra con lo Stato in un rapporto di carattere giuridico. Tale rapporto egli configura come analogo a quello sorgente sulla base dell'ordinaria rappresentanza giuridica (pag. 462 segg.) e sostiene che, per mezzo di esso, lo Stato viene ad esercitare in modo concreto i poteri che sono di spettanza della nazione (pag. 452). Sulla costruzione dell'ESPOSITO si può sinteticamente osservare come non sembra che essa soddisfi a quelle esigenze dalle quali l'Autore era mosso nel procedervi. Per potere assegnare all'ente reale, posto a base dello Stato, la funzione che l'ESPOSITO gli attribuisce si sarebbe dovuto dimostrare, in primo luogo, la sua capacità all'esercizio di un potere di fatto, in secondo luogo il carattere effettivo e non puramente nominale della rilevanza dell'ente stesso sull'ordinamento giuridico, infine l'indole specifica di questa rilevanza, cioè la peculiarità del suo modo di presentarsi in rapporto all'ordinamento italiano. Ora invece, nell'assumere la nazione come l'entità sottostante al nostro Stato, non si è avuto cura di ricercare se in essa concorrono quei requisiti capaci di farne un soggetto vivo e reale: ciò non certamente nel senso, giustamente rigettato dall'ESPOSITO, di consentirgli di contribuire alla formazione della volontà giuridica dello Stato, perché ciò sarebbe in contrasto con la postulata assenza di potestà giuridica nel sostrato reale, bensì nel senso del possesso di una capacità, sia pure solo di fatto, di volere e di agire, evidentemente necessaria per potere assumere la titolarità di quelle potestà, che sono dall'autore considerate proprie della nazione: capacità che del resto dovrebbe essere il presupposto necessario affinché possa parlarsi di ente reale e la

Solo il terzo gruppo di dottrine può apparire rilevante al fine dell'indagine, che qui si vuole compiere, diretta — come si è detto —

---

ragione della assunzione, che, qualunque sia il punto di vista da cui si muove, si faccia di questo nella considerazione giuridica. Ora la nazione, come sarà meglio chiarito in seguito, è sfornita di quegli elementi organizzativi suscettibili di farne un ente reale. Ed è anche in relazione a ciò, oltre che il modo secondo cui l'ESPOSITO intende il rapporto con lo Stato, che la allegata rilevanza giuridica si mostra in realtà inesistente, o puramente nominale. Dei due elementi, dai quali sorgerebbe la rilevanza predetta: cioè, da una parte, la realtà storica della nazione, dall'altra, il suo riconoscimento legale si dovrebbe dare preminenza al primo, anzi si dovrebbe ritenere che, poiché una realtà storica, se è tale, non può che agire irresistibilmente, l'ente nazionale dovrebbe produrre gli effetti che ad essa si attribuiscono indipendentemente da ogni espresso riconoscimento, pel fatto stesso di esistere. Così, per conseguenza, gli effetti stessi non sarebbero specifici dell'ordinamento italiano, ma propri di qualsiasi Stato a base nazionale, e viceversa, essi non dovrebbero mai potersi produrre senza l'effettiva sussistenza del sostrato reale. Ma accade che la insuscettibilità della nazionale di formare un'entità obiettivamente apprezzabile, l'impossibilità per essa di porsi come soggetto di volontà politica rende per necessità puramente formale il riferimento che ad essa faccia il diritto. Sicché, mentre l'ESPOSITO ritiene che il riconoscimento legale della nazione abbia, al fine del prodursi degli effetti da lui affermati, valore solo dichiarativo, sembra che in realtà si debba ad esso attribuire valore costitutivo, esclusivo e che pertanto, quel qualunque effetto che voglia farsi derivare dall'ente nazionale possa prodursi solo negli ordinamenti che si richiamano a questo, e, anzi che esso sia verificabile anche in assenza di qualsiasi realtà storica, per semplice virtù di legge, quando la legge, in contrasto coi fatti, supponga esistente la realtà stessa (ipotesi questa non puramente scolastica, ma possibile a verificarsi in realtà in Stati plurinazionali, che si propongano di fare apparire, per fini vari, come reale un'omogeneità etnica inesistente). Ma, a parte ciò, gli effetti indicati si rivelano, anche ad un esame non approfondito, come puramente apparenti: così il rapporto di appartenenza alla nazione degli elementi costituenti lo Stato (popolo, territorio, potestà di impero), affermato dall'Autore allo scopo di spiegare la natura giuridica degli elementi stessi, non serve in realtà a chiarire affatto il problema, ma si rivela solo un modo di esprimere l'opinione, abbastanza diffusa e poggiata su una particolare concezione del diritto, che ritiene di carattere extragiuridico il rapporto con gli elementi predetti. Del resto lo stesso Autore è portato ad affidare la prova di questo assunto, più che al riferimento alla nazione, ad altre « più sostanziali ragioni » di validità generale, indicate da lui alle pagg. 449 e 459. La stessa considerazione può valere per altri effetti ricordati alla nota 2 di pag. 473. Anche nei riguardi del secondo aspetto che assumerebbe la rilevanza giuridica della nazione per lo Stato, cioè la rappresentanza del primo da parte del secondo (a prescindere da ogni considerazione sulla possibilità, che sembra debba escludersi, di configurare giuridicamente un rapporto del genere, con riferimento ad un ente di fatto, tesi della quale lo stesso Autore ha dato più ampi svolgimenti nel successivo scritto: *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino, 1939) la

alla determinazione di un concetto di costituzione che non costringa a mutilare la realtà giuridica o a farla muovere su due piani diversi, non

---

rilevanza si palesa come puramente nominale. L'allegato carattere rappresentativo si dovrebbe tradurre, se fosse effettivo, in una posizione speciale o in uno speciale atteggiamento degli uffici o delle persone fisiche agenti per lo Stato o comunque in particolari effetti rilevanti giuridicamente. Invece, il rapporto di rappresentanza, inteso nel senso proposto dall'ESPOSITO, conduce a sovrapporre nei pubblici uffici alla qualità di organi dello Stato da essi rivestita quella di rappresentanti della nazione, oppure ad ammettere una duplice rappresentanza, nel caso che si voglia qualificare come rappresentativo il rapporto che l'opinione dominante ritiene di carattere organico. L'agire in nome della nazione da parte degli Organi non produce insomma nessun effetto diverso da quello che discende dall'attività esplicata appunto nella loro qualità di organi, poiché, in ogni caso, gli atti da essi emessi esercitano la loro efficacia immediatamente sui cittadini. Lo stesso autore deve aver sentito l'inadeguatezza della sua costruzione alle esigenze specifiche cui dovrebbe corrispondere la concezione della rappresentanza politica, come sembra potersi desumere dai richiami, sia pure fuggevoli, che egli fa a considerazioni relative all'omogeneità di contenuto fra gli atti degli organi rappresentativi e le finalità e gli interessi della nazione (v., in questo senso, p. 478, n. 3; e p. 479, dove afferma che lo Stato italiano odierno è corporativo e fascista perché la nazione è tale) considerazioni che però sembrano irrilevanti, perché non influiscono sul rapporto rappresentativo, se inteso nel senso che s'è visto. Ubbidisce anche, implicitamente ad un criterio analogo l'ammissione, che l'A. fa a p. 475, relativa alla possibilità di una graduazione degli organi secondo la quantità di rappresentanza da essi posseduta. Non sembra che la rappresentanza in sé sia suscettibile di graduazione: quello che può variare è il numero o la qualità dei poteri, ciò che però non influisce nel senso di far variare il grado di rappresentatività. Vi può essere effettivamente negli organi una diversità nel nesso che collega i medesimi con l'elemento personale dello Stato; ma per apprezzare tale diversità si dovrebbe fare riferimento non alla generica qualità di rappresentante della nazione, la quale sarebbe comune a tutti, bensì a qualche elemento differenziale, da rintracciare fuori dallo schema formale della generale rappresentanza giuridica. Così, per esempio, ritenere che lo Stato italiano è fascista perché la nazione è tale, si potrebbe non in base alla generica dichiarazione dello Statuto, che afferma il carattere rappresentativo del nostro Stato, oppure della Carta del lavoro per l'identificazione che questa fa della nazione con lo Stato, ma solo in considerazione delle particolarità strutturali impresses al nostro ordinamento, dirette a conseguire il conformarsi del comportamento di certi organi ai bisogni e ai sentimenti della comunità sociale.

La diffusione data all'esame della tesi dell'ESPOSITO non è dovuta solo all'importanza di essa e all'autorità dello scrittore, ma soprattutto al fatto che la tesi stessa offriva l'occasione di comprovare l'esattezza delle osservazioni generali esposte nel testo. La conclusione che sembra potersi trarre è che le ipotesi possibili a farsi sono solo due: o si configura l'entità sottostante all'ordinamento normativo anch'essa in termini giuridici, e allora si deve trovare il modo di riunire i due ordini in un'unità armonica, oppure si pone la medesima su un piano diverso da quello del diritto e, in tale caso, si deve-

interferenti fra loro, ma consenta di considerare questa armonicamente, nel suo complesso, in una superiore e comprensiva unità. A questo scopo sarà opportuno prendere in considerazione qualcuna delle concezioni più caratteristiche appartenenti a questo gruppo: l'esame critico di esse sarà fatto con l'intento di mostrare in che modo debba essere concepita la unità più semplice, ma più comprensiva, sottostante all'ordine legale; cioè quali requisiti debba possedere perché possa adempiere alla funzione che ad essa è da attribuire: funzione che, come si è detto, non è quella di spiegare i presupposti materiali per l'esistenza dello Stato, o di indicare le condizioni empiriche per poter pensare come concretamente attivo un ordine giuridico astratto<sup>(33)</sup>: bensì di fondare quest'ordine e di configurarlo in modo da potere raccogliere sotto di sé tutti i rapporti della vita associata, bisognevoli di tutela, anche se non regolati dal sistema normativo. Si tratta cioè di vedere se le concezioni che si prenderanno in esame siano riuscite a rappresentare ordine sottostante a quello normativo in modo distinto dai fattori puramente sociologici, da quei fattori cioè che possono

---

rinunziare a qualsiasi possibilità di comunicazione con questo e quindi alla sua utilizzabilità.

Può essere utile ricordare alcune altre opinioni, che si richiamano alla rappresentanza a proposito della relazione dello Stato con l'ente sociale: così l'HAUROU, in *Précis de droit public*, Paris, 1910, p. 661, ricorre al concetto di rappresentanza per contrassegnare i rapporti fra l'organo e l'istituzione obbiettiva: ma, poiché egli intende quest'ultima come entità non giuridica, dà in definitiva un concetto solo psicologico di rappresentanza. Invece in altro scritto lo stesso A. (*Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 262) configura come rapporto di delegazione quello corrente fra la nazione (ritenuta capace della podestà di volere) ed i vari poteri pubblici. In senso analogo RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1913, p. 155 afferma il carattere giuridico della rappresentanza della nazione da parte dello Stato, in quanto attribuisce alla nazione personalità morale, di natura anche essa giuridica. Motivo questo del resto frequente nella dottrina francese, come si avrà occasione di vedere in seguito. Sul ricorso al concetto di nazione-organo, fatto allo scopo di vincere ogni dualismo, cfr. DUGUIT, *Traité*, cit., II, p. 22. V. recentemente nella dottrina tedesca JERUSALEM, *Der Staat*, Jena, 1935, p. 294 e 312 per la raffigurazione dello Stato totalitario come rappresentante della *Gemeinschaft*.

<sup>(33)</sup> Quest'ultima esigenza aveva presente il DONATI (*La persona reale dello Stato*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1921, I, p. 1 e segg.), nel ricercare l'elemento capace di dare concretezza di vita all'ente irreali Stato: elemento che egli, in armonia con la sua concezione positivistica del diritto, rinveniva nell'organizzazione delle persone fisiche agenti per lo Stato. La ricerca in oggetto è in parte diversa, come facilmente può rilevarsi.

valere come antecedenti, come presupposti di quell'ordine, ma non sono suscettibili di qualificarlo, di porsi essi stessi quali elemento di esso, quali fonte di obblighi, anzi come fonte suprema, e se quindi sia loro riuscito di non incorrere in quel sincronismo metodologico, che è più facile deprecare in linea di principio che non evitare di fatto<sup>(34)</sup>. In altri termini è da accertare se, alla stregua delle teorie che si esamineranno, possa ritenersi soddisfatta l'esigenza, cui tende la presente ricerca la quale, si ripete ancora, non è diretta a spiegare il modo del sorgere e del sussistere di un diritto sociale, distinto o contrapposto a quello dello Stato, diritto che può senz'altro ammettersi sulla base del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e quindi della separabilità del concetto di diritto da quello di Stato, e neppure è diretta a rinvenire fonti diverse da quelle legali positive, da giustapporsi dualisticamente a queste, ma di trovare invece il principio che conferisca giuridicità ad esse e le unifichi in un'entità più comprensiva.

4. In via generale, è da affermare che il principio ricercato non potrebbe rinvenirsi facendo riferimento ad una volontà o ad una coscienza collettiva, o più genericamente alla società, come entità sottostante allo Stato, sia se intesa come realtà oggettiva, in senso naturalistico, sia come unità spirituale di valori soggettivi<sup>(35)</sup>. Alle

---

(34) Ciò può dirsi soprattutto per JELLINEK G., *o. c.*, pag. 152 e segg. e per la sua distinzione fra il lato sociale dello Stato, che egli pone nell'associazione, e il lato giuridico, che troverebbe espressione nella corporazione: distinzione che non solo rimane oscura nel suo significato, per la insufficiente specificazione degli elementi, che entrerebbero a comporre gli aspetti predetti, ma viene in pratica negata. V. anche sul rincretismo metodologico e sul c.d. metodo criptosociologico: HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., p. 134.

(35) Per la considerazione della società, sottostante all'organizzazione statale, come unità spontanea, dovuta a fattori di ordine spirituale, che determinano la coscienza di una comune appartenenza e gli scopi comuni, e che si esprime quale unità di cultura v., oltre gli scrittori che saranno appresso citati, JELLINEK, *o. c.*, pag. 76; BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der iur. Personen*, in *Archiv. des öff. Rechts*, vol. 5, p. 242; HAENEL, *Deut. Staatsrecht*, I, Leipzig, 1883, p. 81; HALSCHERK, *Einleitung in das öff. Recht*, Leipzig, 1926, p. 18; in Italia, le concezioni del FALCHI e del PANUNZIO sulla persona ideale dello Stato. Contro la possibilità di considerare queste unità come contrapposte all'ordine legale e contro il concetto di società come unità chiusa, accanto allo Stato, v. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, cit., pag. 62; e in Italia

espressioni predette non sembra possa attribuirsi altro significato se non quello indicativo dell'esistenza, in un gruppo di associati, di una certa omogeneità di condizioni geografiche, storiche, razziali, culturali, di una certa affinità di interessi e di idee: omogeneità, che può assumere valore per un ordinamento giuridico, come precedente o presupposto del sistema normativo da esso instaurato, o acquistare rilevanza diretta in virtù di un rinvio che esso faccia alle entità sociali determinabili in virtù dell'omogeneità stessa <sup>(36)</sup>. Invece come si è ricordato una serie numerosa di dottrine, pur attraverso una grande varietà di atteggiamenti particolari, ha come motivo comune quello di ritenere la comunità sociale sottostante allo Stato come già ordinata in un complesso unitario e fornita essa stessa di valore giuridico. Non è certo possibile, né sarebbe utile ricordare tutte le numerose teorie orientate verso questa tendenza: basterà fare un cenno di quelle più recenti e più significative allo scopo di ricercare se il modo secondo cui esse hanno raffigurato l'ordine sociale originario possa ritenersi sufficiente per attribuire a queste il carattere di entità giuridica, tale da porsi come contenuto di una costituzione fondamentale, da valere come sostegno e mezzo di integrazione delle leggi costituzionali.

Le dottrine predette possono distinguersi in due grandi gruppi: le prime, meno elaborate e più limitate nelle loro applicazioni, rappresentano l'unità sociale, immutabile pur con il variare delle forme assunte, nella successione del tempo, dallo Stato che sorge sulla sua base, come soggetto attivo solo al momento dell'instaurazione di queste varie forme, cioè come potere costituente, che

---

recentemente CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova, 1935, p. 10 e segg. V. anche i cenni sull'argomento e la bibliografia citata in SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, pag. 73, rilevanti per la parte relativa al significato politico e polemico attribuito nel secolo XIX al termine società.

<sup>(36)</sup> Rinvii frequenti, com'è noto, sia nel campo dei rapporti internazionali, che in quelli interni: più specialmente rilevanti i riferimenti a raggruppamenti nazionali e ora a quelli razziali. V. su alcuni di essi MORTATI, in *Lo Stato*, 1934, pag. 210 e segg. Pel caso di Stati plurinazionali cfr. JELLINEK, *o. c.*, pag. 104 note. Non può invece assimilarsi ad un rinvio alla nazione come entità distinta il riferimento che ad essa sia fatto da parte della legge penale: in questo caso titolare dell'interesse protetto è sempre lo Stato. Cfr. esattamente su tale punto CRISAFULLI, *Il concetto di Stato nel codice penale*, in *Riv. penale*, 1935, p. 14 estr.

agirebbe direttamente solo in modo intermittente, mentre in via normale trasferirebbe, per virtù di delegazione, i poteri ad esso propri agli organi costituiti <sup>(37)</sup>. Le altre invece, mentre da una parte tentano una determinazione dei caratteri da assegnare all'ente sociale per pensarlo capace di un'attività unitaria, dall'altro attribuiscono a questo una funzione più ampia e più continuativa che non quella limitata al costituirsi dello Stato, o al mutamento della sua forma.

La figura più frequente con cui è raffigurato nel mondo moderno l'ente sociale in parola è la nazione, la forma tipica di quelle comunità, che sono state chiamate « chiuse ». Variamente inteso dalla dottrina l'elemento da assumere come determinante l'unità onde essa risulta, ma tuttavia concordante la maggioranza nell'attribuire ad esso carattere spirituale, anche quando si ritenga necessario

---

(37) Questa corrente di pensiero si manifesta in modo più caratteristico nella dottrina francese, erede della tradizione rivoluzionaria, che, soprattutto per opera del SIEYÈS, ha affermato la sovranità della nazione, alla quale attribuisce un potere costituente originario e perpetuo. Per la storia di questo concetto cfr. ZWEIG, *o. c.* Questo motivo è ancora dominante nella dottrina francese: v. ESMÉIN, *Éléments de droit constitutionnel*, I, p. I, e, più efficacemente, CARRÉ DE MALBERG, *o. c.*, vol. I, pag. 42 e segg., e specie p. 50, 65, 186, e vol. II, p. 484 e segg. Sulle contraddizioni di questo scrittore, che in realtà dà un valore solo di fatto all'entità sociale, anche per l'opinione, che egli sostiene, della precedenza dello Stato sul diritto, si avrà occasione di tornare in seguito. Per una critica del concetto di sovranità nazionale cfr. VILLEY, *La souveraineté nationale*, in *Revue de droit public*, 1904, p. 56 nonché DUGUIT, *o. c.*, I, p. 583 e segg. e vol. II, p. 2 e 16, secondo cui la nazione è solo il milieu sociale nel quale si produce il fatto Stato. V. anche JELLINEK, *o. c.*, p. 274 sull'esistenza di una volontà originaria che si manifesterebbe immediatamente nei mutamenti rivoluzionari. Analogamente ESPOSITO, *Validità cit.*, p. 203; e *Organo, ufficio, oggettività dell'organo*, Padova, 1932, p. 47 e 51, che invoca quella tesi a sostegno dell'opinione, sostenuta nel secondo degli scritti citati, sulla possibilità dell'attività dello Stato all'infuori dell'esistenza degli organi: la tesi stessa sarà oggetto di esame quando si prenderà in considerazione il problema della continuità dello Stato. È opportuno ricordare, per i nessi che ha con l'opinione predetta, la distinzione che fa lo STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Stuitgart. 1866, I, p. 25, e *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, München, 1921, vol. I, pag. 408, con riferimento al nuovo regime sorto in Francia dalla rivoluzione dell'89, fra costituzione ed ordine dello Stato: la prima intesa come formazione libera, dal basso in alto, della volontà dello Stato, in virtù della quale i singoli vengono riuniti come viventi membri dell'organismo statale; il secondo rivolto a dare organica esecuzione alla volontà così formata.

per costituirlo il concorso di fattori etnici <sup>(38)</sup>, la nazione è considerata, in sostanza, come organismo a sé, avente una realtà che precede l'individuo e che, determinandone all'infuori della sua volontà il comportamento, consente il confluire delle azioni di ognuno dei partecipanti alla comunità in una unità armonica spontanea, che così viene a porsi a base dell'ordine giuridico positivo <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> V. fra le più efficaci determinazioni del concetto di nazione quella del RENAN, *Pagès françaises*, 8<sup>a</sup> ed., Paris, 1926, p. 70. V. altri recenti tentativi di precisazione del concetto stesso in PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato*, Perugia, 1933 e di questo autore, la recente *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 303 nota, in cui, rettificando l'opinione espressa nello scritto precedente, afferma l'erroneità della duplicazione in sede giuridica di nazione e di Stato. V. ancora: MICELI, *Lo Stato e la nazione*, ecc., Firenze, 1890, RENARD, *Théorie de l'institution*, cit., pag. 205; DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité*, cit., I, pag. 205; JERUSALEM, *Über den Begriff der Nation*, Jena, 1932. L'antitesi che questo scrittore, (v. soprattutto: *Der Staat* cit., pag. 136 e segg. per la distinzione fra comunità chiusa e comunità aperta) e, in genere, i sostenitori del concetto di *Volksgemeinschaft*, vorrebbero porre rispetto alla concezione, che designano individualistica, che sarebbe stata propria della rivoluzione francese, e più apparente che reale. La costruzione tedesca di un'unità spontanea del popolo in una *Volksgemeinschaft* ha anche un intento pratico: quello cioè di giustificare il rigetto di un regime di partiti diversi e fornisce una nuova prova della dipendenza delle teorie giuridiche dai presupposti politici. Si potrebbe osservare come la esistenza di una comunità chiusa, nella quale lo spirito collettivo permea di sé tutti i singoli componenti, attuando una specie di armonia prestabilita, giustificerebbe, in via logica, più un regime di libertà e di sovranità del popolo, che uno autoritario. Anche a questo proposito, si può ricordare come da identici presupposti, si possano trarre conseguenze diverse, così com'è avvenuto per la dottrina del contratto sociale.

<sup>(39)</sup> Sul concetto di spirito comune del popolo, così inteso, v. soprattutto gli sviluppi di JERUSALEM, *Der Staat*, cit., p. III, che si richiama alla filosofia dei valori del RICKERT, e il cui pensiero evidentemente si ricollega alle concezioni organiche (cfr. GIERKE, *Deut. Genossenschaftsrecht*, 1886, I, p. 830, nonché *Deut. Privatrecht*, I, 1895, p. 466; REHM, *Allg. Staatslehre*, Freiburg, 1899, p. 159). Per JERUSALEM, *o. c.*, pag. 82 la costituzione fondamentale, formata dal popolo, ordinato secondo il principio del *Führer* forma, un ordinamento primario, che dà luogo allo Stato in senso largo: contrapposto a questo è lo Stato in senso stretto, oggetto di una costituzione derivata, disciplinante l'organizzazione dei vari poteri. Più radicale ancora è l'HOHM, (v. soprattutto di lui *Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft*, Hamburg, 1935), che assorbe l'organismo giuridico Stato nella realtà vivente del popolo: realtà concreta, che esclude pertanto ogni astrazione giuridica (la soggettività dello Stato, così come quella dell'individuo) e che si realizza direttamente, in quanto naturalmente ordinata secondo il principio del *Führer*. Sul duplice aspetto dell'ordinamento statale si può richiamare la distinzione, diversamente posta e rivolta allo scopo di spiegare l'autolimitazione dello Stato, di JELLINEK G.,

Per valutare l'esattezza di quest'opinione bisogna ricordare ancora una volta come la ricerca di una unità originaria non è diretta a spiegare il problema del primo costituirsi dell'ordinamento e neppure quello della sua legittimazione, che sono estranei al diritto, bensì a trovare il fondamento giuridico di un concreto sistema positivo, la fonte suprema di questo. Ciò posto, è da chiedersi se la nazione abbia i requisiti necessari per adempiere a questa funzione: dallo stesso modo nel quale viene configurata da quanti ne affermano il carattere giuridico appare come l'essenza spirituale, che la fa una, non opera direttamente, ma pel tramite dei singoli individui, che ne sono parte costitutiva: individui nei quali però lo spirito collettivo non agisce nella stessa misura, essendovene alcuni sprovvisti completamente, altri forniti in misura limitata e infine altri particolarmente dotati. Evidentemente questa differenziazione implica l'esistenza nella nazione di un'organizzazione e corrispondentemente di un criterio o solo formale, o materiale, o contenente entrambi i caratteri, tale da consentire la distinzione fra le attività conformi allo spirito collettivo e quelle difformi: una tale organizzazione non sarebbe autonoma e diversa da quella dello Stato, ma si compenetrerebbe con questa, e il criterio, che, anch'esso, per il motivo ora detto, non può derivare se non da singoli individui, sarà quello voluto dai titolari del potere statale, cioè da coloro che sono riusciti a prevalere sugli altri: dire che la volontà di costoro è la stessa volontà nazionale non ha senso, se una volontà nazionale, come volontà di tutti, non può esistere. È vero che gl'individui agiscono non isolatamente, ma come entità sociali e quindi presuppongono la convivenza collettiva con i suoi bisogni, interessi, ecc.; ma è vero altresì che vi sono sempre in ogni società, modi vari di intendere questi bisogni e interessi e si tratta di stabilire quale fra essi debba attuarsi sugli altri <sup>(40)</sup>. Ma, ammessa tale volontà, non varrebbe a

---

*Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (trad. it.), Milano 1912, pag. 257, fra lo Stato come subbietto della podestà statale e lo Stato come amministratore dell'interesse generale, proprio della collettività popolare.

<sup>(40)</sup> Le teorie in esame cadono nello stesso errore logico di quelle che considerano la volontà della maggioranza con legittima volontà popolare: questa, non potendo avere altra forma di esistenza, se non attraverso quella, viene necessariamente a perdere ogni autonomia.

conferire ad essa valore autonomo di fronte al potere statale attribuirle il compito di fornire i giudizi di valore, che sono necessari al potere stesso <sup>(41)</sup>, se l'accettazione di tali giudizi, la scelta fra di essi spetta esclusivamente a quest'ultimo, secondo l'opinione degli stessi sostenitori della tesi confutata <sup>(42)</sup>, che, del resto, è basata sulla ovvia esigenza di non creare due centri autonomi di creazione del diritto. La tesi stessa ha senza dubbio il merito di aver messo in rilievo, contro concezioni meramente formali del diritto, la impossibilità di intendere in modo esatto e completo un ordine statale senza il riferimento ad un dato contenuto, e a dati valori: ma essa non è riuscita a dimostrare che portatore di questo possa essere la collettività come tale, anche se resa omogenea da specifici fattori di aggregazione.

Che tale omogeneità, se anche facilita il sorgere dello Stato, non sia sufficiente a dar luogo ad un ordine concreto in senso giuridico è provato anche dal fatto che essa è insuscettibile di manifestarsi, in modo rilevante pel diritto, se non attraverso il costituirsi di determinate forme di Stato; all'infuori di queste, come si vedrà appresso, non sarebbe capace di individuare, sempre in senso giuridico, una collettività e quindi non potrebbe formare il contenuto tipico della costituzione, nel senso qui ricercato. La sussistenza, al disotto dell'organizzazione statale, di una comunità omogenea dal punto di

---

<sup>(41)</sup> V. in questo senso KOELLREUTTER, *Der deut. Führerstaat*, Tübingen 1934, p. 8, che mette in rilievo la necessità dell'organizzazione politica, poiché la nazione divenga attiva (cfr. *Deutsches Verfassungsrecht.*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin, 1936, p. 130. Il pensiero del KOELLREUTTER è, com'è noto, meno rigoroso di quello degli altri scrittori citati; sicché frequenti sono le incertezze che possono rilevarsi nel suo pensiero. Così, per esempio, in *Grundriss der allg. Staatslehre*, cit., p. 54, afferma che la comunità unitaria si forma automaticamente senza guida; ma, in altro luogo, parla invece della costituzione come atto creativo di un uomo politico (*Deutsches Verfass.*, p. 17).

<sup>(42)</sup> Su alcune applicazioni del principio della prevalenza della volontà del *Führer* sul sentimento popolare si farà cenno in seguito. Si può ricordare qui come, nei risultati, le conclusioni cui giungono gli scrittori di questa tendenza vengono a coincidere con quelle del realismo, specie in ordine alla negazione della personalità giuridica dello Stato e alla riconduzione della volontà suprema alla volontà dei singoli individui, costituenti la *Führung*, JERUSALEM, *o. c.*, pag. 58. La coincidenza è poi ancora più accentuata nei confronti di quei realisti, come il DUGUIT, i quali pongono un limite all'attività dei governanti desunto dalla solidaristica *règle sociale*, che può assimilarsi, nella sostanza se non nelle apparenze, al principio collettivistico della *Volksgemeinschaft*.

vista nazionale non è un elemento che possa influire sostanzialmente sulla struttura dello Stato, in modo da determinare un suo particolare modo di essere <sup>(43)</sup>. Del resto, in realtà, secondo le stesse ammissioni degli scrittori qui considerati, la comunità predetta non è capace di agire se non attraverso l'attività del Führer; sicché designare questa come coincidente con la volontà del popolo, o si deve intendere effetto di un riferimento operato dal diritto, oppure è solo un modo di esprimere l'esigenza comune a qualsiasi attività giuridica di non valere come tale se non sia normalmente seguita.

5. Un tentativo diretto a rinvenire un contenuto di carattere più generale, atto a caratterizzare la funzione propria della costituzione, e a differenziare questa, nella sua essenza tipica e necessaria, dalla legge costituzionale ha compiuto lo Smend <sup>(44)</sup>, in base a presupposti desunti dalle concezioni fenomenologiche da lui accolte <sup>(45)</sup>. Mentre egli ha ben visto la necessità di intendere la costituzione come principio dinamico del divenire dello Stato, non come mera norma legata alla situazione del momento in cui è emessa, non sembra abbia precisato in modo soddisfacente come debba intendersi un siffatto principio. Il rappresentare, com'egli fa, la costituzione quale realtà integrante o processo di integrazione dello Stato non lascia in realtà desumere nulla intorno alla natura e al modo di operare di tale integrazione, né lascia cogliere le ragioni che possano indurre a riguardare questa come l'elemento specifico della costituzione statale <sup>(46)</sup>. Se la integrazione non

---

<sup>(43)</sup> Contro è la dottrina tedesca più recente e in modo più rilevante R. HOHM, *o. c.*. Ma sulla mancanza dell'allegata correlazione fra le premesse e conseguenze da essa dedotte v. nel seguito del lavoro.

<sup>(44)</sup> V. soprattutto di lui il volume che dalla distinzione stessa trae il titolo *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 7880. V. anche, per un'analogia concezione dialettica, con richiamo al LITT, SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, cit., p. 7.

<sup>(45)</sup> Su questi presupposti v. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934, pag. 51 segg..

<sup>(46)</sup> Sull'oscurità e sulle contraddizioni del pensiero dello SMEND, vedi le osservazioni di KELSSEN, *Der Staat als Integration*, Wien, 1930, che definisce il metodo da lui seguito come metodo dell'oscillazione (p. 23). Ma sull'oscillazione, come espressione del procedimento di pensiero proprio della dialettica nel senso della fenomenologia del LITT, v. BOBBIO, *o. c.*, pag. 56.

esprime altro se non il processo del farsi, del perenne ricrearsi, essa non può rappresentare il carattere distintivo dello Stato, essendo proprio di ogni entità spirituale: così come comuni a queste sono da considerare, nell'astratta tipicità con la quale possono essere intesi, i possibili modi di realizzarsi dell'integrazione, che, secondo lo Smend, sono il personale, il funzionale, il reale <sup>(47)</sup>. In realtà egli vede esattamente come l'indole propria dello Stato importa che la sua costituzione si presenti come assolutamente originaria, fornita del carattere di necessità, e capace di porsi come garanzia suprema e limite delle forze sociali <sup>(48)</sup>; ma non rimane chiarito come sia da pensare raggiunta una relativa stabilità nella vita dello Stato, secondo quanto sembra corrispondere alla funzione ricordata della costituzione. Il riferimento, che si trova nello Smend, ai supremi valori politici, che sono in essi positivizzati, non vale a conferirle il ricercato carattere di permanenza, in quanto i valori stessi non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore <sup>(49)</sup>, ma sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad un incessante mutamento. Non riesce cogliere da che cosa sia dato il senso, l'intenzione della costituzione, destinata a esprimere la totalità dello Stato e ad offrire il punto fermo nel fluire dei rapporti di forza in esso determinantisi. Se tale elemento sia riposto nella particolare struttura dell'ente sociale, su cui sorge lo Stato, allora si torna alle concezioni organiche, già considerate, se invece si pone nello Stato, inteso come ordinamento di organi e di funzioni, disciplinati dalla costituzione in senso normativo, si smarrisce quella correlazione con le forze sociali, indicata come necessaria perché sia adempiuta la funzione dell'integrazione. Sembra in realtà che i due ordini rimangano nello Smend come giustapposti, momenti di realtà distinte, espressioni di due mondi, quelli dell'essere e del dover essere, fra loro non

---

<sup>(47)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 25 segg.

<sup>(48)</sup> *o. c.*, pag. 84.

<sup>(49)</sup> *o. c.*, pag. 86. Contro questo modo di intendere la realtà statale v. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 47 e lo stesso HUBER, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, cit., p. 22 segg.

comunicanti e incapaci perciò di esprimere quella pienezza di vita, che dovrebbe risultare alla loro sintesi.

6. È stato affermato da un altro scrittore <sup>(50)</sup>, che pure esprime il proposito di voler differenziare la conoscenza sociologica da quella giuridica del reale (senza peraltro che possa ritenersi abbia raggiunto l'intento, a causa delle stesse premesse da cui muove) che è inesatto considerare sussistente una volontà statale come dietro o sopra le azioni sociali, poiché lo Stato esiste solo come espressione per la corrispondente totalità sociale, non ha realtà a sè stante di fronte a questa. Ma si può opporre che, se si considera in tal modo lo Stato, rimane insolubile il problema dell'autorità, e viene a mancare la possibilità di differenziare una da un'altra consociazione sociale, il criterio per potere distinguere le azioni imputabili a un dato ordinamento, da quelle difformi, le alterazioni occasionali di questo da quelle che devono considerarsi volute e quindi tali da esigere l'inserimento nel sistema. Senza un punto relativamente fermo nelle oscillazioni dei rapporti di forza non può parlarsi di costituzione <sup>(51)</sup>. Se si consente nell'affermazione che la più elevata istanza può desumersi solo induttivamente, dove sarebbe da trovare la risposta alla domanda su ciò ch'è diritto, non generico diritto sociale, ma diritto di un determinato e particolare sistema? Il dire che diritto in tal senso sia quello che esprime la più vasta correlazione con la totalità sociale non è risolvere il problema, se non si indica anzitutto il modo di determinare questa totalità, di circoscriverne l'ambito, e se non si definisce il senso secondo cui si deve apprezzare la correlazione stessa: essendo possibile che vi siano diversi modi di valutare ed attuare la correlazione e potendo questi modi diversi coesistere nella stessa collettività, donde trovare il criterio per determinare quale fra essi debba prevalere? Il principio

---

<sup>(50)</sup> ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, cit., p. 285 e 308, nonché gli scrittori ivi citati.

<sup>(51)</sup> V. così SOMLO, *o. c.*, p. 312. Conseguentemente alle sue premesse il ROSS (p. 310, 364) afferma che è impossibile intendere la conoscenza giuridica, come puramente interna sistematica, sulla base di una stessa norma fondamentale e che questa, essendo solo presupposta, non può sottrarsi ad un incessante mutamento: ogni diritto, anche se sorgente nel grado più basso, in guisa di presupposto, costituisce variazione della *Grundnorm* (p. 367).

organizzativo di cui parla il Ross <sup>(52)</sup> agisce a posteriori, e, giustificando come diritto tutto ciò che riesce a realizzarsi come fatto, viene a perdere la funzione discriminatrice che dovrebbe avere. Ciò che del resto, è ammesso dallo stesso autore, quando riconosce, come conseguenza della sua concezione, l'impossibilità di distinguere giuridicamente un qualsiasi mutamento costituzionale dalla rivoluzione <sup>(53)</sup>. Mentre le concezioni organiche, già viste, pur considerando in modo analogo al Ross, il popolo come organismo vitale, affermano tuttavia la necessità di una differenziazione politica, di un ordine preconstituito, che porta ad accentrare in una volontà politica autoritaria l'attività del gruppo, nel Ross il criterio per l'imputazione delle azioni sociali rimane diffuso nella comunità.

7. Un altro pubblicista, che, nella delineazione a tratti molto sommaria che si va facendo, può considerarsi appartenente alla corrente qui considerata è lo Schmitt, di cui è notevole il tentativo di rappresentare con maggior concretezza, che non negli autori già ricordati, il principio fondamentale di organizzazione dello Stato. Egli identifica la costituzione in senso assoluto, la vera costituzione, che non può mai mancare e che dà senso a quella reale, con la decisione politica fondamentale, la decisione cioè sulla specie e forma dell'unità politica di un popolo <sup>(54)</sup>. Ma il concetto manca di determinatezza e gli sviluppi che l'autore dà ad esso sono incerti e oscuri, così che per esso possono ripetersi alcune delle critiche rivolte alle teorie precedentemente ricordate. Infatti, da un lato,

---

<sup>(52)</sup> *o. c.*, p. 274.

<sup>(53)</sup> ROSS, *o. c.*, p. 310 e 368. La distinzione sarebbe perciò solo politica e si dovrebbe ritenere verificata la rivoluzione quando si fanno le barricate. V. analogamente PARESCE, *Il concetto giuridico di rivoluzione e la teoria delle fonti*, Roma, 1936 (in *Atti della Società it. per il progresso delle scienze*) anche di questo A., *La genesi ideale del diritto*, Milano, 1938, che contiene un tentativo di trovare il punto di coincidenza fra oggettività e soggettività nella concezione del diritto; tentativo notevole, ma tuttavia non riuscito: due criteri che secondo l'autore dovrebbero concorrere a determinare il diritto: la vigenza e l'imputazione (p. 148), il primo, necessariamente, date le premesse da cui muove la trattazione, prevale sul secondo. Per quanto riguarda il concetto di rivoluzione, è da notare l'analogia con il pensiero già rilevato del BURCKHARDT: con questo rovesciamento, derivante dai diversi presupposti, che per B. ogni mutamento è illegale, mentre invece per gli scrittori citati è sempre legale.

<sup>(54)</sup> SCHMITT, *Verfassungslébre*, cit., p. 23 segg. e p. 59.

resta del tutto imprecisato chi debba considerarsi autore della decisione fondamentale. Muovendo dal concetto, comune alla nuova pubblicistica tedesca, della comunità popolare posta a fondamento dello Stato, lo Schmitt sembra considerare questa titolare della decisione stessa: opinione che sembra confermata dall'affermazione, secondo cui i popoli che non hanno conseguita l'unità politica non hanno costituzione<sup>(55)</sup>, dovendosi supporre che il possesso di questa unità acquisti rilievo appunto in quanto consenta l'esercizio diretto di una funzione attiva. Ma viceversa sembra che questa unità indifferenziata riceva la sua speciale forma di esistenza solo per mezzo di appositi portatori del potere originario, che rendono consapevole la decisione<sup>(56)</sup>. Di fatti, com'è stato osservato, di volontà, emanante dall'unità spontanea e originaria del popolo, è possibile parlare solo in quanto essa sia affermata in forma incosciente e negativa<sup>(57)</sup>: è esclusivamente la formazione dello Stato, anzi di una concreta forma di Stato, che conferisce al popolo vera

---

(55) Così a proposito della *Magna Charta* (o. c., p. 23), e per le decisioni sorte da compromesso (o. c., p. 63). Questa posizione mentale appare analoga a quella degli scrittori democratici, che affermano la mancanza della costituzione negli Stati, i quali non riconoscono nei diritti dei cittadini un limite insormontabile dell'attività dei pubblici poteri. Per un'assolutizzazione in questo senso del concetto di costituzione v. HSÜ DAU LIN, *Formal. u. antiformal. Verfassungsbegriff*, in *Archiv. öff. Recht.*, 1932, p. 29 e 51: quest'A. parte dall'esatto concetto della necessaria connessione della costituzione con un valore in esso incluso: ma invece di ritenere che la determinazione di esso può avvenire solo storicamente, lo identifica con quello della tutela di diritti dei cittadini, in connessione con la concezione affermata dalla rivoluzione francese, secondo la quale un popolo senza ordinamenti liberi non ha costituzione.

(56) Cfr. o. c., p. 44. In certo senso la posizione di pensiero dello SCHMITT non si differenzia da quella affermatasi nella letteratura francese con la distinzione fra potere costituente originario e potere delegato. Diversa però, oltre al modo di intendere la delegazione, è la concezione dell'unità del popolo. Sulla derivazione di questa concezione da altre tradizionali nella letteratura tedesca, v. TRÉVES R., *La filosofia di Hegel*, cit., p. 11.

(57) Ved. HARTMANN, *Kritik der Lehre C. Schmitts*, ecc., in *Revue int. théorie droit*, 1933, pag. 250: ma soprattutto lo stesso SCHMITT, in *Stato, popolo, movimento*, trad. it.; pag. 185. Invece in *Verfass.*, cit. (p. 76) aveva sostenuto una *funzione attiva del popolo come tale*, e anzi, pur affermando la diversità di tale funzione secondo le diverse forme di decisione politica (monarchia, democrazia), aveva poi concluso che, in definitiva, anche nella monarchia è sempre il popolo che approva.

unità giuridica <sup>(58)</sup>. Questa stessa incertezza si riflette nella determinazione dell'indole della decisione politica, nonché nella contrapposizione di questa all'elemento normativo. Per quanto riguarda la prima, si deve rilevare come nello Schmitt vi sia la stessa contraddizione già notata per analoghe concezioni, fra l'ammissione di un originario volere, inteso come assoluta subiettività, non normalizzabile <sup>(59)</sup> che dovrebbe far ritenere legittimi tutti i mutamenti provenienti da esso, finché la volontà originaria stessa rimane immutata, e l'affermazione del carattere sempre rivoluzionario delle modificazioni costituzionali, le quali alterano nel suo fondamento una determinata forma di Stato <sup>(60)</sup>. In realtà lo Schmitt ha riguardo, prevalentemente almeno, ad una concreta e particolare decisione, che ha per portatore non il popolo, ma determinate forze, variabili nel tempo, delle quali però non ricerca la composizione e la funzione. Rispetto poi al secondo punto, la contrapposizione fra esistenziale e normativo avrebbe una ragione di essere solo se la costituzione fosse assunta in senso sociologico, come quella che si è vista posta a base della teoria della perenne identità dello Stato pur nel mutare delle sue forme; se invece si ha riguardo alla singola decisione, che dà vita concreta ad un particolare ordinamento, allora essa non potrà essere concepita in un senso puramente esistenziale, poiché lo Stato, come totalità, è costituzione solo in quanto implichi una durata e quindi sia ordine e direttiva costante per l'avvenire <sup>(61)</sup>. Una distinzione fra specie diverse di

---

<sup>(58)</sup> Ciò riconoscono in sostanza anche altri scrittori, che pure attribuiscono valore giuridico alla comunità popolare originaria v., per es., HUBER, *Wesen*, cit., pag. 35 e *Verfassung*, Hamburg, 1937, pag. 67 segg.; KOELLREUTER, *Grundriss*, cit., pag. 41. Quindi l'antitesi, che alcuni di essi pongono in rilievo fra la concezione nazista e quella mussoliniana, alla quale ultima viene attribuita l'opinione che sia lo Stato a porre l'unità nazionale (v. HUBER, *Verfassung*, cit., pag. 65), viene a perdere gran parte del suo valore.

<sup>(59)</sup> Cfr. o. c., pag. 22 ove designa tale volere come « *Situationsrecht* » (e ancora pag. 94 segg. e 99) solo in parte analoga alla « *Situation établie* » di HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, pag. 135.

<sup>(60)</sup> Cfr. *Verfassungslehre*, cit., pag. 25 e 102.

<sup>(61)</sup> Vedi HELLER, o. c., p. 253 e p. 265 segg. specie pag. 277; WILK, *La doctrine pol. du national-social.*, ecc., in *Archiv. de philos. droit et soc. jur.*, 1934, pag. 192; in questi v. anche il rilievo della contraddittorietà dell'opinione di SCHMITT, che attribuisce alla giurisprudenza il compito di indagare il contenuto della decisione politica. Anche HUBER, *Wesen*, cit., pag. 40, critica la concezione esistenziale, osservando come la decisione

normatività può ammettersi, se mai, nella categoria generale del giuridico, ma lo Schmitt non determina in che cosa possa risiedere l'elemento della distinzione <sup>(62)</sup> e lascia perciò imprecisato quello che sia da ritenere il contenuto tipico della costituzione, la ragione della differenziazione da lui affermata della medesima di fronte alla legge costituzionale e alle altre leggi.

Così in definitiva, i due elementi, dei quali secondo Schmitt <sup>(63)</sup> si compone l'ordinamento giuridico, il normativo e il *seinmässig* dell'ordine concreto, anziché venire fusi in una superiore unità, rimangono, come nello Smend, espressioni di realtà differenti. Comunque è merito dello Schmitt avere posto in rilievo come la costituzione normativa postuli un principio ordinativo, dal quale le norme ricevono valore, principio che sussiste accanto e sopra di esse e presiede al loro mutamento, sorpassando il quadro di ogni competenza costituzionale <sup>(64)</sup>.

---

suppone un ordine concreto. È però dubbio se questo A. riesca a superare l'oscillazione di pensiero rimproverata a S. per quanto riguarda il modo di intendere la funzione della presupposta unità originaria del popolo. Lo stesso SCHMITT, in *Ueber die drei Arten der rechtswiss. Denken*, Hamburg, 1934, pag. 28, riconosce che l'esistenza non è ancora decisione: ma già in *Verfassungslehre*, cit., pag. 23 e 24, 75 e 76, 94, questo concetto si trova accennato. Com'è noto, la più recente opera dello SCHMITT, ora ricordata, segna, in modo più preciso, l'evoluzione del suo pensiero dal concetto di diritto come mera decisione a quello di concreto ordine e assetto (v. *op. cit.*, pag. 28 segg., 63), inteso come unità di norma e di decisione, (sui rapporti fra ordine concreto e norma v. le osservazioni al pensiero dello SCHMITT di ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, cit., pag. 5, nota 2) e quindi il suo avvicinamento, da una parte, alle concezioni istituzionalistiche italiane e francesi (v., infatti, i riferimenti che egli fa alle opinioni del ROMANO e di HAURIUO, a pag. 24 e 54) nonché, dall'altra, alle dottrine neoorganicistiche germaniche. Per la valutazione di questo suo nuovo atteggiamento si può fare pertanto riferimento all'esame dedicato alle dottrine stesse. Sul pensiero di un seguace dello SCHMITT: L'HUBER, il quale non presenta notevole autonomia di svolgimento rispetto al suo maestro, si avrà occasione di fermarsi in seguito.

<sup>(62)</sup> Così, per quanto riguarda l'affermata rilevanza giuridica delle dichiarazioni di diritto e dei preamboli (pag. 24-25), per i quali non è specificata la ragione della differenziazione delle norme.

<sup>(63)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 10.

<sup>(64)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 91-93 e le critiche del WILK, *o. c.*, pag. 194, secondo le quali il diritto costituzionale cessa di essere un ordine normativo avente senso in sè, per divenire una somma di regole tecniche, che oscillano con le circostanze della potenza politica momentanea. Su queste osservazioni v. la seconda parte di questo studio.

8. In modo assai più preciso degli autori ora visti, il Romano, muovendo dalla stessa esigenza a questi propria, ha messo in rilievo la necessità di considerare l'entità sottostante alle norme, della quale le norme son da considerare oggetto o mezzo di attività più che elemento della sua struttura <sup>(65)</sup>, non come puro sostrato sociale o essenza reale del diritto, bensì di natura giuridica, costituente, anzi, di fronte alle norme, che potrebbero anche mancare, l'essenza vera, fondamentale e primaria del fenomeno giuridico. Il Romano inoltre rigetta recisamente l'identificazione dell'entità, postulata dalle norme, con l'io sociale, genericamente inteso, e accentua il modo concreto secondo cui l'entità stessa è da rappresentare, anche formalmente ed estrinsecamente distinta dagli individui che la compongono, cioè quale organizzazione a sè stante, ferma e permanente pur nel mutare dei suoi elementi, traente i mezzi per l'ordine ad essa intrinseco da un complesso di meccanismi e ingranaggi, da collegamenti vari di autorità e di forza <sup>(66)</sup>.

Tuttavia, come è stato da più parti osservato, lo svolgimento dato al suo pensiero da questo autore non è sempre univoco e dei dubbi sorgono nell'interpretazione di esso, in ordine al modo di intendere l'istituzione, cioè l'entità fondamentale costitutiva dell'ordinamento, dubbi che assumono un particolare rilievo quando si tenti di utilizzare tale concetto pel problema della costituzione dello Stato. Si è domandato infatti quale specie di struttura, quale tipo di organizzazione siano necessari per potere ritenere sussistente un ordinamento, e si è osservato che la risposta a tale quesito si può ottenere solo in quanto sia già determinato il significato da attribuire alla categoria del giuridico, la quale invece sembra che venga dall'A. dedotta a posteriori dall'istituzione. Se si ritenesse che questa, per sorgere, debba raggiungere un grado così spiccato di differenziazione e di unità rispetto ai singoli elementi costitutivi da apparire press'a poco equivalente a quello che suole richiedersi pel riconoscimento delle persone giuridiche, allora non appare come il concetto stesso, applicato allo Stato, possa essere utilizzato ad esprimere qualche cosa di diverso dall'ordinamento, quale risulta dal complesso degli organi, dalla distribuzione delle varie competenze di

---

<sup>(65)</sup> Cfr. *Ordinamento giuridico*, cit., pag. 17.

<sup>(66)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 26 e 38.

questi, dalla loro reciproca posizione: in una parola dalla costituzione dello Stato <sup>(67)</sup>.

Se invece l'istituzione sia da intendere come qualche cosa di diverso, di precedente e di sottostante a quest'ordine costituzionale, rimane assolutamente dubbio in che cosa si sostanzi. Pare debba escludersi, sebbene qualcuna delle espressioni adoperate dal Romano, e soprattutto la contrapposizione posta da lui fra ordinamento e norma faccia sorgere dei dubbi, che l'istituzione sia da intendere come assoluta subbiettività, concretezza, esistenzialità e ciò per il carattere di unità ferma e permanente che egli attribuisce ad essa, per l'obbiettività con cui la configura <sup>(68)</sup>.

Se, però, l'istituzione non è il sostrato sociale, inteso come entità indifferenziata, e neppure come somma di rapporti semplici, o coesistenza di raggruppamenti particolari <sup>(69)</sup> allora non si intende la sua contrapposizione di fronte alla regola. Infatti si può ammettere

---

<sup>(67)</sup> L'osservazione è stata fatta dall'ORLANDO, *Recenti indirizzi*, ecc., cit., pag. 291. Ragione di dubbio offre però l'opinione in contrario manifestata da questo A. (*ivi*, pag. 277), sulla possibilità di una convivenza ordinata senza specificazione di funzioni, senza quindi un'organizzazione, sia pure nel solo momento iniziale. Sul concetto di organizzazione, v. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Roma, 1929, pag. 24 segg. e FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, n. 61.

<sup>(68)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 21; v. anche, a pag. 61, l'opposizione alla concezione dello Stato come *Zustand*. Si potrebbe anche osservare come, se il ROMANO attribuisce veramente carattere giuridico all'entità sociale, sottostante allo Stato, come tale, dovrebbe accedere all'opinione, la quale ritiene che negli Stati a base nazionale, la nazione sia l'entità giuridica primitiva, ciò che non sembra che egli faccia: v. *Corso di dir. cost.*, cit., pag. 42. Il concetto, per così dire normativo, di istituzione pare confermato dal successivo scritto di ROMANO, *Osservazioni sulla completezza*, ecc., Modena, 1925, pag. 10, sul quale si avrà occasione di ritornare, ove sono considerate come possibili le lacune nel solo campo delle istituzioni, in cui non le norme decidono circa il modo di sostituire un'istituzione venuta meno, ma gli effettivi rapporti di forza, che sottostanno alle istituzioni stesse. Si dovrebbe da ciò argomentare che le forze medesime sono evidentemente concepite come estranee al sistema positivo, altrimenti la loro attività, anche se in senso contrario a questo, non dovrebbe far pensare ad una lacuna di esso. D'altro lato, questa interpretazione toglie parte del suo valore al concetto di istituzione, poiché la funzione di questa dovrebbe essere di spiegare l'inserzione nell'ordine statale delle forze sociali organizzate, e nell'attività di queste, dirette a supplire alle insufficienze e all'incompletezza del sistema delle norme.

<sup>(69)</sup> Dalla somma delle coscienze individuali fa invece il realista DUGUIT (*o. c.*, vol. 2, pag. 103) derivare la regola che precede e domina lo Stato, considerato nel suo ordinamento positivo.

una differenza di esso dalle regole particolari di condotta, per la sua logica e temporale precedenza rispetto a queste <sup>(70)</sup>, per la necessità della sua sussistenza di fronte alla possibile mancanza delle stesse, per la diversità di natura dei rapporti che sono oggetto dell'una e delle altre, pel fondamento diverso, puramente presupposto, originario in un caso, e derivato, o posto in modo positivo nell'altro: ma in entrambi i momenti è da cogliere un elemento comune, cioè quello della normalità, della regolarità e della costanza, che assume valore normativo, in quanto si formi la consapevolezza della sua necessità. Pel Romano un comportamento può essere trattato come giuridico anche senza una norma, o all'infuori di una norma che lo disciplini direttamente, per il fatto che la sua tutela appaia necessaria alle esigenze dell'ordinamento, rientri nell'orbita dell'istituzione <sup>(71)</sup>. Ma come individuare queste esigenze o determinare quest'orbita? Se si concepisce il potere sociale, che costituisce l'istituzione, diversamente dalla mera forza materiale, si deve postulare un ordine non solo nella struttura di questo potere, nelle funzioni attraverso cui questo diviene attivo, ma, ancora prima, nelle finalità, negli interessi di cui il potere è espressione, si deve cioè postulare una norma <sup>(72)</sup> e intendere questa non come puramente strumentale <sup>(73)</sup> ma soprattutto in senso materiale; poiché è l'orien-

<sup>(70)</sup> Ved. ROMANO, *o. c.*, pag. 47 v. anche BURCKHARDT, *Organisation*, cit., pag. 129.

<sup>(71)</sup> Cfr. *o. c.*, pag. 42.

<sup>(72)</sup> Sulla coesenzialità della norma per l'istituzione, cfr.: CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1925, p. 54 e 159; RAVÀ A., *Lezioni di filos. del diritto*, 111, Padova, 1937, p. 101. V. anche i cenni precedenti a proposito del più recente pensiero di SCHMIDT e inoltre FERRARA, *Trattato*, cit., I, pag. 3, nota: gli scritti di DEL VECCHIO, MAGGIORE, MICELI, in *Rivista filosofia diritto*, rispettivamente degli anni 1921, 1922, 1923; VOLPICELLI, *S. Romano*, in *Nuovi Studi*, 1932, pag. 112. Per la irriducibilità della concezione del ROMANO all'elemento normativo si pronuncia il BATTAGLIA (*La concez. specul.*, cit., p. 97), che quindi è portato a considerare la concezione stessa come puramente sociologica. Ma lo stesso A. (v. pag. 158) ammette la necessità, implicita nel pensiero di ROMANO, se anche da lui non affermata, di considerare immanente nel concetto di istituzione l'elemento normativo. Pel DUGUIT (*o. c.*, v. I, §§ 8 e 10) le leggi costruttive, che egli differenzia da quelle normative, si ricollegano anch'esse ad una norma.

<sup>(73)</sup> A questo lato strumentale, in cui lo Stato non si manifesta nei suoi rapporti con altri soggetti, ma nella posizione di sè stesso, sembra che a volte il ROMANO voglia limitare il concetto di istituzione, contrapposto a norma: v., per es., *o. c.*, pag. 90.

tamento il fine dell'istituzione che informa di sè la struttura che questa assume. Il principio vitale dell'istituzione, di cui il Romano parla (74), non potrebbe adempiere alla sua funzione; di animare, cioè, e di tenere riuniti i vari elementi da cui risulta, non potrebbe formare un sistema se non avesse esso stesso carattere di uniformità e di costanza, se non fosse cioè norma: norma senza dubbio diversa (e bisogna appunto precisare in che senso) da quella disciplinante direttamente i comportamenti, ma pur tuttavia ad essa analoga nella funzione: quella della predeterminazione di una misura atta a rendere accertabile la conformità delle azioni sociali ad un dato sistema giuridico (75).

9. Se si volge, infine, lo sguardo alle più notevoli teorie istituzionalistiche francesi (76) riesce confermata l'opinione, che si è già

---

(74) Cfr. *o. c.*, pag. 44. Com'è stato rilevato, il ROMANO ha lasciato in ombra la funzione di questo principio, imprescindibilmente insito nell'istituzione. V., per es., in questo senso, il notevole saggio di CAPOGRASSI, *La pluralità degli ordinamenti*, in *Studi sassaresi*, 1934, p. 80. Sul momento del fine nelle istituzioni v. anche BURCKHARDT, *Organisation*, cit., p. 72; ORLANDO, *s. c.*, p. 77; CESARINI SPORZA, *o. c.*, p. 24, nonché la trattazione successiva. Il ROMANO (*o. c.*, p. 46, n. I), fa riferimento al generico scopo di conservazione dell'istituzione; ma questo scopo è sempre subordinato ad un particolare modo di essere di questo. V. infatti in *o. c.*, p. 57 il riferimento agli attuali caratteri dell'istituzione: è da chiedersi se, all'infuori di questi suoi caratteri, l'istituzione sia giuridicamente configurabile. Che cosa sarebbe una concreta istituzione se fosse intesa in modo generico, in contrapposto a quella individuabile per caratteri specifici?

(75) Il ROMANO, facendo l'ipotesi di un ordinamento che manchi di norme di condotta osserva che, in questo caso, il momento giuridico è dato non dalla norma, che manca, ma dal potere del giudice, il quale esprime l'obiettiva coscienza sociale. Può obbiettarsi anzitutto che il potere del giudice presuppone una norma (strumentale, sia pure consuetudinaria) che determini l'organo di dichiarazione del diritto, senza del quale non sarebbe possibile un ordine giuridico, e inoltre che l'obiettiva coscienza sociale, non può significare altro se non l'esistenza di regole consuetudinarie particolari, relative ai singoli rapporti controversi. Si vedrà appresso come se si fa riferimento ad un più complesso organismo, come quello statale, le particolari consuetudini sui singoli rapporti devono apparire organate fra loro in un sistema, ciò che esige una selezione, una discriminazione fra consuetudine e consuetudine, non possibile se non alla stregua di un principio materiale, che trascende le medesime.

(76) Si vuol fare riferimento soprattutto all'opera di M. HAURIU (del quale v., oltre ai *Principes de droit public.*, citati, lo scritto pubblicato in *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, pag. 16 segg.; *La théorie de l'institution*, Paris, 1925; *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, pag. 71 segg.) e a quella del suo discepolo G. RENARD

enunciata, relativa all'impossibilità di configurare una coscienza collettiva, come entità giuridica diversa da quella dello Stato. Se esse pongono esattamente l'esigenza di determinare l'elemento capace di agire come fattore di aggregazione di una comunità sociale, elemento che viene riposto nello scopo o più precisamente nell'idea direttrice, intesa come interiore ad essa <sup>(77)</sup>, non riescono a chiarire in modo soddisfacente i caratteri necessari, che devono attribuirsi alla comunità stessa, perché essa possa considerarsi giuridica. Vi è a questo riguardo una tale oscillazione di criteri da compromettere la possibilità di fecondi risultati e rendere sterile il tentativo di approfondimento, pur così rilevante, compiuto dagli scrittori appartenenti a tale corrente. Infatti mentre sembra che, da un lato, si voglia rappresentare l'istituzione come entità semplicissima formata da una volontà collettiva (anche se inorganizzata), portatrice degli elementi incontestabili dell'ordine sociale <sup>(78)</sup>, o da una situazione stabile, risultante da un equilibrio spontaneo di forze e d'interessi sociali e politici provenienti dalla natura delle cose e costituenti come la prima fase del passaggio dal fatto al diritto <sup>(79)</sup>, dall'altro, si tende ad attribuire all'istituzione, considerandoli necessari alla sua esistenza, elementi propri degli organismi giuridici più sviluppati. Così si dica per l'opinione che richiede la volontà di un fondatore come costitutiva dell'istituzione <sup>(80)</sup> e una correlativa organizzazione autoritaria, presupponente una differenziazione fra i partecipanti e la crea-

---

(*Théorie de l'institution*, Paris, 1930; *L'institution: fondements d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, 1933; *Qu'est-ce que le droit constitutionnel*, in *Mélanges Carré de Mallberg*, Paris, 1934, p. 485 in cui è chiaramente affermato come il diritto costituzionale, preso nel suo significato materiale, porta in sé tutta la teoria dell'istituzione). V. anche nella raccolta ora ricordata, p. 501, SCHELLE, *Le droit constitutionnel international*. I motivi che la teoria dell'istituzione ha messo in rilievo, e dei quali ha mostrato il carattere giuridico sono frequenti, come si è detto, alla dottrina francese. Così ad essi si ricollegano, per es., la concezione della « *règle de droit* » del DUGUIT, e quella, pur assai diversa dalla precedente, del « *donné* » che lo GENY oppone al « *construit* »; le quali si riferiscono, in sostanza, alla struttura sociale, sottostante all'ordinamento.

<sup>(77)</sup> La distinzione è di M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, II ed., Paris, 1927, p. 12.

<sup>(78)</sup> Cfr. HAURIUO, in *Recueil de législation de Toulouse*, pag. 20.

<sup>(79)</sup> Cfr. HAURIUO, *Principes de droit public*, p. 129.

<sup>(80)</sup> Cfr. HAURIUO, *Principes*, cit., pag. 41; RENARD, *op. cit.*, pag. 263, e passim per gli altri requisiti.

zione di un potere di comando fornito di costrizione e esercitante il diritto disciplinare e quello statutario. Sicché, mentre nei riguardi del primo aspetto, sorge il dubbio se l'istituzione giunga al limitare del mondo giuridico, o non si mantenga sotto la soglia di questo <sup>(81)</sup>, nei riguardi del secondo, si presenta ovvia l'osservazione che il ricorso all'istituzione porta ad una restrizione e ad una limitazione del concetto di ordinamento giuridico, anziché ad un ampliamento di questo, secondo parrebbe dover essere la sua funzione <sup>(82)</sup>.

