per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

58/59

Tomo I

MAURIZIO FIORAVANTI

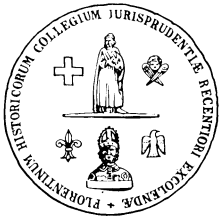
LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO

DOTTRINE DELLO STATO E DELLA COSTITUZIONE TRA OTTO E NOVECENTO

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 CINQUANTOTTESIMO/
CINQUANTANOVESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

58/59

MAURIZIO FIORAVANTI

LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO

DOTTRINE DELLO STATO E DELLA COSTITUZIONE TRA OTTO E NOVECENTO

Tomo I

Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-08570-6

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2001

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

INTRODUZIONE

Questo volume raccoglie saggi pensati e scritti nello spazio di vent'anni, dal primo, predisposto come comunicazione al Seminario fiorentino su Federico Carlo di Savigny dell'autunno del 1980, che apre anche il volume, ed è dedicato a studiare, di seguito alla monografia su *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* pubblicata nell'anno precedente, la rilevanza della opera di Savigny, ed in genere della Scuola Storica del diritto, nella fondazione della scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo, all'ultimo, che chiude anche il volume, dedicato al 'modello costituzionale' europeo, predisposto per un convegno pisano sulle trasformazioni odierne della tradizione europea della sovranità politica, dell'estate del 2000.

Dunque, per l'appunto vent'anni tondi, dal 1980 al 2000. Raccogliere tutti questi saggi è stato come ricomporre un mosaico, che alla fine si presenta anche con tonalità diverse, più o meno forti o sfumate, ma comunque secondo un disegno di fondo coerente, sufficientemente compatto ed armonioso. Con questa introduzione non intendiamo riprendere in mano le problematiche trattate nel corso di vent'anni, ma semplicemente dar conto al lettore di quel disegno complessivo, di quel percorso articolato ma sostanzialmente unitario.

All'inizio si colloca certamente la grande questione storica della scienza giuridica: come sia stato possibile, ed a quali condizioni, che questa scienza, così ricca di tradizioni nel campo civilistico, abbia ad un certo punto nutrito l'aspirazione ad estendere il suo oggetto d'indagine al campo pubblicistico, fino a porsi anche in questo nuovo territorio di espansione addirittura in posizione dominante, fino a rappresentare nel corso dell'età liberale, nella seconda metà del diciannovesimo secolo e nei primi decenni del Novecento, la riflessione scientifica per eccellenza sull'insieme dei rapporti politici,

sullo Stato stesso quale principale modo di rappresentazione e di organizzazione di quei rapporti.

In questo senso, il volume narra una vicenda che è anche interna alla scienza giuridica, ed ha il suo inizio in Germania nella prima metà del diciannovesimo secolo nell'ambito della Scuola Storica del diritto per poi svilupparsi successivamente in quel medesimo paese ed in altri paesi europei. Al culmine di quella vicenda, all'inizio del ventesimo secolo, i giuristi domineranno la dottrina dello Stato: Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano nell'Italia liberale tra Crispi e Giolitti, Paul Laband e Georg Jellinek nella Germania del Secondo Impero, Raymond Carré de Malberg ed i giuristi della Terza Repubblica in Francia. È questa l'epoca in cui più forte e solido pare essere il dominio dello *Stato liberale di diritto* in Europa, come formula politica, come complesso d'istituzioni politiche giuridicamente regolato, come insieme di relazioni tra Stato e società. Ed è questa, nello stesso tempo, l'epoca in cui più forte e solido pare essere il dominio della scienza giuridica nell'ambito della dottrina dello Stato. Più avanti torneremo su questo momento culminante, cui sono dedicati ben due capitoli del volume, il secondo ed il terzo.

Preme ora tornare all'inizio, alle fondazioni della nostra scienza del diritto pubblico, esaminate nel primo capitolo del volume. Ciò che qui si deve mettere in rilievo è l'esistenza di un punto di partenza tutt'altro che favorevole allo sviluppo di quella scienza, e dunque al prodursi di un forte impegno teorico dei giuristi nel campo pubblicistico. Quel punto è stato tante volte descritto ed analizzato, e sarà dunque qui solo evocato in modo sommario. Lo si può all'incirca collocare nei primi decenni del secolo diciannovesimo, in una fase in cui, in modo particolare proprio in Germania, si assiste ad una forte reazione del ceto dei giuristi nei confronti della Rivoluzione, ed in particolare della grande forza da questa attribuita alla legge, non solo come rappresentazione della volontà generale, ma anche come strumento di riforma e trasformazione della società. In quel contesto, nessuna scienza del diritto pubblico era possibile: da una parte stavano gli equilibri storicamente consolidati di quella medesima società, custoditi proprio dai giuristi con i tradizionali strumenti elaborati sul terreno della corposa e risalente tradizione civilistica, dall'altra stavano le tanto criticate pretese di governo della società dall'alto, con lo strumento della legge. Queste ultime assumevano

dunque una coloritura decisamente politica, quasi una natura in sé inadatta a tradursi in oggetto di riflessione scientifica da parte dei giuristi.

Il cammino che la scienza giuridica percorrerà oltre questo punto iniziale, fino alla affermazione di un ruolo centrale, ed addirittura dominante, dei giuristi nell'ambito della dottrina dello Stato, sarà lungo e tortuoso. È comunque il cammino che è descritto nei primi tre capitoli del volume, e che è di nuovo in sintesi ripreso nel saggio dedicato a *Costituzione e Stato di diritto*, che apre il quarto capitolo. Ripercorrere qui ancora una volta tutte queste vicende non è certo possibile. Si possono solo ricordare le grandi problematiche, quelle che si collocano al centro dell'impegno teorico giuspubblicistico tra Otto e Novecento.

La prima è certamente quella della permanenza, ampia e solida, fino dentro il Novecento, di quello che potremmo definire il *paradigma savignyano*. Non si tratta solo di rilevare come alcuni dei più autorevoli tra i nostri giuspubblicisti, come lo stesso Orlando in Italia, si dichiarassero apertamente seguaci della Scuola Storica del diritto. Si tratta piuttosto di comprendere come i giuristi siano giunti a gettare le basi di una vera e propria scienza del diritto pubblico, ed in particolare a concepire la legge dello Stato come possibile oggetto di considerazione sul piano scientifico, solo tenendo ferma una convinzione: che quella medesima legge, accanto ad una vita immediata e più esteriore, legata alla volontà più o meno episodica del potere legislativo statale, vivesse poi, anche e soprattutto, un'altra vita, più profonda e meno contingente, che solo la stessa scienza giuridica era in grado di percepire, di cui in qualche modo quella medesima scienza era custode. Da Savigny ad Orlando vale per buona parte della scienza giuridica europea la seguente massima: che prima della legge c'è l'istituto giuridico, che la scienza conosce quale espressione sintetica dei caratteri fondamentali dell'esperienza giuridica e dell'insieme dei rapporti giuridici in essa effettivamente presenti, e dunque che ogni legge, al di là della sua origine politica immediata, è riconducibile, proprio per il tramite essenziale della scienza, ad un ordine giuridico storicamente determinato, entro cui essa è chiamata ad inserirsi, per lo meno nella sua parte meno contingente, maggiormente dedicata a riflettere in sé le linee di fondo della esperienza giuridica nella sua concreta effettività.

Ma tutto questo non è certo rappresentabile solo come una questione tecnica, inerente al significato della interpretazione della legge, ed al ruolo che in proposito può e deve svolgere la scienza giuridica. Nella questione, in apparenza appunto solo tecnica, dell'istituto che precede la legge, è contenuto molto di più. Io direi che è contenuto il carattere originario e costitutivo della nostra scienza, che ha sempre impedito ai giuristi di abbracciare punti di vista sulla sovranità politica, e sulla sua rappresentazione in forma statale, di tipo intensamente potestativo, o comunque di tipo volontaristico. Al contrario, i nostri giuristi hanno sempre teso ad autoraffigurarsi come i custodi di *un ordine sostanziale, insieme politico e giuridico,* entro cui ogni pretesa trovava la sua collocazione, e dunque anche il suo limite. In direzione certamente degli individui, del contrattualismo e dello stesso popolo sovrano della rivoluzione francese, ma anche in direzione dei poteri pubblici e delle loro pretese di dominio sulla società. Lo 'Stato giuridico' di cui il nostro volume tratta è rappresentabile dunque come un ideale politico *moderato*, opposto decisamente agli 'eccessi' di stampo individualistico e contrattualistico, ma anche a quelli di stampo dirigistico e costruttivistico, che tende a predicare la necessità di una società coesa, assai poco incline a svilupparsi sul piano politico in senso pluralistico, ma anche la necessità di una legge limitata, che non pretenda di penetrare in tutte le pieghe della società. Quella legge, se abbandonata a sé medesima, e ad una logica di governo della società di stampo puramente politico, tende ad essere distruttiva del buon ordine della società liberale europea non meno del contrattualismo e dell'individualismo di stampo radicale : del resto i due aspetti sono come il dritto ed il rovescio della stessa medaglia, e sono non a caso ricondotti dalla nostra scienza giuridica alla comune matrice, in questo senso negativa e da respingere, della rivoluzione francese.

In questo senso, lo 'Stato giuridico' è interpretabile come un grande progetto di conciliazione, come un grande tentativo di rappresentazione in senso non conflittuale dello Stato e della società, e dell'insieme delle relazioni tra il primo e la seconda. Per questo motivo, lo 'Stato giuridico' non poteva non essere avversario, sul piano storico, delle trasformazioni in senso democratico operanti in tutta Europa a partire proprio dalla fine del secolo diciannovesimo. Agli occhi dei nostri giuristi, quelle trasformazioni corrodevano

infatti l'ordine giuridico e politico della società liberale, e la forza della sua rappresentazione in senso statale. Al posto di una società coesa, guidata da un ceto politico dirigente raffigurato dai nostri giuristi sul modello del *Bildungsbürgertum* tedesco, o della *gentry* inglese, di un ceto medio colto e possidente, in modo quasi disinteressato dedito al servizio alla cosa pubblica, tende a sostituirsi una società che è democratica perché è priva di aristocrazie del merito e del possesso: una società che reinventa la propria classe politica dirigente ogni volta sulla base della competizione elettorale, che di volta in volta si scompone e si ricompone attraverso lo strumento artificiale del partito politico, che continuamente organizza in senso politico gli interessi sociali, conducendoli, tra loro in competizione, fin dentro le istituzioni politiche, fin dentro lo stesso Stato. E dall'altra parte, al posto di uno Stato ben ordinato, imperniato su un rapporto positivo di concordia tra monarchia e parlamento, tale da evitare ogni eccesso, in senso assolutistico sul versante della prima, ma anche in senso democratico e popolare sul versante del secondo, tende a sostituirsi un potere politico democratico perché continuamente proteso a rispondere con la legge e con gli atti di governo agli infiniti bisogni della società e degli interessi organizzati: un potere più invadente di quello che si era espresso nel contesto dello Stato liberale di diritto, ma di quest'ultimo alla fine anche più fragile, proprio perché assai più compromesso con le infinite particolarità della società, perché sempre meno capace di rappresentarsi in senso istituzionale, perché sempre più mediato all'interno di un parlamento diviso in partiti, organizzato per partiti.

I nostri giuristi furono dunque fino all'ultimo i difensori dell'ordine giuridico e politico dell'età liberale, della coesione della società, come anche dell'autorità dello Stato. Osteggiarono perciò l'ingresso dei partiti politici nella cittadella dello 'Stato giuridico', ed in particolare il suffragio proporzionale di lista, che quell'ingresso favoriva. Ma osteggiarono anche l'emersione di un ruolo forte e distinto della funzione di governo, ed in particolare del capo del governo, in esso ravvisando non solo l'erosione delle tradizionali prerogative della monarchia, ma anche il pericolo di una fondazione diretta del governo sulla volontà popolare, al di là della tradizionale mediazione parlamentare così a lungo sperimentata nel corso dell'età liberale. Si colgono qui degli aspetti di fondo dello 'Stato

giuridico', e della cultura politica e giuridica che quello Stato ha nel tempo sostenuto, che rimarranno a lungo vitali, addirittura fino al tempo delle costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, come anche quella italiana del 1948 (1).

Infine, al centro di tutta questa fase, tra Otto e Novecento, in modo decisivo per le sorti dello 'Stato giuridico', si pone certamente la grande questione dell'amministrazione, cui è dedicato l'intero terzo capitolo del volume. Anche in questo caso, non è certo possibile riprendere in esame la notevole varietà di problematiche di ordine costituzionale presenti all'interno delle costruzioni dogmatiche della scienza del diritto amministrativo. Ciò che si può sottolineare è l'aspetto che ancora oggi a noi appare più significativo : quello della *strutturale ambivalenza* del diritto pubblico amministrativo, di quel diritto della pubblica amministrazione che si è andato costruendo in Europa tra Otto e Novecento con il concorso decisivo proprio della scienza giuridica. Ambivalenza di fondo significa in sintesi questo: che nel progetto che i nostri giuristi sostengono, tendente a ricercare i caratteri *propri* e *specifici* del diritto dell'amministrazione, è contenuta, sia l'aspirazione a giuridificare, a rendere più prevedibili, ed anche più vincolati, gli atti ed i comportamenti dell'amministrazione, e dunque, in ultima analisi, a prestare maggiori garanzie ai privati ed agli stessi individui, sia l'aspirazione ad emancipare quella medesima amministrazione dalla storica dominazione del diritto civile, a mettere in evidenza una specificità incommensurabile, per la quale far valere regole diverse da quelle ordinarie, e dunque ad affermare, in ultima analisi, la particolare forza di un'autorità, quella pubblica racchiusa nella sintesi statale.

Per questo motivo, nelle opere della nostra giuspubblicistica troviamo raffigurazioni della pubblica amministrazione solo in parte riconducibili all'interno del paradigma, di stampo weberiano, della crescente razionalizzazione e della progressiva istituzionalizzazione dei rapporti politici, e più spesso orientate dalla necessità di ritrovare proprio in quella medesima amministrazione l'espressione più autentica della sovranità come carattere distintivo dell'età moderna, una sorta di nucleo fondamentale ed originario del potere pubblico,

---

(1) Come ho cercato di mostrare in M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998.

meno derivato del potere dei giudici o di quello dei legislatori, di quest'ultimo meno attaccabile da parte degli interessi organizzati, della democrazia sociale, degli stessi partiti politici (2). Quest'ultimo aspetto è quello che abbiamo spesso condensato nella locuzione 'Stato amministrativo', tesa appunto a significare quel particolare tipo di Stato di diritto che colloca proprio nell'amministrazione la parte più essenziale e caratterizzante dei poteri pubblici.

Da qui, da questa valorizzazione della amministrazione, in qualche caso spinta fino ad una vera e propria identificazione tra Stato ed amministrazione, il prodursi di una serie di conseguenze, non solo sul piano della dogmatica amministrativistica, in particolare esaminato nei saggi su Santi Romano, su Otto Mayer, o su Federico Cammeo, ma anche su quello concernente il ruolo stesso dei giuristi, che proprio su questo terreno, della amministrazione come espressione di sovranità, intesero proporsi in modo particolarmente intenso come tutori della autorità dello Stato sovrano, prima di fronte alle complicazioni in senso pluralistico indotte dall'avvio del processo democratico già alla fine del diciannovesimo secolo, e poi di fronte ai sistemi politici del Novecento, compresi quelli totalitari. Esemplare in quest'ultimo senso la vicenda degli amministrativisti italiani, come Santi Romano o Oreste Ranelletti, che di fronte ad un regime come quello fascista ritennero di poter ancora operare come giuristi proprio nella veste, in primo luogo, di tutori dell'amministrazione e del suo diritto, anche e forse soprattutto in chiave di limite alla invadenza del partito e della funzione d'indirizzo politico, di difesa dello Stato sovrano e della sua autorità, incorporata proprio nell'amministrazione. Ovviamente, con tutte le ambiguità del caso: l'amministrazione dei nostri giuristi poteva infatti essere 'Stato', e per giunta anche 'di diritto', anche dove non c'era più parlamento, dove non c'erano più libertà politiche.

Con ciò siamo già ben dentro il Novecento, cui è dedicato il quarto capitolo del volume, con le grandi dottrine di Hans Kelsen, di Carl Schmitt, di Costantino Mortati. Il Novecento è secolo di grandi contrasti. È il secolo dei totalitarismi politici, ma è anche il

---

(2) Queste raffigurazioni dell'amministrazione corrispondono poi a vere e proprie concezioni generali dello Stato moderno, su cui si veda M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, pp. 5 e ss.

secolo in cui si affermano le democrazie costituzionali, con le costituzioni dell'ultimo dopoguerra. È un secolo che attribuisce grandi compiti alla politica, ed in particolare alla sua capacità di rappresentare il principio di unità, ma è anche un secolo che ha sviluppato al massimo il principio pluralistico, prima di tutto sul piano sociale. Dentro questo secolo, i giuristi di diritto pubblico non si sono certo limitati a difendere la forza della tradizionale sintesi statale, come pure hanno fatto con grande vigore, specialmente sul terreno già ricordato dell'amministrazione. Essi hanno anche cercato d'interpretare il nuovo, di leggere in profondità le trasformazioni che il ventesimo secolo stava producendo. E lo hanno fatto in uno spazio ben preciso: lo spazio della *dottrina della costituzione* (3).

Le operazioni che sono state compiute all'interno di questo spazio non possono certo essere descritte qui ancora una volta. Ciò che si deve segnare con forza è questa grande centralità della costituzione: se il passaggio storico precedente, quello che si apre subito dopo la Rivoluzione e si svolge tutto dentro l'età liberale, era stato letto ed interpretato con gli strumenti propri delle dottrine dello Stato e dell'amministrazione, ora, in questo passaggio storico, che attraversa i totalitarismi, ed arriva alle democrazie costituzionali di oggi, il luogo principale della riflessione è la costituzione. È con una costituzione, quella tedesca di Weimar del 1919, che si apre il processo di cui discorriamo. E la costituzione è ciò a cui subito si pensa, non appena cadono i regimi totalitari. Se il diciannovesimo secolo è il secolo degli Stati nazionali, il secolo successivo, il Novecento, è il secolo delle costituzioni, ed in particolare delle costituzioni democratiche.

Questo è anche l'aspetto che tiene uniti personaggi altrimenti così distanti, come Hans Kelsen, Carl Schmitt, o Costantino Mortati. Essi si occupano appunto, pur con approcci e soluzioni del tutto diverse, di costituzione. Si chiedono dove sia l'origine della costituzione e su cosa essa riponga il proprio fondamento. Si chiedono

---

(3) Si discute qui ovviamente della dottrina della costituzione nel senso proprio e specifico del secolo ventesimo. Altra cosa è la 'dottrina della costituzione' come riflessione sull'ordinamento generale dei rapporti sociali e politici, che in quanto tale ha avuto varie stagioni: si veda a questo proposito M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999.

come per mezzo della costituzione si possa esprimere il principio di unità dell'ordinamento giuridico, ed anche una forza normativa superiore a quella della legge ordinaria e delle altre fonti di diritto. Con loro si apre in Europa la nuova grande stagione delle *costituzioni democratiche*. E dentro questa stagione due sono le grandi questioni che a loro volta si riaprono, e che vengono puntualmente prese in esame dalla nostra dottrina costituzionale: quella della *origine* della costituzione, del potere costituente, e quella della *supremazia* della costituzione, cui si collega poi la nuova pratica del controllo di costituzionalità.

Dal primo punto di vista, la costituzione è centrale perché sancisce, proprio sulla base del richiamo al potere costituente, i grandi mutamenti di regime: il passaggio alla repubblica in Germania con la Costituzione di Weimar, la fine dei totalitarismi con le costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra. Non solo questo. Quelle costituzioni pretendono infatti di contenere, proprio grazie alla loro origine costituente, quelle norme di principio che insieme danno, come risultante, l'indirizzo fondamentale, o costituzionale, su cui fondare le grandi scelte per il futuro. La democrazia è scritta nella costituzione, ed attuare la costituzione significa realizzare la democrazia.

C'è tuttavia anche un secondo aspetto, come sopra si diceva. È l'aspetto della supremazia della costituzione, da non confondere in alcun modo con l'indirizzo fondamentale sopra ricordato. Compare anzi qui, da questo secondo punto di vista, un'idea del tutto diversa della costituzione, che richiama essenzialmente la dimensione del *limite*. E non poteva essere altrimenti, dopo i totalitarismi della prima parte del secolo. Così, nella esperienza delle costituzioni democratiche del Novecento, è forte fin dall'inizio anche questo lato della pluralità, della garanzia, della rigidità della costituzione, del limite posto allo stesso legislatore, del controllo di costituzionalità: la *democrazia costituzionale* è qui, più che una democrazia *guidata* dalla costituzione, una democrazia *limitata* dalla costituzione. In questa ottica, la costituzione non ci dice più tanto che cosa la democrazia vuole, quanto soprattutto che cosa la democrazia non può decidere, che cosa è sottratto ai poteri ed agli organi in cui il principio democratico si esprime: quella costituzione non è 'fondamentale' perché contiene le norme cui conformare il futuro della società

democratica, ma al contrario perché contiene alcuni beni 'fondamentali', come gli stessi diritti degli individui, che sono tali perché sono indisponibili, perché in linea di principio sono sottratti alle decisioni che si prenderanno in quel medesimo futuro, all'interno di quella medesima società democratica.

La nostra dottrina della costituzione, di cui ci occupiamo nel quarto capitolo del volume, si è lungamente occupata di queste problematiche, dando risposte assai differenziate. In alcuni dei nostri giuristi è certamente prevalso nettamente il primo aspetto, quello della costituzione come indirizzo fondamentale. Soprattutto quando si trattava, come nel caso di Carl Schmitt, di ritrovare nella costituzione una possibilità forte di rappresentazione di quel principio di unità politica che ormai assai difficilmente era esprimibile all'interno della tradizionale sintesi statale d'impianto ottocentesco. Per questi giuristi, nelle loro posizioni più estreme, tende anzi a scomparire quasi del tutto l'altro lato della costituzione come limite: lo stesso controllo di costituzionalità viene a questo proposito giudicato come un inaccettabile strumento di giurisdizionalizzazione dei rapporti politico-istituzionali.

E tuttavia, non si può certo dire che quel controllo, ed in genere le problematiche del limite, siano estranei alla dottrina novecentesca della costituzione. Basterà ricordare l'itinerario intellettuale di Hans Kelsen, che non a caso prende le mosse, nei primi decenni del secolo, da una serrata critica a quel lato della dottrina dello Stato allora ancora dominante più fortemente connesso con la tradizione assolutistica della sovranità politica. Quel Kelsen è in effetti assai più vicino alla costituzione come limite, come riflesso di un pluralismo sociale e politico ormai ampiamente dispiegato, che non tollera più rappresentazioni politiche fortemente unitarie della società, e dunque si affida sempre più allo strumento della giurisprudenza, ed in particolare proprio al controllo di costituzionalità. Né sarebbe giusto dimenticare il contributo di giuristi come Mortati, che si muovono su un terreno assai contiguo a quello di Carl Schmitt, ma sanno anche aprirsi all'altro lato della costituzione, mettendosi in sintonia, in misura maggiore o minore, proprio con quel nuovo pluralismo, politico e sociale, che sempre più caratterizzerà la società e le istituzioni del Novecento, che sempre meno potrà essere considerato come veicolo di dissoluzione di ogni principio di unità politica, e

sempre più apparirà invece come un'irrinunciabile realtà da governare con strumenti nuovi.

Il bilancio è dunque complesso. Da una parte, non si può certo dire che la scienza del diritto pubblico sia rimasta estranea alle grandi trasformazioni del Novecento, ma dall'altra è altrettanto evidente il legame profondo di quella scienza con la grande tradizione europea dello Stato di diritto, inteso come forma di Stato che contiene in sé il principio del limite, della garanzia, ma anche il principio di autorità, ed in particolare il legame ancora forte con quell'altra tradizione, ancora più risalente, della sovranità politica. La dottrina novecentesca della costituzione ha in parte reciso alcuni dei legami con quelle tradizioni, ma ne ha mantenuti altri, ed altri ancora ha perfino rinsaldato. Per questo, il bilancio è complesso. E tuttavia, una conclusione appare formulabile in modo univoco: la nostra dottrina della costituzione è *ancora scienza del diritto pubblico*, appartiene ancora a quella vicenda che abbiamo descritto in questo volume, e che si dipana a partire dalla Germania dei primi decenni del diciannovesimo secolo.

Da Savigny a Kelsen, a Schmitt, a Mortati. È dunque questo un itinerario plausibile, che è stato come tale effettivamente percorso da parte di un ceto dei giuristi continuamente proteso ad allargare il proprio oggetto d'indagine, da Savigny, che pose le basi per una comprensione scientifica della legge dello Stato, fino ai giuristi del Novecento, che sono giunti con le armi del diritto fino ai limiti estremi, fino alle questioni più radicali concernenti le origini stesse della costituzione come legge fondamentale. Ovviamente, lungo questo percorso si trovano personaggi anche molto diversi, ma chi li ha studiati sente ricorrere un linguaggio comune e familiare, la medesima ricerca della misura, del sistema, dell'equilibrio. Perfino chi ha criticato nel corso del Novecento questa tradizione, come gli stessi Kelsen e Schmitt, non ha potuto farlo altro che con quegli strumenti e con quel linguaggio, poiché gli uni e l'altro erano i loro, poiché anche quelle critiche si dispiegavano in definitiva nell'ambito della grande famiglia dei giuristi europei di diritto pubblico.

Ed infine, non può essere nascosto l'altro grande filo conduttore, che contribuisce potentemente a tenere unite tutte queste vicende. In effetti, la grande fortuna della scienza europea del diritto pubblico sembra appartenere strettamente ad una stagione in cui

altrettanto ampia è la fortuna delle grandi sintesi politiche: lo Stato di diritto, lo Stato nazionale, lo Stato democratico con le sue costituzioni. Certo, muta anche radicalmente il modo di ricerca di quelle sintesi. E non importa qui tornare ancora una volta sulla rilevanza delle cesure: tra Otto e Novecento, tra la prima e la seconda metà del Novecento. E tuttavia, anche da questo punto di vista pare di poter intravedere l'elemento di continuità, probabilmente contenuto nella stessa *forma statale*, in quel particolare modo di rappresentazione dell'unità politica, entro cui si ricerca la rassicurante permanenza del principio di sovranità, ma anche, ed inscindibilmente, l'altrettanto rassicurante presenza del limite, della garanzia, dell'equilibrio. La fortuna di questa forma è vasta e profonda in Europa, riguarda sotto un certo profilo l'intera età moderna, ma si dispiega poi pienamente proprio negli ultimi due secoli, tra Otto e Novecento, insieme al progressivo espandersi della fortuna dei giuristi e della loro scienza. L'una non è anzi pensabile senza l'altra: il tempo della forma statale è anche il tempo della scienza, e viceversa.

Proprio sulla scorta di queste ultime considerazioni, la grande questione che ora si pone è quella delle 'prospettive', ovvero del panorama che si apre dopo il Novecento: la questione che è presa in considerazione nell'ultimo capitolo del volume. Non si tratta ovviamente di giocare con le date. Si tratta di comprendere se le trasformazioni che hanno attraversato l'intero Novecento abbiano ormai corroso in modo definitivo la forma statale degli ultimi due secoli. E se così fosse, se sussistano ancora le condizioni per una scienza del diritto pubblico, o per una dottrina della costituzione. Insomma, per dirla in una parola, se i giuristi possano sopravvivere con la loro scienza al declino storico della forma statale.

Sono domande impegnative, alle quali i saggi che concludono il volume non pretendono affatto di dare risposte. Si è cercato piuttosto di enunciare i problemi, di avviare una comprensione storica del *futuro della costituzione*, che molti ritengono minacciato, radicalmente messo in discussione. Su questo piano, un primo approccio, che a noi pare particolarmente fertile, è quello della *storia del costituzionalismo in Europa*. Per questo motivo, i saggi che compongono l'ultimo capitolo del volume prescindono ormai da specifici riferimenti nazionali: anche il secondo, sullo Statuto albertino, è

pensato e scritto tutto dal punto di vista del suo inserimento nel 'modello costituzionale' dominante in Europa nel corso dell'età liberale, ed ancor più il primo saggio sulla storia del principio di eguaglianza, così come quelli ancora successivi, sono tutti orientati a comparare le diverse esperienze costituzionali nazionali, ed a ricavare, se possibile, gli elementi comuni, a mettere in evidenza l'esistenza di una certa *tradizione costituzionale europea* (4).

Insomma, potrebbe darsi che il declino, per ora per altro solo parziale, e comunque contrastato e problematico, della forma statale, apra nuove vie anche alla stessa scienza giuridica, e che dopo la stagione, ottocentesca e novecentesca, della dottrina dello Stato e della dottrina della costituzione si creino le condizioni per un nuovo costituzionalismo, nella dimensione europea. Proprio gli ultimi due saggi recano tracce evidenti della discussione, ormai assai ampia, sulla *costituzione europea*. Qui c'è davvero molto da fare, con gli strumenti della teoria della costituzione, e della storia della costituzione. È evidente infatti che nulla si comprende della prospettiva stessa della costituzione europea senza una profonda revisione della teoria della costituzione, e senza alcune consapevolezze che solo la storia può offrire. In particolare, è necessario restituire all'Europa la storia della sua costituzione, che è certamente più vasta, e più profonda, della storia degli Stati nazionali degli ultimi due secoli. Ed è necessario, su un piano che è insieme storico e teorico, tornare a pensare alla costituzione *al di là dello Stato*, ad una costituzione che per esistere non ha più bisogno di presupporre la sintesi statale, l'avvenuta rappresentazione del principio di unità politica in forma statale.

Questa immagine, di una costituzione libera per intero da quella tradizione che la considerava possibile solo in presenza di uno Stato sovrano, e che ricerca spazio in modo quasi del tutto inedito, senza ripercorrere le vie tradizionali della sovranità, dell'esercizio del potere costituente, o della sovraordinazione di sé medesima come

---

(4) Avevo iniziato sul piano didattico, negli anni Ottanta, ed ho poi proseguito negli anni Novanta, la comparazione tra i 'modelli costituzionali', nell'ambito del corso di Storia delle costituzioni moderne tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze. Quel lavoro ha dato poi luogo a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà fondamentali*, Torino, 1995.

fonte di diritto secondo il criterio gerarchico sperimentato nel corso dell'epoca statale, è l'immagine più adatta a chiudere il nostro volume. È infatti un'immagine che si colloca ormai nettamente al di là di ogni possibile espansione del campo teorico di quella scienza del diritto pubblico cui abbiamo dedicato il nostro volume: in essa è contenuto in effetti il principio del declino, questa volta irreversibile, di quella medesima scienza. Ma è anche un'immagine per ora assai sbiadita, dai contorni ancora in larga misura confusi. Non è detto allora che i giuristi, nutriti di nuove consapevolezze di ordine storico e teorico, non abbiano ancora una buona quantità di lavoro da svolgere.

Il saggio I.1 è stato originariamente pensato come comunicazione al Seminario su *Federico Carlo di Savigny*, tenutosi a Firenze nei giorni 27 e 28 ottobre 1980, per cura del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. È pubblicato, con il medesimo titolo, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), pp. 319 e ss.. Il saggio I.2 è stato originariamente pensato come relazione al Convegno tenutosi a Pisa nei giorni 25-27 settembre 1981 su *Scienza e pensiero politico nella seconda metà dell'Ottocento.* È pubblicato, con un titolo lievemente diverso, in *Il pensiero politico*, XV-1 (1982), pp. 92 e ss.. Il saggio II.1 è stato originariamente pensato come pubblicazione autonoma, e pubblicato separatamente: *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979. Il saggio II.2 è stato originariamente pensato come comunicazione al *Primo Seminario Internazionale Gaetano Mosca*, tenutosi a Palermo nei giorni 27-29 novembre 1980, ed è pubblicato, con il medesimo titolo, in *Archivio Internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica*, serie italiana, vol. I, *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca ed i suoi sviluppi internazionali*, Palermo, 1982, pp. 349 e ss. Il saggio II.3 nasce nell'ambito della ricerca promossa dal Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno sulle *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, ed è pubblicato, con un titolo parzialmente diverso, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987), pp. 209 e ss.. Il saggio II.4, pur nascendo come rassegna degli studi più recenti sull'opera di Santi Romano, si configura fin dall'origine come lavoro originale ed autonomo, ed è pubblicato, con un diverso titolo, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), pp. 169 e ss.. Il saggio II.5 nasce come relazione al Convegno su *Giorgio Arcoleo settant'anni dopo: Stato, politica, diritto*, tenutosi a Catania e Caltagirone nei giorni 1-3 ottobre 1984, ed è pubblicato, con il medesimo titolo, in *Annali 80*, 3 (1986), ed in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 355 e ss.. Il saggio II.6 nasce per commentare i più recenti studi sull'opera di Gaetano Mosca, ma assume anche il significato di una riflessione autonoma. È pubblicato, con un titolo parzialmente

diverso, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 561 e ss.. Il saggio III.1 , preparato come relazione al Convegno su *I giuristi nella crisi dello Stato liberale*, svoltosi a Bologna nei giorni 8-10 novembre 1984, è pubblicato, con il medesimo titolo, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, pp. 311 e ss.. Il saggio III.2 nasce in margine alla pubblicazione delle *Kleine Schriften* di Otto Mayer, ma assume decisamente il significato di un saggio autonomo sul giurista tedesco. È pubblicato, con il medesimo titolo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983-2, pp. 600 e ss.. Il saggio III.3 nasce nell'ambito di una ricerca sull'opera giuridica di Federico Cammeo promossa dal Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, ed è pubblicato, con il medesimo titolo, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22 (1993), pp. 165 e ss.. Il saggio III.4 è stato preparato come intervento al Seminario su *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, tenutosi a Roma nei giorni 11-12 febbraio 1988, in occasione della presentazione degli *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, tre volumi, Milano, 1987. È pubblicato, con un titolo lievemente diverso, negli Atti del Seminario: *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G. C. De Martin (Luiss, Collana di Studi sull'Amministrazione Pubblica, 1), Milano, 1992, pp. 75 e ss.. Il saggio IV.1 è stato originariamente pubblicato in *Filosofia politica*, V-2, dicembre 1991, e poi riprodotto, con piccole variazioni, in M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, pp. 185 e ss.. Viene qui di nuovo ristampato, con il medesimo titolo, per la sua evidente connessione con i saggi che compongono il volume, ed in particolare proprio la sua parte quarta, nella quale il saggio è collocato. Il saggio IV.2 è stato in origine preparato come relazione al Seminario tenutosi a Trento nel febbraio 1986 su *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale.* È pubblicato negli Atti del Seminario, che recano il medesimo titolo e sono stati curati da G. Gozzi e P. Schiera, come Quaderno 24 degli Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Bologna, 1987, pp. 51 e ss.. Successivamente, il medesimo saggio, con qualche lieve modificazione, e con il medesimo titolo, è stato pubblicato negli *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, pp. 305 e ss.. Il saggio IV.3 nasce nell'ambito della ricerca sull'opera giuridica di Costantino Mortati promossa dal Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, ed è pubblicato, con il medesimo titolo, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, pp. 45 e ss.. Il saggio V.I è stato presentato il 17 dicembre 1998 come relazione al XIII Convegno Annuale della Associazione italiana dei costituzionalisti. È pubblicato, con il medesimo titolo, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Annuario 1998 della Associazione italiana dei costituzionalisti, Atti del XIII Convegno Annuale tenutosi a Trieste nei

giorni 17-18 dicembre 1998, Padova, 1999, pp. 21 e ss., ed anche, con poche variazioni, in *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, II.4, ottobre 1999, pp. 609 e ss. Il saggio V.2 nasce come relazione al Convegno tenuto a Torino dal 12 al 14 ottobre 1998 su *A 150 anni dallo Statuto. Statuto albertino e costituzionalismo italiano,* ed è in corso di stampa, con il medesimo titolo, negli Atti del Convegno presso la Deputazione Subalpina di Storia Patria. Il saggio V.3 nasce con l'intento di commentare le più recenti tendenze della giuspubblicistica tedesca, ma assume anche il significato di una riflessione autonoma. È pubblicato, con il medesimo titolo, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 623 e ss.. Il saggio V.4 è stato in origine pensato come relazione al Seminario su *Storia dei concetti e saperi della borghesia*, svoltosi a Trento nei giorni 24-25 settembre 1993. È pubblicato, con il medesimo titolo, in *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 42), a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, 1995, pp. 161 e ss.. Il saggio V.5 riproduce la relazione presentata a Milano il 12 febbraio 1999 al Convegno su *La nuova età delle costituzioni*, ed è ora pubblicato, con il medesimo titolo, in *La nuova età delle costituzioni* (Fondazione Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde. A cinquant'anni dalla Costituzione) a cura di L. Ornaghi, Bologna, 2000, pp. 49 e ss. Il saggio V.6 riproduce la relazione presentata a Pisa il 2 giugno 2000 al Convegno su *Transformations of Sovereignty: Metamorphoses or Decline?*, ed è ancora inedito.

Non sono stati raccolti quei saggi che, pur trattando in linea generale problematiche presenti nel volume, sono in prevalenza frutto di occasioni troppo specifiche e determinate (conferenze, rassegne di studi), o che dal nostro punto di vista non rappresentano altro che sintesi fondate su precedenti ricerche, o ancora che non risultano essere, a causa della loro impostazione, sufficientemente vicini ai saggi raccolti nel volume. Poiché si tratta per altro di saggi che comunque affrontano problematiche presenti nel volume, può essere utile dar conto al lettore della loro esistenza: *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius Commune*, X (1983), pp. 201 e ss.; *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 591 e ss.; *Die Theorie des "Rechtsstaats" als "Verwaltungsstaat" in Deutschland und Italien. Otto Mayer und Santi Romano*, in *Rechtshistorisches Journal*, 4, 1985, pp. 89 e ss. (riproduce il testo della conferenza tenuta il 21 maggio 1985 presso il Max Planck Institut per la storia europea del diritto di Francoforte sul Meno); *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Il Parlamento Italiano 1861-1988*, vol. nono, *1915-1919. Guerra e Dopoguerra. Da Salandra a Nitti*, Milano, 1988, pp. 273 e ss., successivamente ripubblicato, in lingua inglese ed in forma più estesa: *Vittorio Emanuele Orlando: Scholar and Statesman*, in *Italian Studies in Law*, ed. by A. Pizzorusso, vol. I, Dordrecht, Boston and London, 1992, pp. 29 e ss.; *Costituzione, ammini-*

strazione e trasformazioni dello Stato, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, 1990, pp. 3 e ss.; *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, 1995, pp. 407 e ss; *La crisi del regime liberale (1918-1925) nel giudizio della giuspubblicistica italiana*, in *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo*, Atti del Convegno tenuto a Roma e Siena il 7-8 ottobre ed il 21-22 ottobre 1993, a cura di F. Grassi Orsini e G. Quagliariello, Bologna, 1996, pp. 201 e ss..

Nel licenziare il volume, avverto l'esigenza di ricordare un colloquio, che ancora conservo nettissimo nella memoria, nel corso del quale Paolo Grossi indicò a me, ancora studente, una via che in sostanza non avrei più abbandonato. Era la via che conduceva ad affermare l'impegno degli storici del diritto sul terreno del diritto pubblico dell'età moderna e contemporanea. Il resto è venuto di seguito, via via che si andava scoprendo, in piena sintonia tra allievo e Maestro, quanto produttivo potesse essere quell'impegno, proprio sul terreno giuspubblicistico, che allora, al tempo di quel colloquio, era davvero ancora assai poco frequentato da parte degli storici del diritto. All'inizio dell'itinerario che il nostro volume documenta c'è dunque un'indicazione che ho cercato di mettere a frutto per quanto potevo, e di cui comunque sempre sarò debitore al mio Maestro, a Paolo Grossi. Subito dopo, fu per me di grande rilevanza il colloquio che si instaurò con Mario Nigro, altro mio professore nella Facoltà giuridica fiorentina, che fu attentissimo lettore di molti dei saggi ripubblicati in questo volume: si può anzi dire che il concetto di 'Stato amministrativo' presente in alcuni di quei saggi sia nato, con quel certo particolare significato, da un vero e proprio rapporto di collaborazione scientifica con Mario Nigro. In seguito, il colloquio si è allargato, ad altri giuspubblicisti, a conferma della sostanziale validità della originaria indicazione di Paolo Grossi, ma anche a cultori di altre discipline, come gli storici delle istituzioni e delle dottrine, i filosofi della politica, ed in genere gli studiosi delle scienze politiche. Ricordarli tutti sarebbe impossibile. Ed è dunque di gran lunga preferibile rinviare il lettore alla lettura dei saggi stessi, che testimoniano questa pluralità di riferimenti e di connessioni.

I.

LE FONDAZIONI:
SCIENZA GIURIDICA E DOTTRINA DELLO STATO

1.

SAVIGNY E LA SCIENZA DI DIRITTO PUBBLICO DEL DICIANNOVESIMO SECOLO

1. Premessa. La teoria giuridica dello Stato. — 2. L'elaborazione di Savigny dal *Beruf* al *System*. — 3. Conclusione.

1. Nel tentare un esame, sia pure assai schematico, del contributo che l'opera savignyana fornì nello specifico àmbito della riflessione giuspubbliscistica, non si può non prendere le mosse dalla pura rilevazione di un incontestabile dato di fatto: dall'assoluta mancanza, in tutta l'opera del Maestro della Scuola Storica, di un qualsiasi riferimento alla necessità di avviare la *scientia iuris* verso la trattazione del diritto pubblico, verso l'analisi, con categorie giuridiche, degli organi dello Stato, e dei rapporti tra Stato e privati.

Se esordiamo mettendo in luce un simile aspetto della riflessione savignyana, è perché intendiamo chiarire fin dall'inizio il senso di questo contributo. Diciamo subito che non è nostra intenzione sostenere l'esistenza di un Savigny 'pubblicista'; e che non pensiamo dunque alla possibilità di un influsso *diretto* ed *immediato* delle teorie savignyane sui *contenuti* della scienza di diritto pubblico.

Altro è lo scopo della nostra analisi, con la quale si cercherà di suggerire una nuova chiave di lettura dei principali scritti del giurista di Francoforte, tesa ad individuare, *dall'interno* della stessa elaborazione privatistica, un'implicita istanza di riforma dell'atteggiamento dei giuristi di fronte al problema dello Stato.

Più specificamente, cercheremo di verificare se in una certa evoluzione del pensiero di Savigny, — dal *Beruf* del 1814 al *System* del 1840, tanto per fissare dei precisi punti di riferimento cronolo-

gici [1] — sia contenuto il tentativo, di estrema rilevanza, di ridefinire il tipo di approccio della teoria giuridica alla legislazione, e

---

[1] Saranno tenuti in considerazione i seguenti contributi di Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, nella ristampa contenuta in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrs. von J. Stern, Berlin, 1914; *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pp. 1-17; *Recension* a *N.Th.v.Gönner. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Erlangen, 1815), in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pp. 373-423 (noi citeremo da F.K. VON SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, vol. V, Berlin, 1850, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 115-172); *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, III, 1816, pp. 1-52, poi ripubbl. in appendice alla seconda edizione del *Beruf*, Heidelberg, 1828, pp. 163-191 (noi citeremo dalla rist. contenuta in *Thibaut und Savigny* cit., pp. 205-234); *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, nell'ottima traduzione italiana di Vittorio SCIALOJA, *Sistema di diritto romano attuale*, vol. I, Torino, 1886.

Il nostro tentativo, sulla base dei testi sopra indicati, sarà quello di enucleare, dal complesso dell'opera savignyana, *due distinti momenti* specificamente interessanti il problema della legge dello Stato quale possibile oggetto di conoscenza giuridica: il primo relativo agli anni 1814-1816, il secondo che ha il suo punto focale nel primo volume del *System* del 1840. Si tratta — com'è noto a chi si sia occupato anche solo di sfuggita dell'opera del Maestro della Scuola Storica — di due momenti di centrale importanza nell'evoluzione del pensiero di Savigny, che qui vengono assunti rispettivamente quale punto di partenza, e di approdo, di una certa riflessione condotta dal giurista di Francoforte a proposito dei compiti della *scientia iuris* in relazione alla potestà normativa dello Stato.

Ci sembrava doverosa questa precisazione: è infatti qui opportuno sottolineare che questo nostro contributo manterrà in larga misura il suo carattere originario d'intervento proposto in occasione del Seminario su Federico Carlo di Savigny, tenutosi a Firenze nei giorni 27 e 28 ottobre 1980, per cura del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Niente di più, in definitiva, della proposizione di un problema, dell'invito a rileggere l'opera savignyana sotto lo specifico profilo — che è l'unico che qui interessa — della fondazione teorica di un approccio 'giuridico' allo Stato. Passare dal livello attuale di elaborazione allo studio analitico di questa tematica significherebbe andare alla ricerca dei caratteri fondamentali della *teoria politica* savignyana, attorno alle nozioni di 'Stato', 'popolo', 'legge', e 'Costituzione': cosa che necessariamente trascende i confini di questo nostro contributo, e che richiederebbe comunque l'utilizzazione dell'Archivio privato di Savigny — recentemente messo a disposizione degli studiosi presso la *Universitätsbibliotek* di Marburg —, proprio per studiare da vicino la graduale maturazione del probema 'Stato' nell'evoluzione del pensiero del giurista di Francoforte.

Era però intanto importante — noi crediamo — sottolineare la necessità di uno sviluppo in questa direzione delle ricerche su Savigny, tenendo presente anche la possibilità di una futura collaborazione degli storici della costituzione e delle dottrine

dunque, quanto meno in prospettiva, allo Stato medesimo quale soggetto dotato di potestà normativa; ed è superfluo aggiungere che ci sembra largamente intuibile l'importanza di una simile tematica — l'atteggiamento della *scientia iuris* di fronte alla legge emanata dallo Stato — nel particolare campo della riflessione giuspubblicistica.

Se questo è il *piano* sul quale si svolge il nostro discorso, è ora opportuno precisare anche il *contenuto* della nostra ipotesi di ricerca. Tenteremo qui di analizzare il modo con il quale le scelte compiute da Savigny sul terreno della metodologia giuridica, e maturate tutte — lo ripetiamo ancora una volta — a livello privatistico, abbiano influito in modo decisivo su una delle fondamentali operazioni portate a termine dalla scienza giuridica tedesca dell'Ottocento: quella che condusse i giuristi, nel corso degli anni Sessanta, per il fondamentale tramite dell'opera di Carl Friedrich von Gerber (2), a porre ad *oggetto* delle proprie analisi lo stesso

---

politiche, per i quali il Maestro della Scuola Storica è ancora purtroppo poco più che un oggetto misterioso. Ciò a maggior ragione in un momento di grande ripresa degli studi su Savigny; ripresa che però sembra invariabilmente incanalarsi lungo la duplice via dell'analisi dei presupposti filosofici dell'opera savignyana, e della dogmatica del diritto privato, senza tener conto che tra 'filosofia' e diritto privato sta l'ampio territorio — per ora sconosciuto — dei contributi di Savigny, e dell'intera Scuola Storica, alla teoria politica e costituzionale dell'Ottocento. In quest'ultimo campo, siamo ancora fermi all'unico lavoro di D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Corl von Savigny*, Bonn, 1963².

(2) La figura di Gerber è posta al centro di alcune note analisi della scienza giuridica dell'Ottocento tedesco. Particolare attenzione al contributo di Gerber hanno dedicato P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974 (il saggio è la riproduzione inalterata della *Dissertationsschrift* dell'autore, del 1953); W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1958 (trad. it. di P.L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974). Tra i saggi specificamente dedicati a Gerber, ricordiamo: M. NIGRO, *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 293-333; ed ancora P. VON OERTZEN, *Die Bedeutung C.F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung - Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, dove però l'autore non fa altro che sintetizzare le conclusioni cui già era pervenuto nel suo lavoro principale, sopra citato in questa nota. In ultimo, ancora come tentativo di porre in luce la rilevanza di Gerber nel contesto della scienza giuridica

potere politico, la stessa soggettività statuale nel complesso della sua concreta attività normativa.

Questa operazione prese le mosse da una ben precisa convinzione, gradualmente maturatasi nel ceto dei giuristi alla presenza di particolari condizioni storiche: che le logiche del potere politico — e la sua conseguente attività — fossero per intero riconducibili sullo specifico terreno giuridico; che tali logiche potessero essere spiegate, ed organizzate, sulla esclusiva base di istituti e principii giuridici, in conformità ai modelli caratteristici della scienza di diritto privato.

È dunque possibile individuare in Germania il progressivo formarsi, nel corso dell'Ottocento, di una vera e propria *teoria giuridica dello Stato*, fondata sull'organico tentativo di spiegare *tutta* la dinamica pubblicistica con il *solo* ed *esclusivo* ausilio di categorie specificamente giuridiche (3).

Noi crediamo — per tornare alla nostra ipotesi di ricerca — che le scelte metodologiche di Savigny abbiano costituito un momento di grande rilevanza nell'ambito della vicenda intellettuale sopra indicata; ed anzi pensiamo che il cammino percorso dal giurista di Francoforte, a partire dagli scritti giovanili per giungere al primo

---

dell'Ottocento tedesco, sia consentito di rinviare al nostro volume *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, spec. al cap. III.

(3) Così definita, la 'teoria giuridica dello Stato' ha sicuramente il suo momento di più intensa elaborazione nella seconda metà del secolo, quando Carl Friedrich von Gerber (cfr. la nota precedente) perviene a formulare il principio della *personalità giuridica* dello Stato quale unico e necessario punto di partenza di una considerazione 'giuridica' dello Stato medesimo, della sua sovranità, dei suoi atti normativi, e dei suoi rapporti con i cittadini e con le comunità minori (ci riferiamo qui al fondamentale saggio dello stesso GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, trad. it di P.L. LUCCHINI, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, pp. 96-213). Non sarà qui inutile precisare, in aggiunta a quanto già esplicitato nel testo, che quando parliamo di 'Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo', intendiamo riferirci proprio al decisivo contributo fornito dal Maestro della Scuola Storica alla nascita della teoria giuridica dello Stato, dunque ad un (forse al) fondamentale passaggio nello sviluppo del pensiero giuspubblicistico ottocentesco, ben consapevoli che anche prima di Gerber esisteva una riflessione dei giuristi sullo Stato, ma certamente non l'aspirazione ad un'integrale lettura dei rapporti pubblicistici in chiave 'giuridica': ciò che cercheremo di dimostrare è appunto la centralità della revisione metodologica proposta ed attuata da Savigny sul terreno del diritto privato, proprio nei confronti della progressiva nascita di quella 'aspirazione' ad un'intelligibilità intieramente 'giuridica' dello Stato.

volume del *System* del 1840, possa essere descritto, sotto il profilo che a noi più interessa, come un itinerario teorico il cui compimento definitivo si poneva quale presupposto logicamente e storicamente necessario per la nascita della teoria giuridica dello Stato.

A ben guardare, tale teoria era possibile solo se sul tradizionale terreno del diritto privato, da Savigny prediletto e coltivato in modo esclusivo, i giuristi avessero saputo liberarsi da un duplice condizionamento intellettuale: da una parte, dalla tendenza a subire il diritto positivo esistente, ed in particolare le norme emanate dallo Stato — i Codici, principalmente —, a lavorare con metodo puramente esegetico riducendo la riflessione giuridica a pratica applicativa delle leggi dello Stato; dall'altra, ed in direzione opposta, dall'attitudine — tipica proprio di molti giuristi dell'Ottocento tedesco — a sfuggire alla 'mutevole' legislazione statuale, per fondare altrove le 'certezze' del lavoro scientifico, nella pura deducibilità logica dei concetti giuridici.

Se in questo secondo caso si aveva, da parte della *scientia iuris*, un atteggiamento del tutto negativo di fronte alle moderne 'pretese' del potere legislativo, e dunque si era ben distanti dalla possibilità stessa di una teoria giuridica dello Stato, anche il cosiddetto 'vizio esegetico', per parte sua, conduceva i giuristi lontano dalla prospettiva di una riflessione scientifica sul potere politico, li sospingeva inevitabilmente a considerare lo Stato il necessario ed indiscusso *presupposto* del loro lavoro interpretativo, come tale sottratto per forza di cose a quella dimensione di *oggetto* d'indagine, che era — come ripetiamo — indispensabile per la nascita di una teoria giuridica dello Stato.

Proprio l'assunzione di tali posizioni *estreme* — o di completo rifiuto, o di completa subordinazione — di fronte alla nuova centralità del potere politico come fonte di diritto, emblematicamente rappresentata dal Codice civile francese del 1804, manteneva i giuristi ben saldamente ancorati alle tradizionali discipline privatistiche. Essi risultavano, per un verso incapaci di risalire dall'esegesi delle singole disposizioni emanate per la tutela dei rapporti privati all'analisi del soggetto dotato di potestà normativa, per l'altro polemicamente protesi a contrapporre all'arbitrio del potere legislativo il primato del diritto storicamente radicato nella collettività, da essa

fatto proprio al di fuori di qualsiasi 'ingerenza' del potere politico: ancora una volta un diritto 'privato'.

2. Anche Savigny, in un primo momento, volle collocarsi in una delle due posizioni estreme, in essa ravvisando la scelta per il 'diritto', quella che alla lunga sarebbe risultata inevitabilmente vincente. Tutto il contenuto del *Beruf* del 1814, e degli altri scritti minori di questo periodo (4), è fortemente condizionato dall'immagine di un potere legislativo — storicamente quello della rivoluzione francese — necessariamente portatore di instabilità, la cui attività risultava essere, quasi per propria intima 'vocazione', dannosa per il 'naturale' evolversi dei rapporti giuridici (5).

---

(4) Quelli degli anni 1815-1816, già citati nella nota 1.

(5) Ci limitiamo qui alla citazione di alcuni brani, particolarmente significativi sotto il profilo, indicato nel testo, della polemica savignyana contro il cosiddetto 'arbitrio' del legislatore: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 75-80 (è il secondo paragrafo del *Beruf*, dedicato alla *Entstehung des positiven Rechts*), dove del tutto evidente appare la netta contrapposizione tra la « innere Nothwendigkeit » dello sviluppo giuridico, e la « Willkühr eines Gesetzgebers »; ed anche pp. 136-150 (è il paragrafo ottavo, intitolato *Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind*), laddove (p. 137) Savigny afferma a chiare lettere che è per lui « unmöglich die Natur der bestehenden Rechtsverhältnisse umzuwandeln », proprio nel contesto della definizione dei compiti della legislazione, ed ancora una volta esaltando l'ideale dello sviluppo 'organico' e 'necessario'. Simili accenti si trovano anche nello scritto programmatico *Über den Zweck*, cit., dove Savigny individua, quale compito principale della Scuola Storica, quello di combattere l'opinione (non-storica) secondo la quale il diritto verrebbe « in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkühr hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit » (p. 6): e non si può non sottolineare la concezione savignyana del potere legislativo quale soggetto *necessariamente* distruttivo di ogni possibile 'razionalità' dell'evoluzione giuridica. Identiche prese di posizione si trovano nella *Recension* a N.Th. v. Gönner, in *Vermischte Schriften*, cit., che è anzi a nostro avviso lo scritto nel quale Savigny con maggiore ampiezza di argomentazioni si contrappone al cosiddetto 'arbitrio' del legislatore, il quale qui viene più chiaramente indicato come il soggetto che si sottrae alle 'necessarie' leggi dello sviluppo storico, per operare « eingenwillig und willkürlich » sul diritto tramandato (cfr. spec. pp. 128-133). Di particolare rilievo su questo piano la conclusione del saggio, nella quale Savigny chiarisce in modo esemplare i motivi della sua avversione ai Codici, affermando « wer bürgt uns dafür, dass nicht bei dem nächsten Wechsel des Regenten oder des Ministers ein ganz anderes Gesetzbuch an die Stelle kommt, weil man dieses andere in bester Überzeugung für viel vernünftiger hält? » (pp. 170-171); e poi subito dopo soggiungendo: « Besonders gross

Ne conseguiva una rigida esclusione della potestà normativa dello Stato dal campo di riflessione della scienza giuridica, il quale veniva così ad esaurirsi per intero nei confini del diritto privato: quest'ultimo appariva come l'*unico* diritto possibile, poiché nell'organico e graduale consolidarsi delle regole giuridiche tra i privati veniva individuata la sede naturale delle certezze giuridiche sulle quali si fondava la vita della collettività, il più efficace baluardo contro le destabilizzanti pretese del potere legislativo.

Il progetto savignyano contenuto nel *Beruf* finiva in tal modo per allontanare lo Stato dagli interessi della scienza giuridica, la quale non mirava a spiegare e delimitare con categorie giuridiche l'attività del potere politico, ma assai più radicalmente cercava di isolare la totalità della evoluzione giuridica della collettività dalla possibile, e negativa, incidenza degli atti dello Stato.

In tal modo, il progetto di riforma del diritto vigente condotto ad opera della scienza giuridica veniva oggettivamente posto in alternativa alle soluzioni codificatorie — la 'volontà di tutto governare', come Savigny diceva —: si determinava cioè uno stato di concorrenza-conflitto tra teoria giuridica e potere legislativo, e si indicava nella prima il soggetto che autonomamente avrebbe dovuto procedere alla riorganizzazione della totalità del diritto positivo (6).

---

ist diese Gefahr in unserer Zeit, wo auf der einen Seite fast alle bestehenden Verhältnisse erschüttert und wankend gemacht worden sind, auf der andern Seite aber die Ausführung solcher Arbeiten eben so viel an mechanischer Leichtigkeit gewonnen, als an Tiefe und Eigenthümlichkeit verloren hat » (p. 171). Cos'è, agli occhi di Savigny, questa 'facilità' — quasi 'leggerezza' —, con la quale il potere politico legifera — e codifica —, se non l'espressione ultima della temuta decisionalità politica quale fonte produttrice di norme giuridiche? Opporsi al Codice significa allora contrastare l'affermazione di un dirompente nesso decisione politica-soluzione giuridica: progresso sì, ma senza la mediazione dell'autorità statuale, tutto dall'interno della storia giuridica.

(6) Che tale fosse il progetto di Savigny, è confermato in molti passi contenuti negli scritti di questo periodo: *Vom Beruf*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 80-86 (è il terzo paragrafo dedicato a *Gesetze und Rechtsbücher*); e spec. pp. 140-150 (nell'ottavo paragrafo dedicato a studiare *Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind)*, nelle quali si contrappone chiaramente « die strenge historische Methode der Rechtswissenschaft », il suo tentativo « jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen » (p. 140), alle pretese di centralità del potere legislativo, il quale viene qui ridotto, nel quadro ideale di Savigny, alla « Entscheidung von Controversen, und Verzeichnis alter Gewohnheiten » (p. 148), da realizzare « in Form provisorischer Verfügungen oder

Al di là di questa soluzione, Savigny lasciava intravvedere unicamente il pericolo di una subordinazione del giurista alla non-razionalità insita nella disordinata massa delle disposizioni legislative, al confuso e caotico movimento della prassi (7). Proprio per reagire a questo pericolo sono formulate molte delle proposte contenute nel *Beruf*, ma — ed ecco il punto che ci interessa più direttamente — tale reazione, tutta protesa ad evitare che nella *scientia iuris* si affermasse un metodo di pura compilazione esegetica, conduce per parte sua a porre in posizione di rigida alternativa il *diritto-istituzione*, custodito nella 'coscienza popolare' e scoperto dalla scienza giuridica, al *diritto-strumento*, adoperato dal potere politico a fini di governo e di riforma degli equilibri della società civile. Savigny promuove in tal modo la ribellione dei giuristi

---

Anweisungen an die Gerichte » (p. 149). In altre parole, ciò che si nega ancora una volta è la capacità del potere legislativo di riflettere autonomamente sui problemi della società: esso non deve far altro che seguire un'evoluzione giuridica che lo trascende completamente. Nella stessa direzione debbono essere interpretate alcune pagine del saggio *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 224-226, nelle quali Savigny, muovendo da un chiaro spirito polemico contro la tendenza « alles zu regieren und immer mehr regieren zu wollen » (p. 224), giunge a definire « Gesetz » (p. 226) il compendio (« Auszug », *ibid.*) delle « Verordnungen » accumulatesi nel tempo: compendio che potrebbe essere realizzato mediante la stesura di rapporti informativi sul diritto esistente, per cura dei tribunali e degli uffici amministrativi, in modo tale che al 'legislatore' non rimanesse poi altro compito che quello di raccogliere tali rapporti in un testo unico (*ibid.*). Inutile aggiungere che accanto a questa riduzione estrema dei compiti del legislatore torna puntualmente l'esaltazione del ruolo della scienza giuridica: il comune « wissenschaftlicher Geist » (p. 225) quale elemento realmente unificante, capace di conservare « der Ausübung des Rechts eine edle und haltbare Grundlage » (*ibid.*); non mancando poi il nostro giurista di osservare che laddove si è voluto introdurre nuovi codici il diritto ha perduto il suo contenuto 'scientifico' per ridursi a semplice 'pratica artigianale' (« blossen Handwerk », p. 225).

(7) Evidente questa preoccupazione di Savigny nell'esame che egli compie della scienza giuridica di quei Paesi che si sono dati un Codice. Ci riferiamo al paragrafo nono del *Beruf*, intitolato *Was bey vorhandenen Gesetzbüchern zu thun ist*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 150-159, ed interamente dedicato a sottolineare il pericolo che la presenza di un Codice rappresenta per l'esistenza stessa di una 'vera' e 'vitale' scienza giuridica. Afferma Savigny, soprattutto con riferimento alla situazione francese: « Wir werden entweder gar keine juristische Literatur haben, oder (was wahrscheinlicher ist) eine so flache, fabrikmassige, unerträgliche, wie sie uns unter der Herrschaft des Code zu überschütten angefangen hatte » (p. 158). Tale scienza giuridica è quella che corre « die Gefahr, von dem blossen Buchstaben überwältigt zu werden » (*Beruf*, p. 85).

tedeschi al tentativo d'imporre loro un ruolo 'tecnico' di semplice sistemazione della volontà normativa dello Stato; opera però indicando un diritto *diverso* da quello formalmente emanato dal potere legislativo, con quest'ultimo in necessario rapporto di conflitto: e dunque contribuisce anch'egli ad allontanare la prospettiva di una teoria giuridica dello Stato.

Se riprendiamo ora più direttamente lo studio del nostro problema, cercando di analizzare più da vicino l'influsso esercitato da Savigny sulle vicende della scienza di diritto pubblico dell'Ottocento, si può senz'altro considerare la polemica sulla codificazione proposta dalla Scuola Storica come un primo decisivo momento di dibattito destinato ad incidere in modo rilevante sulle future prese di posizione della teoria giuridica.

Bisogna però a questo proposito distinguere la parte critica e distruttiva di quella polemica da quella più propriamente propositiva. Sotto il primo aspetto, non v'è dubbio che indicare nella *scientia iuris* il soggetto capace di riflettere sul complesso dell'esperienza giuridica, al di là delle mere forme di normazione statuale, significava aprire le porte ad una *possibile* scienza giuridica dello Stato, considerato come uno degli elementi di quel complesso, magari anche preminente, ma certamente non più come l'unico ed indiscutibile presupposto di tutta l'attività teorico-pratica dei giuristi.

Questa potenzialità teorica si disperdeva però quando si passava alla parte propositiva della polemica anticodificatoria. A questo secondo livello, come abbiamo già osservato, si finiva per allontanare di nuovo il potere politico dagli interessi dei giuristi, appunto perché il necessario distacco tra teoria giuridica e produzione normativa dello Stato si trasformava ben presto in aperto *conflitto*, per la soluzione del quale a favore della centralità della scienza giuridica — così come Savigny auspicava — era necessario isolare il ruolo del potere politico.

È proprio nel primo volume del *System* che questo stato di conflitto tende in buona parte ad attenuarsi — vedremo in qual senso ed in quali termini —, facendo così cadere l'ultimo ostacolo che ancora si frapponeva, dall'interno delle scelte metodologiche della scienza giuridica, alla costruzione di una teoria giuridica dello Stato.

Diciamo subito che a nostro avviso il passaggio decisivo sta nella formulazione della dottrina dell'istituto giuridico, che esamineremo sotto il profilo specifico della sua funzione di strumento interpretativo delle norme poste dallo Stato.

Prima è però necessario chiarire ulteriormente la natura di quel conflitto tra scienza giuridica e potere legislativo, cui più volte ci siamo riferiti. I due soggetti *scientia iuris* e potere politico erano per Savigny in conflitto in quanto storicamente portatori di due distinte nozioni di diritto a loro volta oggettivamente contrapposte. Da una parte, quello che sopra abbiamo definito il diritto-istituzione, radicato nella storia di un dato popolo, dotato di una propria autonoma razionalità ed obbiettività, preesistente rispetto al rapporto giuridico, cui compiutamente si applica nella forma di una regola giuridica; dall'altra, il diritto-strumento, frutto di consapevoli scelte del potere politico, che decide di privilegiare la tutela di certi diritti dei privati, di rispondere all'emersione di determinati bisogni sociali (8).

È bene qui precisare che la *sostanza* di questo contrasto rimarrà sempre costante nell'opera di Savigny, anche nel primo volume del *System*. Egli riterrà così, anche nel 1840, come già nel 1814, di dover contrapporre una logica *interna* al diritto ad una concezione che riduceva a suo giudizio il dato giuridico a mero strumento di risoluzione dei conflitti tra i privati, che dunque muoveva da situazioni patologiche di non-diritto per spiegare il diritto medesimo (9).

---

(8) Lo stesso Savigny, del resto, tenne sempre a chiarire tale natura del contrasto scienza giuridica-potestà normativa dello Stato. In modo assai esplicito, in una pagina della *Recension* a GÖNNER, in *Vermischte Schriften*, cit., dove il giurista di Francoforte afferma che la rivalutazione dei compiti della scienza giuridica, da lui compiuta nel *Beruf* contro le pretese di centralità della legislazione, aveva in realtà il senso ultimo di porre il diritto storicamente esistente (scoperto dalla scienza giuridica) in alternativa con il diritto 'creato' dal potere politico (quello dei Codici). A Savigny non interessa chi siano i portatori ed i soggetti agenti della normazione, ma solo affermare che il loro « Beruf sey, das unabhängig von ihnen seyende Recht zu erkennen und auszusprechen, und dass sie diesen Beruf verkennen, wenn sie (obgleich in guter Absicht) ihre Willkür an dessen Stelle setzen » (p. 128). La centralità della scienza giuridica corrisponde dunque, nelle scelte di Savigny, alla conservazione di un modo di essere 'obbiettivo' del diritto, di una spiccata autonomia del dato giuridico dalle contingenti scelte del potere politico.

(9) Particolarmente significativa quella pagina del primo volume del *System*, nella quale Savigny, muovendo dalla considerazione secondo la quale il diritto « ha una

La novità rappresentata dal *System* sta piuttosto nel fatto che la scienza giuridica, portatrice — secondo lo schema del *Beruf* — dei contenuti del diritto-istituzione, non opera più in contrapposizione polemica con il diritto autoritativamente posto dallo Stato, ma pretende anzi, proprio a partire dalla complessiva conoscenza della vita istituzionale del diritto, di spiegare, e ricondurre ad una sorta di superiore razionalità, la stessa legislazione statuale.

L'importanza del *System* va dunque ben al di là di una generica rivalutazione dei compiti del legislatore, pur presente in molte delle pagine del volume del 1804 (10); la grande rilevanza della svolta giunta ora a compimento attiene, in senso assai più specifico e puntuale, al mutamento di posizione della teoria giuridica rispetto alla legge dello Stato, la quale viene finalmente posta ad *oggetto* della

---

esistenza per sé stante », polemizza con tutti coloro che « nella ricerca del concetto di diritto, partono dal punto di vista opposto, dal concetto del non diritto », ossia dalla « violazione della libertà », dallo stato di conflitto, dal « momento negativo », concependo il diritto come « la remozione di questo male »: *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, p. 336. Evidente anche qui il tentativo di Savigny di salvare un'autonoma razionalità del diritto, del tutto prescindente dalla concreta utilizzazione dello strumento giuridico — da parte dello Stato — per la soluzione dei conflitti interindividuali.

(10) Sarà qui sufficiente richiamare il contenuto del noto paragrafo 13 del primo volume del *System* (pp. 63-68 della trad. it.), dedicato proprio alla legislazione, nel quale è certamente rinvenibile un certo mutamento di accenti rispetto alle rigide e preclusive posizioni espresse nel *Beruf* (cfr. *supra*, note 5 e 6). A questa rivalutazione del ruolo dello Stato e della legge hanno recentemente accennato, con riferimento al primo volume del *System*, F. De Marini, *Introduzione a Savigny. Antologia di scritti giuridici*, a cura della stessa De Marini, Bologna, 1980, pp. 22-23; e G. Marini, *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, relazione al Seminario su Federico Carlo di Savigny, p. 47 (nella sua forma dattiloscritta). Per altro verso, M. Brutti, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, T. I, 1976-1977, pp. 41-103, ha parlato — ma anch'egli solo per inciso — della presenza di « un abbozzo di teoria dello Stato » in alcuni passi del primo volume del *System* (pp. 100-101): il riferimento d'obbligo è ai paragrafi 8-10 del libro primo, rispettivamente dedicati a 'Il popolo', a 'Stato-Diritto politico-Diritto privato-Diritto pubblico', ed infine a 'Opinioni diverse intorno allo Stato', ma anche a molti altri luoghi del volume del 1840. Non bisogna tuttavia confondere i due piani del discorso: mentre può dirsi ormai acclarata una certa rivalutazione dei compiti del legislatore dal 1814 al 1840, più difficile è certamente l'individuazione dei contenuti della *teoria politica* savignyana nel suo complesso, nella totalità dell'opera del Maestro della Scuola Storica, e non solo nel primo volume del *System*.

riflessione scientifica dei giuristi, come componente di quella prassi del diritto cui si rivolgeva la teoria medesima.

Si superava così, non solo, come nel 1814, la condizione di passivo ossequio della norma statuale da parte del giurista incapace di uscire dai confini del mero lavoro esegetico, ma anche l'opposta tendenza a fuggire dalla realtà del diritto positivo vigente per volontà dello Stato, al fine di ricercare altrove le cosiddette 'certezze giuridiche'.

Ma Savigny non si limitò a prendere atto della rilevanza della legislazione nell'ambito dell'esperienza giuridica moderna; nelle modalità con le quali il Maestro della Scuola Storica propose ai giuristi di porre ad oggetto della loro riflessione la legge dello Stato è contenuta, come vedremo, una convinzione ben precisa: che il diritto-istituzione, del quale la scienza giuridica ha esatta conoscenza, possa e debba *dominare* la natura strumentale e socialmente condizionata della normativa statuale.

Centrale è a questo proposito — come avevamo sopra accennato — il concetto di istituto giuridico, e soprattutto la funzione che esso svolge nell'attività interpretativa delle regole giuridiche, siano esse espresse o meno in norme di diritto positivo emanate dallo Stato (11).

Tutta la complessa costruzione di Savigny a questo proposito può essere sintetizzata nel tipo di nesso che egli stabilisce tra rapporto giuridico, istituto giuridico, e regola giuridica.

Volendo qui esprimere graficamente tale nesso, si potrebbe immaginare una sorta di figura geometrica triangolare, al vertice della quale sono posti gli istituti giuridici, mentre i due angoli in basso sono occupati, da una parte dai rapporti giuridici nelle loro concrete manifestazioni, dall'altra dalle regole giuridiche, eventualmente contenute in atti del potere politico.

Questa formulazione grafica del problema ci aiuterà a meglio

---

(11) Alla dottrina dell'istituto giuridico in Savigny ha dedicato pagine di notevole rilevanza W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 48-59. Wilhelm, tuttavia, sembra interessato a tale dottrina solo in quanto in essa è rinvenibile la radice prima della giurisprudenza dei concetti, la prima scelta in senso autenticamente 'formalistico'. Diverso il nostro punto di vista, che attiene anch'esso a problemi di metodo, ma sotto lo specifico profilo delle possibilità di conoscenza 'giuridica' della legge dello Stato.

comprendere le operazioni — sia pratiche che puramente teoriche — della scienza giuridica, le quali, come vedremo, sono rappresentabili come altrettanti movimenti lungo i lati del nostro triangolo.

La teoria giuridica ha il compito essenziale di costruire gli istituti muovendo dall'osservazione dei rapporti giuridici: essa perviene così ad individuare un 'tipo', cui è necessariamente subordinata una serie definita di rapporti tra individui, definibili come 'giuridici' (12). Ritornando ora al nostro espediente espositivo, potremmo dire che la teoria giuridica muove da uno degli angoli di base del triangolo per risalire al vertice; da qui essa ridiscende poi nel mondo delle regole giuridiche — all'altro angolo —, ricercandone una, in ipotesi contenuta in un atto legislativo, che sia in perfetta coerenza con i tratti fondamentali dell'istituto giuridico già noto e formato (13).

Non diversa, se non nel grado di generalità, è l'operazione che è chiamato a porre in essere l'operatore pratico del diritto, il quale, al fine di regolare un certo rapporto giuridico, deve sempre risalire al corrispondente istituto, per essere poi in grado di ridiscendere alla norma e correttamente applicarla al caso in esame.

Come vediamo, se la teoria ha indubbiamente bisogno di guardare con estrema attenzione alla prassi del diritto, al concreto manifestarsi dei rapporti giuridici, proprio al fine di costruire gli istituti, il pratico del diritto, per parte sua, è per Savigny completamente incapace di risolvere i quotidiani problemi di applicazione delle norme prescindendo dalla necessaria presenza di una teoria giuridica consapevole del proprio determinante ruolo, continuamente protesa ad organizzare il diritto positivo in forma di istituti, e dunque a creare altrettanti sicuri punti di riferimento per l'interprete della singola e specifica norma giuridica (14).

---

(12) Afferma infatti Savigny: « Se noi non ci fermiano dunque all'immediata apparenza, ma ci addentriamo nell'essenza della cosa, riconosceremo che realmente ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato nello stesso modo che il singolo giudizio dalla regola generale di diritto » (*Sistema*, cit., I, p. 38).

(13) Nello stesso contesto del brano citato alla nota precedente: « Infatti anche la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nella intuizione dell'istituto giuridico » (*ibid.*, p. 38).

(14) Non a caso, in conclusione del suo ragionamento sulla centralità dell'istituto giuridico all'interno del nesso rapporto giuridico-regola giuridica, Savigny afferma: « Da

In altre parole, le operazioni dei giuristi, ai diversi livelli nei quali possono essere collocate, hanno sempre e comunque una direzione obbligata, e soprattutto un punto di passaggio obbligato: l'istituto giuridico. Si può allora capire come il nostro triangolo non fosse in effetti tale, mancando completamente di un lato, quello che in ipotesi avrebbe potuto congiungere, in senso orizzontale, la norma giuridica direttamente con il rapporto da regolare.

A ben vedere, questo approccio della scienza giuridica alla regola di diritto, da Savigny proposto per il complesso dell'attività teorico-pratica dei giuristi, assume un particolare significato proprio quando la regola giuridica è contenuta in un atto dello Stato. In questo specifico caso, è possibile rinvenire, all'interno delle stesse scelte metodologiche del giurista di Francoforte, la profonda convinzione che gli atti dello Stato possano e debbano essere sovrastati da una razionalità oggettiva, di cui la scienza è portatrice, e che si esprime nella centralità dell'istituto giuridico. Quest'ultimo tende a *dominare*, sia il complesso della concreta vita dei rapporti giuridici, sia il cumulo spesso disordinato delle norme di diritto positivo, ma soprattutto si pone come filtro essenziale tra gli uni e le altre.

In definitiva, sottostante a questa costruzione savignyana, vi è ancora il primato del diritto-istituzione, espresso in modo sintetico in quel passo del *System* nel quale Savigny afferma che « dovunque un rapporto ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile, di inventarla allora per la prima volta » (15).

Ecco dunque perché non è possibile passare direttamente dal concreto manifestarsi del rapporto giuridico all'individuazione della relativa norma regolatrice, saltando la mediazione dell'istituto giuridico. Infatti, la norma in questione non costituisce per Savigny una consapevole risposta al prodursi di un certo rapporto che chiede di essere regolato; essa non deve essere 'inventata' in funzione di quel

---

ciò emerge con quanta poca ragionevolezza spesso si considerino nella scienza del diritto come affatto distinte, anzi opposte, la teoria e la pratica » (*ibid.*, p. 39). Di grande rilevanza, del resto, in tutto il lavoro di Savigny, questa critica alla separazione di teoria e pratica del diritto, cui è dedicata anche larga parte della celebre Prefazione al volume del 1840: cfr. pp. 10 e ss.

(15) *Ibid.*, p. 42.

rapporto, ma solo 'scoperta' attraverso la percezione della totalità dell'istituto giuridico (16). Senza questo necessario riferimento all'istituto tutto il sistema crolla: le regole giuridiche — e con esse gli atti legislativi che le contengono — perdono la loro natura di dati obbiettivi storicamente fondati, e si riducono di nuovo a meri *strumenti* di regolazione dei rapporti giuridici.

3. Concludiamo ora il nostro discorso. Dal *Beruf* al *System*, Savigny ha percorso, a nostro giudizio, un certo cammino. La rigida contrapposizione del 1814 tra il diritto come patrimonio giuridico della nazione, ed il diritto come prodotto dell'arbitrio del legislatore, perde nel 1840 il suo carattere di ragionamento chiuso ed in sé definito, e si trasforma in semplice, anche se netta, distinzione, dalla quale Savigny muove per la formulazione di un nuovo progetto.

Proprio l'attenuazione dei toni polemici consente infatti al nostro giurista di avviare un'operazione di grande portata, che non sarebbe stata immaginabile sulla base delle convinzioni espresse nel *Beruf*. Lo scopo di Savigny è ora quello di ricondurre la totalità delle regole di diritto, e con esse la stessa legislazione statuale, nell'àmbito del diritto-istituzione, di dominare, attraverso l'opera della scienza giuridica, quella logica strumentale della legge, che nel 1814 era ancora solo lo spettro da esorcizzare, la sgradevole realtà da isolare accuratamente (17).

---

(16) Il soggetto agente di tale 'percezione' è la scienza giuridica. Essa non è però più protesa — come ancora lo era nel 1814 — a contrapporre polemicamente il diritto da essa scoperto nel 'profondo' della vita collettiva a quello autoritativamente emanato dallo Stato, convinta che questo secondo sia necessariamente destinato all'inerzia, ad essere respinto dal corpo sociale. Ora, nel 1840, secondo Savigny, i giuristi debbono con la loro opera riuscire a « presentare la regola astratta della legge nella sua viva correlazione con l'istituto giuridico, la cui idea senza dubbio ha dato origine anche alla legge, ma in questa non è direttamente visibile. Così il lavoro scientifico facilita ed assicura alla legge l'impero sopra i rapporti della vita pratica » (*Ibid.*, p. 71). Per chiarire: la scienza ha il compito di assicurare una mediazione 'giuridica' — 'obbiettiva', storicamente fondata nei 'naturali' ritmi di evoluzione della collettività — tra regole di diritto e realtà sociale concretamente manifestantesi nei rapporti giuridici, sottrendo tale mediazione al campo della pura decisionalità politica. In altre parole, è la *ratio* stessa della legge — insieme ai concreti motivi della sua emanazione — che deve divenire 'giuridica': siamo appunto alle origini della teoria giuridica dello Stato.

(17) Non altrimenti sarebbero comprensibili le posizioni di Savigny in tema

Questo passaggio teorico è di grande rilevanza: e lo è proprio sotto il profilo della formazione di una teoria giuridica dello Stato. Con il *System* di Savigny, la scienza giuridica tedesca inizia a riflettere sulla legislazione quale involucro formale contenente una obbiettiva regola di diritto, a sua volta riconducibile ad un istituto già perfettamente ricostruito nella sua totalità. Quella scienza, passata la bufera della polemica sui Codici, si abitua cioè a considerare la legge dello Stato quale oggetto di conoscenza scientifica, alla pari di altre forme di vita del diritto.

Certo, si dovrà attendere ancora a lungo perché dall'analisi delle singole leggi si possa risalire ad una visione complessiva del potere politico, perché nasca il *progetto consapevole* di una teoria giuridica dello Stato, perché infine tale teoria possa trovare, alla presenza di mutate condizioni storiche, il suo centro unificante nel concetto di personalità giuridica dello Stato (18).

Ma sicuramente questi risultati finali non sarebbero stati conseguibili senza il lavoro preliminare di Savigny, il quale contribuì in modo decisivo a creare nella scienza giuridica tedesca la convinzione

---

d'interpretazione della legge (e si dimentica troppo spesso che ad essa è dedicata larga parte del volume del 1840: tutto il capo quarto del libro primo, da p. 215 a p. 334), in particolare quando il nostro giurista, trattando delle 'Opinioni degli autori moderni sulla interpretazione' (è il titolo del paragrafo 50, pp. 324-331), si scaglia contro l'interpretazione estensiva o restrittiva, con la quale si minaccia gravemente a suo giudizio « ogni certezza del diritto, quella certezza per la quale sono così benefiche le leggi » (p. 328); e conclude affermando che in questo caso non vale il richiamo ai giureconsulti romani, i quali adoperarono con libertà quei mezzi d'interpretazione solo grazie ad una loro posizione di particolare « influenza diretta sulla formazione del diritto, quale non può essere attribuita ai nostri, siano essi scrittori o giudici » (p. 331). La 'certezza' sta ora dunque dalla parte della legge, mentre deve essere limitato il possibile 'arbitrio' degli interpreti. Il fatto è che ormai per Savigny la 'legge' è l'espressione formale di un'obbiettiva regola di diritto, e non più il frutto delle 'mutevoli' scelte del potere politico: dalla polemica contro il potere legislativo della rivoluzione francese alla costruzione del 'diritto romano attuale', di una diversa, e più 'profonda' dimensione della 'certezza del diritto'.

(18) Sarà qui sufficiente un semplice richiamo a quanto esposto *supra*, alle note 2 e 3, a proposito dell'opera di Carl Friedrich von Gerber, sviluppatasi per intero in pieno *Nachmärz*, dopo il fallimento del movimento liberale del 1848, e nel contesto dell'ascesa della potenza politica prussiana: tutti elementi — uniti al decisivo balzo in avanti del processo d'industrializzazione — in larga misura o del tutto estranei alla situazione sociale, politica ed economica, nella quale si maturò la riflessione di Savigny.

di essere portatrice di una necessaria dimensione istituzionale del diritto, capace di vincolare la stessa legge dello Stato e la sua concreta applicazione.

Un'ultima osservazione. Noi siamo convinti che la moderna scienza di diritto pubblico sia rimasta profondamente condizionata da questo iniziale insegnamento di Savigny. Infatti, nelle vicende di tale scienza nella seconda metà del secolo scorso non andò mai perduta l'iniziale impostazione del Maestro della Scuola Storica: tutte le volte che i giuristi si accostarono a fondamentali problemi di teoria dello Stato, essi si sentirono invariabilmente portatori di un diritto rappresentabile come ordine istituzionale superiore allo Stato medesimo, capace di dominare la natura strumentale e socialmente condizionata dei suoi atti. Quest'ultimi dovevano essere concepiti, non come altrettante risposte a determinati bisogni espressi nell'àmbito delle relazioni tra gli individui, ma come manifestazioni di una superiore ed obbiettiva dimensione di vita del diritto (19).

È possibile allora affermare che da Savigny in poi tutta la riflessione dei giuristi sullo Stato è nella sostanza, e nel senso sopra indicato, di tipo *istituzionalistico*. Con una precisazione: non si tratta qui di stabilire artificiose linee di continuità tra le scelte metodologiche di Savigny e l'istituzionalismo del nostro secolo, maturatosi in un contesto storico profondamente trasformato, nel quale le scelte 'antinormativistiche' — o anche 'antistatualistiche' — assumevano contenuto e significati completamente diversi; e neppure intendiamo

---

(19) Ciò è vero anche per la stessa Germania, ed in particolare proprio per la dottrina di diritto pubblico affermatasi dopo la fondazione del *Reich*. Infatti, al di là dei conclamati trionfi del metodo 'giuridico' di Paul Laband, tutto proteso a racchiudere le analisi dei giuristi nella sfera degli atti autoritativamente emanati dal potere politico esistente, uomini di primo piano in campo politico e scientifico, come Albert Hänel ed Otto von Gierke, contribuivano in modo decisivo — proprio attraverso una serrata critica alla scienza 'ufficiale' di Laband — a mantenere ben viva quella tradizione di pensiero per la quale alla scienza giuridica spettava storicamente il compito di spiegare l'intera dimensione 'pratica' del diritto, ivi compreso lo Stato nel suo rapporto con la società e nella sua potestà normativa, sulla base del necessario ordine istituzionale della collettività, conosciuto e 'scoperto' dalla scienza medesima. Abbiamo cercato di descrivere questa vicenda, a nostro avviso culminante con l'opera di Georg Jellinek, per molti versi già inserita nell'età di 'crisi' dell'assetto classico ottocentesco del rapporto Stato-società, nel volume *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., pp. 317 e ss.

individuare nel Savigny del 1840 l'avvio di un definito filone di pensiero istituzionalistico, destinato — com'è noto — a fortunati sviluppi nel nuovo secolo, specialmente in campo giuspubblicistico.

In altro senso, e ben più radicalmente, sosteniamo che *nessuna* teoria giuridica dello Stato sarebbe stata realizzabile senza il fondamentale passaggio teorico sopra illustrato, che *nessuna scienza* di diritto pubblico, al di là delle successive scelte in senso 'istituzionalistico' o 'normativistico', sarebbe stata pensabile a partire dalla metà dell'Ottocento, se i giuristi non avessero ritenuto di poter porre lo stesso potere politico ad *oggetto* delle proprie analisi: e che ciò, infine, fu possibile solo sulla base delle elaborazioni di Savigny sul terreno del diritto privato, le quali sboccarono complessivamente, per l'essenziale tramite della dottrina dell'istituto giuridico, nell'individuazione di un ordine istituzionale del diritto, di quel sistema di principii giuridici, che rappresentava, non solo il superamento, da parte della scienza di diritto privato, di una considerazione meramente esegetica del diritto positivo vigente, ma anche, in senso più generale, il 'profondo' ordine giuridico della collettività, capace di vincolare lo stesso potere politico.

Alla compattezza di tale ordinamento giuridico della società fu storicamente affidata l'idea di una *scienza giuridica* dello Stato, la quale si tradusse, sul terreno specifico del diritto pubblico, in un modello costituzionale di organica corrispondenza tra la *totalità* del corpo sociale e *l'unitaria personalità giuridica* dello Stato: modello costruito proprio al fine di arginare la progressiva emersione del diritto-strumento, delle logiche 'particolari' tendenti a deformare la fondamentale natura della legge — quella di involucro formale contenente un'obbiettiva regola giuridica, nell'accezione savignyana —, a ridurla a semplice 'risposta' a distinti, e spesso contrastanti, bisogni sociali.

La teoria giuridica dello Stato nacque dunque, sulla scia delle scelte metodologiche di Savigny, con il preciso intento di difendere l'essenzialità del momento *istituzionale* dell'esperienza giuridica. Descrivere, ed organizzare, in modo *giuridico*, il soggetto-Stato nella sua struttura interna, nella sua attività, nel suo rapporto con la società, significava in pratica tentare la radicale estromissione, dal complesso della dinamica pubblicistica, del momento della *decisionalità*, della consapevole scelta politica quale fonte produttrice di

norme giuridiche; significava, dunque, in ultima analisi, restituire tali norme alla loro 'naturale' dimensione di obbiettive regole di diritto, radicate nel 'profondo' della collettività in forma di principii ed istituti.

Ma proprio qui, in questa *necessaria* caratterizzazione in senso istituzionalistico della teoria giuridica dello Stato, è contenuto il germe della sua futura — ed attuale — crisi. Quella teoria nasce infatti in contrapposizione ed in alternativa ad ogni possibile piano di consapevole e programmato intervento dello Stato sui problemi della società, individua la sua fondamentale finalità nel tentativo, non solo di imbrigliare, di contenere, ma anche e soprattutto di *negare radicalmente* quel momento di pura decisionalità politica, che sembra invece dominare tanta parte della storia del nostro secolo.

2.

IL DIBATTITO SUL METODO E LA COSTRUZIONE DELLA TEORIA GIURIDICA DELLO STATO

1. Il 'diritto positivo' e gli istituti giuridici. — 2. La scienza giuridica nella seconda metà del secolo diciannovesimo. — 3. Conclusioni. La teoria giuridica dello Stato.

1. Nel 1889, un giovane giurista italiano, allora appena ventinovenne, e destinato a svolgere una funzione di primissimo piano nella scienza giuridica italiana del tempo, appena chiamato all'Università di Palermo, volle dedicare la sua prolusione ai Corsi di Diritto Amministrativo e Costituzionale al tentativo, com'egli diceva, « di una revisione critica fondamentale » delle discipline giuspubblicistiche. Quel giurista era Vittorio Emanuele Orlando; quel suo tentativo ebbe, com'è noto, felicissimo esito, tanto che ancora oggi gran parte della scienza italiana di diritto pubblico può dirsi operante nella scia delle indicazioni orlandiane del 1889 (1).

Nella prolusione palermitana Orlando parlava della necessità di una « ricostruzione giuridica delle scienze di diritto pubblico », lamentando il deplorevole stato di abbandono nel quale esse si trovavano. Nella sua critica distruttiva, il giurista siciliano accomunava un po' tutta la letteratura giuspubblicistica del secolo, e di tutti i principali Paesi europei, ivi compresa la Germania, che pure con la

(1) V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione ai Corsi di Diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889. Pubblicata in *Archivio giuridico*, XLII, fasc. I, Bologna, 1889, ora in V.E. Orlando, *Diritto Pubblico Generale. Scritti varii (1881-1940), coordinati in sistema*, Milano, 1940, rist. inalterata, Milano, 1954, pp. 3-22.

sua scienza giuridica stava divenendo la Nazione alla quale con maggiore interesse si rivolgevano i giuristi italiani (2).

Due gli « abusi », come Orlando diceva, che avevano inficiato il lavoro dei giuristi di diritto pubblico fino a quel momento, quello « degli esami di ordine meramente filosofico, degenerazione dell'elemento teorico nel diritto », e quello « della trattazione esegetica, degenerazione dell'elemento pratico ». In concreto, il nostro giurista pensava, da una parte alla cosiddetta 'scienza della libertà', al 'costituzionalismo dottrinario' sorto sulla scia della Rivoluzione, tutto proteso alle definizioni politico-filosofiche di 'libertà', di 'sovranità', alle discussioni sui limiti dell'obbedienza politica e sulla migliore forma di governo, dall'altra ai pedestri commenti alle Carte Costituzionali, o alla stessa attività amministrativa dello Stato, condotti seguendo passivamente l'ordine legale, e così diffusi specialmente in terra francese (3). Quale il rimedio ad una simile situazione, che impediva di delineare i contorni fondamentali di un'autonoma scienza del diritto pubblico? Questo il problema posto con decisione da Orlando ai giuristi del suo tempo.

Si ha una situazione nella quale, secondo il nostro giurista, non vi sono modelli da imitare all'interno della giuspubblicistica: è necessario dunque oltrepassare i confini delle discipline di diritto pubblico, ed individuare il *criterio* della auspicata rifondazione nel settore parallelo della scienza del diritto privato. Ai privatisti Orlando invidia essenzialmente una metodologia consolidata, costruita sulla secolare elaborazione del diritto romano. Una metodologia che conduce i giuristi di diritto privato a parlare con *sicurezza* di concetti come 'personalità giuridica', 'proprietà', 'contratto', 'obbligazione', mentre i giuspubblicisti si muovono con affanno tra altri concetti che pure dovrebbero essere altrettanto basilari per la loro scienza: 'Stato', 'sovranità', 'governo', ecc. La differenza è da ricercarsi nel fatto che mentre i giuristi di diritto pubblico considerano tali concetti materia di contendere secondo distinte e contrastanti ideologie e punti di vista valutativi, i privatisti sono ormai abituati a pensare « le varie nozioni ed i vari istituti giuridici come delle entità

(2) Ivi, p. 4 e segg. Per la critica della letteratura tedesca, cfr. p. 9.
(3) Ivi, p. 7 e segg.

reali, esistenti, viventi » (4). In definitiva, essi pensano a *la* proprietà, a *il* contratto, come a vere e proprie esistenze storicamente concrete, scientificamente conoscibili al di là, ed a partire dal multiforme e spesso disordinato mondo delle situazioni reali e dello scambio. La vera debolezza dei giuspubblicisti sta dunque nella loro incapacità d'individuare la nozione giuridica di 'Stato' al di là delle svariate forme di strutturazione del potere politico, di 'governo' al di là dei diversi modi di azione ed intervento dello stesso potere politico. È mai possibile, si domanda Orlando, « un diritto pubblico, senza che l'idea di personalità giuridica dello Stato sia così chiara, così abituale, come può essere il concetto di obbligazione per il diritto privato? » (5). In sintesi, per il nostro giurista, il rimedio contro il duplice abuso, quello esegetico e quello filosofico, sta nel considerare il diritto pubblico, « nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principii giuridici sistematicamente coordinati » (6).

Un tale *sistema* svolgerebbe essenzialmente, nella scienza di diritto pubblico, la funzione di sconfiggere quel duplice abuso che lo stesso Orlando — come abbiamo visto — poneva alla base di tutte le carenze del lavoro scientifico dei giuspubblicisti. Il *principio giuridico*, infatti, da una parte eliminerebbe i cosiddetti prologhi nel cielo della filosofia e della politica, poiché altro è discutere della 'libertà' e del suo contenuto etico-ideale, altro del diritto pubblico soggettivo e delle sue qualità come figura dogmatica, dall'altra consentirebbe ai giuristi di liberarsi dalla schiavitù della norma, operando su di essa a partire da un più alto ordine giuridico, quello appunto dei principii giuridici e della loro organica connessione in sistema. Su questo secondo aspetto insiste in modo particolare Orlando, affermando a chiare lettere — lui pubblicista, lui che pose lo Stato al centro dei suoi interessi — che la legge intesa come « dichiarazione sovrana e testuale del diritto » da parte dello Stato « non ha, per i fini scientifici, che una importanza accessoria e subordinata ». In realtà — afferma ancora Orlando —, « per il giurista, il quale non vede nella legge se non la riproduzione di un principio giuridico di cui egli deve avere già notizia e conoscenza,

(4) Ivi, p. 13.
(5) Ivi, p. 15.
(6) Ivi, p. 20.

non può essere [la legge] altrimenti tenuta in conto se non in quanto quel principio giuridico è in essa dichiarato, e in quanto dunque la legge rientra nel sistema generale del diritto. In altri termini, dunque, è la legge che suppone il sistema organico del diritto e non è già il sistema giuridico che suppone la legge » (7).

Se ho prescelto questo testo di Orlando per avviare il mio discorso sulla scienza giuridica ottocentesca — certamente un testo 'minore' in rapporto ai grandi 'classici' della riflessione giuridica del secolo scorso —, è perché penso che esso offra un sostanziale vantaggio a chi voglia ripercorrere i tortuosi sentieri sui quali hanno camminato i giuristi, non solo italiani, del secolo decimonono. Intendo dire che le pagine di Orlando sono con una certa sicurezza generalizzabili, riferibili a vasti strati della scienza giuridica del tempo. Siamo di fronte ad un giovane giurista il quale intende certamente aprire nuove vie, ma che non per questo si veste dei panni del rifondatore *ex novo*: basta seguire — egli dice — la via della *scienza*, di una scienza che è già viva ed operante, la scienza del diritto privato fondata sulla tradizione romanistica. Orlando, in altre parole, cerca di far leva, di fronte ai giuristi bisognosi di certezze, sul fascino della tradizione, di un modello di pensiero consolidato, qui identificato *tout court* con la scienza.

Questo è il primo dato da porre alla base della nostra analisi. La vecchia scienza del diritto comune — poiché di questo si tratta —, diversi decenni dopo l'emanazione dei Codici nei principali Paesi europei, è ancora la scienza, o quanto meno è ancora riproponibile come il modello per eccellenza. Si tratta naturalmente di una scienza che ha saputo ampiamente rinnovarsi, e che da ultimo ha vissuto in Germania la grande stagione della Scuola Storica. È a questa che Orlando guarda — come molti altri giuristi italiani del suo tempo —, poiché qui è per lui la radice della metodologia giuridica moderna. Una sola citazione diretta in tutta la prolusione orlandiana del 1889,

---

(7) Ivi, p. 16. Per questa prevalenza in Orlando del « sistema organico del diritto » sulla legge dello Stato, e sul legame che a questo proposito è possibile stabilire tra « realismo » e « formalismo » nell'opera del giurista siciliano, rinvio al mio lavoro *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, *passim*, ora compreso in questo volume, con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, pp. 67 e ss.

ed è di un notissimo passo, di recente tornato all'attenzione degli studiosi, del *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, dello scritto di Federico Carlo di Savigny del 1814, pubblicato nel fuoco della polemica sui Codici in Germania. Savigny esalta — ed Orlando lo segue su questa via — la metodologia dei giuristi romani. Egli dice a questo proposito: « I concetti e le massime della loro scienza [dei giuristi romani] appaiono a loro non come prodotti del loro arbitrio, sono enti reali, il cui esistere e la cui genealogia sono divenuti a loro noti attraverso una lunga, intima frequentazione. Perciò il loro intero procedimento ha una sicurezza, che non si trova se non nella matematica, e si può dire senza nessuna esagerazione che essi calcolano con i loro concetti » (8). Orlando, dunque, nel proporre ai giuristi italiani il modello di scienza, non si preoccupa solo di esaltare le cosiddette capacità costruttive della scienza giuridica, di mettere in rilievo i necessari procedimenti di astrazione e di deduzione di un concetto dall'altro. Richiamando Savigny, e tramite questi la giurisprudenza romana, o meglio la tradizione romanistica, egli intende invece contrapporre nettamente all'*arbitrio*, sia esso del giurista-filosofo o del giurista esegeta che subisce la casualità storica della norma, la *sicurezza* di un procedimento scientifico che mira a cogliere l'*essenza* degli istituti giuridici, intesi, non come arbitrarie creazioni della scienza giuridica, o come mere generalizzazioni della normativa vigente, ma come veri e propri pezzi di esperienza giuridica, come 'enti reali', così come Savigny e

---

(8) F.C. Von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, in: *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrsg. und eingeleitet von J. Stern, Berlin, 1914, rist. Darmstadt, 1959, p. 88: « Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist. Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sonst ausser der Mathematik nicht findet und man kann ohne Übertreibung sagen, dass sie mit ihren Begriffen rechnen ». La frase di Savigny è riportata da Orlando nella sua prolusione a p. 13. Sul « calcolo dei concetti » in Savigny ha richiamato l'attenzione di recente M. Bretone, *Il « Beruf » e la ricerca del « tempo classico »*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, pp. 189-216, in particolare p. 209 e segg. (il volume raccoglie gli Atti del « Seminario Internazionale su Federico Carlo di Savigny », tenutosi in Firenze, 27-28 ottobre 1980, per cura del « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno »).

lo stesso Orlando affermano. Al sistema che muovendo da determinati assiomi fondamentali ricostruisce tutto il diritto badando al solo valore della coerenza logica interna, si contrappone qui il sistema come 'organismo' vivente, come connessione organica di istituti giuridici storicamente fondata. La *sicurezza* della quale parlano Savigny ed Orlando non è quella della pura logica formale, non attiene tanto ai procedimenti costruttivi, quanto alla *sostanza* del diritto stesso: nessun giurista può essere più 'sicuro' di quello che è capace di porre il diritto fuori di sé, di studiarlo nella sua assoluta oggettività storica (9).

Gli istituti giuridici come 'enti reali', il sistema come *scoperta* scientifica di un ordine insito nella concreta realtà storica dell'esperienza giuridica. Come vediamo, la semplice lettura di una fonte come quella orlandiana della fine del secolo ci ha condotti subito ad affrontare i temi di fondo, relativi alle consapevolezze della scienza giuridica del diciannovesimo secolo. L'obbiettivo che perseguo con questa mia ricerca è appunto quello di ripercorrere le vicende di queste nozioni, di questa vera e propria entificazione degli istituti giuridici, di *questa* idea di sistema. E prenderò le mosse da un testo che la storiografia ha ormai collocato decisamente all'origine di molti degli sviluppi della scienza giuridica della seconda metà del secolo: si tratta del primo volume del *Sistema del diritto romano attuale* di Federico Carlo di Savigny, del 1840 (10). Con due precisazioni che ritengo assolutamente necessarie: in primo luogo, va detto con chiarezza che prescindo qui del tutto dai noti problemi di collocazione del *System* nel complesso dell'opera di Savigny, cercando

---

(9) Contributi decisivi per la comprensione della « logica sostanzialista » della scienza giuridica europea in R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, pp. 249-250, e 396 e segg. Per la possibile contrapposizione del sistema come « organismo » al sistema come pura « piramide » concettuale, cfr. K. Larenz, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 20 e segg. (trad. ital. da K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960). Per una storia semantica del termine « sistema », con alcune verifiche nelle costruzioni della scienza giuridica europea, cfr. M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, *Dalle origini alla Scuola Storica*, Torino, 1968, passim.

(10) F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, erster Band, Berlin, 1840, 2. Neudruck Aalen, 1981; traduzione italiana di V. Scialoja, con il titolo *Sistema del diritto romano attuale*, v. I, Torino, 1886.

invece di enucleare per via puramente analitica alcune nozioni ritenute fondamentali dallo stesso Maestro della Scuola Storica, ma spesso disperse e disciolte nella fitta trama argomentativa della sua opera (11); secondariamente, è da precisare che guardo al *System* per la funzione che esso ha svolto nella scienza giuridica della seconda metà del secolo, dunque ai legami tra *questo* Savigny e le successive elaborazioni della Pandettistica, tra *questo* Savigny e la grande fioritura giuspubblicistica di fine secolo. Si può dire, in altre parole, che l'oggetto della mia ricognizione è la Scuola Storica *nella* seconda metà del secolo, cioè quel complesso di dottrine che fu largamente recepito negli ultimi decenni del secolo scorso in vari Paesi europei: in Francia, dove provocò la crisi della scuola esegetica, in Italia, dove promosse un fitto dibattito in tutti i settori della scienza giuridica, nella stessa Inghilterra, nei due filoni della giurisprudenza analitica e della giurisprudenza storica (12). In tal modo, guardo a questo Savigny, non con occhio, per così dire, specialistico-germanistico, ma al fine di chiarire certi presupposti fondamentali di un discorso che è destinato a farsi europeo, a trascendere ampiamente i confini nazionali nei quali era nato in circostanze del tutto particolari.

Torniamo ora a Savigny ed al primo volume del suo *System*. Sul senso fondamentale della operazione qui condotta dal Maestro della Scuola Storica molto è stato scritto, ma spesso dimenticando ciò che lo stesso Savigny ha esplicitamente detto delle finalità della sua opera, proprio nella Prefazione al primo volume. Qui Savigny si preoccupa prima di tutto di svincolare il suo discorso da una certa

---

(11) Ho cercato di delineare un certo itinerario di Savigny dal *Beruf* al *System*, con particolare riguardo alla collocazione della legge dello Stato nel sistema di diritto, nel mio intervento dedicato a *Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, pp. 319-338, ora in questo volume, pp. 3 e ss.

(12) La diffusione della scienza giuridica tedesca in tutta Europa nella seconda metà dell'Ottocento deve ancora essere indagata a fondo dagli storici del pensiero giuridico moderno. I primi contributi in questa direzione, spesso dispersi in trattazioni più generali, come pure le iniziative di ricerca tuttora in corso, non possono essere ricordati in questa sede. Un utile punto di partenza è ancora costituito dai vecchi saggi, raccolti in unico volume, di ANDREAS B. SCHWARZ: *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, hrsg. von H. Thieme und F. Wieacker, Karlsruhe, 1960, *passim*.

immagine della Scuola Storica venutasi a creare nella prima metà del secolo, soprattutto in seguito alle roventi dispute tra Romanisti e Germanisti; di una Scuola sostenitrice dei privilegi dei giuristi contro il diritto popolare, del diritto romano contro il diritto germanico nazionale, del diritto storico tramandato contro la capacità del presente di costruirsi in libertà un diritto proprio conforme alle proprie esigenze. Una volta spogliato di questi accenti polemici, il discorso di Savigny si mostra così per intero nella sua essenza ultima: il diritto romano attuale come diritto comune della Germania, come via specifica di costruzione di un diritto nazionale, in alternativa a quella della codificazione così traumaticamente perseguita nella vicina Francia. Proprio per questo, il Maestro della Scuola Storica, affidando alla scienza giuridica, che detiene il monopolio di conoscenza del diritto romano attuale, un compito così intensamente pratico, si preoccupa in primo luogo di precisare che il suo sforzo ricostruttivo, condotto a livello di teoria giuridica, è in realtà rivolto anche, e per certi versi soprattutto, ai pratici del diritto. Ad essi Savigny vuole fornire molto di più che una raccolta sistematica delle fonti giuridiche; vuole soprattutto offrire i criteri generali, i punti di vista fondamentali dai quali guardare a questo complesso sterminato di fonti vecchie e nuove (13). In particolare, proprio il primo volume del *System* può definirsi senza mezzi termini opera di teoria generale del diritto privato, nella quale Savigny intende enucleare alcune nozioni fondamentali: istituto e rapporto giuridico, Stato e popolo, legislazione e consuetudine, regole in materia d'interpretazione.

Manca qui il tempo necessario per valutare tali nozioni analiticamente. Mi sembra tuttavia che tutto lo sforzo costruttivo di Savigny si fondi su due idee-guida, che assumono particolare rilevanza: quella di 'istituto giuridico', e quella di 'diritto positivo'. Su queste soffermeremo la nostra attenzione.

Del concetto di 'istituto giuridico' in Savigny, molto spesso si è detto che mancherebbe di chiarezza, e che nello stesso *System*

---

(13) F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., p. 6 e segg. sulla ridefinizione dei compiti della Scuola Storica; p. 13 e segg. sul rapporto teoria-prassi giuridica, e sulle finalità « pratiche » del *System*.

non sarebbe possibile reperire una definizione precisa del suo contenuto (14).

A mio avviso, la storiografia ha qui il torto di non aver capito che l'istituto giuridico è in Savigny, direi, *strutturalmente ambiguo*, proprio in virtù del posto che occupa e della funzione che svolge nell'intero sistema giuridico.

Nello schema delineato da Savigny, l'istituto giuridico è chiamato a *dominare*, sia la regola di diritto, contenuta o meno in un atto legislativo, in una parola il mondo delle norme, sia il rapporto giuridico, la materia da regolare. È un 'tipo' generale per sua natura ambiguo, in quanto volta per volta diretto a qualificare le norme o i rapporti, costituito esso medesimo, nello stesso tempo, di regole e di materia da regolare. In realtà, non si riesce a conseguire una sufficiente comprensione di questa strana creatura, se non passando dal momento statico a quello dinamico, dalla definizione dell'istituto all'analisi della funzione che esso svolge nell'intero sistema, ed in particolare nel momento che a Savigny in definitiva interessa, quello della concreta applicazione della norma. Sotto questo profilo, l'istituto giuridico svolge il compito essenziale di porre in collegamento la regola con il rapporto da regolare. È un tramite necessario, dal quale nello schema di Savigny non si può non passare. La fondamentale operazione giuridica, che consiste nel regolare il rapporto, è per il nostro giurista possibile infatti solo percependo nel rapporto medesimo la presenza specifica di un sovrastante istituto giuridico, che a sua volta ha di nuovo una specifica manifestazione in una regola, nel mondo delle norme. All'individuazione della regola giusta, della norma adatta a risolvere la conflittualità presente in quel dato rapporto, si può giungere solo passando attraverso la chiara consapevolezza della sovrastante esistenza di un istituto giuridico,

---

(14) Così, ad esempio, W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, pp. 48-72 (trad. it. di W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im. 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958), con vari accenni alle « indeterminatezze » del ragionamento di Savigny. A Wilhelm deve tuttavia essere riconosciuto il merito di aver per primo sottolineato la rilevanza dell'istituto giuridico di Savigny anche per gli sviluppi successivi della scienza giuridica tedesca. Dello stesso Autore, sempre in tema di 'istituto giuridico' in Savigny, cfr. anche *Savigny Überpositive Systematik*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hrsg. von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main, 1969, pp. 123-137.

delineato e conosciuto dalla scienza nei suoi fondamentali contorni. In una parola, è la teoria che si fa prassi, che intende scientificizzare l'intero campo operativo dell'esperienza giuridica (15). Ma non solo questo. La straordinaria forza che Savigny attribuisce all'istituto giuridico ha motivazioni più generali. L'istituto è per il nostro giurista la pietra basilare del diritto medesimo, che Savigny chiama *diritto positivo*; si può anzi dire che il diritto positivo è fatto, costituito di istituti giuridici. È opportuno a questo proposito ricordare una celebre pagina di Savigny, nella quale si definisce appunto il concetto di 'diritto positivo': « Alcuno potrebbe credere avere il diritto un'origine affatto diversa secondo l'influenza del caso, o dell'arbitrio umano, della riflessione, e della scienza. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubitato, che, dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile d'inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale, per la quale esso in ogni circostanza, in cui può essere richiesto, si trova precostituito ed ha già una reale esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo* » (16).

---

(15) Per una maggiore chiarificazione del senso fondamentale di questo itinerario obbligato rapporto giuridico-istituto giuridico-regola giuridica, rinvio ancora al mio lavoro *Savigny e la scienza di diritto pubblico del dicannovesimo secolo*, cit. Sarà qui sufficiente ricordare alcuni brani del primo volume del *System*, dove Savigny afferma che « la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nella intuizione dell'istituto giuridico »; ed ancora: « Se noi dunque non ci fermiamo all'immediata apparenza, ma ci addentriamo nell'essenza della cosa, riconosceremo che realmente ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato nello stesso modo che il singolo giudizio dalla regola generale di diritto »: F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, vol. I, p. 38 (*System* cit., 1.9).

(16) F.C. VON SAVIGNY, *Sistema* cit., vol. I, p. 42. Data la grande rilevanza del brano riportato nel testo, merita riprodurlo per intero nella lingua originale: « Hierüber könnte man annehmen wollen, das Recht habe eine ganz verschiedene Entstehung, je nach dem Einfluss des Zufalls, oder auch menschlicher Willkühr, Überlegung und Weisheit. Allein dieser Annahme widerspricht die unzweifelhafte Thatsache, dass überall, wo ein Rechtsverhältniss zur Frage und zum Bewusstseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist. In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Daseyn hat, nennen wir es *positives Recht* »: F.C. VON SAVIGNY, *System* cit., erster Bd., pp. 13-14.

La 'reale esistenza': torniamo così alla problematica di partenza degli istituti giuridici come 'enti reali'. La prima caratteristica del diritto positivo è appunto quella di *preesistere* al rapporto giuridico da regolare. Il diritto positivo non è costituito da norme, se per norma s'intende un'ipotesi regolativa pensata in funzione di un bisogno da soddisfare, frutto di una scelta o comunque di una decisione: il diritto positivo non è mai programma, risposta ad un bisogno sociale. Esso è piuttosto il diritto che diviene nel tessuto profondo di vita della collettività, e che la scienza intuisce prima, e conosce poi compiutamente, in forma d'istituto giuridico. Proprio per questo la norma preesiste al rapporto: se il rapporto si è verificato non può non esservi la norma, in quanto questa non deve attendere alcun legislatore che la pensi in funzione del rapporto medesimo, ma esiste già quale espressione specifica di quel medesimo diritto positivo che ha dato origine anche al rapporto giuridico da regolare. In sintesi, norma e materia da regolare, regole giuridiche e realtà sociale, camminano per Savigny necessariamente assieme, si evolvono con gli stessi ritmi di crescita. Il diritto positivo di Savigny, inteso quale sistema organico d'istituti giuridici radicato nella storia di una data collettività, è appunto il cemento che tiene uniti questi due aspetti — la 'norma' e la 'società', in una parola —, quasi la 'costituzione materiale' dalla quale derivano simultaneamente i comportamenti da regolare e le norme regolative, con necessaria ed assoluta sincronia.

Questo diritto positivo è al centro di tutto il sistema savignyano. Consuetudine, cosiddetto diritto scientifico, e la stessa legislazione, non sono altro che manifestazioni di un diritto preesistente, forme specifiche di 'apparizione' del diritto positivo (17). Tutto rinvia dunque a questa nozione ultima, ed a quella connessa d'istituto giuridico. Proprio per questo Savigny si è preoccupato di definire

---

È appunto con una simile concezione del *positives Recht* che dovrà fare i conti — come vedremo — la scienza giuridica della seconda metà del secolo.

(17) Ed infatti per Savigny, il *Gewohnheitsrecht* (*System*, pp. 34-38), la *Gesetzgebung* (ivi, pp. 3845), ed il *wissenschaftliches Recht* (ivi, pp. 45-50), non rappresentano diverse 'specie' di diritto, ma solo differenziate manifestazioni di un medesimo ed unico *positives Recht*.

l'essenza di tale diritto positivo, il momento fondamentale attorno al quale si riannodano i vari istituti giuridici.

Si tratta in primo luogo di un diritto che « ha un'esistenza per sé stante », che ha in sé la propria causa e la propria giustificazione. Esso assolve ad una funzione fondamentale che è quella di definire e di circoscrivere il campo di libera esplicazione delle potestà individuali. È dunque attorno all'individuo ed alla sua capacità giuridica che si va costruendo il diritto positivo come limite alla estensione di tale capacità, quale necessaria e naturale struttura di fondo delle relazioni tra gli individui. E tutti gli istituti giuridici, dalla proprietà al negozio, presuppongono questo individuo razionalmente agente nel quadro di una serie di possibilità rigorosamente definite (18).

Questo della definizione dei limiti è l'unico scopo possibile del diritto. E Savigny nega esplicitamente che con lo strumento giuridico si possano perseguire altri scopi autonomamente intesi, ad esempio quello 'economico', o quello del 'pubblico bene' (19). Ma c'è di più. Ad un diritto così inteso ed orientato devono essere ricondotte le regole giuridiche effettivamente vigenti. È per questa via che Savigny distingue le regole derivate « dal puro diritto », cioè — come abbiamo visto — dal diritto positivo che preesiste sia alla norma sia al rapporto, che è giustificato in sé dall'essere ordine

---

(18) Il diritto ha appunto « una esistenza per sé stante » (*Sistema*, p. 336; *System*, p. 332: « Sein [del diritto] Daseyn ist ein selbstständiges »), in quanto la sua 'essenza' non deriva da scelte contingenti ma dalla sua qualità di struttura necessaria e 'naturale' dei rapporti intersoggettivi. Afferma Savigny: « Che pertanto esseri liberi convivano in reciproci rapporti, aiutandosi gli uni con gli altri, senza essere reciprocamente di impaccio nel loro sviluppo, è possibile solamente mediante il riconoscimento di una invisibile linea di confine, entro la quale la esistenza e la attività di ciascuno possa godere di uno spazio libero e sicuro. La regola, che fissa quel confine e determina questo spazio libero, è il diritto » (*Sistema*, p. 335; *System*, pp. 331-332). Da notare, anche se solo di sfuggita, come a questa concezione del diritto di Savigny si riannodi il problema del suo kantismo, più volte sottolineato dalla storiografia più recente: valga per tutti un semplice rinvio ai numerosi saggi sul tema di Hans Kiefner, ed alle convinzioni espresse da P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini* cit., pp. 69-111, spec. pp. 96-99, con letteratura ivi citata. Perplesso sulla attendibilità di un parallelo Kant-Savigny appare invece M. Brutti, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, ivi, pp. 265-300, spec. p. 271 e segg.

(19) F.C. von Savigny, *Sistema* cit., p. 75 (*System* cit., p. 54).

razionale di vita della collettività, e che qui Savigny addirittura chiama « diritto regolare », dalle regole che hanno la loro origine al di fuori del campo giuridico, « nella *utilitas* o nella *necessitas*, in cose diverse dal diritto » (20).

Quest'ultimo è un diritto che vive ai confini dell'extragiuridico, e che il nostro giurista chiama infatti diritto « anomalo ». Esso si riferisce « ad una determinata classe di persone » ed ha il suo scopo « in conseguenza dell'estranea *utilitas* che s'introduce nel diritto di recare vantaggio o svantaggio a questa classe » (21). Ma il rapporto tra diritto regolare e diritto anomalo non è per Savigny tanto un rapporto tra comune e particolare, tra generale ed eccezionale, quanto un rapporto tra *due specie di diritto*, la prima diritto in senso forte perché espressione del diritto positivo preesistente, la seconda diritto in senso debole perché generata da cause e motivazioni extragiuridiche. Il diritto anomalo è infatti per Savigny « diritto meramente positivo », che vive unicamente per la volontà e l'autorità di un dato legislatore, che trova senso solo rispetto alla sua idoneità a intervenire su una certa situazione sociale (22). In questa distinzione tra *diritto positivo* come sistema d'istituti giuridici e di regole ad essi direttamente conseguenti, e *diritto meramente positivo*, cioè diritto vigente solo per via autoritativa, per volontà del legislatore, sta forse il punto centrale di tutta la costruzione di Savigny. Vorrei dire il senso ultimo del suo progetto, del progetto che egli affida alla scienza giuridica. Su tale distinzione la scienza può orientare tutta la

---

(20) Ivi, p 83: « Questi elementi estranei penetrando nel diritto ne alterano la purezza dei principii e vanno perciò *contra rationem juris*. Io li chiamo quindi anomali. I Romani li chiamano *jus singulare* e ne pongono a fondamento l'*utilitas* o la *necessitas*, cose differenti dal diritto. Il diritto derivato da puri principii giuridici io lo chiamo *regolare*; i Romani ordinariamente non gli danno alcun nome, tuttavia si trova talora designato col nome di *jus commune* » (*System* cit., pp. 61-62: Savigny adopera i termini « anomalische » e « regelmässige »).

(21) *Sistema* cit., p. 86 (*System*, cit., p. 64).

(22) *Sistema* cit., p. 84: « Se cerchiamo di svolgere più completamente il carattere di questo *jus singulare*, esso ci appare anzitutto come di natura meramente positiva, sicché il più delle volte può riferirsi alla volontà di un determinato legislatore » (*System* cit., pp. 62-63: « rein positiv »). Questa « mera positività » è evidentemente quella della pura vigenza per volontà autoritativamente espressa dal legislatore, « *auctoritate constituentium* », come lo stesso Savigny chiarisce in nota alle pagine citate, riprendendo la formulazione direttamente dalle fonti romane.

sua elaborazione teorica e pratica. Una volta che si sia fissato il sistema d'istituti giuridici, una volta che si siano scoperti i caratteri fondamentali del diritto positivo, compito principale del giurista è ricondurre le regole via via prodotte dal legislatore in questo sistema, 'scoprire', anche in questo caso, la loro natura di specifiche manifestazioni dei preesistenti principii giuridici. Afferma Savigny a questo proposito: « Tuttavia deve alla mente del legislatore essere presente la più completa idea dell'organico istituto giuridico, se si vuole che la legge risponda al suo scopo, ed egli deve con processo artificiale dedurre da questa idea completa il precetto astratto della legge: e del pari colui che deve applicare la legge, deve, con una operazione inversa, ricomporre l'insieme organico di cui la legge non presenta che un singolo aspetto » (23). In questo modo, lo *jus novum* non fa altro che accrescere il vecchio diritto positivo, è suo sviluppo graduale ed unilineare; la nuova produzione legislativa è pura e semplice specificazione di qualcosa che già storicamente esiste. Con un limite, che è quello della distinzione tra diritto regolare e diritto anomalo. Vi sono dei casi — il diritto anomalo, appunto —, nei quali il legislatore non si preoccupa — come Savigny dice — di espandere il dominio del diritto sui rapporti giuridici, ma smarrisce il senso del proprio operare, e comincia ad emanare leggi sulla sola spinta di determinati bisogni sociali, cedendo alle esigenze del momento (24). In questo stesso istante, il diritto diviene puro stru-

---

(23) *Sistema* cit., p. 67 (*System* cit., p. 44).

(24) Non a caso, per Savigny, la scienza giuridica ha il compito « di presentare la regola astratta della legge nella sua viva correlazione con l'istituto giuridico, la cui idea senza dubbio ha dato origine anche alla legge, ma in questa non è direttamente visibile. Così il lavoro scientifico facilita ed assicura alla legge l'impero sopra i rapporti della vita pratica » (*Sistema* cit., p. 71; *System* cit., p. 48). Vi è qui la convinzione profonda, che la legge dello Stato possa dominare la complessità dei rapporti della 'vita pratica' solo se è originariamente ispirata, e poi effettivamente applicata, sempre tenendo presente la totalità dell'istituto giuridico, cioè solo se essa medesima è riconducibile ai caratteri fondamentali di un sovrastante istituto giuridico, che a sua volta vale come visione ordinativa di sintesi degli stessi rapporti giuridici. Le leggi dello Stato non conformi a tale scherna di fondo sono evidentemente le leggi 'speciali' afferenti allo *jus singulare*, emanate unicamente sulla spinta di contingenti bisogni del momento, 'mero diritto positivo' svincolato dalla globalità del *positives Recht*. Di fronte a questo secondo tipo di leggi l'atteggiamento dell'interprete deve mutare radicalmente. Sostiene Savigny nel paragrafo del primo volume del *System* dedicato al 'Motivo della legge' (ed inserito nel

mento di governo, perde la propria natura storica, e, come diritto anomalo, tende a minacciare la purezza dei principii giuridici, ad introdurre elementi di natura extragiuridica nelle valutazioni dei giuristi.

Questo attacco deve per Savigny essere respinto: del diritto nuovo, emanato dal legislatore, si può accettare solo quello che la scienza può piegare alle esigenze del sistema, mentre si deve respingere accuratamente, confinare nella categoria del 'diritto anomalo', quel diritto che appare frutto di scelte contingenti, puro strumento d'intervento sulla società.

Nasce così, con il *System* di Savigny, una vera e propria strategia che informerà di sé gran parte della scienza giuridica della seconda metà del secolo. L'idea fondamentale è quella di dominare la temuta invadenza, e la tendenziale irrazionalità del potere politico: lo strumento di attacco, ma anche di difesa, è quello del diritto positivo quale sistema di istituti giuridici, scoperto dalla scienza giuridica, e che diviene metro di giudizio dell'intera attività del legislatore. Si può dire anzi che la scienza giuridica ottocentesca abbia legato per intero le sue sorti a questa fondamentale idea di Savigny, abbia cioè avuto la consapevolezza di sé come scienza fino a quando si è sentita capace di ritrovare nelle pieghe della mutevole esperienza giuridica, e soprattutto nelle norme emanate dal legislatore, destinate ad accrescere enormemente la propria rilevanza nella seconda metà del secolo, i segni tangibili, la puntuale riconferma di quell'ordine giuridico in sé fondato, storicamente radicato quale ordine necessario di una data

---

capitolo che esamina la 'Interpretazione delle leggi') che è necessario distinguere nettamente le leggi che contengono 'diritto normale' da quelle che contengono 'diritto anomalo', ed afferma: « Nel diritto normale (*Jus commune*) sarà per lo più prevalente la relazione colle regole di diritto già esistenti, le quali qui devono essere portate a più completo svolgimento; lo scopo è semplicemente quello generale, che il diritto venga riconosciuto in modo più preciso e applicato più sicuramente. Nel diritto anomalo (*Jus singulare*) è al contrario prevalente il riguardo a ciò che dovrà conseguirsi nel futuro... » (*Sistema* cit. p. 225; *System* cit., pp. 217-218). Dunque, solo le leggi che esprimono contenuti di 'diritto normale' possono essere inserite nel sistema, far parte integrante del *positives Recht*; le leggi a prevalente contenuto di 'diritto anomalo' sono invece proiettate nel 'futuro', non si inseriscono nel cuore del diritto, nel sistema di istituti giuridici, ma vivono della logica effimera di una disposizione rivolta a fini 'speciali'.

collettività, che Savigny chiamava diritto positivo. E conseguentemente è possibile affermare che la scienza giuridica è entrata in crisi quando il processo di decisionalità politica non è apparso più riducibile in forme giuridiche, quando il 'diritto anomalo' di Savigny, lo Stato-provvedimento, lo Stato-amministrazione, e dunque la dinamica bisogni sociali-risposte del potere politico in termini di normazione, sono cresciuti ad un punto tale da non poter più essere racchiusi nelle categorie della 'eccezione', della 'deviazione' dall'ordine giuridico, e richiedevano invece nuove sistemazioni teoriche che la scienza giuridica non era più in grado di fornire.

2. Tutta la cultura giuridica della seconda metà del secolo — e si tratta, com'è noto, di un panorama assai variegato e multiforme — può essere studiata sotto questo profilo della crisi del progetto savignyano, della corrosione di quell'unitario diritto positivo storicamente fondato sul quale si erano andate costruendo le fortune della scienza giuridica ottocentesca.

Proprio per questo l'analisi del rapporto tra Savigny e la civilistica della seconda metà del secolo — in particolare la pandettistica —, tra Savigny ed il rinnovamento della scienza di diritto pubblico, dei relativi momenti di frattura e di continuità, è di grande interesse per lo storico del pensiero giuridico ottocentesco, che può per questa via cercare di comprendere quanto i giuristi della fine del secolo abbiano assunto consapevolmente nelle loro elaborazioni il dato della crisi, rimettendo in discussione la struttura fondamentale della loro riflessione scientifica, o quanto invece essi abbiano piuttosto cercato — come io credo — di trasformare alcuni elementi dell'eredità savignyana, al fine ultimo di salvare però l'essenziale: l'idea stessa — poiché questo mi sembra l'essenziale — di una scienza che scopre la natura oggettiva del diritto, la sua essenza nella società, al di là delle mutevoli forme dei rapporti e delle regole di diritto.

Su questa linea mi sembra che si muova ad esempio la pandettistica nel suo complesso, quella scienza del diritto privato, che, com'è noto, preparò l'avvento del Codice in Germania, diffondendosi un po' in tutta Europa, e contribuendo tra l'altro ad una generalizzata crisi del metodo esegetico nato sulla scia del Codice

Napoleone del 1804 (25). I pandettisti promossero certamente un progressivo rivvicinamento dei giuristi tedeschi alla legislazione come fonte di diritto; e non poteva essere altrimenti in un Paese che muoveva a grandi passi verso la codificazione, e dove si andava comunque facendo crescente ricorso allo strumento legislativo. E tuttavia assai raramente questo riavvicinamento alla legge si traduce in ossequio della legge; e sullo sfondo continua a stagliarsi la figura di Savigny, a rimanere irrinunziabile la concezione di scienza da lui formulata (26).

Uno dei più noti pandettisti, il berlinese Arrigo Dernburg,

---

(25) Mancano, sulla pandettistica, sia ricostruzioni di assieme, sia accurati profili di singoli giuristi; per questi ultimi, si deve ancora muovere da R. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, pt. II, München-Berlin, 1910 (rist. 1957). Tra i più riusciti tentativi d'interpretazione complessiva del significato del lavoro teorico dei pandettisti, si può qui ricordare: H. COING, *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Main, 1962; ID., *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1967, pp. 88 e segg.; ID., *Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte*, in *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für F. Böhm zum 80. Geburstag*, hrsg. von H. Sauermann und E.J. Mestmäcker, 1975, pp. 101-117; ID., *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in *Jus Commune*, VIII, 1979, pp. 9-23; K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica* cit., pp. 19 e segg.; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, p. 433 e segg. (trad. it. da P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, 1958); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 204 e segg.; ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978 (raccolta di saggi del medesimo autore); G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), Firenze, 1977, vol. I, pp. 29-72; A.B. SCHWARZ, *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, cit.; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974; ID., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980, vol. II, p. 123 e segg. (trad. it. da F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967); W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, cit., *passim*. Infine, come ultima acquisizione, è da ricordare A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, 1981, pp. 592-608.

(26) Per lo sviluppo della legislazione in materia civilistica, cfr. J.W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrecht in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz*, 3 voll. , Berlin, 1910-30-35 (Neudruck, Frankfurt am Main, 1967), vol. II/Zweiter Halbband, p. 192 e segg. per la codificazione civilistica in Germania. Anche F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. II, dedica un capitolo della sua analisi al passaggio 'Dal positivismo scientifico al positivismo legislativo' (p. 163 e segg.).

l'opera del quale ebbe grande successo anche fuori di Germania, afferma a chiare lettere nella Parte Generale delle sue Pandette che scopo della scuola romanistica della seconda metà del secolo è quello di liberarsi « dalla unilateralità della scuola storica, senza abbandonare il giusto nucleo delle dottrine di questa » (27). L'unilateralità consiste evidentemente nella rigida contrapposizione del diritto storicamente tramandato al diritto del legislatore, nella negazione di ogni attività creativa di nuovo diritto da parte del legislatore medesimo; il 'giusto nucleo' da salvare è invece quello che consente di pensare al diritto civile quale struttura fondamentale dell'esperienza giuridica, conoscibile nella sua oggettività dalla riflessione della scienza giuridica, e da questa utilizzabile quale strumento di giudizio dell'intera legislazione (28). Ma tutta la produzione dei pandettisti vive — si può dire — in questa tensione tra la necessità di dare maggiore spazio alla creazione di diritto da parte del legislatore, e l'opposta esigenza di mantenere l'indispensabile distacco dalla norma di legge, di conservare al centro della riflessione giuridica quel diritto positivo storico, che Savigny con tanta lucidità aveva definito nel suo *System*.

Di simili tensioni è percorsa tutta l'opera dei pandettisti: così si critica la Scuola Storica, ma si vuol salvare il 'giusto nucleo' dei suoi

---

(27) A. DERNBURG, *Pandette*, vol. I, Parte I, *Parte generale*, Torino, 1906, p. 40 (Trad. it. parziale da H. DERNBURG, *Pandekten*, Erster Band, *Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin, 1896). Su Dernburg, cfr. R. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., III, pt. II, *Text*, pp. 931-936, *Noten*, pp. 389-390.

(28) Su queste articolazioni diritto legislativo-diritto storico, e sul passaggio, all'interno della stessa opera di Savigny, da un rapporto di rigida contrapposizione al tentativo di fare del secondo il criterio di comprensione scientifica del primo, rinvio al mio lavoro *Savigny e la scienza diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, cit. Anche nel volume di Dernburg sopra citato è evidente il tentativo di rivalutare, rispetto alle più intransigenti prese di posizione della Scuola Storica, la funzione del legislatore, mai però abbandonando l'idea fondamentale del diritto civile come struttura costante della vita collettiva, come 'diritto positivo' nel senso di Savigny: in questa direzione il complesso rapporto tra legislazione e consuetudine individuato da Dernburg (pp. 57-58 e 65-66); la sua definizione di 'istituto giuridico': « Istituti giuridici sono istituzioni della società civile giuridicamente regolate per es. la proprietà, la patria potestà, la tutela » (p. 105); ed infine lo schema del 'diritto anomalo' ripreso da Savigny, secondo Demburg diritto privo di « fondamento razionale », destinato a vivere al di fuori del sistema come « rudimento del passato », e quindi a perire (p. 84).

insegnamenti, si riconosce, ed anche si propugna, un più ampio ruolo della legislazione, ma lo si teme, e si contrappone ai puri esegeti del Codice il ruolo attivo della scienza giuridica proposto dalla stessa Scuola Storica. E si tratta comunque di tensioni che non rimangono del tutto irrisolte, ma che trovano anche una soluzione di sintesi, per lo meno nell'opera dei pandettisti più intelligenti, come Ludwig Arndts, o Bernhard Windscheid (29). La soluzione è ricercata — è questa la nostra ipotesi di fondo — nel quadro concettuale del *System* di Savigny. Questi giuristi, come già Savigny nel 1840, si rendono pienamente conto di non poter più dominare una realtà che va facendosi sempre più complessa, secondo ritmi continuamente crescenti, con il tradizionale strumento dell'intelligenza giuridica applicata direttamente alle fonti del diritto storico, ed accettano dunque progressivamente — e sempre più rispetto a Savigny — il diritto nuovo legittimato dal crisma dell'autorita legislativa, ma solo in quanto — ecco il punto decisivo — esso sia ricollegabile alla globalità dell'evoluzione storica dell'esperienza giuridica.

Di questo inscindibile nesso tra storia e norma, tra diritto positivo savignyanamente inteso e legislazione deve farsi garante la scienza giuridica, tentò in concreto di farsi garante la pandettistica. Non altrimenti sarebbero comprensibili certe pagine degli anni Cinquanta di Karl Ludwig Arndts, il quale parla della necessità di un Codice per la Germania, ma ne parla come occasione storica da non mancare, occasione di costruire un Codice '*diverso*' da quello scaturito dall'esperienza rivoluzionaria francese, non più proteso a rompere col passato sulla base di dogmi e valori aprioristicamente fissati, ma, al contrario, orientato a raccogliere ed organizzare in forma sistematica, per l'essenziale filtro della scienza, i materiali offerti dalla storia, dal passato giuridico della Nazione (30). Sulla

---

(29) Inutile aggiungere che in una esposizione di sintesi come quella che sto tentando in queste pagine, il riferimento specifico all'opera di singoli giuristi non può avvenire che per via puramente esemplificativa. Nessuna pretesa quindi anche solo di avviare l'analisi dell'opera di pandettisti di primissimo piano come Arndts o Windscheid; e, del resto, accanto ai loro nomi, si potrebbero indicare quelli di molti altri privatisti impegnati in analoghi lavori di ricostruzione.

(30) Non mi riferisco qui tanto al pur celebre *Trattato delle Pandette* di Arndts rhe ebbe tra l'altro una rilevantissima diffusione anche in Italia, ma ad una serie di articoli degli anni Cinquanta, che appaiono di grande rilevanza per la comprensione di deter-

stessa linea, Bernhard Windscheid, forse il più grande tra i pandettisti, in una serie d'interventi compresi tra la fine degli anni Settanta e la prima metà degli anni Ottanta, dunque in un'età nella quale ormai si parlava apertamente del 'futuro Codice della Germania' si preoccupa costantemente di mantenere ben vivi i legami tra la sua opera e quella della Scuola Storica. Egli si domanda apertamente: « Siamo noi ancora giuristi-storici, giuristi della Scuola Storica? ». E la risposta è recisamente affermativa: « il solo vero metodo di conoscenza giuridica è il metodo storico ». Della Scuola Storica si devono rifiutare le opinioni estreme, quelle che vorrebbero vedere nella legge, non diritto, ma sempre e comunque arbitrio del potere politico, ma non si può non accettare l'idea di fondo, l'essenziale natura storica del diritto (31). Conciliare questa natura storica con lo

---

minati atteggiamenti della scienza giuridica tedesca all'inizio della seconda metà del secolo, in anni decisivi per la trasformazione dell'eredità della Scuola Storica nel seno delle ultime generazioni di pandettisti. Troviamo tali articoli riuniti in L. ARNDTS VON ARNSBERG, *Gesammelte civilistische Schriften*, Dritter Band, Stuttgart, 1874, in particolare i saggi *Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung* (1853), pp. 384-444; *Bedeutung des römischen Rechts nach Einführung neuer Civilgesetzbücher* (1855-56), pp. 150-154; *Ueber systematische Darstellung des Österreichischen Privatrechts* (1856), pp. 211-224; *Civilrecht im Allgemeinen* (1857), pp. 109-124; *Civilgesetzgebung im Allgemeinen* (1857), pp. 125-154. La ricerca di Arndts è probabilmente la medesima di molti altri giuristi dei suo tempo: quella di una sorta di linea 'mediana' da tracciare tra i due perniciosi estremi del positivismo legislativo che riduce tutto il diritto alla legge dello Stato da una parte, e le più rigide opzioni della Scuola Storica, quando essa nega qualsiasi attività creativa di nuovo diritto da parte del legislatore, dall'altra (cfr. spec. pp. 125-127). Così, nonostante le dure critiche a Savigny in nome della necessità storica di un Codice per la Germania (pp. 404-405), Arndts si batte decisamente contro il metodo esegetico e contro quei Codici che hanno ridotto il giurista ad « ein Diener des Gesetzwortes » (p. 154), e conclusivamente si dichiara convinto della possibilità di un Codice diverso da quelli ispirati da « ein abstraktes sogenanntes Naturrecht », pericolosamente protesi, « als ein wesentlich neues Product », a rompere con lo studio « der materiellen historischen Grundlagen der Gesetzgebung » (p. 212). Su Karl Ludwig Arndts, cfr. STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., III, parte II, *Noten*, pp 221-222, *Text*, pp. 493-495.

(31) Su Bernhard Windscheid, certamente il più celebre tra i pandettisti, cfr. R. STINTZING--E. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III, pt. II, *Text*, pp. 854-865, *Noten*, pp. 361-364; K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp 32-38; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, pp. 591-621 (e bibliografia ivi citata); *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biografische Einführung in die Rechtswissenschaft*, hrs. von G. Kleinheyer und J. Schröder, Karlsruhe-Heidelberg, 1976, pp.

Stato-volontà, « mit dem wollenden Staat », come leggiamo in una pagina di Windscheid, è il compito del presente, il compito della scienza giuridica (32).

Ciò che è necessario prima di tutto rivedere è la stessa nozione di Codice. Il Codice civile tedesco non sarà come quello francese puro atto d'imperio, segno e causa di una traumatica rottura con il passato giuridico della Nazione. Ed è ormai finito — afferma esplicitamente Windscheid — il tempo della *Isolierungsmethode*, dell'interpretazione passiva e puramente letterale del Codice. La scuola dell'esegesi sta rapidamente declinando, e proprio per merito della serrata critica della Scuola Storica. Non è insomma più possibile isolare il Codice, e spiegarlo in sé: lo si può e lo si deve accettare, lo si può e lo si deve interpretare concependolo come l'ultimo anello di un'ininterrotta catena storica (33). Ma Windscheid è uomo troppo calato nel presente per correre il rischio d'idealizzare questa 'natura storica' del Codice. Egli si rende benissimo conto che non si codifica

---

301-305. I saggi di Windscheid che abbiamo esaminato sono contenuti nel volume B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von P. Oertmann, Leipzig, 1904, in particolare *Recht und Rechtswissenschaft* (1854), pp. 3-24; ma soprattutto: *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878), pp. 66-80; *Festrede zum Gedächtnis von Savigny* (1879), pp. 81-99; *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884), pp. 100-116. Per le frasi citate nel testo, cfr. p. 70 e p. 74: ma tutti i saggi sopra citati sono percorsi continuamente dall'esigenza di riprendere gli insegnamenti della Scuola Storica adattandoli a tempi storici ormai sensibilmente mutati: in questo senso anche il rapporto con il diritto romano, per il quale cfr. il saggio *Das römische Recht in Deutschland* (1858), pp. 25-49, spec. p. 40 e segg. per il rapporto di Windscheid con Savigny. Si deve poi per lo meno accennare al fatto che Windscheid mantiene nelle sue Pandette lo schema 'diritto regolare-diritto eccezionale' costruito da Savigny nel *System* quale modo di approccio alla legislazione: cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, pt. I, Torino, 1902, pp. 82-85 (trad. it. da B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bde, 1862-1870, 8. Aufl. bearb. von T. Kipp, Düsseldorf, 1900-1901). In effetti, l'unico pandettista che sembra aver chiaramente contestato la tesi savignyana della diversa 'natura' del diritto 'normale' e del diritto 'anomalo' è A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. I, Erlangen, 1873, pp. 110-112, non a caso più deciso sostenitore della centralità del diritto emanato in via autoritativa dal legislatore (p. 92 e segg.).

(32) B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, cit., p. 102.

(33) Ivi, p. 108: la *Isolierungsmethode* è chiaramente abbinata da Windscheid ad una concezione del Codice inteso come « ein Bruch mit der Vergangenheit »: ed è inutile aggiungere che questi giuristi pensano ancora a questo proposito principalmente al Codice Napoleone del 1804.

solo per raccogliere il diritto positivo storicamente già esistente, e che anzi la molla principale che fa scattare un procedimento di legislazione così vasto come quello codificatorio è necessariamente la volontà di mutare il diritto, in una parola di creare nuovo diritto. E tuttavia, e nello stesso tempo, non può non esservi, per Windscheid, una parte, o forse un aspetto, del Codice, esclusivamente rivolto alla risistemazione del diritto storico. Proprio a questo livello, balza in primo piano la funzione determinante della scienza giuridica, il compito che essa deve assolvere di legare il nuovo al vecchio, di garantire la continuità (34). È una funzione che la scienza può svolgere solo muovendo da una completa conoscenza del diritto positivo preesistente al Codice; una conoscenza che non può essere pura esperienza, che non può essere acquisita per via puramente empirica, ma che significa in ultima analisi consapevolezza dei caratteri fondamentali di quel diritto positivo, della sua necessaria strutturazione in ordine sistematico di principii giuridici. Solo così il vecchio diritto — sulla scia di Savigny — ha la forza espansiva necessaria per innovarsi dall'interno; ma anche per costituire il fondamento storico dal quale valutare le nuove regole, al fine di ritrovare in esse l'espressione dinamica di un principio giuridico già noto.

In questa articolata e complessa presa di posizione di Windscheid di fronte alla codificazione, è dunque possibile ritrovare il segno evidente della continuità dell'insegnamento di Savigny nella seconda metà del secolo. Ne è una conferma l'atteggiamento di Windscheid di fronte alla legislazione sociale, derivato in modo evidente dalla teoria savignyana del 'diritto anomalo'. Nelle disposizioni di legge emanate in risposta di determinati bisogni sociali, spesso a difesa delle classi meno abbienti, quale principio giuridico è mai possibile rinvenire? Evidentemente — afferma Windscheid sulla scia di Savigny — bisogna ammettere che una parte della legislazione sfugga necessariamente all'esame della scienza giuridica.

---

(34) Ivi, p. 113. Afferma Windscheid: « Aber wie sehr auch der Gesetzgebung das neue zu gründende Recht am Herzen liegen mag, *es bleibt immer ein breiter Raum übrig*, auf welchem sie das bestehende Recht nicht ändern, sondern nur revidieren und in neuer Form wiedergeben will. Und hier empfängt sie, wenn nicht ausschliesslich, doch vorzugsweise aus der Hand der Rechtswissenschaft, welche sie vorfindet » (il corsivo è mio).

Da qui la nota affermazione di Windscheid — troppe volte citata a sproposito, o comunque a proposito del cosiddetto 'formalismo giuridico' —: « la legislazione si fonda in innumerevoli casi su considerazioni di carattere etico, politico, od economico, o su una combinazione di tali considerazioni, le quali, come tali, non sono cosa che riguardi i giuristi » (35). I 'giuristi' sono qui naturalmente gli scienziati del diritto, sul modello savignyano. A loro non compete l'esame della legislazione sociale, delle scelte di politica sociale. Queste devono invece essere accuratamente isolate in una sorta di appendice dell'ordinamento giuridico, che ha il suo centro vitale altrove, in quel complesso di regole che più chiaramente risultano essere manifestazione organica e 'regolare' di principii giuridici dati.

Tramite la pandettistica, la strategia savignyana diviene modo di approccio specifico al problema della legislazione in generale, e del Codice in particolare. Si tratta di una strategia che definirei di *accettazione contenuta e controllata* delle novità legislative, che consente di operare una rigida selezione all'interno dello *jus novum* tra ciò che è conciliabile con il diritto positivo esistente e con la 'costituzione materiale' data, e ciò che invece costituisce 'diritto anomalo', e dunque deve essere isolato e circoscritto. Al di là delle tante etichette di comodo adoperate dalla storiografia — 'metodo sistematico', 'storicismo giuridico', o altro —, solo la chiara percezione di un simile progetto da parte dei contemporanei può spiegare il grande successo incontrato dalla pandettistica in tutta Europa, nel

---

(35) Ivi, p. 112. Per la presenza dello schema savignyano 'diritto regolare-diritto anomalo' nell'opera di Windscheid, cfr. *supra*, nota 31. In effetti, nel brano delle *Pandette* di Windscheid ivi citato, troviamo anche accenti critici nei confronti di Savigny: in particolare a Windscheid non sembra giusto definire seccamente non-giuridico il terreno sul quale è venuto a prodursi lo *jus singulare* (B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. p. 84, nota 1). E tuttavia tale riconoscimento di 'giuridicità' rimane in Windscheid largamente inoperativo, dal momento che, posti di fronte alla legislazione sociale, i giuristi sono per lui chiamati — come abbiamo visto — a rimanere indifferenti di fronte alle motivazioni politiche sociali ed economiche sulle quali si fondano le scelte del legislatore. In realtà, al di là delle astratte definizioni di campo del 'giuridico', la presa di posizione di Windscheid dimostra quanto ancora fosse viva l'idea savignyana del 'vero' diritto quale diritto derivato dal sistema di principii giuridici: unico possibile oggetto di conoscenza da parte della scienza giuridica.

seno di un ceto dei giuristi che troppe volte si sentiva superato dal Codice, minacciato da una preponderanza del dato legislativo, che sembrava schiavizzare la scienza giuridica, mettere in discussione, non solo le sue vecchie costruzioni e le sue inveterate abitudini di lavoro, ma addirittura la sua stessa esistenza come scienza.

In una simile situazione, Savigny e la pandettistica tedesca lanciarono un'ancora di salvezza: accettare le novità, ma non subirle; spiegarle sulla base di principii giuridici dati, contenerle per questa via nel quadro di un'evoluzione storica graduale ed unilineare, senza salti bruschi, senza velleitari tentativi di cancellare d'un colpo il peso dell'evoluzione storica. La permanenza, presso i giuristi di fine secolo, di questo ideale tipicamente savignyano della necessaria continuità storica, e della connessa aspirazione a legare le regole giuridiche, le disposizioni di legge, ad una più elevata e meno precaria forma di vita del diritto, quella — ancora savignyana — del diritto positivo storico, credo possa suggerirci non poche considerazioni riguardo al dibattuto problema della pretesa 'dissoluzione' della Scuola Storica nella seconda metà del secolo.

Il fatto è che buona parte della storiografia giuridica ha lavorato fino ad oggi con discutibili etichette di comodo, che si stanno ora rivelando ad un più attento esame false e fuorvianti. È questo certamente il caso — come già abbiamo visto a proposito dell'opera della pandettistica — del c.d. 'positivismo legislativo', della presunta tendenza dei giuristi della seconda metà del secolo a ridurre tutto il diritto alla legge, in palese contraddizione con le dottrine della Scuola Storica. Abbiamo visto come una maggiore attenzione al dato legislativo, anche assunto nella forma di Codice, non abbia significato affatto abbandono di quelle dottrine, poiché il problema non è evidentemente di carattere quantitativo — *quanto* spazio la legge occupi nelle elaborazioni dei giuristi —, ma qualitativo — *come* si approda alla storicamente ineluttabile centralità del dato legislativo, ravvisando in essa o meno la realizzazione al più alto livello di un diritto positivo preesistente, il solo che renda comprensibile in termini scientifici il Codice medesimo. Ma questo del 'positivismo legislativo' non è stato l'unico strumento di deformazione dell'immagine della Scuola Storica nella seconda metà del secolo. Se si parla di 'dissoluzione' di quella Scuola, è anche a causa della valutazione che la storiografia ha dato del movimento della 'giurisprudenza

concettuale', o 'giurisprudenza costruttiva', sorto in Germania tra gli anni Quaranta e Cinquanta, per il fondamentale contributo di giuristi come Georg Friedrich Puchta, Carl Friedrich von Gerber, Rudolf von Jhering (36).

Walter Wilhelm, ad esempio, nella sua *Metodologia giuridica* nel secolo XIX, parla a questo proposito di una svolta verso il primato della logica formale, di tale portata da seppellire definitivamente iI vecchio storicismo giuridico. A questi giuristi, specialmente a partire dagli anni Cinquanta, non interesserebbe più 'scoprire' *il* diritto nella storia, e gli stessi istituti giuridici cesserebbero di essere come per Savigny 'enti reali', e si ridurrebbero invece alla dimensione di puri modelli formali, animati dal solo valore della coerenza logica interiore (37).

Non è possibile qui ripercorrere per intero le vicende della *Begriffsjurisprudenz*. Si può però tentare una rilettura critica di alcune delle più note e significative pagine di Rudolf von Jhering, tratte dal primo e dal secondo volume del suo *Geist des römischen Rechts* — rispettivamente del 1852 e del 1858 —, e dall'articolo *Unsere Aufgabe*, posto ad introduzione del primo volume del 1857 degli « Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und

---

(36) Anche per quanto riguarda la 'giurisprudenza concettuale', possiamo fornire solo alcuni accenni. In particolare, dalla presente trattazione, si è dovuta omettere completamente una parte relativa al contributo di Georg Friedrich Puchta, di particolare rilevanza per la rielaborazione del concetto di 'diritto consuetudinario'. Si possono comunque citare i seguenti testi per i riferimenti generali: K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit. p. 20 e segg.; G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, pp. 9-64; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico*, cit., p. 204 e segg.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. II, p. 47 e segg.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 75 e segg.; oltre alle due utili antologie di testi, *Begriff und Wesen des Rechts*, hrsg. von W. Maihofer, Darmstadt, 1973 (con testi di Savigny, Puchta, Windscheid, Jhering e altri); e *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, hrsg. von W. Krawietz, Darmstadt, 1976 (con prevalente attenzione al Novecento ed ai giuristi contemporanei).

(37) W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 79-94, in particolare la conclusione di p. 94: « Con ciò l'ideale scientifico della prima scuola storica, cioè quello del dare, nel sistema, un ritratto del reale legame interno del diritto, era definitivamente abbandonato. Sistematica non significò più libera creazione del 'sistema naturale' da parte della scienza, ma ancora una volta subordinazione del diritto ad un sistema concettuale logicamente precostituito. Il principio romantico della visione vivificante era sconfitto dal pensiero logico-formale ».

deutschen Privatrechts », rivista fondata da Jhering e Gerber sotto la bandiera della 'giurisprudenza costruttiva', e dunque considerato — tale articolo — come il vero e proprio manifesto programmatico di quella tendenza metodologica (38). Sui rapporti tra Savigny e Jhering si stanno ora conducendo delle specifiche ricerche, che certamente daranno ottimi risultati (39). Qui debbo però prescindere da questo aspetto, come pure dalla citazione di molti luoghi dell'opera di Jhering, nei quali il giurista tedesco ha preso posizione nei confronti della Scuola Storica, spesso in senso critico, ma talora anche aderendo ad alcuni suoi fondamentali postulati: e basterà qui ricordare le complesse — e forse anche sofferte — pagine, scritte da Jhering alla morte di Savigny nel 1861 (40). Ciò che qui interessa, al di là del protagonista, è la sostanza del discorso di Jhering, e, più specifica-

---

(38) Della vasta letteratura esistente su Rudolf von Jhering, si possono ricordare i testi già citati alla nota 36, ed inoltre: D. PASINI, *Saggio su Jhering*, Milano, 1959; E. PARESCE, *Nota su Jhering*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXVII, 1960, pp. 769-781; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., pp. 622-668 (con bibliografia ivi citata); H. COING, *Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19 Jahrhundert*, hrsg. von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main, 1969, pp. 149-171; F. WIEACKER, *Rudolf von Jhering* in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 86, 1969, pp. 1-36; *Jherings Erbe, Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, hrsg. von F. Wieacker und C. Wollschläger, Göttingen, 1970 (con numerosi saggi di rilevante interesse); R. RACINARO, *Il tempo storico del diritto romano in Rudolf von Jhering*, in *Democrazia e diritto*, 1976, pp. 5-31; *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, cit., pp. 134-139; M.G. LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, in *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, a cura di M.G. Losano, Milano, 1977, pp. XVII-LXVII. Le opere di Jhering alle quali ci riferiamo nel testo sono: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, vol. I, 1852, vol. II/I, 1854, vol. II/II, 1858; *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, hrsg. von C.F. von Gerber und R. Jhering, erster Band, Jena, 1857, pp. 1-52.

(39) Mi riferisco qui alle ricerche di Losano: M.G. LOSANO, *Savigny en la correspondencia de Jhering y Gerber*, in *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, in *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 1978-79, Nr. 18-19, pp. 321-340; ID., *Bismarck parla di Savigny con Jhering*, in *Quaderni Fiorentini*, cit., pp. 523-539. Losano è anche curatore di un'accuratissima bibliografia delle opere di Jhering: *Bibliografia di Rudolf von Jhering*, a cura di M.G. Losano, in *Carteggio Jhering-Gerber*, cit., pp. 565-598.

(40) R. VON JHERING, *Friedrich Karl von Savigny (1861)*, in: R. VON JHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, zweiter Band, Jena, 1882, pp. 1-21.

mente, il grado di derivazione di tale discorso dallo storicismo giuridico savignyano.

Il primo volume del *Geist* si apre con una definizione del diritto nella quale è veramente difficile non scorgere l'impronta di Savigny: « Non vi è oggi più alcuna discussione sul fatto che il diritto non sia, come prima si reputava, un aggregato esteriore di arbitrarie disposizioni, che deve la sua origine alla riflessione del legislatore, ma piuttosto, proprio come la lingua di un popolo un prodotto internamente compiuto della storia » (41). Da qui una netta diffidenza di Jhering verso il mondo delle norme emanate dallo Stato in forma pratico-imperativa: le *Rechtssätze*, che altro non sono che « astrazioni » che celano la « realtà » del diritto, che ci offrono, di tale realtà, un quadro assai sommario e lacunoso (42). La prima distinzione dalla quale muovere è dunque quella tra 'diritto formulato' e 'diritto oggettivo': il primo è collocato nel mondo delle norme, della imperatività rivolta a fini 'pratici', delle prescrizioni e dei divieti, il secondo nel mondo degli istituti giuridici (43).

Il giurista è per Jhering — con evidente anticipazione della teoria della 'giurisprudenza superiore', poi esplicitamente formulata nel 1857 — l'operatore scientifico capace di passare dal primo al secondo livello, di 'scoprire' la 'natura intima' del diritto, la sua più alta sfera di esistenza, nella quale il diritto perde la sua 'rozza' forma imperativa, e si traduce in sistema d'istituti giuridici (44). Da qui anche un'elevata funzione della scienza giuridica. Essa non può limitarsi a 'descrivere', o a 'ordinare' i materiali contenuti nella legislazione, ma deve saper scorgere in essi i segni di una diversa, e più completa, natura del diritto. Si tratta di una 'natura storica',

---

(41) R. Von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. I, pp. 25-26: « Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, dass das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äusserliches Aggregat willkürlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerlich abgeschlossenes Produkt der Geschichte ist ».

(42) Ivi, p. 28, dove si parla della forma « aussere-praktische » del diritto, delle « Rechtssätze » come « Abstraktionen ».

(43) Ivi, p. 31 e segg., a proposito della « Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem formulierten Recht » (p. 31).

(44) Ivi, p. 35 e segg.; in particolare p. 36 per i « Rechtsinstituten »; e p. 42 per la « innere Natur des Rechts ».

come già per Savigny? Ed il disegno è ancora quello di dominare il 'rozzo' mondo della imperatività? Io credo di sì, e mi sembra che Jhering lo abbia detto esplicitamente.

Basta rileggere in questa direzione alcune pagine dell'articolo del 1857 più volte ricordato. Il passaggio dalle norme agli istituti è qui concepito come passaggio dal mondo dei *Gedanken*, delle ipotesi, dei programmi, al mondo delle *Juristische Existenzen*, del diritto radicato nella realtà in forma d'istituto giuridico (45). L'istituto, o concetto, giuridico di Jhering non risulta infatti dalla mera generalizzazione del materiale giuridico dato, in forma di regola; è invece la pietra basilare di un vero e proprio *altro diritto*, diverso da quello che appare nella sua forma bruta di disposizione rivolta a regolare una data situazione sociale. È un diritto che non vive la precaria vita delle previsioni, delle ipotesi, dei programmi, che esiste al di là dell'attuazione del privato, dell'applicazione del giudice, della sanzione dello Stato, che esiste — come Jhering dice — nella forma più pura del 'tipo fondamentale' dell'esperienza giuridica, nella dimensione della costanza, della omogeneità, dell'unitarietà di tale esperienza (46).

---

(45) R. Von Jhering, *Unsere Aufgabe*, cit., spec. p. 10, dove il risultato del passaggio dalla 'giurisprudenza inferiore' alla 'giurisprudenza superiore' viene descritto nel seguente modo: « Die Gesammtmasse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein *System von Sätzen, Gedanken*, sondern als ein Inbegriff von juristischen *Existenzen*, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern » (i corsivi sono di Jhering). Ma non si tratta tanto di ricordare questo o quel brano di Jhering, ma di rileggere tutto il saggio del 1857 nella direzione indicata: il compimento ultimo della vocazione alla 'logica sostanzialista' della scienza giuridica ottocentesca, la contrapposizione tra il 'valore' positivo dell'istituto giuridico quale diritto 'reale' ed il 'valore' negativo della norma quale diritto 'pensato' in funzione della realtà, e dunque ad essa subordinato, in perenne condizione di mutevole incertezza.

(46) È proprio in questo senso che il 'secondo' Jhering giudica criticamente la sua riflessione degli anni Cinquanta. Scrive nel 1884: « Dobbiamo a tutti i costi far piazza pulita della pazzesca illusione che la teoria non sia che una specie di matematica del diritto, il cui obbiettivo più alto possa essere solo quello di 'calcolare' correttamente i concetti. C'è qualcosa di suggestivo in codesta illusione e nessuno più di me ne ha subito il fascino. È qui che in altri tempi mi parve di scorgere il vero carattere scientifico dell'indagine giuridica e la possibilità di sottrarmi al peso spiritualmente opprimente delle norme positive. Il diritto positivo, con il suo statuire ora in un modo, ora in altro, non poteva dar nulla alla mia sete scientifica di conclusioni permanenti durevoli e 'vere in sé': dal suo mondo piccolo e angusto scampavo perciò in quello più nobile ed alto dei

La 'costruzione giuridica', la 'produttività' della scienza, il 'metodo giuridico': siamo ben lungi qui dall'esaltazione di procedimenti di pura logica formale; si tratta piuttosto di *strumenti* che Jhering propone ai giuristi contemporanei, finalizzati alla scoperta di quelle pietre basilari dell'esperienza giuridica, dell'alfabeto del diritto — come Jhering dice —, che costituiscono il suo tessuto più intimo, che la caratterizzano ben più profondamente della mutevole legge dello Stato (47).

E quando nel secondo volume del *Geist*, Jhering torna a parlare dei concetti e degli istituti giuridici, come vere e proprie 'individualità', come 'reali esistenze', non può esimersi dal segnalare esplicitamente il suo debito nei confronti di Savigny, di quel giurista che per primo aveva posto al centro della riflessione della scienza giuridica un 'diritto positivo' inteso come sistema di istituti e principii giuridici preesistenti sia alle norme che ai rapporti da regolare, sovrastante il temuto mondo della imperatività statuale (48).

---

concetti assoluti e come tali intangibili dal legislatore »: R. VON JHERING, *Di nuovo sulla terra. Rimedi e proposte*, in *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, p. 362 (trad. it. da R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884). Alla mutevolezza delle norme del legislatore viene appunto contrapposta la 'stabilità' dei concetti, o degli istituti, giuridici, che altro non sono che « Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt », scoperte dalla scienza giuridica (*Unsere Aufgabe*, cit., p. 16).

(47) R. VON JEHRING, *Geist des römischen Rechts*, cit. vol. I, p. 41, a proposito dell'alfabeto del diritto; e sullo stesso tema, ed in modo più ampio. vol. II/II, p. 334 e segg.

(48) Ivi, vol. II/II, p. 358 e segg. Qui il discorso di Jhering si fa particolarmente chiaro e netto: « Rechtsinstitut, Rechtsbegriff auf der einen und Rechtsätze, Rechtsprincipien auf der andern Seite » (p. 359). Mentre il 'principio' giuridico risulta dalla mera generalizzazione delle norme vigenti, il 'concetto' giuridico vive in una sfera diversa da quella delle norme medesime, prende vita sul terreno degli istituti giuridici. Tra questi e le *Rechtssätze* vi è un rapporto di opposizione qualitativa: « Die Rechtssätze sind Stoff, Gedankenmasse, sie haben nur substantielles Dasein; die Rechtsinstitute dagegen sind Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen » (pp. 359-360). Ed è a questo punto che Jhering esplicitamente mette in rilievo la derivazione della sua « Auffassung » da Savigny, citando un passo del *Beruf* sui giuristi romani a noi già noto (p. 360 nota 506): cfr. *supra*, nota 8. Anche W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., p. 129, pur attento a sottolineare gli elementi di discontinuità presenti nel rapporto tra Savigny e la scienza giuridica della seconda metà del secolo, ha messo in rilievo questa concordanza tra Savigny medesimo e Jhering. Dello stesso Wilhelm, ed ancora su Jhering e la cultura giuridica del suo tempo, cfr. W. WILHELM, *Das Recht im römischen Recht*, in *Jherings*

Certo, il linguaggio di Jhering è diverso da quello di Savigny: e raramente nelle sue pagine leggiamo di 'diritto popolare', o anche di 'storicità del diritto'. Ma sono veramente questi gli elementi essenziali? Io credo di no: credo che lo storicismo giuridico di Savigny e la giurisprudenza dei concetti di Jhering non rappresentino altro che vie diverse convergenti verso un unico obbiettivo: l'individuazione di un ordine giuridico positivo sovrastante la mera vigenza delle regole emanate da fonte autoritativa. Il problema è ancora tutto lì: sfuggire alla temuta irrazionalità della prassi e della normativa statuale, dominarla muovendo dalla percezione di un diverso livello dell'esperienza giuridica. È quanto Jhering intende quando, nel secondo volume del *Geist*, chiama i suoi concetti ed i suoi istituti giuridici « praktische Potenzen », dirette a dominare la prassi proprio perché pensate dal giurista a livello di pura teoria: senza il necessario distacco dalla vita 'pratica' del diritto, la scienza giuridica può solo descrivere, ma non certo dominare, la condizione giuridica esistente (49). Se allora, a proposito della 'giurisprudenza dei con-

---

Erbe, cit., pp. 228-239. E nella stessa direzione mi sembra che si muovano certe riflessioni più generali di B. De Giovanni, *L'esperienza come oggettivazione. Alle origini del problema moderno della scienza*, Napoli, 1962, pp. 281-288 (a proposito di Jhering e del suo rapporto con la Scuola Storica); di G. Marini, *La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering*, in *Jherings Erbe*, cit., pp. 155-164 (sullo storicismo giuridico di Jhering e sulla ispirazione unitaria della sua opera); di M. Brutti, *Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, t. II (1974/1975), pp. 763-799, spec. pp. 764-777 su Jhering e la tradizione di pensiero organicistica presente nella scienza giuridica ottocentesca. Questo non significa naturalmente che si debbano cancellare d'un colpo le note critiche di Jhering a Savigny, in particolare la critica alla « politiche Haltung » dela Scuola Storica, che Jhering considera « conservativer Art », protesa a negare la possibilità del presente di crearsi un diritto conforme alle proprie esigenze (R. von Jhering, *Friedrich Karl von Savigny*, cit., p. 13): ma non aveva forse lo stesso Savigny nella Prefazione al primo volume del *System* sconfessato questo aspetto dello storicismo giuridico (cfr. *supra* nota 13)? In realtà Jhering non rappresenta alcuna 'eccezione': il suo problema è quello di molti altri giuristi tedeschi che operano all'inizio della seconda metà del secolo: conciliare il 'giusto nucleo' ancora vitale delle dottrine della Scuola Storica con i nuovi bisogni posti da uno sviluppo sociale sempre più intenso e da una presenza sempre più invadente dello Stato-legislatore.

(49) R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. II/II, p. 389, e pp. 383-389 nelle quali Jhering rivendica appassionatamente il carattere 'pratico' della sua riflessione scientifica.

cetti', si vuol continuare a parlare di 'formalismo', si deve pur riconoscere che si tratta di un formalismo *operativo*, che non ricerca nei concetti e negli istituti sterili certezze consolatorie, ma strumenti di dominazione del presente. Un presente spesso sgradito e temuto dai nostri giuristi — da Savigny, da Jhering, e da molti altri —, ma non per questo rifiutato. Esso viene assunto invece come dato problematico, come concreta condizione storica da modificare, da far evolvere gradualmente verso superiori forme di razionalità, da dominare in definitiva attraverso la sua progressiva riconduzione al sistema, a quell'ordine di principi e di istituti giuridici, che abbiamo visto animare tutto il vasto campo di ricerca della scienza giuridica del secolo scorso, che costituiva l'ideale-base dal quale essa muoveva in direzione della prassi.

Ma allora, i veri nemici della Scuola Storica nella seconda metà del secolo non sono certo i 'formalisti'. Sono invece quei giuristi — e solo quei giuristi — che abbandonano decisamente *questo progetto* fondamentale di dominazione del presente tramite lo strumento dell'intelligenza giuridica, che non credono più alla progressiva e graduale attuazione del 'sistema' nella concreta condizione storica della loro società. Essi puntano decisamente sullo Stato e sulla sua potestà d'imperio, sulla capacità di controllo dei bisogni e dei conflitti sociali da parte del potere politico. Ed è dunque solo per questi giuristi, che il 'diritto positivo' di Savigny si smembra, che l'azione dello Stato si disperde in mille rivoli, non più controllabili secondo la logica unitaria di un 'principio giuridico'. Sono questi i giuristi che esaltano nel diritto la sua capacità di rispondere ai bisogni della società, quella natura di tipo strumentale che Savigny pure aveva visto, ma che aveva accuratamente circoscritto nella particolare categoria del 'diritto anomalo', la stessa che Jhering riservava alle operazioni della 'giurisprudenza inferiore'.

Non sono molte le voci in questa direzione, e vi possiamo solo accennare. Sarà sufficiente ricordare il nome di Lorenz von Stein, che in un suo volume del 1876 attacca duramente l'egemonia dei giuristi in Germania, ed in particolare quella della pandettistica e del diritto privato, imputandole la responsabilità di aver soffocato sul nascere una scienza complessiva dello Stato, della quale il diritto potrebbe essere per Stein solo una componente. Alla critica all'egemonia della scienza giuridica si riallaccia poi la critica alla corrispon-

dente concezione del diritto, che non può avere per Stein una 'esistenza autonoma', come Savigny sosteneva nel *System*. Afferma infatti Stein: « Il contenuto del diritto non è alcun diritto; la scienza del diritto non è scienza giuridica, ma la scienza delle forze che producono il diritto medesimo » (50).

Critiche così radicali sono difficilmente reperibili nella scienza giuridica della seconda metà del secolo. Tra i civilisti, potrei forse ricordare il solo Augusto Thon, con il suo saggio del 1878 su *Norma giuridica e diritto soggettivo*, che muove decisamente da premesse di carattere imperativistico — « L'intero diritto di una società — afferma Thon — non è altro che un complesso d'imperativi » —, e che perviene a conclusioni riduttive del diritto a puro e semplice mezzo di tutela, in palese contrasto con le dottrine dominanti (51). Ed infine, non può essere qui taciuto del secondo Jhering, che dopo una sofferta e complessa evoluzione approda nel suo « Lo scopo nel

---

(50) L. Von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts - und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart, 1876, Neudruck Aalen, 1970, p. VII: « Der Inhalt des Rechtes ist daher kein Recht; die Wissenschaft des Rechts ist keine Rechtswissenschaft, sondern die Wissenschaft der Kräfte welche dasselbe erzeugen ». Per le critiche, a volte assai feroci, alla scienza giuridica tedesca, ed in particolare alla pandettistica, cfr. p. V e segg., 27 e segg., 41 e segg., 76 e segg. In direzione simile, e dello stesso Stein, cfr. i saggi *Die Deutsche Rechtswissenschaft*, e *Zur europäischen Rechtsgeschichte*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, hrsg. von C.S. Grünhut, Erster Band, Wien 1874, pp. 505-545, dove ancora una volta la critica alla pandettistica sbocca nell'esaltazione delle potenzialità teoriche di una rinnovata scienza dello Stato e della società, da costruire in opposizione alla tradizionale egemonia culturale dei giuristi; e pp. 722-737. L'atteggiamento critico di Stein nei confronti della scienza giuridica tedesca aveva radici profonde nella sua opera: è possibile in questo senso ripercorrere a ritroso tutta l'opera steiniana fino alla lunga recensione negativa da Stein medesimo scritta al primo volume del *System* di Savigny del 1840: su questo episodio rinvio al mio lavoro *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 73-93.

(51) A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, p. 17 per la frase citata nel testo (trad. it. da A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, Neudruck Aalen, 1964). Per l'imperativismo ed il normativismo di Thon, cfr. anche le pp. 26, 65, 113; ed infine, p. 207 per la riduzione del diritto a 'strumento' di tutela: « il diritto è soltanto un mezzo, non mai uno scopo di per sé stesso ». Sulla figura e l'opera di Thon, per lungo tempo dimenticata (da noi tradotta solo negli anni Trenta di questo secolo, nonostante la grande alluvione di letteratura tedesca iniziata nella seconda metà dell'Ottocento), cfr. A. Levi, *L'opera scientifica di Augusto Thon*, in: A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pp. V-LVI.

diritto » del 1877 ad una concezione del diritto decisamente imperativistica e funzionalistica. Nel volume del 1877 è possibile infatti leggere che « il diritto è l'insieme delle norme coercitive vigenti in un certo Stato », e che il giurista — quanto siamo distanti dalle posizioni degli anni Cinquanta! — non ha altro mezzo « per valutare il diritto che il suo riconoscimento e la sua realizzazione per mezzo del potere dello Stato ». Nella stessa direzione, il diritto per Jhering può essere definito anche come « la forma che garantisce le condizioni di esistenza della società grazie al potere coercitivo dello Stato »: dunque ha un significato solo in relazione ai bisogni della società ed alla concreta azione dello Stato, ed infatti il contenuto ultimo del diritto è per Jhering nient'altro che « l'opportunità », nel senso della sua idoneità rispetto a certi scopi fissati dal legislatore (52). Ed infine, la rottura con la Scuola Storica è veramente completa ed irreversibile quando Jhering affronta il problema della « vitalità » del potere politico, della sua capacità d'intervento sulla società. Qui Jhering ammette che lo Stato possa liberarsi del vincolo del diritto, accetta dunque il pieno dispiegamento della pura decisionalità politica e amministrativa contro la quale la scienza giuridica tedesca per tutto il secolo aveva combattuto, da Savigny in poi; ed afferma così che quando « il potere statale si trova di fronte all'alternativa di rinunciare al diritto o alla società, il potere statale è non soltanto autorizzato, ma anche obbligato a sacrificare il diritto ed a salvare la società » (53).

---

(52) R. Von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972, pp. 232-233 e pp. 311-312 (trad. it. da R. Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig, 1877): ma molte altre sono le pagine di questo volume dedicate al rapporto tra coercizione statale, norma e bisogni della società: cfr. p. 174 e segg., p. 223 e segg.; p. 307 e segg.

(53) Ivi, pp 298-300. Non può essere qui analizzata ulteriormente la rottura di Jhering con gli insegnamenti della Scuola Storica. Ad essa è collegata la nota problematica del 'primo' e del 'secondo' Jhering, dello Jhering 'storicista' e di quello 'naturalista': per una esposizione chiara e sintetica dell'evoluzione del pensiero di Jhering, cfr. oltre ai saggi già citati alle note 36, 38, 48, anche M.G. Losano, *Introduzione* a: *Lo scopo nel diritto*, cit. pp. VII-LXXXV, spec. pp. XXXI-LXIV per il passaggio dal 'primo' al 'secondo' Jhering, ed inoltre, D. Pasini, *Jhering e il suo tempo*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, N.S., XII, 1961, pp. 87-120, per il graduale avvicinamento di Jhering alla *Realpolitik* bismarckiana, e per la possibile influenza di tale avvicinamento sulla maturazione delle sue convinzioni scientifiche; ed infine, per ciò che concerne il 'naturalismo' di Jhering, cfr. J. Gaudemet, *Organicisme et évolution dans la conception de l'histoire du*

3. Non è possibile qui procedere oltre nell'esame di questi autori, di queste voci divergenti dalla cultura giuridica dominante, accomunate nella sostanza — come abbiamo visto — da forti sottolineature della capacità d'imperio, e di controllo della società, da parte dello Stato, da una più o meno secca riduzione del diritto a strumento di governo, dominato da una logica di funzionalità al conseguimento di certi scopi. È possibile però limitarsi a rilevare un fatto. Gli Stein, i Thon, gli Jhering rimangono sostanzialmente inascoltati dai loro contemporanei. Proprio loro, che dalla tradizionale egemonia del diritto privato erano usciti in direzione del momento collettivo, dell'amministrazione, dello Stato, del governo della società, proprio loro — e certamente non a caso — rimangono estranei alla formulazione dell'ultimo grande progetto ottocentesco, alla costruzione della *teoria giuridica dello Stato* (54). Questa nasce infatti dal seno stesso della cultura giuridica dominante, si caratterizza per la trasposizione del 'metodo giuridico', elaborato da Savigny e dai pandettisti sul terreno del diritto privato, nel campo del diritto pubblico. I protagonisti di questa operazione sono giuristi del calibro di Carl Friedrich von Gerber, di Paul Laband, di Georg Jellinek, destinati a divenire dei veri e propri 'classici' per la scienza contemporanea di diritto pubblico, a livello europeo.

Vorrei subito dire che siamo di fronte a qualcosa di più, e di

---

droit chez Jhering, in: *Jherings Erbe*, cit., pp. 29-39; e F. WIEACKER, *Jhering und der 'Darwinismus'*, in *Festschrift für Karl Larenz, zum 70. Geburtstag*, hrsg von G. Paulus, U. Diederichsen, C.W. Canaris, München, 1973, pp. 63-92.

(54) Parlo qui di 'teoria giuridica dello Stato' in un senso specifico che sarà meglio chiarito nelle successive pagine. Di tale teoria si è colto fino ad oggi in prevalenza un solo aspetto, che è quello della trasposizione delle metodologie privatistiche nel campo del diritto pubblico. In realtà, la vicenda della teoria giuridica dello Stato è ben più complessa, e si sostanzia in un grande progetto che investe l'intera scienza giuridica europea. Di tale vicenda iniziamo ora a cogliere alcuni elementi fondamentali ma molto resta ancora da fare. Per quanto riguarda i tentativi d'interpretazione complessiva, ricordo qui i seguenti saggi: E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1958; P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Erlangen, 1959; P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974; C.E. BÄRSCH, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen*, Berlin, 1974; W. WILHELM, *Metodologia giuridica* cit.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit.

diverso, di un puro e semplice ampliamento di orizzonti nel ceto dei giuristi, dal tradizionale settore del diritto privato a quello del diritto pubblico. La teoria giuridica dello Stato è piuttosto il luogo nel quale giungono a compimento, ed al loro più alto livello, le aspirazioni della scienza giuridica ottocentesca. Così come è vero che ben poco si capisce della teoria giuridica dello Stato senza conoscere i precedenti sviluppi della dottrina privatistica, così è altrettanto vero che non si riesce compiutamente a cogliere l'essenza del 'metodo giuridico' senza tener conto del pieno dispiegarsi della sua efficacia teorica nel campo del diritto pubblico. In sintesi, la teoria giuridica dello Stato mira infatti a racchiudere l'intera sfera della politica, l'intera dinamica pubblicistica, in forme giuridiche. Ma come è pensabile un progetto del genere senza ammettere l'esistenza di un ordine giuridico trascendente la decisionalità politica, capace di contenerla e delimitarla, di ricondurla entro determinate forme giuridiche?

Cerchiamo allora di uscire dalle formule. Per 'metodo giuridico' non si può intendere altro che quello che storicamente esso è stato da Savigny in poi per la scienza giuridica ottocentesca: il costante tentativo di ritrovare nel cuore dell'esperienza giuridica, nel concreto dei rapporti e dell'applicazione delle norme, i segni e le manifestazioni tangibili di un positivo ordine giuridico — il sistema di principii — che si vuole capace di dominare l'andamento scomposto dalla prassi medesima. Il 'metodo giuridico' — come ogni altro 'metodo' — si definisce dunque in relazione all'obbiettivo perseguito: e non v'è dubbio che per i giuristi del secolo scorso 'giuridico' era solo quel metodo d'indagine che consentiva loro di evidenziare, di esaltare, e in ultima analisi di preservare, la natura storico-razionale del diritto, la sua radicazione nella 'società'.

Proprio per questo affermo che il 'metodo giuridico' ebbe il suo momento di più alta realizzazione nella teoria giuridica dello Stato, poiché solo con essa si tentò di risalire alla fonte stessa delle possibili incongruenze della prassi, di sottoporre alle ferree leggi del diritto la stessa decisionalità politica, lo Stato quale soggetto produttore di diritto. La trasposizione del 'metodo giuridico' dal diritto privato al diritto pubblico è allora in sostanza il passaggio da una strategia di *contenimento* della decisionalità politica, di pura e semplice difesa dell'ordine privatistico dall'invadente volontà statuale, alla costru-

zione di un vero e proprio *modello*: lo Stato perfettamente giuridico, lo Stato come persona giuridica nella quale si realizza organicamente la totalità del 'popolo'.

Si spiega allora perché la teoria giuridica dello Stato sia nata proprio in Germania. Poiché solo in questo Paese la scienza giuridica della prima metà del secolo, grazie alla Scuola Storica, aveva saputo conservare il senso di un ordine giuridico complessivo diverso, ed antecedente a quello delle norme dello Stato. Ed è con questo stesso ordine giuridico che si vuole ora vincolare, ma anche spiegare per intero, lo Stato, la globalità della dinamica pubblicistica. Ed ecco anche perché non possono più risultare convincenti le spiegazioni puramente ideologiche di questa vicenda della teoria giuridica: quelle che ci dipingono questi giuristi, ed in particolare proprio il fondatore della teoria giuridica dello Stato, Carl Friedrich von Gerber, come i giuristi della Prussia prima, e del *Reich* poi, tutti protesi a legittimare le soluzioni politiche contingenti, a scrivere, con i loro trattati di diritto costituzionale, l'apologia dell'autoritarismo bismarckiano (55).

Simili interpretazioni presuppongono in questi giuristi un amore per lo Stato e per la sua capacità di dominio, che essi non avevano, e che in particolare non aveva proprio Gerber, che proveniva direttamente dagli insegnamenti della Scuola Storica. Quando in lui leggiamo che « il diritto pubblico è un sistema di facoltà di volere basato sulla capacità, rivestita della personalità, del popolo politicamente unito, cioè dello Stato, la cui volontà giuridica è il dominio », non è difficile capire che l'intento di Gerber non è affatto quello di esaltare acriticamente il 'dominio' o l'autorità, ma piuttosto di tradurre il dominio stesso in 'volontà giuridica', e per ciò stesso, nel suo linguaggio, volontà circoscrivibile e delimitabile, di convertire la nuda decisionalità politica in personalità giuridica dello Stato, lo

(55) Segni evidenti di questo tipo di approccio ai nostri problemi anche in W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., p. 140 e p. 168 e segg. Dei limiti di una tale linea interpretativa della scienza giuridica ottocentesca in genere, e della teoria giuridica dello Stato in particolare, si era già accorto con grande lucidità M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della Biblioteca degli Istituti Giuridici dell'Università di Napoli*, VII-VIII, 1961-1962, pp. 25-367, spec. p. 292 e segg. per la critica a Wilhelm che qui interessa.

Stato medesimo quale soggetto politico in 'individualità' razionalmente agente sul modello privato (56).

Certo, al centro del sistema di diritto pubblico quale sistema di rapporti giuridici tra lo Stato-persona, gli individui, e le comunità minori, sta lo Stato stesso: esso è per Gerber « la suprema personalità di diritto che l'ordinamento conosca; la sua capacità di volere possiede la massima attribuzione che il diritto possa conferire »; e dunque alla capacità dello Stato di realizzarsi pienamente come soggetto giuridico è affidata la coerenza e la credibilità dell'intero sistema (57).

Ed infatti non sostengo certamente che il progetto contenuto nella teoria giuridica dello Stato fosse contrassegnato da istanze radicalmente antistatualistiche. Non sarebbe del resto possibile tacere il fatto che quella teoria divenne con Paul Laband la teoria 'ufficiale' del *Reich* tutta protesa a farsi tecnica organizzativa delle strutture di potere esistenti. Oggi però sappiamo che Laband e la sua Scuola non esaurivano il panorama della *Staatslehre* di fine secolo. I dissensi nei confronti della scienza dominante da parte di giuristi di primo piano come Albert Hänel, Otto von Gierke, Georg Jellinek, testimoniano della vitalità di una scienza giuridica che non intendeva appiattirsi all'apologia del presente, che si ostinava a mantenere ben viva la dimensione del 'progetto' inaugurata da Savigny (58). Per quali vie, ed esprimendo quali contenuti, quel 'progetto' si rapportasse criticamente alla realtà politica di fine secolo, è cosa che non può qui essere discussa in dettaglio. Ciò che si voleva evidenziare è che la teoria giuridica dello Stato della quale stiamo discutendo non ebbe, fin dall'opera del suo fondatore Gerber, e forse con la sola eccezione proprio di Laband, contenuto prevalentemente ideologico, nel senso che non ebbe il suo scopo principale nel tentativo di mascherare il dominio consentendo un libero esercizio di potere sulla società; al contrario, se lo Stato fu

---

(56) C.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 97 nota 5 (parziale trad. it. da C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880).

(57) Ivi, p. 95.

(58) Sulla complessità della *Staatslehre* di fine secolo, rinvio al mio lavoro già citato *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, p. 317 e segg.

posto al centro del sistema, fu perché si vide la possibilità di concepirlo come soggetto giuridico razionalmente agente, delimitabile nelle sue manifestazioni di sovranità, riflesso organico di quel profondo ordine giuridico della collettività che continuava ancora ad essere al centro delle riflessioni dei giuristi, in una parola Stato *sovrano* e *limitato* nello stesso tempo.

Ci imbattiamo così ineluttabilmente nella sostanziale ambiguità del positivismo giuridico ottocentesco. Se da una parte si affidano le certezze collettive allo Stato, dall'altra non si dimentica che esso può anche essere fonte d'instabilità, essendo la sua normazione continuamente influenzata dal variabile gioco delle forze sociali e politiche; si esalta così la sovranità dello Stato, ma contemporaneamente la si teme; la si proclama a chiare lettere, ma si dedica poi tutta la riflessione scientifica alla sua delimitazione. Ma questa seconda componente del 'limite', che di solito è riferita ad un generico e non meglio precisato 'normativismo' (59), altro non è che il frutto ultimo di quella concezione del diritto come ordine necessario, come struttura profonda della collettività, che abbiamo visto orientare tutta la riflessione della scienza giuridica ottocentesca. Senza Savigny non si capisce in profondità il senso fondamentale dell'approccio dei giuristi allo Stato, e senza questo legame tra Scuola Storica e giuspubblicistica della seconda metà del secolo, si capisce poi ben poco anche dei successivi sviluppi, degli ultimi tentativi — anche novecenteschi — di salvare i contenuti essenziali del progetto giuridico ottocentesco.

Ci riferiamo qui essenzialmente a Georg Jellinek e a Santi

---

(59) Penso qui soprattutto a C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, p. 247 e segg. (trad. it. da C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, con ampie modifiche dell'autore nell'edizione italiana), il quale coglie per altro molto bene il significato fondamentale dell'equivoco legame di normativismo e decisionismo contenuto nel positivismo giuridico ottocentesco: legame costituitosi secondo Schmitt nella ricerca continua di condizioni di stabilità e di sicurezza, ora attraverso il richiamo allo Stato quale unico soggetto produttore di diritto, ora attraverso il tentativo di fissare un chiaro limite all'esercizio di quella medesima potestà statuale. Per un'equilibrata e sintetica ricognizione del positivismo giuridico, cfr. G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, cit., vol. I, pp. 123-148, ed inoltre N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, s.d., Torino; e dello stesso autore, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

Romano, ai due giuristi dei quali comunemente si dice che abbiano riscoperto la 'società' contro il dominante positivismo giuridico di stampo statualistico (60). In realtà, la scienza giuridica non si era mai dimenticata della 'società': aveva cercato piuttosto di spiegarla per intero, ed anche — come abbiamo visto — nella sua dinamica con il potere politico, secondo categorie giuridiche, di concepirla tutta come una immensa rete di rapporti giuridici tra individui razionalmente agenti.

Jellinek e Romano stanno ben dentro questa vicenda, e di essa sono anzi gli ultimi splendidi protagonisti. La celebre teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek, con la connessa teoria dell'autolimitazione della potestà d'imperio dello Stato, non è altro infatti che il tentativo di portare al suo più alto livello la teoria giuridica dello Stato, impostando il rapporto tra Stato e cittadino, tra Stato e gruppi sociali, come rapporto tra due distinte individualità titolari di reciproci diritti e doveri; e, per parte sua, lo sforzo di Santi Romano è quello di trovare la *norma* di tale rapporto, di scoprire la *natura* del diritto che sovrasta sia lo Stato che l'individuo, e che rende quindi perfettamente giuridico il rapporto medesimo. Ma credere in un diritto di questo tipo significa in definitiva credere ancora nel necessario ordine giuridico della intera società, in un diritto storicamente fondato, nel quale l'individuo trova la sua esatta collocazione, il potere politico il suo effettivo limite (61). Ed invece la crisi novecentesca del 'metodo giuridico' e della stessa scienza giuridica, della quale i giuristi spesso hanno parlato in questo secolo, ma non sempre con la necessaria consapevolezza storica, non è tanto, o non è certamente solo, crisi di procedimenti o di tecniche, ma è piuttosto crisi storica in senso forte, è crisi cioè dell'*oggetto* della scienza giuridica, di quella 'costituzione materiale' ottocentesca, sulla quale

---

(60) Jellinek per la sua nota *Allgemeine Staatslehre* (Heidelberg, 1900) comprensiva di una parte dedicata alla *Soziallehre* dello Stato, e Santi Romano per le sue note teorie istituzionalistiche e pluralistiche. Su Jellinek, rinvio ancora al mio volume *Giuristi e costituzione politica* cit., p. 391 e segg.

(61) Ho cercato di rileggere le dottrine romaniane in questa direzione nel saggio *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981, pp. 169-219, ora in questo volume, con il titolo '*Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)*, pp. 277 e ss.

essa aveva costruito i propri splendori e le proprie fortune nel corso del secolo decimonono in tutta Europa.

Oggi è possibile scrivere — come di recente si è scritto con grande lucidità — che altro è obbligazione politica, altro è obbligazione giuridica, che la complessa sfera della politica — potere, controllo, consenso, legittimazione — non è racchiudibile in forme giuridiche (62). È necessario però possedere la consapevolezza storica di una simile affermazione. Se *oggi* i giuristi appaiono così inadeguati a definire la linee fondamentali di una teoria dello Stato, è perché sono crollati i loro punti di riferimento nella società, l'individuo razionalmente agente, la possibilità stessa di concepire l'intera società in termini di 'popolo', di omogenea comunità storicamente fondata. La crisi del progetto giuridico ispirato da Savigny è tutta qui, e si consuma per intero a cavallo tra il vecchio ed il nuovo secolo. Non spetta certo allo storico del pensiero giuridico il compito di definire nella sua globalità il contesto complessivo di tale crisi, ma è certo che i nuovi fenomeni di complicazione della costituzione e del processo di decisionalità politica, le nuove tendenze in direzione del primato dell'amministrazione e del governo della società, appaiono spesso inconciliabili con i caratteri fondamentali del vecchio progetto ottocentesco, tutto fondato sulle categorie centrali di 'popolo' e 'individuo', tutto proteso a subordinare il provvedimento alla legge, la legge al diritto, il diritto alla rigorosa logica del sistema d'istituti giuridici radicato nella storia di una data collettività.

Ma la crisi della quale stiamo discorrendo è anche terreno fertile per la ricerca di nuove soluzioni. Non v'è dubbio, infatti, che le dottrine di intellettuali di livello europeo come Max Weber, Carl Schmitt, o Gaetano Mosca (63), nascono tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del nuovo secolo sul terreno della scienza giuridica, della

---

(62) G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia, 1981, pp. 41-47, spec. p. 43.

(63) Da segnalare in questa direzione le recenti 'Giornate di studio su Max Weber e il diritto' (Castelgandolfo, 17-19 ottobre 1980). I relativi Atti sono ora leggibili in *Sociologia del diritto*, VIII/I, 1981; in particolare, per il profilo che più interessa l'analisi contenuta in questo saggio, la relazione di P. SCHIERA, *Max Weber e la scienza giuridica tedesca dell'Ottocento* (pp. 85-107).

dottrina costituzionalistica ed anche dello stesso diritto privato, nascono dalla ricerca di vie nuove, dalla lucida presa d'atto di un vuoto di teoria al quale i giuristi come tali non potevano più rispondere. Da qui, dalle modalità teoriche della crisi del progetto giuridico, converrebbe forse ripartire. È cosa — io credo — che non interessa solo i giuristi e la storia della loro cultura.

II.

STATO DI DIRITTO E DIRITTO COSTITUZIONALE: I PROTAGONISTI ITALIANI

1.

POPOLO E STATO NEGLI SCRITTI GIOVANILI DI VITTORIO EMANUELE ORLANDO (1881-1897)

1. 'Realismo' e 'formalismo' nella valutazione storiografica dell'opera di Orlando. — 2. Il realismo orlandiano e le sue prime fondazioni. — 3. Il modello costituzionale. — 4. Il primo approccio alla teoria dello Stato-persona. — 5. La 'Teoria giuridica delle guarentigie della libertà'. — 6. I compiti della scienza giuridica. — 7. Verso il primato del diritto amministrativo. — 8. Alle origini della scuola 'giuridica'. — 9. 'Realismo' e 'formalismo' nella vicenda intellettuale di Orlando.

1. Quando, nel 1951, fu affidato a Vittorio Emanuele Orlando il compito di redigere la relazione conclusiva dei lavori della Commissione per la libera docenza in diritto pubblico — si trattava del primo concorso del dopoguerra — il nostro giurista, ormai più che novantenne, a testimonianza di una straordinaria vitalità intellettuale che lo contraddistinse fino all'ultimo giorno della sua vita, non seppe limitarsi alla compilazione di un mero atto burocratico, ma volle invece confrontarsi con i più giovani studiosi, stimolando in una certa direzione le loro ricerche, che vertevano per lo più sulla nuova Costituzione repubblicana del 1948.

I suoi giudizi sui lavori dei candidati furono anche esplicitamente critici: secondo Orlando si poteva riscontrare in quei lavori « una netta prevalenza dei caratteri puramente razionali a proposito della valutazione degli istituti costituzionali. Deriva da ciò un'assoluta prevalenza dell'ordine normativo per cui il carattere storico degli istituti che spesso si collegano con una tradizione secolare vien meno quasi del tutto e lo studioso appare indotto a credere che, in materia costituzionale, un'accolta di uomini intellettuali e di buona fede possa riuscire a formulare gli istituti in via puramente razionale, recidendo del tutto ogni nesso con nessi e sviluppi di carattere

storico. Così, è avvenuto in questo concorso che la ricostruzione del concetto di rappresentanza sia stata tentata sulla base degli articoli della Costituzione prescindendo dalla storia due volte millenaria dell'istituto, prima come democrazia diretta e poi come rappresentativa »; e così via, secondo Orlando, per tutti gli altri istituti di diritto pubblico (1).

Il lettore ci vorrà perdonare la lunga citazione in apertura del saggio, soprattutto tenendo presente che il brano qui riportato è particolarmente indicativo di una problematica che investe tutta l'opera orlandiana — trascendendo dunque lo specifico atteggiamento del giurista siciliano di fronte alla Costituzione del 1948 —, e che è stata posta al centro di tutta la riflessione storiografica fin qui condotta sul fondatore della moderna scienza italiana di diritto pubblico: ci riferiamo al cosiddetto 'storicismo', o 'realismo', orlandiano.

Basta analizzare con un po' di attenzione i molteplici contributi contenuti nel primo fascicolo della *Rivista Trimestrale di diritto pubblico* del 1953, scritti appena pochi mesi dopo la morte di Orlando, per rendersi conto dell'esistenza di una interpretazione corrente, comune a tutti quei contributi, tendente a mettere in luce il carattere 'storicistico', o 'realista' dell'opera orlandiana (2).

---

(1) V.E. Orlando, *Il diritto pubblico ed un concorso per libera docenza*, in *Notiziario della scuola e della cultura*, VI (1951); pubblicato, in parte, con il titolo *Il disordine costituzionale e gli studi di diritto pubblico interno*, in *Presidente e presidenzialismo. Studi parlamentari e di politica costituzionale*, III (1970), pp. 103-104.

(2) Simili aggettivazioni appartengono al fiorito, anche se non sempre culturalmente corretto, linguaggio dei giuristi chiamati ad identificare, subito dopo la morte, il vario e complesso messaggio orlandiano. Su questi aspetti insiste in modo particolare C. Esposito, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, III (1953), pp. 69-95, sollevando il problema della « interiore unità » (p. 95) delle dottrine della Scuola Storica e delle teorie istituzionistiche: Orlando comprese — a giudizio di Esposito — l'esistenza di una tale unità, e seppe esprimerla « in tutti i suoi scritti » (*ibid.*); per « storicismo » (p. 92) di Orlando si può dunque intendere continua attenzione del giurista siciliano al profondo consolidarsi nella storia di una struttura intima della collettività, contro la quale nulla può la 'ragione' del legislatore, la 'regola' contenuta nell'atto legislativo (pp. 91-92). Nel medesimo senso si cfr. anche E. Crosa, *Orlando Maestro e scienziato: i suoi contributi al diritto costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, III (1953), p. 29, il quale pure parla apertamente di « concezione storicistica di Orlando ». Come sintesi indicativa del giudizio sull'opera orlandiana contenuto nel primo fascicolo del 1953 della *Rivista*

Secondo tale interpretazione, lo 'storicismo' del giurista siciliano ha il suo nucleo fondamentale in una visione complessa della collettività e della stessa esperienza giuridica, dominata dalla ripugnanza a ridurre questa alla dimensione della 'regola' contenuta nell'atto legislativo, nel costante tentativo di percepire quella nella sua struttura più profonda, 'istituzionale' (3). Su questa via, il diritto costituzionale diviene scienza delle 'leggi fondamentali', o delle 'caratteristiche interne' della vita associata, e non solo tecnica di sistemazione delle forme di espressione della volontà statuale; il diritto costituzionale è insomma un « complesso di principii giuridici sistematicamente coordinati, concretato nelle istituzioni di un popolo determinato » (4); e torna così, attraverso la 'determinatezza' del 'popolo', la polemica orlandiana contro una concezione « esclusivamente razionale dell'istituto » (5) di diritto pubblico, che già avevamo rilevato nel brano del 1951 riportato in apertura del saggio.

Seguendo questa linea ricostruttiva del pensiero del nostro giurista, si giunge ad affermare che il metodo inaugurato da Orlando è quello 'veramente giuridico', perché si sostanzia « in quel senso storicistico della realtà giuridica da cui la ricostruzione dogmatica trae un'assoluta obiettività avulsa da finalità politiche » (6); in ciò Orlando avrebbe saputo prendere le distanze dalla grande letteratura tedesca di diritto pubblico della seconda metà del secolo — e in particolare dalla dominante figura di Laband quale teorico del *Reich* bismarckiano —, dalla statolatria 'germanica', da quel metodo

---

Trimestrale di diritto pubblico interamente dedicato — come sappiamo — alla figura del giurista siciliano, può valere quanto affermava P. CALAMANDREI, *Orlando avvocato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, III (1953), p. 15: « Un grande scienziato prima di tutto, un grande maestro: il fondatore di una scuola che ha portato l'Italia alla testa della scienza giuridica europea anche nel campo del diritto pubblico. Un grande scienziato, ma non un dogmatico; un grande giurista, ma non un puro logico. Per lui i problemi giuridici erano sempre problemi storici: non era un arido sillogizzatore, un freddo costruttore di architetture astratte: a riscaldare la sua immagine c'era sempre il senso della realtà sociale ed umana ».

(3) Cfr. spec. C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, cit., pp. 91 e ss.

(4) *Ibid.*, p. 76, riprendendo note affermazioni di Orlando, alle quali anche noi dedicheremo specifica attenzione.

(5) E. CROSA, *Orlando Maestro e scienziato*, cit., p. 29.

(6) *Ibid.*, p. 47.

'puro', che in realtà era mosso da finalità criptopolitiche, dallo sforzo di « giustificare la forma di governo costituzionale puro » (7): il metodo 'giuridico' orlandiano, visto come continuo richiamo al 'profondo' ordine giuridico della collettività (8), e non come mero strumento per l'acritica esaltazione delle forme del potere politico e del primato della sua volontà, si sposa idealmente, in questo tipo di interpretazione del suo pensiero, con la componente politica 'liberale' della sua teoria.

Del resto, i giuristi chiamati dalla *Trimestrale* a ricordare la figura di Orlando non improvvisavano niente ma lavoravano su un'immagine ormai consolidata dell'opera del giurista siciliano.

Già negli anni Venti si era rilevata la coesistenza nell'opera di Orlando di due distinti elementi contraddittori: da una parte, la esaltazione dello Stato-persona, la sua assoluta centralità nel sistema di diritto pubblico, la quasi sbrigativa identificazione di personalità giuridica statuale e di sovranità, dall'altra, la costante percezione ed affermazione di un ordine giuridico della collettività sovrastante l'espressione di volontà normativa dello Stato medesimo; ancora una volta, scorgendo in questo secondo elemento un certo distanziarsi del padre del metodo 'giuridico' italiano dalla dottrina tedesca del *Rechtsstaat* (9).

Ma, soprattutto, ha contribuito in modo decisivo al consolidarsi di questo tipo d'interpretazione dell'opera orlandiana Massimo

---

(7) *Ibid.* p. 44; il nesso Laband-Orlando è invece sottolineato con forza da N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 985 e ss., spec. p. 993; e posto in rilievo anche da M. GALIZIA, voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII (1964), pp. 962 e ss., spec. pp. 966-968; dello stesso Autore, cfr. anche i *Profili storico-comparativi del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1963, pp. 1-110, indagine condotta a livello di storia della riflessione giuspubblicistica nei principali Paesi europei; interessanti osservazioni sul rapporto tra Orlando e la giuspubblicistica tedesca anche in A. GALATELLO-ADAMO, *Per lo studio del pensiero giuridico di Vittorio Emanuele Orlando. Notazioni preliminari*, in *Rassegna di diritto pubblico*, XIX (1964), pp. 885 e ss., spec p. 892, nota 13.

(8) Così anche F. BATTAGLIA, *Il diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando*, in *Studi Senesi*, LIX (1945), pp. 378 e ss.

(9) A. VOLPICELLI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Nuovi Studi di diritto, economia e politica*, V-VI (1927-1928), pp. 13 e ss., 95 e ss., 183 e ss., con un continuo riferimento al contenuto sostanzialmente 'contraddittorio' della dottrina orlandiana.

Severo Giannini, in particolare con i suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, i quali, pubblicati nel 1940 (10), sono rimasti a lungo l'unica riflessione di un certo interesse sullo sviluppo storico della giuspubblicistica italiana, seppur con riferimento specifico alla scienza del diritto amministrativo (11). Giannini tende qui per più versi a 'demitizzare' la questione del metodo 'giuridico', soprattutto sotto il profilo della sua recezione in Italia — attraverso l'opera di diffusione di Orlando — nel campo del diritto pubblico tramite una passiva accettazione dei risultati della scuola tedesca di Gerber e di Laband.

Il giurista siciliano — continua Giannini — non fece altro che indicare un cammino, evitando di formulare « un piano di ricostruzione » in senso organico, o anche solo un vero e proprio « enunciato di principii ricostruttivi » (12). In sostanza, le indicazioni di Orlando furono prevalentemente di natura 'tecnica': al centro del suo discorso stava la necessità di adoperare la « tecnica pandettistica » per la sistemazione del complesso materiale giuspubblicistico (13). Il problema che qui Giannini solleva è collegato al tema del'germanismo', quale presunto 'vizio' di origine della scienza

---

(10) Originariamente pubblicati in *Studi Sassaresi*, XVIII (1940), ora ristampati in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-263, con una *Postilla*, 1973 dell'Autore (pp. 263-274).

(11) La vicenda delia scienza del diritto amministrativo è certamente compresa nel più ampio tema delle origini storiche della scienza di diritto pubblico, costituendo — rispetto a quest'ultima — sul piano storiografico nient'altro che una specifica angolatura d'indagine: pertanto, commentando il contributo di Giannini, e cercando di coglierne gli aspetti più generali, continueremo a parlare di 'giuspubblicistica'. Lo stesso dicasi del più recente saggio di S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, che sarà analizzato più avanti.

(12) Giannini, *Profili storici*, cit., p. 240. Giannini fonda qui la propria opinione su alcune affermazioni dello stesso Orlando, il quale, nella *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (in *Diritto pubblico generale. Scritti varii [1881-1940] coordinati in sistema*, Milano, 1940, pp. 23-39), ripensando alle sue prolusioni degli anni Ottanta sul metodo 'giuridico' e sulla necessità di una sua applicazione sul terreno — fino ad allora generalmente negletto dai giuristi — del diritto pubblico, si soffermava sulla « semplicità » di quegli scritti giovanili, sull'assenza in essi della « forma pericolosa e difficile di una teorica », sul loro « ridursi ad alcune indicazioni di utilità pratica » (pp. 24-26), e più ancora si rallegrava del fatto che la scuola nata sulla scia di quelle sue indicazioni non si fosse « attardata in dispute metodiche », preferendo il 'concreto' lavoro sui 'contenuti' (*ibid.*).

(13) Giannini, *Profili storici*, cit., p. 242.

italiana di diritto pubblico; l'obbiettivo dello studioso è quello di dimostrare quanto sia infondata l'accusa — mossa alla giuspubblicistica italiana di fine secolo — di pedissequa imitazione della dottrina tedesca.

In realtà, proprio Vittorio Emanuele Orlando — comunemente considerato in tal senso il maggior 'responsabile' — aveva voluto semplicemente fornire alcune indicazioni di natura 'tecnica', secondo le quali si consigliava agli studiosi italiani di diritto pubblico di avvalersi di alcune nozioni elaborate dalla pandettistica tedesca, di organizzare secondo più evoluti criteri d'indagine l'informe materiale a disposizione.

È dunque arbitrario parlare di 'pedissequa imitazione' e si dovrebbe invece più esattamente mettere in luce il « ceppo comune » della scienza italiana e tedesca, costituito appunto dalla pandettistica (14). Su questo ceppo, la pianta della giuspubblicistica italiana è cresciuta in direzioni autonome, avvalendosi, secondo Giannini, dei contributi della scienza francese, in particolar modo per ciò che riguarda « l'aderenza ai fattori non giuridici della vita associata e l'osservazione costante della pratica giurisprudenziale », ma soprattutto riannodandosi alla « nostra tradizione, che possedeva uno spiccato senso di misura e di equilibrio e una sensibile conoscenza del valore reale del diritto positivo » (15).

Ritorna qui — come vediamo — il tema della 'duplicità' delle dottrine giuspubblicistiche della fine dell'Ottocento, al quale già ci siamo riferiti nelle pagine precedenti sotto il profilo più specifico della figura di Orlando; torna, cioè, il tentativo di individuare due distinte tradizioni politico-culturali, entrambi ben presenti nella scienza di diritto pubblico della fine del secolo scorso, l'una derivata dalla cultura giuridica tedesca, tendenzialmente protesa ad esaltare il primato della volontà statuale insieme alla capacità della scienza giuridica di costruire un sistema autosufficiente di principii giuridici, l'altra in qualche modo fondata sulla 'nostra tradizione', più aperta allo studio delle forze sociali — dei 'fattori non giuridici', del 'valore reale' del diritto positivo — più propensa ad adottare un criterio 'realista' d'indagine.

---

(14) *Ibid.*, p. 243.
(15) *Ibid.*, pp. 243-244.

Giannini concludeva il suo saggio del 1940 con toni essenzialmente ottimistici, confidando nella pronta ripresa di questa tradizione 'realista', dopo la chiusura formalistica dei primi decenni del secolo: le difficoltà della scienza di diritto pubblico nella comprensione dei « nuovi fenomeni » sono dovute ad una « passeggera crisi di crescenza », ad una mera « insufficienza di problematica » (16). L'errore commesso è ben chiaro: si è voluto trascendere le indicazioni 'tecniche' di Orlando per assorbire dalla pandettistica, sviluppatasi essenzialmente nel campo del diritto privato, anche la 'problematica', impedendo così alla riflessione dei giuspubblicisti di trovare un proprio autonomo spazio, sospingendola inevitabilmente a costruire tutte le sue figure sulla base dei modelli privatistici (17).

La specifica posizione di Orlando nella vicenda storica descritta è stata ulteriormente chiarita dallo stesso Giannini nel 1973, riesaminando il contenuto del suo saggio del 1940. Proprio riferendosi alle sue conclusioni di allora, egli afferma: « Scoprire nuove problematiche era possibile in quanto ci si impegnasse in precise analisi giuridiche del mondo reale delle amministrazioni publiche; in questo senso nello studio si indicava in V.E. Orlando il capofila che aveva mostrato come il possesso sicuro di un complesso di nozioni teoriche potesse servire in quanto non lo si applicasse ad un oggetto consistente in altre nozioni teoriche, ma direttamente al mondo reale » (18). In questo modo, il rinnovamento della scienza di diritto pubblico veniva impostato su una sorta di ritorno alle origini, alla riscoperta di quel 'realismo' che si

---

(16) *Ibid.*, p. 261.

(17) La scienza di diritto amministrativo si trovava così a « riprendere l'atto amministrativo sul negozio privato, il soggetto amministrativo sul soggetto privato, la responsabilità amministrativa sulla responsabilità privata »: *Ibid.*, p. 256; Giannini forniva anche delle indicazioni in positivo, sottolineando, proprio in relazione alla necessità di costituire un'autonoma problematica amministrativistica, le carenze di studi in due settori specifici: il funzionamento dei poteri nei loro rapporti interni e la posizione degli amministrati di fronte alle pubbliche amministrazioni (p. 257); suggerendo, infine, quale ideale punto di partenza per una ricostruzione in questo senso, l'opera e l'insegnamento di Santi Romano. Gli sviluppi successivi dell'opera di Giannini sono stati analizzati da S. Cassese, *Cultura e politica*, cit., pp. 114-132.

(18) Giannini, *Postilla 1973*, cit., pp. 270-271.

considerava insito nella nostra 'tradizione', e che appariva ancora così vivo nell'opera di Orlando (19).

Su questa ipotesi ci sembra costruito anche il volume di Sabino Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, che non a caso contiene nelle primissime pagine una decisa rivalutazione della fase c.d. 'preorlandiana', nella quale ad una sostanziale apertura alla filosofia, alla storia ed alla politica si accompagnava, secondo l'Autore, una notevole critica dello stato delle istituzioni, in particolare sotto il profilo dell'accentramento (20). Il momento di svolta è collocato da Cassese nel corso degli anni Ottanta ed attribuito ad una vicenda più generale « in cui i giuristi furono protagonisti minori, se non mere comparse »; si tratta « della prevalenza della componente romantica reazionaria su quella moderata nel pensiero liberale dell'Ottocento » (21), che assunse in Italia la forma specifica di dilagante 'germanismo', e che ebbe il suo alfiere in Silvio Spaventa (22).

Orlando non fece altro che inserirsi in questa tendenza in atto e lavorare per la sua affermazione all'interno della scienza giuridica, operando così per l'accantonamento dei contributi della « vecchia scuola democratica » (23); è questa la componente 'politica' del

---

(19) L'operazione non riuscì; ed è lo stesso Giannini ad ammetterlo nel suo intervento del 1973, fornendo un quadro assai critico della riflessione giuspubblicistica, in particolare proprio sotto il profilo di un ulteriore attardamento nella scoperta di « nuove problematiche »: *Ibid.*, p. 273.

(20) CASSESE, *Cultura e politica*, cit., pp. 9-15.

(21) *Ibid.*, p. 16.

(22) *Ibid.*, pp. 18-21. Il giudizio sullo statista della Destra è assai duro: « la supremazia della legge è affermata da un antidemocratico, l'imparzialità per motivi partigiani, la legalità amministrativa perché venisse riconosciuta una voce all'organo politico nel quale il passaggio all'opposizione aveva costretto la Destra e Spaventa » (p. 20). La contrapposizione con altre correnti politico-culturali del tempo, come i moderati lombardi, è altrettanto netta: questi ultimi, per quanto soccombenti, si dichiarano contrari « ai tedeschi teorizzatori dello Stato di diritto, alla filosofia hegeliana, agli Spaventa per il loro 'statalismo'. A loro interessava la conservazione dell'ordine morale per il progresso civile; Stato nazionale e libertà municipali, non lo Stato etico » (p. 21). Per un diverso contributo sulla collocazione di Silvio Spaventa nella riflessione politico-giuridica italiana, cfr. anche F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, pp. 18-50.

(23) CASSESE, *Politica e cultura*, cit., p. 18.

pensiero di Orlando, che coincide con la sua battaglia per il metodo 'puro', e che si concretizza nella sua sostanziale « adesione di politico-giurista » alle istituzioni esistenti ed alle loro linee di sviluppo (24). Sotto questo profilo, Orlando svolge — secondo Cassese — una funzione non dissimile da quella già svolta da Laband per il *Reich* bismarckiano: identico nei due giuristi è lo sforzo di legittimazione delle istituzioni esistenti (25).

L'altro motivo che Cassese ritiene dominante in Orlando è qui definito di ordine 'metodologico', e consiste nella distinzione tra legge e diritto più volte affermata dal giurista siciliano, nel fondarsi del secondo nelle 'convinzioni generali' della collettività, nel livello 'storico' da essa raggiunto, molto più che nella volontà del legislatore astrattamente considerata (26).

Nel quadro di una sostanziale 'politicizzazione' del pensiero di Orlando, Cassese individua la matrice di questa seconda componente dell'opera del giurista siciliano in « una certa apertura democratica », che avrebbe funzionato da antidoto contro lo statualismo formalista di stampo germanistico (27).

---

(24) *Ibid.*, p. 23.

(25) *Ibid.*, p. 26; sono qui riprese esplicitamente le conclusioni del noto volume di W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974: « La funzione giuridico-politica del metodo 'giuridico' dopo il 1870 consistette specialmente nel legittimare i rapporti di diritto pubblico del *Reich* imperiale appena fondati e nell'assicurarne l'esistenza con l'escludere ogni critica politica di sorta » (p. 177).

(26) Cassese, *Cultura e politica*, cit., pp 23 e ss.

(27) *Ibid.*, p. 26; qui Cassese richiama più volte l'opinione di V. Crisafulli, *Significato dell'opera giuridica di V.E. Orlando*, in *Annali Triestini*, XXIII.1.4 (1953), pp. 19 e ss., il quale aveva sottolineato la presenza di Montesquieu e di Constant, oltre che dei tedeschi, nella cultura politica di Orlando (pp. 25-26), e che così aveva concluso questa parte della sua analisi: « Orlando non è un formalista, non si pone in atteggiamento di feticismo conformista di fronte alla formula scritta della legge, ricerca e trova il diritto, oltre e prima che nelle leggi, nel fatto, nella natura e nel modo di essere e di svolgersi dei fenomeni sociali » (p. 30). La posizione di Crisafulli nel 1953 era però in realtà assai più complessa, dal momento che egli si affrettava ad aggiungere: « Ma nell'analisi del fatto, del fenomeno sociale, egli [Orlando] è poi indotto ad attribuire il peso decisivo ai fattori genetici e cioè alla tradizione contro la quale nulla varrebbe l'imperativo della legge; ché anzi la stessa legge non sarebbe più di una 'consacrazione ufficiale di regole e norme acquisite dalla coscienza generale della comunità': questo è il limite conservatore, che rappresenta l'altro aspetto, inseparabilmente connesso, della sua dottrina » (p. 30). In definitiva, nell'attenzione di Orlando al 'fenomeno sociale', le 'aperture democratiche' sono inestricabilmente connesse al 'limite conservatore'.

A conferma della sostanziale continuità del giudizio storiografico sull'opera orlandiana torna in primo piano, anche nel volume di Cassese, la presunta 'duplicità' dell'opera del giurista siciliano, la presunta coesistenza in essa di elementi diversi e contrarii, meramente giustapposti e tra loro in continuo conflitto (28).

È un conflitto che è proseguito anche oltre Orlando, e che si è risolto decisamente a favore della componente statualista e formalistica, ad opera di giuristi che iniziarono ad operare all'inizio di questo secolo, influenzati da elementi post-pandettistici e positivistico-kelseniani (29): qui sta per Cassese la svolta decisiva, dunque nel dopo-Orlando, e non in Orlando medesimo.

Di lui rimane, nei suoi allievi, l'elemento 'politico' formalistico del metodo 'puro', mentre scompaiono le 'aperture democratiche', come pure si eclissa la componente 'realista' del suo pensiero. Questa la conclusione di Cassese: « nel legame ideologico coi principi liberalstatalistici, il *realismo*, in Italia, non riuscì ad uscire da un'*impasse* che si può dire interna: non riuscì a fondarsi scientificamente, ad adottare un metodo » (30).

E dunque, riformulando in altri termini le conclusioni qui riportate: la pianta del realismo non riuscì ad attecchire nel campo della scienza italiana di diritto pubblico, perché nei giuspubblicisti italiani prevalse su tutto l'istanza ideologica, la necessità di difendere e consolidare le istituzioni esistenti. Si finì così per trascurare l'*altro* Orlando, quello che, distinguendo tra diritto e legge, poneva l'accento sulla necessaria fondazione della seconda nel più ampio ordine giuridico dell'intera collettività; il giurista di diritto pubblico finì per divenire sempre più quello che Orlando mai aveva voluto essere, riducendo i suoi compiti negli angusti confini di una mera tecnica di sistemazione delle forme di esercizio della volontà statuale.

Questo, in estrema sintesi, il punto al quale ci sembra giunta la

---

(28) CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 27. Cassese riprende qui esplicitamente l'interpretazione di Volpicelli: cfr. *supra*, nota 9.

(29) CASSESE, *Cultura e politica*, cit., pp. 30-52: è particolarmente messa in luce l'opera di Ugo Forti (p. 36); ed anche quella di Donato Donati (p. 41).

(30) *Ibid.*, p. 36; i corsivi sono di Cassese.

riflessione storiografica su Orlando; questa l'immagine delle vicende della scienza di diritto pubblico, che essa ci fornisce.

Noi crediamo, per parte nostra, che un approfondimento non sia inutile; che i risultati fin qui conseguiti meritino di essere ridiscussi. In particolare, una cosa sorprende lo studioso che riesamini — così come noi abbiamo cercato di fare in queste pagine — la storiografia sull'opera orlandiana: l'estrema genericità con la quale ci si riferisce al 'realismo ' del giurista siciliano. Volta per volta, esso assume significati del tutto diversi, se non opposti; così può essere sinonimo di 'storicismo', nell'individuazione di uno stretto legame di Orlando con le dottrine della Scuola Storica di Savigny (31), oppure essere associato alle 'aperture democratiche' di Orlando medesimo (32).

Questa, in conclusione, ci sembra la via da battere: precisare, e situare storicamente, il contenuto del 'realismo' orlandiano; verificare quanto quel 'realismo' sia in realtà in contraddizione, all'interno dell'opera di Orlando, con l'altro elemento dello 'statualismo'; o quanto, invece, esso rappresenti il tentativo della *scientia iuris* di fornire una lettura in termini giuridici della *totalità* della vita collettiva, che abbia come sua ultima conseguenza proprio la nozione della personalità giuridica statuale, posta al centro del sistema di diritto pubblico; collocare, infine, la 'realtà' cui Orlando si riferisce nel suo contesto storico, nell'ambito di un liberalismo politico ed economico ancora fiducioso in un 'naturale' accomodamento dei contrastanti interessi scaturenti nel seno della società civile, in un armonico integrarsi di quest'ultima nelle istituzioni, ancora inconsapevole dell'esplosività delle contraddizioni sociali, che matureranno solo a cavallo tra il vecchio ed il nuovo secolo.

Affrontando questi molteplici problemi, analizzeremo il contenuto di diversi contributi di Orlando, di solito trascurati dagli studiosi che si sono occupati della sua opera. La produzione giovanile del giurista siciliano, anteriore alla pubblicazione del primo

---

(31) È la linea direttrice dell'interpretazione di E. CROSA, *Orlando Maestro e scienziato*, cit., spec. p. 23.

(32) È l'operazione compiuta da Cassese, nel saggio più volte ricordato.

volume del celebre *Trattato di diritto amministrativo*, del 1897 (33), non può essere ricondotta per intero alla pur rilevante prolusione palermitana del 1889 su *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (34), di solito posta al centro delle indagini sul giovane Orlando.

In questo periodo, a partire dal primo saggio del 1881 (35), abbiamo un'intensa attività scientifica del nostro giurista, che si articola a più livelli, da una serie di scritti minori della prima metà degli anni Ottanta alle prime edizioni dei *Principii* di diritto costituzionale e amministrativo (36), fino a giungere, negli anni Novanta, alla esplicita formulazione del programma che sta alla base della cosiddetta scuola 'siciliana' e della connessa fondazione dell'*Archivio di diritto pubblico*, voluto e promosso dallo stesso Orlando (37).

La scoperta di questa parte dell'opera del nostro giurista riserverà non poche sorprese, proprio attorno alla vessata questione del 'realismo'.

2. Nel 1940, riunendo in un unico volume i suoi scritti minori, disseminati per più di mezzo secolo in varie riviste italiane ed europee, Vittorio Emanuele Orlando non seppe resistere alla tentazione di includere nella raccolta anche un saggio dell'81 dedicato alle 'forme' ed alle 'forze' politiche secondo Herbert Spencer (38),

---

(33) *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I, Milano, 1897.

(34) V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, prolusione ai corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta alla R. Università di Palermo l'8 gennaio 1989, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 3-23; d'ora innanzi citeremo il volume con la sigla *D.P.G.*

(35) V.E. Orlando, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, in *D.P.G.*, pp. 557-578 (originariamente in *Rivista Europea*, marzo 1881).

(36) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889; *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891.

(37) *L'Archivio di diritto pubblico* si stampò a Palermo sotto la Direzione di Orlando dal 1891 al 1896.

(38) V.E. Orlando, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, in *D.P.G.*, cit., pp. 557-578 (Appendice); il saggio è generalmente trascurato dalla letteratura su Orlando: lo hanno messo in rilievo solo G. Ambrosini, *Diritto, Stato e comunità superstatale nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, III (1953), pp. 787-790; e, in modo assai più ampio, F. Tessitore, *Crisi e*

scritto a soli ventun anni, quando il nostro giurista neppure aveva terminato i suoi studi universitari (39).

L'inclusione del precocissimo studio fu anche esplicitamente giustificata da Orlando, che in esso volle vedere una sorta di intuizione anticipatrice dello « spirito animatore » di tutta la sua opera (40).

In effetti, il futuro propugnatore del metodo 'giuridico' nel campo del diritto pubblico perseguiva già con questo saggio uno scopo ben definito: verificare « quale nuova figura assumano le questioni più ardue del diritto pubblico moderno » alla luce della filosofia positivista ed evoluzionista — specialmente spenceriana — che proprio in quegli anni si stava rapidamente diffondendo in Italia (41).

Non si tratta dunque di una superficiale 'infatuazione' filosofica giovanile; ed è invece già il *giurista* che ricerca un *nuovo* fondamento al suo operare scientifico.

Noi crediamo anzi che questa osservazione preliminare debba costituire il filo conduttore per una probante analisi del saggio dell'81; il problema non è tanto di andare alla ricerca di una precoce filosofia politica orlandiana più o meno in sintonia con lo spencerismo allora divulgato in Italia, ma di comprendere in qual modo quest'ultimo aiuti il giovane giurista di diritto pubblico a definire i confini e le finalità della sua scienza.

---

trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento, Napoli, 1963, pp. 117-120. Nel volume di Tessitore si offre anche — seppur sommariamente — un quadro più generale della cultura politico-giuridica del tempo, in particolare proprio per ciò che riguarda la recezione in Italia dell'opera di Spencer (e di quella di Comte), ed il fondersi in molti giuristi — come Icilio Vanni o Biagio Brugi — dei richiami al sociologismo evoluzionista con i tradizionali temi della Scuola Storica (*ibid.*, pp. 96-114). Avremo occasione di riferirci al nesso Orlando-Scuola Storica in più punti della nostra trattazione. Alcune osservazioni sulla recezione di Spencer in Italia anche in G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Bologna, 1970, pp. 202 e ss.

(39) Orlando era nato a Palermo nel 1860; terminò i suoi studi universitari proprio nel 1881, e l'anno successivo conseguì — ancora a Palermo — la libera docenza in diritto costituzionale; salì la Cattedra di diritto costituzionale a Modena nel 1885, per passare nell'86 a Messina, e da qui a Palermo nel 1889, dove tenne contemporaneamente l'insegnamento del diritto costituzionale e del diritto amministrativo.

(40) *D.P.G.*, p. 556.

(41) V.E. Orlando, *Delle forme e delle forze*, cit., p. 557.

Ciò che principalmente interessa Orlando nella teoria di Spencer è il tentativo del filosofo inglese di passare dall'analisi delle forme di governo alla scienza che studia le forze che le hanno prodotte, le leggi 'generali' di evoluzione dell'intera collettività: « Nei grandi avvenimenti storici il caso o l'arbitrio non hanno influenza alcuna. Tutto ubbidisce ad una legge: se non che l'efficacia di questa è palese soltanto nei suoi effetti, ma la legge medesima nella sua intima potenza causale sfugge agli occhi nostri » (42).

Questa l'indicazione più efficace per il diritto pubblico: non soffermarsi ulteriormente sugli 'effetti' della evoluzione storica, sulla 'validità' delle 'forme' politiche — Monarchia, regime costituzionale puro, Governo parlamentare —, ma risalire all'analisi delle 'forze' determinanti nel processo che ha condotto alla formazione delle istituzioni: come vediamo, siamo già nel cuore del 'realismo' orlandiano.

Il problema è però comprendere quali siano per Orlando queste 'forze' politiche, e come la loro individuazione aiuti il giurista di diritto pubblico a risolvere i problemi-base della sua ricerca.

L'indagine storica, etnologica, sociologica — e, più precisamente, quella di Spencer — ha per Orlando ormai dimostrato che *ogni* governo, al di là delle forme in cui si manifesta, si fonda su una 'forza' fondamentale, sul « *sentimento generale* del popolo organicamente considerato » (43). Proprio qui sta la 'novità', giudicata « di un'infinita importanza e tale da cambiare radicalmente taluni criteri fondamentali del diritto pubblico moderno » (44); è stato « errore gravissimo » reputare che il re dispotico abbia ricevuto il suo potere « per diritto storico », ed il presidente di una repubblica « per diritto conferito dal popolo ». Sono queste nient'altro che *forme* di esercizio della sovranità, ma quest'ultima ha il suo *fondamento* in una forza « unica », costituita dell'insieme delle « condizioni storiche, sociali, etnologiche, economiche » di un certo popolo in una certa fase storica: « Come si vede, è una forza naturale che agisce sulle nazioni e determina le forme sociali e politiche con le quali esse

(42) *Ibid.*, p. 566.
(43) *Ibid.*, p. 559; il corsivo è di Orlando.
(44) *Ibid.*, p. 561.

si governano. Forme infinitamente diverse, forza essenzialmente unica » (45).

Si comprende allora in quale direzione cammini secondo Orlando il mutamento radicale dei 'criteri fondamentali' del diritto pubblico moderno, in particolare per ciò che riguarda il problema-base della sovranità: è a questo punto che il discorso del giurista siciliano si fa più esplicito, che la teoria spenceriana appare sempre più chiaramente nella sua autentica dimensione di *presupposto* della riflessione giuridica, o fors'anche di mera occasione, da Orlando sfruttata per lanciare il dibattito sui compiti della scienza giuridica di fronte alle istituzioni.

Le domande sottese a tutto il saggio sono le seguenti: esiste un punto di vista specificamente 'giuridico' nel considerare il tema dello Stato? Quali costruzioni possono mai edificare i giuristi nel campo del diritto pubblico, se il presupposto del loro lavoro è quasi necessariamente una teoria politica, sia essa ispirata al diritto 'storico' o alla sovranità popolare?

Ecco dunque lo sforzo da compiere: passare dal dibattito 'politico' sulle 'forme' di governo alla 'obiettiva' rilevazione della forza 'unica' che sta alla base di qualsiasi manifestazione istituzionale collettiva, del « *sentimento generale delle Comunità* » (46), autentica fonte del potere sovrano, in qualsiasi 'forma' esso si manifesti.

Ma allora appare chiaro che proprio nel 'realismo' di Orlando, nel tentativo del nostro giurista di andare al di là dell'analisi delle 'forme' politiche, si ha il nucleo primo di una *specifica* considerazione giuridica del fenomeno statuale, di una teoria *giuridica* della sovranità.

È nella società civile, e nella riducibilità delle sue contraddizioni entro lo schema di una 'comunità' organicamente progrediente, che si cerca il fondamento 'giuridico' della sovranità, la legittimazione stessa delle istituzioni: « lo Stato è l'*organismo della nazione (Volksordnung)* » (47), e compito primo dei governi e dei legislatori è

---

(45) *Ibid.*, pp. 569-570.

(46) *Ibid.*, p. 570; il corsivo è di Orlando.

(47) *Ibid.*, p. 571; il corsivo è di Orlando. Egli considera qui « fondamentale per il diritto pubblico moderno » il concetto « organico » di Stato, e cita il giuspubblicista tedesco Johann Kaspar Bluntschli (*Ibid.*): l'opera principale di Bluntschli, lo *Allgemeines*

« uniformarsi a questa forza storica onnipossente » (48), al 'profondo' ordine storico-giuridico della collettività.

Solo così la legge si svincola — quale atto autoritativo — dall'arbitrio, sia esso di un solo uomo, come nell'antico dispotismo, o della volontà generale, come nei modelli giacobini della Rivoluzione francese, e si pone nella dimensione 'obiettiva' — 'giuridica' — di principio regolante la vita collettiva (49); l'attenzione del giurista alle 'forze' politiche è il fondamento primo del suo operare scientifico da giurista.

Questo tipo d'interpretazione del saggio dell'81 è confermato da quanto Orlando scrive appena due anni dopo, tornando sul tema: « Che ogni forma politica abbia un'importanza meramente relativa, che nel campo del diritto nulla vi sia di casuale e di arbitrario, che le varie istituzioni politiche e sociali siano il prodotto naturale di quei principii derivati dalla coscienza giuridica dei popoli, son verità le quali sorgono irrefragabili dalla storia di tutti i popoli in qualunque stadio di civiltà, ed erano state, assai prima di Spencer, scientificamente provate dagli scrittori della scuola storica » (50).

L'incontro giovanile di Orlando con il positivismo evoluzionista è qui ridimensionato dallo stesso Autore, confermato solo in quanto esso possa dirsi funzionale all'individuazione di un nucleo 'naturale' ed 'obiettivo' della realtà sociale. Tale nucleo è definibile sulla base degli insegnamenti della Scuola Storica, e solo ad opera della scienza

---

Staatsrecht geschichtlich begründet, ebbe grandissima diffusione in tutta Europa; la prima edizione dell'opera è del 1852 (München), ma è conosciuta soprattutto — e così probabilmente anche da Orlando medesimo — nella edizione del 1875 (Stuttgart), in tre volumi, con il titolo di *Lehre vom modernen Staat*.

(48) Orlando, *Delle forme e delle forze*, cit., p. 576.

(49) *Ibid.*, p. 578: è la conclusione del saggio.

(50) Orlando, *La genesi delle istituzioni politiche*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, I (1883), pp. 573-579 (citazione nel testo da p. 578). Merita di essere riportata anche la conclusione del saggio di Orlando: « Per questo riguardo, noi crediamo che la scienza di diritto pubblico si sia assai più giovata dei lavori compiuti entro la modesta cerchia dei grandi campioni della scuola storica — pur tenendo in giusto conto i loro errori ed evitandoli — anziché delle grandiose concezioni dei moderni sociologi evoluzionisti » (p. 579). Orlando interverrà più volte, nel corso degli anni Ottanta, sulle pagine della 'Rassegna' fiorentina, la quale svolse allora un importante ruolo di aggregazione di un certo liberalismo moderato non del tutto insensibile ai problemi della società civile del tempo.

giuridica, il cui primato epistemologico è qui sostenuto con decisione.

Lo stesso concetto 'organico' di Stato — da Orlando considerato fondamentale per il diritto pubblico moderno anche nel saggio dell'81 — è riaffermato sotto il profilo esclusivamente 'giuridico', in chiave di primato della 'coscienza' giuridica popolare, di un suo necessario integrarsi nelle istituzioni, mentre è recisamente negata ogni suggestione relativa allo Stato come 'corpo organico', ogni frettolosa analogia tra organismi individuali e collettivi, con la connessa subordinazione — da Orlando particolarmente temuta — delle scienze sociali, storiche e giuridiche alla biologia ed alla psicologia (51).

Nessuna delega, dunque, alle scienze naturali, ma impatto diretto della scienza giuridica con la società civile, con il problema-base del suo rapporto con le istituzioni. Estrarre dalla complessità della vita sociale una nozione 'giuridica' di 'popolo' — la forza 'unica' del saggio dell'81 —, definire giuridicamente il suo rapporto con lo Stato: questi i problemi che tormentano il giovane Orlando.

E non solo sul piano epistemologico o di teoria generale della società. Già nell'83 Orlando affronta di petto uno dei problemi più scottanti del suo tempo, connesso in modo diretto al rapporto società civile-istituzioni: la riforma elettorale.

Il suo studio, intitolato proprio *La riforma elettorale* (52), trascende certamente i confini dell'immediata presa di posizione nell'ambito dell'acceso dibattito di quegli anni sul diritto elettorale (53),

---

(51) *Ibid.*, p. 573. Le dottrine di Spencer sono riviste sotto questo profilo, e si dichiara esplicitamente che il filosofo inglese non sarebbe pervenuto a tutta una serie di 'errori' e di 'deformazioni', se « nelle materie storiche e giuridiche avesse avuto quella vastità di cognizioni che ha in biologia e in psicologia » (*ibid.*, p. 578).

(52) V.E. Orlando, *La riforma elettorale*, Milano, 1883 (opera premiata dal R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere).

(53) Con la riforma elettorale del 1882 — varata con il T.U. del 24 settembre 1882 — si stabilì che fossero elettori tutti i cittadini maschi che avessero compiuto il ventunesimo anno di età, e che fossero in possesso di una licenza di seconda elementare, o, in difetto di essa, pagassero annualmente per imposte dirette almeno lire 19,80. In tal modo si estendeva in gran misura il diritto di voto, prima fondato su un censo più elevato e limitato ai cittadini venticinquenni, con il risultato che gli elettori che erano stati nelle elezioni del 1880 poco più di seicentomila — pari al due per cento circa della

ponendosi in realtà all'inizio di tutta una serie di saggi da Orlando dedicati alla concreta sperimentazione del nascente metodo 'giuridico' su singoli e specifici problemi del diritto pubblico.

Fin dalle pagine iniziali, il nesso con il saggio di due anni prima su Spencer appare del tutto evidente. Ritorna infatti il problema della sovranità, con una netta distinzione tra le concezioni 'politiche' (54) e quella 'giuridica', secondo la quale per sovranità deve intendersi « la coscienza della grande persona giuridica »; ossia dello Stato medesimo, nella misura in cui esso sappia adeguarsi a quella 'forza storica onnipossente' che era al centro dell'analisi dell'81 (55).

Dalla percezione di tale 'forza' si deve partire per comprendere anche il fenomeno delle elezioni politiche, e soprattutto per inquadrare la funzione del corpo elettorale nel sistema di diritto pubblico. È ad essa che Orlando pensa quando afferma che « uno Stato si fonda sul consenso generale del popolo », e che « una delle principali conseguenze di tale principio... è che in ogni Stato tutte le classi contribuiscono alla formazione e all'indirizzo di esso per vie latenti ma poderose » (56): le 'vie' delle quali il nostro giurista parla sono quelle dello « spirito pubblico », il quale « non abbisogna di rappresentanza né di diritti per farsi sentire », poiché contiene in sé una « forza » tale da costringere alla lunga i governi ad agire nella direzione che esso richiede (57).

Si può allora porre un primo punto fermo: il problema del 'consenso generale' è per Orlando *già* risolto al momento in cui si affronta quello delle elezioni poiché è collocato — rispette ad esse — ad un livello del tutto diverso: mentre è *necessario* — e, alla lunga, inevitabile — che qualsiasi governo si adegui allo 'spirito pubblico',

---

popolazione del Regno — passarono nelle elezioni dell'ottobre del 1882 ad oltre due milioni, pari al sette per cento della popolazione totale. Le notizie, tratte da G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. VI, Milano, 1974, pp. 152-153, possono essere utili per valutare la portata del problema che Orlando affrontava nel suo scritto del 1883.

(54) Concezioni 'politiche' erano senza dubbio quelle di 'sovranità del Principe' o di 'sovranità popolare', le quali dovrebbero ormai — secondo Orlando — « appartenere alla storia della scienza costituzionale »: *La riforma elettorale*, cit., p. 14.

(55) *Ibid.*, p. 15.

(56) *Ibid.*, pp. 53-54.

(57) *Ibid.*, pp. 91-92.

il diritto elettorale si pone per intero su un piano di *opportunità*, di ricerca delle 'forme' più adatte alla manifestazione del consenso.

Certamente Orlando si occupa anche delle 'forme', esprimendo dei giudizi di netta ripulsa del suffragio universale, e dichiarandosi favorevole ad una regolamentazione del diritto di voto fondata sulle 'capacità' dell'elettore — e più specificamente sul censo —, ma non è qui, a nostro avviso, la nota dominante il saggio dell'83 (58).

Questa consiste invece nella distinzione orlandiana tra dottrina 'giuridica' del consenso e dibattito 'politico' sull'ampiezza del diritto elettorale; il vero obiettivo del giovane giurista è quello di affermare con forza la centralità di quella dottrina, il fatto che qualsiasi sistema elettorale mai potrà intaccare l'unitarietà della 'coscienza' giuridica collettiva, il suo 'necessario' riflettersi sulle istituzioni.

Così Orlando tende soprattutto a svelare i sottintesi 'politici' del dibattito intorno al diritto elettorale, cercando di assumere un punto di vista 'diverso' e 'superiore'.

Infatti, secondo il giurista siciliano, sia i sostenitori del suffragio universale, sia coloro che lo avversano, muovono da considerazioni di carattere politico e sociale: i primi temendo l'aprirsi di una troppo profonda spaccatura tra istituzioni e grandi masse popolari escluse dal voto (59), i secondi pensando soprattutto ad una possibile rivoluzione sociale conseguente all'attivazione politica di quelle medesime masse (60).

In opinioni del genere è già implicita — secondo Orlando — la rinunzia ad una soluzione 'giuridica' del problema; esse sono conseguenti « a quel pregiudizio per il quale le varie classi sociali sono

---

(58) Orlando critica a fondo le dottrine contrattualistiche della Rivoluzione francese, e la concezione del diritto di voto come diritto naturale che spetta all'uomo in quanto tale (*Ibid.*, pp. 41 e ss.), contrapponendovi l'idea del diritto elettorale come dovere di collaborazione del cittadino al benessere dello Stato e della vita collettiva, sulla scia della tradizione di pensiero tedesca, nell'ambito della quale Orlando, come già nell'81, valorizza in modo particolare il contributo di Bluntschli, considerato il « principe dei pubblicisti moderni » (*Ibid.*, p. 3; e più in generale sui tedeschi anche pp. 61 e ss. e 102 e ss.). Per le critiche di Orlando al suffragio universale, cfr. pp. 66 e ss.; per le conclusioni di Orlando in ordine al suffragio limitato per censo, da lui sostenuto, cfr. pp. 199 e ss.

(59) *Ibid.*, pp. 86 e ss.

(60) *Ibid.*, pp. 200 e ss.

considerate in una specie di lotta, di guerra, di odio continuo »; al contrario, secondo il nostro giurista « la società umana è ordinata in modo che le varie classi di essa stanno in rapporti strettamente organici » (61), tanto che si può affermare che « quel *bellum omnium contra omnes* che si descrive in Italia fortunatamente è un sogno. Nessun popolano ho inteso lamentare la mancanza del voto politico, e molto meno attribuire i proprii guai alla *tirannide borghese* » (62).

In Italia, in definitiva, esiste lo spazio necessario per affrontare in termini 'giuridici' le tematiche attinenti al rapporto tra Stato e società civile, proprio perché la questione sociale non appare nei fatti così centrale come taluni sostengono; è cioè proponibile una visione unitaria della società civile, un suo sintetico esprimersi in quello 'spirito pubblico' — la 'forza' unica del saggio dell'81 su Spencer — che domina molte delle pagine del saggio orlandiano che stiamo esaminando.

Tale 'spirito' è, non solo il fondamento più autentico e profondo della sovranità statuale — come già abbiamo visto —, ma anche il più potente generatore di principii comuni a tutte le classi sociali, il più valido antidoto contro gli 'egoismi' di classe (63).

In esso si sintetizzano quella necessaria armonia della società civile, e quella necessaria concordanza tra essa e lo Stato, che Orlando considera imprescindibili presupposti di una impostazione 'giuridica' del problema dello Stato; nella centralità di quello 'spirito' ritroviamo infine l'espressione di un liberalismo ancora ottimisticamente proteso a pensare al futuro del Paese, ancora profondamente convinto del fatto che le nascenti — e crescenti — divisioni sociali niente potranno contro « la generale uniformità di un carattere nazionale » (64).

---

(61) *Ibid.*, pp. 204-205.

(62) *Ibid.*, p. 198; i corsivi sono di Orlando; e cfr. anche, sullo stesso argomento, pp. 195 e ss.

(63) *Ibid*, p. 91.

(64) Le parole sono di Herbert Spencer, e vengono riportate da Orlando, nell'ambito di una più ampia citazione, a p. 90 del volume. Accanto a Spencer, esiste un costante richiamo anche alla concreta esperienza costituzionale inglese, che viene qui portata a modello di un esemplare sviluppo graduale ed 'organico' delle istituzioni e delle libertà civili e politiche; interessante per noi è soprattutto il fatto che l'Inghilterra rappresenta contemporaneamente — nello schema di Orlando — la possibilità di un rapporto non conflittuale tra le classi sociali: *Ibid.*, pp. 27 e ss., pp. 87-89.

Su questo terreno, popolo e monarca ritrovano la loro interiore unità: il primo in quanto « custode geloso delle tradizioni nazionali », il secondo « come scoglio sempre stabile ed inflessibile in mezzo all'imperversare delle tempeste politiche » (65); entrambi rappresentando la necessaria unità e continuità della vita nazionale.

Solo entro un quadro di riferimento di questo tipo, può essere data una soluzione 'giuridica' al problema delle elezioni, poiché solo su questi presupposti è possibile conciliare il criterio del consenso popolare — depurato dai significati 'politici' della sovranità popolare giacobina — con la limitazione del diritto di voto secondo il censo o il grado di istruzione, intesa quest'ultima come opportuna misura 'tecnica' — anch'essa depurata dal significato 'politico' di diminuzione di democrazia — atta ad individuare i cittadini realmente capaci ad esprimere un consenso ragionato (66).

Ma Orlando sa benissimo che la situazione non è così priva di contraddizioni come egli vorrebbe; e dimostra in particolare di tener presente il grave problema dell'astensionismo elettorale e dell'indifferenza dello 'spirito pubblico' italiano (67). Egli diffida però da chi propone una rivitalizzazione della vita politica — soprattutto locale — attraverso lo strumento del partito politico: « Egli è forse necessario che un Paese sia profondamente diviso in partiti avversi ed irreconciliabili perché la sua vita politica sia energica? Pare anzi che codesto sia uno stato patologico. L'Inghilterra offre una splendida prova, mostrando come una vigorosa vita politica possa sposarsi con la più scrupolosa unità nei principii fondamentali. In Italia una vera lotta tra monarchici e repubblicani e fra reazionari e liberali non c'è, ed è desiderabile che non vi sia » (68).

---

(65) *Ibid.*, p. 207.

(66) Si ritrovano in tutto il volume spunti in questo senso: cfr. comunque in modo particolare pp. 117 e ss. e pp. 195-196, dove Orlando parla della mancata dimostrazione, da parte dei sostenitori del suffragio universale, della « sufficienza politica delle nostre plebi ».

(67) *Ibid.*, pp. 139 e ss.

(68) *Ibid.*, p. 140. Si può parlare di vera e propria avversione di Orlando nei confronti dei partiti politici; essa lo spinge, tra l'altro, a dichiararsi contrario allo scrutinio di lista, mettendo in rilievo, in contrapposizione, i benefici impliciti nel sistema uninominale, nel quale si realizza un rapporto 'diretto' tra elettore ed eletto (cfr. spec. pp. 216-217 e pp. 234-235).

Lo 'spirito' pubblico italiano si scuoterà — secondo Orlando — dallo stato di torpore in cui è caduto, ma non acuendo i momenti di tensione e di divisione già esistenti; al contrario, sviluppando gli elementi di coesione del corpo sociale, l'educazione politica collettiva, l'abitudine stessa a riconoscersi in determinate istituzioni (69).

L'unità del corpo sociale: questa veramente sembra essere la preoccupazione dominante nell'opera del giovane Orlando, fin dal saggio dell'81 sulle 'forze' politiche secondo Herbert Spencer.

Il giurista siciliano ritorna continuamente su questo tema, vi finalizza ogni sua ricerca, ogni suo intervento.

Basterà qui ricordare la polemica di Orlando contro il 'socialismo di Stato' — penetrato in Italia dalla Germania —, nel quale egli ravvisa il pericoloso tentativo di risolvere la questione sociale tramite interventi legislativi dall'alto, violanti la 'naturale' direzione dello sviluppo sociale (70). Egli non nega la gravità della situazione, ma confida, al solito, in un progressivo armonizzarsi dei contrastanti interessi, soprattutto sulla spinta di una concorde accettazione dei « principii fondamentali del nostro diritto pubblico odierno » (71): ora che — afferma Orlando — « il vecchio problema politico ha perduto importanza » (72), le istituzioni possono rappresentare un grande fattore di coesione, un grande momento di aggregazione delle 'disperse' membra della società civile (73).

---

(69) *Ibid.*, pp. 141-142.

(70) V.E. Orlando, *Questione sociale e questione politica*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, III (1885), pp. 413-420; l'Orlando liberale e liberista considera ovviamente sviluppo 'naturale' quello che conduce ad un aumento indefinito della produzione e del consumo, sulla base di un'assoluta centralità dell'individuo e della proprietà privata (p. 417).

(71) *Ibid.*, p. 420.

(72) *Ibid.*, p. 419. Afferma Orlando che solo degli « utopisti o dei sognatori » possono ancora pensare al 'problema politico': dopo l'allargamento del diritto di voto del 1882, è divenuto difficile immaginare nuove riforme, ora che « il governo ha una base diretta e continua (anche dal lato formale) nella volontà nazionale »; c'è ancora, per la verità, chi parla, ad esempio, di riforma del Senato, ma « se queste riforme non si maturano, egli è che nessuno si riscalda, ed il popolo neppure vi pensa » (*ibid.*, p. 420).

(73) Anche la parte più radicale dello schieramento politico finirà — secondo Orlando — per accettare i 'principii fondamentali' su cui si reggono le istituzioni politiche (*ibid.*, p. 420).

Agli occhi del nostro giurista, il socialismo di Stato contiene *in nuce* il pericolo di una progressiva subordinazione delle istituzioni al conflitto sociale, di una crescente perdita della loro dimensione 'obiettiva', della loro capacità di svolgere il compito — che Orlando loro affida — di appianamento dei contrasti sociali, di costituzione (o conservazione) della *Comunità* nell'ambito della società civile. Non solo bisogna evitare che i conflitti che agitano il corpo sociale penetrino nelle istituzioni: è necessario anche promuovere — secondo una sorta di movimento inverso — una progressiva estensione delle 'certezze' sulle quali esse si fondano a tutto il complesso della vita associata.

Solo mantenendosi a questo livello, tentando cioè di percepire le grandi linee direttive della riflessione compiuta da Orlando in questi anni, è possibile comprendere certe sue scelte.

Capire, ad esempio, il senso di un saggio da lui dedicato nel 1884 alla storia delle corporazioni nel medioevo e nell'età moderna (74), il quale si inquadra perfettamente nella tematica centrale — da noi individuata — della necessaria unità del corpo sociale, dello 'spirito pubblico' quale fondamento della sovranità statuale.

Non si tratta di un'indagine di 'occasione', ed Orlando tiene subito a sottolinearlo: « Tessere degnamente la storia delle fratellanze artigiane in Italia durante il Medioevo e i tempi moderni equivale a tessere la storia del popolo italiano » (75); in altre parole, significa andare alla ricerca dei 'caratteri' fondamentali del 'popolo' medesimo, e in prospettiva dello stesso diritto pubblico nazionale: è con tale atteggiamento che il nostro giurista si cimenta con la ricerca storica.

Secondo Orlando, la corporazione del medio evo si è costituita in Italia sulla base del *collegium* del diritto romano, al di fuori di una qualsiasi influenza germanica (76); e la questione non è di poco

---

(74) V.E. Orlando, *Delle fratellanze artigiane in Italia. Contributo alla storia giuridica ed economica d'Italia*, Firenze, 1884.

(75) *Ibid.*, p. 9.

(76) È una delle tesi fondamentali del volume: cfr. spec. pp 31 e ss. Sia detto una volta per tutte che non ha per noi interesse, ai fini del presente lavoro, la legittimità storiografica delle tesi sostenute da Orlando. Il fragile libretto orlandiano non è qui, ovviamente, preso in considerazione per il suo contenuto storico-giuridico, bensì

conto, poiché per il giurista siciliano si tratta di acquisire la consapevolezza dell'esistenza di una grande linea di continuità storica, di un lungo « periodo di preparazione, così importantissimo, onde il popolo italiano dai secoli dell'asservimento, dell'ignoranza, della miseria raggiunse quella prosperità meravigliosa, quella potenza militare, quello sviluppo, quella ricchezza dei secoli XIII, XIV e XV » (77).

Si tratta, in altre parole, di comprendere come il feudalesimo non sia mai riuscito in Italia a disperdere per intero la civiltà giuridica romana; come quest'ultima abbia potuto conservarsi ponendosi in seguito come necessario presupposto della rinascita comunale (78).

È nell'ambito di quest'ultima che Orlando colloca il momento decisivo nell'evoluzione storica delle corporazioni; quando esse cercarono di trasformarsi in vere e proprie *istituzioni politiche*, negando la loro 'natura' storica di associazioni di commercio e di produzione (79). Si ha qui l'epoca di massimo splendore delle corporazioni, ma anche — secondo Orlando — l'inizio dell'instabilità politica degli stessi Comuni, l'avvio delle rovinose lotte interne. L'autorità comunale è direttamente influenzata dallo scontro tra gli interessi economici, e si subordina progressivamente ad essi; si pongono i presupposti per la decadenza dei secoli successivi.

Le corporazioni hanno svolto — secondo il giurista siciliano —

---

soltanto per gli apporti che esso può dare alla ricostruzione dell'itinerario speculativo del giovane giurista siciliano. Per questo crediamo di non doverci qui soffermare neanche di sfuggita sulle dimostrazioni della validità della tesi che Orlando cerca di fornire.

(77) ORLANDO, *Delle fratellanze artigiane*, cit, p. 46. Afferma Orlando: « Le gesta gloriose, di che un popolo si vanta, sono l'ultima efficienza di una preparazione lenta, lunga, continua che quelle rende possibili » (*ibid*). Da notare anche che il nostro giurista aveva aperto il saggio citando la *Storia del diritto romano nel medio evo* di Savigny ed il contributo da questi dato ad una visione più articolata del diritto romano nel medio evo, proprio sotto il profilo di una sua costante permanenza (*ibid.*, pp. 21-22); Orlando si dichiara qui « fedele seguace di quella scuola storica, la quale sola è sicura guida nello studio delle umane istituzioni » (*ibid.*, p. 22).

(78) Orlando paragona il medio evo italiano a quello francese, così concludendo: « In Italia, salvo rare eccezioni, mai il popolo arrivò a condizioni così misere [come quelle del popolo francese]. Lo sviluppo continuato e progressivo della sua floridezza e della sua potenza non fu arrestato dal feudalesimo » (*ibid.*, p. 49).

(79) *Ibid.*, pp. 81 e ss.

un ruolo positivo nei secoli precedenti alla rinascita comunale (80), ma debbono giudicarsi negativamente per ciò che riguarda l'epoca successiva; più specificamente dal momento in cui hanno voluto ergersi alla dimensione di *istituzioni*, minando gravemente l'autorità del potere politico e la stessa unità del corpo sociale (81).

Tornano quindi, specialmente nelle pagine conclusive, i consueti temi dell'opera giovanile orlandiana; molteplici insegnamenti validi per l'odierno diritto pubblico possono essere tratti — secondo Orlando — dalla storia delle corporazioni.

In primo luogo, si tratta di recepire un chiaro ammonimento contro gli 'eccessi' di democrazia, ossia contro la tendenza a confondere istituzioni e società civile, con l'inevitabile conseguenza di una rovinosa instabilità collettiva; sotto questo profilo, principio fondamentale del diritto pubblico deve essere la necessaria distinzione tra « classe dirigente » e « classe popolare » (82).

Una volta presa coscienza di tale 'eccesso' di democrazia, della sua natura di 'deviazione' dal processo 'naturale' di crescita del 'popolo' italiano, è necessario riprendere le fila di quel medesimo sviluppo, riaffermando con forza la *necessaria unità* del corpo sociale, dello 'spirito pubblico' nazionale (83).

Tutta l'analisi di Orlando sbocca in un attacco durissimo contro le divisioni sociali, e soprattutto contro chi cerca di istituzionalizzarle, proponendo una sorta di ritorno alle corporazioni, magari in esse scorgendo il necessario elemento di composizione e risoluzione dei sempre più acuti conflitti sociali (84).

Al contrario, secondo il giurista siciliano è necessario favorire al

---

(80) Orlando afferma addirittura che « allora la corporazione adempie ad un grande compito, contribuisce gloriosamente alla restaurazione della civiltà e della democrazia europea » (*Ibid.*, p. 139).

(81) Orlando parla di « eccesso di principii democratici » (*Ibid.*, p. 83).

(82) Che era venuta meno con la pretesa delle corporazioni di trasformarsi in vere e proprie istituzioni politiche (*Ibid.*, p. 145).

(83) Ricordiamo qui quanto sopra dicevamo circa la sostanziale continuità secondo Orlando dell'esperienza 'nazionale', specialmente sotto il profilo di un sostanziale persistere — proprio attraverso le corporazioni — del diritto romano nel medio evo.

(84) Orlando attacca ancora una volta i « socialisti della Cattedra » (ORLANDO, *Delle fratellanze artigiane*, cit., pp. 141 e ss.), a suo dire responsabili di un progetto di questo tipo, soprattutto inteso a favorire la formazione di « un'organizzazione poderosa

massimo una crescita organica della società civile fondata sulla proprietà privata e sulla libera concorrenza (85), poiché solo in essa può scorgersi una speranza per il futuro, la possibilità medesima di individuare (o di preservare) un rapporto 'organico' tra tutte le classi sociali.

Confronto con il positivismo evoluzionista di Spencer, molteplici prese di posizione su problemi scottanti come la riforma elettorale o la questione sociale, riflessione storiografica: come vediamo, il giovane Orlando si muove su piani assai differenziati, ma con l'unico obiettivo di proporre una visione non conflittuale della società civile, un modello di progressiva ed organica integrazione di tutte le sue energie nelle istituzioni esistenti.

Alla metà degli anni Ottanta, proprio sulla base di un progetto come quello sopra indicato, Orlando è già in grado, seppur ancora muovendo da angolazioni particolari, di indicare concretamente un modo di analisi tutto 'giuridico' delle strutture statuali, uno specifico spazio di riflessione riservato all'operare scientifico dei giuristi.

In un breve articolo del 1884, dedicato alla *Decadenza del sistema parlamentare* (86), il giovane giureconsulto siciliano già avverte nettamente la necessità di far sentire la voce della scienza nell'ambito del serrato dibattito sul governo parlamentare.