Se determinati elementi si considerano come necessari per sorgere dell'istituzione in senso giuridico e se il concetto che di questo si assume è unitario, non può prescindersi dal dimostrare la presenza degli elementi stessi quando si attribuisca ad una data entità natura istituzionale. Ciò non è fatto, per es., dal Renard, quando egli, riferendosi all'ordinamento costituzionale francese, considera come separate istituzioni: la nazione, lo Stato, il regime politico, il regime amministrativo, senza peraltro chiarire quali siano gli elementi organizzativi della nazione o del regime politico e come essi siano irriducibili a quelli propri dello Stato, o, inversamente, come lo Stato sia concepibile quando si considerino diversi e staccati da esso la nazione e il regime. Uno Stato concreto, a meno che non si voglia mutilarne il concetto e rappresentarne con tale nome solo uno degli elementi della sua realtà (com'è fatto specialmente da quelle dottrine tedesche contemporanee che lo considerano come « apparato ») non può pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata secondo un'idea politica e quindi contenere in sé, come sua parte costitutiva, questa collettività.

---

<sup>(81)</sup> Cfr. FORTI, *Le dottrine realiste di Hauriou*, in *Studi di diritto pubblico*. Roma, 1937, I, p. 166, e la stessa opinione di HAURIOU ivi riportata.

<sup>(82)</sup> V. al riguardo le Osservazioni di ORLANDO, *s. c.*, pag. 300.



## CAPITOLO II

### IL CONTENUTO E LA NATURA DELLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. Dalle considerazioni finora esposte è dato desumere elementi che possono agevolare la ricerca intrapresa della fonte giuridica primigenia, la quale determina il sorgere dell'ordinamento e conferisce ad esso un'unità più ampia di quella che non possa essere data dal sistema delle norme.

Per cogliere gli aspetti essenziali di questa fonte è ovvio che non si possa non avere riguardo alla natura specifica di quel particolare ordinamento al quale essa si riferisce, cioè dello Stato, poiché il modo di intendere il principio originario ordinatore, il soggetto che lo pone in essere, il suo contenuto tipico e necessario deve necessariamente porsi in correlazione con la funzione propria dell'organizzazione alla quale inerisce, con la posizione caratteristica di questa di fronte alle altre che sono possibili <sup>(1)</sup>.

---

(<sup>1</sup>) A tale proposito, e a chiarimento di quanto si è detto precedentemente sulla teoria dell'istituzione, è da notare come i caratteri che sono da ritenere necessari per attribuire giuridicità ad un ordinamento non possono valutarsi in astratto, ma in relazione alle singole figure, che questo può assumere. In via generale, può dirsi solo che un gruppo sociale diviene entità giuridica quando si attui in esso un'unità nei comportamenti dei singoli partecipanti pel consapevole raggiungimento di un fine, posto come necessario al gruppo stesso. Diritto, come principio regolativo di rapporti sociali, è tanto il costituirsi del gruppo intorno al fine, quanto il complesso delle attività successive dirette a realizzarlo. Del tutto arbitraria deve ritenersi ogni limitazione al carattere giuridico dell'ente, desunto dalla natura del fine ad esso assegnato e così, per es., quelle che siano argomentate dalla immoralità di esso o dalla sua particolarità, o dal non porsi esso come autoscopo per l'ente. V. in quest'ultimo senso, recentemente, CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, cit., pag. 143 segg.. A parte ogni altra considerazione contro la tesi sostenuta da quest'autore, si può osservare come essa contraddica alle sue stesse premesse, là dove ammette l'esistenza di due ordinamenti giuridici: lo statale e quello

Richiamando, senza fermarsi in dimostrazioni, che sarebbero superflue, nozioni comunemente accolte, è da ricordare come lo Stato, in conseguenza dell'assoluta supremazia rispetto a tutti i

---

internazionale. Infatti non è possibile considerare tutt'e due come originari: o si ritiene che il diritto internazionale si fondi sulle volontà particolari e sovrane dei singoli Stati e allora esso deve considerarsi derivato, o, viceversa, se si fondi il diritto statale su quello internazionale. Esatto è invece, come si è detto, ritenere che la diversità del fine influisce nel determinare, oltre ai rapporti fra un ente e l'altro, la struttura di ciascuno di esso e quindi il grado, l'intensità del vincolo associativo e dei poteri diretti a mantenerlo. Così, per esempio, nella consociazione internazionale, il piccolo numero dei soggetti, la loro condizione di parità e di eguale capacità, il fine limitato solo alla disciplina di determinati rapporti consentono un'organizzazione diversa da quella dello Stato.

Facendo applicazione di questi concetti alla nazione, se si volesse attribuire ad essa carattere giuridico bisognerebbe accertare l'esistenza di un'organizzazione, diversa da quella statale, adeguata al fine della conservazione dell'aggregazione sociale, fornita di quei caratteri che valgono ad individuare questa e sufficiente e mantenerla contro le forze di dissoluzione, sia interne che esterne. Non riuscendo tale dimostrazione si dovrebbe dedurre che la nazione non è ente giuridico, ma solo un'espressione diretta a significare un complesso di sentimenti o di idee comuni ad un gruppo sociale, che possono fornire il contenuto per sorgere di un ordinamento giuridico, ma non dar luogo di per sé a tale ordinamento. Ipostatizzare questo complesso, considerandolo come entità a sé, distinto dai cittadini e porlo quale sostrato dello Stato, conduce a un'inutile complicazione se all'entità stessa si attribuisca valore di fatto, bastando fare riferimento all'elemento personale, dal quale esclusivamente si esprime e mediante il quale si fa valere l'omogeneità dei sentimenti; e conduce invece, ove alla medesima si attribuisca natura giuridica, ad una insostenibile duplicazione rispetto all'organizzazione statale. È innegabile che l'azione esercitata da affinità etniche, culturali, ecc., su più persone viventi in uno stesso ambito territoriale, come pure l'esercizio di una medesima attività da parte di più individui determina in essi il sorgere di bisogni, di sentimenti, di interessi, che sono irriducibili alla somma di quelli propri di ognuno, in quanto li trascendono e acquistano una loro obbiettività, che li perpetua nel tempo al di là delle sorti dei singoli, i quali partecipano alla loro formazione. Ma non si può consentire che il prodotto impersonale di queste consociazioni, così qualificate, assurga ad unità organizzativa a sé stante, sia pure solo di fatto. Esso non diviene tale se non in quanto acquista la capacità di agire, ciò che può avvenire solo attraverso la formazione di un ordinamento giuridico, cioè attraverso la costituzione di un organo che ha il diritto di definire in ultima istanza gli interessi del gruppo sociale. La questione che allora può sorgere è di vedere se l'azione di quest'organo rifletta o meno gli interessi stessi, ma non invece quella di stabilire dei rapporti giuridici con l'entità ideale alla quale essi sono riferibili. La nota dichiarazione 1<sup>a</sup> della Carta del lavoro, in sostanza non vuole esprimere altro se non il concetto della massima adeguazione dell'azione dello Stato, agli interessi dei gruppi sociali, in esso esistenti, e l'esclusività della cura degli interessi medesimi da parte dello Stato. Cfr., in un senso sostanzialmente analogo, a proposito del concetto di nazione considerato dalla

soggetti fisici o giuridici nel suo territorio, dalla quale è contrassegnato, ha come suoi caratteri ineliminabili di essere: stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale (2). Esso non può raggiungere l'unità dei suoi elementi se non attraverso la realizzazione di una determinata forma di ordine, cioè di una particolare determinazione della posizione degli elementi stessi fra loro e rispetto al tutto di cui fanno parte. Non è raffigurabile un'unità astratta dello Stato, cioè un'unità che non si espliciti attraverso una forma concreta, un determinato modo d'intendere e regolare i rapporti sociali. Insomma, come meglio sarà chiarito, un particolare Stato non può sorgere all'infuori di un proprio sistema di ordine, non può concepirsi, dal punto di vista giuridico, se non fuso e incorporato in una struttura specifica, che costituisce la sua concreta organizzazione. La necessità che lo Stato sia fornito dei mezzi esterni di coazione, più forti di quelli di ogni altro organismo vivente nel suo ambito (3), deriva quindi dall'esistenza, ineliminabile, di tendenze e di forze, o genericamente avverse al vincolo associativo territoriale, o, più spe-

---

nuova costituzione romena, DJUVARA, *La nouvelle constitution roumaine*, in *Revue de droit public*, 1939, pag. 302.

(2) Efficacemente lo ZANOBINI ha di recente riassunto i caratteri distintivi dello Stato (voce « Stato », in *Enciclopedia italiana*) nella territorialità del vincolo associativo e nell'originarietà dell'ordinamento: dall'essere lo Stato, l'unico ordinamento originario su un territorio si desumono sia la sovranità, che la coattività e la totalità. Con quest'ultima qualificazione (su cui v. SCHIMITT, *Sul concetto della politica* - trad. it. - in *Principi pol. del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, p. 47; KELSEN, *Allg. Staatslehre*, cit., p. 40), si vuole designare la possibilità, salvo autolimita, della regolamentazione di qualsiasi rapporto rilevante al fine per cui esso sorge; un carattere cioè comune ad ogni Stato, che può altrimenti designarsi con la qualificazione di politico, e diverso dalla totalitarità, che è invece particolare a determinate forme di Stato ispirate alla tendenza di restringere al massimo la sfera del meramente lecito. La necessità della stabilità del dominio dello Stato sul territorio è comprovata, a sua volta, dai caratteri della sovranità e della totalità: uno Stato nomade sarebbe pensabile solo in quanto le trasmigrazioni di esso avvenissero sui territori *nullius*, o nei quali, all'atto del suo insediarsi, lo Stato nomade riuscisse ad escludere ogni altro potere, pretendente esso pure alla supremazia.

(3) V. per questa formulazione WENZEL, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (in *Veröff. der Vereinigung der deut. Staatsrechtslehrer*, cit., 1928, pag. 150). L'elemento della massima forza può ritenersi il più rilevante fra quelli differenziati da altri ordinamenti; ad esso può ricondursi il carattere dell'autarchia, sul quale v. PANUNZIO, *Stato e diritto*, Modena, 1931, pag. 42; la sufficienza è nello stesso tempo causa ed effetto del possesso dei più forti mezzi di coazione.

cificamente, in contrasto con la particolare specie di ordine instaurato; di interessi cioè in contrasto con quelli fatti propri dalla forma, nella quale lo Stato necessariamente si realizza (4).

2. È ora da esaminare, tenendo presenti questi caratteri essenziali dello Stato, quali elementi organizzativi siano da considerare necessari perché possa sussistere l'ordine in cui lo Stato stesso si concreta. Evidentemente saranno questi elementi a fornire il contenuto, che si ricerca, della costituzione. Da quanto si è avuto occasione di notare nella prima parte sembra possano trarsi ragioni sufficienti per escludere che questo contenuto sia desumibile dalla comunità sociale come tale, e che lo Stato sia da considerare solo come una normativa legale sovrapposta a quella spontaneamente originata dalla comunità stessa, ed efficace solo nei limiti della corrispondenza con questa.

Che il diritto emanante dallo Stato sia veramente tale solo in quanto si adegui ad una normalità di comportamenti deve senz'altro ammettersi, come risulterà anche dalla successiva trattazione: sicché è da escludere che esso possa sorgere con carattere di validità se non si adegui alle esigenze di una data struttura sociale. Ma tale struttura non può considerarsi determinata e sorta pel solo fatto del sussistere

---

(4) Sull'ineminabilità dei dissenzienti v. fra i tanti HELLER, *op. cit.*, pag. 125 e 195; SEVDL, *Principi di una dottrina gen. dello Stato*, trad. it., in *Bibliot. Scienze pol.*, Serie II, vol. 8, p. 1154; BARTELEMY H., *Le fondement de l'autorité politique*, in *Revue droit public*, 1915, pag. 8, estr. Si può ricordare anche il dualismo di amico-nemico posto dallo SCHMITT (*Il concetto*, ecc., cit., pag. 45), come essenza della politica e quindi anche dell'ente politico. V. del resto le stesse ammissioni degli scrittori nazionalsocialisti, avanti ricordati, i quali riconoscono che, anche nelle comunità « chiuse », lo spirito comune è variamente diffuso fra gli appartenenti e può perfino mancare totalmente, ciò che corrisponde al concetto di unità sociale, quale era concepita dal GIERKE, che non escludeva l'esistenza di forze e indirizzi vari.

La concezione della struttura sociale come organismo omogeneo ed unitario ha condotto, in Germania, ad eliminare le manifestazioni di divergenze di interessi non solo nel campo politico, ma anche in quello economico. Diversamente, per quest'ultimo punto, in Italia, dove l'ordinamento sindacale è ordinato in modo da consentire l'espressione delle diversità di interessi fra le classi, la cui armonizzazione viene raggiunta in modo dialettico, attraverso lo spiegamento dei contrasti. V. in questo senso: PANUNZIO, *Teria gen. dello Stato fascista*, cit., pag. 265 segg. e COSTAMAGNA, *Dottrina del fascismo*, Torino, 1938, p. 160.

in una comunità di dati fattori di coesione, comunque questi vogliano considerarsi, di indole naturale o spirituale: tali fattori possono facilitare il sorgere di quella unità totale, che si chiama Stato <sup>(5)</sup>, ma non sono sufficienti a crearla. È il carattere complesso di tale unità, che esclude la possibilità che essa possa venire raggiunta da parte di una di quelle comunità che sono state chiamate (« allo stato diffuso », ammesso che a queste possa attribuirsi carattere giuridico <sup>(6)</sup>). Ma, in ogni caso, la nazione, la *Volksgemeinschaft*, o quelle altre entità sociali spontanee comunque denominate, non potrebbero raffigurarsi neppure fornite di quel grado minimo di giuridicità attribuibile in ipotesi alle comunità ora dette. Esse infatti non solo non contengono, di per sé, nessuna differenziazione interna, nessuna di quelle specificazioni di poteri e di funzioni che possano far pensare ad un'organizzazione sia pure rudimentale, se non autoritaria, paritaria, ma non sono concepibili neppure come capaci di esprimere un complesso di fini unitari, riferentisi cioè ai rapporti sociali, visti nella loro coordinazione e nel loro svolgimento, a fornire un criterio atto a qualificare le azioni rilevanti per la consociazione e quindi ad attribuire ad esse giuridicità.

Certo lo stato non sorge dal nulla, presuppone un complesso di rapporti vari, corrispondenti alle diverse direzioni in cui può svolgersi l'attività umana <sup>(7)</sup>: ma essi riguardano settori particolari della

---

<sup>(5)</sup> Non sempre i fattori predetti agiscono neanche nel senso limitato di facilitare il sorgere dello Stato. Così si dica, per es., dell'elemento biologico della razza, posto come elemento principale di unificazione della concezione nazional-socialisti: proprio la Germania, che dal punto di vista razziale costituisce un'unità relativamente più compatta rispetto ad altri popoli, è quella che si è riunita in Stato unitario più tardi che non questi. V. su ciò DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Théorie gén. de l'État*; Paris, 1932, vol. I, p. 200.

<sup>(6)</sup> Cfr., per il concetto di comunità allo stato diffuso, CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., pag. 26 e già DUGUIT, *Traité de droit const.*, cit., vol. I, pag. 93. Per la necessità del potere politico differenziato cfr. FRAGAPANE, *Il problema delle origini del diritto*, Roma, 1896, pag. 155; VACCHELLI, *Le basi psicologiche del dir. pubblico*, Milano, 1895, pag. 47.

<sup>(7)</sup> Da questo punto di vista si dice che la realtà sociale offre la materia, cui lo Stato, con l'apparato dei suoi organi conferisce la forma giuridica. Ma a parte la considerazione che i vari rapporti hanno bisogno di coordinazione, la quale non può attuarsi se non attraverso un principio superiore che li trascenda, è ancora da osservare che lo Stato non si limita sempre a codificare i rapporti stessi, quali sono offerti dalla spontanea elaborazione degli interessati, ma tende a trasformarli e svolgerli secondo i suoi fini generali.

vita sociale, formano il contenuto di consociazioni ristrette per il numero degli appartenenti, o per la natura degli interessi e dei fini ad esse propri, consociazioni certo giuridiche, ma che non possono dar luogo, di per sè, ad una unità più vasta, che le unifichi. Questi rapporti particolari non possono costituire se non solo un presupposto pel nascere dello Stato; mentre, per questo, è necessario che i rapporti stessi si coordinino fra loro, e, in quanto siano in contrasto, è necessario che sia dato il criterio capace di eliminare questo, per inserire gli interessi discordi in una superiore unità. Ora il procedere a questa coordinazione, il determinare questo criterio non può essere opera della comunità stessa, quando questa si consideri come insieme di società particolari.

Se poi si volesse fare riferimento a comunità chiuse, nel senso che s'è visto sostenuto dalle dottrine ricordate, attuanti un ordine concreto complessivo indipendente dal sistema normativo, un armonizzarsi spontaneo degli interessi contrastanti, una normalità totale di vita associata, bisognerebbe presupporre in esse, non solo l'esistenza di valori diffusi in tutti i partecipanti, di un sentimento comune (sentimento che, in ogni caso, non potrebbe consistere solo in una vaga *affectio societatis*, nella generica tendenza a vivere insieme, ma che dovrebbe essere così complesso e circostanziato da riguardare tutte le varie sfere di vita associata, bisognose di coordinamento), ma di una vera e propria volontà, della consapevolezza cioè della necessità di un dato comportamento, e del proposito di osservare il comportamento stesso anche per l'avvenire, senza di che l'ordinamento, mancando del carattere di regolarità e di costanza, non potrebbe rivestire indole giuridica <sup>(8)</sup>.

Ma proprio la diversità del modo di manifestarsi e di agire dello

---

(8) Si è già detto che una comunità non potrebbe sussistere senza norme: e per le norme, siano esse scritte che consuetudinarie, è necessario postulare l'esistenza di una volontà, consapevole dell'imprevedibilità di un comportamento, e animata dal proposito di osservarlo. Su questo requisito della volontà cfr. BONUCCI, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, p. 45 segg. V. anche, nello stesso senso, DONATI, *La persona reale*, cit., p. 9. Contro, nel senso di prescindere da esso, sono, com'è noto, due dottrine, che, muovendo da presupposti contrari, giungono a conclusioni analoghe: quella del KELSEN (*Hauptprobleme*, cit., pag. 162) e quella del ROMANO (*Ordinamento*, cit., pag. 17 segg.). In questo senso speciale si richiama alla volontà il ROSS, *o. c.*, p. 308.

spirito comune nei vari partecipanti all'associazione, ammessa dagli stessi sostenitori della tesi confutata, fa ritenere impossibile l'esistenza di un sentimento siffatto (che, del resto, se potesse effettivamente verificarsi sottrarrebbe la comunità dove esso sussiste alla sfera del diritto, se è vero che il diritto suppone un'antitesi di interessi, che non riesca a trovare la via di una spontanea conciliazione). Così essendo, bisognerebbe, — a meno di non volere considerare il diritto come qualcosa di puramente esistenziale, di volere considerare giuridico tutto ciò che accade, cioè elevare a sistema la normativa forza del fatto, — determinare il modo capace di identificare, nella molteplicità di manifestazioni della vita associata, quelle che sono espressione dello spirito comune dalle altre. Il fatto stesso del concepire, come fa la teoria organica, questa volontà quale trascendente le volontà particolari e non riconducibile alla somma di queste, esclude che si possa ricorrere, per la sua rivelazione, a osservazioni di media, poiché queste esigerebbero il ricorso a fattori numerici di determinazione, in contrasto con i presupposti assunti, e, si può aggiungere, con la realtà, che offre l'esempio di minoranze ponentesi come rappresentative di una collettività, in opposizione agli interessi e ai sentimenti vigenti in essa in modo tipico.

In ogni caso, ammesso che, attraverso questa differenziazione e specificazione nel seno della comunità, riesca possibile cogliere il sentimento o lo spirito comune del popolo, questo, se non si voglia considerare come offrente la semplice materia all'elaborazione dell'attività giuridica posteriore, o il limite puramente di fatto dell'attività stessa <sup>(9)</sup>, dovrebbe ritenersi rivestito di diretta efficacia giuridica e ritenersi inoltre giuridico il soggetto da cui esso emana: il che importerebbe la determinazione dei rapporti con l'ordinamento formale delle norme, sorto per opera di poteri costituiti nel seno della comunità. Infatti, se si attribuisca alla società carattere direttamente giuridico e non si voglia immaginarla in una posizione di duplicazione e di contrapposizione con lo Stato, è necessario dimostrare l'esistenza di una relazione di compenetrazione con questo, tale da non eliminare la società stessa come fattore autonomo

---

<sup>(9)</sup> V. in questo senso, oltre i positivisti empirici in genere, i c. d. realisti, e, fra gli altri numerosi SEYDEL, *op. cit.*, p. 10; LINGG, *Empirische Untersuchungen zur allgem. Staatslehre*, Vienna, 1890, p. 100 segg.; BARTHÉLEMY, *s. c.*, p. 13; DUGUIT, *o. c.*, p. 3, 45.

di produzione giuridica. Ma, come si è visto, le varie teorie, se non eludono il problema, come avviene quando si ritenga attiva la comunità originaria solo al momento della fondazione dello Stato o dei mutamenti rivoluzionari della sua forma, o se non lo pongono in modo inaccettabile, come può dirsi per la tesi già esaminata, che, pur considerando di fatto l'ente reale, ritiene sussistente un rapporto di carattere giuridico fra esso e l'ordinamento normativo, si limitano a sostenere l'identificazione della volontà della comunità popolare con la volontà della forza politica, in virtù di un affermato *Führerprinzip*, che vivrebbe immanente nel seno di ogni comunità omogenea <sup>(10)</sup>, e in virtù del quale l'attività del *Führer*, sarebbe immediata e fedele espressione di questa, pur non potendosi considerare da essa derivata. Ma evidentemente tale tentativo di legittimazione del potere dell'organo supremo non offre nessun elemento capace di far ritenere effettivamente rilevante, in senso giuridico, l'ente sociale sottostante allo Stato. È vero che le teorie in esame affermano l'esistenza di limiti all'attività del *Führer*, derivanti dalla necessità della corrispondenza con il sentimento popolare, ma questo limite è in realtà inteso, diversamente da quello che potrebbe desumersi, per es., dalla teoria dell'*Anerkenung*, come limite puramente di fatto, in quanto è espressamente affermato la illiceità di qualsiasi opposizione contro la *Führung*; e la sostituzione del titolare di questa è ritenuta efficace solo in virtù del successo conseguito da un *antiführer*, che riesca praticamente a porsi al posto del primo <sup>(11)</sup>.

Non sembra pertanto che i tentativi fatti per rappresentare la società come unità chiusa accanto allo Stato siano da ritenere riusciti <sup>(12)</sup>: un'unità sociale, coincidente nella sua estensione con lo

---

<sup>(10)</sup> V. per tutti HUBER, *Verfassung*, cit., pag. 99 e per la controposizione alla dittatura BECKER, *Diktatur u. Führung*, Tübingen, 1935, p. 32.

<sup>(11)</sup> V. le cit. su questo punto in BISCARETTI, *Il diritto costituzionale dell'imp. germ. nei primi cinque anni*, ecc., in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, pag. 139.

Un precedente della costruzione del rapporto fra *Volksgemeinschaft* e *Führer*, quale è elaborata dalla moderna dottrina tedesca, può considerarsi la concezione dell'HAURIOU (*Précis de droit const.*, cit., p. 75; *Droit public*, p. 41) che pone la sostanza soggettiva di un fondatore, come animatrice dell'individualità oggettiva di un automa sociale, esso stesso già ordinato da un'idea.

<sup>(12)</sup> In questo senso v. recentemente, fra gli altri, SCHINDLER, *Verfassungsrecht*, cit., pag. 62, che però sostiene una concezione dell'ordine sociale rispetto a quello giuridico,

Stato, non può immaginarsi esistente. La sua rilevanza giuridica non potrebbe avvenire se non attraverso un organo, che, in virtù di apposita statuazione giuridica, o pel fatto del suo affermarsi come forza prevalente, si dichiara interprete di essa: ma il rinvio, da parte dell'ordinamento costituito, ad un diritto sociale sarebbe possibile solo con riferimento a singole entità a fini particolari, e in ogni caso con riserva di valutazione da parte degli organi di esso, ma non mai alla società nel suo complesso <sup>(13)</sup>.

Le solenni proclamazioni che affermano la sovranità della nazione, l'emanazione del diritto dal popolo hanno valore solo politico e sono dirette prevalentemente ad esprimere l'avvenuto distacco da un principio organizzativo dello Stato, precedentemente dominante, mentre, dal punto di vista giuridico, è la volontà incondizionata di determinati organi, che vale come unica manifestazione legale dell'ente proclamato sovrano.

3. Se dunque la comunità come tale, anche se omogenea, per determinati aspetti, nella sua composizione, non può offrire quello stabile assetto complessivo capace di formare il contenuto, che qui si ricerca, della costituzione materiale, e se, d'altra parte, per le ragioni già poste in rilievo, è necessario risalire, per la comprensione e l'integrazione del sistema positivo, ad un ordine più semplice e più ampio, che lo preceda e lo condizioni, non sembra rimanga altra via se non fare riferimento, a tale uopo, alla comunità sociale stessa, ma considerandola non più indifferenziata, bensì ordinata secondo un minimo di elementi organizzativi necessari per poterla pensare capace di attività. Naturalmente tali elementi, se anche meno complessi, più rudimentali, rispetto a quelli che sono considerati propri

---

come entità distinta, ma collegata in un rapporto dialettico. V. anche in genere per la critica del concetto di volontà sociale DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 242 segg.

<sup>(13)</sup> Ciò, come si è avanti ricordato, anche nell'ipotesi di una comunità organizzata esclusivamente per la tutela del diritto consuetudinario. La comunità organizzata in quanto rivolta a fini generali e destinata a coordinare le società particolari, da cui emana, non può senz'altro recepire e attuare il diritto che da queste emana, ma deve per necessità recare in sé, sia pure implicitamente, un principio ordinatore di grado superiore a quelli emananti dalle società predette. Vedi KRÜCKMANN, *Einführung in das Recht*, 1912, pag. 73, che però esclude nella consuetudine carattere giuridico.

dello Stato, devono essere della stessa natura di questi; infatti se alla istituzione originaria si attribuisca, come si deve, natura giuridica, devono trovarsi in essa sussistenti quei caratteri irriducibili della giuridicità, senza dei quali l'istituzione non potrebbe considerarsi idonea al suo compito: compito che, nella sua sostanza, non può differire da quello dello Stato poiché l'ordinamento originario non è da intendere in contrapposizione ad esso, ma è lo Stato stesso nella sua prima e più elementare espressione, e che consiste nella determinazione della misura, capace in pratica di effettivo impiego, per la qualificazione delle attività necessarie alla vita dell'associazione.

Ora sembra che gli elementi che si ricercano siano rintracciabili al momento del formarsi nel seno della comunità di una forza politica. Prescindendo da ogni ricerca, che esula dalla competenza del giurista, sui fattori determinanti di questa forza <sup>(14)</sup>, basterà qui affermare come essa risulti dal prodursi, nel seno della comunità, di una specificazione nella posizione dei consociati, in base alla quale alcuni riescono ad esercitare un potere sugli altri in modo da ottenere obbedienza. Ma il concetto di forza, da utilizzare allo scopo per cui è qui assunto, dev'essere ulteriormente determinato, attraverso una duplice qualificazione: da una parte, dalla sua forma, dall'essere cioè costante nel suo esercizio, capace di ottenere obbedienza non accidentalmente, ma di solito, e prevalente, nel senso di imporsi alle altre <sup>(15)</sup>; dall'altra parte, dal suo contenuto, dalla specie di ordine, che essa intende realizzare nella comunità, al fine di raggiungere una complessiva unità dei vari interessi, propri di questa. Gli elementi di una qualsiasi organizzazione, cioè il sorgere di un'autorità, e il fine del porsi di questa, <sup>(16)</sup>, si ritrovano neces-

---

<sup>(14)</sup> Su questi fattori v. SOMLÓ, *o. c.*, pag. 111 e, in senso vario, GUMPLÓWICZ, *Die soziologische Staatsidee*, 2ª ed., Innsbruck, 1992, pag. 95; WIESER, *Das Gesetz der Macht*, Wien, 1926, pag. 105; MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Torino, 1925; CROCE, *Elementi di politica*, Bari, 1928, pag. 17 segg.

<sup>(15)</sup> Ved. BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 141 e bibl. ivi; M. WEBER, *Wirtschaft u. Gesellschaft*, Tübingen, 1925, pag. 603; HELLER, *o. c.*, pag. 244; WENZEL, *o. l. c.*; W. JELLINEK, *Gesetz*, ecc., pag. 27; sul carattere giuridico, non di sola regola di fatto, come la considerava HOBBS, della norma che suona gli ordini del più alto potere sono diritto.

<sup>(16)</sup> Sui caratteri dell'organizzazione, oltre a quanto è detto nel testo e alle note precedenti, v. BURCKHARDT, (*o. c.*, pag. 119 segg.), che chiaramente indica nell'elemento teleologico, specifico di essa, il criterio di differenziazione del concetto di organismo, di

sariamente nello Stato stesso, ma con caratteri speciali resi necessari dalla natura dello Stato stesso; natura che, secondo quanto si è precedentemente ricordato, non consente né di identificare l'organizzazione medesima con un concreto ordine spontaneo, e neppure di concepirla come una sovrastruttura formale, sorta per assicurare e garantire un assetto preesistente, già esso stesso giuridico. Lo Stato non trova al suo sorgere, un diritto preconstituito, determinabile sulla base di uno stato, di natura o altrimenti, ma crea esso l'ordine giuridico, in quanto pone un centro di unificazione della vita della comunità, che differenzia e tutela all'esterno questa dalle altre, viventi in diversi ambiti territoriali, e disciplina all'interno il conflitto degli interessi contrastanti, attraverso la determinazione e la protezione, anche coattiva, di quelli ritenuti prevalenti (17).

Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale.

Infatti allorché la forza stessa riesce a creare un centro stabile di qualificazione delle attività sociali (18), di determinazione della diversa rilevanza delle medesime riguardo ai fini, da essa posti come necessari, allorché si mostra capace di porre una volontà, che valga, perché rivolta a questi fini, e di norma obbedita quale volontà della comunità, dà luogo alla prima organizzazione in senso politico del sostrato sociale, determina il sorgere alla consapevolezza di sé dell'io

---

indole naturalistica, in cui il collegamento delle parti fra loro avviene secondo il punto di vista della causalità. V. anche ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 1923, I, pag. 232; PANUNZIO, *L'ente politico*, in *Raccolta di scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano 1938, pag. 10 estratto.

Sulla necessità dello specificarsi nel seno della comunità di un'autorità come condizione per l'affermarsi di un ordinamento v. ROMANO, *o. c.*, pag. 68, 69; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., pag. 25; nonché il BURCKHARDT predetto a pag. 128. Sul concetto di forza ordinata v. SOMLÒ, *o. c.*, pag. 111 nota, con ampia bibliografia; KÖLLREUTTER, *Grundriss der allg. Staatslehre*, cit., pag. 54.

(17) Cfr. anche HAURIQU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., p. 64.

(18) Ordine stabile, che non esclude le oscillazioni nei rapporti di forze ad essa sottostanti, ma che deve poggiare per essere tale, su un punto relativamente fermo in queste oscillazioni. Cfr. SOMLÒ, *o. c.*, p. 312.

sociale, e, nei casi nei quali sussistano elementi di aggregazione spontanea, la trasformazione dell'istinto associativo in volontà consapevole, dell'entità indifferenziata in ordinamento organizzato intorno ad un potere autoritario, portatore di un'idea politica.

L'istituzione originaria così formata è già lo Stato, anche all'infuori di una più precisa determinazione di funzioni e di poteri, anche senza che sussista un sistema formale di norme materiali, disciplinanti la condotta degli associati.

Una struttura più semplice, costituita dalla comunità ponentesi come « ordine vivente » all'infuori della specificazione nel senso predetto non è pensabile. Se, come già si è detto, la costituzione giuridica presuppone una relativa omogeneità nella composizione sociale, nei bisogni, interessi, sentimenti, non si identifica con questa, non è l'espressione di quest'ordine concreto. In primo luogo, perché tale ordine, anche quando c'è, non è mai completo ed esige, per la sua integrale attuazione, un'istanza coattiva; ma ancora, e principalmente, perché l'unità politica non si pone solo per mantenere un ordine esistente, ma (se pure, in quanto forza vitale, non può prescindere dall'ordine stesso, di cui appare interprete consapevole) tende allo svolgimento progressivo di esso, nell'attuazione del quale la forza politica dominante si pone, come anticipatrice e precorritrice, rispetto alla massa degli associati.

Questa differenziazione nell'ambito dei componenti del gruppo fra i partecipanti alla forza organizzata e gli estranei ad essa, è bisogno organizzativo di qualsiasi consociazione statale e si traduce in un differenza di posizione giuridica fra essi. Nel gruppo così organizzato assumono una posizione attiva non solo coloro cui è attribuito l'esercizio effettivo del potere, ma anche gli aderenti, perché la loro appartenenza alla forza dominante, anzitutto serve a conferire a questa la validità, nel senso che sarà determinato, necessaria perché essa abbia vigore giuridico, e, in secondo luogo, influisce nel mantenere i detentori del potere nell'ambito delle finalità, per le quali essi lo hanno assunto. Invece gli altri componenti, estranei alla formazione politica dominante, o formano la massa inorganizzata apolitica <sup>(19)</sup>, o danno luogo, se autorizzate, a gruppi

---

(19) Cfr. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 185, che perciò contrassegna il popolo quale entità distinta dal partito, solo elemento attivo dello Stato; e PFENNING A.,

rappresentativi di ideologie avverse a quella dominante: comunque appaiono non partecipi, o partecipi solo passivamente, alla funzione di formazione e di mantenimento dell'ordine giuridico, e per essi l'obbedienza a questo è l'espressione della convinzione di obbedire al potere più forte <sup>(20)</sup>.

Non discende naturalmente dall'anzidetto che questi ultimi debbano necessariamente assumere la posizione di oggetto del dominio statale, perché è compatibile con la loro posizione il riconoscimento di diritti, anche all'infuori del campo dei rapporti privati. Ma la concessione di diritti politici, eventualmente fatta a loro favore, non potrebbe essere spinta fino a dar luogo a parteci-

---

*Staatswissenschaft u. Revolution*, Leipzig, 1936, p. 53, per cui titolare della coscienza politica popolare è la concreta comunità del movimento.

<sup>(20)</sup> Non sembra perciò che possa consentirsi nell'opinione di SOMLO (*o. c.*, p. 309), secondo cui anche la massa dei soggetti viene a partecipare alle *Versprechen-normen*, con le quali i detentori del potere si limitano. In senso analogo a quello dell'A. cit., cfr. VACCHELLI, *Le basi psicologiche*, cit., p. 12; DUGUIT, *Traité*, cit., II, p. 16, nonché *L'État*, cit., pag. 255. Ciò si potrebbe ritenere muovendo dalla teoria, che vede nell'*Anerkennung* (BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, 1887, p. 122 segg.), il fondamento dell'obbligatorietà giuridica. Secondo invece la tesi prospettata, di un'*Anerkennung*, nel senso di adesione, si dovrebbe parlare solo nei riguardi degli aderenti. Si potrebbe forse meglio dire che la massa dei soggetti partecipi all'auto-obbligazione dei governanti solo in senso negativo, nella misura, cioè, in cui alcuni interessi, che in loro si realizzano, riescano a farsi valere come limite, oltre il quale la particolare forma di ordine sociale affermata dai governanti, non potrebbe attuarsi, se non a patto di compromettere la sua validità. Solo per quanto riguarda l'osservanza di questo limite si potrebbe invocare a spiegare il fondamento della sua obbligatorietà giuridica, la raffigurazione di JELLINEK (*Sistema*, cit., p. 257) di un'obbligazione assunta dai detentori del potere verso il popolo. Invece nei riguardi della concezione politica, che, entro quel limite, indirizza positivamente verso una speciale direzione la vita dello Stato, l'obbligazione in parola può sussistere solo nei confronti di coloro, che sostengono la concezione stessa. Si potrebbe osservare, in contrario, che anche per gli altri oggetti la ragione dell'obbedienza risiede nel rispetto della concezione politica: ma anche quando si dimostrasse che così sia, non vi sarebbe ragione di dare rilevanza a questo fatto, che non modifica in nulla il rapporto fra i detentori del potere e i loro seguaci. Contro HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 240, il quale ritiene che, pur distinguendosi tre gruppi nell'ambito della consociazione statale, e cioè il centro della forza, i simpatizzanti, i resistenti, sia da escludere che il potere statale, in quanto obbiettiva unità di effetti, si possa spiegare solo come potere dei governanti, o connessione di questo con quello dei simpatizzanti.

pazione all'esercizio del potere sovrano di direzione dello Stato. Sicché mentre essi entrano a comporre lo Stato, non solo come parte dell'elemento personale, ma anche come soggetti di diritto (sicché lo Stato, come istituzione complessiva, non si esaurisce nei governanti), non possono invece considerarsi costitutivi della persona reale dello Stato, intesa come entità effettivamente operante <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Con ciò non si vuole, come si è detto, aderire alla tesi, che considera i detentori del potere come posti al di sopra dello Stato (su questa tesi v. ROMANO, *Corso*, cit., p. 7); o necessariamente come i soggetti dei diritti statali (JELLINEK, *Sistema*, cit., p. 164) che possono invece attribuirsi alla titolarità dello Stato, in quanto si attribuisca a questo la personalità giuridica. Si può anche convenire con il DUGUIT (*L'État*, cit., p. 267) secondo cui, giuridicamente, non vi è differenza fra il potere obbiettivo dei governanti e quello dei governati, ma ciò solo nel senso generale che gli uni e gli altri sono sottoposti al diritto. Contro il modo proposto di raffigurare la posizione dei non partecipi del potere possono opporsi, sempre da un punto di vista giuridico, non filosofico (su quest'ultimo, v. BATTAGLIA, *La sovranità e i suoi limiti*, in *Scritti*, cit., p. 253), due differenti punti di vista. Anzitutto quello di coloro che concepiscono il popolo, in quanto collegato in unità sociologica, come entità già organizzata, e ritengono che quindi ogni componente di esso, come portatore dello spirito comune, sia partecipe della sovranità (v. JERUSALEM, *Der Staat*, cit., pag. 101, per cui l'appartenente alla comunità chiusa non è *Angehörige* ma solo *Genosse* (pag. 248) e, conseguentemente, al rapporto fra dominanti e dominati sostituisce quello di capo politico e seguito. Analogamente le teorie, che spiegano il potere dei supremi organi statali come sorto in virtù di delegazione dalla massa sociale: cfr. per es. *Capitant*, o. c., p. 137). Ma non sembra che, nei concreti effetti pratici, la differenza del modo di considerare il rapporto sia rilevante. La concezione criticata, anzi, giungendo nelle sue estreme conseguenze a risultati assai vicini a quelli propri delle teorie realistiche, raffigura il potere dei dirigenti come potere delle persone che occupano la carica, sia pure presupponendo il vincolo organico delle medesime con la *Gemeinschaft* (cfr. o. c., pagg. 58, 306 segg.). In secondo luogo l'opinione, corrispondente all'ideologia liberale, che riconosce in ogni suddito la qualità di cittadino, chiamato al potere statale, e considera la esistenza di una volontà collettiva come risultante dal giuoco e dalla conciliazione di tutti i contrastanti interessi (cfr. VACCHIELLI, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*; KELSSEN, *Il problema del parlamento*, trad. it., *Nuovi Studi*, 1928, p. 197). Il presupposto di questa concezione sta nel ritenere lo Stato come puro strumento di conciliazione dei contrasti sociali, potere alto di equilibratura fra le varie tendenze: presupposto che non corrisponde alla realtà, perché, come sarà chiarito appresso, lo Stato si presenta sempre rivestito di una forma particolare, che è espressione di una particolare concezione politica, ed esclude la possibilità della realizzazione legale di ideologie avverse. I portatori di queste, in quanto tali, potrebbero essere ammessi all'esercizio di quei soli diritti politici, che non implicano poteri di comando in nome dello Stato.

4. È necessario chiarire meglio gli elementi di quella che si è chiamata la costituzione originaria, non tanto per riaffermare l'esigenza che si è posta della forza prevalente di un gruppo ordinato, sulla quale vi è in sostanza concordia, anche da parte di chi la vorrebbe porre come secondaria, in confronto a forze spontanee di coesione, quanto soprattutto per mettere in rilievo, da una parte, il carattere giuridico della medesima; dall'altra, i rapporti di questa con la costituzione formale, nei casi nei quali questa, una volta sorto lo Stato, si sovrapponga alla prima. Ma, preliminarmente, è necessario vedere in modo più preciso, come siano da raffigurare gli elementi di ordine che è necessario attribuire al potere originario costitutivo dello Stato, perché questo possa assumere aspetto di entità giuridica. Se i caratteri che si son detti propri di esso, e che consistono nella prevalenza sugli altri poteri e nell'essere espressione di un principio di ordine totale, capace di attuare il grado di unità ritenuto necessario per la comunità, devono sussistere sempre e necessariamente, qualunque sia il tipo di ordinamento, e se la funzione propria del potere stesso, cioè quella diretta ad instaurare lo Stato e a presiedere al suo svolgimento nell'ambito della forma ad esso imposta, è anch'essa costante e necessaria, variabili invece sono, inevitabilmente, le forme in cui il potere stesso può in concreto presentarsi. In particolare, l'elemento di variazione da prendere qui in considerazione è quello relativo al modo di essere del principio di ordine, cioè al diverso rapporto in cui può presentarsi il principio stesso, considerato nel suo momento obbiettivo, in confronto delle persone portatrici ed esecutrici del medesimo.

La dottrina pubblicistica, raccogliendo e riducendo al suo significato essenziale una distinzione tradizionale, ha designato le due forme tipiche, le due ipotesi estreme, in cui il rapporto predetto può presentarsi, nella contrapposizione di monarchia e repubblica. Termini questi che qui sono assunti a designare tipi ideali assoluti di aggregazione politica, il cui elemento distintivo veramente caratteristico sembra debba riscontrarsi, conformemente a quanto è sostenuto da un'opinione autorevole, nel carattere rappresentativo della persona o delle persone destinate ad esprimere la volontà suprema dello Stato<sup>(22)</sup>. Carattere rappresentativo da intendere nel senso attribuito alla

---

(22) Si segue per la distinzione fra monarchia e repubblica, il criterio per il primo

rappresentanza politica, risultante cioè dall'esistenza di uno specifico rapporto, riconosciuto e garantito dal diritto, di corrispondenza di un particolare indirizzo politico fra rappresentanti e rappresentati <sup>(23)</sup>. Secondo quanto si è detto, è necessario che la forza la quale si pone come soggetto della costituzione fondamentale, affinché possa adempiere alla funzione di unificazione ad essa propria, si presenti come forza ordinata, cioè con costanza e regolarità di manifestazioni, costanza e regolarità che esigono la permanenza non solo dell'organizzazione, per mezzo della quale viene ad espressione il volere statale, ma la permanenza altresì, entro certi limiti, del contenuto, del fine del volere stesso; poiché una volontà che disvuole ciò che volle, non riuscirebbe a coordinare i suoi atti in unità, anche se fosse attribuibile sempre allo stesso soggetto. Ora possono esservi tipi di organizzazione nei quali la funzione unificativa è affidata più all'elemento soggettivo dell'organizzazione che non a quello del fine perseguito dalla sua attività, e questo è quanto avviene nella monarchia, intesa nella sua forma pura, come monarchia assoluta, caratterizzante un tipo di Stato, piuttosto che il solo elemento del governo <sup>(24)</sup>. Anche quando un singolo regime monarchico sia collegato nel suo sorgere, anziché a

---

posto dal BERNATZIK, *Republik und Monarchie*, Freiburg, 1892, in contrasto con il tradizionale concetto di Aristotile, il quale riponeva il fondamento della classificazione in un elemento accidentale come quello del numero degli investiti del potere supremo. Anche altri criteri, come quelli posti da JELLINEK e da HAYSCHIECK (vedili riportati da quest'ultimo in *Englisch es Staatsrecht*, cit., I, p. 32) si possono riannodare, nel fondamento ultimo, a quello del BERNATZIK. Esso è seguito in Italia principalmente dal ROMANO, *Corso*, cit., p. 99. Contro recentemente ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione*, cit., p. 476, ma sulla base di un concetto di rappresentanza, ch'è da rigettare.

<sup>(23)</sup> Sul modo di intendere la rappresentanza politica come rappresentanza di tendenze ed indirizzi politici, v. ROMANO, *o. c.*, pag. 216. Ai fini del presente studio basta fare riferimento a tale punto, senza riguardo agli svolgimenti della teoria, in ordine ai quali non sembra di poter accogliere in ogni sua parte la costruzione del ROMANO, specie in ordine al rapporto fra corpo elettorale e popolo.

<sup>(24)</sup> Sulla monarchia come tipo di Stato v. SMEND, *o. c.*, pag. 113; CROSA, *Sulla teoria delle forme di Stato*, in *Riv. int. di fil. del diritto*, 1931, pag. 8 estratto; PERTICONE, *La libertà e la legge*, Roma, 1935, p. 133. Sulla possibilità di limiti solo extragiuridici, desunti dal diritto naturale, e così sul diritto di resistenza solo di fatto, in tal tipo v. RANELLETTI, *Principi*, cit., p. 103 e 134. Tre forme storiche possono raffigurarsi di monarchia: quella assoluta; quella posta dualisticamente in contrapposizione ad un altro centro di unificazione: il popolo; quella rappresentativa, nel senso improprio ora detto. Cfr. anche MICHELS, *Il partito politico nella dem. moderna*, Torino, 1924 p. 1.

fattori di ordine religioso, che ne costituiscono più frequentemente il suo fondamento, a interessi di parte e a scopi a questi collegati, esso viene ad assumere il suo carattere veramente specifico in quanto riesca a svincolarsi da essi, ed a posare su valori affidati alla tradizione e al prestigio della dinastia: cosicché la volontà del monarca si presenta come il fondamento esclusivo dell'attività dei soggetti e l'ultima istanza di decisione, senza possibilità di limiti giuridici desumibili dalla necessità di corrispondenza con interessi di altri centri di volontà e quindi senza possibilità di richiamarsi, per derogare ad essa o per completarla, a principi, a fini, ad esigenze obbiettivamente determinabili. Dal che consegue anche la possibilità del permanere dell'istituzione regia, pur nel mutamento, entro certi limiti, dei rapporti di forza <sup>(25)</sup>.

Vi sono invece altri tipi, in cui l'espressione della volontà statale è istituzionalmente collegato con un dato contenuto, e quindi, almeno per determinati rapporti, vale non pel semplice fatto di emanare da una data istanza, ma per la sua fedeltà al fine stesso. Il carattere rappresentativo, nel senso indicato, degli organi governanti in questa forma, che si può contrassegnare come repubblica, importa precisamente l'esistenza di un limite obbiettivo, rilevante per l'ordinamento, che s'impone all'opera di essi; sicché il centro di unificazione dell'attività statale non è dato solo dall'organo comune tale, ma ancora da un elemento oggettivo, da un criterio materiale, che s'impone a questo. A differenza che nella forma monarchica, in quella a repubblica, non può prescindersi dalla responsabilità dell'organo di governo, qualunque sia l'espedito tecnico adope-

---

(25) Naturalmente si fa riferimento alla monarchia dello Stato monistico, accentrato, e non certo alla monarchia dello Stato medioevale, caratterizzato alla molteplicità di poteri autonomi e da una tale oscillazione dei rapporti di forza da rendere ad esso applicabili piuttosto il concetto di *Zustand* che quello di *Status*. Cfr. BELOW, *Der deut. Staat des Mittelalters*, 2<sup>a</sup> ed., 1925, p. 240.

Nella monarchia inglese non si raggiunse mai la forma assoluta, permanendo sempre in essa un elemento di rappresentatività: o diretta, o, nei tempi moderni, indiretta, attraverso il Gabinetto. V., recentemente, su questo punto, RIZZO, *La responsabilità regia e le esposizioni dei re inglesi*, Milano, 1939. Così per la Sacra corona di Ungheria, v. ROSSI L., *La sacra corona d'Ungheria*, in *Scritti varii di dir. pubblico*, V, Milano 1939, p. 113 segg.. Cfr. anche MARONGIU, *I parlamenti di Sardegna nella storia e nel diritto pubblico comparato*, Roma, 1932, p. 60.

rato per rendere compatibile la posizione suprema conferita all'organo con l'obbligo di rispondere del suo operato. Ora la responsabilità, se ha carattere giuridico, esige un criterio obbiettivo, in base al quale possa essere determinata <sup>(26)</sup>.

5. Sembra ora opportuno, esaminare l'indole e la funzione della costituzione originaria, non solo in quegli aspetti costanti, ma generalissimi, riscontrabili in tutte le forme statali, perché ciò renderebbe la trattazione eccessivamente generica ed astratta, bensì con riguardo alla forma organizzativa propria dello Stato moderno, cioè di quel tipo di Stato, che sorge nel continente europeo con la rivoluzione francese, perché il fare ciò consentirà di scendere a sviluppi che mostreranno meglio il modo di operare della costituzione medesima. Secondo un'opinione, che può considerarsi pacifica, uno dei caratteri essenziali dello Stato moderno è la rappresentatività, la quale però assume aspetti particolari, rispetto a quella riscontrabile in altre forme precedenti, anch'esse rappresentative, in conseguenza del riconoscimento, operato dalla rivoluzione stessa ed entrato nella coscienza comune, del diritto, almeno potenziale, di ogni cittadino alla partecipazione alla cosa pubblica, e dell'estendersi progressivo a masse sempre più vaste della popolazione del potere di intervenire, a volte direttamente, ma per lo più indirettamente alla formazione della volontà dello Stato. Questo portò necessariamente, contro la stessa opinione dell'ispiratore dell'ideologia ch'era riuscita vittoriosa dalla rivoluzione, all'organizzazione di questo più vasto elemento sociale in una speciale struttura, quella del partito politico, destinata a rendere efficiente l'attività di esso nella vita dello Stato.

È estraneo agli scopi di questo scritto ogni indagine approfon-

---

<sup>(26)</sup> Come si è detto, le forme, alle quali si è fatto riferimento, sono considerate nella loro configurazione tipica, ideale, senza riferimento agli aspetti che possono assumere negli ordinamenti positivi e alle denominazioni con cui possono in questi venire contrassegnati. Così una monarchia potrebbe sussistere anche in un regime rappresentativo e potrebbe permanere anche con il mutare del principio organizzativo. Ma il fenomeno, pur essendo nella sua esteriorità analogo a quello che s'è visto possibile nella monarchia assoluta, avrebbe qui un diverso fondamento, dato dalla funzione, prevalentemente simbolica, rimasta al monarca. Su questa funzione della monarchia nello Stato moderno v. KELSEN, *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 305.

dita sui vari significati attribuibili al concetto di partito, sull'ambito più o meno vasto da assegnare ad esso, sulle forme con cui si è presentato storicamente (27).

Basterà notare come, se anche si dimostri, in ipotesi, la legittimità di designare con lo stesso nome di partito organizzazioni dirette al raggiungimento di fini personali agli aderenti, o a scopi limitati a settori particolari della vita associata, qui esso è assunto in un significato più specifico, per designare solo quelle associazioni che, assumendo come propria una concezione generale, comprensiva della vita dello Stato in tutti i suoi aspetti, tendono a tradurla nell'azione concreta statale, con esclusione delle concezioni ad essa contrastanti (28). In dipendenza delle condizioni specifiche dell'epoca moderna, nei paesi a civiltà europea, e cioè del bisogno del consenso di vaste masse, della rilevanza acquistata dalla pubblica opinione, della diffusione della cultura politica, i partiti sono costretti ad assumere un'organizzazione che, pur facendo la debita parte all'autonomia personale dei capi, ponga come elemento predominante un'idea politica generale, nel senso ora visto, capace non solo di tenere unito il gruppo che l'assume e di differenziarlo dagli altri, ma soprattutto di costituire il centro di attrazione per l'acquisto di nuovi aderenti e per la conquista del potere dello Stato (29). E questo in sostanza il carattere che dif-

---

(27) Sulle varie specie di partito, in relazione ai diversi fini perseguiti, v. WEBER, *Grundriss der Sozialökonomik. Wirtschaft u. Gesellschaft*, cit., vol. I, pag. 151 e da noi LIUZZI, *Il P. N. F. nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1930, che sostiene un concetto amplissimo di partito (v. pag. 20). Da un punto di vista sociologico e relativamente ai modi di organizzazione dei partiti, cfr. MICHELS, *Il partito polit.*, cit..

(28) V. gli interessanti sviluppi in PANUNZIO, *Teoria gen.*, cit., pag. 447, sul partito, ch'egli chiama rivoluzionario, come parte totale. In senso analogo VOLPICELLI, *Il concetto speculativo di partito politico*, nella raccolta *Il Partito*, Roma, 1931, pag. 82; PERTICONE, *Regime politico ed ordine giuridico*, cit., pag. 92, nonché *Il diritto e lo Stato*, cit., pag. 78. Sui vari significati attribuibili al partito, cfr. JELLINER, *o. c.*, pag. 102. Il BLUNTSCHIELL, *La Politique*, II, Paris, 1883, pag. 328, aveva chiamato costituzionali i partiti totali. Il carattere totalitario del partito spiega come in esso debbano sussistere certi requisiti, dei quali invece il LIUZZI afferma di non rendersi conto (*o. c.*, pag. 28). Su questo carattere v. anche SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., pag. 83; e HATSCHER, *Einleitung*, cit., p. 45, sul partito come mezzo di obiettivazione della volontà statale; JERUSALEM, *Der Staat*, cit., p. 284.

(29) Cfr., HELLER, *o. c.*, pag. 135, che fa consistere il carattere nuovo delle costituzioni moderne nella consapevole regolamentazione della concreta costruzione dell'unità politica.

ferenza il partito moderno, nel senso ora detto, da formazioni di altre epoche, designate con lo stesso nome, ma prive di un contenuto generale, di una determinata ideologia, capace di porsi come fattore di unificazione dell'intera vita di una comunità <sup>(30)</sup>.

Da un analogo punto di vista, non sono riconducibili al concetto ora visto quei partiti, i quali sorgono, come sottospecie, caratterizzate da divergenze secondarie, dal tronco del partito, che ha improntato di sè una data forma di Stato <sup>(31)</sup>: essi hanno importanza limitata al funzionamento del regime parlamentare <sup>(32)</sup> e alla determinazione dell'indirizzo politico. Se è possibile pensare alla coesistenza, in uno stesso ordinamento, di più partiti alternantisi al governo dello Stato (e anzi questa ipotesi è pensata come corrispondente alle necessità organizzative di una particolare forma

---

<sup>(30)</sup> Così si dica dei partiti dinastici, a contenuto prevalentemente personalistico, destinati a dissolversi al momento del raggiungimento dello scopo, o, se anche perpetuanti dopo questo momento, con il solo fine di sostenere l'autorità del monarca, mentre i partiti instauratori di un ordinamento, ispirato alla loro ideologia, sono necessariamente destinati a perpetuarsi, anche se trasformati, dopo l'instaurazione (v. BLUNTSCHILI, *o. c.*, pag. 319). Diversi dai partiti moderni devono considerarsi anche i raggruppamenti medioevali, a base classista, e ai quali comunque era estranea una concezione politica generale. Da questo punto di vista, potrebbe giustificarsi l'affermazione, in sè paradossale, dello SCHMITT, *o. c.*, pag. 45, che considera la *Magna Charta*, in quanto risultate da un equilibrio di interessi particolari, insuscettibile di porre una vera costituzione. Per la negazione di ogni effettivo valore all'ideologia del partito v. CROCE, *Elementi di politica*, Bari, 1925 p. 41; OLIVETTI, *Il partito*, in *Raccolta*, cit., pag. 130. V. invece, nel senso qui sostenuto, RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, p. 96, di cui rimangono fondamentali l'analisi delle diverse ideologie, intorno alle quali possono raggrupparsi i partiti, e le osservazioni sull'effettiva efficacia delle ideologie stesse, anche se dai loro artefici invocate solo per coprire interessi. V. anche KOELLREUTTER, *Grundriss*, cit., pag. 141 sull'impossibilità di porre a base dell'azione di partito meri interessi.

<sup>(31)</sup> Per questa distinzione v. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, Firenze, 1916, vol. II, pag. 638; WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, Bari, 1919, pag. 29; BONAUDI, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1936, pag. 228 e 497 e già prima in *Il Partito e l'ordine giur. dello Stato*, nella *Raccolta*, cit., pag. 51. Un criterio analogo ha suggerito la distinzione fra *echte* e *unechte* partiti in Germania, sebbene siano discutibili alcune applicazioni fatte. V., per es., JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, cit., p. 116; SULZBACH, *Die Grundlagen der politischen Parteienbildung*, Tübingen, 1921, pag. 13.

<sup>(32)</sup> A questo l'opinione comune limita la rilevanza giuridica del concetto di partito in genere: v., per es., NAWIASKY, *Die Zukunft der politischen Parteien*, München, 1924, p. 9.

di Stato, quella liberale) ciò accade in quanto il partito si intenda nel secondo senso più limitato. Invece una molteplicità di partiti totalitari con parità di diritti, a ciascuno dei quali sia consentita l'assunzione in forma legale del potere, non è concepibile perché una forma concreta di Stato non è che la realizzazione di un'idea politica, e quindi il suo ordinamento implica un'omogeneità politica, che unisca in un'unità più alta maggioranza e minoranza e formi il presupposto per l'esistenza di una volontà coerente ed armonica dello Stato stesso <sup>(33)</sup>.

Il partito, nel senso specifico, è insomma l'elemento attivo dell'istituzione originaria, necessario perché questa assuma una forma politica, e perciò non può essere che unico, come unico è il principio di qualsiasi forma politica. Anche quando esso operi nel senso di riconoscere e rendere consapevole una vocazione esistente

---

<sup>(33)</sup> V. in questo senso LEIBHOLZ, *Die Auflösung der liberalen Demokratie*, in *Deutschland und der autoritäre Staatsbildung*, München, 1933, pag. 15; PANUNZIO, *o. c.*, pag. 464; BONAUDI, *o. c.*, pag. 46. Sulle condizioni generali da considerare come presupposte del funzionamento di una molteplicità di partiti, v. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, cit., pag. 31 segg. Sull'inesistenza di un vero contrasto di opinioni nei partiti americani di governo, v. BRYCE, *La repub. americana*, trad. it., in *Bibl. di scienze polit.*, vol. I, ser. III, p. 846. E lo stesso si dica per i partiti inglesi. E quindi da ritenere, contrariamente a quanto si afferma da alcuni v., per es., KOELLREUTTER, *Grundriss*, cit., pag. 16) che anche l'ordinamento liberale presuppone per il suo funzionamento una comunità politica unitaria. La crisi del regime liberale cominciò a manifestarsi quando, con la estensione del diritto al voto, necessitata dalla stessa logica del sistema, fu consentita espressione legale ad ideologie contrastanti con quella borghese: ciò che rischiò di compromettere l'unità dell'azione politica dello Stato. Cfr. SCHMITT, *o. c.*, pag. 39; LEIBHOLZ, *o. c.*, pag. 16 segg., 49; LUCATELLO, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, estratto dagli *Scritti giur. in onore di S. Romano*, Padova, 1939, p. 8. In relazione a questo fenomeno si nota nella legislazione più recente dei paesi retti a regime liberale il diffondersi di misure, dirette appunto a garantire il sistema politico contro i pericoli di sovvertimento dei principi informatori del medesimo da parte delle nuove formazioni. Su questa legislazione v. di recente diffusamente K. LOEWENSTEIN, *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*, in *Revue de droit public.*, 1938, pag. 294 segg. 702 segg. E con riferimento alla coesistenza di più partiti totali nello stesso ordinamento, con parità di diritti, che sarebbe consentito di considerare questo come Stato pluralistico (v. SCHMITT, in *Principi del nazionalsocialismo*, cit., pag. 47). Così pure l'antitesi di *amici-hostes*, con cui questo autore riaffigura l'essenza della politica, ha valore nei riguardi di partiti totalitari.

nel popolo, adempie sempre una funzione creativa, poiché senza la sua opera, questa sarebbe rimasta inoperosa e allo Stato latente.

È pertanto nello Stato moderno il partito il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come uno degli elementi, quello strumentale, necessari a comporre il suo contenuto, la sua materia tipica. L'altro elemento, il materiale, è dato, come si è detto dall'idea cioè da uno scopo, comprensivo tanto da consentire di apprezzare in modo unitario i vari interessi che si raccolgono intorno allo Stato; così rigido da porsi come punto fermo anche attraverso le oscillazioni dei rapporti di forza possibili a verificarsi nel tempo, ma, anche, così elastico da poter presiedere allo svolgimento della vita associata consentendo, gli adattamenti da questo richiesti <sup>(34)</sup>.

6. Gli elementi ora ricordati sono da ritenere come le condizioni col concorso delle quali una determinata società può raggiungere quel grado di unità politica, che le consente di elevarsi a Stato, di trasformarsi cioè da ente formato dal collegamento di interessi parziali e frammentari, o tenuto insieme solamente da un complesso di sentimenti comuni, in istituzione autoritaria, organizzata per fini generali e capace di realizzarli. Le condizioni stesse devono considerarsi, da un lato, necessarie perché il potere autoritario, di per sé solo, non potrebbe dar luogo ad un ordinamento regolare nelle sue successive manifestazioni, e perciò giuridico; e il fine politico, a sua volta, non potrebbe farsi valere senza del primo. Ma esse devono, dall'altro lato, ritenersi altresì sufficienti nel senso che, anche indipendentemente da un sistema di norme, che svolgano ed esplichino nelle loro più concrete manifestazioni gli elementi stessi, è possibile trarre da essi quanto occorre per disciplinare nelle sue varie direzioni la vita associata.

Questa costituzione originaria, della quale si parla, è da ritenere pertanto non presupposto o sostrato di quella giuridica, ma essa stessa tale, anzi giuridica per eccellenza, in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per potere imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi, attraverso i quali si svolge.

---

<sup>(34)</sup> Su questi caratteri della costituzione in genere, cfr. HSU DAU LIN, *o. c.*, p. 154.

Contro quest'affermazione stanno le opinioni, le quali tendono ad escludere che alla costituzione, quale si è raffigurata, possa competere la qualifica di giuridica. Opinioni che è pertanto necessario prendere in considerazione, perché dal loro esame potrà riuscire riaffermata la tesi qui sostenuta. E anzitutto deve considerarsi un primo gruppo di teorie, le quali tendono a respingere nel sociologico l'organizzazione risultante dal porsi di una forza politica dominante, sia poi che ammettano, sia che no la necessità della considerazione di questa forza per la esatta comprensione della costituzione formale <sup>(35)</sup>.

Le teorie in parola sarebbero esatte se la materia sottostante all'ordine formale positivo fosse intesa come trovantesi in uno stato incandescente, come perpetuo fluire, come trasformazione irriducibile ad una posizione di stabilità, anche relativa. Ma invece, come si è visto, la costituzione fondamentale ha un contenuto ordinato e relativamente stabile (di quella stabilità relativa, che è propria, sia pure in un grado maggiore, delle stesse norme) che consente di raffigurarla come espressione di un'entità non puramente esistenziale, ma deontologica.