Stimolato da alcuni interventi di Bonghi e di Mosca (87), Orlando non nega la rilevanza delle questioni da loro sollevate, e

---

delle classi operaie » (*ibid.*); e si rivolge contro lo stesso Bismarck ed i suoi disegni di costituzione di una « corporazione operaia » (*ibid.*, p. 146).

(85) Cui ostano le corporazioni; nettissime le affermazioni di Orlando in questo senso: *Ibid.*, pp. 105 e ss.

(86) ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, II (1884), pp. 589-600.

(87) Per una rassegna del dibattito sul parlamentarismo, cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 53-102, specialmente per le posizioni assunte da Minghetti, Silvio Spaventa, Bonghi, Mosca. Per il liberalismo italiano, il dibattito sul governo parlamentare costituì, in primo luogo, un'occasione per discutere sul ruolo e sulla funzione dei partiti politici, sul crescente pericolo di una loro degenerazione in 'fazioni': cfr. spec. M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881; diverso il caso di Orlando, che traeva spunto dal dibattito politico, per tentare l'acquisizione di un punto di vista 'giuridico', ossia per avviare la costruzione di una teoria giuridica del governo parlamentare, inteso quale 'forma' politica prevalente nello Stato rappresentativo moderno.

concorda anche sulle spietate analisi dello stato delle istituzioni (88), ma subito aggiunge: « Né c'importerebbe gran fatto la debolezza della forma politica, se non vi corrispondesse un generale deperimento delle forze sociali »; e con ciò si riannoda al « lato puramente scientifico » del problema, che attiene alle istituzioni politiche come « effetto di una evoluzione storica, regolare e continua » (89).

Passare dalla stretta contingenza del dibattito politico all'analisi scientifica significa proprio assumere una considerazione più ampia del problema, trascendendo gli angusti confini della 'forma' politica, e passando allo studio delle 'forze' sociali (90): è il dibattito tra i politici che può dirsi 'formalista', ed è la scienza giuridica l'unica in grado di condurre l'analisi con criterio 'realista'.

Su questo piano, secondo Orlando, deve ritenersi assai illuminante l'esempio inglese, di un Paese nel quale il governo parlamentare non si traduce in un complesso di vuote 'formule', nel quale le medesime 'forme' politiche « non sono pure astrazioni, ma hanno la loro base e la loro spiegazione » nelle concrete condizioni della società civile, ed hanno così modo di essere « pratiche, efficaci, attuali » (91).

In altre parole, i politici possono pure accapigliarsi sulla 'validità' delle forme di governo, ma per la scienza di diritto pubblico queste sono in primo luogo « un portato *necessario* », il prodotto ultimo della « evoluzione storica dei popoli », e sotto questo profilo debbono essere giudicate, non credendo che « da esse soltanto possa dipendere il bene o il male di una nazione », ma avendo riguardo soprattutto al corpo sociale ed alla sua capacità di coesione interna, poiché solo da quest'ultima scaturisce la *stabilità* di *ogni* forma politica (92).

Infatti, secondo Orlando, è « il profondo stato di disgregazione sociale » l'autentico male dell'Italia, di un Paese nel quale i tradi-

---

(88) ORLANDO, *La decadenza*, cit., p. 590: « Stiamo male ed andiamo peggio. Non vi è forse organo della nostra vita pubblica che non si risenta di stanchezza o di corruzione ».

(89) *Ibid.*, p. 591.

(90) Inutile qui sottolineare le concordanze tematiche tra questo saggio e quello dell'81 sulle 'forme' e sulle 'forze' politiche secondo Herbert Spencer.

(91) ORLANDO, *La decadenza*, cit., p. 592.

(92) *Ibid.*, pp. 592-593; il corsivo è di Orlando.

zionali legami politici si sono eclissati senza che niente di certo si sia loro sostituito; dove l'ordinamento economico, lungi dal favorire con il crescente benessere una progressiva integrazione tra le classi sociali, produce invece « lotte violente tra capitale e lavoro »; dove la religione, invece che costituire un saldo cemento sociale, è anch'essa fonte di disgregazione, « fieramente ostile » alle stesse istituzioni (93).

E allora — domanda Orlando — si può realmente processare il governo parlamentare, o non bisogna piuttosto riconoscere che quella forma politica « ha dato agio, modo e possibilità alle tante, varie, gravissime forze disordinate, che travagliano le società odierne, di coesistere, evitando, per quanto è stato possibile, quegli scoppi che ne sarebbero derivati » (94)?

Lo scritto del nostro giurista si conclude così con una decisa difesa del governo parlamentare, ma — si badi bene — non sulla base di ideali politici liberali che possano sentirsi minacciati dall'attacco alle istituzioni e soprattutto ai poteri del Parlamento, ma in virtù di una fredda considerazione scientifica delle condizioni sociali del Paese.

In quest'ultime deve essere ricercata la radice dei mali che affliggono l'Italia, in esse deve individuarsi l'origine della stessa crisi delle istituzioni: quando un corpo sociale non riesce a ritrovare la propria interiore unità, quando è dilaniato internamente da grandi contrasti, non può esservi altro che instabilità politica, sia con il governo parlamentare, sia con qualsiasi altra forma di organizzazione dei poteri costituzionali.

Non saranno certo le modifiche, per quanto radicali, delle formule politiche a salvarci — sostiene Orlando — da uno sbocco violento della crisi, « onde è preferibile stringerci tutti attorno alle istituzioni presenti, e se la rovina è inevitabile ritardarne i tristi effetti e temperarli » (95).

In queste parole, apparentemente così gravide di pessimismo e di sfiducia, troviamo già un abbozzo di programma: il giurista di diritto pubblico non può limitarsi all'analisi delle 'forme' politiche, ma deve attivamente lavorare per la difesa delle istituzioni esistenti,

---

(93) *Ibid.*, p. 594.
(94) *Ibid.*, pp. 593-594.
(95) *Ibid.*, p. 600: è la conclusione del saggio.

e soprattutto per il loro consolidamento nel seno di una rinnovata 'coscienza nazionale', affinché esse, accettate dalla totalità della società civile, possano rappresentare un potente fattore d'integrazione sociale, un valido antidoto contro la deprecata disgregazione della società medesima.

Non altrimenti — se non tenendo presente questo embrione di programma — è comprensibile l'Orlando del 1885 che decide di occuparsi di un tema come la resistenza politica individuale e collettiva (96) quasi del tutto negletto dalla scienza giuridica e, anzi, di solito trattato da un punto di vista esclusivamente politico, nell'ambito del grandi eventi rivoluzionari degli ultimi due secoli (97).

Infatti, anche nel caso di questo contributo orlandiano del 1885, sarebbe fuorviante una lettura troppo legata alla specificità del tema prescelto, la quale vertesse unicamente sull'ammissione da parte del giurista siciliano di un diritto di resistenza — individuale o collettiva — di fronte ad un ordine dell'autorità impartito in contrasto con i principii fondamentali della costituzione, poiché il nostro giurista esce completamente al di fuori dei confini di tale specifico oggetto d'indagine, per dirigere il suo discorso una volta di più verso la costruzione di una teoria giuridica della dinamica costituzionale.

Ed anzi, proprio in questo saggio l'argomentazione di Orlando si fa più serrata, le sue matrici politico-culturali si esplicitano in modo definitivo, più chiaramente si procede alla individuazione di un modello tutto 'giuridico' di costituzione.

Nel porsi il problema della resistenza — soprattutto collettiva (98) —, Orlando pensa in primo luogo all'esperienza costituzionale inglese, e più in particolare alla lotta contro l'assolutismo che si

---

(96) V.E. Orlando, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Torino, 1885; del saggio di Orlando si è occupato in modo specifico solo G. Meloni, *Appunti sul c.d. diritto di resistenza collettiva nel pensiero di V.E. Orlando*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, vol. II, pp. 669-679; alcune notazioni anche in F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 154-155.

(97) Lo stesso Orlando lamenta più volte — anche in Prefazione — il disinteresse della scienza giuridica per il tema da lui prescelto: *Della resistenza*, cit., pp. 14.

(98) Riteniamo di poter trascurare il tema della resistenza individuale, dallo stesso Orlando considerato di minore importanza, proprio perché meno attinente ai temi centrali del rapporto tra forze storiche e costituzione, tra società civile e Stato (*Ibid.*, pp. 61 e ss.).

svolse in quel Paese. A suo parere, il momento centrale di quella esperienza — qui assunta a vero e proprio modello — è costituito dalla tenace persistenza del *Common Law*, quale saldo presidio delle libertà civili; proprio questo diritto comune anglosassone impedì, prima le peggiori conseguenze del feudalesimo — rappresentando un limite costante al processo di smembramento della vita politica nazionale —, poi lo strapotere dei Comuni, ed infine riuscì a frenare lo stesso assolutismo (99).

In quest'ultimo caso fu il popolo ad essere il portatore dell'antico diritto comune, a contrapporlo all'*arbitrio* del sovrano; ed è proprio questo elemento a qualificare quella resistenza popolare come *legittima* o *legale*, poiché essa mirava a *restaurare* e a *difendere* il diritto pubblico nazionale: « Il popolo, attaccato nei suoi secolari diritti, si difese, lottò, e vinse, e si contentò che quei diritti fossero solennemente dichiarati, ma nulla di più pretese, lo sviluppo di quelli aspettò pazientemente dall'organico sviluppo della forma costituzionale. Tipo perfetto, quanto inimitabile, di legittima resistenza collettiva » (100).

In questo modello, che Orlando ritiene di poter mutuare dall'esperienza costituzionale inglese, il 'popolo', lungi dal costituire il *soggetto sovrano*, è titolare di un diritto di resistenza unicamente in senso 'obbiettivo', come depositario della tradizione giuridica nazionale: è la *storia*, ridotta ad elemento del sistema di diritto pubblico, che si ribella all'arbitrio del sovrano, colpevole di aver posto l'esercizio del potere in contrasto con lo sviluppo 'naturale' delle istituzioni.

Non solo Orlando nega che si possa parlare di sovranità popolare a proposito del diritto di resistenza collettiva, ma aggiunge anche, sulla base della stessa esperienza costituzionale italiana e della

---

(99) *Ibid.*, p. 31.

(100) *Ibid.*, p. 71. Interessante il fatto che Orlando ponga, accanto al modello inglese, l'istituto romano del *tribunato* a suo giudizio avente il compito, nel diritto pubblico romano, di organizzare « giuridicamente la resistenza popolare »; del resto — aggiunge Orlando —, ciò rientra « nella indole di quel popolo meraviglioso e trova la sua ragione di essere nel senso del diritto che in così alto grado fu da quello posseduto » (*Ibid.*, p. 67).

flessibilità dello Statuto Albertino, che è impossibile individuare un potere costituente — del quale in ipotesi potrebbe essere titolare il 'popolo' — distinto dal potere legislativo e ad esso superiore (101).

Conseguentemente, non abbiamo nella resistenza collettiva un caso di contrasto di 'poteri', ma una particolare *procedura* di attuazione della costituzione, che si verifica in tutti quei casi nei quali sia lecito parlare di gravi inadempienze del potere politico.

Infatti, è essenziale alla *legalità* della resistenza collettiva il fatto che essa si muova nei limiti della costituzione esistente, rispettandone la « sostanza » (102); ed è precisamente questo il punto discriminante con la rivoluzione la quale si muove *contro* l'assetto costituzionale, imponendosi a livello di puro e semplice *stato di fatto* (103).

Su questa base, l'esercizio dei diritti politici da parte dei cittadini — libertà di stampa, di associazione, di riunione — è inquadrato nell'ambito dei mezzi di resistenza collettiva legale, e dunque ammesso non in virtù di un 'astratto' diritto naturale, come nelle filosofie contrattualistiche ed individualistiche della Rivoluzione francese, ma come costante manifestarsi dello 'spirito pubblico', o della 'pubblica opinione', la quale sola può costrin-

---

(101) *Ibid.*, pp. 79-80. Assai rilevante a questo proposito il saggio di E. Crosa, *Variazioni su un tema di V.E. Orlando. Funzione costituente, legge costituzionale, garanzie di revisione della costituzione*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, cit., vol. I, pp. 467-489, dove si mette in rilievo come la negazione orlandiana di un autonomo potere costituente sia in realtà fondata su un'assoluta coincidenza di Stato e costituzione; in tal modo — secondo Crosa — Orlando preludeva all'identificazione romaniana di Stato ed ordinamento giuridico, la quale contribuì non poco a demolire la vecchia teoria positivistica dell'autolimitazione dello Stato-persona (*Ibid.*, pp. 467-471).

(102) V.E. Orlando, *Della resistenza*, cit., p. 64. Illuminante a questo proposito il seguente brano: « Conforme e non contrario all'indole di ogni costituzione è il venirsi gradatamente sviluppando, uniformandosi ai novelli bisogni che il popolo sperimenta. Quando perciò la resistenza mira a questo scopo, di strappare all'autorità dominante l'uno o l'altro privilegio, rispettando però — e questo è essenziale — i limiti generali della forma politica stabilita, sicché ottenuto quel che si desiderava tutto ritorni allo stato primiero, in tal caso la resistenza non potrà dirsi contro la costituzione, ma contenuta nei limiti di essa. Questa prima maniera, così definita, noi chiameremo *resistenza collettiva legale* » (*Ibid.*, p. 64; i corsivi sono di Orlando).

(103) *Ibid.*, pp. 64-65; ed anche p. 103.

gere il legislatore ad adeguarsi ai mutamenti intervenuti nei bisogni del 'popolo' (104).

In altre parole, tutta l'attività pubblica — politica *lato sensu* — dei cittadini è ricondotta *dentro* la costituzione vigente, funzionalizzata al suo progressivo attuarsi nella storia; l'esercizio dei diritti politici quale strumento di difesa e di attuazione di un diritto naturale distinto dal diritto positivo statuale — e con esso spesso in contrasto — è per Orlando già « storia », poiché le condizioni giuridiche e politiche dello Stato rappresentativo moderno sono radicalmente cambiate. Lo Stato non si concepisce giuridicamente come la risultante di poteri difformi e in continuo conflitto, gelosi l'uno dell'altro e controbilanciantesi a vicenda, ma come espressione di una sovranità che deriva da una fonte 'unica', da un'armonica integrazione della totalità del corpo sociale nella persona giuridica statuale (105).

Ed ecco che attraverso il tema specifico della resistenza collettiva legale Orlando giunge a delineare la sua concezione dello 'Stato rappresentativo moderno', a esplicitare compiutamente le matrici politico-culturali del suo discorso.

Non v'è dubbio che il problema-base del giurista siciliano consista nella fondazione teorica dello Stato liberale su basi diverse dal contrattualismo della rivoluzione francese, nel quale egli vede la « negazione di qualsiasi ordinamento giuridico, che presupponga la sicurezza e la stabilità del diritto » (106); ed è altrettanto certo che

---

(104) *Ibid.*, pp. 81 e ss.

(105) *Ibid.*, p. 85. Da notare, seppure a margine della nostra analisi, che Orlando inserisce tra i mezzi di resistenza collettiva legale anche il rifiuto del bilancio, che era stato così profondamente discusso dalla dottrina tedesca, e in particolare da P. LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde*, (Berlino, 1871), il quale aveva recisamente negato la qualifica di legge all'approvazione del bilancio, da lui ritenuto un mero computo di spese, tutte necessarie alla vita dello Stato: da qui l'illegittimità di un rifiuto delle Camere. Orlando, per parte sua (*ibid.*, pp. 86 e ss.), pur negando che il bilancio possa dipendere dalla volontà di approvazione del Parlamento, ammette il rifiuto proprio come forma di resistenza collettiva legale, in quei casi in cui sia manifesta la violazione della costituzione da parte del potere esecutivo. I contributi su questo tema della scienza giuridica italiana e tedesca, e in particolare quello di Laband, sono citati alle pp. 94 e 95 (nota 12).

(106) V.E. ORLANDO, *Della resistenza*, cit., p. 109; per l'analisi del contrattualismo, cfr. anche pp. 11 e ss.

egli scorge nella reazione a questa teoria, ed in particolare nell'idea di *sovranità statuale*, la fondazione del « diritto pubblico moderno » (107).

Sarebbe però errato interpretare questo momento di svolta come un netto passaggio da una concezione liberal-democratica ad una liberal-autoritaria, con una conseguente trasformazione del diritto costituzionale da 'scienza della libertà' a scienza che studia le manifestazioni di volontà del potere sovrano.

Nell'impostazione teorica di Orlando, quella medesima svolta assume un senso del tutto diverso: la sovranità dello Stato rappresenta, in primo luogo, « un grande progresso, in quanto ha un contenuto veramente scientifico. Esso affranca anzi tutto il concetto di sovranità dalle modalità affatto transitorie delle forme politiche: *una* è la sovranità, costante nella sua essenza, variabile solo nelle sue manifestazioni » (108).

È dunque più esatto affermare che per il giurista siciliano il diritto pubblico 'moderno' si fonda non più — come era ancora nel caso della 'scienza della libertà', sulla scia della Rivoluzione francese — sul primato della 'politica' e della conflittualità della nascente società civile borghese, ma sul primato della scienza e della personalità giuridica statuale quale espressione di « un *popolo organicamente considerato* »: in questo senso « *sovranità di Stato* è equivalente a *sovranità popolare*. Inteso in questa maniera, cioè intimamente connesso con la nozione organica di Stato, noi crediamo che il principio della sovranità popolare abbia un contenuto veramente scientifico » (109).

Dunque i due poli del discorso — il senso della svolta della quale sopra discorrevamo — non sono libertà ed autorità, diritti individuali e diritti di supremazia statuale, ma 'politica' e 'diritto', con ciò intendendo rispettivamente una nozione conflittuale dei rapporti tra Stato ed individuo, tra Stato e società civile, e tra

---

(107) *Ibid.*, p. 110.

(108) *Ibid.*, p. 110; il corsivo è di Orlando. Inutile sottolineare ancora una volta la sostanziale unitarietà della riflessione giovanile orlandiana della prima metà degli anni Ottanta; basterà ricordare come il nostro giurista avesse esordito con un saggio sulle 'forme' e sulle 'forze' politiche secondo Herbert Spencer; dove giungeva a conclusioni identiche a quelle di questo scritto dell'85: cfr. *supra*, questo medesimo paragrafo.

(109) V.E. Orlando, *Della resistenza*, cit., p. 111; i corsivi sono di Orlando.

individui all'interno della società stessa, ed una visione pacificata e pacificante di quei medesimi rapporti: l'individuo che esercitando i diritti politici non fa altro che svolgere una funzione pubblica contribuendo all'attuazione della costituzione, la società civile che supera tutte le sue divisioni interne e si riunifica in 'popolo', riconoscendosi nella sua totalità nella persona giuridica statuale.

Qui sta, secondo Orlando, il momento discriminante tra la vecchia e la nuova fase del diritto pubblico: nella trasformazione della sovranità popolare da principio 'politico', ispirato alla conflittualità politico-sociale, in principio 'giuridico', fondato su una concezione unificata della realtà sociale.

Proprio su questo punto centrale, Orlando è largamente debitore della cultura giuridica tedesca, come lui stesso tiene a sottolineare (110); e non si tratta — si badi bene — di un ipotetico versante autoritario del suo pensiero, da mediare con la componente 'democratica' eventualmente rintracciabile nell'ambito dell'esaltazione orlandiana del modello costituzionale inglese (111), ma, ancora una volta, della ricerca del primato del diritto quale forma di organizzazione sociale, che Orlando ritrova, e nello sviluppo delle istituzioni inglesi, e nella teoria giuridica germanica.

Dei tedeschi, egli cita soprattutto Mohl e Bluntschli, rifacendosi dunque, specialmente nel caso del secondo, a quel liberalismo di stampo organicista che si era maturato in Germania nel corso dell'Ottocento (112); né sono di poco conto i riferimenti alla Scuola Storica di Savigny (113), alla quale è attribuita la prima intuizione della sostanziale 'giuridicità' della sovranità popolare: « Questa maniera d'intendere il principio della sovranità popolare risponde ad un postulato fondamentale della scuola storica. Il quale è che il diritto positivo ha la sua generale origine nello spirito popolare 'vivente ed operante in tutti gli individui' ed è in seno a questa

---

(110) *Ibid.*, pp. 111 e ss., e pp. 120-121 (nota 11).

(111) Così come sostiene la dominante interpretazione storiografica: cfr. *supra*, paragrafo primo.

(112) V.E. ORLANDO, *Della resistenza*, cit., p. 25; e p. 120, nota 11, dove Orlando parla esplicitamente di « nozione organica di popolo, ormai definitivamente prevalsa presso le dottrine costituzionali ».

(113) Del quale sono citate le opere principali: *Ibid.*, p. 121, nota 11.

coscienza universale che trova l'intima sua necessità, la sua forza irresistibile: che si conserva per tradizione e si trasforma per evoluzione » (114).

Il 'realismo' di Orlando: dalla necessità di definire i suoi confini avevamo avviato la nostra indagine. Possiamo ora tentare una risposta. Se per 'realismo' si intende rifiuto del giurista di partire dall'analisi delle strutture di potere esistenti, il giovane Orlando fu certamente 'realista'; e basta far mente locale ai temi che egli scelse per le sue ricerche di questi anni — la riforma elettorale, la questione sociale, il diritto di resistenza — per capire che la sua attenzione era diretta altrove, allo studio del 'popolo' quale elemento del sistema di diritto pubblico, del suo rapporto 'organico' con le istituzioni.

Dal saggio del 1881 sulle 'forme' e sulle 'forze' politiche fino a quello del 1885 sul diritto di resistenza, si sviluppa una riflessione che può dirsi sostanzialmente unitaria, perché tendente nel suo complesso a porre l'accento sulla centralità del rapporto Stato-'popolo', a rifiutare un metodo d'indagine che limiti il giurista allo studio delle 'forme' politiche.

Da qui ad affermare che Orlando assunse un atteggiamento 'realista' di fronte alle istituzioni dello Stato unitario il passo può sembrare breve; e concludere che egli pose decisamente il problema del rapporto tra quelle istituzioni e la realtà sociale del tempo può sembrare inevitabile.

Eppure, una valutazione del genere non può non lasciarci insoddisfatti. Guardando più attentamente al 'realismo' del nostro giurista, ci accorgiamo che esso viene fatto coincidere con un generico riferirsi delle sue analisi alla 'società', al di fuori di una precisa caratterizzazione dei suoi significati in rapporto alla struttura ed ai problemi della concreta società italiana di quegli anni.

La verità è che quel 'realismo' ha un contenuto meramente negativo: si definisce cioè in contrapposizione ad una certa nozione di 'formalismo' secondo la quale può dirsi 'formalista' quell'opera del giuspubblicista, che si svolga tutta nei confini della tecnica di sistemazione della volontà statuale, escludendo considerazioni di carattere 'politico' e 'sociale'.

---

(114) *Ibid.*, p. 111.

Ma noi domandiamo: non si è forse tale 'formalismo' affermato *dopo questo* Orlando (115)? O meglio: aveva Orlando negli anni Ottanta realmente di fronte l'alternativa tra un metodo 'realista' ed uno 'formalista'? Parlando di 'popolo', intese egli veramente contrapporre un'analisi fondata sulle 'forze' sociali ad una limitata alle 'forme' politiche? O non volle egli — al di fuori di tale ipotetica alternativa — più che altro individuare un punto di vista specificamente 'giuridico' nell'analisi del rapporto tra Stato e società civile? Noi riteniamo di aver mostrato che quest'ultima è la corretta chiave interpretativa dei saggi orlandiani della prima metà degli anni Ottanta, l'unica che consenta una lettura unificata e coerente della totalità dei contributi di quegli anni; riteniamo cioè che Orlando sottolinei costantemente il primato delle 'forze' storiche sulle 'forme' politiche, non certo al fine di valorizzare — secondo un'ottica che gli era allora estranea — un metodo d'indagine 'realista' rispetto ad un altro possibile 'formalista', ma unicamente per ricercare nella necessaria unità del corpo sociale — nel 'popolo' — il fondamento più solido per un'indagine scientifica delle strutture statuali, che possa e sappia prescindere dalla contingente mutevolezza delle 'forme' politiche.

Solo in tal modo, liberandosi della sterile e falsa alternativa 'realismo'-'formalismo', è possibile comprendere la motivazione di fondo sottesa a tutto l'impegno teorico di Orlando nella prima metà degli anni Ottanta: la ricerca di un metodo 'giuridico' di analisi dello Stato.

Ed infatti, noi sappiamo ormai quali fossero i temi dominanti nella riflessione giovanile orlandiana: la costruzione di un'idea tutta 'giuridica' di sovranità popolare, il tentativo di reperire una sostanziale omogeneità della 'coscienza nazionale' al di là dei conflitti sociali, la delineazione di un processo di organica integrazione del 'popolo' nelle istituzioni.

---

(115) Già abbiamo visto come diverse analisi della collocazione di Orlando nella storia della giuspubblicistica italiana tendano a mettere in rilievo questa differenziazione: cfr. *supra*, paragrafo primo. Osservazioni estremamente illuminanti sui nessi tra il 'realismo' del primo Orlando ed il successivo 'formalismo' si trovano nella recensione di R. RUFFILLI al volume di Sabino Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit.; sta in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 386-396.

E sappiamo anche che proprio sulla base di queste riflessioni Orlando riteneva di aver individuato un metodo di analisi delle strutture statuali specificamente ed esclusivamente 'giuridico': è 'giuridica' quella teoria dello Stato che fonda la sua sovranità nella 'coscienza' giuridica nazionale; sono 'politiche' tutte quelle teorie che muovono dall'analisi dei rapporti tra classi sociali e potere politico (116).

In altre parole, Orlando lega le sorti della nascente teoria giuridica dello Stato alla permanenza di una *comunità nazionale*, che abbia la forza di porsi al di sopra dei conflitti sociali.

Era un progetto di questo tipo 'realista'? Noi diciamo solo che era un progetto in sintonia con una certa fase della teoria politica liberale; quando essa poteva ancora dirsi profondamente convinta del 'naturale' estendersi dei modelli liberal-borghesi a tutta la società civile, del progressivo attuarsi dello Stato rappresentativo moderno quale 'necessità' storica.

Corrispondeva — quel progetto — ad un'Italia che non aveva ancora vissuto in pieno la propria rivoluzione industriale (117), che

---

(116) Pensiamo all'atteggiamento di Orlando di fronte alla riforma elettorale, o alla sua condanna del 'socialismo di Stato': cfr. *supra*, questo stesso paragrafo.

(117) Non solo nelle strutture produttive ma anche nella mentalità della stessa classe politica, ancora largamente ispirata alla possibilità di uno sviluppo 'naturale' imperniato sull'agricoltura e su alcune industrie ad essa tradizionalmente collegate; sviluppo considerato quale efficace alternativa agli 'eccessi' e ai 'pericoli' connessi con un'industrializzazione forzata. Proprio in questo elemento soggettivo deve essere ricercata una delle cause principali del ritardo del processo d'industrializzazione in un Paese come l'Italia, che in fin dei conti nel 1880 aveva realizzato già da un ventennio l'unità doganale, che disponeva di una vasta rete di ferrovie, che aveva visto una generale intensificazione del commercio interno ed estero. Il ritardo non fu di poca entità, dal momento che la fase di 'grande slancio', o di 'decollo', dell'industria italiana è collocabile solo negli ultimi anni del secolo: fu solo allora che iniziò, per lo meno per una parte dell'Italia, « una storia nuova »: G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. VI, cit., p. 467 (cfr. anche pp. 232 e ss. sui ritardi del processo d'industrializzazione e sulla lunga prevalenza del settore agricolo).

Rivolgono particolare attenzione alla storia delle classi sociali nell'ultimo quarto del secolo scorso anche L. VALIANI, *L'Italia dal 1876 al 1915 - II - La lotta sociale e l'avvento della democrazia*, in *Storia d'Italia*, coord. da N. Valeri, vol. IV, Torino, 1965; e R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, spec. pp. 115-163. Da tener presente, sul piano più specifico della storia economica, il contributo di G. LUZZATTO, *L'economia italiana dal 1861 al 1914*, vol. I (1861-1894), Milano, 1963.

aveva ancora modo di privilegiare l'ideale ottocentesco della 'nazione' sulla necessità di mediare attivamente i conflitti sociali (118), ad un Paese nel quale partiti politici ed organizzazioni sindacali non sembravano ancora minacciare alla radice la sostanziale unità del corpo sociale e della persona giuridica statuale.

Orlando fu 'realista' entro questi confini, ed in questi termini guardò alla 'società'; fondò certamente il 'realismo' della scienza italiana di diritto pubblico, ma lo legò inscindibilmente all'ideale di una società organicamente progrediente, decretando così la sua sorte, non appena il riferimento alla comunità nazionale divenne — di fronte al crescente scontro tra le classi sociali — sempre più stanco richiamo ad un tempo storicamente trascorso.

Allora ai giuristi non rimase altro che rifugiarsi nelle 'certezze' della normativa statuale: alla radice del loro 'formalismo' stava il 'realismo' di Vittorio Emanuele Orlando.

3. « Tutta la sapienza politica dei governi e dei legislatori può riassumersi così: uniformarsi a questa forza storica onnipossente, non confondere ciò che è rispetto delle tradizioni con ciò che è stolta idolatria di viete usanze, ciò che è naturale sviluppo con ciò che è eccesso licenzioso: e questo è compito nobilissimo e difficilissimo » (119). In questo brano del 1881, inserito nel primissimo lavoro di Orlando, si riassumono, coincidendo integralmente, i due aspetti dell'opera giovanile del nostro giurista: il 'realismo' — il richiamo al primato della 'forza' storica sul legislatore —, e l'ideale di un'organica integrazione tra governo e popolo.

Ma la riflessione del giurista siciliano non si poteva arrestare a questo punto; non poteva non premere in lui assai forte l'esigenza di passare dallo studio del fondamento della sovranità all'analisi della sua esplicazione tramite l'attività di governo.

---

(118) È questa, in fondo, la stessa posizione di Orlando, il quale però, già nel 1885, concludendo il suo saggio sulla resistenza politica, mostrava di preavvertire, per lo meno in una certa misura, i pericoli del futuro: « Ma accanto alla questione politica, oggi risoluta abbastanza felicemente, sta quella sociale, che pesa minacciosa sulle società odierne, ed essa ci rende assai meno fidenti in un tranquillo avvenire »: ORLANDO, *Della resistenza politica*, cit., p. 114.

(119) V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, cit., p. 576.

Già nell'85, concludendo il saggio sulla *Resistenza politica individuale e collettiva*, Orlando aveva definito la rivoluzione l'aperto conflitto degli « elementi essenziali dell'idea di sovranità, cioè governo e volontà popolare » (120); quell'idea aveva sicuramente il suo fondamento nella 'volontà' popolare, ma riusciva a « concretarsi », e ad affermarsi « nell'atto », unicamente grazie all'attività di governo, solo così divenendo potente fattore d'integrazione sociale (121).

In altre parole, abbiamo qui le due faccie della sovranità, ed anche, contemporaneamente, i due aspetti della riflessione orlandiana sviluppatasi a partire dalla metà degli anni Ottanta: da una parte, la necessità di un costante richiamo alla saldezza della 'coscienza' popolare, senza la quale le istituzioni finiscono per apparire nella veste di effimere 'forme' politiche; dall'altra, l'altrettanto urgente bisogno di concretizzare la generica riflessione sul rapporto Stato-popolo in precisa e puntuale teoria giuridica degli atti di Governo.

Proprio su queste linee generali si muove la riflessione di Orlando in quegli *Studi giuridici sul governo parlamentare* (122), che costituiscono il primo tentativo di analisi sistematica delle istituzioni dello Stato rappresentativo.

A differenza dell'articolo del 1884 sulla *Decadenza del sistema parlamentare* (123), nel quale il nostro giurista aveva cercato soprattutto di indicare nella carenza di unità del corpo sociale — e non nelle 'forme' di organizzazione del potere politico — la radice prima dei mali che affliggevano l'apparato istituzionale, la riflessione di Orlando si muove ora tutta nell'ambito degli organi dello Stato, con un preciso scopo: dimostrare la 'giuridicità' del governo parlamentare.

Sotto questo profilo, l'opinione da combattere era soprattutto quella — assai nota anche in Italia — di Rudolf von Gneist, il quale, partendo dall'analisi della costituzione inglese e del suo sviluppo storico, sosteneva che il Gabinetto di origine parlamentare nient'al-

---

(120) V.E. Orlando, *Della resistenza politica*, cit., p. 113.

(121) *Ibid.*, p. 112.

(122) V.E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *D.P.G.*, cit., pp. 345-415 (originariamente pubblicati in *Archivio giuridico*, XXXVI, 1886).

(123) Già analizzato nel precedente paragrafo.

tro fosse che uno stato di fatto artificiosamente imposto dallo strapotere delle Camere, e che quella forma dovesse ritenersi in contrasto con i principii più elementari dello Stato di diritto (124).

Contrastare Gneist — e questo è proprio l'obbiettivo di Orlando — significava dunque dimostrare l'origine non 'arbitraria', ma 'giuridica', del governo parlamentare, il suo inserimento a pieno diritto nell'ambito delle istituzioni liberali, dello Stato inteso « come organismo naturale e necessario, svolgentesi sotto l'impero di leggi naturali e necessarie che la scienza del diritto studia » (125).

Per raggiungere questo scopo, Orlando si preoccupa in primo luogo di mettere in luce i presupposti più generali del dibattito sul governo parlamentare, e, primo fra questi, la dottrina della divisione dei poteri, così come era stata elaborata in Francia da Montesquieu, ed in seguito recepita dal costituzionalismo liberale, soprattutto inglese (126).

Sulla base di quella teoria si eran venute radicando una serie di convinzioni: che a ciascuna delle funzioni esplicate dallo Stato rappresentativo moderno corrispondessero specifici organi, deputati in modo esclusivo a quelle funzioni; che la principale di queste fosse la legislativa, l'unica che 'creava' il diritto in quanto delegata a ciò dall'espressione diretta della sovranità popolare tramite le elezioni; che la funzione di governo dovesse limitarsi alla esecuzione dei precetti legislativi.

Con questi presupposti, era allora chiaro entro quali confini potesse muoversi il dibattito sul governo parlamentare: per il pensiero liberaldemocratico di stampo radicale, quella forma di governo era la conseguenza ultima del principio di sovranità popolare, che si affermava tramite due consecutive deleghe, la prima dal corpo

---

(124) L'opinione di Gneist è riportata da Orlando negli *Studi giuridici*, cit., p. 350.

(125) *Ibid.*, p. 355. È sulla base del criterio di 'necessità' che Orlando individua la specificità del dato giuridico: lo sviluppo del diritto « appare *necessario*, e i principii giuridici effetto di forze poderose e cospiranti, la radice delle quali va ricercata nel procedimento complicatissimo delle società umane » (*Ibid.*, p. 353); e, più avanti: « le forme di governo, nella vita normale delle nazioni non sono già l'effetto di una scelta libera ma un portato necessario » (*Ibid.*); e, infine: « certo è che allo stato attuale della scienza non è più lecito dubitare che i fenomeni giuridici sieno fenomeni *naturali*, e per ciò stesso *necessari* » (*Ibid.*, p. 354). I corsivi sono di Orlando.

(126) Per le argomentazioni di Orlando sulla divisione dei poteri, cfr. pp. 356-370.

elettorale alle Camere, la seconda da queste al Governo; per i conservatori, o per i liberali moderati, il problema non cambiava, ma naturalmente si mettevano in rilievo — come nel caso di Gneist — gli aspetti negativi della 'politicizzazione' della burocrazia, della fine di ogni stabilità istituzionale, dell'onnipotenza parlamentare, e così via.

Nessuno però — osserva Orlando —, né tra i sostenitori, né tra gli accusatori del governo parlamentare, ha mai pensato a mettere in discussione il presupposto stesso di tutto il dibattito, cioè proprio la divisione dei poteri.

A ben guardare tale divisione si fondava su una convinzione ben precisa: che le funzioni che lo Stato svolge siano intrinsecamente di diversa 'natura' e 'qualità', e in particolare che quella legislativa, a causa della sua diretta derivazione dalla sovranità popolare, sia preminente sulle altre, unica ad essere deputata alla 'creazione' del diritto. È da qui — secondo Orlando — che si deve prendere le mosse; è questo il 'pregiudizio' che deve scomparire.

Ai parlamenti — sostiene il nostro giurista — è stata attribuita una grande quantità di compiti, e non tutti possono dirsi della medesima portata e rilevanza. In particolare, è possibile distinguere nell'attività delle Camere le leggi « vere e proprie », con le quali si vuole « determinare o regolare un rapporto di diritto » da quelle leggi « improprie » che nient'altro sono che « disposizioni » di governo, « rivestite della forma esterna di leggi, ma che mancano di quel contenuto intrinseco » posseduto invece dalle leggi proprie (127).

---

(127) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 373. Il criterio discretivo tra legge propria e impropria è rigidamente fissato da Orlando nella presenza, o meno, di una *regula juris* vincolante una certa serie di rapporti giuridici; e tuttavia il nostro giurista avverte che la distinzione « non è certo cosa agevole, e non di rado una medesima legge può nel tempo stesso essere diretta alla dichiarazione di un particolare diritto e alla determinazione di norme puramente amministrative »; nondimeno quella distinzione, indipendentemente dalla « maggiore o minore larghezza con cui può essere compresa », continua a sussistere, e soprattutto a costituire un valido criterio di analisi per il giurista di diritto pubblico che intenda costruire una teoria dell'atto legislativo (*Ibid.*, p. 374). Non v'è dubbio che grande influenza abbia esercitato a questo proposito Paul Laband, con la sua nota distinzione tra legge in senso formale e materiale; l'opera di Laband citata da Orlando (*Ibid.*, p. 375) è *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde*, Berlino, 1871.

Si tratta allora di analizzare la collocazione del potere legislativo in rapporto alla esplicazione di queste funzioni differenziate; ed è in questa direzione che Orlando orienta la sua analisi, utilizzando ampiamente i risultati da lui medesimo conseguiti nella riflessione della prima metà degli anni Ottanta, condotta in prevalenza attorno al rapporto tra istituzioni e 'coscienza' popolare (128).

Egli muove, per ciò che riguarda la categoria delle leggi proprie, dal seguente interrogativo: « Diremo noi che il *diritto* dipenda da una mera manifestazione di volontà o sia di un uomo o sia di un'assemblea? » (129). La risposta di Orlando è seccamente negativa: un tale quesito « non si può nemmeno porre » nell'ambito « della scienza moderna », la quale dà ormai per acquisita la concezione del diritto come « manifestazione organica della vita dei popoli, come il pensiero, come la lingua »; supporre che esso sia l'effetto di una scelta cosciente svilirebbe il suo intrinseco valore di grande fattore di coordinamento della vita delle società umane, « annullerebbe il concetto di quella forza immanente che può accompagnare il diritto solo quando lo si considera come effetto di uno sviluppo naturale e necessario » (130).

Nella sua polemica anticontrattualistica ed antivolontaristica, Orlando si appoggia largamente all'autorità di Savigny ed alla sua dottrina dello 'spirito' popolare (131), e giunge anzi a superare in tale polemica lo stesso Maestro della Scuola Storica, negando al legislatore anche quei compiti di 'integrazione' della funzione creativa della 'coscienza' giuridica popolare, che pur lo stesso Savigny ammetteva (132).

Infatti, secondo il giurista siciliano, le Camere sono sì « organo dello spirito pubblico », ma solo allo stesso livello di una qualsiasi altra manifestazione della pubblica opinione, esercitando un'influenza che può essere paragonabile a quella — forse minore per

---

(128) Cfr. *supra*, paragrafo secondo.

(129) V.E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., p. 375; il corsivo è di Orlando.

(130) *Ibid.*, p. 376.

(131) Sono ampiamente citate le opere di Savigny, proprio nei luoghi più direttamente afferenti al rapporto stabilito dal Maestro della Scuola Storica tra 'coscienza' popolare e compiti del legislatore: *Ibid.*, pp. 376-377.

(132) *Ibid.*, p. 377.

intensità, ma non diversa per qualità — della stampa, delle associazioni, o degli stessi singoli cittadini nell'esercizio dei loro diritti politici (133).

Altra cosa è la 'creazione' del diritto: su questo piano le conclusioni di Orlando sono nettissime. Compito del legislatore è esclusivamente quello di « *rivestire dell'autorità esterna e permanente del più elevato potere dello Stato* la regola di diritto già formatasi nella coscienza popolare, avvertita dalla pubblica opinione, espressa in forma positiva dalla scienza. È dunque un fatto, per quanto solenne, esclusivamente *formale* » (134).

Con ciò, il nostro giurista ha già posto un punto fermo, proprio nell'ambito del dibattito sul governo parlamentare.

Anch'egli — come i critici di quella forma di governo — mira a ridimensionare le prerogative del potere legislativo, ma non già muovendo dalla condanna di questa o quella 'ingerenza' del legislatore nei confini del potere esecutivo — e magari considerando come tale la stessa formazione del governo sulla base della maggioranza parlamentare —, ma svelando, su un piano tutto 'scientifico', la limitatezza *di fatto* della funzione legislativa; funzione artificiosamente esaltata, sia dal radicalismo dei teorici della sovranità popolare, sia dagli stessi critici del parlamentarismo, i quali, in fondo, attaccando la presunta onnipotenza del legislatore, non hanno fatto altro che protrarre nel tempo il suo mito.

D'altra parte, Orlando non può certamente negare l'esistenza di tutto un altro settore di attività del parlamento, che ha il suo fulcro « nella tutela e nell'ingerenza nei rapporti sociali », e che si trova in continua crescita; è questo il campo delle leggi improprie, cioè di quegli atti esteriormente rivestiti della forma legislativa, ma che in realtà « non hanno alcun contenuto giuridico », limitandosi a « provvedere alle sociali emergenze » (135).

Ora, secondo il giurista siciliano, disporre sullo stimolo di un bisogno sociale costituisce « un atto per eccellenza governativo », appartenente « allo Stato in quanto è *governo*, non già in quanto è

---

(133) *Ibid.*, p. 378.

(134) *Ibid.*, p. 378; i corsivi sono di Orlando.

(135) *Ibid.*, pp. 379-380.

legislatore » (136); e poiché non v'è dubbio che la maggior parte degli atti del potere legislativo deve essere inquadrata nella categoria delle leggi improprie (137), se ne dovrebbe dedurre che lo Stato costituzionale viva tutto — e non già solo il suo vertice, cioè il governo di Gabinetto — in una palese situazione di 'irregolarità', di costante 'esorbitanza' del legislatore dalle proprie attribuzioni istituzionali.

La verità è un'altra, e cioè che lo schema della divisione dei poteri non riesce a reggere il confronto con la realtà dello Stato rappresentativo moderno, il quale, nella necessità di attrezzarsi convenientemente per l'intervento sulla realtà sociale, ha sviluppato al massimo la funzione di *governo*, coinvolgendo nel suo esercizio sia il potere legislativo che l'esecutivo, rendendo sempre più difficile l'identificazione di una diversa natura dei provvedimenti dei due poteri, il momento di discrimine tra legge ed ordinanza, tra legge e decreto (138).

---

(136) *Ibid.*, pp. 380 e 388; i corsivi sono di Orlando.

(137) È proprio attraverso la emanazione di queste leggi che il potere legislativo assume concreta rilevanza nell'ambito del moderno Stato costituzionale, e non già per la mera dichiarazione formale di un rapporto giuridico già esistente, come accade nel caso delle leggi proprie (*Ibid.*, p. 380).

(138) È questione ormai — sostiene Orlando — « di una estensione minore o maggiore, non di una effettiva varietà di funzioni » (*Ibid.*, p. 391). Non si deve tuttavia pensare che il principio della divisione dei poteri venga abbandonato del tutto. Si tratta piuttosto di una prevalente sottolineatura del momento 'obbiettivo' della natura giuridica dell'atto statuale rispetto a quello 'soggettivo' della sua formale attribuibilità ad uno dei poteri dello Stato, come ha osservato a proposito di Orlando anche F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XV (1965), pp. 90-91. E vedremo in seguito come Orlando recuperi negli anni seguenti, seppure solo in un senso specifico, il principio della divisione dei poteri. Un crollo definitivo di quel principio si avrà solo con la crisi dello Stato liberale ottocentesco, quando, di fronte ai crescenti compiti d'intervento dello Stato medesimo sulla realtà sociale, apparirà sempre più inadeguata, non solo la figura del potere esecutivo quale apparato istituzionale avente il compito esclusivo di attuare la legge dello Stato, ma anche quella della Pubblica Amministrazione quale complesso omogeneo di uffici dipendente nella sua totalità dall'unitaria volontà di Governo. Di questa vicenda, della quale si è occupato M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo* (dispense anno accademico 1964-1965), Milano, 1965, pp. 46 e ss., 68 e ss., non può essere partecipe che in modo assai limitato l'Orlando del 1886, il quale vive ancora nell'età di consolidazione delle strutture dello Stato liberale, e non in quella successiva della loro crisi. La sua critica al principio della divisione dei poteri è infatti più diretta a cogliere l'aspetto 'ideologico' di quel principio,

Ma tale processo si è verificato non solo per rispondere alle moderne esigenze d'intervento sociale: anzi, la radice della sostanziale unitarietà della funzione di governo sta nella storia stessa degli istituti rappresentativi, la quale mostra come la crescente attribuzione di poteri alle Camere debba essere intesa come 'necessaria' e 'naturale' tendenza a coinvolgere le Camere medesime nella funzione di governo, inizialmente esercitata in via esclusiva dal monarca (139). Lo Stato rappresentativo moderno è caratterizzato, secondo Orlando, proprio dal massimo livello possibile di cooperazione tra i vari organi dello Stato; sotto questo profilo, la divisione dei poteri è da respingere recisamente: « l'idea di più poteri gelosamente distinti e svolgentisi in una sfera di attribuzioni affatto eterogenee, dei quali l'uno fosse il custode e l'organo della legge, della ragione e del diritto, e desse vita all'altro, relegandolo in un ordine subordinato... sono concetti che non solo la valutazione scientifica, ma la ragione storica dimostrano falsi e incompatibili con lo sviluppo naturale del diritto » (140).

L'obbiettivo polemico di Orlando è ora ben chiaro: dalla Rivoluzione francese in poi la 'politica' ha cercato di penetrare nelle istituzioni proprio attraverso le teoriche della sovranità popolare e della divisione dei poteri creando il mito della onnipotenza parlamentare. Compito del giurista è svelare la natura ideologica di questa operazione, il suo contenuto mistificante la realtà dello Stato costituzionale moderno, riportando l'analisi sul terreno della valutazione scientifica delle istituzioni e della loro attività.

Tornare alla scienza è possibile solo affermando in modo netto la supremazia della 'coscienza' giuridica popolare: è nel momento in cui si riesce a negare al potere legislativo « una ragione propria autonoma », la natura di « potere *costituente* », riconducendo i suoi compiti specifici a quello fondamentale di « *dichiarare la legge* », che è possibile comprendere tutta la sua ulteriore attività a livello di leggi

---

la sua funzionalità a giustificare una destabilizzante preminenza di fatto del potere legislativo, che non la sua inadeguatezza rispetto ai compiti d'intervento dello Stato sulla società civile.

(139) Ancora una volta Orlando insiste in modo particolare sullo sviluppo costituzionale inglese. *Ibid.*, pp. 395-396.

(140) *Ibid.*, p. 397.

improprie nell'ambito del più ampio concetto di governo, ponendo quest'ultimo al centro della vita delle istituzioni, direttamente in contatto con il « diritto generale di un popolo », e non confinandolo alla mera esecuzione del precetto contenuto nell'atto legislativo (141).

In tal modo, lo Stato recupera la propria interiore unità, concretamente realizzandola attraverso l'attività di *governo*; ad essa collaborano sia il potere legislativo che l'esecutivo, cosicché la partecipazione del primo — anche nella forma del governo a base parlamentare — non può più considerarsi « un'esorbitanza violatrice del diritto », o « uno sconfinamento dal campo delle attribuzioni proprie per usurparne altre; è l'esplicazione normale e fisiologica, è la conseguenza naturale e giuridica dei fini propri delle Assemblee elettive nei governi costituzionali » (142).

Ancora facendo ricorso all'analisi storica, ed ancora una volta puntando la sua attenzione soprattutto sullo sviluppo costituzionale inglese, Orlando vede nella formazione del Gabinetto la realizzazione dell'ideale di *Governo giuridico*, la « soluzione giuridica alla lotta » fin dal medio evo sviluppatasi tra monarca e rappresentanze sociali (143).

Infatti, la caratteristica principale dello Stato rappresentativo moderno è proprio quella di non affidare la soluzione di quella lotta allo sviluppo spontaneo dei rapporti di forza, regolando invece il suo svolgimento entro confini rigorosamente giuridici, nell'ambito di quella unitaria funzione di governo che Orlando aveva individuato a partire dalla negazione di un'attività 'creativa' del legislatore.

Una volta sottratto a quest'ultimo il crisma della investitura popolare, una volta ricondotta la parte più qualificante del suo operato all'interno del concetto centrale di *Governo*, lo stesso governo di Gabinetto non può non costituire « l'efficienza ultima e più perfetta » del sistema rappresentativo, fondato non già sulla sovranità del corpo elettorale, bensì sulla designazione tramite le

---

(141) *Ibid.*, p. 399; i corsivi sono di Orlando.

(142) *Ibid.*, p. 398.

(143) *Ibid.*, p. 404; ed anche le pagine seguenti, dove Orlando cerca di dimostrare come il governo parlamentare sia storicamente derivato dalla forma monarchica, e come inizialmente sia stato subito — e non imposto — dalle Camere.

elezioni degli uomini più capaci, più atti alla direzione della cosa pubblica (144).

Cerchiamo ora di risalire alle linee generali della riflessione di Orlando, al centro della quale si pone proprio quell'ideale di organica connessione di 'governo' e 'popolo', che abbiamo già incontrato con riferimento ai primissimi saggi del nostro giurista (145).

Se si prescinde da una visione delle istituzioni quale *necessario* portato della lenta e graduale evoluzione di un determinato 'popolo', se quest'ultimo non viene concepito nella sua autentica dimensione *obbiettiva* di 'custode' delle tradizioni nazionali, e se, in contrapposto, viene qualificato come *soggetto* titolare di sovranità, inevitabilmente si avrà una nozione *conflittuale* anche della stessa dinamica costituzionale, degli stessi rapporti tra gli organi dello Stato; si avrà cioè un potere — quello legislativo — che si riterrà privilegiato in quanto designato dal popolo sovrano, al quale sarà difficilissimo porre dei limiti, che tenderà sempre ad invadere le sfere degli altri poteri; e, d'altra parte, poiché la legalità finirà per coincidere con gli atti legislativi, si dovrà studiare tutto un sistema di controlli per la effettiva subordinazione del potere esecutivo; insomma, in definitiva, lo Stato vivrà di un continuo *conflitto* tra sovranità popolare e principio di governo, spezzando quell'intima unità che Orlando pone a fondamento di tutta la sua riflessione.

Ecco, dunque, la grande portata delle posizioni assunte da Orlando a proposito del governo di Gabinetto: considerare quest'ultimo la soluzione *giuridica* al problema dei rapporti tra gli organi

---

(144) *Ibid.*, pp. 402-403. Al 'governo dei migliori' Orlando dedicò in seguito uno specifico saggio, significativamente intitolato *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in *D.P.G.*, pp. 417-456 (originariamente in *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, III, 1895), nel quale, demolita l'idea che tra gli elettori e gli eletti vi potesse essere giuridicamente un rapporto di mandato (pp. 423-439), o di rappresentanza (pp. 439-443), individuò nella designazione di 'capacità' la *ratio* giuridica delle elezioni, e conseguentemente nel 'governo dei migliori' il principio giuridico posto a fondamento dell'istituto della rappresentanza popolare (pp. 443 e ss.): sul tema cfr. G. Quadri, *La 'capacità' a governare in E. Ferri e V.E. Orlando*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, cit., vol. II, pp. 373-381; sul legame della teoria orlandiana del 'governo dei migliori' con la cultura politica del tempo, cfr. anche F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 90-104, in particolare per la figura di Mosca, e per le possibili analogie della sua opera con quella di Orlando.

(145) Tutti quelli esaminati nel precedente paragrafo.

dello Stato, negando che tali rapporti siano di natura conflittuale, e recuperando l'attività del legislativo e dell'esecutivo all'interno del concetto unitario di *Governo*, significa per il nostro giurista completare la teoria *giuridica* della sovranità, porre le tradizioni storiche del popolo in fecondo contatto con un soggetto capace d'interpretarle perché non dilaniato da conflitti interni, dotato di una sua intrinseca razionalità.

Su questa falsariga, si può cogliere il senso più profondo di alcune affermazioni di Orlando: « il concetto di *Governo* da noi considerato come elemento integrante dell'idea di sovranità, di cui è l'attuazione, si fonde armonicamente con quello della volontà popolare, l'altro elemento di cui è il fondamento » (146); ed ancora, sospingendo al massimo il processo d'identificazione tra le due faccie della sovranità: « il principio di *Governo*, con i suoi molteplici rapporti di tradizione, di tutela del diritto, di concreta attuazione dell'idea di sovranità, è ben lungi dall'essere l'emanazione di un potere sovrano qualsiasi, ma è esso stesso una parte integrante ed autonoma dell'idea di sovranità » (147).

Si potrà allora capire perché Orlando concluda il suo saggio con un paragrafo dedicato alla 'vita giuridica dei corpi locali' (148). In esso il governo è collocato al vertice di un ampio tessuto di relazioni giuridiche che si instaurano a tutti i livelli. È da queste che bisogna prendere l'avvio, poiché « le istituzioni che stanno al sommo della costituzione *regolano* e *distribuiscono*, ma non *creano* la forza; essa viene loro dalle attività politiche degli aggregati sociali minori » (149).

La forza di una costituzione (150) consiste proprio nella sua capacità di progressiva e costante evoluzione dalle libertà locali, consolidate nella 'coscienza' giuridica popolare, a quelle generali, garantite dallo Stato; è in una siffatta costituzione che risiede l'autorità del governo, sua massima espressione istituzionale, ma anche il limite alla sua azione, di essa *necessario* interprete.

Così, Orlando, partito dal fondamento della sovranità nel 'po-

---

(146) V.E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., p. 399; il corsivo è di Orlando.
(147) *Ibid.*, p. 406; il corsivo è di Orlando.
(148) *Ibid.*, pp. 410 e ss.
(149) *Ibid.*, p. 412; i corsivi sono di Orlando.
(150) Ancora una volta è assunto il modello inglese: *Ibid.*, p. 413.

polo', e giunto all'individuazione del principio di governo, ritorna al punto di partenza nella « affermazione solenne del diritto vivente nella coscienza popolare che non abbisogna di alcuna dichiarazione o di alcuna tutela da parte dei governanti centrali, come non ne teme violazione o menomazione alcuna » (151).

Una affermazione piuttosto netta — del tutto in linea con l'ideale giovanile orlandiano del primato delle 'forze' storiche sulle 'forme' politiche —, alla quale corrisponde la conclusione del saggio, dove il nostro giurista invita « allo studio minuzioso e paziente delle singole manifestazioni del diritto nelle umane società », unica via che possa consentire la comprensione del « senso intimo, spesso assai più difficile e complesso di quel che a prima vista non sembri, delle istituzioni politiche, delle loro origini, dei loro rapporti, della loro effettuale natura e portata » (152).

In definitiva, il 'realismo' orlandiano — cui più volte abbiamo fatto cenno —, inteso come capacità di percepire un ordine giuridico sovrastante le forme politiche e la positività dei loro atti, non rimane confinato ai saggi della prima metà degli anni Ottanta sul fondamento della sovranità, ma diviene metodo di riflessione sulle strutture statuali e sulla organizzazione dei poteri costituzionali. Dalla riaffermazione della centralità della 'coscienza' giuridica popolare, con il conseguente ridursi del compito del legislatore alla mera dichiarazione formale di una norma preesistente, si perviene alla ulteriore individuazione di un principio unitario di *Governo*, inteso come esplicazione 'naturale' e 'necessaria' della sovranità avente il suo fondamento proprio nel 'popolo'.

Chi legga a fondo questi *Studi giuridici* dell'86 non potrà non rimanere affascinato dalla coerenza della costruzione di Orlando, non potrà non cedere alla suggestione di un modello 'perfetto', del tutto privo di contraddizioni, nel quale 'popolo' e 'governo' si integrano in perfetta armonia; giungerà forse con Orlando a considerare sovranità popolare e divisione dei poteri invenzioni meramente ideologiche, facilmente confutabili con una serena osservazione scientifica dello Stato rappresentativo moderno; ma rimarrà sicuramente insoddisfatto per altri versi.

---

(151) *Ibid.*, p. 414.
(152) *Ibid.*, p. 415.

Infatti, tutto il sistema è fondato sulla necessaria identificazione di legge e diritto, sulla necessaria rispondenza dell'attività di governo ai principii giuridici già esistenti nella 'coscienza' giuridica popolare. Ma come *garantire* una tale coerenza interiore del modello, soprattutto tenendo conto che l'attività dello Stato ha il suo fulcro — come lo stesso Orlando rileva (153) — in primo luogo nell'esigenza d'intervenire sui conflitti sociali, su di un terreno dove più acuti sono i conflitti tra contrastanti bisogni?

Lo stesso giurista siciliano del resto, distinguendo ordine giuridico ed ordine politico, aveva legato il primo alla nozione di 'ordinamento', il secondo a quella di 'azione' (154); nel caso dell'ordine giuridico si tratterà unicamente di 'osservare' con gli strumenti della scienza rapporti necessariamente dati, nel caso dell'ordine politico di raccogliere tutte le intelligenze e le energie disponibili per un miglioramento della condizione politica e sociale (155). E allora, l'attività di governo diretta a fini sociali non si colloca forse in questo secondo ambito, non muove forse dalla percezione di bisogni insoddisfatti sulla base di valutazioni 'soggettive', e per ciò stesso 'politiche'? Tenendo conto di queste considerazioni, è veramente possibile concludere per la *necessaria* conformità dell'atto di governo alla 'coscienza' giuridica popolare? Può dirsi a questo punto convincente l'affermazione conclusiva degli *Studi giuridici*, secondo la quale il diritto vivente nel 'popolo' non teme « violazione o menomazione alcuna » (156) da parte dei concreti atti del potere politico?

---

(153) *Ibid.*, p. 380.

(154) L'ordine giuridico « presuppone la *necessità* di certe cause, di certi effetti », l'ordine politico « la *dipendenza* delle istituzioni pubbliche dalle variabili combinazioni delle opinioni, dei partiti, delle assemblee, delle classi sociali, e così via » (*Ibid.*, p. 353): i corsivi sono di Orlando.

(155) « La necessità dei fenomeni giuridici e della trasformazione storica di essi attiene alla considerazione *obiettiva*, o, in altri termini, è conseguenza dell'osservazione di quei principii nei loro nessi logici e in rapporto alla successione storica di essi, mentre la cooperazione intelligente degli uomini, come fattore indispensabile di progresso, come vivo e fecondo contributo all'andamento della pubblica cosa... è una verità *subiettiva*, derivante cioè da quella intima coscienza che è profondamente radicata negli individui come nei popoli, che il loro benessere ed il loro miglioramento dipende dall'esercizio attivo, continuo ed intelligente delle loro facoltà » (*Ibid.*, p. 355). I corsivi sono di Orlando.

(156) V.E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., p. 414.

È qui l'autentico punto debole di tutto il sistema di Orlando, ed anche il nostro giurista ne ebbe lucida consapevolezza. Da questo momento in poi, la sua opera può per intero concepirsi come tentativo di salvare il modello dell'86 costruendo l'idea di una *necessaria razionalità* dei fini dello Stato, sia nei confronti dell'individuo che della società civile: il terreno privilegiato diviene quello del diritto amministrativo (157), poiché lì si gioca la coerenza di tutto il sistema, la sorte stessa della teoria giuridica dello Stato. Quale senso poteva mai avere il modello 'ideale' delineato nell'86, se la prassi di governo, muovendosi in direzioni confuse e contraddittorie, avesse messo a nudo un'irrazionale soggettività del potere politico, non rispondente ad alcuna 'coscienza' popolare, ad alcun 'diritto' in essa storicamente radicato?

Questa la domanda che Orlando si pone, con ciò stesso però — si badi bene — facendo un balzo al di fuori dei confini della riflessione da lui medesimo condotta fino agli *Studi giuridici* qui analizzati.

La straordinaria fiducia, che l'Orlando della prima metà degli anni Ottanta — ed ancora nell'86 — riponeva nel primato delle 'forze' storiche e della 'coscienza' popolare, va progressivamente esaurendosi negli anni successivi, via via che il nostro giurista si confronta con gli scottanti problemi connessi all'intervento dello Stato sulla società civile, mentre cresce in lui la sfiducia in un organico comporsi delle contraddizioni dall'interno di quella medesima società civile.

I richiami ad un ordine giuridico superiore al diritto positivo statuale continueranno ancora fino alla fine del secolo (158), ma non più in chiave di necessario primato delle 'forze' storiche sulle 'forme' politiche, bensì esclusivamente come base di lavoro per una scienza giuridica divenuta consapevole dei propri compiti, e che intendeva

---

(157) Non vogliamo qui certo dimenticare i *Principii di diritto costituzionale*, che hanno la loro prima edizione nel 1889 a Firenze, ma — come vedremo — si tratta di un'opera largamente recettiva, nella quale Orlando si limita a sistemare diversi contributi degli anni precedenti, aprendo, in sostanza, la via al nascente primato del diritto amministrativo.

(158) Ed oltre; l'attività scientifica di Orlando nel nostro secolo non rientra comunque nei confini del presente lavoro, anche se forniremo in seguito degli accenni in proposito.

porsi come filtro essenziale tra la 'realtà' sociale e giuridica e la normativa emanata dallo Stato-persona (159).

Dalla teoria costituzionale alla scienza del diritto amministrativo, ovvero dal 'realismo' fondato sulla priorità della 'coscienza' giuridica popolare alla scienza dello Stato-persona e dei suoi fini: questo, in sintesi, il cammino che Orlando percorre in questi anni. Questo anche l'itinerario teorico che cercheremo di analizzare nelle prossime pagine.

4. Dopo la delineazione del modello costituzionale, da Orlando perseguita con tanta cura nei suoi *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886, il giurista siciliano non poté non confrontarsi con il problema dell'azione e dei fini dello Stato, dalla soluzione del quale dipendeva per tanta parte la 'purezza' e la 'giuridicità' dell'intero sistema.

Posizioni rigidamente liberiste non erano possibili, ed Orlando lo sapeva bene. D'altra parte, il tema era sicuramente assai scottante per il nostro giurista, che in un ruolo attivo dello Stato poteva scorgere il pericolo di una subordinazione della razionalità delle strutture statuali alla logica dello scontro economico e sociale, ma per lo stesso motivo esso poteva dirsi difficilmente eludibile, poiché proprio a quel livello si giocava la coerenza medesima del modello che Orlando andava costruendo.

Già nell'87, in un saggio intitolato *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (160), dedicato allo studio dei rapporti da stabilire tra le due discipline (161), il giurista siciliano affronta di

---

(159) È questo il senso della prolusione palermitana del 1889, significativamente intitolata *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, pubblicata in *D.P.G.*, cit., pp. 3-22. La analizzeremo in dettaglio nelle prossime pagine.

(160) V.E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in *D.P.G.*, pp. 127-166 (originariamente pubblicato in *Archivio giuridico*, XXXVIII, 1887).

(161) Il saggio muove da una specifica occasione, ossia dall'introduzione nelle Università italiane di un autonomo insegnamento di Scienza dell'amministrazione. Tale insegnamento era stato reso obbligatorio con il Regio decreto del 22 ottobre 1885, ma esisteva già da tempo come corso facoltavivo, essendo stato per la prima volta istituito nelle Università italiane nel 1875, per volontà dell'allora Ministro Bonghi. Non possono qui essere oggetto della nostra attenzione, perché sarebbe — ai nostri fini — un fuor d'opera, i vari raffronti che Orlando compie tra la dottrina italiana e straniera a proposito

petto il tema dell'azione statuale, e lo fa secondo il profilo che a lui più interessa, cioè cercando di determinare in qual modo 'politico' e 'giuridico' dovessero distinguersi nei concreti atti dello Stato.

Orlando muove da una ben precisa considerazione: che tutto il dibattito che si è sviluppato attorno alla scienza dell'amministrazione ha una matrice comune nel riconoscimento della rilevanza di fatto « dell'ingerenza sociale dello Stato » (162).

Tale ingerenza, secondo il nostro giurista « ormai trionfante ed incontestabile » (163), non è di per sé negativa, ma deve essere compresa ed inquadrata nei giusti termini.

È errato, in primo luogo, farla coincidere con il cosiddetto 'socialismo di Stato', cioè ridurre tutta la problematica dell'azione pubblica alla tutela delle classi più deboli ed alla regolamentazione dei rapporti di lavoro (164). Ben altra è la portata storica della

---

dei rapporti da stabilire tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. *Ibid.*, pp. 130-153.

(162) *Ibid.*, p. 152.

(163) *Ibid.*, p. 153. Ricordiamo che anche negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886 Orlando aveva privilegiato, nel quadro complessivo degli atti legislativi, le leggi improprie, cioè quelle leggi che nella sostanza potevano dirsi atti di governo mossi da una finalità d'intervento sociale: cfr. *supra*, paragrafo precedente. Sulla preminenza, e addirittura sulla centralità, dell'intervento sociale dello Stato rispetto a quelle che Orlando definiva leggi proprie, meramente dichiarative di un rapporto giuridico già esistente, merita riportare questa frase del nostro giurista che, pronunciata nel 1907, appare come la conclusione di un lungo itinerario: « Io ritengo che noi, in Italia, ci aspettiamo troppo dalle riforme legislative... Io riconosco che nel campo economico il legislatore può molto (lasciamo stare se bene o male), certo però nei rapporti sociali l'azione sua può largamente farsi sentire; ma per quanto riguarda i rapporti giuridici il diritto segue l'evoluzione di un popolo » (*Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati*, Sessione 1904-1907, *Discussioni*, vol. XI, 23 aprile-6 maggio 1907, Roma, 1907, p. 13479). Ribaltiamo il senso della frase — qui dedicata soprattutto a mettere in luce l'inutilità delle riforme condotte esclusivamente per via legislativa —, e capiremo che Orlando, dopo aver assicurato la razionalità dell'atto legislativo (proprio) mediante il dogma della necessaria coincidenza di legge e diritto, si trovava, negli ultimi tre lustri del secolo scorso ed all'inizio del nuovo, alle prese con il problema di una teoria giuridica degli atti di governo. Da segnalare che Orlando divenne Deputato per la prima volta — per il collegio di Partinico — nel 1897: la sua attività politica esula dunque — non solo tematicamente, ma anche temporalmente — dal nostro oggetto d'indagine; ci limitiamo a segnalare a questo proposito il saggio di M. Bracci, *V.E. Orlando legislatore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, III (1953), pp. 96-146.

(164) V.E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit.,

crescente presenza dello Stato nei rapporti sociali: per Orlando si tratta soprattutto di porre in rilievo il definitivo eclissarsi di quelle filosofie contrattualistiche ed individualistiche che avevano dominato gran parte della speculazione politica settecentesca ed ottocentesca, riducendo la società civile a somma di individui, lo Stato a mera convenzione volontaria, a 'male necessario'.

Questa rinnovata potenza statuale dimostra ciò che il giurista siciliano già per proprio conto sosteneva: che lo Stato, in quanto prodotto di uno sviluppo storico « necessario », ha una ragione d'essere « autonoma », non dipendente dalle volontà individuali; che lo Stato medesimo non è 'organo' della società ma 'organismo' che si pone in « netta e vigorosa antitesi » con la società medesima, della quale rappresenta « la politica organizzazione », il 'necessario' ordinamento dotato di una propria intrinseca razionalità (165).

Parallelamente crolla un secondo 'pregiudizio': scompare progressivamente il « carattere odioso di vecchio strumento di tirannide » della burocrazia, e questa appare sempre più nella duplice veste di struttura fondamentale dello Stato, garante della continuità istituzionale al di là delle mutevoli soluzioni politiche, e di fattore di avanzamento sociale, al quale è affidato l'intervento sui concreti problemi della società civile (166).

In questi spunti che il saggio orlandiano del 1887 ci offre troviamo già, seppur ancora per via mediata ed indiretta, i primi germi della futura costruzione dello Stato-persona, che appare ancora più vicina — come subito vedremo — quando Orlando passa alle conclusioni, a fornire il criterio discretivo tra diritto ammini-

---

p. 153. Non si può qui non ricordare come Orlando avesse negli anni precedenti duramente criticato il 'socialismo di Stato', in esso vedendo un grave pericolo di 'corporativizzazione' della società civile, di perdita progressiva della necessaria dimensione unitaria dello 'spirito pubblico': cfr. *supra*, paragrafo secondo.

(165) V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit., pp. 154-155.

(166) La vicenda è secondo Orlando tangibile in tutti i più grandi Paesi europei: così in Germania, dove la burocrazia è uno dei principali elementi costitutivi della « grande potenza » nazionale; così in Francia, dove le strutture amministrative hanno rappresentato il baluardo più efficace di fronte alle dilaceranti lotte politiche; così in Inghilterra, dove il tradizionale liberismo ha dovuto piegarsi alle moderne necessità della legislazione sociale (*Ibid.*, pp. 157-158).

strativo e scienza dell'amministrazione, tra lato 'giuridico' e lato 'politico-sociale' dell'attività dello Stato.

Non che il giurista siciliano non avesse anche in scritti anteriori all'87 parlato di sovranità dello Stato, o anche di sua 'personalità', ma lo aveva sempre fatto con stretto riferimento alla comunità popolare, nella più piena inscindibilità del concreto esercizio della sovranità medesima tramite il governo dal costante richiamo alla centralità del 'popolo' (167).

Ora, invece, il ragionamento di Orlando sembra prendere vie diverse, in una chiara e netta antitesi tra *Stato* e *società*: ogni studio della vita collettiva deve muovere da una di tali nozioni « tenendo ben presenti le caratteristiche proprie ad ognuna di esse, per cui lo Stato, essendo un organismo essenzialmente giuridico, giuridici sono i rapporti che la personalità di esso riguardano. In quanto una scienza si applichi esclusivamente allo studio dello Stato o della società, la confusione non può nascere, obbiettiva ed evidente essendo la ragione del distinguere: così è per il diritto costituzionale da un lato, scienza eminentemente giuridica, così è per l'economia politica dall'altro, scienza eminentemente sociale » (168).

A ben guardare, il salto teorico che qui Orlando compie non è certo di poco conto: il diritto pubblico non è più scienza giuridica in quanto riesca a fornire un assetto 'giuridico' dei rapporti tra Stato e società civile — in sintesi l'ideale di un'organica integrazione di 'governo' e 'popolo' degli *Studi giuridici* del 1886 —, ma solo nella misura in cui ponga a proprio oggetto 'rapporti' che riguardano la 'personalità' statuale, concepita in netta antitesi con la società civile.

Da una simile impostazione non può non conseguire una netta distinzione tra attività 'giuridica' ed attività 'politica' dello Stato — rispettivamente tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, avendo riguardo al contenuto specifico del saggio del 1887 —: la prima è quella che ha un prevalente contenuto 'statuale', che è posta in essere dallo Stato nel necessario esplicarsi della sua perso-

---

(167) Particolarmente indicativo in questo senso il saggio sulla *Resistenza politica individuale e collettiva*, cit., pp. 110-115: cfr. *supra*, paragrafo secondo.

(168) V.E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit., p. 165.

nalità e dei suoi diritti di sovranità (169); la seconda possiede invece un prevalente contenuto 'sociale', cioè assume a proprio principale oggetto la società con i suoi differenziati e contrastanti bisogni, intervenendo su di essi sulla base di contingenti valutazioni di convenienza e di opportunità (170).

Il carattere 'giuridico' degli atti dello Stato è così fissato sulla base della loro attribuibilità all'esercizio sovrano dei poteri dello Stato-persona; ed in tal modo rimangono pure fissati l'oggetto e i confini del diritto amministrativo.

Così Orlando risolve assai drasticamente il problema che si era posto di definire la natura 'giuridica' degli atti di governo — presentatosi alla conclusione degli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886 —, interpretando tutto il versante 'giuridico' dell'attività statuale in chiave di sovranità dello Stato-persona.

Proprio sotto questo profilo, il contenuto di questo saggio dell'87 può dirsi sostanzialmente nuovo rispetto ai precedenti contributi di Orlando; nondimeno, sarebbe certamente scorretto parlare di un improvviso incontro di Orlando con il tema della personalità giuridica statuale.

Infatti, se riflettiamo a fondo sul contenuto degli *Studi giuridici*

---

(169) « Così in quanto lo Stato deve attuare la sua personalità e svolgere la sua azione dal centro alla periferia, ma inoltre usufruire le attività locali per la forza e il miglioramento del tutto, in quanto lo Stato richiede necessarie prestazioni ai cittadini, in quanto esso attua la tutela del diritto e garantisce per via giurisdizionale i diritti dei singoli, la nozione di Stato viene a porsi in immediato rapporto con la nozione di società. Ma quei fini essendo essenziali alla sua personalità giuridica, non potendo essi venir meno senza che altresì venga meno l'idea di Stato, l'elemento dominante resta lo Stato ed essenzialmente giuridici restano i rapporti che ne derivano »: è questo l'oggetto del diritto amministrativo (ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit., p. 165).

(170) « Quando invece si tratta di sapere se e in quale misura debba lo Stato ingerirsi nei sociali rapporti e migliorare con il suo intervento l'attività economica, il benessere fisico, lo sviluppo intellettuale dei cittadini, abbiamo certamente anche qui un nesso che si stabilisce fra la nozione di Stato e quella di società, ma l'elemento dominante e caratteristico resta il sociale; come *sociale* è la *materia*, verso cui lo Stato agisce se non come mera *forza*... obietto essenziale dello studio è dunque la società, non lo Stato, e sociale è la scienza che vi si applica »: la scienza dell'amministrazione (*Ibid.*, pp. 165-166; i corsivi sono di Orlando). Della distinzione orlandiana tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato, si è occupato G. MIELE, *Contributi al diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, III (1953), pp. 50-86.

del 1886, non sarà difficile scorgere nella critica alla divisione dei poteri e nell'individuazione di un'*unica* funzione di *governo* il primo necessario passo verso la personalità giuridica dello Stato.

Non solo: lo stesso 'realismo' della prima metà degli anni Ottanta, con quel continuo insistere sulla 'forza' *unica* — la storia, la tradizione, il 'popolo' —, fondandosi su una sostanziale avversione verso il pieno dispiegarsi della società civile borghese con il suo carico di contraddizioni, con la sua pluralità di contrastanti interessi, preludeva certamente ad una sintesi 'superiore'; preludeva ancora una volta alla personalità giuridica dello Stato.

In fondo, ciò che caratterizza profondamente la rigida determinazione della sfera del 'giuridico' nel saggio del 1887 è l'assoluta indisponibilità di Orlando a mediare il principio 'puro' della sovranità dello Stato con una pluralità di soggetti agenti a livello sociale.

Non è allora difficile scorgere l'intimo nesso che lega il 'realismo' dei primi saggi del giurista siciliano con le posizioni che egli va assumendo alla fine degli anni Ottanta: è nel momento in cui si suppone una realtà sociale necessariamente omogenea, unificata in 'popolo' o in 'spirito pubblico', che si apre la via alla sovranità dello Stato quale soggetto *unico*, respingendo nella sfera del 'politico', o del 'sociale', qualsiasi considerazione che abbia natura 'particolare', che tenda cioè a mettere in rilievo il nesso di causalità tra *determinati* bisogni sociali ed altrettanti atti del potere politico.

Ecco perché il passaggio dal 'realismo' della teoria costituzionale alla nuova centralità dello Stato-persona non si presenta in Orlando in veste di ripensamento critico, ma di naturale e logico svolgimento di un pensiero sostanzialmente unitario. Dallo studio del fondamento della sovranità nel 'popolo' alla analisi della sua esplicazione tramite gli atti di governo; dal principio di governo alla centralità dello Stato-persona: questo il coerente itinerario intellettuale di Orlando.

Il 'popolo' dei primissimi saggi di Orlando stava ormai trovando il suo necessario interprete: proprio in quanto esso appariva come un'entità omogenea, storicamente consolidata al di là dei conflitti sociali, la sua soggettività non poteva non esprimersi 'naturalmente' attraverso lo Stato-persona e la sua sovranità, posta in egual misura al di là di una qualsiasi possibile mediazione con differenziati interessi e soggetti sociali.

Così, dall'87 in poi il nostro giurista non si preoccuperà più del

rapporto popolo-governo, ma, dato per 'risolto' quel problema, si concentrerà esclusivamente sullo studio delle manifestazioni di volontà dello Stato.

Tale studio muoverà essenzialmente in due direzioni: da una parte, si tratterà, una volta attribuita la sovranità allo Stato-persona — e considerati giuridici i suoi atti con riferimento esclusivo ad essa medesima —, di precisare un limite al suo esercizio, individuando precise garanzie giuridiche a difesa della sfera di libertà dei singoli cittadini; dall'altra, di ripensare alla rigida distinzione dell'87 tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, la quale, in fondo, finiva per confinare la scienza giuridica nel campo ben delimitato, ma assai angusto, delle forme di manifestazione della sovranità statuale, escludendo dal suo orizzonte teorico il grande settore, in continua crescita, dell'intervento sociale.

Questi sono senza dubbio i problemi di Orlando alla fine degli anni Ottanta, ed a questi temi dedicheremo le nostre ulteriori riflessioni (171).

5. In una Prefazione datata 6 giugno 1887, con la quale Orlando introduceva il pubblico italiano alla lettura — nella traduzione da lui medesimo curata — dell'opera di Francis Montague, *I limiti della libertà individuale* (172), il giurista siciliano motivava il suo impegno nella diffusione del saggio del pubblicista inglese, affermando che si trattava dell'unico contributo della letteratura britannica che potesse dirsi « risolutamente anti-liberista » (173).

La notazione non è certo di poco conto, dal momento che Orlando non aveva mai mancato negli anni precedenti di rivolgere incondizionate lodi al modello costituzionale inglese, e soprattutto alla sua capacità di evolversi gradualmente, in stretta connessione con il parallelo sviluppo delle libertà politiche e civili; e, d'altra

---

(171) Ad iniziare dalla *'Teoria giuridica delle guarentigie della libertà'*: è lo stesso Orlando — come vedremo — a parlare de *la* libertà, ben consapevole del prevalente senso politico-filosofico del termine, e conseguentemente ben attento a collocare il momento specificamente giuridico dell'analisi a livello delle *guarentigie* di quella medesima 'libertà'.

(172) La traduzione fu pubblicata nella *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890, pp. 493-653.

(173) *Ibid.*, p. 493.

parte, erano ben noti i suoi attacchi al 'socialismo di Stato', ed anche una certa sua diffidenza verso quella parte della dottrina tedesca che gli appariva di più chiara vocazione 'statualista' (174).

Evidentemente, il crescente bisogno — dallo stesso Orlando avvertito (175) — di una piena centralità dello Stato-persona cominciava a far sentire i suoi effetti.

Dopo la rigida distinzione del 1887 tra sovranità statuale e dinamica sociale, è con la *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888 (176) che si fanno più evidenti certe linee di sviluppo della riflessione orlandiana.

Posto di fronte al tema della *libertà*, Orlando assume un atteggiamento ben diverso da quello che aveva caratterizzato il suo impegno teorico sullo *Stato* all'inizio degli anni Ottanta. Allora egli aveva cercato soprattutto di costruire una nozione 'giuridica', puntando la sua attenzione alla *totalità* della vita collettiva, al modo con il quale la società civile si rifletteva nelle istituzioni; ora, a proposito della libertà, saltano completamente le linee generali del problema, e si dichiara apertamente che essa interessa al giurista solo in quanto si esprima in « diritti » positivamente sanciti da una norma dello Stato (177).

Il punto di avvio dell'indagine è dunque risolutamente collocato nello Stato: « Nella sfera del diritto pubblico noi troviamo innanzi tutto quel grande organismo giuridico che è l'obbiettivo essenziale di quella giuridica disciplina: lo Stato. In quanto questo organismo ha una vita propria, un proprio ordinamento, propri mezzi di

---

(174) Negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886, Orlando aveva criticato — seppur molto velatamente — l'opera di Carl Friedrich von Gerber, e in modo particolare il suo saggio *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (Leipzig, 1865) nel quale egli ravvisava l'errata tendenza a considerare il diritto pubblico come « diritto spettante all'autorità sovrana »: *Studi giuridici*, cit., p. 359; ed aveva affermato: « In antitesi alla scuola che fa del governo una dipendenza del potere legislativo, sta quell'altra, erronea egualmente, che ne confonde la nozione con quella di sovranità. È una tendenza generale della scuola tedesca » (*Ibid.*, p. 406, nota 3).

(175) Cfr. la conclusione del precedente paragrafo.

(176) Torino, 1888; poi riprodotta in *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, cit., pp. 917-1144: da qui citeremo.

(177) *Ibid.*, p. 925. Nei *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, p. 225, Orlando affermerà chiaramente che « una nozione giuridica autonoma di libertà non esiste ».

esistenza, proprie funzioni ed organi ad esse appropriati, brevemente in quanto si tratta del diritto dello Stato, il problema della libertà non si pone » (178).

Proprio in questa sorta di 'accessorietà' dell'idea di libertà nell'ambito del diritto pubblico sta — a nostro avviso — la corretta chiave di lettura del saggio orlandiano del 1888; e cercheremo dunque di indagare più a fondo cosa essa significhi all'interno del complesso quadro argomentativo di Orlando, tenendo presente in primo luogo la distinzione, da lui medesimo operata, tra libertà civili e libertà politiche.

Inizieremo dalle seconde, che attengono a tutte le forme — individuali o collettive — di partecipazione alla cosa pubblica, attraverso la libertà di parola, di associazione, di riunione, e così via. Un dato colpisce intanto il lettore anche meno attento: il fatto che Orlando non ci abbia fornito alcuna trattazione positiva di quelle libertà, limitandosi a ripubblicare — quasi inalterato — il suo saggio del 1885 sulla resistenza politica individuale e collettiva (179).

E non si tratta certo — si badi bene — di una sorta di pigrizia intellettuale del nostro giurista, ma del frutto di una scelta ben calcolata e ponderata.

Il tema delle guarentigie della libertà, prescelto da Orlando nel 1888, presentava un aspetto essenzialmente nuovo rispetto a tutti i precedenti contributi: bisognava prendere in esame la possibilità di un contrasto tra volontà statuale e diritti individuali, o, in altre parole, l'eventualità di una 'disarmonia' all'interno del sistema.

Era per il giurista siciliano pensabile una situazione del genere nel caso delle libertà politiche, che attenevano essenzialmente all'ordine costituzionale? Poteva porsi sul piano costituzionale un tale conflitto tra Stato e individuo? La risposta è risolutamente negativa, ed è implicita nella quasi integrale ripubblicazione del saggio dell'85

---

(178) V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 925. Non sarà inutile notare come Orlando si rifaccia qui esplicitamente a Gerber, a suo avviso meritorio precursore di un simile punto di vista: *Ibid.*, p. 925, nota 1. Solo due anni prima, negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886, Orlando, per gli stessi motivi, aveva criticato l'opera del pubblicista tedesco: cfr. *supra*, nota 174.

(179) Cfr. *supra*, paragrafo secondo. Il saggio del 1885 è riprodotto alle pagine 1059-1135 della *Teoria giuridica*; le variazioni sono di poco conto, e largamente trascurabili.

sulla resistenza politica, dominato per intero dall'ideale della connessione organica di 'popolo' e 'governo'.

Il fatto che nell'88 si parli di diritti dell'individuo non sposta i termini del problema, poiché per Orlando — nel caso delle libertà politiche — si può parlare di individualità dei diritti solo con riferimento al loro esercizio, mentre il fondamento, ed il contenuto medesimo, di quei diritti sta per intero nell'ambito del « diritto popolare », cioè deve essere totalmente ricondotto a quell'unitario 'spirito pubblico', ed al suo complessivo riflettersi nelle istituzioni, che dominava il saggio dell'85 (180).

Ma allora, scrivere delle libertà politiche — e della loro garanzia tramite il diritto di resistenza — equivale a studiare il rapporto giuridico tra Stato e popolo, cioè a coprire lo spazio di « tutta una scienza, che noi chiamiamo diritto costituzionale » (181).

Ecco quindi un primo significato di quella 'accessorietà' dell'idea di libertà, della quale discorrevamo all'inizio della nostra analisi: le libertà politiche dei cittadini non possiedono alcun contenuto specifico proprio — che infatti Orlando non esamina —; niente aggiungono e niente tolgono al diritto costituzionale, che ha il suo fondamento nell'irrinunziabile connessione organica di 'Stato' e 'popolo', che si presenta come organismo scientifico già compiuto, all'interno del quale il tema della libertà come 'partecipazione' è già necessariamente compreso sotto la forma di concreto manifestarsi dello 'spirito pubblico'.

Nella conclusione al saggio, Orlando individua nel governo parlamentare lo sviluppo massimo delle libertà politiche, tanto che — egli aggiunge — è sperabile che i diritti di resistenza individuale e collettiva quali forme di garanzia delle libertà politiche di fronte ad un'eventuale violazione costituzionale operata con un atto dello Stato possano ormai considerarsi temi di « storia del diritto », caratteristici di un'età ancora dilaniata dal fondamentale conflitto tra 'popolo' e istituzioni (182).

---

(180) V.E. Orlando, *Teoria giuridica*, cit., p. 1054.

(181) *Ibid.*, p. 1053; ed anche p. 935, nello stesso senso.

(182) *Ibid.*, pp. 1134-1135; secondo Orlando, proprio sotto il profilo indicato nel testo, si può parlare di « questione politica, oggi risoluta abbastanza felicemente » (*Ibid.*); ed anzi, lo sviluppo delle libertà politiche può dirsi giunto ad un punto tale da legittimare

Le istituzioni liberali cui Orlando pensa (183) hanno invece già risolto tale conflitto, poiché hanno posto il loro necessario fondamento nella 'coscienza' giuridica popolare; costituiscono il momento massimo di espressione di quella 'coscienza', e non un soggetto ad essa estraneo. Essendo ormai venuta a termine l'età nella quale « il miglior modo di garantire la libertà dei popoli riponevasi nell'indebolire l'autorità del governo, e lo Stato liberale perfetto sembrava quello che accordasse i minori poteri possibili ai pubblici magistrati » (184), si può ormai affermare che lo studio delle libertà politiche coincide con lo studio delle istituzioni liberali rappresentative (185).

A che serve dunque una teoria giuridica delle libertà politiche — dei cittadini o delle comunità minori —, dal momento che quelle libertà non sono altro che l'espressione specifica e derivata di quello 'spirito pubblico', che ha la sua più alta forma di realizzazione nelle istituzioni esistenti? Analizzare tali istituzioni, consolidarle scoprendo la loro intima natura 'giuridica', non sarà dunque il miglior modo di occuparsi anche delle libertà politiche?

A questo punto, la svolta in direzione dello Stato-persona è ormai matura, e trova il suo fondamento proprio in questa posizione da Orlando assunta a proposito delle libertà politiche.

Infatti, è nel momento in cui si considera 'irrilevante' lo studio delle specifiche forme di esercizio della libertà politica, nel momento in cui si riduce tutta la dinamica partecipativa alla cosa pubblica al 'naturale' manifestarsi dello 'spirito pubblico' quale *unica* forza storica posta a fondamento delle istituzioni, che si apre la via alla più piena centralità di queste ultime negli interessi del giurista di diritto pubblico.

In altre parole, considerati come risolti i problemi del consenso e della partecipazione, della legittimazione stessa dello Stato nella società civile, i compiti della scienza di diritto pubblico non possono

---

« la preoccupazione di quei non pochi e volgari scrittori, i quali si preoccupano dei problemi dei *freni* » (*Ibid.*, p. 1115; il corsivo è di Orlando): si tratta di una delle poche frasi aggiunte nel testo del 1888.

(183) Quelle da lui descritte negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886: cfr. *supra*, paragrafo terzo.

(184) V.E. Orlando, *Teoria giuridica*, cit., p. 936.

(185) *Ibid.*, p. 936: « La nozione di libertà popolare si riscontra indirettamente in ogni parte dell'organismo dello Stato moderno ».

non porsi tutti — compreso il tema della libertà — all'interno delle forme di manifestazione della sovranità statuale e dei suoi limiti.

Così, a fronte di uno scarso impegno teorico di Orlando sulle libertà politiche, tutta la parte centrale del saggio del 1888 è dedicata alle garanzie della libertà civile, cioè alla *difesa* delle sfere individuali da eventuali indebite ingerenze da parte dello Stato. È questo — finalmente — problema « di suprema importanza », al quale è necessario che « si rivolga tutta l'amorosa e zelante attenzione del giurista e dell'uomo di Stato, poiché da esso dipende non solo la felicità, ma altresì la vita delle odierne società » (186).

Tale centralità della libertà civile — in evidente contrasto con la disattenzione di Orlando per il tema della libertà politica — è parte di un più ampio mutamento di interessi del nostro giurista, che lo conduce da un prevalente impegno nel campo del diritto costituzionale allo studio quasi esclusivo del diritto amministrativo.

È infatti nell'ambito del secondo, e dunque dell'esercizio sovrano dei diritti dello Stato-persona, che si pone il problema della libertà civile, come coerente fissazione di limiti alla stessa attività statuale.

Diremo di più: dal saggio dell'88 in poi, apparirà sempre più chiaro come il diritto costituzionale venga confinato nella produzione scientifica di Orlando al ruolo di scienza descrittiva del modello 'ideale' — per il nostro giurista anche reale, dal momento che egli riteneva storicamente risolto il problema politico fondamentale del rapporto popolo-governo — di governo giuridico, mentre unicamente nel diritto amministrativo si ricercava la soluzione dei problemi ancora aperti, e primo fra questi quello dei limiti dell'azione di governo nei confronti delle sfere individuali.

Ma se il problema della libertà si pone *tutto* nei confini delle manifestazioni di sovranità dello Stato e dei loro limiti, se esso possiede in altre parole un contenuto meramente negativo, di difesa dell'individuo dalle possibili esorbitanze del potere pubblico, ne consegue che solo all'*interno* di quest'ultimo può essere ricercato il criterio di fissazione dei limiti dell'attività statuale. Non si può trattare dunque di un criterio positivo, fondato sulla necessità di

(186) *Ibid.*, p. 941.

fornire una tutela a certi diritti positivamente espressi, ma solo di un meccanismo di regolamentazione della produzione normativa.

È così che Orlando, alla ricerca di una soluzione, è costretto a demolire il principio di *unicità* della funzione di governo, che stava al centro dei suoi *Studi giuridici* del 1886 ed a ritornare alla tanto deprecata divisione dei poteri, poiché solo nell'esercizio di un autonomo potere giudiziario (187), che possa sentenziare sugli atti della Pubblica Amministrazione violativi di un diritto del cittadino riconosciutogli da una legge dello Stato, il nostro giurista riesce ad individuare il criterio-base, sul quale fondare la difesa delle sfere individuali dalle esorbitanze del potere politico.

Della ricostruzione orlandiana dello Stato rappresentativo moderno — operata negli *Studi giuridici* del 1886 — rimane la parte critica, cioè la sottrazione al potere legislativo di ogni crisma derivante da una presunta investitura popolare, mentre scompare completamente la parte costruttiva, ossia il tentativo di elaborare una teoria degli atti dello Stato fondata sulla loro 'natura' o 'sostanza' — di leggi proprie, dichiarative di una *norma juris*, o di leggi improprie, o di ordinanze, meri provvedimenti di governo —, con un pieno recupero della divisione dei poteri, non più come strumento per affermare ideologicamente la preminenza di fatto del legislativo, ma quale criterio organizzativo della produzione normativa, posto, a sua volta, alla base del meccanismo di difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini (188).

In tal modo, si apre la via ad un pieno ritorno alle 'forme', cioè

---

(187) Orlando era un rigido sostenitore della giurisdizione unica, cioè riteneva che non si potesse parlare di una giurisdizione amministrativa, o meglio di una funzione giurisdizionale attribuita al potere amminitrativo in quanto tale: V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., pp. 976 e ss. Esaminando la nota legge del 1865, con la quale si abolivano i vecchi tribunali amministrativi, Orlando ritenne di scorgervi la realizzazione del principio di unicità della funzione giurisdizionale (*Ibid.*, pp. 1024 e ss.); nondimeno, valutando le riforme del sistema di giustizia amministrativa del 1889 e del 1890 — allora solamente in preparazione —, Orlando si dichiarò del tutto favorevole alla loro realizzazione, ravvisandovi quella tutela degli interessi legittimi dei cittadini, che era stata trascurata dalla medesima legge del 1865 (*Ibid.*, pp. 1044 e ss.).

(188) Si tratta — secondo Orlando — di stabilire « la garanzia giuridica dell'osservanza dei limiti tra legge e decreto »; di fare in modo che gli atti del potere esecutivo « siano compresi nei limiti dell'autorità legittima di quel potere » (*Ibid.*, p. 986).

ad uno studio degli atti dello Stato fondato sulla loro provenienza formale: la legge per il legislatore, il decreto e l'ordinanza per il potere esecutivo, la sentenza per il potere giudiziario (189); mentre non interessa più il contenuto dell'atto, il suo dichiarare una norma di diritto, o il suo essere mero provvedimento di governo.

Il tutto con una conseguenza di grande portata: lo Stato non è più 'giuridico' sulla base del modello del 1886, cioè tramite un sostanziale riferimento al diritto vivente nella 'coscienza' giuridica popolare (190), ma solo in quanto riesca a fornire, sulla base di forme preordinate, una coerente manifestazione di volontà.

Torniamo così, per questa via, al punto di partenza della nostra analisi, ossia alla convinzione orlandiana della 'accessorietà' dell'idea di libertà nell'ambito del diritto pubblico moderno.

Abbiamo già cercato di individuare il suo significato a livello di libertà politiche nel fatto che per il giurista siciliano esse erano ormai realizzate — una volta risolto il problema politico della 'partecipazione' — nelle istituzioni esistenti.

Ebbene, l'obbiettivo principale di Orlando nel saggio del 1888 è quello di dimostrare che il medesimo schema è applicabile anche a livello di libertà civili. Anche queste non possiedono alcun contenuto specifico — ed in tal misura non sono 'essenziali' al diritto pubblico —, poiché costituiscono unicamente il terreno di verifica della coerenza e della razionalità *interna* allo Stato ed ai suoi meccanismi di produzione normativa.

Tutto il saggio dell'88 ha questo profondo significato: il problema della libertà non può mettere in imbarazzo il giurista che procede ormai sicuro alla definizione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità, perché proprio in quello Stato, e *solo* in

---

(189) Nei *Principii di diritto costituzionale* del 1889, cit., Orlando fissa i limiti del diritto di ordinanza nei confini segnati dalla legge intesa in senso costituzionale o formale (pp. 184-185), cioè da tutti quegli atti che siano stati approvati dalle due Camere e sanzionati dal Re, dunque con riguardo esclusivo alla *forma*, in altre parole all'attribuibilità formale degli atti in questione al potere legislativo (*Ibid.*, p. 120).

(190) Secondo quel modello, infatti, gli atti dello Stato potevano dirsi 'giuridici' in quanto necessariamente compresi, o nella categoria delle leggi proprie, meramente dichiarative di un diritto preesistente, o in quella degli atti di governo — leggi improprie ed ordinanze —, emanati nell'esercizio della sovranità statuale avente il suo fondamento nel 'popolo': cfr. *supra*, paragrafo terzo.

esso, può reperirsi, da una parte, la realizzazione più piena delle libertà politiche, dall'altra, una coerenza interiore, tale da salvaguardare anche gli ambiti di autonomia individuale.

Proprio sotto questo profilo ci interessava il saggio del 1888 sulle garanzie della libertà, poiché in esso, attraverso il concreto confronto dello Stato-persona con una realtà posta al suo esterno, Orlando giunge alla conclusione di poter risolvere ogni problema a livello di *tecnica* di sistemazione delle *forme* di esercizio della sovranità statuale (191): d'ora innanzi, tutto lo sforzo costruttivo di Orlando si muoverà entro questi confini.

6. L'aver individuato il proprio oggetto d'indagine nello Stato-persona e nelle sue manifestazioni di sovranità costituiva agli occhi di Orlando condizione necessaria, ma non sufficiente, dell'operare scientifico dei giuristi di diritto pubblico.

La giuspubblicistica italiana aveva bisogno anche di un metodo, di una forma di lettura della complessa realtà statuale, di una tecnica costruttiva: proprio di tali esigenze cercò di farsi interprete il nostro giurista.

Certamente, egli aveva posto anche negli anni precedenti il problema del metodo, ma lo aveva sempre fatto in termini assai generali: 'giuridica' poteva dirsi quella concezione della realtà pubblicistica ispirata all'ideale di una 'naturale' integrazione della totalità delle energie sociali nelle istituzioni (192).

Quel medesimo problema si poneva ora, dopo la scoperta della centralità dello Stato-persona, in termini del tutto diversi: non si trattava più tanto di progettare un'idea — o anche un modello — di 'governo giuridico', ma di lavorare analiticamente sulle manifestazioni di sovranità dello Stato *esistente*, al fine di reperirvi una

---

(191) Nei *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 65, Orlando afferma chiaramente che solo nella netta distinzione tra le *forme* di manifestazione della volontà statuale — legge ed atto del potere esecutivo — il cittadino trova la garanzia della libertà civile; in altre parole, la garanzia che l'atto dello Stato espresso in *forma* di ordinanza o di decreto non potrà mai porsi in contrasto con quello espresso in *forma* di legge violando quella libertà: la difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione è garanzia di coerenza della volontà statuale.

(192) È il tema più ricorrente nei saggi orlandiani della prima metà degli anni Ottanta: cfr. *supra*, paragrafo secondo.

coerenza interiore che molto spesso non appariva, di ordinarle in sistema.

Tale lavoro non poteva non spettare secondo Orlando a quella scienza giuridica, che egli aveva cercato negli anni precedenti di indirizzare verso una compiuta considerazione 'giuridica' della sfera pubblicistica: quei suoi sforzi dovevano ora trovare un momento di concreta realizzazione nell'intervento dei giuristi sulle strutture dello Stato unitario, sul diritto positivo vigente.

Proprio sotto questo profilo, l'ultimo scorcio degli anni Ottanta e l'avvio del decennio successivo segnano una tappa decisiva nello sviluppo della riflessione orlandiana. È infatti in questa fase che va affermandosi in modo decisivo l'idea di un attivo intervento della scienza giuridica sui gravi problemi irrisolti dello Stato unitario, che il modello costituzionale contenuto negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886 viene posto a diretto confronto con la realtà istituzionale italiana.

I singoli problemi affrontati da Orlando giungono così a maturazione, riproponendosi non più nella veste specifica di teoria dei rapporti tra gli organi dello Stato, o delle guarentigie della libertà, ma sotto l'angolatura complessiva ed unificante della necessaria scoperta — ma anche costruzione — di una intrinseca *razionalità* dei fini dello Stato e dei suoi limiti in direzione delle sfere individuali.

Si fa in tal modo progressivamente strada l'idea di un sistema di diritto pubblico, ossia di un complesso coordinato di principii giuridici direttamente riferibili al soggetto pubblico per eccellenza, alla personalità giuridica dello Stato.

Corrispondentemente, varia in modo fondamentale la funzione della scienza giuridica, che non è più chiamata solamente ad affermare un punto di vista autenticamente 'giuridico' nell'analisi del rapporto tra Stato e società civile — l'ideale di organica integrazione di Stato e 'popolo' —, ma soprattutto ad individuare, scoprire, e costruire a livello della normativa statuale, della concreta attività di governo, quella medesima armonica composizione di interessi tra Stato, singolo cittadino, e gruppi sociali, che era sottesa all'ideale giovanile del 'popolo'.

Proprio l'attività di governo è destinata a divenire l'oggetto esclusivo della riflessione di Orlando a partire dalla fine degli anni Ottanta: così come la scienza giuridica sarà d'ora innanzi il soggetto

privilegiato, cui il giurista siciliano rivolgerà tutte le sue proposte, nella crescente convinzione che solo in essa poteva scorgersi l'intelligenza capace di dirigere il processo di ricerca dei principii ultimi sui quali fondare l'intera attività statuale.

Primato del diritto positivo statuale e ruolo attivo della scienza giuridica sono i due aspetti dominanti la riflessione orlandiana, la quale si fonda interamente sul presupposto che non possa darsi alcuna scienza di diritto pubblico senza il sicuro punto di riferimento della norma emanata dallo Stato, ma anche sull'altrettanto ferma convinzione che nessun sistema di diritto pubblico è possibile senza il lavoro costruttivo della scienza: è necessario muovere dalle manifestazioni di sovranità dello Stato-persona, ma è altrettanto indispensabile non subire il loro disorganico andamento.

Proprio a questa duplice esigenza cerca di fornire una risposta la nota prolusione palermitana del 1889, dedicata da Orlando a *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (193): merita porla al centro della nostra attenzione, poiché in essa si vanno definendo in modo assai netto i compiti della scienza giuridica di fronte al vastissimo tema dell'attività statuale.

È in primo luogo la norma giuridica emanata dallo Stato, il diritto positivo vigente, il protagonista principale del contributo orlandiano dell'89, il cui scopo era proprio quello di richiamare la scienza di diritto pubblico del tempo alla centralità dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità.

Un contemporaneo non sprovveduto, anch'egli studioso di diritto pubblico, così commentava il senso della prolusione orlandiana, probabilmente facendosi interprete di una più vasta convinzione: « L'egregio prof. Orlando... ha colpito nel segno dicendo che è ormai venuto il tempo di considerare il diritto pubblico come diritto positivo. Dello stato ottimo si occupino i politici ed i filosofi della storia; le dottrine giuridiche non possono attenersi che al diritto positivo » (194).

---

(193) Prolusione ai Corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889; pubblicata in *Archivio giuridico*, XLII (1889), e, in seguito, in *D.P.G.*, cit., pp. 3-22: da qui citeremo.

(194) O. Scalvanti, *Indirizzo del diritto amministrativo italiano (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Rivista di diritto pubblico*, III (1892), p. 569.

E, del resto, il nostro commentatore non aggiungeva molto di originale a quanto lo stesso Orlando affermava in conclusione al suo intervento del 1889: « Così il diritto pubblico è in tanto obbietto di una scienza positiva in quanto concretato nelle istituzioni di un popolo determinato, in quanto adunque è diritto pubblico positivo. Noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di un'idea ma della sovranità di poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale » (195).

Nell'affermare recisamente il primato del diritto positivo, Orlando non si limitava a criticare la vecchia 'scienza della libertà' in nome del metodo 'puro', o più semplicemente 'giuridico' — cosa che già aveva fatto, fin dal primissimo saggio sulle 'forme' e sulle 'forze' politiche (196) —, ma in fondo mirava soprattutto a superare il proprio livello di analisi cercando di passare dalla teoria del governo giuridico al sistema delle forme di manifestazione della sovranità statuale.

Così, il 'realismo' della prima metà degli anni Ottanta (197) non ha più alcun carattere sostanziale nello schema argomentativo di Orlando; e quando il nostro giurista afferma che « il diritto è vita: efficienza ultima del carattere storico di un popolo, e dei sentimenti della comunità » (198) non fa altro che sottolineare la specificità di ogni diritto nazionale concretato in determinate istituzioni, con una totale equivalenza di 'popolo' e 'Stato', e nella sostanziale centralità del secondo negli interessi del giurista di diritto pubblico.

Ma — come sappiamo — un'altra esigenza dominava l'intero contenuto della prolusione del 1889: quella — cui già abbiamo accennato — di non ridurre l'impegno della scienza di diritto pubblico al mero commento esegetico delle carte costituzionali e delle leggi dello Stato.

Sotto questo profilo, è sicuramente il *sistema* l'altro grande protagonista del contributo orlandiano del 1889, presente in ogni

---

(195) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 21.
(196) Cfr. *supra*, paragrafo secondo.
(197) *Ibid.*
(198) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 20.

sua pagina, alla pari del costante richiamo alla centralità del diritto positivo vigente.

Quest'ultima non deve insomma sospingere il giurista di diritto pubblico ad un passivo ossequio alla norma emanata dallo Stato, non deve costringerlo a correre dietro alla disorganica normativa emanata sulla spinta di innumerevoli impulsi contingenti della più disparata natura.

Funzione attiva della scienza giuridica significa appunto sua capacità di reagire al caos troppo spesso creato da quella normativa, di ricondurre ad ordine sistematico il complesso delle disposizioni di governo, scoprendo i principii fondamentali che le orientano.

In uno scritto minore di questo periodo, certamente irrilevante ai nostri fini per il suo contenuto intrinseco, Orlando, lamentandosi della scarsa chiarezza della legge riordinatrice delle amministrazioni locali, afferma, quasi di sfuggita, ma nondimeno con estrema chiarezza: « Noi non ci aspettiamo molto, per questo lato, dai legislatori moderni: ed è appunto per questa poca fiducia che ci ispira la redazione delle leggi, soprattutto amministrative, che abbiamo, per quanto le nostre forze modeste e l'autorità ancora minore ce l'hanno permesso, vivamente censurato l'indirizzo esegetico, così prevalente presso gli scrittori di diritto amministrativo » (199).

La 'censura' cui Orlando si riferisce è certamente quella contenuta nella sua prolusione dell'89, nella quale il nostro giurista, giunto finalmente al confronto con il diritto positivo, non poteva non porsi una serie di domande: quali certezze si sarebbero mai conseguite, quale ordine giuridico si sarebbe mai costruito, limitandosi a commentare le disposizioni vigenti in un certo settore della vita pubblica? Ed ancora: il problema della *scienza* non era forse proprio quello di portare ordine nel caos troppo spesso creato — specialmente nel campo del diritto amministrativo, in continua e tumultuosa crescita a causa dei sempre più estesi compiti d'intervento dello Stato sulla società civile — dalla disordinata attività legislativa?

È appunto alla scienza che si rivolge il giurista siciliano nel suo intervento dell'89 — parlando quasi provocatoriamente di criteri

---

(199) V.E. Orlando, *Dubbi e questioni giuridiche a proposito della nuova legge comunale e provinciale*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1890), p. 268.

tecnici —, con un unico scopo, tutto interno ad una teoria dei compiti della scienza di diritto pubblico: indicare le vie da seguire per l'acquisizione di un punto di vista 'superiore' allo Stato-persona, tale da consentire ai giuristi di porre ordine nella farraginosa produzione normativa.

Pensando a tale punto di vista, Orlando non rimedita affatto sui vecchi temi della sovranità, del rapporto tra 'forme' politiche e 'forze' storiche, tra istituzioni e realtà sociale, ma pone ogni problema in funzione del *ruolo* e della tecnica che la scienza di diritto pubblico deve acquisire.

È allora ben comprensibile la parte centrale della prolusione orlandiana, dedicata alla polemica contro gli errori della passata riflessione giuspubblicistica, in particolar modo a quello che il nostro giurista definiva il duplice eccesso 'filosofico' ed 'esegetico' (200).

Non si tratta solo di condannare una certa tendenza dei giuristi a 'speculare' sulla origine e sulla vita delle istituzioni, richiamandoli alla necessità di condurre ogni loro analisi sulla base del diritto positivo vigente, ma anche di combattere con eguale determinazione la loro abitudine a seguire passivamente — una volta accettato il confronto con la realtà delle istituzioni — il succedersi disordinato delle forme di produzione normativa.

In conclusione, l'indicazione che Orlando offre è ben chiara: occuparsi del diritto positivo — con un conseguente reciso rifiuto della 'filosofia' —, ma non subire la sua caotica conformazione originaria — con un conseguente ed altrettanto reciso rifiuto del lavoro esegetico.

Si capirà allora con esattezza la portata ed il significato ultimo del costante congiunto richiamo di Orlando al diritto romano ed al diritto privato (201), poiché proprio nel modo di lavorare dei priva-

---

(200) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 7: « L'aver ecceduto nell'un senso non ha avuto il vantaggio negativo di premunire contro l'eccesso opposto; e l'abuso degli esami di ordine meramente filosofico, degenerazione dell'elemento teorico del diritto, si è accompagnato con l'abuso della trattazione esegetica, degenerazione dell'elemento pratico ».

(201) Il richiamo al diritto romano ed al diritto privato è presente fin dalle prime pagine del saggio: *Ibid.*, p. 6.

tisti, corroborato dalla lunga tradizione della tecnica giuridica romanistica, poteva scorgersi il giusto equilibrio tra elemento 'teorico' ed elemento 'pratico', entrambi essenziali per una corretta riflessione della scienza giuridica (202).

Solo in quell'ambito può essere ricercata *la soluzione* agli affanni metodologici della scienza di diritto pubblico: « La verità è che tra questi due estremi delle elucubrazioni filosofiche e del commento pedestre, tra questa pletora e questa anemia delle scienze nostre, il rimedio adeguato non consiste già in una contemperanza eclettica, ma nel ricondurre il diritto pubblico al suo vero fine. E il mezzo è semplicissimo, almeno ad enunciarlo; cioè che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principii giuridici sistematicamente coordinati. E diventa qui armonia l'apparente antinomia tra quei due elementi: la teoria e la pratica » (203).

Il sistema di principii giuridici: qui il momento focale della proposta orlandiana; qui il vero rimedio contro il 'duplice errore' filosofico ed esegetico.

Compito del giurista di diritto pubblico è ricavare dal disordinato cumulo di disposizioni legislative, di atti di governo, di sentenze, il punto di vista unificante, il principio giuridico: solo in tal modo egli conquista un proprio autonomo spazio di riflessione, garantendosi contemporaneamente dai pericoli connessi con l'eccesso filosofico, giacché il suo lavoro prende le mosse dal diritto positivo vigente, e da quelli connessi con l'eccesso esegetico, dal momento che non subisce lo stato alluvionale di quel medesimo diritto, ma vi reagisce, svolgendo un'attiva funzione sistematizzante ed ordinatrice (204).

---

(202) *Ibid.*, p. 7, dove si sottolinea nel senso indicato nel testo « l'eccellente procedimento tecnico dei giuristi romani ».

(203) *Ibid.*, p. 20.

(204) Orlando insiste a lungo su questa funzione attiva della scienza giuridica, ricordando anche la polemica anticodificatoria di Savigny — condotta proprio in nome di un ruolo attivo della *scientia juris* —, e sostenendo che « il diritto pubblico non si codifica », non solo a causa dello stato disordinato in cui si trova, ma soprattutto « perché l'indole medesima » dei rapporti pubblicistici non si presta ad un lavoro codificatorio (ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., p. 18): da qui, evidentemente, la particolare necessità di un lavoro costruttivo della scienza giuridica. Per quanto riguarda poi più

L'obbiettivo da raggiungere è ben chiaro: la scienza di diritto pubblico deve acquisire un proprio strumentario tecnico, inteso quale supporto essenziale per la costruzione di quell'ordine giuridico che spesso sfugge al mero commentatore della normativa statuale.

Il modello è ancora una volta fornito dalla scienza del diritto privato, la quale, avvalendosi della raffinata tecnica romanistica, aveva ormai consolidato le proprie capacità costruttive: non si limitava all'analisi delle disposizioni vigenti, ma da esse risaliva all'*istituto* mediante un rigoroso procedimento scientifico di astrazione. In tal modo, gli istituti giuridici non apparivano ai giuristi di diritto privato come frutto della loro speculazione, ma come « entità reali, esistenti, viventi » (205), concretamente organizzative di quella medesima normativa dalla quale le loro analisi avevano preso l'avvio, e dunque realmente produttrici di soluzioni, di risposte ai problemi posti dall'incontro tra la norma giuridica e la realtà sociale.

Questa è appunto la prospettiva secondo la quale si deve muovere anche la scienza di diritto pubblico: « È una questione tutta tecnica, è un abito intellettuale, ma che ha avuto questa influenza disastrosa, che, mentre lo studioso di diritto privato ha finito per

---

specificamente l'idea di sistema in Orlando, sarebbe errato farla derivare da un'indiscriminata recezione dei contributi dei giuristi tedeschi. Orlando è invece assai attento alle differenziazioni interne alla giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento; ed anzi ravvisa anche in essa la tendenza a cadere nel 'duplice errore' al quale abbiamo fatto cenno: da una parte, giuristi come Mohl e Bluntschli, nelle opere dei quali prevaleva l'aspetto 'filosofico'; dall'altra, i vari Laband, Rönne, Schulze, i quali — osserva criticamente Orlando — si limitavano ad un lavoro puramente esegetico sulla base esclusiva delle leggi di diritto pubblico dell'Impero (*Ibid.*, p. 9). Da sottolineare come Orlando abbia ben presente il dibattito svoltosi in Germania sul ruolo del giurista di diritto pubblico; si vedano, ad esempio, le citazioni dalla *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Verfassungsgeschichte*, più conosciuta come *Aegidis Zeitschrift*, sulle pagine della quale — pubblicata a Berlino dal 1864 al 1867 — si era avuto un fitto incontro-scontro di opinioni sul metodo della scienza di diritto pubblico. Tale dibattito si era svolto in particolare sul volume di Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (Leipzig, 1865), che aveva suscitato numerose reazioni critiche proprio per la sua pretesa di trattare il diritto pubblico come sistema di principii giuridici alla pari del diritto privato, eliminando, da una parte le tradizionali 'fondazioni' storico-filosofiche, dall'altra il lavoro meramente esegetico. Le analogie tra l'opera gerberiana e la prolusione di Orlando sono del tutto evidenti.

(205) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 13.

considerare i principii giuridici come esistenze reali, a noi cultori del diritto pubblico appaiono come creazione dell'arbitrio, e, per naturale conseguenza, quella chiarezza, quella precisione, quella sicurezza che contraddistinguono un rapporto di diritto privato, si mutano, nel campo del diritto pubblico, in incertezza, in oscurità, in confusione » (206).

Il discorso di Orlando si ferma nell'89 a questo punto, entro i confini del puro problema di metodo; e il nostro giurista non ci dice *quali* debbano essere i principii di diritto pubblico, e *come* possano coordinarsi in sistema.

Una cosa però è certa: che nella prospettiva di lavoro scientifico indicata da Orlando il sistema di principii giuridici ha ormai sostituito per intero quel primato delle 'forze' storiche che continuamente ricorreva nei primissimi saggi del nostro giurista (207).

Il necessario punto di vista extrastatuale — necessario per mettere ordine in un settore come quello pubblicistico, in larga misura dominato al proprio interno da contrastanti tensioni — non è più costituito dall'unità storico-politica del popolo, ma dal sistema di principii giuridici, ossia dalle capacità costruttive della scienza giuridica.

Dall'acquisizione di un'assoluta centralità dello Stato-persona non si torna più indietro; l'ideale del 'governo giuridico' non si gioca più nell'ambito di una generica rispondenza della legge al diritto 'popolare', ma nella coerenza *interiore* dello Stato-volontà, misurabile proprio da parte della scienza giuridica, la quale sola può rinvenire nelle singole disposizioni legislative, o nei singoli atti di governo, l'esistenza di un principio giuridico ad essa già noto: « è la legge che suppone il sistema organico del diritto e non è già il sistema giuridico che suppone la legge » (208).

Ma allora affermare che il diritto pubblico deve essere concepito come un sistema di principii giuridici non significa nient'altro che sostenere — quale esigenza primaria — un riordinamento sistematico delle disposizioni normative, con lo scopo ultimo di una progressiva identificazione dello Stato-volontà con il 'sistema organico

---

(206) *Ibid.*, p. 14.

(207) Cfr. *supra*, paragrafo secondo.

(208) V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 16.

del diritto'; e, di più, essere convinti che tali obbiettivi si conseguono per via puramente *tecnica*, mediante la capacità costruttiva della scienza giuridica.

È sotto l'egida del primato della scienza, collegato inscindibilmente alla centralità assoluta dello Stato-persona, che prende l'avvio il concreto lavoro di Orlando sulle istituzioni dello Stato liberale.

7. Speculazione metodologica ed effettiva costruzione del sistema furono per Orlando praticamente tutt'uno.

Proprio nel 1889 — dunque nello stesso anno della prolusione palermitana — si pubblicavano a Firenze, per i tipi dell'editore Barbera, i *Principii di diritto costituzionale*, ai quali seguiranno, nel giro di due anni, i *Principii di diritto amministrativo* (209). Analizzare queste opere significa per noi cercare di capire più da vicino in cosa si sostanziasse la prospettiva orlandiana — indicata nella prolusione del 1889 — del diritto pubblico come sistema di principii giuridici (210).

Tale prospettiva è senza dubbio comune ai due saggi; eppure, sulla base di uno sguardo più ravvicinato alla loro struttura interna, non si può non concludere che essi si pongono su due piani essenzialmente diversi.

Mentre nei *Principii* dell'89 il sistema costruito da Orlando può dirsi 'chiuso', rappresenta cioè un punto di arrivo ideale, dove vengono a confluire e ad essere riordinati i molteplici contributi degli anni precedenti, nei *Principii* del 1891 il medesimo ordine sistematico è sostanzialmente 'aperto', prelude cioè ad un futuro lavoro ancora tutto da svolgere.

Proprio sulla base di questa considerazione preliminare, riteniamo opportuna un'analisi separata dei due contributi. Cercheremo così di individuare, prima le cause del sostanziale esaurimento delle tematiche costituzionalistiche in Orlando, e di scoprire poi, nell'am-

---

(209) Firenze, 1891; anch'essi inseriti, come i *Principi di diritto costituzionale*, nella serie dei Manuali Barbera di scienze giuridiche, sociali e politiche.

(210) È per questo motivo — di ordine tematico — che abbiamo posposto l'analisi dei *Principii* del 1889 alla prolusione palermitana, anche se in realtà la lettura di quella prolusione seguì di alcuni mesi la pubblicazione dei *Principii* medesimi.

bito del diritto amministrativo, l'oggetto vero e proprio cui si applica compiutamente il progetto contenuto nella prolusione del 1889.

Non v'è dubbio che le primissime pagine dei *Principii di diritto costituzionale* siano state scritte in stretta connessione con il programma enunciato a Palermo: vi troviamo infatti l'aspirazione ad un ordine sistematico della materia, la sottolineatura dell'aspetto tecnico-formale della ricostruzione, l'indicazione dell'obbiettivo ultimo di tale ricostruzione nel sistema di principii giuridici (211).

E tuttavia il discorso di Orlando si muove inevitabilmente su un piano diverso poiché un volume come quello dell'89 poteva avere un senso solo come tentativo di passare dalla generica presa di posizione sul metodo alla concreta costruzione del sistema, alla effettiva formulazione dei principii pubblicistici, e in primo luogo del principale tra essi: la personalità giuridica dello Stato.

Si ha nel saggio del 1889 la testimonianza più piena della svolta avvenuta. Ormai Orlando dichiara esplicitamente che la tradizionale nozione di Stato come organizzazione politica della società necessita di una 'integrazione' tramite il concetto di personalità giuridica; solo in tal modo lo Stato appare nella veste di « un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi »; solo per tale via si acquisisce l'essenziale dimensione dello Stato come « istituto giuridico », come « subietto capace di diritto » (212).

Così, tutto il consueto strumentario orlandiano — la critica alle filosofie individualistiche e contrattualistiche in nome di un ideale di 'necessaria' fondazione storica dello Stato nella 'comunità' — è qui riproposto in un breve capitolo dedicato alla 'genesi dello Stato' (213), con il quale Orlando non fa altro che introdurre

---

(211) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 8-11.

(212) *Ibid.*, pp. 15-16.

(213) *Ibid.*, pp. 17-26. Non sarà qui inutile sottolineare l'aperta adesione di Orlando alla Scuola Storica fondata da Savigny, ed il fatto che egli lamenti uno scarso sviluppo di quella Scuola nel campo del diritto pubblico (*Ibid.*, p. 23). Nello stesso senso — ed ancora più chiaramente — si era pronunciato il nostro giurista in una nota alla traduzione da lui curata dell'opera di F. MONTAGUE, *I limiti della libertà individuale*, cit., pp. 552-553, dove il difetto principale della Scuola Storica veniva indicato proprio nel fatto che essa si era limitata al settore del diritto privato. Queste osservazioni di Orlando riportano in primo piano il problema della forte influenza esercitata sulla sua opera dai

il lettore, ed anche sé medesimo, alla effettiva costruzione del sistema, tutta fondata sul principio della personalità giuridica dello Stato.

Per il nostro giurista è soprattutto importante affermare che lo Stato non è « organo sociale », cioè strumento destinato a risolvere le contraddizioni della società civile (214); e che coincide invece con la società medesima, differenziandosi da essa — dal livello puro e semplice della soddisfazione dei bisogni economici — solo come forma di lettura della totalità della vita collettiva: tale forma si traduce nella centralità dell'idea di 'popolo', e nella sua 'giuridica' integrazione nello Stato-persona.

Viene qui in primo piano la stretta funzionalità del 'realismo' del primo Orlando — il suo continuo insistere sul 'popolo' e sulle 'forze' storiche — alla più tarda teoria della personalità giuridica dello Stato: è nel momento in cui si cerca di eludere le contraddizioni della società civile riunificandole in 'popolo', che si finisce per precludersi una visione articolata e dinamica delle soggettività agenti a livello pubblicistico, che si apre la via ad una considerazione scientifica fondata sull'esclusiva centralità dello Stato-persona. In essa si racchiude — e si esprime tramite l'idea di personalità giuridica e di sovranità dello Stato — tutta la complessità della vita collettiva: « in

---

Lineamenti di diritto pubblico tedesco di Carl Friedrich von Gerber, giurista maturato nel clima della Scuola Storica, e che cercò di estendere i dettami di quella Scuola al diritto pubblico, giungendo a formulare — così come Orlando — il principio di personalità giuridica dello Stato. Affermava Gerber: « Nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva, in esso un popolo giunge ad essere riconosciuto ed a valer giuridicamente come un'unità etica totale »; e ancora: « Lo Stato, custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva, è la suprema personalità di diritto che l'ordinamento giuridico conosca » (*Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, pp. 95-96; trad. ital. dei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865). Rispondeva Orlando, proprio formulando il principio di personalità giuridica dello Stato: « Così nello Stato l'idea di popolo si concepisce come un tutto organico dotato di vita propria, di propria coscienza, di propria forza, nel tempo stesso effetto ed espressione suprema del diritto » (*Principii di diritto coszituzionale*, cit., p. 16). Non è forse il 'popolo' dei due giuristi quello di Savigny, riportato nel campo del diritto pubblico, e dunque tradotto in personalità giuridica dello Stato?

(214) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 15.

mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi delle forze e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità » (215).

Ciò che equivale ad affermare — con Orlando medesimo — che tutto il diritto costituzionale muove « da una presunzione assoluta, che quanto il potere legislativo dichiara è veramente il diritto » (216); in altre parole, che può darsi per risolto il problema del rapporto tra lo Stato-volontà e la costituzione, tra l'azione del potere politico e la società civile.

Muovendo da una simile 'presunzione', Orlando non ha difficoltà ad abbandonare la vecchia identificazione tra diritto costituzionale e diritto 'comune', inteso quest'ultimo come complesso di principii fondamentali caratterizzanti la vita dell'intera collettività (217), ed a riferire interamente allo Stato-persona il sistema da costruire; così, i principii giuridici che il giurista siciliano individua possono dirsi tutti esplicativi delle caratteristiche fondamentali della persona giuridica statuale.

Ad un duplice livello: prima assumendo ad oggetto della ricerca lo Stato rappresentativo moderno in genere, poi con esclusivo riferimento al diritto pubblico vigente in Italia; ed avremo corrispondentemente le due discipline del diritto pubblico generale e del diritto pubblico positivo (218).

Ed eccoci finalmente alla formulazione dei principii giuridici. Primo fra questi — nell'ambito del diritto pubblico generale — il principio di sovranità dello Stato, che è 'giuridico' nel seguente senso: « Intesa nel senso nostro, la sovranità non ha bisogno di

---

(215) *Ibid.*, p. 16.

(216) *Ibid.*, p. 114. Da osservare che in tal modo Orlando negava l'esistenza di un autonomo potere costituente, dunque la possibilità di un sindacato costituzionale delle leggi ordinarie: *Ibid.*, pp. 113-119, sulla traccia del discorso già svolto a questo proposito nella *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, cit., pp. 943-969.

(217) Cfr. il saggio *Della resistenza politica individuale e collettiva*, cit., pp. 99-100, dove Orlando esplicitamente identifica diritto costituzionale e diritto 'comune'.

(218) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 33-37, dove Orlando formula la distinzione, che poi orienterà tutta la struttura del volume.

giustificazione; essa è l'espressione di un fatto naturale e necessario, cioè che, dato un organismo politico, esso afferma la sua personalità giuridica » (219); lo stesso deve dirsi dell'altro principio giuridico di distinzione di funzioni all'interno della sostanziale unità organica dello Stato, in opposizione al principio 'politico' della divisione dei poteri, ideologicamente costruito per giustificare la preminenza di fatto del potere legislativo (220).

In modo simile procede il discorso di Orlando anche a livello di diritto pubblico positivo, spesso semplicemente riproponendo soluzioni già consolidate in saggi precedenti: così per il fondamento giuridico della rappresentanza politica, dal giurista siciliano individuato nel criterio di designazione di 'capacità', nel principio giuridico del 'governo dei migliori' (pp. 69-73); così per la teoria del potere legislativo, al quale Orlando sottrae, in virtù del principio precedente, ogni crisma derivante da una presunta investitura di poteri da parte del corpo elettorale e ogni conseguente capacità di 'creare' diritto, operando una decisa riconduzione del settore più importante di attività del legislatore — le leggi improprie — nell'ambito della funzione di governo (pp. 110-144); così per la teoria del governo di Gabinetto, concepito, in conseguenza della precedente analisi, come soluzione 'giuridica' ai rapporti tra gli organi dello Stato nel quadro della sostanziale unicità della funzione di governo cui partecipano sia le Camere che il potere esecutivo

---

(219) *Ibid.*, p. 47. In queste pagine è assai forte il richiamo all'opera di Gerber: cfr. spec. pp. 44-45.

(220) *Ibid.*, pp. 59-66. Orlando riprende qui convinzioni già maturate negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886: cfr. *supra*, paragrafo terzo. Abbiamo sottolineato, esaminando la *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888 (cfr. *supra* paragrafo quinto), come Orlando avesse in quello scritto abbandonato il principio di unicità della funzione di governo introdotto negli *Studi giuridici* del 1886, e poi ripreso in questi *Principii* del 1889: vedremo in seguito che non si tratta di incoerenze o di oscillazioni di pensiero. Il fatto è che Orlando riteneva accettabile il principio di divisione dei poteri, non già quale ideale costituzionale — perché troppo legato storicamente alla teoria giacobina della sovranità popolare —, ma come meccanismo tecnico di organizzazione della produzione normativa, diretto a garantire — tramite la difesa giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione — le sfere di libertà individuale, che dunque veniva recuperato, come vedremo più ampiamente in seguito, nell'ambito del diritto amministrativo.

propriamente detto (221); così, infine, per la teoria giuridica della libertà, tutta incentrata sul momento delle guarentigie (222).

Come vediamo, non è in fase d'individuazione degli specifici principii giuridici che il saggio del 1889 può dirsi un contributo originale di una qualche rilevanza.

Il giudizio sui *Principii* dell'89 deve muoversi ad altro livello, tenendo presente il senso *complessivo* della operazione compiuta da Orlando.

Sotto questo profilo, non apparirà certamente irrilevante il fatto che il giurista siciliano abbia voluto riprendere i contributi degli anni precedenti, estrarre da essi i principii fondamentali, e coordinarli in sistema attorno al concetto basilare della personalità giuridica statuale.

Egli mirava essenzialmente ad un obbiettivo: fare del diritto costituzionale la scienza che studia la struttura *interna* dello Stato-persona, i rapporti giuridici che si instaurano tra i diversi organi dello Stato.

Affermerà Orlando nel 1891: « Lo Stato, organismo giuridico, ha un suo proprio ordinamento; consta di vari organi stretti tra loro da rapporti molteplici che adempiono a funzioni determinate. Si intende come l'insieme dei principii giuridici che a questo ordinamento, a questi rapporti, a queste funzioni presiedono, possa costituire una scienza autonoma di cui il contenuto riesce nettamente determinato. E così sorge il concetto di *Diritto costituzionale* » (223).

Ma questo organismo, in quanto *persona giuridica*, deve avere dei *fini* da perseguire, un'*attività* da svolgere, deve possedere una *organizzazione* e reperire dei *mezzi* necessari per il compimento di tale attività: è questo, nel suo insieme, l'oggetto d'indagine del diritto amministrativo, che studia « il sistema di quei principii

---

(221) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 156-208. Tutti i principii qui indicati erano già ben presenti negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886: cfr. *supra*, paragrafo terzo.

(222) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 223-269. Orlando riprende in queste pagine le conclusioni della sua *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888: cfr. *supra*, paragrafo quinto.

(223) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 16. Il corsivo di Orlando.

giuridici che regolano l'attività dello Stato per il raggiungimento dei suoi fini » (224).

Ma allora, proprio sulla base di questa distinzione, è ben comprensibile la caduta d'interesse in Orlando per il tema della costituzione. Dopo aver riassunto per intero la dinamica tra istituzioni e realtà sociale nel concetto di personalità giuridica dello Stato, dopo aver spiegato i rapporti tra i vari organi dello Stato medesimo con metodo rigorosamente giuridico, ponendoli al riparo dalle pericolose 'ideologie' della sovranità popolare e della divisione dei poteri, il problema della *costituzione* poteva dirsi *risolto*; ed al giurista di diritto pubblico si apriva l'altro grande campo del diritto amministrativo, con l'obbiettivo — assai più arduo da conseguire — di costruire un ordine giuridico — un sistema di principii giuridici — anche a livello dei concreti atti di governo, delle risposte che il potere politico andava fornendo alla manifestazione di determinati bisogni da parte della società civile.

Non apparirà allora casuale il fatto che Orlando, a differenza dei *Principii di diritto costituzionale*, prenda l'avvio nei *Principii di diritto amministrativo* dalla definizione dei compiti della scienza, dedicandovi tutto il primo libro (225), poiché proprio nel settore amministrativistico particolarmente urgente era il bisogno di individuare la specificità dell'elemento 'giuridico'.

Fin dalle prime pagine, Orlando si dichiara « nemico convinto della subordinazione della scienza al criterio esegetico », ed annunzia al lettore « un sistema di principii giuridici », e non « di precetti legislativi » (226); e in polemica con una certa trattatistica — specialmente francese — combatte le opinioni che riducevano il diritto amministrativo allo studio del complesso delle leggi amministrative, esaltando invece le capacità sistematico-costruttive della scienza giuridica (227).

Se nel caso del diritto costituzionale si doveva combattere soprattutto la tendenza a 'speculare' sullo Stato, nell'ambito del diritto amministrativo si doveva sconfiggere in primo luogo l'abitu-

---

(224) *Ibid.*, p. 17.
(225) *Ibid.*, pp. 9-45.
(226) *Ibid.*, p. 6.
(227) *Ibid.*, pp. 10-12.

dine dei giuristi ad un lavoro meramente esegetico, poiché solo in tal modo, ponendosi un gradino al di sopra del concreto manifestarsi della disordinata attività di governo, si sarebbe riusciti a costruire il sistema (228).

La scienza di diritto pubblico aveva intanto già individuato i principii basilari della personalità e della sovranità dello Stato; il problema che Orlando ora poneva a livello di diritto amministrativo era quello di studiare come in concreto si attuasse quella sovranità.

A questo primo livello di definizione dell'oggetto della scienza amministrativistica, Orlando riprende ampiamente le soluzioni che già aveva fornito nel saggio del 1887 su *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (229), nel quale, definendo gli ambiti di quelle due discipline, aveva rispettivamente distinto tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato.

La prima è tale — nell'87 come anche nei *Principii* del 1891 — in quanto è *necessaria*, cioè nella misura in cui dipende direttamente dalla esplicazione della sovranità statuale (230). Ecco dunque un primo nucleo di attività dello Stato che si pone ad oggetto del diritto amministrativo: uno Stato non può esistere senza una struttura organizzativa che gli consenta di esplicare la sua attività (231); non può esistere senza tutelare il diritto tra i consociati, prevenendo il compimento di attività delittuose, ed operando per il mantenimento della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico (232); non può esi-

---

(228) Ricordiamo qui il continuo riferimento di Orlando, nella prolusione palermitana del 1889, al duplice errore della scienza di diritto pubblico, filosofico ed esegetico: cfr. *supra*, paragrafo sesto.

(229) Cfr. *supra*, paragrafo quarto: nei *Principii* del 1891, cfr. pp. 20-43.

(230) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 20-24.

(231) *Ibid.*, pp. 46-89, dove Orlando analizza la struttura dei Ministeri e degli Uffici della Amministrazione centrale in genere; pp. 90-133, dove Orlando parla dei rapporti giuridici che si pongono tra i pubblici impiegati e lo Stato; pp. 134-228, dove Orlando espone struttura e compiti della amministrazione locale. Cercando di cogliere il significato generale di questi *Principii* del '91 nell'itinerario intellettuale di Orlando, non possiamo soffermarci su queste parti del saggio.

(232) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 229-265: l'attività di prevenzione dei reati e di tutela dell'ordine pubblico è per Orlando attività giuridica per eccellenza, perché assolutamente necessaria alla vita stessa dello Stato. Nell'esercizio di questa attività si pongono dei limiti per ragioni di polizia ai diritti individuali — di

stere infine senza garantire una coerente espressione della sua volontà, promuovendo la difesa giurisdizionale contro l'azione amministrativa che leda un diritto del cittadino sancito dalla legge (233).

Così il sistema del diritto amministrativo risulta perfettamente coerente: ad un primo livello si studia la struttura interna dello Stato-persona — nel settore specifico del potere esecutivo —; secondariamente, i limiti che esso pone, nell'esercizio delle sue prerogative di sovranità, ai diritti individuali; infine, il sistema di tutela di questi medesimi diritti nel caso che l'azione amministrativa possa dirsi in contrasto con una legge dello Stato.

La sostanziale giuridicità di un tale sistema è fuori discussione poiché esso si articola tutto intorno all'istituto giuridico per eccellenza, cioè allo Stato-persona nell'esercizio dei suoi diritti di sovranità; i rapporti che in questo ambito si instaurano possono dirsi di *diritto* pubblico proprio in quanto è lo Stato che risulta in essi dominante (234).

Su un piano ben diverso si pone l'attività sociale dello Stato; quando questi prende provvedimenti per promuovere l'industria, l'agricoltura o il commercio, quando costruisce scuole, strade o ferrovie, la logica che lo domina non è quella dell'esercizio della sovranità, ma della necessità di provvedere alla soddisfazione di certi bisogni economici, individuati sulla base di una determinata analisi e di conseguenti scelte di priorità; in altre parole, nei rapporti che si instaurano a questo livello l'elemento dominante è la *società* intesa

---

opinione, di stampa, di associazione, di riunione —, ed anche lo studio di tali limiti farà parte del diritto amministrativo (pp. 244-258); così come anche l'espropriazione per pubblica utilità, che è inquadrata da Orlando nel medesimo ambito, con riferimento specifico ai limiti dell'esercizio del diritto di proprietà (pp. 258-265).

(233) *Ibid.*, pp. 286-355: Orlando riprende ampiamente le conclusioni della sua *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888, ribadendo il concetto di giurisdizione unica (pp. 286-315). Da notare che il giurista siciliano critica aspramente le riforme del 1889 e del 1890, che avevano a suo giudizio posto eccessivi limiti alla capacità di ricorso del cittadino, non risolvendo compiutamente il problema della tutela degli interessi legittimi lasciato aperto dalla legge del 1865 (pp. 353-355).

(234) Il settore delle 'obbligazioni dello Stato' si caratterizza invece per la sostanziale assimilabilità dei negozi posti in essere dallo Stato al diritto privato, cioè all'ordinario regime contrattuale: ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 356-372.

come sistema di bisogni individuali e collettivi, dunque come realtà extragiuridica (235).

Non sarà inutile ricordare a questo punto che Orlando aveva affidato nel saggio dell'87 tutto il settore dell'attività sociale ad una scienza non giuridica, ossia alla scienza dell'amministrazione (236), e sarà importante soprattutto rilevare come Orlando modifichi nel 1891 queste sue posizioni.

Infatti, una volta definiti rigidamente i confini dell'attività giuridica dello Stato, era ben difficile sfuggire alla sensazione che il diritto amministrativo — e dunque la scienza giuridica — occupasse una parte minima, per quanto indispensabile, della totalità dell'intervento dello Stato sulla società civile; si poteva anzi affermare che i giuristi risultavano emarginati dallo studio di tutti quei rapporti che si ponevano tra lo Stato medesimo ed il complesso dell'assetto sociale, rimanendo confinati nell'ambito del rapporto Stato-individuo.

È precisamente questo il problema che Orlando intende riaprire in nome di una progressiva estensione dei compiti della scienza giuridica: quale atteggiamento debbono assumere i giuristi di fronte al fenomeno inarrestabile della continua crescita dell'ingerenza statuale nei rapporti sociali, di fronte alla legislazione sociale e del lavoro, ai diversi settori delle opere pubbliche, delle comunicazioni, della pubblica istruzione, e così via (237)? Possono veramente dichia-

---

(235) *Ibid.*, p. 23.

(236) V.E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, cit.; cfr. *supra* paragrafo quarto.

(237) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 277-285, dove tutta la materia dell'attività sociale è organizzata secondo una tripartizione la cui *ratio* è costituita dal tipo di bisogno che si cerca di soddisfare: abbiamo così — in corrispondenza dei bisogni fisici — lo studio della popolazione, con i grandi settori della sanità e dell'emigrazione; secondariamente — per la soddisfazione dei bisogni economici — abbiamo l'intervento dello Stato sulla produzione, sulla circolazione, e sulla distribuzione della ricchezza, e dunque i settori dell'agricoltura e delle foreste, dell'industria e del commercio, della legislazione sociale e del lavoro, delle comunicazioni con le relative opere pubbliche; infine — con riferimento ai bisogni intellettuali — si determina essenzialmente il grande campo della pubblica istruzione. La tripartizione rimarrà — come in seguito vedremo — di fondamentale importanza per la successiva produzione scientifica di Orlando.

rarsi indifferenti, relegarsi al ruolo di specialisti delle manifestazioni di sovranità dello Stato?

La risposta di Orlando a questa seconda domanda è recisamente negativa. Preoccupato dalla possibile condanna della scienza giuridica — in una situazione di crescente intervento sociale dello Stato — allo svolgimento di un ruolo subordinato, il giurista siciliano cerca di uscire dalla rigida contrapposizione di attività giuridica e sociale, e propone così un « *diritto dell'amministrazione sociale* », che dovrà, a suo giudizio, costituire una « parte importantissima del diritto amministrativo in genere », occupandosi dell'ingerenza sociale dello Stato, in quanto essa assuma « forme giuridiche » (238).

Ed è esattamente a questo punto che viene a svolgere un ruolo decisivo il rifiuto orlandiano del metodo esegetico, l'opzione del nostro giurista — contenuta nella prolusione palermitana del 1889 — per un sistema di principii giuridici.

Trattando del 'lato giuridico dell'attività sociale' (239), Orlando afferma che non lo si deve ricercare nel fatto puro e semplice che anche quell'attività si concreta in leggi ed in disposizioni di governo, ma con riferimento « alla intima qualità del rapporto » che si viene a stabilire, « e prescindendo dalla forma che esso può assumere » (240).

A ben guardare — osserva Orlando —, anche nel caso dell'attività sociale viene ad instaurarsi tutta una serie di rapporti giuridici: tra l'amministrazione centrale e quella periferica che cooperano alla realizzazione di certe opere, o tra lo Stato medesimo ed i singoli cittadini, che possono essere limitati nell'esercizio di certi loro diritti dalla stessa legislazione sociale.

Il momento discriminante tra attività giuridica ed attività sociale è dunque un altro, e consiste nella *ragione* che determina la seconda, « ragione che è e resta sociale »; mentre è da ritenersi come lato giuridico dell'attività sociale tutto ciò che attiene ai « mezzi » mediante i quali essa si realizza, ai rapporti giuridici che è necessario

---

(238) *Ibid.*, p. 42; il corsivo è di Orlando. A p. 277 dello stesso volume si parla — forse più propriamente — di diritto amministrativo sociale.

(239) È l'intitolazione di un capitolo dei *Principii*: ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 273-277.

(240) *Ibid.*, p. 276.

porre in essere, alle limitazioni di libertà che anche in questo settore i cittadini debbono spesso subire (241).

Ma allora tutto lo schema argomentativo di Orlando porta ad una conclusione pratica di grande rilevanza: i principii giuridici della prolusione palermitana dell'89 non sono solo quelli regolativi dei rapporti tra gli organi dello Stato-persona (diritto costituzionale); o quelli relativi alla necessaria esplicazione della sovranità statuale (diritto amministrativo). Essi possiedono anche il carattere di indicazione fondamentale da seguire per un lavoro ancora da svolgere, destinato a concretarsi — nei confini del diritto amministrativo sociale (242) — nello sforzo di percezione del 'giuridico' all'interno dell'attività sociale dello Stato.

Ecco perché avevamo parlato all'inizio della nostra analisi del carattere 'aperto' del sistema di diritto amministrativo del 1891. Con la sua costruzione, non si intendeva tanto fornire il 'modello' giuridico di attività statuale (243), quanto delineare i compiti della scienza giuridica di fronte a quella medesima attività.

Nell'indicare quei compiti, Orlando operò alcune scelte, che eserciteranno un'influenza decisiva, non solo su tutta la sua futura riflessione, ma anche sulla stessa giuspubblicistica italiana, che negli ultimi anni del secolo iniziò ad allinearsi alle sue posizioni.

Secondo lo schema che sta alla base dei *Principii* del 1891, i giuristi hanno un tipo di approccio allo Stato-volontà — inteso in opposizione allo Stato-organismo del diritto costituzionale, già fissato nelle sue linee fondamentali —, che risulta ben definito: la *ragione* dell'intervento statuale, il motivo per il quale lo Stato *decide* di ingerirsi nella vita di determinati rapporti, interessa il giurista di diritto pubblico solo se è riconducibile all'esercizio della sovranità dello Stato medesimo. In tutti gli altri casi — il settore dell'attività sociale —, la scienza giuridica può occuparsi solamente delle *forme* e dei *mezzi* di attuazione della volontà statuale, mentre le è preclusa l'indagine sulle *motivazioni* dell'intervento, ossia le deve rimanere

---

(241) *Ibid.*, pp. 276-277.

(242) *Ibid.*, p. 277: Orlando lamenta proprio la grande arretratezza della ricerca scientifica in questo campo.

(243) È invece questo il caso del diritto costituzionale e dei *Principii* del 1889: cfr. *supra*, questo medesimo paragrafo.

estranea la cognizione del momento nel quale lo Stato diviene *parte* dei processi sociali in corso compiendo scelte di priorità tra differenziati — e spesso contrastanti — bisogni sociali.

A quest'ultimo livello, costruire un sistema di principii giuridici significa elaborare una teoria giuridica delle forme e dei mezzi d'intervento dello Stato sulla realtà sociale; individuare — esclusivamente sotto questo profilo — i confini ed i contenuti di una dottrina giuridica della legislazione sociale e del lavoro, della sanità, dell'intervento in economia, della pubblica istruzione, e così via per tutti i diversi settori dell'iniziativa pubblica.

Tutto ciò con due conseguenze di grande portata, l'una di ordine strettamente metodologico, l'altra più attinente ai temi da porre ad oggetto della futura ricerca.

Al primo livello, noi crediamo possibile concludere che con i *Principii* orlandiani del 1891 è sostanzialmente già nato un tipo di approccio della scienza giuridica ai problemi dell'attività statuale che può dirsi nelle sue linee fondamentali formalista; definendo *formalista* quella considerazione dello Stato tesa ad ipostatizzarlo nelle sue manifestazioni di sovranità, che esclude dal proprio orizzonte di interessi il momento — pur obbiettivamente esistente — della mediazione tra istituzioni e realtà sociale.

Secondariamente, il saggio del 1891 conduce all'individuazione di compiti di ricerca e di analisi ben definiti, da attribuire al futuro lavoro della scienza giuridica. In quel saggio, Orlando aveva fissato i principii fondamentali, ma rimaneva aperta l'esigenza di precisare — nell'ambito dello stesso diritto amministrativo propriamente detto — il rapporto Stato-individuo, sia sotto il profilo di un'analisi più dettagliata dei poteri di polizia e delle conseguenti limitazioni delle libertà individuali, sia nella direzione di una più puntuale ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa, specialmente alla luce delle riforme del 1889 e del 1890. Si apriva, infine, lo sterminato terreno, da Orlando definito diritto amministrativo sociale, si imponeva cioè uno studio analitico e specifico delle forme e dei mezzi che lo Stato adoperava nel vastissimo settore dell'intervento sociale.

Prospettive di ricerca — come ben vediamo — non più perseguibili da un solo giurista: per Orlando è ormai maturo il momento del *programma*, della fondazione della *scuola*.

8. Ripercorrendo l'itinerario intellettuale di Orlando nell'ultimo scorcio degli anni Ottanta, e nell'immediato inizio del decennio successivo — dalla *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888 alla prima edizione dei *Principii di diritto amministrativo* del 1891 —, non si può non rimanere colpiti dall'intensità del lavoro scientifico del giurista siciliano, dalla estrema brevità dei tempi nei quali la sua riflessione riesce a svilupparsi.

Paragonando quel periodo con il successivo — dunque con gli ultimi anni del secolo —, può forse risultare facile avvertire una sorta di rilassamento nella produzione scientifica del nostro giurista (244).

Tale conclusione può dirsi senz'altro legittima avendo esclusivo riguardo alla bibliografia orlandiana, ma deve considerarsi del tutto errata sulla base di una visione più complessiva dell'attività del giurista siciliano, il quale fu in questi anni un instancabile organizzatore di consenso attorno alle ipotesi da lui medesimo formulate nel periodo compreso fra il 1888 ed il 1891.

L'*Archivio di diritto pubblico*, fondato da Orlando a Palermo proprio nel 1891, non fu certo impegno di poco conto per il nostro giurista, il quale volle esserne un direttore tutt'altro che puramente nominale, svolgendo anzi un'amplissima e costante influenza su tutto lo sviluppo e l'orientamento della Rivista.

E non si tratta qui tanto di analizzare partitamente i numerosi interventi di Orlando sull'*Archivio* (245), quanto di percepire nel suo

---

(244) Abbiamo in questo periodo solo due saggi di una certa ampiezza e rilevanza: *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilirà civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III (1893), pp. 241-269 e 321-378; e *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), cit.

(245) Ricordiamo qui i contributi — pubblicati da Orlando sull'*Archivio* — che possono senz'altro definirsi minori, in quanto maggiormente legati a specifiche occasioni o momenti di dibattito: *Il criterio giuridico delle circoscrizioni elettorali*, I (1891), pp. 213-215; *Il diritto pubblico al III Congresso giuridico. L'azione popolare*, I (1891), pp. 376-384; *La rappresentanza proporzionale e le amministrazioni comunali italiane*, I (1891), pp. 450-458; *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, II (1892), pp. 58-66, e 370-381; *Dell'esecuzione forzata sui proventi delle imposte*, II (1892), pp. 121-130; *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento per il titolo di corruzione*, III (1893), pp. 134-139; *Il caso del bilancio respinto*, III (1893), pp. 159-160; *L'ufficio di Presidente nei collegi amministrativi. A proposito di un recente caso di giurisprudenza parlamentare*, III (1893), pp. 202-210; *La legge sulle incompatibilità parlamentari e la necessità di una revisione di essa*, IV (1894), pp. 4348; *Ammissibilità*

complesso la caratteristica fondamentale del periodico, lucidamente pensato e programmato dal suo direttore quale organo scientifico di diffusione tra i giuristi delle ipotesi di lavoro da lui medesimo già formulate negli anni precedenti.

Lo stile del *Programma*, che Orlando pone a Prefazione del primo volume dell'*Archivio* (246), è secco, duro, quasi telegrafico.

Assai stringatamente egli lamenta una grave carenza di quella « concentrazione di lavoro scientifico, senza cui è impossibile il progressivo sviluppo di una teorica » (247): è la scuola che manca, ora che non si tratta più solo di fondare una teoria giuridica, ora che si ha bisogno soprattutto di un lavoro di « analisi paziente e minuta », senza il quale nessun sistema è possibile (248).

L'intento di Orlando è dichiarato: « cerchiamo di fondare una scuola; cerchiamo di coordinare i nostri sforzi, cerchiamo di rendere solidale il nostro lavoro »; ciò non significa — egli soggiunge subito — che si debbano appiattire tutte le differenze di idee: il problema è piuttosto quello di riuscire a parlare una *lingua comune*, di mettersi d'accordo su « i criteri tecnici » (249).

L'obiettivo fondamentale è posto in modo netto: costruire il sistema di principii giuridici (250). Orlando si spinge fino ad indicare nello specifico i principii medesimi, che debbono essere ulteriormente precisati, o addirittura scoperti *ex novo*. Leggendo la vera e propria elencazione del giurista siciliano, sembra di ripercorrere — e l'impressione è esatta — i capitoli dei *Principii* di diritto costituzio-

---

della prova testimoniale dinanzi la IV Sezione del Consiglio di Stato, IV (1894), pp. 140-144; *La formazione del Gabinetto nei governi parlamentari e una proposta di riforma*, IV (1894), pp. 241-248; *A proposito di una critica alla mia (?) definizione del diritto amministrativo*, IV (1894), pp. 390-392; *Sulla questione economica ed amministrativa in Italia* (discorso tenuto agli elettori di Carini il 19 maggio 1895), V (1895), pp. 145-155; *La condizione giuridica dei senatori non convalidati*, V (1895), pp. 207-212; *La relazione sul disegno di legge per l'autonomia dell'Università*, V (1895), pp. 473-477; *Il diritto pubblico e la Cassazione di Roma. Nota al discorso del Senatore Emilio Pascale*, VI (1896), pp. 24-29; *Il Commissario civile per la Sicilia*, VI (1896), pp. 73-78; *Le minori riforme dell'ordinamento universitario. La scelta del Rettore*, VI (1896), pp. 229-234.

(246) V.E. Orlando, *Programma*, in *Archivio di diritto pubblico*, I (1891), pp. 1-9.

(247) *Ibid.*, pp. 1-2.

(248) *Ibid.*, p. 2.

(249) *Ibid.*, p. 4.

(250) *Ibid.*, p. 7.

nale ed amministrativo, così come si presentavano nella loro successione originale nei volumi dell'89 e del '91.

Per quanto riguarda il diritto costituzionale, si tratta di lavorare: sul concetto di personalità dello Stato; sulle teorie fondamentali della sovranità, della libertà e del governo; sul confronto tra la teoria della divisione dei poteri e quella — di Orlando medesimo — che distingue le leggi proprie e improprie nell'ambito delle funzioni del potere legislativo; sul fondamento giuridico della rappresentanza politica; sulla teoria giuridica del governo di Gabinetto.

Per il diritto amministrativo, i principali compiti della scienza sono: sviluppare l'idea di *sistema*, particolarmente carente in questa disciplina; studiare l'organismo comunale e le sue funzioni; distinguere tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato; operare una « intera ricostruzione del diritto amministrativo sociale », già proposta da Orlando medesimo nei suoi *Principii di diritto amministrativo* del 1891 (251).

In altre parole, quando Orlando afferma che un solo studioso non può far fronte ai molteplici impegni che ormai attendono la scienza giuridica, che è necessaria una scuola, intende riferirsi a sé medesimo; intende — se ci è concessa una certa schematizzazione — far ripartire la ricerca dall'ultima pagina dei suoi *Principii* del 1891.

Proprio per questo, può dirsi che l'*Archivio* orlandiano sia stato tale di nome e di fatto, abbia perseguito cioè lo scopo — ferreamente predeterminato dal suo direttore — di raccogliere materiali per la loro futura ordinazione in sistema, secondo un piano, che è in sostanza — e tale rimarrà — il medesimo dei *Principii* dell'89 e del '91.

Per lo stesso motivo, il periodico palermitano non fu in alcun modo sede di dibattito, e chi lo esaminasse in questa direzione, cercando di cogliervi degli spunti di discussione metodologica tra la linea orlandiana ed altre ipotetiche tendenze divergenti, rimarrebbe in sostanza deluso (252).

---

(251) *Ibid.*, pp. 7-8 per l'elencazione delle proposte di Orlando; per il problema specifico del diritto amministrativo sociale, cfr. *supra*, il paragrafo precedente.

(252) Lo stesso Orlando liquidò in modo assai sbrigativo i problemi del metodo, ai quali dedicò sull'Archivio uno spazio ben ristretto; solo due sono i saggi — ma scarsamente rilevanti — nei quali il nostro giurista si soffermò su problemi metodologici: *La sociologia e la legge del progresso. A proposito di una pubblicazione recente*, I (1891), pp. 280-284; e

Ogni fascicolo della rivista è rigidamente costruito sulla base del *Programma* enunciato dal direttore: abbiamo così una prima parte dedicata a studi sui principii fondamentali del diritto pubblico generale (253), o a monografie di diritto pubblico positivo (254); ed una seconda ancor più analitica — che è quella dove più spesso

---

Diritto e politica. Nota, I (1891), pp. 63-69. Ma anche più complessivamente il problema del metodo può dirsi presupposto — a causa della rigida impostazione di Orlando — a tutto l'Archivio, e non parte integrante dei temi trattati nella rivista. In tal modo, è solo attraverso lo strumento della rassegna della letteratura di diritto pubblico che riaffiorano qua e là — per via indiretta — gli interessi metodologici: così nel saggio di G. Jona, *Nuovi indirizzi del diritto pubblico in Italia*, I (1891), pp. 99-106; o di L. Rossi e dello stesso Orlando, *La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni*, III (1893), pp. 177-196, unico luogo in tutto l'Archivio nel quale lo stesso Orlando parla — ma molto di sfuggita — di un possibile indirizzo divergente da quello da lui medesimo proposto, e genericamente definibile come 'sociologico' (Orlando pensa soprattutto all'opera di Angelo Majorana: cfr. spec. p. 193); od ancora di L. Rossi, *La letteratura di diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni*, IV (1894), pp. 161-190, con una serie di informazioni su gli sviluppi della letteratura giuspubblicistica tedesca. Da ricordare, infine, l'intervento dello stesso Orlando, *La ricostruzione giuridica del diritto pubblico a proposito di una nuova pubblicazione*, IV (1894), pp. 5-9, dove il nostro giurista saluta con toni entusiastici la pubblicazione a Parigi del primo fascicolo della *Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, diretta da F. Larnaude, chiaramente ispirata agli stessi criteri metodici formulati da Orlando, il quale parla qui esplicitamente di « scuola giuridica » del diritto pubblico (p. 9).

(253) Ricordiamo i più significativi: A. Codacci-Pisanelli, *Origine della dottrina democratica moderna*, I (1891), pp. 10-17; A. Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi ed il diritto amministrativo italiano*, I (1891), pp. 161-176, 241-274, 321-352; L. Minguzzi, *Alcune osservazioni sul concetto di sovranità*, II (1892), pp. 5-47; A. Longo, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico (costituzionale e amministrativo)*, II (1892), pp. 241-308, 401-436; M. La Via Bonelli, *Questioni sistematiche di diritto amministrativo*, III (1893), pp. 5-35; X.S. Combothecra, *Lo Stato come persona*, III (1893), pp. 433-450; P. Fiore, *Lo Stato e i diritti dell'uomo*, V (1895), pp. 38-60; F. Racioppi, *La libertà civile e la libertà politica*, V (1895), pp. 81-95; O. Scalvanti, *Onnipotenza parlamentare*, VI (1896), pp. 165-179, e 269-295; S. Romano, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subiettivi*, VI (1896), pp. 420-464.

(254) Ricordiamo le più rilevanti: R. Porrini, *Della incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge come mezzi d'impugnativa avanti la giurisdizione amministrativa di annullamento*, III (1893), pp. 43-62, e 81-122; G. Crisafulli, *La guarentigia dei deputati nei procedimenti penali*, IV (1894), pp. 12-36, 249-278, e 401-412; L. Rossi, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano*, IV (1894), pp. 81-124; C. Cagli, *Del controllo preventivo costituzionale esercitato dalla Corte dei Conti*, IV (1894), pp. 361-389, 413-445, e V (1895), pp. 5-37, 96-118, e 173-206; P. Tommasini, *Osservazioni sull'istituto dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali*, V (1895), pp. 241-320;

interviene Orlando (255) —, nella quale si cerca soprattutto di accumulare tutta una serie di dati relativi allo sviluppo degli indirizzi giurisprudenziali e legislativi.

In definitiva, la direzione del periodico propone ai collaboratori degli schemi fissi e rigidi, all'interno dei quali svolgere un lavoro di carattere analitico sui singoli principii giuridici e sugli istituti di diritto positivo (256).

In una *Nota* del 1925, nella quale Orlando ripensava a questi primi passi della scuola 'giuridica' di diritto pubblico, egli ebbe ad osservare che suo grande merito era stato quello di non essersi attardata in sterili dibattiti metodologici, di avere proceduto sicura alla costruzione del sistema (257); ciò che equivaleva ad affermare che i canoni metodologici erano già precisati ed assestati, che le linee direttive fornite dallo stesso Orlando alla fine degli anni Ottanta erano già sufficienti: non si trattava di inventare alcun sistema, ma solo di riempire gli spazi vuoti attorno ad una linea ricostruttiva già fissata, di procedere ad un'analisi più ravvicinata dei principii e degli istituti di diritto pubblico.

In effetti, sfogliando una dopo l'altra le sei annate dell'*Archivio*, si percepisce la tendenza graduale, ma costante, a passare dalle riflessioni più generali allo studio del diritto pubblico positivo (258);

A. Longo, *Del servizio pubblico assunto volontariamente da un privato*, V (1895), pp. 401-472.

(255) Cfr. la nota 245.

(256) Nel complesso dei sei volumi dell'*Archivio* è possibile individuare solo tre studi che possono dirsi palesemente divergenti dalle linee ricostruttive proposte da Orlando: A. Majorana, *Ipotesi di una legge di embriologia sociale con ispeciali applicazioni alla sociologia politica*, I (1891), pp. 18-41 e 81-98, dove si pone criticamente il problema del rapporto tra individuo e società, tra scienze naturali e scienze sociali; G. Jona, *Valore sociologico della rappresentanza*, II (1892), pp. 161-202, e 308-337, dove si studia il rapporto tra gruppi sociali, partiti politici, elezioni ed assemblee rappresentative; S. Perozzi, *Gli studi di H. Summer Maine e la filosofia del diritto a proposito di una recente pubblicazione*, II (1892), pp. 347-369 (la pubblicazione cui il titolo dell'articolo si riferisce è quella di I. Vanni, *Gli studi di H. Summer Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona, *1892)*, dove si discute della collocazione della filosofia del diritto in rapporto alle moderne teorie evoluzionistiche.

(257) V.E. Orlando, *Nota dell'Autore del 1925 all'Autore del 1885*, in D.P.G., cit., p. 24.

(258) Significativo in questo senso l'ampliamento della parte della rivista dedicata

o anche — a conferma di una linea evolutiva già presente nell'opera dello stesso Orlando ([259]) — ad abbandonare il terreno del diritto costituzionale, inteso quale prefigurazione del modello 'giuridico' di Stato-persona, a favore del diritto amministrativo, ossia dello studio analitico delle forme di manifestazione della sovranità statuale.

Per questo medesimo motivo, l'*Archivio* portava con sé, fin dall'inizio, un chiaro carattere di transitorietà: esso fu varato da Orlando al fine di creare consenso attorno alle proprie ipotesi, e destinato da egli medesimo a riempire il vuoto tra la formulazione delle sue proposte e la loro concreta realizzazione, tra l'indicazione delle linee ricostruttive nei *Principii di diritto amministrativo* del 1891 e la effettiva costruzione dei sistema.

Giacché Orlando non aveva bisogno di suscitare un vero e proprio dibattito sui fondamenti del metodo 'giuridico', ma solo di conquistare gli studiosi ad un progetto ricostruttivo da lui già delineato. Non era la *Rivista* lo strumento da privilegiare, ma il *Trattato*, poiché solo quest'ultimo — privo del carattere della periodicità — poteva concepirsi come la realizzazione di un unico disegno, di un sistema già pensato nelle sue linee generali. In sintesi: l'*Archivio* serviva per la raccolta — quasi necessariamente confusa — dei materiali, il *Trattato* per la loro ordinazione in sistema.

Si chiude in tal modo — senza salti bruschi, né radicali mutamenti di programma — la fase rappresentata dalla vicenda del periodico palermitano nell'ambito del più ampio itinerario intellettuale del nostro giurista.

Nell'ultimo fascicolo dell'*Archivio*, Orlando pubblica lo scritto programmatico *Per un Trattato di diritto amministrativo italiano* ([260]). Il discorso si rivolge ai futuri collaboratori dell'opera che ormai si andava concretamente delineando, con l'intento di fornire

---

alla giurisprudenza, intervenuto nel 1894 per volontà della stessa Direzione: cfr. vol. IV (1894), p. 57, per la nota redazionale che motiva il mutamento nella struttura del periodico.

([259]) L'abbiamo rilevata confrontando i *Principii di diritto costituzionale* del 1889 con i *Principii di diritto amministrativo* del 1891: cfr. *supra*, paragrafo settimo.

([260]) In *Archivio di diritto pubblico,* VI (1896), pp. 466-468. Orlando è già direttore del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, il cui primo volume verrà pubblicato a Milano l'anno successivo. L'intervento di Orlando sull'*Archivio* porta la data del 28 agosto 1896.

loro tutta una serie di indicazioni, che è qui opportuno riportare per esteso: « Il metodo della trattazione e dell'esposizione dovrà essere essenzialmente giuridico: in altri termini, l'opera dovrà costituire una esposizione sobria, ma completa, dei principi e degli istituti del diritto amministrativo vigente in Italia. Le discussioni puramente filosofiche o sociologiche, i raffronti storici e la legislazione comparata, le considerazioni di ordine politico ed economico, la critica delle leggi quali sono, potranno, nei luoghi opportuni, aggiungere pregio alla trattazione, ma dovranno necessariamente restare parti accessorie allo scopo principale della trattazione stessa »; ciò vale — secondo Orlando — soprattutto per i settori della « amministrazione sociale e finanziaria, per i quali il difetto quasi assoluto di precedenti scientifici in Italia rende maggiore il pericolo di scambiare la trattazione economico-sociale con quella giuridica, laddove scopo dell'opera nostra non è già un trattato di economia pubblica sul tipo di quello dello Schönberg, ma bensì di diritto amministrativo, sul tipo di quelli del Löning, del Mayer, del Laband e di tanti altri » (261).

In altre parole, lavorare con un metodo giuridico significa, da una parte, riferirsi continuamente ai principii ed agli istituti del diritto amministrativo vigente in Italia, dall'altra, — nel settore specifico dell'amministrazione sociale — separare nettamente il versante giuridico da quello economico-sociale: e non è difficile qui riconoscere la tradizionale distinzione orlandiana tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato (262).

Lo scopo principale dell'opera è quello di mettere ordine nel « caos » che disorienta ormai il cittadino, posto di fronte a continue innovazioni normative: da qui la necessità di una scienza che lavori con criterio « sistematico ed organico, che rimedi per lo meno in parte ai difetti del diritto positivo, e che, astraendo da ciò che è fenomeno accidentale, fissi con esattezza sintetica l'andamento generale di questa legislazione, ne tracci per somme linee la figura, ed entrata poi nell'intimo esame degli istituti, sappia dalla massa informe e greggia delle norme positive sceverarne e rilevarne i rispet-

---

(261) *Ibid.*, pp. 467-468.

(262) Su quella distinzione, cfr. *supra*, paragrafo settimo, a proposito dei *Principii di diritto amministrativo* del 1891.

tivi caratteri fondamentali, le funzioni essenziali, le norme direttive più salienti e costanti » (263).

Questo il cammino che avrebbe dovuto percorrere la scienza di diritto pubblico: dalla massa 'informe' e 'greggia' del diritto positivo agli istituti giuridici, da questi ai 'caratteri fondamentali' dell'assetto normativo, al sistema. Un sistema di principii giuridici — si direbbe con la prolusione palermitana dell'89 —, ma ormai con un unico, evidente, e dichiarato scopo: organizzare l'azione dello Stato-persona in forma di coerente manifestazione di sovranità.

Ruolo attivo della scienza giuridica e centralità della persona giuridica statuale nel sistema di diritto amministrativo: questi i due poli della riflessione di Orlando, questi i temi che restano dominanti anche nella sua *Introduzione* al primo volume del *Trattato* (264).

Discorrendo dei 'presupposti' della riflessione scientifica — primo tra questi la nozione di Stato —, Orlando mostra senza possibilità di equivoco come tutta la sua riflessione sulla genesi delle istituzioni politiche, sul loro 'necessario' fondamento nella 'comunità' sociale, si sia ormai decisamente riassunta nell'idea centrale di personalità giuridica dello Stato: « La scienza giuridica, con il procedimento giuridico che le è proprio, può solo arrivare ed arriva all'affermazione della *personalità giuridica dello Stato*. Difatti, noi riscontrammo la genesi dello Stato nell'ordinamento della società per la difesa del diritto. Così, logicamente, lo Stato sorge con un

---

(263) Quest'ultimo brano è tratto dal manifesto di presentazione al pubblico del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* datato dicembre 1896: si trova — di seguito al programma di Orlando sopra ricordato — in *Archivio di diritto pubblico*, VI (1896), pp. 469-473. Il manifesto è firmato unicamente con la sigla della Società Editrice libraria di Milano — la casa editrice del *Trattato* — ma non è difficile attribuirne il contenuto ad Orlando medesimo. Rilevante anche la conclusione del manifesto, nella quale si invita i collaboratori ad abbandonare la tendenza alle trattazioni generali, per cercare di analizzare più da vicino i molteplici istituti e servizi pubblici (*Ibid.*, p. 473).

(264) V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897, pp. 3-107, e 1043-1086. Anche nella *Prefazione* dello stesso Orlando si tende a mettere in rilievo, da una parte, la rinnovata centralità dello Stato, specialmente sotto il profilo dei suoi concreti compiti d'intervento sulla realtà sociale (pp. XII-XIII), dall'altra, l'insufficienza di un metodo puramente esegetico, rinnovando l'opzione per il sistema di principii giuridici (pp. X-XI e XV-XVI).

proprio *fine* e con *mezzi* idonei per il conseguimento del fine stesso (cioè la forza necessaria per l'attuazione del diritto) » (265).

Lo stesso deve dirsi dell'idea di sovranità, che l'Orlando della prima metà degli anni Ottanta aveva fondato nella 'coscienza' giuridica popolare (266), e che qui viene quasi sbrigativamente associata alla personalità giuridica dello Stato: « la teoria della personalità dello Stato genera una teoria che nel tempo stesso la rafforza; ed è la teoria della sovranità » (267); ed ancora più chiaramente: « Noi abbiamo studiato la personalità dello Stato come condizione essenziale della sua potestà giuridica: con la sovranità si afferma la personalità giuridica dello Stato e quindi essa contiene non genericamente la sua potestà di volere, ma bensì la potestà di volere nel campo del diritto » (268).

In tal modo, le nozioni di personalità giuridica e di sovranità dello Stato mettono in luce la natura 'giuridica' della volontà statuale, consentendo poi di affrontare egualmente in modo 'giuridico' il problema della tutela dei diritti dei privati.

Infatti, proprio prendendo l'avvio dal « diritto di sovranità » — dal fatto indubitabile che « originariamente esso non può creare che facoltà nello Stato ed obblighi nei sudditi » — si perviene ad una concezione delle libertà individuali che si muove « esclusivamente nel campo del diritto », che mira essenzialmente ad individuare una « guarentigia giuridica dell'individuo verso lo Stato »: la nozione di « Stato giuridico » si completa così con l'esistenza di « norme che circondano di limiti e di garanzie l'esercizio del pubblico potere: norme e garanzie che, essendo riconosciute dal diritto, generano diritti nei subietti tutelati » (269).

Può così definirsi 'giuridica' quella idea delle libertà individuali che verte esclusivamente sulle garanzie da fornire al cittadino nei

---

(265) V.E. ORLANDO, *Introduzione*, cit., p. 17; i corsivi sono di Orlando.

(266) Cfr. *supra*, paragrafo secondo. Anche nell'*Introduzione* è rinvenibile un flebile richiamo alla « coscienza collettiva » del popolo, ma solo per reperirvi la consapevolezza della « necessità di un principio supremo direttivo dello Stato, di un'autorità imperante »: ORLANDO, *Introduzione*, cit., p. 22.

(267) V.E. ORLANDO, *Introduzione*, cit., p. 18.

(268) *Ibid.*, p. 20: assai marcato in queste pagine il richiamo di Orlando all'opera di Gerber.

(269) *Ibid.*, pp. 37-40.

confronti dell'azione dello Stato; in ultima analisi, che ha il suo presupposto fondamentale nello Stato-persona, osservato sotto il profilo specifico dei limiti all'esplicazione della sua originaria sovranità (270).

Definiti in tal modo i 'presupposti' della riflessione giuspubblicistica, anche i confini dell'indagine risultano segnati altrettanto nettamente: « Stabilito tutto ciò, si comprende come il diritto pubblico, in senso scientifico, debba riferirsi allo studio di quel complesso di norme giuridiche concernenti lo Stato, e regolanti da un lato l'esercizio di quelle facoltà che la sovranità assicura allo Stato imperante (diritti subiettivi dello Stato), e dall'altro lato quei limiti che nell'interesse dei cittadini vengono imposti all'autorità imperante, giusta l'idea dello Stato giuridico (diritti subiettivi pubbici dei cittadini): in questo senso possiamo dire che il diritto pubblico è la scienza che studia il diritto dello Stato » (271).

Chi dunque volesse dedurre dal rifiuto orlandiano del metodo esegetico, dalla sua opzione per un sistema di principii giuridici (272), la consapevolezza della sussistenza di un ordine 'diverso', o addirittura 'superiore' a quello del diritto positivo statuale, fornirebbe in sostanza una visione deformata e deformante delle proposte di Orlando, per il quale l'appello al sistema nient'altro rappresentava che la scelta di una *particolare tecnica* di sistemazione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità.

---

(270) Il meccanismo di tutela dei diritti dei cittadini è per Orlando essenzialmente fondato sulla coerenza dell'atto amministrativo con la legge, dunque sulla giurisdizione su tutti quegli atti del potere esecutivo che possano considerarsi violativi di un diritto del cittadino sancito per legge. In tal senso Orlando recupera la divisione dei poteri — da lui demolita in nome del principio di unicità della funzione di governo negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886: cfr. *supra*, paragrafo terzo —, ma solo come strumento d'individuazione di una gerarchia formale degli atti dello Stato, rifiutandola sul piano costituzionale, dove per lui più evidente era il legame di quella teoria con il primato di fatto del potere legislativo in nome della sovranità popolare: « Così la teoria della divisione dei poteri, falsa dal punto di vista costituzionale per cui fu creata, è mirabilmente servita per dare una corretta base teorica ai mezzi onde può attuarsi quell'ideale dello Stato giuridico che si prefigge di contenere nei limiti del diritto l'azione dello Stato verso i cittadini »: *Introduzione*, cit., p. 42, ed anche pp. 23-32, più in generale sulla posizione di Orlando nei confronti della divisione dei poteri.

(271) *Ibid.*, p. 60.

(272) Anche qui riproposta: *ibid.*, pp. 51-59.

Ciò vale in modo particolare per il diritto amministrativo, che è destinato a cogliere in modo specifico il momento dell'attività dello Stato, del fine che con essa si vuole perseguire: « E quando noi diciamo fine e lo attribuiamo ad una persona cosciente e volente, ciò val quanto dire che questa esplichi un'*attività* diretta al conseguimento di quel fine. Ed in quanto questa attività dello Stato è regolata dal diritto, lo studio scientifico di esso costituisce precisamente l'obietto del diritto amministrativo » (273).

I concetti di 'fine' e di 'attività' sono dunque per Orlando i principii basilari del diritto amministrativo, il quale muove *per intero* dal presupposto di uno « Stato già *costituito* come personalità » (274), e dunque capace come tale di porsi dei fini e di svolgere una conseguente attività.

Preoccupazione prima del giurista siciliano è di definire la natura 'giuridica' di un tal concetto di 'fine'. Se lo Stato sorge in virtù di una tendenza 'naturale' e 'necessaria' alla regolamentazione dei rapporti sociali, ne consegue che il suo fine principale, non già per libera scelta ma sulla base di una imprescindibile necessità, consiste nella tutela del diritto tra gli individui: « È dunque vero che in tale

---

(273) *Ibid.*, p. 66; il corsivo è di Orlando.

(274) Questo è pure il criterio discretivo tra diritto amministrativo e diritto costituzionale, il quale ultimo studia proprio il processo di formazione della personalità giuridica statuale, la sua struttura interna, ed i rapporti giuridici che si pongono tra i suoi organi; la distinzione ha per Orlando rilevanti conseguenze pratiche, dal momento che sulla base di questo medesimo criterio si esclude dall'oggetto del diritto amministrativo l'attività legislativa, la quale, dichiarando il diritto, attiene al momento di *costituzione* della persona giuridica statuale, e non a quello della sua *attività* verso l'esterno, e dunque appartiene al diritto costituzionale. Così, dopo aver escluso anche l'attività giurisdizionale dal campo del diritto amministrativo — questa volta per ragioni storico-politiche, attinenti all'autonomia del potere giudiziario ed alla formazione dei codici di procedura —, ne consegue che esso deve occuparsi unicamente degli atti del potere esecutivo; ma Orlando tiene in modo particolare a concludere che, se ciò è vero in via di fatto, non è già perché il diritto amministrativo possa definirsi la scienza che studia gli atti del potere esecutivo, ma solo in virtù di una serie di esclusioni dall'oggetto di quella medesima scienza dovute a ragioni di ordine sistematico o storico-politico; in linea generale, a livello di definizione dei compiti della scienza di diritto amministrativo, deve rimanere ben salda l'unicità della persona giuridica statuale e della sua sovranità, e si deve dunque parlare di « attività dello Stato, e non già di attività o funzione di alcuno dei poteri dello Stato » (ORLANDO, *Introduzione*, cit., p. 68); per l'argomentazione di Orlando qui riportata in nota cfr. anche le pp. 68-71.

concetto appare già manifesto che è fine dello Stato il mantenimento del diritto tra i consociati. Lo Stato sorge dal diritto e per il diritto. Sicché questo fine appare altrettanto naturale e necessario quanto lo Stato medesimo, o, in altri termini, esso è tale che ove non fosse attuato, l'esistenza dello Stato verrebbe meno » (275).

Definita in tal modo la natura 'giuridica' del 'fine' dello Stato — 'giuridica' in quanto 'necessaria', e non dipendente da scelta 'arbitraria' —, Orlando procede al lavoro di analisi, alla definizione dei confini del sistema di diritto amministrativo.

Inutile qui soffermarsi sui capisaldi dell'argomentazione di Orlando, che ruotano tutti attorno alla nota distinzione — formulata fin dal 1887 — tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato (276); e basterà qui rilevare come Orlando riconfermi la prospettiva — introdotta nei *Principi di diritto amministrativo* del 1891 — di analisi giuridica dell'attività sociale, fondata sulla capacità dei giuristi di separare nettamente le *motivazioni* dell'intervento dello Stato — basate su valutazioni socio-politiche, che non riguardano la scienza giuridica — dai *mezzi* attraverso i quali quell'attività si realizza, e che possono generalmente definirsi 'giuridici' (277).

Da un'impostazione già nota conseguono soluzioni altrettanto

---

(275) *Ibid.*, p. 66.

(276) La distinzione era stata formulata per la prima volta nel saggio *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* del 1887, e poi ripresa nei *Principii di diritto amministrativo* del 1891: cfr. *supra*, rispettivamente paragrafi quarto e settimo. Nell'*Introduzione* al *Trattato* cfr. sullo stesso tema le pp. 75-93, dove Orlando sottolinea in modo particolare l'elemento della *coazione* quale criterio discretivo tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato: « Nell'attività giuridica, il rapporto è sempre da sovrano a suddito: lo Stato attua il suo fine per mezzo del *comando* sempre. Invece nelle varie forme dell'attività sociale la coazione non si riscontra; i rapporti fra i cittadini ed i servizi istituiti dallo Stato sono a base di completa libertà » (Orlando, *Introduzione*, cit., p. 75); in quest'ultimo caso, gli atti dello Stato « non costituiscono una emanazione dei poteri sovrani; bensì lo Stato agisce come una forza sociale », liberamente scegliendo di intervenire in ragione della propria disponibilità di mezzi e della gravità dei bisogni sociali (*Ibid.*, p. 76).

(277) V.E. Orlando, *Introduzione*, cit., pp. 89-93, dove si afferma che, nell'ambito dell'attività sociale dello Stato, al giurista non deve interessare « l'opportunità dell'intervento dello Stato sotto l'aspetto della sua utilità economico-sociale », ma quel medesimo intervento solo in quanto si traduca in un « servizio amministrativo », che abbia « propri uffici e proprie norme » (*Ibid.*, pp. 89-90).

conosciute, tanto che si può affermare che il 'Prospetto della partizione sistematica del diritto amministrativo', pubblicato proprio nella *Introduzione* al *Trattato* (278), ricalchi fedelmente le linee fondamentali già tracciate nei *Principii* del 1891. In sintesi: da una parte, l'attività giuridica, che si sviluppa nei settori dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione, dell'azione di Polizia e di espropriazione per pubblica utilità, della difesa giurisdizionale dei cittadini di fronte agli atti della medesima Pubblica Amministrazione; dall'altra, l'attività sociale, con l'intervento dello Stato — secondo la definizione di Orlando — nei rapporti 'fisici', con le corrispondenti dottrine della popolazione, dell'emigrazione e della sanità pubblica, in quelli 'economici', con il conseguente studio dell'iniziativa pubblica in materia di produzione, di circolazione e di distribuzione della ricchezza, ed infine in quelli 'intellettuali', con il vasto campo della pubblica istruzione.

Eppure, a ben guardare, Orlando non si limita a riproporre i vecchi temi, ma li riassume per trarre da essi l'ultima inevitabile conseguenza.

Non basta sostenere che il diritto amministrativo ha il proprio irrinunziabile presupposto nello Stato-persona; che la giuridicità dei fini di quello Stato dipende strettamente dalla loro connessione con la sovranità statuale; che la tutela dei diritti individuali coincide con la corretta individuazione di limiti all'esercizio di quella sovranità; che l'oggetto del diritto amministrativo medesimo nient'altro è che il sistema dei fini e delle attività dello Stato-persona: è necessario ora affermare a chiare lettere che quello Stato è l'*unico* soggetto di diritto pubblico.

Dopo aver fissato il concetto di personalità giuridica dello Stato, la più generale idea di 'persona' deve uscire dai confini del diritto amministrativo (279), articolandosi esso per intero sul terreno 'ob-

---

(278) *Ibid.*, pp. 104-105.

(279) Il concetto di personalità giuridica dello Stato può forse essere ancora di una qualche rilevanza per la costruzione giuspubblicistica a livello di « presupposto generalissimo », come nel caso dei diritti pubblici subbiettivi dei cittadini, o « in taluni argomenti particolari (rapporti giuridici dei Comuni con lo Stato, difesa giurisdizionale dei privati verso la pubblica amministrazione) », ma è certamente ininteressante per ciò che riguarda la « parte realmente organica del diritto amministrativo ». ORLANDO, *Introduzione*, cit., p. 98.

biettivo' dell'attività statuale, la quale, a sua volta, « ritrova la sua unità organica nello Stato medesimo », così « come nel potere sovrano di esso ritrovano la loro origine tutti i singoli poteri di che gli organi subordinati usano » (280).

La posizione di Orlando a questo proposito si chiarisce ancora di più quando egli passa a trattare delle fonti del diritto amministrativo (281): qui si afferma chiaramente che « il diritto amministrativo (diversamente da quello privato, che si fonda sopra un sistema di diritti subiettivi) appare come un sistema di istituti giuridici onde la pubblica autorità si manifesta ed agisce per il conseguimento del suo fine » (282).

In altre parole, dopo aver risolto il problema della tutela dei diritti individuali all'*interno* dello Stato-persona — mediante il

---

(280) *Ibid.*, p. 100.

(281) Questa parte dell'*Introduzione* di Orlando fu pubblicata anch'essa nel primo volume del *Trattato*, ma separatamente (*Ibid.*, pp. 1043-1086). Quasi superfluo qui osservare come tutta la teoria orlandiana delle fonti del diritto amministrativo sia dominata dall'idea di sovranità dello Stato-persona. Dopo aver esordito con uno stanco e poco convinto richiamo al 'diritto popolare', Orlando confina il tema del 'primato' della consuetudine come fonte di diritto « nel campo filosofico » (*Ibid.*, p. 1044), e passa decisamente, sul piano « descrittivo formale » (p. 1045), ad indicare come fonti del diritto amministrativo italiano le leggi, le ordinanze, e i regolamenti, in quanto tutti portatori — a diversi livelli — di un *generale jussum* (pp. 1046-1050); tale caratteristica manca invece alle semplici circolari, alla giurisprudenza, ed alla dottrina — Orlando parla di « diritto scientifico » —, che possono porsi unicamente sul piano di « elementi di cultura » (pp. 1050-1055). Infine, per ciò che riguarda un possibile contrasto tra consuetudine e norma positiva (pp. 1056-1072), non v'è dubbio che il giudice sia obbligato a decidere sulla base della seconda: ciò che dimostra il carattere di fonte di diritto della legge, dotata, a differenza della consuetudine, dell'attributo dell'imperatività; si può quindi affermare — conclude Orlando — che la natura di fonte di diritto della consuetudine permanga in tutti quei rapporti di diritto pubblico — ad esempio, il funzionamento del Governo di Gabinetto: cfr. pp. 1063-1064 — che sfuggono alla possibilità di essere posti ad oggetto di una pronuncia giurisdizionale (p. 1071). Ciò che equivale ad affermare che nel diritto amministrativo l'eventuale conservazione di spazi di dominio della consuetudine possiede un chiaro significato residuale, se non addirittura esprime situazioni di 'irregolarità', dal momento che il problema principale dello Stato 'giuridico' è proprio quello di garantire, tramite l'esercizio della giurisdizione, una corretta individuazione dei limiti dello Stato medesimo nei confronti dei cittadini.

(282) V.E. Orlando, *Introduzione*, cit., p. 1074. Orlando insiste anche nelle pagine successive su questa fondamentale differenza tra diritto privato ed amministrativo: cfr. pp. 1076-1077.

meccanismo della divisione dei poteri e la conseguente difesa giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione violativi dei diritti dei cittadini garantiti per legge —, la scienza del diritto amministrativo non ha più alcun bisogno di ragionare in termini di diritti soggettivi e di rapporti giuridici tra Stato e cittadini, o tra Stato e comunità minori.

Per il diritto amministrativo, esiste solo il primo termine di tali 'rapporti': il sistema che con esso si costruisce è sistema dei fini dello Stato-persona, *unico* soggetto di diritto pubblico.

E si badi bene che l'Italia del 1897 non era più quella degli anni Ottanta, del tempo in cui Orlando poteva ancora limitarsi a ragionare in termini di 'organica' connessione di Stato e 'popolo'.

I contrasti sociali e lo stesso conflitto tra istituzioni e società civile divenivano sempre più acuti, e se ne aveva un riflesso anche nell'opera del nostro giurista, il quale, lamentando la continua instabilità della normativa vigente in campo amministrativo, ne individuava la causa « nelle peculiarissime condizioni della presente società, sorta da rivoluzioni il cui impulso non si è quietato, e tormentata dalla irrequieta coscienza di gravi ed urgenti questioni sociali. Ora nessuna branca del diritto è soggetta a tali influenze quanto il diritto amministrativo, che avendo per suo essenziale contenuto l'azione dello Stato sulla società è, per sé stesso, la sede giuridica più appropriata della questione sociale » (283).

In altri termini, sul terreno del diritto amministrativo si giocava per intero la capacità del vecchio ordine giuridico di resistere agli impulsi disgreganti della società civile. Ora che quell'ordine non poteva più essere tutelato tramite il logoro ed astratto appello alla 'coscienza' giuridica popolare, ora che l'ideale di una società orga-

(283) *Ibid.*, p. 1079. È da osservare che Orlando negava in queste pagine l'opportunità — e la possibilità medesima — di una codificazione del diritto amministrativo, proprio sulla base della carenza di tradizione e di stabilità del materiale normativo, concludendo che ad un Codice era possibile pensare solo dopo un generale riordinamento da condurre ad opera della scienza giuridica (*Ibid.*, pp. 1085-1086): su questo specifico problema, cfr. C. Mozzarelli - S. Nespor, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXVI.3 (1976), pp. 1087-1137 (spec. pp. 1132-1137 per la posizione di Orlando).

nicamente progrediente sempre più entrava in crisi, la soluzione 'giuridica' non poteva che essere affidata allo Stato-persona, posto al di sopra dei conflitti sociali, unico soggetto rilevante a livello pubblicistico.

Si affermava così definitivamente il dogma della personalità giuridica statuale, la convinzione di un'assoluta centralità dello Stato medesimo nel sistema di diritto pubblico: è la risposta che Orlando forniva all'intensificarsi delle contraddizioni sociali, al mutamento in atto dello stesso Stato liberale.

Il nostro giurista avvertì sicuramente che le condizioni storiche stavano evolvendosi, ma non seppe trarne le conseguenze ultime: non seppe (o non volle) prendere atto del definitivo eclissarsi dell'ideale ottocentesco del 'popolo', e pretese di indicare nel suo 'necessario' interprete, nello Stato-persona, il soggetto capace di risolvere ogni contraddizione, cercando di rispondere alla 'questione sociale' esclusivamente in termini di coerenza delle manifestazioni di volontà di quello Stato, di organizzazione della sua attività, di sistematica del diritto amministrativo.

Dalla evidente crisi del rapporto 'organico' tra 'popolo' e Stato, non si cercò di uscire rivedendo i fondamenti ultimi del metodo 'giuridico', l'atteggiamento medesimo da tenere nei confronti della complessità dell'assetto sociale, ma rafforzando il 'secondo' termine di quel rapporto, la centralità dello Stato-persona.

Ogni speranza era ormai riposta nella necessaria razionalità dei suoi fini; ogni compito della scienza giuridica si esauriva nella 'scoperta' di quella razionalità: il formalismo era già nato.

9. La nostra analisi non poteva non concludersi alla data del 1897, con la pubblicazione del primo volume del *Trattato di diritto amministrativo*.

Infatti, proprio nella *Introduzione* a quel volume (284), Orlando portava a maturazione ultima la vicenda intellettuale avviatasi con il saggio del 1881 sulle 'forme' e sulle 'forze' politiche (285), e, nello stesso tempo, affidando il suo progetto ricostruttivo alla scienza del

(284) Già esaminata nel precedente paragrafo.

(285) Cfr. paragrafo secondo.

tempo, rompeva definitivamente l'isolamento nel quale si era svolta la sua riflessione da oltre un quindicennio (286).

(286) Infatti, per lo meno in una certa misura, lo stesso *Trattato di diritto amministrativo* può dirsi per Orlando il primo banco di prova della validità scientifica delle proprie ipotesi. Se la struttura esterna del *Trattato* è del tutto rispondente ai *desiderata* del suo promotore, resta da valutare se anche i contenuti siano in effetti tali, se il complesso del *Trattato* esprima realmente, nell'analisi dei singoli istituti, un coro monocorde di voci, o se invece sia ravvisabile in esso una pluralità di posizioni; e conoscere esattamente il piano dell'opera, ed il significato che Orlando vi attribuì, costituisce senza dubbio elemento di grande rilevanza ai fini di tale indagine, poiché consente di assumere un punto di vista — quello di Orlando medesimo —, con il quale sicuramente i collaboratori del *Trattato* si misurarono, aderendovi incondizionatamente, o prendendo da esso le dovute distanze, in ragione di impostazioni metodologiche più o meno differenziate. Si può qui intanto fornire una serie di indicazioni, proprio seguendo lo schema proposto da Orlando. Nel primo volume, la parte introduttiva curata da Orlando è completata dal saggio di Santi Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, pp. 111-220. E si pone subito un primo problema: dal momento che Orlando — in conformità alle sue convinzioni, maturate fin dal tempo della *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* del 1888 — tendeva a risolvere il problema dei diritti pubblici dei cittadini all'interno della persona giuridica statuale, è evidente che nel suo disegno il tema affidato a Romano doveva concepirsi come complementare dei temi più generali della personalità e della sovranità dello Stato da lui medesimo affrontati nella *Introduzione*. Ebbene, può veramente dirsi che Romano abbia rispettato una tale indicazione, o che non abbia adoperato piuttosto il tema dei diritti pubblici subbiettivi proprio per dimostrare l'inadeguatezza di una visione fondata sullo Stato quale *unico* soggetto di diritto pubblico preludendo in tal modo alla più tarda teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici? La restante parte del primo volume — escludiamo la monografia di C. Schupfer, *I precedenti storici del diritto amministrativo italiano* relegata quale indagine storica nella 'parte complementare', in conformità agli indirizzi orlandiani — e tutto il secondo sono dedicati, ancora sulla falsariga dello schema di Orlando, alla organizzazione della pubblica amministrazione. Ed anche qui è terreno che sollecita lo storico del diritto a interrogativi: in qual misura il complesso degli studi dedicati a questo tema ci fornisce quella visione compatta ed unitaria della persona giuridica statuale, che stava al contro della teoria orlandiana? La domanda è da porsi soprattutto sul terreno specifico del rapporto tra amministrazione centrale e locale, in particolare per i saggi di Santi Romano, *Il comune. Parte generale*, vol. II, parte prima, pp. 497-793; di U. Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, vol. II, parte seconda, pp. 1-602; di U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, vol. II, parte seconda, pp. 607-871; di G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, vol. II, parte terza, pp. 235-677. Altro tema rilevante è senza dubbio quello della giustizia amministrativa, cui è dedicato per intero il terzo volume del *Trattato* con contributi di F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*; di G. Vacchelli, *La difesa*

In effetti, il nostro giurista fu veramente fino alla fine del secolo scorso un autonomo operatore culturale, il quale, a contatto con la migliore letteratura giuspubblicistica europea — soprattutto tedesca —, procedette consapevolmente e sistematicamente alla costruzione di un metodo 'giuridico' di analisi delle strutture statuali, sulla esclusiva base della propria cultura politico-giuridica, e della propria sensibilità nei confronti delle questioni aperte nella società civile e nelle istituzioni del tempo.

Con il nuovo secolo, le cose cambiano, e non sarebbe più possibile studiare l'opera orlandiana senza far riferimento alla rinnovata riflessione giuspubblicistica italiana ed europea; senza analizzare l'atteggiamento che Orlando assume nei confronti delle teorie

---

giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa; di SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*; dello stesso ORLANDO, *La giustizia amministrativa*; ed ancora di ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*. Ed anche in questo caso: può dirsi in tutti questi contributi realmente rispettata l'idea orlandiana di Stato 'giuridico', fondata su una chiara distinzione tra le funzioni dello Stato e sul principio di giurisdizione unica? Infine, con la prima parte del quarto volume, si completa l'analisi dedicata — secondo lo schema di Orlando — all'attività giuridica dello Stato, ed abbiamo qui i saggi di O. SCALVANTI, *La espropriazione per pubblica utilità* (pp. 3-207), e di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza* (pp. 207 e ss.). Dopodiché si apre il grande settore del *diritto amministrativo sociale* — così come Orlando lo aveva definito nei suoi *Principii di diritto amministrativo* del 1891 —; sarebbe qui inutile citare in dettaglio i numerosi contributi forniti in questo campo, e basterà osservare che la successione dei volumi del *Trattato* rispetta rigorosamente la struttura del progetto orlandiano: così la seconda parte del quarto volume è dedicata alla ingerenza dello Stato nei rapporti 'fisici', con studi in materia di popolazione, di emigrazione, e di pubblica sanità; così nel quinto, nel sesto, e nel settimo volume, si studia l'ingerenza dello Stato nei rapporti economici, sia relativamente alla produzione della ricchezza, che alla sua circolazione e distribuzione; così l'ottavo volume tratta dell'ingerenza dello Stato nei rapporti intellettuali, studiando essenzialmente la pubblica istruzione; così, infine, gli ultimi due volumi sono dedicati ai mezzi dei quali la pubblica amministrazione si serve, ed in particolare alla finanza ed all'amministrazione militare. Ma anche nel caso del diritto amministrativo sociale il problema è proprio quello di non fermarsi alla mera rilevazione di un'assoluta coincidenza tra le indicazioni programmatiche di Orlando e la struttura esterna del *Trattato*; in altre parole, di porsi a livello dei contenuti, analizzando se, e in qual misura, gli autori dei diversi saggi sono veramente riusciti a distinguere — così come Orlando voleva — tra elemento 'giuridico' ed 'economico-sociale', limitandosi a fornire un'esposizione dei mezzi dei quali lo Stato si serve per realizzare la sua attività sociale, ed escludendo del tutto l'indagine sulle *motivazioni* di quella medesima attività.

istituzionistiche, ed in particolare dell'opera di Santi Romano (287); senza valutare il tipo di confronto del nostro giurista con il generalizzato ritorno al diritto pubblico generale dell'inizio del secolo ventesimo, ed il rapporto che egli stabilì sotto questo profilo con l'opera di Georg Jellinek (288).

Il problema dell'inserimento nel contesto di una più ampia coralità dottrinale — di contatti, di condizionamenti, di influssi di posizioni dialettiche, quale indispensabile sussidio per una soddisfacente storicizzazione del personaggio —, non si pone entro i confini temporali della nostra indagine: di un Orlando, il quale, nell'ambito dell'assai povero panorama della scienza italiana di diritto pubblico dell'ultimo ventennio del secolo scorso, non deve confrontarsi, e tanto meno lottare, con divergenti indirizzi metodologici, ma semplicemente costruire il proprio sulla base di un singolare ed isolato sforzo di riflessione (289).

---

(287) Accenneremo in seguito brevemente — e del tutto *per incidens* — al giudizio espresso da Orlando sull'opera di Santi Romano.

(288) L'incontro di Orlando con l'opera di Georg Jellinek è probabilmente già dei primissimi anni del nuovo secolo, quando il nostro giurista, chiamato alla Cattedra di diritto pubblico generale dell'Università di Roma — la prima del genere in Italia —, pronunziò una prolusione nella quale si mostrava del tutto consapevole delle nuove tendenze in atto a livello europeo nella riflessione giuspubblicistica, ed in particolare del diffuso ritorno al diritto pubblico generale, del quale il medesimo Jellinek poteva dirsi il massimo interprete. La prolusione del 1901 fu pubblicata con il titolo *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, e posta, con diverse modifiche ed aggiunte, ad Introduzione della traduzione italiana del volume di G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921 (ora anche in D.P.G., cit., pp. 101-120). La portata dell'influsso di Jellinek su Orlando deve ancora essere valutata a fondo; a questo fine, è da tener presente la stessa monografia di SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., nella quale si faceva già ampio riferimento al saggio di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892; il *System* fu poi tradotto in italiano nel 1911, con una Prefazione di Orlando, *Sulla teoria dei 'diritti pubblici subbiettivi' di Jellinek*, ora anche in D.P.G., pp. 275-285. Alcune osservazioni sul rapporto Jellinek-Romano-Orlando, si trovano in F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 177-189.

(289) La stessa vicenda dell'*Archivio di diritto pubblico*, varato da Orlando a Palermo nel 1891 (cfr. *supra*, paragrafo precedente), dimostra come il nostro giurista abbia proceduto sicuro, nel corso degli anni Novanta, alla formulazione della proposta poi contenuta nella *Introduzione* al primo volume del *Trattato di diritto amministrativo*, accuratamente evitando ogni dibattito metodologico, e limitandosi a chiamare i giuristi al 'concreto' lavoro di 'analisi' delle istituzioni esistenti.

Ma è soprattutto sotto un altro profilo — come già altrove accennato — che il 1897 segna il confine ultimo di questa nostra ricerca. È a quella data, infatti, che lo stesso Orlando ritiene concluso il cammino da lui intrapreso all'inizio degli anni Ottanta, che egli ritiene di poter formulare una proposta complessiva ed organica, rivolta alla scienza giuridica del tempo: la costruzione di un sistema di diritto amministrativo quale sistema delle attività e dei fini dello Stato-persona.

Ripercorrendo quel cammino, non si può non rilevare quanto sia artificiosa la distinzione — e magari la contrapposizione — tra le due presunte metodologie del giurista siciliano, l'una 'realista', e l'altra 'formalista', la prima corrispondente ai saggi della prima metà degli anni Ottanta, con il continuo insistere di Orlando sul rapporto Stato-'popolo', la seconda collocata a livello dell'esaltazione dello Stato-persona caratteristica dei successivi contributi, e culminante proprio nella Introduzione al *Trattato di diritto amministrativo* del 1897.

Nella nostra indagine, abbiamo cercato di mostrare quale intimo nesso leghi il 'primo' al 'secondo' Orlando, come il 'realismo' dell'uno preluda al 'formalismo' dell'altro; come la centralità del 'popolo' nella riflessione degli anni Ottanta sbocchi necessariamente nella più tarda teoria della personalità giuridica statuale quale unica soggettività di diritto pubblico.

In fondo, il 'popolo' del 'primo' Orlando non rappresentava altro che il tentativo di fornire una certa risposta alle crescenti contraddizioni della società civile, al progressivo dispiegarsi dei modi di essere della conflittualità sociale: combattere il moderno 'individualismo' è compito primo del giurista, che deve farsi interprete dell'esigenza di conservare una 'comunità' nazionale posta al di là delle disgreganti spinte provenienti dalla società civile medesima.

A questo livello della propria elaborazione teorica, lo Stato è per Orlando la più alta forma di lettura della società civile, coincide con quella società, rappresentandone il più elevato stadio di crescita, quello nel quale gli individui, concepiti nella veste di soggetti astrattamente dotati di personalità e di capacità giuridica, pongono in essere rapporti che si collocano al di là del momento della pura soddisfazione dei bisogni economici, e che per ciò stesso sono regolabili (e regolati) secondo una logica *giuridica*.

In verità, Stato e 'popolo' sono nell'Orlando degli anni Ottanta termini assolutamente equivalenti, esprimendo entrambi il momento autenticamente giuridico della vita collettiva, in chiara opposizione con l'aspetto conflittuale delle relazioni tra gli individui, i gruppi sociali, ed il potere politico.

Si ribalta allora il senso del 'realismo' del 'primo' Orlando, e nella sua costante attenzione alla struttura 'profonda' della collettività, nella medesima proclamata centralità delle 'forze' storiche rispetto alle 'forme' politiche, non è più possibile cogliere alcuna apertura del giurista all'analisi del tessuto reale della società civile: al contrario, quel 'realismo' significa — in una situazione di complessiva arretratezza nello sviluppo delle contraddizioni del nascente capitalismo industriale — il tentativo ultimo di eludere la reale portata dei mutamenti strutturali in atto, ricercando lo spazio per la delineazione di un modello tutto incentrato sulla crescita organica e graduale del 'popolo'.

Nello Stato costruito da Orlando negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* (290) del 1886 si esprime compiutamente questo suo 'realismo' giovanile. In effetti, in quegli *Studi* sono ancora protagoniste la 'coscienza' giuridica popolare e la 'concreta' vita del diritto nelle più umili aggregazioni sociali, rispetto alle quali la funzione legislativa e quella di governo costituiscono nient'altro che formali esplicazioni.

Tutta quella costruzione si fonda così sulla saldezza e sulla unitarietà della 'coscienza' popolare, sulla sua capacità di conservare una propria intrinseca natura 'obbiettiva' posta al di là dei conflitti sociali e politici, sulla sua irriducibilità alla dimensione di 'arbitraria' volontà popolare condizionata dal variabile gioco degli interessi sociali e delle ideologie politiche.

La società di questo Orlando — dell'Orlando 'realista' — è sempre e comunque una società monolitica, che non si alimenta dello scontro, e dell'incontro, tra diverse soggettività, tra distinti gruppi sociali e politici, ma tende naturalmente e necessariamente a riunificarsi in 'spirito pubblico', in 'coscienza' giuridica popolare.

Noi crediamo che proprio qui, in una tale concezione della

---

(290) Cfr. *supra*, paragrafo terzo.

società civile, da Orlando definita 'giuridica', stia la radice prima del successivo 'formalismo', ossia della riduzione di tutta la dinamica pubblicistica nei confini della centralità assoluta dello Stato-persona.

Del resto, tutto l'itinerario di Orlando dal 1881 al 1897 è descrivibile — così come noi abbiamo cercato di fare in questo nostro lavoro — sotto forma di graduale avvicinamento alla teoria dello Stato-persona, secondo tappe ben definite, collocabili l'una dopo l'altra lungo un processo unilineare privo di ripensamenti critici.

Tutta la riflessione del nostro giurista è così nient'altro che atto di progressiva scoperta del necessario interprete della 'coscienza' giuridica popolare: lo Stato-persona. Se la società civile non è per il giurista sede di conflitto, ma di armonica integrazione di interessi nella soggettività unica del 'popolo', allora il rapporto medesimo tra quella società ed il potere politico non è costituito da una pluralità di momenti di contrattazione e di scontro tra individui e gruppi sociali e politici, ma da un 'naturale' realizzarsi dello 'spirito' pubblico nello Stato medesimo, inteso quale soggetto dotato di personalità giuridica e di capacità di agire.

Questo è il modello complessivo cui si ispira il *formalismo* di Vittorio Emanuele Orlando, ed in esso è compreso sia il suo 'realismo', con la riunificazione delle contraddizioni sociali in 'popolo', sia il suo 'formalismo', con il conseguente esprimersi di quel 'popolo' nella personalità giuridica dello Stato.

È un modello che il nostro giurista andò costruendo con grande impegno dall'inizio degli anni Ottanta fino alla fine del secolo, in un periodo di grandi mutamenti strutturali del nostro Paese, di progressiva affermazione della società industriale.

Di fronte a tali processi storici, la risposta di Orlando fu coerentemente *formalista*, poiché tese sempre a eludere ed esorcizzare la reale portata di quei processi, ricercando ogni soluzione, prima esclusivamente nell'ideale di crescita 'organica' del 'popolo', e poi — di fronte alla crescente conflittualità sociale di fine secolo — in modo altrettanto esclusivo nella coerenza interna all'apparato di produzione normativa, nella necessaria razionalità dei fini dello Stato-persona e del suo intervento sulla società civile.

I due distinti atteggiamenti del nostro giurista — corrispondenti a due diverse fasi storiche — fanno parte di un'unica prospettiva di

analisi della dinamica pubblicistica, che abbiamo definito formalista; attivata da Orlando, prima sotto il profilo della autodifesa della società civile — del 'popolo' — dalle spinte disgreganti del nuovo ordine economico, poi sotto quello della riconduzione di tutta la complessità della 'questione sociale' nei confini dell'intervento dello Stato-persona sulla società civile medesima, della teoria e del sistema di diritto amministrativo.

Così, 'realismo' e 'formalismo' di Vittorio Emanuele Orlando non costituiscono nient'altro che due espressioni specifiche del suo *formalismo*, del suo costante tentativo di spiegare in forme giuridiche le tensioni della società civile, ed il rapporto di quest'ultima con il potere politico: dunque due fasi distinte, ma legate da un'intima unità.

Si tratta anzi — come già abbiamo osservato — di un formalismo che si va costruendo fin dal 1881, lungo tutto il periodo che abbiamo posto ad oggetto della nostra indagine: esso ha il suo fondamento primo nel 'realismo' degli anni Ottanta, nella sovranità 'giuridica' del 'popolo', ed il suo momento di esplicazione finale nel sistema di diritto amministrativo proposto da Orlando nella sua *Introduzione* al primo volume del *Trattato di diritto amministrativo* del 1897.

Solo con un tale quadro di riferimento è possibile comprendere la vicenda intellettuale del giurista siciliano: e per questo medesimo motivo abbiamo avviato la nostra indagine criticando la riflessione storiografica fin qui svolta sull'opera orlandiana (291).

Costante di quella riflessione è infatti la percezione di due faccie distinte dell'opera di Orlando, di un 'realismo' del nostro giurista in continuo conflitto con l'altra componente dello statualismo 'formalista'.

Tale smembramento della sostanziale unitarietà dell'opera di Orlando si fonda su una precisa convinzione. Infatti, secondo la corrente interpretazione storiografica, l'originario 'realismo' del nostro giurista sarebbe stato soffocato dalla sua adesione 'ideologica' alle strutture dello Stato unitario, che lo condusse — e con lui gran parte della nascente scienza di diritto pubblico — alle successive

(291) Cfr. *supra*, paragrafo primo.

posizioni 'formaliste', ossia alla 'pura' tecnica di sistemazione delle forme di manifestazione della sovranità statuale.

Non a caso, Sabino Cassese, nel suo saggio *Cultura e politica del diritto amministrativo*, recependo convinzioni già da tempo maturate nella storiografia, finisce per definire le due presunte componenti della teoria giuridica orlandiana rispettivamente 'metodologica' e 'politica', riferendo la prima al 'realismo' del giurista siciliano, e la seconda al suo 'formalismo' (292); e facendo così intendere che Orlando avrebbe fatto scienza guardando alla struttura 'profonda' della collettività, ma che sarebbe rimasto su tale piano solo fin quando non prevalse in lui l'istanza 'ideologica', la necessità di difendere e consolidare le istituzioni esistenti.

Ma allora la presunta distinzione tra 'realismo' e 'formalismo' nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando si presenta nella sua vera luce di separazione tra riflessione scientifica ed impegno ideologico del giurista: il 'formalismo' è nato — ed il 'realismo' è stato sconfitto — perché i giuristi di diritto pubblico non hanno saputo mantenersi sul terreno della scienza, perché in loro è prevalsa nettamente l'istanza ideologica.

Così, di fronte alle odierne insufficienze della riflessione giuspubblicistica, il rimedio è già pronto: è necessario superare la fase 'ideologica', abbandonare il prevalente 'statualismo' per guardare alla 'società'; è necessario tornare al 'realismo', alla riflessione scientifica (293).

Ma proprio la vicenda intellettuale orlandiana dimostra quanto siano astratte ed inadeguate le etichette di 'realismo' e 'formalismo' applicate alla metodologia della scienza di diritto pubblico; come scienza ed ideologia siano difficilmente separabili nel concreto lavoro dei giuspubblicisti; come, infine, il proposto ritorno al 'realismo' non possa altro che allontanare i giuristi dalla comprensione del concreto funzionamento delle istituzioni.

Infatti — lo ripetiamo ancora una volta — 'realismo' e 'forma-

---

(292) Cfr. *supra*, paragrafo primo, dove abbiamo analizzato in dettaglio le pagine del volume di Cassese cui ci riferiamo nel testo.

(293) Il ritorno al 'realismo' di Vittorio Emanuele Orlando era stato proposto fin dal 1940 da M.S. GIANNINI, nei suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit.; anche la posizione di Giannini è stata analizzata nel primo paragrafo di questo lavoro.

lismo' non furono per Orlando che due diversi modi d'intendere e di praticare la propria complessiva visione *formalista* della dinamica pubblicistica, corrispondenti a due distinte fasi storiche.

E furono entrambi contemporaneamente *scienza*, ovvero tentativo di leggere e costruire in termini giuridici, prima la totalità della vita collettiva mediante la categoria di 'popolo', e poi le manifestazioni di sovranità dello Stato-persona, tramite lo strumento del sistema; ed *ideologia*, ossia indicazione di un preciso modello cui ispirare il rapporto tra le istituzioni e la società civile, tendente in ultima analisi ad eludere ed esorcizzare i crescenti conflitti che nell'ambito di quel rapporto si ponevano, prima riproponendo l'ideale di una 'comunità' nazionale naturalmente riunificata in 'popolo', e poi fornendo una risposta alla sempre più esplosiva 'questione sociale' esclusivamente in termini di razionalità dell'apparato di produzione normativa.

Tornare al 'realismo' non può allora significare in alcun modo tornare alla 'scienza', o all'attenzione dei giuristi ai fenomeni 'sociali', chiudendo la parentesi 'ideologica' del 'formalismo' statualista, ma bensì tornare ad un *determinato* intreccio di scienza ed ideologia prodottosi ad un *certo* livello storico, nell'ambito di quella società preindustriale degli anni Ottanta, nella quale si trovava ad operare il giovane Orlando.

In definitiva, tornare al 'realismo' significa, ancora una volta, tentare di eludere la reale portata dei conflitti sociali, disconoscere la qualità nuova della crisi dello Stato liberale ottocentesco avviatasi con la fine del secolo scorso: significa riproporre la possibilità di una lettura in termini esclusivamente giuridici della totalità della dinamica politica e sociale, quella funzione centrale della *scientia juris* cui ancora poteva ispirarsi il giovane Orlando, guardando ad una società 'omogenea', non ancora dilaniata da acuti conflitti interni.

È quanto fece lo stesso giurista siciliano nel primo quarto del nuovo secolo, riflettendo sulle nuove teorie istituzionistiche, ed in particolare sull'opera di Santi Romano. Egli non volle scorgervi il tentativo di interpretare la crisi di quella *unicità* del modello di sviluppo, cui aveva ispirato tutta la sua opera fin dagli anni Ottanta, sin dal tempo in cui aveva proposto la riunificazione di tutta l'articolazione sociale nella categoria del 'popolo', ma una sorta di ritorno all'età di fondazione del metodo 'giuridico'.

Non può allora stupire il fatto che Orlando abbia voluto individuare la radice comune a tutte le nuove correnti di pensiero giuspubblicistico dell'inizio del nostro secolo « nella analisi delle nozioni fondamentali del diritto che fu fatta dalla Scuola Storica con mezzi d'indagine e con tecnica puramente giuridica » (294).

E non si era forse Orlando dichiarato aderente a quella Scuola fin dal tempo dei suoi *Principii di diritto costituzionale* del 1889 (295)? E, in fondo, cosa propugnava il nuovo indirizzo scientifico se non lo studio accurato e paziente delle origini del diritto nelle più modeste aggregazioni sociali, studio al quale più volte Orlando aveva invitato i giuristi di diritto pubblico (296)?

Affrontare la crisi dello Stato liberale significò dunque per il nostro giurista ritornare al tempo della 'fondazione', ossia riscoprire il tema delle 'origini' del diritto nel tessuto unitario di vita della collettività: significò ritornare al 'realismo', cercando ancora una volta di esaltare la capacità di tenuta del diritto nell'ambito di una società civile sempre più in conflitto, la saldezza delle medesime istituzioni liberali e del loro fondamentale rapporto con il 'popolo'.

Ma se era stato possibile leggere in termini esclusivamente 'giuridici' il processo di costruzione dello Stato liberale in Italia, più difficile era riproporre tale tipo di lettura nell'ambito della crisi di quel medesimo Stato (297).

---

(294) V.E. Orlando, *Stato e diritto. (Ordinamento giuridico — Regola di diritto — Istituzione)*, in D.P.G., pp. 245-246 (originariamente in *Rivista di diritto pubblico*, 1926). In questo saggio, Orlando insiste in modo particolare sul nesso Gierke-Romano, che egli vede mediato dalle tesi della Scuola Storica; ed anche riguardo ai pubblicisti francesi Hauriou e Duguit, Orlando parla della « comunità di origine del nuovo indirizzo che noi facemmo risalire per l'appunto allo spirito animatore della Scuola Storica » (*Ibid.*, p. 266).

(295) Orlando non manca di ricordarlo al lettore: V.E. Orlando, *Stato e diritto*, cit., p. 266, nota.

(296) Così, ad esempio, nella conclusione agli *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., pp. 411-415: cfr. *supra*, paragrafo terzo.

(297) Lo stesso F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni*, cit., che pure si sforza assai di mettere in rilievo l'impostazione 'storicistica' dell'opera orlandiana in chiave di continua partecipazione del giurista siciliano al mutevole andamento della storia del nostro Paese, in sostanza conclude anch'egli individuando una sorta di 'ritorno' dell'Orlando del nuovo secolo ai temi giovanili, ed in particolare agli insegnamenti della Scuola Storica (pp. 160-173); ci domandiamo allora se sia legittimo pensare ad un'apertura di Orlando

Poiché non era più sufficiente richiamarsi al diritto 'popolare' ed alla derivazione della legge statuale da quel diritto; le trasformazioni in atto investivano la natura e la stessa legittimazione del potere politico, incidevano profondamente nel suo rapporto con la società civile, portando in primo piano una serie di nuovi soggetti influenti a livello pubblicistico: gruppi sociali organizzati, partiti politici, sindacati.

Il rapporto tra istituzioni e realtà sociale si faceva sempre più articolato, frutto di una continua contrattazione tra lo Stato e le nuove soggettività emergenti; insieme all'unicità dello Stato-persona crollava l'ideale ottocentesco del 'popolo': 'formalismo' e 'realismo' si eclissavano nello stesso tempo.

Si eclissava, in realtà, la prospettiva di analisi 'giuridica' della dinamica pubblicistica, fondata sulle categorie di 'popolo' e di personalità giuridica dello Stato. Essa apparteneva storicamente all'età di fondazione dello Stato liberale, e non poteva costituire forma di lettura della sua crisi. In questo nuovo contesto storico i giuristi erano destinati a rifugiarsi sempre più nelle 'certezze' della normativa statuale ed il ritorno di Orlando ai temi delle 'origini' del diritto nella 'coscienza' popolare, della 'fondazione' dello Stato nella società civile era ritorno ad una realtà storicamente trascorsa: il suo 'realismo' si era ormai consumato, aveva già svolto la sua funzione.

« a quella problematica realtà, che gli eventi politici e sociali configuravano in tutta la sua drammaticità », ad una sua rinuncia « agli schemi divenuti meccanici ed abituali » (p. 172); viene spontaneo chiedersi: *quale* 'realtà'? Quella dell'Italia preindustriale degli anni Ottanta, o quella del nuovo secolo? Non 'tornava' forse Orlando ad una 'realtà' che non c'era più? Quali categorie poteva mai offrirgli la Scuola Storica per comprendere la qualità nuova dei conflitti sociali, la formazione dei partiti di massa, il nuovo tipo di rapporto tra potere politico e società civile? Il 'tornare' alla Scuola Storica non è forse proprio il segno più evidente di una sostanziale incomprensione dei nuovi fenomeni, non rappresenta forse il tentativo estremo del vecchio liberalismo di affrontare la crisi con le vecchie categorie, tornando ai temi della 'fondazione' del potere politico nella 'comunità' popolare? L'interpretazione di Tessitore è comunque largamente ispirata a quella di G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, pp. 357 e ss., il quale aveva affermato: « È difficile trovare altro giurista, nel quale la presenza del tempo, la partecipazione del tempo alla formazione del mondo giuridico, sia più sentita, cioè sia più sofferta » (p. 367): 'tempo' sta qui per 'storia'.

2.

GAETANO MOSCA E VITTORIO EMANUELE ORLANDO: DUE ITINERARI PARALLELI (1881-1897) (1)

1. Il 'metodo' nel diritto costituzionale. — 2. La crisi di fine secolo: le proposte della scienza.

1. Nel 1942, Santi Romano, commemorando la figura e l'opera di Gaetano Mosca (2), non si limitò ad elencare i meriti acquisiti dallo studioso siciliano nel campo delle scienze politiche; ma volle estendere il suo discorso, giungendo ad indicare una possibile prospettiva di studio delle dottrine pubblicistiche italiane della fine del secolo scorso.

L'insigne studioso di diritto pubblico individuava nella Sicilia, nella sua terra di origine e di prima formazione scientifica, la regione dalla quale provenì, nell'ultimo ventennio del secolo diciannovesimo, l'impulso più forte al rinnovamento della riflessione sulle strutture dello Stato unitario; e ricordava a questo proposito i nomi

---

(1) Le date del 1881 e del 1897 si riferiscono a due lavori di V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, in *Rivista Europea*, fasc. 1 maggio 1881, pp. 3-30, ora in appendice a V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 557-578; e *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897.

(2) S. ROMANO, *Gaetano Mosca*, commemorazione tenuta alla Reale Accademia d'Italia il 9 aprile 1942 e pubblicata nel *Rendiconto* dell'Accademia, Classe di Scienze morali e sociali, Serie VII, vol. III, pp. 409 e seg., ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, pp. 381-385.

di Giorgio Arcoleo, di Francesco Scaduto, di Angelo Majorana, di Vittorio Emanuele Orlando, e dello stesso Gaetano Mosca (3).

Rievocando queste vicende, alle quali egli stesso, ancora molto giovane, aveva partecipato, Romano mirava soprattutto a sottolineare l'assoluta singolarità della ricerca di ciascuno di questi intellettuali, e dunque l'impossibilità d'identificare un'unica fonte ispiratrice del loro lavoro scientifico. Egli sembrava quasi ammonire un ipotetico futuro ricercatore a non lasciarsi attrarre dalla pur affascinante prospettiva di ricostruzione di un'unitaria « scuola siciliana »; e poneva dunque in grande rilievo « la diversità profonda e sostanziale » (4) degli indirizzi seguiti da ciascuno degli studiosi da lui medesimo ricordati.

Oggi, a distanza di alcuni decenni, l'osservazione di Romano sembra risultare particolarmente adatta alla ricognizione del rapporto stabilitosi tra Orlando e Mosca. È infatti proprio nel loro caso che maggiori possono apparire gli elementi di differenziazione ed anche di contrasto, le divergenze nelle scelte metodologiche e nelle prospettive di ricerca (5).

Basta rivolgere, a questo proposito, un rapido sguardo all'opera giovanile dei due studiosi siciliani — diciamo più precisamente ai loro saggi di diritto costituzionale degli anni Ottanta (6) — per capire come possa essere legittimo parlare dell'esistenza di uno stato di reciproca incomprensione, o forse anche di latente conflitto (7).

---

(3) S. ROMANO, *Scritti minori*, cit., pp. 381-382.

(4) S. ROMANO, *Scritti minori*, cit. p. 381. Cfr. anche *La presenza della Sicilia nella cultura degli ultimi cento anni*, Palermo, Palumbo, 1977, 2 voll.

(5) S. ROMANO, *Gaetano Mosca*, cit., pp. 381-382, insiste su una presunta 'particolare' distanza tra le elaborazioni di Mosca e quelle di Orlando, attribuendola al fatto che i due studiosi si occuparono di due distinte scienze: giuridica nel caso di Orlando, e politica nel caso di Mosca.

(6) Non bisogna infatti dimenticare che Mosca, proprio come Orlando, iniziò la sua attività scientifica nel settore specifico del diritto costituzionale, al quale dette contributi di varia rilevanza. Si tratta di un gruppo di saggi, che a noi interessano esclusivamente sotto il profilo metodologico, come puntuale testimonianza di quella 'crisi' intellettuale che condurrà Mosca verso il nuovo approdo della 'scienza politica'.

(7) Alla presenza di un simile 'latente conflitto' nei rapporti tra Mosca ed Orlando, sembra pensare anche E.A. ALBERTONI, *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica. Formazione ed interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 66. Una serie di concordanze tra Mosca ed Orlando era stata invece rilevata da F. TESSITORE, *Crisi e*

Nonostante l'intenso rapporto stabilitosi negli anni degli studi universitari (8), e malgrado che entrambi si occupino in questo periodo di diritto costituzionale, risulta piuttosto evidente — proprio dalla lettura degli scritti degli anni Ottanta — la tendenza di ciascuno dei due studiosi quanto meno a trascurare i risultati del lavoro dell'altro (9). Si è quasi condotti, da tale lettura, a percepire i contorni di una vera e propria condizione di estraneità intellettuale, venutasi improvvisamente a creare tra Mosca e Orlando, un po' come se i due, appena usciti dall'Università, avessero preso ad occuparsi di oggetti d'indagine totalmente distinti, e non avessero invece entrambi posto la loro attenzione — come poi era in realtà — sulle strutture dello Stato unitario, e sul loro rapporto con la realtà sociale italiana di fine secolo (10).

In una pagina del 1908, Mosca lascia intravedere la possibile spiegazione di questo distacco da Orlando. Egli individua proprio nell'opera giovanile orlandiana il momento di avvio della penetrazione del « metodo giuridico » nella scienza di diritto pubblico, e spiega il formarsi di questo indirizzo metodologico alla fine del

---

trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento, Napoli, 1963, pp. 90 e seg., specialmente p. 91, nota 107, e pp. 97-98, nota 132.

(8) Mosca ed Orlando si iscrivono alla Facoltà giuridica dell'Università di Palermo nel 1877, e mantengono stretti contatti in tutto il periodo degli studi universitari. Della intensità di tali rapporti, è ora precisa testimonianza la riscoperta di un foglio periodico palermitano, al quale i due giovani studiosi attivamente parteciparono: cfr. R. SALVO, *Il giovane Mosca e la « Rassegna Palermitana »*, in *Nuovi Quaderni del Meridione »*, XVIII (1980), pp. 84-117. Ciò che rende particolarmente interessante il periodico è proprio la presenza costante di Mosca e di Orlando, ai quali vengono rispettivamente affidate la 'rassegna storica' e la 'rassegna economica'.

(9) Nel 1884, Mosca pubblica il saggio *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare. Studi storici e sociali*, Torino, 1884. Certamente l'asprezza dei toni adoperati da Mosca nella critica al sistema parlamentare non piacque ad Orlando che si soffermò sul lavoro di Mosca, e non sempre con commenti del tutto favorevoli, in un suo articolo del medesimo anno: V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, III (1884), pp. 589-600.

(10) Mosca ed Orlando provenivano anche da solide letture comuni di una certa letteratura politico-giuridica europea. Per quanto riguarda Mosca, si può qui citare il Proemio alla *Teorica* nel quale lo studioso siciliano ricorda quanto egli deve, sul piano della formazione culturale, a « il Fischel, il Gneist, lo Stuart Mill, il Bluntschli e, sopra tutti, il Taine ».

secolo scorso con la necessità, da Orlando e da molti altri giuristi avvertita, di « sottrarre il diritto costituzionale alle pressioni dei partiti, ossia delle varie correnti e forze politiche » (11).

Diverso l'atteggiamento — secondo Mosca — di un'altra parte della dottrina giuspubblicistica, la quale si sforzava — e ricorrono i nomi di Arcoleo, di Brunialti, di Majorana, e di altri — soprattutto di giungere ad un esame completo dei « rapporti fra le condizioni sociali e le forze giuridiche », di capire « quale sia l'indirizzo e l'interpretazione delle istituzioni vigenti, che meglio valga ad assicurare, nel presente momento storico, la maggior parte possibile di benessere e di giustizia sociale ».

Per questi giuristi, il tentativo non è dunque quello di 'sottrarre' il diritto costituzionale ai 'perturbanti' influssi delle forze politiche, ma di « ottenere il miglior equilibrio giuridico di queste forze, che è possibile attuare grazie la presente forma di governo rappresentativo » (12).

Anche se Mosca non prende apparentemente posizione di fronte a questa alternativa metodologica, tuttavia non è difficile capire, anche grazie a quella nozione di « equilibrio giuridico », sopra espressa, e che ricorre in molte altre pagine dello studioso siciliano, che le sue preferenze si dirigono verso il cosiddetto metodo storico-politico, chiaramente in opposizione al metodo giuridico orlandiano.

Si tratta di un'alternativa di non poco conto, soprattutto tenendo presente l'assoluta nettezza di confini con la quale essa ci viene presentata da Mosca. Per un verso, compito del giurista di diritto pubblico sarebbe unicamente quello di contrapporre l''ordine giuridico' e l''ordine politico'; mentre, nell'altra direzione, il medesimo giurista non potrebbe eludere la necessità di 'scrutare' le strutture 'profonde' della società, al fine di tentare un composizione

---

(11) G. Mosca, *La genesi delle Costituzioni moderne*, in *Appunti di diritto costituzionale*, Roma, 1908, ora in G. Mosca, *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, p. 555.

(12) *Ibid.*, p. 555. Per un'analisi di questa scienza italiana di diritto costituzionale tra Ottocento e Novecento, cfr. M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1963, pp. 84 e seg.

delle diverse — ed anche divergenti — forze politiche ed economiche in un determinato 'equilibrio giuridico', a livello istituzionale.

In tal modo, il presunto contrasto Mosca-Orlando potrebbe essere rappresentato nei seguenti termini generali: il 'realismo' della 'scienza politica' (13) di Gaetano Mosca contro il 'formalismo' del 'metodo giuridico' orlandiano.

Sotto questo profilo — che è poi per noi quello più interessante — la storia del rapporto tra questi due intellettuali diviene un pezzo di storia della scienza giuridica e politica italiana. Più specificamente, l'itinerario teorico dei due studiosi dall'inizio degli anni Ottanta alla fine del secolo potrebbe essere descritto, da una parte come la progressiva acquisizione — nel caso di Orlando — di un punto di vista puramente 'giuridico', e dunque 'formalistico', nello studio delle strutture del potere politico (14), dall'altra come il coraggioso tentativo — nel caso di Mosca — di affrancarsi dalla 'soffocante' logica della *scientia juris*, per assurgere ad una prospettiva 'realistica' d'indagine: dalla scienza del diritto pubblico alla scienza politica (15). Un simile modo d'impostare il nostro problema potrebbe essere confermato proprio dai saggi di diritto costituzionale pubblicati da Mosca nel corso degli anni Ottanta.

Prima di tutto, dalla prolusione palermitana del 1886, intitolata, in maniera assai significativa, *Studi ausiliari del diritto costituzionale*. Qui lo studioso siciliano definisce il diritto costituzionale « scienza eminentemente ed esclusivamente sociale », la quale « deve per

---

(13) Una 'scienza politica' evidentemente ad un livello ancora del tutto embrionale: ma torneremo su questo punto.

(14) Per un'analisi del significato delle scelte in senso 'formalistico' di Orlando, sia consentito di rinviare al nostro studio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, *passim*, ora in questo volume con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, pp. 67 e ss.; e per le fonti tedesche (Gerber, Laband, Jellinek), sulla base delle quali Orlando operò la conversione in senso 'formalistico', al nostro volume *Giuristi e costituzione politica*, cit., *passim*.

(15) Così sembra interpretare la vicenda intellettuale del giovane Mosca, N. Bobbio, *Prefazione* a *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, Laterza, 1969, p. 7. A Bobbio compete senz'altro il merito di aver riscoperto l'opera moschiana dopo un lungo periodo di silenzio. Unica testimonianza di un certo interesse per Mosca negli anni precedenti agli interventi di Bobbio, la *Bibliografia di Gaetano Mosca*, curata da M. Delle Piane, Firenze, estr. da *Studi Senesi*, LXI (1949), XXXVI della s. II, unitamente al volume dello stesso autore *Gaetano Mosca. Classe politica e liberalismo*, Napoli, 1952.

necessità ricorrere all'esame di fatti sociali »: essa scopre « le leggi regolatrici dell'ordinamento politico delle varie società umane », e non può limitarsi al « commento dello Statuto italiano » (16).

Il diritto costituzionale non può perciò rinunziare all'ausilio di varie altre scienze, e tra queste principalmente dell'economia politica, poiché per Mosca « problema sociale e problema politico sono così intimamente connessi da non formarne, in fondo, che uno solo » (17). Ecco perché lo studioso di diritto pubblico non può limitarsi a proporre dei riordinamenti meramente tecnico-formali delle istituzioni, ma deve invece indicare il modo con il quale nelle istituzioni medesime possano al meglio comporsi « le tre grandi forze della società moderna, il capitale, la cultura intellettuale, i sentimenti e le aspirazioni delle grandi masse » (18); egli non deve arrestarsi insomma allo studio del diritto positivo vigente, ma deve saper individuare le cause « che preparano e producono i cambiamenti graduali nella organizzazione politica delle società odierne » (19).

Solo un anno dopo, Mosca, tornando sul tema delle insufficienze del diritto costituzionale, e della conseguente necessità di collegare gli studi di diritto pubblico con quelli di varie scienze extragiuridiche — ci riferiamo al saggio del 1887 dedicato a *Le costituzioni moderne* — parla ormai esplicitamente di « scienza politica », proprio quale risultante di una considerazione complessa — e non puramente giuridica — delle strutture dello Stato nei loro nessi di colleganza con la società politica ed economica (20).

A differenza della *Teorica* del 1884, nella quale il discorso di Mosca sboccava complessivamente — al di là della prospettiva ideale, e di lungo periodo, della cosiddetta 'politica scientifica', fondata sull'esatta conoscenza delle 'leggi generali' della vita asso-

---

(16) G. Mosca, *Studi ausiliari del diritto costituzionale*, prolusione al corso di diritto costituzionale, pubblicata ne *Il Circolo giuridico*, anno XVII, vol. XVII, Palermo, 1886, pp. 101-110, ora in *Ciò che la storia*, cit., p. 594.

(17) G. Mosca, *Ciò che la storia*, cit., p. 601.

(18) G. Mosca, *Ciò che la storia*, cit., p. 604.

(19) G. Mosca, *Ciò che la storia*, cit., p. 602.

(20) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, Palermo, 1887, ora in *Ciò che la storia*, cit., p. 496.

ciata (21) — in proposte di riforma dell'amministrazione centrale e della pubblica Istruzione, soprattutto universitaria, e che comunque indicava in conclusione la necessità primaria e più immediata di una pura difesa delle istituzioni esistenti, in primo luogo attraverso il rafforzamento dell'elemento tecnico-amministrativo contro quello politico-elettorale (22), il saggio del 1887 pone effettivamente le istanze di riforma degli organi centrali dello Stato a livello di 'rimedi accessori' dei mali delle istituzioni italiane di fine secolo.

È invece « rimedio fondamentale » quello che mira alla « sollecita organizzazione delle nuove forze sociali » (23), e conseguentemente a riforme istituzionali che sappiano riflettere i nuovi andamenti della società italiana. Sotto questo profilo, il discorso di Mosca sulle tre forze sociali — capitale, cultura, e lavoro — troppo spesso ripetuto dallo studioso siciliano in modo generico ed acritico, si fa invece nel saggio del 1887 base e piattaforma per una proposta di riassetto delle istituzioni, che è per noi di grande interesse.

Secondo Mosca, sarebbe stato necessario ristrutturare completamente la composizione ed il sistema elettorale della camera alta — del Senato nel caso italiano — costituendo dei collegi su base provinciale, nei quali fossero ammessi soggetti provenienti da tre distinte categorie: in primo luogo « tutti i laureati nelle Università » (24) — l'elemento della 'cultura' —, secondariamente la « piccola borghesia dotata d'istruzione secondaria inferiore » — l'elemento del 'capitale' ma nel senso di un ceto medio agiato, soprattutto commerciale ed impiegatizio, cui Mosca sempre at-

---

(21) Per una lucida e puntuale analisi del concetto di 'politica scientifica', cfr. N. Bobbio, *Mosca e la scienza politica*, in *Accademia Nazionale dei Lincei. Problemi attuali di scienza e di cultura*, « Quaderno », n. 46, 1960, ora in *Saggi sulla scienza politica in Italia*, cit., pp. 177-198; e dello stesso autore, in forma sintetica, *Scienza politica*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Scienze Politiche I (Stato e politica)*, a cura di A. Negri, Milano, 1970, pp. 432-441.

(22) G. Mosca, *Sulla teorica*, cit. in *Ciò che la storia*, cit., pp. 181 e seg. per la riforma degli organi centrali dello Stato; pp. 228 e seg. sulla riforma della pubblica istruzione; pp. 244 e seg. sulla riforma dell'ordinarnento giudiziario; pp. 254 e seg. sulla riforma dell'esercito; e tutto il capitolo sesto sugli organi elettivi (pp. 274 e seg.), e sulle proposte complessive di Mosca, globalmente orientate verso il recupero della componente tecnico-amministrativa, e verso la parallela compressione di quella elettiva.

(23) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, cit., p. 548.

(24) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, cit., p. 539.

tribuì le sue preferenze rispetto al grande capitale industriale e finanziario —, ed infine gli operai, purché provenienti da « quei sodalizi i cui Statuti si conformassero a certe norme stabilite, i cui socii sapessero tutti leggere e scrivere, che soprattutto possedessero un fondo sociale che fosse serio indizio di una certa agiatezza economica e di un potente risparmio » — l'elemento del 'lavoro', ma, come vediamo, con molte cautele.

Questa la conclusione di Mosca, che merita riportare per esteso: « Come si vede, i laureati, i rappresentanti della cultura media della piccola borghesia e quelli della parte migliore degli operai verrebbero a formare in ogni provincia un corpo speciale, al quale vorremmo affidata fin d'ora l'elezione dei membri della Camera Alta, e poi a poco a poco, man mano che si andasse organizzando il Governo locale, gran parte delle presenti attribuzioni dei Consigli comunali e provinciali, l'amministrazione delle opere pie, dell'istruzione elementare, della pubblica igiene, l'ufficio della giuria, quello dei giudici conciliatori ed alcune funzioni di Polizia preventiva. Verrebbe così a formarsi una specie d'aristocrazia, ma sarebbe l'aristocrazia dell'avvenire, quella del lavoro e della cultura » (25).

Non vogliamo qui neppure tentare una valutazione del contenuto di questa proposta di Mosca, e del suo significato politico nel contesto della situazione italiana di quel periodo (26).

Ci interessa piuttosto riflettere sul 'metodo' da Mosca adoperato per pervenire alla formulazione della proposta stessa. Nel medesimo saggio del 1887, e poche pagine più avanti, lo studioso siciliano tornava ad insistere sulle insufficienze del diritto costituzionale, e principalmente su quella che a lui pareva la più grave. Si trattava, a suo giudizio, della impossibilità, con i soli strumenti offerti da questa disciplina, di affrontare il fondamentale problema del presente: organizzare una nuova classe politica — una « nuova aristocrazia », come risulta anche dal brano sopra riportato —, « in maniera da affidarle parte grandissima del governo locale, da sostituirla alla burocrazia centralizzante, assorbente e protocollante, che rende possibile il dispotismo di pochi che la comandano e dirigono, e da

(25) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, cit., pp. 540-541.

(26) Sul saggio moschiano del 1887, cfr. E.A. Albertoni, *Gaetano Mosca*, cit., pp. 337-342; e pp. 323-346, più in generale sui saggi degli anni Ottanta.

sostituirla altresì al funzionario elettivo, quasi sempre organo di un gruppo o di una cricca locale » (27).

È insomma il problema della formazione — o della sostituzione — della 'classe politica' a non potere essere trattato al semplice livello del diritto costituzionale: andare al di là dei confini di questa disciplina significa per Mosca acquisire la possibilità, sul piano della formulazione di concrete proposte operative, di superare la dimensione del mero riordinamento formale delle istituzioni, per tentare una rifondazione complessiva, impossibile senza una chiara percezione, complessa ed articolata, dei nessi tra Stato e società, del modo con il quale quest'ultima cercava di condizionare le logiche dello Stato medesimo. Ancora una volta: dalla scienza del diritto pubblico alla 'scienza politica'; dal 'formalismo' della prima al 'realismo' della seconda.

2. Se torniamo ora all'analisi più ravvicinata del nostro oggetto d'indagine, al rapporto tra Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando, e vi torniamo arricchiti da questa sommaria esposizione della critica moschiana all'autosufficienza del diritto costituzionale come disciplina scientifica, potremmo facilmente concludere spiegando in questa direzione il distacco di Mosca da Orlando: mentre il secondo si racchiudeva sempre più nello studio delle scienze giuridiche, il primo ne usciva, per proporre una diversa metodologia d'indagine dei fenomeni istituzionali. Ma, come spesso accade, l'approfondimento della ricerca è destinato a complicare non poco le cose. Infatti, se ci volgiamo per un attimo verso il complesso dei saggi pubblicati da Orlando in questi medesimi anni, ci accorgiamo subito che essi sono destinati a riservarci non poche sorprese, proprio in ordine alla nota questione del 'formalismo' giuridico.

Fin dal primo saggio del 1881 — significativamente intitolato *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer* —, Orlando mette in rilievo la necessità di non bloccare l'analisi a livello di 'forme' di esercizio della sovranità statuale, ed indica nelle « condizioni storiche, sociali, etnologiche, economiche » di un certo

(27) G. Mosca, *Le costituzioni moderne*, cit., pp. 536-537.

popolo in una fase storica il necessario punto di riferimento per la comprensione scientifica delle stesse istituzioni (28).

Negli scritti che si susseguono ad intenso ritmo negli anni successivi, Orlando, pur occupandosi di diversi e molteplici problemi — dalla genesi delle istituzioni politiche alla riforma elettorale del 1882, dalla storia delle corporazioni in età medievale e moderna al diritto di resistenza politica individuale e collettiva —, in realtà persegue un unico scopo, che è quello di fondare nel 'corpo sociale' — o forse più esattamente nel popolo — l'analisi scientifica — per lui giuridica — delle istituzioni (29).

Come vediamo, l'indagine costituzionalistica orlandiana di questi anni è tutt'altro che di stampo 'formalistico': in essa si mantiene invece ben viva la prospettiva di studio delle 'leggi generali' che regolano la vita della collettività; e lo stesso diritto non viene fatto coincidere con la norma emanata dallo Stato, ma acquisisce invece una dimensione più ampia, proprio in quanto è considerato nella sua veste di fenomeno 'sociale', radicato nella storia di una certa comunità.

Certo, sarebbe ben possibile sostenere che questo 'realismo' orlandiano è solo apparente, che non è mai esistita in Orlando alcuna seria intenzione di studiare le istituzioni in rapporto alla realtà sociale, e che invece lo scopo del giurista siciliano è fin

---

(28) V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, 1881, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema*, Milano, 1940, pp. 569-570.

(29) Questi i principali saggi di Orlando in questi anni: *La riforma elettorale*, Milano, 1883; *La genesi delle istituzioni politiche*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, I (1883), pp. 573-579; *La legislazione statutaria e i giureconsulti italiani del secolo XIV*, Palermo, 1884; *La decadenza del sistema parlamentare, in Rassegna di scienze sociali e politiche*, II, (1884), pp. 589 e seg.; *Delle fratellanze artigiane in Italia. Contributo alla storia giuridica ed economica d'Italia*, Firenze, 1884; *Questione sociale e questione politica*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, III (1885), pp. 413-420; *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Torino, 1885; *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, XXXVI (1886), ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345-415. A questi scritti devono essere aggiunte le prolusioni *Ordine giuridico e ordine politico* (pronunziata il 4 dicembre 1885 inaugurando il corso di diritto costituzionale nell'Università di Modena); e *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale* (pronunziata il 12 dicembre 1886 inaugurando il corso di diritto costituzionale nell'Università di Messina).

dall'inizio solo quello di individuare un solido punto di riferimento a livello extrastatuale — il 'popolo' —, sul quale fondare, in prospettiva, la considerazione 'formale' e 'giuridica' delle strutture dello Stato: e sicuramente si tratterebbe di osservazioni da condividere (30).

Ma rimarrebbe egualmente incontestabile il fatto che Orlando, a questo livello del suo itinerario teorico — nel corso degli anni Ottanta —, non 'rappresentava' alcun indirizzo metodologico 'formalista', per lo meno non nel senso indicato da Mosca: egli non proponeva cioè ai giuristi di limitarsi a quel commento delle Carte costituzionali, che Mosca medesimo — come abbiamo visto — riteneva per parte sua insufficiente per la comprensione delle dinamiche istituzionali (31).

Del resto, anche le posizioni che Orlando assunse nel dibattito sul governo parlamentare non erano poi così dissimili da quelle di Gaetano Mosca. In due articoli dedicati, l'uno al tema della decadenza del governo parlamentare, e l'altro ai nessi da stabilire tra questione politica e questione sociale, il nostro giurista diffida apertamente delle riforme puramente istituzionali, ed indica con chiarezza nei mali del 'corpo sociale' la causa fondamentale della debolezza delle istituzioni medesime (32).

Certo, i giudizi critici di Orlando sul governo parlamentare come 'formula politica' sono assai più moderati di quelli di Mosca, specialmente del Mosca della *Teorica*, ma del tutto affine nei due intellettuali è la consapevolezza degli stretti nessi esistenti tra 'questione politica' e 'questione sociale', della sostanziale inefficacia di un mero riordinamento delle strutture centrali dello Stato; come pure identica è la prospettiva immediata: se, da una parte, Mosca, nella *Teorica*, parlava della necessità di « guadagnar tempo », difendendo le pur deprecate istituzioni esistenti, al fine di « evitare la

---

(30) Abbiamo sostenuto l'esistenza di un preciso nesso tra 'realismo' e 'formalismo' nell'opera giovanile di Orlando, nel nostro saggio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando*, Firenze, 1979, *passim*, (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 14).

(31) La distinzione tra 'legge' e 'diritto' è infatti una costante dell'opera giuridica orlandiana di questi anni.

(32) V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, cit.; e *Questione sociale e questione politica*, cit.

catastrofe prima che questa ci caschi addosso » (33), dall'altra, Orlando, nella stessa direzione, concludeva il suo intervento affermando che « è preferibile stringersi tutti intorno alle istituzioni presenti, e se la rovina è inevitabile, ritardarne i tristi effetti e temperarli » (34).

Ma allora, sul piano del rapporto tra Mosca ed Orlando, è forse più esatto concludere che entrambi gli studiosi avvertirono la necessità, in una situazione come quella italiana di reale instabilità delle istituzioni politiche e di contrastato sviluppo sociale, di non limitare il loro raggio d'indagine al 'commento' dello Statuto, all'analisi formale delle norme dello Stato.

Questo non significa affatto che le differenze tra Mosca e Orlando si appiattiscano totalmente, ma solo che esse si pongono all'interno di una medesima prospettiva di fondo. A nostro avviso, infatti, entrambi gli studiosi sono mossi dalle stesse motivazioni sostanziali: in primo luogo dall'esigenza, da soddisfare nei tempi più brevi, di 'rafforzare' e 'stabilizzare' — al di là delle polemiche sulle 'formule politiche' — la componente 'istituzionale' della società italiana del tempo, le istituzioni medesime in quanto portatrici di una logica 'razionale' ed 'obiettiva' di sviluppo, necessario antidoto contro la 'parzialità' dei conflitti sociali; e, conseguentemente, ma nei tempi più lunghi, dall'intento di preparare l'avvento della cosiddetta 'politica scientifica', intesa come necessaria 'razionalità' delle decisioni politiche, loro necessaria conformità a quelle obiettive 'leggi generali' di evoluzione della collettività, che Mosca ed Orlando, seppur per vie diverse, affannosamente ricercavano. Che poi queste vie fossero appunto diverse è distinzione che si pone solamente a livello di strumentazione culturale di una proposta politica sostanzialmente comune.

La diversità sta più precisamentc nel modo con il quale dai due studiosi era concepita quella 'realtà strutturale', tendenzialmente orientata da 'principii certi' e da 'leggi generali', cui entrambi si rifacevano, proprio al fine di dominare la temuta 'irrazionalità' del potere politico. Mentre Mosca perseguiva una prospettiva di analisi

---

(33) G. Mosca, *Sulla teorica*, cit., p. 325: è, significativamente, la conclusione stessa del saggio del 1884.

(34) V.E. Orlando, *La decadenza*, cit., p. 600: è la conclusione del saggio.

fondata sull'individuazione delle 'forze sociali' — la 'cultura', il 'capitale', il 'lavoro', come egli diceva —, e sulla scoperta delle 'leggi' di sviluppo e di composizione organica di tali forze, Orlando fondò tutta la sua ricerca su un'originale fusione dei contributi di un certo positivismo — quello del tutto immune dalla tentazione di un integrale trasferimento delle metodologie delle scienze naturali nel campo delle scienze sociali — con la cultura giuridica tedesca dell'Ottocento, e ricercò così nella 'realtà sociale' un « sistema di principii giuridici » (35), che nient'altro rappresentava per il giurista siciliano se non la dimensione obbiettiva, strutturale, istituzionale, del diritto, soggetta di per sé a 'leggi naturali' di sviluppo, e capace in quanto tale, alla lunga, di dominare lo stesso diritto positivo statuale.

Il rapporto tra Mosca ed Orlando non è dunque riconducibile alla riduttiva formula generale più volte enunciata: il 'realismo' della 'scienza politica' contro il 'formalismo' della scienza di diritto pubblico; se, nel loro caso, si può parlare di 'realismo' e di 'formalismo', lo si può fare per entrambi solo ad un diverso livello, cercando cioè di capire se gli strumenti d'indagine dei due studiosi — le 'forze sociali' ed i 'principii giuridici', rispettivamente — siano stati effettivamente tali, da loro concretamente utilizzati per l'analisi della dinamica istituzioni-realtà sociale, o se invece non sia piuttosto vero che Orlando e Mosca, in egual misura, abbiano gradualmente trasformato tali strumenti in 'modelli' di ordinato e 'naturale' sviluppo della collettività, come tali sempre più distanti dal concreto evolversi dell'esperienza politica sociale italiana, ed anzi ad essa sempre più polemicamente contrapposti.

Il banco di prova del 'realismo' — di Mosca come di Orlando — sta insomma, sul piano della storia delle idee politiche e giuridiche, nello sbocco che i due studiosi danno alla loro riflessione scientifica di fronte alla nota crisi istituzionale di fine secolo, agli acuti momenti di tensione prodottisi in seno alla società italiana di quegli anni.

È infatti noto che proprio in questo contesto storico Mosca e Orlando pervengono a formulazioni di grande rilevanza, e forse

---

(35) Auspicava nel 1889 che il diritto pubblico potesse essere considerato, « nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principii giuridici sistematicamente coordinati ».

definitive, nell'àmbito del loro itinerario teorico. Alludiamo — è evidente —, da una parte, alla proposta orlandiana di una completa ricostruzione del sistema di diritto amministrativo, varata dal giurista siciliano nel 1897, e destinata a grande successo negli anni seguenti, dall'altra, alla pubblicazione del primo volume degli *Elementi di scienza politica* di Mosca nel 1896 (36).

È a questo punto che entrambi gli studiosi abbandonano il terreno del diritto costituzionale (37).

Già avevamo visto come Mosca avesse denunziato negli anni precedenti le insufficienze di quella disciplina giuridica, e come già nel 1887 egli avesse indicato la possibile prospettiva della 'scienza politica'.

Ma anche Orlando, misurandosi nello stesso anno con il problema del crescente intervento dello Stato in materia sociale ed economica, lascia capire che il suo interesse per l'azione amministrativa è destinato a crescere, ed a soffocare sempre più la preminenza fino a quel momento accordata agli studi costituzionali (38).

Non è possibile qui descrivere analiticamente i contenuti specifici di tale rilevante mutamento di rotta nelle linee di ricerca dei due studiosi siciliani. Per quanto riguarda Orlando, sarà qui sufficiente osservare come il suo 'sistema di principii giuridici' vada sempre più perdendo il carattere di riferimento sostanziale ad una dimensione obbiettiva dell'esperienza giuridica, sovraordinata rispetto alle stesse norme formalmente emanate dallo Stato; come appaia sempre più evidente che, per questa via, non si perveniva ad alcun effettivo confronto dialettico tra le 'forme' della normazione ed i 'principi' realmente accolti da una data collettività nelle sue complesse articolazioni.

Di quegli stessi principi giuridici si impadronisce ora la scienza

---

(36) Nel 1897, a Milano, si pubblica il primo volume del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando; nel 1896, a Torino, si pubblica il primo volume degli *Elementi di scienza politica* di G. Mosca.

(37) Ci riferiamo ovviamente in modo esclusivo alle fondamentali scelte di Mosca e di Orlando nel contesto, del tutto particolare, della realtà politico-sociale di questi anni, anche se si tratta di scelte profonde, che lasceranno il segno e che condizioneranno tutta la futura attività scientifica dei due pensatori siciliani.

(38) V.E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in *Archivio giuridico*, XXXVIII (1887), ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 127-166.

giuridica al fine di sistemare il diritto positivo vigente secondo criteri puramente tecnici, e con esclusivo riferimento a determinate categorie giuridiche. Nasce con Orlando la prospettiva di un sistema di diritto amministrativo quale sistema delle attività e dei fini dello Stato-persona: quest'ultimo diviene il solo oggetto della riflessione del nostro giurista, il quale mira ora unicamente ad enucleare lo specifico 'giuridico' nell'àmbito dell'azione statuale accantonando completamente le 'motivazioni' di quella medesima azione, e dunque proprio le scelte in senso sostanziale del potere politico nei confronti della società civile (39).

Ha il suo avvio così con Orlando il 'formalismo' dei giuristi di diritto pubblico. Quanto nelle intime caratteristiche del precedente 'realismo' orlandiano vi sia di preparatorio a tale approdo formalistico, è questione che qui non può essere discussa. Ci premeva però sottolineare che la nascita del 'formalismo' nella scienza di diritto pubblico deve essere collocata con Orlando già alla fine del secolo scorso, in una particolare situazione politica e sociale, tutt'altro che pacificata e stabilizzata.

Tale logica formalistica si afferma nel momento in cui lo Stato liberale appare ad Orlando in pericolo di fronte ai crescenti conflitti sociali, assediato da più lati. Cercando di ricostruire tutta l'attività dello Stato come 'sistema di principii giuridici', il nostro giurista tentava in realtà di fondare un''autonoma razionalità' della normativa statuale, del tutto svincolata dalla pressione delle dinamiche sociali. Egli cercava cioè di 'salvare' un fondamentale nucleo istituzionale, ponendolo al di sopra dei conflitti sociali e politici.

È una soluzione di tipo puramente difensivo, nella quale ritorna l'appello del giovane Orlando alla necessità di 'stringere' tutti attorno alle istituzioni; ma è soprattutto una soluzione la quale presuppone necessariamente un atteggiamento del tutto critico e negativo di fronte ai nuovi sviluppi della società italiana, nella quale cominciavano ad emergere, proprio alla fine del secolo, alcune realtà che saranno poi al centro dell'esperienza novecentesca. Ci riferiamo — è evidente — al decisivo balzo in avanti del processo d'industria-

---

(39) Abbiamo descritto questo passaggio teorico nel saggio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando*, cit. pp. 73 e seg. (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 14).

lizzazione, alla prima comparsa dei partiti politici e delle organizzazioni di massa.

Ma se Orlando, posto di fronte a queste nuove realtà, arretra e riduce l'ampiezza dei suoi orizzonti scientifici, proponendo ai giuristi un lavoro puramente tecnico di sistemazione delle norme dello Stato, quale può dirsi, sotto il medesimo profilo e nel medesimo contesto, l'atteggiamento di Mosca? A quale sorte vanno incontro le precedenti critiche dello studioso sicilano all'autosufficienza del diritto costituzionale come disciplina scientifica, ed in particolare a cosa conduce la nota insoddisfazione, più volte manifestata da Mosca, per soluzioni puramente 'formali', di semplice riordinamento delle istituzioni esistenti?

È proprio a questo livello che il parallelismo tra le vicende culturali di Gaetano Mosca e di Vittorio Emanuele Orlando torna in primo piano. Se i punti di partenza non erano poi così distanti — per entrambi il diritto costituzionale come scienza che studia l'ordinamento 'profondo' della collettività —, neppure molto diversi furono i punti di arrivo, gli approdi definitivi.

Proprio negli *Elementi di scienza politica* del 1896, assistiamo ad una sorta di ripiegamento di Mosca rispetto alle posizioni assunte alla fine degli anni Ottanta. Cade soprattutto, ben al di là di certi tentativi di definire i principii basilari della scienza politica, la fondamentale disponibilità dello studioso siciliano all'analisi dei complessi rapporti intercorrenti tra dinamiche sociali e realtà istituzionali; tende insomma a svanire quella tensione 'realistica' che stava alla base delle insoddisfazioni di Mosca per la pura riflessione giuridica.

Ora che le contraddizioni della società civile si sono fatte assai più visibili e concrete, torna ad allontanarsi l'ideale della 'politica scientifica', della 'riforma complessiva' fondata sulla scoperta delle leggi 'generali' di composizione delle 'forze sociali', ed intanto Mosca, nel suo concreto presente, difende strenuamente le istituzioni esistenti dagli attacchi della 'democrazia sociale', rifiuta in blocco ogni forma di legislazione sociale, attacca duramente la politica protezionistica, non già sul piano specifico delle scelte di politica economica, ma poiché vi scorge una grave minaccia alla

'libertà politica', l'estinguersi di ogni autonoma razionalità dello Stato medesimo (40).