Le teorie stesse non potrebbero viceversa essere accolte, se si basassero su una concezione insufficiente dell'ordine giuridico. Tale è quella che nega l'esistenza di un limite della forza, sulla quale si basa lo Stato, e quindi la sua giuridicità, in considerazione dell'impossibilità di risalire ad una norma anteriore da cui desumere la legittimità della forza stessa <sup>(36)</sup>. Un'analoga obbiezione viene sollevata per contestare l'ammissibilità di limiti al potere supremo dello Stato. Ma proprio per rendersi conto di questi limiti, necessari per

---

<sup>(35)</sup> In questo secondo senso v. soprattutto SOMLÒ, *o. c.*, p. 309 segg., nonché le citazioni precedenti a p. 28. V. in FORNÌ, *Il realismo nel diritto pubblico*, in *Studi*, cit., I, Roma, 1937, p. 79, espressa l'esigenza dello studio dei presupposti sociologici per la esatta comprensione del sistema legale, l'unico giuridico.

<sup>(36)</sup> Cfr. SOMLÒ, *o. c.*, pag. 310. In genere, oltre i positivisti, già ricordati, i c. d. realisti, fra gli altri SEYDEI, *o. c.*, pag. 1157; DUGUIT, *Traité*, cit., I, p. 635 e 671. Nel senso del necessario vincolo giuridico dello Stato cfr. SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Tübingen, 1905, p. 44. Per la negazione, in base ad analoghi presupposti, del carattere giuridico della sovranità dello Stato: v. da noi PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1900, pag. 140 e recentemente ESPOSITO, in *Lo Stato e la nazione*, cit., pag. 459, e già precedentemente in *Validità*, cit., pag. 64 e 238.

potere pensare lo Stato operante nel campo del diritto, occorre riferirsi ad un'entità sociale organizzata, sottostante al sistema delle norme, perché solo da questa può derivare quella stabilità, che conferisce ad essa carattere giuridico. Mentre non avrebbe senso derivare i limiti in parola dalla stessa volontà del titolare del potere costituito, essi invece acquistano valore effettivo in quanto si facciano poggiare su quell'organizzazione più ampia, di cui i titolari stessi fanno parte. La stabilità degli interessi e dei fini, per la realizzazione dei quali essa sorge, esige dai partecipanti alla medesima, cioè da coloro che avvertono quegli interessi e tendono a quei fini, una regolarità di comportamento, una subordinazione dell'arbitrio di ciascuno alle condizioni che appaiono obiettivamente necessarie per la soddisfazione degli interessi stessi.

Perché la volontà dello Stato non sia intesa come primaria rispetto al diritto, ma giuridica fin dal suo sorgere, sembra non vi sia dunque altra via se non inserire nella sfera di esso, considerandola omogenea al suo ordine la forza sociale organizzata e il fine di cui essa è portatrice <sup>(37)</sup>.

7. Da un altro punto di vista si motiva il rigetto nella sfera sociologica di quella che si è chiamata la costituzione fondamentale, e cioè in quanto si consideri estraneo al diritto l'elemento della positività o effettività dell'ordine giuridico, elemento che non può essere dato se non dalla forza sociale, di cui s'è parlato. Ma ad opposta conclusione si deve giungere se si dimostri che la positività non è pura condizione di fatto, ma elemento intrinseco del concetto di diritto, senza del quale esso non si differenzerebbe da un ordine puramente ideale. La difficoltà di inserire questo momento dell'effettivo accadere appare veramente insolubile se ciò si tenti di operare nei confronti delle norme isolatamente prese. È infatti

---

<sup>(37)</sup> V. ROMANO, *Ordinamento*, cit., pag. 20 sul modo di intendere l'impersonalità del potere e l'obiettività della norma (che egli però attribuisce all'io sociale) e per la critica al concetto di autolimita, pag. 74. Sulla obbiettivazione dello scopo nell'organizzazione, v. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, XI<sup>a</sup> ediz., Paris, pag. 13, e il suo concetto già ricordato di « situazione obbiettiva ». Cfr. anche sullo stesso punto MEZGER, *Der Begriff der Rechtsquellen*, cit., pag. 19; BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 171; HELLER, *o. c.*, pag. 188 segg.; WENZEL, *o. c.*, pag. 148; DUGUIT, *L'État*, ecc., cit., pag. 138; JERUSALEM, *Der Staat*, cit., pag. 284.

impossibile dedurre da esse una qualsiasi, benché minima, previsione di concreta attuazione: d'altra parte esse sarebbero svuotate della loro funzione specifica di predeterminazione, se ne subordinasse l'effettiva esistenza alla loro materiale esecuzione, da accertare di volta in volta, *ex post*. Queste difficoltà vengono superate se le norme si considerino nella loro connessione con l'ordinamento<sup>(38)</sup>, e questo, a sua volta, si ponga come giuridico in quanto collegato non con un semplice ordine formale di poteri, bensì con un'organizzazione di forza sociale, capace di conferire ad esso l'effettività, da considerare, come s'è detto, come uno dei caratteri della giuridicità<sup>(39)</sup>. La forza politica dominante in tanto può porre lo Stato e

---

(38) V. soprattutto ROMANO, *Ordinamento*, cit., pag. 23 segg., con riferimento alla sanzione. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., pag. 14 distingue la fase della creazione della norma da quella dell'esecuzione ed attribuisce l'esigenza della coattività solo a questa seconda, non alla prima. Ma sembra che la positività si debba considerare carattere della norma fin dal momento della creazione, come certezza di osservazione media: altrimenti, non vi sarebbe modo di distinguere l'attività creativa di norme giuridiche da quella di predisposizione di piani astratti o teorici.

(39) Non è qui da esaminare compiutamente l'arduo problema della positività, che si riconnette a quello dei criteri distintivi della giuridicità: problema complicato anche dal fatto che a volte si scambia con esso quello ben diverso della giustificazione ideale del diritto. Su ciò, e per una chiara distinzione delle questioni v. BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 170 e bibliogr., ivi. A parte le incertezze di terminologia (da alcuni, per es., si distingue fra positività, che esprime il contrassegno del diritto effettivamente posto, in contrapposizione a quello solo teorico, e validità, intesa come carattere del diritto coattivamente realizzato, in confronto a quello solo formalmente vigente: v. BINDER, *Philos. des Rechtes*, p. 762; RADBRUCH, *Grundzüge*, cit., pag. 180; BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 166), può dirsi che la difficoltà maggiore è data dal decidere se la positività, intesa come effettivo realizzarsi della norma o del suo sostitutivo, la sanzione, sia solo una condizione di fatto o invece un elemento giuridico. Per i sostenitori della prima opinione, il giurista deve ad un punto di vista formale e ritenere valido l'ordine pel solo fatto che emana dall'autorità competente (v. recentemente in questo senso BIGGINI, *Alcune osservazioni intorno alla instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, in *Studi Sassaresi*, 1938, pag. 268). A costoro deve, fra l'altro, riuscire impossibile di spiegare in modo giuridico l'attività della competenza suprema. In ogni caso, la tesi da essi sostenuta porta necessariamente alla distinzione fra ordine giuridico e ordine reale, distinzione che invece si è affermata inammissibile. Più importante dell'opinione ora ricordata è quella che, ritenendo rilevante pel diritto la effettività, la considera tuttavia appartenente ad una sfera di conoscenza estranea al diritto, e distingue quindi la norma in sè, valida, come puro *Sollen*, per il solo fatto di avere vigore formale, dal contenuto di essa, che risulta dalla corrispondenza fino ad un certo grado, con un *Seininhalt* (cfr. KELSEN, *Allg. Staatslehre*,

il sistema delle norme in quanto sia già ordinata a Stato, in quanto cioè contenga in sè il principio di quell'ordine ed il principio che si

---

cit., pag. 18 e soprattutto in *Veröff. der Verein. der deut. Staatsrechtslehrer*, 4 Heft, 1928, pag. 172, in replica al discorso di WENZEL (*ivi*, pag. 147), che aveva notato l'evoluzione subita dal suo pensiero sull'argomento; e, dello stesso, *La naissance de l'État et la formation de sa nationalité*, in *Rev. de droit publ.*, 1929, pag. 613. V. anche, analogamente, HENRICH, *o. c.*, pag. 185; ESPOSITO, *Stato e Nazione*, cit., pag. 460). Certo, com'è stato già osservato, l'esistenza dell'ordinamento giuridico, se non si può immaginare come puro procedimento di pensiero, non può neppure identificarsi con il mero accadere di fatto: esso deve farsi consistere nell'ordine e nella prevedibilità di questo accadere, che possono essere dati solo da una forza giuridica. In questo senso v. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pag. 16 e TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus in deut. Reich*, 1907, pag. 26. RADBRUCH, *o. c.*, p. 169. Contro, ROSS, *o. c.*, p. 285. Che la preponderanza di questa forza non possa argomentarsi a priori, ma dedursi da una considerazione di fatto, da un'indagine che potrebbe chiamarsi anche sociologia (v. in tal senso WENZEL, in *Veröff.*, cit., p. 158; SOMILÒ, *o. c.*, p. 312) nessun dubbio. Ma anche elementi non deducibili da norme, bensì ottenibili per via di un procedimento induttivo, possono essere giuridici, possono cioè apparire come elementi costitutivi della giuridicità di un fatto. Così la determinazione del carattere di fonte giuridica della consuetudine può farsi attraverso l'accertamento di elementi di fatto (l'uso ripetuto e la qualificazione di quest'uso): ma ciò non toglie che tali elementi siano assunti come requisiti da cui scaturisce l'obbligatorietà, che cioè qualificano l'uso come fonte giuridica. Così la forza organizzata, relativamente stabile, è un elemento di fatto, che è costitutivo, perché qualificante l'ordinamento giuridico. Si potrebbe opporre a quest'argomentazione che, mentre l'accertamento degli elementi della consuetudine riguarda un fatto passato, suscettibile quindi di una constatazione certa, invece quello della vigenza della norma, e dell'ordinamento si riferisce all'avvenire. Ma si deve chiarire come la constatazione della vigenza, in ogni caso, non possa aver luogo se non con riferimento a un dato momento: però, come per la consuetudine la sua realtà attuale implica anche una probabilità seria in favore della sua applicazione per l'avvenire. (Cfr. HENRICH, *o. l. c.*), così uguale presunzione accompagna la norma, che parta dall'istanza collegata con la forza ordinata, la quale è abitualmente seguita. In un caso e nell'altro il punto di vista del fatto entra come elemento costitutivo del diritto.

Per quanto attiene alla validità non si può ritenere che vi sia differenza fra la costituzione fondamentale e le norme derivate. V. in questo senso KELSEN, *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 253. La contraria opinione (sulla quale ESPOSITO, *Validità*, cit., pag. 238; BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 206; HELLER, *o. c.*, pag. 268) deriva dal considerare estranee al diritto le garanzie relative alla permanenza della costituzione, e dal ritenere, contro ogni risultato dell'esperienza, che le altre norme siano subordinate solo all'esistenza di condizioni formali di validità. Cade quindi la possibilità di operare una distinzione sostanziale della costituzione rispetto alle altre norme in base al diverso modo di manifestarsi della validità della prima di fronte a quello delle seconde (su cui ESPOSITO,

attua attraverso lo Stato, e disponga in oltre del complesso dei mezzi per farlo valere.

---

p. 242 dell'opera cit. Con un criterio più generale JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 721, distingue fra le attività protette da garanzie giuridiche, che sono quelle la cui efficacia si lascia prevedere con sicurezza, e quelle fornite di garanzie politiche, non ugualmente sicure nell'applicazione. Tale distinzione ha evidentemente una rilevanza solo quantitativa.

All'infuori del modo sopra prospettato di intendere la positività, non rimane che, o determinarla in relazione ad un criterio trascendente il sistema positivo (così come fanno, per es., insieme allo STAMMLER, il BINDER, *o. c.*, p. 749; il DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena, 1911, p. 14; il RAVA A., *Lezioni di filosofia del dir.*, Padova, 1937, III, p. 64 segg.; e altri autori citati dal BURCKHARDT, *o. l. c.*), con che si ritorna alla confusione fra positività e legittimità; oppure rinvenirla nella concordanza con lo spirito del popolo. Così fa lo stesso DUGUIT, contraddittoriamente alle sue premesse realiste, con il ricorso operato alla regola di diritto, e, recentemente, la nuova dottrina pubblicistica tedesca in genere; v., per es., HUBER, *Wesen u. Inhalt*, cit., p. 51; SCHMITT K. H., *Treu u. Glauben im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1935, p. 98 segg.. Ma, contro quest'ultimo punto di vista, è facile obiettare che se sull'esistenza della conformità decide l'autorità incondizionatamente allora si è ricondotti al criterio della forza; nel caso contrario si sarebbe ricondotti alla teoria dell'*Anerkennung*, e diritto sarebbe solo quello consuetudinario, in contrasto con la realtà, che mostra come è la normatività che può essere fonte di normalità e non necessariamente viceversa. V., del resto, in questo senso, lo stesso HUBER, *o. l. c.*

È ovvio che, ammesso come carattere dell'ordinamento l'effettività, non sarebbe ammissibile la giustapposizione fra possibilità reale e possibilità giuridica, sulla quale v. JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 323. Esattamente: PARESCI, *Genesi logica*, ecc., cit., pag. 128.

Sulla positività v. anche CAPITANT, *Le droit const. non écrit*, in *Recueil Geny*, vol. III, pag. I; ROSS, *o. c.*, pag. 279; SOMLÓ, *o. c.*, pag. 313; SCHMITT, *Ueber die drei Arten*, ecc., cit., pag. 36; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung, und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, pag. 21 segg. (che sostiene l'esistenza di una norma giuridica, implicita, secondo cui una statuizione, inefficace secondo rapporti di fatto, è dopo un certo tempo abrogata). Per l'indipendenza della validità della norma dalla sua osservanza, v. anche KORNFELD, *Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz*, Berlin u. Leipzig, 1920, p. 70; e nella letteratura giuridica italiana: BETTI, *Diritto romano*, cit., p. 9; FERRACCIU, *La cons. costituz.*, in *Studi Senesi*, 1913, pag. 21, n. 2 e le osservazioni critiche di SIOTTO-PINTOR, nella recensione di quest'opera in *Archivio giuridico*, 192, 4ª serie, vol. IV, pag. 107. Alla positività si richiama il BONUCCI, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, pag. 50, quando deduce l'esistenza della norma e quindi la volontà attuale dello Stato, dalla subordinazione ad essa degli organi; quella dei cittadini rimanendo irrilevante. Sul concetto di « vitalità » nel senso dell'esistenza di una forza e del suo effettivo esercizio per la legittimazione di un ordinamento, cfr. VITTA, *Il funzionario di fatto*, in *Rivista di dir. pubblico*, 1923, I, pag. 481.

8. Se, per le ragioni esposte, la costituzione fondamentale non può considerarsi di indole sociologica, deve ugualmente escludersi che ad essa sia da attribuire carattere politico <sup>(40)</sup>. La distinzione fra questo punto di vista e quello or ora esaminato ha una ragion d'essere solo in confronto di quelle opinioni, le quali, affermando l'esistenza di un elemento politico nella costituzione, non intendono considerarlo estraneo al diritto e quindi confinarlo nella generica sfera del metagiuridico, ma lo collegano con questo in un rapporto necessario, se non pure lo ritengono appartenente alla sua stessa natura, come specie distinta di giuridicità.

La considerazione principale che viene addotta per spiegare il carattere differenziale della costituzione politica di fronte a quella formale giuridica, o più genericamente, dell'ordinamento rispetto alla norma è desunta dalla concretezza che rivestirebbe la prima rispetto all'astrattezza della seconda: l'una, entità reale, assetto normale, vivente nel mondo dell'essere; l'altra, ordine concettuale, esprime un puro dover essere <sup>(41)</sup>. Ma il considerare la costitu-

---

<sup>(40)</sup> Per la distinzione fra parte politica e parte giuridica della costituzione, Cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., pag. 41, 110, 125, 200 nonché *I principi politici*, cit., pag. 74; KOELLREUTTER, *Grundriss*, cit., pag. 5 segg., 71 segg., 83; HUBER, *Wesen*, ecc., cit., pag. 60 e *Verfassung*, cit., pag. 56; F. HUEBER, *Grundlegung der politischen Rechtslehre*, Graz, 1939. In Italia PERTICONE, *Teoria gen.*, cit. pag. I; ORIGONE, *Sulle leggi costituzionali*, cit., pag. 21 segg. Contro la distinzione di SCHMITT v. TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung des Staatsgerichtshofs*, in *Veröff.*, cit., 1929, pag. 7.

Ad una Costituzione politica, come però assolutamente contrapposta a quella giuridica, e senza ricerca dei nessi fra le due, si riferiscono gli scritti di L. VON STEIN, *Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft Deutschlands*, cit., pag. 165; LASSALLE, *Ueber Verfassungswesen*, Berlin, 1862; E. KAUFMANN, *Regierungsbildung in Preussen und im Reich*, in *Westmark*, 1921, pag. 207. A parte devono poi essere considerati gli scrittori che esaminano il fondamento politico degli istituti e delle dottrine giuridiche, affermando la necessità della considerazione politica per l'interpretazione degli uni e la costruzione delle altre, ma considerando tuttavia i due campi eterogenei. V. TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, cit.; DE LA BIGNÉ DE VILLENEUVE, *Traité Général de l'État*, cit., I, pag. 18, nonché gli altri scritti che saranno appresso citati.

Il problema, a cui la distinzione riconduce, è quello del modo di intendere l'essenza dello Stato rispetto a quella dell'ordine normativo. Qui, con riferimento a quanto si è detto avanti, specie a proposito della dottrina del ROMANO sull'ammissibilità della distinzione fra ordinamento e norma, si esamina se questa abbia ragion d'essere nel senso di operare una differenziazione fra specie e specie di giuridicità.

<sup>(41)</sup> Cfr. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., p. 42; HUBER, *Wesen*, cit., p. 40;

zione politica come decisione concreta non vale a differenziarla dalla norma: se essa deve valere anche per l'avvenire e anzi porsi come il fattore fondamentale di unificazione di una data società, se pertanto la decisione non è solo formulata ma anche imposta quale assolutamente obbligatoria, essa viene per necessità a formare il contenuto di una norma <sup>(42)</sup>. Se poi la decisione si inserisce, come si deve, in un ordine, e si fa derivare da questo, l'ordine stesso non si può poi rappresentare come principio naturale, o spirituale, posseduto spontaneamente dal popolo, vigente per il solo fatto di essere, allo scopo di mantenere la contrapposizione di esso con la norma, considerata astrattamente valida come tale, anche se la vita non si conformi ad essa <sup>(43)</sup>. A parte l'osservazione che, attribuendo alla costituzione, come suo contenuto necessario, un ordine popolare spontaneo, si assolutizza quello che, se mai, potrebbe ritenersi un suo modo particolare di presentarsi <sup>(44)</sup> (assolutizzazione non diversa da quella compiuta da quella parte della teoria liberale, cui si è accennato, che indicava il contenuto necessario della costituzione nella tutela dei diritti dei cittadini); a parte ogni richiamo a quanto si è già detto sull'impossibilità di rinvenire nel popolo indifferenziato il soggetto capace di esprimere quella volontà unitaria, necessaria per porsi di una costituzione <sup>(45)</sup>, è da mettere in rilievo che l'antitesi con la norma, nei termini ora riferiti, non è ammissibile, perché, da una parte, come si è già mostrato, la norma non è tale giuridicamente solo come forma astratta, ma come comando concretamente efficiente; e, dall'altra parte, l'ordine spontaneo vivente in una società

---

KOLLREUTTER, *Grundriss*, cit., p. 83. L'antitesi viene ancora accentuata dallo SCHMITT (*Principi*, cit., pag. 74), con l'affermazione che il fenomeno politico è anormativo, perché irrazionale, non giustificabile se non come atto di sentimento. Affermazione che potrebbe accogliersi solo se con essa si voglia significare la non riconducibilità dell'ordinamento ad un criterio di valutazione precedente al suo sorgere.

<sup>(42)</sup> V. del resto lo stesso HUBER, *Verfassung*, p. 68 e segg., e le già citate osservazioni dello stesso SCHMITT, contro il decisionismo.

<sup>(43)</sup> Per una distinzione in questi termini fra diritto e giuridicità, v. BATTAGLIA, *La concezione speculativa dello Stato*, in *Scritti*, cit., p. 156.

<sup>(44)</sup> Ciò sembra riconoscere HUBER, che riferisce all'epoca moderna il suo concetto di costituzione.

<sup>(45)</sup> In questo senso lo stesso HUBER, *o. c.*, pag. 56, nonché KOLLREUTTER, *o. c.*, pag. 84.

non può mai esaurire il compito dello Stato e quindi l'oggetto della costituzione. Una determinata forma di Stato non si costituisce solo per perpetuare, garantire e rafforzare un dato ordine spontaneo, ma per dirigere quest'ordine verso vie nuove, tracciare un piano, che si pone come un dover essere rispetto alla configurazione attuale della vita associata. Sicché le norme non devono considerarsi solo la parte giuridica dell'ordine concreto, il mezzo indispensabile per esprimerlo esteriormente <sup>(46)</sup>, ma anche il meccanismo di trasformazione di quest'ordine, la determinazione preventiva di un comportamento che non è ancora, ma dovrà essere, coattivamente <sup>(47)</sup>. Segue dall'anzidetto che il rapporto fra il fine politico e l'attività diretta a concretarlo secondo le vie stabilite dall'ordinamento giuridico non si può intendere come rapporto fra contenuto e forma <sup>(48)</sup>, bensì fra una norma di ordine superiore, più generale, e norme di ordine subordinato, cioè fra norme da cui si desume l'obbligo di perseguire date finalità e norme che concretano quest'obbligo attraverso la

---

<sup>(46)</sup> V. in questo senso ENGISCH, *Die Einheit*, cit., pag. 5, sui rapporti fra norma e decisione.

<sup>(47)</sup> V. lo stesso BATTAGLIA, *op. cit.*, pag. 161, ma considerando la norma efficiente principio di reale organizzazione solo in quanto riproduca, astraendo, le direttive normali dell'organizzazione stessa. Sulla reciproca influenza della normalità e della normatività v. HELLER, *o. c.*, pag. 233. Si avrà occasione, in seguito, di notare l'efficacia dell'ordine normativo nella formazione del costume: v., per ora, su questo punto FRANZEN, *Gesetz und Richter*, Hamburg, 1935, p. 50 e del medesimo A., *Der Staatsmann und die Staatsrechtswissenschaft*, in *Geist der Zeit*, 1937, p. 425. V. anche NEPPI, *Valore empirico e valore giuridico dei fatti sociali*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, vol. II, 1937, pag. 17: « il legislatore non rimane mai di fronte alla realtà dei fatti sociali in uno stato di passiva inattività, ma tende ad imprimervi il suggello innovatore della sua volontà, in relazione ai fini che si propone di realizzare ».

<sup>(48)</sup> E questo, com'è noto, il modo comune di rappresentare il rapporto fra politica e diritto, sul quale si avrà campo di fermarsi appresso. V., in quest'ordine di idee, la dottrina tedesca più recente: per es., LEIBHOLZ, *o. c.*, pag. 9; KOLLREUTTER, *Deutsche Verfassungsrecht*, Berlin, 1936, II ed., p. 32 e *Grundriss*, cit., p. 75 segg. Più efficacemente HUEBER, *Grundlegung*, cit., pag. 44: « Nicht die äussere Erscheinungsform, der Inhalt ist es der das Wesen des Rechtes bestimmt und ausmacht ». Per il concetto di fine reale, come contenuto della volontà dello Stato (contenuto della norma in uno con la giustificazione), v. anche BONUCCI, *o. c.*, pag. 130. Sull'impossibilità di distinguere forma da contenuto nel fenomeno giuridico, v. CESARINI SFORZA, *Lex. di teoria gen. del dir.*, I, II, ed., Pavia, 1930, pag. 30; DONATI B., *Fondazione della scienza del diritto*, Padova, 1929, p. 70.

determinazione degli interessi la cui tutela appare la più idonea, in relazione alla valutazione di concrete situazioni, al raggiungimento delle medesime.

9. Neppure il criterio distintivo cercato può essere desunto dal riferimento ad elementi formali, dal fatto cioè che la costituzione politica, a differenza di quella normativa, non sia concepibile come entità esteriore, e possa realizzarsi anche all'infuori di un procedimento di formazione consuetudinaria <sup>(49)</sup>. Anche a proposito di questo modo di considerare la costituzione si può ripetere quanto si è ora detto, che, cioè esso può essere accolto solo se sia assunto a significare il carattere originario della medesima, il suo trarre la propria validità dal fatto stesso di essere seguita, indipendentemente dal rivestire o no date forme, o dall'uniformarsi a precedenti consuetudini. Ma con ciò non è ancora specificato un sufficiente carattere differenziale, poiché anche la costituzione, al pari della norma (se non si voglia cadere nelle concezioni, che si sono già rigettate, e la raffigurano con rappresentazioni vaghe e indeterminate — come quella di integrazione — tali da lasciare senza spiegazione la maniera specifica dell'esplicarsi della funzione sua propria; o se non si voglia considerarla come pura normalità) deve venire in qualche modo ad espressione: cioè il suo contenuto dev'essere suscettibile di apprensione, capace di divenire oggetto di conoscenza riflessa, in sè e nel suo valore obbligatorio, di essere quindi obbiettivata e resa percettibile esternamente <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Cfr. HUBER, *Wesen*, cit., pag. 40 segg. È proprio del pensiero positivisticò il ritenere che non sia norma giuridica la norma che non si manifesti in forma di legge: v. VERDROSS, *Zum Probleme der freien Ermessen*, in *Zeitschrift für öff. Recht*, 1914, pag. 625.

<sup>(50)</sup> Anche per quanto riguarda la consuetudine, se si tiene distinto il procedimento formativo della medesima, che avviene in modo inconscio, dalla consuetudine già formata, devono riconoscersi per essa condizioni di validità non diverse da quelle del diritto scritto: il carattere normativo, che essa deve possedere, esige la sua formulazione, sia pure tacita. Ammessa una società in cui l'armonia dei rapporti fosse assolutamente spontanea, le regole ivi imperanti, per l'indole stessa di esseri consapevoli, non puramente istintivi, dei suoi appartenenti, verrebbero ad essere da ciascuno a se stesso formulate. Si potrebbe dubitare se, in questa ipotesi, si sia in presenza di una consociazione giuridica: essa in ogni caso estranea alla realtà dello Stato, poiché, per le considerazioni già viste, la norma esige una formulazione anche fuori della coscienza dei

10. Un'ulteriore specificazione del criterio di distinzione ricercato potrebbe desumersi risalendo alla diversità del contenuto della costituzione rispetto a quello della norma, quando di questa si assuma una particolare concezione: cioè quando con essa si designi l'astratta predisposizione di una disciplina dei comportamenti fra soggetti diversi, tale da consentire la sua attuazione nei casi concreti attraverso un procedimento di deduzione logica, puramente dichiarativo del precetto. Allora la eterogeneità dell'ordine costituzionale, rispetto alla norma stessa, si può far consistere nella insuscettibilità di esso di attuare una disciplina delle azioni dei singoli, direttamente, cioè attraverso la deduzione, nella forma del sillogismo, dalle premesse nel medesimo contenute del giudizio sul valore da attribuire ai contegni particolari. L'antitesi qui delineata è, in altri termini, posta fra i principi che, essendo generici ed indeterminati, richiedono, per essere svolti, la formulazione di giudizi; fra finalità e normatività: quest'ultima ritenuta di appartenenza del dominio giuridico, in quanto contenente l'attuazione in forma concreta di una massima di condotta, cioè la determinazione del contenuto di questa, dei mezzi necessari per l'adempimento di un determinato compito sociale; i primi, viceversa, di differente natura, perché diretti a svolgersi mediante un momento contenutistico, politico, di creazione di questi mezzi<sup>(51)</sup>. L'esame di questo punto, che presuppone la determinazione dei caratteri distintivi della norma giuridica, non può trovare qui gli ampi svolgimenti, che essa richiederebbe. È necessario tuttavia affrontarlo, sia pure in modo riassuntivo, perché dalla soluzione ritrovata potrà trarsi la risposta al quesito circa il carattere da attribuire alla costituzione materiale<sup>(52)</sup>.

---

singoli associati, e ciò da parte dell'autorità che deve dichiarare il diritto nel caso di violazione. V. CESARINI SFORZA, *Lez. di teor. gen. dello Stato*, cit., I vol., pag. 38, e, ancora, sulla necessità della formulazione, per l'esistenza del diritto CARNELUTTI, *Sistema del dir. proces. civile*, Padova, 1938, II, pag. 16; RAVÀ A., *Lezioni*, cit., 111, pag. 179. Per gli scrittori della tendenza esaminata nel testo, il sentimento popolare si trasforma in volontà consapevole ed acquista carattere concreto e formale attraverso il *Führer*; v., per es., HUBER, *Verfassung*, cit., pag. 95.

<sup>(51)</sup> Cfr. JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, pag. 12; KELSEN, *Hauptprobleme*, pag. 91 e segg., ed aut. ivi richiamati; CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseol. della giurisprud.*, cit., pag. 48. Sul punto v. PARESCHE, *Genesi*, cit., pag. 84 e 120, note 109 e 154.

<sup>(52)</sup> Come risulterà dal resto della trattazione, il considerare normativa in senso

Poiché, secondo la specificazione che di questa si è data, il suo contenuto caratteristico è la posizione del fine generale dell'ordinamento, occorrerebbe accertare se a questo fine, in quanto reso obbligatorio dalla forza politica dominante, possa attribuirsi carattere giuridico e, nell'affermativa, se e come esso possa differenziarsi dalla norma. Ma già questa stessa formulazione del problema esigerebbe, per poter essere mantenuta, che si dimostrasse ammissibile una distinzione fra forma e forma del diritto. Invece, già da quanto si è detto precedentemente, appare l'insostenibilità di questo punto di vista: almeno per quanto riguarda il diritto dello Stato, non è pensabile una sua estrinsecazione che non assuma l'aspetto normativo. Lo Stato non è la somma delle relazioni spontaneamente determinantesi fra gli appartenenti a un gruppo sociale, ma la consapevole volontà di un ordine, che non si adegua mai compiutamente alla realtà, e che, se anche a volte presuppone, a volte rinvia all'esistenziale, non si esaurisce in questo, ed anzi si presenta come creativo di una misura, alla stregua della quale esso dev'essere assunto nell'ordinamento. Lo Stato è il centro che promuove e unifica in sistema le valutazioni dei singoli comportamenti, dirette ad accertare la rilevanza di questi e gli effetti da attribuire ad essi. Questa valutazione non potrebbe compiersi, perché altrimenti essa

---

giuridico solo quella regola che contenga una siffatta determinazione dei comportamenti da consentire la immediata e diretta identificazione nei casi concreti, senza il ricorso ad elementi di giudizio che non siano già contenuti nella norma stessa, corrispondente non tanto ad un'esigenza logica di questa, quanto a presupposti contingenti, di carattere politico, rappresentati, secondo un procedimento mentale non insolito, come se fossero forniti di validità generale. Questi presupposti sono, nello Stato liberale, quelli della certezza del diritto, da una parte, e dall'altra, della derivazione delle norme disciplinanti i rapporti dei soggetti fra di loro e con lo Stato da un organo col legato con un vincolo di derivazione con l'elemento personale dello Stato. Com'è noto, in questo tipo di Stato, il concetto di legge in senso materiale elaborato in funzione della garanzia dei diritti dei cittadini: cfr. ANSCHUTZ, in *Wörterbuch* di STENGEL e FLEISCHMAN, voce Gesetz; LABAND, *Staatsrecht*, cit., vol. II, pag. 180. Donde la considerazione della funzione del giudice come puramente interpretativa del diritto obbiettivo e l'esclusione, in via normale, dalla competenza di esso di ogni attività tale da implicare un giudizio di conformità al fine, ritenuto di indole non giuridica. Sul carattere politico del presupposto, sul quale, da parte della concezione positivistica, basato il modo di considerare la posizione del giudice di fronte alla legge, v. ROSS, *o. c.*, pag. 318. Sul grado di determinatezza della norma, variabile secondo i tempi, v. RAVÀ A., *Lezioni*, cit., III, pag. 127.

non raggiungerebbe i fini, cui è diretta, senza una costanza, una regolarità nel suo modo di manifestarsi. La valutazione cioè presuppone una norma: ciò non tanto per un'esigenza di giustizia (se a questa parola si attribuisca un significato etico) perché un ordinamento statale potrebbe anche sottrarsi ad essa, quanto per necessità intrinseche ai bisogni organizzativi dello Stato. Infatti, se anche, come si è detto, l'ordine giuridico non si identifichi con la realtà e anzi tenda a modificarla, e pertanto non è eliminabile da esso una funzione sanzionatoria<sup>(53)</sup>, è vero però che la sua tendenza è nel senso dell'adeguarsi spontaneo della condotta ai fini da esso posti, alla trasformazione cioè della normatività in normalità<sup>(54)</sup>; il che non sarebbe possibile senza la conoscenza preventiva da parte degli obbligati del comportamento da essi richiesto. Inoltre la necessità che le singole valutazioni, affidate necessariamente all'opera di persone fisiche diverse, possano ricondursi ad unità e formare un sistema armonico e coerente, nelle sue parti esige che l'attività delle medesime venga disciplinata prima del suo esplicarsi.

---

<sup>(53)</sup> Per una critica alla concezione puramente sanzionatoria del diritto v. SCHMITT, *Ueber die drei Arten*, ecc., cit., pag. 17.

<sup>(54)</sup> Si accoglie perciò, perché, rispondente alla natura dell'ordinamento statale, la concezione normativa, in senso imperativo, del diritto. V. su essa FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere*, Sassari, 1914, pag. 154. La necessità del raggiungimento dei fini, per cui l'ordine normativo posto, esclude che possa accogliersi la nota teoria, dovuta fra gli altri allo ZITELMANN e al KEISEN, che considera la norma come giudizio meramente ipotetico. Tantomeno sembra accettabile l'opinione che considera funzione propria del diritto la valutazione presente dei fatti passati (su cui v. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1921, pag. 192). Questa opinione, del resto, non riesce ad eliminare il concetto di diritto come predisposizione generale ed astratta. Infatti il giudizio sulla legalità, sul quale si verrebbe ad esaurire il suo contenuto, secondo la detta opinione, in tanto potrebbe valere come centro unitario per la costituzione in sistema di un dato ordinamento in quanto si manifesti con carattere di uniformità e di costanza, in quanto quindi ubbidisca ad una norma, norma che, come s'è accennato, non può essere puramente strumentale.

Altro problema, però di carattere filosofico, come possa avvenire l'azione del comando sulla volontà: il problema cioè dell'autonomia o eteronomia della norma. Se la volontà, in sè, sempre autonoma, può essere diverso il motivo dell'accettazione della norma: la conformità di essa all'interno volere del destinatario, la paura della sanzione, ecc.. La funzione della norma sta in questa sua capacità di porsi come motivo di un'attività ad essa conforme. V. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 323.

11. Bisogna ora esaminare se il fine fondamentale dell'ordinamento contenga in sè gli elementi che consentano ad esso di porsi come norma, di adempiere alla funzione di predeterminazione propria di questa. Il dubbio sorge per il carattere necessariamente generico che il fine stesso riveste, quando sia assunto come principio informatore di un ordinamento complesso come quello statale, e sia destinato a dirigere lo svolgimento di esso nel tempo, attraverso gli inevitabili mutamenti degli interessi particolari e delle situazioni, ai quali è assoggettato. È evidente che una norma non rivestirebbe indole materiale se da essa, direttamente o indirettamente, non potesse trarsi un criterio suscettibile di valere come motivo dell'azione e in base al quale sia possibile apprezzare la conformità ad essa di questa. Altrimenti il vincolo della norma sarebbe solo apparente e la sua osservanza affidata all'arbitrio dell'obbligato, o dell'organo chiamato ad accertare l'osservanza stessa<sup>(55)</sup>; con che verrebbe meno quel carattere sostanziale della costituzione, alla quale si è fatto riferimento, come elemento necessario per ricondurre all'unità del sistema le attività del gruppo sociale.

Con riserva di dare in seguito qualche più ampio svolgimento sulla funzione positiva del fine dello Stato, bisognerà procedere qui ad un esame di carattere generale della difficoltà prospettata, onde accertarne la fondatezza. E anzitutto è da chiedersi se uno scopo, qualunque esso sia, possa porsi come contenuto di un precetto giuridico, o se invece esso non possa offrire in nessun caso la materia sufficiente per una norma materiale.

A complicare l'esame del problema influisce la grande confusione del modo di intendere il concetto di scopo, in genere, e in ispecie, come si vedrà, di scopo dello Stato, a causa dei diversi significati con cui può essere inteso, e che non sempre vengono distinti quando si fa riferimento ad esso<sup>(56)</sup>. Così lo scopo può essere assunto in senso subbiettivo, o in senso obbiettivo: come

---

<sup>(55)</sup> Se la legge insieme pensiero e comando, la libertà assoluta del pensiero elimina anche il comando, osserva W. JELLINEK, *Gesetz*, ecc., cit., p. 33.

<sup>(56)</sup> Così possono spiegarsi le contraddizioni rilevate nel pensiero dello JHERING, che una volta appare diretto all'affermazione del valore dello scopo (*Der Zweck im Recht*, 4<sup>a</sup> ediz., Leipzig, 1904) un'altra volta invece diretto ad oppugnare il punto di vista teologico (*Der Geist des römischen Rechts*, trad. franc., Paris, 1880, 3 vol., pag. 54). Su

intenzione dell'autore di un atto, posto in essere quale mezzo per svolgere ed attuare concretamente lo scopo stesso, oppure come manifestazione esterna dello scopo, come tale, accompagnata dalla volontà di ottenerne la realizzazione, ma senza la determinazione dei mezzi per raggiungerlo.

L'intenzione, intesa nel primo senso, può assumere diversi aspetti secondo i vari gradi di essa, cioè i vari interessi, immediati o mediati, perseguiti (interessi incorporati nell'atto, o solo ulteriori ed estranei rispetto al suo contenuto), ciascuno dei quali può apparire mezzo per l'altro. Il valore, che allo scopo sia da attribuire, dal punto di vista del diritto, quando esso sia assunto in questo significato non può determinarsi in via generale, ma è mutevole, secondo i vari ordinamenti e, per uno stesso ordinamento, secondo le varie fasi della sua evoluzione, cioè la varia corrispondenza che possa esservi fra struttura e funzione dei singoli istituti <sup>(57)</sup>, e, inoltre, secondo le varie categorie di atti, secondo che manchi o esista, e in grado maggiore o minore, un vincolo per l'autore dell'atto intorno alla scelta del fine, secondo la possibilità della determinazione obbiettiva di esso, secondo la varia misura dell'incorporazione del medesimo nell'atto, ecc.. Si avrà occasione di considerare successivamente anche quest'aspetto della rilevanza dello scopo nei riguardi dell'attività di applicazione della legge; ma ora è da ricercare se sia legittimo considerare come direttamente normativa la sola enunciazione di una finalità da raggiungere: se essa cioè possa formare il contenuto di una norma giuridica. Ciò, com'è noto, è contestato da quanti ritengono che il diritto sia solo scienza di mezzi e pongono in

---

JHERING, per questo riguardo cfr. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit. pag. 88. Su analoghe contraddizioni in JELLINEK, v. in seguito a pag. 115.

È al primo dei significati specificati nel testo che si fa in genere riferimento da coloro che contestano la rilevanza dello scopo pel diritto. Così v., per es., Kelsen, *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 494, per cui l'aspetto giuridico di un'attività è dato esclusivamente dalla relazione fra essa e la norma. Il Kelsen considera lo scopo come rappresentazione di un effetto futuro dell'applicazione di una norma, di fronte al quale l'attività diretta a perseguirla appaia unita con una connessione esclusivamente causale, da cui non si desume alcuna norma (*Hauptprobleme*, cit., 1. cit.).

<sup>(57)</sup> V. su quest'ultimo punto CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Archivio giuridico*, 1936, pag. 25.

questi il carattere differenziale di esso rispetto alla politica, designata come posizione di fini da raggiungere <sup>(58)</sup>.

Un esame specifico del punto prospettato non è qui possibile e dev'essere rinviato ad uno studio in preparazione sulla discrezionalità. Basterà, limitandosi a considerazioni riassuntive e richiamando nozioni poco avanti formulate, mettere in rilievo come un comando può essere considerato di carattere giuridico solo in quanto si ricollegli ad un precetto (anche se posto con l'atto stesso del comando) possa cioè ricondursi ad una regolarità, ad una costanza, che faccia prevedere il mantenimento del comportamento anche per l'avvenire, e che inoltre abbia garanzia di essere usualmente obbedito.

Questo precetto può essere meramente strumentale, cioè può riferirsi solo alla persistenza dell'esercizio del potere da parte di un dato organo, e allora il suo contenuto è la massima: « obbedite al potere di quest'organo ». In tale ipotesi la giuridicità del comando è data dalla legittimità, nel senso detto, del vincolo che da esso emana pel destinatario del medesimo, tenuto ad obbedire, qualunque sia il suo contenuto. Ma la giuridicità può essere considerata anche sotto l'aspetto del vincolo che il comando ingenera nell'autore di esso, e dei particolari effetti (che possono operare separatamente o congiuntamente) derivanti da esso, sia sotto la specie dell'invalidità dell'atto, e sia pure semplicemente sotto quello della responsabilità dell'agente. In quest'ultimo caso il precetto deve avere un contenuto materiale, deve cioè non solo conferire il potere di compiere l'atto, ma anche obbligarlo a questo, deve insomma racchiudere elementi sufficienti per potere procedere al giudizio di validità o di responsabilità. Ora ciò che interessa è vedere in che devono consistere questi elementi, tutte le dispute sull'argomento riferendosi appunto al diverso apprezzamento che di essi è stato fatto, pur muovendo tutte le opinioni da un comune punto di partenza: cioè l'esigenza della sottrazione della norma alla subbiettività dell'agente. Escluso

---

<sup>(58)</sup> Cfr. CAMMARATA, *Contributi*, cit., che esprime nel senso indicato nel testo il modo comune di rappresentare la distinzione fra diritto e politica. V., fra gli altri, BONUCCI, *Il fine dello Stato*, cit., pag. 27, e, recentemente GUICCIARDI, *L'atto politico* in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, pag. 310.

che ciò possa avvenire, com'era postulato da una tendenza ispirata a finalità politiche, alle quali si è già fatto riferimento, solo nei casi in cui sia possibile la formazione di un giudizio in base ad un procedimento di sussunzione logica dalla norma <sup>(59)</sup>, il limite, oltre il quale dovrebbe riconoscersi eliminata la possibilità di determinatezza, si è ritenuto, da una delle teorie dominanti <sup>(60)</sup>, sorpassato tutte le volte che sia lasciato all'autore dell'atto la scelta dell'interesse da porre come oggetto di esso, la determinazione del bisogno cui soddisfare, e ciò nella considerazione che manca allora qualunque criterio obbiettivo capace di guidare nella scelta medesima (non potendosi considerare tale il generico fine della soddisfazione del pubblico interesse o altro analogamente indeterminato <sup>(61)</sup>).

Secondo un'altra delle teorie più significative formulate <sup>(62)</sup>, la possibilità di determinazione verrebbe meno solo quando il conferimento del potere all'agente avvenga con l'intenzione di affidare esclusivamente ad esso, senza rinvio né a regole scientifiche, né a convinzioni sociali, né alla realtà, la formulazione della norma del caso.

Si è ritenuto da altri che l'esistenza del potere stesso sia da

---

<sup>(59)</sup> V. recentemente WEIGELIN, *Lücken*, cit., pag. 8, contro l'ammissibilità, di questa tesi.

<sup>(60)</sup> Quella come è noto formulata dal LAUN, *Das freie Ermessen u. seine Grenzen*, Leipzig, 1910, e più recentemente, con nuova giustificazione, in *Les actes de gouvernement (Annuaire de l'institut int. de droit public, 1931, II, p. 156 segg.)*.

<sup>(61)</sup> Dal dovere di esplicitare l'attività per la soddisfazione del pubblico interesse, quando questo non sia determinabile, può trarsi il criterio solo per distinguere gli atti compiuti per un interesse privato dell'agente, non quello per determinare positivamente la corrispondenza dell'atto al pubblico interesse, essendo possibile, com'è ovvio, che un atto compiuto con l'intenzione di soddisfare a fini di utilità pubblica non sia in realtà pertinente ad essi. Tale criterio negativo non sarebbe sufficiente per ricondurre ad unità gli atti non regolati dalla legge.

<sup>(62)</sup> Dovuta principalmente a W. JELLINEK, *o. c.*, pag. 39 segg.. Sembra difficile determinare, in base alla concezione di quest'A., quando ricorra la discrezionalità, una volta che questa esclusa allorché vi sia la possibilità della precisazione di concetti indeterminati, in base a concezioni medie sociali: poiché è da ritenere che tali concezioni siano sempre invocabili. Si dovrebbe ritenere sussistente la discrezionalità, quando, nell'intenzione di chi conferisce il potere, si voglia fare astrazione dal riferimento a tali concezioni medie.

ammettere ogni volta che l'agente sia abilitato ad agire secondo considerazioni di opportunità o di utilità <sup>(63)</sup>.

Ma, a parte ogni esame sul valore di queste teorie per la differenziazione fra i vari atti dello Stato, secondo il diverso vincolo della legge, al fine della loro assoggettabilità a determinate forme di sindacato, deve qui affermarsi come esse non possono venire accolte se siano assunte per escludere dal campo del diritto le attività affidate alla scelta e all'apprezzamento dell'agente. Se fossero accettate, l'unità dell'agire degli organi e soprattutto degli organi supremi, che sono quelli nei quali più ampiamente ha luogo la libertà di predeterminazione legale, potrebbe essere ottenuta solo sotto il rispetto formale, mentre, come si è detto, non sarebbe possibile ricollegare in sistema le varie manifestazioni di volontà degli agenti senza risalire da un principio informatore che le preceda. Inoltre l'attività di essi, guardata dal punto di vista della irrilevanza giuridica del loro contenuto, verrebbe ad essere assimilata a quella dei privati; né una differenza apprezzabile potrebbe essere costituita dall'obbligo di non contravvenire al pubblico interesse, poiché questo, se si intenda come limite puramente negativo, è sufficiente per discriminare gli atti compiuti per scopi personali dell'agente, non a qualificare questi, nel senso della loro corrispondenza ai fini, ai quali devono essere rivolti.

La insufficienza delle teorie enunciate sta precisamente nell'essersi esse fermate a rilevare la impossibilità di trarre dal riferimento all'interesse generale, all'utilità pubblica, ecc., una disciplina qualsiasi dell'attività non regolata, senza indagare se e in che modo questi concetti generici potevano acquistare il grado di determinazione necessario per desumerne una regola di condotta. Escluso, per le ragioni già dette, che questo possa avvenire, come sostengono le teorie istituzionalistiche, le quali fanno riferimento ad un ordine concreto inteso in senso sociologico, esistenziale, la soluzione del problema sembra possa trovarsi solo se si risale al fine dello Stato, quando, naturalmente, questo non sia inteso come il fine generico, proprio di qualsiasi Stato, e cioè la creazione dell'ordine giuridico, il mantenimento della pace

---

<sup>(63)</sup> V., fra gli altri, RASELLI, *La discrezionalità del giudice civile*, I, Padova, 1927, pag. 28.

pubblica, o il promuovimento del benessere o della potenza, ecc. <sup>(64)</sup> e neppure, come il fine ideale, in senso etico, diversamente formulabile secondo la varietà delle ideologie, assunte a base <sup>(65)</sup>, bensì come il fine proprio di ogni forma storica di Stato, cioè l'idea fondamentale, la tendenza animatrice dell'ordinamento, che precede le concrete attività dirette a realizzarle, e ne condiziona lo svolgimento unitario.

L'ammettere questo fine non solo non contraddice, ma illumina il significato della qualificazione di politico attribuita allo Stato, allo scopo di designare la possibilità che esso assuma per la sua azione tutti i possibili fini, senza che la modificazione di questi determini un mutamento della sua natura. Infatti la parola fine è assunta in due sensi diversi: nell'ultimo caso vale a designare i rapporti sociali presi come oggetto della disciplina statale, cioè i particolari interessi ritenuti degni di protezione, nel primo invece indica il criterio generale diretto alla scelta di siffatti interessi, del modo di considerare questi, della speciale forma di protezione da accordar loro. Questo secondo è il fine, nel senso specifico, qui assunto, in base al quale viene operata la determinazione dei fini particolari, che pertanto vengono ad assumere l'aspetto di mezzi o di modi di concretizzazione del primo. Ora lo Stato è ente politico non solo nel senso della indeterminatezza e mutabilità dei fini particolari da esso proponibili, ma anche nel senso della coesistenzialità ad esso di un orientamento relativo al modo di considerare, nel suo complesso,

---

<sup>(64)</sup> A queste finalità si fa spesso riferimento, quando si parla di scopo dello Stato: v. per es. JELLINEK, *o. c.*, p. 224 segg.. Anche questo fine generico può assumere rilevanza giuridica quando si tratti di stabilire se una data consociazione sia in possesso dei requisiti minimi necessari per poter essere considerato ed avere il trattamento proprio dello Stato. Punto che interessa soprattutto agli effetti del diritto internazionale, per riconoscimento. Tentativi di utilizzarlo anche per la spiegazione di rapporti di carattere interno possono vedersi in ROSIN, *Souveranität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in Hirths Annalen*, 1883, pag. 291 e in BRIE, *Theorie der Staatsverbindungen*, Breslau, 1886, pag. 10.

<sup>(65)</sup> Sul fine ideale dello Stato v. l'ampia trattazione del BONUCCI, *o. c.*, pag. 275 segg. e 355 e segg., che chiaramente tiene distinta la considerazione giuridica da quella etica, come modi di posizione diversa del problema del fine dello Stato. Tuttavia il BONUCCI (pag. 104, 273) ritiene che nella determinazione del fine si debba necessariamente trascendere il confine della realtà giuridica, ciò che è in contrasto con la tesi qui sostenuta.

l'insieme dei rapporti sociali e capace di ridurre ad unità il vario comportamento degli organi statali <sup>(66)</sup>.

12. Ora, per mostrare la rilevanza autonoma del fine, nel senso specificato, occorre dimostrare come da esso possa dedursi una regola materiale che vincoli gli organi dello Stato non solo in senso negativo, obbligandoli a non sorpassare il limite da esso costituito <sup>(67)</sup>, ma nel senso positivo di agire pel conseguimento del

---

<sup>(66)</sup> Da questo punto di vista, sparisce, o si attenua la peculiarità che si è creduto di scorgere nei riguardi di quegli Stati, la cui attività appare istituzionalmente connessa ad un fine speciale: come, per es., per lo Stato della città del Vaticano, su cui, contro la tesi di JARRIGE, *La condition internationale du Saint-Siège avant et après les accords du Latran*, Paris, 1931, pag. 23 vedi CAMMEO, *L'Ordinamento dello Stato della C. V.*, Firenze, 1932, pag. 6 che distingue fra lo scopo proprio dello Stato (inteso come scopo tipico di mantenimento dell'ordine, ecc.) e il motivo politico del suo sorgere e del permanere. Ogni Stato ha un motivo politico, come si è visto: la differenza che, mentre nello S. C. V. il fine che ne ha promosso la costituzione connaturato ad esso ed immodificabile, negli altri Stati suscettibile di variare: differenza che si attenua, quando si ritenga che il mutamento radicale del motivo politico essenziale muti la forma dello Stato, e quindi — ove si accetti la tesi dell'identificazione dello Stato, con la sua forma — faccia scomparire lo Stato stesso. Irrilevante è, sempre a proposito dello S. C. V., la derivazione del fine speciale dar un atto di carattere internazionale (come sembra debba ritenersi il trattato che dette origine ad esso), poiché ciò attiene ad un momento anteriore al suo sorgere. Si deve pertanto escludere che l'esistenza del fine speciale possa dare allo Stato la figura di Stato-oggetto così come è stato sostenuto per lo S. C. V. dal DONATI, *Lo Stato della città del Vaticano*, in *Studi per Ranalletti*, Padova, 1935, I; e per lo Stato russo dal FRANCESCO, *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, nella raccolta cit., II, p. II (argomentando oltre che dallo scopo, dallo posizione degli altri elementi dello Stato). Per l'AMBROSINI G., *La nuova costituzione sovietica*, Palermo, 1937, pag. 51 (e analogamente, nel precedente studio: *L'Unione sovietica nella sua formazione e struttura*, Palermo, 1935), il carattere differenziale dello Stato russo sarebbe dato dalla sua natura funzionale, o meglio potrebbe dirsi, strumentale. In realtà ogni Stato storico appare come mezzo per la realizzazione di finalità determinate.

Il punto di vista qui sostenuto consente forse di riprendere, con diverso significato, un criterio proposto pena distinguere lo Stato da altre associazioni a scopi anch'essi generali (su cui v. ROSIN e BRIEF, scritti, cit. a pag. 94, nota 64: contro lo cui opinione v. LABAND, *Staatsrecht*, I, pag. 66): lo Stato si distinguerebbe da questi enti in quanto portatore di assoluti valori politici, di una concezione generale dei rapporti sociali, visti nella loro unità. Inteso così il fine, non apparirà pertinente l'osservazione del v. MOHL, *Staatsrecht des K. Württemberg*, 1829, pag. 3, secondo cui l'umana natura è così complessa da non poter rivolgersi ad uno scopo solo un'istituzione come lo Stato.

<sup>(67)</sup> Si riferisce solo a questo limite il CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni*

risultato da essa desumibile: che cioè faccia sorgere in essi il vincolo di mettere in opera atti idonei a conseguirlo, anche se poi venga a mancare, per circostanze indipendenti dall'attività degli organi stessi, il raggiungimento effettivo di esso. Il vincolo in parola non potrebbe essere costituito dall'obbligo generico dell'osservanza del pubblico interesse <sup>(68)</sup>, poiché, mancando un criterio oggettivo da

---

*costituzionali*, cit., pag. 531. Per l'esclusione della possibilità di un limite diverso, cfr. JELLINEK, *o. c.*, p. 213. Sembra ovvio ritenere che la funzione di predeterminazione assegnata al fine politico non potrebbe essere adempiuta se questo offrisse gli elementi solo per determinare l'attività vietata, non quelli relativi ai fini da perseguire. Invece esclude qualsiasi limite particolare, anche semplicemente negativo, il FERRI, *Sul concetto di facoltà in diritto pubblico*, Roma, 1939, pag. 56 e segg., il quale ritiene siano da distinguere dai poteri discrezionali le facoltà, qualitativamente diverse dai primi perché contengono la possibilità della determinazione, da parte del loro titolare, dell'interesse pubblico per cui vanno esercitate, senza vincolo né nel modo di esercizio, né nel se e nel quando della loro emanazione. Non s'intende come la subordinazione all'interesse pubblico, al quale le facoltà stesse sarebbero assoggettate, possa farsi concretamente valere, quando, a detta dello stesso autore (p. 61), manca qualsiasi modo di determinare le direzioni verso cui può dirigersi l'attività stessa. La responsabilità in senso giuridico potrebbe invocarsi, in simile ipotesi, solo nel caso di esercizio delle facoltà per fini privati, cioè nella sola ipotesi di reato.

Attiene invece ad un ordine di problemi differenti da quello in esame lo stabilire se, a costituire il concetto di potere discrezionale, basti una determinazione negativa dei limiti, non sorpassabili dall'autorità fornita del potere stesso, o sia invece necessario che esso venga positivamente limitato (come ha recentemente sostenuto il GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 106 e già precedentemente ALFESSI, *Sul concetto di attività discrez. della P. A.*, in *Foro Amm.*, 1935, IV, p. 71). Sembra si debba ritenere che anche l'osservanza del primo limite dia luogo a discrezionalità quando, per la elasticità dei termini con cui formulato, la sua determinazione non possa avvenire se non attraverso valutazioni di interessi pubblici genericamente indicati dalla legge. È quindi possibile un apprezzamento di carattere discrezionale anche per quanto riguarda l'accertamento del rispetto di fini, posti come limite negativo dell'azione di un organo. La diversa opinione, espressa a proposito di norme recenti (come quelle che hanno sancito la possibilità di annullamento di atti contrari alle finalità degli enti sindacali e corporativi, — art. 29 R.D. 1° luglio 1926, n. 1130; art. 12 legge 18 luglio 1931, n. 875; o quelli non conformi alle esigenze e condizioni degli studi — art. 27 R.D. 20 giugno 1935, n. 1701) basata su un inesatto concetto del giudizio rivolto all'accertamento del cosiddetto eccesso di potere amministrativo.

<sup>(68)</sup> Sulla questione se l'interesse pubblico possa considerarsi come categoria giuridica cfr. JELLINEK W., *o. c.*, pag. 68. « Quando la legge rinvia alla concezione del pubblico interesse proprio della società e non a quella dei singoli organi di Stato, il pubblico interesse è un concetto giuridico »; LAYER, *Prinzipien des Enteignungsrechtes*, p.

cui possa venire determinato il concetto stesso e dati gl'infiniti modi con cui esso può essere inteso, non vi sarebbe, come già si è rilevato, la possibilità di una valutazione dell'atto alla stregua di esso: neppure l'accertamento di un interesse privato nell'atto varrebbe, di per sè, ad escludere la corrispondenza di questo al pubblico interesse, potendo se mai costituire solo un indizio di ciò <sup>(69)</sup>.

Invece, quando l'obbligo gravante su questo si intenda diretto all'osservanza non di un indeterminato interesse pubblico o anche di singole branche di esso corrispondenti a fini tipici di ogni Stato: l'ordine sociale, la potenza, ecc., bensì di una particolare maniera di considerare questi, allora sembra che sorga la possibilità di un accertamento relativo alla corrispondenza positiva degli atti singoli con le esigenze poste come necessarie da quello. La concezione predetta, nel modo come qui è intesa, basata com'è su una discriminazione di valori e sulla prevalenza accordata ad alcuni di essi su altri, offre i primi generali elementi che consentono di dirigere il procedimento di pensiero rivolto al ritrovamento dei mezzi per la loro attuazione. Essa si risolve in sostanza nella determinazione di interessi, che risultano dalla concretizzazione di quelli tipici, già ricordati, di fronte ai quali appaiono come interessi secondari, necessari pel soddisfacimento dei primi. Così, per es., l'esigenza generica dell'ordine sociale nel campo dei rapporti economici può, in un dato momento storico, concretarsi nel senso di ritenere necessaria la sua realizzazione attraverso il libero dispiegamento dei contrastanti interessi, con il solo limite costituito dal mantenimento della sicurezza pubblica; in un altro momento dirigersi allo scopo dell'attuazione della collaborazione delle classi, e questa a sua volta può essere intesa come attuantesi in condizioni di parità o di disuguaglianza, diretta dal di fuori o ottenuta spontaneamente dal di

---

181; TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Leipzig-Wien, 1924, p. 35, segg.; RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1923, p. 112; FEINER, *Einzelrecht und off. Interesse*, in *Festgabe Laband*, II, pag. 3 segg..

<sup>(69)</sup> Non potrebbe evidentemente fungere da limite nel senso ricercato neppure l'interesse, considerato come specifico di determinate ripartizioni che si facciano dell'attività dello Stato, secondo la funzione cui esse sono indirizzate, quando si intende come causa tipica delle medesime (così per l'attività normativa l'interesse alla disciplina preventiva del conflitto degli interessi, ecc.).

dentro; in un altro momento ancora nel predominio, o addirittura nell'esclusività di una sola classe, ecc..

La concezione politica contiene non solo la precisazione del modo di intendere le varie grandi categorie in cui viene a distinguersi il pubblico interesse, ma anche uno o più valori supremi, che valgono come criteri per la graduazione dei vari interessi, e per la disciplina delle relazioni nascenti dal necessario interferire di questi.

Per chiarire la possibilità affermata di obbiettivare (almeno entro certi limiti, al di qua dei quali l'attività in parola viene, dal punto di vista del diritto, a risultare arbitraria), il procedimento di concretizzazione del fine politico, è necessario mettere in rilievo come l'uniformità dell'apprezzamento, in cui si sostanzia l'obbiettività, dev'essere considerato anzitutto dal punto di vista del soggetto che procede a questo.

Precisamente nel campo dei rapporti non regolati da norme rigide, per la disciplina dei quali occorre far riferimento a valutazioni rimesse all'iniziativa del subbietto agente, acquista rilevanza la qualità dei soggetti e l'*idem sentire de republica* diviene un presupposto del conferimento dei poteri implicanti tali valutazioni. Questo potrebbe sembrare in contrasto con quanto si è prima affermato e offrire una riprova dell'impossibilità di un giudizio obbiettivo nella materia in discorso: ma è invece solo la conferma della diversità del procedimento di applicazione dei principi politici, che, implicando deduzioni di carattere non esclusivamente logico, in senso formale, o diverse dalla logica che presiede all'attività di interpretazione di norme determinate nel loro contenuto, esige in chi deve compierle capacità corrispondenti al compito <sup>(70)</sup>.

È questo uno degli aspetti della tipicità (cioè della considerazione della realtà sociale non nella molteplicità varia, e in sé irriducibile ad unità, dei comportamenti umani, ma secondo schemi, ottenuti in virtù dell'astrazione da tali comportamenti di caratteri comuni, presentantisi con aspetto di regolarità e di costanza) attra-

---

<sup>(70)</sup> Contro è, com'è noto, la comune dottrina, che desume l'impossibilità della rilevanza giuridica dello scopo dalla considerazione dell'esistenza di una molteplicità di mezzi diversi, tutti teoricamente idonei al soddisfacimento di esso: così, per es., JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pag. 213; KEISEN, *Hauptprobleme*, cit., pag. 57; CRISCUOLI, *La discrezionalità*, cit., pag. 451.

verso cui è possibile considerare ordinata sotto regole obbiettivamente rilevabili l'attività di attuazione del fine politico.

Il riferimento alla tipicità, che è fatto per la risoluzione di svariati problemi giuridici particolari <sup>(71)</sup>, è stato considerato da un punto di vista più generale, da parte degli scrittori, che, rappresentando l'ordine giuridico come ordine concreto, tendono a mettere in rilievo la necessità del nesso fra quest'ordine e il sistema normativo, o più precisamente la dipendenza di esso dal primo <sup>(72)</sup>. Senza ripetere quanto si è detto avanti sull'insopprimibilità del momento normativo, e sulla funzione di questo nel senso della formazione di

---

(71) Sui tipi come oggetto della dottrina statale JELLINEK G., *Staatslehre*, p. 31 segg. Sulla tipicità delle azioni nel diritto privato v. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio*, ecc., Torino, 1934. Sulla specificazione del pensiero implicito nelle norme indeterminate, attraverso il rinvio a concezioni di media sociale, v. specialmente W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., pag. 30, 68 segg. Per il concetto di tipicità, da un punto di vista filosofico, v. PERTICONE, *La concezione speculativa dell'attività giuridica*, Roma, 1932, p. 24 segg.; CAMMARATA, *Contributi*, cit., pag. 118. V. anche recentemente RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, estratto dagli *Studi per S. Romano*, Padova, 1939, e i richiami ivi, pag. 26 segg., al concetto di standard giuridico, come misura media di condotta sociale corretta, messa in rilievo dalla dottrina nordamericana.

(72) V. recentemente in questo senso SCHMITT, *Ueber die drei Arten*, ecc., cit., pag. 10 e 23; v. anche HELLER, *o. c.*, pag. 56 e segg. e bibliografia, ivi; SOMLÒ, *o. c.*, pag. 250; e già ROMANO, *L'ordinamento*, cit., pag. 57; SCIALOJA V., *Sulla teoria dell'interpretazione*, in *Studi per Schupfer*, III, p. 306; LEVI A., *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Rivista di filosofia*, 1911, pag. 11-12 estratto.