Anche Mosca dunque, come Orlando, si ritrae impaurito di fronte al brusco acceleramento dei ritmi di sviluppo della società italiana. Egli avverte che la 'nuova aristocrazia', sulla quale tanto confidava, non può nell'immediato giocare un ruolo decisivo, che quella classe media, caratterizzata da elevata cultura e da agiatezza economica, cui egli affidava il ruolo di direzione politica, rischia di frantumarsi prima ancora di essere giunta a completa maturità, di perdere del tutto la propria individualità; intuisce la profondità dei mutamenti in atto, ma non li accetta: su ogni possibile istanza conoscitiva dei nuovi fenomeni prevale un ben radicato conservatorismo sociale, una generica ma determinante paura delle svolte 'radicali'.

Proprio questo atteggiamento di fronte alla società italiana di fine secolo accomuna nel profondo Mosca ed Orlando, al di là delle diverse soluzioni codificate, dei distinti campi di riflessione della 'scienza politica' e del 'diritto amministrativo'.

Le vicende intellettuali dei due studiosi siciliani si svilupparono dunque in parallelo. Si trattò certamente di due diverse linee di sviluppo, ma non di due ipotesi in confiitto.

Sia Mosca che Orlando ebbero, alla stessa altezza della loro riflessione, un approccio 'realistico' ai problemi delle istituzioni. Entrambi criticarono quei giuristi di diritto pubblico che esaurivano il loro lavoro nel commento delle Carte costituzionali; entrambi avvertirono l'esigenza, in una situazione di particolare instabilità politica, di legare la precaria e dibattuta vita delle istituzioni alla 'società', alle solide 'leggi generali' di sviluppo dell'assetto sociale.

In questa misura, Orlando e Mosca furono 'realisti'. Lo furono fin quando ritennero di poter scorgere nel complesso della società, da una parte, nel caso di Orlando, un diritto certo, radicato nella storia di un dato 'popolo', dall'altra, nel caso di Mosca, la prospettiva di un'organica composizione delle fondamentali 'forze sociali', secondo tendenze storiche esprimibili in forma di 'leggi'. Essi furono

(40) G. Mosca, *Elementi di scienza politica*, cit., pp. 289 e seg., per le posizioni assunte da Mosca sui problemi delle istituzioni e della società di fine secolo.

'realisti' fin quando il livello di sviluppo storico della società italiana consentì loro di esserlo.

Alla fine del secolo, l'entusiasmo positivistico per lo studio dei fatti sociali, delle 'forze' storiche poste al di là delle pure 'forme' di esercizio del potere, si era già spento di fronte all'urgenza dei bisogni del presente, alla immediata necessità di difendere quello Stato liberale in precedenza così duramente criticato, specialmente da Mosca, e che ora appariva come l'ultimo e più saldo baluardo, l'unico idoneo ad arginare la prorompente avanzata dei conflitti sociali.

Il 'realismo' di Mosca e di Orlando uscì assai ridimensionato dalla stretta politica e sociale di fine secolo. Esso fu precocemente messo alla prova, quando era trascorso appena un quindicennio dai primi interventi dei due studiosi siciliani, e mostrò per intero, non solo la sua estrema fragilità, ma anche la sua strutturale ambiguità. Se è vero, infatti, che la ricerca delle leggi di evoluzione delle forze sociali, o dell'ordine sistematico dei principii giuridici, spinse Mosca ed Orlando ad un tipo di studio che travalicava i confini del mero commento delle norme costituzionali, è altrettanto indubbia la tendenza dei due studiosi a voler individuare, proprio nella dimensione collocata al di là del mondo delle 'forme', una realtà necessariamente ordinata, per sua 'natura' rispondente a 'leggi generali' di sviluppo.

In definitiva, il 'realismo' di Mosca e di Orlando, pur contenendo un nucleo di autentica disponibilità alla comprensione delle effettive dinamiche istituzionali e sociali, in realtà costituiva poi anche un tramite ben preciso per la costruzione di modelli ideali, o 'naturali', di evoluzione della società, che continuamente venivano posti in alternativa polemica con il 'disordine' della produzione normativa dello Stato, o dei 'confusi' movimenti della stessa società. Ciò si verificò, nell'àmbito delle vicende intellettuali di Mosca e di Orlando, come già abbiamo visto, proprio alla fine del secolo scorso. Il parallelismo di tali vicende si interrompe a questo punto: mentre la scienza politica di Mosca rimane sospesa tra le difficoltà di comprensione dei nuovi fenomeni sociali e la mancanza di categorie proprie di analisi, la scienza giuridica di diritto pubblico può incamminarsi con Orlando sulla via del formalismo, attingendo a piene mani dal grande serbatoio della dogmatica privatistica.

Nel nuovo secolo ben poco del 'realismo' giovanile rimarrà nei

due studiosi siciliani. Essi erano destinati a sentirsi sempre più estranei agli sviluppi della società industriale italiana del Novecento, a pensare continuamente al proprio presente come ad una sorta di ultima spiaggia, collocata in una dimensione storica priva di futuro, nella quale era possibile solo guardare indietro, magari per sognare ancora una volta degli splendori del secolo decimonono, di quell'ordine istituzionale e sociale, che ormai non c'era più.

3.

VITTORIO EMANUELE ORLANDO E LE PRIME RIVISTE DELLA GIUSPUBBLICISTICA ITALIANA (1891-1903)

1. Premessa. — 2. L'Archivio di diritto pubblico ed il suo direttore. — 3. L'Archivio di diritto pubblico e la giuspubblicistica italiana. — 4. Vittorio Emanuele Orlando e Luigi Luzzatti: la fondazione di un nuovo Archivio del diritto pubblico. — 5. L'Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana.

1. Nelle pagine che nel 1951 introducevano il primo fascicolo della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Guido Zanobini non avvertì l'esigenza di far riferimento al contesto politico-istituzionale nel quale era chiamata a muoversi la nuova pubblicazione periodica, alla nuova Costituzione, ai problemi della sua interpretazione in rapporto ad una società che aveva vissuto eventi traumatici e si avviava a darsi una nuova identità. Non era evidentemente da questo punto di vista che si dovevano definire i compiti della rivista e dei giuristi che ad essa erano chiamati a collaborare. In altre parole, la rivista non nasceva direttamente dal bisogno di una discussione collettiva, tra i giuristi di diritto pubblico, sui caratteri della nuova fase di storia costituzionale che si era venuta a creare dopo il 1948. Tale discussione era naturalmente in buona misura inevitabile, ma non costituiva di per sé lo scopo ultimo della nuova pubblicazione periodica, il motivo di fondo della sua nascita. Questo deve essere ricercato altrove, secondo un'ottica più interna alla storia disciplinare, alla storia della giuspubblicistica italiana. Per dirla in una parola, la rivista non nasce in una prospettiva militante, per dibattere sui problemi della costituzione e dell'amministrazione dopo il 1948, nella delicata fase della ricostruzione dei caratteri essenziali della società italiana e della sua identità politico-costituzionale, ma soprattutto in una prospettiva disciplinare, per creare uno spazio nel quale

tutto il dibattito potesse dirsi con sicurezza *dibattito tra giuristi*. Il vero programma della rivista non si definisce allora in rapporto ai possibili oggetti della discussione — ad esempio, i principii della nuova costituzione —, ma piuttosto in rapporto ai soggetti, ai giuristi di diritto pubblico, alla disciplina e la sua tradizione. Ciò che importa non è propugnare questa o quella soluzione, e neppure sostenere la necessità di esaminare questo o quel problema, ma in primo luogo garantire l'autonomia e la specificità di uno spazio nel quale soluzioni e problemi vengono assunti secondo l'ottica specifica delle discipline giuspubblicistiche. In ultima analisi, si fonda una rivista perché una disciplina ha bisogno di essa, ha bisogno cioè di uno strumento che le consenta di ribadire la propria specificità-autonomia, sia in rapporto alla tradizione, sia in rapporto ai compiti del presente: così fu anche per la giuspubblicistica italiana nel 1951. Divengono allora più trasparenti, sotto questo profilo, le pagine di Zanobini sopra ricordate. Il richiamo esplicito al « metodo giuridico puro », ed alla « Scuola giuridica del diritto pubblico sorta in Italia sulla fine del secolo passato per merito di Vittorio Emanuele Orlando » (1), lungi dal costituire elemento meramente retorico-evocativo, fornisce il contenuto più intimo del programma della rivista, che si pone, attraverso il decisivo appello alla tradizione, come essenziale luogo organizzato d'identificazione disciplinare: chi scrive su quella rivista, e chi la legge correntemente, può legittimamente sentirsi parte di una coesa comunità di studio, in una parola giurista di diritto pubblico. Non che i giuristi — com'è ovvio — non possano scrivere altrove, o non debbano seguire dibattiti che si svolgono in altre sedi, ma i loro contributi assumono significato diverso quando sono diretti alla *loro* rivista, perché solo in quel caso sono contributi alla formazione di una *dottrina*, specifici atti di comunicazione interni alla disciplina. Non si è allora lontani dal vero nel concludere che la nostra rivista nasce nel 1951 soprattutto per ribadire la necessità di un approccio specificamente giuridico-pubblicistico alle nuove istituzioni politiche, non solo in direzione di altre possibili metodologie di stampo storico-politico e/o politologico, ma anche in

(1) G. Zanobini, *Premessa alla Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, I (1951), p. 1. Non è un caso che il primo fascicolo si apra con uno studio di V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, pp. 5-45.

rapporto alla stessa prassi, che deve essere accolta nella nuova rivista, ma non fino al punto di minacciare l'integrità e l'autonomia del ragionamento scientifico, dunque con la costante preoccupazione di « evitare il mero empirismo e tenere nel massimo conto i principii generali della materia e i criteri sistematici elaborati dalla dottrina » (2).

Sulla scorta di quanto abbiamo fino a questo punto osservato, è forse possibile formulare un'ipotesi di ricerca sufficientemente attendibile, riferita alla fase iniziale, costitutiva di quella vicenda che, in un certo senso, giunge a compimento nel 1951 (3). La vicenda in questione prende le mosse dal 1891, data di fondazione a Palermo, proprio per opera di Vittorio Emanuele Orlando, dell'*Archivio di diritto pubblico*, si snoda attraverso il 1902-3, quando ebbe vita a Roma, con la direzione ancora di Orlando, e di Luigi Luzzatti, l'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, poi proseguito a partire dal 1909, con una direzione allargata, con il titolo di *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* (4), per giungere appunto alle pagine di Zanobini del 1951 con il loro insistente richiamo alla tradizione disciplinare. La nostra ipotesi, da verificare qui per la prima fase, dal 1891 al 1903, è che la storia di queste riviste non sia tanto storia di 'tendenze', quanto soprattutto storia del faticoso assestarsi di specifici statuti disciplinari attraverso la comunicazione scientifica indotta dall'operare collettivo nell'àmbito di quelle medesime riviste. Da questo punto di vista, non interessa questa o quella proposta, che venga formulata dalle pagine dei periodici sopra nominati, del resto spesso riconducibile come tale alla logica

---

(2) G. Zanobini, *Premessa*, cit., p. 9. Avremo occasione di tornare più volte su questa problematica del rapporto teoria-prassi.

(3) Con ciò non vogliamo indurre il lettore a pensare ad una vicenda che si sviluppa in modo unilineare dalla fine del secolo scorso fino al 1951. Non mancheremo in proposito di sottolineare anche gli elementi di discontinuità. Si deve anzi preliminarmente tener presente la differenza che passa tra la tendenza di ogni disciplina a celebrare, e rafforzare, la sua identità tramite il richiamo alla tradizione, e l'effettivo svolgimento sul piano storico della tradizione medesima.

(4) Ad essa faremo riferimento nelle pagine conclusive. Per ora basta ricordare quanto insistente fosse il richiamo al 1891 ed al 1902 nella presentazione della *Rivista* del 1909.

puramente individuale del suo autore, quanto soprattutto il progressivo costituirsi, attraverso l'iterata interazione di diversi contributi, di un vero e proprio stile, di una vera e propria *figura media* del giurista di diritto pubblico. Proprio per questo risulta a nostro avviso importante risalire a quella che abbiamo connotato come fase iniziale-costitutiva della tradizione d'identità disciplinare alla quale si riferiva nel 1951 Zanobini. Infatti, prima dell'avvio di quella fase, che nel nostro caso — come abbiamo detto — è riconducibile alla data del 1891, l'incerto autodefinirsi della giuspubblicistica come complesso di discipline dotate di propri statuti è misurabile secondo una serie di circostanze, tra le quali, accanto ad uno scarso peso accademico in rapporto alla componente delle facoltà giuridiche legata al diritto privato-romano, spicca proprio, e soprattutto, la mancanza di strumenti organizzati di comunicazione scientifica specialistica, di manuali e di pubblicazioni periodiche (5). Certo, la semplice presenza di un periodico orientato in senso specialistico non produce di per sé identità disciplinare, che si costruisce anche per altre vie, e comunque nel concreto sviluppo della comunicazione scientifica che lo stesso periodico è in grado d'indurre; è vero però che raramente una disciplina fortemente interessata ad una più rigorosa definizione dei propri compiti e della propria specifica identità ha mancato di tentare la via della rivista, di ricercare in essa una risposta ai propri problemi di statuto. Così è stato anche per i giuristi di diritto pubblico, che delle loro riviste hanno fatto, a partire dal 1891, un luogo, ed uno strumento, di progressivo autoriconoscimento sul piano disciplinare. Certo, a questo fine non è sufficiente discutere *sulla* rivista, poiché possono esistere anche riviste-magazzino, puri contenitori di saggi ed interventi di vario genere (6), e si deve piuttosto

(5) Chi abbia un pò di dimestichezza con la cultura giuridica del secolo scorso sa come i saggi dei giuristi, anche di coloro che come Orlando in seguito saranno protagonisti di determinati mutamenti di rotta, siano ancora per tutti gli anni Ottanta, quanto meno per il settore del diritto pubblico, sparsi in una ampia molteplicità di riviste-contenitore, nelle quali l'approdo specialistico-disciplinare risulta inevitabilmente impossibile.

(6) È significativo il fatto che nella presentazione della *Rivista* del 1909 si avverta l'esigenza di dichiarare programmaticamente quanto il periodico voglia essere qualcosa di diverso da un semplice « magazzino di articoli scientifici »: *Il nostro compito*, in *Rivista*

discutere *nella* rivista e *con* la rivista, ovvero assumere il periodico come luogo di comunicazione scientifica e di produzione di una dottrina, della quale in certa misura sentirsi parte, necessari coautori; ma non v'è dubbio che proprio lo strumento periodico, per le sue intrinseche caratteristiche, costituisca di regola l'osservatorio ideale al fine di studiare come una certa disciplina sia venuta ordinando il suo campo teorico (7) ed i suoi oggetti d'indagine in relazione al problema-base della propria identità. In definitiva, ciò che qui interessa è il circùito disciplina-rivista-campo teorico, ovvero come una disciplina si sia costruita attraverso una rivista, come la rivista progressivamente abbia definito un campo teorico *in funzione* di una ricerca d'identità da parte della disciplina medesima. È da questo punto di vista che guarderemo ai periodici che abbiamo prescelto (8).

2. Raramente una rivista è stata legata ad un singolo personaggio con l'intensità che legò il nostro *Archivio* (9) a Vittorio Emanuele

---

di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, I (1909), p. 2. Secondo S. CASSESE, in *La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane. Atti del Primo Incontro di studio*, a cura di P. Grossi, Milano, 1984, p. 45, proprio la *Rivista* del 1909 non riuscì in questo intento, e finì appunto per essere tipicamente rivista-magazzino.

(7) Di 'campo teorico' discutiamo, e discuteremo, nel senso indicato da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, spec. pp. 65 e ss. A Pietro Costa dobbiamo anche una lettura attenta e paziente del manoscritto di questo lavoro.

(8) Nel considerare il nostro oggetto d'indagine, abbiarno tenuto conto anche di quanto si va facendo in Germania su analoghi temi di ricerca: vedi M. STOLLEIS-I. SCHMITT, *Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 747-761; E.V. HEYEN, *Die Anfangsjahre des 'Archiv für öffentliches Recht'. Programmatischer Anspruch und redaktioneller Alltag im Wettbewerb*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Règime. Europäische Ansichten*, hrsg. von E.V. Heyen, Frankfurt am Main, 1984, pp. 347-373; ID., *Herkunftsprofile des 'Archiv für öffentliches Recht' im kaiserlichen Deutschland*, in *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, hrsg. von E.V. Heyen, Frankfurt am Main, 1986, pp. 173-197; ID., *Zur Analyse rechtswissenschaftlicher Kommunikation*, in *Conditions of validity and cognition in modern legal thought*, ed. by N. Maccormick e altri, Stuttgart, 1985, pp. 92-97.

(9) L'unico saggio esplicitamente dedicato all'*Archivio* orlandiano è quello di O. ZIINO, *Importanza e funzione di una rivista fondata a Palermo da Vittorio Emanuele Orlando alla fine dell'Ottocento: l'Archivio di diritto pubblico*, in *La presenza della Sicilia*

Orlando. Intere rubriche della rivista, a testimonianza di una direzione tutt'altro che formale, sono ordinate secondo criteri già adottati da Orlando in sue opere (10); per parecchi dei collaboratori non è difficile individuare legami più o meno profondi di amicizia, o di colleganza accademica, con il direttore (11); ed in fondo si può anche affermare che la rivista vive fin quando Orlando cura quasi quotidianamente la sua redazione, e si estingue quando lo stesso Orlando esce dall'àmbito palermitano con la sua elezione a deputato, che lo attrarrà in modo sempre più marcato verso Roma (12). Ad una direzione fortemente personalizzata corrispondevano anche, come spesso accade, metodi di lavoro tutto sommato artigianali, propri di un'impresa culturale ambiziosa nei programmi ma povera di mezzi, che si svolgeva tutta attorno all'Università di Palermo ed allo studio professionale di Orlando, con l'aiuto materiale degli allievi — tra i quali il giovanissimo Santi Romano — ma senza un formale consiglio direttivo e senza un

---

nella cultura degli ultimi cento anni. Atti del Congresso storico internazionale tenuto a Palermo dalla Società siciliana per la storia patria nel centenario della fondazione, Palermo, 1977, volume secondo, pp. 1067-1076.

(10) È il caso della *Rivista della legislazione italiana*, che all'inizio assume una partizione interna che riflette quella adottata da Orlando nei suoi 'Principii di diritto amministrativo': vedi *Archivio di diritto pubblico*, I (1891), pp. 68-73 (per comodità di esposizione citeremo l'*Archivio* con la sigla ADP, seguita dal numero progressivo dell'annata e dal numero della pagina iniziale di ciascun contributo di volta in volta preso in esame). Da ricordare, ad ulteriore testimonianza dell'assiduo impegno del direttore, le numerosissime recensioni, che non possono essere qui ricordate analiticamente. L'*Archivio* è comunque corredato di indici ben compilati e sufficientemente attendibili.

(11) È il caso di Gaetano Mosca e Francesco Scaduto, che di Orlando erano stati compagni di studio all'Università, di allievi come Santi Romano, di colleghi dell'Ateneo palermitano o di altri Atenei siciliani come Angelo Majorana, Francesco Maggiore Perni, Giuseppe Salvioli.

(12) L'ultimo fascicolo del 1896, ultima annata della rivista, esce nei primi mesi del 1897. L'elezione a deputato di Orlando è del 21 marzo 1897. Come vedremo più avanti, la chiamata alla Facoltà giuridica di Roma, del 1903, contribuirà in modo decisivo allo spostamento verso Roma del centro d'interessi di Orlando. Contemporanea alla chiamata ufficiale a Roma per il 'Diritto pubblico interno' è l'assunzione di Orlando ad alte responsabilità di governo, come Ministro della Pubblica Istruzione nel secondo Gabinetto Giolitti. L'avvicinamento alla Facoltà romana fu comunque graduale, come dimostra la prolusione del 1901: V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, pp. 101-120.

vero e proprio editore, in circostanze che lo stesso Orlando in vecchiaia ricordò con evidenti accenti di nostalgia, e non senza quella particolare enfasi che caratterizza i racconti di ogni 'pioniere' che ricordi le proprie imprese giovanili (13).

Ma l'*Archivio* è opera orlandiana anche sotto un altro profilo che a noi più interessa, quello del programma. Niente delle nove pagine, datate gennaio 1891, che Orlando pose in testa al primo fascicolo dell'*Archivio*, è comprensibile senza far ricorso alla produzione scientifica del giurista siciliano di quegli anni o degli anni immediatamente precedenti. Mi riferisco qui ai due volumi di *Principii*, di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, pubblicati nella serie dei manuali Barbèra rispettivamente nel 1889 e nel 1891, a loro volta largamente debitori nei confronti di formulazioni teoriche già acquisite in fondamentali saggi come gli *Studi giuridici sul governo parlamentare* del 1886, o *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* del 1887, oltre naturalmente alla celebre prolusione palermitana dedicata a *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, del 1889 (14). Di tutta questa fase dell'opera orlandiana si è occupata una recente storiografia, specialmente nella prospettiva del rapporto da stabilire tra il tipo di diritto pubblico che Orlando disegna e le trasformazioni, o la 'crisi', dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento (15). Qui, il nostro particolare oggetto d'indagine, che non è direttamente l'opera orlandiana, ma l'*Archivio* in quanto rivista fortemente orientata nel suo programma da presupposti di carattere orlandiano, impone un'altra chiave di lettura, che nasce proprio dal confronto tra i saggi di Orlando del periodo 1886-1891 ed il programma della rivista medesima. Come vedremo più avanti, l'*Archivio* non mancherà di far sentire la sua voce su eventi concreti di diretta rilevanza costituzionale, ciò che era del resto in certa misura inevitabile

---

(13) V.E. Orlando, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, letto come commemorazione di Santi Romano il 7 giugno 1948 nella Università di Roma, ora in Id., *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano, 1952, pp. 479-504, pp. 483-484 per i passi che ci interessano.

(14) Tutti i saggi da ultimo nominati si trovano in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954.

(15) Gli ultimi prodotti di questa linea di ricerca, che ovviamente non si riferisce solo ad Orlando, sono contenuti in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1987.

in anni così agitati per le nostre vicende politico-istituzionali come quelli di fine secolo, ed a partire — non lo si dimentichi — da una regione come la Sicilia che in quel contesto era portatrice di problemi e tensioni ancora più marcate delle quali non poteva non farsi interprete anche un direttore come Orlando, fortemente interessato alla vita politica locale e nazionale; e tuttavia la caratterizzazione principale e programmatica della rivista non è certo in questa direzione. Se leggiamo l'*Archivio* nel suo complesso, e poi tentiamo di collocarlo in uno scenario generale, ci accorgiamo che questo scenario non è quello della 'crisi' dello Stato liberale, ma piuttosto quello, in apparenza più modesto, della storia e delle sorti future delle discipline di diritto pubblico. La chiamata a raccolta dei giuristi, del tutto evidente nelle pagine del programma, non fa leva sullo stato delle istituzioni, sui mali e sui problemi del presente politico-costituzionale, ma su un altro punto critico: come pensare ad una *scienza* del diritto pubblico in una situazione nella quale la dottrina manca di ogni « conformità d'indirizzo », di ogni « concentrazione di lavoro scientifico », di ogni « cooperazione » (16)? Certo, può anche darsi che per Orlando il secondo aspetto sia funzionale al primo, nel senso che la creazione di una vera e propria scuola di diritto pubblico, con conseguente omogeneità di linguaggio e di campo d'indagine, può essere considerata preliminare ad una più ampia definizione del ruolo dei giuristi di diritto pubblico nel contesto delle trasformazioni politico-istituzionali della fine del secolo scorso, ma in fondo ciò di cui stiamo discutendo è proprio questa condizione di priorità, della riconosciuta impossibilità, implicita nel programma della nostra rivista, di attribuire un qualche rilievo ad un impegno di quei giuristi verso i problemi costituzionali del proprio presente senza passare attraverso la questione della scienza, ovvero senza costruire strumenti, come la rivista medesima, che consentano loro di riconoscersi reciprocamente in primo luogo come giuristi, come comunità di studio dotata di una propria specifica identità. Questa identità si consegue prima di tutto delimitando il campo, capendo con la maggiore chiarezza possibile di che cosa deve necessariamente occuparsi la giuspubblicistica, e che cosa essa deve altrettanto necessariamente escludere dai propri orizzonti, dunque de-

(16) V.E. Orlando, *Programma*, in *ADP*, I, 1.

finendo con rigore in cosa consista lo specifico giuridico nello studio delle istituzioni politiche. Se questo è vero, e se tutto ciò costituisce — come crediamo — il nucleo fondamentale del programma dell'*Archivio*, non sarà allora inutile, e comunque del tutto legittima, non solo una lettura della nostra rivista in questa direzione, ma anche una riproposizione dei testi orlandiani cui sopra abbiamo fatto riferimento nella medesima ottica, presupponendo cioè che anche in essi, e già in essi, sia centrale quel tema della scienza e della scuola, della definizione del campo teorico della giuspubblicistica, che balza poi decisamente in primo piano nelle pagine del programma, quando il punto di approdo disciplinare appare più vicino proprio attraverso la nascente realtà di una rivista orientata in quella prospettiva.

Credo che i saggi di Orlando del periodo 1886-1891, con particolare attenzione ai due fondamentali volumi di *Principii*, di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, si traducano in effetti in una serie di proposizioni, tutte dotate di particolare significato proprio in relazione al nostro problema della scienza. Proverò qui ad enunciarle, secondo un ordine che è suggerito dalle connessioni interne agli stessi testi orlandiani.

a) Lo Stato è 'persona giuridica', ed insieme 'organismo'. È subito da notare come nel programma dell'*Archivio* sia contenuta la necessità di giungere ad una più precisa determinazione giuridica del concetto di personalità dello Stato, anche in rapporto alle dottrine organicistiche. Nella concettualizzazione dello Stato come 'persona', e come 'organismo', si esprime soprattutto un'esigenza: quella di spazzare via dall'orizzonte della giuspubblicistica la concezione dello Stato come 'governo', ovvero dello Stato come organo della società, che trova nella risposta politica ai bisogni della società la ragione stessa della sua esistenza. Per Orlando i giuristi debbono diffidare di quelle teorie sociologiche, spesso a base individualistica e contrattualistica, che lasciano intuire la presenza di un'unica logica, latamente sociale, capace di spiegare tutte le forme di associazione umana, ivi compreso lo Stato.

Quest'ultimo è invece determinato e regolato da proprie autonome leggi, sia nella sua strutturazione interna, sia nei suoi rapporti con l'esterno, principalmente con gli individui-cittadini: dire che lo

Stato è 'persona', dotata di propria capacità e volontà, o 'organismo', dotato di una propria autonoma vita, ha appunto questo significato profondo, di respingere ogni visione dello Stato di carattere funzionalistico, secondo la quale la stessa normazione di stampo statuale si comprende solo muovendo dal bisogno sociale che l'ha mossa. La prima proposizione che abbiamo individuato si risolve quindi in una corrispondente delimitazione di campo per il giurista di diritto pubblico. Questi pone ad oggetto dei suoi studi lo Stato come 'persona', e come 'organismo', e con ciò può procedere a studiare i meccanismi di formazione, e di espressione, della volontà statuale in piena autonomia, senza dover pensare in chiave di sociologia della decisione politica come concreta risposta a determinati bisogni. La proposizione in esame è anche la più generale tra quelle che abbiamo individuato, perché più facilmente e direttamente si riconnette alle problematiche comunemente definite di 'metodo' — rapporto diritto-politica, rapporto tra scienze giuridiche e scienze sociali —, alle quali, come vedremo nel successivo paragrafo, l'*Archivio* dedicherà un certo spazio. Intanto, era importante rilevare come le note concezioni dello Stato come 'persona', e come 'organismo', si traducano in una delimitazione del campo teorico della giuspubblicistica, offrano cioè al giurista il suo specifico oggetto-Stato.

b) Lo Stato così inteso non è mero concetto opposto alla realtà dei bisogni sociali, ma è frutto di rapporti effettivi determinati dalla evoluzione storica, che Orlando chiama 'naturali' e 'necessari'. Questa proposizione si collega strettamente con la precedente, ma dal punto di vista della determinazione del campo teorico della giuspubblicistica svolge una diversa funzione, non tanto di esclusione — il giurista può non occuparsi dello Stato come 'governo' di una società —, quanto soprattutto d'inclusione: anche il giurista ha una 'realtà' da indagare, che è quella delle leggi 'naturali' e 'necessarie' che conducono una certa collettività a darsi una strutturazione politica denominata Stato. È da notare che nel programma dell'*Archivio* l'affermazione di autonomia nei confronti della sociologia vale soprattutto come richiamo ad una 'realtà' che il giurista deve indagare con spirito positivo e con metodi propri, ripudiando ogni punto di vista metafisico, e traendo insegnamenti dalla propria tradizione fino a risalire alla Scuola Storica di Savigny, della quale

per altro Orlando si dichiara appartenente in modo esplicito anche nei *Principii di diritto costituzionale*.

Ma quali sono queste leggi 'naturali' e 'necessarie' che costituiscono nel loro complesso la 'realtà' che deve essere indagata dalla scienza del diritto pubblico? Le elenchiamo qui di seguito. In primo luogo, la necessaria *distinzione tra diritto e legge*, ovvero la circostanza per cui, dato un potere politico, anche in posizione di monopolio come lo Stato moderno, la legge positiva che esso esprime non è comunque mai capace di esaurire l'intero campo del diritto. Questa convinzione di Orlando, di nuovo fondata sulla sua adesione alla Scuola storica, ha determinate conseguenze, non solo sulla sistematica costituzionalistica — della quale qui non possiamo occuparci in dettaglio —, in tema di teoria delle leggi proprie ed improprie, o di concezione del potere costituente, ma anche direttamente sui compiti della scienza: la scienza del diritto pubblico non è la scienza della legislazione dello Stato, ed ha piuttosto un oggetto più ampio, dato dai principii giuridici, ovvero dai principii che si affermano nella 'realtà' del diritto. Questo punto è al centro del programma dell'*Archivio*. Accanto alla distinzione tra diritto e legge, 'necessaria' e 'naturale' in ogni esperienza giuridica, si pone, in termini analoghi, la questione della *sovranità*. Questa non deve essere giustificata, ricorrendo ad elementi estranei al diritto pubblico, come il principio teocratico, o quello dinastico, o quello contrattualistico-individualistico, ma semplicemente accettata come 'naturale' e 'necessaria' caratteristica dello Stato in quanto persona nella quale si esprime l'intera collettività politica. Anche in questo caso, il risultato più tangibile è la definizione del campo teorico della giuspubblicistica, che comprende la 'realtà' — nel senso che già conosciamo — della sovranità statale, e contemporaneamente esclude i punti di vista filosofici, o metafisici rispetto alla 'realtà' dei giuristi, propri di ogni tentativo di giustificare la stessa sovranità dello Stato dal suo esterno. Nel medesimo schema generale di riferimento sono racchiuse anche due importanti teoriche del diritto costituzionale, non a caso al centro del programma dell'*Archivio*, quella della *rappresentanza politica*, e quella del *Governo di Gabinetto*. Per quanto riguarda la rappresentanza, essa ha il suo fondamento, non già in una delegazione di poteri dal popolo agli eletti, per Orlando mera finzione, ma in una 'realtà' che attraversa tutta la

storia politica, determinando la necessità di ogni comunità politica di designare al governo i cittadini più capaci: c'è quindi anche qui una legge 'naturale' e 'necessaria', che è quella che spinge ogni collettività a selezionare il proprio personale politico dirigente attraverso diverse procedure, da ultimo per via elettorale, ma sempre in funzione dal fondamentale requisito della capacità. Strettamente connessa è la teorica del Governo di Gabinetto. Infatti, al di sotto della circostanza per cui i vertici dell'esecutivo hanno preso la forma, in Italia come altrove, di un Gabinetto dipendente dalla fiducia delle camere, c'è una 'realtà' ben più solida e corposa di quella che correntemente nella pubblicistica viene discussa in termini di 'onnipotenza parlamentare': è la 'realtà' di una collaborazione, di nuovo 'necessaria' e 'naturale', tra tutti i vertici dello Stato, in special modo tra monarca e cittadini capaci designati per il tramite delle elezioni, che tra loro individuano ulteriormente coloro che si possono ritenere i più idonei al governo diretto della cosa pubblica. L'effetto di tutto ciò in chiave di delimitazione del campo teorico della giuspubblicistica è nettissimo. Chi come giurista vuol fare davvero scienza ha da guardare alle strutture profonde del rapporto Stato-società, alla necessaria 'realtà' della designazione di capacità come 'naturale' elemento regolativo dei meccanismi di selezione della classe politica e di organizzazione della forma di governo, mentre può e deve escludere dai suoi orizzonti i più contingenti elementi politici della lotta a fini di potere, che si svolge tra individui, tra partiti, tra organizzazioni di vario genere. Per riassumere, la giuspubblicistica studia lo Stato nella sua autonomia dalla società — come abbiamo visto *sub a*) —, ma proprio per questo si occupa di uno Stato 'reale', nel senso di rispondente a leggi 'naturali' e 'necessarie' trascendenti la specificità dei bisogni sociali e della loro contingente organizzazione politica. Quella scienza giuridica scopre così che lo Stato è *sempre* di diritto, al di là di tutti i possibili congegni istituzionali, perché la sua legge positiva è comunque superata per estensione e per efficacia dal diritto medesimo; che lo Stato è *sempre* sovrano, al di là di ogni sforzo politico-filosofico di legittimazione, semplicemente perché esiste come persona che riassume in sé l'intera collettività politica; che lo Stato è *sempre* governo dei più capaci, al di là delle mutevoli forme di designazione della classe politica, perché così vuole l'intrinseca logica di ogni comunità politica. Vedremo in

seguito come gran parte della riflessione costituzionalistica che si svolge sull'*Archivio* si muova nell'àmbito che abbiamo qui tratteggiato, ad un livello che sommariamente potremmo definire di diritto pubblico generale.

c) Poiché lo Stato non è mai meramente 'governo' della società — nel senso indicato *sub a*) —, la giuspubblicistica deve interpretare in un certo modo anche l'accrescersi ed il complicarsi dell'intervento statale-amministrativo sulla società medesima. Qui il campo teorico della scienza del diritto pubblico si circoscrive in primo luogo escludendo i due poli opposti dell'individualismo atomistico e del socialismo di Stato, secondo il linguaggio del tempo proprio anche di Orlando. Lo Stato non può essere esclusiva funzione di tutela e garanzia delle libere sfere degli individui proprietari, perché in tal modo esso si riduce a strumento di organizzazione della società di mercato perdendo così il suo specifico carattere differenziale. Da questo primo punto di vista, la giuspubblicistica accetta con favore una certa espansione del dato politico-amministrativo, perché essa suona come conferma della infondatezza di quelle dottrine individualistiche e contrattualistiche che dello Stato volevano fare una semplice funzione ausiliaria, di sostegno allo sviluppo economico determinato dai bisogni dei singoli esplicantesi nella loro autonomia. È evidente come in questo modo la scienza del diritto pubblico difenda il proprio oggetto di studio, altrimenti schiacciato dal primato dell'economico e del diritto dei privati. Non dissimile è il ragionamento nella direzione opposta del socialismo di Stato. Infatti, anche in questo secondo caso, alla preoccupazione tipicamente liberale per le eccessive ingerenze statali si somma un'altra convinzione: che sulla via di un'indiscriminata espansione del governo statale della società alla fine lo stesso Stato divenga comprensibile solo come somma di prestazioni a favore di specifici bisogni individuali e di gruppo, di nuovo — come nello 'Stato minimo' della società di mercato — strumento azionabile a partire da specifiche situazioni sociali, e solo a partire da queste ricostruibile nelle sue nervature interne. In fondo, l'individualismo atomistico ed il socialismo di Stato minacciano l'integrità del campo teorico della giuspubblicistica per gli stessi motivi, perché in entrambi i casi, seppure per vie diverse, si finisce per negare l'autonomia del dato politico-statale, la sua *qualità* di 'persona', e di 'orga-

nismo', dotato di proprie interne logiche — 'necessarie' e 'naturali', come abbiamo visto *sub b*) —, le uniche che possono costituire l'oggetto proprio e specifico delle indagini della giuspubblicistica. Diviene allora più comprensibile tutta la parte conclusiva del programma dell'*Archivio*, dedicata a quel diritto amministrativo che è evidentemente in primo piano quando si discute dell'intervento statale. Il diritto amministrativo è prima di tutto il diritto che regola le attività necessarie dello Stato, l'esplicazione dei suoi poteri di polizia, l'organizzazione degli uffici, il sistema di difesa dei cittadini verso gli atti della stessa pubblica amministrazione: si tratta di attività che Orlando definisce 'giuridiche', per sottolineare il fatto che lo Stato non potrebbe neppure esistere senza il compimento di esse, dunque per mettere in rilievo il loro carattere di necessarietà. C'è però anche un *diritto amministrativo sociale* — come il nostro giurista afferma sia nei suoi *Principii di diritto amministrativo*, sia nel programma dell'*Archivio* — che si forma, come complesso di istituti giuridici, nel cuore dell'attività sociale dello Stato, ovvero di quella attività eventuale, dettata da ragioni di opportunità, che lo Stato intraprende quando decide di svolgere un certo ruolo nella produzione o nella distribuzione della ricchezza, nella tutela della salute dei cittadini, nella cura della loro istruzione. Qui, in questo secondo caso, il campo d'indagine della giuspubblicistica deve essere precisato e delimitato con assoluta nettezza di confini. Il giurista non può ricostruire l'intero procedimento che ha dato luogo all'intervento dello Stato, e soprattutto non può risalire alle sue ragioni ultime, che in questo àmbito non possono non essere sociali, relative all'urgenza del bisogno da soddisfare. Se così non facesse, il giurista finirebbe per negare sé medesimo perché negherebbe l'autonomia e la specificità del suo oggetto d'indagine costituito dallo Stato-persona trascendente la dimensione di mero 'governo' della società. Ne scaturirebbe un diritto amministrativo del tutto abnorme, privato dei suoi autentici significati statali, mera tecnica di soddifazione dei bisogni sociali tramite l'intervento pubblico. Solo una volta che si sia fissato con assoluta rigidità questo confine, è possibile discutere di diritto amministrativo sociale. Esso può essere definito, in modo residuale, come quel diritto che si forma nel contesto dell'attività sociale dello Stato, ma non dipende in ultima analisi dalla scelta politica, di opportunità, che è stata compiuta attivando un certo intervento

pubblico. Orlando pensa qui soprattutto a determinate forme di collaborazione tra diversi enti che si realizzano per il compimento di un certo servizio pubblico, o alle forme di coazione che lo Stato può esercitare sui privati perseguendo certi obbiettivi sul piano sociale: in questi casi il giurista riconosce facilmente la sua materia, e provvede alla costruzione di una serie di istituti giuridici che arricchiscono la tradizionale configurazione del diritto amministrativo senza snaturarla, senza infiltrare in essa quella pericolosa e volubile logica, tutta politica, che ha caso per caso dichiarato prioritaria la soddisfazione di un certo bisogno, conseguentemente promuovendo l'intervento dello Stato. Vedremo tra poco quanto 'diritto amministrativo sociale' vi sia nelle pagine del nostro *Archivio*. Era intanto importante mettere in rilievo come anche a livello d'intervento dello Stato, e di sua strutturazione giuridica, la rivista orlandiana nasca da un'esigenza che è principalmente di delimitazione di campo, di ricerca di uno specifico che differenzi in modo univoco il lavoro del giurista.

Per concludere, il programma dell'*Archivio* è il programma del suo direttore, che con la creazione di uno strumento periodico vuole soprattutto offrire uno spazio nel quale i giuristi di diritto pubblico possano reciprocamente riconoscersi, collettivamente strutturarsi come disciplina. Per Orlando, la 'realtà' dello Stato è in gran parte 'giuridica' — secondo quanto abbiamo rilevato *sub a*) e *b*) — così come in chiave 'giuridica' è ricostruibile gran parte dell'attività dello Stato medesimo — come abbiamo visto *sub c*) —: esiste quindi l'oggetto proprio e specifico della riflessione giuspubblicistica. Manca però la consapevolezza dei giuristi, che con il loro oscillare dal commento delle leggi a sparse nozioni di filosofia o di sociologia danno l'impressione che non sia possibile alcuna scienza del diritto pubblico. A questa situazione intende rimediare l'impresa culturale promossa da Vittorio Emanuele Orlando: essa potrà dirsi efficacemente riuscita se contribuirà ad imporre, nella grande discussione di fine secolo sulle istituzioni politiche, la specificità di un punto di vista, quello dei giuristi di diritto pubblico.

3. Attraverso gli scritti e le tesi di Vittorio Emanuele Orlando abbiamo tentato di fornire una certa lettura del programma dell'*Archivio*, di scoprire i suoi più autentici significati, che abbiamo

individuato attorno alla problematica di un'identità disciplinare da costruire. Non c'è alcuna identità senza la conquista di un definito campo teorico, e tale conquista non può non essere frutto di uno sforzo collettivo, di una dinamica di crescente integrazione e cooperazione: la rivista appare a tale fine uno strumento eccellente. Su questa base, è possibile rileggere tutto l'*Archivio* secondo un'ottica sufficientemente generale, che attraversa orizzontalmente il complesso dei materiali contenuti nella nostra rivista, e li unifica attorno ad una domanda-base: *quale* giuspubblicistica si è andata costruendo sulle pagine dell'*Archivio*? È evidente che questa domanda non è presente in modo così diretto e pressante in ognuno dei contributi forniti alla nostra rivista, né il nostro compito può essere quello di misurarli tutti da questo punto di vista. Ciò che interessa è piuttosto il risultato complessivamente ottenuto mediante la presenza simultanea di più voci entro un contesto definito: si potrebbe dire la rivista nella sua oggettività, al di là delle soggettive intenzioni dei singoli collaboratori, per l'immagine che essa globalmente ci restituisce dell'identità e dei compiti del giurista di diritto pubblico. A questo fine, abbiamo individuato nell'*Archivio* cinque *percorsi* lungo i quali si dislocano saggi ed interventi di vario genere. Proviamo intanto ad elencarli in via sintetica: *a*) un primo gruppo contiene un riferimento più diretto alle possibili strategie della disciplina, alle sue metodologie, alle necessarie delimitazioni di campo, al rapporto da stabilire con altri saperi, soprattutto — come vedremo — di ordine latamente sociologico; *b*) un secondo insieme di contributi, quantitativamente cospicuo, riguarda il livello del 'diritto pubblico generale' — corrispondente grosso modo a quanto abbiamo osservato nel precedente paragrafo *sub b*) —, ovvero il modo con il quale la giuspubblicistica definisce il proprio campo teorico attorno al soggetto-Stato ed alle sue relazioni con la società; *c*) un terzo gruppo colloca in primo piano — vedremo in quali termini — una certa attenzione per il diritto amministrativo come oggetto essenziale del sapere giuridico pubblicistico — ricordando anche quanto abbiamo osservato nel precedente paragrafo *sub c*); *d*) in un quarto àmbito è centrale il delicatissimo problema del rapporto con la prassi, sia legislativa che giurisprudenziale ed amministrativa, della collocazione da attribuire ad essa in una rivista come l'*Archivio*, di stampo tutto sommato accademico; *e*) infine, la rivista

non poteva dimenticare il problematico rapporto da stabilire con l'effettività costituzionale, intendendo questa in modo assai contingente ed empirico, come serie di eventi di particolare rilevanza costituzionale, per altro particolarmente frequenti negli ultimi anni del secolo, dei quali il giurista possa o debba occuparsi, strappandoli — per così dire — all'attualità politica, e costruendo anche per essi una propria specifica ottica. Sono questi i cinque percorsi lungo i quali la rivista offre determinate soluzioni, dalle quali dipendono i caratteri fondamentali della figura di giurista che l'*Archivio* nel suo complesso propone: è ora necessario esaminarli nella successione proposta.

a) Abbiamo detto che in questo primo gruppo possono essere raccolti tutti quei saggi e quegli interventi — spesso rassegne e recensioni —, nei quali più direttamente si punta alla tematizzazione dei compiti della giuspubblicistica. La loro specificità consiste appunto in questa relazione immediata con il problema della scienza giuridica, che viene assunto senza filtri come principale oggetto d'indagine (17). Da questo punto di vista, era del tutto naturale che sull'*Archivio* fossero poste in primo piano, e discusse, le note tesi del direttore sulla distinzione tra 'ordine giuridico' ed 'ordine politico'. Lo stesso Orlando ebbe modo di precisarle più volte sulle pagine del nostro periodico, chiarendo ulteriormente aspetti non secondari (18). In sostanza, il giurista siciliano mise in luce come quella distinzione, lungi dal fondarsi su una contrapposizione frontale tra 'diritto' e 'politica', puntasse più che altro ad individuare nella vita delle istituzioni politiche una dimensione autenticamente ed autonoma-

(17) Sappiamo comunque dalle pagine precedenti che il carattere fondamentale di tutta la rivista è quello costruttivo di una certa identità disciplinare, cosicché anche nei gruppi di contributi che seguiranno, ma in modo più mediato, sarà riconoscibile la problematica della scienza e dei suoi compiti.

(18) Ci riferiamo a V.E. Orlando, *Diritto e politica. Nota*, in *ADP*, III, 63; Id. e L. Rossi, *La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni*, in *ADP*, III, 177; Id., *La ricostruzione giuridica del diritto pubblico a proposito di una nuova pubblicazione*, in *ADP*, IV, 5. Nell'àmbito tematico che consideriamo nel testo sono fondamentali le rassegne curate da Luigi Rossi, soprattutto per il costante richiamo al 'modello' dato dalla giuspubblicistica tedesca: L. Rossi, *La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni*, in *ADP*, IV, 161; Id., *La moderna scienza del diritto costituzionale nelle Nazioni latine*, in *ADP*, VI, 297.

mente 'giuridica', una 'realtà' in questo senso del tutto specifica, e quindi oggetto possibile — per Orlando necessario — di una disciplina altrettanto specifica come la giuspubblicistica. In questo primo gruppo di saggi, nei quali sono inseriti anche questi contributi di Orlando, l'attenzione non è tanto rivolta alla struttura ed alle leggi regolative della 'realtà giuridica' dello Stato, quanto alla sua stessa esistenza, che da sola e di per sé giustifica le autonome elaborazioni delle discipline di diritto pubblico. La stessa distinzione tra 'ordine giuridico' ed 'ordine politico' è qui pensata principalmente in questa direzione, serve cioè ad indicare ai giuspubblicisti un 'realtà' oggetto delle loro indagini — e quindi a rafforzare la loro identità disciplinare —, che non è data dalla semplice norma positiva dello Stato, ma neppure si stempera nella mutevole realtà politico-sociale della lotta tra gli individui, i gruppi, le classi. Da qui la presenza di un filo tematico che percorre tutto il nostro *Archivio*, e che concerne l'identificazione del giurista di diritto pubblico come studioso di una 'realtà' normativa più ampia del diritto positivo statale, alla ricerca in questa dimensione di criteri propri d'interpretazione del delicato nesso Stato-società, e quindi fortemente interessato ad una delimitazione di campo nei confronti del vasto settore in via di formazione delle scienze sociali.

Solo tenendo presente questo quadro generale di riferimento, è possibile comprendere certe scelte del periodico palermitano. Non è un caso che proprio nei primi fascicoli grande spazio venga offerto alle riflessioni di Angelo Majorana, studioso che lo stesso Orlando sentiva apertamente come assai distante dalle proprie opzioni sul piano scientifico, esponente di primo piano della « scuola sociologica di diritto pubblico » (19). In realtà, l'ospitalità offerta a contributi come quello di Majorana, o di altri autori divergenti dai dettami fissati nel programma o nelle opere di sintesi del direttore (20),

---

(19) V.E. Orlando, *La letteratura di diritto pubblico*, cit., III, 193. Il saggio di Majorana è: A. Majorana, *Ipotesi di una legge di embriologia sociale con ispeciali applicazioni alla sociologia politica*, in *ADP*, I, 18 e 81.

(20) Per l'àmbito che ci riguarda, vorrei ricordare il saggio di G. Arangio Ruiz, *Società e Stato*, in *ADP*, I, 353, che contesta in modo più o meno diretto una certa impostazione del rapporto Stato-società presente nell'opera orlandiana, a suo giudizio determinante l'assorbimento del secondo termine del rapporto nel primo.

risponde ad una logica ben precisa: mostrare come il processo verso una nuova consapevolezza dell'identità disciplinare giuspubblicistica non si vada svolgendo nel senso di una chiusura sul versante del dato normativo-statale, come anzi il giurista al quale l'*Archivio* si rivolge — che esso prefigura, immagina, che intende formare — sia fortemente interessato allo svilupparsi di quella ricerca di ordine latamente sociologico all'interno della quale anch'egli pretende di trovare la propria collocazione specifica, con le necessarie delimitazioni di campo.

Accade così che la rivista chiami uno studioso come Guido Jona, senza dubbio esponente della già ricordata 'scuola sociologica' — e personaggio di un qualche rilievo, che ritroveremo anche in seguito —, a rendere chiare e nette le discriminanti tra Orlando e Majorana (21): mentre per il primo, sulla scia della Scuola Storica, il diritto si determina storicamente secondo leggi 'naturali' e 'necessarie', che contribuiscono a configurare il volto delle istituzioni politiche, per il secondo il diritto è essenzialmente strumento, terreno di realizzazione, di valori politici, come la libertà e l'eguaglianza; mentre per il primo la sovranità è qualità necessaria dello Stato, per il secondo non esiste alcuna sovranità che non muova dagli individui e dal contratto sociale che li lega; mentre per il primo il diritto pubblico è essenzialmente 'ordine giuridico', per il secondo il diritto pubblico è risultato dell'interazione tra ideologie politiche ed interessi sociali.

Non sappiamo ora quanto Orlando si sia riconosciuto nel ritratto costruito da Jona. Certo è che egli avvertì subito l'esigenza di precisare ulteriormente la sua posizione nei confronti di Majorana e della stessa 'scuola sociologica'.

Nelle pagine dell'*Archivio* a ciò dedicate (22), Orlando tende inequivocabilmente a dimostrare come tutte le dottrine di Majorana

---

(21) G. Jona, *Nuovi indirizzi del diritto pubblico in Italia a proposito di recenti pubblicazioni*, in *ADP*, I, 99 (si confrontano V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, e A. Majorana, *Il sistema dello Stato giuridico*, entrambi del 1889). Jona è associato, con Majorana e Vincenzo Miceli, alla 'scuola sociologica di diritto pubblico', secondo quanto riferisce lo stesso Orlando: vedi *supra*, nota 19.

(22) V.E. Orlando, *La sociologia e la legge del progresso a proposito di una pubblicazione recente* (si tratta de *I primi principii della sociologia* di Majorana), in *ADP*, I, 280.

si fondino in modo più o meno diretto sui vecchi assunti giusnaturalistici, che egli esplicitamente definisce di carattere metafisico: la società come complesso di individui, la base di ogni convivenza civile nel contratto, la prestatualità dei diritti individuali, e così via. Il direttore sembra dire ai lettori della rivista, ed in genere ai giuristi del suo tempo: la nuova sociologia non è altro che il vecchio diritto naturale camuffato, nel suo antistatalismo, nel suo continuo richiamo alla società ed alle sue 'leggi obbiettive' entro le quali dovrebbe disciogliersi anche la 'realtà' dello Stato, non può ravvisarsi altro se non il tentativo di far rivivere la metafisica rivoluzionaria dell'individuo e del contratto. Non è questa la sociologia di cui i giuristi hanno bisogno nel loro sforzo di realistica comprensione delle leggi che muovono la 'realtà giuridica' dello Stato; anzi, il loro compito è proprio quello di contrapporre alla metafisica giusnaturalistica implicita nelle elaborazioni della 'scuola sociologica' un punto di vista autenticamente *positivo*, ispirato all'esigenza di osservare l'effettiva vita delle istituzioni politiche e delle norme che le regolano.

Non è ora il caso d'insistere oltre su questo punto, se non per ricordare come per Orlando la svolta in senso antimetafisico avesse preso le mosse dalla Scuola Storica di Savigny e dalla sua critica al giusnaturalismo di stampo rivoluzionario (23). Si tratta di un dato importante, che collega il bisogno di 'spirito positivo' della fine del diciannovesimo secolo con un elemento specifico della tradizione giuridica. In tal modo, i giuristi sono chiamati a sbarazzarsi di ogni possibile complesso nei confronti delle nascenti scienze sociali. Queste ultime non possono rivendicare alcuna speciale patente di 'realismo' nei confronti di un presunto giurista formalista, tecnico delle leggi dello Stato, che come tale poco ha a che fare con la figura di giuspubblicista che l'*Archivio* intende riflettere; anzi, proprio a partire da elementi specifici della tradizione giuridica, è possibile consolidare, contro ogni atteggiamento metafisico, un'attenzione specifica a quella *positività* delle istituzioni politiche, che non è certo

(23) È questa la Scuola Storica che più volte ricorre nelle pagine dell'*Archivio*, soprattutto attraverso recensioni, o interventi di altro genere, che si muovono tra la filosofia del diritto ed il diritto pubblico generale. Veramente esemplare da questo punto di vista il contributo di L. Landucci, *Saverio Scolari. Commemoraziore*, in *ADP*, VI, 184.

comprensibile per via razionalistico-deduttiva, muovendo dai valori politici che si pretendono propri del diritto moderno o della rivoluzione vincente.

Tutto ciò non costituisce solo l'opinione di Orlando, come singolo studioso, o come direttore della rivista. In realtà, è l'*Archivio* nel suo complesso che si struttura presupponendo determinate scelte, e quindi una certa immagine dei compiti della giuspubblicistica. Non può allora sorprendere lo spazio relativamente ampio che il periodico palermitano offre alla produzione ed elaborazione di dati sul piano sociologico-politico, e più prettamente statistico (24). Si tratta di una scelta che conferma come il giurista di diritto pubblico che l'*Archivio* prefigura intenda muoversi in una dimensione più ampia di quella suggerita da un ruolo di mera sistemazione tecnico-formale delle norme dello Stato; come egli possa e debba disporre di dati che orientano la sua riflessione sulla effettiva positività delle istituzioni politiche. Quale sia l'àmbito di questa riflessione è già noto: è il 'diritto pubblico generale' come disciplina che studia la 'realtà giuridica' dello Stato, servendosi dei dati offerti dalla sociologia e dalla statistica — discipline queste emancipate dalle opzioni giusnaturalistiche —, ma puntando soprattutto alla scoperta di quelle leggi 'naturali' e 'necessarie' che sembrano costituire la dimensione più profonda del politico, la sua positività trascendente, sia la norma dello Stato, sia il contingente dislocarsi delle forze politiche e sociali. Si potrebbe quasi dire che in questa linea il diritto pubblico generale finisce per rappresentare l'unica forma possibile di sociologia politica. I 'fatti' che quella disciplina indaga appartengono al campo della 'realtà giuridica', danno il senso effettivo della strutturazione profonda della comunità politica. Di questi dobbiamo ora occuparci.

b) Nel secondo gruppo di saggi e d'interventi che ora consi-

---

(24) Si può intanto qui ricordare il costante contributo fornito all'*Archivio* da Francesco Maggiore Perni, professore di Statistica nell'Università di Palermo, sia con saggi propri, in *ADP*, II, 338 e V, 326, sia con recensioni ad opere di statistica, in *ADP*, I, 305 e 393, e II, 234 e 397. Da ricordare anche i saggi di L. FERRARINI, *Cause dell'astensione elettorale*, in *ADP*, II, 203; e ID., *Il voto obbligatorio*, in *ADP*, III, 270 e 379, che configurano nel loro complesso una certa analisi del sistema elettorale italiano su base sociologico-statistica.

deriamo viene appunto in primo piano il 'diritto pubblico generale' come disciplina che studia le grandi leggi che regolano la vita della comunità politica e dello Stato. Una di queste è già nota a partire dalle osservazioni che abbiamo formulato circa il primo gruppo di contributi contenuti nell'*Archivio* — e ripensando anche a quanto dicevamo nel precedente paragrafo *sub b*) —: il giurista di diritto pubblico non è mai mero tecnico della legislazione statale proprio perché la dimensione della normatività, e dello stesso diritto, è più ampia di quella offerta dal diritto positivo statale. Ne consegue una necessaria distinzione tra diritto e legge, una necessaria maggiore ampiezza del campo del primo, che il diritto pubblico generale è chiamato ad osservare ed evidenziare come dato strutturale proprio di ogni esperienza politica collettiva. Con ciò si è però solo agli inizi di una certa ricostruzione, che è chiamata a mettere in luce soprattutto i principali concetti ed istituti del diritto pubblico, come la sovranità, la libertà, il governo di gabinetto, la rappresentanza: di questi ci occuperemo ora.

In primo luogo, il concetto di sovranità. A questo è dedicato l'intervento di apertura di Codacci Pisanelli (25), e soprattutto il corposo saggio di Livio Minguzzi (26). Non deve essere sottovalutata l'importanza di questi contributi, per quanto spesso tagliati secondo la prospettiva, non di rado assai tediosa, di una sorta di storia universale delle dottrine politiche, dall'antichità fino alla scienza giuridica e politica contemporanea. In realtà, al di là dell'erudizione di maniera, si dibatte il problema decisivo della sovranità dello Stato come concetto qualificante l'intero campo teorico della giuspubblicistica.

L'avversione verso le ideologie di sovranità popolare, assai trasparente e diffusa in queste pagine dell'*Archivio*, e comunque presente un po' in tutta la rivista (27), suona da questo punto di vista,

---

(25) A. Codacci-Pisanelli, *Origine della dottrina democratica moderna*, in *ADP*, I, 10. Il testo corrisponde ad una parte della prolusione pisana del 1890, pubblicata con il titolo *Il dogma della sovranità popolare* (Pisa, 1891), e recensita da Orlando in *ADP*, I, 317, dove il giurista siciliano mette in luce « l'affinità scientifica grandissima » tra le sue idee e quelle di Codacci-Pisanelli.

(26) L. Minguzzi, *Alcune osservazioni sul concetto di sovranità*, in *ADP*, II, 5.

(27) Ed anche nelle pagine di quasi tutta la giuspubblicistica italiana della fine

non tanto come repulsione di opzioni politiche radicali in nome di un liberalismo di carattere moderato, o anche di stampo francamente autoritario, quanto soprattutto come abbandono definitivo di una fase della riflessione segnata dalla incapacità di mettere in rilievo, con adeguati strumenti scientifici, i caratteri 'necessari', e più stabili, della convivenza politica. Il passaggio dalla sovranità popolare alla sovranità dello Stato, quest'ultima intesa come formula qualificante tutto l'ultimo periodo della ricerca — spesso con riferimento specifico, assai ricorrente nell'*Archivio*, alla giuspubblicistica tedesca —, è dunque soprattutto il passaggio da una riflessione sulla politica ancora viziata da forti presupposti ideologici e dagli interessi dei partiti in campo ad una riflessione che finalmente possa dirsi autenticamente scientifica, perché diretta a cogliere il nucleo più stabile e profondo di ogni esperienza politica. Mentre con la formula della sovranità popolare i giuristi-politici della rivoluzione e del primo Ottocento puntavano a giustificare le istituzioni postrivoluzionarie sul piano ideologico, in polemica con il partito sconfitto, ma ai loro occhi mai domo, dello Stato assoluto, con l'affermazione che la sovranità appartiene allo Stato la scienza giuridica cerca ora di eliminare ogni giustificazione dello Stato medesimo dal suo 'esterno' — sia esso costituito dal popolo sovrano della rivoluzione o dal potere monarchico fondato sul diritto divino —, come pure ogni sua fondazione attraverso uno specifico soggetto, come lo stesso popolo inteso come complesso d'individui legati dal patto sociale.

Dire che la sovranità spetta allo Stato significa scartare ogni logica di trasmissione di poteri da soggetti particolari a determinati organi — ad esempio, dal corpo elettorale alle assemblee rappresentative —, ed impostare la problematica della sovranità con riferimento esclusivo alla globalità dell'organismo statuale, alla totalità della persona-Stato (28).

Per giuristi come Orlando, Codacci Pisanelli, Minguzzi, ma anche per l'*Archivio* nel suo complesso, come luogo organizzato di

---

dell'Ottocento e della prima metà del Novecento: P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 237 e ss.

(28) Il tema della personalità giuridica dello Stato è più presupposto in numerosi saggi contenuti nell'*Archivio* che non esplicitamente trattato da alcuni di essi: vedi comunque X.S. COMBOTHECRA, *Lo Stato come persona*, in *ADP*, III, 433.

produzione, circolazione e rappresentazione di 'convinzioni medie', l'effetto ultimo del primato conseguito dalla formula 'sovranità dello Stato' è quindi quello di sottrarre il dibattito sulla sovranità dall'àmbito ideologico-politico, o da quello della lotta politico-sociale a fini di potere, per attrarlo al campo dell'osservazione scientifica, in primo luogo al campo teorico della giuspubblicistica. La sovranità dello Stato è quindi nient'altro che un 'fatto', uno dei 'fatti' sui quali indaga il diritto pubblico generale come autonoma disciplina giuridica. Esso è conseguente ad un movimento 'necessario', che è quello che conduce ogni collettività ad esprimersi politicamente in uno Stato, che con la sua esistenza come 'persona' si pone immediatamente come sovrano ([29]): è questo il 'fatto' che la scienza è chiamata ad osservare superando la fase politico-ideologica nella quale dominava ancora la formula della sovranità popolare.

Non spetta ora a noi, in questa sede, stabilire quanto questo approdo alla sovranità dello Stato fosse a sua volta determinato da opzioni di natura di nuovo prevalentemente ideologica, ad esempio di opposizione prescrittiva del modello fortemente coeso ed unitario denominato 'Stato' ad una certa sempre più visibile frammentazione del corpo sociale secondo distinte organizzazioni di interessi. Quello che è certo è che a partire dal nostro oggetto di studio, ovvero dall'*Archivio* orlandiano, si ricava la precisa immagine di una 'sovranità dello Stato' funzionale soprattutto al progressivo costruirsi di un autonomo campo teorico per la giuspubblicistica italiana. È infatti attorno a questa formula che i giuristi lavorano acquisendo la consapevolezza di poter essere i protagonisti di una rinnovata fase della riflessione sullo Stato ormai emancipata da vecchie finzioni, e protesa a cogliere il nucleo più costante del fenomeno politico, appunto la sovranità dello Stato-persona. Non v'è dubbio che il nostro *Archivio*, veicolando l'immagine della 'sovranità dello Stato', abbia trasmesso con essa anche questa consapevolezza, contribuendo anche per questa via alla costruzione, ed al rafforzamento, dell'identità disciplinare giuspubblicistica.

Ma c'è di più: come dimostra il rilevante saggio di Antonio

([29]) Fino al punto di considerare superfluo il concetto di sovranità, perché già contenuto in quello di Stato: L. Minguzzi, *Alcune osservazioni*, cit. II, 43.

Longo sulla consuetudine come fonte del diritto pubblico (30), l'assunzione del punto di vista della 'sovranità dello Stato' non implica affatto lo schiacciamento del ruolo del giurista a compiti di mera interpretazione delle norme di diritto positivo statale. È vero che si è scartata la sovranità popolare anche per l'effetto di dipendenza che essa produceva del dato politico-statale dalle mutevoli volontà degli individui e dei partiti, ma la maggiore autonomia di quel dato che in questo modo si è conseguita non si traduce meccanicamente, come in effetti non si tradusse presso i nostri giuristi, in un'apologia della legge dello Stato. Proprio secondo Longo rimangono ampi spazi a disposizione della consuetudine su tutto il campo del diritto pubblico, ma ciò che più conta è che tutta la nuova fase della riflessione — da Savigny ad Orlando (31) — determinata dal primato della formula della 'sovranità dello Stato' poteva dirsi orientata dall'idea di recuperare la 'reale' fondazione dello Stato nel 'popolo', al di là dei conflitti sociali e politico-ideologici che avevano sperimentato, e trasfuso nelle loro costruzioni, i teorici della sovranità popolare. Lo Stato è sovrano proprio perché in esso si esprime in modo globale ed organico tutta la società in forma di 'popolo'. Corrispondentemente, la legge dello Stato non è altro che il riflesso di quel diritto che savignyanamente costituisce la struttura di fondo della collettività politica. Non è dunque il positivismo legislativo la posizione teorica dominante nell'*Archivio*, né ad una simile posizione conduce la nostra 'sovranità dello Stato'. Lo dimostra la stessa massiccia presenza di contributi ascrivibili al 'diritto pubblico generale', ad un livello di riflessione nel quale i giuristi tentano di ricostruire una *propria* teorica del nesso Stato-società, che sarebbe del tutto inutile in una prospettiva di puro positivismo legislativo. Il giurista dell'*Archivio*, che ad esso collabora, al quale esso idealmente si rivolge, dopo aver delimitato il proprio campo teorico verso vecchi tentativi di legittimazione dello Stato di stampo politico-filosofico, o più recenti tentativi di spiegazione in chiave sociologica, non si ferma dunque all'ossequio della norma positiva statale, ma costruisce piuttosto una parte rilevante

(30) A. Longo, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico (costituzionale e amministrativo)*, in *ADP*, II, 241 e 401.

(31) *Ibid.*, p. 252, dove è esplicito l'accostamento Savigny-Orlando.

della propria identità attraverso la dottrina della necessaria fondazione dello Stato nel 'popolo'. Solo quest'ultima qualifica un punto di vista autenticamente 'giuridico' nello studio delle istituzioni politiche, cogliendo la globalità della rappresentazione del 'popolo' nello Stato. Chi esce da quei binari muovendo dalla parzialità degli interessi e dal loro mutevole dislocarsi in seno alla rappresentanza politica o in rapporto alla pubblica amministrazione può forse mettere in rilievo qualche aspetto, anche decisivo, del rapporto Stato-società, ma è certamente fuori dai confini della disciplina giuspubblicistica.

Considerazioni analoghe possono essere formulate a proposito della problematica della libertà, e del tipo di presenza che essa ha nel nostro *Archivio*. Anche in questo caso il nostro problema è quello di rintracciare nel periodico palermitano il formarsi di un approccio a quella problematica che possa dirsi proprio in senso specifico della disciplina, dei giuristi di diritto pubblico. Intanto, è importante rilevare quali punti di vista vengono rigorosamente esclusi. Già dalla sovranità dello Stato, trattata nel punto precedente, derivano conseguenze di non poco conto. Scartare il fondamento contrattualistico-volontaristico proprio di una logica di sovranità popolare significava infatti scartare anche una concezione prestatuale e giusnaturalistica delle libertà fondamentali. Secondo i nostri giuristi, quella concezione aveva condotto ad un vero e proprio annichilimento dello Stato, ridotto a mero strumento di garanzia-conservazione delle sfere di autonomia degli individui. Come sappiamo, ciò era inconcepibile nell'ottica di una disciplina che intendeva rappresentare una nuova fase della riflessione sullo Stato dominata da un recupero di autonomia da parte del dato politico-statuale, inteso come 'organismo' dotato di proprie leggi di sviluppo, e non come 'meccanismo' funzionale alle ragioni degli individui-produttori. Dobbiamo ora aggiungere a tutto questo una seconda consapevolezza. In realtà, lo specifico campo teorico della giuspubblicistica in tema di libertà si andava costruendo in questi anni tra due estremi rifiutati: da una parte certamente l'individualismo che il linguaggio del tempo definiva 'atomistico', ma dall'altra anche il cosiddetto 'socialismo di Stato' (32). L'*Archivio* è tutto

(32) Veramente esemplare per questa polemica su due fronti la prolusione

disseminato di riferimenti polemici in questa seconda direzione. Notevole in questo senso il saggio di Francesco Racioppi sulla libertà civile e la libertà politica (33). Qui è appunto nettissima la critica al circùito stabilitosi, o che minacciava di stabilirsi, tra primato della libertà politica, pressione delle domande sociali, ed invadenza dello Stato in nome di ideali di stampo socialistico; tutto ciò finisce secondo Racioppi per farci dimenticare che l'allargamento della democrazia politica non può e non deve cancellare quella specifica vocazione dello Stato che si esprime nella funzione di garanzia e tutela delle libertà civili (34). La stessa scienza giuridica che contrapponeva allo Stato minimo, freddo meccanismo tutore delle ricchezze acquisite, uno Stato organismo più autentico interprete del dato collettivo del 'popolo', contrappone ora allo Stato provvidenza, distributore di benefici e favori, una rinnovata etica della libertà civile. Quando quest'ultima funziona come argine al dilagare del 'socialismo di Stato' perde ogni

---

napoletana di P. Fiore, *Lo Stato e i diritti dell'uomo*, in *ADP*, V, 30. Da rimarcare in questo contesto la presa di distanza nei confronti di Salvioli, e del suo 'diritto privato sociale': vedi la recensione di Luigi Rossi alla prolusione palermitana del 1891 sui difetti sociali del Codice Civile, in *ADP*, I, 398. Salvioli insegnò a lungo nell'Università di Palermo, per ben diciannove anni, dal 1884 al 1903. A ciò si deve forse la sua presenza nell'*Archivio*, con alcuni saggi e recensioni di carattere storico-giuridico, in *ADP*, I, 53, IV, 238, V, 213, che tuttavia non sembrano inserirsi a pieno nel contesto problematico della rivista. Di autonomo rilievo è comunque G. Salvioli, *I politici italiani della controriforma (1550-1700)*, in *ADP*, II, 81.

(33) F. Racioppi, *La libertà civile e la libertà politica*, in *ADP*, V, 81. Anche in questo caso si trattava originariamente di una prolusione, tenuta all'Università di Roma. Dello stesso autore si veda anche Id., *La formazione storica degli Stati*, in *ADP*, VI, 31.

(34) Accanto alle libertà civili si pone la questione della proprietà e della libertà d'impresa. Da menzionare in proposito il discorso elettorale di Orlando del 19 maggio 1895, *Sulla questione economica ed amministrativa in Italia. Discorso*, in *ADP*, V, 145, per gli accenti fortemente liberistici, non disgiunti per altro in quella sede dalla volontà di captare la benevolenza di un uditorio non poco danneggiato nei propri commerci, soprattutto di agrumi e di vino, dalle tariffe doganali del 1887. La fede liberistica di Orlando era comunque radicata in un certo ambiente culturale siciliano. Di ciò è testimonianza la *Rassegna Palermitana. Periodico quindicinale di scienze lettere ed arti*, pubblicata a Palermo dal 1.1.1879 al 16.8 dello stesso anno, nella quale Orlando curava la 'Rassegna economica' (pp. 26-28, 60-61, 121-122, 156-158 e 202-203). Sulla *Rassegna* vedi anche V.E. Orlando, *Le condizioni finanziarie dei nostri comuni e la proposta di legge dell'onorevole Magliani*, pp. 161-163 e 184-185. Al periodico palermitano collaborava anche Gaetano Mosca: vedi R. Salvo, *Il giovane Mosca e la 'Rassegna palermitana'*, in *Nuovi Quaderni del Meridione*, XVIII (1980), pp. 84-117.

carattere 'politico' proprio delle versioni giusnaturalistiche rivoluzionarie, così come lo Stato-organismo nulla ha a che vedere con quel socialismo, essendo nient'altro che la riscoperta in chiave 'giuridica' di una 'essenza' dello Stato dimenticata da coloro che di esso volevano fare un puro apparato servente le ragioni dell'economia e dei bisogni individuali. Dunque, per riassumere: esclusione dei punti di vista estremi e 'politici' del 'socialismo di Stato' e dell'individualismo 'atomistico', e rielaborazione di svariati elementi teorici, come il primato della libertà civile o la necessaria autonomia dello Stato, entro un nuovo campo che si colloca tra quei due estremi, e che si definisce 'giuridico' attraverso la loro negazione. Qui tutto assume un diverso significato, appunto perché muove da quella negazione. Così, il discorrere dei giuristi sulle garanzie a favore delle libertà individuali non scivola mai verso la tesi della prestatualità, così come il loro teorizzare la natura 'organica' dello Stato non prelude mai ad una qualche accondiscendenza nei confronti d'ipotesi socialistiche di direzione statale dell'economia. Slittamenti di questo genere sono impossibili nella discussione tra i giuristi, che hanno ormai crescente consapevolezza dei limiti del proprio campo teorico, dei confini entro i quali si situa la *loro* problematica della libertà. Su questa base, è ora possibile costruire anche una dogmatica giuridica della libertà, che viene scomposta nelle distinte figure dei diritti pubblici soggettivi. Fu proprio il nostro *Archivio* ad indicare questa via, con i saggi di Antonio Longo e Santi Romano, che costruirono un vero e proprio modello di trattazione 'giuridica' della libertà (35). In particolar modo in Romano, che offre una sistematica più completa e raffinata (36), appare ormai chiusa

(35) A. Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, in *ADP*, I, 161, 241 e 321; S. Romano, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subbiettivi*, in *ADP*, VI, 420, che sarà poi riprodotto, con minime variazioni, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Vittorio Emanude Orlando, vol. I°, Milano, 1897, pp. 113-143, come parte prima di un più ampio saggio dedicato a *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, pp. 112-220.

(36) Com'è noto, Romano era allievo diretto di Orlando. Il suo esordio scientifico in senso assoluto avvenne proprio sull'*Archivio*: S. Romano, *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito delle società di patronato pei liberati dal carcere*, in *ADP*, IV, 297. È noto come in seguito Romano abbia seguito proprie vie, fornendo elaborazioni anche assai distanti da quelle del maestro, specialmente sul terreno del diritto amministrativo: vedi M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera*

la discussione 'politica' sulla libertà, e tutto si converte nell'esigenza di fissare le posizioni dei cittadini in rapporto alla dominante persona statale. Ma dentro la soluzione, per così dire, tecnica è già contenuta la scelta per un definito campo teorico entro il quale muovere lo sforzo di ricostruzione dogmatica. Così, il tentativo di Romano di confutare le più estreme tesi della giuspubblicistica tedesca che negavano l'esistenza stessa dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini non assume mai il significato giusnaturalistico di rivendicazione di autonomia nei confronti dello Stato; così come l'evidente tendenza dello stesso Romano a concepire quei diritti in chiave di articolazione del potere pubblico non induce mai a pensare ad uno statalismo di stampo socialistico, assorbente le funzioni di direzione della società e dell'economia. In conclusione, il nostro *Archivio* contribuì non poco, in mezzo al grande calderone del dibattito politico generale di fine secolo sulla tutela dei diritti e sui limiti dell'intervento pubblico, a costruire uno specifico 'giuridico' anche sul delicatissimo problema della libertà, sia in chiave di delimitazione di campo nei confronti dei più volte nominati punti di vista 'politici', sia proponendo di risolvere quel problema nella trattazione dogmatica dei diritti pubblici soggettivi. Alla fine, la libertà alla quale i giuristi pensano è nella loro ottica anche l'unica possibile e 'reale', è un 'fatto' positivamente rinvenibile dal giurista nella strutturazione dei poteri pubblici, ora che finalmente appaiono sempre meno affidabili gli approcci unilaterali ed ideologici del giusnaturalismo rivoluzionario e del socialismo di Stato.

Infine, e sempre nel contesto del 'diritto pubblico generale', assumono particolare rilievo il problema della rappresentanza e quello della forma di governo, che esamineremo congiuntamente. Le opinioni in proposito del direttore dell'*Archivio* sono già note (37). Per Orlando, il fondamento della rappresentanza politica è nella designazione di capacità, intesa come struttura profonda e 'reale' di

---

giuridica di Santi Romano, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 311-346, ora in questo volume, pp. 405 e ss..

(37) Ne abbiamo già discusso *supra*, al paragrafo precedente, *sub b*). Le tesi di Orlando sono disseminate in tutta la sua opera. Particolare rilievo in senso specifico assume comunque V.E. Orlando, *Del fondamento giaridico della rappresentanza politica*, in *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, III (1895), ora in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 417-456.

selezione della classe politica all'interno di ogni esperienza collettiva storicamente data; così come il Governo di Gabinetto non è altro che un ulteriore processo di selezione che il monarca ed i cittadini capaci attuano insieme al fine d'individuare coloro che più direttamente dovranno reggere le sorti della cosa pubblica. Non è questa ora la sede adatta a mostrare come da un simile approccio derivino determinate conseguenze nella strutturazione dell'intero modello costituzionale. Certo, per questa via Camere elettive e Governo di Gabinetto sembrano fondate su un titolo di legittimazione di straordinaria forza, per essere espressioni istituzionali della tendenza 'naturale' e 'necessaria' a selezionare per il governo dello Stato i cittadini più capaci; ma d'altra parte esse vengono isolate del tutto nei confronti dei partiti politici e dei gruppi d'interesse, che in questo contesto argomentativo risultano essere meri elementi perturbatori del processo di designazione e selezione della classe politica, o anche — ma *tertium non datur* — funzioni di esso medesimo, per la loro eventuale attitudine a concorrere anch'essi alla 'naturale' selezione dei cittadini più capaci (38). Ma ciò che più interessa è il significato di questa argomentazione orlandiana da un punto di vista interno alle vicende delle discipline giuspubblicistiche. L'effetto ultimo è in questo senso quello di produrre un modello di analisi e di valutazione delle istituzioni rappresentative e delle forme di governo ad esse collegate che possa dirsi proprio e specifico della giuspubblicistica, e quindi autenticamente 'giuridico'. Tale modello, che poi consiste nella già nota 'designazione di capacità', non è affatto concepito come ideale metro di giudizio della realtà politico-istituzionale, magari orientato in senso prescrittivo; anzi, la pretesa è

(38) Un'altra conseguenza sul piano istituzionale è data dalla posizione di assoluto rilievo che viene attribuita da Orlando al Capo dello Stato, che è il necessario secondo termine del rapporto nella scelta dei Ministri, e non il notaio che registra la volontà delle Camere. Anzi, Orlando non esita a qualificare 'suoi' — cioè del Capo dello Stato — i Ministri prescelti, proprio muovendo dalla convinzione che il Governo di Gabinetto non sia la conseguenza di un atto di prepotere delle Camere, che indicherebbero i 'propri' Ministri alla nomina del Capo dello Stato, ma il 'naturale' e 'necessario' risultato di un progressivo storico accomodamento tra i vertici dello Stato, conseguito al fine di designare i cittadini più capaci al governo della cosa pubblica: V.E. Orlando, *La formazione del Gabinetto nei governi parlamentari e una proposta di riforma*, in *ADP*, IV, 241.

che quel modello dia immediatamente conto della 'realtà' più profonda delle istituzioni, di quella più costante, ma anche meno visibile a causa dello stratificarsi su di essa di numerosi elementi particolari dovuti all'influenza dei partiti e degli interessi sociali organizzati. Questi ultimi rappresentano nel loro complesso una sorta di 'realtà apparente', da tenersi ben distinta dalla 'realtà fondante' che il giurista conosce grazie alla chiave di lettura della 'designazione di capacità'. La giuspubblicistica ricerca in tal modo il suo proprio autonomo campo teorico, prima di tutto qualificando questa seconda 'realtà' come 'giuridica', e distanziandosi così da quella generica e corrente letteratura politica sui 'mali delle istituzioni' che non sapeva andare al di là di certi aspetti più eclatanti legati alle invadenze dei partiti politici.

Di questa letteratura non troviamo più traccia nell'*Archivio*, che quindi si conferma anche sotto questo profilo periodico di nuova impostazione e concezione rispetto a quelle riviste degli anni Ottanta che erano sede di un dibattito disciplinarmente indifferenziato sullo stato delle istituzioni e sulle prospettive di riforma. La linea dell'*Archivio* sembra invece essere ritagliata attorno ad una disciplina, che propone sulle problematiche della rappresentanza e della forma di governo il *proprio* punto di vista, quello della designazione di capacità (39). La disciplina in questione si colloca anche in questo caso — come in quelli già visti della sovranità e della libertà — a livello del 'diritto pubblico generale', indaga quindi su quella designazione come su un 'fatto' che caratterizza la struttura dei modelli politici nel loro profondo, al di là delle mutevoli lotte di guppo e di partito. Della avvenuta costituzione in questo senso di un definito campo teorico della giuspubblicistica, che tendenzialmente esclude dai propri confini l'analisi di quelle lotte, si ha conferma indiretta tramite la voce eterodossa di Guido Jona, con il suo saggio sul valore sociologico della rappresentanza politica (40). Qui, la contrapposizione alla figura unitaria del 'popolo' di una realtà di gruppi tra loro in lotta, non solo nell'àmbito economico, ma anche in quello politico

(39) Accanto all'intervento di Orlando citato *supra*, alla nota precedente, si veda anche O. Scalvanti, *Onnipotenza parlamentare*, in *ADP*, VI, 165 e 267, che in più punti si avvicina alle tesi di Orlando.

(40) G. Jona, *Valore sociologico della rappresentanza*, in *ADP*, II, 161 e 308.

per la conquista di posizioni di prevalenza nelle assemblee rappresentative tramite i partiti, si traduce immediatamente in una contrapposizione del punto di vista sociologico a quello giuridico. Ed infatti l'obiettivo polemico di Jona è proprio nella dottrina 'giuridica' della elezione come designazione di capacità, che a suo giudizio ridurrebbe le assemblee rappresentative a mero organo di governo ed i deputati a funzionari dello Stato incaricati dell'attività legislativa (41). Dal fatto stesso che Jona abbia avvertito l'esigenza di qualificare la sua ottica come 'sociologica' si deduce l'esistenza di un consolidato, per quanto recente, approccio 'giuridico', rispetto al quale la sua analisi aveva l'onere di qualificarsi e collocarsi. In conclusione, sul nostro *Archivio* la discussione sulle istituzioni rappresentative e sulla forma di governo è anch'essa già discussione disciplinare, e non più generico dibattito politico. Le opinioni possono essere diverse, ed addirittura diverse sono le 'realtà' della rappresentanza, dalla designazione di capacità di Orlando al potere dei gruppi di Jona, ma ciascuna di esse vale, ed ha un peso specifico nel dibattito, in quanto si produce in un contesto disciplinare, in quanto sia opinione giuridica, sociologica, o altro.

Cerchiamo ora di concludere sul punto. Se l'obiettivo generale dell'*Archivio* era quello di costituire una scuola, di formare una disciplina, si può dire che i materiali offerti a livello di 'diritto pubblico generale' producano nel loro complesso la tangibile immagine di un conseguente serrato impegno in questa direzione, di un programma che tende a realizzarsi. Siamo infatti convinti che l'*Archivio* contribuì non poco, in questo àmbito, a creare modelli e stili argomentativi propri in senso specifico dei giuristi di diritto pubblico, e soprattutto contribuì a definire il loro campo teorico, a situare in modo più preciso i loro discorsi circa i fondamentali concetti di sovranità, di libertà, di governo, di rappresentanza,

(41) *Ibid.*, pp. 336-337. È inutile qui sottolineare come le tesi di Jona fossero nel merito in clamoroso contrasto con quelle di Orlando. Infatti, come pensare alle elezioni in chiave di 'designazione di capacità' quando gli eletti — secondo Jona — avevano vinto la loro battaglia solo perché più vicini ad interessi organizzati in quel momento più forti? Come pensare — con Orlando — a partiti politici in grado di collaborare alla selezione dei cittadini più capaci, quando quei partiti non sono altro che più complesse federazioni d'interessi?

indicando anche la loro immediata corrispondenza ad una 'realtà' istituzionale come tale percepibile solo dai giuristi medesimi. Dobbiamo ora procedere avanti nella nostra analisi, e vedere se anche sul terreno dell'amministrazione, dell'attività dello Stato e del diritto che la regola, è ravvisabile un bilancio così decisamente positivo.

c) Nel programma dell'*Archivio* Orlando aveva perfettamente intuito che nessuna nuova identità disciplinare giuspubblicistica era pensabile senza il decisivo riferimento all'amministrazione ed al diritto amministrativo. Dai *Principii di diritto amministrativo* dello stesso Orlando, che ampiamente si trasfondevano in quel programma, derivava inoltre l'esigenza — come abbiamo visto nel paragrafo precedente, *sub c*) — di una più puntuale delimitazione di campo nei confronti della ormai vastissima attività dello Stato, ed in particolare l'esigenza di un'intera ricostruzione del diritto amministrativo sociale, ovvero di quel diritto che si realizzava nel contesto dell'attività sociale dello Stato. Ora, il problema che abbiamo di fronte è misurare e valutare quanto questi programmi, e queste esigenze, trovino uno strumento adeguato di risposta nel nostro *Archivio*, quanto il periodico palermitano riesca effettivamente a configurare una vera e propria identità disciplinare giuspubblicistica a livello amministrativo. Come abbiamo visto, l'identità del giurista di diritto pubblico usciva rafforzata dall'impegno dell'*Archivio* sul piano del 'diritto pubblico generale'. Ma può dirsi lo stesso per il diritto amministrativo? È l'*Archivio* in grado di proporre un definito campo teorico che qualifichi in pieno la specificità del lavoro del giurista di fronte alle strutture amministrative pubbliche? La risposta è — come io credo — decisamente negativa. In primo luogo, appare assai debole la discussione più generale sui confini da fissare all'impegno teorico dei giuristi di diritto amministrativo. Le stesse tesi di Orlando circa l'opportunità di distinguere tra 'attività giuridica' ed 'attività sociale' dello Stato, e la connessa proposta del 'diritto amministrativo sociale', trovano un'eco assai debole e frammentata nelle pagine dell'*Archivio* (42). Ma ciò che soprattutto

(42) Vedi comunque M. La Via-Bonelli, *Questioni sistematiche di diritto amministrativo*, in *ADP*, III, 5; un intervento di V.E. Orlando, *Pro domo mea. A proposito di una critica alla mia (?) definizione del diritto amministrativo*, in *ADP*, IV,

manca clamorosamente nella nostra rivista è il livello intermedio tra la discussione sui compiti della scienza giuridica e l'analisi del diritto positivo, ovvero il livello delle teorie giuridiche amministrativistiche, dei principii, della dogmatica: invano cercheremmo dunque nelle pagine dell'*Archivio* quei tentativi di precisazione concettuale che in seguito diverranno centrali nella scienza italiana del diritto amministrativo, in tema di atto amministrativo, di legge e regolamento, di poteri discrezionali della pubblica amministrazione, di rapporti di diritto amministrativo e di organizzazione amministrativa, di amministrazione diretta dello Stato ed amministrazione autarchica, di diritto pubblico patrimoniale e proprietà pubblica, di atti di diritto privato della stessa amministrazione (43). Un'unica lodevole eccezione è in questo senso data proprio dal direttore, che interviene sull'*Archivio* per discutere il concetto di responsabilità diretta dello Stato (44). Qui effettivamente l'analisi del diritto positivo e della giurisprudenza non si disgiunge mai dall'esigenza di ricostruire un concetto giuridico, di formulare una dottrina che sappia fornire risposte adeguate, e disciplinarmente definite, nei confronti di una certa realtà dei pubblici poteri in via di ridefinizione (45). Ma si

---

390, ed una successiva lettera di precisazione di S. De Luca Carnazza, *A proposito della definizione del diritto amministrativo. Lettera al direttore*, in *ADP*, IV, 456. Per quanto riguarda il 'diritto amministrativo sociale', non sapremmo indicare un solo saggio che si occupi in modo diretto delle forme giuridiche atte a strutturare la prestazione di un servizio pubblico qualificabile d'interesse sociale, secondo le definizioni già fornite da Orlando, ed a noi già note. Vedi comunque I. Levacher, *Intorno al diritto della provincia di ottenere il rimborso delle spedalità pel mantenimento dei mentecatti poveri*, in *ADP*, IV, 49.

(43) Come ideale punto di arrivo, ma anche e soprattutto di ulteriore sforzo ricostruttivo, può essere ricordato in proposito come modello S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901. Avremo occasione, nella ultima parte di questo contributo, di tornare sui *Principii* di Romano.

(44) V.E. Orlando, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *ADP*, III, 241 e 321. Vicino alla problematica affrontata da Orlando, ma collocato su un altro piano, è R. Porrini, *Della competenza dell'autorità giudiziaria nelle questioni di responsabilità civile contro pubblici funzionari*, in *ADP*, VI, 97.

(45) In particolare, nel saggio, citato *supra*, alla nota precedente, Orlando sostiene la necessità di rivedere il concetto stesso, e l'istituto giuridico, della responsabilità, in corrispondenza con un mutato 'sentimento giuridico' della collettività. Così, vedendo come nel diritto civile, ed in particolare nella materia degli infortuni sul lavoro, si muove

tratta — come sopra dicevamo — dell'unico esempio che il nostro periodico ci offre. Non che problemi delle pubbliche amministrazioni del tempo, dalla situazione dei comuni alle imposte, al pubblico impiego, alle concessioni, non siano presenti nell'*Archivio* (46), ma ciò che a noi interessa è che essi vengono trattati secondo logiche di carattere puntuale-esegetico, in chiave di commento della legislazione vigente. Manca quindi lo strutturarsi di un discorso sull'amministrazione che possa pienamente definirsi *dottrinale*, e con ciò manca una componente essenziale di quella identità giuspubblicistica che è possibile solo quando i giuristi mostrano di possedere un proprio linguaggio, e proprie teorie — l'atto, il rapporto, la prestazione, e così via — idonee a sostenere uno sforzo del tutto autonomo

---

dal concetto d'impresa per giungere, attraverso il rischio, alla definizione della responsabilità anche in modo indipendente dalla colpa, ovvero anche senza un'adeguata dimostrazione della riconducibilità dell'evento dannoso alla volontà dell'agente, Orlando giunge ad ammettere per il diritto pubblico-amministrativo la figura della responsabilità diretta dello Stato per un evento dannoso collegato alla sua attività, pur al di fuori da ogni ipotesi di violazione di legge o di responsabilità del singolo funzionario. È da notare inoltre come Orlando sia qui in polemica con quelle visioni unilateralpubblicistiche che non avrebbero mai ammesso di poter derivare conseguenze di così vasta portata in àmbito pubblico-amministrativo a partire dalla percezione di mutamenti intervenuti nel diritto civile. È evidente invece come Orlando sia alla ricerca in qualche misura di un nuovo concetto di responsabilità fondato su principii di 'diritto comune'. Per altri interventi di Orlando che, pur trattando oggetti assai specifici, in qualche modo implicano il riferimento a questa dimensione del 'diritto comune', vedi V.E. ORLANDO, *Dell'esecuzione forzata sui proventi delle imposte*, in *ADP*, II, 121; ID., *Ancora sui rapporti fra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *ADP*, II, 370; ID., *Recensione* a L. CAGNETTA, *Stipendio* (estratto dal *Digesto Italiano*), Torino, 1893, in *ADP*, III, 155. Da menzionare anche A. LONGO, *Rivista della giurisprudenza*, in *ADP*, I, 59, che discute le tesi di Orlando in materia di pubblico impiego.

(46) Possiamo qui ricordare: A. LONGO, *Esecuzione di contratti relativi a concessioni esclusive fatte dalle amministrazioni pubbliche ad un privato relativamente a servizi pubblici*, in *ADP*, II, 142; I. LEVACHER, *Sulla gestione di affari nel diritto amministrativo*, in *ADP*, IV, 217; R. PORRINI, *Della successione dei comuni*, in *ADP*, IV, 288 e 321; F. TOMMASINI, *Osservazioni sull'istituto dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali*, in *ADP*, V, 241; A. LONGO, *Del servizio pubblico assunto volontariamente da un privato*, in *ADP*, V, 401. Interessano la pubblica amministrazione anche C. CAGLI, *Del controllo preventivo costituzionale esercitato dalla Corte dei conti*, in *ADP*, IV, 361 e 413, e V, 5, 96 e 173; e C. SCHANZER, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in *ADP*, VI, 156.

e specifico di descrizione e ricostruzione della realtà amministrativa pubblica (47).

Di tutto ciò si accorse probabilmente lo stesso Orlando. Infatti, se è vero che il periodico palermitano — come abbiamo già osservato — cessò di vivere nel momento in cui il suo direttore, eletto deputato, iniziò a trasferire le sue attività verso Roma, è altrettanto indubitabile che in quel medesimo momento lo stesso Orlando, per quanto preso dai nuovi incarichi politici e dall'approccio con la capitale, trovò il modo ed il tempo di mettere in cantiere una nuova impresa culturale di notevoli dimensioni, il *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*. È anzi proprio l'ultimo fascicolo dell'*Archivio* che annuncia il *Trattato*, quasi a simboleggiare la necessità di un ideale passaggio di consegne (48). Nella circolare di Orlando diretta ai futuri collaboratori, ed in quella dell'editore diretta al pubblico, è del tutto trasparente l'intenzione di voler procedere verso quella ricostruzione sistematica, per principii ed istituti, del diritto amministrativo italiano, che era mancata quasi del tutto — come abbiamo visto — nelle pagine dell'*Archivio*. Ed è inoltre la scienza in primo piano, anche per la guida che essa può svolgere in direzione di una prassi altrimenti instabile e frammentata. Non è la legislazione l'oggetto principe e dichiarato del *Trattato*; anzi, è « dalla massa informe e greggia delle norme positive » che la scienza chiamata a formarsi nella nuova opera collettiva deve ricavare le lineari figure degli istituti giuridici (49). Il *Trattato* vuole essere dunque opera di scienza, e vuole essere tale fino al punto di suggerire esplicite cautele ai futuri collaboratori anche nell'uso della stessa giurisprudenza, che non deve mai essere così soffocante da ridurre l'analisi scientifica a « nuda rassegna di massime » (50). Si tratta di quella scienza che troverà nelle monografie inserite nel *Trattato*, per opera dei prestigiosi nomi dello stesso Orlando, di

---

(47) Come vedremo più avanti, i medesimi problemi si pongono in modo diverso nel contesto dell'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana* del 1902, dove il ruolo marginale riservato ad una certa dogmatica amministrativistica è funzionale alla proposizione di un determinato scambio comunicativo tra dottrina e prassi.

(48) V.E. Orlando, *Per un Trattato di diritto amministrativo italiano*, in *ADP*, VI, 466, cui segue la circolare illustrativa dell'editore (Società Editrice Libraria di Milano).

(49) *Ibid.*, p. 471.

(50) *Ibid.*, p. 468.

Santi Romano, di Cammeo, di Ranelletti, di Borsi, di Forti, e di altri, un momento essenziale di crescita e di identificazione disciplinare. Dal 1897, data del primo volume, e lungo tutto il corso dei decenni successivi, fu un susseguirsi continuo — anche se certo non rapidissimo! — di monografie, che andavano a coprire le caselle del piano generale ideato da Orlando (51). Alla fine, l'impressione, complessiva che si riceve è quella di uno sforzo imponente, che produce frutti sul piano dell'identità disciplinare ben più cospicui di quelli, in realtà assai modesti, offerti dall'*Archivio*. Al di là delle soggettive intenzioni del direttore del periodico palermitano, quest'ultimo risulta essere, nel suo complesso e nella sua oggettività di prodotto culturale finito, assai periferico rispetto alla linea principale costitutiva di un sapere giuridico specialistico in campo amministrativo, che passa più che altro attraverso il *Trattato* e le grandi sintesi manualistiche del

(51) Il piano di Orlando, che si trova esposto in dettaglio anche in V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897, pp. 164-165, ricalca la grande partizione, già nota, tra 'attività giuridica' ed 'attività sociale' dello Stato, formulata nei *Principii di diritto amministrativo* del 1891, e si traduce in un'analitica programmazione dei diversi volumi del *Trattato*. Un bilancio di ciò che il *Trattato* effettivamente fu rispetto al programma disegnato da Orlando non è ovviamente possibile in questa sede. Colpisce comunque una circostanza, che può essere solo segnalata, e sulla quale converrebbe forse riflettere ulteriormente. Si tratta della straordinaria concentrazione di forze che subito si realizzò tra i maestri del diritto amministrativo italiano sul terreno della struttura della pubblica amministrazione, della sua tradizionale attività 'giuridica', del sistema di difese giurisdizionali del cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione. Questa parte del *Trattato*, alla quale si aggiungerà ben presto anche l'analisi del Comune, è già pronta nei primissimi anni del secolo. Il fallimento più grave riguarda invece — ecco la circostanza su cui indagare ulteriormente — il settore della 'attività sociale', di quello che Orlando già nel 1891 aveva chiamato il 'diritto amministrativo sociale'. Qui è particolarmente evidente il clamoroso ritardo del volume sesto, che avrebbe dovuto comprendere la polizia edilizia, la legislazione industriale e la legislazione operaia e sociale. Il volume in questione viene pubblicato solo nel 1930, cosicché oggi non si dispone di alcuna trattazione giuridico-amministrativa della legislazione sociale, pubblicata nel corso dell'età giolittiana. Si deve infine osservare — ma avremo occasione di tornare sul tema — che quando si discute del *Trattato* come sede di sviluppo della dogmatica amministrativistica ci si riferisce più al taglio di alcuni noti contributi — ad esempio, quelli di Santi Romano —, o all'idea generale della dottrina come necessaria 'guida' della prassi, che non al vero e proprio disegno complessivo di Orlando, che rimane di tipo descrittivo-esegetico.

primo decennio del nuovo secolo (52). È solo dopo queste che è possibile pensare ad una definita immagine del giurista di diritto amministrativo, ad un suo proprio linguaggio, a dottrine specificamente giuridiche dei soggetti amministrativi pubblici e della loro attività. Da questo punto di vista, il nostro *Archivio* vive in una fase poco più che embrionale, conferma la sua fondamentale caratteristica di periodico di stampo accademico, rivolto a precisare il campo teorico della giuspubblicistica sul livello quasi esclusivo del 'diritto pubblico generale', ma non ancora in grado di formulare proposte definite in ordine al ruolo ed ai compiti della scienza giuridica di fronte alla concreta ed operante realtà della pubblica amministrazione. Con ciò, è già introdotto, anche se solo in modo allusivo, un altro percorso di lettura dell'*Archivio*, che concerne il rapporto delle nostre discipline con la prassi.

d) La dimensione della prassi, sia essa quella amministrativa degli enti pubblici e delle amministrazioni centrali e locali, sia essa quella parlamentare, sia essa infine quella delle giurisdizioni, ordinaria ed amministrativa, non era certo dimensione estranea al direttore dell'*Archivio*, alla sua formazione culturale e professionale, al suo modo d'intendere il lavoro del giurista. Si può dire anzi che Orlando adoperò spesso l'*Archivio* per prendere posizione su concreti aspetti della prassi istituzionale del suo tempo (53). Ma una cosa sono le personali inclinazioni del direttore, che tra l'altro al tempo dell'*Archivio* andava definendo in modo crescente la sua figura

---

(52) Oltre ai già ricordati *Principii* di Santi Romano del 1901, si debbono ricordare quanto meno F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, due volumi, Padova, 1911; e O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912.

(53) Per questi interventi, vedi: V.E. ORLANDO, *Il criterio giuridico delle circoscrizioni elettorali*, in *ADP*, I, 213; e ID., *La rappresentanza proporzionale e le amministrazioni comunali italiane*, in *ADP*, I, 450. A questi, si aggiungono altri specifici piccoli saggi dedicati soprattutto alla prassi parlamentare: ID., *Della responsabilità penale dei membri del Parlamento pel titolo di corruzione*, in *ADP*, III, 134; ID., *L'ufficio di Presidente nei collegi amministrativi (a proposito di un recente caso di giurisprudenza parlamentare)*, in *ADP*, III, 202; ID., *La legge sulle incompatibilità parlamentari e la necessità di una revisione di essa*, in *ADP*, IV, 43; ID., *La condizione giuridica dei Senatori non convalidati*, in *ADP*, V, 207. Su problemi analoghi, vedi anche A. MAJORANA, *La convocazione straordinaria delle Camere*, in *ADP*, III, 315; e G. CRISAFULLI, *La guarentigia dei deputati nei procedimenti penali*, in *ADP*, IV, 12, 249 e 401.

anche sul piano professionale e della politica attiva, altro è il periodico palermitano nel suo complesso, l'immagine 'media' di giurista che esso configura, ed in particolare — per ciò che ora ci riguarda — il posto che in questa immagine occupa in senso costitutivo il rapporto con la prassi. Da questo secondo punto di vista, la domanda che dobbiamo porci è relativa in primo luogo al grado d'informazione che la nostra rivista intende fornire circa le tendenze giurisprudenziali in atto, ed i movimenti effettivi della prassi in senso più ampio. Il problema della informazione è centrale proprio perché si è qui di fronte ad un periodico; e la garanzia di un'informazione periodica sulla prassi è normalmente il fattore che consente ad una rivista giuridica di allargare il suo pubblico al di là dei confini accademici in senso stretto, rivolgendosi anche al variegato popolo dei pratici legato quotidiamente ai problemi che emergono nel contesto della prassi medesima. Ora, in senso più specifico, la domanda da porre è la seguente: quanto in effetti l'*Archivio* puntò anche ad una diffusione di questo genere? Poiché — come già sappiamo — il suo scopo principale era quello di contribuire a formare una disciplina, quanto questa disciplina veniva a configurarsi esclusivamente come 'scienza di professori', e quanto invece si pensava contestualmente anche alla prassi, ovvero alla costruzione di un'identità disciplinare nella quale potessero riconoscersi anche gli operatori pratici del diritto? Quanto si pensava al giurista di diritto pubblico anche come avvocato, come magistrato, come pubblico amministratore? È evidente che una risposta a queste domande non può venire da questo o da quel saggio inserito nell'*Archivio*, ma solo dalla struttura complessiva della rivista, con particolare riguardo agli strumenti in essa contenuti che siano più direttamente rivolti alla informazione sui movimenti effettivi della prassi.

Intanto, è da valutare la *Rivista della giurisprudenza*, presente, anche se in forma e dimensioni diverse, in quasi tutti i fascicoli dell'*Archivio*. Nella quarta annata, del 1894, troviamo una chiave di lettura complessiva di questa particolare rubrica del nostro periodico (54). Infatti, nel tentare in quell'anno una svolta nella impostazione generale della rubrica medesima, la redazione tenta di cogliere

(54) *La Giurisprudenza di diritto pubblico*, in *ADP*, IV, 57.

i limiti dell'esperienza svoltasi in proposito nei primi tre anni di vita della rivista. Il carattere « esclusivamente scientifico » — questa la diagnosi — dell'*Archivio* aveva collocato la rassegna giurisprudenziale esclusivamente in un àmbito, che era quello della ricerca dottrinale attorno a casi specifici, ed a partire da essi (55). Il taglio era quello di una rivista diretta ad un pubblico accademico, che propugnava teorie delle quali si cercava riscontro anche nella prassi, o che comunque andavano complicandosi attraverso il riferimento alla prassi. Ora invece l'intento è diverso, e l'*Archivio* si propone soprattutto di informare attorno alle « più importanti questioni, attinenti alle discipline nostre, che si sono presentate dinanzi le corti giudiziarie ed il supremo magistrato amministrativo » (56). In una parola, il tentativo è quello di passare dalla discussione sui principii condotta a partire da casi di giurisprudenza ad una vera e propria rassegna giurisprudenziale che dia conto delle tendenze in atto, e quindi sia strumento utile anche per gli operatori pratici. Diciamo subito che di questa svolta nella vita della rivista rimane ben poco (57). Anzi, il vero e proprio fallimento di questo tentativo di rinnovare il carattere dell'*Archivio* allargando il suo pubblico è per noi estremamente significativo dei limiti oggettivi entro i quali si svolgeva l'attività del periodico palermitano. Ciò non riguarda solo la giurisprudenza, ma anche altre rubriche dal taglio prevalentemente informativo, che appaiono solo episodicamente nell'*Archivio*, non riescono ad attecchire nel suo tessuto, e quindi rimangono esterne al suo carattere principale (58). Tutto ciò conferma come tale carattere — come già abbiamo visto a proposito delle differenze di attenzione tra il diritto pubblico generale ed il diritto amministra-

---

(55) Un esempio piuttosto chiaro in questa direzione in A. Longo, *Rivista della giurisprudenza*, in *ADP*, I, 59, dove a partire da singoli casi specifici in effetti si discute soprattutto dei problemi della dogmatica e della dottrina, in questo caso degli sforzi di qualificazione del rapporto di pubblico impiego in senso più o meno accentuatamente pubblicistico.

(56) *La Giurisprudenza di diritto pubblico*, cit., p. 57.

(57) Ritroviamo la *Giurisprudenza di diritto pubblico* ancora in *ADP*, IV, 145, 231, 309, 446. Negli ultimi due anni dell'*Archivio* si ritorna al vecchio metodo delle note critiche a sentenza.

(58) Mi riferisco soprattutto alla *Rivista della legislazione italiana*, in *ADP*, I, 68, 299 e 459, e II, 149, utile strumento informativo mai più in seguito proposto ai lettori.

tivo — sia essenzialmente accademico, nel senso che la definizione del campo teorico della giuspubblicistica avviene pensando in primo luogo ai professori, alla necessaria omogeneità di linguaggio e di tecniche soprattutto a livello dei grandi concetti fondamentali ordinariamente propri delle trattazioni scientifiche di sintesi. Del resto, da un certo punto di vista, non poteva essere altrimenti. Bisogna infatti pensare che il mercato dei pratici era già soddisfatto da un altro periodico, *La Giustizia amministrativa*, che si pubblicava a partire dal 1890 (59). Era questo il periodico sul tavolo dei magistrati e degli avvocati; e tutto lascia supporre che specialmente per questi secondi, che andavano in quegli anni attrezzando la loro attività professionale anche verso le competenze giurisdizionali della IV Sezione del Consiglio di Stato, l'*Archivio* di Palermo fosse poco più che una faccenda di professori (60).

Ma c'è di più. La prassi, intesa nel nostro latissimo senso, non è solo la giurisprudenza. Intendiamo dire che nell'*Archivio* sembra mancare soprattutto una qualche informazione sui movimenti effettivi, di struttura e di attività, della pubblica amministrazione. La rivista orlandiana non ci fornisce alcuna informazione — e non forniva dunque alcuna informazione ai suoi lettori di fine secolo — sulle tendenze in atto nell'amministrazione, sul decentramento, sulle

---

(59) *La Giustizia amministrativa* (raccolta di decisioni e pareri del Consiglio di Stato, di decisioni della Corte dei Conti, di Sentenze della Cassazione di Roma in materia elettorale e di competenza tra l'autorità giudiziaria ed amministrativa, di decisioni delle Giunte Provinciali Amministrative), sotto la direzione dell'avvocato Biagio Lomonaco. A partire dal 1890 si stampava anche l'altra rivista diretta ai pratici, *Giustizia nell'amministrazione*, con la quale si fonderà la bolognese *Rivista di diritto pubblico*.

(60) La discussione sulla IV Sezione del Consiglio di Stato è comunque piuttosto estesa anche sulle pagine dell'*Archivio*: G. Leporini, *Dei ricorsi alla Sezione Giurisdizionale del Consiglio di Stato per l'eseguimento dei giudicati sugli atti amministrativi lesivi di diritti*, in ADP, I, 107; V.E. Orlando, *Rapporto tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in ADP, II, 58 e 370; R. Porrini, *Della incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge come mezzi d'impugnativa avanti la giurisdizione amministrativa di annullumento*, in ADP, III, 43 e 81; V.E. Orlando, *Ammissibilità della prova testimoniale dinanzi la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ADP, IV, 140; I. Levacher, *Rapporti fra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in ADP, IV, 305; F. Auriti, *Rapporti fra la IV Sezione del Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione*, in ADP, V, 61; E. Pascale, *Il diritto pubblico e la Cassazione di Roma*, in ADP, VI, 5, con *Nota* di Orlando, 24.

realtà comunali, sulle questioni finanziarie, sul pubblico impiego, sui servizi pubblici e le ipotesi di municipalizzazione (61). Non che qualcuno di questi problemi non sia presente nella rivista, ma lo è attraverso lo strumento del saggio, o della singola nota a sentenza, e mai in chiave di organica e periodica informazione, di 'rivista amministrativa', di pubblicazione di quegli atti, di quelle risoluzioni, di quelle deliberazioni, che potevano da vicino interessare il lavoro dei pubblici funzionari, altra cospicua fascia di possibili lettori, che in effetti furono con tutta probabilità assai distanti dal periodico siciliano.

Concludiamo ora su questo punto della nostra trattazione. Abbiamo visto come dall'*Archivio* si diparta una linea di sviluppo del discorso giuspubblicistico che conduce al *Trattato di diritto amministrativo*. È una linea di avvicinamento alla prassi nel senso che le costruzioni dogmatiche del *Trattato* hanno la pretesa di orientare concrete soluzioni operative della pubblica amministrazione, o in materia di pubblica amministrazione, più di quanto non potessero pretendere i concetti generalissimi di quel diritto pubblico generale che era così prevalente nelle pagine dell'*Archivio*. Ma, a ben guardare, si tratta di uno sviluppo interno alla stessa linea che era stata propria del periodico palermitano. Nell'idea della scienza come necessaria 'guida' della prassi — che abbiamo già visto a proposito della circolare orlandiana rivolta ai futuri collaboratori del *Trattato* — è infatti contenuta proprio l'aspirazione della giuspubblicistica intesa come 'scienza dei professori' ad estendere il suo campo dal diritto pubblico generale al diritto dell'amministrazione. Anzi, da un certo punto di vista, si può dire che le ponderose monografie inserite nel *Trattato* rappresentino, nel loro complesso, la massima espressione di un sapere giuridico di stampo francamente accademico.

I problemi che abbiamo esaminato nelle ultime pagine, con riferimento diretto alla prassi, si collocano invece ad un altro livello. Non è più in discussione quanto la scienza ponga tra i propri obiettivi fondamentali quello di essere direttamente operativa sulla prassi, ma piuttosto quanto si possa parlare di un'equazione secca

(61) Un'eccezione in ADP, VI, 51, dove si riproduce il testo di un ricorso di alcuni cittadini di Firenze alla Giunta Provinciale Amministrativa contro la locale Società per il Gas, in tema di monopoli comunali.

tra scienza e giuspubblicistica, e quanto invece di questa seconda debba essere parte in senso costitutivo anche la stessa prassi. Si pone quindi, non tanto il problema di ricercare sedi più adatte allo sviluppo di una certa riflessione dogmatico-scientifica — come nel passaggio dall'*Archivio al Trattato* —, quanto soprattutto l'esigenza di prospettare strumenti di diffusione del sapere giuspubblicistico, che presuppongano un'immagine del giurista di diritto pubblico comprensiva anche degli operatori della prassi, e con essa il riferimento obbligato ad una sorta di 'cultura del diritto pubblico' che attraversi orizzontalmente tutto il campo della giuspubblicistica, dalla teoria alla prassi, e viceversa. Come vedremo nel successivo capitolo, è possibile anche a questo proposito individuare una linea di uscita dall'*Archivio* palermitano, che in questo caso conduce verso quell'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana* che fu fondato a Roma nel 1902 dallo stesso Orlando e da Luigi Luzzatti. Per ora conviene procedere all'analisi dell'ultimo percorso interno al periodico palermitano, che abbiamo riferito alla nozione di 'effettività costituzionale'.

e) La nostra 'effettività costituzionale' è cosa ben diversa dalla prassi. Mentre per questa ultima è decisivo il riferimento ad un'informazione periodica, garantita in modo certo, e tendenzialmente completa, la dimensione della 'effettività costituzionale' si consuma invece in singoli episodi, che possono essere assunti, per la loro rilevanza politica in senso lato e spesso anche per il clamore di opinioni che suscitano, come particolarmente rivelatori delle tendenze effettive che animano le istituzioni, o anche dei pericoli che sembrano minacciarle. Ed ancora: mentre la prassi è per sua natura puntuale e di settore, nel senso che se ne può discutere solo pensando a singoli gruppi di problemi e di soggetti pubblici, dai magistrati, ordinari ed amministrativi, agli stessi legislatori, agli amministratori, la 'effettività costituzionale' si riferisce all'intero modello politico-costituzionale, è una dimensione nella quale si pretende di cogliere, spesso guardando a decisivi aspetti del rapporto Stato-cittadino o a delicati problemi di equilibrio tra i vertici dello Stato, il profilo intero del modello costituzionale, i valori ai quali di fatto esso si riconduce, ed in prospettiva le sue sorti future. Infine, sotto un ultimo profilo, è il punto di vista della già nota 'scienza dei professori' che distingue la prassi dalla 'effettività costi-

tuzionale': mentre la prima è per quella scienza un termine di riferimento esterno, ma pur sempre giuridico, che chiede al giurista-scienziato solo una maggiore attenzione al possibile significato operativo delle proprie costruzioni, la seconda rinvia ad una diversa sensibilità del giurista, che implica un suo più aperto discorrere sullo Stato e sulle sorti dell'intero modello costituzionale, la definizione di una specifica forma d'impegno civile e politico.

Tutto ciò si condensa, per ciò che riguarda l'*Archivio*, in una serie di interventi mirati in una certa direzione, e soprattutto in una speciale rubrica, che assume il significativo titolo di 'Questioni contemporanee di diritto pubblico positivo'. La rubrica è introdotta nella prima annata dell'*Archivio* da una pagina di Orlando che, nel momento in cui prende le distanze da una « pericolosa attualità » di stampo politico-partitico, in realtà manifesta l'esigenza di servirsi di questo strumento periodico per « togliere la scienza dalle vette filosofiche di cui troppo si compiace » (62). Più che le singole questioni trattate, è appunto questo taglio generale impresso da Orlando alla rubrica — e non solo a questa (63) — che a noi in primo

---

(62) V.E. Orlando, *Questioni contemporanee di diritto pubblico positivo*, in ADP, I, 42. Questo primo numero delle 'questioni' è dedicato alla Tassa d'ingresso nei musei e biblioteche apostolici, tema sul quale si era accesa una certa discussione coinvolgente aspetti più generali del rapporto Stato-Chiesa. Alle sollecitazioni di Orlando rispondono, con lettere al direttore, Francesco Scaduto e Giuseppe Salvioli. Il dibattito continua in ADP, I, 122.

(63) Infatti, problematiche legate alla 'effettività costituzionale', e direttamente suggerite da questa alla redazione dell'*Archivio*, si trovano anche al di fuori della rubrica, disseminate un pò in tutta la rivista. Si può ricordare l'interessante discussione sul caso del bilancio del Ministero di Grazia e Giustizia, respinto dalla Camera: V.E. Orlando, *Il caso del bilancio respinto*, in ADP, III, 159; e A. Majorana, *Il rigetto del bilancio*, in ADP, III, 197, con significative divergenze di opinioni. Notevole anche il saggio di L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in ADP, IV, 81, direttamente sollecitato dalla nota proclamazione dello stato d'assedio in Sicilia; da segnalare anche come la rivista, nella rubrica di giurisprudenza, dedichi una specifica sezione allo spinoso problema della ammissibilità del ricorso in Cassazione contro le sentenze dei Tribunali militari investiti di particolari competenze proprio dalla proclamazione dello stato d'assedio, in ADP, IV, 150. Infine, non è da sottovalutare la materia della organizzazione degli studi universitari, che l'*Archivio* tratta in relazione ad uno specifico disegno di legge: *Memoriale sul disegno di legge intorno all'autonomia delle Università* (redatto per cura di una commissione di professori ordinarii dell'Università di Palermo), in ADP, V, 161; V.E. Orlando, *La relazione sul disegno di legge per l'autonomia delle Università*, in

luogo interessa, al fine di precisare ulteriormente i caratteri di quella identità del giurista di diritto pubblico implicita nel progetto dell'*Archivio*, che costituisce — come sappiamo — il filo conduttore della nostra ricostruzione.

C'è tuttavia da segnalare quanto meno un caso specifico, anche se solo in via del tutto esemplificativa. Si tratta della 'questione' esaminata nella sesta ed ultima annata dell'*Archivio*, relativa alla istituzione di un Regio Commissario civile per la Sicilia. Com'è noto, il Governo affidò a questa nuova figura istituzionale, mediante propri strumenti normativi, una vasta serie di competenze, proprie di ben cinque Ministeri, al fine di progettare il risanamento di diversi aspetti della vita politica ed amministrativa della Sicilia. L'intervento in proposito di Orlando rappresenta un vero e proprio modello di trattazione 'giuridica' di uno spinoso problema — non dimentichiamo che la rivista si stampava a Palermo — che la dimensione della effettività imponeva all'attenzione anche della dottrina, della nostra 'scienza dei professori' (64). Secondo Orlando, nella istituzione di un Commissario Civile per la Sicilia non è contenuto, né un abuso del potere esecutivo (65), né un embrione di ordinamento

---

ADP, V, 473; ID., *Le minori riforme all'ordinamento universitario. La scelta del Rettore*, in ADP, VI, 229. Tra le 'Questioni contemporanee di diritto pubblico positivo' è da segnalare anche V.E. ORLANDO, *Il diritto pubblico al III Congresso giuridico. L'azione popolare. La repressione dell'astensionismo elettorale*, in ADP, I, 376.

(64) V.E. ORLANDO, *Il commissario civile per la Sicilia*, in ADP, VI, 73.

(65) Come alcuni sostenevano, e come sostenne sulle pagine dell'*Archivio* anche G. MOSCA, *Il Gabinetto in ltalia e la creazione di un Regio Commissario in Sicilia Ministro senza portafoglio*, in ADP, VI, 241. Le tesi di Mosca si riferivano soprattutto al modo con il quale era stato istituito il commissariato, ed alla anomala posizione del commissario in seno al Gabinetto. Il commissariato fu istituito con R. Decreto del 5 aprile 1896 n. 94, poi convertito in legge il 30 luglio dello stesso anno, e fu affidato a Giovanni Codronchi, che divenne così superiore gerarchico dei prefetti siciliani, con competenze a lui delegate dai Ministeri dell'Interno, delle Finanze, dei Lavori Pubblici, della Pubblica Istruzione, della Agricoltura, Industria e Commercio; il commissario poteva ordinare ispezioni negli uffici e sui bilanci degli enti locali siciliani. Il commissariato ebbe fine il 24 luglio 1897. I testi legislativi citati si trovano in *Il Commissariato civile del 1896 in Sicilia*, a cura di S. M. Ganci, Palermo-Firenze, 1958. Quello citato è l'unico saggio di Mosca sull'*Archivio*. Sui complessi rapporti Mosca-Orlando, vedi alcune osservazioni in M. FIORAVANTI, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897)*, in *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca ed i suoi sviluppi internazionali* (Archivio

autonomistico (66). Sono questi punti di vista prettamente 'politici', che riversano sulla concreta fattispecie aspirazioni politiche frustrate, e si pongono nella dimensione della denuncia, o comunque del confronto con modelli astratti fortemente orientati in senso prescrittivo. Il giurista di diritto pubblico è invece in grado di cogliere in questa circostanza, come in altre possibili, una semplice complicazione del diritto positivo vigente, che nel nostro caso si svolgeva nell'ambito di un normale potere di autoorganizzazione dell'esecutivo, con una semplice delegazione del Ministro dell'Interno, che istituiva un grado intermedio tra sé medesimo ed i prefetti siciliani. Non interessa ora discutere se la soluzione di Orlando sia la più corretta nel merito, ma mettere in rilievo come ad essa si giunga in virtù di un approccio che viene definito a chiare lettere 'giuridico', e 'scientifico', in opposizione all'intera discussione politica, che sul punto si era venuta sviluppando. Nella medesima prospettiva deve essere valutato infatti anche il dibattito sullo stato d'assedio, che già abbiamo ricordato (67). La dottrina della 'necessità' come diretta fonte di diritto può essere riletta in questo contesto come il frutto di un preciso sforzo della scienza giuridica, proteso a mostrare come una volta che si abbandoni il terreno di un mero commento di stampo politico, sia possibile scorgere anche in simili circostanze critiche uno specifico fondamento giuridico (68). Anche qui, 'politico' è il discorrere sullo stato d'assedio dal punto di vista della 'crisi' delle istituzioni, mentre 'giuridica' è quella analisi che riconduce il nuovo — per alcuni abnorme — diritto positivo ad un principio giuridico fisiologicamente presente in ogni esperienza collettiva, che

---

internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica, Serie italiana, vol. I), Palermo, 1982, pp. 349-366, ora in questo volume, pp. 181 e ss.; e la comune esperienza nella *Rassegna palermitana*: vedi *supra*, nota 34.

(66) Rappresenta questa opinione sull'*Archivio* F. Maggiore Perni, *Di talune proposte per migliorare le condizioni economiche, politiche e morali della Sicilia*, in ADP, VI, 131.

(67) Vedi *supra*, nota 63.

(68) Ciò appare chiaro nel saggio di L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, cit.; ed il tema ricorre anche in P. Canepa Vaccaro, *Sulle ordinanze d'urgenza (a proposito di sentenze recenti)*, in ADP, V, 336. Su posizioni divergenti A. Majorana, *Lo stato di assedio*, Catania, 1894, recensito da S. Romano, in ADP, IV, 317.

è quello della conservazione dello Stato, posta al centro della dottrina giuridica della 'necessità'.

Le soluzioni che i giuristi offrono in materia di effettività costituzionale possono essere ovviamente diverse, ma ciò che importa è che si possa parlare in modo distinto di soluzioni 'giuridiche', ovvero che la disciplina giuspubblicistica acquisti una sua più definita identità anche per questa via, attraverso un suo specifico ed autonomo porsi di fronte agli eventi che caratterizzano il proprio presente costituzionale. È inevitabile che su di essi, che spesso coinvolgono — come nel caso dello stato d'assedio — anche le sfere di libertà dei cittadini, si accenda la discussione politica, ma è appunto nei confronti di questa che è possibile individuare il nucleo autonomo del discorso giuridico, la sua caratterizzazione in senso specifico. Tale caratterizzazione è nel senso della *adesione* alle istituzioni esistenti, poiché l'approccio 'giuridico' consegue al rifiuto di un generico rinvenire la dimensione della 'crisi' ogni volta che l'azione statale si vada strutturando secondo forme problematiche, o comunque in modo ritenuto divergente da determinati modelli astratti assunti in modo fortemente prescrittivo. Ma ciò che interessa soprattutto è che si tratta della adesione di una disciplina, che in questo modo di porsi di fronte alla effettività costituzionale, in questo continuo sforzo di riconduzione di episodi ed eventi di particolare intensità politica alle linee del diritto positivo o a particolari principii giuridici, trova una parte consistente della propria identità. Quest'ultima non è data solo dalla presenza di uno specifico campo teorico, come abbiamo visto a proposito del diritto pubblico generale: si è giuristi di diritto pubblico anche perché di fronte agli eventi del proprio presente costituzionale si parla un linguaggio diverso da quello indifferenziato della politica, si parla il linguaggio del diritto positivo e dei principii giuridici.

Tentiamo ora di concludere sul punto. Abbiamo visto come spesso i professori dell'*Archivio* siano impegnati sul versante dell'effettività costituzionale. La nostra convinzione è che non si tratti di una circostanza accidentale, ma di un ulteriore fattore costitutivo della identità disciplinare giuspubblicistica. In realtà, la 'scienza dei professori' del nostro *Archivio* non vuole essere mera speculazione sui grandi concetti del diritto pubblico generale. Essa è consapevole di un'effettività costituzionale che soprattutto in determinate circo-

stanze critiche impone all'attenzione di tutti, ed anche degli stessi giuristi, un diritto positivo spesso fortemente problematico, di difficile riconduzione alle linee generali del modello costituzionale, sia esso denominato 'Stato di diritto', 'Stato moderno', od in altro modo. Di fronte a tale effettività, la 'scienza dei professori' deve scendere in campo, e contrapporre al generale discorrere politico sulla 'crisi' delle istituzioni il punto di vista 'obbiettivo' dell'analisi del diritto positivo e dei principii giuridici in esso presenti. Certo, si potrebbe discutere a lungo del significato ideologico di un intervento della dottrina nell'effettività costituzionale programmaticamente diretto a ricucire dall'interno le smagliature del modello costituzionale, sulla base di una preventiva indiscriminata rinuncia ad ogni funzione critica dall'esterno, fondata su possibili ipotesi alternative. Ma per noi conta soprattutto il fatto che proprio in tale intervento, indipendentemente dalle sue motivazioni più o meno scopertamente ideologiche, si costruisca una parte rilevante dell'identità disciplinare giuspubblicistica. I giuristi si riconoscono reciprocamente come tali anche su questo versante, ed in virtù di questa loro 'missione', che consiste nell'affiancare, e contrapporre, alla discussione politica sulle istituzioni e sulle loro dinamiche effettive un tipo di analisi condotta con strumenti e linguaggio rigorosamente giuridici. Dall'*Archivio* palermitano, e soprattutto dalle 'questioni contemporanee' di diritto pubblico che in esso furono trattate, scaturisce quindi questo ulteriore contributo alla definizione di una più compiuta identità disciplinare: i giuristi di diritto pubblico debbono avere in comune — per essere tali, cioè giuristi —, non solo un definito campo teorico, ma anche un loro specifico modo di porsi di fronte ai problemi della effettività costituzionale.

Nel concludere questa parte del nostro lavoro, dedicata all'*Archivio* palermitano, non si può non ritornare alla domanda-base formulata all'inizio: quale giuspubblicistica si è andata costruendo sulle pagine del nostro periodico (69)? La risposta può essere ora

(69) Sulla base di questa specifica domanda, la nostra lettura dell'*Archivio* è stata sicuramente selettiva, lasciando da parte contributi che potrebbero risultare interessanti da altri punti di vista. Voglio qui ricordare la costante collaborazione all'*Archivio* di Francesco Scaduto — vedi anche *supra*, nota 62 —, soprattutto come puntuale recensore

sufficientemente precisa. L'*Archivio* rappresenta la fase iniziale di una certa vicenda di storia disciplinare. È un momento nel quale l'interesse prevalente è rivolto verso il campo teorico del giurista-scienziato, del professore di diritto pubblico, tentando di creare i presupposti per una specificità ed autonomia del suo discorso scientifico rispetto al mare indifferenziato del dibattito sulle istituzioni. Ciò avviene sia nei confronti di possibili diversi approcci di carattere latamente sociologico, soprattutto per ciò che riguarda il livello del diritto pubblico generale, sia nei confronti della politica militante, al livello da ultimo esaminato della effettività costituzionale. Quando l'*Archivio* cessa le sue pubblicazioni, molto rimane ancora da fare sul piano di una compiuta identità disciplinare. In particolare — come abbiamo visto — era assente nel periodico siciliano un apprezzabile sforzo costruttivo di uno specifico sapere specialistico a livello amministrativo, era assente — per dirla con il senno di poi — la dogmatica del diritto amministrativo. Rimaneva inoltre aperto un problema di fondo: se il giurista di diritto pubblico dovesse essere solo l'ideatore di dottrine costituzionali, magari da rapportare anche alla più concreta, ma pur sempre episodica, dimensione della effettività costituzionale, o se di giuspubblicistica non si dovesse parlare in senso più ampio, con riferimento costitutivo e stabile alla prassi ed ai suoi operatori. Di questo ultimo aspetto, in qualche modo decisivo per una compiuta configurazione del ruolo della stessa 'scienza dei professori' del nostro *Archivio*, avremo occasione di discutere nelle pagine successive.