Come un aspetto particolare del rapporto qui ricordato fra norma ed ordine concreto può considerarsi la nota teoria del WOLFF (*Organschaft und juristische Person*, Berlin, 1934, II, pag. 303 segg.), sulla rappresentazione, intesa come riflesso giuridico di una comunità sociale organizzata. In realtà il diritto può non riconoscere come rappresentativa una posizione di reale rappresentazione e, viceversa, conferire la funzione di rappresentanza di un gruppo a chi sia estraneo a questo. V. anche nello stesso ordine di idee i « concetti giuridici concreti » del LARENZ, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, cit. da HUEBER, *Grundlegung der polit. Rechtslehre*, cit., pag. 61. Il problema si ricollega, come evidente, a quello sollevato dalle correnti storicamente assai varie, che hanno come motivo comune, il riferimento al diritto naturale, quale fondamento o come fonte di integrazione del diritto statale, sia se inteso in modo obbiettivo come inerente alla natura delle cose, sia in modo subbiettivo come senso comune del giusto. Il senso comune del giusto è nelle recenti teorie nazionaliste considerato come idea del diritto di un dato popolo. Sul popolo, come ordinamento primario esso stesso e sull'identità fra costume e diritto, v. anche recentemente H. FRANK, *Fondam. giur. dello Stato naz. soc.*, trad. it., Milano, 1939, p. 24 e nota 8.

un nuovo ordine concreto, può essere utile, al fine di chiarire il punto di vista qui affermato, osservare come la rilevanza dell'istituzione, ossia del sistema di rapporti effettivamente vigenti, di fronte alla norma può intendersi in sensi diversi, se pure connessi <sup>(73)</sup>. Essa può significare la necessità del riferimento a figure o relazioni tipiche per l'interpretazione della norma, o per il completamento del pensiero in esso implicito: o, ancora, può esprimere la corrispondenza fra la norma e la realtà, che assume rilevanza pel diritto in quanto si pone come garanzia della effettiva validità della prima. Ove si guardi invece al momento della formazione, o della trasformazione della norma, se si ammetta, come sembra necessario fare, una funzione di anticipazione di questa rispetto ai comportamenti sociali medi, la sua aderenza alla realtà si deve intendere anzitutto come connessione a valori tipici, riscontrabili negli appartenenti al partito dirigente, valori in base ai quali si rende possibile la identificazione di determinati bisogni, non avvertiti dalla massa, ma non per questo meno necessari alla realizzazione del fine, e la cui considerazione induce ad attuare una trasformazione nella disciplina di dati rapporti <sup>(74)</sup>.

Da quanto si è detto si desume la necessità che l'attività rivolta all'attuazione immediata del fine, per la quale questo agisce non solo come limite negativo, ma come obbiettivo che deve essere realizzato, sia affidata a coloro, che sono portatori dei nuovi valori politici <sup>(75)</sup>,

---

<sup>(73)</sup> Su questo punto v. ENGISCH, *Die Einheit*, cit., pag. 5.

<sup>(74)</sup> In via generale può affermarsi che ogni fine politico generale, il quale si sostituisca come dominante ad altro precedente, in quanto espressione di nuove esigenze, fa riferimento a tipi sociali diversi da quelli considerati come normali dall'ordinamento preesistente: tipi dei quali gli appartenenti al partito dominante sono espressione, ma che si tende a realizzare anche fuori dell'ambito di questo. Infatti uno dei compiti più importanti del partito deve intendersi precisamente quello esplicantesi fuori del campo direttamente giuridico, e diretto alla formazione di un nuovo costume. Con ciò si viene a dire che le figure tipiche cui il diritto fa riferimento non hanno solo caratteri formali comuni nella loro generalità a tutti gli ordinamenti (diligenza, cura del pubblico interesse, ecc.), ma elementi contenutistici, da determinare con riguardo alle particolarità di ogni tipo storico di Stato. V. su questo punto la nota precedente a pag. 84.

Sulla possibilità di una diversa forma di creatività di chi detiene il potere come membro della società, e come autorità sociale v. JELLINEK W., *Gesetz*, ecc., cit., pag. 176.

<sup>(75)</sup> Cfr. LABAND, *o. c.*, I, p. 321: «l'attività totale delle autorità dell'Impero tutta penetrata dalle idee fondamentali, che reggono la politica estera ed interna di esso». V.

mentre per la restante attività, che è quella corrispondente ai rapporti considerati di carattere privato, e che, appunto perché tale, non interferendo in modo diretto con il fine pubblico, può rimanere invariata nella sua direzione anche attraverso il mutamento del generale orientamento politico, è possibile fare riferimento ad un ordine concreto, inteso come attuazione di rapporti spontaneamente originati nel seno di una società.

Tornando ora al procedimento di immediata esplicazione del fine politico è da notare come in esso, a differenza di quanto avviene in quei casi (che corrispondono prevalentemente all'ipotesi della discrezionalità negli ordinamenti amministrativi moderni, caratterizzati dalla suddivisione fra autorità diverse dei vari interessi, oggetto di tutela amministrativa) nei quali è predeterminata la direzione verso cui deve svolgersi l'attività, è necessario procedere, preliminarmente, alla scelta di quelli fra gli interessi sociali, che appaiono così connessi con il fine da esigere una tutela, e, in secondo luogo, stabilire i modi e le forme di questa: il che rende necessaria una valutazione degli interessi medesimi, da compiere attraverso la considerazione della rilevanza di ciascuno di essi, considerato in sé, e nel rapporto con gli altri (date le necessarie interferenze e le ripercussioni, che ognuno esercita sugli altri) allo scopo di accertarne il diverso valore e quindi procedere ad una loro graduazione. Ora non sembra esatto ritenere che questa valutazione, per quanto complessa e ardua, possa considerarsi insuscettibile di essere apprezzata in base al grado della sua conformità allo scopo, al raggiungimento del quale è subordinato <sup>(76)</sup>.

---

anche, in ordine all'attività amministrativa, nel nuovo diritto tedesco SCHULE, *Verwaltungsmessen u. nationalsozialistisches Rechtsdenken*, in FRANK, *Deut. Verwaltungsrecht*, München, 1937, p. 347. Cfr. in *Lo Stato*, 1939, p. 196 segg. la relazione di PICCARDI e COSTAMAGNA al Convegno giuridico italo-tedesco di Vienna, sulla posizione del giudice in confronto del fine politico.

<sup>(76)</sup> Pel GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di dir. pubbl.*, 1937, pag. 311 potere politico è quello nell'esplicazione del quale i principii della politica servono di guida all'organo che lo esercita, data l'assenza di norme giuridiche al riguardo, e significa potestà di determinare liberamente le direttive per l'esercizio delle attribuzioni correlative, che sono pertanto giuridicamente irrilevanti; per gli atti invece che sono forniti di tipicità, che sono cioè predeterminati nello scopo, giuridicamente irrilevante il motivo, cioè la valutazione delle circostanze di fatto. L'AMORINI recentemente in *Il merito*

È esatto che la valutazione in parola, non possa farsi mediante il ricorso a regole puramente tecniche, a regole formulate in base alla legge di causalità: essa infatti implica giudizi di scelta, rivolti a stabilire la preminenza da accordare ad alcuni valori su altri (77). Ciò non significa però che tali giudizi siano affidati all'opinione personale dei titolari degli organi destinati a procedervi: se ciò fosse verrebbe, come si è detto, compromessa la possibilità di assicurare la

---

*dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, pag. 32 segg., distinguendo nell'attività che si determina ad un'azione due momenti, cioè quello della scelta dell'azione, del fine da perseguire, e l'altro della assunzione dei modi per la realizzazione del fine, ha espresso l'opinione che il principio di opportunità, il quale forma il contenuto del merito amministrativo, opera solo nel secondo momento. Si può convenire in questa tesi, in considerazione del principio di specialità che domina il moderno ordinamento amministrativo: ma non consentire in quella parte dell'opinione dell'A., riecheggiante la concezione del LAUN, secondo cui il potere di iniziativa, a differenza del potere di attuazione del fine, non consente valutazioni che abbiano sufficiente contenuto di oggettività, divenendo in esso preponderante la preferenza soggettiva dell'agire. Si può osservare che la scelta dei fini può considerarsi a sua volta mezzo per la realizzazione di fini primari dell'ordinamento e che, come vi è un merito amministrativo, così può parlarsi di un merito politico. Intende invece il merito come apprezzamento dell'opportunità politica, come attività di scelta degli interessi da perseguire il GIANNINI (M. S.), *Il pot. discr.*, cit., pag. 18, che la rappresenta come attività pregiuridica, nella quale gli interessi non hanno raggiunto quel grado di qualificazione, attraverso cui possono porsi come motivi dell'atto.

(77) Sulla necessità per la soluzione delle questioni di discrezionalità del duplice punto di vista: etico e tecnico, v. BURCKHARDT, *Methodo*, ecc., cit., pag. 103. V. anche GIANNINI (M. S.), *Il potere discr. della P. A.*, cit., pag. 72, nel senso però che la valutazione politica implica l'impossibilità di una soluzione unica, mancando un corpo di regole oggettivamente determinabili che la disciplinino. Sull'impossibilità di una codificazione delle regole della politica, v. le citazioni contenute nella voce: *Politica* di F. BATTAGLIA, in *Enciclopedia Italiana*, nonché *Politik als Wissenschaft* di F. FLEINER, Zürich, 1917. Su ciò v. quanto è detto nel testo. V. anche le citazioni riferite da TREVES (R.), *Il metodo teleologico nella filos. e nella scienza del diritto*, in *Riv. fil. del diritto*, pag. 15 estr.. Pel FORTI (*Realismo*, cit., pag. 79) i rapporti politici sfuggono non solo alla determinazione giuridica, ma a qualsiasi nozione teorica, come vi sfugge ogni attività rappresentata nel suo divenire. L'opinione ricordata può, in certo senso, ricollegarsi alla tesi nietzschiana della eterogeneità fra l'azione creatrice e il pensiero razionale, o, più generalmente, a quelle che accentuano il valore dell'intuizione su quello della ragione nella scoperta della verità. V. HAURIQU, *Précis de droit const.*, cit., p. 234; PARESCE, *Genesi*, cit., p. 83. Affine a questa attività sarebbe quella giuridica, se di essa si accogliesse la concezione fenomenologica, che vede nel diritto, sia inteso come scienza che come tecnica, un'attività non tanto deduttiva od induttiva, ma soprattutto intuitiva.

continuità e l'unità nell'esplicamento delle varie attività costituzionali, rivolte alla realizzazione del fine, ognuna delle quali necessariamente si deve svolgere all'infuori di predeterminazioni legali e attraverso il ricorso all'iniziativa dei singoli agenti. Quando s'afferma l'impossibilità di formulare delle regole rigide che possano disciplinare tale iniziativa, o far giudicare *ex post* della sua idoneità al fine, si dice cosa esatta, che trova la sua spiegazione nella considerazione del necessario collegamento di essa con le situazioni di fatto <sup>(78)</sup>, così complesse e varie da non consentire previsioni del particolare modo del loro manifestarsi. Ma questo non esclude la possibilità di un esame obbiettivo del modo di esplicarsi dell'iniziativa stessa, bensì importa da parte di chi procede ad esso, la possibilità di conoscere e la capacità di apprezzare le circostanze di fatto, che possono a volta a volta rendere opportuno o no un comportamento. Ora è possibile ottenere un'omogeneità in questo apprezzamento dell'effettiva consistenza delle circostanze di fatto e dei motivi che consigliano di attribuire ad esse una data importanza, o una diversa, precisamente in quanto si supponga in coloro che debbono procedervi l'uniformarsi, da una parte, a certi valori, che possono chiamarsi politici perché risultanti da un particolare modo di intendere le esigenze ultime dello Stato, viste nel loro complesso, e, dall'altra, a regole di esperienza dalle quali può desumersi il prevedibile effetto di date misure e la loro idoneità a raggiungere dati fini.

Il mutamento, verificabile nella situazione di fatto, può operare in due sensi: o determinando uno spostamento nella consistenza obbiettiva dei vari bisogni e quindi nell'ordine della rilevanza fra loro, oppure producendo, a causa di un'alterazione avvenuta nel rapporto delle forze politiche, un diverso orientamento nel modo di apprezzamento subbiettivo del pubblico interesse e conseguentemente una diversa valutazione nella scelta dei mezzi diretti a soddisfarlo.

La possibilità, pei motivi cui ora si è accennato, della revoca di un precedente indirizzo politico e della sostituzione ad esso di uno diverso deve intendersi contenuta sempre nei limiti del fine generale, ed è resa possibile dal carattere generico di questo, che esige, come

---

(78) Cfr. analogamente WALDECKER, *Allg. Staatslehre*, cit., pag. 321.

si è detto, l'adattamento alle circostanze concrete. Nel caso che sia uno solo il partito ammesso ad agire nello Stato, la diversità nell'apprezzamento degli interessi, possibile per i motivi ora detti, si traduce in mutamenti, successivi nel tempo, circa il modo di intendere i fini secondari da perseguire. Ma ugualmente accade nell'ipotesi di esistenza di più partiti: anche allora la divergenza relativa ai mezzi più idonei per il perseguimento del fine costituzionale (l'ipotesi infatti riguarda i partiti che si muovono nell'ambito di questo, e trova la sua spiegazione nella diversa distribuzione delle forze politiche, ciascuna delle quali tende a rappresentare e far valere come fini rilevanti determinati interessi secondari, a preferenza di altri) non opera nell'attività dello Stato se non in momenti successivi, e quindi non compromette l'unità dell'azione statale, legata, come s'è detto, all'*idem sentire de republica*. Anche quando il potere sia affidato a governi di coalizione l'unità in parola è garantita dal fatto che la coalizione opera sulla base di un accordo sui fini da perseguire, cioè su un programma comune. Quindi le possibilità accennate non sembra facciano venir meno il carattere obbiettivo, nel senso già specificato, che si è detto proprio dell'attività di realizzazione del fine politico.

13. La valutazione dei bisogni sociali, della quale si è parlato, al fine della scelta delle misure da intraprendere o del comportamento da seguire non è apprezzabile solo in confronto degli atti positivi che vengano emessi in conseguenza della valutazione stessa, ma anche delle omissioni, poiché in queste è implicito un giudizio sulla rilevanza degli interessi, pei quali si omette di provvedere. Questa considerazione può aggiungersi a quella già fatta da altri <sup>(79)</sup>, secondo cui la soddisfazione del pubblico interesse nel campo della funzione politica è raggiungibile più adeguatamente mediante il mutamento dell'indirizzo cui essa si ispira, in un particolare momento, anziché con la eliminazione di singoli atti, poiché entrambe servono a spiegare come la sanzione, attraverso la quale la funzione stessa viene ad essere assoggettata al diritto, si espliciti di norma non mediante l'accertamento dell'invalidità degli atti e il loro annulla-

---

<sup>(79)</sup> Cfr. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., pag. 542; AMORTH, *Il merito*, ecc., cit., pag. 55.

mento, bensì con riferimento all'insieme del comportamento degli organi che l'esercitano e con la dichiarazione della responsabilità dei titolari di essi.

Potrebbe essere sollevato il dubbio se la responsabilità che si fa valere nel campo dei rapporti predetti sia da considerare giuridica, e se inoltre essa sia veramente così collegata agli atti emessi in difformità del fine, cui avrebbero dovuto corrispondere, da potersi considerare come un equivalente della sanzione di nullità, non applicabile nei riguardi dei medesimi <sup>(80)</sup>.

Bisogna anzitutto osservare come, a dare omogeneità alla figura della responsabilità politica, non basta aver riguardo all'effetto che ad essa si accompagna, cioè l'allontanamento del titolare dall'ufficio ricoperto, ma occorre prendere in considerazione i motivi per i quali esso può verificarsi, così diversi fra loro da modificare il carattere della responsabilità stessa. Questa infatti può aver luogo: o per il venire a mancare del risultato cui l'attività era diretta, a causa dell'insorgere di eventi non prevedibili, o comunque non imputabili al fatto delle persone che l'hanno compiuta; oppure per mutamento delle circostanze di fatto, della cui rilevanza si è parlato, che può consigliare la eliminazione delle persone rappresentative di un indirizzo, ritenuto non più rispondente alle esigenze sopravvenute, o infine per la mancanza di corrispondenza fra l'attività esplicata ed i fini che, (discendendo o direttamente dalla costituzione, o dal programma di partito, che in un determinato momento svolge e concreta il contenuto della medesima), dovevano essere perseguiti e non lo furono, o lo furono con mezzi non idonei, sia per la difettosa valutazione delle circostanze di fatto, sia per inesatta applicazione di

---

<sup>(80)</sup> V., per quanto riguarda la responsabilità degli agenti dell'amministrazione, le osservazioni di GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale*, cit., pag. 57 segg., dirette a contestare che l'esistenza dell'obbligo gravante sugli organi di agire nel modo migliore per la soddisfazione del pubblico bene possa considerarsi come limite positivo della discrezionalità. Si può prescindere in questa sede da un esame relativo a tali osservazioni, in quanto nel testo si considera il caso di un limite obbiettivo dell'atto discendente dalla necessità della sua corrispondenza al fine dello Stato, e della possibilità (analoga a quella verificabile nei casi di *leges minus quam perfectae*), pel divieto dell'impugnativa diretta degli atti, di attuare verso le persone che hanno emesso l'atto, privo di quella corrispondenza, una sanzione indiretta del limite predetto.

criteri tecnici o politici, che dovevano dirigere l'azione <sup>(81)</sup>. Ora in quest'ultimo caso, a differenza dei precedenti, non sembra dubbio che la responsabilità sia giuridica, non solo nel senso che è produttiva di effetti giuridici, ma anche in quello che è fatta valere in applicazione di norme, le quali, immediatamente o mediamente, prescrivono un dato comportamento, e come sostitutivo della mancata osservanza di queste.

In quanto l'attività difettosa per l'inosservanza dell'obbligo di perseguire in un determinato modo il pubblico interesse abbia dato luogo ad atti inadeguati al fine, cioè con contenuto differente da quello che avrebbero dovuto avere, e, ove questi non siano suscettibili di sanzione di invalidità (com'è il caso degli atti emananti dalle supreme autorità dello Stato, i quali per la derivazione da queste, oltre che per i motivi sopra indicati, non potrebbero essere condizionati nell'esplicazione dei loro effetti ai risultati di un sindacato di merito da parte di altre autorità) la responsabilità, che si faccia valere contro gli organi che li hanno emessi, ha anche una funzione di repressione indiretta dell'invalidità, che non si può affermare nei confronti dell'atto, in quanto, oltre che portare eventualmente alla revoca di questo, agisce nel senso di ostacolare per l'avvenire l'inosservanza del fine politico. Non può influire, a escludere il carattere giuridico, il fatto che essa non sia fatta valere in modo assolutamente necessario, poiché, se è vero che, in via generale, la violazione dell'ordine giuridico esige una reintegrazione, è vero altresì che possono verificarsi evenienze, le quali facciano ritenere più conforme al pubblico interesse il non rilevare la responsabilità, nella quale un organo sia incorso, o il non far seguire la sanzione dell'annullamento nei riguardi di un atto invalido <sup>(82)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> V. su alcune delle ipotesi accennate, anche con riferimento alle diverse specie di responsabilità di organi costituzionali, quali risultano dalla pratica costituzionale inglese, VACCHIELLI, *La respons. ministeriale*, Cremona, 1896, p. 50 segg.. Cfr. anche S. TRENTIN, *La responsab. collegiale*, Milano, 1910, pag. 16; e lo scritto di DUPONT, sulla regolamentazione della resp. pol. minist., in *Revue de droit public*, 1934, pag. 208. V. indicato dal ROMANO, in *Diritto e correttezza costituz.*, nel volume *Prolus. e discorsi accad.*, Modena, 1931, pag. 54 il caso di responsabilità per la violazione di norme del costume, indipendentemente dalla valutazione della validità dei singoli atti, ciò che configura un'ipotesi analoga a quella dell'eccesso di potere amministrativo.

<sup>(82)</sup> Il fenomeno, com'è risaputo, comune anche al campo del diritto amministra-

14. Il fine dello Stato pertanto può formare il valido contenuto di una vera norma, che potrebbe chiamarsi norma di scopo, per indicare il carattere differenziale di essa rispetto alle altre norme materiali, carattere costituito dal diverso modo di specificazione del precetto, contenente, piuttosto che l'indicazione specifica dell'azione da compiere per conformarsi ad esso, il criterio di massima, dal quale, per rendere concreto il precetto stesso, è necessario ricavare, attraverso il procedimento già indicato, la norma da valere nei singoli casi <sup>(83)</sup>. Si potrebbe anche assumere, a contrassegnare la peculiarità

---

tivo, assume un rilievo maggiore nei rapporti costituzionali, necessariamente più elastici. Anche di fronte ad un controllo di legittimità un atto dichiarato invalido può continuare a sussistere ed esplicare pieno effetto e la sanzione di esso può aver luogo in via indiretta, o mancare affatto: così gli atti registrati con riserva (quando non siano impugnabili innanzi ad organi giurisdizionali) rimangono in vita, anche se il giudizio di illegittimità sia confermato dal parlamento, il quale può, per ragioni di opportunità, omettere ogni dichiarazione di censura, e così far venir meno ogni sanzione anche indiretta dell'invalidità. Che la sanzione non cessi di essere giuridica anche se solo probabile e quindi incerta, è nozione già autorevolmente affermata, v. ROMANO, *Ordinamento*, cit., p. 23 e *Corso*, p. 262.

<sup>(83)</sup> Il concetto di norma di scopo, nel senso indicato nel testo, non deve confondersi con quello di regola finale, quando a questa si attribuisca (come fa, per es., il BRUNETTI, *Norme e regole finali*, Torino, 1913, u. 2 segg., un significato analogo a quello di norma contenente un giudizio ipotetico, anziché un comando imperativo. È evidente che le norme di scopo hanno carattere imperativo, sono anzi la manifestazione della suprema volontà dello Stato e, come tali, vincolano in modo assoluto i comportamenti sia degli organi subordinati dello Stato, sia dei cittadini, in quanto li obbligano a ricercare le regole idonee alla loro realizzazione. V. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 13, che desume dal BRUNETTI il concetto di onere e quello di regola finale, ma attribuendo loro un significato diverso ed ammettendo (p. 29) la struttura essenzialmente normativa delle direttive dal solo lato interno dell'amministrazione, o anche dal lato esterno, nel caso nel quale sia ammesso sindacato di merito. Dicendo che la norma di scopo non si differenzia nella sua struttura da quella che è propria della norma giuridica, si vuole affermare che la semplice indicazione di un interesse (sostanzandosi lo scopo nell'interesse da perseguire: sulla possibilità di distinzione fra i due termini, v. TREVES R., *Indirizzo*, cit., p. 8), forma un contenuto idoneo per il sorgere di un vero precetto completo nei suoi elementi. Norme del genere sono comuni ad ogni campo del diritto (v., per es., nel diritto privato, art. 544 c. c.). Forse potrebbero essere rappresentati come norme di scopo alcuni di quei precetti penali, che la dottrina suole designare col nome di norme in bianco: ciò in quanto si considerino i precetti stessi destinati a determinare esclusivamente l'interesse, ritenuto dal legislatore degno di tutela, lasciandosi ad altre fonti, determinate o no dal legislatore stesso, la specificazione del contenuto da attribuire nei singoli casi all'interesse. Cfr. sul problema, LEONE, *Sulla*

della natura di questa suprema norma, il termine di diritto politico, purché si definisca in modo esatto il suo significato <sup>(84)</sup>, e sia chiaro, come già fu detto a proposito della analoga dizione di costituzione politica, che la categoria non può essere caratterizzata da elementi diversi da quelli che entrano a comporre la struttura essenziale della norma giuridica. Ciò che contrassegna la categoria in parola è la diretta assunzione nel diritto del fine politico generale dello Stato come tale,

---

*norma penale in bianco*, in *Scritti sulla nuova legislazione penale ital.*, Bologna, 1932, I, p. 23 segg.).

<sup>(84)</sup> I significati attribuiti all'espressione sono assai diversi, come può desumersi da quanto si è detto avanti per la costituzione politica. Essa è adoperata o per indicare la materia trattata, riferendosi agli interessi dello Stato nella unità dei vari fini (V. BILFINGER, *Betrachtungen über politisches Recht, Zeitschrift für ausländ. öff. Recht und Völkerrecht*, 1929, p. 57); oppure il modo particolare del suo sorgere, indipendentemente dal concorso di elementi formali, espressione diretta dell'ordine concreto (HUEBER, *Wesen*, ecc., cit., p. 75, e sembra anche ORLANDO, *Teoria giuridica delle garanzie della libertà*, Torino 1889, p. 280); o in relazione all'attenuata efficacia del *Sollen* giuridico, per la dipendenza di questo dalle situazioni di fatto (BILFINGER, *op. cit.*, pag. 61). Il DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité gén. de l'État*, cit., I, pag. 16 considera tutta la teoria dello Stato come diritto politico, ma attribuendo alla politica il compito di fornire gli elementi di costruzione e mantenere il contatto con la realtà. V. anche lo scritto di HERRFÄHRDT, *Politische Verfassungslehre*, in *Archiv für Rechts u. Sozialphilosophie*, 1936, pag. 125. Con maggiore precisione il PERTICONE, in *Elementi di una dottrina generale dello Stato*, cit., pag. 49 segg., caratterizza il contenuto del diritto politico nel programma politico, inteso come base del sistema normativo. Non varrebbe a dar ragione della speciale denominazione l'indeterminatezza della norma di scopo, e tanto meno ciò potrebbe invocarsi per negare ad essa carattere giuridico, come vorrebbe fra gli altri, per es.: HEFELWIG, *Lehrbuch des deut. Civilprozessrechts*, II, 1907, pag. 164, per cui le statuizioni indeterminate danno luogo ad una categoria di lacune. Sull'esclusione del carattere giuridico dal concetto di ordine pubblico, inteso come ordine politico, v. anche LEVI, *Ordine giuridico*, cit., pag. 12, e *Istituzioni*, ecc., cit., I, c.. Se questa opinione fosse esatta, dovrebbe servire a contestare il carattere giuridico di alcuni principi generalissimi, desumibili dalle norme positive. Infatti questi, se si differenziano dai fili politici pel diverso modo onde sono ottenuti, non se ne distaccano pel carattere delle statuizioni, che anche nei primi può raggiungere un grado di estrema genericità. Eppure non si contesta il loro carattere di precetti veri e propri, anche se si controverte se la ricerca dei principi generali direttivi, da trarre dal sistema, dia luogo ad attività dichiarativa o creativa (v. sulla questione FADDA e BENSÀ nelle note al vol. I delle *Pandette* di WINSCHIED, p. 128 e segg.. Pel FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., I, p. 33, i principi stessi sono suscettibili di applicazione a casi concreti mediante sussunzione logica, mentre invece secondo altri, per es., GENY, *Science et technique*, cit., v. II, p. 384, solo attraverso il concorso di attività volitiva).

cioè nella sua immediata espressione, anteriore allo spiegarsi del medesimo in varie, particolari direzione e nel sistema dei singoli precetti.

Ma il chiarimento di questo punto di vista potrà essere ottenuto prendendo in esame, sia pure assai brevemente, il rapporto che deve ritenersi sussistere fra l'ordine normativo e il complesso dei principi politici.

La differenza, quale ordinariamente si pone, fra politica e diritto, è nel senso che la prima, come attività pratica teleologica, riguarda la scelta dei fini dello Stato, o l'accertamento dell'idoneità ad essi dei mezzi prescelti, mentre il diritto subentra nella fase, nella quale, avvenuta la scelta dei fini e dei mezzi, questi non sono più oggetto di valutazione, in quanto incorporati in norme, valide pei loro requisiti formali, ed applicabili alle fattispecie mediante lo svolgimento del loro contenuto, all'infuori di ogni considerazione di interessi esterni ad esse <sup>(85)</sup>.

Questa comune rappresentazione ha però bisogno di chiarimento. A parte ogni considerazione, in questa sede, sulla possibilità di apprezzamenti teleologici, politici, al fine dell'applicazione della norma già formata, è da osservare che lo stesso momento della scelta dei fini e dei mezzi può apparire rilevante pel diritto, anche all'infuori dell'incorporazione di essi in norme che li specifichino. In genere, può dirsi che l'attività rivolta a determinare i fini dell'azione, la quale se compiuta da una persona fisica nel proprio interesse appartiene ad uno stadio puramente economico, interno e quindi irrilevante, cessa di essere tale se esplicata dall'organo di un ente giuridico. Sono pensabili in questo caso due ipotesi: la prima è che l'attività stessa non sia di per sè produttiva di effetti giuridici, nel senso che essa non dia luogo a manifestazioni di volontà efficaci verso altri soggetti; anche in questo caso essa non cessa di essere giuridica in quanto dà luogo ad un buono o cattivo adempimento

---

<sup>(85)</sup> Onde la conseguenza, che si deduce, che il diritto è quiete, assetto, o la politica lotta, trasformazione: v. in questo senso ROMANO, *Corso dir. cost.*, cit., pag. 17. Analogamente, da un punto di vista filosofico, GENTILE, *Diritto e politica*, in *Archivio di studi corporativi*, 1927, pag. 313 segg., per cui diritto e volontà voluta, legge astratta; politica volontà volente, identificabile con l'etica: ma le due attività sono intese come momenti solo concettualmente distinguibili fra loro. V. già JELLINEK, *o. c.*, libro I, cap. I, pag. 12 segg. e ancora WALDECKER, *Allgem. Staatslehre*, cit., pag. 321 e più recentemente TATARIN TARNILEYDEN, *Werdendes Staatsrecht*, Berlin, 1934, pag. 19.

dell'obbligo di esercitare l'attività stessa con il rispetto delle regole tecniche che debbono ad essa presiedere, regole che, pertanto, acquistano rilevanza in quanto necessarie ad esplicitare il contenuto dell'obbligo stesso <sup>(86)</sup>.

Ma può anche accadere che l'organo, che procede all'apprezzamento dei fini allo scopo di scegliere il più adatto, abbia anche il potere di assumere questo come contenuto di una manifestazione di volontà, vincolante, in misura più o meno ampia, altri soggetti. In questo caso è il fine di per sè, così com'è assunto dalla considerazione politica, indipendentemente dalla sua concreta esplicitazione in norme particolari, che viene ad assumere valore direttamente giuridico, e valore giuridico assume anche, come si è visto, l'attività che svolge ed attua il fine stesso nei casi concreti, traducendo in norme giuridiche generali o in comandi particolari, i principi che la politica indica come idonei ad esso.

Mentre pertanto, nella prima ipotesi, i principi assumono una rilevanza giuridica indiretta, in quanto servono per esplicitare e rendere concreto l'obbligo genericamente gravante sull'organo e per potere dichiarare la responsabilità del titolare, nella seconda, oltre che possedere questa rilevanza <sup>(87)</sup>, acquistano immediatamente carattere obbligatorio nei riguardi di altri soggetti.

Questo sembra possa dirsi anche nel caso in cui il principio politico sia attuato attraverso un comando particolare, emesso in immediata applicazione di esso: poiché anche allora il principio

---

<sup>(86)</sup> Ciò implica il rigetto della tesi di JELLINEK (G.), *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., pag. 246, per cui l'attività tecnica non sarebbe attività dello Stato. Nel senso contrario v. RANELLETTI, *Principii di diritto ammin.*, cit., p. 350; PRESUTTI, *Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1910, p. 3 segg.. Tutta l'attività che si svolge nell'interesse dello Stato è giuridica, in quanto esplicitazione di un rapporto e quindi adempimento di un obbligo o esercizio di un diritto. Vista poi nel suo contenuto, può consistere in manifestazioni di volontà, o solo di scienza o di desiderio, con efficacia diversa nei riguardi dei terzi cui si rivolge, terzi che possono essere altri organi, o subbietti diversi dallo Stato.

<sup>(87)</sup> La rilevanza, all'effetto della responsabilità, viene naturalmente meno quando si tratta del fine supremo, che è posto come obbligatorio dalla forza politica, perché non sarebbe possibile risalire a norme ancora più elevate, né trovare organi che facciano valere la responsabilità stessa nei riguardi del potere costituente.

viene, come tale, ad essere incorporato nell'atto, del quale forma l'immediato fondamento giuridico <sup>(88)</sup>.

Da quanto si è detto si deduce che bisogna tener distinta la politica in quanto attività critica, tendente al mutamento dell'ideologia informatrice del regime e all'instaurazione di una nuova, dalla politica che è invece ricerca dei mezzi necessari per realizzare il fine proprio della costituzione vigente <sup>(89)</sup>.

Intesa nel secondo dei detti significati, la politica, pur non identificandosi con il diritto, appare, come questo, nella posizione di mezzo ed entrambi sono rivolti alla realizzazione di uno stesso fine. Essa non costituisce solo il presupposto per la formazione del diritto; né offre solo il contenuto per le sue norme, ma opera in modo diretto nel senso che fornisce il criterio per potere giudicare, sia dell'adempimento dell'obbligo gravante sugli organi di osservare e realizzare il fine generale dell'ordinamento, sia della validità degli atti, per quanto riguarda la loro corrispondenza a questo per la parte non regolata della legge. L'attività dell'organo che procede al rilevamento dei precetti politici per disciplinare con essi la propria opera o quella di altri è attività giuridica, se si ammetta, come sembra si debba, che tale sia non solo l'attività che si svolge attraverso la dichiarazione e l'attuazione immediata delle norme <sup>(90)</sup>,

---

<sup>(88)</sup> Bisogna infatti distinguere fra il motivo o scopo del comando, che si può considerare estraneo ad esso, semplice precedente (v. DONATI, *Lacune*, cit., pag. 235, nota I), almeno nei casi in cui non venga per legge ad assumere rilevanza, e il fondamento giuridico di esso, cioè il principio sul quale immediatamente si basa la sua validità, e che è formulato sia pure implicitamente dall'autore di esso, in attuazione, nel caso concreto, del fine generale. V. CARUSO INGHILLERI, *Politica, amministrazione e giurisdizione amministrativa*, in *Scritti pel centenario del Cons. di Stato*, V. II, pag. 326.

<sup>(89)</sup> Sulla politica come volontà di legislazione, V. MAX ASCOLI, *L'interpretazione*, cit., pag. 85, che sostiene l'identità di funzione della politica e del diritto. Il ROEHRSEN, *L'atto del potere polit.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, pag. 561 e segg., considera la politica come la quarta funzione dello Stato, ma assolutamente eterogenea, rispetto a quelle giuridiche.

Sembra che, da quanto si è detto nel testo, risulti chiaro che la distinzione fra diritto e politica si debba basare sulla causa, la quale dirige l'attività rivolta a definire e a svolgere i fini dello Stato. Se questa sia compiuta in adempimento di un obbligo gravante sulla persona che la esercita, e si svolga nell'ambito del sistema, assume carattere di attività giuridica.

<sup>(90)</sup> In questo senso DONATI, *Lacune*, cit., pag. 175; CARUSO-INGHILLERI, *s. cit.*, pag.

ma anche quella che è esplicazione di poteri da compiere attraverso giudizi politici di conformità al fine dell'istituzione. Vi è dunque anche la possibilità di un diritto « in movimento », cioè di un'attività giuridica destinata ad esplicarsi attraverso statuizioni collegate con le esigenze delle regole politiche, le quali possono desumersi dal fine: ciò che, come sarà in seguito chiarito, non fa venir meno, almeno in certi limiti, l'elemento della stabilità, che si è detto proprio del precetto giuridico, in quanto sia possibile valutare obbiettivamente il mutamento della situazione di fatto <sup>(91)</sup>.

Si può pertanto concludere che il fine politico, in quanto incorporato in un'istituzione statale, non solo non appartiene ad uno stadio pregiuridico, ma, formando l'essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato <sup>(92)</sup> <sup>(93)</sup>.

---

329 e i già richiamati scritti del Kelsen. Come già si è detto a suo luogo, il diritto non si esaurisce nella scienza del diritto, nel senso di quest'ultimo autore. È a questa seconda, non al primo, che può attribuirsi un carattere astratto, puramente logico formale, sul quale, v. JELLINEK, *o. c.*, pag. 155, e, in senso diverso, AFFOLTER, *Rechtsbegriffe und Wirklichkeit*, in *Archiv des öff. Rechts.*, XX, pag. 410. Si realizza, in altri termini, diritto non solo nella fase di applicazione del precetto, oggetto della scienza del diritto, in quanto si consideri limitata ai procedimenti logici di sussunzione da concetti formali, ma anche in quella di creazione. Sul modo di intendere il concetto giuridico nei seguaci del metodo teleologico, v. TREVES R., *Il metodo teleologico*, cit., pag. 12.

<sup>(91)</sup> V., sull'argomento delle controversie costituzionali e sulla possibilità di attribuire ad esse carattere giuridico, le discussioni in *Veröffentlichungen.*, cit., 1928, p. 8 segg. e 116. V. anche TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Länder*, in *Festgabe für KAILL*, II p. 15.

<sup>(92)</sup> Come si è già accennato, bisogna distinguere fra lo scopo politico che si pone come puro principio teorico e quello che forma oggetto di un atto di volontà di un potere statale, che lo impone come tale e lo destina, per ciò stesso, a qualificare l'attività diretta a realizzarlo. Inteso in quest'ultimo senso, lo scopo domina necessariamente la struttura dello Stato e il complesso delle norme, che assumono il valore di mezzi, destinati ad operare in funzione del medesimo. Cfr. anche, in senso analogo, JELLINEK, *o. c.*, pag. 211. La questione che può porsi è solo quella — risolvibile esclusivamente con dati positivi, perché collegata con il particolare assetto organizzativo di ogni singolo Stato — relativa al vincolo che la valutazione del fine, compiuta da un organo e concretata in un suo atto, eserciti sugli altri organi. (V., sui presupposti politici della diversa rilevanza attribuita a valutazioni finalistiche, le osservazioni di HAURIOU nella prefazione ai *Précis de droit administratif*, cit. (pag. XI), per cui la nozione di scopo risponde a finalità socialiste, mentre quella dei mezzi di diritto a fini individualisti).

Il problema, di carattere generale, sul valore dello scopo nell'attività giuridica si complica, per quanto riguarda lo Stato, poichè si contesta che possa ad esso assegnarsi

uno scopo e ciò, o perché si ammetta che lo Stato, inteso come autoscopo, non possa proporsi un fine particolare ad esso estrinseco (v. citazioni in questo senso in BONUCCI, *o. c.*, pag. 121 segg.), o perché si ritenga la insuscettibilità dello Stato di subire limitazioni, quali risulterebbero dalla posizione di scopi intesi in senso giuridico (v. SEYDEL, *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg, 1893, pag. 3). Ma questi punti di vista, per le considerazioni già svolte, si devono ritenere infondati, ogni costituzione esprimendo invece una concezione fondamentale del fine dello Stato. Nell'ammissione di questa esigenza sono concordi sostanzialmente, se pure con divergenze sul modo di intenderle, molti autori (v. BONUCCI, *o. l. c.*; LEVI, *Ordine giuridico e ordine pubblico*, cit., pag. 12; e, recentemente, fra noi PANUNZIO, *Teoria generale*, cit., pag. 369; COSTAMAGNA, *Diritto pubblico fascista*, 1934, pag. 24 e *Dottrina del fascismo*, Torino, 1938, p. 83; PERTICONE, *Elementi di una teoria*, ecc., cit., pag. 57; MARANINI, *Lo Stato e il Partito*, nella raccolta *Il Partito*, Roma, 1931, pag. 77; BATTAGLIA, *o. c.*, p. 164; ORIGONE, *Sulle leggi cost.*, pag. 23; GUIDOTTI, *Lo Stato corporativo*, in *Studi Senesi*, 1938, pag. 300; CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, Urbino, 1939, pag. 57; e, nella letteratura tedesca contemporanea, oltre agli scritti dello SCHMITT, già citati, e agli scrittori citati da TREVES R., *Il metodo teleologico*, cit., pag. 17 possono ricordarsi TATARIN-TARNHEYDEN, *Werdendes Staatsrecht*, cit., pag. 5 e 143 segg.; HILDEBRANDT, *Rechtsfindung in dem neuen deutschen Staat*, Berlin und Leipzig, 1935, pag. 26; KOELLREUTTER, *Grundriss des deutschen Verwaltungsrechts*, cit., pag. 75; F. HUEBER, *Politische Rechtslehre*, cit., pag. 39; JERUSALEM, *o. c.*, pag. 190; SCHULLE, *Verwaltungsermessens und Rechtsdenken*, cit., p. 341 segg., ecc.

Accanto a quelli che fanno espressa menzione del fine dello Stato, come fornito di una propria rilevanza, ma spesso con incertezza sulla portata da attribuire a questa, possono ricordarsi i molti altri, che si richiamano allo spirito dell'istituzione, o all'assetto fondamentale politico e sociale dello Stato (v., per es., in quest'ultimo senso, RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1905, pag. 339) senza determinare la posizione di tali elementi rispetto al sistema positivo. Da un punto di vista logico sembra più apprezzabile la posizione di coloro, che nettamente negano allo scopo carattere giuridico, come, per es.: LABAND, *Das Staatsrecht*, ecc., cit. I, pag. 67; KEILSEN, *Hauptprobleme*, cit., pag. 105; DONATI, *Elementi*, cit., pag. 183; BOREL, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berne, 1886, pag. 89 segg., anziché quella di chi, pur considerando l'indagine sullo scopo distinta da quella giuridica, la ritiene connessa con questa, e anzi condizione per la conoscenza degli istituti positivi o del sistema. O lo scopo compreso nel sistema, e allora non può essere considerato che come elemento giuridico, in quanto l'interesse sociale, che forma il suo contenuto, deve ritenersi trasferito nel diritto, con la particolare impronta ad esso impressa dal legislatore, e l'unico dubbio possibile sul grado maggiore o minore di vincolo che la valutazione dell'interesse stesso, contenuta nell'atto di un organo, eserciti sul potere attribuito ad altri organi; oppure si considera estraneo (e il concludere in un senso o nell'altro in dipendenza del modo di considerare lo scopo stesso: o come motivo, o come risultato perseguito, o come causa) e allora non vi è luogo alla considerazione di esso nell'attività di attuazione del diritto. Chi ha aperto la via, nella letteratura moderna, alla posizione di pensiero, sostanzialmente contraddittoria, alla quale si accenna G. JELLINEK. Così egli, per es., in *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 10 segg. afferma che la separazione fra

contenuto e forma non possibile e che è necessario risalire allo scopo dello Stato, inteso come qualche cosa di distinto dalle funzioni concrete di esso (p. 216), mentre invece in altro luogo della stessa opera (nella 2ª ediz., trad. it., p. 456) sostiene che il problema dello scopo è storico-politico, non giuridico. Ancora in *Sistema*, cit., pag. 89-90, accanto all'affermazione che lo scopo fuori del diritto, si trova quella per cui esso sarebbe il necessario regolatore di ogni costruzione giuridica. Già precedentemente in *Gesetz u. Verordnung*, cit., p. 300, aveva affermato l'efficacia di attività *contra legem*, ma tuttavia corrispondenti alla natura dello Stato, rappresentata però come ordine di fatto dei rapporti sociali di forza. Ma, intesa in questo senso, la natura dello Stato cessa di avere valore autonomo e non può essere assunta come criterio di qualificazione. È superfluo richiamare le numerose opinioni sull'argomento modellate su questa falsariga. Può essere opportuno fare iniezione delle idee esposte, secondo una direzione analoga a quella ora vista, dal CROSA, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Studi per Ranalletti*, Padova, 1935, I, pag. 151 segg., perché esse offrono modo, attraverso l'esemplificazione da cui sono accompagnate di trarre motivi a sostegno della tesi qui sostenuta. Così a proposito del concetto di legge (*ivi*, pag. 165-173), sembra possa affermarsi che, contrariamente a quanto il CROSA ritiene, non un'astratta determinazione di legge materiale può presiedere alla attribuzione della potestà legislativa ad un dato organo, nel silenzio delle disposizioni positive, ma l'esame appunto del fine politico di un dato ordinamento. Il concetto materiale di legge elaborato nella dottrina nelle varie epoche è in relazione agli interessi prevalenti in un singolo ordinamento, e ispirato dall'intento di affidare la tutela di essi all'organo, che si ritiene più idoneo, per la sua struttura, a rifletterli. Anche il carattere distintivo, che può sembrare più comprensivo, cioè la costitutività, non esprime un contenuto materiale determinato, essendo questo contenuto da porre in relazione con la posizione costituzionale dell'organo legislativo, posizione, che, se di supremazia, può portare ad imprimere carattere costitutivo a qualsiasi atto da esso emesso, indipendentemente dalla sua indole sostanziale, nel senso cioè che l'organo predetto può conferire carattere costitutivo anche ad atti che, per la loro natura, non l'avrebbero.

(<sup>93</sup>) Può essere sollevato il dubbio se, ammessa la funzione che s'è detta propria dello scopo, questo non sia da considerare come un distinto elemento dello Stato. La risposta dovrebbe essere senz'altro negativa se lo scopo si intendesse in senso generico, come il complesso dei compiti tipici connaturali allo Stato e propri di esso qualunque sia la forma storica in cui si presenta (cura dell'ordine, della difesa, del benessere della società organizzata). Il contrario ritengono il GROPPALI, *Dottrina dello Stato*, Milano, 1939, pag. 137 e, sembra, anche il KOELLREUTTER, *o. c.*, pag. 135. Ma non pare che si possa aderire a quest'opinione: mancherebbe infatti quell'autonoma rilevanza giuridica che è necessaria per elevare ad elemento un modo d'essere dell'istituzione. Mentre per le altre persone giuridiche, suscettibili di avere scopi diversi, appare evidente la necessità di configurare lo scopo in modo autonomo (v. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2ª ed., Torino, 1923, pag. 397), in quanto esso di per sé produttivo di speciali effetti giuridici (infatti è condizione del riconoscimento determina l'oggetto dell'attività, e quindi la qualificazione pubblica o privata dell'ente, nonché la sfera della sua competenza) invece nello Stato non lo scopo serve a qualificarne l'attività, ma sono invece i caratteri propri di esso, la sua territorialità e sovranità, che imprimono all'elemento teleologico l'aspetto suo caratteristico. Ma la soluzione non può essere diversa anche se

allo scopo si attribuisca il significato specifico qui messo in rilievo. Infatti se ogni Stato ha necessariamente una particolare concezione politica, questa non assume una distinta rilevanza, risolvendosi in un modo di essere di uno degli elementi: cioè dell'organizzazione giuridica, formando il contenuto necessario di questo. Non sembra invece che si possa negare il valore di distinto elemento all'organizzazione, come vorrebbe il CROSA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 82, che la considera, anziché elemento, condizione per l'esistenza dello Stato. È vero che l'organizzazione compenetrata nel territorio e nel popolo, ma è vero altresì che la determinazione degli elementi costitutivi di un'entità giuridica avviene mediante una scomposizione logica di essi. (Cfr. in questo senso CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, p. 129).



### CAPITOLO III

#### LA FUNZIONE DELLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. È ora da chiedersi se la costituzione originaria, che si è considerata nel momento dell'instaurazione di un ordinamento, e all'infuori della specificazione in norme concrete, conservi la funzione, che si è vista ad essa propria, anche nel periodo successivo, quando venga emessa una costituzione formale, e, in relazione ai modi di produzione da questa previsti, creato un sistema di norme strumentali e materiali, rivolte a regolare la vita sociale negli aspetti ritenuti rilevanti. La domanda ha una ragion d'essere in quanto non sia questa stessa costituzione formale a richiamarsi, come a fonte diretta, all'ordine originario.

L'indirizzo positivo, nel rispondere in senso negativo al quesito ora posto, muove dalla considerazione che, ritenendo altrimenti, si toglierebbe valore e si svisterebbe il significato delle regole costituzionali concrete e, in genere, del diritto positivo, cadendo nell'arbitrio <sup>(1)</sup>. È da osservare al riguardo, in via generale, che l'emanazione di una costituzione, ha lo scopo di assicurare la stabilità e la sicurezza dei rapporti sociali, di garantire, sia agli appartenenti al partito e sia agli stessi soggetti ad esso estranei, lo svolgimento della vita statale nelle forme e nei modi che si ritengono più idonei alla realizzazione dal principio organizzatore dell'ordinamento <sup>(2)</sup>. Sicché deve ritenersi che, in via normale, vi sia fra la struttura dalla costituzione formale e la sua funzione il massimo di corrispondenza, cioè la adeguazione più perfetta possibile fra il funzionamento dei

---

<sup>(1)</sup> Oltre gli autori prima citati ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., pag. 231; ВІЛК, s. c., pag. 194.

<sup>(2)</sup> Questa funzione di garanzia ha un'espressione più palese nelle costituzioni formulate sotto specie di « patto » fra entità sociali diverse (re e popolo).

poteri, nel modo da essa previsti, e lo scopo per il quale questi sono ordinati. Non è quindi esatto, sempre in via normale, che la forza politica di instaurazione non ceda nulla del suo potere all'ordine giuridico positivo che essa crea: perché invece essa tende a trasferire se stessa nell'ordine giuridico, e questo appare tanto più « razionale » (3), quanto meglio riflette il sistema effettivo dei rapporti di forza, sui quali si basa, e più perfettamente si adegua ai fini politici, intorno ai quali essi si compongono (4).

Insomma la costituzione formale, essendo espressione di una situazione di equilibrio, tende a stabilizzarla e a garantirla, improntando ad essa le particolari istituzioni giuridiche.

Ma, anzitutto, la situazione di equilibrio cui si accenna può essere più o meno stabile: essa può esprimere la prevalenza di una forza omogenea, portatrice di interessi e di valori chiaramente determinati, o invece rappresentare solo un compromesso fra forze contrastanti. In quest'ultimo caso la costituzione formale è necessariamente reticente sui punti (come per es: nella determinazione dell'organo esercitante il potere supremo) sui quali l'accordo non potrebbe essere raggiunto se non affermando il predominio dell'una sulle altre delle varie forze concorrenti, e la stessa parte regolata è destinata a subire l'influenza delle oscillazioni di queste forze e quindi piegata nella sua attuazione, in modo da riflettere le esigenze della forza che riesca a prevalere. Onde la possibilità di un dissidio e di una deviazione più o meno ampia, fra il contenuto delle norme giuridiche positive e i presupposti di esse: dissidio che si suole rappresentare come sussistente fra la costituzione giuridica e quella reale, e che invece sarebbe più esatto definire come contrasto fra la

---

(3) Faccio qui riferimento non al significato che al termine di « razionalizzazione del potere » ha dato il MIRKINE-GUETZEVITCH, in *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, 1928, p. 54, il quale lo considera come espressione dell'adeguazione della costituzione alle esigenze dello Stato di diritto, identificantesi con il principio democratico, bensì in un senso diverso, cioè per esprimere il processo di massima adeguazione fra struttura e funzione. Cfr., per quest'ultimo significato, RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. 542.

(4) Su questa funzione dell'ordine normativo positivo v. SOMIÒ, *o. c.* pag. 315; HELLER, *o. c.*, pag. 264.

costituzione scritta e quella che, per essere effettivamente vigente, è l'unica alla quale possa spettare carattere giuridico (5).

In ogni caso, anche ammettendo una situazione di massima corrispondenza fra l'ordine formale e quello reale, è da pensare che il primo ha sempre funzione di mezzo rispetto al secondo e quindi, per sua destinazione, subordinato al raggiungimento di quest'ultimo: il giudizio su questa corrispondenza degli strumenti giuridici al fine può essere, secondo le particolarità dei vari ordinamenti, attribuito a tutti gli organi dello Stato, o invece riservato solo ad alcuni di essi, ma non può mancare: e trova il suo fondamento, se non sempre in espresse disposizioni, nella necessità, come fonte autonoma, che ha come titolare destinato a farla valere nei singoli casi, la forza politica dominante (6).

Inoltre è da considerare il carattere necessariamente incompiuto ed elastico della costituzione formale, destinata a regolare la vita dello Stato nella sua totalità attraverso formulazione di principi generici e di direttive di massima, che abbisognano di essere svolte e adattate alle particolari e mutevoli esigenze di vita dello Stato, imprevedibili al momento della emanazione della costituzione (7).

---

(5) Su questi contrasti v. esempi in PILOTY, *Autorität und Staatsgewalt in Jahrbuch der int. Verein für vergleich. Rechtswiss. u. Volkswirtschaftslehre*, vol. 67, pag. 175. Si può poi pensare ad un'ipotesi estrema, secondo la quale la costituzione formale è tutta destinata ad occultare i rapporti di potere effettivamente vigenti.

(6) V. HELLER, *o. c.*, pag. 260. Secondo l'ideale dello Stato di diritto, l'ordine giuridico formale considerato esso stesso come supremo e quindi limite assoluto del fine politico: v. LEVI, *Istituz. di teoria gen., cit.*, I, pag. 73. Ciò potrebbe riconoscersi esatto solo nell'ipotesi, puramente ipotetica, che la tutela dei diritti dei cittadini esaurisca il compito dello Stato.

(7) Efficacemente il ROMANO (*Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 48) paragona la costituzione formale alla pianta di un edificio. Del medesimo v. *Le prime carte costituzionali*, in *Discorsi e prolusioni*, Modena, 1932, p. 45; e inoltre ROSSI L., *La elasticità dello Statuto it.*, cit.; HSÜ DAU LIN, *o. c.*, p. 49 e 154, che trova l'elemento distintivo della costituzione, rispetto alle altre norme, proprio nell'intenzione di non dare un rigido valore alle sue disposizioni e di non voler regolare tutto, e perciò contesta si possa dare l'attributo di lacunosa alla costituzione. Sull'opinione che invece considera la costituzione formale come codificazione onnicomprensiva e quindi perciò senza lacune, e sulle ragioni, che, comunque essa si consideri, impediscono di potere accogliere la medesima, v. ESMEIN, *Elements*, cit., I, 6<sup>a</sup> ed., p. 507; SCHMITT, *o. c.*, p. 10; SMEND, *o. c.*, p. 78 e dello stesso A., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarch. Bundesstaat (Festgabe für Mayer*, 1916, n. 269); HUBER, *Wesen* cit., p. 17; HATSCHEK, *Deut. u. preuss. Staatsrecht*,

Ora come trovare nella costituzione formale stessa gli elementi, i fattori capaci di assicurare che questa attività di riempimento dello schema astratto quale può considerarsi la costituzione formale, avvenga in conformità allo Scopo, agli interessi, intesa quest'espressione in senso ampio come comprensiva anche di quelli ideali, per i quali essa è posta? Da una parte, l'attività cui si accenna esige, come si è dimostrato, un comportamento tipico, che non è da concepire come puramente esistenziale, ma che deve porsi in armonia con dati valori e propriamente con quelli, di cui è portatore il partito dominante. D'altra parte, la conservazione e l'attuazione di questi valori, almeno per quanto riguarda gli organi supremi, non può essere trovato nel nudo funzionamento degli ingranaggi, dei congegni tecnici previsti dalla costituzione formale. È assolutamente illusorio attribuire, come di solito si fa, a questi espedienti (come per es. la separazione o l'equilibrio dei poteri) il valore di garanzia veramente efficace, atta ad assicurare il mantenimento dell'attività di direzione dello Stato nell'ambito dei fini superiori dell'ordinamento. Se, a questo scopo, si dovesse fare affidamento solo sul funzionamento di queste garanzie, costituite dal reciproco limitarsi degli organi supremi, apparirebbe giustificata l'opinione che considera l'attività degli organi stessi come fuori del diritto, in quanto mancanti di coazione giuridica (8). Ma, accettando quest'opinione ver-

---

cit., I, p. 30 e autori ivi cit.; CROSA, *Osservazioni sui princip. gen.*, cit., p. 10; FERRACCIU, *La cons. cost.*, in *Studi Senesi*, 1919, p. 30; LEVI, *Istituz.*, cit., I, p. 170.

(8) Ciò in armonia con la veduta positivista che limita l'estensione della rilevanza giuridica al campo dei rapporti espressamente regolati, e che considera sanzione giuridica solo quella prevista da apposite norme, e azionabile mediante l'intervento di organi specifici di attuazione del diritto violato. V. più energicamente in questo senso in Italia STOTTO PINTOR, *I criteri direttivi di una concezione realistica del diritto pubblico*, in *Annali di Perugia*, 1905, p. 83 segg., 185 segg.. Contro questa concezione v. ROMANO, *Ordinamento*, cit., p. 24. Cfr. anche G. JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, cit., p. 273 segg., che considera come *leges imperfectae* quelle regolative delle attività dei poteri supremi; e, analogamente, BISCARETTI, *Il procedimento di nomina del Capo Governo*, Padova, 1937, p. 18. A stretto rigore, la qualifica di *leges im perfectae*, e quella di *minus quam perfectae* dovrebbe essere attribuita alle leggi, per la violazione delle quali non sia prevista alcuna sanzione, oppure sia stabilito, in luogo della sanzione consistente nell'annullamento dell'atto o nell'esecuzione forzata o nel risarcimento, per gli atti insuscettibili di tale esecuzione, una pena per l'inadempiente: ma solo quando ciò avvenga istituzionalmente, non per la difficoltà pratica di attuare la sanzione, o una forma determinata di

rebbe per conseguenza a porsi in contestazione la giuridicità di tutta la restante attività dello Stato, sia per la parte di questa che è affidata agli organi sottoposti al comando di quelli supremi, sia anche per quella che, pur essendo affidata ad uffici autonomi nel loro funzionamento, non può esplicitare gli effetti diretti alla reintegrazione del diritto violato se non attraverso un adempimento spontaneo ad opera dei poteri supremi <sup>(9)</sup>.

È necessario quindi, se non si vuole privare di fondamento l'ordinamento e svuotare il sistema delle norme di effettivo valore, considerare come elementi dell'ordine giuridico l'attività degli organi supremi e, con esso, quella delle forze politiche che sostengono e dirigono gli organi stessi. È necessario cioè, per soddisfare le esigenze ora viste e superare le difficoltà che altrimenti porterebbero a mutilare o a rendere incomprensibile il funzionamento dell'ordine giuridico, postulare il mantenimento di quelle forze, che hanno agito come organo di instaurazione di una particolare forma di Stato <sup>(10)</sup>, non solo, ma il loro inserimento, con una autonoma e insostituibile funzione, nello stesso sistema positivo di diritto creato con la costituzione formale.

Funzione che esse adempiono non come entità solamente sociologiche, come semplici presupposti o condizioni puramente di fatto, e solo indirettamente rilevanti, bensì quali entità giuridiche in senso proprio, parti integranti dello Stato, legate a questo da un

---

essa. Ora, nei riguardi degli atti degli organi supremi, non può dirsi che essi siano istituzionalmente sottratti alla sanzione, ma solamente che questa può farsi valere attraverso un giudizio di conformità al fine, e in vista delle condizioni del momento, ad opera delle forze politiche portatrici del fine stesso. *Imperfectae* potrebbero chiamarsi quindi solo in relazione non alla natura e agli effetti della sanzione, ma al modo con cui questa si fa valere.

<sup>(9)</sup> Questo si dica, per es., per quanto riguarda il funzionamento degli organi della c.d. giustizia amministrativa, ritenuta come istituzione caratteristica dello Stato di diritto, e che non può raggiungere gli obiettivi di tutela effettiva dei diritti subiettivi dei cittadini se non attraverso la spontanea esecuzione da parte della P. A..

<sup>(10)</sup> La permanenza, cui si fa cenno, delle forze di instaurazione non deve intendersi riferita alla composizione materiale delle medesime (e tanto meno al mantenimento, che sarebbe evidentemente impossibile, delle persone fisiche dei componenti) poiché questa può mutare e anzi muta di solito dopo la costituzione della nuova forma di Stato, bensì all'aderenza agli stessi interessi fondamentali che han determinato il sorgere di questa, e ai ceti sociali portatori dei medesimi.

rapporto di compenetrazione, variamente configurabile, ma che non esula dal campo del diritto. Il porre, come dagli autori già ricordati si fa, una costituzione vera, basantesi sui reciproci rapporti di forza degli elementi sociali sui quali lo Stato si fonda, come distinta dalla costituzione giuridica perché muoventesi su un piano diverso, incomunicabile con quello sul quale opera quest'ultima <sup>(11)</sup>, toglie a questa stessa il carattere della positività, che si è visto essenziale perché un'entità possa considerarsi giuridica, e la priva del suo fondamento, pel fatto stesso di porre fuori del diritto i rapporti sui quali si basa.

Deve piuttosto ritenersi che la costituzione originaria permanga, come una costituzione che si potrebbe chiamare alla seconda potenza, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della stessa sua natura; con la medesima più o meno intimamente connessa ed armonizzata, e anzi tendente a compenetrarsi con essa secondo un processo, da non intendere certo come espressione di una necessità storica, condizionato com'è a particolari fattori contingenti, processo che può chiamarsi, nel senso che si è detto, di « razionalizzazione del potere ».

Il potere sorgente da questa costituzione originaria non s'identifica con il potere costituente, e quindi non si assorbe in questo, ove esso si intenda nel senso comune, come organo delle revisioni costituzionali <sup>(12)</sup>. Il primo, così come qui è stato raffigurato, è più ampio, e nello stesso tempo più limitato del secondo. Ha infatti maggiore ampiezza d'azione poiché la sua funzione non è limitata agli emendamenti formali della costituzione, ma spazia in un campo più vasto, come si è accennato e meglio sarà chiarito appresso, ed inoltre ha una posizione preminente rispetto al potere costituente, nel senso che è capace di indirizzare lo svolgimento della costituzione positiva verso nuove forme, anche all'infuori dell'intervento di

---

<sup>(11)</sup> Così gli autori prima visti, fra cui HENRICH, *o. c.*, p. 188, che perciò ritiene solo apparente la questione dei rapporti fra i due ordini. In senso diverso, per l'immediata efficacia giuridica delle forze sociali costitutive dello Stato, v. BELING, *La notion de droit et les sources de l'autorité*, ecc., in *Recueil Geny*, I, p. 15.

<sup>(12)</sup> Neppure si potrebbe identificare con la concezione di potere costituente come nazione sovrana, propria soprattutto della dottrina francese, e ciò per le considerazioni già viste.

esso. Ma, sotto un altro riguardo, appare più limitato, poiché, mentre questo, nel modo com'è comunemente inteso, non è soggetto a restrizioni nel contenuto della sua attività<sup>(13)</sup>, quello in discorso invece contiene in sé un principio direttivo, il quale si pone come limite assoluto dei suoi atti, espressione di una superlegalità costituzionale<sup>(14)</sup>, fondata non su basi giusnaturalistiche, né sociologiche, ma connessa con l'ideologia sostenuta dalle forze politiche dominanti.

La funzione propria della costituzione originaria può pertanto sinteticamente rappresentarsi come di fonte suprema dell'ordinamento, ma fonte autonoma, che quindi non si esaurisce nelle fonti positivizzate e non opera esclusivamente per tramite di esse, ma anche in modo immediato e diretto.

Conseguentemente non sono assorbite mai interamente nella struttura formale dello Stato le forze politiche, che appaiono come gli organi di questa costituzione. La loro attività può essere, come si è notato, in misura maggiore o minore disciplinata, ed essi quindi possono assumere una o un'altra figura giuridica, in relazione ai modi della regolamentazione che sia fatta, ma essa, per la sua stessa natura, non è suscettibile di rimanere in ogni suo aspetto costretta nei limiti di quella disciplina: in quanto l'esigenza ineliminabile, del conseguimento del fine può sempre giustificare l'assunzione di mezzi diversi da quelli previsti dall'ordine formale, quando questi si siano dimostrati, in relazione alle particolarità di concrete situazioni, meno idonei di altri non previsti.

Le forze in parola conservano quindi in ogni caso un carattere, almeno in parte, presupposto, e la regolamentazione che di esse sia fatta, oltre a non esaurire per intero la loro funzione, ha carattere dichiarativo di una situazione, che trova in sé stessa la sua validità e

---

(13) V. tuttavia l'opinione sulla possibilità, nel diritto nord-americano, di una dichiarazione di incostituzionalità di un emendamento della costituzione, LAMBERT, *Le gouvern. des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921, pag. 109 segg..

(14) L'espressione di HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, cit., pag. 238, 248 e 261 segg., il quale però, in accordo con la concezione francese dominante, fa risiedere il principio di super legalità nella nazione, intesa in possesso della facoltà di volere, anzi di una triplice forma di volizione (p. 262), e dalla quale emanerebbero, in virtù di delegazioni, i poteri costituiti.

che quindi è capace di produrre effetti giuridici anche all'infuori di un'espressa disciplina <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Il riconoscimento legale e la disciplina, da parte del diritto positivo, del partito e della sua attività sono, com'è noto, mancate nella prima fase di svolgimento delle costituzioni moderne, nella quale hanno dominato le concezioni affermatesi nella rivoluzione francese, già ricordate. Ma, come s'è osservato, ignorare il partito nella regolamentazione legale non significa sopprimerne la funzione. Caratteristico quanto scrive HATSCHKE, *Englisches Staatsrecht*, Tübingen, 1906, II, pag. 85, a proposito della cura con la quale si è evitato in Inghilterra ogni disciplina da parte del diritto di tutto ciò che riguarda la costituzione e il funzionamento del Gabinetto: egli giustifica tale fenomeno con la considerazione che, altrimenti, fissando nel diritto dello Stato il Gabinetto, i partiti, così strettamente connessi con l'esistenza di esso, avrebbero creato nel suo seno un loro organo più ristretto, obbedendo alla tendenza di possedere una propria azione entro le istituzioni statali: non riconoscendo invece il Gabinetto, dal punto di vista giuridico, gli inglesi avrebbero evitato, secondo H., che fosse aggiunta una nuova autorità centrale a quelle già esistenti. Ma il ragionamento si può rovesciare: proprio perché il Gabinetto, anche se non disciplinato formalmente, divenuto istituto giuridico, rilevanza giuridica dev'essere riconosciuta ai partiti, per quel rapporto di intima necessaria connessione, che esiste fra questi e quello, e che avrebbe dovuto secondo l'A., portare al disconoscimento del primo. Sulla necessità di assumere il partito come materia di disciplina costituzionale, a scopo di razionalizzazione del potere, intesa come adeguazione della costituzione alla vita reale dello Stato, v. RÚNARD, *Théorie de l'inst.*, cit., p. 583. In una fase successiva, il partito trova menzione nella costituzione, ma limitatamente ad alcuni paesi e per lati secondari della sua attività. Esempi di ciò possono vedersi citati da TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die pol. Parteien*, Berlin, 1928, p. 20: notevoli le proteste, che sono ivi riferite, sul carattere di anticostituzionalità della regolamentazione su tale punto. Questo fenomeno ha voluto rappresentare il RADBRUCH, *Die politischen Parteien im System des deut. Verfassungsrechts*, in *Handbuch des deut. Staatsrechts* di ANSCHÜTZ e THOMA, cit., I, pag. 295 segg., quando ha qualificato la materia relativa al partito come la « *partie honteuse* » della costituzione. La spiegazione che di questo fenomeno dà HUBER (o. c., p. 25), cioè la consapevolezza da parte del costituente dell'impossibilità di fondare lo Stato sulla molteplicità dei partiti, non sembra da accettare, perché in contrasto con l'esperienza desunta da Stati che, per lunghissimi periodi della loro vita, hanno conosciuto tale pluralità, o almeno una dualità, posta anzi come presupposto del regolare ordinamento costituzionale (l'opposizione di Sua Maestà in Inghilterra, e il sistema dualistico dei partiti negli S.U. d'America): naturalmente con le riserve, già ricordate, sul limite sostanziale posto all'attività dei partiti. A spiegazione della mancata o parziale regolamentazione valgono invece, oltre alle considerazioni esposte nel testo, la difficoltà di costringere nei limiti rigidi delle regole giuridiche una materia, per sua natura, mobile. È facile rinvenire un'analogia fra la materia in discorso e quella relativa alle situazioni di necessità, per la quale pure si è discusso circa l'opportunità e la possibilità stessa di una disciplina legale: si è osservato esattamente come una tale disciplina non può mai esaurire i possibili modi di esplicarsi della necessità

A parte ogni esame sui diversi modi di inserzione di queste entità sociali nell'ordine giuridico legale, può affermarsi in via generale che esse non possono presentarsi mai come eterogenee rispetto a questo: l'identità dell'interesse, che collega le une all'altro e trova la sua espressione nella costituzione originaria, è sufficiente a saldare fra loro le due parti dell'ordine giuridico complessivo, e ad attribuire rilevanza pel diritto all'agire del partito <sup>(16)</sup>.

---

stessa, la quale, appunto perché necessità, trascende le previsioni circa le forme della sua manifestazione (v. LIUZZI, *I decreti legge*, in *Foro Amministrativo*, 1927, IV, p. 36). Ma come ciò non impedisce di attribuire carattere giuridico a questa fonte e di regolarla, almeno entro certi limiti, ugualmente l'impossibilità di costringere interamente in limiti formali l'agire del partito non toglie giuridicità al medesimo, né possibilità di disciplina da parte della legge.

Sui motivi specifici dell'omissione della regolamentazione da parte della legge dell'attività dei partiti nei regimi ispirati ad una rigida concezione liberale, v. i cenni di CURCIO, *Dalle fazioni al partito*, nella raccolta *Il Partito*, cit., p. 112. Al fondo della concezione stessa v'era la credenza nella neutralità dello Stato e dell'impossibilità di attribuire ad esso un particolare scopo politico, nonché l'opinione dell'irrelevanza pel diritto delle attività anteriori al momento di formazione della legge. Naturalmente la possibilità e l'ampiezza della regolamentazione sono diverse, secondo che la struttura sociale e la tradizione offrano solo una dualità o una molteplicità indeterminata di partiti. Nell'ipotesi invece che il partito vincitore riesca ad eliminare gli altri partiti la regolamentazione diviene necessaria e più evidenti appaiono i nessi sussistenti fra il partito e lo Stato: nessi, che però, se anche meno palesi, sussistono sempre, anche in regime di pluralità di partiti. Sui vari stadi attraverso i quali sono passati nell'epoca moderna i rapporti fra Stato e partito, cfr. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, cit., p. 18, e sullo stesso argomento SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 73; HUSSARD, *Du parti à l'État*, Paris, 1935. Inoltre sui partiti nella democrazia moderna, oltre agli scritti di carattere generale citati sopra, v. le opere classiche di OSTROGORSKY, *La démocratie et l'organisation des partis politiques*, Paris, 1903 e di TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1849. Inoltre, fra i tanti, SIRIEX, *Le régime parlementaire anglais contemporain*, Paris, 1935; A. HAURIU, *Le partis politiques et la constitution*, in *Revue politique et parlementaire*, 1928; PELLOUX, *Les partis politiques d'après guerre*, in *Revue de droit public*, 1934, p. 248; MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1936, p. 27. Sulla rilevanza del partito negli Stati Uniti, v. MACKENZIE, *Party Government in the United States*, New York, 1938, p. 20; MUNZO, *The Government of the United States*, 1925, p. 357; GARNER, *Les partis politiques en Amérique*, in *Idées politiques américaines*, Paris, 1921, p. 129 segg.. Su un'applicazione dell'assunzione dei partiti nella costituzione cecoslovacca del 1920, cfr. PESKA, *Le tribunal électoral de la République Tchécoslovaque*, in *Revue de droit public*, 1923, p. 318.

<sup>(16)</sup> Se si parte dal concetto che solo la legge può attribuire al partito una tale rilevanza giuridica, si è portati, quando la legge tace, a considerare i partiti come

2. Volendo ora svolgere, sia pure brevemente, le nozioni accennate circa le funzioni, che possono considerarsi proprie della costituzione materiale, intesa, come fonte suprema dell'ordinamento, è da ricordare che essa agisce anzitutto come fonte di validità o di positivizzazione della costituzione formale. Già si è detto come la positività o vigenza è carattere essenziale del diritto e come gli elementi, che valgono a rendere fondata la previsione dell'effettivo realizzarsi delle norme <sup>(17)</sup>, devono essere considerati non come semplici presupposti, ma parti costitutive dell'ordine giuridico. Ora sono le forze politiche, che, attraverso l'organizzazione da esse impressa alla società in cui operano, garantiscono l'adempimento di tale previsione.

Non può ritenersi che questo sufficiente mezzo di assicurazione del diritto sia fornito dall'ordinamento dei poteri costituiti. Anzi tutto questo, come si è ricordato, non può agire efficacemente per quanto riguarda l'attività degli organi supremi, per la quale appare, in modo più spiccato, la necessità della connessione con le forze

---

associazioni meramente private, lasciando così senza spiegazione fenomeni costanti di palese influenza dell'attività dei medesimi sul funzionamento delle istituzioni costituzionali. Inoltre, considerando i partiti come forze del tutto extra-legali estranee all'organizzazione dello Stato, si introduce un elemento di dualismo, che porta a considerare come entità eterogenee e contrapposte la società e lo Stato.

Nel senso qui accolto invece l'opinione di alcuni scrittori, che ammettono, in misura più o meno ampia, una funzione giuridica delle forze di partito, anche all'infuori di un espresso riconoscimento delle medesime un esame sistematico delle varie ipotesi di esplicazione di questo fenomeno può vedersi in RADBRUCH, *o. c.*, pag. 288; v. anche più genericamente BELING, *s. l. cit.*; KOELLREUTTER, *Grundriss*, cit., pag. 148 (in senso limitato, con riferimento alle costituzioni democratiche, che, attribuendo il potere al partito vincitore, fa rinvio all'Ordinamento di questo). Su queste ed altre opinioni, v. TRIEPEL, *o. c.*, pag. 28 (secondo cui il partito potrebbe considerarsi organo statale solo in quanto, come gruppo elettorale, entri nel meccanismo parlamentare). Sugli accordi di partito come produttivi di doveri giuridici, in vario senso, v. RADNITZKY, *Dispositives und mittelbar geltendes Recht*, in *Archiv des öff. Rechts*, XXI, pag. 404, 406; LIERMANN, *Ueber die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander*, in *Archiv des öff. Rechts*, 1926, pag. 406. In Italia quest'ultima tendenza si trova più decisamente affermata dal PERTICONE, *Lo Stato e il partito* (in *Revue internat. de la théorie du droit*, 1923, pag. 169 segg.); *La libertà e la legge*, cit., cap. III; e dal PANUNZIO, *Teoria*, cit., pag. 293 (con riferimento al P.N.F.).

<sup>(17)</sup> Non con riferimento ai fattori psicologici, attraverso i quali si determina il sentimento dell'obbligatorietà, ma alle forze esterne che mettono in moto quei fattori.

sociali che sostengono l'ordine giuridico <sup>(18)</sup>, e che, per questa loro funzione, vengono ad essere inserite nel medesimo. Sicché, se è vero che la volontà dello Stato si esplica, nelle sue manifestazioni più elevate, attraverso l'attività degli organi supremi, è altresì vero che questi organi sono espressione delle forze sociali con le quali appaiono collegati, nel senso della concordanza dell'attività stessa con la ideologia di queste: concordanza che non si può ritenere elemento estraneo al diritto e attinente allo stadio pregiuridico della formazione della volontà degli organi stessi, ma che invece appare giuridicamente rilevante, perché condizionante in modo vincolativo l'attività di questi.

Questa condizionalità si esplica in primo luogo nel momento della scelta delle persone fisiche titolari degli organi supremi, momento nel quale le forze politiche appaiono come organi effettuanti la scelta stessa, in modo più o meno diretto secondo i particolari ordinamenti <sup>(19)</sup>. Anche in quelli nei quali l'atto di preposizione dei titolari stessi è affidato per la sua emanazione formale ad un organo, come il capo dello Stato, non collegato con le forze di partito, l'intervento di queste, mediante la designazione del *leader*, si pone non quale limite di fatto, ma come elemento per la validità o per la concreta efficacia dell'atto, diversamente influenzando la struttura giuridica di questo, secondo il vario modo di agire. E lo stesso può dirsi per la revoca dei titolari stessi, essendo il mantenimento alla carica subordinato alla posizione goduta nel partito, anche se ciò non risulti da disposizioni espresse. Questo fenomeno può rilevarsi

---

<sup>(18)</sup> Cfr. sul punto BEARD, *The American Leviathan*, 1930, pag. 250; DE LA BIGNE E VILLENEUVE, *Application des vieux principes à des événements contemporains*, in *Revue catholique des Inst. et du droit*, 1937, p. 170.

<sup>(19)</sup> Gli esempi possono trarsi con più nettezza da quegli ordinamenti dove più efficacemente agisce la disciplina di partito. Così nell'ordinamento americano, per l'elezione del presidente della repubblica, gli elettori presidenziali rimangono vincolati alle decisioni delle convenzioni nazionali di partito; per la nomina dei senatori le assemblee legislative di ogni Stato sono vincolate alle decisioni delle adunanze di partito. L'assunzione di questa pratica in una fonte formale, come, per es., accaduto nel nord-America pel caso citato per ultimo (XVII em. del 1913, su cui v. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli S.U. d'A.*, Padova, 1934, p. 366), è un esempio non di giuridificazione di un uso non giuridico, ma di trasformazione della fonte formale; sul quale fenomeno si avrà occasione di tornare in seguito.

sia che sussista un regime di partito unico, sia di pluralità di partiti, poiché in quest'ultimo caso è il partito più forte (comunque questa maggiore forza si determini, o per indicazioni elettorali, o per coalizioni, o altrimenti) che viene abilitato, con la designazione, a siffatta partecipazione all'atto <sup>(20)</sup>. Da ciò si desume come, oltre che nel momento della nomina, la funzione delle forze politiche si svolge successivamente, nel senso di limitare l'azione degli organi supremi e contenerla nell'ambito degli interessi del partito.

La funzione ora detta ha, del resto, una portata più vasta, esplicandosi anche nei riguardi degli altri organi, subordinati a quelli supremi. A spiegare le ragioni di essa e il modo del suo esplicarsi gioverà ricordare come l'attività degli organi stessi, svolgendosi per notevole parte in un campo non disciplinato dalla legge, ma rimesso alla discrezionalità dei soggetti, dev'essere ordinata in modo da corrispondere ai fini ai quali è indirizzata: ciò che esige nelle persone che devono esplicare l'attività stessa non la qualità di interpreti impersonali, ma la conformità ad un tipo concordante con una data ideologica. Ora l'assicurazione di tale corrispondenza può essere offerta, dato il carattere necessariamente generico dell'ideologia stessa, dalla struttura politica, che opera nel senso di determinare le norme del costume (le quali, a loro volta, valgono come direttiva per l'esercizio del potere discrezionale) ed esigerne l'osservanza, attraverso la disciplina che da essa risulta.

Ciò può produrre effetti anche oltre la sfera degli iscritti al partito, quando lo Stato ritenga essenziale ai suoi fini la conformità al tipo sociale, realizzato dal partito, dell'attività dei soggetti, che rimanga libera da predeterminazioni legali, e colpisca le eventuali deviazioni con sanzioni, anche se diverse da quelle conseguenti alla violazione delle proprie leggi.

Ma, a parte ogni esame su questo punto, che è in relazione al grado di compenetrazione che vi sia fra partito e Stato, ed è quindi più utilmente da considerare in confronto a singoli ordinamenti

---

<sup>(20)</sup> V. nello stesso senso RADBRUCH, *o. c.*, pag. 288; TRIEPEL, *s. c.*, p. 34 e ivi citaz. dell'opinione di JELLINEK. V. anche le osservazioni di BONWARD, *Le droit et l'État*, ecc., cit., p. 173, secondo cui il principio maggioritario contiene in germe l'idea dell'unità di partito: affermandosi, attraverso esso, che la volontà della maggioranza equivale a quella nazionale.

positivi, può, limitatamente all'attività degli organi pubblici, osservarsi, in via generale, come l'apoliticità, cioè l'irrilevanza del sentire politico, della conformità al tipo, di cui s'è parlato, nei confronti delle persone fisiche titolari di uffici pubblici, è ammissibile solo per quelli che coprono uffici puramente esecutivi, oppure destinati ad un'attività che non esige una particolare connessione con l'ideologia politica. Ciò avviene per es., per gli eserciti permanenti, formati con il sistema della leva obbligatoria per tutti i cittadini, che vengono considerati come organismi apolitici, dato il modo di formazione e tenuto conto dei compiti, di difesa verso l'esterno, cui sono destinati. Uguale irrilevanza dell'elemento politico può consentirsi nei gradi inferiori dell'organismo amministrativo, la cui attività è vincolata agli ordini superiori, o comunque non definitiva; nonché negli appartenenti all'ordine giudiziario, quando ad esso siano affidati compiti di pura e semplice applicazione di norme rigide.

Ma principi opposti dominano necessariamente in altri casi: per es., nella formazione di forze armate, destinate a mantenere all'interno l'organo politico, e a garantire l'organizzazione creata dal partito, come dimostra il fenomeno, che costantemente si produce al sorgere di nuove forme di Stato, della costituzione di milizie di parte, con lo scopo predetto; milizie che devono considerarsi inserite nello Stato, anche prima, o anche senza che ciò formi oggetto di apposite disposizioni <sup>(21)</sup>. Così pure, per quanto riguarda gli altri organi, la necessità della connessione con il partito induce all'uso del mutamento del personale burocratico al mutare dell'indirizzo politico, com'è caratteristico nell'ordinamento nordamericano, o almeno a quello dei più elevati organi direttivi, sempre lasciati alla discrezionalità del governo <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Così si dica per le squadre di azione in Italia dopo la rivoluzione del 28 Ottobre e prima della loro trasformazione in M.V.S.N. Le discussioni che si fanno (vedine un cenno in FODERARO, *La milizia volontaria*, ecc., Padova, 1939, pag. 4 segg.) sul punto se si tratti di milizia di partito o di Stato non hanno ragion d'essere, se si accetti il punto di vista qui indicato.

<sup>(22)</sup> V. le considerazioni di HUBER, *Verfassung*, cit., p. 275 sulla necessaria concordanza della burocrazia con la *Weltanschauung nazionalsocialista* e con la volontà del *Führer*, anziché con quella astratta dello Stato in sè. Nello stesso senso H. SELL, *Die Neuordnung des Beamtenrechts*, 1933 e, dello stesso A., *Das Beamtenrecht des dritten Reiches*, nella citata *Raccolta* del FRANK, p. 157 segg.. V. dello stesso HUBER, *o. c.*, p. 94

Per quanto riguarda l'esercizio di tali funzioni, la connessione fra esso e l'appartenenza al partito del suo titolare appare così stretta che, ponendosi questa come presupposto per l'esercizio stesso, e mezzo pel mantenimento di tutta l'azione dello Stato in conformità all'ideologia dominante, ogni infrazione della disciplina di partito, in quanto compromette il raggiungimento dei fini dello Stato, deve ripercuotersi sul mantenimento nella carica occupata da chi si rende colpevole dell'infrazione stessa <sup>(23)</sup> <sup>(24)</sup>.

---

le considerazioni sull'insufficienza dei mezzi di coazione, e sulla necessità del volontario abbandono, della responsabilità e della fedeltà, in cui si sostanzia il principio della *Führung*, anche all'infuori degli appartenenti al partito. Ciò esprime l'esigenza, alla quale si è avanti accennato, di un costume politico e della sua diffusione a tutte le sfere di autonomia, tenute ad esplicarsi per un interesse pubblico: esigenza, che si deve ritenere propria di ogni Stato, in maggiore o minore misura, secondo il grado di coesione che si ritenga necessario o possibile raggiungere. Già nello stesso senso SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., pag. 96.

<sup>(23)</sup> Un'applicazione di questi concetti ha fatto recentemente il MARCHI, *Sul carattere rigido o flessibile della costituzione italiana* (in *Studi per Vacchelli*, Milano, 1938, pag. 321), argomentando pel carattere rigido assunto nel diritto italiano dall'attività legislativa in materia costituzionale in base ai rapporti che legano al partito i vari membri delle camere. L'esistenza dei mezzi indiretti considerati dal MARCHI esplica effetti assai più vasti di quelli del caso preso in esame, il quale è solo un esempio dell'attività di assicurazione del fine politico propria del partito. Il MARCHI aggiunge che i mezzi indiretti, da lui posti in rilievo, sono elementi politici, di cui però il giurista non può non tener conto: si deve meglio precisare, in armonia con quanto si è prima detto, che i mezzi stessi, se producono effetti rilevanti per l'ordinamento, devono considerarsi direttamente giuridici: se tali non fossero, il giurista dovrebbe ignorarli, ai fini almeno del compito a lui spettante che è l'interpretazione del diritto vigente.

<sup>(24)</sup> Le osservazioni fatte nel testo possono offrire il criterio per la determinazione dell'efficacia da attribuire alle disposizioni dello Statuto del P.N.F. (art. 20 dello Statuto approvato con R.D. 17-1-932, n. 1456; art. 33, 34 Statuto approv. con R.D. 28-4-938, n. 513) relative agli effetti delle sanzioni disciplinari inflitte dagli organi del partito sul godimento dei diritti politici da parte di coloro che da esse sono colpiti, nonché sul fondamento giuridico delle disposizioni del regolamento della Camera (modifiche apportate il 12 dic. 1932 al Reg. del 1° maggio 1929, riprodotte nell'art. 14 del vigente Reg., approvato il 14 dic. 1938) che sancisce la sospensione dei diritti e delle prerogative parlamentari ai membri incorsi in alcune delle sanzioni disciplinari predette. Il punto (sul quale, v. BISCARETTI, *Lo Statuto del P.N.F. dell'anno XVI*, estratto dall'*Archivio di diritto pubbl.*, 1938, pag. 42) che si ricollega al più generale problema dell'influenza dell'attività del partito fuori dell'ambito dei propri iscritti, non può trovare una spiegazione soddisfacente se non considerando la posizione del partito fascista nello Stato. Altrimenti la citata disposizione del regol. della Camera non potrebbe considerarsi

Deve pertanto ritenersi che le forze politiche agiscono non solo attraverso gli organi appartenenti all'ordinamento in senso stretto dello Stato, ma direttamente, e anche all'infuori di ogni particolare disciplina formale, come fonte autonoma di validità dell'ordinamento giuridico, fattore e meccanismo necessario di assicurazione dell'ordine, senza del quale il sistema delle norme e i rapporti fra i poteri costituiti non potrebbero conseguire i fini pei quali sono predisposti.

### 3. Una seconda funzione della costituzione è quella di porre

---

legittima, poiché evidentemente estranea alla materia degli *interna corporis* l'impedimento all'esercizio di diritti statutari, o anche la semplice sospensione da esso per fatti che non attengono ad un comportamento tenuto nella Camera e quindi soggetto alle norme interne di essa. Non sembra che la disposizione in parola appaia giustificata dalle considerazioni del BISCARETTI, che, appoggiandosi all'opinione del CHIMIENTI, (*Diritto cost. fasc.*, pag. 395) la ritiene necessariamente derivante dalla legge elettorale del 1928, per la quale i deputati erano eletti quali membri della lista del Littorio. Non regge l'analogia con la costituzione cecoslovacca, cui ivi si fa riferimento, poiché questa (a parte ogni considerazione sulla diversità della procedura, accompagnata ivi da garanzie giurisdizionali) considerava espressamente quell'effetto, mentre una norma del genere mancava in Italia, dove anzi faceva difetto anche ogni prescrizione sull'appartenenza al partito dei candidati compresi nella lista approvata dal G. C.. Tanto meno accettabile poi sembra la tesi che lo stesso BISCARETTI, più recentemente ha avanzato (*Le norme di correttezza costituz.*, Milano, 1939, pag. 185), la quale tende a raffigurare la norma del regolamento in parola come trovante il suo fondamento in una norma appunto di correttezza costituzionale: è infatti evidente che una norma di correttezza, intesa come fa B. quale norma non giuridica, non potrebbe produrre effetti limitativi della capacità personale, possibili solo con legge.

Invece solo dalla posizione istituzionale conferita al partito unico nello Stato totalitario può trarsi argomento per pensare esistente un principio implicito, che esige l'appartenenza al partito stesso di quanti coprono cariche pubbliche, principio che trova la sua sanzione nella eliminazione da tali cariche di quelli pei quali viene meno la detta appartenenza. Da questo punto di vista potrebbe apparire legittima la forma adoperata (decreto del Capo del governo del 17 dic. 932) per sancire l'obbligo pei pubblici funzionari dell'iscrizione al partito, obbligo che, in base a considerazioni formali, avrebbe dovuto essere disposto con legge (v. MORTATI, *Sui regolamenti ministeriali*, in *Studi econ. giur. dell'Università di Cagliari*, 1932, pag. 198): il decreto predetto, muovendo dalla tesi accennata, dovrebbe considerarsi dichiarativo di un principio generale. Analogamente, il requisito dell'iscrizione al partito fascista si deve considerare, anche nel silenzio della legge, un limite posto alla scelta da parte del Re del titolare della carica di Capo del Governo.

L'unità di un dato ordine giuridico, cioè di riunire le varie fonti di produzione del diritto, in modo che esse appaiano espressione di uno stesso pensiero, parti di un unico sistema. Si può, a questo proposito, chiedere anzitutto come sia da concepire l'unità di cui si è parlato, e, in ispecie, se sia possibile che essa raggiunga un grado di compiutezza tale da evitare ogni disarmonia. Vi è una tesi, che rappresenta come caso frequente, e addirittura normale, la coesistenza in una stessa comunità di più ordini costituzionali indipendenti e formanti ciascuno un sistema giuridico a sè<sup>(25)</sup>: ma essa, se può apparire vera in uno Stato pluralistico, come quello medioevale, che risulta in realtà dalla coesistenza, in un equilibrio instabile, di più ordinamenti separati e indipendenti, non è adatta a rappresentare la situazione di uno Stato monistico, com'è quello moderno, in cui all'unicità del potere deve corrispondere coordinazione in unità delle varie fonti. L'apparenza della verità della tesi contraria deriva, o dal considerare come giuridici istituti, i quali hanno un'esistenza solamente formale, perché sostituiti da altri, che, pure senza un'espressa regolamentazione, si sono in realtà sostituiti ai primi, dall'ammettere cioè esistente quella distinzione, che si è invece rigettata, fra costituzione reale e costituzione giuridica; oppure, ciò che in parte si ricollega all'ipotesi precedente, da un'inadeguata interpretazione di fenomeni propri di quegli ordinamenti<sup>(26)</sup>, nei

---

<sup>(25)</sup> In questo senso cfr. KOULICHER, *La multiplicité des sources en droit const.*, in *Le problème des sources*, Paris, 1934, pag. 209. Ma, più generalmente, si possono vedere gli autori i quali, pur partendo da diversi punti di vista, e con riferimento a fenomeni diversi, convengono nell'ammettere come esistente, sia pure con varia estensione, un ordinamento giuridico doppio: v. il richiamo fattone supra a pag. 35.

<sup>(26)</sup> Così sembra possa dirsi per quanto riguarda la spiegazione che da alcuni è stata data della coesistenza del diritto civile e di quello pretorio in Roma antica, secondo la quale ognuno di questi sarebbe espressione di un diverso ordinamento originario (v. in questo senso, in Italia il BETTI, *Diritto romano*, I, 1935, p. 4-2 segg.) cioè il potere della *civitas* da una parte, e l'*imperium*, derivato da quello regio, dall'altra.

Questo dualismo (che ricorda, per quanto riguarda la diversità attribuita ai due poteri per la loro origine, quello fra re e popolo, il quale accompagna il pensiero politico medioevale e trova la sua espressione anche nelle prime costituzioni moderne) non sembra possa ammettersi. L'indipendenza dei poteri, se anche ammissibile come ipotesi rivolta a spiegare l'origine storica di essi, non può ritenersi corrispondente alla realtà dei rapporti correnti in un determinato momento fra i poteri stessi. Infatti, per quanto riguarda il diritto romano, la coordinazione, che si è detta indispensabile, fra le due fonti

quali si è verificato, in modo più accentuato che in altri, per la particolare forza di conservazione della quale erano dotati, il fenomeno della sovrapposizione, su un antico sistema, di nuovi principi informatori, per opera di organi, che sono stati intesi come portatori di un potere proprio, originario, irriducibile a quello donde derivava il sistema precedente. In realtà si tratta della coesistenza non di più ordinamenti diversi, ma di più fonti di uno stesso ordinamento, assumenti, nei vari momenti, una differente posizione fra loro, ma sempre coordinantesi, non ha in virtù di un accordo caso per caso, ma in virtù appunto della rispettiva posizione istituzionale, in modo da raggiungere l'unità.

Che l'esigenza dell'unità, di cui si parla non possa realizzarsi mai completamente è cosa facilmente spiegabile, pensando da una parte alla necessaria molteplicità delle fonti e degli organi, alla variabilità delle persone fisiche titolari di questi, alla difficoltà di adeguare la regolamentazione formale, e necessariamente lenta, al mutare incessante dei rapporti; dall'altra parte, alla coesistenza di concezioni e tendenze diverse che, possono essere più o meno controllate e limitate nella loro esplicazione, secondo il carattere di maggiore o minore accentramento assunto dai singoli ordinamenti, ma non mai evitate <sup>(27)</sup>.

---

predette (v. lo stesso BETTI, *o. c.*, p. 56) avveniva per mezzo della facoltà conferita al pretore di completare o modificare il *jus civile* e di porsi quindi, nei limiti di essa, come fonte sopraordinata rispetto a quest'ultimo. Ma la facoltà stessa non era arbitraria, bensì collegata alla necessità di adattare il diritto civile alle esigenze nuove della vita sociale, varia nel contenuto e di varia ampiezza in relazione alla vastità dei mutamenti verificatisi nei rapporti della convivenza, e perciò limitata dai fini dell'ordinamento, dai quali veniva in definitiva a trarsi il criterio supremo di unificazione. Considerazioni analoghe possono valere a spiegare apparenti disarmonie nel diritto inglese, per la coesistenza di istituti sorti in epoche diverse.

(27) Sull'unità e completezza come qualità essenziali di un sistema di leggi v. SAVIGNY, *Sistema del d. romano attuale*, trad. it., cit., I, p. 290, il quale pone in rilievo come l'unità deve intendersi non nel senso che sia esclusa la possibilità di contraddizioni fra norme singole (così inesattamente WENZEL, *o. c.*, p. 142), bensì nel senso dell'esistenza di un principio superiore che consenta di vincere la contraddizione (v. anche STOLL, *Rechtsstaatsidee u. Privatrechtslehre*, in *Jherings Jahrbücher*, 1926, p. 185). La più efficace affermazione dell'esigenza dell'unità dell'ordinamento, è dovuta, come si è ricordato, alla *Stufentheorie*, che però la concepisce solo come *Erzeugungszusammenhang*. Un'enumerazione dei vari aspetti di quest'unitarismo, secondo la detta teoria, può vedersi in

Ma poiché, sia pure entro questi limiti, non può prescindersi dal ricollegare in un sistema le varie fonti, in quanto solo a tale condizione, le medesime possono considerarsi come proprie di un dato ordinamento, è necessario vedere in che modo ciò sia da ottenere. Il compito da attribuire alla costituzione a questo scopo è naturalmente vario secondo il diverso modo di intenderla. Come si è visto, essa può considerarsi come criterio supremo di imputazione solamente formale, o anche materiale.

Sono nel primo senso le teorie già viste, e cioè tanto quelle della produzione del diritto per gradi, quanto l'altra, a tendenza prevalentemente sociologica, che vede l'elemento unificatore nella società, considerata come dotata di una propria capacità di coordinare in modo spontaneo i rapporti attuanti nel suo seno. Infatti anche con la tesi ricordata per ultimo l'unificazione è operata a posteriori in base all'effettiva produzione e al mantenimento degli effetti di un atto e manca la possibilità di argomentare l'unità del sistema alla stregua di un criterio diverso da quello della mancanza di reazione da parte della società.

4. Rigettato, per le ragioni già ripetutamente esposte, il punto di vista ora detto e riaffermata la necessità di un principio unificatore

---

JOECKEL, *Kelsens rechtstheoretische Methode*, cit., pag. 13 segg. La negazione che dell'unità dell'ordine giuridico fa il CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, ecc., cit., p. 69 e 169 segg., muove dall'osservazione che l'unità potrebbe aversi fra atti della stessa natura, mentre gli atti statali hanno una differente essenza, per la provenienza da organi diversi di natura (rappresentativi o no). L'unità, in ogni caso, muovendo da quest'opinione, non dovrebbe esser negata, ma riposta negli organi e non nelle norme: ma si è già detto dell'insufficienza di questo modo di considerarla.

Diversamente avviene nello Stato pluralistico dove vige il principio della coesistenza di diversi ordini giuridici v. su esso HATSCHER, *Einleitung*, cit., p. 123. Si può dubitare però che lo Stato pluralistico sia un vero Stato: esso risulta piuttosto da un'unione di Stati.

Sulle disarmonie inerenti ad ogni sistema v. SOMLO, *o. c.*, p. 382; ENCISH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, cit., p. 42 segg. e specie p. 63; JEMOLO, *La classif. dei rapporti fra Stato e Chiesa*, estratto *Arch. giur.*, 1938, p. 21; e già, in modo più generale, RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cit., pag. 121 segg. In particolare sui conflitti di diritti, o di doveri, possibili in un ordinamento, senza che l'unità di questo sia compromessa, v. MIELLE, *Le situazioni di necessità*, cit., pag. 76.

di carattere sostanziale <sup>(28)</sup> deve escludersi che questo possa essere ricavato dal complesso delle norme vigenti, come ritiene la dominante concezione positivista, la quale, anche quando riconosce l'esistenza di uno spirito informatore del sistema delle norme, lo considera sfornito di valore autonomo, affermandone la rilevanza solo per quel tanto di esso che si riveli da una delle fonti derivate <sup>(29)</sup>.

È da osservare come tale concezione non risolve il problema dell'unità, né se si consideri l'ordinamento in un dato momento della sua vita, né se si consideri nella successione del tempo. Infatti, per quanto riguarda il primo aspetto, anche a prescindere da ogni esame circa la possibilità di procedere, rimanendo fermi a quel criterio, all'interpretazione delle norme, alla risoluzione di eventuali contrasti fra le norme stesse, o più ancora fra esse e le manifestazioni di volontà dirette ad applicarle <sup>(30)</sup>, vi è sempre il campo dell'attività

---

<sup>(28)</sup> V. a questo proposito, oltre l'anzidetto, la critica rivolta dallo SMEND all'opinione di M. WEBER (in *Gesamte polit. Schriften*, p. 128 e 469), secondo cui solo senso della costituzione sarebbe la determinazione della personalità del *Führer*. Per quanto riguarda il nuovo diritto pubblico tedesco, è importante notare che il *Führungsprinzip*, posto a caposaldo di esso, riveste, contrariamente a quanto potrebbe a prima vista apparire, carattere di principio sostanziale: ciò per la posizione attribuita al *Führer* di interprete del *Volksgeist*, inteso come complesso di ideologie, che vengono a coincidere con quelle di cui è portatore il partito nazista. Deve quindi respingersi l'opinione del BONNARD, *Le droit et l'État*, cit., pag. 82, nota 1, che, a proposito del l'Ur-Nomos che il TATARIN pone a base del nuovo diritto tedesco, ritiene di poterla assimilare alla *Grundnorm* di KELSEN: infatti questa è puramente formale, mentre la prima è materiale.

<sup>(29)</sup> Cfr. BONUCCI, *Il fine dello Stato*, cit., p. 12, che appunto attribuisce rilevanza al fine statale, per quella parte che si desume dalle norme particolari. V. anche CROSA, *Osservazioni sui principi generali come fonti del diritto pubblico*, Torino, 1926, il quale in sostanza non si discosta dalla teoria tradizionale, poiché, pur ammettendo l'esistenza di principi costituzionali, anteriori all'ordinamento, superpositivi, ponentisi come presupposti e fondamento della maggior parte delle norme costituzionali, reggenti le consuetudini, ecc. (pag. 23), ritiene che essi abbiano vigore solo in quanto abbiano determinato un fenomeno rilevante agli effetti del diritto positivo (pag. 19) cioè siano concretati in una fonte positiva. Tuttavia fra questi fenomeni rivelatori di principi generali il CROSA include anche i casi di applicazione di norme in senso diverso dall'originale (pag. 20): escluso che questi casi abbiano dato luogo a una consuetudine, poiché tale fonte è considerata a parte, deve ritenersi che, almeno in essi, si manifesti in modo immediato l'efficacia dei principi direttivi.

<sup>(30)</sup> V. ENGISCH, *o. c.*, pag. 6-16.

normativa, che sorge originariamente all'infuori dell'ordine legislativo, sia che essa si espliciti in via generale e astratta, sia per decisioni concrete (la consuetudine o la discrezionalità), attività la quale può ricondursi al sistema normativo da un punto di vista formale, in base ad una semplice connessione di validità, o dimostrando, o anche solamente presupponendo, l'esistenza implicita nel sistema stesso di una delegazione in bianco a favore di tali fonti <sup>(31)</sup>, ma non certamente dal punto di vista della concordanza e armonizzazione, che pur sarebbe necessaria, del contenuto di tali fonti con quello del complesso delle norme legali.

Così, per quanto attiene, per es.: alla discrezionalità, non basta affermare la legittimità delle manifestazioni di essa e neppure indicare nei principi della politica la legge direttiva, cui deve subordinarsi l'esercizio di essa <sup>(32)</sup>, se poi non si chiarisca donde siano da desumere tali principi, se esista e da dove derivi l'obbligo di seguirne alcuni anziché altri, come e fino a che grado possano armonizzare e coordinarsi fra loro le varie manifestazioni del potere discrezionale, sia di quello degli organi legislativi, sia di quello assegnato agli altri organi. Il maggiore o minore grado di sindacabilità cui possa essere assoggettato l'uno o l'altro, o comunque, più generalmente, la diversità degli effetti giuridici scaturenti dalle diverse forme di esercizio di esso, non influiscono sulla questione relativa alla necessità della loro coordinazione. Uguali considerazioni possono farsi per quanto riguarda l'applicazione delle norme a contenuto indeterminato, possibile attraverso un rinvio a concetti, la cui ricerca deve essere diretta da un criterio che sia in armonia con il sistema: criterio che deve agire non solo come limite della scelta, ma anche nel senso della direzione di essa.

Tanto meno poi dal complesso delle leggi può desumersi l'elemento che ricollegghi in unità le manifestazioni della volontà di uno Stato nella successione del tempo, in confronto delle esigenze

---

<sup>(31)</sup> Così Kelsen, *Zur Soziologie des Rechts*, cit., p. 605.

<sup>(32)</sup> Cfr. nel senso esposto DONATI, *Elem. di dir. costituz.*, cit., pag. 6. Il considerare quale sostanzialmente legislativa l'attività degli organi che agiscono discrezionalmente, o almeno di alcuni di essi (es.: i giudici di equità; v., per es., BETTI, *Diritto processuale*, Roma, 1936, p. 20; RANELLETTI, *Principi di diritto amm.*, pag. 250) mette in maggiore rilievo l'esigenza di coordinare la medesima con quella legislativa pel suo contenuto.

sociali sempre rinnovantisi. L'opinione dominante ritiene di potere prescindere dal problema, affermando che solo al legislatore compete di tradurre in istituzioni giuridiche le esigenze ora dette, sicché queste acquistano rilevanza solo quando trovino la loro espressione in norme emesse dal legislatore stesso, o direttamente, o per sua espressa delegazione. Ma i presupposti su cui tale opinione è basata, cioè, da una parte, l'irrilevanza di ciò che precede l'attività del legislatore, dall'altra, la possibilità che gli organi di attuazione possano adempiere al compito loro affidato rimanendo nei limiti dei principi desumibili dal complesso delle norme, sono entrambi errati. Infatti non è, anzitutto, esatto che debba ritenersi pregiuridico, perché attinente alle fonti materiali del diritto, l'accertamento dei fini perseguiti dal legislatore, della volontà politica da cui egli è ispirato<sup>(33)</sup>, poiché invece esso, a prescindere da ogni altro effetto, appare rilevante, come meglio si vedrà, per lo meno al fine della determinazione del mantenimento o meno dell'identità dell'ordinamento.

In secondo luogo, è illusorio che l'adeguazione della regolamentazione giuridica ai nuovi bisogni, che incessantemente si producono e la invocano in modo improrogabile, possa avvenire per opera dello stesso sistema legale, attraverso i mezzi di completamento, dai quali si ritiene risultare la c.d. chiusura dell'ordinamento normativo. Il sistema legale si muove meno rapidamente dei rapporti sociali; la legge, com'è stato detto, è, necessariamente in ritardo sui fatti, sicché dai criteri ispiratori di essa possono non risultare soddisfatte le nuove esigenze di cui si parla. Infatti queste possono essere così eterogenee rispetto ai casi previsti, così imparagonabili ad essi da non potersene trarre la disciplina che esse richiedono, né con il ricorso all'argomento a contrario, né con quello all'analogia, o ai

---

(33) V., fra i tanti, DONATI, *Lacune*, cit. pag. 202; BATTAGLINI, *La questione delle fonti*, ecc., in *Recueil Geny*, vol. III, pag. 296; CESARINI-SFORZA, *La crisi delle fonti*, cit., pag. 22; GALLI, *Sul metodo giuridico*, in *Studi per Cammeo*, I, pag. 571. Sull'esistenza di limiti necessari di carattere giuridico, anche all'infuori di apposita giurisdizione di costituzionalità, v. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel dir. it.*, in *Archivio di dir. pubblico*, I, pag. 239.

principi generali, ove questi si intendano come principi desunti per via di successiva generalizzazione dalle singole norme <sup>(34)</sup>.

Il criterio materiale, di cui si fa ricerca, in tanto può mostrarsi atto a unificare le varie fonti di produzione, in quanto preesista a queste <sup>(35)</sup>, in quanto cioè abbia di fronte ad esse una sua autonomia. Le singole leggi non potrebbero costituire un tutto unitario e collegarsi in sistema se non le animasse un pensiero comune e se questo non le precedesse e coordinasse. Non basterebbe, come si è già ripetutamente osservato, la derivazione da un organo comune a conferire l'unità nel senso che sarebbe necessario. Questa, come emerge dalla precedente trattazione, non può essere data se non dal fine politico, che informa di sé un dato ordinamento, e che pertanto assume una sua specifica funzione, come fonte giuridica formale, immediatamente vincolante, capace di adempiere alla funzione, di cui si è parlato anticipatrice ed integratrice della legge, appunto perché vincolante solo come fine, suscettibile di adattamento — attraverso il procedimento che si è esaminato — alle situazioni concrete, sempre varie e imprevedibili nel loro modo di presentarsi <sup>(36)</sup>.

Sembra che solo con riferimento a questo fine possa darsi un senso concreto a concetti che, variamente formulati, (come, per es., natura dell'istituzione <sup>(37)</sup>, spirito del sistema, ecc.) sono usati per designare fonti di diritto non scritto, considerate come fondamentali e primarie, rispetto alle altre di carattere derivato. Infatti la natura

---

<sup>(34)</sup> E che pertanto danno luogo ad una forma più ampia di analogia: l'analogia *iuris* in confronto a quella *legis* v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, pag. 116; contro BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 152 e autori ivi cit..

<sup>(35)</sup> Analogamente deduce il ROMANO, *Ordinamento*, cit. pag. 14, la priorità logica e di fatto dell'ordinamento rispetto alla norma. V. anche in CARNELUTTI, *Sistema*, cit., pag. 116 il concetto di principio giuridico come pensiero di cui la norma rappresenta la formulazione. Il principio quindi precede la norma, ma non si esaurisce in questa, se è possibile confrontare questa al primo per accertare la quantità di esso che riesce ad esprimere.

<sup>(36)</sup> La tesi intermedia che il CROSA (*o. c.*, p. 33, con richiamo al ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento*, ecc., in *Arch. giur.*, vol. IX, pag. 3) sostiene, secondo la quale solo nel caso di trasformazione del regime i principi generali informativi di esso esplicano efficacia diretta, non sembra possa seguirsi per le ragioni esposte nel testo, e quelle che in seguito si svolgeranno.

<sup>(37)</sup> Cfr. ROMANO, *Corso*, cit., pag. 37 e 308, con riferimento alla sua concezione dell'istituzione.

dell'istituzione non potrebbe mai essere data dal complesso dei sentimenti, dei bisogni, degli interessi degli appartenenti ad essa perché tale complesso forma solo il sostrato per sorgere delle convinzioni giuridiche, agisce come fonte materiale di queste <sup>(38)</sup>. È invece il particolare modo di intendere i sentimenti, i bisogni, gli interessi, propri di una consociazione, che, presiedendo alla scelta e alla graduazione di quelli fra di essi da soddisfare, determinando il modo della loro soddisfazione, imprimendo la struttura-adequata a realizzarli, riesce precisamente a ordinare e ricondurre ad unità l'insieme delle attività, le quali quindi si pongono come mezzi rispetto ad essi.

E ciò, come si è avvertito, può essere opera non della comunità indifferenziata, ma solo del gruppo, che assume in essa la funzione attiva necessaria per estrarre dall'indistinto, dal vago, dal molteplice degli interessi comuni quegli orientamenti ritenuti necessari per la comunità stessa, o eventualmente per imporne altri, non sentiti immediatamente dai consociati, e che imprime agli orientamenti stessi i caratteri della obbiettività, della riconoscibilità, della determinatezza, necessari perché essi assumano la funzione normativa giuridica, nel senso qui sostenuto.

La natura dell'istituzione non può immaginarsi quindi altrimenti

---

<sup>(38)</sup> Si può richiamare, a questo riguardo, la notissima distinzione dello GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, I ediz., vol. I, 1914, p. 97 fra *donné e construit*, fra precetti formulati dalla coscienza sociale, e allo stato bruto, e costruzione di questi precetti in modo da inserirli nella vita, e animarli dei fini giuridici: i primi, desunti dalla natura dei rapporti, possono essere guida per il legislatore e per l'interprete ma non sono ancora diritto. In parte coincidente la differenziazione posta dal DUGUIT, *Traité*, cit., vol. I, pag. 105 e segg., fra regole di diritto normative e giuridiche, e regole di diritto costruttive o tecniche: il DUGUIT riconosce che le regole normative basate su sentimenti oscuri e in parte incoscienti non sono veramente efficienti se non esistono quelle costruttive, e che l'organizzazione statale può agire nel senso di formare la coscienza giuridica (v. pag. 114). Si vedrà appresso come la dottrina tedesca, che basa il diritto sul sentimento popolare, fa di questo sentimento unico interprete il capo dell'organizzazione coattiva statale. Su questa dottrina v. per una esposizione riassuntiva SCHMITT K. H., *Treue und Glauben*, ecc., cit., pag. 98, 100 e la distinzione ivi fra norme di diritto, spontanee, e norme di ordine, di creazione legislativa. Per la concezione della totalità del diritto come creazione reale oggettiva JHERING, *Spirito del diritto romano*, cit., vol. I, § 3; SCIALOJA V., *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit., per riferimento ad un diritto superiore alle leggi, di natura consuetudinaria.

se non come lo scopo, o il complesso degli scopi <sup>(39)</sup>, che sono ad essa posti dal partito, e intorno ai quali viene ordinata tutta quella parte della vita sociale, la quale appaia rilevante per le necessità della convivenza <sup>(40)</sup>. Intenderla altrimenti, significherebbe cadere nella concezione sociologica che si è rigettata, perché il popolo preso nella sua generalità, se anche elabora una serie di convinzioni giuridiche intorno a rapporti particolari, non può fornire il principio generale di unificazione, che valga a comporre gli interessi contrastanti e ad avviare lo Stato verso una meta determinata.

5. Ma se tale scopo si deve porre non come antecedente di fatto del sistema giuridico, bensì come la fonte prima di qualificazione, come il criterio che presiede alla giurisdizione dei rapporti sociali, anche indipendentemente dalla formulazione scritta di esso, e dall'inserimento nei testi costituzionali, ed anche senza alcuno espresso rinvio, sorge inevitabilmente la questione della determinazione delle fonti di cognizione, onde esso possa desumersi con quei caratteri, chi si è accennato, che paiono imprescindibili da ogni normazione giuridica <sup>(41)</sup>.

La rilevanza e la difficoltà di questa ricerca sono tanto minori quanto più sviluppato il processo di inserimento del partito nello Stato, di esplicazione delle premesse implicite nell'ordinamento, e viceversa tanto maggiori quanto più l'ordine legale ignori quello reale. Ma, comunque, siccome non è mai completa la traduzione dei principi supremi dell'ordinamento in fonti formali positive (a parte

---

<sup>(39)</sup> Come per la natura della complessiva istituzione statale, così si dica per la natura di singole particolari istituzioni, sorgenti nel suo seno; essa non è data dall'insieme degli organi e dei singoli compiti, bensì dalla funzione, dallo scopo, che precede, e presiede alla costituzione degli uni e alla distribuzione degli altri.

<sup>(40)</sup> Si riferiscono esplicitamente alla concezione dei valori del ceto dominante per la decisione di conflitti di interessi non valutati dalla legge BELING, oltre che nello scritto innanzi citato, in *Archiv für ziv. Praxis*, 1933, p. 13; HILDEBRANDT, *Die Rechtsfindung im neuen deut. Staat*, Berlin u. Leipzig, 1935, p. 87; LEVI A., *Istituzioni*, cit., I, p. 119. Contro, recentemente: WEIGELIN, *Die Lücken im Recht*, cit., pag. 16, soprattutto in considerazione dell'incertezza che deriverebbe al diritto.

<sup>(41)</sup> Sulla necessità che considerazioni di politica sociale, ove siano assunte a fonti di diritto abbiano un minimo di determinabilità e di obbiettività, cfr. DICKINSON, *The problem of the unprovided case*, in *Récueil Geny*, cit., vol. II, p. 522; ROSS, *o. c.*, pag. 288.

la considerazione relativa alla situazione del periodo immediatamente successivo all'instaurazione), così appare necessario indagare brevemente a quali manifestazioni, siano espresse che inespresse, scritte o consuetudinarie, emananti dal partito dominante si possa attribuire carattere giuridico.

Un'eguale indagine si rende necessaria anche per l'attività diretta a svolgere e ad adattare alle situazioni concrete, mutevoli e imprevedibili, il fine generale, necessariamente indeterminato, per l'indole stessa del suo oggetto, ch'è lo Stato nella sua totalità. L'attività di cui si parla, si presenta come l'immediata realizzazione della costituzione materiale, il primo grado nel processo delle successive concretizzazioni, attraverso le quali essa si svolge, e che perciò precede e condiziona tutte le altre forme di azione statale, che ricevono appunto da esse l'impulso e l'indirizzo <sup>(42)</sup>. I modi del suo manifestarsi assumono qui rilevanza per l'attinenza che l'attività, cui si è accennato, ha con il problema in esame, relativo al ricollegamento in unità dei vari rapporti giuridici.

---

(42) La ricerca sull'estensione e la natura del potere, di cui è cenno nel testo, è, com'è noto, rimasta estranea alla dogmatica pubblicistica meno recente, perché il potere stesso è sembrato inconciliabile, da una parte, con il principio della divisione dei poteri, dall'altra con la concezione della legge, come manifestazione suprema di volontà dello Stato. Che la divisione fra i tre poteri non solo non escluda, ma anzi esiga un'attività, che li condiziona e presieda alla loro esplicazione; che quest'attività non possa sempre esplicarsi nella forma generale ed estratta propria della legge; che essa in ogni caso si distingua da questa per lo scopo, che non è quello di soddisfare direttamente le singole esigenze, ma di indicare la direzione verso cui devono rivolgersi gli atti diretti in modo immediato a tale soddisfazione, sono concetti che vanno affermandosi sempre più. V. recentemente DENDIAS, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice*, Paris, 1936, pag. 24 segg.

Che l'organo al quale è affidata la funzione in parola, la quale suole chiamarsi di governo, assuma la posizione di supremo, dopo quello costituente, è un'esigenza che si verifica in ogni ordinamento. Ciò che è variabile è, da una parte, la determinazione dell'organo al quale assegnare la funzione stessa (sulle diverse forme di organizzazione, che possono sorgere in base alla diversità dell'organo sul quale si faccia cadere il punto di gravità della volontà decidente, v. SCHMITT, *Legalität u. Legitimität*, cit. pag. 1-10); dall'altra, la entità dei poteri ad esso attribuibili, diversi secondo la diversità della struttura e dei fini dello Stato. In ogni caso, è necessario l'immediato collegamento fra l'organo di direzione e le forze politiche che sostengono lo Stato, in modo che esso appaia fedele espressione di queste. Per questa esigenza, comune a tutte le attività non vincolate, v. DONATI, *Lacune*, cit., pag. 18, relativamente agli organi giurisdizionali in quanto li si ritenga dotati di potere creativo.

Un criterio generale, che consenta di decidere quali fra le manifestazioni di volontà, o, più genericamente, i comportamenti del partito abbiano da valere come fonti del diritto statale, non può evidentemente essere dato da considerazioni di competenza o di forma, desunte dall'ordinamento statale, perché il presupposto da cui ora si parte, è che difettino in questo norme, sia strumentali che materiali; e neppure, per un'analogia ragione, può essere fornito dal richiamo che ad esse sia fatto da parte di singole norme scritte. Non può neppure decidere l'attuazione che uno di questi comportamenti riesca di fatto ad ottenere, non potendosi accogliere la tesi che vede nel fatto, di per sè, un'intrinseca forza normativa <sup>(43)</sup>.

Il criterio non potrà essere che quello già enunciato, attinto dalla correlazione che si dimostri sussistere fra il partito e lo Stato, dall'identificazione dei loro interessi, dalla dipendenza dal partito degli organi dello Stato <sup>(44)</sup>.

L'ipotesi più semplice è che gli elementi essenziali dell'ideologia del partito siano inseriti nello stesso testo costituzionale, sotto la specie di premesse, di preamboli, di dichiarazioni di principio, o in altro modo indicati. Il loro carattere giuridico non potrebbe essere negato considerandole come affermazioni teoriche <sup>(45)</sup>, bastando

---

<sup>(43)</sup> V. la formulazione che ne ha dato JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 307 segg., e, in modo analogo, paradossalmente, LASSALLE, *Zweiter Vortrag über Verfassungswesen*, in *Reden u. Schriften*, I, p. 93, assolutamente inaccettabile anche per le conseguenze che ne deriverebbero, fra le quali, l'impossibilità di distinguere il diritto dalla violazione del diritto, l'ordine spontaneamente seguito dall'ordine coattivo. V. le osservazioni del CAPOGRASSI, *La pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 80, per cui il fatto si trasforma in diritto in quanto appaia come adempimento di un principio. Cfr. anche CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. fil. dir.*, 1931, p. 599.

<sup>(44)</sup> Cfr. GURVITCH, *Théorie pluraliste*, ecc., in *Le problème des sources en droit positif*, cit., pag. 116, sugli elementi necessari per la determinazione del concetto di fonte positiva e cioè l'autorità qualificata, la correlazione con valori, la garanzia per l'efficacia reale.

<sup>(45)</sup> V. nel senso dell'esclusione di ogni valore giuridico alle dichiarazioni in parola, le quali acquisterebbero carattere normativo solo dopo che il legislatore li abbia accolti in norme espresse, fornite di determinate sanzioni. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in *Prolusioni e discorsi*, Modena, p. 46, e *Corso di dir. costituzionale*, cit., p. 58; CATTINELLA, *La Corte Suprema federale*, cit., p. 12. V. anche in THOMA, *Die juristische Bedeutung*, ecc., in *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen* di Nypperdey, I, 1929, p. 1 segg., menzione della tendenza, manifestatasi nella giurisprudenza tedesca, subito dopo l'ema-

che da esse possa desumersi un fine, una direttiva, un programma perché si debba attribuire loro il carattere stesso. Non la modalità della formulazione può essere decisiva a tal proposito, poiché anche dichiarazioni fatte in forma enunciativa, possono rivestire nella sostanza indole normativa. L'affermare un principio, non della forma del comando, ma come espressione di un'esistenzialità, non come dover essere, ma come essere, può derivare dal proposito di conferire al principio stesso maggiore efficacia, come di realtà, che si imponga da sè (46).

Pei casi in cui quest'ipotesi non si verifica, o, comunque pel completamento delle dichiarazioni consacrate nel testo costituzionale, o in altri documenti solenni, la fonte di conoscenza dei principi di cui si parla può essere data da atti o documenti direttamente emananti dal partito (47), oppure da dichiarazioni o convenzioni, desumibili da costituzioni straniere (48), oppure da precedenti costituzioni nazionali non più in vigore (49). In questi due ultimi casi ai

---

nazione della costituzione di Weimar, di considerare i principi da questa posti nella sua seconda parte come affermazioni o programmi, sforniti di forza giuridica.

(46) Cfr. su formule di tal genere nella costituzione di Weimar (come, per es.: « il potere emana dal popolo »), SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 24, con bibliografia ivi sulla questione. Lo S. le considera « più che norme », ma volendo significare che si tratta del fondamento delle singole statuizioni. Sulle diverse formulazioni delle quali sono suscettibili le proposizioni giuridiche v. CESARINI-SFORZA, *Lezioni*, cit., p. 84.

(47) Sui principi del nazionalsocialismo, vincolanti nell'interpretazione delle leggi, anche senza espreso richiamo v. KOELLREUTTER, *Verfassungsrecht*, cit., pp. 177 e dello stesso A., *Zur Frage der Gesetzesauslegung u. Gesetzanwendung in der Verwaltung*, in *Reichsverwaltungsblatt*, v. 46, 1935, p. 445; HUBER, *Verfassung*, cit., pag. 1; HILDEBRANDT, *Rechtsfindung im neuen deut. Staat*, cit., pag. 31 segg.; TATARIN-TARNILEYDEN, *Werdendes Staatsrecht*, cit., pag. 6. Per il valore dell'ideologia del partito comunista nel diritto russo, v. KOULICHER, *La multiplicité*, ecc., cit., p. 223. Sull'argomento v. un cenno in LEVI, *o. c.*, I, pag. 166. Sul valore giuridico di premesse, programmi, constatazioni di fatti normativi da parte di una sola persona che gode di particolare considerazione (un leader, il dirigente di un partito politico) o di una *élite*, che prenda l'iniziativa di parlare per conto della totalità v. GURVITCH, *s. cit.*, pag. 122.

(48) Sulla *receptio iuris* da parte di uno Stato del diritto convenzionale di altro ordinamento v. KOULICHER, *o. c.*, p. 21. Pei principi impliciti nella costituzione nord-americana desunti dalla *common-law* anglosassone, v. HAURIQU, *Précis droit constitutionnel*, cit., p. 239.

(49) Sulla nota questione relativa al se, e al perché della validità nell'attuale diritto francese delle dichiarazioni premesse alle costituzioni rivoluzionarie francesi, v. CAPI-

principi così rilevanti non può attribuirsi validità in virtù di rinvio, almeno se a questo si attribuisca un senso tecnico. Sembra infatti che, nel caso considerato, non possa ricorrere la figura del rinvio formale, trattandosi di una materia che attiene al fondamento essenziale dell'ordinamento, la quale non potrebbe affidarsi alla disciplina da parte di un altro Stato, né essere assoggettato ai mutamenti che questo vi apportasse. Anche la figura del rinvio materiale sarebbe, per la stessa ragione ora vista, inadeguata ad esprimere la relazione in esame, se essa si intendesse, come di solito si fa <sup>(50)</sup>, nel senso che la norma recepita debba avere valore di norma anche nell'ordinamento da cui è desunta, in modo che la perdita che essa subisca della giuridicità in questo importi automaticamente un'uguale conseguenza in quello recente. Sembra più esatto ritenere che la costituzione straniera, abbia il valore di un semplice testo, di un mezzo di più precisa conoscenza ed esplicazione di principî impliciti nel sistema. Ciò spiega anche la possibilità del riferimento a testi costituzionali non più in vigore, come nel caso delle dichiarazioni dei diritti francesi, la cui efficacia sembra trovarsi non nelle ragioni da alcuni indicate, bensì nella convinzione giuridica della classe dominante, desumibile dalla sua composizione e struttura, e formante lo scopo implicito dell'ordine costituzionale <sup>(51)</sup>.

---

TANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, in *Recueil Gény*, I, p. 3, che ne ammette il vigore, ma in base alla concezione del potere Costituente della nazione. In vario senso CARRÉ DE MALBERG, *o. c.*, II, p. 578 con bibliogr.; JELLINEK G., *Verfassungsänderung*, cit., p. 3, 5; DUGUIT, *Traité*, cit., p. 60, III, p. 536; ESMEIN, *o. c.*, I, p. 553. Il RENARD, in *La théorie de l'institution*, cit., p. 191, efficacemente vede nella « Dichiarazione » rivoluzionaria l'espressione della mistica della rivoluzione francese, l'idea forza della forma di Stato da essa instaurata. V. anche HAURIU, *Le fondement de l'unité de l'Etat*, nella *Rivista romana di diritto pubblico*, 1928, p. 62, il quale osserva come nei paesi a controllo giudiziario della costituzionalità della legge, non è in nome della lettera della costituzione che sono emesse le pronuncie di incostituzionalità, ma in nome di principî, che dominano la costituzione, e che, sebbene non formulate in questa, non costituiscono meno una vera fonte di legittimità costituzionale.

<sup>(50)</sup> V. in tal senso ROMANO, *Corso*, cit., p. 314. V. anche PICCARDI, *L'istituto internazionale di agricoltura*, ecc., in *Rivista di diritto processuale*, 1933, II, p. 21, che, ammesso il concetto esposto nel testo di rinvio materiale, nega, sembra giustamente, una differenza effettiva fra esso e il rinvio formale.

<sup>(51)</sup> Sostanzialmente in senso analogo HAURIU, *Précis de droit const.*, cit., p. 339. La distinzione, cui lo stesso autore accenna successivamente, a p. 626, fra costituzione

Diversamente invece sembra sia da ritenere per gli atti di enunciazione dei principi informativi dell'ordinamento, che provengano dal partito dominante, pur prescindendo dai casi (pei quali non può sorgere ragione di discussione), in cui la compenetrazione, anche dal punto di vista formale, del partito nello Stato sia così completa da portare all'assorbimento dell'ordinamento nell'altro. Se il partito informa di sé la struttura dello Stato, se suo compito è di immettere la sua ideologia nell'organizzazione e nel funzionamento di esso, ai principi emananti dagli organi competenti, secondo il suo ordinamento interno, deve riconoscersi immediata efficacia giuridica. Efficacia che può essere più o meno estesa, limitarsi cioè ai soli organi supremi nella loro attività costitutiva, in grado primario, dell'ordinamento, o estendersi anche ad altri organi, o ai semplici cittadini, ma che non può mancare. Ritenere che essa sia solo di fatto, che agisca in un momento interno, anteriore alla formazione del volere, e quindi irrilevante per diritto, è contraddetto dal principio della responsabilità, che si suole chiamare politica, ma che è anch'essa di carattere giuridico, la quale si fa valere nei riguardi degli organi, in quanto si discostino dalle direttive del partito dominante. Spiegare l'efficacia di cui si parla in via indiretta, in virtù di rinvio o di recezione, considerando il partito come presupposto dello Stato <sup>(52)</sup>, non sembra corrispondente alla sostanziale natura del rapporto.