4. Il 21 marzo 1897 Vittorio Emanuele Orlando fu eletto per la prima volta deputato. Nei primi mesi di quello stesso anno circolava l'ultimo fascicolo dell'*Archivio* palermitano, che già annunciava — come abbiamo visto — il programma del *Trattato di diritto amministrativo*. La figura di Orlando balzava così fuori dall'am-

---

di opere di storia e diritto ecclesiastico, in ADP, I, 237, II, 470, III, 469, V, 72 e 156-57, VI, 233 e 479. Da segnalare anche una certa attenzione dell'*Archivio* per gli ordinamenti stranieri, sia con l'apposita 'Rivista della legislazione straniera', curata da G.B. Ugo, in ADP, I, 137, 226 e 285, II, 131, III, 70, sia con saggi di argomento più specifico: G. Arangio Ruiz, *Di una proposta di riforma della Camera dei Lords*, in ADP, V, 129; Id., *Le nuove leggi elettorali del Belgio*, in ADP, VI, 81, 359 e 401.

biente isolano. La prestigiosa direzione del *Trattato*, stampato per i tipi di un importante editore milanese e destinato a grande diffusione, si univa alla nuova dimensione di uomo politico di rilevanza nazionale, e contribuiva ad attirare l'attenzione sul giovane professore siciliano. È in questo contesto che giunge nel 1903 la chiamata alla Facoltà giuridica romana. Fu Luigi Luzzatti, che in quella Facoltà insegnava diritto costituzionale, a propugnare la chiamata di Orlando, come questi ebbe a ricordare non senza evidenti accenti di gratitudine (70). E fu Luigi Luzzatti, insieme allo stesso Orlando, a fondare nel 1902 quell'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana* del quale ci occuperemo più direttamente nel prossimo conclusivo capitolo.

Quale era il possibile terreno comune tra Orlando e Luzzatti (71)? Rispondiamo subito: certo non la disciplina, quella disciplina giuspubblicistica che era — come abbiamo visto — al centro del programma del trascorso *Archivio* palermitano. Basta una semplice lettura delle lezioni di diritto costituzionale di Luzzatti per capire la

---

(70) V.E. Orlando, *Introduzione* a L. Luzzatti, *Opere*, vol. IV, *L'ordine sociale*, Bologna, 1952, p. XVII; Id., *Commemorazione di Luigi Luzzatti*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 38 (1927), p. 187. Orlando fu chiamato per il 'Diritto pubblico interno'. Vedi comunque anche la prolusione romana del 1901: Id., *Diritto pubblico generale*, cit. (*supra*, nota 12). In realtà, come ricorda lo stesso Orlando nella *Introduzione* al quarto volume delle opere di Luzzatti, con la sua chiamata a Roma, più che coprire nuovi insegnamenti, si intendeva introdurre nella Facoltà un nuovo personaggio che garantisse una certa costante presenza nell'intero settore pubblicistico, dal momento che Luzzatti per il diritto costituzionale, e Salandra per il diritto amministrativo, erano continuamente presi da impegni di governo. Certo, se questo era l'intento della Facoltà, bisogna dire che Orlando non si occupò molto della cosa: l'infaticabile professore siciliano nel 1903 era già Ministro della Pubblica Istruzione!

(71) Precisiamo che il nostro interesse per Luzzatti è del tutto specifico, in quanto la sua figura attraversa la vicenda storica delle riviste di diritto pubblico. Di lui si vedano comunque: L. Luzzatti, *Opere*, vol. 1°, *Grandi italiani. Grandi sacrifici per la patria*, Bologna, 1924; Id., vol. 2°, *Dio nella libertà. Studi sulle relazioni tra lo Stato e le Chiese*, Bologna, 1926; Id., vol. 3°, *I problemi della terra. Economia e politica dell'agricoltura*, Bologna, 1933; Id., vol. 4°, *L'ordine sociale*, cit.; Id. 5°, *Problemi della finanza*, Milano, 1965; Id., vol. 6°, *L'attività giornalistica*, Milano, 1966; Id., *Memorie autobiografche e carteggi (1841-1876)*, vol. 1°, Bologna, 1931; Id., *Memorie tratte dal carteggio e da altri documenti (1876-1900)*, vol. 2°, Bologna, 1935; Id., *Memorie (1900-1927)*, vol. 3°, Milano, 1966.

distanza enorme che su questo piano separava i due studiosi (72). Nelle lezioni di Luzzatti si trasfonde infatti, senza alcun diaframma protettivo, e quindi senza alcuna consapevolezza delle specificità disciplinari, tutta la sua esperienza di uomo politico liberale; in esse troviamo quindi la problematica della legislazione sociale e del suo rapporto con il liberalismo politico, la questione della libertà religiosa e del rapporto Stato-Chiesa, come anche della finanza pubblica, dei sistemi elettorali, e di altro, senza la minima preoccupazione per un disegno sistematico che punti ad includere, o ad escludere, determinati problemi in virtù di una specifica riflessione sui confini della disciplina e del suo campo teorico. Si può così progettare un corso di diritto costituzionale senza discutere della forma di governo, o delle libertà, se non attraverso una lunga analisi della Dichiarazione dell'89, o del potere giudiziario, se non per sparsi accenni.

Tra Orlando e Luzzatti era un altro il terreno comune. Per individuarlo con la maggiore precisione possibile, è opportuno ricordare quanto già abbiamo osservato nei precedenti capitoli — sia a proposito di Orlando quanto dell'*Archivio* palermitano — in tema di libertà e di intervento dello Stato.

In questi due casi, il campo teorico della giuspubblicistica, che in seguito si sarebbe formalizzato ulteriormente con la teoria dei diritti pubblici soggettivi e con la dogmatica del diritto amministrativo, si definiva attraverso la negazione dei due estremi 'politici' dell'individualismo 'atomistico' e del 'socialismo di Stato'. Tutto ciò si traduceva nella centralissima figura dello Stato come 'persona', o come 'organismo', nella quale si esprimeva l'esigenza di un potere

---

(72) Le lezioni sono conservate presso la Biblioteca Nazionale di Firenze: L. LUZZATTI, *Diritto costituzionale*, lezioni raccolte e compilate da A. Manes, R. Università di Roma, a.a. 1911-1912 e 1912-1913. Per capire quanto Luzzatti fosse distante dalle problematiche disciplinari giuspublicistiche, basterà ricordare una sua osservazione con la quale riconosceva ad Orlando il merito di aver emancipato il diritto pubblico dalla politica, accomunando in questo senso il nome dello studioso siciliano a quel Ferraris che invece aveva rappresentato con la sua scienza dell'amministrazione una delle più consistenti alternative alle soluzioni orlandiane: ID., *Progressi della scienza in Italia*, (1909), in ID., *Opere*, vol. 5°, cit., p. 465. Significativo anche ID., *Del metodo nello studio del diritto costituzionale. Prelezione al corso di diritto costituzionale letta nella R. Università di Padova*, il 13 dicembre 1867, Padova, 1867.

politico sufficientemente dotato di autonoma ragione per non essere mero meccanismo funzionale alla protezione delle ricchezze acquisite o alla distribuzione dei redditi, ma nello stesso tempo in sé limitato, e quindi capace di articolarsi a tutela delle libertà individuali.

Ebbene, a noi sembra che questa sorta di 'terza via' dentro la quale si andava costruendo il campo teorico della giuspubblicistica avesse un ottimo punto di riferimento esterno, nel contesto della classe politica liberale dell'inizio del secolo, proprio nelle idee di Luigi Luzzatti. Questi, soprattutto con i suoi progetti cooperativistici, rappresentava infatti un tipo di critica al paradigma liberista classico di stampo individualistico che muoveva da presupposti etici e culturali tali da garantire il non approdo al deprecato 'socialismo di Stato', anzi la scoperta di quest'ultimo come rovescio della medaglia rispetto al primario oggetto di critica, allo stesso 'indivualismo atomistico' (73). Inoltre, il cooperativismo luzzattiano si traduceva, agli occhi di un giurista come Orlando, in un più ampio progetto di pacificazione sociale e di solidarietà tra le classi, che bene si accordava con la figura 'giuridica' del 'popolo' come 'naturale' fondamento dello Stato, trascendente la dimensione conflittuale della lotta sociale e politica (74).

Del resto, Orlando fu anche uomo politico oltre che giurista, e come tale fu spesso vicino, anche dai banchi del governo, al cooperativismo luzzattiano (75). A ciò era condotto dall'aspirazione, co-

---

(73) L. Luzzatti, *Commemorazione di Marco Minghetti* (1887) *e di Schulze-Delitzsch*, (1883), in Id., *Opere*, vol. 1°, cit., risp. pp. 21-41 e 169-177, dove è particolarmente chiaro come Bismarck e Lassalle, che proponeva un sostegno statale alle cooperative per mezzo delle imposte progressive, siano in egual misura nemici dell'idea luzzattiana di un cooperativismo fondato sul risparmio volontario ed associato.

(74) È veramente significativo in questo senso V.E. Orlando, *Introduzione* a L. Luzzati, *Opere*, volume 4°, cit., che ravvisa la grandezza di Luzzatti nella sua pervicacia a sostenere « l'aspra battaglia in nome della solidarietà delle classi » (p. XV). Di tutte le frasi che scandivano l'oratoria luzzattiana, Orlando preferiva la seguente: « Distruggere il pauperismo affinché il pauperismo non distrugga la civiltà » (p. XIV).

(75) G. Galasso, *Gli anni della grande espansione e la crisi del sistema*, in R. Zangheri-G. Galasso-V. Castronovo, *Storia del movimento cooperativo in Italia 1886-1986*, Torino, 1987, pp. 219-494, spec. pp. 320, 323 e 359 per la documentazione dell'impegno di Orlando a favore del movimento cooperativo. Nello stesso volume, vedi anche R. Zangheri, *Nascita e primi sviluppi*, pp. 5-216, spec. pp. 67 e ss. su Luzzatti.

mune con Luzzatti, ad uno sviluppo economico graduale, sostenuto dallo Stato, ma pur sempre fondato sulla responsabilità degli operatori economici e sul loro spirito associativo, capace di valorizzare un ceto medio operoso di fittavoli, di artigiani, di commercianti, aperto anche alla ascesa sociale regolata di strati della stessa classe operaia, un ceto che costituisse il nucleo di quella pacificazione di cui sopra discutevamo, il più forte baluardo contro le dilaganti distruttive ideologie di opposizione di capitale e lavoro (76).

Non spetta ora a noi discutere quanto questo tipo di cooperativismo, questa sorta di 'terza via' comune ad Orlando e Luzzatti, fosse adeguata all'Italia del tempo ed ai suoi problematici

---

Sui rapporti tra Orlando e Luzzatti sul piano politico, possono essere utili alcuni riferimenti in L. LUZZATTI, *Memorie*, vol. 3°, cit.; mentre per una documentata valutazione dell'impegno politico di Luzzatti all'inizio del secolo, vedi P.L. BALLINI, *La destra mancata. Il gruppo rudiniano-luzzattiano fra ministerialismo ed opposizione (1901-1908)*, Firenze, 1984, spec. pp. 39 e ss.

(76) È evidente come queste problematiche non siano direttamente trattate nei volumi di *Principii* di Orlando, e comunque non trovino spazio nell'ambito di esposizioni di carattere dogmatico o tecnico-giuridico. Per le conclusioni cui siamo pervenuti, sono stati comunque utili alcuni interventi minori di Orlando, conservati presso la Biblioteca comunale di Palermo. Si tratta di: V.E. ORLANDO, *Solenne commemorazione del Commendatore Ignazio Florio Senatore del Regno*, tenuta il 24 giugno 1891 nell'atrio della Borsa in Palermo, Palermo, 1891, dove è del tutto trasparente il collegamento diretto tra la « coscienza popolare » collocata al di là delle lotte dei partiti e delle classi (p. 15), ed un modello di relazioni industriali nel quale — come nel caso di Ignazio Florio, secondo Orlando — l'estensione delle attività non implichi la disumanizzazione del capitale, il suo pericoloso ridursi a simbolo astratto, come tale necessariamente temuto ed odiato (pp. 25-28); e del *Discorso pronunciato dall'on. prof. Vittorio Emanuele Orlando, Presidente del comitato parlamentare della cooperazione e previdenza, il 21 Aprile 1912, a Milano al Teatro del Popolo in occasione delle onoranze ad Antonio Maffi, primo legislatore operaio* (dattiloscritto inedito di pp. 13), testo che consideriamo fondamentale per la comprensione piena dei termini esatti del rapporto Orlando-Luzzatti. Per ragioni di brevità, non possiamo soffermarci sul suo contenuto. Del resto, al di là di specifici riferimenti a testi di Orlando, l'immagine di una 'classe media' operosa e dotata di sufficiente cultura, tale da potere costituire il più valido antidoto contro ogni dissoluzione del corpo sociale, era assai ricorrente nella riflessione politico-giuridica tra Otto e Novecento: vedi M. FIORAVANTI, *Costituzione, governo e classe politica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 561-586, con specifica attenzione a queste problematiche in Gaetano Mosca, ora in questo volume, pp. 371 e ss.

approdi verso le relazioni proprie di una società industriale sviluppata (77).

A noi bastava sottolineare come la 'terza via' di Luzzatti collimasse con le aspirazioni della giuspubblicistica italiana a costruire un proprio campo teorico intermedio tra i due opposti poli 'politici' dell'individualismo 'atomistico' e del 'socialismo di Stato'. Nel cooperativismo luzzattiano, programmaticamente diretto nello stesso tempo proprio contro questi due poli, Orlando poteva scorgere, non solo un forte elemento di sintonia con le proprie idee di intellettuale a sua volta fortemente impegnato nella vita politica attiva, ma anche il presupposto politico-culturale più idoneo ad un sviluppo ulteriore

---

(77) Per ciò che riguarda Luzzatti, è aperta da tempo la discussione su questo punto, che è poi quello centrale, coinvolgente la valutazione da dare dell'intera opera luzzattiana. Da ricordare F. CATALANO, *Luigi Luzzatti: la figura e l'opera*, Milano, 1965 e la più recente monografia di P. PECORARI, *Luigi Luzzatti e le origini dello 'statalismo' economico nell'età della Destra storica*, Padova, 1983. Spesso di taglio troppo spiccatamente apologetico i saggi contenuti in *Attualità di Luigi Luzzatti*, a cura di F. Parrillo (Numero speciale della Rivista 'Credito popolare' marzo-giugno 1964), Milano, 1964. Da condividere le critiche di G. ARE, *Alla ricerca di una filosofia dell'industrializzazione nella cultura e nei programmi politici in Italia (1861-1915)*, in *Nuova Rivista storica*, LIII (1969), pp. 44-133, poi parzialmente in ID., *Alla ricerca dell'Italia industriale*, con il titolo *Luigi Luzzatti e il socialismo della cattedra in Italia*, Napoli, 1974, pp. 257-285, specialmente per la demonizzazione della grande impresa come dimensione economica necessariamente latrice del distruttivo conflitto capitale-lavoro — vedi *supra*, nota precedente per la commemorazione di Ignazio Florio da parte di Orlando —, e per la qualificazione dell'intervento dello Stato in chiave di 'fattore morale' come elemento ostativo alla comprensione dello Stato medesimo in chiave di grande azienda fornitrice di servizi. Per più generali ricognizioni sul pensiero economico italiano tra Otto e Novecento, spesso con riferimento diretto a Luzzatti, vedi: V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, Stuttgart, 1971 (recensito da G. ARE, *Alla ricerca dell'Italia industriale*, cit., pp. 376-383); R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, spec. pp. 114 e ss.; ID., *La cultura economica dopo l'Unità*, in *Il pensiero economico italiano 1850/1950*, a cura di M. Finoia, Bologna, 1980 (ricco anche di strumenti informativi generali), pp. 51-66; A. CARDINI, *Stato liberale e protezionismo in Italia (1890-1900)*, Bologna, 1981; ID., *La cultura economica italiana e l'età dell'imperialismo (1900-1914)*, Milano, 1981; ID., *Gli economisti, i giuristi ed il dibattito sullo Stato dopo il 1880*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 175-190, che offre anche spunti di riflessione sul significato del rapporto Orlando-Luzzatti nel quadro più generale nella cultura giuridica ed economica del tempo; D. MARUCCO, *Mutualismo e sistema politico. Il caso italiano (1862-1904)*, Milano, 1981; ID., *Lavoro e previdenza dall'Unità al fascismo. Il Consiglio della previdenza dal 1869 al 1923*, Milano, 1984.

dell'identità disciplinare giuspubblicistica. Certo, come già abbiamo visto, Luzzatti era del tutto insensibile alla problematica disciplinare dei giuristi; più vecchio di Orlando di ben vent'anni rappresentava da questo punto di vista una fase del tutto precedente alla svolta che lo stesso Orlando aveva voluto propugnare con l'*Archivio* palermitano del 1891. Ma noi sappiamo già come quella esperienza si fosse conclusa lasciando aperto un problema che non poteva essere affrontato nel contesto del nuovo *Trattato di diritto amministrativo*, che si stava traducendo in opera di scienza, di dogmatica del diritto amministrativo. Si trattava del problema della 'scienza dei professori' come componente di una più ampia 'cultura del diritto pubblico' capace di coinvolgere i settori operativi della prassi, in primo luogo la stessa pubblica amministrazione. In questa ottica specifica, Luzzatti rappresentava il modello ideale di professore-politico, ricco di conoscenze e di relazioni nel mondo della prassi e dell'amministrazione. Su questa base, nacque il progetto di un nuovo periodico, essenzialmente diverso dall'*Archivio* palermitano, ma nello stesso tempo inserito in quella vicenda storica della giuspubblicistica italiana e dei suoi strumenti di comunicazione che abbiamo visto prendere le mosse nel 1891 dal primo *Archivio* orlandiano.

5. L'*Archivio* romano di Orlando e di Luzzatti ebbe vita assai breve, dal gennaio 1902 all'aprile 1903, ed è stato fino ad oggi considerato esclusivamente come una tappa intermedia tra il più noto *Archivio* palermitano del 1891 e la *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* del 1909, fondata ancora da Orlando e Luzzatti. Compito delle note che seguono è quello di restituire all'*Archivio* romano la sua specificità, la sua autonoma dimensione di progetto di organizzazione culturale nel settore giuspubblicistico, diverso dagli esordi siciliani come dai successivi approdi.

Per avviare in questa direzione la nostra analisi è opportuno prendere le mosse dal programma dell'*Archivio* (78). Qui è ripreso

(78) *Programma dell'Archivio*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, I (1902), pp. 3-7. Le citazioni della rivista seguiranno con la sigla ADPAI, ed una numerazione progressiva che indica il mese nel quale è stato pubblicato il singolo fascicolo (I è gennaio 1902, e così via). Seguirà poi l'indicazione della pagina iniziale di

certamente il tema che già conosciamo della scienza, della « scuola di diritto pubblico », ma esso è — a differenza del 1891 — palesemente parte di un programma più ampio, che ha anche altri destinatari. In realtà, la formazione di un corpo disciplinare di cognizioni scientifiche e dottrinali relative al diritto pubblico è vista come parte specifica di una vera e propria « coscienza del diritto pubblico », che la rivista intende propugnare con riferimento a « quella classe politica e dirigente che in ogni Stato, ma più specialmente in quelli rappresentativi, ha la effettiva direzione della cosa pubblica nei Consigli locali come negli uffici provinciali nel Parlamento come nelle Amministrazioni centrali e negli altri Corpi dello Stato » (79). Questo slittamento di piano rispetto al programma palermitano del 1891 ed alla centralità assoluta che in esso assumeva la 'scienza dei professori' deve essere valutato in modo più preciso e puntuale. Come sappiamo, dall'esaurimento di quella esperienza Orlando trasse alcune conseguenze che lo condussero anche alla direzione di quel *Trattato di diritto amministrativo* che si stava pubblicando parallelamente alla definizione del programma del nuovo *Archivio* romano. Il *Trattato*, per quanto si rivolgesse ad un pubblico assai vasto e non esclusivamente accademico, e per quanto si proponesse una ricostruzione sistematica del diritto positivo vigente, in realtà finì per muoversi — come già sappiamo dai capitoli precedenti — nella logica accademica della scienza come 'guida' della prassi, del primato dell'istituto giuridico e della costruzione dogmatica. Qui invece l'*Archivio* romano pensa all'esigenza di costruire una dimensione orizzontale — e non verticale, dalla scienza alla prassi — nella quale sia ravvisabile una *cultura giuspubblicista* comune ai giuristi accademici, alla classe politica, agli amministratori pubblici.

Questi ultimi sembrano collocarsi in modo particolare al centro del programma dell'*Archivio*, che si rivolge esplicitamente alla « burocrazia cólta e intelligente, di cui vorremmo aver l'onore di essere l'organo » (80), al fine di ricongiungere i suoi sforzi di riforma di meccanismi amministrativi spesso troppo rigidi e passivi al più

---

ciascun contributo di volta in volta preso in esame. Sulla scelta per la cadenza mensile torneremo in seguito.

(79) *Ibid.*, p. 6.

(80) *Ibid.*, p. 4.

ampio contesto di cultura giuspubblicistica coinvolgente la classe politica e la stessa scienza giuridica. L'*Archivio* di Orlando e di Luzzatti non volle dunque essere la rivista della scienza che si apre ai contributi della prassi, magari con la pretesa di svolgere una decisiva funzione di 'guida', ma la palestra formativa di una cultura giuspubblicistica che sappia attraversare tutta l'esperienza del diritto pubblico, assumendo come protagonista, e destinataria fondamentale del programma, la stessa burocrazia.

In questa chiave deve essere letto anche il frontespizio della rivista, che si proclama « Organo della Associazione per lo studio del diritto pubblico italiano ». Promotore della rivista non è dunque un gruppo di studiosi, tanto meno un singolo professore di diritto pubblico, come era stato Orlando nel caso dell'*Archivio* palermitano del 1891, ma una Associazione che in sé intende riflettere, fino dalla fondazione e dalla sua prima composizione, le varie componenti di una possibile comune cultura giuspubblicistica italiana. Così, scorrendo i nomi che compongono il comitato promotore, e lo stesso elenco dei soci fondatori, accanto ad un vasto schieramento di accademici, per altro assai spesso impegnati nella vita politica attiva, come Giorgio Arcoleo, Attilio Brunialti, Pietro Chimienti, Alfredo Codacci-Pisanelli, Angelo Maiorana, Francesco Racioppi, Antonio Salandra, Vittorio Scialoja ([81]), troviamo subito personaggi come Camillo Corradini, segretario al Ministero della guerra, o come Giuseppe De Flaminii, segretario al Ministero del Tesoro, che svolsero un certo ruolo — come vedremo — nell'*Archivio*, anche per i contributi che essi medesimi direttamente fornirono, ed anche

([81]) Per rimanere ai soci promotori. Tra i soci fondatori troviamo anche i nomi di Federico Cammeo, Vittorio Brondi, Antonio Ferracciu, Francesco Filomusi Guelfi, Giacomo Grasso, Vincenzo Miceli, Livio Minguzzi, Gaetano Mosca, Errico Presutti, Oreste Ranelletti, Luigi Rava, Luigi Rossi, Santi Romano, Manfredi Siotto Pintor, Giovan Battista Ugo, Cesare Vivante, Domenico Zanichelli. Gli elenchi in questione si trovano in ADPAI, I, 89, unitamente allo Statuto dell'Associazione per lo studio del diritto pubblico italiano, che all'art. 2 dichiara scopo dell'Associazione medesima l'« incremento della coltura del diritto pubblico italiano nella dottrina, nella legislazione e nell'applicazione ». Ai sensi dell'art. 1 potevano far parte dell'Associazione, oltre ai « cultori di scienze politiche, giuridiche e sociali », i membri dei due rami del Parlamento, i professori delle Università italiane, i magistrati e i funzionari della pubblica amministrazione.

uomini di primo piano nella vita politico-amministrativa del tempo, come Carlo Schanzer, consigliere di Stato e direttore generale dell'Amministrazione civile al Ministero dell'Interno, e Luigi Venosta, direttore generale della Cassa depositi e prestiti (82).

Se questo è il programma, se questi sono i promotori, se tali sono i destinatari della rivista, non rimane allora altro che discutere dell'*Archivio* in sé, ovvero del modo con il quale il periodico romano riuscì a dar seguito e sostanza agli intenti proclamati.

Intanto, viene in primo piano la scelta per un certo taglio discorsivo, che si riflette nelle 'Norme per la redazione e pubblicazione dell'*Archivio*', stampate nel retro di copertina di ogni fascicolo. Il compito che qui la Redazione si assume (83) è quello di far sì che vengano trattate questioni « vive ed attuali », che gli articoli siano il più possibile « densi e brevi, riducendo al minimo il bagaglio puramente accademico ». A ciò corrispose senza dubbio anche la scelta per la ravvicinata cadenza periodica mensile, con l'evidente intento di rendere l'*Archivio* strumento di costante informazione sulle tendenze effettive della prassi, spesso in rapido mutamento: il singolo fascicolo dell'*Archivio* come essenziale veicolo d'informazione, indispensabile per il giurista che non intenda rimanere all'oscuro dei movimenti della effettività pubblicistica, ma soprattutto per il grande settore degli operatori pratici, dai giudici ai pubblici amministratori, agli stessi parlamentari, fino alla classe politica ed amministrativa locale.

Non deve allora stupire lo spazio relativamente ristretto concesso alle più generali riflessioni di ordine metodologico, che rappresentavano un così rilevante momento — come abbiamo visto — nella orditura dell'*Archivio* palermitano, come anche a quella dogmatica costituzionalistica, e soprattutto amministrativistica, che pure

---

(82) Nell'elenco dei soci fondatori è poi impressionante lo schieramento di forze provenienti dai ranghi dell'amministrazione soprattutto in qualità di direttori generali, di capi divisione, di capi sezione, di segretari, di ispettori presso i diversi ministeri, ciò che lascia supporre una larga diffusione dell'iniziativa e del programma dell'*Archivio* presso l'amministrazione centrale dello Stato, in sintonia con i contenuti sostanziali del programma medesimo.

(83) Direttori erano Luigi Luzzatti e Vittorio Emanuele Orlando; redattori ordinari Francesco Racioppi e Camillo Corradini. Sul contributo di Corradini avremo occasione di soffermarci in seguito.

all'inizio del secolo stava vivendo una fase d'intensa fioritura, sia nelle pagine del *Trattato* orlandiano, sia attraverso le prime sintesi manualistiche disciplinarmente definite. Se si tolgono i contributi di Santi Romano, legato strettamente ad Orlando già dal tempo di Palermo (84), rimane solo un saggio di Ranelletti sulle inchieste amministrative interessante diversi profili della dogmatica del diritto d'ordinanza, ed una ponderosa riflessione di Ettore Lombardo Pellegrini sul diritto di necessità nelle dottrine costituzionalistiche (85). C'è anzi da mettere in rilievo, proprio a livello metodologico, un rilevante contributo di Errico Presutti sulla sistematica amministrativistica, che a proposito dei *Principii diritto amministrativo* di Santi Romano del 1901 critica l'ordine dato da Romano alla trattazione, dominato dalle teorie elaborate dalla scienza piuttosto che dagli scopi di pubblico interesse e dai servizi conseguentemente organizzati (86). La voce di Presutti, che — come vedremo — collaborerà anche per altri versi all'*Archivio*, suona nel contesto complessivo del periodico romano in senso critico verso le tendenze esasperatamente dogmatiche rappresentate da Santi Romano, e si fa interprete dell'esigenza di mantenere nell'orbita della giuspubblicistica e dei suoi manuali la conoscenza diretta delle norme che positivamente regolano l'attività dello Stato e della pubblica amministrazione, senza pretendere che tutto l'ordinamento del diritto positivo sia comprensibile, e debba essere compreso, a partire dalle teorie elaborate dalla scienza giuridica (87).

---

(84) S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in ADPAI, II, 114, al quale replica, con diverse soluzioni, U. Forti, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in ADPAI, VI, 360; S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in ADPAI, IV, 229, e V, 293; Id., *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche (prolusione letta nella R. Università di Modena il 15 gennaio 1903)*, in ADPAI, XI-XII, 659.

(85) O. Ranelletti, *Le inchieste amministrative secondo il nostro diritto pubblico vigente*, in ADPAI, III, 166; E. Lombardo Pellegrini, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in ADPAI, anno II (1903), 3.

(86) E. Presutti, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, in ADPAI, V, 309.

(87) Bisogna comunque precisare che i *Principii* di Santi Romano rappresentavano una tendenza ancora tutto sommato 'estrema' nel panorama del tempo, in parte contestata dallo stesso Ranelletti: vedi B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 342 e ss. Si

Non è dunque dal primato della scienza giuridica, dal dibattito sul metodo e sulla sua identità, dalla dogmatica, che muove il progetto dell'*Archivio*, o comunque non è qui che è rinvenibile il filo conduttore che collega i vari fascicoli del periodico, dando ad esso una sua precisa caratterizzazione. Tanto meno sono utili a questo fine gli interventi di Luzzatti, spesso privi di un preciso oggetto, disciplinarmente indefiniti, anche conditi di una certa retorica di maniera ossessivamente protesa a sottolineare la necessità di un 'sano' rapporto tra politica ed amministrazione, magari tenendo sullo sfondo la consueta apologia del 'modello inglese' (88). Se l'*Archivio* non è più semplicemente terreno di elaborazione riservato alla 'scienza dei professori', non per questo esso diviene sede di dibattito politico indifferenziato sui problemi e sui mali delle istituzioni: non è rivista puramente accademica, ma neppure rivista di opinione che si colloca sul piano politico generale. Il fatto è che tutte queste presenze, dalla dogmatica romaniana alle riflessioni di Luzzatti politico, assumono un diverso significato se inserite nel progetto generale di cui già abbiamo discusso, se inserite nel più ampio contesto discorsivo della 'cultura di diritto pubblico' come possibile dimensione unificante diversi approcci alle problematiche istituzionali. L'*Archivio* non poteva essere rivista di puro dibattito dottrinale,

---

può anzi aggiungere che lo stesso *Trattato di diritto amministrativo* — vedi *supra*, nota 51 — più volte ricordato fu sede di sviluppo della tendenza dogmatica più dal punto di vista di alcuni singoli contributi, che non per l'impianto complessivo disegnato da Orlando, che a ben guardare seguiva ancora un andamento descrittivo-esegetico, ripartendo tutta la materia amministrativa-pubblica secondo i vari tipi di 'ingerenza' dello Stato. Su queste differenze tra Orlando e Romano, che comunque esulano dalla nostra trattazione, vedi M. Fioravanti, *Stato di diritto e Staro amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 314 e ss., ora in questo volume, pp. 405 e ss.

(88) Vedi comunque: L. Luzzatti, *Una nuova prova dell'insufficienza del riscontro parlamenture nella finanza*, in ADPAI, I, 9; Id., *Come mutarono i tempi costituzionali!*, e Id., *La riforma delle regole di procedura nella Camera dei Comuni*, in ADPAI, II, 97 e 99; Id., *Si va indietro nella libertà religiosa*, e Id., *I progressi tecnici degli statuti scritti nel mondo costituzionale anglo-sassone*, in ADPAI, III, 161 e 164; Id., *Le questioni costituzionali e gli elettori francesi*, in ADPAI, IV, 225; Id., *L'inviolabilità del potere giudiziario in Inghilterra*, in ADPAI, V, 289; Id., *Una delle prime città dove si è potuto adorare Iddio liberamente*, in ADPAI, VII-VIII, 417; Id., *Leggi mal costrutte. La verificazione delle elezioni in Francia*, in ADPAI, VII-VIII, 493.

o di semplice discussione politica, perché l'uno e l'altra, dal punto di vista del programma generale, non erano altro che eventuali componenti di una più complessiva cultura delle istituzioni pubbliche da costruire proprio per il tramite dell'*Archivio* medesimo e della comunicazione che esso era in grado di provocare e promuovere.

Certo, anche nel caso dell'*Archivio* palermitano era del tutto centrale la problematica della comunicazione, ma si trattava allora di una comunicazione, per così dire, a raggio più ridotto, tutta interna alla componente accademica; mentre ora invece, con l'avvio dell'esperienza romana di Orlando e di Luzzatti, si pone il problema di uno scambio comunicativo tra giuristi accademici, classe politica, operatori del mondo della prassi. È quest'ultima soprattutto a balzare in primo piano, come osservavamo poco sopra, con riferimento al taglio dei diversi contributi ed alla stessa cadenza mensile del periodico. In particolare, ciò che caratterizza in senso specifico l'*Archivio* romano, anche e soprattutto in rapporto alla trascorsa esperienza siciliana, è la sua forte capacità di restituire l'immagine dei problemi effettivi della organizzazione costituzionale ed amministrativa, spesso attraverso la voce degli stessi operatori pratici. Così, mentre l'ordine dell'*Archivio* palermitano del 1891 è l'ordine dei problemi della scienza giuridica, dalla costituzione del suo campo teorico al suo rapporto con l'attività dello Stato e della pubblica amministrazione fino al tipo di presenza da realizzare nei confronti dell'effettività costituzionale, qui nel 1902 l'ordine del periodico romano è l'ordine dei problemi concreti della stessa realtà amministrativa e costituzionale, dal bilancio dello Stato alle amministrazioni locali, al pubblico impiego. In effetti, se si toglie, da una parte l'oratoria politica di Luzzatti, dall'altra la dogmatica romaniana, ciò che rimane è uno stile discorsivo 'medio' fortemente orientato dalla specificità dei singoli problemi istituzionali, empiricamente rivolto alla ricognizione, all'informazione, alla proposta di riforma per punti determinati. L'ambizioso progetto, che già abbiamo visto, di formazione di una 'cultura di diritto pubblico', con riferimento congiunto alla dottrina ed alla prassi, ed in fondo alla stessa classe politica, ha questo primo avvio, in apparenza modesto, relativo all'analisi di singoli problemi di politica istituzionale, alla puntuale presenza che l'*Archivio* intende registrare sui più rilevanti aspetti delle dinamiche politico-istituzionali dell'inizio del secolo.

Certo, l'*Archivio* non è semplice catalogo di problemi di ordine pubblicistico. Ad evitare questo concorre, non solo il più volte ricordato progetto di organizzazione culturale, che presuppone il riferimento ad una classe politica interessata alla conoscenza analitica delle questioni istituzionali, ad una prassi disponibile ad una riflessione sulla propria esperienza, ad una dottrina non arroccata su autoconsapevolezze di primato e di necessaria 'guida' della prassi medesima, ma anche la presenza di un definito oggetto d'indagine, che funziona in senso selettivo, ed in definitiva caratterizzante l'intera parabola del periodico romano. Invano cercheremmo in esso traccia di quel dibattito sulla forma di governo, sulle libertà, in fondo sullo stesso rapporto Stato-società, o Stato-'popolo', che era così vivo sulle pagine dell'*Archivio* palermitano, come sappiamo soprattutto in funzione costituiva del campo teorico della giuspubblicistica. Direi che questa assenza qualifica ancor più la specifiicità dell'*Archivio* romano e del suo oggetto. Esso è dato, in una parola, dalle *strutture effettive della amministrazione dello Stato*, sia finanziarie che di personale. In ciò la nostra rivista testimonia un mutamento complessivo, dalle agitate vicende costituzionali di fine secolo che imponevano un'effettività legata soprattutto a problematiche di tutela delle libertà e di equilibrio tra i vertici dello Stato alla scoperta di uno Stato che è anche impresa, dove l'effettività risiede in primo luogo nella necessaria organizzazione e coordinazione di risorse finanziarie e di uomini per il conseguimento di certi scopi.

Per quanto riguarda la finanza pubblica, tema notoriamente assai caro a Luzzatti, viene in primo piano la questione del bilancio dello Stato. Non è certo problema nuovo, e già l'*Archivio* siciliano, del resto in continuità con certe tradizioni della scienza giuridica — pensiamo soprattutto a Laband e Gneist per la Germania —, aveva trattato il caso del 'bilancio respinto' (89). Ma ora radicalmente nuovo è l'approccio, che niente più ha a che fare con la definizione dei poteri del Parlamento, o con la natura giuridica del bilancio medesimo e della relativa legge di approvazione. Ciò dipende dal fatto che si giunge alla necessità di discutere il bilancio dello Stato, non attraverso la problematica della forma di governo, ma attraverso

(89) Vedi *supra*, nota 63.

la questione, in apparenza più tecnico-economica che costituzionale, della inadeguatezza dell'organizzazione finanziaria pubblica a sostenere la stessa macchina dell'attività statale.

Fu Luigi Luzzatti, in questo contesto, a commissionare per l'*Archivio* un saggio in materia di bilancio dello Stato a Giuseppe De Flaminii, Segretario al Ministero del Tesoro ed esperto di contabilità pubblica (90). In ragione di quanto abbiamo detto, la trattazione di De Flaminii non copre l'aspetto costituzionale in senso stretto dei poteri del Parlamento e della portata della legge di approvazione. Il problema che De Flaminii pone è invece quello della irrazionale dispersione e della sostanziale incontrollabilità degli impegni finanziari assunti dalla pubblica amministrazione e non coperti dal bilancio, quindi non autorizzati dal Parlamento. A questa situazione non era riuscito a porre rimedio neppure il decreto del 4 gennaio 1897, voluto da Luzzatti come Ministro del Tesoro, con il quale si istituiva in proposito una speciale commissione di vigilanza. In realtà, era necessario passare ad una legge organica capace di rivalutare il ruolo della Corte dei conti e di stabilire sanzioni civili e penali nei confronti dei capi delle Ragionerie dei singoli Ministeri. Sullo sfondo, è certamente presente il caso inglese, anche in tema di bilancio assunto da uomini come Luzzatti e De Flaminii come modello di un ben ordinato agire politico ed amministrativo.

Non interessa ora entrare nel merito di simili questioni. È importante invece rilevare questa presenza di un funzionario della pubblica amministrazione, di quella amministrazione 'cólta e intelligente' della quale — come abbiamo visto — l'*Archivio* intendeva essere programmaticamente l'organo. Il suo contributo non è opera di 'scienza', nel senso che l'approccio dell'autore non è di stampo dogmatico, non punta a qualificare gli atti della pubblica amministrazione e del Parlamento rispetto ad una tipologia astratta; ma è

---

(90) G. De Flaminii, *Le spese che si fanno senza autorizzazione del parlamento*, in ADPAI, III, 187 e IV, 244; vedi anche Id., *Il bilancio e le leggi in Inghilterra*, in ADPAI, I, 30. Il legame tra Luzzatti e De Flaminii è testimoniato da Id., *La materia e la forma del bilancio inglese*, Roma-Torino, 1904, volume dedicato a Luzzatti « con animo grato e devoto »; è appunto nella prefazione a questo lavoro di De Flaminii che Luzzatti ricorda il saggio stampato sull'*Archivio*, ed anche il dibattito che esso suscitò durante le stesse discussioni parlamentari sul bilancio (pp. XXIV-XXV).

proprio questa circostanza a rendere quel contributo espressivo del taglio generale dell'*Archivio*, che in tal modo si rivolge direttamente alla burocrazia dei ministeri, alla classe politica, agli operatori della prassi. A loro non parla il linguaggio della dogmatica: si rivolge ad essi dal punto di vista della macchina dello Stato, dell'efficienza e del rendimento delle strutture della finanza pubblica.

A questo nuovo clima culturale, a questo nuovo taglio discorsivo, sembra adeguarsi in parte la stessa componente accademica presente sulle pagine dell'*Archivio*, in primo luogo lo stesso Orlando. Del resto, il giurista siciliano, pur avendo posto con decisione nel 1891 la questione della 'scuola del diritto pubblico', a ben guardare non era mai stato — e non sarà mai — un vero e proprio dogmatico del diritto pubblico, quanto meno nel senso del suo prediletto allievo Santi Romano. Certo, i presupposti culturali di stampo savignyano da cui muoveva Orlando lo avevano condotto, ad esempio in sede di progettazione del *Trattato di diritto amministrativo*, a sottolineare il primato della scienza, la sua necessaria funzione di 'guida' della prassi. Ma, come abbiamo già osservato (91), la stessa struttura complessiva di quel *Trattato* era sostanzialmente di tipo descrittivo-esegetico, richiamava cioè la stessa scienza giuridica alla necessità di una conoscenza diretta del diritto positivo effettivamente vigente nei vari rami dell'amministrazione e del suo intervento, delle sue 'ingerenze' nelle sfere dei privati. Infine, si deve aggiungere che Orlando, nei suoi contributi all'*Archivio* romano, non fece altro che rinnovare uno stile discorsivo che già gli era proprio, e che più volte lo aveva condotto ad intervenire su specifiche questioni di portata istituzionale sulle stesse pagine dell'*Archivio* palermitano degli anni Novanta (92).

---

(91) Vedi *supra*, note 51 e 87.

(92) Vedi *supra*, nota 53. Per quanto riguarda i contributi all'*Archivio* romano, vedi V.E. Orlando, *La costituzione giuridica delle istituzioni di beneficenza in vantaggio degli stranieri*, in ADPAI, I, 14; Id., *Se competa alla Camera un potere d'inchiesta sulla condotta e sulle qualità morali dei propri membri*, in ADPAI, II, 102; Id., *Rivista di diritto parlamentare (elezione del Presidente della Camera)*, in ADPAI, III, 202; Id., *Su l'autonomia comunale. Note e proposte*, in ADPAI, VI, 353; Id., *Sulla natura giuridica della facoltà di vigilanza sui Comuni*, in ADPAI, XI-XII, 637. Meno interessante dal nostro punto di vista Id., *Gli ordini sociali e politici nella filosofia di Federico Nietzsche*, in ADPAI, IX-X, 513, originato dal volume di F. Orestano, *Le idee fondamentali di Federico Nietzsche nel loro progressivo svolgimento*, Palermo, 1902.

Ma sul versante della scienza giuridica, più ancora significative sono le voci di Vincenzo Miceli e di Errico Presutti, professori di diritto pubblico rispettivamente presso l'Università di Perugia e di Napoli, tra i pochi nella lista dei soci fondatori dell'Associazione per lo studio del diritto pubblico italiano che fossero solo tali, quindi professionalmente fuori da ogni contesto di diretta partecipazione sul piano politico-amministrativo nelle strutture centrali dello Stato. Miceli scrive un lungo saggio su *La posizione costituzionale dei sottosegretari di Stato* (93), nel quale la proposta d'istituzione per legge di sottosegretari amministrativi, al fine di evitare il più possibile abusi ministeriali, ed in genere conflitti politici all'interno dei singoli ministeri spesso di ostacolo al corretto e tempestivo svolgimento dell'azione amministrativa, consegue ad un approccio che, per quanto condizionato ancora una volta dal riferimento ideale al 'modello inglese' già presente — come abbiamo visto — nelle riflessioni di De Flaminii in tema di bilancio, in realtà si fonda tutto sulla ricognizione della effettività decisionale amministrativa, sulla analisi puntuale delle strutture degli uffici ministeriali, quasi parlando un linguaggio di vera e propria sociologia degli apparati pubblici (94).

Forse ancora più rilevante il caso di Errico Presutti, che ab-

---

(93) In ADPAI, VII-VIII, 421 e IX-X, 523. Si ricorderà che Miceli era stato considerato da Orlando appartenente alla cosiddetta 'scuola sociologica di diritto pubblico': vedi *supra*, note 19 e 21. Anche un altro esponente di quella scuola sociologica' collabora all'*Archivio*: A. MAJORANA, *Rivista parlamentare*, in ADPAI, IV, 257; ID., *Psicologia del socialismo* (a proposito di E. CICCOTTI, *Psicologia del movimento socialista*, Bari, 1902), in ADPAI, XI-XII, 648.

(94) A margine, è da notare come tra i necessari elementi d'informazione sia privilegiato, sia nel caso di De Flaminii come in quello di Miceli, l'aspetto comparativo, che era ritenuto essenziale dallo stesso Luzzatti: L. LUZZATTI, Prefazione a G. DE FLAMINII, *La materia e la forma*, cit., p. XXVIII. In questo senso, non è da sottovalutare il fatto che uno dei due redattori ordinari dell'*Archivio*, Francesco Racioppi, abbia dedicato i suoi contributi alla illustrazione di diversi aspetti della vita politica ed istituzionale di un paese straniero: F. RACIOPPI, *Il voto plurimo in Belgio*, in ADPAI, I, 38; ID., *I partiti politici nel Belgio*, in ADPAI, II, 129; ID., *Il voto obbligatorio nel Belgio*, in ADPAI, IX-X, 577. Anche Racioppi si dichiara allievo di Luzzatti (p. 129). Di lui si veda anche ID., *La legislazione di diritto pubblico durante il 1899*, in ADPAI, VII-VIII, 486, con informazioni relative a diversi paesi europei ed extraeuropei.

biamo già visto collaborare all'*Archivio*, in funzione critica nei confronti delle estreme tendenze dogmatiche rappresentate da Santi Romano. Presutti commenta per l'*Archivio* il disegno di legge dell'11 marzo del 1902 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici, e la relativa relazione di Angelo Majorana, scritta in sede di commissione parlamentare (95). Lungi dal riproporre i termini generali e dottrinali del problema, relativi alla configurazione dei comuni come autonome espressioni dei bisogni delle collettività locali, o come organi indiretti dell'amministrazione dello Stato, sulla base della nozione giuridica di autarchia, Presutti si pone in modo assai significativo nella ottica di *come* vengono organizzate le aziende municipali, perché da ciò dipende a suo avviso il risultato complessivo della operazione. Qui il giurista accademico mette tutta la sua dottrina al servizio della prassi, parla un linguaggio assai vicino a quello della prassi, tentando di chiarire i complicati rapporti giuridici tra consigli comunali, commissioni amministratrici delle aziende, e direttori tecnici delle medesime imprese municipalizzate. Non interessano ora le soluzioni offerte da Presutti, ma il fatto che esse convergono tutte su obiettivi di efficienza e rendimento dei servizi che le aziende saranno chiamate a fornire. In questo caso, come in quello di Miceli, diventa veramente tangibile il possibile ruolo operativo di una dottrina che, liberata dalla aspirazione a voler essere 'guida' della prassi, si china sui 'dettagli' che essa offre, parla un linguaggio da essa immediatamente recepibile. Prende così corpo anche quella 'cultura di diritto pubblico' alla quale l'*Archivio* in genere si richiamava in senso programmatico: è la cultura dei problemi amministrativi ed istituzionali, del convergere su di essi della dottrina e della prassi.

Certo, a questo punto sorge inevitabile una domanda. Quale sorte ha, in questo contesto, la 'scienza dei professori' che era al centro dell'*Archivio* palermitano? Non crediamo che dal punto di vista di Orlando si possa parlare di un'abdicazione, o che giuristi come Presutti e Miceli non fossero consapevoli del loro particolare

(95) E. Presutti, *L'organizzazione dell'Amministrazione dei servizi pubblici municipalizzati di carattere industriale*, in ADPAI, VII-VIII, 461; si veda anche Id., *La sistemazione del patrimonio immobiliare urbano delle istituzioni pubbliche di beneficenza napoletane*, in ADPAI, II, 134.

statuto accademico, meno ancora che essi fossero disponibili a disciogliere la loro specificità disciplinare entro un generico discorrere politico-amministrativo sulla struttura delle istituzioni pubbliche.

Del resto, nel precedente capitolo abbiamo avanzato l'ipotesi che nell'incontro tra Orlando e Luzzatti fosse presente un interesse specifico del primo a prorogare il progetto d'identità disciplinare giuspubblicistica anche attraverso il rapporto di esso con una determinata versione del patrimonio ideale del liberalismo italiano che appariva più di altre lontana dai pericolosi estremi politici del 'socialismo di Stato' e del cosiddetto individualismo 'atomistico'. Ed infatti, l'*Archivio* romano propone in effetti nient'altro che una complicazione, ed un allargamento, di quel progetto. In una parola, si trattava di risolvere il delicato problema — lasciato aperto, come sappiamo, dall'esaurimento della esperienza siciliana — del rapporto della 'scienza dei professori' con la prassi in un modo diverso da quello suggerito dalla dogmatica amministrativistica di stampo romaniano, e quindi al di fuori dell'idea della dottrina come necessaria 'guida' della prassi medesima. L'intento fondamentale è quello di realizzare, sulla concretezza dei problemi amministrativi ed istituzionali, uno scambio comunicativo tra dottrina e prassi, sul presupposto che anche la seconda esprima punti di vista autenticamente giuridici, e non mere riflessioni di carattere quantitativo-statistico. In fondo, se Orlando, o Miceli, o Presutti, parlano un linguaggio che ritengono recepibile da parte degli operatori della prassi, è perché pensano ad un'amministrazione 'cólta e intelligente', ovvero pensano di parlare ad *altri giuristi*, diversi da loro per ragioni di mestiere, ma non di vocazione disciplinare. Certo, così come alla prassi si chiede di essere 'cólta e intelligente', così anche alla dottrina si chiede di rinunciare alle più estreme versioni del suo impegno dogmatico, e soprattutto di quella prospettiva che vedeva tutti i movimenti della prassi medesima in chiave di specifica ed ulteriore manifestazione dei concetti elaborati dalla scienza. Ma è importante sapere che la 'cultura di diritto pubblico' alla quale più volte abbiamo fatto riferimento, pur essendo cultura dei problemi, è e rimane *cultura giuridica*, che si realizza nella comunicazione discorsiva tra soggetti che reciprocamente si riconoscono come giuristi.

Esemplare è in proposito il rapporto tra Orlando e Camillo

Corradini, che bene si inserisce nella vicenda complessiva dell'*Archivio*. Corradini, segretario al Ministero della guerra, destinato ad una notevole carriera amministrativa, quasi sempre al fianco di Orlando (96), è il secondo dei redattori ordinari dell'*Archivio* accanto a Francesco Racioppi, e cura una rubrica di particolare rilevanza, la 'Rivista dell'amministrazione italiana'. Con tale Rivista, in dichiarata sintonia con il programma generale dell'*Archivio*, si vuole estendere lo sguardo « nel campo regolamentare », si vuole informare ed indagare sugli « atti più salienti coi quali il potere esecutivo, giorno per giorno, svolge la sua attività nel campo del diritto d'ordinanza » (97). È in questa Rivista che si pubblicano decreti sulle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri e notizie sulle riforme del Ministero della Pubblica Istruzione (98), che si discute dello sciopero dei ferrovieri (99), che si dà notizia della istituzione di una commissione per lo studio della riforma dell'ordinamento della giustizia amministrativa (100), e del regolamento del 2 febbraio 1902 sulla carriera degli impiegati della amministrazione centrale e provinciale dell'Interno (101).

Se Orlando, professore per eccellenza, affida al burocrate Corradini la rivista dell'amministrazione è perché pensa a lui come ad un giurista, ad un ottimo conoscitore del diritto positivo dell'amministrazione, ad un uomo capace di cogliere al volo le questioni più

---

(96) Corradini era Segretario al Ministero della guerra già dal 1890, ed era considerato un vero e proprio esperto di amministrazione militare. Si spostò poi nel 1903, in qualità di Capo di Gabinetto, al Ministero della Pubblica Istruzione, con Ministro proprio Orlando. Seguirà Orlando anche nelle successive esperienze di governo, fino al 1919. Dal 1915 sarà Consigliere di Stato. È considerato uno degli uomini chiave dell'apparato amministrativo giolittiano.

(97) In ADPAI, I, 64.

(98) *Ibid*.

(99) C. Corradini, *La legittimità di un eventuale ordine di chiamata alle armi del personale ferroviario vincolato al servizio militare*, in ADPAI, II, 140; Id., *La discussione sulla militarizzazione*, in ADPAI, III, 206; Id., e F. Racioppi, *Ancora sulla militarizzazione dei ferrovieri*, in ADPAI, VI, 401. Tutta questa discussione è ripresa da C. Corradini, *L'ordinamento dei controlli disciplinari nel campo della gerarchia militare*, in ADPAI, IX-X, 586, con attenzione non più limitata al caso dei ferrovieri.

(100) In ADPAI, III, 211.

(101) In ADPAI, IV, 266. In questo numero della *Rivista* Corradini è sostituito da Ragnisco.

sentite all'interno degli apparati, e quindi capace di aiutare la diffusione del periodico tra quella burocrazia 'cólta e intelligente' che era al centro — come sappiamo — delle preoccupazioni e degli intenti della direzione dell'*Archivio*. Certo, quelle di Corradini sono spesso solo delle notizie, minimamente commentate. Ma non era proprio sul terreno dell'informazione che l'*Archivio* palermitano aveva mostrato una certa sua caratteristica negativa, nel senso di un suo limitarsi come strumento di comunicazione entro i confini dei giuristi accademici? È lecito allora pensare allo stabilirsi del rapporto tra Orlando e Corradini come ad un tentativo di estendere il raggio della comunicazione tra giuristi, coinvolgendo anche la burocrazia e gli operatori della prassi. Se l'*Archivio* romano riuscì ad avere una certa diffusione anche in questi settori, ai quali comunque programmaticamente si rivolgeva, è certamente perché la rivista dell'amministrazione di Corradini toccava puntualmente i problemi più attuali, pubblicava leggi e decreti di diretto interesse per la burocrazia medesima (102). La stessa assenza di uno strumento di questo genere nell'*Archivio* siciliano, e comunque l'estraneità a quella impresa culturale di giuristi-burocrati del tipo di Corradini o De Flaminii (103), conferma la specificità delle prospettive dell'inizio del secolo, di un progetto con il quale si puntava alla costruzione di una *figura unitaria del giurista di diritto pubblico*, rinvenibile, pur con le ovvie e dovute differenze di mestiere, in diversissime esperienze, dalla cattedra universitaria fino alla direzione degli uffici pubblici.

Ma quali avrebbero dovuto essere in senso più specifico i caratteri di questo giurista? Riuscì l'*Archivio* romano a trovare un apprezzabile punto di sintesi tra la scienza e la pratica dell'amministrazione 'cólta e intelligente'? In realtà, la stessa estrema brevità nel tempo dell'esperimento di Orlando e di Luzzatti dimostra da sola

---

(102) Nell'ultimo numero della *Rivista dell'amministrazione italiana*, in ADPAI, anno II (1903), 183, si pubblica la 'Relazione al disegno di legge, presentato dall'on. Zanardelli al Senato nella tornata del 6 giugno 1903, sullo stato degli impiegati civili'.

(103) Con le eccezioni di C. Cagli, *Del controllo preventivo costitutionale esercitato dalla Corte dei conti*, in ADP, IV, 361 e 413 e V, 5, 96 e 173; e di C. Schanzer, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in ADP, VI, 156. Schanzer era anche — come abbiamo visto — tra i promotori dell'Associazione per lo studio del diritto pubblico italiano, e quindi tra i promotori dell'*Archivio* romano. Anche Cagli proviene dall'amministrazione, ed è destinato ad una certa carriera nell'àmbito dei Lavori Pubblici.

come e quanto fosse difficile conseguire un obbiettivo di questo tipo. Già alla fine del sesto fascicolo, del giugno 1902, il Presidente della Associazione per lo studio del diritto pubblico italiano Luigi Luzzatti, con Orlando e con i redattori della rivista Racioppi e Corradini, si rivolge ai soci annunciando un'assemblea per dicembre, con l'intento di ridiscutere il programma dell'Associazione, e quindi dello stesso *Archivio*: è il segno evidente di precise difficoltà nella conduzione dell'impresa. Nello stesso tempo, perde quota la Rivista dell'amministrazione italiana di Corradini, che già mancava nel fascicolo quinto, e che in seguito tornerà ad apparire in modo discontinuo. Dal settimo mese, cioè dal luglio del 1902, il periodico inizierà ad uscire in numeri doppi, rinunciando così anche alla scelta della cadenza mensile, ritenuta qualificante in funzione della immediata attualità delle questioni da trattare. Alla fine dell'anno, la rivista era già sostanzialmente alla fine. L'unico fascicolo del 1903 esce ad Aprile, e più della sua metà è occupata dal già ricordato saggio, di oltre cento pagine, di Ettore Lombardo Pellegrini, che in quelle dimensioni, e tenendo conto del suo contenuto di teoria costituzionale, non sarebbe certo stato accettato dalla redazione di un *Archivio* ancora vitale, da quella redazione che — come abbiamo visto — aveva raccomandato di toccare le questioni 'vive ed attuali', e soprattutto di scegliere un taglio agile e sintetico, il più possibile libero da pesanti riferimenti di carattere accademico.

Così, la storia dell'*Archivio* di Orlando e di Luzzatti è la storia di un progetto non realizzato. Il progetto voleva che accanto ai giuristi-accademici fossero protagonisti della elaborazione giuspubblicistica anche i giuristi-burocrati, e comunque gli operatori della prassi. In effetti, non si riuscì ad andare molto al di là della definizione del progetto, anche se rimangono rilevanti, come testimonianze di un certo impegno, tutte le collaborazioni al periodico che abbiamo visto, da Miceli a Presutti, da De Flaminii a Corradini. Oggi, rileggere l'*Archivio* può quindi avere un significato diverso da quello della informazione, che pure esso ci fornisce in modo cospicuo (104), sulle principali questioni amministrative dell'inizio del

(104) Accanto alla Rivista dell'amministrazione italiana si deve considerare la *Rivista di diritto parlamentare*, in ADPAI, I, 50, III, 202, IV, 257, V, 335, VII-VIII, 493, XI-XII, 707, alla quale si debbono aggiungere, per affinità di materia: A. FERRACCIU, *La*

secolo. Dal nostro punto di vista, che è quello della storia della giuspubblicistica italiana tramite le sue riviste, l'*Archivio* romano rimane soprattutto come modello inespresso ed incompiuto di comunicazione tra dottrina e prassi, come embrionale tentativo di ridisegnare un'identità del giurista di diritto pubblico non assimilabile a priori ed in senso esclusivo alla 'scienza dei professori'.

I caratteri di tale identità non ci sono forniti in modo preciso dall'*Archivio*, appunto perché essi non appartengono alla sfera del programma, che si limitava a promuovere una certa comunicazione, ma a quella dei risultati, nel nostro caso mancati: quella identità avrebbe potuto essere solo il risultato di un prolungato lavoro comune, di un progressivo intensificarsi ed estendersi di quella medesima comunicazione. Ciò sicuramente non è stato, ma la spiegazione di questo bilancio negativo non può essere ricercata solo in alcune pur evidenti circostanze, come il progressivo disimpegno dei due direttori, che nel corso del 1903 approdarono insieme a massime

---

condizione giuridica dei deputati nominati senatori, in ADPAI, V, 324 e VI, 390; e G. Arangio-Ruiz, *Intorno all'articolo 45 dello statuto*, anno II (1903), 130. Da ricordare anche la *Rivista della giurisprudenza dei magistrati amministrativi*, in ADPAI, I, 77, II, 150, IV, 274, V, 339, e la *Rivista della giurisprudenza delle Corti giudiziarie*, in ADPAI, III, 213, VII-VIII, 495, alle quali si collegano, per affinità di materia: L. Ragnisco, *Sullo svolgimento della giustizia amministrativa nell'anno 1899*, in ADPAI, XI-XIII, 704, che commenta la relazione del Consigliere di Stato Carlo Sandrelli alla Commissione per la statistica giudiziaria sul numero dei ricorsi pervenuti alle Giunte Provinciali Amministrative ed alla IV Sezione del Consiglio di Stato nell'anno 1899, e di quelli effettivamente trattati; ed E. Massa, *Il sindacato della IV Sezione del Consiglio di Stato sulla legittimità dei regolamenti*, anno II (1903), 162. Inoltre, si deve dire che è in generale assai forte l'attenzione della rivista per le questioni del pubblico impiego: oltre alla *Rivista* di Corradini, vedi anche il rilevante saggio di G. Cimbali, *Tecnicismo e amministrazione*, in ADPAI, XI-XII, 677, che discute sul rapporto tra componente giuridico-amministrativa e tecnica, degli ingegneri, in seno all'Ispettorato generale delle strade ferrate. Costante nell'*Archivio* è anche il riferimento ai problemi delle amministrazioni locali. Ai saggi già ricordati di Orlando e di Presutti, si debbono aggiungere: L. Ragnisco, *Statistica dei bilanci comunali*, in ADPAI, III, 198, che commenta un volume della Direzione generale di statistica in materia finanziaria; A. Longo, *Sul momento in cui si perfeziona il vincolo giuridico per gli enti, organi della pubblica amministrazione*, in ADPAI, VII-VIII, 477, che esamina un problema nato dalla giurisprudenza e di diretta rilevanza per la crescente contrattualità delle pubbliche amministrazioni a livello locale; A. Dall'Oglio, *Idee sulla riforma della legge comunale e provinciale*, in ADPAI, IX-X, 547.

responsabilità di governo, Orlando come Ministro della Pubblica Istruzione, con Corradini capo di gabinetto, e Luzzatti come Ministro del Tesoro. Ammettiamo pure che tale disimpegno sia stato decisivo per le sorti della rivista. Ma proprio questo fatto non suona forse come conferma della incapacità del progetto del 1902 di radicarsi, di conquistare nuove adesioni, e con esse anche le energie necessarie per la prosecuzione dell'esperienza al di là dei prestigiosi nomi di una direzione destinata a divenire puramente formale? Se la nave affonda quando i capitani se ne vanno, significa che l'equipaggio non è abbastanza forte e numeroso per tentare da solo il governo della rotta.

In realtà, dal punto di vista della storia disciplinare, è l'equipaggio che interessa, più dei capitani. Il fatto è che al mancato radicarsi della esperienza dell'*Archivio* corrisponde il notevole successo, non solo del *Trattato di diritto amministrativo*, ma soprattutto delle sintesi manualistiche del tipo di quella, più volte ricordata, di Santi Romano. Accade cioè che il problema del rapporto con la prassi venga risolto in altro modo, attraverso la ricorrente e sempre vitale idea della dottrina come sua necessaria 'guida'. Nella capacità del giurista di diritto pubblico di ragionare per istituti, per concetti e teorie, dai quali dedurre la struttura ed i movimenti dell'intero ordinamento positivo, viene visto l'aspetto forse più rilevante della sua identità, il suo essere 'giurista' di fronte alla effettività politica, costituzionale ed amministrativa. In questo contesto, il giurista della prassi non è più tale: è solo il burocrate, che può raccogliere e compilare dati della esperienza normativa, ma mai pretendere di entrare nel cerchio della comunicazione tra giuristi, riservato a coloro che parlano il linguaggio più 'alto' della teoria e della dogmatica. Nella ottica della nuova dogmatica amministrativistica, non c'è quindi più alcuna ragione che giustifichi la presenza di un periodico come l'*Archivio* romano, programmaticamente diretto a stabilire un rapporto di comunicazione diretta con giuristi della prassi. Ecco quindi un vero e proprio primo motivo di crisi della nostra rivista: dopo Orlando, ormai a tempo pieno nella vita politica, dopo Presutti e Miceli, che abbiamo visto collaborare all'*Archivio*, si assiste allo sviluppo di una dottrina in colloquio esclusivo con sé medesima, per niente interessata al tipo di comunicazione proposta

nel 1902 (105). Nello stesso tempo, ed in significativo rapporto di sintonia, anche l'amministrazione si doterà di propri strumenti periodici, nei quali prevarrà l'aspetto tecnico-informativo, e dai quali di fatto verranno esclusi i contributi dei giuristi-accademici (106).

Quando nel 1909 si giungerà all'approdo della *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, il programma del nuovo periodico parlerà in termini espliciti circa il rapporto di continuità con l'*Archivio* romano: « Nel 1902 eravamo ancora un nucleo: ora è l'intera famiglia » (107). Ma in realtà, a quel punto, i giochi erano fatti, ed i ruoli definiti. È vero infatti che la 'famiglia' si è allargata, che in particolare si è accresciuto il numero dei 'pratici', di certo venuti in contatto con i maestri del diritto pubblico anche a causa del sempre più ricorrente ed intenso impegno di questi nella vita politica attiva (108); ma è altrettanto certo che si tratta di una 'famiglia' con ruoli e potestà rigidamente prefissate. Nella *Rivista* manca in effetti quella cultura dei probemi istituzionali che nel programma del 1902 concorreva a rendere mobile il confine tra dottrina e prassi: come è stato di recente osservato, essa ci restituisce in modo assai parziale e sfocato l'immagine delle grandi questioni che agitavano il rapporto tra amministrazione e società in quel

---

(105) Ciò non significa che quella dottrina non sia stata estremamente 'concreta' nella percezione dei problemi di fondo delle istituzioni all'inizio del secolo. Significa solo che i moduli discorsivi con i quali quella percezione si esprimeva erano quelli specialistici della dogmatica, costruiti in modo tale da escludere dalla comunicazione scientifica i giuristi della prassi. Questi ultimi potevano subire — e la circostanza sarebbe tutta da dimostrare — il dominio culturale della dogmatica, o anche contrapporre alle soluzioni che essa offriva linee di tendenza da essa divergenti su questo o quel punto: quel che è certo è che tra gli uni e l'altra non vi poteva essere vera e propria comunicazione.

(106) G. Melis, *Elaborazione giuridica e burocrazia nell'età giolittiana*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 291-306, pp. 301 e ss., per esperienze come quella de *Il Giornale del Genio Civile*, o della *Rivista delle comunicazioni*.

(107) *Rivista di diritto pubblico*, I (1909): *Il nostro compito*, p. 2.

(108) C'è tutto un tessuto di relazioni che in questo senso potrebbe essere ricostruito. Nel Consiglio di Direzione della *Rivista di diritto pubblico*, accanto ai quattro professori della Facoltà giuridica romana — Luzzatti, Orlando, Salandra, Codacci-Pisanelli —, troviamo Calisse, Consigliere di Stato ed accademicamente storico del diritto, Corradini, che già conosciamo, Direttore generale al Ministero della Pubblica Istruzione, e D'Amelio, Sostituto Avvocato Generale Erariale. Una ricognizione dell'effettivo contributo dei 'pratici' alla *Rivista di diritto pubblico*, dal 1909 al 1915, è in G. Melis, *Elaborazione giuridica e burocrazia*, cit., pp. 295 e ss.

periodo storico (109). Corrispondentemente, manca ogni programmatica aspirazione ad un incontro con i 'pratici'. La loro presenza nella *Rivista* è ormai definita nei confini della compilazione e della registrazione, si esplica in modo a priori separato dalla riflessione dogmatica e di teoria generale (110). Si può dire anzi che la *Rivista*, per la sua struttura e per la sua impostazione, sancisca progressivamente questa differenza di ruoli, renda incolmabile la distanza che separa il discorrere dei giuristi-accademici sullo Stato e la sua 'crisi', sugli istituti ed i concetti del diritto amministrativo e del diritto costituzionale, dalla diligente opera di registrazione e classificazione dei 'pratici'. Lo stesso Orlando ebbe a lamentare più tardi questo « malefico divorzio fra la scienza pura e la pratica illuminata » (111), che in effetti aveva profondamente caratterizzato l'assetto delle discipline giuspubblicistiche a partire dall'inizio del secolo, e con effetti forse perduranti fino a noi. Secondo Orlando questi erano i termini del 'divorzio': da una parte, una tendenza « più severamente sistematica e più aristocraticamente scientifica », dall'altra, per quanto riguarda i 'pratici', una « arida esegesi, limitata alla parafrasi dei testi, infarcita di una ingombrante e sterile interpolazione di lavori parlamentari e di massime di giurisprudenza »; ma ancora più rilevante è il fatto che Orlando, nel lamentare gli effetti negativi di tale situazione, fosse consapevole di esprimere un'opinione minori-

---

(109) S. Cassese, *Giolittismo e burocrazia nella 'cultura delle riviste'*, in *Storia d'Italia*, Annali 4, *Intellettuali e potere*, Torino, 1981, p. 484. Al saggio di Cassese si deve rinviare anche per un più complessivo giudizio sull'attenzione rivolta dagli intellettuali italiani al problema della burocrazia, con particolare riferimento al ruolo svolto dalla dottrina giuridica amministrativistica, valutabile solo all'interno di un più ampio coro di voci.

(110) Questo è anche il giudizio di G. Melis, *Elaborazione giuridica e burocrazia*, cit., pp. 300-301, fondato su un primo sondaggio, relativo — come sappiamo — al periodo iniziale 1909-1915. Nelle nostre conclusioni, ci riferiamo in modo ancora più circoscritto al momento iniziale-costitutivo della *Rivista*, anche se siamo convinti che in questi anni furono compiute scelte destinate a pesare in futuro in modo considerevole. È appena il caso di precisare che sarebbe assai utile una verifica in questo senso sull'intero arco di vita della *Rivista.*

(111) V. E. Orlando, *Recensione* a S. D'Amelio, *La beneficenza nel diritto italiano*, Roma, 1927, in *Rivista di diritto pubblico*, XIX (1927), parte prima, pp. 588-591. Dobbiamo la segnalazione di questo significativo scritto di Orlando a G. Melis, *Elaborazione giuridica e burocrazia*, cit., p. 305.

taria: « con ciò, so bene di apparire come un *laudator temporis acti*, e che in ciò si vedrà la prova che son vecchio » (112). Non è escluso che Orlando, pensando ai 'giovani' — e tra questi forse proprio al suo allievo, Santi Romano — ed alla loro convinzione di aver risolto con gli strumenti della dogmatica anche il delicato problema del rapporto con la prassi, pensasse con un qualche rammarico al tentativo intrapreso, e non riuscito, del 1902. Nella sua ottica, sotto la proclamata unità della famiglia si nascondeva la realtà di un divorzio che appariva ormai insanabile.

(112) V.E. ORLANDO, *Recensione*, cit., p. 588.

4.

'STATO GIURIDICO' E DIRITTO COSTITUZIONALE NEGLI SCRITTI GIOVANILI DI SANTI ROMANO (1897-1909)

1. Breve premessa. — 2. Alcune recenti riflessioni sull'opera di Santi Romano. — 3. Dogmatica giuridica e 'crisi dello Stato': la scienza del diritto costituzionale ed il problema dello Stato nell'opera giovanile di Santi Romano (1897-1909).

1. La ricerca su Santi Romano appare ormai giunta ad un punto critico. Alla letteratura esistente, prodotta da una vasta riflessione già compiuta sull'opera del giurista siciliano, e praticamente avviatasi all'indomani della pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* del 1917 (1), si sono venuti ora aggiungendo, nel corso degli ultimi anni, altri contributi, che complessivamente pongono con forza — anche se quasi sempre in modo episodico, e con scarso riferimento diretto al complesso dipanarsi dell'opera romaniana dal 1897 al 1947 — il problema centrale della *storicità* della celebre dottrina degli ordinamenti giuridici, dell'intrinseco legame di tale dottrina con il proprio tempo storico.

Diciamo allora subito che nelle pagine che seguono si cercherà

(1) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, pubblicato in due fascicoli degli *Annali delle Università toscane* del 1917 e 1918; contemporaneamente pubblicato anche in volume nel 1918, sempre a Pisa. Com'è noto, Romano curò anche una seconda edizione del suo lavoro del 1917-18 (Firenze, 1946), lasciando inalterato il testo, modificando solo in parte le note, e soprattutto aggiungendone di nuove, nelle quali prese in esame gran parte delle opinioni espresse sulla sua opera nel trentennio precedente. Tali note aggiunte costituiscono dunque un utilissimo punto di partenza nell'analisi della riflessione svolta dalla scienza giuridica italiana sull'opera di Santi Romano. Per quanto riguarda poi la 'recezione' delle dottrine romaniane nella scienza giuridica del dopoguerra, cfr. l'ottima trattazione di A. AGNELLI, *L'istituzionalismo italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Milano, 1965, pp. 267-289.

principalmente di discutere del senso fondamentale di questo rinnovato interesse per l'opera di Santi Romano, con un preciso scopo: tentare una sorta di bilancio provvisorio, di censimento dei problemi sui quali in maggior misura si è appuntata l'attenzione degli studiosi, ed indicare infine — per quanto sarà possibile — nuove prospettive d'indagine, che valgano a mettere in luce quegli aspetti della produzione scientifica del giurista siciliano, che più sono trascurati, nonostante la loro indubbia rilevanza, nel contesto delle nuove ricerche.

Il nostro punto di partenza non può essere altro che quello sopra espresso nella formula della 'storicità' della dottrina romaniana. Infatti, se è possibile parlare di 'punto critico' al quale la ricerca sembra essere giunta, è proprio perché, per vie diverse e spesso anche assai distanti, gli studiosi che recentemente si sono occupati di Santi Romano hanno tutti accentrato la loro attenzione su un momento ritenuto essenziale: quello del legame che è possibile stabilire tra i profondi mutamenti dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento e la teoria degli ordinamenti giuridici formulata dal giurista siciliano. Ciò che interessa è dunque il significato progettuale dell'opera romaniana; stabilire fino a quale punto è possibile e legittimo parlare, a proposito delle elaborazioni teoriche di Santi Romano, di una lucida e consapevole risposta della teoria giuridica ai mutamenti politici e sociali in atto nell'Italia dell'ultimo decennio del secolo diciannovesimo e dei primi venti anni del nuovo secolo, periodo durante il quale — com'è noto — andò maturandosi anche il nucleo fondamentale delle convinzioni del giurista siciliano.

Simili problemi non possono non interessare, com'è ben intuibile, lo storico del pensiero giuridico moderno. Suo compito — ed è anche il compito che qui ci assumiamo — è appunto quello di raccogliere il senso fondamentale delle riflessioni che filosofi del diritto, giuspubblicistici, cultori di altre discipline giuridiche, ed anche storici delle istituzioni, hanno compiuto negli ultimi anni, con lo scopo ultimo di pervenire alla indicazione delle linee direttrici da seguire per un'integrale ricostruzione storiografica del pensiero di Santi Romano. In queste brevi note cercheremo di compiere i primi e più necessari passi in questa direzione.

2. Non sempre la nuova letteratura su Santi Romano può

essere agevolmente presa in esame in modo staccato da riflessioni sul giurista siciliano ormai vecchie di alcuni decenni. È certamente questo il caso dei giuspubblicisti, i quali — per lo meno quelli più sensibili alla dimensione storica del loro operare pratico-scientifico — hanno ormai da lungo tempo chiaramente percepito la grande rilevanza di Santi Romano nella storia delle loro discipline in Italia tra Ottocento e Novecento; e lo hanno fatto esprimendo convinzioni di fondo che ritroveremo — con le debite differenziazioni — anche nei più recenti contributi.

Già nel 1940, Massimo Severo Giannini, nei suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (2), analizzando la penetrazione della pandettistica tedesca in Italia alla fine dell'Ottocento, e l'estensione della sua metodologia nel campo delle discipline giuspubblicistiche, attribuiva a Santi Romano un ruolo del tutto specifico in tale vicenda, consistente soprattutto nel fatto di aver per primo decisamente reagito al pericolo di un progressivo soffocamento delle problematiche specificamente pubblicistiche nelle ferree gabbie delle costruzioni dogmatiche di stampo privatistico (3). Giannini rilevava nell'opera del giurista siciliano dell'inizio del secolo — e segnatamente nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901 — la presenza di nuove tematiche, di nuovi ordini di materie, come quello riguardante « l'attività e la posizione degli amministrati di fronte alle pubbliche amministrazioni » (4), che testimoniavano dell'insoddisfazione di Romano per una pura deduzione di tutto il sistema di diritto amministrativo dalle categorie elaborate dalla pandettistica sul terreno specifico del diritto privato (5).

---

(2) M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-274, orig. stampato in *Studi Sassaresi*, XVIII (1940).

(3) M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., p. 255.

(4) *Ibid.*, p. 257.

(5) *Ibid.*, p. 259, dove Giannini propone anche di riprendere — siamo nel 1940 — la « sostanza costruttiva » del discorso metodologico romaniano. Quanto questa indicazione sia stata seguita dalla scienza italiana di diritto pubblico, e dallo stesso Giannini, è problema che non può qui essere discusso. Sono da leggere in proposito le pagine dedicate allo stesso Giannini da S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 114-132, spec. pp. 114-116, per le prese di posizione di Giannini sull'istituzionalismo romaniano. Sul concetto di 'istituzione', e sui compiti della

Queste osservazioni di Giannini facevano sicuramente parte di una convinzione più generale, secondo la quale a Santi Romano doveva essere attribuito un posto del tutto 'particolare' nella storia delle discipline giuspubblicistiche in Italia — anche nella storia della scienza del diritto costituzionale, come subito vedremo —, proprio in relazione ai problemi di specifico ordine metodologico. In sintesi, il giurista siciliano avrebbe inaugurato il cosiddetto indirizzo postpandettistico, accogliendo dalla giuspubblicistica tedesca di più rigida ed integrale formazione pandettistica — quella di Laband e di Jellinek — l'istanza del rigore metodologico e della 'purezza' delle argomentazioni giuridiche, ma proponendo nello stesso tempo alcuni correttivi del rigido concettualismo dei giuristi tedeschi, attraverso determinate istanze di tipo 'storicistico' — magari inconsapevoli, come osserva lo stesso Giannini —, ed in generale mediante una maggiore attenzione per il diritto positivo e per i suoi costanti mutamenti legati alle variabili esigenze della società civile (6). In conclusione, non un 'diritto' sostanziato in concetti giuridici stabilmente contrapposti alla 'mutevolezza' della legge dello Stato, ma più semplicemente un apparato di figure dogmatiche funzionalmente adoperate per una più corretta comprensione ed organizzazione sistematica del diritto positivo.

Su itinerari assai simili si muoveva anche l'interpretazione di Mario Galizia, contenuta nei suoi *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale* (7). Anche se poche e scarne erano le

---

scienza giuridica, sono da ricordare, ancora di M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, Roma, 1950, pp. 455 e ss.; ed in fine *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VIII (1958), pp. 219-240.

(6) M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XV (1965), pp. 3-16, spec. pp. 11-14 per un giudizio di massima sulla postpandettistica italiana, al vertice della quale vengono posti da Giannini i nomi di Santi Romano e di Guido Zanobini.

(7) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1963, pp. 3-110; dello stesso Autore, cfr. anche la voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII (1964), pp. 962-976; ed infine le osservazioni sull'opera di Santi Romano contenute nel saggio *Il 'Positivisme juridique' di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 335-509, spec. pp. 442 e ss. su Santi Romano.

pagine dedicate da Galizia in modo specifico a Santi Romano (8), in realtà l'opera del giurista siciliano veniva posta al centro di tutta la ricostruzione storiografica della scienza italiana di diritto costituzionale tra Ottocento e Novecento.

Muovendo da una visione complessa ed articolata dello stato di tale scienza alla fine del secolo scorso, e soprattutto dalla convinzione che la proposta metodologica di Vittorio Emanuele Orlando (9) non avesse affatto conquistato la totalità degli studiosi di questo periodo, molti dei quali — come Zanichelli, Brunialti, Arcoleo, Arangio-Ruiz, Majorana, Vacchelli, Miceli — apparivano ancora aperti alla possibilità di assumere in modo diretto fatti politici e sociali nelle loro costruzioni scientifiche, Galizia scorgeva nel pensiero di Santi Romano il tentativo di trovare un punto di convergenza tra l'istanza del rigore metodologico e le idee di 'effettività' e 'socialità' del diritto, in egual misura vive — secondo Galizia — nella cultura giuspubblicistica italiana del tempo (10).

Da qui, « le incertezze, le contraddizioni, i ripensamenti » di Santi Romano (11), impegnato nello sforzo teso a conciliare meto-

---

(8) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., pp. 100-103.

(9) Dobbiamo qui presupporre — per evidenti ragioni di brevità — il senso fondamentale della riforma metodologica della scienza di diritto pubblico, proposta in Italia da Vittorio Emanuele Orlando a partire dalla metà degli anni Ottanta. Vogliamo solo ricordare che al più evidente contenuto 'formalistico' delle proposte orlandiane, sostanziato nell'appello alla 'purezza' del metodo 'giuridico', si affiancava, intrecciata nel tessuto stesso dell'opera di Orlando, una componente di carattere 'realistico', o 'storicistico', sulla quale hanno a lungo insistito gli studiosi che si sono occupati di Vittorio Emanuele Orlando: sul nesso da stabilire tra 'formalismo' e 'realismo' orlandiano, sia consentito qui di rinviare al nostro saggio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, ora in questo volume, con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, pp. 67 e ss.). Tra i più recenti contributi sul tema, è poi da ricordare quello di G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

(10) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., p. 100.

(11) *Ibid.*, p. 101. Di 'contraddizioni' insite nel pensiero giuridico di Santi Romano, parla anche C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI (1962), spec. pp. 159-160. Mentre M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, pp. 654-678, mette più che altro in rilievo le aperture della teoria giuridica romaniana « alla percezione dei mutamenti sociali in corso nei primi decenni del secolo », ma puntualizzando il fatto che tali 'aperture' costituiscono « niente di più che una vocazione, un suggerimento senza sviluppi » (p. 669).

dologie giuridiche per lo meno apparentemente contrastanti. Tale sforzo sarebbe poi stato vanificato, oltre che da limiti specifici di comprensione della realtà sociale presenti nello stesso Romano, anche e soprattutto dalla crisi della democrazia e dall'avvento del fascismo, che « frenò quel processo di equilibrata confluenza tra le varie tendenze metodologiche nello studio del diritto costituzionale di cui il medesimo pensiero di Romano era espressione » (12).

Queste, ed altre, indicazioni di Giannini e di Galizia, convergenti nel fornirci un'immagine di 'duplicità' dell'opera romaniana, rispondente sia ad esigenze di 'purezza' metodologica, sia ad istanze di apertura alla dimensione 'sociale' ed 'effettiva' del diritto — o quanto meno alla concreta e mutevole realtà storica del diritto positivo vigente —, sono state riprese e rielaborate in tempi più recenti da Sabino Cassese.

Già nel volume del 1971 *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Cassese parla del « delicato compromesso, che Santi Romano ha cercato di interesse fra l'esigenza pluralistica posta dai fatti, e l'ideologia autoritaria della scuola giuspubblicistica italiana » (13). Qui il discorso sulla 'duplicità' dell'opera romaniana si fa ancora più serrato: da una parte, una realtà politico-sociale che va articolandosi in senso pluralistico, percepita nei suoi tratti fondamentali da Santi Romano, dall'altra, una tradizione di pensiero 'autoritaria', che, in contrapposizione alla 'esigenza pluralista', mira a mantenere ben saldo il dogma dell'assoluta centralità dello Stato-persona quale unica possibile soggettività di diritto pubblico. Dunque, una duplicità che si snoda tra due momenti *qualitativamente* diversi: da un lato la teoria giuridica, la scienza, la lucida percezione dei mutamenti strutturali in atto, dall'altro l'ideologia, la riaffermazione in senso forte della necessaria unicità del modello di sviluppo liberal-statualistico.

Siamo qui di fronte ad una precisa proposta d'interpretazione della storicità dell'opera romaniana, che viene ravvisata nel costante conflitto tra una scelta di carattere 'realistico', che, sospingendo il giurista verso l'analisi dei nuovi fenomeni istituzionali e sociali,

---

(12) *Ibid.*, pp. 102-103.

(13) S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 184.

impone alla scienza giuridica una sostanziale revisione dei suoi strumenti di approccio al complesso dell'esperienza giuridica, ed una di prevalente carattere 'ideologico', che costantemente frena tale opera di revisione, tornando ad imporre il punto di vista e le ragioni dello Stato-persona, vero e proprio simbolo — in tal senso 'ideologico' — di una determinata fase di vita dello Stato moderno — e di un conseguente assetto d'interessi —, che non deve comunque essere abbandonata.

Lo stesso Cassese si è spinto assai avanti nel valutare gli esiti di tale conflitto interno all'opera romaniana. In una breve nota del 1972, nella quale si tenta d'indicare una linea complessiva d'interpretazione delle vicende storiche delle istituzioni in Italia tra Ottocento e Novecento, l'*Ordinamento giuridico* del 1917 viene considerato come l'opera che per la prima volta « fornì una ricostruzione giuridica del pluralismo del nuovo Stato » (14): un coraggioso tentativo di prendere atto dei mutamenti strutturali intervenuti all'interno dello Stato e nel suo rapporto con la società, del mutato e più ampio ruolo delle pubbliche amministrazioni, della crescente diffusione dei centri di potere nelle istituzioni e nella società (15).

Ed anche nell'altro saggio del 1972 — ben più ampio, e fondato anche su materiali inediti —, dedicato da Cassese alla 'formazione' dell'*Ordinamento giuridico* del 1917, troviamo la medesima fondamentale convinzione: che Santi Romano abbia posto « per primo il problema della comprensione scientifica di un sistema politico-amministrativo pluralistico » (16); che la sua opera rappresenti « se non l'unica la prima e più coerente risposta alle esigenze delle istituzioni nuove » (17).

---

(14) S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *Quaderni Storici*, maggio-agosto 1972, ora in *La formazione dello Stato amministrativo* (raccolta di saggi dello stesso autore), Milano, 1974, pp. 11-19, p. 12 per la frase citata nel testo.

(15) *Ibid.*, pp. 14 e ss.

(16) S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 243-283, p. 245 per la frase citata nel testo.

(17) *Idib.*, p. 246. Sul rapporto tra la risposta di Santi Romano alla 'crisi' dello Stato liberale e le posizioni assunte dai contemporanei sullo stesso problema, cfr. anche, oltre alle pp. 270 e ss. del saggio in esame, l'articolo di S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni Storici*,

Quella dialettica — interna all'opera romaniana — tra 'teoria' e 'ideologia' si risolverebbe dunque a favore della prima. Santi Romano riuscirebbe così effettivamente a spezzare dal proprio interno la tradizione di pensiero dominante nella giuspubblicistica italiana sulla scia della dottrina tedesca (18).

Quando poi si volesse obiettare che questo 'realismo' romaniano non è riuscito a mettere radici, a produrre un vero e proprio rinnovamento della metodologia giuridica — e ciò proprio nel settore di lavoro del giurista siciliano, nel campo del diritto pubblico —, la risposta sarebbe già pronta: è l'avvento del fascismo che ha impedito gli ulteriori sviluppi scientifici della dottrina romaniana, che ha frustrato gli sforzi del giurista siciliano tesi a costruire una complessiva teoria giuridica, orientata in senso pluralistico, dei rapporti tra Stato e società civile (19). Nell'impatto con la nuova realtà storica, Santi Romano sarebbe stato costretto ad una progressiva « attenuazione della tesi pluralistiche » (20), e sempre più sarebbe tornato in tal modo in primo piano il « legame ideologico con i principi liberalstatualistici » (21).

In definitiva, stretta tra la tradizione autoritaria della giuspubblicistica italiana, con il connesso dogma della personalità giuridica dello Stato e della sua sovranità, e l'avvento del fascismo, teso a ricondurre le istanze pluralistiche entro un rigido quadro normativo di tipo ancor più autoritario, la dottrina 'realistica' e pluralistica di Santi Romano non avrebbe avuto spazio storico sufficiente per

---

settembre-dicembre 1971, pp. 943 e ss., spec. p. 961, per un confronto tra le posizioni di Santi Romano e quelle di Rocco, Ranelletti, ed Orlando.

(18) Così, secondo Cassese, Santi Romano « apre la via alla ricognizione realistica dei nuovi fenomeni delle istituzioni statali liberal-democratiche, anzi ne dà egli stesso la prima ricostruzione » (S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione*, cit., p. 269); e, rispetto ai contemporanei, mostra « una diversa capacità di andare più in fondo e di fornire i cardini essenziali di una dottrina dello Stato pluralista » (*Ibid.*, p. 279).

(19) *Ibid.*, p. 280, riprendendo esplicitamente un'affermazione di Galizia, anche da noi citata: cfr. *supra*, nota 12.

(20) *Ibid.*, p. 280.

(21) S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 36. Cassese imputa a tale 'legame ideologico' il fatto che il 'realismo' non sia riuscito in Italia a mettere stabili radici nella scienza e nella cultura giuridica. A questo proposito, e più specificamente su Santi Romano, cfr. anche le pp. 44-46.

maturarsi compiutamente, per radicarsi pienamente nella cultura giuridica italiana.

Questo il risultato al quale in ultima analisi sembra pervenire questo tipo d'interpretazione della 'storicità' dell'opera romaniana. E, del resto, l'esistenza di due distinte componenti del pensiero giuridico di Santi Romano — quella 'teorico-scientifica' e quella 'ideologica' — sembra largamente accettata nella letteratura degli ultimi anni.

Così, riprendendo proprio alcune affermazioni di Sabino Cassese, Norberto Bobbio conclude un suo saggio del 1975 affermando che Santi Romano deve essere considerato « teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista » (22). Anche per Bobbio, dunque, è possibile ritrovare nell'opera del giurista siciliano, da una parte, la teoria del pluralismo giuridico come lucida e consapevole risposta alla 'crisi' dello Stato liberale nato dalla rivoluzione francese e modellato sulla base di un rapporto diretto, e privo di mediazioni, tra Stato ed individuo, dall'altra, la tendenza a ricondurre le nuove soggettività entro lo schema storico dello 'Stato moderno', in altre parole a subordinarle alla persistente dominanza ideologica dello Stato-persona (23).

Giunti a questo punto, non sembra arbitrario affermare che il problema della 'storicità' delle dottrine romaniane si risolve in una sorta di dosaggio tra le due componenti del pensiero del giurista siciliano: così, c'è chi ritiene — è il caso di Cassese — di poter isolare il momento della teoria giuridica della 'crisi', e di poter quindi privilegiare il momento conoscitivo della dimensione 'sociale' del

---

(22) N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di Paolo Biscaretti di Ruffia, Milano, 1977, pp. 25-43 (atti del convegno promosso dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, tenutosi a Milano il 25 e 26 ottobre 1975), p. 41 per la frase citata nel testo. Lo scritto di Bobbio, preparato per il convegno milanese, era stato poi pubblicato per la prima volta in *Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione*, I (1975), pp. 447-466. È stato poi inserito anche nella raccolta di scritti del medesimo autore *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 165-187.

(23) *Ibid.*, pp. 41-43, sul 'pluralismo' di Santi Romano. Sul 'pluralismo' in genere, cfr. N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976, pp. 717-723.

diritto; e c'è invece chi diffida di questa rinnovata attenzione dei giuristi verso la 'società', e tende conseguentemente a rimarcare le carenze dell'istituzionalismo italiano — e segnatamente romaniano —, la sua organica debolezza nella battaglia antistatualistica (24).

Non mancano poi gli autori che sottolineano in modo unilaterale uno dei due aspetti del pensiero giuridico romaniano.

È questo certamente il caso di Salvatore D'Albergo, per il quale, fatta salva una generica « scelta di campo, ideologica e politica », che impedirebbe al giurista siciliano di portare alle estreme conclusioni la sua analisi in senso istituzionistico e pluralistico (25), Santi Romano può essere considerato il giurista italiano che più chiaramente ha inserito nel cuore della elaborazione teorico-giuridica il dato della conflittualità sociale. Questo il giudizio di sintesi di D'Albergo su Santi Romano: « Pertanto Santi Romano poneva in campo nel valutare l'ordinamento giuridico, cioè il diritto e lo Stato, la conflittualità degli interessi sociali organizzati, sicché nell'istituzione veniva identificata con analisi da giurista l'espressione organizzativa della propensione dei soggetti sociali confliggenti a sviluppare con la lotta la logica della contraddizione » (26).

D'Albergo esalta dunque al massimo il 'realismo' di Santi Romano, fino a considerare le dottrine romaniane — sia quella

---

(24) Valga per tutti, in questo senso, l'opinione di N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963/3, pp. 985-1100, il quale mette in luce « quanto sia equivoco il richiamo degli istituzionalisti, che non cessano per questo di essere dei giuristi, alla 'società', e come oggi vada capovolta la critica che già venne fatta al Romano, o cioè di aver risolto il diritto nella società: si sono piuttosto poste le premesse per giuridicizzare tutta la società, impedendo così che questa venga studiata con più adeguata metodologia » (p. 1029, nota 81); ed ancora afferma: « Resta però ancora da vedere se l'antica battaglia degli istituzionalisti contro lo statualismo non risulti poi, alla prova dei fatti, più apparente che reale, nella misura in cui dall'affermata pluralità degli ordinamenti giuridici si scivola quasi sempre nella più o meno esplicita tesi che vi è un ordinamento più giuridico (o più organizzato) degli altri, che è appunto quello dello Stato » (pp. 1029-1030).

(25) S. D'ALBERGO, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXIV (1974), pp. 451-482, p. 465 per la frase citata nel testo. Dello stesso autore, ancora sulle dottrine romaniane: *Il diritto amministrativo*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 131-146; e, nello stesso volume, *Il potere sociale nella dottrina di S. Romano*, pp. 201-209.

(26) S. D'ALBERGO, *Il potere sociale*, cit., p. 204.

istituzionistica che quella pluralistica — come frutto diretto ed immediato della percezione di una nuova realtà sociale in movimento, alla quale il giurista siciliano cercherebbe di rispondere mediante una radicale revisione degli strumenti della scienza giuridica.

In direzione diametralmente opposta si muove invece lo sforzo interpretativo di Giovanni Tarello (27), il quale mostra in effetti di credere assai poco alla consistenza teorica del 'realismo' di Santi Romano.

A suo giudizio, la fondamentale ispirazione dell'opera romaniana è di carattere rigorosamente ideologico. È l'ideologia del « pangiuridicismo » (28) che muove Santi Romano alla formulazione delle sue celebri dottrine. Lo scopo del giurista siciliano non sarebbe stato dunque quello di adeguare la teoria giuridica alla mutata realtà sociale e politica. Lungi dall'accettare un simile mutamento di rotta, Santi Romano — in direzione opposta — avrebbe mirato alla conservazione dei fondamentali « assunti della visione sistematica-orizzontale della ottocentesca *allgemeine Rechtslehre*, secondo cui il diritto è sistema coerente di norme univocamente valide » (29). A tale fondamentale scopo sarebbero poi state del tutto funzionali — ed ecco l'aspetto 'ideologico' e strumentale — le dottrine istituzionisti-

---

(27) Anche esplicito, ed assai netto, il dissenso di Tarello con D'Albergo; cfr. G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 245-256, p. 254 nota 24, per il punto che ci interessa.

(28) G. TARELLO, *Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di una enciclopedia*, in *Politica del diritto*, VI-I (1975), pp. 73-102, p. 85 per la citazione nel testo. Lo scritto di Tarello costituisce la prima stesura della relazione sul I tema « Ordinamento giuridico », del X Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, tenutosi a Bari dal 3 al 5 ottobrc 1974: cfr. *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Atti del X Congresso Nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Bari, 3-5 ottobre 1974, a c. di R. ORECCHIA, Milano, 1976, pp. 49-80 per la relazione di Tarello. Negli atti del Congresso, è da segnalare anche un breve intervento di R. GUASTINI, (pp. 99-103), nel quale, pur muovendo dalla problematica del 'pangiuridicismo', si riesce ad allargare l'orizzonte interpretativo proposto da Tarello, richiamando l'attenzione sul decisivo nesso Stato-diritto, e dunque collocando Santi Romano nella più complessa vicenda della dottrina giuridica dello Stato in età moderna. Nella seconda parte di questo nostro lavoro, ci muoveremo in una prospettiva simile.

(29) G. TARELLO, *Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico'*, cit., p. 86.

che e pluralistiche, « quanto mai atte ad occultare conflitti e contraddizioni nella organizzazione sociale complessiva, presentando tali conflitti e contraddizioni come esempi di tipi di relazioni tra ordinamenti » (30).

Come vediamo, quella duplicità di piani — 'teorico' ed 'ideologico' —, che Cassese e Bobbio avevano individuato nell'opera di Santi Romano, viene completamente ignorata nelle analisi di D'Albergo e di Tarello (31), i quali mirano a fornirci l'immagine di un pensiero giuridico fortemente coerente al proprio interno, rispondente ad un'unica ispirazione fondamentale.

Ed infatti, mentre D'Albergo, sottolineando con forza i caratteri innovativi delle dottrine romaniane, e la loro specularità rispetto ai mutamenti politico-sociali del tempo, dimentica completamente i contenuti della tradizione dottrinale dalla quale lo stesso Romano muoveva, e finisce così per costruire l'improbabile immagine di un giurista che si sbarazza di un colpo, e come per incanto, di tutto il suo bagaglio culturale, per dedicarsi interamente *ex novo* all'analisi della nuova conflittualità sociale, Tarello, per parte sua, insistendo sulla conservazione in Santi Romano delle fondamentali idee motrici della scienza giuridica ottocentesca, è portato a negare alla radice l'esistenza stessa, in tutta l'opera del giurista siciliano, di un versante propriamente 'teorico', cioè di una sostanziale disponibilità, da parte di Santi Romano, a cogliere le inadeguatezze della tradizionale scienza giuridica — pensiamo ancora una volta al dogma della

---

(30) *Ibid.*, p. 85.

(31) Ed infatti Bobbio ha criticato a più riprese le proposte interpretative di Tarello: cfr. *Il diritto come ordinamento*, cit., pp. 91-93 (intervento di Bobbio al congresso), dove Bobbio accusa la « caccia alle ideologie » di Tarello, talmente radicale da giungere alla « dissoluzione di ogni tentativo di costruire una qualsiasi teoria, che è una forma bella e buona di irrazionalismo »; ed anche il saggio già cit. *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, pp. 37-38. Tarello, per parte sua, ritornando sul problema nel saggio *'Sistema giuridico', 'ordinamento giuridico'*, in S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, 1978, p. 117, afferma che l'esigenza ideologica contenuta nell'*Ordinamento giuridico* del 1917 « non è già legata al tempo storico della genesi dello scritto romaniano nell'età giolittiana, bensì legata alla crisi dell'età liberale e dello statalismo giuridico, e al tentativo di non privarsi di alcuni concetti elaborati nella speculazione di quella società storica »: è evidente il riferimento critico all'interpretazione di Sabino Cassese, della quale già abbiamo discusso: cfr. *supra* note 13-21.

personalità giuridica dello Stato quale unica soggettività di diritto pubblico — rispetto alla mutata realtà sociale e politica.

In definitiva, da una parte, per D'Albergo, un Santi Romano tutto proteso a costruire una 'nuova' teoria giuridica per una 'nuova' società, dall'altra, per Tarello, un Santi Romano disperatamente aggrappato alle vecchie certezze, tutto proteso a salvare il salvabile in una situazione storica minacciosa ed incerta; nel primo caso, un giurista che guarda avanti, che sostanzialmente accetta i dati fondamentali della crisi, e cerca di razionalizzarli, nel secondo, un giurista che rifiuta la dimensione stessa della crisi, e cerca di esorcizzarla, descrivendo la crescente conflittualità sociale secondo lo schema della 'relazione' tra ordinamenti giuridici.

Tali interpretazioni del pensiero giuridico di Santi Romano, orientate in modo così unilaterale, e che pretendono di aver già risolto, con un'unica chiave di lettura, il complesso problema della 'storicità' delle dottrine romaniane, appaiono tutto sommato marginali in un recente volume di Maximilian Fuchs, che ripropone invece un'analisi del significato storico dell'opera di Santi Romano di tipo più complesso ed equilibrato.

Dopo aver esaminato il contesto politico e sociale, nel quale Santi Romano si muove (32), e dopo aver brevemente esaminato i contributi negli ultimi anni dedicati al giurista siciliano (33), lo stesso Fuchs affronta decisamente il problema, che anch'egli considera centrale, della 'storicità' dell'opera romaniana, e conclude questa parte del suo volume definendo « la teoria di Romano della pluralità degli ordinamenti giuridici come una teoria giuridica dei conflitti

---

(32) M. Fuchs, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, 1979, pp. 17-36; è però assai discutibile la scelta d'isolare la trattazione della storia politica e sociale del tempo, che andrebbe invece analizzata in stretta connessione con il pensiero giuridico di Santi Romano. È bene precisare che la monografia di Fuchs era stata preceduta in Germania da un crescente interesse per l'opera di Santi Romano, sfociato in un'ottima traduzione dell'*Ordinamento giuridico*: Santi Romano, *Die Rechtsordnung*, hrsg. von R. Schnur, Berlin, 1975. La medesima monografia è stata tradotta anche in francese, nel medesimo anno: Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. franc. de la 2e éd. de l'*Ordinamento giuridico*, intr. de Ph. Francescakis. Il saggio di Romano era già stato tradotto in spagnolo nel 1963: Santi Romano, *El Ordinamiento juridico*, con intr. di S. Martin-Retortillo, Madrid, 1963.

(33) *Ibid.*, pp. 83-91.

sociali » (34): intendendo con ciò rimarcare, non tanto la volontà di 'giuridicizzare' la società occultando le sue contraddizioni, quanto la carica profondamente antiformalistica di una metodologia giuridica che proponeva di assumere a diretto oggetto d'indagine gli stessi conflitti sociali.

Tuttavia, anche Fuchs non può fare a meno di mettere in evidenza anche gli aspetti contraddittori presenti nella teoria giuridica romaniana. Così, in conclusione al volume, leggiamo che Santi Romano « crede alla utilità sociale dei singoli gruppi ed organizzazioni. Ma contemporaneamente conserva come dato irrinunziabile la sovranità illimitata dello Stato. Niente descrive meglio questa contraddittoria duplicità della seguente frase di Bobbio: 'egli è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista' » (35). Ed anche per quanto riguarda la valutazione dei contenuti ideologici delle dottrine romaniane, lo stesso Fuchs sembra fermarsi alla rilevazione di una sostanziale ambiguità. Infatti, dopo aver dedicato alcune pagine alla individuazione di tutta una serie di pericoli insiti nelle elaborazioni teoriche di Santi Romano, troppo poco attente al dato individuale, e dunque a suo giudizio suscettibili per certi versi di evoluzioni in senso totalitario, aggiunge subito che non è possibile comunque « negare la componente liberale dell'opera di Santi Romano », e che definire complessivamente la teoria giuridica romaniana in senso « autoritario » appare « allo stato attuale della ricerca estremamente problematico » (36).

Torniamo così, in un certo senso, al punto di partenza. In effetti, il volume di Fuchs mostra assai bene come questa nuova fase della ricerca su Santi Romano abbia finora solamente posto dei problemi — e principalmente quello, rilevantissimo, della 'storicità' dell'opera del giurista siciliano —, ma non ne abbia risolto alcuno. Il merito

---

(34) *Ibid.*, p. 108.

(35) *Ibid.*, pp. 151-152.

(36) *Ibid.*, p. 155. Aveva definito la teoria giuridica romaniana « una teoria sostanzialmente autoritaria » G. REBUFFA, *Letture di Santi Romano*, in *Politica del diritto*, IX (1978), p. 781. Non ci sembra tuttavia che Rebuffa esprima una meditata opinione autonoma; il suo scopo di recensore degli Atti del convegno milanese del 1975 è piuttosto quello di confermare e sostenere la posizione — a noi già nota — di Tarello, il quale peraltro non aveva esplicitamente parlato di contenuto 'autoritario' delle dottrine di Santi Romano.

principale del saggio di Fuchs consiste infatti prevalentemente nell'aver sintetizzato tutto il precedente dibattito con notevole senso di equilibrio, e nell'aver per ciò stesso lasciata aperta la possibilità di un serio approfondimento storiografico del pensiero giuridico romaniano che a nostro avviso è ancora tutto da fare, e che non può certo essere eluso imboccando artificiose scorciatoie.

L'immagine di un Santi Romano giurista 'nuovo', perfettamente inserito in una 'nuova' società (D'Albergo), o quella del giurista siciliano come lucido e pervicace 'occultatore' dei conflitti sociali in nome di un'ideale di coerenza normativa da salvare a tutti i costi (Tarello), possono pure risultare assai seducenti, ma lo sono proprio perché semplificano in modo arbitrario il complesso problema storiografico che abbiamo di fronte: quello dell'incontro-scontro tra la globalità delle convinzioni dottrinali ed ideologiche delle quali Santi Romano era portatore, ed una realtà sociale e politica che presentava effettivi elementi di novità.

Fuchs, per parte sua, sembra aver resistito assai bene alla tentazione di sovrapporre all'analisi dell'opera romaniana delle chiavi di lettura precostituite — come quelle sopra indicate —, e solo in apparenza chiarificatrici. E tuttavia, non ci sembra che egli sia riuscito a compiere decisivi passi in avanti nella individuazione di quell'intricato rapporto tra dogmatica giuridica e comprensione della realtà politico-sociale, che indubbiamente costituisce l'asse portante, sul quale si sviluppa tutta la teoria romaniana (37).

Il fatto è che il cammino da percorrere è ancora lungo, e non può non passare per una minuta ricostruzione della vicenda intellettuale della quale Santi Romano è stato protagonista.

Naturalmente, una ricerca di questo genere necessita anche di alcune linee direttrici, che corrispondano poi ad altrettante domande-base, alle quali è necessario rispondere per procedere innanzi nella conoscenza storiografica del pensiero giuridico romaniano. Proviamo qui dunque a suggerire, in tal senso, alcune ipotesi di ricerca.

In primo luogo, il problema della *cultura giuridica* di Santi

---

(37) La parte del volume di Fuchs più feconda di originali risultati apprezzabili sul piano storiografico è quella dedicata alle 'Fonti dell'opera di Santi Romano' (pp. 111-130): torneremo più avanti su questo punto.

Romano, e della sua *formazione* in età giovanile. A questo livello, possediamo solo delle indicazioni di massima, quasi delle formule schematiche. È possibile così parlare genericamente del dogma della personalità giuridica dello Stato, e di quello della sovranità statuale, oppure della ideologia della necessaria coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico, e magari riferire tutto questo complesso di convinzioni alla cultura giuridica tedesca di più rigida formazione pandettistica, ma non si va al di là di mere enunciazioni; e, d'altra parte, raramente gli studiosi che negli ultimi anni si sono occupati di Santi Romano hanno mostrato interesse ad approfondire questi aspetti della ricerca.

La lacuna sembra poi ora trovare una giustificazione nell'abitudine, ormai diffusa, a prendere le mosse, nella ricostruzione del pensiero giuridico romaniano, dalla prolusione pisana del 1909 sullo *Stato moderno e la sua crisi* (38), dalla quale si fa avviare l'itinerario teorico che condurrà Santi Romano alla formulazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (39): in tal modo si finisce appunto per trascurare l'età della *formazione culturale* del giurista siciliano, dimenticando del tutto gli scritti anteriori al 1909.

Certo, probabilmente ha ragione Cassese, quando afferma (40) che tra i primi germi di una concezione istituzionistica del diritto, certamente contenuti nei saggi di Santi Romano compresi tra il 1897 ed il 1909 (41), e la compiuta affermazione della teoria della pluralità

---

(38) SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910, Pisa, 1910, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, raccolta di saggi di diritto costituzionale dello stesso Autore, Milano, 1969, pp. 5-26.

(39) È l'itinerario descritto da S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione*, cit., *passim*.

(40) *Ibid.*, p. 256.

(41) La data iniziale del 1897 è riferita al saggio di SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. I, Milano, 1897, pp. 111-220. Questo saggio può essere considerato come il primo vero frutto della riflessione del giovane Romano: in esso si trasfonde anche lo scritto dell'anno precedente, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Archivio di diritto pubblico*, VI (1896), pp. 420-465. Quanto poi al breve intervento del 1894, *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito delle società di patronato per i liberati dal carcere*, in *Archivio di diritto pubblico*, IV (1894), pp. 297-304, sembra arduo rintracciarvi, seppur « vagamente », addirittura « i primi germi concettuali » delle dottrine romaniane: ha espresso questa convinzione A. TARANTINO, *La necessità come fondamento della dottrina romaniana*, in *Le dottrine*

degli ordinamenti giuridici, a suo avviso maturatasi tra il 1909 ed il 1917, vi è come un salto, che è spiegabile solo con la percezione, da parte dello stesso Romano, di una realtà politico-sociale nuova, ma è legittimo — noi domandiamo —, sulla base di questa sola constatazione, escludere *in toto* dalla ricostruzione storiografica del pensiero giuridico di Santi Romano qualsiasi riferimento ai saggi giovanili?

Ammettiamo pure, con Bobbio (42), che nell'opera del giurista siciliano siano contenute due teorie ben distinte, quella del diritto come istituzione, e quella della pluralità degli ordinamenti giuridici, e che la seconda sia essenziale assai più della prima per la comprensione della globalità della dottrina romaniana; ed ammettiamo anche che Santi Romano muova decisamente verso la formulazione delle sue teorie pluralistiche solo a partire dal 1909. Ma non è proprio sulla base di tali convinzioni che prende rilievo il problema della prima formazione culturale di Santi Romano, cioè la conoscenza di quanto egli ha pensato e scritto prima della prolusione pisana? Non

---

giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano, cit., p. 240; poi ripresa nella monografia dello stesso autore, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 81-83.

(42) N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., pp. 25-30. L'atteggiamento svalutativo, da parte di Bobbio, della teoria istituzionale del diritto di Santi Romano — in contrapposizione con la grande rilevanza da lui attribuita alla teoria pluralistica — ha le sue radici in problemi di teoria generale del diritto. Secondo Bobbio, infatti, Romano ha cercato di approfondire il concetto d'istituzione con quello di 'organizzazione', in effetti assai vago ed indeterminato, solo perché non possedeva la nozione di « sistema normativo complesso », non era cioè in possesso degli strumenti teorici idonei ad individuare, accanto alle norme di condotta, il concetto stesso « delle norme di secondo grado »: N. BOBBIO, *Norme primarie e secondarie*, in *Rivista di filosofia*, LIX (1968), ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, raccolta di saggi dello stesso Autore, Torino, 1970, pp. 196-197, per le frasi citate. Più recentemente, si è però osservato che lo stesso Romano finiva per ammettere l'esistenza di una norma « non prescrittiva, ma costitutiva », avente la funzione di « unificare ed oggettivare l'istituzione »; e che nel giurista siciliano si realizzava così « quella convergenza fra normativismo ed istituzionalismo che può compiersi sotto il segno della costitutività »: G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, pp. 115-116. D'altra parte, Tarello ha rilevato una più complessiva tendenza della scienza giuridica italiana a svincolare « la nozione di ordinamento e l'ipotesi pluralistica dalla sospetta ipoteca istituzionistica »: G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967, p. 93.

tanto al fine di 'retrodatare' la nascita dell'istituzionalismo — operazione che non ci interessa, e che riteniamo tutto sommato inconcludente —, quanto con il preciso scopo di scoprire per quali vie, e sulla base di quali materiali teorici, Romano sia giunto a confrontarsi con la 'crisi' dello Stato moderno.

In definitiva, se è possibile interpretare la seconda parte dell'*Ordinamento giuridico* del 1917 alla luce della prolusione pisana del 1909, e dunque della rilevata 'crisi' dello Stato moderno, sarà pur possibile — noi diciamo necessario — studiare come Romano giunga a questa nozione di 'crisi': insomma interpretare in modo più approfondito la stessa prolusione del 1909, sulla base di una più adeguata conoscenza della cultura giuridica del suo autore.

Si tratta di una conoscenza che può essere conseguita solo mediante un'analisi più serrata e ravvicinata delle *fonti* di Santi Romano.

Vedremo, nelle pagine che seguiranno, con quale, e quanto, vigore teorico, il giurista siciliano si sia confrontato, negli anni compresi tra il 1897 ed il 1909, con la dogmatica giuspubblicistica tedesca, ed in particolare con l'opera di Georg Jellinek, e come egli, già in questi anni, sia pervenuto alla scoperta di una dimensione 'sociale' del diritto (43).

Ma il problema delle fonti dell'opera romaniana è sicuramente più vasto. Sarebbe ad esempio necessaria una trattazione a parte per il complesso rapporto intercorso tra Santi Romano e Vittorio Emanuele Orlando (44), soprattutto al fine di accertare quanto i noti caratteri 'realistici' e 'storicistici' del pensiero giuridico di Orlando (45) abbiano influito sulla formazione della dottrina istituzionalistica di Romano. Anche tenendo conto del fatto che il 'realismo' e lo 'storicismo' di Orlando non andarono in lui mai disgiunti dalla parallela istanza del rigore metodologico, né mai misero in crisi il dogma della personalità giuridica dello Stato,

---

(43) Rinviamo alla seconda parte di questo lavoro.

(44) Del tutto insufficienti gli accenni in questa direzione in M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, cit., pp. 111-113; ed in A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 83-89, e 115-125.

(45) Vi abbiamo già accennato: cfr. *supra* nota 9.

costituendo anzi, assieme a tali elementi, un unico patrimonio culturale e tecnico-giuridico (46), che lo stesso Orlando probabilmente volle trasmettere a Santi Romano nella sua interezza.

Inoltre, è legittimo suporre che il Maestro abbia suggerito all'allievo una visione complessa della giuspubblicistica tedesca, tutt'altro che limitata ai più noti dogmatici del diritto pubblico, come Laband e Jellinek; e che abbia determinato in lui l'esigenza di risalire alle radici del cosiddetto 'metodo giuridico', di valutare appieno la rilevanza degli insegnamenti della Scuola Storica nella sua battaglia contro le 'astrazioni' politico-filosofiche della Rivoluzione, e contro il connesso costituzionalismo 'dottrinario' (47).

Su questa linea, che attiene — come vediamo — ai filoni fondamentali della cultura giuridica tedesca dell'Ottocento, e non solo alla scienza di diritto pubblico di più rigorosa formazione pandettistica, si è parlato anche di un influsso diretto di Gierke su Santi Romano, anzi di una vera e propria derivazione della teoria giuridica romaniana dalla *Genossenschaftstheorie* di Otto von Gierke (48).

---

(46) Naturalmente, la sostanziale unitarietà di tale patrimonio non impedì ad Orlando la ricerca di soluzioni differenziate, commisurate ai diversi momenti storici, privilegiando in maggiore misura, ora l'istanza 'realistica', ora quella 'formalistica': per questi complessi movimenti interni al pensiero giuridico orlandiano, sia consentito di rinviare ancora al nostro saggio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando* (1881-1897), Firenze, 1979, *passim*, (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 9).

(47) Che Orlando abbia svolto una funzione di mediazione tra gli insegnamenti della Scuola Storica e l'istituzionalismo romaniano, è cosa intuita anche da M. Fuchs e A. Tarantino, ai luoghi citati *supra*, alla nota 44.

(48) Ha sostenuto questo punto di vista, soprattutto M. Fuchs, *Die allgemeine Rechtstheorie*, cit., pp. 117-131, riprendendo anche un accenno in questa direzione di A. Tarantino, *La teoria della necessità*, cit., pp. 59-62. Lo stesso Tarantino è ritornato sul tema nell'articolo *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIV (1977), pp. 682-704, nei seguenti termini: « Si direbbe che fra la dottrina del Romano e quella del Gierke non esista solo una possibilità di accostamento, determinata da alcune analogie, ma un vero e proprio rapporto di derivazione, nel senso che il Romano si considerava come colui che ha esteso e completato la teoria del von Gierke » (pp. 688-689). Non ci sembra, tuttavia, che Tarantino abbia sviluppato in modo organico questo suo tentativo d'individuare nella *Genossenschaftstheorie* di Gierke la fonte immediata e più rilevante dell'opera romaniana. Si è invece posto decisamente su questa strada Maximilian Fuchs, in un saggio specificamente dedicato al problema: M. Fuchs, *La 'Genossenschaftstheorie' di*

Si tratta senza dubbio di indicazioni assai preziose, sulle quali è opportuno meditare ulteriormente, ma con una sostanziale riserva: che non si voglia fare della teoria delle corporazioni di Gierke la chiave di lettura complessiva della dottrina romaniana, accostando forzatamente le linee fondamentali di tale dottrina ad altrettante 'corrispondenti' caratteristiche dell'opera del giurista tedesco (49).

L'opera di Gierke è piuttosto *uno* dei materiali teorici dei quali Romano si servì per affrontare il problema fondamentale della 'crisi' dello Stato moderno (50). Qui sta il punto cruciale nell'analisi delle fonti di Santi Romano: ciò che dobbiamo perseguire non è certo la rilevazione di pure e semplici concordanze dottrinali, ma l'individuazione di un patrimonio teorico, del quale il giurista siciliano globalmente intese servirsi nel definire i contorni fondamentali della dimensione della 'crisi'.

Noi crediamo che tale patrimonio sia stato concepito dallo stesso Romano come un tutt'uno, come un complesso culturale unitario, nel quale confluivano vari elementi: una certa valutazione della storia costituzionale europea in età moderna, in virtù della quale si privilegiava il 'modello' inglese su quello francese, l'ideale di un sviluppo 'organico' e 'graduale' delle istituzioni in contrapposizione alle 'brusche' accelerazioni della storia; l'idea — di evidente ispirazione savignyana — di una limitata capacità d'intervento da parte del legislatore di fronte alla tradizionale compattezza storica del corpo sociale, indipendentemente dalla sua articolazione in una serie di comunità minori; infine, una profonda e radicata convinzione, secondo la quale la storia contemporanea procedeva globalmente verso la soluzione dello 'Stato giuridico', verso la realizzazione di un organico ed equilibrato sistema di rapporti giuridici tra Stato-persona e soggetti sociali e politici, comunque definibili come soggetti giuridici.

Procedere avanti nell'analisi della cultura giuridica di Santi

---

Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 65-80.

(49) Verso questa tendenza sembra inclinarsi il discorso di M. FUCHS, *La 'Genossenschaftstheorie' di Otto von Gierke*, cit., *passim*.

(50) Accenna a questo possibile parallelismo Gierke-Romano nella risposta alla 'crisi' dello Stato moderno, ma molto brevemente, lo stesso M. FUCHS, *Ibid.*, pp. 78-80.

Romano significa appunto risalire alle matrici prime di ciascuno di questi elementi — la Scuola Storica, la filosofia politico-giuridica di stampo organicistico, l'ideale dello 'Stato giuridico' trasfuso nella dogmatica giuspubblicistica —, per tentare poi una loro ricomposizione in una complessiva 'filosofia giuridica' della 'crisi'.

Preziose indicazioni in tal senso — tutte da approfondire — ci sono ora fornite da Roberto Ruffilli, nel suo intervento dedicato a *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della 'crisi dello Stato' nell'età giolittiana* (51).

Il merito principale di Ruffilli è quello di aver indirizzato l'indagine sulla 'storicità' delle dottrine romaniane fuori dalla paralizzante alternativa tra integrale 'accettazione' e radicale 'rifiuto' della 'crisi' (52).

In realtà, secondo Ruffilli — e concordiamo in pieno —, Santi Romano prese indubbiamente coscienza della irreversibilità delle trasformazioni in atto nelle istituzioni e nelle strutture fondamentali della società. Concepì però tali trasformazioni come puri e semplici fattori di 'accelerazione' dei tradizionali modelli di sviluppo ottocenteschi, e, sulla base di una radicata fiducia nella capacità dello 'Stato giuridico' di assorbire ed organizzare gli interessi sociali nuovi, ritenne possibile una evoluzione storica unilineare, un 'progresso pacifico' capace di evitare le soluzioni 'estreme', sia quelle collegate ad un'ipotesi di potenziamento dell'autorità dello Stato-forza, sia quelle connesse ad un progressivo dispiegamento degli istituti della democrazia diretta (53).

---

(51) R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della 'crisi dello Stato' nell'età giolittiana*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 223-238; intervento poi ripreso nell'altro saggio del medesimo autore, *Santi Romano e la 'crisi dello Stato' agli inizi dell'età contemporanea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXVII (1977), pp. 311-325. Tra i contributi provenienti da parte degli storici delle istituzioni e delle dottrine politiche, accanto ai saggi di Ruffilli, possono qui essere ricordate solo le coincise, ma penetranti, osservazioni di S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia, 1979, pp. 234-236.

(52) Per tali soluzioni 'estreme', ci riferiamo alle interpretazioni, rispettivamente, di Salvatore D'Albergo e Giovanni Tarello, già discusse *supra*.

(53) R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista*, cit., *passim*, ma spec. p. 226 e pp. 232-233. Significativo il fatto che in questo contesto si torni a sottolineare l'influsso su Romano delle « ipotesi di Savigny e di Gierke, circa l'ineluttabilità, sotto la

Come vediamo, lo studio dell'opera di Santi Romano finisce inevitabilmente per intrecciarsi con problemi storiografici di ordine più generale, come quello della 'crisi dello Stato' agli inizi del Novecento. Nella più piena consapevolezza di tale necessaria connessione, lo storico del pensiero giuridico moderno deve essenzialmente proporsi il compito di rintracciare, e riportare alla luce, proprio i caratteri fondamentali di quella lettura 'giuridica' della 'crisi', della quale lo stesso Romano si fece lucido e consapevole interprete.

Non è un compito — com'è ben intuibile — che possa essere assunto nel contesto di queste brevi note, più che altro dedicate ad un sommario esame delle più recenti ricerche, ed alla semplice indicazione di nuove prospettive d'indagine.

Tuttavia, nel quadro delle più ampie tematiche delle fonti e della formazione culturale di Santi Romano, sembra opportuno concludere tentando un primo approccio agli scritti romaniani compresi tra la monografia sui diritti pubblici subbiettivi del 1897 e la più volte ricordata prolusione del 1909.

È questa una stagione particolarmente intensa e fertile per la produzione scientifica del giurista siciliano, sia nel campo del diritto costituzionale, che in quello del diritto amministrativo (54); ed è per

---

spinta delle storie nazionali e del 'progresso', di una evoluzione degli ordinamenti sociali e politici di stampo razional-individualistico, usciti dalla rivoluzione francese, verso la società 'organica', verso la 'compenetrazione' di questa con lo Stato della 'missione nazionale di civiltà' » (*Ibid.*, p. 227).

(54) Lo stesso Maestro di Romano, Vittorio Emanuele Orlando, ebbe a dire che a suo giudizio la teoria dell'ordinamento aveva avuto una lunghissima maturazione nel pensiero dell'allievo, e che le origini di tale teoria potevano essere individuate nell'età nella quale lo stesso Romano si formò « un indipendente pensiero scientifico... il che dovette avvenire fra il 1895 e il 1900 »: V.E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena*, 1948, n. 74, anche in V.E. ORLANDO, *Scritti giuridici varii* (1941-1952), Milano, 1955, pp. 479-504, p. 493 per la frase citata. Il saggio orlandiano del 1948 giunge alla conclusione di una serie di valutazioni, anche contraddittorie ed oscillanti, che Orlando fornì dell'opera di Santi Romano. Sarebbe qui troppo lungo anche solo riassumere questa tormentata vicenda intellettuale. I giudizi più espliciti di Orlando sulle dottrine romaniane sono contenuti nei seguenti saggi: *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1924, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema* (1881-1940) (raccolta di scritti dello stesso Orlando), Milano,

giunta una stagione di solito trascurata — per precisi motivi dei quali sopra abbiamo discusso — dalla più recente letteratura.

Infatti, accanto alle sempre preziose osservazioni di Biscaretti di Ruffia (55), disponiamo oggi su questo piano solamente dei contributi di Fulvio Tessitore e di Antonio Tarantino, che mirano però esclusivamente — per vie diverse — a dimostrare come i primi germi della teoria degli ordinamenti giuridici fossero presenti già negli scritti giovanili del giurista siciliano: insomma presuppongono l'*Or-*

1940, rist. Milano 1954, pp. 319-333; *Stato e diritto (Ordinamento giuridico - Regola di diritto - Istituzione)*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 223-273: significativo, in questo saggio, il tentativo di Orlando d'interpretare l'istituzionalismo di Santi Romano in chiave di 'ritorno' alle tesi della Scuola Storica: abbiamo valutato questo atteggiamento di Orlando nel nostro lavoro *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando*, cit., pp. 139-141 (ed ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 9); ed ancora di Orlando: *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 39-65; e soprattutto il saggio *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, posto ad introduzione di G. Jellinek-V.E. Orlando, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949 (traduzione della seconda parte della *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek), nel quale Romano viene inserito in pieno nello sforzo di giuridicizzazione dello Stato intrapreso da Gerber, proseguito da Jellinek e dallo stesso Orlando, e poi in un certo senso concluso proprio da Romano, il quale — a giudizio di Orlando — seppe trattare in termini 'puramente' giuridici il complesso problema della formazione dello Stato e del diritto: l'*Ordinamento giuridico* del 1917 può essere così considerato « un trattato di Diritto pubblico generale » (p. XLVII). Per la concezione orlandiana dei compiti del 'Diritto pubblico generale', cfr. V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, prolusione letta all'Università di Roma avviando il corso di Diritto pubblico interno nel 1901, poi posta ad introduzione — con lievi modifiche ed aggiunte — della traduzione italiana della *Dottrina generale dello Stato* di Georg Jellinek, Milano, 1921, infine in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 101-120.

(55) P. Biscaretti di Ruffia, *Santi Romano e la sua opera scientifica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1948, pp. 123-132; e, dello stesso autore, *L'opera scientifica di Santi Romano*, in *Amministrare*, I (1975), pp. 13-21 (il saggio riproduce, in forma sintetica, il discorso tenuto dallo stesso Biscaretti di Ruffia nella solenne commemorazione di Santi Romano, tenuta in Roma, l'11 aprile 1975, a cura dell'Istituto internazionale di studi giuridici); ed infine *Il diritto costituzionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 85-110. Nella stessa commemorazione sopra ricordata, si sono avuti anche interventi, tra gli altri, di Massimo Severo Giannini (a tutt'oggi non pubblicato), e di Vezio Crisafulli; quest'ultimo ha sottolineato, come lo stesso Biscaretti di Ruffia, la rilevanza degli scritti costituzionali romaniani dell'età giovanile: V. Crisafulli, *Ricordo di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pp. 3248-3256.

dinamento giuridico del 1917, e ripercorrono a ritroso l'opera romaniana (56).

La nostra prospettiva è certamente diversa. A noi interessano principalmente le *costruzioni dogmatiche* di Santi Romano, perché siamo convinti che egli giunge alla sostanziale ammissione di una realtà giuridica extrastatuale solo quando intuisce che tale realtà può costituire una *componente* del sistema di diritto pubblico, essenziale per la soluzione di una serie di antinomie non componibili nei tradizionali confini della dogmatica giuspubblicistica.