---

politica e costituzione sociale, non sembra possa di per sé offrire una spiegazione dell'efficacia dei principii dell'89.

Si può ricordare ancora, con riferimento al valore da attribuire a regole non direttamente legali, come con la dottrina nord-americana degli *implied-power* vengono ad essere richiamati i programmi e gli interessi di partito, tanto più quanto più genericamente formulate sono le facoltà, per la cui esplicazione devono intendersi conferiti i poteri impliciti. Lo stesso si dica pel modo di determinare concretamente la clausola « *due process of law* ».

(52) Com'è noto, la questione prospettata nel testo riveste importanza pratica in Italia per quanto riguarda l'efficacia da attribuire ai principii della Carta del Lavoro, per l'epoca anteriore alla loro assunzione in norme di legge. Inadeguata sembra la concezione, dominante nella dottrina, che nega tale efficacia, ritenendo avvenuto il loro inserimento nello Stato solo in virtù di recezione, o formale (DONATI, *L'efficacia cost. della Carta del Lavoro*, Padova, 1932, p. 16), o materiale (ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, 3<sup>a</sup>, ediz., Milano, 1939, pag. 37). Più approssimata alla realtà invece l'interpretazione del ROMANO, *Corso*, cit., pag. 38, che, prima e indipendentemente dalla legge del 1928, attribuisce valore giuridico alla Carta del Lavoro, pel carattere di

Queste figure sottintendono una distinzione degli ordinamenti, che invece non è ammissibile nel caso considerato. Infatti può osservarsi, da una parte, che i principî emananti dal partito non hanno carattere di norme interne, perché essi sono formulati in modo da indirizzarsi a tutti i cittadini, anche non iscritti, e agli organi statali, e perciò sono emesse dal partito in quanto partecipe della vita dello Stato e non come entità estranea ad esso. D'altra parte, non sembra, come si è già osservato, che sia conciliabile con la sovranità dello Stato l'ammettere che questo assuma da un ordinamento da esso diverso non norme particolari, ma i principî informatori del suo ordinamento <sup>(53)</sup>.

---

presupposto, da attribuire al partito fascista rispetto allo Stato Italiano dopo la Marcia su Roma. Si deve notare che il termine di presupposto, in questo caso, adoperato in senso diverso da quello che ad esso si attribuisce quando si invoca per spiegare l'influenza di un ordinamento su di un altro: quest'ultimo senso, com'è noto, ricorre quando la materia, la cui regolamentazione viene presupposta, sia estranea allo Stato, e perciò da questo non regolabile, ma tuttavia collegantesi con quella sottoposta alla disciplina propria dello Stato (v. ROMANO, *o. c.*, pag. 315). Evidentemente quest'ipotesi non si verifica nei riguardi dei principî informatori dell'ordinamento, quali sono quelli compresi nella Carta del Lavoro. Presupposto, quindi, nel caso in esame non può voler dire se non implicito, connaturato nella struttura dello Stato. Su questo significato di presupposto, o sottinteso v., a proposito delle norme di correttezza, lo stesso ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Prolus. e discorsi accademici*, cit., pag. 66. Si potrebbe chiedere se, in questo caso, nel caso cioè di norme che costituiscono il fondamento essenziale dell'ordine costituito, l'efficacia di queste sia solo indiretta, o se non invece diretta: e se esse non facciano parte di quella che si chiama la natura dell'istituzione. Se presupposto si intendesse invece quale puro antecedente di fatto verrebbe meno, evidentemente, ogni possibilità di attribuire ad esso efficacia di qualificazione delle fonti dell'ordinamento.

<sup>(53)</sup> Efficacemente il concetto, di cui nel testo, è espresso dalla legge tedesca 1-X-1933 per la garanzia dell'unità fra partito e Stato, quando afferma che il partito nazista è il depositario dell'idea tedesca dello Stato e a questo è legato indissolubilmente.

Per gli stessi motivi sopra esposti deve attribuirsi valore, anche pel diritto dello Stato, alle concezioni generali formulate ad opera di fondatori o capi di movimenti politici, che si sono incorporati in una struttura statale. Così si dica della « Premessa » inclusa nello Statuto del P.N.F. dell'anno XVI, che contiene i principî della dottrina fascista, quali sono stati formulati da Mussolini. Tale valore appare chiaro se si considera il partito, portatore di detta ideologia, quale organo di istaurazione rivoluzionaria del nuovo Stato. È stato contestato, soprattutto dal WILK (*o. c.*, p. 189), in opposizione alle opinioni espresse dallo SCHMIDT in senso analogo a quello qui sostenuto, la legittimità di

6. Analoghe considerazioni, relative alle fonti di cognizione, possono farsi per gli atti attraverso ai quali si realizza l'indirizzo politico, destinato, come si è detto, a svolgere il fine dello Stato, a concretarlo ed adattarlo, o anche a completarlo, secondo un'esigenza, che più di frequente si verifica nelle costituzioni, le quali risultano da un accordo fra tendenze o interessi contrastanti, e che pertanto, con l'uso di formule dilatorie, rinunziano a risolvere punti, sui quali l'accordo s'è manifestato impossibile o inopportuno<sup>(54)</sup>; o infine a modificarlo, almeno entro certi limiti, che appresso si cercherà di determinare.

Si potrebbe a questo riguardo, più esattamente da un punto di vista formale, distinguere fra un'attività di governo, che attenendosi ai fini già posti, li svolge, e un'attività costituente, cui propriamente compete l'integrazione o la modifica e dei fini stessi<sup>(55)</sup>. Ma la distinzione, formalmente, ha rilevanza solo per le costituzioni rigide: e anche in queste, come l'esperienza dimostra, modificazioni notevoli avvengono, pur senza il ricorso alla funzione costituente, attraverso l'ordinaria attività di determinazione dell'indirizzo politico e la collegata attività legislativa: ciò che trova la sua spiegazione nell'ac-

---

assegnare a date istituzioni, in modo permanente, il senso loro attribuito da persone che abbiano partecipato al movimento, in virtù del quale esse furono costituite. Contro, si può osservare che il carattere lacunoso o frammentario delle norme costituzionali rende meno facile, che non in quelle legislative, il distacco dall'intenzione di coloro che le posero. Inoltre il procedimento, contro cui le obiezioni riferite son rivolte, in tanto da ritenere lecito in quanto venga operato con riguardo al pensiero di coloro che, per la parte avuta nella formazione dell'istituzione, come fondatori del movimento, o in posizione analogamente rilevante, meglio sono in grado di interpretarne lo spirito.

Del resto non infrequente il caso che valore, per lo meno limitato all'interpretazione delle norme costituzionali, sia attribuito al pensiero di uomini politici eminenti, che abbiano avuta parte notevole nell'instaurazione di un nuovo ordinamento. V., per es., il significato attribuito alle opinioni espresse nel *Federalist* di A. HAMILTON dalla Corte suprema americana. Cfr. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo*, ecc., Torino, 1931, p. 59.

<sup>(54)</sup> Sull'argomento v. soprattutto SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 31 e 118. Sul problema del raggiungimento dell'unità, in caso di programmi interfrazionali, cfr. anche TILOMA, *Die juristische Bedeutung*, cit., per quanto riguarda il significato da attribuire alla seconda parte della costituzione di *Weimar*; e ancora, in modo generale, ENGISCH, *o. c.*, p. 64; HSÜ DAU LIN, *o. c.*, p. 168.

<sup>(55)</sup> Cfr. sulla distinzione fra le leggi costituzionali iniziali e quelle successive, muoventisi nell'orbita delle prime, PANUNZIO, *Teoria gen.*, cit., p. 167.

cennata compenetrazione dell'organo di governo con le forze politiche: quelle stesse le quali sono anche a base del l'attività costituente <sup>(56)</sup>. Quest'ultima osservazione induce a considerare insieme, nelle pagine che seguono fenomeni che sembrano non connessi fra loro, ma che invece sono accomunati dalla funzione di essere immediata espressione del fine dello Stato e di trovare la loro garanzia direttamente nell'azione delle e forze politiche, le quali sostengono l'organizzazione giuridica dello Stato.

Per quanto riguarda la funzione di direzione politica può dirsi che essa, al pari di quella della quale si è prima parlato, si esplica esclusivamente nelle forme previste dalla costituzione, quando si sia compiuto quel processo di integrale assorbimento del partito nello Stato, cui si è accennato, e cioè nella forma di statuizioni, o particolari, da valere per singoli casi, oppure generali e astratte (leggi programmatiche, direttive, piani), e per opera di quelli fra gli organi che, per essere nel più immediato contatto con le forze sociali, acquistano carattere di supremi <sup>(57)</sup>.

Ma l'attività stessa può esercitarsi anche in una fase, anteriore a

---

<sup>(56)</sup> V. HSÜ DAU LIN, *Die Verfassungswandlung*, cit. p. 152 segg.. Sulle relazioni della funzione di governo, come promotrice e garante dell'unità dello Stato, con l'elemento politico della costituzione v. DENDIAS, *o. c.*, p. 30.

Frutto di una raffigurazione non chiara della distinzione fra fine generale dello Stato e indirizzo politico la formulazione della « premessa al programma nazista » (v. la traduzione in BONNARD, *o. c.*, p. 97 nota), in cui, affermata la temporaneità del medesimo, si aggiunge che i dirigenti rifiutano, dopo la realizzazione degli scopi posti dal programma, di porre nuovi scopi al solo fine di permettere al partito di perpetuarsi, profittando artificialmente del difetto di soddisfazione delle masse. Lo Stato rimane nazionalsocialista, ed ha quindi sempre un fine proprio, anche dopo la realizzazione del programma, desunto da esigenze contingenti.

<sup>(57)</sup> Così in Italia il Capo di governo, duce del Fascismo, e il Gran Consiglio, organo contemporaneamente del partito e dello Stato. Assai interessante notare la trasformazione che la pratica costituzionale va apportando alle funzioni del Gran Consiglio, il quale, originariamente concepito come organo consultivo, tende, con maggiore intensità a partire dal 1935, ad assumere compiti deliberativi, che si esplicano nell'approvazione di leggi direttive (Le Carte del lavoro, della razza, della scuola) o nella decisione sulle linee generali relative a comportamenti da seguire dello Stato. V. le deliberazioni riportate nel vol. *Il Gran Consiglio nei primi 15 anni dell'E. F.*, Bologna, 1938, da p. 550 a 645. V. un cenno in PANUNZIO, *La Camera dei Fasci e delle Corporaz.*, Roma, 1939, p. 13: ma i casi considerati dal P. riguardano, piuttosto, l'approvazione di veri e propri progetti di legge di importanza costituzionale.

quella affidata agli organi di governo in senso proprio, da considerare tuttavia pur essa rilevante, specie nei regimi a pluralità di partito, fase che si svolge attraverso le deliberazioni di partito <sup>(58)</sup>.

Intanto quest'attività di direzione politica in senso largo può raggiungere il fine a cui è diretta, e per il quale è qui preso in considerazione, di attuare l'unità fra i vari rapporti svolgentesi nello Stato, in quanto ad essa si attribuisca rilevanza giuridica, e si consideri fornita di carattere vincolante, per lo meno nei riguardi degli altri organi statali, se non anche dei cittadini, per la sfera di attività non regolata da legge <sup>(59)</sup>.

Si è contestato ciò <sup>(60)</sup>, o ritenendo che la natura delle enuncia-

<sup>(58)</sup> Possono, in questo senso, verificarsi dei casi di deliberazioni di assemblee di partito, le quali vincolano gli organi di Stato, che si trovano in un rapporto di dipendenza da esse. Possono inoltre esservi accordi di partiti, che hanno la loro espressione in atti emessi da appartenenti ai partiti stessi, ma nella veste di organi statali, atti però non aventi, dal punto di vista del diritto dello Stato, una funzione precisamente configurata. Così, per es.: gli ordini del giorno delle Camere nei quali si concreta un accordo fra frazioni diverse su un punto che sia stato oggetto di controversia. Per un esempio di accordi di partito realizzati in tale forma, v. LIERMANN, *s. c.*, p. 411 sull'ordine del giorno del *Reichstag* del 12-XII-922, a cui L. attribuisce valore di vera norma giuridica, e che invece HATSCHKEK, *Das Parlamentsrecht des deutschen Reiches*, p. 39, considera come regola convenzionale, in base al suo concetto di *r. c.*, che, come si vedrà, non sembra accettabile.

<sup>(59)</sup> Sul carattere specifico della funzione di queste « leggi di governo » in confronto delle leggi in senso materiale v. un cenno in JENSEN, *Iustiz u. Politik*, Anseatische Verlagsanstalt, s. a, pag. 175. La legge direttiva, in senso proprio, dovrebbe distinguersi dalle leggi che si limitano a porre punti determinati, regole essenziali, senza scendere ai dettagli, i quali vengono affidati a norme successive, da emettere dallo stesso organo o da organi subordinati. A questo proposito v. il cenno di PANUNZIO, *o. c.*, p. 19 che distingue fra leggi iniziali e successive. Sulle « lois de cadre » (in tedesco « Rahmen gesetze »), v. il volume *La réforme de l'État*, Bruxelles, s. a., p. 275.

<sup>(60)</sup> In senso contrario all'efficacia giuridica dei principi istituzionali, o delle norme direttive LEVI, *Istituzioni*, cit., I, p. 164, nella considerazione che esse non hanno sanzione giuridica: ma viceversa lo stesso A. ammette che i principi stessi possono trasformare, sostanzialmente, se non formalmente, un ordinamento giuridico (p. 165); il che farebbe supporre che siano accompagnati da quella sanzione, che viene invece negata. Nel senso di riconoscere il carattere di legge sostanziale alle norme direttive, v. ROMANO, *Corso*, cit., pag. 261, su cui v. appresso nota 65 a pag. 156. V. già JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung*, cit., p. 265, ma sulle direttive fissate dalla costituzione.

Storicamente, un esempio notevole di legge direttiva, sia pure limitata nel tempo, è dato dall'editto del pretore romano, che vincolava, in virtù di autolimita, ad un

zioni che da essa emanano sia tale da non potersene desumere direttamente una norma di condotta, oppure escludendo che alle medesime possa connettersi sanzione giuridica. Mentre, riguardo alla prima obiezione, basterà far riferimento a quanto si è detto in precedenza per affermare la giuridicità delle norme di scopo, bisognerà, a confutare la seconda, ricordare la necessaria correlazione che l'attività direttiva in esame ha, nel momento in cui si esercita, con gli interessi delle forze politiche, e la funzione di assicurazione e di garanzia, che queste esercitano per il pratico attuarsi della medesima <sup>(61)</sup>.

---

determinato modo di esercizio i poteri discrezionali a lui conferiti. V. BETTI, *o. c.*, I, pag. 4-9 segg.

<sup>(61)</sup> Recentemente il CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, Urbino, 1939, pag. 112 segg., pur ammettendo che non osti a far rientrare la direttiva nell'attività sostanzialmente legislativa né la mancanza di una formulazione obbiettiva ed esterna, né la mancanza di assoluta stabilità, ritiene che essa non possa considerarsi tale perché non vincolante. Contro questa tesi possono vedersi le osservazioni del testo, nonché quanto lo stesso A., in contrasto con le sue conclusioni, afferma circa l'effettiva efficacia vincolante delle direttive, almeno nel diritto italiano (pag. 105, nota 53 e pag. 107 segg.: per lo meno pei ministri, dovrebbe riconoscersi loro carattere vincolante) e in contrasto anche con quanto il C. aveva, nelle precedenti pagine del suo lavoro (53-68), affermato sul carattere giuridico dei principi politici di partito, assumenti il valore di principi costituzionali direttivi dell'ordinamento. Questi ultimi non differiscono pel loro contenuto (salvo per la maggiore genericità) dalle direttive, e, quanto alla loro efficacia, essa è affidata agli stessi congegni che funzionano per assicurare l'osservanza delle direttive. Il CRISAFULLI ritiene che l'attività la quale fissa le direttive sia di natura tecnica, se pure giuridicamente rilevante. Senza ripetere qui quanto fu detto precedentemente (pag. 124) sulla distinzione fra attività tecnica ed attività giuridica, può osservarsi come la determinazione dell'indirizzo politico, in sé considerata, indubbiamente opera tecnica, al pari, per es.: di quella rivolta alla formazione del contenuto di una norma di legge. Ma essa non si può isolare dal complesso degli atti nei quali si concreta e dai poteri di cui l'organo di determinazione della direttiva è provvisto, proprio allo scopo di poterne attuare la realizzazione in confronto degli altri organi, che devono collaborare alla trasformazione delle direttive in norme, o in genere negli atti, che le svolgono e realizzano. Altrimenti dovrebbe concludersi che, per es., il Capo del governo, in Italia, nell'emettere le direttive, sia semplice organo di consulenza politica, abilitato ad emettere pareri non vincolanti; ciò che evidentemente sarebbe inesatto. Se si vuole considerare la funzione direttiva come distinta dalle altre, e fornita di una propria rilevanza giuridica, bisogna ricercare la particolare efficacia ad essa attribuibile, senza di che non si riesce a distinguerla da altre, materialmente analoghe, che possono rintracciarsi in altre sfere dell'attività dello Stato.

Infatti il ritenere tali direttive come non vincolanti, nel senso che ora si è detto, può derivare dal carattere di incertezza e di imprevidenza relativamente alla loro effettiva attuazione, e ciò sia in considerazione della posizione dell'organo, che le emette, il quale, per la supremazia di cui necessariamente gode, non potrebbe essere vin-

---

È vero che l'attività che si esplica in manifestazioni di volontà, per essere giuridica deve avere efficacia vincolante: ma si tratta di esaminare meglio se, e in che senso, la posizione dell'indirizzo da parte dell'organo a ciò abilitato possa dirsi non vincolante. Se gli organi, che sono destinatari delle direttive, potessero discrezionalmente modificarle, allora sarebbero essi in definitiva gli autori dell'indirizzo, e verrebbe confermato il carattere di proposta non vincolante dell'atto del governo. Ma così non è. Ad eliminare gli equivoci al riguardo bisogna considerare: 1°) che, essendo i destinatari delle direttive organi costituzionali, non è pensabile un vincolo diretto sulle loro volontà: i mezzi di coazione non possono essere che indiretti, e si realizzano attraverso i poteri, cui si è accennato, dei quali è fornito l'autore dell'indirizzo. Questa situazione è comune a tutti gli atti, anche legislativi, o perfino costituzionali, diretti ad organi costituzionali, e perciò sforniti di sanzione diretta; 2°) che l'indirizzo, appunto perché contenente criteri di massima, è suscettibile di adattamenti e di modificazioni, entro certi limiti, perché si ottenga l'adeguazione di esso alla situazione del momento in cui si realizza: la sua efficacia è, per la natura stessa dell'atto, condizionata ad un simile adattamento, ciò che però non toglie il carattere vincolante; 3°) l'indirizzo può essere anche non attuato: ma questo, o avviene con l'intervento dello stesso organo da cui esso emana, e che, necessariamente partecipa all'attività degli organi di attuazione, e allora si versa nell'ipotesi, di cui nel testo, di abrogazione o di revoca; oppure avviene contro la volontà dell'organo predetto, per l'insufficienza dei mezzi di coazione indiretta a sua disposizione, e, in quest'ipotesi, la crisi costituzionale, che necessariamente ne risulta, porta alla sostituzione di esso. Non sembra che soccorra a giustificare il punto di vista dell'A. la distinzione fatta dal CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pag. 5 e 57 fra tecnica e diritto, poiché essa, senza distaccarsi dal significato consueto di questi termini, è basata sulla scomposizione logica di uno stesso atto, valutabile come mero fatto, dal punto di vista del valore tecnico cioè della corrispondenza allo scopo pratico da conseguire, e del valore giuridico, cioè dell'efficacia nei riguardi del diritto.

Un altro scrittore, che si è di recente occupato della direttiva politica, il FERRI (G. D.), *La funzione di governo e il Gran Consiglio del Fascismo*, Roma, 1939, ritiene invece che essa sia giuridica (p. 62), ma poi afferma (p. 84) che si pone accanto all'ordine giuridico, perché non è costitutiva di questo. Si potrebbe chiedere perché non sia costitutiva (non bastando affermare, com'egli fa, che costitutiva sia solo la legge) e come sia giuridica se, pur essendo la manifestazione primaria della volontà dello Stato (p. 82), non costitutiva. Tanto più la cosa rimane inspiegabile, quando si ammetta, come fa FERRI (p. 105), che la direttiva può agire anche direttamente, senza passare attraverso la legge o l'atto amministrativo. Sul carattere di regole giuridiche delle direttive (diverse dalle norme, che sono concrete e relative alle singole contingenze di ogni fattispecie), v. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., pag. 28).

colato dalle sue precedenti manifestazioni di volontà, e sia in considerazione degli organi, cui sono rivolti, forniti di autonomia costituzionale, e perciò non suscettibili di subire imposizione da parte di altri organi. Ma si può opporre, dal primo punto di vista, che l'organo di direzione politica, legato agli interessi di partito, che egli rappresenta, è obbligato perciò a conformare ad essi il programma di azione, che quindi viene sottratto al suo arbitrio. Nei riguardi poi degli organi che appaiono destinatari delle direttive stesse, il vincolo alla realizzazione di esse si rende attuabile concretamente per l'omogeneità del sentire politico con l'organo supremo, a raggiungere la quale ogni costituzione offre mezzi più o meno diretti.

Quello che è vero è che, in certi casi almeno, il vincolo non è assoluto: ma non perché le norme in parola abbiano un valore subordinato alla volontà dei destinatari, come se fossero di indole dispositiva: esse conservano sempre quell'elemento di coazione, che proviene dalla funzione, loro propria, di riunire in un tutto omogeneo le varie estrinsecazioni dell'attività dello Stato, e dalla posizione di supremazia, che in relazione a ciò, è conferita all'organo che le emette. Ma, anche per il fatto stesso che esse contengono come lo schema di un'attività, destinata a svolgersi in futuro, attraverso un periodo più o meno lungo, durante il quale possono svolgersi eventi che consigliano di deviare, per una parte maggiore o minore, dallo schema, le direttive in parola, di norma, sono emesse con questo sottinteso implicito: che debbano valere in quanto nessuna *causa superveniens*; nessuna mutazione dei presupposti di fatto, sui quali sono formulate avvenga: ma, poiché la constatazione di una mutazione del genere non è affidata all'arbitrio dei destinatari delle norme, ed anzi avviene in quanto intervenga il consenso e il concorso dello stesso organo che le ha poste (come consegue dalla posizione di supremazia che ad esso è fatta dall'ordinamento, e in virtù della quale esse sono emanate) e, d'altra parte, sono determinabili in base ai criteri obbiettivamente desunti dalla convinzione della classe politica, in relazione agli stabili e permanenti interessi pubblici, che questa rappresenta, non sembra possa dalla mutabilità stessa argomentare per l'esclusione del carattere giuridico delle direttive. Non è il caso di indagare qui come si debba spiegare teoricamente, nel campo giuridico, il fenomeno dell'abrogazione di una manifestazione di volontà per opera di un successivo atto della

volontà stessa <sup>(62)</sup>: basterà osservare come, allo stesso modo che una legge non perde il suo valore di legge pel fatto che le statuizioni in essa contenute, quando siano dirette al successivo legislatore, siano da questo, anche implicitamente, abrogate; che una sentenza non perde l'efficacia ad essa propria della cosa giudicata se di essa, in casi determinati, sia consentito chiedere la revoca per la sopravvenienza di circostanze che fanno venir meno i presupposti sui quali essa era fondata <sup>(63)</sup>; che un atto amministrativo non cessa di essere valido e definitivo anche se sia consentito all'autorità che l'ha emanato di revocarlo, se sopravvengano motivi che fanno ritenere venuto meno il fondamento di pubblico interesse sul quale si basava <sup>(64)</sup>, così la possibilità di un adattamento delle direttive politiche alle circostanze sussistenti al momento dell'applicazione non elimina da esse il valore giuridico vincolante <sup>(65)</sup>. L'efficacia giuridica dovrebbe contestarsi se il destinatario di esse potesse, ad arbitrio, discostarsene: non quando invece l'ordinamento predisponga, oltre ad un criterio di giudizio per esaminare obbiettivamente la conformità dell'atto alla direttiva, o al giusto motivo della deviazione dell'atto da essa, anche un congegno organizzativo che consenta all'organo che la pone, o anche ad organi estranei, il controllo della sua osservanza. Se si volesse approfondire la natura giuridica degli atti in parola, quando

---

<sup>(62)</sup> Sul problema, che è da risolvere in modo diverso secondo la posizione in cui si trova ogni organo di fronte ad altri, v. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien u. Leipzig, 1923, p. 230 segg.; ESPOSITO, *La validità*, cit., pag. 75. L'esistenza del limite, cui si accenna, viene negato, ma a torto, nei riguardi delle manifestazioni di volontà degli organi ritenuti supremi; così per la concezione, più tipicamente riscontrabile nel diritto inglese, della legge (RIDGES-KELLY, *Constit. Law of England*, London, 1934, p. 17).

<sup>(63)</sup> Sul punto v. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s. a., I, 302; COSTA, *Le sentenze civili con la clausola rebus sic stantibus*, estratto da *Studi Senesi*, 1930.

<sup>(64)</sup> Cfr. RESTA, *La revoca dell'atto amministrativo*, Milano, 1935, pag. 117.

<sup>(65)</sup> Sostanzialmente analogo sembra il pensiero del ROMANO, *o. l. cit.*, sebbene egli distingua, con riferimento alla legge direttiva, fra la norma, che in sé non sarebbe vincolante, e l'obbligo, che vi si aggiunge, di non distarsi da essa senza un motivo plausibile. L'obbligo sembra connaturato nella norma, essendo questa diretta precisamente a orientare in un certo senso le successive manifestazioni di volontà, e promanando dall'organo che si trova in posizione di superiorità.

Interessante sarebbe studiare la posizione da assegnare alla direttiva nel procedimento che conduce alla formazione della volontà statale, alla quale esso concorre.

abbiano un contenuto generale ed astratto, si potrebbe forse pensare ad un *tertium genus*; fra le norme assolutamente imperative, e quelle dispositive.

7. L'affermazione del carattere istituzionale delle forze politiche, e dell'immediata efficacia, nei limiti che si vedranno, delle manifestazioni di volontà da esse emananti consente di precisare il valore che sia da attribuire alle cosiddette convenzioni della costituzione, che si affermano e si fanno valere per opera appunto delle forze stesse, nel senso di disciplinare l'attività non regolata dalla legge, e inoltre di fornire il criterio atto a valutare, dal punto di vista giuridico, il comportamento degli organi supremi, che si espliciti in contrasto con le norme della costituzione. Sarà opportuno fare breve menzione dei problemi ora accennati, allo scopo di mostrare come la costituzione nel senso materiale qui illustrato, operi per ricondurre nel sistema da essa posto attività che, guardate dal punto di vista della stretta legalità, sfuggono ad esso.

Per cominciare dal secondo dei problemi accennati, è facile rilevare come tutti i tentativi fatti per dare fondamento giuridico, rimanendo nell'ambito del sistema positivo, alle trasformazioni *contra legem* dell'ordine costituzionale si avvolgono in inestricabili contraddizioni.

Anche a voler limitare la considerazione del fenomeno ai mutamenti, i quali hanno come soggetti gli organi posti dalla costituzione formale positiva <sup>(66)</sup>, rimane inspiegabile in che modo gli atti di questi organi, in contrasto con le disposizioni consacrate nella costituzione stessa, siano attribuibili all'ordinamento, del quale fan parte.

È facile osservare che, ove si faccia riferimento esclusivamente all'ordine dei poteri, quale è consacrato dalla costituzione formale, non possa mai trovarsi la giustificazione dell'agire di un organo in difformità da esso. Formalmente, un organo, anche se supremo, può

---

<sup>(66)</sup> Così FERRACCU, *La consuetudine cost.*, in *Studi Senesi*, 1919, pag. 15, nota 1. E analogamente CRISCUOLI, *o. c.*, pag. 546. Invece il problema è in realtà più ampio, comprendendo anche quei mutamenti, che operano in modo più radicale giungendo alla sostituzione degli organi stessi e che tuttavia non sono, per ciò solo, riconducibili alla figura del mutamento rivoluzionario, come appresso sarà chiarito.

considerarsi tale solo in quanto agisca con le forme e i modi voluti dalla costituzione: se si prescinde dalle une e dagli altri, viene a mancare ogni criterio per potere riferire allo Stato l'attività dell'organo; e ciò indipendentemente dall'esistenza di mezzi predisposti per accertare e reprimere le violazioni <sup>(67)</sup>.

Non si agevola la soluzione del problema ove si postuli l'esistenza di una norma implicita in ogni ordinamento, che autorizzi l'attività difforme. Ove la norma stessa si intenda come fornita di un contenuto materiale, bisognerebbe specificare quale sia e donde derivi il contenuto in parola <sup>(68)</sup>. Se poi essa venga considerata come norma in bianco, limitantesi a conferire l'autorizzazione <sup>(69)</sup>, allora si potrebbe ritenere risolta solo la questione della legittimità formale del comportamento illegale, non garantita l'unificazione in sistema, dal punto di vista sostanziale qui ricercato, delle due fonti di produzione svolgentisi in modo autonomo, ed anzi comprovata l'esistenza di un principio di contraddizione alla base dell'ordina-

---

<sup>(67)</sup> Non contribuisce alla soluzione del problema in esame quella presunzione di legalità, alla quale JELLINEK, *o. c.*, p. 16, dava il valore di principio politico dominante il diritto, e che, pur comprendendo, nell'intenzione dell'autore, cose diverse, non esprime, nella sua parte più rilevante, se non la constatazione della validità di atti, anche se difformi formalmente al diritto, quando non si trovi chi possa o voglia sollevare contro di essi opposizioni giuridiche.

<sup>(68)</sup> Cfr. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, cit., p. 42, il quale riconduce la forza obbligatoria della consuetudine costituzionale allo stesso fondamento su cui poserebbe quella della legge, non essendovi differenza fra le manifestazioni di volontà espresse e quelle tacite, con cui gli organi costituzionali regolano le proprie attribuzioni. Questa non è una spiegazione, ma un modo di ampliare il problema, perché le modifiche apportate dalla legge alle condizioni poste per la sua validità sono effettuate in virtù di un potere superiore a quello legislativo, e che quindi ha esso stesso bisogno di essere esplicito nel suo fondamento. Ma, a parte ciò, non s'intende come il potere di agire nell'ambito della legge si possa assimilare a quello di sorpassarne i limiti. V. anche GIROLA, *La consuetudine costituzionale*, in *Recueil Gény*, cit., Vol. III, p. 20 segg., per quanto riguarda l'affermazione di un imperativo rivolto agli organi costituzionali di agire in un dato modo. L'A., non specifica quale sia la sua provenienza e il suo specifico contenuto. Considerazioni analoghe possono farsi per l'opinione del LABAND, *Staatsrecht*, cit., p. 75, secondo cui l'efficacia derogatoria della consuetudine è basata sulla volontà tacita del legislatore, diretta a far cessare gli effetti della legge, consentendo il venir meno dei presupposti di essa.

<sup>(69)</sup> Conformemente alla ricordata opinione del KELSEN.

mento <sup>(70)</sup>. Verrebbe conseguentemente meno, una volta assunto il punto di vista confutato, ogni possibilità di distinguere fra una specie e un'altra di mutamento apportato dall'agire difforme all'ordine formale <sup>(71)</sup>.

Trovare il fondamento della legittimità dell'atteggiamento illegale degli organi costituzionali nella sussistenza del requisito o dei requisiti, che si sogliono considerare necessari per la consuetudine <sup>(72)</sup>, è illusorio, perché ritenere verificati i medesimi in un dato caso non è ancora dare la dimostrazione che la consuetudine, così formata, entri senz'altro a far parte del sistema giuridico nel quale si verifica, non bastando all'uopo, come si è detto, che provenga dalla volontà, o più genericamente, dal comportamento di persone, che rivestano in seno al medesimo la figura di titolari di organi; ed appearing solo un espediente per occultare il carattere extralegale del comportamento stesso, il ricorso ad una norma, implicita, che lo autorizzi.

Il problema non si avvicina alla soluzione neppure ponendo a fondamento dei mutamenti costituzionali la necessità. La necessità, come concetto essenzialmente relativo, è suscettibile di essere determinato solo se si metta in confronto con esigenze previamente dichiarate <sup>(73)</sup>. Essa, com'è stato messo in rilievo <sup>(74)</sup>, non offre di

---

<sup>(70)</sup> Cfr. ENGISCH, *o. c.*, pag. 15.

<sup>(71)</sup> Alla volontà dello Stato, direttamente manifestantesi all'infuori degli organi, si riconducono infatti da alcuni, come si è ricordato, anche i movimenti rivoluzionari: cfr. ESPOSITO, *Organo*, cit., p. 4-8; ed anche FERRACCIU, *o. c.*, pagg. 102 e 116.

<sup>(72)</sup> Mentre com'è noto, l'opinione dominante ritiene necessaria per la formazione di una valida consuetudine il duplice elemento dell'uso continuato e della convinzione giuridica, due altre tesi escludono, o il requisito dell'uso continuato (la scuola storica; e fra gli altri, da noi, SIOTTO PINTOR, in *Studi per Ranelletti*, vol. II, pag. 259) o quello della convinzione giuridica (v. FERRARA, *Trattato*, cit., pag. 137 segg., il quale nega alla consuetudine il valore di una fonte giuridica).

<sup>(73)</sup> Il ROMANO, *Corso*, cit., pag. 313 pone chiaramente in luce come tali esigenze debbano essere quelle istituzionali. Nello stesso senso JELLINEK G., *Gesetz u. Verordnung*, cit., pag. 300.

<sup>(74)</sup> Soprattutto dal MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, Padova, 1934, pag. 58 segg.. È del resto osservazione frequente il carattere estremamente generico della necessità, che può essere considerato perciò come elemento comune alle varie fonti. V. SIOTTO PINTOR, *Lo Stato di assedio*, ecc., in *Giur. It.*, 1910, II, pag. 10.

Raffigura la necessità come mascherante l'arbitrio JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, cit.

per sè il titolo, che possa giustificare l'infrazione del diritto oggettivo, ma agisce solo come condizione capace di rendere attuale e concreto un obbligo preesistente ad essa, dal quale quindi solamente può discendere la legittimazione dell'atto disforme al diritto positivo. Bisogna quindi anche nel caso della necessità, come in quello della consuetudine, risalire ad una fonte di diritto più elevata, destinata a funzionare come criterio per l'inserimento nell'ordinamento degli atti che si presentano in contrasto con la legge.

Se si rinuncia a ricercare quest'elemento di carattere sostanziale, che preceda le norme, non rimane altra soluzione del problema se non il ricorso al fatto, cioè alla constatazione dell'effettivo verificarsi del comportamento illegale e del perdurare dei suoi effetti: ciò che è appunto una constatazione, non una spiegazione <sup>(75)</sup>.

Il fondamento, del quale si va in cerca, non può essere dato se non dal fine politico, il quale, precedendo e condizionando le singole manifestazioni di volontà dello Stato, è capace di conferire ad esse quell'unità non solo formale, della quale si è affermata la necessità. Le forze politiche, le quali pongono questo fine, mentre conferiscono la positività all'attività, che si esplica in deroga alla legge, garantiscono anche la giuridicità di essa, intesa come aderenza agli interessi fondamentali dell'ordinamento. Interessi che funzionano non solo come limite, circoscrivente dall'esterno l'attività in parola, ma anche come obiettivo ch'essa è obbligata a perseguire positivamente.

8. Il modo esposto di considerare il fine politico, consente anche di prendere posizione in ordine alla questione della natura delle c.d. convenzioni della costituzione <sup>(76)</sup>, sempre allo scopo, che si ha ora presente, di determinare l'ambito di efficacia da assegnare ad esso.

---

<sup>(75)</sup> Cfr. JELLINEK, *o. c.*, pag. 326; SIOTTO-PINTOR, nella recensione allo scritto citato di FERRACCIU, in *Archivio giuridico*, 1922, pag. 109; HSÜ DAU LIN, *op. cit.*, pag. 115.

<sup>(76)</sup> La terminologia è desunta dalla pratica inglese, che, per prima, nello Stato moderno, ha dato luogo al fenomeno: ma questo ha portata generale e ne è possibile una determinazione concettuale di carattere generale. Contro, sembra, BISCARETTI, *Le norme*, cit., p. 34. Sul problema delle norme convenzionali, in generale, fuori del campo costituzionale, cfr. SOMLÒ, *o. c.*, p. 72-83, e bibliografia *ivi*.

Un esame approfondito delle medesime dovrebbe cominciare con il distinguere fra quelle che attengono esclusivamente alla cortesia, all'etichetta, al cerimoniale (77), o ubbidiscono ad esigenze di generica opportunità, non connesse in alcun modo con i fini cui il funzionamento degli istituti deve corrispondere, e che perciò riguardano la sfera di attività irrilevante pel diritto; e le altre le quali invece sono in correlazione con i fini predetti. Limitando il discorso a queste ultime, non sembra si possa condividere la tesi che tende ad escludere da esse carattere giuridico: tesi che, così come si suole comunemente formulare, è tautologica, oppure presuppone implicitamente un concetto di diritto, che non appare accettabile.

Si dice che le norme predette appartengono ad uno stadio pregiuridico, costituiscono, o possono costituire un momento formativo della consuetudine, ma, fino a quando non abbiano dato luogo a questa formazione, valgono solo di fatto (78). Il Romano ha tentato di meglio determinare il fondamento di questa tesi, affermando che le convenzioni stesse non sono giuridiche, in primo luogo, perché non istituzionali e, in secondo luogo, perché non accompagnate o determinate da un'*opinio iuris* (79).

Sorge dubbio se si tratti di due motivi diversi, o solo di due

---

(77) Così, desumendo degli esempi dal citato scritto di BISCARETTI, può dirsi dell'uso di porgere gli auguri di capo d'anno al Sovrano, di commemorare i deputati defunti, ecc..

(78) Questo modo di considerare il problema è comune a molti scrittori: cfr. HATSCHKEK, *Konventionalregeln*, ecc., in *Jahrbuch des öff. Rechts der Gegenwart*, 1907, p. 73 (che attribuisce alle norme in parola uno scopo di giustificazione postuma di un comportamento contrario al diritto); KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 103 segg. (che nega la giuridicità dell'agire *contra legem*, ma l'ammette, con incongruenza, quando essa si sia trasformata in consuetudine); ROMANO, *Diritto e correttezza*, cit., p. 64. Sostanzialmente nello stesso senso, LEVI A., *Istituzioni*, cit., I, p. 168 e CROSA, *Il fine politico*, ecc., cit., p. 163.

(79) Più chiaramente nel *Corso di diritto cost.*, cit., p. 39. Il BISCARETTI, che segue l'opinione del ROMANO, ha precisato che le norme di correttezza si differenziano dalle consuetudini giuridiche: 1° per la loro sussistenza all'infuori del decorso del tempo; 2° per il motivo della loro osservanza, che non è il dovere giuridico, ma la lealtà, la convenienza, e perfino la necessità, ma la necessità pratica; 3° per la maggiore elasticità e pieghevolezza (p. 95). Non è però chiaro se l'autore ponga fra le due categorie una differenza qualitativa, come parrebbe dal brano citato, o solo una quantitativa, come si potrebbe desumere da quanto è detto a pag. 127. Nel senso del ROMANO, v. anche GIROLA, s. l. cit.

aspetti di uno stesso motivo. Per potere risolvere il dubbio nel primo senso bisognerebbe attribuire alla mancanza dell'*opinio iuris* carattere assoluto, ritenere cioè che il comportamento voluto dalle o.c. non possa mai considerarsi adempimento di un obbligo, e non possa quindi mai essere accompagnato da sanzioni. Ma questa non sembra l'interpretazione esatta, poiché lo stesso Romano ammette che dalla mancata osservanza delle n.c. possa conseguire l'applicazione di una sanzione, di carattere giuridico <sup>(80)</sup>. Quindi, per lo meno in questi casi, verrebbe meno l'autonoma rilevanza di questo carattere differenziale. Sembra perciò doversi desumere da questa considerazione che il secondo motivo sia da ricondurre al primo, nel senso che la mancanza di *opinio* sia non altro se non l'espressione e la conseguenza della non istituzionalità. Ma anche il modo di intendere quest'ultimo requisito può offrire ragione di dubbio, essendo esso suscettibile di una duplice interpretazione. Infatti non istituzionalità può significare mancanza nelle norme convenzionali dei requisiti di carattere formale, necessari perché possano essere ricondotte all'istituzione. Ma tale interpretazione non sembra aderente al pensiero del Romano, perché in contrasto con la sua concezione del diritto, specie per l'ammissione, ch'egli fa, della validità della consuetudine *contra legem* e della necessità, la quale operi nel senso di alterare l'ordine legale. Si deve quindi ritenere più esatto che il Romano abbia voluto attribuire alla qualificazione predetta il secondo dei suoi possibili significati: abbia cioè voluto esprimere l'appartenenza delle norme in parola ad un'istituzione diversa da quella statale, sicché la loro osservanza costituisca adempimento di un obbligo desunto da un ordinamento diverso dallo statale (sebbene a questo connesso) nel quale vigono doveri di lealtà, onore, convenienza, non derivanti dal medesimo. In virtù di questo carattere le o.c. differirebbero da quelle giuridiche per il fatto che, anche quando la loro violazione appare rilevante per lo Stato, cioè anche quando questo faccia derivare dalla medesima una sanzione propria, lo fa senza assumere nel suo ordinamento il comando proveniente

---

<sup>(80)</sup> La giuridicità della sanzione sembra ammessa dallo stesso ROMANO, come si desume dall'affermazione che non è tale elemento che può determinare la differenza con la norma giuridica (v. scritto cit., p. 66 e BISCARETTI, *o. c.*, p. 96 e 128): con che pare voglia farsi riferimento a sanzioni dello stesso ordinamento non di ordinamento diverso.

dalle norme stesse, bensì rinviano all'istituzione alla quale esse appartengono.

Il Romano, per sostenere la sua tesi, parte dalla distinzione fra norma giuridica e norma giuridicamente rilevante, ed afferma che le norme di correttezza, le quali servono come sussidiarie a quelle giuridiche, in quanto offrono il criterio per l'adempimento in concreto di un obbligo, genericamente imposto dal diritto, appartengono alla seconda di dette categorie <sup>(81)</sup>.

Un altro argomento per la sua tesi desume lo stesso autore dal carattere variabile delle norme di correttezza, partendo dal concetto che una norma è giuridica solo quando sia suscettibile di essere formulata in modo generale e da valere quindi anche per l'avvenire, ciò che è da escludersi nei riguardi delle convenzioni, le quali sono indeterminate e vaghe e non prendono consistenza se non in rapporto a date fattispecie <sup>(82)</sup>.

Ma sembra si possa, in contrario, affermare che, allorché la legge si limiti ad affermare genericamente un potere, lasciando al destinatario di esso di determinare le modalità pel suo adempimento nei casi concreti, l'assunzione che questi faccia di regole sociali, necessarie per l'esplicazione del potere, trasformi in giuridiche le medesime, s'intende limitatamente al caso che esse vengano a disciplinare. Pensando altrimenti non si riuscirebbe a rinvenire alcuna norma giuridica, all'infuori di quella che conferisce la facoltà, da cui possa risultare legittimato nel comando concreto emesso, in esplicazione della medesima: ciò che sarebbe in contrasto con il fatto della sindacabilità, nel merito, dell'attività così posta in opera, sia rivolta all'accertamento della responsabilità del soggetto che l'esplica, sia a quello della validità dell'atto che ne risulta, sindacabilità che importa l'assunzione di un criterio obbiettivo di misura, o, in altri termini, di una norma.

Così pure, sembra potersi affermare che l'essere un comporta-

---

<sup>(81)</sup> Cfr. *o. c.*, p. 65, nota I.

<sup>(82)</sup> ROMANO, *s. c.*, pag. 65. E, per la variabilità, cfr. DICEY, *Introduction to the Study*, ecc., London, 1931, pag. 30; ma, com'è noto, nel pensiero del D., come in genere della dottrina anglo-sassone, la giuridicità è esclusa non tanto da questa, quanto dalla impossibilità del sindacato da parte dei tribunali: sindacato considerato come elemento necessario a conferire carattere giuridico alle norme.

mento legato alle contingenze della situazione in cui si attua non toglie carattere di giuridicità alla norma assunta per dirigerla, se essa appaia necessaria per concretare l'obbligo di buon adempimento del potere che grava sul soggetto dell'azione <sup>(83)</sup>. Non è che, in questo caso, la norma non sia suscettibile di generalizzazione: è che la generalizzazione è subordinata alla sussistenza delle stesse circostanze di fatto, verificantesi nella fattispecie in cui ha trovato applicazione. Il passaggio dalla convenzione, che risulti applicabile solo in considerazione di una determinata situazione, alla consuetudine non rappresenta il passaggio da una fase non giuridica ad una giuridica, ma invece quello da un modo ad un altro di concretizzazione della norma, dal caso in cui l'applicazione di questa è subordinata alla valutazione delle circostanze che accompagnano la fattispecie, a quello nel quale essa ha luogo all'infuori di tale valutazione. Del resto un analogo fenomeno si verifica nel campo dell'attività amministrativa dello Stato, la quale, non essendo regolata dalla legge, deve trovare in norme di buona amministrazione la disciplina del suo esplicarsi, mai arbitrario. Alcune di tali norme rimangono insuscettibili di assumere validità assoluta, essendo la loro determinazione connessa alle particolarità delle situazioni contingenti, ma non per questo sono da considerare meno giuridiche, in quanto offrono il criterio per giudicare dell'osservanza nei casi concreti dell'obbligo di buona amministrazione, gravante su ogni soggetto esplicante attività amministrativa <sup>(84)</sup>. Altre invece, o attraverso la prassi amministra-

---

<sup>(83)</sup> Cfr. RADNIZKY, *Dispositives und mittelbargeltendes Recht*, cit., p. 393. Si deve però chiarire che non la necessità è la fonte, ma l'obbligo dell'adempimento del fine, nella sua indispensabile connessione con il mezzo posto dalla regola convenzionale. V. anche DONATI, *Lacune*, p. 155, sostanzialmente in questo senso, ma con una formulazione che, per quanto riguarda il fondamento del governo parlamentare in Italia, sembra inesatta, non potendosi ritenere che l'obbligo sia da rinvenire nell'art. 65 dello Statuto, ma solo in un postulato politico. Così RAGGI, *Sul fondam. giur. del gov. parl. in Italia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, p. 453, il quale però erroneamente ritiene che, desumendosi il modo di esercizio di un potere da un'esigenza politica, si sottragga a quest'esercizio ogni base giuridica. V., anche per la giuridicità delle convenzioni HSÜ DAU LIN, *o. c.*, pag. 164, ma partendo dalla concezione dello Stato come autoscopo, e desumendo quindi la necessità dalla realtà di vita dello Stato, più che dalle esigenze di un dato orientamento politico. Per la giuridicità delle convenzioni v. altresì HAURIU, *Précis*, cit., p. 221; PARESCÉ, *Genesi*, cit., pag. 106 e segg..

<sup>(84)</sup> Assai notevoli, a questo riguardo, le osservazioni del ROMANO, voce *Annulla-*

tiva, o per opera delle pronuncie giurisdizionali, assumono carattere di rigidità, e ne è considerata obbligatoria l'attuazione indipendentemente dalle singolarità delle fattispecie, formando così un limite legale all'attività discrezionale, cui, per distinguerlo dai limiti posti direttamente dalla legge, si dà il nome di eccesso di potere <sup>(85)</sup>. Non altrimenti avviene nel campo dell'attività costituzionale, che non si può ritenere abbandonata all'arbitrio, se anche di essa non sia possibile un controllo giurisdizionale.

Ma, a parte ogni più ampio esame delle questioni cui si è per ultimo accennato, è da osservare che, anche se non si dovessero accogliere le opinioni espresse sul valore da attribuire alle regole sociali, alle quali la legge fa rinvio, non si dovrebbe da ciò dedurre il rigetto del carattere giuridico anche nei riguardi delle norme convenzionali. Per lo meno per quelle fra esse meno vincolate alle particolarità delle circostanze di fatto, il carattere di norma giuridica dovrebbe venire riconosciuto, non in via indiretta, bensì direttamente. Esse infatti sembra possano considerarsi istituzionali, ossia attribuibili alla volontà dello Stato, per una duplice ragione: anzitutto per la fonte da cui emanano, le forze politiche cioè, incorporate nell'istituzione, anche se non sempre formalmente, destinate a svolgere un'attività esplicatrice ed integratrice della costituzione; in

---

*mento nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Digesto*, I, Torino, 1937, che considera il vizio derivante da norme di opportunità come vizio invalidante.

<sup>(85)</sup> Le considerazioni fatte sembrano convalidare l'opinione che, dei due elementi della consuetudine: l'*opinio iuris* e l'uso, tende a porre l'accento sul primo (PUCIITA, SAVIGNY, SIOTTO-PINTOR). L'uso di per sé non potrebbe generare l'*opinio*, come dimostra il fatto di usi non vincolanti: l'*opinio* quindi precede e l'uso agisce come mezzo di rivelazione. Ma, da una parte, vi possono essere modi diversi dall'uso per l'accertamento della convinzione, e, d'altra parte, vi possono essere convinzioni non suscettibili di uso ripetuto, perché relative a comportamenti legati a situazioni di fatto variabili. È vero che, come si è avanti sostenuto, il diritto è regolarità, costanza: ma anche nelle ipotesi considerate per ultimo è possibile scorgere l'elemento di stabilità, se i vari comportamenti ispirati alle esigenze particolari si riconducono al fine cui tutti sono rivolti. La consapevolezza della necessità, sia pure limitata ad un singolo caso, che dà carattere giuridico all'atto proviene dal fine. Naturalmente, se si eliminasse l'uso ripetuto dalle condizioni necessarie per potersi avere la consuetudine, mancherebbe ogni criterio per distinguere da questa fonte le convenzioni della costituzione.

secondo luogo, per la connessione obbiettiva delle norme stesse con le esigenze dell'istituzione <sup>(86)</sup>.

Non si opponga che non vi è altro modo di accertare questa connessione se non il fatto dell'effettivo affermarsi del comportamento, poiché se è vero, da una parte, che, per la posizione delle forze politiche, la determinazione del contenuto dell'attività necessaria per la realizzazione del fine non può essere affidata se non alle medesime, d'altra parte questa determinazione non è arbitraria. Ciò che, come s'è detto, è dimostrato, da una parte, dal collegamento di essa con un'organizzazione complessa e stabilmente legata ad interessi, che la portano alla costanza del comportamento; dall'altra, dalla esistenza di sanzioni implicite nell'organizzazione stessa.

9. Quanto si è detto consente di prendere posizione anche sul problema della distinzione fra principi generali giuridici e principi politici <sup>(87)</sup>. Escluso che essa possa poggiare sul diverso grado di determinatezza o di variabilità della loro formulazione, rimane decisiva solo la considerazione della posizione costituzionale delle persone o dei corpi da cui emanano (posizione che è da determinare anche all'infuori di criteri formali, in base alla connessione degli interessi, di cui essi sono portatori, rispetto a quelli statali) e dell'intenzione avuta da costoro nell'emetterli. Quando tale intenzione sia nel senso di vincolare alla osservanza dei principi, o solo gli organi dello Stato, o anche i cittadini, sussista ed essa sia accompagnata dal potere necessario a renderla concretamente efficiente, vale a conferire carattere giuridico ai medesimi <sup>(88)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> Ciò che appunto fornisce il criterio per giudicare della giuridicità delle norme: v. ROMANO, *Ordinamento*, cit., pag. 42; SOMLÒ, *o. c.*, pag. 76. Il BISCARETTI, *o. c.*, pag. 32 e 162, fa presente la riconducibilità delle norme convenzionali ai principi politici posti a fondamento di un ordinamento costituzionale: ma non sembra deduca da questa considerazione le conseguenze possibili. V. CROSA, *I principi*, cit., pag. 21.

<sup>(87)</sup> Su cui di recente v. CRISAFULLI, *I principi costituz. dell'interpr. e applic. delle leggi*, in *Scritti giuridici per S. Romano*, Padova, 1939, pag. 21 e segg.; BISCARETTI, *o. c.*, pag. 112. V. per un'esemplificazione, da cui si trarrebbe la distinzione fra principi politici e giuridici, RIZZO, *La responsabilità regia*, cit., pagg. 248, 253, 271.

<sup>(88)</sup> Incerto su questo punto appare il pensiero del CRISAFULLI, (*o. l. c.*) e quello del CROSA, al quale il primo si richiama: e l'incertezza sia nel momento della determinazione di quello che si deve ritenere « fenomeno rilevante » al fine dell'inserzione del principio

Ci si può chiedere se non sia da dedurre come prova contraria all'ammissione che qui si è fatta della giuridicità dei principi in parola, il fatto, riscontrabile in molti casi, che dei principi stessi sia, posteriormente alla loro formulazione, affermata espressamente la obbligatorietà per mezzo di atti appartenenti ad una delle fonti formali positive <sup>(89)</sup>, o, addirittura, sia riprodotto, senza mutamenti, nella veste propria di una di tali fonti, il contenuto dei principi stessi.

---

politico nell'ordine giuridico. O esso si fa consistere nell'accoglimento del principio stesso in singole norme o istituti positivi, e allora esso avrà valore in virtù di astrazione e generalizzazione (ciò che, secondo l'opinione degli stessi autori, non esaurisce la portata dei principi in parola): oppure la rilevanza può essere anche implicitamente accertata, e allora si tratta di chiarire per quale ragione essa non possa desumersi dalla struttura fondamentale dell'ordinamento, dalle forze che la sostengono e dalle esigenze che esse fanno valere. È contraddittorio, sembra, postulare un principio che preesista alle concrete applicazioni e ne costituisca in certo modo la guida, e negare ad esso carattere giuridico fino a quando non abbia dato luogo a tali concrete applicazioni da parte dell'ordine legale, dalle quali solo trarrebbe la giuridicità. Non persuasiva appare l'affermazione del CROSA, anche per la considerazione che egli (*Osservazioni nei principi generali*, ecc., cit., pag. 20 e 23), richiamandosi al ROMANO (*L'instaurazione di fatto*, ecc., in *Archivio giuridico* 1902, pag. 3) ammette che in caso di trasformazione di regime i principi predetti possano regolare da soli i rapporti sociali. Se quindi i principi hanno un diretto valore normativo nel momento del sorgere dell'ordinamento, non si intende come, una volta costituito un sistema di fonti derivate, i medesimi, che pur hanno determinato la disciplina di queste, debbano essere retrocessi ad una posizione di pregiuridicità; cioè quando si rifletta che essi non sono mai assorbiti interamente in queste fonti, ma operano direttamente per la parte non regolata da queste e presiedono al processo della loro trasformazione. Si dovrebbe, per lo meno, ritenere che i principi in parola siano fonti immediate di diritto sostanziale pel legislatore. Uguale incertezza sembra siavi in ORIGONE, *s. c.*, pag. 23, in ordine al criterio in base al quale argomentare pel passaggio del principio politico nella sfera giuridica. V. anche per la distinzione fra norme giuridiche consuetudinarie e regole di fatto della prassi politica BILFINGER, *s. c.*, p. 60. Cfr., in senso, che sembra analogo a quello qui sostenuto, la relazione ministeriale al libro 1° del nuovo Codice Civile sul modo d'intendere i principi generali dell'ordinamento giuridico, a cui fa riferimento l'art. 3 delle disp. preliminari, nonché la relazione ministeriale del T. U. delle leggi sulla P. S. del 6-XI-1926 (titolo VIII: intorno al concetto di ordine nazionale dello Stato). Ove l'art. 3 preleggi si intendesse comprensivo anche dei principi generali non codificati, politici secondo l'opinione comune, allora a tale espressione dovrebbe attribuirsi un duplice significato: in generale, nella possibilità di questa duplice significazione cfr. DONATI, *Lacune*, cit., p. 169.

<sup>(89)</sup> Così come avvenuto per la Carta del lavoro per opera della c.d. legge di recezione del 1928. Naturalmente non presenta nessuna difficoltà l'ipotesi della traduzione dei principi in norme, che li svolgono e ne rappresentano una fase di realizzazione.

Non sembra però che il dubbio sia fondato: nell'ipotesi considerata non viene adoperata la trasformazione in giuridica di una fonte non giuridica, ma si attua solamente il passaggio di un atto normativo da una ad un'altra fonte di produzione. Si ha cioè un esempio specifico di un fenomeno più generale, che comprende figure varie: o di passaggio di una norma da una fonte in una diversa dello stesso ordinamento <sup>(90)</sup>, o di riproduzione di essa in un atto della stessa fonte: figure, ognuna delle quali dà luogo a conseguenze giuridiche diverse (e che possono trovare la loro giustificazione in motivi vari, come quello di estendere l'ambito di efficacia, o conferire maggiore certezza o stabilità ecc.), ma che in ogni caso hanno come comune presupposto la giuridicità dell'atto originario <sup>(91)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> Un esempio dell'ipotesi prospettata nel testo potrebbe desumersi dal diritto romano, nel quale un principio affermato nell'editto pretorio poteva divenire principio consuetudinario e entrare per tal modo a far parte del *ius civile*: ma, prima dell'inserzione in questa fonte, aveva valore giuridico per altro titolo, anch'esso valido.

<sup>(91)</sup> Naturalmente, l'efficacia del principio politico sarà diversa secondo il tipo di ordinamento: possibile quindi o solo nello spazio lasciato libero dalle norme materiali, o anche contro la disposizione di queste. Il collegamento, che deve necessariamente presupporre esistente fra le forze politiche di partito e gli organi di governo esclude la possibilità di un conflitto di indirizzi.

Un'applicazione dei principi sostenuti nel testo può farsi nei riguardi della Carta del Lavoro, circa cioè il suo valore di fonte diretta di diritto per quei principi in essa consacrati, che non abbiano ancora trovato neanche un principio di attuazione in norme legislative. L'opinione, che esclude in questo caso valore di fonte alla Carta del Lavoro e contesta che essa possa trovare applicazione sotto la specie di principi generali (su di essa v. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1935, pag. 57; DONATI, *Carattere costituzionale della Carta del Lavoro*, pag. 20 estratto) è basata sulla tesi (su di essa v. DONATI, *Lacune*, cit., pag. 139 e 251) secondo la quale gli organi di legislazione secondari, o più generalmente gli interpreti, devono attenersi solo ai principi desumibili dalla legislazione formale, senza possibilità di attuare, o svolgere principi diversi. Ma accogliere quest'opinione significherebbe creare inevitabilmente un elemento di disarmonia nel sistema. V. in questo senso PERGOLESI, *La costituzione come fonte di validità*, ecc., in *Rivista di diritto pubblico*, 1937, I, pag. 134; TAMBARO, *La dichiarazione XVII della Carta del Lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1937, I, pag. 605. Tanto più grave la disarmonia se si ritenesse con il DONATI (*o. l. cit.*), l'inapplicabilità dei principi della Carta, non codificati, anche per le giurisdizioni di equità: in contrario è da osservare come, in base alla considerazione unitaria dell'ordinamento, non potrebbe mai ammettersi una prevalenza dei principi equitativi affermati dalla coscienza sociale, ove questi contrastassero con quelli affermati come valori supremi dall'ordine costituzionale. Per

10. Per concludere, è da esaminare in quali direzioni il fine politico può esplicitare efficacia giuridica diretta.

Può dirsi, riassuntivamente, che essa è suscettibile di esplicitarsi o nell'attività formativa di nuovo diritto, o in quella di attuazione del diritto preesistente. La prima ipotesi si ha anzitutto nell'esplicamento della funzione di governo, e di quella legislativa (le quali pertanto, anche dal punto di vista del loro contenuto, sono apprezzabili giuridicamente e non appartengono ad uno stadio pregiuridico), e poi nelle varie forme di completamento dell'ordine giuridico, rese necessarie dalla mancanza di regolamentazione, mancanza che può essere, o volontaria, e dar luogo alle varie forme di esercizio di discrezionalità e al connesso potere di autonomia, concesso ad organi, enti pubblici, o anche singoli privati; oppure può essere effetto di imprevisione, e dar luogo a quelle che si soglion chiamare le lacune dell'ordinamento.

Mentre nei casi rientranti nelle ipotesi ricordate per ultimo l'efficacia diretta del fine non può mai mancare, qualunque sia il tipo al quale i singoli sistemi positivi si informano, nei casi, invece, che corrispondono all'altra ipotesi influiscono di più, a restringere o ad ampliare il campo dell'efficacia predetta, i principî organizzativi propri di ogni particolare ordinamento. Si può dire, a questo riguardo, che gli ordinamenti moderni (fatta astrazione di quelli anglo-sassoni, regolati, almeno per una loro parte, da principî diversi, oscillano fra due estremi: alcuni informati alla concezione dello Stato di diritto, in base alla quale si tende ad escludere ogni influenza dal fine politico nel momento dell'applicazione della legge, considerandosi l'interprete come mero esecutore meccanico di questa e quindi si limita l'efficacia del fine stesso, come pure dell'indirizzo politico, al momento della formazione della legge, e all'attività dei soggetti di autonomia; altri (di cui l'esempio più caratteristico si ha nello Stato sovietico) <sup>(92)</sup>, che, pur conoscendo una regolamen-

---

una recente affermazione del carattere di norma giuridica dei principî in parola V. ora la decisione della Cassazione Civile, II Sezione, 7 marzo 1939 in *Rivista del Lavoro Commerciale*, 1939, pag. 513 con nota A. BOZZI.

<sup>(92)</sup> Sul carattere strumentale e sul valore di direttiva della legge nel regime sovietico, cfr. MIRKINE-GUETZEVICH, *La théorie générale de l'État soviétique*, Paris, 1928, p. 78 segg., 116 segg.; e PINELLI, *La natura dello stato sovietico*, estr. dalla *Rivista di filos.*

tazione generale ed astratta, conferiscono all'interprete il potere di subordinare nei casi concreti l'attuazione di questa all'accertamento della rispondenza di essa al fine generale dell'ordinamento.

Ma, in realtà, anche nei primi si afferma in pratica, sia pure in misura assai più limitata che non negli altri, la rilevanza del fine: così sembra che su di questo sia da porre il fondamento dell'interpretazione progressiva<sup>(93)</sup>. Il motivo addotto da alcuni<sup>(94)</sup>, per giustificarla, ossia la volontà dello stesso legislatore, quale risulta espressa nelle nuove leggi diverse da quella da interpretare, non appare fondata su una base logica, poiché, com'è stato giustamente obiettato<sup>(95)</sup>, anzitutto occorrerebbe che vi fosse dubbio nella dizione della legge, l'interpretazione evolutiva non trovando applicazione quando la legge da interpretare fosse univoca, e, in secondo luogo, anche, in caso di dubbio, dovrebbe esser fatto riferimento ai principi che si possono considerare normali, non a quelli, che, per essere troppo nuovi e limitati, non sono da ritenere informativi del sistema. È però, d'altra parte, da osservare come sia difficile decidere, in

---

*del diritto*, 1931. Le osservazioni fatte nel testo portano ad escludere l'esattezza dell'opinione, abbastanza diffusa, che tende a negare il carattere giuridico allo Stato sovietico (v. per es.: JEZE, nella *Prefazione* al cit. volume del MIRKINE; ORLANDO, *Metodo e tecnica giuridica*, ecc., in *Scritti per A. Salandra*, Roma 1928, p. 62). Meno accentuato, ma anche rilevante, il fenomeno si presenta nell'ordinamento nazionalsocialista tedesco, che ha sviluppato la tendenza al diritto libero, anche prima diffusa nella dottrina filosofica e giuridica germanica. V. SCHMITT K. H., *Treu und Glauben*, cit., p. 103, nota 380, sulla distinzione fra norme non corrispondenti al sentimento popolare, ma volute, come tali, dal Führer, di cui l'applicazione è imposta in ogni caso al giudice, e norme del genere non volute e quindi non vincolanti l'interprete. L'A., però, restringe la sfera del sentimento popolare, distinguendo un campo del diritto vero e proprio, dove domina il senso giuridico, e un campo dell'ordine, dove questo senso non ha nulla da dire. In realtà due campi non possono distinguersi, poiché decisiva in entrambi è la volontà politica. V. anche FAUSER, *Das Gesetz im Führerstaat*, A. o. R., 1935, pag. 135.

<sup>(93)</sup> Un esempio notevole di influenza delle dottrine politiche nell'interpretazione del diritto esistente ha fornito di recente il D'AMELIO, *Influenza di progetti di codici sulla giurisprudenza*, in *Studi di dir. comm. in onore di C. Vivante*, Roma, 1931, I, pag. 315, dimostrando l'efficacia di fatto esercitata dai progetti di codici sulla giurisprudenza. Il progetto, come tale, prima della sua trasformazione in legge, vale appunto come parte dell'indirizzo politico.

<sup>(94)</sup> V., per es.: DEGNI, *L'interpretazione delle leggi*, Napoli, 1906, p. 165.

<sup>(95)</sup> Dal DONATI, *Lacune*, cit., p. 205.

mancanza di un qualsiasi criterio direttivo, quando i nuovi principi possano considerarsi sufficientemente consolidati, per potere riuscire suscettibili di porsi come elemento di interpretazione delle norme <sup>(96)</sup>. Si sfugge a queste difficoltà se si faccia riferimento non alle nuove leggi, bensì all'indirizzo politico, che le precede e le trascende, e si derivi direttamente da questo il vincolo di uniformare ad esso i criteri interpretativi <sup>(97)</sup>.

Inoltre, sempre in tema di interpretazione, l'importanza del fine si palesa nella determinazione e nel superamento delle contraddizioni che, come si è ricordato, possono prodursi fra parte e parte dell'ordinamento <sup>(98)</sup>.

**11.** L'argomento in esame si connette con quello dell'integrazione delle norme positive, attraverso la deduzione dei principi impliciti in queste. A proposito di tali mezzi di integrazione è da

---

<sup>(96)</sup> Secondo il GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amm.*, Milano, 1939, p. 133, sembra che basti una sola attuazione legislativa, perché sia possibile la conoscenza del nuovo scopo politico.

<sup>(97)</sup> Il presupposto politico, relativo all'intangibilità della legge da parte dell'interprete, è connesso con la posizione di supremazia fatto al legislatore, al quale esclusivamente si affida il compito di apprezzare l'esistenza di nuove esigenze sociali e di provvedere alla loro soddisfazione. Un diverso punto di vista implica, come già si è osservato, tutto un complesso di principi organizzativi diretti a porre in connessione il giudice con l'ordine politico. Degna di menzione a questo proposito la recente disposizione del Guardasigilli, che ha prescritto l'obbligo per i vincitori del concorso di ammissione nella carriera giudiziaria, della frequenza, prima dell'assunzione alle funzioni, al corso di preparazione politica tenuto per cura del P. N. F. V. anche ROMANO DI FALCO, *L'elemento politico nell'interpretazione delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1929, pag. 68 e segg.; nonché le osservazioni di JEMOLO, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in *Scritti per F. Cammeo*, cit., 33, tendenti a porre in rilievo come, allorché si introduca nel diritto statale il concetto di uno scopo supremo, si manifesta la tendenza ad escludere alcune di quelle autolimitazioni, rispondenti obiettivamente al principio della certezza del diritto.

<sup>(98)</sup> V. sull'argomento BONUCCI, *Il fine dello Stato*, cit., pag. 16, che vede nelle giustificazioni e nei fini dell'ordinamento, i principi generali di diritto, sia pure intendendoli non quali norme, bensì rilevanti per rinvio che ad essi fa la norma. E inoltre ENGISLI, *o. c.*, p. 13.

La conciliazione fra l'indirizzo soggettivo e quello oggettivo dell'interpretazione affidata al fine politico, al quale sono ugualmente sottoposti legislatore e interprete, appare assai più soddisfacente, perché concreta e determinata, che non quella affidata al diritto naturale, o ad una generica realtà sociale.

mostrare come il fine politico influisca sia nel determinare la scelta dell'uno o dell'altro, nel caso di silenzio della legge, sia nella fissazione dei limiti, entro i quali il criterio prescelto può essere impiegato.

È frutto d'illusione ritenere che l'assunzione di uno dei mezzi di integrazione (analogia, o argomento *a contrario*) possa farsi in base ad un'esigenza logica, di carattere perciò universale, valida per ogni sistema, ed attuabile anche senza espresso rinvio. Che questo sia pare da escludersi, già empiricamente, per l'esistenza di opinioni che, mettendo come premessa una determinata esigenza logica, giungono a conclusioni opposte fra loro <sup>(99)</sup>, nonché di sistemi legislativi, è il fine proprio di ogni singolo ordinamento che può fornire il criterio, nel silenzio della legge, per l'assunzione di uno o di un altro dei mezzi predetti. Così, quando si afferma che dal complesso delle disposizioni particolari su casi determinati non possa desumersi come esigenza logica l'estensione delle medesime a casi analoghi, ma debba invece ritenersi implicita la volontà di non imporre nessuna limitazione, fuori di quelle espressamente considerate <sup>(100)</sup>, si obbedisce ad un presupposto politico, che si tende ad universalizzare e a considerare proprio di ogni ordinamento, quello di attribuire alla norma giuridica il requisito della massima certezza e prevedibilità, per la garanzia della libertà dei singoli. Ma mentre,

---

<sup>(99)</sup> Così in Italia, il DONATI, *Lacune*, cit., pag. 4-6 e segg., muovendo da una concezione volontaristica del diritto positivo, ha dato la dimostrazione dell'inesistenza di un criterio logico che costringa all'assunzione dell'analogia come mezzo di integrazione. V. anche EHRLICH, *Juristische Logik*, Tübingen, 1925, pag. 243. Per una affermazione recente del secondo contrario punto di vista, v. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pag. 132, che riconduce l'analogia all'interpretazione e la ritiene quindi applicabile senza necessità di richiamo. Da notare però che il Bobbio giunge a questa conclusione, muovendo da un concetto obbiettivo della volontà del legislatore. V. le osservazioni di W. JELLINEK, *Gesetz, ecc.*, cit., pag. 44, sull'inammissibilità di dedurre alcunché da una legge solo perché corrispondente ad un'esigenza logica. Sui procedimenti del pensiero giuridico pseudo-logici, v., in modo più generale, HIPPEL, *Untersuchungen*, cit., pag. 133 e segg.; e per la critica dell'applicazione del criterio logico alla teoria dell'invalidità dagli atti il § 5 dello stesso scritto. Contro i tentativi logici di risolvere il problema dell'integrazione delle norme v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, pag. 114.

<sup>(100)</sup> Così, per es.: DONATI, *Lacune*, cit., pag. 35; v. la critica del CARNELUTTI, *Lezioni*, I, pag. 276.

da una parte, in sede teorica appare inadeguata la concezione del diritto obbiettivo che è assunta a base di detta opinione, dall'altra è storicamente accertato come l'esigenza da essa affermata sia di fatto subordinata a necessità di diversa natura, e che, perfino nella materia penale, il principio: «*nullum crimen sine lege*», con il quale si esprime il postulato della limitazione espressa, può essere sostituito (come avviene in ordinamenti contemporanei) dal principio opposto.

Così, pure, reciprocamente, l'affermazione contraria, che vede nell'applicazione analogica delle singole norme un procedimento necessario, ha come sottinteso, una necessità anziché logica, etica: quella della giustizia <sup>(101)</sup>, la quale, specie se intesa astrattamente, e non come equità, o giustizia del caso, può non corrispondere ai bisogni di determinati sistemi positivi.

Oltre che influire nella scelta del mezzo di integrazione (o, per essere più esatti, nella determinazione del rapporto in cui siano da porre fra loro i due mezzi principali di interpretazione, poiché nessuno di essi può essere interamente eliminato, in quanto, da una parte, un certo grado di potere di espansione un gruppo di norme non può non avere, se esso è, come deve necessariamente essere, parte di un sistema, e, d'altra parte, questo potere non può riconoscersi in modo uguale in tutti i campi, ma esige limiti diversi secondo la varietà delle materie regolate) il fine politico interviene anche nell'applicazione concreta che l'interprete faccia dei mezzi predetti.

Infatti il giudizio circa la somiglianza o meno della singola fattispecie, rispetto a quella ipotizzata dalla norma, implica l'apprezzamento dei vari elementi della fattispecie stessa, per stabilire quale fra essi, dato che ve ne sono inevitabilmente alcuni simili e altri dissimili, debba avere la prevalenza; e tale apprezzamento non può farsi se non alla stregua dei valori che appaiono preminenti al momento dell'applicazione <sup>(102)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> In tal senso esplicitamente BOBBIO, *Analogia*, cit., pag. 162.

<sup>(102)</sup> Cfr. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903 pag. 34. V. anche ROSS, *o. c.*, pag. 346, il quale, muovendo dall'osservazione che due casi analoghi non sono mai identici, conclude che, in tanto si può parlare di uguaglianza fra essi, in quanto si giudicano in una certa direzione, da accertare in base ad una considerazione di scopo. Il CARNELUTTI, *Sistema*, I, pag. 118, ha messo in rilievo come, in tanto si possa parlare di

12. È ancora il fine politico che interviene a determinare quali fra i rapporti non regolati siano tali da non potere né essere ricondotti alla disciplina di quelli regolati, né venire trattati in modo contrario ad essa, ma di esigere un trattamento diverso da quello che sorgerebbe dall'applicazione dell'uno o dell'altro metodo. È in questa ipotesi che può parlarsi di un problema delle lacune, problema del quale è contestata l'esistenza, o che viene riposto nel campo del *ius condendum* della politica, da parte di coloro che ritengono sia da affidare ai mezzi di completamento, di carattere logico, il compito di chiusura dell'ordinamento<sup>(103)</sup>. Bisogna appunto brevemente vedere che senso abbia il problema, e se esso possa porsi in termini giuridici, sempre al fine di accertare in qual modo si esplica, anche in questa direzione, il potere unificatore dello scopo statale.

Il primo elemento, che è necessario assumere per potere porre il problema nei suoi esatti termini, è dato dall'esigenza che l'ordinamento statale sia completo. La completezza dell'ordinamento, intesa non nel senso che questo debba tutto regolare, potendosi ammettere l'esistenza di rapporti estranei alla sfera degli interessi dello Stato, senza che questo pregiudichi la logica *Geschlossenheit* del sistema, bensì nel senso che esso debba offrire il criterio per la decisione su tutti i conflitti di interessi rilevanti per lo Stato, appare come un'esigenza, la quale discende dalla funzione propria dello Stato stesso, e che trova la sua espressione nell'obbligo fatto al giudice di decidere in ogni caso senza potere allegare la mancanza della norma<sup>(104)</sup>.

---

somiglianza, in quanto ci sia un principio che permetta di accertarla. Questo principio, inespresso, può essere, o quello al quale si è uniformato il legislatore nell'emanare la norma, o quello che ispira le norme nel momento dell'applicazione: solo in questo secondo caso sembra salvaguardata l'unità dell'ordinamento.

Si può aggiungere come il punto di vista affermato nel testo, nei riguardi dell'analogia, è meno divergente di quanto sembrerebbe, rispetto a quello del BOBBIO (*o. l. c.*) quando si accolla, come quest'A. fa, l'interpretazione evolutiva del diritto scritto: infatti il momento puramente logico nel procedimento di applicazione analogica interviene dopo che si è determinata la norma generale, capace di riunire il caso non regolato a quello regolato: norma desumibile attraverso un giudizio di valore, collegato con le esigenze dell'ordinamento nel momento dell'attuazione.

<sup>(103)</sup> Così, per es., i citati DONATI, *l. c.* e BOBBIO, pag. 154.

<sup>(104)</sup> La disputa relativa al modo di considerare la situazione che nasce dal

Il secondo elemento, necessario perché possa porsi il problema predetto, è dato dall'esistenza di rapporti, che, pur appearing rilevanti, non siano riconducibili, né direttamente, né indirettamente a quelli espressamente regolati. Questa possibilità è, come si è visto, negata da quelle teorie, che ritengono possibile la disciplina di questi casi attraverso un'attività logico-ricognitiva, destinata a ricollegarli alle varie norme positive secondo i caratteri di affinità o contrarietà con i rapporti che sono oggetto delle norme stesse. La tesi, che trova la sua giustificazione nel presupposto, di carattere politico, che spetti solo al legislatore e non mai all'interprete l'apprezzamento di esigenze sociali, che non abbiano mai trovato una regolamentazione tale da potersi considerare come espressione di un principio generale <sup>(105)</sup>, porta come conseguenza ad escludere che sia possibile in sede giuridica un problema delle lacune, in quanto ritiene che i casi non ricollegabili per via di analogia a quelli regolati sono da disciplinare in modo contrario, o da ritenere irrilevanti: e considera il problema stesso come d'indole esclusivamente politica, come espressive cioè della tendenza di innovare rispetto al diritto vigente e di ricercare non una norma che manchi,

---

consapevole autolimitarsi dell'ordine giuridico a dati rapporti sociali, cioè circa il modo di apprezzare l'attività svolta nell'ambito dichiarato estraneo agli interessi dell'Ordine stesso (attività, che, com'è noto, considerata da alcuni, per es., DONATI, *Lacune*, cit., p. 40; SOMLO, *o. c.*, pag. 402, di carattere giuridico, perché protetta da una norma implicita positiva di libertà; da altri, per es., ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ord. statale*, Modena, 1925, p. 3 segg.; FERRARA, *Trattato*, cit., p. 225; BERGOLIM, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 371; ZITTELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 19 segg.; SCHREIER, *Die Interpretation*, cit., p. 49, e, recentemente, G. WEIGELIN, *Die Lücken im Recht*, cit., pag. 2, giuridicamente irrilevante), attiene alla diversa concezione che si abbia del diritto subbiettivo, alla prevalenza che si dia all'aspetto positivo o negativo della sfera di libertà, riguarda il modo di considerare l'obbligo di pronunciare, gravante sul giudice, ma non influisce in maniera diretta sul problema delle lacune. O, forse più esattamente, può dirsi che, dei due aspetti di questo problema, l'uno rivolto all'accertamento della rilevanza positiva di un dato rapporto, l'altro consequenziale al precedente, diretto alla ricerca della norma applicabile (aspetti teoricamente distinguibili, anche se non appaiono tali in quelle teorie che sostengono una disciplina uniforme per tutti i casi non considerati) solo il primo attiene alla disputa ricordata.

<sup>(105)</sup> V. per. es., DONATI, *o. c.*, pag. 205; CICALA, *Filosofia e diritto, Sommari*, vol. VII-XII, parte I, Città di Castello, 1925, pag. 94; HERRFAHRDT, *Lücken*, cit., p. 66 e segg..

bensì una norma giusta <sup>(106)</sup>. Ma questa tendenza, mentre, se fosse realizzata, comprometterebbe l'adeguazione del trattamento giuridico ai nuovi bisogni, per i quali l'intervento del legislatore è necessariamente e sempre, come l'esperienza dimostra, tardivo, non ha alla sua base un soddisfacente fondamento teorico. Infatti, secondo quanto si è avanti osservato, non vi è un'assoluta esigenza logica che costringa ad applicare l'uno o l'altro dei mezzi di integrazione, e, in ogni caso, anche quando il ricorso a questi mezzi sia imposto espressamente o implicitamente dall'ordinamento, rimane sempre affidato all'interprete il compito di determinare in pratica i limiti dell'applicabilità dei mezzi stessi. Ciò implica una valutazione dei rapporti stessi che non può trarsi dalle norme, bensì dai principi che precedono e condizionano questi <sup>(107)</sup>. Ora la scelta fra l'uno o l'altro dei vari principi, che informano le disposizioni sotto le quali potrebbe cadere il caso non regolato, scelta che porta ad affermare o negare l'esistenza della somiglianza, non può essere operata dall'interprete, ove si voglia salvaguardare l'unità del sistema, se non alla stregua dell'indirizzo politico che ispira il sistema stesso in un determinato momento <sup>(108)</sup>.

Questa stessa considerazione degli interessi prevalenti, nei quali si concreta il fine generale dell'ordinamento in una data epoca, può indurre a dare la prevalenza ad aspetti del rapporto non regolato, i quali, pur essendo rilevanti, non presentano qualità identiche, né contrarie ai casi disciplinati, ma appaiono così diversi da esigere un trattamento a sè, del tutto diverso da quello di questi ultimi <sup>(109)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> Cfr. BOBBIO, *o. c.*, pag. 117, sulla scorta dello ZITTMANN, e, ancora, JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 236; DIKINSON, *s. c.*, p. 517.

<sup>(107)</sup> V. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pag. 286.

<sup>(108)</sup> In tali limiti trova giustificazione l'indirizzo della pratica, diretta ad applicare l'interpretazione analogica di principi considerati come eccezionali allorché furono formulati. Sul fenomeno v. CARNELUTTI, *o. c.*, pag. 293; e anche DONATI, *op. cit.*, p. 205, che però considera il passaggio dall'eccezione alla norma possibile solo per opera del legislatore.

<sup>(109)</sup> La situazione accennata nel testo possibile a verificarsi non solo nel campo dei rapporti fra privati, ma anche nella sfera del diritto pubblico. Il contrario ritiene BURCKHARDT, *Organisation*, cit., pag. 107 segg., nella considerazione che nel diritto privato vi è correlatività di diritti e di doveri fra le parti e che le variazioni intervenute

Precisamente in quest'ipotesi si potrebbe non inesattamente parlare di lacune, in un senso non politico, ma giuridico. Infatti sarebbe realizzata la condizione, che è stata giustamente posta come necessaria <sup>(110)</sup> perché sussista una lacuna giuridica, cioè l'esistenza di un criterio desumibile dallo stesso sistema positivo, che consenta di accertare la rilevanza pel sistema stesso del rapporto non disciplinato.

È esatto <sup>(111)</sup> che tale problema non possa sorgere ne in considerazione di date materie, astrattamente considerate, non es-

---

in questa correlazione, posta dalla legge stessa, esigono una soluzione da parte del giudice, anche in mancanza di norme, poiché senza di essa verrebbe a prodursi una contraddizione logica nel sistema. Invece nel diritto pubblico non vi sarebbero dei soggetti semplicemente autorizzati, dei soggetti cioè gravati da doveri condizionati, relativi all'attività esplicata dal titolare del diritto corrispondente, bensì soggetti tenuti a doveri assoluti; doveri che, ove non siano disciplinati dalla legge, non danno luogo, come nell'ipotesi precedente, ad una situazione logicamente contraddittoria, ad un contrasto cioè con le premesse della legge, ma solo, se mai, ad un'inconveniente, che non è compito dell'interprete eliminare (*o. c.*, pag. 112). Sembra che in quest'opinione vi sia il disconoscimento dell'esistenza di poteri discrezionali nella pubblica autorità, il cui uso crea una posizione di correlatività analoga a quella che si verifica fra privati. V. in senso in parte analogo BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, p. 63. Viceversa, il RASELLI, *La discrezionalità del giudice civile*, cit., pag. 83, ammettendo, sulla scorta del DONATI, una norma esclusiva di libertà, ne limita l'efficacia ai rapporti di diritto privato.

Da notare che il BURCKHARDT ammette l'esistenza di lacune solo quando esse siano desumibili dalle stesse premesse della legge: ossia le limita a quelle che lo ZITELMANN (*o. c.*, pag. 27 segg.) ha chiamato legittime, il Kelsen (*Hauptprobleme*, cit., pag. 247) tecniche, lo SCHREIER (*o. c.*, pag. 49) immanenti.

<sup>(110)</sup> In Italia più chiaramente dal BRUNETTI, *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1924, p. 6 e 33. Già nello stesso senso BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., vol. IV, p. 383; HERRFAHRDT, *Lücken in Recht*, 1915, p. 47; ROSS, *o. c.*, p. 340 segg.; SCHREIER, *Die Interpretation*, ecc., cit., p. 47. La questione esattamente posta solo nell'ipotesi del testo: di rapporti cioè capaci di venire regolati dal diritto; non invece nel senso astratto, cui sembra si riferisca il DONATI, *o. c.*, p. 81, e anche il GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, 1923, p. 169. Infatti la capacità di regolamentazione, se intesa come astratta possibilità, riguarda solo il campo politico: sotto l'aspetto del diritto, la sottoposizione alla disciplina giuridica deve apparire necessaria, non semplicemente possibile. Cfr. in questo senso ROMANO, *Osservazioni sulla completezza*, ecc., cit., p. 2.

<sup>(111)</sup> In questo senso ROMANO, *Osservazioni*, cit., *l. c.*, nonché, pel secondo dei punti considerati nel testo, MICELI, *La completezza dell'ordinamento giur.*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1925, p. 86; CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., p. 278; ROSS, *o. c.*, p. 340.

sendovene di assolutamente bisognose di regolamentazione <sup>(112)</sup>, né in considerazione delle singole norme di legge, apparendo anzi contraddittorio affermare, in base a queste, l'esistenza di rapporti non riconducibili alle medesime, per la mancanza di un termine di confronto, che sarebbe necessario per affermare la loro incompiutezza. Ma non è esatto, d'altra parte, che il problema stesso sia configurabile solo in termini di giustizia astratta o di diritto naturale. Esso invece può avere anche una ragion d'essere positiva quando si assuma il fine politico come fornito direttamente del valore di fonte di diritto positivo <sup>(113)</sup>, perché in questo caso è tale fine, inserito nell'ordinamento, e produttivo di per sé di effetti giuridici, che può offrire l'elemento di giudizio atto a fare argomentare l'incompiutezza del complesso normativo, e a fornire la regola generale di orientamento per la disciplina del caso non considerato, ponendosi così non come norma sulla produzione, ma norma di produzione esso stesso <sup>(114)</sup>. Invece la lacuna sarebbe da considerare politica,

---

<sup>(112)</sup> Si avverta che quanto detto nel testo non è applicabile nei riguardi delle lacune tecniche. Intendendo queste in senso ampio, possibile pensare a lacune accertabili in base ad esigenze di logica assoluta: così è assolutamente necessario che in un ordinamento vi siano organi di applicazione del diritto; cfr. in questo senso BURCKHARDT, *Methoden*, cit., p. 169.

<sup>(113)</sup> Osserva lo SCHREIER, *o. c.*, p. 48, come in nessuna altra questione, quale in quella delle lacune, si mostrano gli equivoci connessi alla parola « diritto ». Esattamente il PARESCHE, *Diritto norma, ordinamento*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1934, p. 7 estratto, osserva che il problema delle lacune è problema di definizione dell'ordinamento. Tutto sta nel decidere se l'ampliamento del sistema debba avvenire in base ad una deduzione logica da questo, o all'infuori di quest'attività logica, pur senza uscire dai confini di esso.

<sup>(114)</sup> Lo SCHREIER, *o. c.*, pag. 53 pone un *Ergänzungsprinzip* trascendente le norme, che provvede alla mancanza di esse. Ma non chiarisce in nessun modo donde si tragga questo principio di completamento e come agisca: mantiene cioè la stessa indeterminazione nei riguardi del diritto non formale, che è propria della scuola cui egli appartiene. Fra le tesi che risolvono il problema delle lacune ricorrendo all'ipotesi di una norma implicita strumentale, di rinvio a regole estranee all'ordinamento positivo, possono ricordarsi quelle che si riferiscono alla tradizione (pel diritto italiano cfr. BRUGI, *I principi gen. del diritto*, in *Archivio giur.*, 1923, p. 160; CIECCILINI, *Storia della giurisprudenza*, ecc., ivi, 1922, p. 167) o al diritto naturale, o a fonti equivalenti (v. in Italia DEL VECCHIO, *I principi generali*, in *Archivio giur.*, 1921, p. 2; MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. it. filos. diritto*, 1923, p. 272). Quanto alla natura dei fatti, di cui parla l'ASQUINI (*La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Archivio giur.*, 1921, p. 145) non

quando la rilevanza della fattispecie nuova venga affermata in base a esigenze di diritto naturale, o comunque estranee ai fini dell'ordinamento <sup>(115)</sup>, o la regolamentazione che di essa in concreto si dia non si inquadri nel sistema dei fini stessi <sup>(116)</sup>.

Una soluzione non diversa da quella ora vista sembra debba darsi nel caso delle lacune nel campo costituzionale, nel campo cioè dove esclusivamente, secondo alcuni, il fenomeno in parola si potrebbe verificare <sup>(117)</sup>.

---

può evidentemente porsi come fonte di rinvio, abbisognando essa stessa di un criterio di determinazione. Appartiene anche ad un ordine extra positivo lo scopo, qual'è inteso dal MICELI (s. l. c.), come esigenza astratta di giustizia.

<sup>(115)</sup> Si possono ricordare, a proposito della tesi sostenuta nel testo, le opinioni di coloro che, pur affidando al giudice la valutazione degli interessi da soddisfare nei casi non regolati dalla legge, pongono dei limiti a tale misura. Ad es., lo HECK, polemizzando (in *Interessenjurisprudenz u. Gesetzestreue*, D. I. Z., 1905, pag. 1142) con lo STAMPE *Rechtsfindung durch Interessenerwägung* (in D. I. Z. 1905, pag. 717 segg.) sostiene che il giudice sia legato agli stessi valori contenuti nelle leggi. Si può, più esattamente, sostenere che il giudice, più che a questi, sia vincolato ai valori affermati nell'indirizzo politico, anche se innovativi rispetto alla legislazione esistente: ossia a quegli stessi valori cui il legislatore dovrà aderire nella sua attività futura. Con ciò non si trascende l'ordinamento positivo, poiché l'indirizzo politico fa parte di quest'ordinamento. Naturalmente, poiché il sistema delle leggi non può che riflettere il fine politico, visto secondo il particolare orientamento proprio dell'indirizzo politico dominante, l'ipotesi considerata è realizzabile nel caso che un notevole mutamento delle circostanze di fatto, in cui si svolgono dati rapporti, o del modo di valutarli in relazione a nuove esigenze verificatesi, avvenga in maniera così rapida da non consentire l'immediata adeguazione ad essi della disciplina legislativa. Nel frattempo non sembra che l'interprete possa dichiarare irrilevante il rapporto, che sia a lui sottoposto per la regolamentazione, e neppure riferirsi a valori, che, sebbene, consacrati nella legge vigente, non riflettano la nuova situazione prodottasi. L'opinione restrittiva presuppone o il carattere assolutamente subiettivo dell'attività diretta a soddisfare alle nuove esigenze, o l'incapacità dell'interprete a compierla. Il primo di tali presupposti è errato, come s'è dimostrato; quanto al secondo, dipende dall'organizzazione il predisporre la scelta dei titolari degli organi statali in modo da garantire l'idoneità di essi al compito in parola.

<sup>(116)</sup> Secondo l'opinione espressa nel testo, l'aderenza al sistema non sarebbe accertabile solo a *posteriori*, per la mancanza di reazione da parte della società organizzata, ma a *priori*, per l'obiettiva connessione della statuizione posta con i fini, dell'ordinamento. In senso contrario cfr. ROSS, o. c., p. 347.

<sup>(117)</sup> Più esplicitamente ciò è sostenuto da ANSCHUTZ, *Lücken in der Verfassung u. Verwaltungsgesetzen*, in *Verwaltungsarchiv*, 1906, pag. 351, e, particolarmente per la prima delle ipotesi ricordate nel testo, pag. 323; ma anche da altri, ricordati da ROMANO, o. c., pag. 10. Sulle lacune costituzionali, v. anche HSÜ DAU LIN, o. c., p. 39 segg. e specie

La peculiarità dei rapporti svolgentisi in tale campo si rifletterebbe, secondo l'opinione riferita, sul problema in esame in duplice senso, con riferimento a due ipotesi diverse: cioè anzitutto al caso che sussistano regole disciplinanti l'attività degli organi costituzionali e che tuttavia questa si espliciti in modo non conforme alle regole stesse; in secondo luogo, al caso che vengano a mancare uno o più elementi della struttura statale (per es. la famiglia regnante in uno Stato monarchico) dai quali dipenda il funzionamento di tutto il restante ordinamento e che nulla sia predisposto per supplire alla mancanza stessa.

Per quanto riguarda il primo dei detti casi, il rigetto dell'opinione riferita discende dalla constatazione della mancanza di fondamento del presupposto sul quale essa si basa, cioè il difetto di garanzie giuridiche, capaci di assicurare la conformità dell'agire degli organi supremi ai principî organizzativi dello Stato. Si è già infatti dimostrato come siffatte garanzie esistono e come esse siano sufficienti a mantenere nei limiti del diritto anche l'attività che si svolge nella sfera più elevata della vita statale.

Per quanto attiene poi al secondo caso, sembra sia necessario distinguere due possibilità, corrispondenti a due situazioni di fatto differenti: quella in cui, potendosi dal fine generale dello Stato desumere una soluzione, la quale corrisponda alle esigenze di esso,

---

pag. 53 segg. Il ROMANO pone la distinzione non fra diritto costituzionale e altri campi del diritto, ma fra istituzioni e norme e considera possibili le lacune nel campo delle prime non delle seconde.

Sembra possa osservarsi, da una parte, che anche le norme (se la positività si consideri come necessaria ad esse) possono cessare per una mutazione non giuridica (cioè pel venir meno dei presupposti di fatto, o per la mancata esecuzione); d'altra parte, che anche nel sistema delle norme può verificarsi l'ipotesi, che è prospettata come propria delle lacune istituzionali, cioè il venire a mancare di una parte integrante, che continui ad essere giuridicamente necessaria per le restanti norme. E anzi questa l'ipotesi che fu designata dallo ZITELMANN come quella delle *echte Lücken*, e che consiste nell'esistenza di date norme e nell'inesistenza di precetti necessari per la loro applicazione. Il fatto che questi precetti non esistano fin dal principio, o vengano meno successivamente, non modifica l'ipotesi. È vero che, in questi casi, i congegni predisposti dall'ordinamento entrerebbero in azione per riparare alla lacuna. Ma fino a quando questo non si verifichi, la lacuna stessa continuerà a sussistere: ipotesi, questa, che si deve ritenere tanto più facilmente verificabile quando si muova dall'opinione vista sopra, secondo la quale solo il legislatore può provvedere a colmare le lacune.

sussista nelle forze politiche, che sostengono il fine stesso, la capacità di realizzarla in concreto; e l'altra, in cui, per difetto dell'una o dell'altra delle condizioni ora ricordate, la lacuna non possa essere colmata. Solo in confronto di questa seconda ipotesi deve ammettersi l'esattezza di quanto l'opinione in esame afferma, e ritenersi che la soluzione sia affidata al fatto. Invece, nell'altra ipotesi, il criterio giuridico superiore a quello fornito dall'ordine formale, al quale si è accennato, consente di sostituire l'elemento venuto a mancare, attraverso un procedimento, che ha carattere giuridico perché conforme al criterio medesimo <sup>(118)</sup>.

In relazione alla distinzione ora posta, sembra necessario (ove s'invochi la necessità a giustificare il procedimento di sostituzione, nell'esplicamento di una data attività, di un organo in luogo di un altro, che avrebbe il potere di compierla) mettere in rilievo il duplice, diverso modo di agire della necessità stessa. Infatti ve n'è una, la quale opera, anche nel silenzio della legge, nell'ambito del sistema normativo, determinando lo spostamento dell'ordine normale delle competenze (ove l'osservanza di questo renda impossibile, o pregiudichi il raggiungimento di determinati fini, posti come essenziali) a favore di un organo, che sembra essere quello di governo; e un'altra specie, la quale invece si esplica nel senso di provocare, in sostituzione di dati organi, che vengono a mancare, o rimangono inattivi, l'intervento delle forze sociali organizzate, cui compete appunto l'integrazione del sistema positivo. Le due forme ora dette di necessità, diverse fra loro pel modo di operare, sono invece collegate dall'identità del compito, che è quello di attuare, al di là delle forme positive, il fine generale dello Stato.

**13.** Le stesse considerazioni potrebbero essere ripetute nei confronti di quei casi, che sono stati impropriamente chiamati di *Delegationlücken*, e nei quali possono farsi rientrare sia le ipotesi di

---

<sup>(118)</sup> La soluzione, cui si è accennato nel testo, è giuridica in senso positivo, mentre quella proposta dal DONATI, *Lacune*, cit., p. 107, e da lui dedotta dalla norma generale di libertà, è tale solo apparentemente, poiché la norma di libertà, riferita all'esistenza dell'organo supremo, non può significare altro se non la constatazione della dissoluzione dell'ordinamento positivo.

conferimento puro e semplice di poteri discrezionali all'agente <sup>(119)</sup>, sia quelli di rinvio a norme indeterminate (equità, giustizia, opportunità) <sup>(120)</sup>. L'esercizio di tali poteri importa sempre realizzazione, più o meno immediata, del fine politico, il quale dev'essere invocato non solo per la determinazione dei limiti, entro i quali essi devono essere contenuti, ma anche per la deduzione degli elementi di giudizio, atti a far valutare in concreto gli scopi particolari, ai quali i medesimi debbono corrispondere, nonché a presiedere alla scelta delle norme sociali da applicare.

Questo può dirsi, oltre che nei riguardi dell'attività degli organi subordinati, anche di quelli supremi, siano essi i legislativi <sup>(121)</sup>,

---

<sup>(119)</sup> Sul necessario collegamento fra le norme discrezionali e indeterminate e la situazione politica, oltre agli autori già prima citati, v. anche SCHMITT, *Legalität u. Legitimität*, cit., p. 35; e dello stesso autore, più esplicitamente, *Neue Leitsätze für die Reichspraxis*, in *Iurist. Woche*, 1933, p. 2794; HUBER, *Die Einheit der Staatsgewalt*, in *D. J. Z.*, 1934, p. 958; HILDEBRANDT, *Rechtsfindung*, cit., p. 85. Pel riferimento allo scopo generale dello Stato, come misura che accompagna nei singoli casi l'attuazione dei poteri concessi in modo indeterminato dalla legge, cfr. HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, p. 294; FLEINER, *Institutionen des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1928, p. 295.

<sup>(120)</sup> Queste fonti derivate non potrebbero, senza compromettere l'unità del sistema, essere determinate nel loro contenuto liberamente dall'interprete, né desunte da un'inafferrabile coscienza sociale. D'altra parte, il rinvio alle medesime implica la volontà del legislatore di sottrarre il caso da esse regolabile al sistema dei principi già codificati (cfr. in questo senso FADDA e BIENSA nelle note al WINDSCHEID, cit., I, p. 136 e bibliogr. ivi) perché altrimenti questa fonte non avrebbe ragion d'essere autonoma rispetto ai principî generali, desumibili dal complesso normativo (v. infatti le inammissibili conseguenze in questo senso di OILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, p. 75). Per un caso di riferimento, da parte della legge, alla concezione politica al fine della determinazione di questioni di equità e di opportunità, cfr. la *Steueranpassungsgesetz* del 16 ottobre 1934, citata dallo SCHULE, *o. c.*, p. 347.

Accogliendo il punto di vista qui sostenuto, l'attività discrezionale accoglierebbe in sé, come unico genere, anche quella rivolta al riempimento delle lacune. Diversamente invece per quelle teorie, le quali fanno riferimento ad una norma materiale di chiusura, di carattere rigido.

<sup>(121)</sup> Sulla questione dei limiti alla discrezionalità del legislatore (con riferimento a quelli inerenti all'ordinamento interno, non derivati da fonti estranee, come il diritto internazionale, il diritto della Chiesa, il diritto naturale, e neppure a quelli che possono ricollegarsi alla coscienza sociale, ch'è senza rilievo giuridico, sui quali complessivamente cfr. THOMA, *Handbuch*, cit., II, p. 137 segg.), v. i cenni bibliografici riportati dal CRISCUOLI, *La discrezionalità*, cit., p. 532, ai quali possono aggiungersi, fra altri scritti,

siano di governo <sup>(122)</sup>, poiché, come si è in precedenza ampiamente chiarito, le attività stesse sono da considerare giuridiche non solo in considerazione delle forme che vincolano la loro esplicazione, ma anche per i *limiti* posti al loro contenuto. Per quanto quest'affermazione urti contro un'opinione ben consolidata, non sembra sia possibile sottrarsi all'esigenza da cui essa è ispirata. Se infatti il diritto è sistema, se il criterio informatore del sistema, quello che lo fa tale, precede il complesso dei vari atti statali, perché li origina e ne condiziona la validità, se ancora, a garantire la connessione di essi al sistema e l'identità di questo, non è sufficiente il semplice rispetto di limiti esterni, ma occorre altresì la rispondenza positiva degli atti

---

LAUN, *o. c.*, p. 193 segg., con citazioni di pronunzie giurisprudenziali svizzere; MARCHI, *La cosiddetta onnipotenza parlamentare*, Cagliari, 1931, p. 193; SCHMITT, *Legalität*, ecc., cit., p. 21; SOLAZZI, *Note critiche sulla libertà*, Bologna, 1913, p. 149 a 156, con riferimento all'opinione del ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit. e con richiamo a criteri direttivi, dominanti la stessa produzione della legge. Cfr. anche il cenno di RENARD, *o. c.*, p. 575, sul controllo degli atti del Parlamento al fine di assicurare la loro corrispondenza alla finalità generale, in vista della quale la costituzione l'ha investito della funzione legislativa. L'autore lo concepisce sotto la forma del controllo della moralità legislativa, in una forma cioè analoga all'accertamento dell'eccesso di potere amministrativo.

Il GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 106; nega in via assoluta la possibilità di discrezionalità nella funzione legislativa, limitandola solo ai casi di legge delegata e a quelli di esercizio da parte di un potere, che sia condizionato nella sua attività a direttive provenienti da poteri superiori, come il caso di uno Stato membro di una federazione. Non si intende perché quest'autore escluda la discrezionalità, nel senso in cui egli l'intende, di attività limitata positivamente, allorché il legislatore è vincolato all'indirizzo prescritto dalla costituzione, o a quello proveniente dall'attività di governo. In ogni caso, non sembra da accogliere l'argomentazione, che, pel GIANNINI, sembra costituire un'ostacolo pregiudiziale all'ammissione di un potere discrezionale del legislatore, e cioè che l'attività di questi non può essere giuridicamente qualificata dalla cura del pubblico interesse, in quanto esso non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto. Invece pare debba ammettersi che il legislatore agisce non solo per l'interesse alla composizione degli interessi, ma per il raggiungimento dell'interesse ad attuare in un determinato modo, che è quello dei fini propri dello Stato in un certo momento, quella composizione.

<sup>(122)</sup> Per quanto riguarda la sottoposizione dell'attività di governo al fine politico generale dello Stato si richiamano le considerazioni precedenti, che hanno portato ad escludere la tesi, la quale considera l'attività stessa estranea al diritto, al di fuori e al disopra di esso, o quella che la ritiene sottoposta al diritto solo negli elementi formali, dai quali si desume la sua appartenenza alla categoria.

stessi con il criterio predetto, e quindi l'armonizzazione dei medesimi con questo e fra loro, non pare possa contestarsi il vincolo, di cui si parla, di convenienza e di adeguazione al sistema, dell'attività degli organi supremi.

14. Non altrimenti da come ora si è detto, la costituzione sostanziale esplica la sua funzione unificatrice nei riguardi della consuetudine che si produce per opera degli organi dello Stato, nell'esercizio dei poteri loro conferiti, e che agisce nel senso di sottrarre per l'avvenire l'esplicamento dei medesimi a valutazioni desunte dalle condizioni del momento, secondo quanto si è già visto <sup>(123)</sup>.

Più difficile invece a spiegare è il modo di operare della costituzione per quanto riguarda l'inserimento nel sistema della consuetudine, la quale sorga fuori dell'ambito di soggetti vincolati in modo immediato alla realizzazione dei fini statali.

Non è possibile richiamare neanche parte dell'enorme letteratura rivolta alla ricerca del criterio capace di ricondurre ad unità questa fonte rispetto a quelle provenienti da organi di produzione posti dallo Stato. I tentativi di farla derivare dalla stessa volontà statale ritenendo sussistente una norma giuridica implicita, che, preventivamente e in blocco, riconosca valide le consuetudini o almeno quelle che soddisfino a certe condizioni, astrattamente determinate <sup>(124)</sup>, non possono ritenersi soddisfacenti. Quale sarebbe infatti la fonte di questa norma? Se la consuetudine si urta di nuovo contro la difficoltà di spiegare, com'è necessario fare, il fondamento di questa. Neppure esauriente sembra la tesi, pur con molta acutezza sostenuta di recente <sup>(125)</sup>, che vede nella necessità di salvaguardare

---

<sup>(123)</sup> Cfr. *supra* n. 9.

<sup>(124)</sup> Così HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, Oxford, 1924, p. 55, il quale fa risalire la regola di eccezione della consuetudine all'attività dei giudici, cioè ad un'altra consuetudine. Le stesse obiezioni possono farsi all'«*Ergänzungsprinzip*», proposto dallo SCHREIER e già ricordato, e così pure al principio dell'equo e del buono, implicito nell'ordinamento secondo il KISS, *Theorie der Rechtsquellen im der engl. u. nord-amer. Literatur*, in *Archiv öff. Recht*, 1913, p. 287.

<sup>(125)</sup> Dal MIELE, *Le situazioni di necessità*, cit., p. 63. La perspicua tesi del M. sembra sufficiente a spiegare il fondamento della consuetudine solo per quella parte di essa, la quale si svolge nei limiti della legge e che opera in base al riconoscimento che ne faccia il giudice, tenuto appunto ad affermare la certezza del diritto.

la certezza giuridica la ragione del necessario riconoscimento della consuetudine, per cui essa sarebbe immediatamente e direttamente diritto. Se così fosse, la consuetudine dovrebbe valere di per sè, pel fatto di sussistere come tale, indipendentemente da ogni valutazione circa la conformità di essa ai fini dell'ordinamento. Invece non sembra possa negarsi l'esigenza di un giudizio, più o meno ampio nella sua estensione, ma non eliminabile, precisamente al fine di assicurare l'armonia del sistema nelle sue varie parti <sup>(126)</sup>. Quest'obiezione acquista una maggiore forza quando si applichi alla consuetudine abrogativa: non riuscendo infatti spiegabile come l'esigenza della certezza richieda la prevalenza su un'esplicita volontà dello Stato in un dato senso di una volontà contraria alla prima, emanante da un soggetto diverso.

Non sembra che possa, in realtà, darsi al vigore della consuetudine, nell'ambito della sfera dello Stato, un fondamento diverso dalla volontà di questo <sup>(127)</sup>, volontà non necessariamente esplicabile in modo espresso, ma comunque desumibile dalla struttura e dai fini di esso, e quindi variabile sia in relazione alla materia dei rapporti da essa regolati, sia in relazione alla materia dei fini stessi <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(126)</sup> Sul requisito della ragionevolezza della consuetudine, intesa come conformità all'ordine politico e morale cfr. WIDSCHIED, *Pandette*, cit., I, p. 55, trad. it. Contro COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1910, p. 51, ma con riferimento ad un'astratta morale, e, in ogni caso, con motivazione insufficiente, sembrando, contro l'affermazione del COVIELLO, che ciò che è consentito al legislatore non può esserlo alla consuetudine. Come già si è ricordato, la necessità di una valutazione della consuetudine sembra sia connaturata anche agli ordinamenti primitivi, sorti per garantire l'attuazione coattiva della consuetudine, occorrendo anche in essi un criterio generale di discriminazione fra consuetudini utili e dannose. Cfr. SCIALOJA V., *Intorno a una questione di diritto preistorico*, in *Studi giuridici*, Roma, 1932, I, p. 31 (recensione nella quale viene discussa l'opinione del SUMNER MAINE sull'argomento).

<sup>(127)</sup> V. recentemente riaffermata questa esigenza dal BURCKHARDT, *Methode u. System des Rechts*, cit. p. 135.

<sup>(128)</sup> Bisogna tener distinta l'efficacia normativa (sia essa dovuta all'uso esclusivamente, o anche all'*opinio iuris*), che la consuetudine possiede nella società particolare presso cui sorge (società che non deve necessariamente conseguire un grado elevato di organizzazione, poiché anche un'associazione c. d. diffusa può essere capace di produrre vero e proprio diritto consuetudinario: contro MIELE, *o. c.*, pag. 62) dall'efficacia che viene ad assumere nel diverso ambito dello Stato. Il tener presente la diversità dell'ordinamento di produzione rispetto a quello in cui esplica efficacia serve a chiarire la funzione dell'attività statale diretta a riconoscere alla consuetudine valore di fonte del

Per quanto riguarda le consuetudini formatesi nella sfera non regolata, o regolata solo da norme dispositive, il riconoscimento di esse discende ovviamente dalla stessa volontà che, avendo affidata all'autonomia dei singoli la disciplina dei rapporti instauratisi fra essi in singoli casi, ha implicitamente inteso riconoscere quegli autolimiti all'autonomia stessa, posti in via generale e astratta precisamente con la formazione della consuetudine, dai singoli soggetti dei rapporti medesimi. In tali casi è sufficiente la non contraddittorietà fra le norme poste in via consuetudinaria e i fini dell'ordinamento. Quando invece sia ammessa, o possa ritenersi ammissibile in modo implicito <sup>(129)</sup>, l'efficacia di una consuetudine abrogatrice, questo

---

diritto nello Stato. È questa una situazione non diversa da quella che si produce in occasione del riconoscimento nello Stato di una sentenza straniera: come per la sentenza si deve ritenere che sia il riconoscimento ad estendere allo Stato il valore proprio di tale atto, da esso posseduto limitatamente all'ambito di un altro ordinamento (cfr. CHECCHINI, *Introduzione dommatica al diritto ecclesiastico it.*, Padova, 1937, p. 94), così per la consuetudine è il riconoscimento avvenuto per opera degli interpreti autorizzati che conferisce ad essa il carattere di fonte, già posseduto, ma limitatamente ad una diversa sfera. V. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pag. 302, per l'affermazione della preesistenza del carattere di fonte nella consuetudine: ma senza determinazione del diverso ambito in cui vale, come tale, prima e dopo il riconoscimento.

Anche le teorie, che identificano la volontà dello Stato con quella popolare, e quindi dovrebbero considerare la consuetudine come fornita in ogni caso di immediata efficacia, sono costrette poi ad ammettere la possibilità del contrasto e la necessità della prevalenza della volontà organizzata dello Stato su quella della comunità popolare. Così, per es., pel nuovo diritto pubblico tedesco v. HUBER, *o. c.*, pag. 127; e più specialmente KUCHENHOFF, *Nationaler Gemeinschaftsstat*, ecc., 1934, p. 30; HILDEBRANDT, *Rechtsfindung in neuen deut. Staats*, cit. p. 39, con numerose applicazioni del principio di subordinazione della consuetudine ai giudizi di valore della *Führung* politica.

Solo risalendo alla comunità politica può acquistare un'esatta determinazione quella cerchia giuridica, alla cui medesimezza l'ENGLISCH, *o. c.*, p. 24, affida la funzione di unificazione delle varie fonti dell'ordinamento.

La rispondenza al fine agisce perciò non come giustificazione a posteriori di una consuetudine abrogativa, già formata (come sembra ritenga il MIELE), ma presiede alla formazione stessa della consuetudine — se essa, naturalmente, si debba ritenere legittima — in quanto accompagna fin dall'origine i singoli atti di cui essa consta: la deroga alla legge si svincola a poco per volta dal riferimento alle circostanze concrete, che in principio appaiono necessitarla, e trova il suo fondamento nell'uso ripetuto.

<sup>(129)</sup> Sul carattere di *obligatio impossibilium* di una esclusione della consuetudine abrogatrice da parte della costituzione v. G. JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, cit., p. 335, che però intende tale consuetudine in modo sociologico.

non potrebbe altrimenti giustificarsi se non pensando ad un potere conferito agli organi, preposti all'osservanza delle disposizioni abrogate, di accertare se sussiste la necessità della non applicazione di date norme in casi particolari, pel migliore raggiungimento di quei fini statali, per i quali erano state predisposte le norme stesse, e quindi di acquisire all'ordinamento quelle attività che, pure svolgendosi in contrasto con singole disposizioni, appaiono meglio rispondenti agli scopi, cui esse sono subordinate. Ammettere che la consuetudine abrogativa possa operare fuori di quest'ipotesi, cioè senza la condizione, accertata dallo Stato, della corrispondenza fra esse e le esigenze dell'ordinamento, significa lasciare senza spiegazione il problema dell'armonizzazione delle varie parti dell'ordinamento, o spiegarlo in modo puramente sociologico <sup>(130)</sup>.

Più genericamente, il fine politico si pone a fondamento dell'attività esplicita dagli organi dello Stato (anche all'infuori di ogni comportamento dei soggetti) in deroga all'ordinamento vigente: e opera sia nel senso di fornire il criterio per giudicare della sufficienza delle circostanze ad attuare la deroga, sia nel senso di designare, nel silenzio della legge, l'organo o gli organi idonei a valutare le condizioni predette, sia infine nel senso di stabilire il limite della deroga stessa.

**15.** Si riferisce a questo terzo punto un'ultima funzione della costituzione in senso materiale, sulla quale occorre brevemente fermarsi: quella cioè diretta a garantire, al di sopra del mutamento di

---

Si può ricordare anche l'opinione dell'ENNECERUS, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, 1928, p. 48, che, mentre limita l'applicabilità di una consuetudine particolare all'accertamento della conformità di essa all'ordine pubblico, la ritiene invece sottratta al limite stesso allorché l'uso sia generale dell'intero popolo. Certo, può pensarsi all'ipotesi di una consuetudine contraria agli interessi della forza politica dominante, che riesca ad attuarsi, come tale e non come semplice fatto, all'infuori del consenso della forza stessa e senza che questa abbia la possibilità di impedirlo. Ma l'ipotesi stessa non può essere che eccezionale, altrimenti essa documenterebbe la mancanza del carattere della positività nell'ordinamento, contro cui la consuetudine stessa si rivolge.

<sup>(130)</sup> Sulla materia dell'abrogazione in genere, sulla necessità di risalire all'unità giuridica per stabilire l'efficacia del principio della *lex posterior*, e sull'impossibilità che quest'unità sia costruita a posteriori, v. MERKT., *Die Rechtseinheit des Österreichischen Staats*, in *Archiv öff. Recht*, 1918, p. 68 segg..

singoli istituti, o di particolari indirizzi, il mantenimento del fine essenziale, che serve ad identificare un tipo di Stato di fronte ad altri. L'argomento, che implicherebbe un esame approfondito del modo di determinare la forma di Stato, nonché la ricerca relativa alla precisazione del concetto giuridicamente rilevante di rivoluzione, non può essere che appena sfiorato.

Bisogna preliminarmente avvertire come la soluzione da dare al problema, così come qui è stato posto, non muta per la presenza o meno di un potere costituente; poiché, mentre da una parte, si è ritenuta la possibilità, comprovata dall'esperienza storica, di mutamenti validi e giuridicamente imputabili all'ordinamento, anche all'infuori dell'intervento di tale potere, si è, d'altra parte, affermata la necessità di limiti assoluti, tali da non potere essere sorpassati neppure dall'attività dello stesso potere costituente.

Come si è accennato, intorno al significato che giuridicamente è da attribuire al mutamento costituzionale, vi sono due teorie estreme: una <sup>(131)</sup> che, portando alle ultime conseguenze la concezione gradualistica delle fonti, e sostenendo l'impossibilità di ammettere un'istanza superiore alla costituzione, afferma l'invalidità di ogni mutamento, anche se realizzatosi con l'osservanza delle regole stabilite per le revisioni costituzionali, data la mancanza di carattere giuridico delle regole stesse. Infatti queste, per essere valide, dovrebbero emanare da un'istanza superiore a quella costituente, in quanto le norme sul mutamento, rivolte allo stesso costituente, sono diverse nella loro essenza dalle altre norme, dirette agli organi subordinati; e tale istanza superiore non è possibile porre, dovendosi altrimenti risalire all'infinito. In antitesi con questa è l'altra teoria <sup>(132)</sup>, per la quale ogni mutamento deve ritenersi legale quando possa ricondursi alla volontà sociale, posta a base dell'ordine giuridico positivo.

Una terza soluzione, in certo modo intermedia rispetto alle precedenti, è quella data dalle concezioni formali, che considerano legittimo ogni mutamento che avvenga secondo il procedimento al-

---

<sup>(131)</sup> Sostenuta con maggiore rigore logico BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 214. V. anche ROSS, *o. c.*, pag. 360, contro VERDROSS, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, in *Jur. Blätter*, 1916, p. 742.

<sup>(132)</sup> Su di essa v. le citazioni retro a pag. 41.

l'uopo prescritto. Per queste concezioni un problema di limite materiale non sorge, perché o il limite che riveste tale natura viene ricondotto a quello formale <sup>(133)</sup>, oppure è inteso come limite, anche se assoluto, di carattere politico, e quindi non apprezzabile giuridicamente <sup>(134)</sup>.

Come si vede, l'elemento di immutabilità, che è intrinseco, e perciò inseparabile dal concetto di costituzione, la quale appare per ciò come un compromesso fra quest'esigenza e l'inevitabile incessante mutamento nella vita dello Stato, è diversamente apprezzato dalle teorie ricordate; ma in nessuno di esse sembra sia inteso in modo soddisfacente.

L'opinione del Burckhardt, sostenuta con grande rigore logico, in base alla considerazione che la validità della costituzione non può posare su un titolo giuridico, ma solo sulla sua regolarità oggettiva, da lui riferita alla forma del comportamento, e che il mutamento di essa, anche se previsto, facendo cessare tale regolarità, farebbe anche venir meno necessariamente il suo fondamento, non è da accogliere per le ragioni che sono state già addotte contro il presupposto su cui essa poggia, ragioni che hanno portato a considerare l'istanza sopraordinata alle altre come giuridica essa stessa, perché necessariamente connessa ad una regolarità di comportamento, che però non esclude l'adattamento di questo alle contingenze particolari, ma esige la costante aderenza ad un fine. Alla tesi del Burckhardt deve tuttavia riconoscersi il merito di una chiara consapevolezza della funzione della costituzione e di una rigida consequenzialità logica in ordine alla diversità di posizione del potere di revisione costituzionale, e alla necessità della sua immutabilità.

Invece meno rigoroso appare il pensiero di coloro che riconoscono la validità delle regole del mutamento costituzionale o la validità del mutamento operato dall'organo supremo legislativo, nel

---

<sup>(133)</sup> KELSEN, *La garantie constitutionnelle de la constitution*, in *Revue de droit public*, 1928, p. 200, nel caso di esistenza di potere costituente; MERKI, *Die Rechtseinheit*, cit., pag. 89.

<sup>(134)</sup> Così, per es., RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 150, e *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937, pag. 267; LEVI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 175, e, sostanzialmente, ESPOSITO, *Validità*, cit., pag. 233. Qualificando il limite come politico si può fare riferimento o all'indeterminatezza del contenuto, o all'imprevedibilità della sua attuazione, o all'assenza di garanzie, o a tutt'insieme questi aspetti.

caso che manchi una differenziazione di questo rispetto al costituente, con la sola riserva del rispetto delle forme disposte per il mutamento stesso, e con l'effetto quindi di riconoscere la giuridicità di qualsiasi variazione, anche di quelle che portano alla sostituzione dello stesso organo supremo, quando esse avvengono con l'intervento e il consenso di questo, espresso nelle forme richieste per la valida espressione della sua volontà <sup>(135)</sup>. Infatti, l'accoglimento di questa opinione farebbe venir meno la funzione, che si è detta propria della costituzione, di offrire il criterio per poter giudicare della permanenza di un dato ordinamento e della sua identità rispetto ad altri che appaiono differenziabili nel tempo e nello spazio, in base precisamente alla diversità della costituzione, alla diversità del criterio per l'imputazione di date azioni, cioè per l'attribuzione ad esse di determinati effetti giuridici <sup>(136)</sup>.

Se necessariamente discende dalla funzione della costituzione, cui si fa riferimento, l'esistenza di un limite assoluto alla sua modificabilità, di un elemento cioè di assoluta immodificabilità, la determinazione del medesimo non può avvenire arbitrariamente, ma deve potersi compiere in relazione all'accertamento della sua capacità di mantenere intatta la parte essenziale della costituzione, quella precisamente che la rende idonea ad operare la individualizzazione dell'ordinamento.

---

<sup>(135)</sup> V. in genere gli scrittori, che proclamano la irrazionalità di limiti di non modificabilità posti alle leggi costituzionali, fra gli altri: DUGUIT, *Traité*, cit., IV, pag. 539; RACIOPPI, *Commento allo Statuto*, Roma, 1901, I, pag. 139; JELLINEK W., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlin, 1931, pag. 23.

<sup>(136)</sup> V. MERKL, *s. c.*, pag. 90 e la sua critica alla tesi che vede nel principio della « *lex posterior* » il criterio di unificazione di successivi atti statali. Sull'impossibilità di ammettere quest'ipotesi, a proposito della *Ermächtigungsgesetz* del 1933 votata dal *Reich* a favore di Hitler, v. SCHMITT, *Stato, mov., popolo*, cit., pag. 179, e, in genere, sui limiti assoluti *Verfassungslehre*, pag. 15, 17, 92. Sull'inesistenza di costituzioni che ammettano nel loro seno veri e propri organi costituenti con pienezza di poteri v. MARCILI, *Lo Statuto albertino*, ecc., in *Riv. di diritto pubblico*, 1926, I, pag. 139; ORLANDO, *Principi dir. cost.*, cit., p. 146. Il MINGUZZI (che di solito è citato fra i sostenitori di questa tesi; v., per es., MARCILI, *s. c.*, nota 25) sembra invece distinguere fra gli ordinamenti che ammettono un potere costituente, da intendere come esente da limiti, e quelli, in cui, in mancanza di tale potere, l'ordinaria funzione legislativa è da ritenere vincolata al rispetto dei principi fondamentali della costituzione. Cfr. di lui *Il limite delle attività avverse alla costituzione*, Milano, 1899, p. 105.

Ora l'elemento capace di adempiere alla funzione ora detta non può considerarsi l'organo supremo, quando questo sia identificato con l'organo legislativo, in regime di costituzione flessibile, o con quello abilitato alle revisioni costituzionali, nell'ipotesi di regime rigido <sup>(137)</sup>. L'opinione espressa in questo senso, per essere conseguente, dovrebbe limitare la possibilità del mutamento legale al mantenimento dell'organo considerato supremo, mentre invece, come s'è visto, essa, muovendo da considerazioni puramente formali, è costretta a ritenere legale il mutamento e quindi conservata l'identità dello Stato anche quando, attraverso l'uso delle forme prescritte, si operi il cambiamento dell'organo stesso.

D'altra parte, se la tesi in parola fosse esatta, se cioè il carattere differenziale, atto a contrassegnare la individualità giuridica di uno Stato fosse l'organo supremo, la forma dello Stato verrebbe ad identificarsi con la forma di governo, mentre essa in realtà non si esaurisce in questa, ma comprende necessariamente altri molteplici elementi, indispensabili per poterla configurare; elementi che non si potrebbero ridurre alla volontà illimitata dell'organo supremo, ma che invece si pongono come contrassegni autonomi della forma di Stato <sup>(138)</sup>. In modo più generale è da osservare che, se pure l'elemento formale appare fondamentale nell'organizzazione giuri-

---

<sup>(137)</sup> Così per es., il BURCKHARDT, *o. c.*, p. 126, nonché il KELSEN, *Staatslehre*, cit., p. 252, con riferimento alla costituzione in senso stretto. Per l'indicazione di altre analoghe opinioni, cfr. ESPOSITO, *Validità*, cit., p. 223. È da mettere in rilievo il distacco dalle predette delle opinioni di quei realisti, i quali concordano nel ritenere cessata la continuità dello Stato con il mutare della forma di governo, ma basandosi sullo speciale presupposto, in relazione al quale essi escludono l'esistenza di un'autonomia nella comunità, all'infuori della persona dei governanti. Cfr., per es., LINNG, *Empirische Untersuchungen*, cit., p. IX.

A proposito delle forme di governo, è anche da osservare che se si assumessero le forme stesse come criterio distintivo dei vari ordinamenti, bisognerebbe fare riferimento più che agli astratti schemi nominali, nei quali le forme stesse sono raffigurate, all'effettivo funzionamento v. HSÜ DAU LIN, *o. s.*, pag. 175. Ed è rilevante, a riprova di quanto è detto nel testo, osservare come l'effettivo funzionamento precisamente in relazione al fine politico; v. su ciò BURCKHARDT, *Methode*, cit, pag. 146.

<sup>(138)</sup> Ad essi si riferisce il KELSEN, *o. l. c.*, nel porre il concetto di costituzione in senso largo. Ma egli ha il torto di configurare questa come categoria necessaria solo storicamente, e a limitarne il contenuto ad una materia particolare, cioè ai diritti dei cittadini.

dica, ai fini della certezza e della prevedibilità, essa rimane tuttavia mezzo per l'espressione della volontà statale, la quale, in quanto volontà giuridica, trova il suo essenziale carattere costitutivo nel fine cui è diretta e da cui è, in via principale, limitata. Sicché ad esso nella complessità delle caratteristiche da cui risulta, si dovrebbe fare riferimento per potere individuare un ordinamento, e per potere giudicare del valore da attribuire alle singole forme prescritte pel suo concreto svolgimento.

Se poi, invece, si ritenesse, secondo un'altra tesi già esaminata, che l'organo costituente supremo, il quale vale ad identificare lo Stato, e forma quindi il soggetto della costituzione essenziale, sia l'ente sociale sottostante all'ordine costituito, che, ratificando e considerando come propri i mutamenti apportati a questo, si pone come ultima istanza di decisione <sup>(139)</sup>, allora, da una parte, si cadrebbe sotto l'obbiezione, avanti formulata, di prescindere da ogni considerazione di limite materiale, dall'altra si incorrerebbe nell'errore di sacrificare, nella determinazione del concetto di costituzione, la esigenza, della stabilità a quella del mutamento, con la conseguenza di smarrire ogni criterio di differenziazione fra modificazione costituzionale e rivoluzione. Infatti ogni modificazione considerandosi valida in quanto di fatto attuata, e l'attuazione presupponendo l'adesione, sia pure tacita, dell'elemento personale, è la volontà di quest'ultimo che, apparendo decisiva per poter giudicare della legittimità di ciascuna di esse, si pone come l'elemento individualizzatore, nella sua costanza, di un concreto ordinamento. Ma questo, oltre che nelle considerazioni or ora formulate, urta contro l'obbiezione preliminare dell'incapacità dell'elemento personale dello Stato, come tale, cioè all'infuori di una speciale organizzazione, di esprimere una propria volontà, di porsi come soggetto di attività costituente.