Siamo cioè convinti che quando Romano giunge alla prolusione del 1909, egli abbia già sperimentato la dimensione della 'crisi' dello Stato moderno, che per un giurista di diritto pubblico quale egli era significava essenzialmente assoluta impossibilità di risolvere i problemi dell'assetto pubblicistico sulla base dei soli punti di riferimento della personalità giuridica dello Stato e del cittadino-individuo.

Di più: crediamo che, tra il 1897 ed il 1909, Romano avesse già ideato le linee fondamentali di un nuovo sistema di diritto pubblico: nuovo perché pensato nella sua intima capacità — sconosciuta alla tradizionale dogmatica giuspubblicistica di più rigida formazione pandettistica — di assorbire nell'ambito dello 'Stato giuridico' gran parte della realtà sociale in movimento.

Se così fosse, non sarebbe più possibile individuare nella 'crisi' dello Stato moderno, esplicitamente rilevata nella prolusione del 1909, una sorta di 'fatto nuovo' del quale si è costretti comunque a tener conto, ma la vera e propria coerente attuazione nella 'storia' di

---

(56) Gli scritti di Tarantino ai quali ci riferiamo sono già noti: cfr. *supra*, note 41, 44, 48; per quanto riguarda Tessitore, cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, pp. 184 e ss., per l'analisi degli scritti giovanili romaniani, a partire dalla nota monografia del 1897 sui diritti pubblici soggettivi. Di alcuni scritti minori di Santi Romano, si occupa anche G. FALCON, *Gli 'scritti minori' di Santi Romano*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXVI, (1976), pp. 661-674, ma con esclusivo riferimento a contributi successivi al 1907. Rilevante comunque lo sforzo di Falcon teso a chiarire — seppure in modo molto sommario — il significato fondamentale di determinate nozioni-base continuamente adoperate da Santi Romano: ad esempio quelle di 'storia', e di 'progresso' (cfr. spec. pp. 666-668).

un modello politico-giuridico già elaborato in precedenza. In questa direzione procederemo nelle prossime pagine.

3. Al centro del periodo compreso tra il 1897 ed il 1909, si pone, nell'ambito della produzione scientifica di Santi Romano, la prolusione modenese del 1903 dedicata a *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* (57).

E non si tratta solo — come subito vedremo — di una mera centralità cronologica. La prolusione del 1903 è centrale nel periodo che qui prendiamo in considerazione anche e soprattutto sotto il profilo tematico e metodologico: si può anzi sostenere che in essa sia racchiusa la chiave di lettura di tutta l'opera romaniana di questi anni, sia precedenti che successivi al 1903.

Vi troviamo, in primo luogo, la celebre immagine del diritto costituzionale come tronco principale, dal quale si dipartono i singoli rami di tutte le altre discipline giuridiche, non solo di quelle con un più chiaro fondamento costituzionale, come il diritto amministrativo, il diritto internazionale, o il diritto penale, ma anche, per certi versi, delle stesse discipline privatistiche, alle quali Santi Romano intende sottrarre il monopolio della « teoria generale del diritto obbiettivo », a suo avviso più correttamente sviluppabile « da un punto di vista pubblicistico » (58).

Ma, al di là dell'efficace immagine adoperata dal giurista siciliano, è per noi ancora più interessante capire quali funzioni specifiche Romano attribuisca allo stesso diritto costituzionale. Egli lo definisce il « sistema dei principii generali di diritto pubblico » (59), e — come vedremo più avanti — indica come compito principale del costituzionalista quello della costruzione dogmatica (60).

---

(57) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, prolusione al corso di diritto costituzionale nella Università di Modena, anno accademico 1902-1903, pubbl. in *Archivio del diritto pubblico*, Roma, 1903, ora in SANTI ROMANO, *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di Guido Zanobini, volume primo, *Diritto costituzionale*, Milano, 1955, pp. 201-212.

(58) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, cit., p. 210.

(59) *Ibid.*, p. 207.

(60) Significativa, a questo proposito, l'analogia romaniana tra il lavoro dogmatico del costituzionalista, e quello del privatista, qui colto nel momento nel quale elabora le teorie fondamentali della propria scienza, come quella del « negozio giuridico » (*Ibid.*, p. 208).

In realtà, secondo Romano, il diritto costituzionale è la disciplina giuridica che ha lo scopo di risolvere i problemi-base di tutto l'ordinamento giuridico. Ad essa compete « l'elaborazione dei principii più astratti, la delineazione degli istituti più fondamentali, la costruzione delle teorie più delicate. E, per conseguenza, nel costituzionalista, certo non meno, forse più che in qualsiasi altro giurista, è da richiedersi la conoscenza di quei mezzi tecnici, senza i quali, nel campo della nostra disciplina, non c'è né può esservi salvezza » (61).

Dunque, non una sorta di 'filosofia generale' dell'ordinamento giuridico, e neppure una 'dottrina generale dello Stato', verso la quale, proprio per le sue inclinazioni politico-filosofiche, Romano nutrì sempre una simpatia assai limitata (62), ma piuttosto la sede teorica nella quale è portato a compimento quello che in conclusione della stessa prolusione del 1903 è chiamato « il compito dommatico » (63), cioè la disciplina che affronta e risolve, in modo puramente tecnico-giuridico, tutti i problemi basilari, relativi all'esistenza stessa dello Stato e della globalità dell'ordinamento giuridico.

Proprio sotto questo profilo, come dicevamo in apertura, la pro-

---

(61) *Ibid.*, pp. 211-212.

(62) Questa avversione di Santi Romano per la 'dottrina generale dello Stato', e comunque per i tentativi di ricostruzione integrale della realtà statuale, con la conseguente difficoltà — che evidentemente a Romano sembrava assai pregiudizievole — di distinguere la 'componente' giuridica da quelle 'filosofiche', o 'sociologiche', è testimoniata in più punti dell'opera del giurista siciliano. Richiama l'attenzione su un passo, orientato in tal senso, dei *Principii di diritto costituzionale generale* (Milano, 1947^2, p. 14), il Mortati: cfr. C. MORTATI, *Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII (1964), p. 953. A questo brano del 1947, ne possono essere aggiunti altri tratti da saggi giovanili, nei quali Romano ribadisce la sua scarsa simpatia per la 'dottrina generale dello Stato', che in sostanza egli considerava disciplina non giuridica, essenzialmente distinta dal 'diritto costituzionale generale', o anche dal 'diritto pubblico generale', discipline che si elevavano di molto dalla semplice analisi esegetica della normativa esistente, ma che non per questo rinunziavano alla applicazione di un metodo puramente 'giuridico', costituendo anzi il campo privilegiato di esplicazione delle attività di costruzione dogmatica. In tal senso, cfr. SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico Serafini*, LXVIII (1901), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 29-30; ed anche la recensione ai *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione* di ERRICO PRESUTTI, in *Archivio giuridico Serafini*, vol. XI, nuova serie, (1903), p. 363.

(63) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, cit., p. 212.

lusione modenese costituisce la vera e propria chiave di lettura di tutta la produzione scientifica di Santi Romano, per lo meno di quella compresa tra il 1897 ed il 1909, gli anni che qui interessano. Essa costituisce nello stesso tempo un programma per la futura attività teorica, ma anche un nitido bilancio della riflessione già svolta: vi è chiaramente indicata, non solo la direzione nella quale il nostro giurista intendeva muoversi, ma anche la prospettiva complessiva, che aveva orientato Romano negli anni precedenti, quando aveva affrontato — come in seguito vedremo — gli impegnativi temi dei diritti pubblici soggettivi, degli organi dello Stato, dei limiti della funzione legislativa, della instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale. Risulterà allora chiaro come il giurista siciliano, occupandosi di simili problemi, si sia complessivamente misurato in questi anni con la possibilità stessa di costruire, per via dogmatica e tecnico-giuridica, un sistema coerente e completo di diritto pubblico.

Tale prima conclusione ci consente d'isolare i saggi di *diritto costituzionale* — così intesi nel senso della produzione del 1903 —, e di studiarli nella prospettiva sopra indicata, seguendo il nostro giurista nei suoi tortuosi itinerari dogmatici, nel suo tentativo di pervenire ad un'organica e completa definizione 'giuridica' della dinamica pubblicistica (64).

È proprio nel perseguimento di tale fondamentale scopo, che Santi Romano si imbatte in primo luogo nel tormentato problema dei diritti pubblici soggettivi, al quale il nostro giurista attribuisce subito grande rilevanza, proprio sotto il profilo che qui più interessa: l'aspetto della « tecnica giuridica », della costruzione di « nozioni sistematiche » (65).

---

(64) Parliamo della necessità di 'isolare' i saggi di diritto costituzionale, sotto il profilo indicato nel testo, ed in modo del tutto conseguente all'impostazione metodologica enunciata dallo stesso Romano nella prolusione modenese del 1903, poiché — com'è noto — la produzione scientifica di Romano in questo periodo fu assai più vasta, interessando anche i settori, di grande rilevanza, del diritto e della giustizia amministrativa. Il giovane Romano amministrativista meriterebbe comunque una trattazione a parte. Per una bibliografia, sufficientemente completa, e corredata di notizie biografiche, delle opere di Santi Romano, vedi *Gli scritti di Santi Romano*, a cura di F. Cocozza, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXVII (1977), pp. 399-409.

(65) Santi Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, cit., p. 112.

Nella prima parte del suo saggio del 1897, il giovane Romano mostra subito di possedere una vasta e sicura conoscenza di tutta la dottrina tedesca, non solo nelle sue ultime manifestazioni della fine del secolo, ma anche nella sua evoluzione storica, a partire dal noto saggio di Carl Friedrich von Gerber del 1852 (66).

Su Gerber, Romano mantenne sempre una posizione ben chiara. Criticò sicuramente una certa eccessiva sottolineatura dei diritti di supremazia dello Stato, che il giurista tedesco aveva indubbiamente compiuto (67), ma non si fermò alla facile immagine esteriore del giurista 'reazionario', e seppe vedere invece nell'opera dello stesso Gerber — e principalmente nella fondazione tecnico-giuridica del concetto di personalità giuridica dello Stato (68) — il vero momento iniziale nella costruzione di una nozione rigorosamente 'giuridica' dei diritti pubblici soggettivi (69).

Si trattava però appunto di un 'momento iniziale', di un punto di partenza dal quale prendere le mosse, e Romano ne fu consapevole. Su questo piano, il giurista siciliano si preoccupò essenzialmente di affiancare alla personalità giuridica dello Stato altre soggettività di diritto pubblico, ben conscio del fatto « che un rapporto giuridico allora esiste, quando si trovano di fronte per lo meno due subbietti » (70). In altre parole, Romano muoveva dal problema-base di tutto il sistema di diritto pubblico, dal bisogno d'individuare una serie di rapporti giuridici, che certamente dovevano scaturire dallo

---

(66) C.F. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852 (traduzione italiana di P.L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971): per un'analisi del saggio gerberiano del 1852, cfr. il nostro lavoro *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 193-211, e la letteratura ivi citata.

(67) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., pp. 113-114.

(68) *Ibid.*, p. 155, per una sostanziale adesione a Gerber in riferimento alla necessaria centralità dello Stato-persona nel sistema dei diritti pubblici soggettivi.

(69) *Ibid.*, pp. 114 e ss. In queste pagine, il giovane Romano dimostra una conoscenza a dir poco sorprendente della dottrina tedesca, tanto essa si rivela vasta e profonda. In particolare, il giurista siciliano — nato nel 1875, e dunque appena ventiduenne! — coglie molto bene il senso fondamentale del dibattito suscitato nella scienza giuridica tedesca dalla formulazione gerberiana dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini come *Reflexrechte*, nella quale si esprimeva l'esigenza di muovere dalla sovranità dello Stato per spiegare gli stessi diritti dei cittadini: sul punto, sia consentito rinviare ancora al nostro volume *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 279 e ss.

(70) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, p. 117.

Stato-persona e dalla sua sovranità (71), ma che nondimeno si dovevano riferire ad altri soggetti giuridici.

Proprio a questo punto entrava in gioco la capacità di costruzione dogmatica del giurista, al quale spettava l'arduo compito di conciliare ciò che appariva assolutamente antitetico: la necessaria sovranità dello Stato, la negazione di qualsiasi dimensione prestatuale dei diritti individuali da una parte, e l'altrettanto necessaria individuazione di altre soggettività di diritto pubblico dall'altra. Soddisfare le due esigenze significava uscire dalla tradizionale alternativa tra sovranità assoluta dello Stato e diritto naturale: indicare una sorta di 'terza via', quella dello 'Stato giuridico', sovrano e limitato nello stesso tempo.

In un primo momento, Romano ritenne possibile affrontare il problema lavorando esclusivamente all'interno della personalità giuridica dello Stato, e delle sue articolazioni in organi e competenze; infatti, a suo giudizio, se si era giunti ad un momento di stasi nella elaborazione dogmatica dei diritti pubblici soggettivi, ciò dipendeva dal fatto che troppo spesso si era posto il cittadino « di fronte allo Stato intero, concepito nella sua totalità, nel complesso dei suoi poteri sovrani »: e proprio per questo motivo si era stati costretti a rinunziare alla configurazione giuridica del « diritto individuale » (72).

Il passaggio da effettuare era allora quello dallo Stato globalmente concepito come soggetto sovrano allo Stato che « nella sua vita concreta », e « volta per volta », manifesta « un solo lato di sé medesimo, o, meglio, un organo fornito di speciale competenza » (73). Solo in questa seconda prospettiva è possibile delineare i contorni dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, poiché solo in tale dimensione — afferma Romano — non troviamo « per nulla

---

(71) La nota caratteristica e specifica dei rapporti giuridici di diritto pubblico è appunto quella della loro derivazione dalla sovranità dello Stato: « Secondo noi, perché un rapporto di diritto pubblico s'istituisca, è necessario che lo Stato v'intervenga come sovrano: i casi in cui esso agisce o interviene senza tale sua qualità rientrano nei domini del diritto privato (*Ibid.*, pp. 120-130).

(72) *Ibid.* , p. 118.

(73) *Ibid.*, pp. 118-119.

repugnante che l'organo dello Stato appaia di fronte al cittadino come obbligato, anzi ciò ci sembra perfettamente naturale (74).

Come vediamo, la tematica dei diritti pubblici rinvia — rigorosamente al di fuori di qualsiasi influsso giusnaturalistico — a quella della complessa organizzazione della macchina statuale, di una precisa definizione degli organi dello Stato e delle loro competenze.

Su questa via si pose decisamente Santi Romano, sfruttando gli insegnamenti della precedente dottrina, ma anche scartando ciò che a lui sembrava inutile o dannoso dal punto di vista della costruzione dogmatica.

Indirizzato in tal senso fu sicuramente anche il rapporto del giurista siciliano con l'opera di Georg Jellinek, e segnatamente con il saggio da questi dedicato proprio ai diritti pubblici soggettivi, pubblicato a Tübingen nel 1892 (75).

Non possiamo qui occuparci della articolazione interna del saggio del 1892 (76), e neppure della classificazione dei diritti pubblici che il giurista tedesco propose, e che Santi Romano in larga misura riprese. Sarà sufficiente sottolineare il fatto che Jellinek formulò per la prima volta proprio nel 1892 la celebre teoria della *autolimitazione*, che egli pose alla base di tutto il sistema di diritto pubblico.

Il problema fondamentale di Jellinek era infatti lo stesso di Santi Romano: come conciliare la sovranità dello Stato-persona con la necessaria ammissione di altre soggettività di diritto pubblico? Con

---

(74) *Ibid.*, p. 120.

(75) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892. La fortuna nazionale ed europea del volume di Jellinek fu assai vasta: ne parla lo stesso autore nella prefazione alla seconda edizione, del 1905 (p. IV). Per comprendere quanto rilevante sia stato questo lavoro del giurista tedesco per le costruzioni della scienza giuridica italiana del tempo, basterà confrontare il saggio di Romano qui in esame con quello pubblicato pochi anni prima da un giuspubblicista di un certo livello come Antonio Longo, e si vedrà subito quanto le teorie di Jellinek abbiano inciso in profondo: cfr. A. Longo, *La teoria dei diritti pubbiici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, I (1891), pp. 161 e ss., 241 e ss., 321 e ss.

(76) Rinviamo anche su questo punto al nostro lavoro *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 403 e ss.; basterà qui aggiungere che Romano accettò complessivamente la classificazione dei diritti pubblici soggettivi proposta da Jellinek, considerandola però incompleta, ed aggiungendovi una sezione dedicata a 'I diritti pubblici patrimoniali' (Santi Romano, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., pp. 209-220).

la teoria della autolimitazione si cercava appunto di rispondere a questa domanda, cercando una sorta di seconda faccia dello Stato verso la quale si obbligava lo Stato medesimo inteso quale soggetto titolare di potestà pubblica. Affermava in conclusione Jellinek: « Die Selbstverpflichtung ist daher näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden, d.h. als rechtsschaffenden und machtübenden Subjektes dem Staate als Repräsentanten des Gemeininteresses » (77).

Diciamo subito che certamente Romano apprezzò profondamente l'opera di Jellinek, anche perché in essa ravvisò giustamente il tentativo di risolvere i problemi basilari della scienza di diritto pubblico, di porre le basi per l'organica costruzione del sistema di diritto pubblico come sistema di rapporti giuridici; e tuttavia puntualmente abbandonò gli insegnamenti del celebre maestro tedesco tutte le volte che questi avvertì il bisogno di ricorrere a concetti come quello sopra ricordato dello Stato 'rappresentante dell'interesse comune'.

In effetti, in questa fase della sua produzione scientifica, Romano rifugge sistematicamente da figure di questo tipo, che considera non 'giuridiche', inutili ai fini della costruzione dogmatica. Il suo discorso non muove — come quello di Jellinek — verso la teoria generale dello Stato (78), ma procede piuttosto per linee interne, credendo possibile la soluzione di ogni problema all'interno della personalità giuridica dello Stato, esclusivamente attraverso una rigorosa definizione delle competenze, e dei limiti di azione, degli organi statuali.

Così, quando il giurista siciliano esamina i 'diritti di libertà' (79), cioè studia come fissare giuridicamente i confini tra l'azione dello Stato e le sfere di libertà individuale, riprende certamente il concetto jellinekeano di autolimitazione, ma lo tecnicizza, lo riferisce imme-

---

(77) G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 223.

(78) In effetti, sulla teoria della autolimitazione contenuta nel saggio del 1892, Jellinek costruì l'impianto stesso della sua più nota opera: G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900. Sulla avversione di Santi Romano per le generalizzazioni 'filosofiche', o anche 'sociologiche', della 'dottrina generale dello Stato', ci siamo già soffermati: cfr. *supra*, nota 62.

(79) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., pp. 159-171.

diatamente ai meccanismi di controllo degli atti amministrativi, ed in tal modo afferma che i diritti di libertà « traggono la loro origine da una autolimitazione dello Stato e precisamente dai limiti che il Parlamento impone all'amministrazione » (80). Conseguentemente, tali diritti non hanno un contenuto storico-positivo, « non consistono già nell'esercizio materiale di una qualsiasi facoltà, sia essa fisica o giuridica, ma nella possibilità di rimuovere gl'illegittimi ostacoli che a tale esercizio possono essere frapposti dagli organi dello Stato » (81).

Lo stesso schema è adoperato poi anche per i 'diritti civici' (82), cioè per i diritti alla emanazione di determinati atti, che il cittadino può vantare nei confronti di alcuni organi dello Stato. Qui il concetto fondamentale è quello di 'autoobbligazione' dello Stato medesimo, poiché il diritto del cittadino si fonda su di una obbligazione che lo Stato ha contratto con sé medesimo, in concreto ordinando, quale titolare della potestà legislativa, a determinati suoi organi — esplicanti altre funzioni, diverse da quella legislativa — di tenere certi comportamenti: al magistrato di emanare la sentenza ricorrendo i presupposti di legge prestabiliti, alla pubblica amministrazione di emanare una serie di atti amministrativi (83). Il diritto del cittadino è così diritto alla emanazione di un determinato atto; ed il rapporto giuridico, che Santi Romano va ricercando, si pone tra il cittadino ed il singolo organo obbligato dalla legge dello Stato.

Fermiamo la nostra analisi a questo punto, lasciando da parte i 'diritti politici', che meno interessano lo stesso Romano sotto il profilo dogmatico, e che più sembrano estranei alla problematica della autolimitazione — o della autoobbligazione —, ed a quella connessa delle competenze degli organi dello Stato (84).

---

(80) *Ibid.*, p. 164.

(81) *Ibid.*, p. 168.

(82) *Ibid.*, pp. 171-158.

(83) *Ibid.*, pp. 178 e ss.

(84) La parte relativa ai 'diritti politici' (pp. 189-209) interessa infatti assai più il momento costitutivo della sovranità statuale, che non quello — logicamente posteriore — della sua esplicazione. Di conseguenza, Romano, in questa parte della sua trattazione, non è affatto orientato dal concetto di autolimitazione, e comunque dalla problematica dei limiti della sovranità dello Stato, ma è mosso invece dalla preoccupazione di definire i cittadini che esercitano i diritti politici come veri e propri titolari di 'pubbliche

Del resto, già sulla base della trattazione dei 'diritti di libertà' e dei 'diritti civici', è possibile pervenire ad alcune conclusioni di carattere generale. In primo luogo, non v'è dubbio che Santi Romano si muoveva nella scia della giuspubblicistica tedesca nel considerare la personalità giuridica dello Stato quale necessario punto di partenza della costruzione di tutto il sistema di diritto pubblico; secondariamente è altrettanto chiaro che il giurista siciliano considerava assolutamente necessaria la rigida fissazione di rigorosi limiti alla sovranità statuale, tali da consentire la costruzione di una serie di rapporti giuridici tra lo Stato medesimo ed altri soggetti giuridici; infine — ed è questo per noi l'aspetto più interessante —, Santi Romano non credeva assolutamente nel 1897 alla necessità di richiamare una dimensione extrastatuale del diritto per la soluzione del problema, di ordine dogmatico, che aveva di fronte: tutta la tematica dei diritti pubblici soggettivi si esauriva per lui all'interno dello Stato-persona, si definiva esclusivamente sulla base di una serie di meccanismi di autolimitazione ed autoobbligazione, che si sviluppavano tra lo Stato titolare di potestà legislativa e lo Stato esplicante altre e diverse funzioni, amministrative o giudiziarie.

Proprio qui stava però, a ben gurdare, la intrinseca debolezza di tutto il sistema. Esso correva infatti, nella sua globalità, verso la *centralità dell'atto legislativo*: in tale tipo di atto veniva ravvisato il 'terzo' momento, logicamente necessario al fine di definire il rapporto tra cittadino ed organo dello Stato come rapporto giuridico, come relazione tra due soggetti, in egual misura sovrastati e dominati da una fonte giuridica superiore che ad essi imputava diritti e doveri.

Ora, è difficile pensare che Romano, che perseguiva un'ideale di limitazione della sovranità statuale, non sia stato assalito dal seguente dubbio: chi limita — e come — la stessa potestà legislativa, chi garantisce dunque la *permanenza* dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini conseguenti ad una *decisione* in senso autolimitativo, e

---

funzioni', negando così che essi possano 'rappresentare' un 'soggetto' — ad esempio il 'popolo' — comunque distinto dallo Stato-persona. Quest'ultima conclusione sarebbe stata infatti inammissibile per Romano, il quale, sulla scia di Gerber, considerava il 'popolo' rilevante per l'analisi giuridica solo in quanto identificato con lo Stato, cioè assunto alla 'dignità' di Stato, e per ciò stesso dotato di personalità giuridica, comprensibile quindi in termini 'giuridici' (*Ibid.*, spec. pp. 199-200).

con essa la pluralità medesima dei soggetti di diritto pubblico, la possibilità stessa di pensare in modo stabile il sistema giuspubblicistico come sistema di rapporti giuridici, dunque in definitiva come sistema 'giuridico'?

Rispondere ad una simile domanda era estremamente arduo, dopo che il dominante positivismo giuridico d'impronta statualistica, del quale indubbiamente lo stesso pensiero giuridico di Romano era espressione, aveva reciso ormai ogni legame con il tanto deprecato costituzionalismo 'dottrinario'. Dove individuare il 'limite' alla potestà legislativa, posto a garanzia dei diritti individuali, dopo che si era negata in radice la dimensione prestatuale dei diritti medesimi?

È bene subito chiarire che il giurista siciliano non ebbe mai alcun cedimento in questa direzione, non pensò mai di poter 'integrare' le proprie costruzioni dogmatiche del diritto dello Stato con richiami di vario genere ad un diritto 'superiore'. In altre parole, a questioni basilari come quelle sopra indicate, egli pensò sempre in termini di 'lacune', di 'incompiutezze' del sistema, di 'difetti' da correggere, facendo ricorso ancora una volta, ed in modo esclusivo, agli strumenti della costruzione dogmatica.

Individuare un limite 'giuridico' alla potestà legislativa non era dunque per Romano problema *qualitativamente* diverso da quelli già affrontati: era semplicemente di più ardua soluzione degli altri, perché atteneva alla 'chiusura' del sistema, cioè al livello più alto della costruzione giuspubblicistica.

A questo tentativo di 'chiudere' il sistema, dopo altri saggi che ancora ruotavano attorno alla tematica dei rapporti giuridici di diritto pubblico ([85]), il nostro giurista perviene nel 1901, con il noto

---

([85]) Tra questi, è da considerare di particolare rilevanza il saggio *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898, ora in *Scritti minori*, volume primo, cit., pp. 1-40, nel quale Romano prosegue il discorso avviato nello scritto sui diritti pubblici soggettivi, portando il 'modello' del sistema di rapporti giuridici a livello di struttura interna dello Stato, e di relazioni giuridiche tra i massimi organi costituzionali. Continua in questo saggio anche il confronto con le tesi di Jellinek; e Romano ribadisce ancora una volta la sua avversione verso certe formulazioni, dogmaticamente imprecise, del giurista tedesco, come quella relativa allo Stato 'rappresentante dell'interesse comune' (pp. 25 e ss.): cfr. *supra*, nota 77 e 78.

scritto dedicato alla *Instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (86).

Romano esordisce affermando che il suo studio si muoverà « sui più alti culmini e agli estremi confini del diritto costituzionale » (87), ma che nondimento esso sarà uno studio « di diritto », e solo di diritto, pensato al fine di rafforzare il dominio della dogmatica costituzionalistica su oggetti d'indagine sui quali ancora si stanno compiendo « astratte speculazioni filosofiche », o « indagini che hanno per obbietto, più che i rapporti di diritto pubblico in sé medesimi, i fenomeni sociali da cui tali rapporti scaturiscono » (88).

In realtà, il giurista siciliano, al di là delle numerose distinzioni tra vari 'tipi' di 'instaurazione' — di fatto o di diritto —, sa bene che il suo problema è quello d'impostare in termini puramente 'giuridici' il processo di « formazione originaria di un nuovo Stato » (89); e, più precisamente, egli sa di dover ora affrontare la formidabile questione dei limiti della sovranità statuale, dell'esistenza di una 'realtà' — 'giuridica', meramente 'storico-fattuale' — precedente lo Stato, con la quale quest'ultimo si trova a fare i conti nel momento in cui nasce ed inizia ad agire.

Il saggio del 1901 muove intanto da una dura polemica con le teorie giusnaturalistiche e contrattualistiche, con i dogmi della sovranità popolare e della prestatualità dei diritti individuali (90). Il nostro giurista ribadisce qui una delle sue convinzioni fondamentali, che mai lo abbandoneranno: « Diritto è solamente quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principi puramente razionali che tale forza non hanno avuto... si chiamino pure, se così vuolsi, diritto naturale, teoretico, filosofico... purché si riconosca che l'aggettivo aggiunto alla parola 'diritto' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta » (91).

Tuttavia, dopo aver così decisamente escluso dall'orizzonte teorico dei giuristi il 'diritto naturale', Santi Romano torna inevita-

---

(86) Sta in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 29-116.
(87) *Ibid.*, p. 29.
(88) *Ibid.*, pp. 30-31.
(89) *Ibid.*, p. 34.
(90) *Ibid.*, pp. 36-42.
(91) *Ibid.*, pp. 40-41.

bilmente ad imbattersi con il problema di sempre: come limitare la sovranità statuale? Con un diritto diverso dal diritto naturale, che non postuli l'esistenza di un 'popolo', o di un 'individuo', distinto, ed anzi contrapposto allo Stato? Ma allora, quale 'diritto'?

Queste le domande che animano tutta la parte centrale e conclusiva del saggio del 1901. Tornando sull'aborrito diritto naturale, Romano afferma che le indagini giusnaturalistiche, pur conducendo a conclusioni aberranti, e contrarie alla logica stessa dello Stato moderno e della sua piena sovranità, muovevano tuttavia da una giusta 'intuizione', dalla vaga ed inesatta percezione dell'esistenza « di condizioni essenziali del diritto, di garanzie supreme, di principi giuridici fondamentali », che rappresentano complessivamente delle precise « limitazioni dello Stato », ivi compresa la sua più alta funzione, quella legislativa (92).

Il nostro giurista lascia per ora assai sfumati i contorni ed i contenuti di queste 'limitazioni'. Tuttavia, era intanto importante rilevare la direzione nella quale muove Romano nel 1901: individuare una serie di 'garanzie', e di 'principi', che non possono non essere osservati dallo Stato medesimo nell'esercizio della sua sovranità, ma che nello stesso tempo non si contrappongono, come presunto 'diritto naturale', al diritto positivo dello Stato.

Avendo presente tale fondamentale obbiettivo da realizzare, Romano passa poi all'analisi più ravvicinata della 'instaurazione' di un ordinamento costituzionale. Ancora una volta egli muove da fondamentali acquisizioni teoriche della giuspubblicistica tedesca, ma ancora una volta tenta di procedere oltre (93).

Per il problema specifico in esame, il punto di riferimento quasi obbligato è costituito dall'opinione sul punto espressa da Georg Jellinek nella sua *Allgemeine Staatslehre*, pubblicata solo un anno prima (94).

Per Jellinek — com'è noto —, il procedimento costitutivo di un determinato Stato e del suo ordinamento costituzionale doveva

---

(92) *Ibid.*, pp. 42-44.

(93) Ci riferiamo qui al complesso rapporto instaurato da Santi Romano con la dottrina giuridica tedesca a proposito della tematica dei diritti pubblici soggettivi: cfr. *supra*.

(94) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900.

essere considerato di natura puramente fattuale, poiché, mancando lo Stato medesimo, e dunque qualsiasi norma regolativa autoritativamente imposta, esso non poteva in alcun modo definirsi 'giuridico' (95).

Romano riconosce a Jellinek il merito di aver fatto « *tabula rasa* di ogni elemento di diritto astratto o filosofico », di aver cioè restituito allo Stato la dimensione piena della sua sovranità, l'unica dalla quale è possibile far discendere il carattere « giuridico di un processo storico-sociale (96); eppure, il giurista siciliano non può non rimanere per altro verso assai perplesso di fronte alla soluzione così sbrigativa di Jellinek: se *prima* dello Stato non esiste alcuna realtà 'giuridica', come risolvere il problema dei limiti 'giuridici' della sovranità statuale? Se lo Stato è preceduto solo ed unicamente da una pura realtà fattuale, non si giunge forse per questa via inevitabilmente ad ammettere l'esistenza di una sovranità illimitata?

Divergendo dunque dall'impostazione di Jellinek, Romano cerca di dimostrare quanto improbabile e poco credibile sia l'immagine di un potere politico, che nasce perfettamente libero di disporre a proprio piacimento di quei dati fondamentali, che in definitiva si collocano all'origine del proprio processo di formazione.

È certo che per Romano lo Stato è chiamato a riconoscere, mediante un atto normativo, il procedimento che ha condotto alla sua instaurazione, e dunque che la 'giuridicità' del processo storico di formazione dell'ordinamento statuale deriva da un atto riconducibile allo Stato-persona ed alla esplicazione della sua sovranità; e tuttavia tale atto non può dirsi frutto di una « volizione positiva » assolutamente libera: per il giurista siciliano, esiste infatti « un complesso di norme e d'istituti che il nuovo ordinamento non può non considerare suoi, perché nasce con essi e senza di essi la nascita non si avrebbe, giacché sono essenziali alla sua vita (97).

In conclusione, il vero limite alla sovranità statuale — che si aggiunge a quelli risultanti dai meccanismi preposti a regolare le

---

(95) *Ibid.*, pp. 238 e ss. Romano commenta l'opinione di Jellinek alle pp. 55-57 del suo saggio.

(96) Santi Romano, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 57.

(97) *Ibid.*, pp. 103-104.

competenze dei vari organi dello Stato (98) —, l'unico che può valere anche nei confronti della suprema potestà legislativa, è il limite della 'necessità', consiste cioè nel fatto che lo Stato non può negare determinati 'principi' fondamentali, senza negare sé medesimo e la propria giuridica esistenza (99).

Nella fissazione di questo concetto giuridico della 'necessità' non è dunque in alcun modo ravvisabile il tentativo di 'aprire' i confini della dogmatica giuspubblicistica ad un diritto 'superiore', anteriore al diritto positivamente espresso nelle norme dello Stato. La 'necessità' è piuttosto una componente essenziale della stessa normativa statuale, che rimane comunque per Santi Romano l'*unico* oggetto possibile d'indagine giuridica. In tale compononte si esprime l'esigenza di limitatezza della sovranità statuale e dei suoi atti d'imperio, che sotto questo profilo risultano conseguenti, non già a 'scelte' liberamente effettuabili da parte dei detentori del potere politico, ma ad un 'necessario' riconoscimento delle norme e dei fondamentali istituti posti alla base di tutto l'edificio statuale.

Lo 'Stato giuridico' come Stato sovrano e limitato nello stesso tempo: nella teoria giuridica della 'necessità' si esprime appunto il bisogno — da Santi Romano fortemente avvertito — di 'chiudere' il

---

(98) Già individuati mediante i concetti di autolimitazione e di autoobbligazione, nel contesto del saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi: cfr. *supra*.

(99) SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., pp. 94-95. Ha messo in rilievo la figura giuridica della 'necessità' anche A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*, ma in un senso del tutto diverso dal nostro. Per Tarantino infatti, la 'necessità' è in certo senso il cuore stesso delle dottrine romaniane, e comunque rappresenta il germe primo della teoria istituzionale: ad essa, in questa direzione, Tarantino attribuisce valenze fortemente 'antiformalistiche'. Per noi, invece, la 'necessità' è, nel contesto della dogmatica giuspubblicistica romaniana, nient'altro che una figura giuridica, che assolve alla determinante funzione di 'chiudere' il sistema, rendendo giuridicamente limitata la sovranità dello Stato, senza peraltro intaccarne l'intima sostanza. Il tema della 'necessità' richiama la problematica del c.d. 'antivolontarismo' di Santi Romano: sul punto cfr. M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, cit., pp. 59-61. Chi ha formulato le considerazioni più lucide ed intelligenti in materia, è senza dubbio A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976, pp. 124-161, e spec. p. 160, dove « l'assunzione del punto di vista istituzionale » da parte di Santi Romano appare « tutta volta a cogliere volontà già esaurite, strutture già definite e compiute », piuttosto che lo sforzo medesimo degli individui associati teso a progettare nuove soluzioni giuridiche dotate di contenuto normativo.

sistema, d'individuare un limite giuridico alla sovranità statuale, tale da potersi dire ad essa *intrinseco*, in certo senso espressione esso medesimo di sovranità, e non già di un diritto naturale erroneamente concepito come diritto 'superiore', preesistente allo Stato medesimo.

In definitiva, si può affermare che il giurista siciliano esca da questa prova del 1901 rafforzato nella convinzione che la dogmatica giuspubblicistica non abbia alcun bisogno di estendere il proprio campo di ricerca al di là del diritto positivo autoritativamente posto dallo Stato. Proprio attraverso la nozione giuridica di 'necessità', si conferma anzi che nelle norme scaturenti dagli atti d'imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l'integrale costruzione dello 'Stato giuridico'; è contenuta cioè una vera e propria *adesione implicita e necessaria* ai principii e agli istituti fondamentali, sui quali si regge l'esistenza stessa del potere politico.

Armato di tale rinnovata consapevolezza, il nostro giurista può così finalmente giungere, già nel 1902, alla formulazione di una teoria dei limiti della funzione legislativa (100).

Il saggio al quale ci riferiamo è importante proprio perché in esso Santi Romano tenta di applicare al concreto campo di esperienza del diritto positivo italiano le teorie enunciate nel 1901. Si tratta naturalmente di un primo approccio, tanto che lo scritto si conclude ricordando che l'intento dell'autore era solo quello di svolgere delle « considerazioni preliminari », che dovranno in futuro essere riprese e rielaborate (101).

Ma anche se costretto in tali limiti, il saggio del 1902 è per noi pur sempre di grande rilevanza, dal momento che testimonia della precisa volontà di Romano di proseguire il discorso avviato nel 1897 sui diritti pubblici soggettivi, cercando di mettere in luce, al livello più alto della funzione legislativa, la vera natura dei limiti della sovranità statuale.

Il giurista siciliano muove intanto da una precisa constatazione: « Quando delle istituzioni fondamentali dell'odierno diritto costituzionale si voglia approfondire l'intima natura, essa, più che altrove,

---

(100) Il saggio in questione è: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico*, I (1902), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 119-150.

(101) *Ibid.*, p. 150.

deve rintracciarsi nella possibilità che la norma di diritto penetri nelle più alte manifestazioni e si faccia sentire dai più alti organi dello Stato, in modo che nessuno di essi possa dirsi *legibus solutus* » (102).

Non sono queste comunque — e Romano ancora una volta lo sottolinea — norme di 'diritto naturale', nel senso che non si tratta di un diritto « che trascenderebbe, per dir così, lo Stato, che sarebbe una forza superiore a quest'ultimo, ricadendo in vecchie e disusate teoriche, da cui la scienza si è più o meno completamente liberata » (103): se di limiti si deve parlare, ciò è possibile solo parlando di « autolimitazioni », in altri termini di limiti che lo Stato impone a sé medesimo (104).

Come vcdiamo, Romano non smonta neppure in questa occasione il meccanismo della autolimitazione, che evidentemente vale anche per la teoria dei limiti della potestà legislativa. Con una differenza: mentre nel caso della potestà amministrativa, e di quella giurisdizionale, l'autolimitazione dello Stato si sostanziava nella presenza di una fonte giuridica superiore, quella legislativa, nel caso di quest'ultima l'autolimitazione avviene sulla base esclusiva di 'principii giuridici', che non richiamano per loro conto alcun diritto 'superiore' a quello espresso nella norma di legge.

Il motivo di questa differenza è chiaro. Infatti, solo trattando dei limiti dell'attività legislativa, il giurista che volesse indicare una 'fonte superiore' sarebbe costretto ad uscire del tutto dai confini della sovranità dello Stato: ed è precisamente ciò che Romano vuole evitare.

Così è essenzialmente per il limite alla esplicazione della potestà legislativa contenuto nello Statuto. Nella Carta costituzionale non viene in alcun modo ravvisata la presenza di un diritto 'superiore', al quale il legislatore debba conformarsi, ma semplicemente un complesso di norme giuridiche che possono essere modificate solo a certe e determinate condizioni.

Il limite nell'esercizio della funzione legislativa sta appunto nel fatto che tali norme sono derogabili da parte del legislatore solo

---

(102) *Ibid.*, p. 129.
(103) *Ibid.*, p. 130.
(104) *Ibid.*, p. 131.

quando la modificazione è imposta dalla 'necessità', solo quando il legislatore medesimo si trovi di fronte ad una situazione nella quale « non inventa, ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale e personale » (105).

In definitiva, una sorta di 'diritto', che non può non essere riconosciuto dal legislatore, anche contro lo Statuto. È proprio questo 'diritto' che 'autorizza' la potestà legislativa a derogare alle norme statutarie, che consente quindi di non attribuire allo Statuto quella dimensione di immutabile 'legge fondamentale', che Romano rifiutava perché troppo esposta al pericolo di trasformarsi in 'diritto naturale' superiore alla stessa sovranità dello Stato; e, nello stesso tempo, è ancora la 'necessità' a determinare quella natura limitata della potestà legislativa, che il nostro giurista affannosamente ricercava, poiché le deroghe allo Statuto vengono rese possibili *solo* in nome di un diritto esistente nella 'coscienza generale', che il legislatore stesso non può non riconoscere.

Con la configurazione della categoria della 'necessità', Romano mirava così ad un duplice scopo: da una parte, evitare il ritorno al diritto naturale, dall'altra perseguire il suo ideale di Stato giuridicamente limitato. Il suo positivismo giuridico d'impronta statualistica, fondato sui dogmi della personalità e della sovranità dello Stato, giunto al più alto livello di sviluppo teorico, era ora costretto a tornare al diritto insito nella 'coscienza generale': solo in un diritto così inteso si poteva infatti ricercare un limite alla sovranità dello Stato, che non fosse nello stesso tempo affermativo di un diritto 'superiore', sovrastante — in modo per Romano inammissibile — lo stesso Stato-persona.

Il diritto di 'necessità' è l'unico che può svolgere questa funzione, perché è l'unico diritto di formazione extrastatuale, che non mette in gioco la sovrana centralità dello Stato moderno: riconoscerlo da parte dello Stato significa nello stesso tempo autolimitarsi, ma anche riaffermare la propria sovranità.

È in questa prospettiva che Romano, all'inizio del secolo, si avvia a guardare alla 'società' ed alla dimensione extrastatuale del

(105) *Ibid.*, p. 143.

diritto. Tutte le sue successive analisi sono condizionate da questo approccio iniziale: nella 'società' egli ricerca, non *il* diritto — che per lui rimarrà sempre in modo prevalente quello dello Stato —, ma quel diritto che, complessivamente preso, gli consente di concepire in modo limitato la sovranità dello Stato, senza intaccare la sua intima sostanza.

Dunque, non *un* diritto qualsiasi — e tanto meno *tutto* il diritto che la società produce —, ma *solo quel* diritto che appare come prodotto organico della 'coscienza generale', per motivi del tutto occasionali e casuali non ancora assunto nelle norme di diritto positivo, ma in sostanza già pronto ad essere riconosciuto dall'atto sovrano dello Stato. La 'società' come *componente* del sistema di diritto pubblico: verso questo fondamentale punto di approdo finisce per dirigersi tutto il lavoro teorico di Santi Romano.

Sarebbe qui troppo lungo mostrare come gli itinerari intellettuali del nostro giurista convergano tutti in questa direzione a partire dal 1902. È però necessario per lo meno notare con quanta chiarezza e lucidità Romano riproponga il basilare rapporto tra norma dello Stato e « norme della vita sociale » in una sua prolusione pisana del 1909, dedicata a *Diritto e correttezza costituzionale*, praticamente contemporanea, in modo per noi assai significativo, all'altro celebre discorso — sempre del 1909 — su *Lo Stato moderno e la sua crisi* (106).

Trattando delle regole di 'correttezza costituzionale', Romano si preoccupa prima di tutto di distinguerle dal vero e proprio diritto costituzionale. La 'correttezza costituzionale' si traduce infatti in regole di 'equità', 'buona fede', ed 'educazione politica', alle quali manca del tutto la dimensione della vigenza obbligatoria, caratteristica invece delle norme giuridiche (107).

Ciò non toglie però che tali regole non giuridiche possano

---

(106) Santi Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, prolusione al corso di diritto costituzionale nella Università di Pisa, pubbl. in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. primo, pp. 271-285, p. 271 per la frase citata nel testo. Il noto discorso su *Lo Stato moderno e la sua crisi* non fu infatti prolusione al corso tenuto da Romano, ma discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910 dell'Università di Pisa. La prolusione al corso di diritto costituzionale fu pronunziata il 13 gennaio 1909; il discorso inaugurale fu certamente di poche settimane anteriore o posteriore.

(107) Santi Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., pp. 282-283.

svolgere un'importante funzione, all'interno dei confini stessi della dogmatica costituzionalistica. Lo stesso diritto costituzionale — secondo il giurista siciliano — deve in un certo senso essere predisposto a subire modifiche ed integrazioni che provengano dal proprio esterno, dall'àmbito delle regole non giuridiche (108).

L'ideale costituzionale che qui Romano persegue è quello della *flessibilità* della Costituzione, come massima garanzia possibile della sua *stabilità*. Già in un'altra prolusione del 1906, il nostro giurista aveva duramente criticato le costituzioni rigide, che pretendono di codificare i 'principi fondamentali' di una data società: di gran lunga preferibili sono invece quelle costituzioni che si rivelano « sempre idonee a quella specie di elaborazione interna e di rinnovazione, per dir così, tacita, che può servire ad evitare violente crisi politiche » (109).

Ed anche nel 1909 — nella prolusione che stiamo esaminando —, Romano ribadisce questa sua convinzione, riafferma cioè l'opportunità di un ordinamento, che lasci « entro la sua cerchia degli spazi liberi, o, meglio, riserbati al costume politico »: solo un ordinamento costituzionale di questo tipo « potrà essere modificato o sostituito, senza che si tocchino le istituzioni giuridiche », non coinvolgendo cioè nel mutamento — per quanto radicale possa essere — la necessaria dimensione della sovranità dello Stato-persona (110).

Proprio sotto questo profilo, è per noi rilevante l'atteggiamento di Santi Romano di fronte alla 'correttezza costituzionale'. In tale sfera non giuridica, egli ravvisa una sorta di serbatoio, dal quale attingere, continuamente, dopo una serie articolata di mediazioni, nuove soluzioni giuridiche, aggiustamenti progressivi dell'ordine costituzionale, che valgano nel tempo a preservare il sistema da

---

(108) Afferma Romano che molte volte il giurista di diritto pubblico viene a trovarsi « agli estremi limiti della cerchia riserbata al diritto »; in questi casi, egli, « se vuole raggiungere i suoi fini pratici, deve appoggiarsi ad altre norme e calcolare sulla loro efficacia » (*Ibid.*, p. 279).

(109) SANTI ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 della Università di Modena, pubbl. in *Annuario dell'Università di Modena, 1907*, ora in *Scritti minori*, volume primo, cit., pp. 259-270, p. 266 per la frase citata nel testo.

(110) SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 278.

mutamenti troppo bruschi, da riforme troppo improvvise e troppo poco meditate.

È questo un modo di avvicinare il 'diritto' alla 'realtà sociale'? Noi crediamo proprio di no. E per rispondere negativamente, è sufficiente riflettere un attimo sulle conclusioni della prolusione pisana, che riportiamo per esteso: « Però ognun vede quanto sia facile e naturale il passaggio nel sistema delle consuetudini giuridiche, per molte norme di correttezza, che abbiano avuto tempo e occasione di consolidarsi. Così queste costituiscono una fonte non immediata, ma perenne, pel cui tramite si potranno trasfondere, quando occorra, elementi di nuova giovinezza nelle istituzioni politiche. Così pure la continua pressione che su quest'ultime esercitano la vita sociale e la coscienza, lo spirito pubblico, ... prima di giungere ad influire direttamente sull'ordinamento giuridico, ha modo di regolarsi e depurarsi. Privata della sua impetuosità e impulsività occasionale e dei suoi fermenti non durevoli, essa può tradursi in norma di correttezza; consolidata maggiormente e, sopra tutto, saggiata dalla lunga pratica, può in seguito divenire consuetudine, ovvero ispirare l'attività del legislatore, ed entrare con l'una o l'altra veste nel tempio del diritto » (111).

Le regole di correttezza costituiscono dunque una sorta di anello intermedio tra la 'vita sociale' e l'ordinamento giuridico, svolgendo un'essenziale funzione di filtro tra l'una e l'altro, ma soprattutto preservando il diritto costituzionale positivamente vigente dalla 'impetuosità' dei conflitti sociali: il vero scopo ultimo di Romano è quello di sottrarre le istituzioni agli influssi diretti dei mutamenti, troppo rapidi e contraddittori, della società civile.

Il nostro giurista sapeva certamente che, per risolvere le antinomie del sistema — e principalmente quella tra pienezza della sovranità dello Stato e sua limitatezza —, era necessario fare ricorso ad una dimensione extrastatuale del diritto. Chiudersi nella contemplazione dell'ordinamento formalmente vigente non era possibile. Senza un continuo lavoro d'integrazione, senza una costante trasformazione delle regole non giuridiche in vere e proprie norme di

(111) *Ibid* p. 285.

diritto, tutto il sistema di diritto pubblico era destinato ad irrigidirsi, rischiando il crollo totale.

Ma proprio perché muoveva da una simile convinzione, Romano finiva per chiedere alla realtà sociale esclusivamente la proposizione embrionale di nuove soluzioni giuridiche, idonee a colmare le lacune dell'ordinamento vigente. Privata della propria 'impetuosità e impulsività occasionale', la 'società' era così chiamata a svolgere una precisa funzione — l'unica che conti per il nostro giurista —: quella di accrescere continuamente il grado di stabilità delle istituzioni.

Con simili conclusioni non miriamo affatto — ed è bene chiarirlo — a distruggere il 'realismo', o lo 'storicismo', o lo stesso istituzionalismo, di Santi Romano, ma semplicemente a mettere in luce quale funzione abbia svolto la dimensione extrastatuale del diritto nel complesso della sistematica giuspubblicistica romaniana.

Si trattò, a nostro avviso, di una funzione meramente *correttiva* — e certamente non 'alternativa' — dell'irrinunziabile dogma della sovranità dello Stato-persona, del tutto inserita nella problematica della autolimitazione già inaugurata da Georg Jellinek. Dalla tematica puramente negativa del 'limite', Romano risalì poi alla nccessità storica di una costituzione flessibile, immettendo nel sistema di diritto pubblico la stessa 'vita sociale' in quanto fonte indiretta di regole giuridiche atte a risolvere le antinomie dell'ordinamento, e, in ultima analisi, ad accrescere il grado di resistenza delle istituzioni di fronte ai conflitti sociali.

Sulla base di tali presupposti, è possibile anche rileggere in una direzione nuova il celebre discorso romaniano sullo *Stato moderno e la sua crisi*.

In primo luogo, non ci sembra più possibile rilevare una contraddizione di fondo, nel seno stesso delle argomentazioni di Santi Romano, tra 'teoria' ed 'ideologia', tra lucida e disincantata presa d'atto della 'crisi' dello Stato moderno in senso pluralistico, e pervicace conservazione ideologica del dogma della necessaria sovranità dello Stato-persona.

In realtà, il discorso romaniano — nella prolusione del 1909, come altrove — si svolge tutto su un medesimo piano, che è insieme, ed inestricabilmente, 'teorico' ed 'ideologico', di assunzione problematica del dato della 'crisi', ma anche, contemporaneamente, di

risposta in termini di rinnovata centralità della persona giuridica statuale.

La rilevanza del discorso del 1909 non sta in una presunta svolta in senso 'pluralistico' della teoria giuridica romaniana, ma nel fatto che il nostro giurista ritiene nel 1909 ormai maturo un confronto diretto della scienza giuridica con i caratteri fondamentali dello sviluppo storico della società italiana.

In sintesi, e come meglio vedremo in seguito, il giurista siciliano ritiene di poter attribuire alla scienza giuridica due precisi compiti: ridimensionare la 'crisi', mostrando di essa gli aspetti meno conflittuali, ed indicare nella riforma graduale e progressiva dell'ordinamento costituzionale il necessario sbocco ultimo della 'crisi' medesima.

Sia che si legga la prolusione del 1909 sotto il primo profilo, sia che la si legga sotto il secondo, al centro del ragionamento di Santi Romano, proprio come irrinunziabile punto di partenza della riflessione della scienza giuridica, rimane sempre e comunque la personalità giuridica dello Stato, quale necessario segno distintivo dello Stato moderno.

Si inizia infatti esaltando « l'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona » (112), ed il conseguente concetto di personalità giuridica dello Stato come « compiuta sintesi delle varie forze sociali » (113), e si conclude riaffermando la necessità storica di questo medesimo Stato, che, al di là di « una crisi momentanea », comunque « potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede » (114).

In effetti, per Romano vi è una dimensione della 'crisi' che deve essere assolutamente isolata e rifiutata: quella che conduce i gruppi sociali, determinati sulla base di un comune interesse economico, a ravvisare nello Stato un semplice interlocutore sul piano politico ed economico, e non « quell'ente astratto, fornito di una propria indi-

---

(112) SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 5-26, p. 8 per la frase citata nel testo.

(113) *Ibid.*, p. 9.

(114) *Ibid.*, pp. 24-25.

vidualità e personalità », che il giurista siciliano aveva posto al centro della sua ricerca fin dai primi saggi giovanili (115).

Su questa via, si giungerebbe infatti inevitabilmente — secondo Romano — alla « decomposizione dello Stato moderno », poiché tale 'esagerazione' dei « fattori economici » finirebbe per coinvolgere lo Stato medesimo, per sottrarre progressivamente ad esso quella natura di 'ente astratto', capace di essere 'compiuta sintesi' delle forze sociali, sulla quale si fonda in età moderna l'essenza ultima della sua sovranità (116).

Vi è però anche una seconda dimensione della 'crisi' — ben distinta dalla prima —, di fronte alla quale non è più opportuno, secondo il giurista siciliano, contrapporre in modo puramente passivo il dogma della assoluta sovranità dello Stato-persona.

Bisogna cioè riconoscere che lo Stato moderno ha preteso in origine di fondarsi su un modello « eccessivamente semplice », nel quale trovavano spazio esclusivamente lo Stato medesimo e gli individui isolati (117). 'Crisi' è dunque anche crisi di questo modello, necessità, per determinati gruppi e forze sociali, di trovare pieno riconoscimento nell'àmbito del moderno diritto costituzionale.

Sotto questo profilo, il giurista deve sforzarsi di cogliere, al di là dell'aperto atteggiamento antagonistico di certi gruppi sociali di fronte allo Stato (118), il movimento complessivo della società verso il progressivo perfezionamento delle istituzioni e dell'ordinamento vigente.

Depurata quindi dei suoi aspetti più decisamente conflittuali, la 'nuova società' offre al giurista l'occasione per procedere oltre nella costruzione dello Stato moderno come integrale 'Stato giuridico', per completare « le deficienze e le lacune dell'ordinamento positivo dello Stato (119).

E, in effetti, la costituzione che si erge di fronte ai nuovi gruppi sociali è per Santi Romano tutt'altro che completa: essa si presenta

---

(115) *Ibid.*, p. 9.
(116) *Ibid.*, pp. 16-18.
(117) *Ibid.*, pp. 13-14.
(118) *Ibid.*, p. 15.
(119) *Ibid.*, p. 19.

invece in modo elastico e flessibile, del tutto aperta alla possibilità di continue integrazioni.

Secondo il nostro giurista, superato il primo momento della 'crisi', quando ci si renderà conto che la nuova dinamica sociale si svolge « in un campo in cui non ci sono trincee da abbattere, ma solo difese da innalzare », si scoprirà anche che non esiste contraddizione alcuna tra il nuovo pluralismo politico-sociale e le fondamentali caratteristiche dello Stato moderno, si capirà allora che il movimento sociale, che oggi appare così tumultuoso e contraddittorio, è in realtà diretto a « costruire e non distruggere: è questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dell'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con le solide e severe architetture dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno fatti integranti » (120).

Non si tratta di una profezia, e neppure di un semplice auspicio, ma di una solida convinzione, che Romano ha lungamente maturato negli anni precedenti, sul terreno della dogmatica giuspubblicistica.

Infatti, proprio tentando di costruire tutta la dinamica del diritto pubblico moderno come sistema di rapporti giuridici intercorrenti tra lo Stato-persona ed altre soggettività giuridiche, il giurista siciliano si era reso conto che nessuna piena giuridicità del potere politico, sovrano e limitato nello stesso tempo, era possibile, che nessun sistema di diritto pubblico era concepibile in modo totalmente completo e coerente, senza un costante richiamo alla 'società' quale fonte indirettamente produttiva di continue integrazioni dell'ordinamento giuridico.

La prolusione del 1909 non è allora comprensibile nel suo significato più profondo, se non alla luce dei due concetti fondamentali elaborati da Romano negli anni precedenti: quello di costituzione flessibile, come complesso di norme gradualmente evolventesi nel divenire storico di una data collettività, e quello di 'società', come necessario supporto delle istituzioni, dal quale attingere continuamente nuove soluzioni dirette a risolvere le antinomie e le incompiutezze dell'ordinamento.

---

(120) *Ibid.*, p. 20.

Se 'costituzione' e 'società' non sono in rapporto di opposizione, possono non esserlo anche le massime espressioni di queste due entità complesse: la personalità e la sovranità giuridica dello Stato quale necessario centro della costituzione dello Stato moderno da una parte, il pluralismo politico e sociale come manifestazione specifica della società novecentesca, dall'altra.

Il discorso del 1909 segna così il passaggio di Santi Romano dalla riflessione teorica generale sullo 'Stato giuridico' alla concreta valutazione della fase storica a lui contemporanea. E si tratta di un passaggio, che non è contrassegnato da un salto brusco, ma dal tentativo, del tutto consapevole e coerente, d'interpretare la società e le istituzioni del tempo alla luce delle teorie precedentemente elaborate.

'Costituzione' e 'società' prendono corpo nell'analisi del giurista siciliano, e proporre una loro conciliazione significa in concreto credere possibile un inserimento graduale, e non traumatico, delle nuove soggettività nell'àlveo dello Stato moderno e della sua sovranità.

Romano può così pensare di rispondere alla 'crisi' esclusivamente con « mezzi giuridici ed istituzionali » (121), proprio perché muove da una radicata ed incrollabile fiducia nella inesauribile capacità dello 'Stato giuridico' di tradurre gli scomposti movimenti della società civile in altrettante proposte integrative dei propri assetti istituzionali e normativi.

La 'crisi' è in tal modo assunta nelle elaborazioni del nostro giurista solo come processo di continuo e graduale *arricchimento* e *perfezionamento* dello Stato moderno e della sua costituzione, al centro della quale rimane inalterato l'elemento essenziale: il dogma della sovranità dello Stato-persona concepito come 'ente astratto'.

Andare al di là non era possibile, se non rimettendo in discus-

---

(121) *Ibid.*, p. 23. Si apre qui tutta la vasta tematica della 'riforma istituzionale', alla quale Romano accenna appena, a proposito di una possibile riforma della rappresentanza politica nel senso di una « rappresentanza degli interessi » (p. 23). Romano mostra di essere tutt'altro che in disaccordo con simili proposte di riforma, ma — come ripetiamo — si tratta di puri e semplici accenni, di esemplificazioni che si collocano nel contesto complessivo di un discorso dal tono sostanzialmente programmatico, nel quale non si mirava certo in primo luogo a formulare concrete e dettagliate proposte.

sione tutto il modello di sviluppo, quella stessa natura 'giuridica' del potere politico, sulla quale Santi Romano aveva fondato il complesso del suo lavoro teorico.

Il giurista poteva — e doveva — guardare alla 'società' ed ai suoi mutevoli equilibri, ma solo in quanto nel loro realizzarsi vedeva progressivamente confermato ed attuato quell'ideale di 'Stato giuridico', che già aveva animato ed orientato nel profondo le sue costruzioni dogmatiche.

5.

COSTITUZIONE, STATO E POLITICHE COSTITUZIONALI NELL'OPERA DI GIORGIO ARCOLEO (*)

1. Premessa. I limiti e le ragioni della nostra indagine. La fortuna di Arcoleo. — 2. Il governo parlamentare in Italia e i 'modelli costituzionali' europei. Le teorie di Arcoleo. — 3. Verso il nuovo secolo: legislazione sociale, diritto amministrativo e diritto costituzionale. Le proposte di Arcoleo.

1. Non si può certo dire che sul nome di Giorgio Arcoleo si sia fino ad oggi appuntato l'interesse degli studiosi, degli storici, dei giuristi, degli stessi specialisti che operano sul piano della storia della scienza giuridica. Non parlo qui evidentemente di quei biografi di Arcoleo, che hanno scritto di lui e della sua opera, già prima della morte, con intenti dichiaratamente celebrativi ed apologetici; e che anzi, nel corso del ventennio fascista, hanno anche colpevolmente provveduto a deformare diversi aspetti dell'opera del giurista siciliano (1). Ed alludo invece a quei complessi itinerari, che sono stati

(*) Questo saggio riflette, con i necessari adattamenti, la relazione tenuta al Convegno dedicato a *Giorgio Arcoleo settant'anni dopo: Stato, politica, diritto* (Catania e Caltagirone, 1-2-3 ottobre 1984). Si è ritenuto opportuno conservare, anche in questa forma definitiva, il carattere di immediatezza proprio della relazione orale. Per questo medesimo motivo, saranno limitati al minimo indispensabile anche i riferimenti bibliografici. Il lettore deve comunque presupporre un certo dibattito storiografico, di recente svoltosi sui giuristi, e sul ruolo della cultura giuridica, nell'Italia liberale. Per alcune valutazioni complessive in questa direzione, cfr. M. Fioravanti, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius Commune*, X (1983), pp. 201 e ss.

(1) Mi riferisco a: A. Casulli, *Giorgio Arcoleo*, Roma, 1913; G. Paulucci di Calboli, *Giorgio Arcoleo*, Roma, 1938; A. Casulli, *Un Maestro: Giorgio Arcoleo*, Pescara, 1957; mentre, sempre in questo àmbito, il testo più organico e ricco d'informazioni è di G. Paulucci di Calboli - A. Casulli, *Il pensiero di Giorgio Arcoleo*, Milano, 1927: sono qui

disegnati, e percorsi, dalla ricerca storiografica negli ultimi decenni, attorno alla cultura politica e giuridica dell'Italia liberale.

Vi sono a questo proposito su Giorgio Arcoleo silenzi totali, perfino in opere dedicate da vicino ai contributi degli stessi giuristi di diritto pubblico (2); ed, in altri casi, accenni di sfuggita con i quali il nostro giurista viene spesso ricordato soprattutto per la sua critica alle forme di governo instauratesi in Italia, affiancando frettolosamente il suo nome a quello di altri celebri critici delle istituzioni, come Bonghi, Sonnino, o Turiello (3). Ancora, in altre opere di carattere generale, relative alla storia costituzionale dell'Italia unita, Arcoleo viene per lo più ricordato per certe sue celebri prese di posizione alla Camera, a proposito della sua ferma opposizione ai noti decreti di fine secolo, o in relazione ai tentativi di riforma del Senato negli anni 1910-1911 (4).

---

per altro contenute quelle deformazioni del pensiero di Arcoleo, alle quali alludiamo nel testo, che del giurista siciliano vorrebbero fare un vero e proprio precursore del fascismo (spec. pp. 102 e ss.). Sul piano meramente informativo, è da ricordare anche la voce *Arcoleo, Giorgio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 3, Roma, 1961, che comunque presenta notevoli lacune, ed anche qualche inesattezza. Infine, tra le commemorazioni di Arcoleo, strumenti sempre utili per ricostruire la biografia di un certo autore, si possono citare: R. De Ruggiero, *Giorgio Arcoleo*, in *Atti della Accademia Pontaniana*, XLVI (1916), e E. Presutti, *Giorgio Arcoleo*, in *Annuario della R. Università degli Studi di Napoli*, a.a. 1914-1915, Napoli, 1915, pp. 313 e ss. In particolare questo secondo testo, di Presutti, è certamente di un certo rilievo per la comprensione dell'opera giuridica di Arcoleo.

(2) Vale per tutti l'esempio di F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, che ignora completamente Arcoleo. La figura di Arcoleo è invece ricordata da M. Galizia, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 969-970.

(3) Qualche esempio a questo proposito: R. Faucci, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, pp. 67 e ss.; e S. Lanaro, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia. 1870-1925*, Venezia, 1979, p. 239 nota 41.

(4) Ci riferiamo principalmente a C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari, 1977, dove Arcoleo viene ricordato appunto per le sue proposte di riforma del Senato (p. 289), ma anche, per inciso, come oppositore di quel 'metodo giuridico' negli studi di diritto pubblico, al quale più avanti faremo ampio riferimento (p. 318). Da menzionare anche il lavoro di J.A. Thayer, *Italy and the Great War. Politics and Culture, 1870-1915* (1964), traduzione italiana, *L'Italia e la Grande Guerra. Politica e cultura dal 1870 al 1915*, Firenze, 1973, dove Arcoleo è ricordato per la sua ferma opposizione alle manovre reazionarie di fine secolo, e per il distacco dal modello costituzionale tedesco che in lui conseguentemente maturò (p. 146 e p. 183). Di questo problema specifico dovremo più avanti discutere in modo ben più analitico.

Ma ciò che puntualmente rimane fuori è la riflessione di Arcoleo — come vedremo, di notevole peso ed originalità — sulle istituzioni dell'Italia liberale, a partire dai saggi degli anni Ottanta, dei quali qui più diffusamente ci occuperemo (5).

Passando dal mondo degli storici a quello dei giuristi, non dobbiamo mutare di molto il segno delle nostre osservazioni. Rovistando per i cataloghi delle biblioteche giuridiche italiane, anche di quelle note per possedere i più cospicui fondi ottocenteschi, accade non di rado di trovare vasti vuoti concernenti momenti decisivi dell'opera giuridica di Arcoleo. Voglio qui per lo meno ricordare che sono introvabili i primi due scritti costituzionalistici del giurista siciliano, preparati per il concorso a Cattedra nel periodo 1875-1877 e pubblicati a Napoli, intitolati *Sul Senato moderno e Gli equivoci nelle forme rappresentative*; che sono assai poco diffusi gli *Appunti* napoletani di diritto costituzionale degli anni Ottanta, nelle loro varie edizioni, e lo stesso scritto sul bilancio, che pure, da inequivocabili testimonianze, risulta essere stato al centro del dibattito del tempo (6); che esiste molta approssimazione e confusione sulla genesi e sulla stessa datazione delle varie edizioni dell'opera principale, il *Diritto costituzionale*, noto più che altro per la ristampa della

---

(5) È necessario precisare che ci occuperemo qui esclusivamente di Arcoleo giurista, lasciando da parte il tentativo di fornire una ricostruzione complessiva della sua figura di politico-giurista. Anche se ci rendiamo conto che assai spesso impegno politico ed elaborazione teorico-giuridica muovono in Arcoleo da identiche motivazioni culturali. Non mancheremo dunque di utilizzare quei discorsi parlamentari che appariranno più significativi per la comprensione della stessa opera giuridica. A rigore, non dovrebbe poi essere esclusa neppure un'attenzione particolare ad Arcoleo letterato e critico letterario, nella fase giovanile di studi a Napoli presso De Sanctis, non tanto per tentare arditi ed improbabili paralleli tra 'realismo' letterario e 'realismo' giuridico, o tra 'politicità' dell'impegno letterario e 'politicità' dell'impegno teorico-giuridico, quanto per esplorare compiutamente, ed in tutta la sua estensione, quella cultura napoletana, spesso insofferente alle delimitazioni disciplinari, nella quale il nostro Arcoleo si formò. Inutile qui anche solo avviare una riflessione sulla tradizione giuridica e politico-filosofica napoletana.

(6) G. Arcoleo, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880; Id., *Appunti di diritto costituzionale*, Napoli, 1888 (si tratta della 'sesta edizione riveduta ed ampliata', per noi particolarmente significativa, per i motivi sostanziali, che più avanti vedremo).

terza edizione, del 1907, nel terzo volume delle *Opere* (7); che, infine, sono ormai del tutto dimenticati, anche nelle bibliografie esistenti, altri scritti minori, anche di un certo rilievo (8).

Ma questa relativa assenza all'interno del mondo dei giuristi ci conduce già nel cuore della nostra analisi su Arcoleo studioso di diritto pubblico. Gli anni Ottanta, cioè gli anni nei quali il nostro giurista pone le basi di tutta la sua opera costituzionalistica, sono gli anni in Italia della progressiva introduzione del 'metodo giuridico' nello studio del diritto pubblico. Ciò avviene per opera ed iniziativa di un altro grande giurista del tempo — siciliano anche lui —, per impulso di Vittorio Emanuele Orlando, con alcune celebri prolu-

---

(7) G. ARCOLEO, *Le Opere*, a cura di G. Paulucci di Calboli e A. Casulli, vol. I, *Studi e profili*, Milano, 1929; vol. II, *Uomini e tempi*, Milano, 1932; vol. III, *Diritto costituzionale*, Milano, 1935. Nella Prefazione al terzo volume, quello che più direttamente ci riguarda, i curatori omettono d'indicare quale sia con precisione il testo di Arcoleo che viene ristampato nel 1935; e, di più, accennano ad un presunto *Trattato di diritto costituzionale* del 1890. In realtà, il terzo volume delle opere riproduce G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Napoli, 1907 (terza edizione; sempre a Napoli, nel 1903 e nel 1904, erano apparse la prima e la seconda edizione). Questa opera ha poi un unico precedente, sia in senso formale che sostanziale: si tratta di G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Lezioni dettate nell'Università di Napoli*, a.a. 1901-1902, Napoli, 1902, che reca la seguente *Avvertenza*: « La pubblicazione del riassunto di queste lezioni è stata consentita dal prof. Arcoleo esclusivamente per uso didattico ». In realtà, Arcoleo aveva fatto ben più che approvare un 'riassunto' delle sue lezioni: da un riscontro testuale da noi operato, risulta che i due volumi, del 1902 e del 1907, sono quasi del tutto identici, tanto che è legittimo parlare di un'unica opera principale di Arcoleo, complessivamente databile 1902-1907, attraverso le sue varie edizioni. Nella sostanza, dunque, nel 1935 si è ristampato un testo del 1907, costruito però, anche letteralmente, sulle lezioni napoletane dell'a.a. 1901-1902. Vedremo più avanti che è possibile addirittura risalire ancora più indietro, poiché quelle lezioni, a loro volta, ricalcano gli *Appunti di diritto costituzionale* citati alla nota precedente, e gli altri saggi degli anni Ottanta del nostro giurista, che saranno presi in esame in questo contributo.

(8) Ricordo qui: G. ARCOLEO, *Riforme politiche e riforme amministrative in Italia*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, I (1883), pp. 248-257, un saggio che, pur nella sua brevità, risulta di notevole interesse per la comprensione del costituzionalismo di Arcoleo, allora in fase di formazione. Vi sono già tutti i temi che ritroveremo più avanti nella nostra analisi: il richiamo al modello costituzionale inglese, la polemica contro « la tendenza giacobina del Continente » (p. 252), ma anche la presa di distanza dalla realtà politico-costituzionale tedesca e prussiana, dove un aumento d'influenza del paese, delle sue opinioni e dei suoi bisogni, è ritenuto necessario « per opporre un argine all'eccesso del militarismo e alla prevalenza del potere esecutivo » (p. 253).

sioni tenute all'Università di Modena, Messina e Palermo, negli anni 1885-1889 (9).

Con l'introduzione del 'metodo giuridico' si voleva, in sintesi, introdurre i criteri di analisi del diritto privato nel campo del diritto pubblico, allora ancora fortemente intriso di riflessioni di carattere filosofico e storico-politico; si voleva, in altre parole, formalizzare la riflessione dei giuristi sullo Stato, con lo scopo di trattare la materia del diritto pubblico — la sovranità, gli organi dello Stato, i diritti dei cittadini — con la stessa 'sicurezza' con la quale veniva trattata da secoli, sulla base del diritto romano, la materia del diritto privato — la persona giuridica, il contratto, la proprietà, i diritti reali, e così via (10).

Diciamo subito che il progetto di Orlando ebbe esito positivo, lasciando un segno che permane fino a noi: da quel momento in poi, i giuristi divengono anche in Italia i tecnici che provvedono ad organizzare la struttura costituzionale e le forme di manifestazione della volontà dello Stato sovrano; nasce cioè quella che i giuristi chiamano la dogmatica di diritto pubblico, dei rapporti tra gli organi dello Stato e le persone giuridiche pubbliche, tra Corona, Camere, Governo e pubblica amministrazione, tra potere centrale e locale, ma anche dei rapporti tra Stato e cittadino, in materia di libertà, ma anche di rapporti di prevalente contenuto patrimoniale (11).

---

(9) Delle prolusioni di Orlando, fu pubblicata solo l'ultima, quella di Palermo del 1889: V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, rist. 1954, pp. 3-22.

(10) Al centro si pone, nella prospettiva indicata nel testo, la problematica degli 'istituti giuridici'. Alla fine, il 'metodo giuridico ', che aveva preso le mosse dalla relativa perfezione dei modelli privatistici, si tradurrà in concreto nella capacità di costruire istituti autenticamente e specificamente pubblicistici. Sulle diverse valutazioni date in sede storiografica all'introduzione del 'metodo giuridico' negli studi di diritto pubblico in Italia, richiamo ancora M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico*, cit.

(11) È evidente qui la difficoltà di sintetizzare brevemente, come premessa alla nostra analisi dell'opera di Arcoleo, tutta la complessa problematica del 'metodo giuridico' nello studio del diritto pubblico. In particolare, si deve in questo senso ricordare come Orlando sia stato solo l'iniziatore di questa nuova tendenza metodologica, sul terreno soprattutto del diritto pubblico generale. Saranno poi altri i giuristi — Santi Romano, Oreste Ranelletti —, che provvederanno in concreto a realizzare le opzioni del 'metodo giuridico', procedendo alla costruzione degli istituti dello Stato

Accade così che le biblioteche giuridiche dei primi decenni del secolo vengano letteralmente invase dalle nuove opere di dogmatica giuridica, dai volumi di 'Principii giuridici', dalle monografie di diritto amministrativo. Ed accade conseguentemente che i politici-giuristi, i politici del diritto degli anni Ottanta, coloro che ancora pretendevano di fondare il loro diritto costituzionale su argomentazioni di carattere storico-politico, vengano sempre più emarginati ed isolati. Da quel momento, le loro opere — e tra queste gli stessi saggi di Arcoleo — non verranno più riproposte. Le nuove generazioni di giuristi si formeranno sui volumi di 'Principii' costruiti con le tecniche del 'metodo giuridico', e sulle opere di giuristi come Arcoleo si stenderà uno strato assai consistente di polvere.

Il giurista siciliano mantenne infatti sempre un fermo atteggiamento di distacco critico di fronte alla nuova tendenza, progressivamente vincente, del 'metodo giuridico' (12), per due ordini di motivi, tra loro distinti, ma anche fortemente connessi: in primo luogo, perché volle tenere sempre aperto il colloquio tra diritto costituzionale e storia costituzionale, tra diritto costituzionale e politica costituzionale, quest'ultima intesa come politica tendente ad espandere i contenuti della costituzione dello Stato liberale, in

---

amministrativo. Ciò non sposta comunque le ragioni del confronto di Arcoleo con quella tendenza metodologica — qui vista soprattutto attraverso Orlando —: nella parte conclusiva vedremo come l'opposizione del nostro giurista sia anche, inscindibilmente, opposizione contro un modello di Stato amministrativo fondato su una presunta 'natura superiore' del diritto pubblico-amministrativo, e degli stessi soggetti pubblici, di fronte alle libertà dei cittadini.

(12) Anche M. Galizia, *Diritto costituzionale*, cit., p. 969, colloca Arcoleo tra i giuristi italiani divergenti dagli insegnamenti del 'metodo giuridico'. Come testimonianza significativa di tale collocazione di Arcoleo, si può poi ricordare G. Mosca, *La genesi delle costituzioni moderne*, in Id., *Appunti di diritto costituzionale* (1908), ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, p. 555, dove al nostro giurista, assieme ad altri studiosi di diritto pubblico del tempo, viene attribuita la volontà di giungere ad un esame completo dei « rapporti tra le condizioni sociali e le forme politiche », in opposizione a quel 'metodo giuridico' che puntava esclusivamente a « sottrarre il diritto costituzionale alle pressioni dei partiti, ossia, delle varie correnti e forze politiche ». Torneremo su questo problema, delle attitudini più o meno 'difensive' della dottrina giuridica italiana nei confronti del rapporto tra costituzione e forze sociali, tra amministrazione e pressioni provenienti dalla sfera della politica organizzata: si tratta anzi — come subito vedremo — di uno dei nostri problemi principali.

termini di libertà civili e politiche; ed in secondo luogo, perché vide sempre, dietro al 'metodo giuridico', derivato in larga misura in Italia dalle costruzioni della scienza giuridica tedesca, la pericolosa presenza politico-ideologica del 'modello Germania', di un modello che fissava i confini dell'evoluzione costituzionale al di là del Governo parlamentare, mantenendo il centro decisionale ultimo al di fuori del Parlamento, nel Monarca e nella burocrazia.

Con ciò il nostro discorso si sposta necessariamente, già in questa fase preliminare, dal piano metodologico a quello dei contenuti dell'opera del nostro giurista, alla sua collocazione nel panorama culturale e politico del tempo.

Vi sono due testimonianze preziose al fine di valutare gli esordi di Arcoleo costituzionalista. La prima è contenuta in uno dei libri più diffusi negli ultimi venti anni del secolo scorso. Si tratta de *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* di Marco Minghetti, del 1881. Qui troviamo un significativo riferimento a *Il Gabinetto nei Governi parlamentari* di Arcoleo, anch'esso del 1881, in termini del tutto elogiativi nei confronti del giovane giurista siciliano, che, secondo Minghetti, ha « il sentimento chiaro di tutti i problemi che agitano gli Stati odierni » (13).

Ma qual è per Minghetti questo 'sentimento chiaro' di Arcoleo? Ce lo dice lo stesso Minghetti con una lunga citazione di una pagina del saggio di Arcoleo particolarmente densa di riferimenti ai mali delle istituzioni, e soprattutto decisa nell'imputare tali mali alla prevalenza dello spirito di partito, a sua volta irrobustito dal dogma dell'onnipotenza parlamentare, dal dominio unilaterale delle assemblee elettive; così aveva concluso il brano Arcoleo, trovando il pieno consenso di Minghetti: « La Scienza deve preoccuparsi della instabilità continua delle istituzioni, della mancanza di senso giuridico nella vita pubblica, del pericolo che la Politica uccida il Diritto » (14).

Il 'sentimento chiaro' ravvisato da Minghetti in Arcoleo è dunque questo, attiene al problematico rapporto tra assemblee

---

(13) M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1881, p. 315, nota 2; G. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881.

(14) G. ARCOLEO, *Il Gabinetto*, cit., p. 217, cit. in M. MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 315.

elettive e pubblica amministrazione, tra politica ed amministrazione, tra politica e diritto. È evidente quindi che Arcoleo respira un certo clima politico-culturale, partecipa anch'egli ad una certa diffusa diffidenza nei confronti della sfera della mediazione politica, del primato delle assemblee elettive, cerca anch'egli, come molti altri pubblicisti del suo tempo, un argine ad un generalizzato stato d'instabilità, esprimendo concettualmente il senso complessivo di questo bisogno di certezza con la parola 'Diritto'.

Ma ancora più significativa è la seconda testimonianza alla quale alludevamo, perché proveniente da un personaggio che già conosciamo, da Vittorio Emanuele Orlando. Si tratta di una recensione (15) al discorso tenuto nell'Università di Roma da Saverio Scolari, intitolato *Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*. Qui Orlando critica aspramente Scolari, che ha il torto, ai suoi occhi, di considerare la scienza del diritto costituzionale come « la dottrina che tratta del regno costituzionale; a definirla con sintesi vasta, è la dottrina della libertà » (16). Si tratta per Orlando di una definizione riduttiva e fuorviante, che scaturisce da una precisa tradizione di pensiero, da una « pura scuola individualistica », alla quale il giurista siciliano esplicitamente contrappone « una scuola diametralmente opposta », che reputa — ed Orlando con essa — che lo Stato abbia « una vita propria ed indipendente, come naturale e necessario organismo, che ai diritti individuali dà guarentigie, ma non si subordina », e che conseguentemente considera il diritto pubblico come « diritto dello Stato » (17). Da Scolari e dalla sua scuola Orlando si sente diviso da « tutta intera un'educazione scientifica », addirittura da un diverso modo di « sentire il diritto » (18): ed è qui in grande evidenza il 'salto' che Orlando propone in nome delle nuove opzioni di tipo statualistico ed organicistico.

Ma ciò che più rileva ai nostri fini è il fatto che Orlando si preoccupa, in questo medesimo testo, d'indicare quanto ancora sia minoritaria la scuola che egli intende promuovere, e quanto scarsi

---

(15) V.E. Orlando, *Recensione* a S. Scolari, *Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*, in *Archivio giuridico*, XLI (1888), pp. 552-555.

(16) V.E. Orlando, *Recensione*, cit., p. 553.

(17) *Ibid.*, p. 553.

(18) *Ibid.*, p. 553.

siano i suoi alleati. Tra questi egli ricorda un solo giurista, ed il nome è sorprendentemente quello di Arcoleo. La nuova tendenza — sostiene Orlando — « non si riscontra che in qualche mio lavoro recente e, prima che in esso, nell'ammirevole Corso di lezioni date nell'Università di Napoli dal prof. Arcoleo, Corso che però è inedito, e che io ho la fortuna di conoscere da una copia litografata dagli studenti » (19). La notazione è tanto più significativa in quanto quel Corso di lezioni, che ho potuto consultare proprio nella edizione del 1888, probabilmente la stessa che Orlando aveva sottomano, è la base, ed, in diversi punti, il supporto testuale e letterale della maggiore opera di Arcoleo, dello stesso *Diritto costituzionale*, a partire dalla edizione che riflette le lezioni dell'anno accademico 1901-02 (20). Indirettamente, quindi, la portata dell'osservazione di Orlando si estende; e se la sua lettura delle Lezioni di Arcoleo fosse corretta, ne conseguirebbe che il complesso — o comunque buona parte — dell'opera del nostro giurista sarebbe attratto verso il polo costituito da quei materiali teorici che determinano la svolta propugnata dallo stesso Orlando. In definitiva, Arcoleo come il giurista che, con le sue Lezioni napoletane degli anni Ottanta, ha posto i presupposti per la revisione in senso antiindividualistico ed anticon-

---

(19) *Ibid.*, p. 553.

(20) Il Corso di lezioni al quale Orlando si riferisce è G. ARCOLEO, *Appunti di diritto costituzionale*, cit. (cfr. *supra*, note 6 e 7). Da un confronto da noi effettuato tra questi *Appunti* del 1888 ed il *Diritto costituzionale* del 1902-1907 (cfr. ancora *supra*, nota 7), risulta quanto segue: la 'parte generale' del 1902-1907 è del tutto simile, a volte letteralmente identica, ai corrispondenti 'prolegomeni' del 1888, anche per ciò che riguarda i concetti fondamentali ivi espressi, come sovranità, Stato, libertà, governo, rappresentanza; la parte sulle 'Costituzioni moderne' del 1902-1907 è già presente, seppure in forma ridotta, nel 1888, e le aggiunte non mutano comunque il senso complessivo della ricostruzione dei modelli costituzionali proposta da Arcoleo; mutano i criteri di sistemazione della 'parte speciale', non più articolata secondo 'poteri', ma secondo 'istituzioni', e tuttavia a tale mutamento di struttura, che in apparenza suggerirebbe un mutamento sostanziale, non corrisponde poi un effettivo nuovo contenuto della stessa 'parte speciale' del 1902-1907, nella quale la corrispondente parte del 1888 è ampiamente ripresa anche in senso letterale. La nostra conclusione è che l'opera principale di Arcoleo, il *Diritto costituzionale*, è classificabile come 'opera di riscrittura' degli *Appunti* del 1888, ai quali poi debbono essere aggiunti gli altri saggi degli anni Ottanta, che più avanti esamineremo, anch'essi ampiamente riutilizzati nella stesura dell'opera della maturità. Quando giungeremo all'esame di tale opera, non mancheremo di sottolineare le eventuali concordanze letterali con gli scritti giovanili.

trattualistico, a favore di quelle nuove dottrine alle quali si affiancherà lo stesso 'metodo giuridico' progressivamente vincente.

Dunque, come uscire da questo intricato groviglio di riferimenti all'opera di Arcoleo? Da una parte, un giurista fermo oppositore del 'metodo giuridico', che proprio a Napoli, nel discorso del 1884 su *Diritto e politica*, aveva insistito a lungo sulla necessità di non separare studi giuridici e studi politici, diritto costituzionale e politica costituzionale (21); dall'altra, quel medesimo giurista, che i contemporanei — Minghetti ed Orlando — indicano come uno dei principali critici delle istituzioni parlamentari e delle dottrine individualistiche rivoluzionarie, quasi come uno dei più rilevanti sostenitori della nuova filosofia dello 'Stato organico', dunque come pienamente partecipe, in posizione attiva, alla svolta sul piano politico-culturale che condurrà il ceto dei giuristi proprio all'approdo del 'metodo giuridico'.

In altre parole, è forse possibile pensare ad un giurista — nel nostro caso Arcoleo — che, prima coopera attivamente alla messa in crisi delle vecchie convinzioni politiche, alla crisi dell'individualismo e del contrattualismo, alla critica al primato delle assemblee elettive, e poi si ritrae, quasi spaventato dalle conseguenze ultime di tutto ciò, condannando gli 'eccessi' del 'metodo giuridico', e, più ancora, i pericoli insiti nel 'modello Germania'? Può darsi che questa sia, in sintesi, la vicenda intellettuale di alcuni dei giuristi italiani della fine del secolo scorso; ma non è sicuramente la vicenda di Arcoleo. Ciò che è certo è che non si hanno due tempi nella riflessione del nostro giurista, che si svolse invece — come vedremo più avanti — in modo compatto, a partire dalle medesime fondamentali convinzioni teoriche e politiche.

In realtà, questo nodo non si scioglie se non passando dallo

---

(21) G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, discorso letto il 16 novembre 1883, per la inaugurazione degli studi nella R. Università di Napoli, 1884, ora in ID., *Opere*, cit., vol. II, pp. 197-218. È significativo il fatto che questo discorso, complessivamente ispirato alla necessità di riavvicinare studi politici e studi giuridici, e di mantenere continuamente aperto il dialogo tra 'diritto' e 'politica' a partire da due distinte identità, evitando ogni visione panpolitica o pangiuridica, venga poi trasfuso da Arcoleo, con alcune modificazioni, ma anche con molti brani assolutamente identici, nel *Proemio* al *Diritto costituzionale*, in sintonia con quanto dicevamo alla nota precedente, ed a conferma, ancora una volta, della sostanziale ispirazione unitaria dell'opera del nostro giurista.

specifico di Arcoleo al più complessivo panorama della cultura politico-giuridica degli anni Ottanta. In questi anni, per molti versi decisivi, viene alla luce una sorta di cultura diffusa di segno nettamente antiparlamentare, contestativa degli eccessi della sovranità popolare e della cosiddetta onnipotenza delle assemblee elettive. Ma sarebbe grave errore appiattire, sul piano storiografico, la multiforme realtà di quegli anni. Solo per alcuni pubblicisti la rilevazione dei deprecati 'mali delle istituzioni' si traduceva in proposta apertamente alternativa, contestativa del Governo parlamentare, e di ritorno al sistema costituzionale puro (22). Per altri, per Orlando in primo luogo, vi è invece semplicemente bisogno di una decisa rilettura della tradizione costituzionalistica liberale che si traduca in un rafforzamento della componente giuridico-istituzionale su quella politico-partitica, ma senza che ciò implichi una necessaria uscita dal Governo parlamentare. Ed infine, vi è anche chi, come Arcoleo, critica il medesimo stato delle istituzioni in chiave di divergenza da *un modello costituzionale ancora rigorosamente fondato sul primato della legge*, dunque propugnando la necessità di restaurare e rinvigorire tale primato, non solo in rapporto ai possibili arbitrii delle maggioranze parlamentari, ma anche, inscindibilmente, in rapporto ai possibili abusi del potere esecutivo.

È proprio all'interno di tali differenze che è necessario lavorare, non solo per capire più a fondo Arcoleo, ma anche, al di là della sua opera, per riscoprire questa molteplicità di posizioni politiche, e di progetti, tutti egualmente presenti nell'Italia di fine secolo. Che poi si tratti, come nel caso di Arcoleo, di progetti perdenti, è altro discorso. La storia degli sconfitti è spesso più interessante di quella dei vincitori; ed Arcoleo fu certamente uno sconfitto di rilievo, che occupò una posizione non trascurabile nella dottrina giuridica italiana tra Otto e Novecento. Su queste considerazioni più generali

---

(22) È qui naturalmente ovvio il riferimento a S. SONNINO, *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1902*, volume primo, Bari, 1972, che contiene in particolare: *Dove andiamo*? (1878), pp. 223-226; *Il parlamentarismo e la Monarchia* (1900), pp. 347-358; *Torniamo allo Statuto* (1897), pp. 575-597; '*Quid Agendum?*'. *Appunti di politica e di economia* (1900), pp. 679-708: tutti saggi dai quali balza fuori, complessivamente, una linea di politica istituzionale ben diversa da quella che vedremo perseguita da Arcoleo.

torneremo concludendo questo lavoro. Per ora conviene procedere con ordine, sui testi del nostro giurista.

2. Conviene prendere le mosse da uno degli scritti di Arcoleo meno noti, ma per noi — come subito vedremo — di grande significato. Si tratta di *Riunioni ed Associazioni politiche*, del 1878 (23): siamo dunque agli esordi di Arcoleo costituzionalista, prima ancora dei più noti saggi degli anni Ottanta. Già qui determinati caratteri essenziali dell'opera del nostro giurista balzano in primo piano, e di questi ci dobbiamo ora occupare.

È vero infatti che assai radicale è in Arcoleo la critica alla teoria dei diritti innati della Rivoluzione francese, e dunque che assai pressante è, di conseguenza, la rivendicazione allo Stato del potere di regolamentazione dell'esercizio del diritto di riunione e di associazione (24); ma altrettanto forte è in lui la polemica contro gli eccessi opposti della dottrina tedesca, che pecca per il nostro giurista di « soverchio organismo », e finisce così per rendere i cittadini stessi, nell'esercizio dei loro diritti, « organi dello Stato » (25).

Se dunque lo Stato deve regolamentare e disciplinare, non per questo si deve cadere, come in Germania, nell'ipotesi della legge speciale: « la legge speciale sarebbe inutile, se liberale, incostituzionale, se restrittiva » (26); ed a questo proposito è anche violenta la polemica di Arcoleo contro le *Sozialistengesetze* di Bismarck, contro il celebre discorso del Cancelliere tedesco del settembre 1878 (27).

Accurata rilevazione, quindi, dei pericoli insiti in una visione

---

(23) G. Arcoleo, *Riunioni ed associazioni politiche (Note all'art. 32 dello Statuto)*, Napoli, 1878. Le tesi sostenute in questo saggio giovanile furono significativamente riprese in sede di opposizione ai provvedimenti di fine secolo con i quali si tentava di restringere l'esercizio delle libertà di riunione e di associazione: G. Arcoleo, *Sui provvedimenti politici (Discorsi alla Camera del 16 e 17 giugno 1899)*, in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XX, Seconda Sessione, Discussioni*, Tornate del 16 e 17 giugno 1899, pp. 4522-4527 e p. 4564, dove, pur non realizzandosi, da parte del nostro giurista, una perfetta coincidenza di posizioni con l'ostruzionismo dell'Estrema Sinistra, è tuttavia evidente la costante ispirazione in senso garantistico contro il pericolo di una « soppressione assoluta del diritto di riunione ».

(24) G. Arcoleo, *Riunioni*, cit., pp. 3 e ss.

(25) *Ibid.*, pp. 35-36.

(26) *Ibid.*, p. 40.

(27) *Ibid.*, pp. 55 e ss.

tutta prestatuale del diritto di riunione ed associazione, ma sostanziale secca risposta negativa a chi anche in Italia pretendeva l'emanazione di una legge speciale in materia: e, soprattutto, nella tensione tra i due opposti pericoli, l'assunzione deliberata di un punto di vista specifico, che è chiaramente *il punto di vista della libertà*. Vi è infatti un limite invalicabile nello sforzo di regolamentazione statale di tali diritti; afferma in proposito Arcoleo: « Gravi sono gli ostacoli per regolare il diritto di riunione e di associazione: questo non è una funzione del potere, è una funzione della libertà, e questa sfugge alle definizioni, sia nella sua intrinseca natura, che nel suo sviluppo » (28).

È dunque vero che Arcoleo supera la concezione individualistica dei diritti innati, ma non fino al punto in cui avrebbe voluto condurlo il nuovo positivismo statualista, cioè fino a considerare le libertà individuali come mere funzioni del potere pubblico statale. Quelle libertà non possono infatti essere per Arcoleo completamente normativizzate, tanto meno con leggi speciali. Esse fanno piuttosto parte di una sorta di 'diritto comune', che il nostro giurista inizia proprio ora ad intravedere, un diritto comune che precede lo Stato, che lo Stato può e deve riconoscere ed organizzare, ma che mai può sopprimere con un procedimento di suo totale assorbimento nel diritto positivo dello Stato medesimo (29).

Si sarà già intuito che questo 'diritto comune' arricchisce il nostro quadro di riferimento con un nuovo elemento, il modello costituzionale inglese. Nell'opposizione di tale modello a quello continentale giacobino, ma contemporaneamente anche a quello organicista tedesco, deve essere ricercata la specificità della dottrina costituzionale di Arcoleo, a partire dal suo saggio, del 1880, dedicato a *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*.

La questione del bilancio era tutt'altro che periferica nel diritto pubblico della fine del secolo scorso. Proprio attraverso la discus-

---

(28) *Ibid.*, p. 42.

(29) *Ibid.*, p. 64, dove la repressione degli abusi nell'esercizio del diritto di riunione ed associazione viene affidata alle ipotesi normative contenute nel Codice penale, inteso proprio come 'diritto comune', in opposizione ad una prospettiva più dichiaratamente governativa-amministrativa, da attuarsi con quello strumento della 'legge speciale', da Arcoleo vigorosamente rifiutato.

sione sul diritto di bilancio, in occasione del conflitto costituzionale prussiano, si era consolidata l'egemonia prussiana e bismarckiana sul processo di unificazione nazionale in Germania; e la letteratura tedesca in materia già nel corso degli anni Settanta era largamente presente nella riflessione dei giuristi e degli uomini politici italiani.

Nel 1869 inizia a circolare ampiamente in Italia la traduzione di un saggio di un giurista tedesco destinato ad esercitare una larga influenza. Il saggio, di Rudolf von Gneist, intitolato *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, è preceduto da una Prefazione di Ruggiero Bonghi, da una lettera dello stesso Bonghi ad Angelo Messedaglia, e contiene in Appendice la traduzione di alcuni significativi brani del 'Diritto amministrativo inglese' dello stesso Gneist (30).

Citiamo questo saggio, che poi è in realtà un piccolo opuscolo, più che altro perché in queste pagine, soprattutto nella Prefazione di Bonghi, il 'modello costituzionale inglese', al quale sopra facevamo riferimento, anche a proposito di Arcoleo, viene deliberatamente usato in una precisa direzione polemica. Contro la tendenza continentale giacobina, la discussione sul bilancio in Inghilterra, grazie all'istituto del 'fondo consolidato', non costituisce, come in Francia ed in Italia, l'occasione per ridiscutere ogni volta della titolarità dei diritti di sovranità politica, per riaffermare in modo unilaterale il primato assoluto della Camera elettiva. Sotto questo profilo, il 'modello inglese' rappresenta il modello europeo di 'Stato giuridico', che è poi quello Stato che non vive di luce intermittente, sulla base della mutevole volontà delle assemblee rappresentative, ma che invece trova la sua identitità complessiva, dunque le ragioni di fondo della sua stabilità, in un sistema istituzionale collocato al di là della Camera dei rappresentanti, in sintesi nell'amministrazione e nella burocrazia.

---

(30) R. VON GNEIST, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze, 1869 (osservazioni del dott. Rodolfo Gneist precedute da una lettera di Ruggiero Bonghi ad Angelo Messedaglia). Sul significato di questo saggio, e della sua edizione italiana, cfr. R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 66 e ss., dove vengono discusse anche le prese di posizione di Arcoleo. Testimonia la rilevanza ed il peso delle problematiche introdotte nel 1869 il saggio di L. RAVA, *Il sindacato parlamentare e il diritto del bilancio*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1890), pp. 523-558 e 605-641.

È evidente come, quasi inavvertitamente, l'esaltazione del modello inglese sia qui progressivamente scivolata verso ideali costituzionali suggeriti anche dall'esperienza tedesco-prussiana; o, meglio, come questi due modelli si saldino insieme nel ragionamento di Bonghi, contro la tendenza continentale giacobina, contro le mitologie della sovranità popolare. La conclusione dello stesso Bonghi è in proposito di una chiarezza sconcertante: « La Prussia è oggi l'unico Stato del Continente, in cui un sistema parlamentare ha speranza di prendere quando che sia radici vere e salde » (31).

Se il problema fondamentale delle istituzioni post-rivoluzionarie è quello della instabilità, se tale instabilità deve farsi risalire al mai tramontato dogma giacobino della sovranità popolare, se il compito del presente è quello della edificazione dello 'Stato giuridico', nel tentativo di sottrarre le istituzioni al dilaniante gioco delle mediazioni politiche, allora, a questo fine, è necessaria una radicale inversione di rotta sul piano della cultura politico-giuridica, che consente di abbandonare il prevalente influsso della corrente dottrinaria giacobina francese in favore dei nuovi contributi della scienza giuridica tedesca, e rivisitando nello stesso tempo la medesima storia costituzionale inglese, non più vista in chiave di affermazione della componente elettivo-parlamentare, ma anch'essa giudicata come terreno di sviluppo organico e graduale di un modello di Stato che trova la sua identità sostanziale nella dimensione *istituzionale-amministrativa*, della quale la stessa costituzione viene vista come espressione ultima. In conclusione, l'organicismo e lo statualismo tedesco che si fondono con la esaltata 'natura storica' della costituzione inglese, contro l'arbitrio individualistico e contrattualistico della Rivoluzione.

Quando dunque il giovane Arcoleo si accinge a pubblicare nel 1880 il suo saggio sul bilancio, questi sono i problemi sul tappeto.

---

(31) R. BONGHI, *Prefazione*, in R. VON GNEIST, *Il bilancio*, cit., p. XIV. Sulle linee di politica istituzionale suggerite da Bonghi, al fine di un utile confronto con quanto su temi analoghi sosteneva Arcoleo, si devono quanto meno tener presenti i saggi: R. BONGHI, *Una questione grossa. La decadenza del regime parlamentare*, in *Nuova Antologia*, 1 giugno 1884; ID., *Dei limiti del potere d'inchiesta nelle assemblee*, estr. da *Nuova Antologia*, Firenze, 1869; ID., *La riforma del Senato*, in *Nuova Antologia*, 1 agosto 1887; ID., *L'ufficio del Principe in uno Stato libero*, in *Nuova Antologia*, 15 gennaio 1893.

Anche per Arcoleo si deve superare la fase puramente 'politica' del diritto costituzionale determinata dalla Rivoluzione francese (32); anche per il nostro giurista è la storia costituzionale inglese il tramite culturale necessario per comprendere che, al di là della volontà parlamentare, delle lotte tra i partiti, delle mutevoli maggioranze, deve esistere un « forte organismo » che è lo Stato medesimo; ne consegue che « lo Stato non deve vivere a stecchetto per concessione del Parlamento: poteva questo (nel diritto costituzionale inglese) allargare le sfere dell'amministrazione, soddisfare nuovi bisogni, svolgere nuove funzioni, ma al di sopra della sua volontà c'era un diritto indiscusso » (33), che per Arcoleo è appunto il diritto dello Stato, il diritto comune, in altre parole la legge, ma intesa in una dimensione più alta e superiore rispetto alla legge come puro prodotto della contingente volontà della maggioranza.

Anche se, in questo punto, ed in molti altri del saggio, il richiamo del giurista siciliano alla dottrina tedesca è ricorrente, anche allo stesso Gneist (34), in realtà il ragionamento di Arcoleo è già a questo livello notevolmente divergente da quello di Bonghi o di altri uomini politici del tempo, che puntavano decisamente ad un consistente rafforzamento del potere esecutivo, sulla base del noto modello tedesco-prussiano.

Nelle pagine dedicate a 'Il bilancio in Prussia e nel secondo *Reich*', la presa di distanza è notevole, ed è tale proprio nei confronti di Gneist, e del suo tentativo di assimilare il diritto di bilancio inglese a quello tedesco-prussiano: è vero che in entrambi i casi si è tentato di dare una 'base stabile' al bilancio vincolando lo stesso Parlamento, ma solo in Prussia-Germania la giusta idea della continuità dello Stato si è trasformata in qualcosa di più specifico e diverso, in « canone di governo assoluto » (35). Arcoleo è dunque decisamente nella schiera di quei liberali europei che, alla fine del

---

(32) G. Arcoleo, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880, pp. 6 e ss.

(33) *Ibid.*, p. 19.

(34) *Ibid.*, pp. 22-23, 43, 46-47, per diversi richiami a Gneist e Paul Laband, altro giurista tedesco che maturò molte delle sue convinzioni a partire dall'analisi del diritto di bilancio: cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 304 e ss.

(35) G. Arcoleo, *Il bilancio*, cit., p. 36.

secolo scorso, consideravano il governo senza bilancio approvato dal Parlamento, attuato da Bismarck in Prussia nel periodo 1862-1866, come un attentato alla Costituzione, e non come una sorta di 'necessità giuridica' (36). In sostanza, se è vero che per il nostro giurista vi deve essere lo Stato al di là delle maggioranze parlamentari, è anche vero che tale Stato non s'identifica mai in lui con il complesso istituzionale Monarca-Governo-burocrazia.

La ricerca di Arcoleo è invece la ricerca di una dimensione della legge dello Stato che sia superiore, sia alle occasionali volontà di maggioranza, sia però anche agli atti del potere esecutivo: di entrambi egli teme il possibile abuso. Ciò vale anche per il caso specifico del diritto di bilancio. Il limite che la Camera elettiva deve incontrare nell'esame del bilancio è il limite derivante da quelle che sono qui definite « le leggi organiche di giustizia e di amministrazione », leggi tali da costituire una sorta di « suprema autorità sopra le annualmente mutabili norme di bilancio » (37). Tale limite non è dunque soggettivo, non sta nei 'superiori fini' di uno Stato posto fuori dalla stessa Camera, e che troppo spesso, proprio in Germania, finisce per identificarsi con il Governo e la pubblica amministrazione, ma obbiettivo, di ordine costituzionale, tale da vincolare simultaneamente, e sul medesimo terreno, sia le assemblee rappresentative, che lo stesso potere esecutivo (38).

Sorge allora spontanea la domanda: quali sono queste 'leggi organiche di giustizia e di amministrazione', alle quali in qualche modo Arcoleo affida la coerenza complessiva di tutto l'ordinamento costituzionale positivo? Diciamo subito, con il nostro giurista, che esse devono possedere intanto il requisito formale della doppia approvazione delle Camere e della sanzione regia (39), ma non è certo questa una risposta esaustiva, dal momento che tutta la legislazione in senso formale, in uno Stato monarchico costituzionale, deve rispondere a tali requisiti.

Si deve piuttosto presupporre un'altra consapevolezza del nostro giurista, che, nel corso di tutta la sua opera scientifica, tenne

---

(36) *Ibid.*, pp. 38 e ss.
(37) *Ibid.*, pp. 43-44.
(38) *Ibid.*, p. 77.
(39) *Ibid.*, p. 43.

sempre a distinguere lo Statuto quale Costituzione formalmente vigente da un'altra Costituzione, intesa come complesso di principii non violabili da parte dei poteri dello Stato. È a livello di questa 'seconda' Costituzione che devono essere collocate le 'leggi organiche' così rilevanti anche per la materia specifica del bilancio: è qui che si costruisce « l'ordinamento costituzionale del quale non sono che strumento il governo come l'assemblea » (40).

Si può allora tentare una qualche considerazione più generale sull'opera del nostro giurista. Per Arcoleo, la Costituzione non è stata totalmente assorbita nelle manifestazioni di volontà dello Stato-persona, ma continua a rappresentare *un limite esterno* allo Stato, a sua volta inteso come soggetto dotato di poteri normativi. Ciò suggerisce poi due altre osservazioni: in primo luogo, ci conferma quanto effettivamente grande fosse la distanza tra l'opera di Arcoleo e quei progetti più rigorosamente ispirati dal positivismo d'impronta statualistica; e ci indica infine la direzione effettiva del progetto di Arcoleo, che definirei di progressiva costituzionalizzazione dell'esperienza politica liberale in Italia, nel senso che egli riteneva comunque necessario superare la fase dello Statuto, giungere alla definizione di alcuni principii intangibili, e garantire anche la non valicabilità di tali limiti.

In sintonia con questi criteri più generali sono certamente le proposte concrete di Arcoleo, le proposte di politica costituzionale contenute nella parte conclusiva del saggio del 1880. Mi riferisco qui principalmente alla proposta d'istituzione di una « Alta Corte di Giustizia » (41), intesa come « un'autorità suprema, indipendente », tale da rappresentare « l'ultima istanza rispetto al sindacato costituzionale », istituita dalle due Camere, ma al di fuori dei rispettivi componenti, e che dovrebbe giudicare sulle violazioni del diritto di bilancio da parte del Governo, dopo che gli atti del Governo medesimo già fossero stati sospesi dalla Corte dei conti (42).

---

(40) *Ibid.*, p. 77.

(41) *Ibid.*, p. 136.

(42) *Ibid.*, p. 136. La proposta di Arcoleo assume particolare valore anche per la contestuale serrata critica del nostro giurista alla dipendenza della Corte dei conti dal potere esecutivo. Per Arcoleo, quella Corte si trovava ad essere, nel diritto italiano, « invece di organo sussidiario del potere legislativo, quasi appendice dell'esecutivo », snaturando così la sua identità istituzionale di « funzione del potere legislativo » (*ibid.*,

Ma quali violazioni? È giustificato un meccanismo del genere per puri problemi di corrispondenze contabili, di coerenza nella

---

pp. 133-134). Complessivamente, il giurista siciliano punta a spezzare lo stretto legame tra contabilità di Stato e potere esecutivo, caratteristico, sia dell'ordinamento francese, che di quello tedesco-prussiano (*ibid*., pp. 136 e ss.), recuperando, proprio tramite la Corte dei conti, un'effettiva e costante capacità di controllo del Parlamento sugli atti della pubblica amministrazione (*ibid.*, pp. 142-143). Proprio per questi motivi, la competenza dell'Alta Corte di giustizia a decidere sulla sospensione degli atti del Governo da parte della Corte dei conti assume concretamente il significato di giudizio sull'àmbito del sindacato parlamentare, attorno al delicatissimo e centralissimo rapporto tra primato delle 'leggi organiche' e discrezionalità amministrativa. Da ricordare, infine, che Arcoleo si riferisce in queste pagine al 'sistema austriaco': ciò riguarda però solo il modo di formazione dell'Alta Corte di giustizia, la esclusiva designazione parlamentare al di fuori dei membri del Parlamento medesimo, mentre del tutto diversa era la funzione e la competenza di quella Corte nell'ordinamento austriaco. La proposta d'istituzione di un'Alta Corte di giustizia era stata messa in rilievo anche da R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., p. 69, ma in senso del tutto diverso da quello qui indicato, e presupponendo anzi un'assimilazione complessiva della figura di Arcoleo al 'revisionismo' costituzionale di fine secolo, sulla quale non possiamo concordare. Faucci ricorda inoltre (*ibid*., p. 73) che di una « Corte suprema di giustizia giudice dei limiti tra i vari poteri dello Stato » aveva parlato anche P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, Bologna, 1882, vol. II, pp. 140-141. Sempre con riferimento alla cultura politico-giuridica del tempo, si può ricordare anche I. ARTOM, *Introduzione* a R. VON GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica* (tr. it.), Bologna, 1884, in *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. VII, Torino, 1891, pp. 1132, dove si discute della possibilità, e dell'opportunità, d'istituire un « comitato giuridico parlamentare », eletto dalle Camere, e competente, sulla base delle petizioni dei cittadini, a dichiarare la presenza, in un certo atto del potere esecutivo, di « un abuso amministrativo »; a questo stesso Comitato si potrebbe poi affidare, secondo Artom, l'esame dei decreti del Governo registrati con riserva, a causa delle « obiezioni di legalità presentate dalla Corte dei Conti ». Tuttavia, anche la proposta di Artom è appena abbozzata, e risponde comunque prevalentemente all'esigenza — certamente assai sentita nell'Italia liberale di fine secolo — di svincolare il più possibile le forme di esercizio del sindacato parlamentare, con organi appositi, dalle 'passioni' di parte presenti nella Camera elettiva. Diverso il caso di Arcoleo, che a questa diffusa preoccupazione affianca la prospettiva originale di ricerca di più saldi livelli di rigidità costituzionale, e che dunque a simili proposte d'istituzione di 'Corti', o 'Comitati', finisce per attribuire il significato, del tutto diverso, della progressiva costruzione in Italia di un vero e proprio giudizio di costituzionalità. Quanto la posizione di Arcoleo fosse eterodossa, e tutto sommato isolata, nel contesto di una cultura giuridica complessivamente ostile nei confronti di ogni tipo di sindacato costituzionale, è ben comprensibile leggendo le pagine che a queste problematiche furono dedicato da Vittorio Emanuele Orlando, sulle quali cfr., più avanti, la nota 54. Non si può infine non tener conto, come

spesa pubblica? La proposta di Arcoleo è in realtà appena abbozzata, ma io credo che non si sia lontani dal vero affermando che il nostro giurista sta qui discutendo di violazioni di ordine costituzionale, pensa cioè a quella 'Alta Corte' come ad un embrione di Corte Suprema, di Corte Costituzionale.

In realtà, la Corte in questione avrebbe il compito di giudicare su una divergente interpretazione del diritto di bilancio: da una parte il potere esecutivo che sostiene di non aver violato quel diritto con i propri atti, dall'altra la Corte dei conti che, in quanto espressione del sindacato parlamentare, aveva già provveduto a sospendere gli atti medesimi, ritenendoli al contrario violativi di quello stesso diritto. In tal modo, l'Alta Corte di giustizia, passando attraverso la risoluzione di simili conflitti, non potrebbe non ergersi progressivamente ad interprete autentica dei caratteri e dei contorni effettivi del diritto di bilancio, visibilmente portatrice di un 'diritto superiore' ai poteri dello Stato, custode, ma soprattutto attivamente interprete, di quelle 'leggi organiche', nelle quali Arcoleo ravvisava il momento della necessaria rigidità costituzionale, da conseguire in seno allo Stato liberale al di là della lettera dello Statuto, attraverso una progressiva, e creativa, ridefinizione dei rapporti tra i poteri dello Stato, e delle stesse sfere di libertà dei cittadini.

Certo, si tratta di un meccanismo assai circoscritto, limitato agli aspetti finanziari ed agli atti del Governo. E tuttavia, nelle pagine conclusive del volume, tornando sul tema, Arcoleo auspica che anche la funzione legislativa possa trovare « i suoi freni in una sfera

---

sopra dicevamo, della strenua difesa, che Arcoleo compie, di una certa figura istituzionale della Corte dei conti, intesa come espressione in senso pieno del sindacato parlamentare, e non come mero organo burocratico di contabilità, posto in situazione di dipendenza dal potere esecutivo. Anche su questo punto specifico, è bene ricordare quanto affermava un altro protagonista del tempo come G. Mosca, *Sulla teorica dei Governi e sul Governo parlamentare. Studi storici e sociali*, Torino, 1884, ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, dove della Corte dei conti italiana si esalta proprio la 'natura' di « corpo puramente burocratico », dichiarando apertamente che ha costituito una vera e propria « fortuna » per il nostro ordinamento il fatto che, all'indomani dell'Unità, non sia prevalsa l'opinione di coloro che, sull'esempio belga, della Corte avrebbero voluto fare « lo strumento con il quale la Camera controlla finanziariamente tutto il potere esecutivo » (pp. 209-210): mentre, probabilmente, proprio dal modello belga muoveva Arcoleo per le sue proposte di riforma istituzionale.

elevata di principii »; e significativamente ricorda qui un'esperienza costituzionale in questo tempo poco studiata e ricordata dai pubblicisti italiani: « in America esiste una Corte Suprema, che può dichiarare una legge incostituzionale » (43).

Così, il costante richiamo di Arcoleo al modello costituzionale inglese, al modello di 'diritto comune', lungi dal rappresentare, come in Bonghi ed in altri, un puro strumento di polemica contro gli eccessi del parlamentarismo, è in realtà direttamente produttivo della costante ricerca di una Costituzione che possa imporsi sulla volontà dei singoli poteri dello Stato. La ricerca di stabilità, lungi dall'esaurirsi nell'apologia acritica della burocrazia e della sua presunta obbiettività in rapporto al Parlamento, si traduce invece nell'aspirazione a rafforzare il livello autenticamente costituzionale delle istituzioni liberali, la saldezza di quel 'diritto comune' che per il nostro giurista deve costituire limite invalicabile alle pretese della Camera elettiva, come anche del potere esecutivo.

È inutile qui insistere nell'analisi dettagliata delle opere di Arcoleo, che confermano questa linea di fondo individuata a partire dal diritto di bilancio. Alludo qui al saggio, pur rilevantissimo, dedicato a *L'inchiesta nel Governo parlamentare*, del 1881 (44); all'articolo a

---

(43) G. ARCOLEO, *Il bilancio*, cit., pp. 156-157.

(44) G. ARCOLEO, *L'inchiesta nel Governo parlamentare*, Napoli, 1881; e ID., *Le inchieste parlamentari*, in *Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche*, diretto da C.F. FERRARIS, III (1882), pp. 174-244. Semplici ragioni di brevità c'impongono di trascurare un esame diretto del lavoro compiuto da Arcoleo sul difficile terreno delle inchieste parlamentari, non senza avvertire che tale lavoro costituisce l'ideale terzo capitolo dell'impegno costituzionalistico di Arcoleo negli anni Ottanta, dopo il saggio già esaminato sul bilancio, e quello che subito vedremo a proposito del Governo di Gabinetto. Quanto alla presenza di Arcoleo nell'*Annuario* diretto da Ferraris, è da notare che il suo nome compare sul frontespizio della Rivista, tra coloro che formano il Comitato direttivo. Sulla circostanza si dovrebbe indagare più a fondo, dal momento che — com'è noto — l'*Annuario* di Ferraris rappresenta forse il più consistente tentativo di organizzazione culturale non allineato con le prospettive suggerite dai sostenitori del 'metodo giuridico'. Infine, ancora circa la concezione del diritto d'inchiesta in Arcoleo, è da ricordare anche la sua costante presenza su questa problematica a livello parlamentare: cfr., per tutti, il *Discorso del Senatore G. Arcoleo*, pronunziato in Senato nelle tornate del 24 e 25 marzo 1904, Roma, 1904 (a proposito della Commissione d'inchiesta sulla Marina Militare), di un certo rilievo al di là dell'occasione specifica, per la connessione stabilita tra inchiesta parlamentare, sindacato parlamentare, e caratteri generali del Governo parlamentare (pp. 10-11).

proposito di *Riforme politiche e riforme amministrative in Italia*, del 1883 (45); al più noto discorso del novembre 1883, pronunziato nell'Università di Napoli, e dedicato a *Diritto e politica* (46).

Non si può tuttavia dimenticare uno dei più celebri saggi di Arcoleo, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, del 1881, anche perché in proposito è per noi di grande rilievo il confronto con quanto in quegli anni andò elaborando Vittorio Emanuele Orlando, fino ai suoi fondamentali *Studi giuridici sul governo parlamentare* (47).

In questo saggio, Orlando aveva un duplice obbiettivo polemico: da una parte, come di consueto, il contrattualismo rivoluzionario, che ha tutto subordinato ai voleri della Camera elettiva, dall'altra però anche quelle reazioni in direzione opposta, sia italiane, con Mosca, Bonghi, ed altri, sia tedesche, con Rudolf von Gneist, che finiscono, specialmente con l'opera di quest'ultimo, per considerare il Governo parlamentare come un semplice « stato di fatto artificiosamente creato dal prepotere delle forze popolari », in contraddizione con i principii veri dello « Stato di diritto » (48). Se si è giunti ad una tale situazione di debolezza delle istituzioni parlamentari, a critiche così acri, è proprio a causa degli 'eccessi' della 'scuola radicale', identificata con la fase giacobina della rivoluzione francese. Su questo punto, Arcoleo ed Orlando sembrano concordare.

E tuttavia Orlando non intende fermarsi a questo punto, alla emarginazione della componente radicale dal costituzionalismo europeo. Citando proprio lo scritto di Arcoleo del 1881, e le critiche di questi alla tendenza rivoluzionaria giacobina, Orlando giudica insufficienti tali critiche, che dovrebbero a suo giudizio estendersi anche a « quella scuola liberale che, sulle orme di Montesquieu, dallo studio del governo costituzionale in Inghilterra, trasse la teoria

---

(45) Cfr. *supra*, nota 8.

(46) Cfr. *supra*, nota 21.

(47) G. Arcoleo, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, Napoli, 1881; V.E. Orlando, *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, XXXVI (1886), ora in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345-415.

(48) V.E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., p. 350.

ed il sistema dell'odierno governo parlamentare » (49). Dunque, i mali delle istituzioni non hanno la loro radice culturale esclusivamente nell'eccesso radicale, ma in tutto un filone del pensiero liberale-costituzionale, che ha preso origine da Montesquieu e dalla sua teoria della divisione dei poteri, per svilupparsi in Inghilterra, soprattutto attraverso l'opera di Blackstone: è proprio questo filone di pensiero che ha fatto penetrare nel costituzionalismo europeo, ben al di là della sovranità popolare dei radicali francesi, l'idea della onnipotenza parlamentare (50).

Per Orlando, quindi, non è sufficiente estromettere dal costituzionalismo liberale il contributo della componente radicale. È necessaria invece una revisione a fondo dei presupposti teorico-politici di quello stesso costituzionalismo. A tale revisione, il punto di partenza, in senso sostanziale, è offerto dallo storicismo tedesco, dalla Scuola Storica di Savigny, che per Orlando solo in apparenza ha fornito contributi delimitabili nel campo esclusivo del diritto privato. Solo a partire dall'opera di Savigny, e dalla critica di questi al giusnaturalismo settecentesco, è infatti possibile eliminare del tutto quell'idea di *potere costituente*, che Orlando considera *il male originario* dello Stato liberale costituzionale. Solo recuperando a nuova vita una concezione del diritto come frutto organico della storia, prodotto di rapporti naturali e necessari, che la legge dello Stato può solo riconoscere, solo cioè eliminando del tutto l'idea stessa che il diritto possa essere frutto di volontà politica, si potrà finalmente negare ogni pretesa di superiorità del potere legislativo, evitare la presenza nello Stato liberale di un potere assoluto, appunto il potere legislativo-costituente, che pretende di creare il diritto (51).

Solo così il Governo potrà acquisire stabilità, nel momento in cui riceverà la fiducia, non dai 'creatori' del diritto, dalla fonte stessa del presunto potere costituente, ma semplicemente da un organo dello Stato, che ha lo specifico compito di raccogliere e dichiarare il diritto. Altrimenti — dice Orlando —, invano i liberali tenteranno di distinguersi dalla scuola radicale giacobina, perché in comune con

(49) *Ibid.*, p. 357.
(50) *Ibid.*, p. 357, nota 2; e pp. 358 e ss.
(51) *Ibid.*, pp. 375 e ss., e pp. 399-401.

essa avranno sempre una « teoria fondamentale, l'idea di un potere costituente creatore del diritto » (52).

Lo storicismo giuridico di Orlando serve dunque a recidere il legame tra diritto e volontà politica, e dunque a depotenziare il ruolo della Camera elettiva, a favore, in prospettiva, di una maggiore stabilità del Governo e dell'amministrazione. In tal modo, si attribuisce, contro Gneist, fondamento giuridico al Governo di Gabinetto, dunque si rafforza il Governo parlamentare, ma ad una condizione precisa, di poter considerare integralmente giuridico anche l'organo che ha attribuito la fiducia a quel Governo, la stessa Assemblea rappresentativa della volontà popolare. E ciò infine avviene, come abbiamo visto, a condizione di negare all'Assemblea medesima ogni possibilità di creazione del diritto, di precludere definitivamente l'affermazione di un 'potere costituente'.

In altre parole, il sistema costituzionale denominato Governo parlamentare è pienamente giuridico, contro i suoi detrattori, come Gneist, solo se la Camera elettiva può essere immaginata come un asettico luogo di dichiarazione del diritto, un'assemblea dei cittadini più capaci, designati per il tramite delle elezioni; solo se quella Camera non è chiamata a creare il diritto, cioè a scegliere mediando tra distinti e contrastanti interessi esistenti al proprio interno (53). Così, Orlando, per giungere all'affermazione della natura 'giuridica' del Governo parlamentare, paga consapevolmente un prezzo altissimo: esclude dalla sua trattazione i partiti politici, quasi esorcizza la figura del Parlamento quale luogo di scontro, di mediazione, di scelta, di determinazione dell'indirizzo politico del Governo, a partire da una condizione di sostanziale pluralità politico-sociale riflessa nelle istituzioni.

Proprio questo prezzo Arcoleo non intenderà mai pagare, in

---

(52) *Ibid.*, p. 399.

(53) *Ibid.*, pp. 408-410, uniche pagine del saggio di Orlando nelle quali la Camera appare, non tanto nella veste consueta di organo competente a 'dichiarare' il diritto, quanto nella dimensione di soggetto rappresentante gli interessi sociali. Tuttavia, questo tardivo recupero di 'politicità' a favore della Camera appare, in queste medesime pagine di Orlando, del tutto strumentale: si tratta qui infatti più che altro di mettere in rilievo, per contrasto, come la piena 'giuridicità' del Gabinetto derivi in ultima analisi dalla sanzione regia, comunque si concepiscano la natura e le attribuzioni della Camera elettiva.

nome dell'astratta coerenza interiore dello Stato giuridico orlandiano. Egli è certamente tra quei liberali che Orlando, come abbiamo visto, rimproverava per la loro incapacità a distinguersi nettamente dalla cultura politico-giuridica radicale; tra coloro che continuavano ad ammettere l'esistenza di un potere costituente, di una dinamica delle istituzioni proiettata continuamente verso nuove scelte di ordine costituzionale.

È appunto questa la via che Arcoleo consapevolmente intendeva seguire. In tutta la sua opera scientifica, egli considerò sempre lo Statuto con un limite non valicabile in direzione del passato, ma contemporaneamente anche come una linea dalla quale partire in avanti, per costruire, al di là dello Statuto medesimo, la Costituzione dello Stato liberale, alla ricerca di un sostanziale ordine costituzionale capace di determinare, e continuamente alimentare, la vita delle istituzioni. Ed anche qui si deve per inciso ricordare un'altra pagina di Orlando, critica nei confronti di chi, come Arcoleo, propugnava l'introduzione di meccanismi di garanzia della inviolabilità di quell'ordine (54).

Le differenze tra Arcoleo ed Orlando non sono certo le stesse che abbiamo già trovato nei confronti di altri pubblicisti italiani del tempo; ed anzi Orlando adopera volutamente accenti di chiara critica di certi eccessi in senso autoritario della dottrina tedesca (55). Ciò che separa i due giuristi è piuttosto il fatto che Arcoleo non intende sacrificare alle esigenze di giuridificazione la netta e spregiudicata ricognizione dei conflitti in atto, della dimensione neces-

---

(54) *Ibid.*, p. 411. Orlando critica esplicitamente chi vorrebbe affidare la tutela di un presunto « diritto superiore » ad un « magistrato speciale », ed indica, in alternativa, la prospettiva — che definirei tradizionale — di un effettivo ordine istituzionale della società come autentico limite all'esercizio del potere pubblico-statale. Sulla stessa problematica, cfr. anche: V.E. ORLANDO, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Torino, 1885; e soprattutto ID., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890, dove è del tutto chiara la ripulsa di ogni tipo di 'sindacato costituzionale', che per Orlando si troverebbe privo di fondamento, non esistendo « una funzione costituente diversa da quella legislativa » (*ibid.*, p. 951), e soprattutto non esistendo alcun criterio giuridico atto a stabilire « il momento in cui un diritto pubblico diventa costituzionale (ammesso sempre che ciò sia possibile) » (*ibid.*, p. 954).

(55) *Ibid.*, p. 359.

sariamente politica dello stesso Parlamento, del contributo che dagli stessi partiti politici può derivare alla progettazione costituzionale dello Stato liberale.

A conclusione del primo capitolo del suo saggio del 1881, Arcoleo, pur dopo aver riconosciuto che il problema del presente è quello della instabilità delle istituzioni, pur dopo aver duramente polemizzato contro le dottrine francesi e l'onnipotenza delle maggioranze, e dopo aver ricordato in proposito anche quanto possano essere decisivi i contributi della nuova scienza giuridica tedesca, mantiene fermo in realtà il ruolo dei partiti politici nel Governo parlamentare, un ruolo che deve essere ridimensionato ma non cancellato (56). Lo sforzo è quello di « conciliare due termini sovente opposti, il rispetto della legge, l'influenza dei partiti »; ed ancora: « La doppia origine del Gabinetto gli dà una duplice serie di rapporti; giuridici con la Legge, coi Diritti fondamentali, con lo Stato; politici con le Assemblee e i partiti. Limite giuridico al Gabinetto è il rispetto delle competenze nell'Amministrazione, delle libertà nella Polizia, delle norme legislative nei Decreti e Regolamenti. Limite politico, la tendenza del partito che rappresenta, la responsabilità di tutti i suoi atti innanzi al Parlamento » (57). Il diritto costituzionale di Arcoleo è dunque fatto anche di indirizzi, di tendenze, di decisioni: il suo Governo parlamentare non è, come quello di Orlando, un governo senza partiti. E lo stesso 'modello inglese' non è a sua volta modello di 'Stato giuridico' integrale; rappresenta invece il ragionevole tentativo di mediare « tra le necessità politiche del partito e le necessità giuridiche dell'Amministrazione » (58).