## 16. Quest'affermazione riuscirà chiarita se si richiameranno,

---

<sup>(139)</sup> Oltre gli autori di questa tendenza, cit. al luogo opportuno, v. in HERRNREIT, *Staatsform*, cit., pag. 39 riferite le opinioni, le quali, con riferimento al concetto, diverso da quello ricordato nel testo, del popolo come soggetto del potere costituente, ritengono che ogni cambiamento costituzionale non potrebbe avvenire se non nella forma del plebiscito.

sia pure brevemente, i termini della questione, connessa a quella in esame, relativa al rapporto fra mutamento costituzionale e continuità dello Stato. Sono state formulate al riguardo tre opinioni: quella, dominante, che ritiene mantenuta in ogni caso la continuità dello Stato, qualunque sia il mutamento subito dal suo ordine costituzionale: quella, opposta alla prima, e dovuta alla scuola normativa, secondo cui vi sarebbe cessazione della continuità tutte le volte che si operi, all'infuori dei mezzi previsti nel sistema costituzionale, una modificazione di questo: e, infine, quella che ritiene impossibile una soluzione affidata ai mezzi della logica e valida per tutti i casi, e fa dipendere dalla volontà del soggetto del nuovo ordine costituzionale la decisione relativa alla continuità di questo con il precedente. Poiché la questione in esame attiene al modo di essere della subiettività giuridica statale, e poiché questa è variamente apprezzabile in relazione ai vari ordini giuridici, ai quali si riferisca, così è preliminarmente da chiarire che essa sarà considerata in confronto del diritto interno, senza riguardo alla soluzione, eventualmente diversa, che potrebbe ricevere nel campo del diritto internazionale.

La prima fra le tesi surricordate è quella che presenta nei suoi sostenitori la maggiore discrepanza e incertezza di opinioni, in ordine ai motivi che possono giustificarla. Il criterio più semplicistico è quello che fa riferimento esclusivamente, al popolo e al territorio, intesi nella loro materialità fisica, e giudica della permanenza dello Stato in base al mantenimento o meno della composizione di tali elementi <sup>(140)</sup>.

Ma è impossibile attribuire la qualifica di Stato ad un'entità puramente materiale, a un dato sociale primitivo: a differenza della persona fisica, che può avere una possibilità di agire naturale, al l'infuori dell'ordine giuridico, e che quindi è, come ente naturale, riconoscibile come medesimo o no rispetto a se stesso nel tempo, o ad altri soggetti nello spazio, lo Stato non ha una soggettività neanche puramente fisica se non in relazione ad un principio

---

<sup>(140)</sup> V. per es., HATSCHEK, *Deut. u. preussische Staatsrecht*, cit., I, pag. 33, il quale però ritiene rilevante la questione solo pel diritto internazionale, non pel diritto interno. V., in termini generali, SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, cit., p. 68, che identifica la forma dello Stato con il governo e distingue la forma di Stato dall'identità dello Stato, data solo dall'identità del popolo e del territorio.

unificato re, che trascende gli elementi materiali, e che bisogna identificare per potere giudicare della identità, o continuità <sup>(141)</sup>. Altrimenti, donde desumere il criterio per procedere a tale giudizio nei casi di variazione degli elementi stessi <sup>(142)</sup>? Se si dovesse guardare, in tali ipotesi, solo alla entità, in senso quantitativo, delle variazioni stesse, non sarebbe in nessun modo possibile stabilire il grado in cui esse debbano presentarsi per dar luogo al mutamento. Se invece si facesse intervenire un fattore qualitativo, da riferire soprattutto, com'è ovvio, all'elemento personale, se si guardasse cioè alla speciale composizione di questo <sup>(143)</sup>, allora si verrebbe già ad assumere un principio di organizzazione: non potrebbe influire infatti in questo caso la sola considerazione dei requisiti fisici, etnici, ecc., che potrebbero essere comuni anche ad altri popoli, ma soprattutto quella della sussistenza di un comune destino, di un comune scopo, di un elemento cioè capace di operare un'organizzazione, sia pure rudimentale del popolo, ma tale da offrire un criterio generale per l'identificazione di una soggettività, capace di porsi come centro di imputazione comune del vecchio e del nuovo ordine. Non sembra pertanto contestabile che, se si vuol dare una soluzione in via di logica giuridica al problema della continuità dello Stato, bisogna presupporre esistente un principio organizzativo, che permanga immutato pur con il variare di singole parti della sua struttura; bisogna, in altri termini, fare riferimento ad una costituzione originaria, anch'essa di carattere giuridico, una volta che deve

---

<sup>(141)</sup> Nega sia la inconcepibilità logica che la impossibilità pratica di agire dello Stato senza un ordine giuridico da esso emanante il BELING, *Revolution und Recht*, Ausburg, 1923, pag. 28. Ma anche nell'ipotesi che egli fa di uno Stato che agisce ponendo manifestazioni giuridiche individuali sarebbe esistente un ordine giuridico. Il BELING distingue (pag. 52) lo Stato come soggetto dell'ordine giuridico (il *prius* di questo) dalla subbiettività giuridica dello Stato (il *posterius* del diritto). Ma nel primo caso non si può parlare ancora di Stato, bensì di un complesso di elementi materiali, che formano il presupposto pel sorgere di esso. Si può ricordare anche la citata opinione di ESPOSITO, relativa allo Stato agente direttamente, all'infuori degli organi, in caso di mutamento rivoluzionario, nonché quella di PANUNZIO, *Teoria*, cit., pag. 563, che si basa sul concetto di persona ideale dello Stato.

<sup>(142)</sup> Sull'impossibilità del riferimento all'ambito territoriale per giudicare della continuità, v. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1912, p. 347.

<sup>(143)</sup> Così, per es.: REDSLOB, *Abhängige Länder*, cit., pag. 134.

agire come fonte di determinati effetti giuridici, costituzione della quale occorrerà indagare i rapporti con le leggi costituzionali positive, per accertare se e fino a quando le variazioni di queste esercitino influenza sulla prima <sup>(144)</sup>.

Infatti all'esistenza di un ordine statale originario, preesistente

---

<sup>(144)</sup> È merito della scuola normativa (v. soprattutto MERKI, *Die Rechtseinheit*, cit., pag. 56 e segg.) aver dato la più convincente dimostrazione della necessità dell'impostazione del problema nel senso indicato nel testo, sia pure con riferimento ad un concetto di costituzione non accettabile. La necessità di risalire alla costituzione per la soluzione della questione riconosce anche un critico di MERKI, il WALZ, in *Ursprungsnorm*, cit., pag. 30. Non sembra quindi esatto qualificare come « pura esercitazione dottrinale » la tesi di detta scuola, come fa il BISCARETTI, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano, 1938, pag. 154, il quale trascura di considerare le opinioni in senso analogo formulate da ARISTOTILE in poi. Fra i moderni, v. fra gli altri, MICHOUX, *Théorie de la personnalité morale*, I, pag. 118; BURCKHARDT, *o. c.*, pag. 317; CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funz. costit.*, cit., pag. 544; RAUSCHENBERGER, *Die Staatsrechtliche Bedeutung von Staatsreich*, ecc., in *Zeitschrift für öff. Recht*, II, pag. 122; STIER-SOMLÒ, *Deuts. Reichs u. Landestaatsrecht*, I, 1924, pag. 50. V. anche ROMANO, *Corso costituz.*, pag. 48. A proposito di quest'ultimo autore, non sembra esatto attribuirgli, come il BISCARETTI fa, (*o. c.*, pag. 139 e 159) una posizione rigida, in ordine al problema in esame, nel senso dell'ammissione in ogni caso della continuità dell'ordinamento: infatti, in *L'ordinamento*, cit., pag. 38 e 57, e più chiaramente in *Instaurazione c.*, pag. 69, quest'autore afferma che sul problema della continuità, quando sia mutato il governo, non possano formularsi principi generali, ma che esso sia da risolvere in modo diverso secondo l'entità del mutamento. Forse dal non avere scorto la fondamentale esattezza dell'impostazione da lui criticata, derivano le incertezze, che possono rilevarsi nel pensiero del BISCARETTI in ordine al problema della formazione derivata degli Stati, che è strettamente connesso a quello qui esaminato. Ciò può dirsi, per es., per l'indeterminatezza in cui, nello scritto stesso, è lasciato il criterio da assumere per giudicare della novità o meno di uno Stato sorto dalla modificazione di uno precedente: così, mentre da una parte l'autore esclude che lo Stato possa considerarsi nuovo per la semplice modificazione della costituzione (pag. 149), ammette in altro luogo (pag. 199, n. 83 e 85, e pag. 273, che lo Stato muta con il semplice mutare del principio di validità del suo diritto: principio di validità, che non è altra cosa se non la costituzione. A riprova di quanto si è affermato nel testo sull'impossibilità di giungere ad una soluzione del problema quando si prendano in considerazione i soli elementi materiali dello Stato, si possono vedere i dubbi del BISCARETTI (*o. c.*, pag. 274, 292) sul modo di valutare le diminuzioni e gli ingrandimenti territoriali dello Stato al fine di stabilire la cessazione o meno dello Stato stesso. Così pure riesce inspiegabile, se si prescinde dalla considerazione del principio organizzativo, perché si debba ritenere interrotta la continuità nel caso in cui in uno Stato, rimasto identico nei suoi elementi materiali, si produca una scissione fra due successivi ordinamenti giuridici per l'interpersi fra essi di un periodo di anarchia (cfr. BISCARETTI, *o. c.*, pag. 122).

alla costituzione legale, si richiama Jellinek <sup>(145)</sup>, quando a fondamento della sua tesi sull'immutabilità dello Stato, pur attraverso il mutamento delle norme costituzionali, ricorre alla distinzione, propria della teoria dell'associazione, fra statuto ed atto costitutivo, o, più genericamente, fra esistenza e forma <sup>(146)</sup>. Sembra però debba, in contrario, osservarsi come, in termini giuridici, l'esistenza non possa concepirsi se non come forma, ed è, al più, ammissibile solo una distinzione fra una forma più ampia e generica ed una più particolare e specifica. La differenziazione fra statuto ed atto costitutivo non offre difficoltà quando questi abbiano una distinta esistenza, obbiettivamente determinabile: ma la sua applicazione allo Stato, quale ordinamento originario, solleva difficoltà, che non sembrano superabili, in ordine alla determinazione sia del soggetto da cui dovrebbe emanare lo statuto originario, sia del momento e del modo del suo sorgere, e sia infine del contenuto da attribuirgli. Da quale segno potrebbe riconoscersi l'esistenza di una data aggregazione sociale sovrana su un territorio, se si prescinde dal primo ordinamento giuridico, che si manifesta, e non potrebbe altrimenti, con una forma determinata? Senza di questa l'unico elemento di identificazione non potrebbe essere se non la popolazione, intesa come elemento materiale <sup>(147)</sup>: ma contro siffatta soluzione valgono le osservazioni fatte avanti.

Per dare un significato più preciso alla tesi in esame si dovrebbe ritenere che la costituzione originaria, quella cioè con la quale per la prima volta un popolo si ordina a Stato contenga due parti: una, mediante la quale pone a sè stesso uno scopo generico: quello di vivere insieme, ed un'altra, specifica, diretta ad imprimere una determinata organizzazione alla consociazione, di realizzare una specie particolare di ordine pubblico. In questo senso dovrebbe in-

---

<sup>(145)</sup> V. *Allgemeine Staatslehre*, cit., pag. 253, V., inoltre, sul concetto di costituzione originaria dello Stato, oltre gli scritti ricordati avanti, le citaz. di cui alla nota 1 di pag. 225 della citata *Validità* di ESPOSITO.

<sup>(146)</sup> V. anche per la distinzione fra fondazione dello Stato e fondazione di una nuova costituzione. ZORN, *Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat*, in *Hirtsannalen*, 1884, pag. 453.

<sup>(147)</sup> V. infatti, con riferimento a questo elemento, BALLADORE-PALLIERI, *L'estinzione di fatto degli Stati*, ecc., in *Annali di Messina*, 1930, 31. V. pag. 323 e bibliografia ivi.

interpretarsi la dottrina francese, cui si è già accennato, del potere costituente, nonché l'opinione in esame di Jellinek<sup>(148)</sup>, che fa riferimento appunto alla permanenza dello scopo, oltre che del popolo e del territorio, per argomentare della continuità dello Stato. E, ancora, a questa prima parte della costituzione originaria bisognerebbe imputare la norma fondamentale, che alcuni<sup>(149)</sup>, a correzione di quella proposta dal Kelsen, hanno creduto di potere formulare nel seguente modo: « valore giuridico hanno non solo le norme attuali, ma tutte quelle future poste da un'autorità che riesca a sostituirsi alla prima ». Ma mentre, a proposito di quest'ultima opinione, è da osservare che il contenuto di una norma fondamentale non può essere assunto in modo arbitrario, cadendosi altrimenti nell'errore di dare una spiegazione puramente verbale del fenomeno che si dovrebbe interpretare, nei riguardi dei tentativi precedentemente esposti si deve opporre che la semplice decisione di vivere insieme, la sola volontà di costituire lo Stato non lo fa ancora sorgere, occorrendo all'uopo la predisposizione di un particolare ordine concreto, con cui coincide il momento generativo dello Stato<sup>(150)</sup>. Del resto, anche per gli enti diversi dallo

---

<sup>(148)</sup> *Op. loc. cit.* Evidente la derivazione del pensiero di JELLINEK da quello di ROUSSEAU (*Le contrat social*, in *Oeuvres complètes*, 1790, VIII, pag. 29 segg., 58), riguardo al corpo politico, o corpo nazionale, formato in virtù dell'atto originario d'associazione. Pel concetto di sovranità nazionale, agente come potere costituente supremo, e conservatore invisibile e inalienabile della società tutta, cfr. anche ROMAGNOSI, *Scienza delle costituzioni*, Milano, 1848, pag. 36, e, risalendo ancora più indietro, pel concetto dell'*universitas civium* detentrica della sovranità, MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, Lepzig, 1913, cap. 18, del I° libro.

<sup>(149)</sup> Cfr. i citati WALZ e BALLADORE-PALLIERI.

<sup>(150)</sup> Si può notare, a riprova della debolezza della tesi qui confutata, la contraddizione in cui questa cade, quando ritiene siano da considerare come di fatto i mutamenti dell'ordinamento costituzionale intervenuti all'infuori dell'osservanza delle norme all'uopo disposte dalle norme vigenti al momento del mutamento. Così CARRÉ DE MALBERG (*o. c.*, vol. II, pag. 484), se giustamente contesta che si possa valutare la legittimità di un mutamento violento sulla base di un ordine anteriore, e conseguentemente critica il tentativo della costituente dell'89 di fondare sui *cabiers* il suo potere di revisione, avrebbe dovuto, in armonia con la sua opinione che vede nella nazione il titolare di una costituzione originaria, trovare in essa il centro di imputazione per decidere sulla qualificazione da attribuire ai mutamenti, e questi, violenti o no, in quanto emanazione della volontà della nazione, si sarebbero dovuti raffigurare sempre legittimi. Si potrebbe ancora osservare che se la nazione, come semplice entità spirituale, si dovesse ritenere capace di porsi come centro di collegamento comune a ordinamenti costituzionali

Stato, l'atto costitutivo è collegato in un rapporto diretto con l'entrata dell'ente nel mondo giuridico, con l'assunzione cioè di un fine particolare ad esso proprio e con una correlativa organizzazione <sup>(151)</sup>.

Una più convincente motivazione dell'opinione in esame non è certo data da coloro che invocano, a sostegno di essa, la necessità <sup>(152)</sup>. Infatti, come si è avuto occasione di ricordare, la necessità può essere assunta come fonte di diritto non in sè, ma con riferimento alle esigenze di un dato ordinamento, come concretizzazione di un obbligo rivolto alla soddisfazione di interessi propri dell'ordinamento stesso. Ora l'obbligo al mantenimento del vecchio Stato non si potrebbe desumere né dal diritto di questo, né da quello del nuovo, e neppure da un'esigenza superiore ad entrambi.

Ancora meno accettabile appare poi l'altro tentativo <sup>(153)</sup> di fondare la continuità dello Stato in caso di rivoluzione sul diritto internazionale, ossia sul riconoscimento da questo effettuato del nuovo Stato come identico al vecchio: ciò, a prescindere da altre considerazioni, per la postulata indipendenza fra i due sistemi giuridici, quello internazionale e quello interno <sup>(154)</sup>.

Non sembra pertanto possibile rinvenire una fonte (a meno di non volerla riporre nel diritto naturale) dalla quale possa argomentarsi l'esistenza di un obbligo gravante sullo Stato sorto da una

---

diversi, succedentesi nel tempo, essa dovrebbe potere adempiere a questa funzione, mantenendosi intatti gli elementi che la caratterizzano, anche se si interponesse fra il vigore di un ordinamento e quello di un altro un periodo di anarchia, o di assoggettamento al dominio di uno Stato straniero. Invece in simili ipotesi si suole ritenere, come si è indietro ricordato, interrotta la continuità dello Stato, pur considerandosi immutata la costituzione originaria.

Più logiche le teorie, che, postulata l'esistenza di un potere costituente, nel senso visto, lo fanno titolare di potestà giuridiche, attribuendogli un vero diritto di resistenza contro gli organi costituiti, che non ne interpretano la volontà, e di sostituzione di essi con altri. Per la critica a questa opinione, v. DUGUIT, *o. c.*, II, pag. 22. Per un ritorno a questo antico punto di vista da parte della moderna dottrina tedesca, cfr. HUBER, *Wesen*, ecc., cit., pagina 52.

<sup>(151)</sup> Cfr. RAVÀ R., *Gli statuti degli enti pubblici*, Milano, 1936, pag. 53.

<sup>(152)</sup> Cfr. BALLADORE, *o. l. cit.*; CRISCUOLI, *s. c.*, pag. 546-549.

<sup>(153)</sup> Dovuto al SANDER, *Das Faktum der Revolution u. die Kontinuität er Rechtsordnung*, in *Zeitschrift für öff. Recht*, I, pag. 135 segg.

<sup>(154)</sup> Vedi, per ulteriori confutazione della tesi del SANDER, BELING, *s. c.*, pag. 25.

rivoluzione di rispettare il vecchio ordinamento, quale continuatore di questo <sup>(155)</sup>.

Se, mostrati infondati i tentativi fatti per comprovare la tesi del mantenimento dell'identità dello Stato, pur nel mutamento del suo ordine giuridico, si deve convenire nell'escludere l'esistenza di un'esigenza logica in questo senso, non si può per altro aderire in tutto ad un'altra opinione, che affida interamente alla volontà dello Stato sorto dalla rivoluzione il decidere sul punto della continuità <sup>(156)</sup>. Innanzi tutto, non sempre questa volontà si manifesta in proposito, né sempre riesce possibile determinarla altrimenti: ed allora è necessario risalire ad un principio che consenta di decidere.

Ma anche quando una volontà nel senso predetto vi sia, il ricorso ad un criterio di carattere generale può essere necessario per determinare l'estensione da attribuire ad essa, la sua concreta efficacia; potendosi, per ragioni di opportunità mantenere in vigore parzialmente la vecchia legislazione, pur attuando il mutamento del suo principio di validità <sup>(157)</sup>, nel quale caso quella legislazione, anche se immutata nella sua espressione formale, verrebbe ad assu-

---

<sup>(155)</sup> Così anche si dovrebbe ritenere di diritto naturale l'obbligo, di cui parla JELLINEK, *o. c.*, pag. 250, di apportare la minore alterazione possibile alle preesistenti condizioni di diritto. V. su un obbligo analogo MIELE, *Le situazioni di necessità*, cit., pag. 65, ma con riferimento a una questione in parte diversa: alla necessità cioè di far risalire il nuovo ordinamento al momento della cessazione del vecchio, onde evitare soluzioni di continuità. V. anche ROMANO, *Instaurazione*, pag. 63 e *Corso dir. cost.*, pag. 164, su un problema connesso, ma che può risolversi in base ad altre considerazioni, cioè sul riconoscimento degli atti prodromici di instaurazione di un nuovo ordinamento.

<sup>(156)</sup> È, in ogni caso, da notare come questa tesi convenga nel pensiero sostanziale, qui sostenuto, che la continuità dello Stato non può essere la conseguenza fatale di fattori di ordine sociale, ma l'effetto di una volontà giuridica, attuale ed efficiente. Come si è già ricordato, anche per BELING, cui la tesi è dovuta, la volontà in parola è quella del ceto politico dominante (*s. c.*, pag. 9 e 18).

<sup>(157)</sup> La riprova dell'esattezza di quanto si afferma nel testo è data dalla considerazione che la conservazione di un complesso di norme del vecchio ordinamento può avvenire anche nell'ipotesi di annessione di uno Stato ad un altro, ipotesi nella quale nessuno penserebbe mantenuto in vita il vecchio Stato. Il fatto che permangono immutati gli elementi materiali dell'antico ordine rende possibile un fenomeno, rilevato a sostegno della tesi avversaria, consistente nella omissione al momento del sorgere del nuovo ordinamento, di atti, come la ricognizione dei limiti del nuovo territorio, o del rapporto di sudditanza, e, in genere nell'utilizzazione di atti precedenti non contrastanti con il nuovo ordine. Ma ciò si spiega in base ad un principio di economia, la cui

mere un significato diverso da quello precedente, essendo mutata la struttura sostanziale, che stava alla sua base. A tale proposito è da mettere in rilievo l'infondatezza del motivo, che alcuni derivano, a sostegno della tesi della continuità, dalla circostanza che il mutamento costituzionale riguarda, in genere, solo una piccola parte del sistema normativo <sup>(158)</sup>. Sembra evidente che, per decidere circa la permanenza o meno di un ordinamento non alla quantità delle norme di questo, che siano mantenute in vigore, bisogna guardare, bensì al fondamento di esse, che è dato dalla costituzione. D'altra parte è da osservare che essenziale per l'imputazione di una norma ad un sistema non è che essa provenga dall'istanza legislativa di questo, bensì che sia questa istanza a decidere della validità della norma stessa <sup>(159)</sup>.

17. Se deve, per le considerazioni precedenti, escludersi la possibilità di ammettere, in sede giuridica, il perdurare dello Stato, qualunque sia il mutamento subito dall'ordine costituzionale, pel solo mantenimento di fattori di identità puramente sociologici, è,

---

applicazione è resa possibile dal mantenimento degli elementi materiali dei rapporti preesistenti.

Sulla permanenza di vecchi istituti con significato diverso da quello loro conferito dall'ordinamento originario, cfr. JELLINEK, *o. c.*, p. 18; e recentemente CECCHINI, *Introduz. dogmatica*, cit., p. 31; DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milano, 1939, I, p. 50.

<sup>(158)</sup> WALZ, *o. c.*, pag. 30; BALLADORE-PALLIERI, *o. c.*, pag. 311; BISCARETTI, *o. c.*, pag. 156. Sul punto, v. anche BELING, *o. c.*, pag. 26, in una critica, che sembra infondata, al pensiero del Kelsen. Su questioni nascenti dalla coesistenza di principi appartenenti a sistemi diversi, v. ENGISCH, *s. cit.*, pag. 84.

<sup>(159)</sup> Per questo principio v. perspicuamente WENZEL, *Juristische Grundprobleme*, Berlin, 1920, pag. 142. V. le osservazioni di CESARINI-SFORZA, *La crisi delle fonti*, cit., pag. 24, che, dall'ammissione di un principio costituzionale trascendente le norme, argomenta per la possibilità della permanenza di esso pur nel mutamento di queste e viceversa.

Per quanto riguarda la questione circa il valore da attribuire al mutamento costituzionale, verificatosi in Germania con l'avvento del regime hitleriano e il modo di interpretare il diritto appartenente al vecchio ordinamento e non espressamente o implicitamente abrogato, cfr. SCHMITT, *Ueber die drei Arten*, cit., pag. 24 e 54, nonché WALZ G. A., *Das Ende der Zwischenverfassung*, Stuttgart, 1933, pag. 16. Per l'analoga controversia sorta in Italia a proposito della natura rivoluzionaria o meno da attribuire alla instaurazione del regime fascista, cfr. MELONI, *Tecnica giuridica e sistematica delle riforme e del regime fascista*, Tolentino, 1931, pag. 20; PANUNZIO, *Teoria generale*, cit., pag. 90 e 270.

d'altra parte, da affermare come non ogni alterazione dell'ordine stesso importi una frattura nella vita dello Stato, ma solo quelle, le quali siano di tale entità da provocare una modificazione nella forma sostanziale di esso. Non quindi dall'osservanza o meno del procedimento richiesto pel mutamento costituzionale è possibile trarre il criterio di decisione, e ciò perché, accogliendo, come sembra si debba, la necessità istituzionale fra le fonti di diritto, questa può conferire (nel senso e con il significato già precisato di rendere efficiente un obbligo gravante sugli organi che procedono al mutamento) carattere di legittimità anche alle variazioni attuate all'infuori delle forme previste. Questo stesso motivo dev'essere invocato per escludere che il criterio stesso possa essere dato dal carattere pacifico o violento del mutamento <sup>(160)</sup>.

E poiché, come si è detto, neppure la forma del governo può apparire decisiva, perché questa riguarda solo una parte dell'ordine giuridico, a meno che, secondo l'ipotesi già vista, non sia essa stessa forma di Stato, occorre richiamarsi alla costituzione in senso materiale, non come costituzione originaria, sociologica, ma come sistema positivo, comprensivo della disciplina di tutti i rapporti rilevanti, e collegante in una determinata specie di unità tutti gli elementi dello Stato.

Forma di Stato, regime, sistema possono ritenersi espressioni equivalenti, valide a designare il contenuto della costituzione nel senso qui assunto, comprendente l'insieme delle forze politiche e dei fini, di cui esse sono portatrici, e che ispirano il complesso normativo: costituzione, che mentre forma l'elemento costante, il limite assoluto di ogni mutamento costituzionale, determina con la sua caduta, la caduta stessa dello Stato, il quale, si ripete, non può raffigurarsi giuridicamente all'infuori di una particolare forma <sup>(161)</sup>.

---

<sup>(160)</sup> Secondo la ricordata opinione del ROSS, *o. c.*, pag. 351.

<sup>(161)</sup> Recentemente il CROSA, nel riaffermare la tesi dominante, qui confutata, ha osservato che lo Stato, anche nei momenti rivoluzionari, possiede sempre un ordinamento giuridico, onde si presenta sempre come forma. (*Sulla classifica delle forme di governo*, estr. dagli *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939, pag. 7). Ma con ciò non è detto da che cosa sia data questa forma, distinguibile da quella di governo, né, ciò che più qui interessa come queste varie forme si ricolleghino fra loro in modo da formare un'unità. Se non si vuole ricorrere all'identità del territorio e dei cittadini, ciò che lo stesso CROSA esclude, si deve risalire ad un'unità morale, com'egli infatti fa (pag. 8). Ma contro quest'ammissione valgono le considerazioni, già avanti formulate.

Se si guarda alle varie opinioni, le quali sostengono l'esistenza di limiti assoluti della costituzione <sup>(162)</sup>, si può osservare come esse, quando vogliono trovare il fondamento dei limiti stessi, sono costrette a risalire o a fini che, pur non essendo in nessun modo richiamati nelle norme positive, sono tuttavia ritenuti impliciti, o all'esistenza di patti, o accordi, dai quali la costituzione avrebbe avuto origine, o più genericamente ad una totalità, rispetto alla quale le norme singole, anche quelle costituzionali, sarebbero parti <sup>(163)</sup>. Tutto quello che si è detto precedentemente vale a comprovare la necessità del ricorso alle forze politiche, che riassumono la pienezza del potere, e si pongono come espressione immediata della sovranità dello Stato. Ma, perché i limiti in parola, possano ritenersi giuridicamente rilevanti, è necessario mostrare come siano giuridiche le forze dalle quali emanano, perché assoggettate al diritto nell'atto stesso in cui pongono l'ordine costituzionale.

Se si volesse approfondire il punto qui considerato bisognerebbe analizzare il significato da attribuire al concetto di forma di Stato, la cui teoria si può dire ancora manchi <sup>(164)</sup>: non sufficiente deve ritenersi quella in base alla quale si è proceduto alla tripartizione di stato patrimoniale, di polizia, di diritto <sup>(165)</sup>, perché più che

---

<sup>(162)</sup> Sull'esistenza di limiti assoluti della costituzione, ma con disaccordo circa le qualità dei medesimi, e sulla conseguente distinzione fra una parte variabile e una non modificabile nella costituzione v., oltre gli scrittori citati avanti, SMEND, *o. c.*, pag. 81; HUBER, *Wesen*, cit., pag. 62; HSÜ DAU LIN, *s. c.*, pag. 175; LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin, u. Leipzig, 1929, pag. 106; KOELLREUTTER, *Grundriss Staatslehre*, pag. 83; ESMÉIN, *Eléments*, cit., II, pag. 544; GERBER, *Die Weltanschaulichen Grundlagen des Staates*, 1930, p. 4 e 10; JERUSALEM, *Der Staat*, cit., pag. 190, dove è posta una distinzione fra le reazioni della *Volksgemeinschaft* contro un *Führer* che non esprima l'opinione dei *Genossen*, e la rivoluzione come mutamento del contenuto dello spirito della comunità.

<sup>(163)</sup> V. esposte alcune fra queste opinioni da ESPOSITO, *Validità*, cit., pag. 223-229.

<sup>(164)</sup> Spesso anzi viene ommesso qualsiasi cenno sull'argomento. Così, per es.: nel *Corso* cit. del ROMANO. Ciò accade probabilmente perché si ritiene che la teoria delle forme di Stato ha importanza solo politica, non giuridica.

La teoria giuridica delle forme di Stato dovrebbe indicare i criteri per la determinazione del concetto di forma statale, non procedere a una classificazione delle varie forme, configurabili solo attraverso l'osservazione storica, non determinabili in via logica. V. HAURIQU, *Précis*, pag. 119; LEVI, *Istituzioni*, cit., pag. 177.

<sup>(165)</sup> V. un recente tentativo del CIHARELLI, *Lo Stato corporativo*, cit., p. 240, di

una teoria delle forme di Stato, è la raffigurazione di alcuni tipi storici di Stato, basata prevalentemente sulla considerazione dei rapporti fra Stato e cittadini, considerazione necessaria certamente, ma non sufficiente per raffigurare il concetto di forma di Stato <sup>(166)</sup>. La notevole difficoltà che si presenta per la determinazione di questo deriva dalla molteplicità degli elementi da tenere presenti in quanto la forma fondamentale permea di sé tutti i rapporti, nelle varie direzioni fondamentali verso le quali si dirige l'attività statale. Nel suo nucleo essenziale essa è data dal valore o dal complesso dei valori, di cui sono portatori una data classe sociale e il partito, che ne è l'espressione attiva, e intorno ai quali sono coordinate le varie istituzioni statali <sup>(167)</sup>. Queste appaiono nella funzione di mezzi in

---

innestare nella classificazione tradizionale, dovuta, com'è noto, in principal modo, al MAYER, *Droit administratif allemand*, Paris, 1903, I, p. 55, come quarta forma, lo Stato corporativo. Non sembra però che il tentativo, pur assai meditato, possa ritenersi riuscito, manifestandosi insufficienti gli elementi presi in considerazione dall'A. come costitutivi della forma, elementi che, in sostanza, consistono nella creazione di nuove fonti di produzione giuridica, e nel riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico di nuovi rapporti sociali e di nuovi diritti pubblici soggettivi. Se fosse vero che essi potessero fornire un criterio di discriminazione delle forme di Stato, bisognerebbe ritenere che queste siano mutabili incessantemente, essendo incessante in ogni ordinamento il processo che porta a variare l'ordine delle fonti, e a modificare la sfera della disciplina giuridica dei rapporti sociali.

<sup>(166)</sup> Un tentativo di approfondimento di questi concetti può notarsi nella dottrina rivolta alla interpretazione giuridica delle forme di organizzazione statale, a carattere totalitario, recentemente affermatesi in Europa, e dei caratteri differenziali delle medesime rispetto ai vecchi ordinamenti. Sulla importanza di tale indagine, v. le osservazioni di TOSATO, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, pag. 175. Cfr. gli scritti sull'argomento del FERRI, *Sul carattere giuridico del regime totalitario*, Roma, 1937; del LUCATELLO, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, estratto dagli *Scritti in onore di S. Romano*, Padova, 1939; di D'EUFFEMIA, *Sulla equazione Stato corporativo, Stato totalitario*, in *Rivista del lavoro commerciale*, 1939, pag. 504; in Germania, di FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933; di NAWIASKY, *Staatstypen der Gegenwart*, St. Gallen, 1934.

<sup>(167)</sup> Si richiamano allo scopo politico, sia pure dando diverso rilievo ad esso in confronto alle concrete istituzioni che lo realizzano, per la determinazione del concetto analogo di regime: PERTICONE, *Elementi di una dottrina gen.*, ecc., Milano, 1939, pag. 164; MARAVIGLIA, *Caratteri del regime fascista*, nella raccolta *Il Partito*, Roma, 1931, pag. 21; LEVI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 105; PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, 1937, pag. 270 (che mette in rilievo l'altro lato del concetto, quello soggettivo, ma limita, non sembra esattamente, la rilevanza del regime al periodo di instaurazione del nuovo ordinamento); CURCIO, *Che cosa è il regime?*, in *Lo Stato*, 1930, pag. 327; COSTAMAGNA,

relazione allo scopo: mezzi che, essendo diversamente rilevanti rispetto a questo, cioè essenziali o meno al conseguimento di esso,

---

*Elementi di diritto pubblico*, Firenze, 1929, pag. 26; BONAUDI, *Il governo rappresentativo e i governi di coalizione*, in *Studi per Cammeo*, Padova, 1933, I, pag. 131; CHIARELLI, *Il concetto di regime*, in *Archivio giuridico*, 1932, pag. 212. V. anche sul concetto di regime politico, desunto dall'idea politica informatrice di un sistema, RENARD, *Théorie de l'institution*, cit., pag. 164: quest'A. pone il concetto stesso distinto da quello di Stato, ma poi è costretto ad ammettere l'identificazione solo in casi determinati; come, per es.: per quanto riguarda la distinzione fra debiti di Stato e debiti di regime nei riguardi internazionali, nei casi di successione di un ordinamento a un altro. Il RENARD tuttavia non indica nessun criterio (e pare difficile trovarlo) capace di dirigere praticamente la ricerca rivolta a determinare quando ricorra un'ipotesi e quando l'altra. Lo stesso R. poi, nel seguito del suo Scritto (pag. 235), ancora più efficacemente ribadisce il nesso necessario fra Stato e idea politica.

Si è già in precedenza cercato di prevenire i dubbi che potrebbero sorgere sull'esattezza della caratterizzazione, qui fatta, del regime in base allo scopo politico, quando si prendano in considerazione gli Stati a pluralità di partito. Non sembra esatto opporre che, in questo caso, il regime non sia qualificabile in base ad un proprio contenuto ideologico, pel fatto che esso riceve di volta in volta i vari contenuti, che vengono immessi dai partiti che si succedono al governo. Si è detto infatti come non sia possibile concepire uno stato agnostico, e come tale non sia neppure quello che di solito è così configurato: cioè lo Stato liberale.

Esso infatti sorge come espressione degli interessi di gruppi sociali determinati e quindi sulla base di una concezione politica corrispondenti ai medesimi: concezione che non si esaurisce nell'ammissione della legittimità di realizzare in forma legale qualsiasi tendenza, ma ha un contenuto sostanziale di tutela dell'assetto sociale borghese, contenuto il quale agisce sul principio di libertà, limitandone, almeno di fatto, l'estensione, nel senso di impedire che le tendenze avverse a quest'assetto passino dalla funzione di pura propaganda o di opposizione all'esercizio di attività di governo, riservata in realtà (per effetto del meccanismo elettorale, o di altri congegni strutturali, come quelli, per es.: relativi al regime delle associazioni, influenti indirettamente sulla possibilità di effettivo esercizio della funzione politica) solo ai partiti che si son detti di governo, differenziati fra loro solamente in base al differente modo di intendere le modalità di attuazione della comune ideologia.

Che un determinato Stato, a struttura liberale, non riesca in un certo momento a reprimere il prevalere di forze sociali avverse all'ordine informatore del regime giuridico vigente, e che le forze stesse si servano dei mezzi offerti dall'ordinamento per conseguire il potere, non esclude l'esattezza di quanto si è affermato, poiché in questo caso, nonostante la forma legale in cui avviene il mutamento, questo implica, per la modificazione della concezione politica fondamentale, l'instaurazione di una nuova struttura statale e quindi la fine del precedente regime.

È forse opportuno far rilevare, in riguardo alla identificazione fatta fra regime e forma di Stato, come intanto può apparire legittimo ammetterla, in quanto si muova

giustificano la distinzione fra parte costante e parte variabile della costituzione <sup>(168)</sup> <sup>(169)</sup>.

È sufficiente richiamarsi a quanto si è detto precedentemente per intendere come questo principio essenziale di forma non si risolve interamente nelle singole istituzioni giuridiche che lo realizzano <sup>(170)</sup>, ma come, anche nei regimi nei quali le forze sociali che lo elaborano e lo sostengono sono inserite formalmente nell'organizzazione dello Stato, esso conservi una sua posizione autonoma, poiché precede le istituzioni, ne forma quello che si suole chiamare lo spirito, ne condiziona il funzionamento e presiede al loro svolgimento.

---

dalle premesse, qui assunte, che hanno portato ad includere nella forma giuridica dello Stato gli elementi sociali, che si son detti formativi della costituzione materiale e ai quali bisognerebbe fare riferimento, ove si volesse attribuire al concetto di regime una propria autonomia di significato.

<sup>(168)</sup> Su questa distinzione, v. già JELLINEK G., *Staatslehre*, cit., pag. 362, e ivi l'affermazione che la parte costante, espressamente o tacitamente posta, costituisce una misura pel giudizio sulla volontà dello Stato anche formalmente inattaccabile. V. anche HAURIUO, *Précis droit const.*, cit., pag. 32, che, in relazione alla distinzione da lui posta (pag. 339 e 626) fra Costituzione politica e costituzione sociale, ne fa una analoga fra rivoluzioni politiche e rivoluzioni sociali, ed afferma che queste ultime sarebbero distruttive non solo della forma di governo anteriore, ma della stessa istituzione dello Stato.

<sup>(169)</sup> Un'indagine particolarmente interessante sarebbe offerta dall'esame delle relazioni fra forma di Stato e forma di governo. Non sembra esatto disconoscere questo nesso, come fa per es.: CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, cit., pag. 110, poiché la struttura delle istituzioni è in necessaria correlazione con lo scopo ispiratore del regime. Il contrario si potrebbe ritenere, ove si considerassero le forme pure di governo, suscettibili, per la loro estrema genericità, di esprimere principi organizzativi diversi o anche contrastanti fra loro. Ma nei riguardi delle forme miste, caratterizzate dalle molteplicità degli organi costituzionali, non è possibile che la funzione di un ordinamento non influisca nella composizione di questi. In sede di teoria generale, può perlomeno procedersi ad una determinazione negativa, cioè affermare l'incompatibilità di date forme di governo rispetto a certi fini posti all'attività dello Stato. Così non sembra possa dubitarsi dell'inapplicabilità al regime corporativo di tipo italiano della forma di governo parlamentare, a pluralità di partito: quindi sembra si debba ritenere che il principio corporativo influisca direttamente nel determinare un principio organizzativo di governo, o un modo particolare di funzionamento di una data forma di governo.

<sup>(170)</sup> Come sembra ritenga il CHIARELLI, *Il concetto*, cit., pag. 215.

## CONCLUSIONE

1. Da quanto si è detto sembra sia risultata comprovata l'opinione espressa in principio circa l'impossibilità di rintracciare in elementi formali di aggravamento della procedura di formazione, i caratteri differenziali della costituzione, poiché essi, di per sé soli, non potrebbero in nessun modo adempiere a quel compito di identificazione, garanzia ed unificazione, che si è detto proprio di questa, ma solo, se mai, caratterizzare alcune leggi, ritenute di maggiore importanza politica, rispetto ad altre.

La ricerca effettuata ha indotto invece a ritenere che la costituzione, pel fine per il quale ne è qui indagata la natura, deve essere qualificata sotto l'aspetto materiale, e ciò in un duplice senso: non solo perché determinabile in base ad un contenuto tipico essenziale, ma anche pel fatto che, a comporre questo contenuto, devono entrare necessariamente elementi normativi materiali, e non solo quelli strumentali o puramente organizzativi, i quali invece, secondo un'opinione dimostrata infondata, costituirebbero il solo oggetto specifico della legge fondamentale.

Non sembra che possano venire accolti alcuni tentativi diretti a trovare il contrassegno della costituzione materiale in base ad elementi strutturali da ritenere propri del comando emanante dal supremo organo costituente, e formante appunto il contenuto della costituzione. Ciò non sembra possibile né se si guardi al comando in sé considerato, né se si guardi al rapporto giuridico, che da esso deriva. Se si è creduto di potere dimostrare il contrario, ciò è avvenuto in quanto si sono determinati in modo inesatto o artificioso i caratteri indicati come specifici dai comandi emessi nell'esercizio delle altre funzioni.

Se mai, la determinazione di una differenza di esso rispetto a questi, dal punto di vista ora indicato, potrebbe porsi solo in un senso quantitativo, cioè di frequenza o di entità del modo di

presentarsi di dati caratteri. Così, per esempio, sembra esatto ritenere che la generalità della statuizione, la quale per la legge ordinaria è attribuito normale, ma non essenziale, sia invece tale per la costituzione, sempreché, come già si è rilevato, si abbia riguardo alla norma fondamentale, non a singole, speciali estrinsecazioni di essa.

Ugualmente si dica della costitutività, che, o si consideri carattere comune a tutti gli atti statali, secondo sostiene una teoria, o specifica solo di alcuni, secondo un'altra, si presenta nella costituzione in modo assolutamente primario, condizionante tutte le altre attività.

Non sarebbe invece esatto indicare come elemento distintivo, neanche sotto la specie della prevalenza, il contenuto organizzativo della costituzione in confronto a quello normativo, in senso materiale, delle altre funzioni, poiché, come s'è visto, anche nella costituzione alla posizione dell'organo supremo si aggiunge necessariamente una regola non solo delle forme di esplicazione della sua attività, ma anche del contenuto di questa. La costituzione è insomma, come si è detto, non solo norma sulla produzione, ma altresì norma di produzione e da essa deriva direttamente un vincolo non solo per l'organo che l'emana, ma anche per gli altri soggetti.

Sicché, riassumendo, l'elemento distintivo può rintracciarsi solo se si prenda in considerazione la funzione essenziale della costituzione. E da essa infatti che possono desumersi quei caratteri, i quali appaiono veramente suoi specifici, e cioè la speciale materia che entra a comporla, e lo speciale fondamento sul quale si basa. Ciò facilmente si dimostra ove si pensi a quanto si è detto sulla necessità che la costituzione consideri, insieme alle forze sociali capaci dell'azione di impulso e di coazione, di cui ha bisogno per sorgere e per svolgersi, il principio direttivo di quest'azione, principio né eccessivamente rigido da impedire gli adattamenti necessari al mutamento delle situazioni di fatto, né così elastico da pregiudicare il riconoscimento della sua identità nel variare delle fasi del suo svolgimento; e quindi tale da riunire, armonizzandoli, l'elemento statico con quello dinamico, il fattore di creazione con quello di esecuzione.

Così pure è, analogamente, collegato con la funzione predetta il particolare fondamento della costituzione, non poggiante su una norma anteriore, ma traente da sè stessa la ragione della sua validità e la sua giustificazione. Altrimenti, derivando da un principio ad essa

estraneo, non sarebbe più manifestazione di volontà suprema, e quindi non costituzione di un'entità sovrana. Ma non per questo essa è da considerare sottratta al diritto e basata sul mero fatto. Se così fosse, poiché un fatto non può generare conseguenze giuridiche (infatti, per potere attribuire conseguenze giuridiche ad un fatto, occorrerebbe risalire ad una regola precedente, che ne disciplini gli effetti) si dovrebbe contestare il carattere giuridico anche delle norme derivate, in quanto, negando la giuridicità della fonte primaria, si sarebbe costretti logicamente a negare quella della fonte derivata da essa, e così di seguito per tutti i gradi dell'ordinamento, fino al più basso. Per evitare l'incongruità della conseguenza bisogna respingere, come inesatta, la premessa.

2. Se ora, ricordati in sintesi i caratteri, che sembra sia da attribuire alla costituzione per differenziarla, non politicamente ma in senso giuridico, dalle altre funzioni, si vogliono mettere in rilievo le particolarità del concetto qui sviluppato di fronte alle altre concezioni, alle quali si è accennato, si può dire che essa accoglie alcuni dei postulati da queste poste, rigettandone altri.

Così, nei riguardi delle teorie positivistiche, aderisce al modo ad esse proprio di intendere il diritto, non mai pura e semplice espressione di esistenza, bensì affermazione autoritaria di un dover essere, volontà consapevole di creazione ed attuazione di un dato ordine sociale. Conseguentemente il diritto viene concepito quale norma, cioè quale criterio di valutazione di azioni umane, che normalmente precede queste, affinché sia soddisfatta l'esigenza, che sembra necessariamente connessa alla funzione della norma, di una relativa previsione e calcolabilità degli effetti conseguenti alle azioni stesse. E ancora, in conformità di quella concezione, si postula un monismo del sistema giuridico tale da escludere poteri contrapposti e non riconducibili all'unità di una fonte originaria. Infine, sempre nello stesso senso, la positività viene intesa come possibilità di coercizione esterna, ammesso, come si è fatto, l'ineliminabile egemonia del comando giuridico e la distinzione di posizione fra detentori del potere e quelli esclusi da esso. Ma, d'altra parte, il concetto sostenuto si oppone al punto di vista positivisticò, in quanto afferma la necessità, per il bisogno stesso di intendere compiutamente l'ordine formale, di sorpassarne i limiti, di slargare

l'ambito della considerazione giuridica fino ad includervi elementi, che hanno la funzione non di semplici presupposti, bensì di fonti primarie dell'ordine stesso, e che, perché tali, perché essi soli idonei a fornire la garanzia della validità di questo, non possono ritenersi indifferenti pel giurista e respingersi nella sfera della politica, o genericamente del pregiuridico.

Analogamente, pur accogliendo delle correnti realistiche la distinzione fra governanti e governati e identificando solo nei primi l'elemento attivo dello Stato, creativo della sua volontà, l'opinione qui sostenuta esclude che il potere dei medesimi sia da considerare di fatto, o come posto al di fuori o al di sopra dello Stato.

Invece essa lo ritiene sempre limitato dal diritto, e limitato non da una norma preesistente allo Stato, o desunta da presupposti astrattamente determinati (come avverrebbe secondo un realista, il Duguit) ma emananti da forze sociali, storicamente determinate, le quali offrono una sufficiente garanzia dell'osservanza del limite, in virtù della loro stessa composizione e dell'esigenza, connaturata alla loro essenza, del raggiungimento dello scopo per cui esse si costituiscono, in quanto la violazione dell'obbligo da esse assunto importerebbe, come sanzione, il mancato raggiungimento dello scopo stesso. Non solo quindi è da escludere che l'esistenza delle forze sociali governanti debba condurre a intendere lo Stato come oggetto della loro sovranità, ma è anche possibile conciliare la presenza delle medesime con l'ammissione della personalità e sovranità dello Stato stesso, poiché nulla osta a che le forze in parola si configurino come organi dell'entità statale, aventi solo l'esercizio della sovranità, non la titolarità, attribuibile invece a questa <sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>.

---

(1) Come si è ricordato, nella negazione della personalità dello Stato si accordano la tendenza realista e quella, che recentemente, specie in Germania, con a capo l'HÖLLN, ha sostenuto un concetto sostanziale dello Stato. Quest'ultima portata a sdoppiare lo Stato in due figure diverse: una intesa quale apparato, mezzo tecnico per l'esercizio dell'attività giuridica, rappresentata come parziale, rispetto ad un'altra, più comprensiva, condizionante la prima. Ma un siffatto sdoppiamento non sembra ammissibile. Lo Stato apparato non un'entità a sè, bensì solo uno degli elementi dello Stato, e cioè l'organizzazione, la quale arbitrariamente si scinde dagli altri: o ritenendo, come si è visto, senza fondamento, che questi diano luogo ad un'altra organizzazione giuridica a sè stante, (nel qual caso lo Stato apparato, posto in una posizione di subordinazione di fronte a questa, non potrebbe più chiamarsi Stato, perché non primario, non fornito di un fine proprio); oppure conside-

Conseguenza di questo modo di intendere il rapporto delle forze politiche con l'ordine giuridico è il rigetto di ogni distacco fra il diritto e lo Stato, l'ammissione di una piena concomitanza fra l'uno e l'altro dei detti termini, nel senso sia di escludere la precedenza dell'uno sull'altro, sia di concepire necessariamente come giuridica ogni attività attribuibile allo Stato.

Così, infine, pur accettando il presupposto delle concezioni istituzionalistiche, la preesistenza cioè al sistema delle norme di un principio organizzativo della società, cioè di un substrato sociale, anch'esso giuridico, che condiziona e promuove il primo, la tesi qui sostenuta si oppone all'identificazione, che quelle concezioni operano, del substrato medesimo con una generica volontà comune, non collegata con un soggetto capace concretamente ad esprimerla; o a considerarla come sorgente spontaneamente, all'infuori di ogni atto di volontà, da un'indistinta convinzione giuridica collettiva, da un'indifferenziata coscienza sociale. Questa opera indubbiamente nel senso di limitare l'azione dell'elemento attivo della consociazione, e di offrire ad essa gli elementi di fatto per la sua attività, o

---

randola di mero fatto, ma senza spiegare come questa entità di fatto possa rendere giuridico lo Stato apparato, e limitarlo con vincoli giuridici; rendendo quindi superfluo il ricorso all'ente di fatto, che, se una funzione dovesse avere, sarebbe quella di porre il limite all'organizzazione tecnica del potere. (Anche il tentativo di ESPOSITO, al quale si è accennato, lascia insoluto il problema. Esso infatti, per lo stesso modo di intendere la rappresentanza, come possibile anche senza il collegamento con una volontà giuridica, si limita a dare una spiegazione formale — se non puramente verbale — del rapporto affermato esistente, ma non può, né del resto si propone, di fornire l'indicazione del modo di operare dell'ente di fatto nel condizionare l'attività dell'ordine tecnico dei poteri).

(<sup>2</sup>) Può essere opportuno avvertire come nel problema della personalità dello Stato vi siano due aspetti da considerare: uno esprime un modo particolare di attuazione dell'unità dei rapporti svolgentisi in una consociazione politica; ed un altro, rivolto a spiegare la sottoposizione dello Stato al diritto, la possibilità del suo contrapporsi, come soggetto di un rapporto giuridico, di fronte ad altri soggetti inclusi nel suo ambito e ad esso subordinati. Il primo è legato a dati di carattere positivo, essendo vari i modi possibili, anche all'infuori del conferimento della personalità, per ricondurre ad unità le azioni da imputare allo Stato. Il secondo ha invece carattere più generale, meno collegato con la speciale forma di organizzazione dello Stato; ed è a quest'ultimo che si è fatto qui riferimento, accennando alla connessione fra la questione della personalità e quella della posizione da attribuire all'organo supremo. Ma anche per quest'ultimo aspetto si deve affermare che la sottoposizione al diritto dell'organo stesso è da ammettere indipendentemente dal conferimento o meno della personalità allo Stato.

anche singole regole concrete di condotta da assumere nell'ordinamento, ma non può mai sostituirsi ad esso.

3. Il modo con cui è stata rappresentata la norma suprema sembra debba far venir meno le obiezioni, che sono state formulate contro la concezione, che pone una decisione politica come sottostante e condizionante l'ordine delle norme. Se si deve ritenere, secondo si è detto, che l'ordine delle norme non ha senso in sè, non vale per forza propria, perché non è un sistema chiuso, ma trae dal di fuori il suo principio di validità e la sua ragione, è vero altresì che tale principio non ha natura eterogenea rispetto ad esso, ma è dotato, come questo, di un certo grado di stabilità e di obbiettività, che lo sottrae nell'arbitrio. Non viene quindi negato il valore del complesso normativo, ma solo affermato la sua dipendenza da un'entità anch'essa giuridica, che lo trascende, e che può agire, in misura varia, nell'adattarne l'attuazione alle esigenze, delle quali esso stesso è espressione.

Più gravi le obiezioni, che, contro la tesi sostenuta, possono formularsi con riferimento al carattere, che può sembrare eccessivamente vago, del concetto di scopo politico, nonché del modo della sua determinazione.

Ma anzitutto è da osservare come sia la stessa funzione, propria dello scopo, ad esigere un notevole grado di genericità, senza di che non sarebbe possibile l'adattamento di esso alle situazioni di fatto, sempre mutevoli nel tempo. L'indeterminatezza corrisponde all'indole della norma, che si è detta di scopo, e che, tendendo non tanto a porre principio capaci di esprimere direttamente le regole dell'operare, quanto ad additare compiti da perseguire, non abbisogna delle specificazioni, necessarie a questi ultimi.

Si deve poi ricordare come la costituzione materiale, così com'è stata qui intesa, non contiene solo l'indicazione di mèta da conseguire, ma esprime la rilevanza di valori, di cui è portatore il gruppo dominante, e prevede un'organizzazione diretta al mantenimento di essi <sup>(3)</sup>. E appunto la rispondenza dell'azione a questi valori che consente un'uniformità nell'adeguazione dei singoli comportamenti al fine, pur nella varietà delle situazioni particolari.

---

<sup>(3)</sup> Su queste condizioni necessarie a garantire la stabilità dell'azione politica, v. soprattutto TRIEPEL, *o. c.*, p. 31 e *Grünriss*, cit., p. 148.

Questa considerazione è da tener presente anche per quanto riguarda il caso, cui si è accennato, dell'indirizzo politico, che si ponga con funzione di integrazione del fine supremo e quindi operi una modifica della costituzione. E l'identità di valori ora ricordati, che permette di ricondurre quest'integrazione, e anche la modifica su punti secondari, al nucleo originario, essenziale della costituzione. Diversamente invece si deve dire per quanto riguarda quei casi, nei quali la legge fondamentale sorge sulla base di compromessi fra principi opposti: la prevalenza, che una delle forze riesca ad ottenere sull'altra, e il conseguente mutamento del modo di funzionare della costituzione originaria, non possono ricondursi a questa, ma devono considerarsi come espressione dell'instaurazione di un ordine diverso.

4. Il risalire ad un concetto materiale di costituzione sembra debba agevolare la soluzione di molte questioni dibattute nel campo del diritto costituzionale. Si è già accennato ad alcune delle applicazioni possibili a farsi: ma altre molte potrebbero essere ricordate, a prova dell'asserita fecondità del criterio proposto. Così, per esempio, può dirsi di quella relativa alla determinazione del concetto di organo costituzionale. L'abituale raffigurazione di esso sembra condurre ad un circolo: infatti sono considerati organi costituzionali quelli essenziali per l'esistenza dello Stato, necessari per poterne configurare la forma (4); ma poi, per definire la forma di Stato, si

---

(4) I requisiti, che alcuni indicano come contrassegni sufficienti alla determinazione degli organi costituzionali, e cioè la competenza propria ed originaria, e l'indipendenza e l'esclusività dell'esercizio, (cfr. DONATI, *Elementi di dir. costit.*, cit., p. 86) non sembrano sufficienti, essendovi numerosi organi, che agiscono in virtù di un potere non derivato, non delegato ed originario, e che tuttavia non sono costituzionali. Anche il requisito dell'indipendenza non è decisivo, poiché se l'indipendenza si intende in senso assoluto, essa può trovarsi solo in uno degli organi costituzionali, ossia in quello supremo, mentre gli altri, come si desume dall'osservazione di tutti gli ordinamenti positivi, sono sottoposti all'intervento, sia pure indiretto, dell'organo predetto nella loro attività; se invece si intenda in senso relativo, da chiedersi quale grado di vincolo sia compatibile con l'attribuzione della qualifica di organo costituzionale. Viceversa vi sono organi, come, per esempio, i giudici, i quali godono di indipendenza nell'esercizio delle loro attribuzioni, e tuttavia non sono, di solito, ritenuti rivestiti di carattere costituzionale.

Non si può, d'altra parte ammettere che la distinzione sia di fatto, sebbene giuridicamente rilevante, (come ritiene ESPOSITO, *o. c.*, p. 241), perché essa è basata su un apprezzamento di carattere giuridico, com'è quello derivato dalla costituzione materiale.

ricorre agli organi, quali son posti dalla legge costituzionale. Per potere impostare il problema in modo più soddisfacente, sembra non vi sia altro mezzo se non risalire allo scopo politico, poiché è dal grado di connessione con esso che può argomentarsi per l'attribuzione della qualifica di costituzionale ad un organo <sup>(5)</sup>.

Così pure il richiamarsi alla costituzione sottostante all'ordine formale può riuscire utile, per la distinzione fra sfera dell'attività pubblica e sfera della privata, per l'interpretazione del significato da attribuire a qualificazioni vaghe (come per es. quella di uguaglianza), usate per designare la posizione dei cittadini, ecc. <sup>(6)</sup>.

Ma soprattutto nei riguardi della posizione giuridica da attribuire al partito nello Stato è necessario far riferimento alla correlazione essenziale fra il fine politico e la forma dello Stato. Se è vero che, nell'esame di questa posizione, non può prescindersi dalla considerazione delle particolarità della disciplina giuridica stabilita dai singoli ordinamenti positivi, (ed è per questo che si è trascurato di considerare la questione nella trattazione precedente, alla quale si è voluto dare carattere generale) è vero altresì che l'identità della funzione propria del partito nello Stato moderno agevola (come sarà mostrato in altro lavoro) l'interpretazione dei testi positivi, e può portare a dimostrare il carattere solo apparente delle divergenze fra ordinamenti diversi, desunte dall'esame comparativo delle norme che lo disciplinano.

---

<sup>(5)</sup> Così sembra che, alla stregua di questa considerazione, debbano ritenersi in Italia organi costituzionali sia il Partito nazionale fascista, sia la Milizia volontaria per la sicurezza nazionale.

<sup>(6)</sup> Si potrebbe anche esaminare se la considerazione dello scopo dello Stato, visto nella sua complessità, nei riguardi anche del modo di considerare i rapporti con gli altri Stati, non possa agevolare, se fatta insieme a quella degli altri elementi, di solito presi in considerazione, di per sè soli non sufficienti, la soluzione del problema della formazione derivata degli Stati anche nei rapporti internazionali. Il mutamento degli altri fattori di identificazione dello Stato potrebbe essere determinato nella sua esatta portata, in quanto si metta in relazione con la idoneità di essi a continuare a svolgere lo scopo, che caratterizzava il vecchio Stato. Può essere utile, a questo riguardo, ricordare quanto notava il REDSLOB, *Abhängige Länder*, cit., pag. 125 e 257, sull'influenza che il mutamento personale, conseguente alle variazioni territoriali, esercita nel senso di modificare l'elemento psicologico, sul quale lo Stato, è basato, e con esso, il carattere essenziale di questo.

## INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i> , di G. ZAGREBELSKY . . . . .	vii
<i>Avvertenza</i> . . . . .	3

### INTRODUZIONE

1. Rilevanza della ricerca del contenuto della costituzione. . . . .	5
2. Possibilità di determinazione di un contenuto assoluto desunto dalla funzione della costituzione . . . . .	8
3. La costituzione e le altre funzioni dello Stato . . . . .	10
4. Metodo ed oggetto dello studio. . . . .	12

### CAPITOLO I

#### LE PRINCIPALI TEORIE SULLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. Il problema della costituzione materiale nel positivismo empirico . . . . .	15
2. Nel positivismo critico. . . . .	17
3. Nelle correnti sociologiche e in quelle istituzionali . . . . .	27
4. In particolare: nelle teorie della nazione e della comunità popolare . . . . .	33
5. nelle teorie dello Smend, . . . . .	39
6. del Ross, . . . . .	41
7. dello Schmitt, . . . . .	42
8. del Romano, . . . . .	46
9. nelle teorie istituzionali francesi. . . . .	49

### CAPITOLO II

#### IL CONTENUTO E LA NATURA DELLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. Necessità di esaminare il contenuto della costituzione materiale in rapporto ai caratteri essenziali dello Stato . . . . .	53
---	----

2. Lo Stato e la comunità sociale sottostante . . . . .	56
3. La forza politica come condizione pel sorgere dello Stato . . . . .	61
4. Le forme tipiche di ordinamento formale della forza politica: la monarchia e la repubblica . . . . .	67
5. Il partito politico come mezzo organizzativo caratteristico dello Stato moderno. Esso offre gli elementi per la determinazione del contenuto della costituzione fondamentale dello Stato . . . . .	70
6. Si respinge l'opinione che attribuisce carattere sociologico a questa costituzione . . . . .	74
7. Carattere giuridico della funzione di assicurazione della validità della costituzione da parte delle forze politiche organizzate. . . . .	76
8. Si respinge l'opinione che attribuisce carattere politico alla costituzione fondamentale. . . . .	80
9. <i>Segue</i> . . . . .	83
10. <i>Segue</i> . . . . .	84
11. Il carattere normativo del fine politico . . . . .	87
12. I criteri per la deduzione dal fine della regola concreta di condotta . . . . .	93
13. La violazione del fine politico e i suoi effetti sugli atti e sui funzionari agenti . . . . .	102
14. Il diritto politico e i rapporti fra il diritto e la politica . . . . .	105

### CAPITOLO III

#### LA FUNZIONE DELLA COSTITUZIONE MATERIALE

1. La funzione della costituzione fondamentale posteriormente all'emanazione della costituzione formale. Motivi che giustificano la sussistenza di essa. In generale, sui modi del suo esplicarsi . . . . .	115
2. Esame in particolare della funzione della costituzione fondamentale	
<i>a)</i> La garanzia della validità della costituzione formale . . . . .	124
<i>b)</i> L'unificazione del sistema giuridico. Modo di intendere l'unità del sistema . . . . .	129
4. Necessaria preesistenza del fine politico rispetto al complesso delle norme. . . . .	132
5. Le fonti di conoscenza del fine politico . . . . .	138
6. L'attività di immediata attuazione del fine politico . . . . .	145
7. La consuetudine costituzionale . . . . .	152
8. Le convenzioni della costituzione. . . . .	155
9. Principi politici e principi generali di diritto. . . . .	161
10. La funzione del fine politico nell'interpretazione della legge . . . . .	164
11. nell'uso dei mezzi di integrazione. . . . .	166
12. nel completamento delle lacune. . . . .	169
13. nell'uso del potere discrezionale . . . . .	176

14. nell'attuazione della consuetudine . . . . .	179
15. c) La funzione della costituzione materiale nella determinazione della forma di Stato e del suo mutamento. Significato da attribuire ai mutamenti costituzionali . . . . .	182
16. Influenza del mutamento della costituzione sulla continuità dello Stato . .	187
17. Identificazione della costituzione materiale con la forma dello Stato e con il regime . . . . .	195

#### CONCLUSIONE

1. Riepilogo dei caratteri differenziali della costituzione materiale . . . . .	201
2. Analogie e divergenze fra la concezione sostenuta e le principali teorie sulla costituzione materiale . . . . .	203
3. Cenno di alcune obiezioni . . . . .	206
4. Indicazione di alcune possibili applicazioni del concetto esposto di costituzione materiale . . . . .	207



# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

### BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO  
PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » **DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**  
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755

- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Paolo Cappellini, L'INCERTEZZA DEL DIRITTO  
Intelligenza di Lopez de Oñate alla luce degli inèditi  
(in corso di stampa)
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE  
(1998), 8°, p. XIX-268