L'amministrazione deve dunque essere difesa dalle ingerenze della politica e dei partiti, in linea con una fetta consistente della pubblicistica del tempo (59), ma non fino al punto da essere riproposta, essa medesima, come 'essenza vera' dello Stato, al di là, e contro, le deprecate mediazioni politico-parlamentari. La critica sul punto da parte di Arcoleo è assai decisa, e coincide con la critica al 'modello Germania': qui « l'essenza dello Stato è nel Potere esecu-

(56) G. Arcoleo, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, cit., pp. 56 e ss.
(57) *Ibid.*, pp. 57-58.
(58) *Ibid.*, p. 35.
(59) *Ibid.*, pp. 64 e ss.; cd. anche le pp. 189-207, di nuovo sui partiti politici.

tivo, rispetto al quale la Corona ha non solo, come in Inghilterra, influenza, ma potenza. La ragione di Stato prevale alla ragione del popolo: nei casi ordinari si circonda delle forme della Rappresentanza, nei straordinari se ne fa a meno e si fa valere per sé » (60).

Qui l'accusa di Orlando ad Arcoleo, di muoversi in una sfera politica incapace di differenziarsi dagli eccessi della scuola radicale, sembra ribaltata, e la tendenza orlandiana non trova spazio, nello schema di Arcoleo, per differenziarsi a sufficienza dalle soluzioni autoritarie tedesche: infatti, una volta immaginato il Parlamento come astratto luogo di discussione tra i cittadini capaci, come resistere alla tentazione di spostare il cuore delle istituzioni nella burocrazia, ancor più al riparo dagli influssi perturbatori della politica? In altre parole, lo schema orlandiano di giuridificazione delle istituzioni *può* costituire per Arcoleo il tramite per l'affermazione di uno Stato burocratico autoritario, per lo sgretolamento dei poteri del Parlamento; ed ecco dunque che nella sua opera diritto e politica sono tra loro in un rapporto esplicito di continuo conflitto e di continua integrazione, senza che il diritto pretenda di divenire l'unico metro di giudizio e di organizzazione delle istituzioni dello Stato liberale, il fondamento stesso, ed esclusivo, del governo parlamentare.

E così come diritto e politica stanno tra loro in un rapporto bipolare aperto e dinamico, così anche Stato e costituzione, contenuti della normazione positiva e principii costituzionali, stanno tra loro in un rapporto simile. Intendo dire che Arcoleo mantenne sempre ferma l'idea di una Costituzione che lo Stato liberale era chiamato a realizzare, alla quale doveva progressivamente uniformare la sua azione. È il « concetto di legge incostituzionale » (61), che Arcoleo pone al centro di molte sue pagine, in continuità con tutti gli altri saggi giovanili degli anni Ottanta.

Inserimento dei partiti politici nel diritto costituzionale, difesa attiva del ruolo del Parlamento, ricerca di principii giuridici vincolanti: tutti elementi centrali nell'opera di Arcoleo che troviamo invece troppo spesso assenti nella pubblicistica della sua età, negli scritti di giuristi ed uomini politici preoccupati a senso unico della

(60) *Ibid.*, p. 93.
(61) *Ibid.*, p. 128, ed anche p. 104.

stabilità delle istituzioni, quasi ossessionati dalla paura del crollo, e dunque impegnati solo a difendere la cittadella della statualità tardo-liberale, non ad espandere la costituzione dello Stato liberale.

Certo, Arcoleo non fu mai per un attimo vicino a posizioni di fondo radicali, o anche solo liberal-democratiche, ma, all'interno del grande corso del liberalismo moderato italiano, fu sempre particolarmente attento al problema del consenso, della vitalità delle istituzioni politiche in rapporto ai mutamenti della società civile. Osteggiò sempre il suffragio universale (62) ma fino dalla prima estensione del suffragio amministrativo, e fino ai suoi equilibrati tentativi di riforma del Senato in senso elettivo nel 1910-1911 (63),

---

(62) G. Arcoleo, *Pregiudizi elettorali*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche*, Napoli, 42 (1913), pp. 143-154; Id., *Riforma della legge elettorale politica*, Discorso pronunziato al Senato del Regno nella tornata del 24 giugno 1912, Roma, 1912 anche in *Aspetti della politica liberale* (*1881-1922). Discorsi parlamentari pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1974, vol. I, pp. 81-101.

(63) G. Arcoleo, *Discorso* pronunciato alla Camera dei Deputati nella tornata del 9 luglio 1888 (in sede di discussione generale sul disegno di legge 'Modificazioni alla legge comunale e provinciale'), in *Aspetti della politica liberale*, cit., vol. I, pp. 229-240. Per quanto riguarda le proposte di riforma del Senato, cfr. G. Arcoleo, *Sugli intendimenti del Governo circa le riforme politiche che riguardano la costituzione dei due rami del Parlamento*, discorso pronunziato al Senato del Regno nella tornata del 12 maggio 1910, in *Aspetti della politica liberale*, cit., pp. 365-372; Id., *Per la riforma del Senato. Relazione per la Commissione senatoria*, ora in Id., *Opere*, cit., vol. III, pp. 441 e ss.: Id., *Discorso* pronunziato al Senato del Regno nella tornata del 12 febbraio 1911, in *Aspetti della politica liberale*, cit., pp. 375-393. Anche per quanto riguarda la problematica del Senato, è possibile reperire un precedente giovanile nell'opera di Arcoleo: G. Arcoleo, *Sul Senato moderno. Appunti*, Napoli, 1877. Tale saggio, che da molteplici testimonianze risulta effettivamente pubblicato, è tuttavia oggi praticamente irreperibile. La circostanza stessa della sua pubblicazione dimostra tuttavia che Arcoleo era pienamente inserito in quel dibattito sulla riforma del Senato che si aprì appunto già negli anni Settanta del secolo scorso. Si tratta di un dibattito di grande interesse, ed ancora tutto da ricostruire sul piano storiografico. Non è certo possibile qui avviare un discorso in questa direzione, anche solo a livello di prime indicazioni bibliografiche. Si può tuttavia affermare, per quanto riguarda Arcoleo, e sulla base dei testi degli anni 1910-1911, sopra citati, che il tipo di collocazione del nostro giurista in questo àmbito di progettazione istituzionale conferma la sua appartenenza ad un filone di liberalismo moderato favorevole ad una progressiva estensione della elettività del Senato, attraverso un sistema di categorie economiche, costruito in modo tale da promuovere una decisa rivitalizzazione dell'istituto della rappresentanza politica in seno allo Stato liberale, al di fuori di ogni suggestione precorritrice di quelle ipotesi corporativistiche, che saranno proprie del

non condivise mai, in egual misura, le preoccupazioni dei conservatori nei confronti di un progressivo allargamento del corpo elettorale.

In definitiva, la critica storiografica ha il compito di rileggere l'opera di un giurista come Arcoleo come testimonianza di una pluralità di tendenze alla fine del secolo scorso in Italia, di un dibattito sulle istituzioni ricco ed articolato, dove tentativi d'involuzione in senso autoritario si mischiavano con severe critiche alle tradizioni del costituzionalismo liberale europeo, ma anche con difese sincere ed appassionate delle istituzioni parlamentari, e soprattutto della loro capacità di essere elementi propulsivi e dinamici in un momento d'intesa trasformazione della società italiana.

3. La chiave complessiva di lettura, sopra proposta per i saggi di Arcoleo degli anni Ottanta, non deve essere mutata — con le particolarità che vedremo — spostando la nostra analisi sull'opera principale e più nota del giurista siciliano, quel *Diritto costituzionale*, al quale più volte già abbiamo fatto riferimento.

Si tratta della sintesi di tutto il lavoro costituzionalistico di Arcoleo, non solo in senso ideale, ma anche perché materialmente il *Diritto costituzionale* rappresenta la risistemazione dei saggi giovanili del nostro giurista, in un rapporto, a volte anche testuale, di spiccatissima continuità (64).

Questo non significa che l'opera della maturità non ci dica niente di nuovo. È anzi certamente di grande interesse il lavoro di ricucitura che Arcoleo compie, non solo tra i testi degli anni Ottanta, ma anche tra i materiali teorici contenuti in quei testi e le nuove realtà maturate a cavallo tra i due secoli.

Accade così che un'affermazione già contenuta nel discorso

---

periodo fascista. La proposta di riforma del Senato in senso elettivo è ripresa in G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 291 e ss.

(64) Cfr. *supra*, note 7 e 20. A quanto già detto sul legame stretto tra *Appunti di diritto costituzionale* del 1888 ed opera della maturità, si deve aggiungere che un'altra parte consistente del *Diritto costituzionale* di Arcoleo è direttamente derivata, anche in modo letterale, dagli altri saggi di diritto costituzionale degli anni Ottanta, che già conosciamo (bilancio, Governo di Gabinetto, inchieste). In particolare, da tali saggi vengono estratti brani di notevole ampiezza che, riuniti da Arcoleo, vanno a costituire una fetta rilevante della 'parte speciale' del *Diritto costituzionale* (pp. 330-404).

napoletano del 1884 su *Diritto e politica*: « Lo Stato è termine medio tra il diritto e la politica, perché comprende le basi fondamentali fissate dalle costituzioni e risponde agli imperiosi bisogni che sente il paese », costituisca in Arcoleo il presupposto per una analisi del nuovo fenomeno della legislazione sociale, intesa appunto quale risposta delle istituzioni ai bisogni del paese (65).

Tale nuovo fenomeno non può per il nostro giurista essere racchiuso nella vecchia formula del 'socialismo di Stato'. La trasformazione è più profonda, ed attiene al fatto che « la giustizia » sta divenendo « il vero fondamento dello Stato »; dunque, la legislazione sociale non si aggiunge in modo indolore al vecchio nucleo 'giuridico' della normazione dello Stato liberale: è piuttosto essa medesima una nuova « necessità giuridica » (66). Le pagine di Arcoleo sono qui percorse da una grande tensione verso le problematiche della 'politica sociale', verso la ricerca di strumenti nuovi, di più ravvicinata conoscenza di una realtà in continuo movimento (67).

---

(65) G. Arcoleo, *Diritto e politica*, cit., p. 15 (in estratto), in Id., *Diritto costituzionale*, cit., p. 15. Cfr. *supra* nota 21, per la rifusione del discorso napoletano del 1884, nel testo della maturità. Esso occupa, opportunamente rielaborato, le pagine 1-20 del *Diritto costituzionale*, cioè quasi l'intero *Proemio*, che viene poi significativamente completato (pp. 20-27) con brani tratti da G. Arcoleo, *Forme politiche e riforme sociali*, Napoli, 1901, pp. 15 e ss.

(66) G. Arcoleo, *Forme politiche e riforme sociali*, cit., p. 16, in Id., *Diritto costituzionale*, cit., p. 22.

(67) G. Arcoleo, *Forme politiche e riforme sociali*, cit., pp. 19-23, in Id., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 24-26. Questo il programma di 'politica sociale' di Arcoleo: « emancipare e favorire la piccola proprietà, sorvegliare traffici e trasporti, rompere monopoli, modificare patti agrari, escludere i deboli per sesso e per età dal lavoro, ripartire meglio ed alleggerire gli oneri fiscali col criterio di vera proporzione, attribuire agli enti locali gli oneri di beneficienza, d'igiene, d'istruzione, favorire i consumi popolari, i tenui affitti, i metodi di assicurazione, di previdenza e tutte le forme cooperative » (Id., *Forme politiche*, cit., p. 21, in Id., *Diritto costituzionale*, cit., p. 26). Con ciò non si vuol dire che Arcoleo, come altri giuristi del suo tempo non allineati con gli insegnamenti del 'metodo giuridico', fosse pienamente consapevole dei complessi mutamenti che allora si producevano nel rapporto stesso tra decisione politico-statuale e bisogni sociali. Si può anzi in proposito condividere quanto afferma M. Galizia, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., circa la genericità delle nozioni di 'popolo' e di 'società' usate da questi giuristi al fine di non ridurre tutto il diritto costituzionale alla teoria dello Stato-apparato (p. 973); e tuttavia non si può non

Del resto, quasi tutti i saggi del nostro giurista pubblicati all'inizio del secolo sono percorsi da questa nuova consapevolezza, quelli direttamente dedicati ai problemi del mutamento sociale (68), ma anche quelli in apparenza più lontani da queste tematiche.

Così, discutendo de *Il potere imperiale in Germania* (69), Arcoleo mostra di credere nel progresso economico come fattore di trasformazione delle istituzioni, e prevede — ed auspica — la parlamentarizzazione del 'modello tedesco' come risultato dello stesso processo d'industrializzazione, delle « rapide trasformazioni sociali », un processo che di nuovo avrebbe posto in primo piano, anche in Germania, la rappresentanza politica, la Camera elettiva « come indice delle condizioni ed esigenze del Paese » (70); ed ancora, su tutt'altro terreno, ma di nuovo in un àmbito non direttamente economico-sociale, Arcoleo, commentando la legge 14 luglio 1907

---

mettere in rilievo una certa specifica disponibilità di giuristi come Arcoleo a confrontare il senso stesso del loro lavoro, sia pratico che teorico, con le novità di fine secolo, come appunto la stessa legislazione sociale. L'incapacità di giungere in proposito ad una sintesi globale deriva in fondo proprio dal rifiuto di una soluzione 'definitiva', che si ricercherà invece, sul versante del 'metodo giuridico', attraverso la progressiva configurazione istituzionale del nuovo Stato amministrativo. In conclusione, torneremo su queste problematiche.

(68) Ricordo, tra gli altri, G. ARCOLEO, *Vita politica italiana*, in *La riforma sociale*, VIII (1901), pp. 171 e ss., poi in ID., *Forme vecchie idee nuove*, Bari, 1909, pp. 191 e ss., ed in ID., *Opere*, vol. II, *Uomini e tempi*, cit., pp. 219 e ss.; ID., *Evoluzione politica e sociale in Italia*, discorso letto nell'Università di Londra, il 6 luglio 1906, in occasione del Congresso dell'Istituto Internazionale di Sociologia, in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 189 e ss. Da segnalare, nel più ampio àmbito degli interessi amministrativi e politico-sociali del nostro giurista, il fatto che il nome di Arcoleo ricorre più volte nell'indagine di D. MARUCCO, *Lavoro e previdenza dall'Unità al fascismo. Il consiglio della previdenza dal 1869 al 1923*, Milano, 1984. Non si possono qui discutere le ulteriori implicazioni in questa direzione, che attengono al rapporto del nostro giurista con personaggi come Luigi Luzzatti o Carlo Francesco Ferraris (cfr. *supra*, nota 44), impegnati in progetti di politica amministrativa del tipo di quello analizzato nel volume della Marucco. In particolare, per Ferraris — il problema si porrebbe in termini diversi per Luzzatti —, cfr. C. MOZZARELLI -S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia, 1981, per la prospettiva sollevata della 'scienza dell'amministrazione' come scienza 'generale' della crisi dello Stato e della società liberale tra Otto e Novecento.

(69) G. ARCOLEO, *Il potere imperiale in Germania*, memoria letta alla R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli nel 1909, in ID., *Opere*, vol. II, cit., pp. 237 e ss.

(70) *Ibid.*, pp. 241-248.

recante modificazioni all'ordinamento giudiziario, si preoccupa in particolare dei criteri di esame stabiliti dalla legge per l'ammissione in magistratura, lamentando il fatto che alla preparazione dei giovani giuristi rimanga estranea la « legislazione complementare », che va determinando, « per esigenze sociali, nuove figure giuridiche », e che soprattutto costituisce ormai nella prassi « i nove decimi della coltura di diritto pubblico » (71).

Non si può infine dimenticare, ancora da questo punto di vista, il noto discorso di Arcoleo su Francesco Crispi, del gennaio 1905 (72), dove il carattere di orazione ufficiale non impedisce ad Arcoleo di rivolgere critiche decise a Crispi, che, a suo giudizio, non « avvertì le trasformazioni della vita moderna. Attività sociali, condizioni economiche, gruppi, classi, interessi, tutto vide e costrinse nell'orbita politica (73); ed ancora, lo statista siciliano è criticato per la sua « difesa eccessiva » delle istituzioni, per essersi egli deliberatamente fermato « sulla soglia dei nuovi tempi, quasi ad impedire armato l'ingresso nella vita politica a quanti si agitavano per la conquista del benessere » (74).

La problematica sociale irrompe dunque, all'inizio del nuovo secolo, nelle pagine di diritto costituzionale di Arcoleo. Lo testimoniano anche i saggi raccolti nel volume *Forme vecchie, idee nuove*, del 1909, che gli Editori sommariamente definiscono, nella *Avvertenza*, « saggi di psicologia sociale »; e tra questi soprattutto

---

(71) G. Arcoleo, *Sulla nuova legge dell'ordinamento giudiziario*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, Napoli, 38 (1909), pp. 252 e ss., pp. 256-257 per le frasi citate nel testo.

(72) G. Arcoleo, *Rivoluzionario e uomo di Stato: Crispi*, in Id., *Forme vecchie idee nuove*, cit., pp. 3 e ss., anche in Id., *Opere*, vol. II, pp. 35 e ss., ed in pubblicazione separata, con il titolo *Crispi* (Milano e Palermo, 1905). Si tratta del discorso tenuto da Arcoleo il 12 gennaio 1905, inaugurando il Monumento Nazionale a Crispi. Il discorso di Arcoleo, per quanto brevemente diremo nel testo, può essere utilmente confrontato con l'altro discorso celebrativo, di Vittorio Emanuele Orlando, del 4 ottobre 1923: V.E. Orlando, *Francesco Crispi*, in Id., *Scritti varii di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, pp. 395 e ss., dove appare ben più intensa l'esaltazione della statualità crispina (p. 405 e pp. 411-412).

(73) G. Arcoleo, *Rivoluzionario ed uomo di Stato: Crispi*, in Id., *Forme vecchie idee nuove*, cit., p. 27.

(74) *Ibid.*, p. 37.

il discorso pronunziato per l'inaugurazione dell'anno accademico a Napoli, nel 1905, dal titolo *La scienza nella vita sociale* (75).

Qui è tutto un nuovo mondo che si apre allo studio ed all'analisi del giurista di diritto pubblico: « ordinamenti, corpi consulenti, dirigenti, esecutivi, comitati, assemblee », e poi ancora « associazioni, istituti bancari, consessi, Camere di commercio »; e, da parte della classe operaia, « leghe di resistenza o di miglioramento, Camere o borse di lavoro » (76). Nel suo crescente intervento sulla società, qui ricordato nelle sue svariate forme da Arcoleo, lo Stato finisce per creare nuove situazioni « che sfuggono a figure giuridiche ben definite nel campo civile, commerciale e penale » (77).

Di fronte ai « nuovi istituti giuridici » che si vanno formando, « le scienze morali e politiche possono emulare le sperimentali... creare istituti di scienze giuridiche e politiche, sociali ed economiche »; e soprattutto i giuristi devono inserirsi in questa nuova fase storica modificando il tradizionale assetto delle scienze e dell'educazione giuridica: quelle scienze « valsero un tempo a mantenere le tradizioni del diritto privato, e qualche volta anche a far sentire ai governi assoluti la ragione civile dei tempi... oggi il nostro ideale non può limitarsi a creare magistrati, funzionari, avvocati » (78). Vi è qui indubbiamente, in Arcoleo, il rifiuto di una dimensione puramente tecnica del lavoro giuridico, non già in chiave nostalgica, come rimpianto per un sapere globale ormai travolto dai tempi, e dalle obbiettive esigenze di specializzazione, ma come risultato di un acuto senso d'insoddisfazione nei confronti di una certa tecnica, incapace di trasformarsi, di adeguarsi ai nuovi fenomeni sociali, di

---

(75) G. Arcoleo, *La scienza nella vita sociale*, discorso pronunziato per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'Università di Napoli, il 27 novembro 1905, Napoli, 1906, in Id., *Forme vecchie idee nuove*, cit., pp. 41 e ss., ed in Id., *Opere*, vol. II, pp. 99 e ss. Si è qui tenuto conto direttamente della prima pubblicazione napoletana del 1907. Tra gli altri saggi raccolti nel volume *Forme vecchie idee nuove*, ai fini che qui più direttamente interessano, si possono ricordare: *Evoluzione* (s.d.), pp. 157 e ss. (anche in Id., *Opere*, vol. II, cit., pp. 169 e ss.); *Alla ricerca di un partito* (s.d.), pp. 219 e ss. (anche in Id., *Opere*, vol. II, cit., pp. 251 e ss.); *Organizziamo lo Stato* (s.d.), pp. 247 e ss. (anche in Id., *Opere*, vol. II, pp. 267 e ss.).

(76) G. Arcoleo, *La scienza nella vita sociale*, cit., p. 23.

(77) *Ibid.*, pp. 27-28.

(78) *Ibid.*, pp. 28-29.

comprendere in profondo l'irriducibilità di tali fenomeni nelle forme giuridiche consolidate.

Non è però solo l'attenzione alle trasformazioni sociali la caratteristica peculiare dell'opera di Arcoleo nella sua fase conclusiva. Bisogna rifarsi ancora una volta all'opera principale, al *Diritto costituzionale* per fissare con esattezza le altre linee di sviluppo del pensiero del giurista siciliano.

In primo luogo, è nettissima, ed anche assai acre, la critica di Arcoleo ai tentativi di revisione costituzionale di fine secolo. Se è vero che « nei paesi più sconvolti dalle esagerazioni della sovranità popolare » è necessario « ritemprare il sentimento del diritto », tuttavia rimane fermo per quei paesi il principio per cui « come nel sistema costituzionale è asse fondamentale la potestà prevalente del capo dello Stato, così del parlamentare è cardine invece il parlamento, anzi, a dir proprio, la Camera popolare »; dunque, il ritorno « al sistema prettamente costituzionale... non è che una vaga ipotesi; e non lo è meno l'imitazione che vorrebbe trarsi dalla Prussia e dallo Impero germanico » (79). Si ha quindi intanto — in continuità con i saggi degli anni Ottanta — la ribadita centralità del Parlamento, la precisa e determinata volontà di salvare la centralità della Camera elettiva nel contesto della crisi di fine secolo (80).

---

(79) G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 112-115. Si tratta di pagine del tutto nuove, non presenti nei saggi degli anni Ottanta, evidentemente maturate nel nostro giurista in aperta reazione a quei progetti di uscita dal Governo parlamentare che, in forme a loro volta assai variegate, erano maturati in Italia negli ultimi due decenni del secolo scorso. L'altra grande problematica istituzionale — oltre naturalmente ai noti progetti di riforma del Senato, sui quali vedi *supra*, nota 63 — sulla quale si sofferma in modo crescente l'attenzione di Arcoleo nell'opera della maturità è quella della centralità della giurisdizione, alla quale dedicheremo le ultime pagine di questo contributo.

(80) Le posizioni assunte da Arcoleo nell'ultimo decennio del secolo, sul punto indicato nel testo e su altri, dovrebbero essere chiarite ulteriormente con un'analisi dettagliata dei suoi discorsi parlamentari, che qui non è possibile proporre (cfr. comunque *supra*, nota 23, per uno dei più celebri discorsi del nostro giurista, del 1899). Infine, è da ricordare l'atteggiamento di Arcoleo di fronte al celebre discorso di Spaventa del 4 giugno 1878, di serrata critica a quei decreti del Governo con i quali si dimostrava ormai chiaramente come il potere esecutivo si ritenesse, per lo meno in parte, dotato di un'autonoma *Organisationsgewalt*, autonoma in particolare dalla legge del Parlamento: G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, cit., pp. 79 e ss.; ID., *Il*

Di ciò è splendida conferma anche tutta la parte del *Diritto costituzionale* dedicata alle *Costituzioni moderne*, del resto già in larga misura presente negli *Appunti* napoletani del 1888, dove il modello anglo-americano di 'diritto comune' è affiancato a quello belga, ed anche allo Statuto italiano, ma esplicitamente inteso quale punto di avvio del processo di parlamentarizzazione in Italia (81), mentre rimane sullo sfondo, e soprattutto isolato, il modello costituzionale tedesco, del resto ampiamente criticato in molte altre parti del volume (82).

Dunque, riassumendo, attenzione continua ai mutamenti sociali, continua vigilanza nei confronti dei tentativi di ritorno al sistema costituzionale puro, centralità del Parlamento e della Camera elettiva. Vi è poi un altro tema dominante nell'opera della maturità di Arcoleo. Si tratta, in una parola, della ferma permanenza del punto di vista della libertà nel cuore del sistema costituzionale.

A ben guardare, tutta la 'parte generale' del *Diritto costituzionale* è infatti orientata dai due poli distinti denominati 'ordinamento della sovranità', ed 'ordinamento della libertà' (83). È questo secondo ordinamento che nello schema di Arcoleo resiste nella sua

---

Gabinetto nei Governi parlamentari, cit., pp. 129 e ss.; ID., *Discorsi del deputato Giorgio Arcoleo, relatore del bilancio di pubblica istruzione*, tornate del 7 e 8 giugno 1887, Roma, 1887, p. 27, per il punto che ci interessa. L'episodio al quale Spaventa si riferiva in termini aspramente critici nel suo discorso è quello della soppressione, per semplice decreto, del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, e della costituzione, con il medesimo atto (26 dicembre 1877), del nuovo Ministero del Tesoro. La critica di Spaventa è in parte condivisa da Arcoleo, nei saggi e nei discorsi sopra indicati, ma le oscillazioni in proposito del giurista siciliano — comunque distante da chi sosteneva un'autonoma potestà organizzativa del potere esecutivo — dovrebbero essere analizzate più in profondità. Sull'episodio, e sulle posizioni di Spaventa, cfr. R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 75-76.

(81) G. ARCOLEO, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 123 e ss. In questa parte è ripresa di nuovo l'idea della Corte suprema (id., pp. 142-143). Torneremo in seguito su questa problematica del giudizio di costituzionalità. Cfr. *supra*, note 41, 42, 43, e la relativa trattazione nel testo circa la proposta di Arcoleo d'istituzione di un'Alta Corte di giustizia: G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, cit., p. 136, alla lettera riportato in ID., *Diritto costituzionale*, cit., p. 372.

(82) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 53-54, 61, 68, 71-72, 78: si tratta solo di alcuni brani del volume dove più intensa e chiara che altrove è la critica al modello costituzionale tedesco-prussiano.

(83) *Ibid.*, pp. 43 e ss., e pp. 78 e ss., rispettivamente.

autonomia, impedendo al diritto costituzionale d'isolarsi sull'esclusivo versante giuridico-statuale, di divenire, come in Germania, pura tecnica di sistemazione delle forme di manifestazione della volontà dello Stato sovrano. Ecco dunque quale significato specifico assumono le affermazioni di Arcoleo, che definisce il diritto costituzionale « anello intermedio tra le discipline giuridiche e politiche », riferendosi esso di necessità « al governo libero, rappresentativo, democratico »; e la scienza del diritto costituzionale come « la scienza che studia l'ordinamento della sovranità e della libertà nella forma rappresentativa » (84).

Vi è dunque un insopprimibile contenuto politico — nel senso di non giuridico-statuale — del diritto costituzionale, che attiene al necessario polo della libertà, alle « idee di società, libertà, democrazia, forme di governo, partiti e sindacati » (85): l'ordinamento della libertà di Arcoleo diviene così il concreto tramite per la necessaria assunzione dei partiti e dei sindacati nel diritto costituzionale.

Considerazioni simili possono essere svolte per un istituto di grande rilievo come la rappresentanza politica, che non viene mai appiattito da Arcoleo sulla dimensione giuridico-statualistica, cioè sul versante delle 'funzioni' svolte dal corpo elettorale e dagli eletti, in conseguenza di poteri ad essi attribuiti dall'ordinamento statale; e si fonda invece nel nostro giurista, al di là del processo di selezione dei cittadini più capaci, anche sulle « idee, le tendenze, le utilità, gli interessi » (86), che muovono in concreto gli elettori. Torna qui evidentemente ancora una volta in primo piano il costituzionalista che non vuole racchiudere il suo lavoro nei confini esclusivi della dogmatica giuspubblicistica, che vuole porre in rilievo anche la dimensione politica della scelta dei rappresentanti quale frutto di dinamiche volontarie collettive, delle quali protagonisti sono di

---

(84) *Ibid.*, p. 30 (già in Id., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., p. 7).

(85) *Ibid.*, p. 30 (già in Id., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., p. 7, ma, significativamente, senza 'partiti e sindacati').

(86) *Ibid.*, p. 204: « Meglio è fissare due caratteri spiccati della rappresentanza: uno politico, l'altro giuridico. Il primo importa una designazione ed è determinato da fattori complessi, come le idee, le tendenze, le utilità, gli interessi; il secondo importa una funzione ed è definito da norme fisse e prestabilite ».

nuovo le associazioni, i fattori economici, gli interessi, i partiti, i sindacati.

Tutto ciò si riconnette poi a quella struttura dualistica e bipolare che domina tutto il *Diritto costituzionale* di Arcoleo. Sovranità e libertà, ma anche Stato e società, unificazione giuridica e pluralità sociale: ciò che importa è che l'analisi costituzionalistica mantenga distinti i due poli, ciascuno nella sua autonomia, che la tensione tra essi rimanga sempre aperta ed esplicita, che, sul versante della libertà, i diritti dei cittadini non si trasformino mai in funzioni dell'ordinamento pubblico statale.

Il diritto è così per Arcoleo decisamente limite esterno al potere statale, che non possiede alcuna 'natura' statale. Ma è vera allora anche la proposizione inversa: che il potere pubblico non possiede alcuna 'natura' giuridica, e deve perciò essere assunto nelle analisi del costituzionalista nella sua veste autentica di fattore dominativo da contenere, quale effettivo terreno di scontro tra partiti, ideologie, interessi.

Proprio questo elemento teorico di fondo divide Arcoleo dalla nuova scienza giuridica tedesca. La sua ricerca per la sovranità statale di « un sostrato ed una giustificazione nel diritto » (87) non lo condurrà mai alla personalità giuridica dello Stato, alla formulazione di una teoria fondata sulla considerazione della sovranità politica come esclusiva estrinsecazione di poteri giuridici. Nei giuristi tedeschi egli vede dunque « un formalismo sistematico, che presuppone lo Stato come un ordinamento esclusivamente giuridico, senza margine alcuno per le attività individuali e sociali » (88), e che spezza perciò, ed interrompe, quella tensione bipolare posta al centro di tutta la sua opera. Di tale pangiuridicismo, Arcoleo critica anche l'uso politico in senso autoritario. Quel tipo di approccio al potere pubblico statale finisce infatti proprio per favorire la prevalenza del potere medesimo sul diritto: in Germania « prevale nel conflitto sul diritto il potere, anzi questo riveste quasi un carattere giuridico. Né poco ha influito l'ausilio prestato dalla maggior parte delle dottrine

(87) *Ibid.*, p. 59.
(88) *Ibid.*, p. 61.

che intesero a rafforzare il potere esecutivo, prestandogli anche natura e garanzia di diritto » (89).

Non vi può dunque non essere, per Arcoleo, conflitto tra diritto e potere. Quando la teoria giuridica nega il conflitto, ciò significa che si sta preparando una soluzione autoritaria, che il diritto si sta riducendo ad elemento di giustificazione del potere. Ma se quel diritto non può e non deve servire a mascherare il potere, ma deve invece essere dall'esterno limite effettivo ad esso, allora il tema principale del diritto costituzionale non può che essere quello delle garanzie, dei diritti e delle libertà individuali, della giustizia, ordinaria e costituzionale.

Così fu infatti per Arcoleo. È proprio la *giurisdizione* il tema istituzionale dominante nel *Diritto costituzionale*, che più è progredito nel pensiero del nostro giurista, dagli *Appunti* napoletani del 1888 all'opera della maturità (90).

Ciò avviene proprio nell'età nella quale l'attenzione dei giuristi, soprattutto in Italia ed in Germania, si va invece spostando sul piano del diritto amministrativo, sulla dogmatica degli organi, delle competenze e delle attività dello Stato-persona. Sono gli anni nei quali Otto Mayer in Germania va sistemando la nuova dogmatica del diritto pubblico-amministrativo, ed in Italia Orlando elabora il piano del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, mentre altri giuristi di primo piano, come Santi Romano ed Oreste Ranelletti, lavorano sulla crescente autonomia del diritto amministrativo, sui poteri discrezionali della pubblica amministrazione (91).

---

(89) *Ibid.*, p. 68. Tutta questa parte dell'analisi di Arcoleo (note 87, 88 e 89), seppure in forma diversa, si trova già in ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., pp. 23 e ss.

(90) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 410 e ss.; ID., *Appunti di diritto costituzionale*, cit., pp. 329 e ss.

(91) Per quanto riguarda la Germania, per la svolta indicata nel testo, e tutte le sue implicazioni, cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983-2, pp. 600 e ss., ora anche in questo volume, pp. 451 e ss.; per l'Italia, nella medesima direzione di ricerca, con attenzione rivolta in modo specifico ad uno dei protagonisti di questa vicenda, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, relazione al Convegno su 'I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento', Bologna 8-10 novembre 1984, ora pubblicata negli Atti del Convegno, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, ed anche in questo volume, pp. 405 e ss..

Afferma in proposito Arcoleo: « In Germania, la nostra scienza (il diritto costituzionale) risentì dell'indirizzo strettamente giuridico e scientifico, e si confuse quasi col diritto amministrativo » (92). È precisamente questo appiattimento del diritto costituzionale sul diritto amministrativo, questo conseguente appiattimento dei diritti individuali e della pluralità politico-sociale sulla sovranità dello Stato-persona, ciò che divide Arcoleo da una tendenza metodologica che si va facendo dominante in quei medesimi anni.

A tale tendenza, Arcoleo contrappone proprio quel modello anglo-americano di 'diritto comune' che abbiamo trovato in molte pagine dei suoi saggi; e, sulla base di esso, la proposta di una necessaria rinnovata centralità del momento giurisdizionale. Il suo intento è quello di ridurre al minimo l'àmbito della discrezionalità amministrativa, di estendere al massimo il dominio della legge e delle competenze giurisdizionali; nel suo pensiero è centrale l'idea che lo Stato debba essere per intero sottoposto al diritto comune.

Niente vi è di più lontano dall'impostazione politica e culturale di Arcoleo di un diritto amministrativo inteso come diritto speciale della pubblica amministrazione. E sotto questo profilo sono egualmente oggetto di critica per il nostro giurista, sia l'esperienza francese napoleonica, che quella tedesca prussiana, come nuclei storici dai quali si è dipartito lo sviluppo di un diritto dei privilegi di parte pubblica, di un diritto violativo dei principii del diritto comune (93). La via del primato della giurisdizione implica invece una logica di parificazione, di eguaglianza tra soggetti pubblici e privati, la riduzione di spazio per un diritto proprio dei primi. Per Arcoleo, infatti « oggi si sente dappertutto questo bisogno, ed è un dovere della nostra scienza insistere sulla necessità di un forte ordinamento giurisdizionale, che valga a proteggere tutti i diritti

---

(92) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 38. La frase non si trova in alcun saggio degli anni Ottanta, dove pure già presente era la polemica con il modello costituzionale tedesco. È dunque solo negli ultimi anni del secolo, quando in Germania ed in Italia nasce la teoria dello Stato amministrativo (cfr. *supra*, nota precedente), che in Arcoleo quella polemica assume il senso concreto di opposizione ad un modello fondato sulla preminenza politica ed istituzionale dei soggetti amministrativi pubblici.

(93) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 70-78, e p. 412 per l'equivalenza, nel senso indicato nel testo, tra modello tedesco e francese.

pubblici, considerando come soggetti eguali gli organi dello Stato e i cittadini » (94).

Ciò ha, prima di tutto, diretta influenza sui rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, ai quali, nella concezione di Arcoleo, devono essere il più possibile applicati gli schemi negoziali privatistici in luogo di quelli pubblicistici degli atti amministrativi imperativi ed unilaterali, con conseguente competenza del giudice ordinario sui conflitti che in tali rapporti possano insorgere. Balza qui in primo piano anche l'attività e l'esperienza di Arcoleo come avvocato. Commentando una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma del 20 giugno 1905, che lo aveva visto difensore degli interessi di privati contro il Ministero degli Interni, Lavori Pubblici e Demanio (95), in materia di sfruttamento delle risorse idriche, Arcoleo lamenta con forza la eccessiva estensione della sfera degli atti d'impero della pubblica amministrazione, come tali sottratti alla competenza del giudice ordinario; propone perciò di distinguere più nettamente tra una classe ristretta di atti di governo, insindacabili da parte del giudice ordinario, e la grande massa degli atti di « pura amministrazione », che invece non possono sfuggire a quel medesimo sindacato; ed infine vuole che tutta la delicata materia degli interessi di natura patrimoniale sia come tale rimessa, in sede di conflitto, al giudice ordinario, cioè ritiene che la presenza della pubblica amministrazione di regola non debba premere in senso negativo sulla applicabilità degli schemi negoziali privatistici (96). Arcoleo non è dunque lo studioso insensibile alle esigenze derivanti dalla nuova espansione dell'attività dello Stato, che egli anzi lucidamente vede svilupparsi sul nuovo terreno della attività sociale, della politica sociale, ma teme che tutto ciò si risolva in primato assoluto degli apparati amministrativi pubblici, in una mera e secca estensione della sfera autoritativa pubblicistica, in una sostanziale emarginazione del giudice ordinario e degli strumenti privatistici, a favore di nuovi privilegi di parte pubblica.

---

(94) *Ibid.*, p. 78.

(95) G. Arcoleo, *Gli atti d'impero e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, III (1905), pp. 177-184.

(96) *Ibid.*, pp. 177-180, p. 181, p. 184, rispettivamente per le tre fondamentali proposizioni di Arcoleo, riportate nel testo.

Non è escluso che anche questa concreta esperienza di avvocato, che consentiva ad Arcoleo di rilevare puntualmente il grado di trasformazione — per lui di deformazione — del rapporto amministrativo Stato-cittadino, si riversi nelle ultime pagine del *Diritto costituzionale*, dedicate appunto al tema della giurisdizione. Anche in questa sede risulta del tutto trasparente questa esigenza della più ampia sottoponibilità degli atti del potere esecutivo al giudice ordinario, che, nella sua competenza a giudicare sui conflitti tra cittadino e pubblica amministrazione, non può essere limitato dalla presunta superiorità del secondo termine del rapporto: non vi può essere « impedimento nelle varie forme della potestà governativa, perché gli organi che agiscono in suo nome rientrano per le conseguenze dei loro atti nella sfera del diritto comune » (97).

Alla base di tale alta valutazione della funzione della magistratura, vi è in Arcoleo anche l'idea che essa si collochi di fronte alla legge in una posizione ben diversa da quella del potere esecutivo e dei funzionari amministrativi. Infatti, mentre il « funzionario non esamina, esegue », e lo spazio riservato alle sue attività discrezionali, per quanto ampio possa essere, può in ogni momento essere riassorbito dalla legge, che trova nel campo di azione del regolamento un limite « non di costituzionalità, ma di opportunità », al contrario, il magistrato esprime con la propria potestà uno spazio istituzionale di « indipendenza assoluta », che non può essere invaso dalla legge, ed anzi « la sua potestà integra quella legislativa, in quanto muta la norma in un provvedimento di giustizia » (98). Ma se la giurisdizione è « vera istituzione », nel senso che in essa si sostanzia una 'materia' costituzionale non disponibile da parte dello stesso legislatore (99), è

---

(97) G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, cit., p. 414. Più avanti, nella stessa pagina, si trova qualche oscillazione nel ragionamento di Arcoleo, che torna a preoccuparsi dei « limiti della facoltà d'impero » non più in senso restrittivo, ma come limiti genericamente posti a tutela della pienezza di quella medesima facoltà, e che indicano dunque una zona tendenzialmente sottratta al dominio del diritto comune. Ma, in un giurista come Arcoleo, è più che altro necessario cogliere la grande ispirazione di fondo, che certamente è quella indicata nel testo, della più ampia sottoponibilità degli atti del potere esecutivo al diritto comune.

(98) G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, cit., p. 416.

(99) *Ibid.*, pp. 409-410. Per Arcoleo è evidentemente implicito che invece 'vera istituzione' non è la pubblica amministrazione, nel senso specifico che non vi sono a suo

chiaro allora che l'analisi di Arcoleo trascende ampiamente i confini della semplice puntuale conflittualità tra atti del potere esecutivo e diritti dei cittadini.

Parlare della eguaglianza nel rapporto tra Stato e cittadini, della sottoponibilità al 'diritto comune' dei conflitti scaturiti da quel rapporto, significa allora parlare di una norma fondamentale, di una Costituzione, che sovrasta in egual misura entrambi i soggetti del rapporto medesimo, e che si attua progressivamente proprio attraverso il primato della giurisdizione, al di là della stessa volontà legislativa: significa, in una parola, tornare nel cuore stesso del progetto di costituzionalizzazione dello Stato liberale di Giorgio Arcoleo.

Dal 'diritto comune' come fondamento della competenza del giudice ordinario, l'analisi del nostro giurista scivola dunque necessariamente su un piano inclinato, che conduce verso il sindacato costituzionale, verso la Corte suprema, nella prospettiva della Corte costituzionale. Proprio in questa direzione deve essere esteso per Arcoleo l'esercizio della funzione giurisdizionale: « Lo stesso potere giudiziario, ravvisato nell'estrinseco suo ordinamento, rimane isterilito nel solo compito di applicare la legge (come pur troppo è fra noi), senza elevarsi, sotto l'aspetto scientifico della sua vera essenza, all'ufficio di interprete e giudice dei rapporti costituzionali (come in Inghilterra e nell'America del Nord) » (100). In definitiva, la centralità della giurisdizione si esprime, non solo nel criterio di eguaglianza tra soggetti pubblici e privati, ma anche nell'esigenza d'individuare con sempre maggiore chiarezza un diritto superiore a tutti i pubblici poteri, una vera Costituzione dello Stato liberale.

Dall'idea di un 'diritto comune' dominante sugli stessi atti del potere esecutivo si passa dunque al più complessivo ideale di una Costituzione che vincola tutti gli atti di normazione dello Stato:

---

favore limiti costituzionalmente garantiti, invalicabili da parte del legislatore. È significativo il fatto che i giuristi che contribuirono in modo decisivo alla edificazione dello Stato amministrativo, come Santi Romano, fecero di questo punto, della pubblica amministrazione come istituzione autonoma, preesistente alla stessa volontà legislativa, uno dei punti qualificanti delle proprie teorie: cfr. *supra*, nota 91.

(100) G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, cit. p. 202. Questa affermazione, posta all'inizio della 'parte speciale', costituisce il presupposto logico per quanto Arcoleo poi sostiene in tutta la parte del volume dedicata alla giurisdizione, ora in esame.

« Ché anzi nell'ordinamento di uno Stato libero, non solo le illegalità del potere esecutivo, ma le incostituzionalità del potere legislativo, dovrebbero essere sottoposte ad un organo della potestà giurisdizionale » (101). Il non riconoscimento di un diritto proprio della pubblica amministrazione cammina quindi di pari passo con il riconoscimento di una norma costituzionale che consente di sindacare anche gli atti del potere legislativo, nella prospettiva della Corte costituzionale. Afferma infatti Arcoleo, concludendo il suo *Diritto costituzionale*: « L'Italia ha, con felice concorso dei poteri pubblici e delle libertà, sviluppato, anzi trasformato, lo Statuto in una vera costituzione; ha fatto molti passi nel definire ed allargare la sfera giurisdizionale, emancipandola dalla prevalenza dell'amministrazione, a vantaggio del diritto comune » (102).

Si sarà allora definitivamente compreso che questa centralità del 'diritto comune' non è certo suggerita solo dalla volontà di mantenere prevalente l'applicazione del diritto privato ai rapporti tra Stato e cittadini, con la conseguente competenza del giudice ordinario in caso di conflitto, ma anche, e soprattutto, dall'aspirazione, dalla tendenza, a creare, al di là dello Statuto, una Costituzione dello Stato liberale, capace di vincolare, anche per il tramite della giustizia costituzionale, l'esercizio dei poteri pubblici.

È noto che la storia costituzionale del nostro Paese non ha camminato in questa direzione, indicata da Arcoleo. Il giurista siciliano risultò sconfitto, prima ancora dell'avvento del regime fascista, dalla tendenza della classe politica liberale dei primi due decenni del secolo ad impostare la soluzione della crisi in chiave di Stato amministrativo, di autonomia degli apparati amministrativi pubblici, di loro ribadita superiorità sui soggetti privati. Sarà conseguentemente sempre più emarginata la prospettiva costituzionale di Arcoleo fondata sul primato del momento giurisdizionale, mentre muterà in modo sempre più evidente la nozione stessa di 'Stato giuridico'. Che tutto questo abbia poi svolto un preciso influsso sulla stessa affermazione del regime fascista, e sul tipo di legame che questo instaurò con le istituzioni dello Stato liberale, è cosa che non può essere qui discussa. Serve solo a ricordare che l'operazione

(101) *Ibid.*, p. 418.
(102) *Ibid.*, p. 438.

tentata, di togliere un po' di polvere dai libri di Arcoleo, ha un senso che probabilmente trascende l'àmbito definito della storia della cultura giuridica.

6.

COSTITUZIONE, GOVERNO E CLASSE POLITICA: IL RUOLO DEL 'GIURIDICO' NELL'OPERA DI GAETANO MOSCA

1. Breve premessa. Individuazione del nostro problema. — 2. Le più recenti ricerche. Prima valutazione. — 3. Alcuni testi moschiani. Conclusioni.

1. Si torna a studiare Gaetano Mosca. Due recenti Seminari, tenuti a Palermo (1980) e Milano (1981), e dedicati rispettivamente a *La dottrina della classe politica di Gaetano Mosca ed i suoi sviluppi internazionali*, e a *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, ripropongono all'attenzione degli studiosi, su notevole molteplicità di piani e con grande vastità d'impianto, l'opera politica e giuridica di Gaetano Mosca (1). Alla grande quantità d'indicazioni, d'informazioni, di spunti problematici, scaturenti dalla lettura degli Atti dei due Seminari, si deve poi aggiungere la recente e significativa ripubblicazione delle due principali opere dello stesso Mosca, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare* (1884), e gli *Elementi di scienza politica* (1896), per

(1) Alla *Serie italiana* dell'Archivio internazionale Gaetano Mosca (Palermo, 1982 e Milano, 1983) ha fatto seguito anche una *Serie internazionale* del medesimo Archivio, con i due volumi: *Studies on the Political Thought of Gaetano Mosca. The Theory of the Ruling Class and its Development Abroad*, vol. I, edited by Ettore A. Albertoni, Milano-Montréal, 1982; e *Etudes sur la pensee politique de Gaetano Mosca. Classe politique et Gouvernement*, vol. II, sous la direction d'Ettore A. Albertoni, Milano-Montréal, 1984. I due volumi raccolgono, con gli opportuni adattamenti, ed in forma assai più sintetica, i contributi già stampati nella *Serie italiana*, alla quale pertanto ci riferiremo in modo esclusivo nel contesto di questa recensione. Citeremo secondo l'abbreviazione AMI e AMII (risp. Archivio Mosca 1982 e 1983).

cura di Giorgio Sola (2). Riproposta dunque dei più noti testi moschiani, e rilettura critica del complesso dell'opera moschiana, secondo una vasta pluralità di piani e di direzioni, come in seguito vedremo.

È opinione di chi scrive che, proprio in questo contesto di riscoperta generalizzata del significato del lavoro teorico di Gaetano Mosca, sia possibile, certamente anche assai opportuno, rimeditare più da vicino uno degli aspetti fondamentali di quel lavoro, che attiene, in una parola, al ruolo ed al campo d'intervento in esso del diritto, nel nostro caso del diritto pubblico-costituzionale. Si potrebbe dire, in forma ancora più sintetica: *il ruolo ed il significato del 'giuridico' nell'opera di Gaetano Mosca*. Non intendo qui alludere tanto alla produzione scientifica di Mosca sul piano del diritto costituzionale, dai saggi giovanili degli anni Ottanta fino agli *Appunti di diritto costituzionale* del 1908 ed oltre (3). Manca effettivamente uno studio organico su Mosca giurista di diritto pubblico, che punti a riscoprire i testi giuridici dello stesso Mosca, e le loro connessioni con la cultura e la scienza giuridica del tempo (4): ma

---

(2) G. Mosca, *Scritti politici*, a cura di G. Sola, due volumi, Torino, 1982. Il primo volume contiene anche un'*Introduzione* di Sola (pp. 9-79), con un'ampia ed equilibrata ricostruzione della vita e dell'opera di Gaetano Mosca; un'accurata nota biografica (pp. 81-92); una nota bibliografica di grande utilità, che aggiorna in modo consistente le bibliografie già esistenti, sia delle opere di Mosca, sia dei saggi e degli articoli scritti su Mosca, con ampia e decisiva utilizzazione dell'Archivio privato Mosca (pp. 93 e ss.). Sola ha raccolto il testo della seconda edizione della *Teorica* (1925) e della terza edizione degli *Elementi* (1939), ma dà conto in apposite note delle più significative modificazioni intervenute rispetto alle precedenti edizioni (risp. 1884-1925 e 1896-1923-1939). Le note contengono poi significativi confronti con opinioni espresse da Mosca in altri saggi; e contribuiscono inoltre, per altro verso, alla conoscenza delle fonti di Mosca medesimo, scavando attorno agli scarsi riferimenti dottrinali forniti dallo studioso siciliano. Si tratta quindi di un lavoro di grande valore sul piano critico-filologico, di un vero e proprio necessario punto di partenza per tutte le future indagini sull'opera moschiana. Sul piano documentaristico, è poi da ricordare: *Gaetano Mosca-Guglielmo Ferrero. Carteggio (1896-1934)*, a cura di C. Mongardini, Milano, 1980 (Opere di Gaetano Mosca - Istituto di Studi storico-politici dell'Università di Roma, vol. VI, t. I).

(3) Una prima sommaria valutazione di Mosca 'docente di diritto costituzionale' in P. Biscaretti Di Ruffia, AMII, pp. 123 e ss.

(4) In particolare, per il rapporto Mosca-Orlando, cfr. M. Fioravanti, AMI, pp. 349 e ss. ora anche in questo volume, pp. 181 e ss.. La ricerca da condurre a proposito dell'opera giuridica di Mosca dovrebbe ora essere integrata con l'analisi delle dispense

non è questo il problema centrale, al quale pensavamo parlando del ruolo del 'giuridico' in Mosca. Siamo infatti convinti che esista un possibile campo d'indagine più ampio di quello riferibile a Mosca 'giurista', ai rapporti di Mosca con la scienza giuridica del suo tempo. Non si tratta qui in definitiva di rimeditare *una parte* dell'opera dello studioso siciliano, in ipotesi quella più specificamente giuridica, ma di verificare piuttosto se nel *complesso* di quella opera sussista un filo conduttore, che possa definirsi *autenticamente giuridico*. Dando per scontato che con 'giuridico' s'intende, in senso assai ampio, una delle ispirazioni fondamentali delle teorie moschiane, e non certamente *uno dei modi di lavoro* di Mosca medesimo: in questo ultimo senso, infatti, Mosca non fu mai, sul piano tecnico-dogmatico, un vero e proprio giurista, per lo meno non nel senso di Santi Romano, di Oreste Ranelletti, di Federico Cammeo, di quella generazione di giuristi che, proprio per il tramite delle costruzioni dogmatiche, contribuì alla edificazione dello Stato amministrativo in Italia (5).

S'intuirà — credo — facilmente che riscoprire il 'giuridico' così inteso, come filo conduttore del lavoro teorico di Mosca, è cosa non agevole, certamente non esauribile nell'àmbito di una breve recensione. Attorno a questo nucleo problematico, si muovono infatti

---

di lezioni di diritto costituzionale ed amministrativo, di recente reperite, e relative all'insegnamento tenuto, ancora come libero docente, nell'Università di Roma nell'a.a. 1894-95, e poi, in misura assai più consistente, nell'Università di Torino a partire dall'a.a. 1896-97, e nell'Università Bocconi di Milano a partire dall'a.a. 1902-3. Ulteriori informazioni su queste dispense di lezioni — da affiancare anche a quelle di Scienza politica, ancora relative all'insegnamento presso l'Università Bocconi — e prime valutazioni del loro contenuto, si trovano in S. VIOLANTE, AMI, pp. 423 e ss.; ed in R. GHIRINGHELLI, AMII, pp. 53 e ss.

(5) Indichiamo nel testo i nomi di Santi Romano, di Ranelletti, di Cammeo, per indicare i nomi dei giuristi che effettivamente applicarono in Italia i dettami del c.d. 'metodo giuridico', provvedendo alla costruzione vera e propria degli istituti del diritto pubblico-amministrativo. Qui la distanza con Mosca appare appunto notevole. Mentre diversamente si pone il rapporto Mosca-Orlando, anche perché quest'ultimo, pur conducendo per primo in Italia la battaglia per il 'metodo giuridico', non fu mai un vero e proprio dogmatico del diritto pubblico, nel senso sopra indicato. Cfr. *supra* il mio contributo, citato nella nota precedente (ora anche in questo volume), dove per altro non si specificano quelle differenze all'interno del 'metodo giuridico', alle quali abbiamo avuto qui occasione di far riferimento.

questioni più specifiche, sulle quali si dovrebbe in via preliminare indagare più compiutamente, e che complessivamente costituiscono la sostanza di quel 'giuridico': penso qui al vasto territorio dei modelli costituzionali e della storia costituzionale, ed al confronto, da Mosca continuamente proposto, tra modello continentale-giacobino e modello inglese, quest'ultimo caratterizzato da un'evoluzione organica e graduale, tale da preservare la società da strappi violenti e velleitari; penso inoltre, in stretta connessione, alla centralità della 'classe media' nell'opera di Mosca, ed al rapporto tra quella classe, la 'forza' della cultura, e la classe politica, al fine di garantire — ancora una volta — un ordinato modello di sviluppo, tale da isolare — come lo stesso Mosca dice — le forze 'unilaterali', che tendono ad aggredire le istituzioni, ed a sottometterle ad una logica 'semplice', totalizzante e destabilizzante nella stessa misura e nello stesso tempo; penso ancora alla teorica del governo misto ed alla dottrina moschiana della difesa giuridica; penso infine ad un 'giuridico' così inteso come metro di giudizio delle prese di posizione di Gaetano Mosca sugli eventi politico-istituzionali del suo tempo, sul parlamentarismo, sul decentramento, sulla espansione della burocrazia e della legislazione sociale, sul protezionismo di fine secolo, e così via; ed, in conclusione, penso al 'giuridico' moschiano in rapporto al 'giuridico' di studiosi di livello europeo, come Carl Schmitt o Max Weber.

Solo alcuni di questi punti potranno essere toccati, e di sfuggita. Si tratta qui più che altro di avviare una discussione, sperando di suscitare una qualche curiosità, di suggerire una possibile linea di sviluppo delle ricerche sull'opera di Gaetano Mosca, partendo anche — come vedremo — da contributi forniti in occasione dei Seminari di Palermo e di Milano. Sapendo che, in prospettiva, l'attenzione rivolta alle problematiche del 'giuridico' in Mosca dovrebbe essere parte di un più ampio disegno, rivolto ad indagare il ruolo di quel 'giuridico' — con i suoi limiti, ed i suoi evidenti momenti di crisi — nel complesso contesto della dottrina dello Stato, e della scienza politica in genere, nell'età compresa tra la fine del secolo scorso ed il primo dopoguerra (6). Con un'ulteriore

(6) Inserisce Mosca in un contesto di questo tipo P.P. PORTINARO, *Recensione* a G. Mosca, *Scritti politici*, cit., in *Nuovi Studi Politici*, aprile-giugno 1983, a. XII, n. 2, pp. 133-136, discutendo della necessità di « ricostruire nel suo insieme la storia della scienza

premessa: in Mosca, come in altri studiosi del 'politico', quella componente che noi definiamo 'giuridica' svolge una funzione assai complessa, ancora tutta da decifrare ed analizzare, una funzione che comunque non può essere compressa nei confini tradizionali del diritto come limite al potere. L'attenzione che riserviamo al 'giuridico' in Mosca non può dunque servire, in via principale, a rendere, per cosi dire, più 'tollerabile' una dottrina del 'politico' incentrata sul dominio di una minoranza organizzata; così come la presenza di un diritto pubblico-costituzionale non può rendere di per sé la concezione moschiana del potere politico più vicina a valori o postulati ideologici di tipo liberale o liberaldemocratico. Presupporre una simile funzione del 'giuridico' significa in definitiva deformare il nostro oggetto d'indagine (7). Si deve invece pensare fin d'ora anche ad altre possibili collocazioni del 'giuridico' nel contesto della dottrina politica moschiana, ed in particolare proprio alla sua *funzione costitutiva* della dottrina della classe politica. Solo da questo punto di vista potrà essere riesaminata la questione del liberalismo giuridico e politico di Gaetano Mosca.

---

politica dall'età del positivismo alla grande crisi della cultura europea del primo dopoguerra » pp. 134-135).

(7) Si tratta infatti ora di superare definitivamente quella fase di 'riscoperta del senso liberale dell'opera di Gaetano Mosca' (E.A. ALBERTONI, AMI, p. 88) iniziata nell'immediato dopoguerra, e caratterizzata, tra l'altro, nell'interpretazione di certi scritti dello studioso siciliano, dalla forzata riconduzione del 'giuridico' moschiano a strumento di accrescimento della cifra 'liberale', o 'liberaldemocratica' della teoria della classe politica. Esemplare in questo senso il saggio di A. PASSERIN D'ENTREVES, *Gaetano Mosca e la libertà*, in *Il politico*, XXIV (1959), pp. 579 e ss., nel quale la teoria moschiana della difesa giuridica è a senso unico letta in chiave di tutela delle libertà individuali. Ma in questo ambito sono da ricordare anche le opere di F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, pp. 90 e ss. su Mosca, per il tentativo di salvare a tutti i costi il significato « profondamente liberale » (p. 95) dell'opera moschiana, proprio per il tramite del rapporto di Mosca con la cultura giuridica del suo tempo: ed ancor più di G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, 1967, rist. 1983, che in Mosca critico della democrazia rappresentativa ravvisa più che altro il liberale autentico critico di una « disordinata plutocrazia demagogica » (p. 39), il liberale « alla ricerca di una più effettiva democrazia, su un terreno meno fallace di quello offerto dai dogmi della democrazia aritmetica, matrice della democrazia totalitaria » (p. 314): dove il punto di riferimento della critica è costituito — in Mosca come in Maranini — dal 'modello inglese', inteso come unico vero regno del 'giuridico'.

2. Esaminando gli atti dei Seminari di Palermo e di Milano in relazione alle problematiche sopra esposte, si nota subito, tra i due volumi — e dunque tra i due Seminari —, una differenza sostanziale, proprio in ordine all'attenzione che viene riservata alla sfera del 'giuridico' in Mosca. Si tratta, in breve, di una crescita d'interesse per tale sfera, che si realizza nel passaggio dal primo al secondo Seminario (8).

Per percepire questa differenza, basta riferirsi del resto ai due saggi introduttivi di E.A. Albertoni (9). Mentre nel primo di essi è possibile reperire solo un accenno agli scritti giuridici di Mosca, ed ai rapporti di questi con giuristi del suo tempo, come Orlando e Brunialti (AMI, p. 77), e, più ancora, un interessante spunto relativo alla proposta moschiana di « Stato dei ceti medi », fondata per Albertoni su base « certamente storico-giuridica, con una netta derivazione dalla dottrina costituzionalistica » (*id.*, pp. 62-63); nel secondo saggio, del medesimo autore, l'area, che definiamo del 'giuridico', assume già tutt'altra rilevanza. Si torna quindi con insistenza a suggerire l'opportunità di uno studio analitico dell'opera giuridica di Mosca (AMII, pp. XXIII-XXIV), ma soprattutto si tenta di rimeditare il concetto moschiano di 'difesa giuridica', affacciando in proposito l'idea di un « Mosca pluralista » (*id.*, p. XIX), ma anche sottolineando l'appartenenza di quel concetto ad un patrimonio di « liberalismo classico ancora antitetico ad ogni svolgimento teorico-

---

(8) Ciò dipende anche dal taglio diverso dei due Seminari: il primo diretto ad un primo tentativo di storicizzazione dell'opera moschiana, di ricostruzione della biografia scientifica, intellettuale e politica dello studioso siciliano, il secondo più direttamente impegnato nell'analisi dei nodi teorici di quella opera, tra i quali evidentemente anche il peso ed il ruolo del 'giuridico'. Costante nei due Seminari è invece l'attenzione alla diffusione internazionale dell'opera di Mosca (AMI, pp. 191 e ss., per Stati Uniti, Canada, Germania, Francia, Spagna, Jugoslavia; AMII, pp. 393 e ss., per Giappone, Messico, Jugoslavia, Polonia, ancora Stati Uniti): dobbiamo forzatamente rinunziare, per ragioni di brevità, a fornire una valutazione, anche soltanto sintetica, di questo aspetto delle ricerche. Qualche notazione sarà riservata, più avanti, al rapporto Mosca-Weber. Anche per il Mosca politico, dobbiamo rinviare ai contributi contenuti nei due volumi in discussione.

(9) Del quale si deve ricordare anche tutto il precedente lavoro di ricerca, culminato nel saggio *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica. Formazione ed interpretazione*, Milano, 1978.

pratico in senso democratico » (*id.*, p. XX) (10). Si fa dunque strada l'idea di poter rivedere, proprio attraverso il concetto di difesa giuridica, la collocazione di Mosca nel panorama complessivo del liberalismo italiano tra Otto e Novecento, differenziando la sua posizione, non solo dal « liberalismo conservatore » di Sonnino ed altri, ma anche dal « pragmatismo riformatore » di Giolitti, privo secondo Albertoni del « vigore delle soluzioni istituzionali » (*id.*, pp. XVIII-XIX) (11).

Torneremo ancora, e ben più ampiamente, sul concetto di difesa giuridica. Proseguendo per ora il confronto tra i due Seminari, un altro tema è da indicare come rilevante ai nostri fini. Si tratta del rapporto Mosca-Weber, più che altro suggerito nel primo volume da A. Zingerle (AMI, pp. 223-226), e da R. Treves (AMI, pp. 451-452), ma ripreso poi organicamente da S. Segre nel seminario di Milano (AMII, pp. 103 e ss.). Non è tanto qui rilevante indagare sugli effettivi rapporti intercorsi tra i due studiosi, del resto assai circo-

---

(10) A testimonianza di una crescita di interesse in questa direzione, Albertoni è tornato sul tema in un più recente saggio: ETTORE A. ALBERTONI, *Formula politica e difesa giuridica nella dottrina della classe politica di Gaetano Mosca*, in *Società norme e valori. Scritti in onore di Renato Treves*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, 1984, pp. 457-475. Sul concetto di difesa giuridica in Mosca, Albertoni si era comunque già soffermato nel volume del 1978 (v. *supra* alla nota precedente), alle pp. 80-82 e 364-385. Minore attenzione ha ricevuto il concetto di difesa giuridica tra gli altri partecipanti ai Seminari: un accenno si trova nel saggio di E. RIPEPE, (AMI, p. 482), mentre a tale concetto ha dedicato il suo saggio J.L. OROZCO, (AMII, pp. 407 e ss.). Discuteremo più avanti, anche a questo proposito, del contributo di Norberto Bobbio. Interessanti osservazioni, sempre sul concetto di difesa giuridica, si trovano in G. SOLA, *Introduzione*, in G. MOSCA, *Scritti politici*, cit., pp. 45 e ss.

(11) Queste riflessioni di Albertoni dovrebbero però essere confrontate con quanto in proposito scrive P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, che, discutendo del progetto di governo di Giolitti come « progetto burocratico di governo » (p. 188), mette in rilievo, in tale contesto, la crescente perdita di centralità del Parlamento a favore della pubblica amministrazione come reale strumento di governo, ed il fatto che quel progetto « trova il proprio appoggio in un elemento extraparlamentare e certamente non democratico, che è appunto la classe dei funzionari, compresi i funzionari minori, la stessa classe cui guarda con tanta speranza Gaetano Mosca » (p. 189). Altre notazioni di Farneti su Mosca, tutte di grande rilievo, e sulle quali torneremo in seguito, si trovano in P. FARNETI, *Classe politica*, in *Il mondo contemporaneo*, vol. IX, *Politica e società*, t. I, a cura di P. Farneti, Firenze, 1979, pp. 202 e ss.

scritti, e comunque limitati dalla acclarata ignoranza della lingua tedesca da parte di Mosca (*id.*, pp. 105 e ss.), quanto confrontare nei due studiosi l'individuazione delle fonti di legittimità per mezzo delle quali la classe politica giustifica l'esercizio del potere (12). Secondo Segre, « le varie fonti di legittimità indicate dal Mosca possono essere ricondotte — nella tipologia weberiana — ai tipi ideali di potere legittimo di carattere tradizionale e carismatico » (*id.*, p. 116). Manca dunque in Mosca, sempre nei confronti della tipologia weberiana, « il potere legittimo di tipo legale-razionale » (*id.*, p. 116); e proprio da questa lacuna deriva l'incapacità dello studioso siciliano di fornire una « risposta soddisfacente » ai problemi di legittimazione del potere politico tra Otto e Novecento, in un'età di forte tensione del rapporto Stato-società (*id.*, p. 117). Si parla qui anzi di un vero e proprio « fallimento di Mosca come sociologo della politica » (*id.*, p. 119), consistente appunto nella sua incapacità di comprendere come nei fatti si facesse largo una nuova produzione di legittimità sul piano legale-razionale, per la tendenza del potere politico ad attribuirsi uno statuto organizzativo e di comportamenti rigorosamente calcolabile con strumenti giuridici, e concretamente gestito da una burocrazia professionale. Di contro, e di fronte alla irreversibile tendenza delle dinamiche degli interessi organizzati a condizionare l'esercizio del potere politico, Mosca appare arroccato nella difesa di una legittimità — si potrebbe dire di una 'giuridicità' — del potere tutta affidata alle virtù pubbliche della 'classe media', alla quale sola spetterebbe il compito di difendere la razionalità di quel potere dalle 'passioni' di parte (13). Ed è proprio in questa « eccessiva rilevanza teorica della classe media come produttrice di legittimità » (*id.*, p. 120), che si deve scorgere secondo Segre il *limite più evidente* di Mosca come sociologo della politica. È un limite che — come vediamo — si congiunge strettamente al

---

(12) Da ricordare in questo contesto anche il saggio di P.P. PORTINARO, *Tipologie politiche e sociologia dello Stato. Gaetano Mosca e Max Weber*, in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, vol. XII, 1978, pp. 405-438.

(13) Interessanti osservazioni sul ruolo della 'classe media' in Mosca, si trovano anche in E. RIPEPE, AMII, pp. 157 e ss., spec. p. 170, sul « disinteresse di classe » della 'classe media', e la sua conseguente capacità di porsi come nucleo 'obbiettivo' della società civile, tale da poter svolgere una vera e propria funzione mediatrice tra le classi — le 'vere' classi! — in lotta.

nostro problema del rapporto tra 'giuridico' e 'politico', in particolare alla funzione costitutiva e legittimante del primo nei confronti del secondo; ed è un limite che dovremo tener presente quando torneremo sui meccanismi della 'difesa giuridica' in Mosca, meccanismi per lo più affidati proprio alla solidità di quella 'classe media' alla quale sopra facevamo riferimento.

Entriamo così definitivamente nel cuore della nostra problematica del 'giuridico'. Alla base della teoria politica di Mosca vi è dunque — secondo le corrette indicazioni di Segre — la tenace resistenza del mito della 'classe media', di una classe costituita da fasce ristrette di lavoro manuale, da tecnici e professionisti, da piccola borghesia e ceto medio commerciale ed impiegatizio, da soggetti espressi da un mondo dell'economia e della produzione, che ancora si trova fuori dai minacciosi schemi della 'democrazia sociale' e del 'capitalismo monopolistico': una classe media che possa costituire un valido argine contro l'intensificarsi dei conflitti sociali, una sorta di *classe-non classe* posta al centro della società, che di essa possa fornire una visione 'organica' ed 'armonica', contro le 'unilaterali' pretese delle altre forze sociali. È una 'classe media' così intesa che consente al potere politico di porsi, attraverso la 'difesa giuridica', come potere autenticamente 'giuridico', contro le passioni e gli interessi determinati della società civile, contro le loro pretese di condizionamento della logica e della razionalità del potere stesso.

La centralità ideale, culturale e sociale della 'classe media' determina dunque il fondamento dei tentativi di legittimazione del potere politico in senso 'giuridico'. Ma 'media' si contrappone in Mosca ad 'unilaterale' così come in lui la forza della 'cultura' si contrappone alle forze meramente, e brutalmente, 'economiche': è questo dato della 'cultura' il vero tessuto connettivo del ceto medio, quasi il suo luogo di autoriconoscimento (14).

---

(14) Ciò conduce tra l'altro, a mio avviso, ad una sostanziale emarginazione della forma-partito dal diritto costituzionale e dalla teoria politica di Mosca: o del partito non vi è bisogno, in quanto la 'classe media' si organizza direttamente nelle istituzioni e per il tramite delle istituzioni, o il partito è necessariamente pericoloso — fazione e non partito —, in quanto riferito a quelle forze 'unilaterali' che dello strumento-partito si servono, non già a fini partecipativi ed organizzativi, ma per attaccare proprio quelle istituzioni che si giovano del consenso attivo della 'classe media'. Per ciò che riguarda

A proposito di questa centralità della 'classe media' come ceto colto, si deve qui ricordare anche il contributo di D. Musiedlak (AMII, pp. 349 e ss.), che, traendo spunto dall'attività di docente di Mosca presso l'Università Bocconi di Milano dal 1902 al 1923, ed individuando in tale Università il tentativo di educazione e formazione di una nuova aristocrazia dirigente con gli strumenti delle scienze sociali, economiche, politiche e giuridiche, tenta di mettere in luce le matrici culturali e politico-ideologiche di questo forte bisogno di 'aristocrazia', a suo giudizio dominante in larga parte della cultura politica della seconda metà del secolo scorso: matrici che poi sono le medesime della scienza politica di Gaetano Mosca. Si deve, a giudizio di Musiedlak, ripercorrere una vicenda che muove dalla rivoluzione francese intesa come strappo violento ed arbitrario sulla realtà storica, tale da sradicare quella 'naturale' aristocrazia dirigente, che era appunto compito del presente ricostituire. Svolge una funzione determinante in questo contesto proprio una delle fonti più rilevanti di Mosca, quell'Hippolyte Taine, « la cui opera può essere considerata una delle matrici ideologiche del XX secolo » (*id.*, p. 350). E nell'àmbito complessivo della radicale opposizione allo 'spirito giacobino' assume un ruolo decisivo il modello costituzionale, e la storia costituzionale inglese, intesa come storia di continuità istituzionale, come storia giuridica, in alternativa alla storia politica francese, tutta dominata da una continua alternanza di rivoluzione e reazione: soprattutto intesa come storia diretta da una 'aristocrazia attiva', appunto da quella aristocrazia anche da Mosca affannosamente ricercata (*id.*, pp. 353 e ss.). Proprio la cultura è l'elemento e la forza che qualifica tale aristocrazia, che su questa base può riproporsi come nuova classe dirigente, anch'essa 'naturale', come nell'età di antico regime, anche se non più sulla base della nascita, ma a partire dai nuovi 'titoli' della scienza e del merito personale (*id.*, pp. 355 e ss.). Il nostro quadro di riferimento si arricchisce quindi di un'ulteriore componente: la 'classe media' di Mosca è classe dirigente — tale è stata nel passato, tale è ancora in parte nel presente, tale può e deve essere ancor più nel futuro — in quanto

---

l'interesse dimostrato per queste problematiche nei Seminari in discussione, cfr. G. Sola, AMII, pp. 271 e ss., in particolare p. 286 per i limiti sul punto della teoria politica moschiana, e L. Compagna, AMII, pp. 315 e ss., spec. 327 e ss. per l'avversione di Mosca allo 'spirito di partito'.

ceto colto; solo per questo tramite decisivo la 'classe media' è *governo giuridico*, cioè classe dirigente 'naturale' che non scaturisce dalla meccanica combinazione delle forze politiche e sociali, non viene imposta dalla 'forza' di una 'parte' della società.

Mosca muove dunque da una 'classe media' intesa come ceto colto, capace di esprimere una nuova aristocrazia dirigente, per costruire molte delle sue opzioni in sede teorico-scientifica, ed anche pratico-politica. Una rilettura sotto questo profilo dell'opera moschiana, per lo meno dalla *Teorica* agli *Elementi*, passando attraverso il saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887, sembra a questo punto del tutto necessaria. Ed in parte, anche se per accenni, è già stata tentata da R. Salvo (AMI, pp. 333 e ss.), che, al di là della questione — da lui esaminata — di una determinata presenza, ed influenza, della situazione socio-economica siciliana di fine secolo nella teoria politica di Mosca, in realtà pone problemi più complessivi, che attengono ancora una volta alla concezione della 'classe media' come elemento costitutivo della teoria della classe politica. Balza qui in primo piano l'avversione di Mosca per l'affarismo borghese (*id.*, pp. 342 e ss.), e per la Camera dei deputati in quanto rifletta questa dimensione del dato economico, degenerata rispetto alla solida via maestra indicata da Mosca medesimo con la centralità della 'classe media'. Da questa prospettiva di fondo, che coinvolge nel giudizio negativo — come vedremo — anche la 'democrazia sociale', derivano le proposte di Mosca, qui analizzate da Salvo, e contenute, sia nella *Teorica*, che nel saggio su *Le costituzioni moderne*.

Torneremo più avanti su queste problematiche. Per ora si può segnalare quanto Salvo afferma: che il « progetto di organizzazione dei ceti medi » (*id.*, p. 345) — in particolare contenuto nel saggio del 1887 — in realtà finisce per tradursi in « soluzioni completamente fuori dai tempi » (*id.*, p. 346), affidando per intero la propria realizzabilità e credibilità politica a quel dato della 'cultura' spesso mitizzato dallo studioso siciliano, e poi, alla fine, in concreto addirittura identificato con la presenza formale del titolo di studio: la laurea come fondamento della capacità di governo (15).

---

(15) Il 'progetto' al quale qui si fa riferimento non può essere analizzato nei dettagli. Esso era contenuto nel saggio dedicato a *Le costituzioni moderne* (Palermo, 1887), e si traduceva, in sostanza, nella formazione di 'corpi provinciali' ai quali affidare, in un primo

Della inadeguatezza della teoria politica moschiana di fronte ai mutamenti strutturali intervenuti a partire dalla fine del secolo scorso, discute in profondità anche F. Ferrarotti (AMII, pp. 39 e ss.). Qui la linea interpretativa perseguita da Salvo assume contorni ancora più netti, indicando chiaramente in Mosca un esponente, certamente di primo piano, di una « cultura liberalconservatrice di tipo tradizionale » (*id.*, p. 41), decisamente definibile come « sopravvissuta ai traumi della industrializzazione, di fronte ai 'tempi nuovi' della storia europea » (*id.*, p. 43). Per Ferrarotti, « storicismo conservatore e naturalismo positivistico » (*id.*, p. 44) inducono Mosca ad una sostanziale incomprensione delle più radicali novità politico-istituzionali e sociali: ciò che riguarda in primo luogo il « partito di massa » (*id.*, p. 48), e poi ancora la stessa organizzazione degli interessi, « fino all'esorcizzazione quasi declamatoria dell'esperienza del sindacalismo » (*id.*, p. 43) (16). Ciò che Ferrarotti nega è che Mosca abbia mai varcato il limite tradizionale della « scienza delle

---

momento, l'elezione della Camera Alta, e successivamente e gradualmente, tutta quanta l'amministrazione locale. Anche noi siamo convinti che mai come in queste pagine Mosca indichi chiaramente ciò che intende per 'classe media' — una piccola e qualificata frazione del lavoro manuale, la piccola borghesia, il ceto medio commerciale e impiegatizio, infine soprattutto i laureati, intesi come ceto colto —: per qualche osservazione su questi problemi cfr. M. Fioravanti, AMI, pp. 354 e ss. (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 4). Sono da ricordare anche, a questo proposito, le pagine dedicate a Mosca da A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, vol. quarto, t. 2, Torino, 1975, pp. 1042 e ss., dove, proprio in relazione alle proposte di Mosca ed al ruolo conseguente del 'ceto benestante e colto', si afferma: « La montagna partoriva il topolino: dalla lunga e documentata analisi delle deficienze del sistema liberale, usciva la proposta di fare estremo ricorso alla buona volontà patriottica e civile degli onesti borghesi di provincia » (p. 1058, nota 2).

(16) Sui modi di presenza dei sindacati nella teoria politica di Mosca, per ciò che riguarda l'attenzione dedicata a questa tematica dai Seminari di Palermo e di Milano, cfr. il contributo di A. Colombo, AMII, pp. 183 e ss., sulla collaborazione di Mosca al 'Corriere della Sera', ed in particolare le pp. 197 e ss. su 'la classe politica e il movimento sindacale'; le osservazioni di M. Ortolani, AMI, pp. 517 e ss.; e soprattutto il saggio di G. Cavallari, AMII, pp. 225 e ss., dove aspetti rilevanti delle teorie moschiane balzano fuori attraverso l'utilizzazione che di esse fecero i teorici italiani del sindacalismo, ma anche per il tramite delle prese di distanza, di quei teorici, dal legame forte, da Mosca stabilito, tra minoranza dirigente e processo di rafforzamento dello Stato (*id.*, p. 233). Della stessa autrice, cfr. anche il saggio *Classe dirigente e minoranze rivoluzionarie*, Napoli, 1983, dove ancora ricorre più volte il nome di Gaetano Mosca, assieme alla necessità di valutare più da vicino il legame tra sindacalismo rivoluzionario e tradizione elitistica.

istituzioni », a favore di un'autentica « sociologia del potere » (*id.*, p. 48); ed, ai nostri fini, è interessante notare come, secondo Ferrarotti, questa sorta di 'blocco' dell'analisi teorica si realizzi proprio a livello di quel concetto fondamentale di 'difesa giuridica' — che più volte abbiamo già incontrato — qui mai esplicitamente richiamato, ma certamente presupposto ad una conclusione di questo tipo: « quando Mosca intuisce l'irriducibilità del potere alla pura forza e si pone il problema della legittimazione basata sul consenso, intravede un percorso di analisi sociologica. Ma l'incapacità di uscire dal recinto del formalismo teoretico gli impedisce di approdare a una lettura criticamente orientata del tema del consenso e della riproduzione sociale del potere » (*id.*, p. 50). Così, il « ricorso ossessivo agli schemi tipologici » da parte di Mosca, lungi dall'essere valutato come ricerca autentica di nuove categorie per la scienza politica, è in realtà per Ferrarotti « tipico meccanismo di esorcizzazione di una realtà percepita come irrazionale ed ostile » (*id.*, p. 50). Il 'formalismo' del quale qui si discute è quindi funzionale al mantenimento di *un'immagine tradizionale* della politica: ancora una volta la politica della 'classe media', la politica come risultato di vocazioni personali, di *pura* 'passione' per l'interesse collettivo, contro la *'nuova' politica*, ed il suo crescente sostanziarsi in una logica di *mediazione* tra interessi contrapposti ed organizzati — partiti e sindacati —, da assumere come tali all'interno del processo di decisionalità politica, e non più da espungere nel regno delle 'forze unilaterali'.

Tutto ciò di nuovo s'interseca in modo ben visibile con il nostro filo conduttore del ruolo del 'giuridico', in Mosca, come anche, più complessivamente, in vicende teoriche di questo tipo, che attraversano tutta l'area della scienza politica moschiana. Si può qui avanzare l'ipotesi che quella immagine tradizionale della politica, alla quale Ferrarotti allude, tenti di prorogarsi nel corso del nostro secolo per il tramite essenziale della cultura giuridica, che rielabora e rinnova — non possiamo qui dire in quali forme, e secondo quali modalità — quella medesima immagine, ad essa attribuendo il formidabile supporto della necessaria 'obbiettività' e 'razionalità', appunto contro i 'perversi' meccanismi della nuova politica degli interessi, della nuova politica di mediazione. E, per ciò che riguarda specificamente Mosca, si può ulteriormente avanzare l'ipotesi che in questo senso ed in questo àmbito, le sue opzioni teoriche rimangano

effettivamente dentro la sfera del 'giuridico': che egli costruisca quindi la sua scienza politica *con* i giuristi, e non *contro* i giuristi (17).

Un 'politico', quindi, fondato sull'ideale di 'buongoverno', di un governo *giuridicamente* fondato. È questo, in una parola, in Mosca l'ideale del *governo misto*, al quale dedica il suo contributo N. Bobbio (AMII, pp. 19 e ss.) (18). Il governo misto è caratterizzato, nella teoria moschiana, nel senso di una forma politica che, realizzando il massimo possibile « d'incontro istituzionalmente disciplinato delle varie forze sociali » (*id.*, p. 22), realizza anche il massimo possibile di 'difesa giuridica', pone cioè le condizioni ottimali per la *difesa della 'natura giuridica'* delle istituzioni, contro la temuta possibilità che il 'politico' medesimo — inteso proprio come complesso d'istituzioni — venga ad essere ridotto a campo d'esplicazione d'interessi economici ed ideologie politiche tra loro in conflitto. In concreto, il governo misto è quel governo che riesce a contemperare tendenza aristocratica e tendenza democratica, principio autocratico e principio liberale (*id.*, p. 31), che riesce a realizzare una vera e propria « separazione strutturale » dei poteri, separando potere laico e potere ecclesiastico, potere politico e potere economico, potere politico e potere militare (*id.*, pp. 32-34); la dottrina del governo misto è quella dottrina che « esalta lo stato costituito in modo che le diverse forze sociali possano far valere i propri interessi e i loro diritti senza sopraffarsi » (*id.*, p. 26).

Ma vi è poi un senso ultimo di quella forma di governo, di quella dottrina costituzionale. E lo si coglie proprio attraverso il concetto di 'difesa giuridica'. L'obbiettivo che conclusivamente si persegue è appunto di tipo *difensivo*: si vuole *evitare* che le istituzioni dello Stato di diritto liberale, in un'età di profonda trasformazione del

---

(17) Un'intuizione di questo tipo era alla base del mio contributo in AMI, pp. 349 e ss. (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 4) quando indicavo la sostanziale complessità del rapporto Mosca-Orlando, certamente non riducibile ad una mera opposizione del 'realismo' del primo con il 'formalismo' del secondo. Cfr. anche *supra* la nota 5, dove però si accenna al rapporto di Mosca con i giuristi sul piano, del tutto diverso, dei modi di lavoro, delle strumentazioni teeniche.

(18) Di Bobbio, si devono segnalare anche i saggi raccolti in N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1971 (raccoglie scritti pubblicati a partire dal 1957); e l'introduzione a G. Mosca, *La classe politica*, a cura di N. Bobbio, Bari, 1975 (contiene la parte più significativa degli *Elementi di scienza politica*, nella ed. del 1939).

rapporto Stato-società, divengano *soggetto* e *strumento* di quella trasformazione, attraverso una ridefinizione delle regole del gioco conseguente ai nuovi livelli di conflittualità tra forze sociali e politiche. La dottrina del governo misto, in quanto promuove l'incontro tra le 'forze sociali' nelle istituzioni, si traduce *anche* nell'ideale di un *governo moderato*, preoccupato di offrire crescenti garanzie alla libertà dei cittadini, di stabilizzare una condizione di pluralità politico-sociale (*id.*, p. 38); ma, contemporaneamente, presuppone di *necessità* una versione 'razionale' di quelle forze, fino alla loro ipostatizzazione, intende espungere dalle istituzioni la dimensione 'unilaterale' di quelle medesime forze. Con la conseguenza che il valore costituzionale che s'intende tutelare con la formula del governo misto non è solo quello liberale della pluralità, ma anche quello conservatore della *stabilità*. Ed è precisamente questo l'aspetto per noi più interessante del contributo di Bobbio, secondo il quale « tutti gli scrittori che hanno sostenuto l'eccellenza del governo misto l'hanno fatto sulla base dell'argomento che i governi di lunga durata sono sempre stati governi misti » (*id.*, p. 35). Gli esempi storici sono a portata di mano, anche per lo stesso Mosca: « la repubblica di Sparta e la repubblica romana nell'antichità, il regno d'Inghilterra e la repubblica di Venezia nell'età moderna, sono quattro esempi di governi che hanno avuto una durata di secoli » (*id.*, p. 35), proprio grazie al principio-cardine del governo misto. Sotto questo profilo, al governo misto si deve contrapporre in via principale, non tanto il governo dispotico, quanto il *governo semplice*: il difetto delle forme semplici « non è tanto la mancanza di libertà quanto la mancanza di stabilità » (*id.*, p. 25). Ma nella polemica contro il governo semplice in quanto governo instabile non si può non scorgere, in Mosca come in altri, il frutto della critica, ormai quasi secolare, al trauma della Rivoluzione, al giacobinismo politico, al 'mito' della sovranità popolare, che intendeva sottoporre, in modo 'semplicistico', tutte le istituzioni alla dominazione del principio democratico (19). Così, sulla base dell'ideale del governo

(19) Si potrebbe anche dire: superata la fase del volontarismo rivoluzionario, e del governo 'semplice', si deve ritornare — o comunque pervenire — alla 'costituzione mista', che è poi la base giuridico-istituzionale necessaria per lo sviluppo di quella 'politica scientifica' moschiana, alla quale Bobbio ha dedicato pagine nitidissime: cfr. N.

misto, si guarda in avanti, in polemica con il 'collettivismo burocratico', fondandosi su una precisa valutazione della storia politica e giuridica europea, presupponendo una certa visione della storia costituzionale europea: condannando, in una parola, la Rivoluzione in quanto *arbitraria rottura* della 'natura mista' della costituzione politica. Restaurare questa 'natura' è compito della scienza politica di Gaetano Mosca. La scienza politica è lo *strumento* necessario al fine di rimettere in moto la 'naturale' dinamica costituzionale, turbata dagli avvenimenti rivoluzionari. La scienza politica è, in una parola, lo strumento di restaurazione del *governo giuridico*.

3. Alcune riflessioni, a proposito di tre fondamentali testi moschiani — la *Teorica* del 1884, il saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887, gli *Elementi di scienza politica* del 1896 ([20]) —, serviranno

---

Bobbio, *Introduzione* a G. Mosca, *La classe politica*, cit., spec. pp. XXII e ss., dove si trova anche un'efficace descrizione del conservatorismo di Mosca, e della sua avversione alle 'crisi violente'. Sulle stesse problematiche, cfr., ancora dello stesso autore: N. Bobbio, *Gaetano Mosca e la scienza politica* (1960), in Id., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, cit., pp. 177 e ss., spec. pp. 188 e ss. A 'La politica come scienza' è dedicato anche l'interessante paragrafo del saggio di A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, cit., pp. 1042 e ss., spec. pp. 1055 e ss., dove il primato della scienza e della cultura è, in Mosca, opportunamente collegato alla già nota centralità della 'classe media'. Notevoli anche le osservazioni in proposito di P. Farneti, *Classe politica*, in *Il mondo contemporaneo*, cit., spec. pp. 202-204, per il legame stabilito tra critica al 'mito' della sovranità popolare, Stato amministrativo, classe media e ruolo della 'cultura'.

([20]) Adoperiamo i tre testi nelle loro rispettive edizioni: *Sulla Teorica dei Governi e sul Governo parlamentare. Studi storici e sociali*, Palermo, 1884; *Le costituzioni moderne*, Palermo, 1887, in G. Mosca, *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, pp. 445 e ss.; *Elementi di scienza politica*, Torino, 1896. È perfino superfluo osservare che la nostra lettura di tali testi è quasi incidentale, del tutto conseguente alle osservazioni sopra formulate in sede di recensione ai Seminari di Palermo e Milano. In partieolare, sempre per il periodo 1884-1896, l'analisi del significato e del ruolo del 'giuridico' in Mosca — ricordiamo che di questo specificamente ci stiamo occupando — dovrebbe essere completata quanto meno con uno studio dettagliato dei saggi di diritto costituzionale dello stesso studioso siciliano. Prescindiamo infine, in questa sede, dalla periodizzazione dell'opera moschiana proposta da Ettore A. Albertoni, AMI, pp. 63 e ss. (già in Id., *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica*, cit., pp. 245 e ss.); ed in Id., *Lo stato della ripresa degli studi sul pensiero politico di Gaetano Mosca (Genesi e sviluppo delle dottrine della classe politica secondo uno schema di periodizzazione critica)*, in *Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di*

infine a mettere ordine, a raccogliere le osservazioni fin qui formulate, ed a tentare una qualche conclusione, in ordine al nostro problema, del significato e del ruolo del 'giuridico' nell'opera di Gaetano Mosca.

Conviene prendere le mosse dal saggio su *Le costituzioni moderne*, che appare veramente di rilevanza centrale per l'analisi che stiamo conducendo. Di esso, non si è fino ad ora notato, con la sufficiente attenzione, come sia sostanzialmente strutturato in due parti: rispettivamente i primi due capitoli, dedicati a 'Il Capo dello Stato ed il Gabinetto', che culminano in una serie di proposte di riforma istituzionale (21), e gli ultimi due capitoli, dedicati a 'La rappresentanza nazionale' e all''Indirizzo della riforma politica', che contengono quella proposta di organizzazione della 'classe media', alla quale già abbiamo fatto riferimento (22). È nel rapporto tra queste due parti del lavoro, che si deve cogliere l'originalità dell'analisi moschiana: il passaggio dall'una all'altra contiene infatti il passaggio alla « scienza politica », che consiste per Mosca « nel saper capire l'indirizzo sociale, che necessariamente devono seguire i popoli della moderna Europa, e nel saper prevenire a prevedere le scosse violente col trasformare a tempo le istituzioni vigenti, adattandole gradatamente all'indirizzo politico dell'avvenire » (23). Le riforme istituzionali, delle quali Mosca si occupa nella prima parte del saggio, non sono dunque sufficienti da sole a fornire una risposta adeguata ai tempi. Lo spazio nel quale quelle riforme si muovono è costituito dal diritto costituzionale strettamente inteso, da un diritto costituzionale nel quale i protagonisti sono esclusivamente gli organi dello Stato: il Sovrano, il Gabinetto, le Camere. Agire, con i neces-

---

Milano, II, 1982, pp. 495-529 (in questo saggio, Albertoni riprende e rielabora parzialmente la Relazione presentata al Seminario di Palermo, *supra* cit.).

(21) Non possiamo qui esaminare in dettaglio tali proposte: cfr. G. MOSCA, *Le costituzioni moderne*, in ID., *Ciò che la storia*, cit., pp. 493-496, dove si conclude il secondo capitolo, riassumendo i contenuti di questa prima parte del lavoro (primi due capitoli), e con essi le proposte medesime: Consiglio privato del Sovrano, Corte Suprema giudicante sulle illegalità costituzionali dei Ministri, legalizzazione e regolamentazione del procedimento con il quale la maggioranza parlamentare costringe il Governo alle dimissioni.

(22) Cfr. *supra*, nota 15.

(23) G. MOSCA, *Le costituzioni moderne*, cit., p. 496.

sari progetti di riforma, solo a questo livello significa dare per scontato un rapporto armonico e non conflittuale tra Stato e società, tra istituzioni e realtà sociale. Significa soprattutto presupporre una sostanziale egemonia di quella 'aristocrazia attiva' espressa dalla 'classe media' sulla quale in Inghilterra il governo parlamentare aveva storicamente costruito le sue fortune (24). Ma la 'moderna Europa', della quale Mosca parla, è caratterizzata proprio da una minaccia continua all'egemonia della 'classe media', indebolita, e quasi spezzata al proprio interno, dalle nuove forze dell'industrialismo monopolistico, del capitalismo finanziario, della democrazia sociale.

Qui si radica la necessità storica di una nuova scienza politica. Al di là delle differenze di strumentazione concettuale, tecnica e metodologica, diritto costituzionale e scienza politica hanno in comune, nella realtà sociale, il necessario riferimento alla centralità della 'classe media'. Ma, mentre il diritto costituzionale *presuppone* quella centralità, e lavora per la sua espressione formale nelle istituzioni, la scienza politica è costretta a lavorare per ricostituire quella medesima centralità, per difenderla e riproporla come ideale politico del futuro. Non vi è dunque un 'prima' ed un 'dopo' fondato su un astratto rapporto di opposizione tra diritto costituzionale e scienza politica. Si può anzi affermare che *la scienza del diritto costituzionale è la scienza politica dell'età liberale, così come la nuova scienza politica è la dottrina della costituzione dell'età della crisi*. Così, Mosca, entrando in pieno — come abbiamo visto — nel territorio della scienza politica, non abbandona affatto la tematica costituzionale, ma la amplia, attribuendo ai problemi di riforma costituzionale un significato nuovo, che è comprensibile solo in termini di riorganizzazione delle forze sociali nelle istituzioni. Mosca non giunge dunque in modo neutrale ed avalutativo allo studio della scienza politica: vi giunge invece con il preciso intento di salvare il fondamento politico-sociale della tradizione costituzionalistica, cioè,

(24) *Ibid.*, pp. 495-496, dove è evidente la consapevolezza di Mosca di non poter limitare la sua indagine nei confini del diritto costituzionale formalmente inteso, proprio a causa della distanza storica che separa il modello 'classico' parlamentare inglese dalla situazione europeo-continentale di fine secolo. Sui limiti di quel diritto costituzionale, che da solo « non basterà mai a sciogliere il problema politico », cfr. *ibid.*, p. 478.

ancora una volta, l'egemonia della 'classe media'. Vi è quindi in lui un'effettiva forte tensione a liberarsi dai formalismi del diritto costituzionale, a studiare la costituzione come risultato di rapporti complessi tra le forze sociali: ma, nello studio di tali forze, tutte le sue energie sono rivolte alla conservazione di un ruolo egemone a favore del ceto medio colto contro le forze 'unilaterali' del nuovo « industrialismo » e delle « masse popolari » (25).

Con la conseguenza che la nuova scienza politica è nient'altro che una proposta nuova — nel senso di diversamente articolata — di difesa dei vecchi equilibri sui quali si era fondato il diritto costituzionale dell'età liberale: con essa si vuole salvare l'integrità di quella « classe, che possiede la cultura superiore e disimpegna tutte le professioni scientifiche, che scarsa di numero e di forza materiale s'impone colla immensa superiorità del suo sapere, che non possiede né i capitali né le braccia per creare la ricchezza, ma rappresenta la ragione e la scienza fra gli interessi e le passioni di coloro che la producono, e senza la quale sarebbe impossibile il funzionamento di tutto il complicatissimo organismo economico e sociale della civiltà odierna, finirebbe qualsiasi concezione elevata del diritto e della giustizia sociale, sarebbe distrutta gran parte della splendidissima cultura del secolo decimonono » (26).

La lunga citazione è giustificata dal fatto che in essa troviamo il fondamento di tutta la seconda parte del saggio del 1887, l'ispirazione fondamentale di quella 'riforma politica', che dovrà essere condotta avanti con i nuovi strumenti della scienza politica (27). Tale scienza nasce dunque, in Mosca, con un contenuto ed un indirizzo

---

(25) *Ibid.*, pp. 452-453.

(26) *Ibid.*, p. 454. Cfr. anche p. 529, dove la « classe che vive di lavoro intellettuale », e cioè « i Magistrati, gli impiegati di concetto, i professori, gli ufficiali dell'esercito... le professioni dette liberali », viene esaltata in rapporto, da una parte alla 'pura' ricchezza industriale e finanziaria, dall'altra ai Parlamentari, intesi come soggetti che si fondano esclusivamente sull'investitura politico-elettorale.

(27) Torna infatti, in queste pagine, puntuale l'osservazione delle insufficienze del diritto costituzionale nella programmazione di un'autentica 'riforma politica': cfr. *Ibid.*, p. 537. Proprio 'indirizzo della riforma politica' è intitolato il quarto e ultimo capitolo del saggio del 1887 (pp. 533 e ss.): non possiamo qui soffermarci — come già detto — sui dettagli di questa proposta di riforma, che riguarda — com'è noto — la composizione della Camera Alta ed il governo locale: cfr. *supra*, nota 15.

fortemente operativo e prescrittivo: ha concretamente la funzione di promuovere una riforma che salvi il « senso morale moderno » — rappresentato proprio dalla 'classe media' — dagli eccessi dell'industrialismo e della democrazia sociale (28). Riorganizzare le forze sociali nelle istituzioni è necessario proprio perché « nella disgregazione scomposta in cui giacciono tutte le forze sociali fanno sentire maggior peso le più materiali, quelle che hanno meno bisogno di ordine e disciplina per acquistare un valore, la ricchezza cioè e gli appetiti delle masse » (29). È solo la classe media colta, fortemente « imbevuta delle idee di diritto », che può aiutare la società di fine secolo a « scansare gli urti violenti e le rivoluzioni subitanee » (30); che, dominando nelle istituzioni, può dominare anche nella società — e viceversa —, isolando le spinte disgreganti delle forze 'unilaterali'.

La scienza politica di Mosca nasce dunque con il preciso intento di garantire le condizioni di un ordinato sviluppo delle istituzioni dello Stato liberale, tentando di prorogare nel nuovo secolo quell'egemonia della 'classe media', che era alla base dello stesso costituzionalismo dell'età liberale. La scienza del diritto costituzionale, per conservare sé medesima, deve trasformarsi in scienza politica: la scienza politica è lo strumento di conservazione dell'essenza politico-sociale del costituzionalismo dell'età liberale. Proprio tramite quella scienza, il liberalismo politico e giuridico tenta la carta della propria assoluta integrità nell'àmbito della nuova società industriale: è la 'scienza' che indica a quel liberalismo la via della contrapposizione con i nuovi interessi organizzati, con la stessa 'democrazia sociale'. Nella scienza politica di Gaetano Mosca, liberalismo e conservatorismo politico e sociale giungono dunque a completa identificazione. Non vi è liberalismo che non sia obbiettivamente conservatore, così come non vi è conservatorismo autentico che non sia animato da spirito liberale. E questa perfetta saldatura si realizza

---

(28) *Ibid.*, p. 535. Il 'senso morale' è alla base dello stesso concetto di 'difesa giuridica', che apparira nei più tardi *Elementi di scienza politica* del 1896. Vedremo più avanti come il processo costitutivo di questo concetto sia in certo senso già iniziato nella *Teorica* del 1884.

(29) *Ibid.*, p. 534.

(30) *Ibid.*, p. 536.

attorno alla necessità di salvare e di riproporre nel futuro il ruolo dirigente di quella 'aristocrazia attiva', che aveva costruito il diritto costituzionale dell'età liberale. In una parola, ciò che le forme giuridiche non riescono più a tenere unito, sotto la pressione delle forze 'unilaterali', deve essere mantenuto in vita, e rinvigorito, dalla scienza politica: questa scienza, al di là di quelle forme, deve conservare il primato del 'giuridico' nella società industriale. La scienza politica è mossa, fin dalle sue origini, da quel 'giuridico', inteso come valore primario da tutelare. Senza scienza politica non si potrà più avere alcun diritto costituzionale.

Anche la stessa *Teorica* del 1884, per quanto diversa in molti sensi dal saggio del 1887, è tutta piena di riferimenti alle problematiche già esaminate (31). Se l'obbiettivo principale della nuova scienza politica è quello di promuovere una 'riforma politica' che rilanci la centralità della 'aristocrazia attiva', la stessa capacità del ceto medio colto di tenere unite le istituzioni dello Stato liberale, ebbene, i lineamenti generali di quella riforma, ed il senso stesso del suo procedere, sono già contenuti, sia pure per accenni, nel saggio del 1884. Troppo spesso si dimentica infatti che la *Teorica* è, quanto meno in parte, una vera e propria opera di politica istituzionale, una sorta di 'rapporto' sulle istituzioni, che non si limita però alla fotografia della situazione esistente, ma propone appunto una vera e propria *linea di riforma* (32). Quale sia la direzione di tale linea, è per noi comprensibile solo in stretta connessione con i connotati che assume l'opzione per la 'riforma politica' proprio nel saggio del 1887 su *Le costituzioni moderne*.

---

(31) Non entriamo qui nella discussa questione della continuità, o meno, tra i due saggi del 1884 e del 1887. Noi siamo convinti che sussistano differenze rilevanti, ma che si tratti comunque di differenze di stile, di piano, di 'sede' stessa dell'analisi, ma che in effetti si possa parlare di marcata continuità per ciò che riguarda l'ispirazione fondamentale del lavoro di Mosca.

(32) G. MOSCA, *Sulla teorica*, cit., pp. 184 e ss. (a partire dal paragrafo VIII del capitolo IV), con riferimento diretto agli organi contrali dello Stato, all'amministrazione locale, alla polizia, alla pubblica istruzione, all'esercito, alla magistratura. Le proposte di Mosca riguardano i Consigli Superiori dei Ministeri, ed in genere l'ordinamento della pubblica amministrazione, che in queste pagine riceve grande attenzione, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, e così via fino al tema — centralissimo — della pubblica istruzione, ed in particolare dell'Università.

Così, tutte le proposte formulate da Mosca nella *Teorica* si riannodano all'idea centrale di una formazione della classe politica sulla base del merito e della cultura, contro il pericolo di un'occupazione delle istituzioni da parte delle forze della 'ricchezza', o per la via esclusiva delle elezioni, attraverso il momento assorbente della democrazia politica. La 'riforma' consiste allora nell'attivazione di una serie di meccanismi che aprano spazi crescenti ad una classe politica così intesa: alla sua educazione è funzionalizzata tutta la riforma della pubblica istruzione, ed in particolare dell'insegnamento universitario in materia politico-legale (33); e di essa si deve tener conto in via principale nel disegnare l'organizzazione della magistratura (34), e dell'esercito (35).

Ma nel 1884 è già chiara anche la *funzione* che una simile classe politica deve svolgere. In primo luogo, essa deve indirizzare tutto lo sviluppo delle istituzioni verso l'ideale-limite di un modello politico del tutto privo di 'formula': « quando la nostra classe politica sarà completamente organizzata sulla base del merito personale, quando tutto l'organismo sociale sarà stabile e tranquillo, *allora non ci sarà più bisogno di formule politiche, allora ci potremo dare al lusso artistico della simmetria* ed abolire tutte le stonature e le discordanze, che troveremo nella macchina del nostro Governo » (36). Certo, si tratta appunto di un ideale-limite, ma è proprio prefigurando tale situazione che Mosca scopre il senso ultimo del suo progetto, che è evidentemente progetto di risposta ad uno stato di crisi. La scienza politica è anzi dichiaratamente scienza della crisi. Essa deve promuovere un'organizzazione della classe politica sulla base del merito personale, al fine di difendere le istituzioni dello Stato liberale dall'attacco delle forze 'unilaterali', dall'attacco della 'ricchezza' e della democrazia politica e sociale. Ed ha in tal senso un compito storicamente delimitato. Sullo sfondo, la soluzione della crisi — la realizzazione della 'riforma politica' del saggio del 1887 — riconduce in definitiva al primato del diritto costituzionale, riporta cioè lo sviluppo storico delle istituzioni liberali nel proprio 'naturale' àm-

(33) *Ibid.*, pp. 245 e ss., e pp. 258-259.
(34) *Ibid.*, pp. 268-269.
(35) *Ibid.*, pp. 270-274.
(36) *Ibid.*, p. 330. Il corsivo è nostro.

bito. Solo quando ciò avverrà, i giuristi potranno tornare al loro mestiere, potranno abbandonarsi al 'lusso artistico della simmetria', eliminando 'stonature' e 'discordanze' all'interno di un modello politico ormai consolidato, perché non più in discussione nel suo rapporto con i processi di legittimazione politica e sociale. Il sogno della stabilità assoluta si traduce dunque, in concreto, nell'aspirazione ad un governo integralmente giuridico, che la scienza politica vuole costruire, dal quale — come ideale-limite — essa medesima è mossa, determinata nelle proprie fondamentali finalità.

Di tutto ciò ci dà conferma il noto paragrafo undicesimo dell'ultimo capitolo della *Teorica*, dedicato alla 'questione sociale' (37). Rinunziare, da parte dello Stato, ad affrontare tale questione, secondo una logica puramente liberistica, significherebbe, per Mosca, trasformare lo Stato stesso « in una mutua assicurazione dei ricchi contro i poveri », un'assicurazione stipulata a favore della parte economicamente più forte della società, lasciata libera di dominare a proprio piacimento nei rapporti economico-sociali, nel mondo della produzione e dello scambio (38). Il puro liberismo produce dunque per Mosca il dissolvimento del 'politico' nell''economico', crea alla lunga un'immagine dello Stato quale presidio dei privilegi delle classi più ricche, induce quindi, in prospettiva, a soluzioni rivoluzionarie, poiché spinge le classi più povere a ravvisare nello Stato medesimo nient'altro che l'organizzazione politico-giuridica dello sfruttamento. È ancora una volta il ceto medio colto che, secondo Mosca, può e deve restituire al 'politico' la sua dimensione autonoma sottraendolo al conflitto tra le classi. Solo una classe politica egemonizzata dalla 'classe media' può infatti avviare una politica sociale che punti « ad una soluzione pacifica della così detta questione sociale » (39), evitando che la pressione 'unilaterale' sullo Stato delle forze 'economiche' soffochi la dimensione più autenticamente 'politica', la riduca a mero luogo di scontro di contrastanti interessi; solo una classe politica così intesa può affrontare il difficile nodo della legislazione sociale, legittimata esclusivamente dalla propria 'naturale' capacità di governo, e non in quanto

(37) *Ibid.*, pp. 334 e ss.
(38) *Ibid.*, p. 316.
(39) *Ibid.*, p. 321.

direttamente rappresentante i bisogni sociali in conflitto. Ma poiché la scienza politica — come abbiamo visto — prepara una 'riforma politica' che rinsaldi e rilanci il ruolo dirigente della 'classe media', ne consegue che compito della scienza politica è anche questo, di salvare l'autonomia del 'politico' dalle pressioni degli interessi organizzati e delle forze economiche. Sono solo i borghesi benestanti, animati da 'passione' per l'interesse pubblico — e non certo gli uomini di partito, di sindacato, gli uomini che esprimono direttamente gli interessi delle classi o dei grandi 'potentati' economici —, coloro che possono riuscire in questa operazione, per Mosca essenziale, di evitare la dissoluzione del 'politico' nell'attività di mediazione economico-sociale. Se ciò riuscirà, se le istituzioni dello Stato liberale, grazie all'opera della 'classe media', passeranno indenni in mezzo ai nuovi conflitti della società industriale, allora si potrà tornare — come sopra abbiamo visto — alle armonie del diritto costituzionale. 'Politico' e 'giuridico', dunque, lungi dal trovarsi in un rapporto di opposizione, sono minacciati dalle medesime forze 'unilaterali', dalla 'ricchezza' organizzata e dalla 'democrazia sociale': contro di esse, si salvano insieme, o non si salvano affatto.

Ecco dunque perché, a nostro giudizio, il concetto di 'difesa giuridica', che appare per la prima volta esplicitamente negli *Elementi di scienza politica* del 1896 (40), può dirsi frutto maturo di una riflessione già avviata nella *Teorica* (41): perché il filo conduttore del

---

(40) G. Mosca, *Elementi di scienza politica*, Torino, 1896, pp. 125 e ss.

(41) Non si tratta qui ovviamente di rilevare delle mere concordanze testuali, ma di cogliere l'ispirazione moschiana nel suo complesso, dal 1884 al 1896. Si devono tuttavia ricordare quei passi del saggio su *Le costituzioni moderne*, in *Ciò che la storia*, cit., p. 535, dove si discute del « senso morale moderno » (cfr. *supra*, nota 28); e del saggio *Sulla teorica*, cit., p. 327 (è la 'conclusione'), dove si sostiene la necessità di puntare « ad un vero reale rinnovamento di tutta la classe politica ad attuare di fatto i due grandi fini che politicamente possono dirsi la sintesi di tutta la moderna civiltà: la formazione di questa classe sulla base del merito personale e della capacità tecnica, ed il reciproco controllo di tutti i suoi membri »: tenendo presente che — com'è noto — questo aspetto del reciproco controllo è al centro del concetto di 'difesa giuridica'. Su questo rapporto tra ceto medio colto e 'difesa giuridica' — indipendentemente dai riferimenti diretti a quel concetto —, sono del resto costruiti alcuni dei più rilevanti saggi di Gaetano Mosca. Tra questi, vorrei ricordare, come veramente fondamentali, *Il programma dei liberali in materia di politica ecclesiastica* (1897), in Id., *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, 1949, pp. 86; e *Lo Stato città antico e lo Stato*

'giuridico', attraverso la teorica della 'classe media', è già ben presente nell'analisi moschiana delle istituzioni dello Stato unitario nel 1884, sorregge la proposta di 'riforma politica' nel saggio su *Le costituzioni moderne* del 1887.

Data la nota definizione di 'difesa giuridica' — del 1896 — come complesso di meccanismi che disciplinano il « senso morale » in una certa società, con lo scopo di frenare i « sentimenti egoistici » delle varie classi e forze sociali (42), si può ora, proprio sulla base dei saggi degli anni Ottanta, attribuire un significato non equivoco ad espressioni cosi vaghe — come 'senso morale' —, nelle quali comunque si sostanzia il concetto di 'difesa giuridica'. Difendere il 'senso morale' di una data collettività significa, in una parola, difendere la sua identità complessiva, al di là delle divisioni di classe, delle lotte tra interessi contrastanti. Ma ciò, a sua volta, non si realizza tanto con un'astratta ricerca di 'valori comuni', quanto proponendo, e continuamente rafforzando, un esercizio del potere politico che non risulti dalla mera combinazione di quei medesimi interessi, ma che si attui per mezzo di una classe politica che possieda una propria autonoma capacità di governo, fondata sul merito e sulla competenza, dunque su una legittimazione che attraversa tutta la società, e trascende la pura sommatoria — o la meccanica mediazione — delle sue 'parti'. La 'difesa giuridica' è quindi in concreto nient'altro che l'orientamento di governo di una classe politica egemonizzata dalla 'classe media', dal ceto medio colto, dalla 'nuova aristocrazia' dirigente (43). Vi è dunque una

---

rappresentativo moderno, (1924), *Ibid.*, pp. 37-60. Ragioni di brevità impongono di non procedere ad un'analisi ravvicinata di questi — ed altri — contributi moschiani.

(42) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 125 e pp. 132-133.

(43) Abbiamo già visto *supra*, commentando il contributo di N. Bobbio (AMII, pp. 19 e ss.), come sono correlati i concetti di 'difesa giuridica' e di 'governo misto'. Rinviamo dunque a quelle osservazioni, anche se il problema meriterebbe ben altro approfondimento. Dobbiamo qui inoltre forzatamente lasciare da parte l'analisi di quel concetto di 'tipo sociale', che Mosca introduce negli *Elementi* (pp. 106 e ss.), e che, a nostro giudizio, è in stretta correlazione con la 'difesa giuridica'. Si possono condividere a questo proposito, in prima approssimazione, le osservazioni di A. Asor Rosa, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, cit., pp. 1055-1056, secondo il quale « per Mosca una delle cause della decadenza consiste nella troppo marcata distinzione tra i tipi sociali, da cui deriva l'isolamento della classe politica, il quale a sua volta consente la formazione nel

fortissima correlazione in Mosca tra *estensione* della 'difesa giuridica' e *predominio* della 'classe media' in seno alla classe politica. È nella seguente situazione che si produce infatti il massimo possibile di 'difesa giuridica': « Una società si trova nelle condizioni migliori per applicarvi una organizzazione politica relativamente perfetta, quando vi esiste una classe numerosa, in posizione economica presso che indipendente da coloro che hanno nelle mani il supremo potere, la quale ha quel tanto di benessere, che è necessario per dedicare una parte del suo tempo a perfezionare la sua cultura e ad acquisire quell'interesse al pubblico bene, quello spirito diremmo aristocratico, che soli possono indurre gli uomini a servire il proprio paese senza altre soddisfazioni che quelle che procura l'amor proprio. In tutti i paesi, che sono stati o sono all'avanguardia della difesa giuridica, o come comunemente si dice della libertà, una classe simile si è sempre trovata » (44).

La borghesia, quindi, come nucleo costitutivo della classe politica, ispirata dall'ideale di governo della 'difesa giuridica', tutrice del diritto e della obbiettività delle istituzioni. Ma al borghese così efficacemente descritto da Mosca nel brano sopra riportato, al borghese 'virtuoso', lo studioso siciliano contrappone un'altra figura sociale, il borghese 'affarista', che giudica invece negativa, continuamente protesa a minacciare « l'equilibrio giuridico » (45). Siamo qui nella sfera della ricchezza mobiliare « potentemente organizzata », nel settore « del credito e del sistema bancario, delle grandi compagnie per azioni »; sono qui gli individui « che hanno il maneggio di centinaia di milioni, possiedono mezzi svariatissimi per allarmare o lusingare interessi molto estesi, per intimidire o corrompere funzionari, ministri deputati e giornalismo » (46).

Solo al primo 'tipo' di borghese può essere affidato il governo,

---

seno della plebe di un'altra classe dirigente, in antagonismo con quella che tiene nelle mani il governo legale », con la conseguente presenza di uno stato di conflittualità permanente, che solo un orientamento di governo fondato sulla 'difesa giuridica' può efficacemente combattere: la 'difesa giuridica' serve infatti « evidentemente a correggere l'isolamento tra i tipi sociali », rafforzando la classe politica, e preparando un suo graduale, e non traumatico, ricambio.

(44) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 153.

(45) *Ibid.*, p. 156.

(46) *Ibid.*, pp. 156-157.

e la riforma, della cosa pubblica: solo quel borghese realizza, come classe di governo, il massimo possibile di 'difesa giuridica' (47). È inutile qui sottolineare come certe descrizioni moschiane del borghese 'buono' e del borghese 'cattivo', certe idealizzazioni del primo e certe demonizzazioni del secondo, spesso ben poco corrispondano alla effettiva realtà sociale della borghesia italiana di fine secolo; e come altrettanto spesso esse siano invece dichiaratamente legate alla nostalgia per un tempo passato, del tutto immune dalle 'perversioni' del capitalismo monopolistico e finanziario (48). Ciò che preme qui rilevare è che, nell'analisi complessiva di Mosca, anche la borghesia può costituire *forza sociale antigiuridica* quando tenda a realizzare un legame diretto tra interessi sociali ed economici organizzati e potere politico. Questo è infatti il medesimo criterio che Mosca adopera anche a proposito dell'altro grande nemico della 'classe media' — e dunque della 'difesa giuridica' —, la 'democrazia sociale'.

C'è infatti un piano di contrapposizione tra quella democrazia e la 'difesa giuridica', che è ideale, ed attiene al peso del 'dogma' della sovranità popolare, con il quale si vorrebbe, contro le aspirazioni del liberalismo moschiano, far coincidere tutta la classe politica con la classe degli eletti, in quanto designati dal popolo, unica fonte di sovranità: ed a questo aspetto della contrapposizione Mosca ha dedicato pagine assai note, sulle quali non vorremmo soffermarci (49). Ma troppo spesso si dimentica che nella critica dello studioso siciliano alle ideologie democratiche — ancora in nome della 'difesa

---

(47) *Ibid.*, pp. 316 e ss., per una descrizione dei compiti di governo della 'classe media', ed una riproposizione dell'ideale del 'funzionario gratuito' indipendente dal potere governativo centrale, come anche dalle forze politiche-elettorali locali.

(48) A noi sembrano esemplari in questo senso alcune pagine degli *Elementi*: ad esempio, p. 345 nota 48, dove 'capitalisti', 'proprietari di terre', e 'mercanti', vengono criticati per la tendenza ad 'eccedere' nell'accumulo di rendite e profitti, con una descrizione, in verità assai ingenua, dei loro 'doveri' come soggetti economici; e p. 383 nota 71, dove si critica « l'individualismo europeo », e la « soverchia mobilità della popolazione dovuta alla creazione di nuovi centri industriali », che indebolisce i legami « di famiglia, di colleganza, di vicinato ».

(49) Mi riferisco qui principalmente alle notissime — e citatissime — ultime pagine degli *Elementi*, dove la 'missione' della scienza politica è caratterizzata in direzione del tentativo di sottrarre « le classi intellettuali » alla « influenza della democrazia sociale » (p. 389), mettendo « a nudo l'assurdo della concezione democratica » (*ibid.*).

giuridica' — è contenuta anche la questione fondamentale del *partito politico* come forma organizzativa degli interessi sociali, e del suo rapporto con il potere politico statale: ciò che accomuna appunto questa critica a quella, sopra esaminata, rivolta contro la 'ricchezza organizzata'.

Per capire questo nesso, è necessario riprendere più direttamente proprio la problematica della 'democrazia sociale', che Mosca affronta nelle pagine conclusive degli *Elementi* (50). Il padre della moderna democrazia sociale è Rousseau. Il « germe » è infatti contenuto nella « dottrina che proclama l'uomo naturalmente buono e sostiene che la società lo rende cattivo » (51); è dunque la democrazia politica radicale, la concezione giusnaturalistica rivoluzionaria dei diritti individuali pre-statuali che prepara la democrazia sociale: « a noi pare evidente che il socialismo debba essere una conseguenza necessaria della democrazia pura, se almeno per democrazia devesi intendere la negazione di ogni superiorità sociale che non sia basata sul libero consenso della maggioranza » (52). Balza qui in evidenza il primo aspetto della critica moschiana alla 'democrazia sociale': è l'aspetto che sopra abbiamo definito 'ideale', che attiene al legame con le ideologie giusnaturalistiche rivoluzionarie, con la 'democrazia politica' quale idea potenzialmente e praticamente distruttiva di quella 'aristocrazia attiva' alla quale Mosca affidava tutte le sue speranze. Ma la critica non si ferma a questo punto. Se è vero che il 'socialismo' è figlio della 'democrazia pura', non è detto che il figlio sia eguale al padre: è per Mosca anzi ben peggiore del padre medesimo. Non solo perché il socialismo alimenta la lotta di classe e, con essa, una sorta di ritorno alla preponderanza della forza e del 'valore militare' nella lotta per la preminenza politica (53); ma anche, e ancor più, perché in quella 'democrazia sociale moderna' è insita la tendenza alla *organizzazione* delle grandi masse di popolo, sotto la

---

(50) *Ibid.*, pp. 323 e ss.

(51) *Ibid.*, p. 325.

(52) *Ibid.*, p. 329.

(53) *Ibid.*, pp. 349 e ss.: qui si discute della tendenza 'anarchica' in seno al 'socialismo', e del ritorno — che essa oggettivamente vuole, secondo Mosca — alla società « feudale » (*ibid.*, p. 351), intesa appunto come società fondata sulla forza e sul 'valore militare' nella lotta per il dominio politico.

bandiera delle riforme sociali, alimentando continuamente « la convinzione ormai tanto sparsa che vi sia una questione sociale, che fra poco siano inevitabili importanti riforme del diritto di proprietà, della famiglia, di tutta la presente organizzazione industriale e capitalistica » (54). Si tratta di qualcosa di ben diverso da quella legislazione sociale diretta dal ceto medio colto, che Mosca aveva già auspicato nei saggi degli anni Ottanta (55). Ora, nel contesto di fine secolo, lo studioso siciliano si ritrae impaurito, poiché ritiene d'intravedere, dietro i singoli provvedimenti di legislazione sociale, una tendenza complessiva, che potrebbe condurre alla lunga, sulla spinta degli interessi organizzati in seno alla 'democrazia sociale', ad un modello politico 'collettivista', ad una progressiva assunzione dei mezzi di produzione da parte dello Stato (56). Alla fine, su questa via, si avrebbe una tendenziale unificazione nelle stesse mani di potere politico e potere economico, con la totale esautorazione di « quella ricchezza individuale, che in tutte le società mature ha fornito il mezzo di acquistare indipendenza e prestigio senza il concorso dei reggitori dello Stato » (57), e la conseguente soppressione di ogni possibilità di sviluppo della 'difesa giuridica'.

Non è difficile a questo punto ravvisare nelle nascenti organizzazioni di massa, partiti e sindacati, i soggetti che Mosca quasi ossessivamente teme, poiché in essi egli vede l'anello di congiunzione tra 'democrazia pura' e 'democrazia sociale': il momento nel quale la democrazia organizza gli interessi e pretende di fare di essi una componente decisiva nel processo di decisionalità politica (58). È proprio qui, conseguentemente, il nucleo fondamentale costitutivo del concetto di 'difesa giuridica'. Il 'collettivismo' è il vero nemico del liberalismo moschiano fondato su quel concetto: laddove

---

(54) *Ibid.*, p. 334.

(55) Cfr. *supra* nota 37 — e seguenti —, per i riferimenti testuali alla *Teorica* del 1884.

(56) G. Mosca, *Elementi*, cit., p. 335.

(57) *Ibid.*, p. 348.

(58) È bene qui precisare che partiti e sindacati non sono direttamente presenti nelle pagine di Mosca (cfr. comunque, *ibid.*, p. 322, nota 24): ma è continuamente presente — ed è questo ciò che interessa — il timore per l'organizzazione degli interessi che si vanno maturando in seno alla 'democrazia sociale', secondo forme che saranno appunto quelle del sindacato e del partito.

per 'collettivismo' s'intende la tendenza a radicare gli interessi sociali organizzati — siano essi quelli rappresentati dall'affarismo borghese o dai nuovi partiti di massa — entro il modello politico, entro lo Stato, inteso da Mosca come unico soggetto politico razionalmente agente.

Tutta la teoria politica di Mosca conduce quindi, in ultima analisi, a distinguere *tra forze sociali giuridiche ed antigiuridiche*. Giuridiche sono quelle forze — come la 'classe media' — che contribuiscono a mantenere integra la razionalità del potere politico di fronte alla parzialità degli interessi, antigiuridiche quelle forze che vogliono piegare quella razionalità a queste parzialità: si ha, in definitiva, più o meno 'difesa giuridica' a seconda della capacità, o meno, del potere politico di respingere gli attacchi degli interessi organizzati, riproponendosi come soggettività in sé dotata di propria autonoma razionalità. La 'missione' della scienza politica di Gaetano Mosca, e la stessa 'missione' del ceto medio colto come classe politica di governo, è tutta qui: salvare le armonie dello Stato liberale dall'irruenza dei particolarismi sociali, salvare *la costituzione* dello Stato liberale dalle pressioni, e dai condizionamenti, di una società che non può più essere assunta come dato omogeneo, che in sé già propone nuove minacciose forme di potere. La teoria moschiana della classe politica nasce in questo àmbito storico e concettuale, come tentativo di ricostituire un'egemonia organizzata del ceto medio colto, di evitare la dissoluzione della stessa classe politica in gruppi d'interesse direttamente legati ai conflitti in atto nella società.

Nella contrapposizione dello Stato, sorretto dalla capacità di governo della 'classe media', ai 'nuovi poteri' nascenti nella società industriale — concentrazioni monopolistiche, grandi concentrazioni di capitale finanziario, partiti, sindacati — deve essere vista per Mosca la capacità dello Stato stesso di realizzare il massimo di 'difesa giuridica', di porsi esso medesimo come soggetto giuridico: lo Stato è *di diritto* proprio in quanto riesce a rimanere estraneo ai nuovi conflitti della società industriale.

La nostra indagine sul ruolo ed il significato del 'giuridico' in Mosca ci ha condotti dunque ad un esito preciso: la nuova scienza politica, proprio in omaggio ad una versione rigida di quel 'giuridico', esclude dagli orizzonti della 'riforma politica' da essa propugnata i nuovi soggetti collettivi della società industriale, in essi

ravvisa a senso unico altrettanti veicoli di disgregazione dell'unità della società liberale storicamente realizzata sotto la guida della 'classe media'.

È il 'diritto' — la 'difesa giuridica' — che consente, e nello stesso tempo impone, di distinguere tra le varie forze sociali, valorizzando solo quelle che contribuiscono a rafforzare la tradizionale identità statale: le forze antistatali sono dunque le forze antigiuridiche, e viceversa. 'Politico', 'giuridico' e 'statale' sono sulla stessa linea, che è la linea della società liberale del secolo diciannovesimo, diretta da quella 'aristocrazia attiva', alla quale anche la dottrina politica di Mosca affidava il ruolo di protagonista. Ma se ogni deviazione da questo modello è definita 'antigiuridica', così come 'antigiuridico' è considerato ogni tentativo di organizzare gli interessi in seno alla nuova società industriale, e di radicarli nel contesto del modello politico, ne deriva che, per un liberalismo come quello moschiano, 'antigiuridica' è gran parte della storia costituzionale e politica del nostro secolo. Proprio la vicenda intellettuale di Gaetano Mosca (59) dimostra, in ultima analisi, quanto fosse problematica un'effettiva emancipazione della scienza politica dal diritto costituzionale. I bisogni di comprensione di una realtà nuova, determinatasi con la crisi della società liberale, rimasero dunque insoddisfatti, e nel vuoto che in questi termini si era ormai aperto si inserirà il nuovo soggetto protagonista della pubblica amministrazione. La scienza del diritto amministrativo avrà successo nello sforzo di emancipazione dal diritto costituzionale, riuscirà cioè laddove la scienza politica aveva fallito. La vera nuova scienza politica della tarda età liberale sarà questa scienza del diritto amministrativo, si tradurrà in una tecnica giuridica di mediazione degli interessi all'interno della pubblica amministrazione. La 'difesa giuridica' sarà dunque interamente affidata alla coerenza interna dello Stato amministrativo, alla sua capacità di porsi in posizione di 'giuridica supremazia'. Dei 'virtuosi' borghesi di Gaetano Mosca non c'era più alcun bisogno.

---

(59) Qui esaminata nel periodo 1884-1896. È chiaro che i problemi da noi posti imporrebbero un'analisi puntuale anche dell'ultima fase del pensiero moschiano, che dobbiamo tralasciare. Si può solo dire che, a nostro giudizio, i pur rilevanti mutamenti intervenuti nella maturità non saranno tali da incidere in profondità nelle dottrine elaborate nel periodo qui considerato.

III.

STATO DI DIRITTO E STATO AMMINISTRATIVO: LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.

STATO DI DIRITTO E STATO AMMINISTRATIVO NELL'OPERA GIURIDICA DI SANTI ROMANO

1. Premessa. Lo Stato amministrativo. — 2. Il nuovo diritto della pubblica amministrazione. — 3. Legge, amministrazione e giurisdizione. — 4. Ancora sullo Stato amministrativo: i beni pubblici ed i poteri disciplinari. — 5. Conclusioni. Stato amministrativo e dottrine del diritto.

1. Quando mi sono posto nella prospettiva di avviare l'analisi (1), sul piano storiografico, dell'opera amministrativistica di Santi Romano tra Otto e Novocento (2), muovevo da una considerazione ben precisa, concernente l'orientamento degli studi fino ad oggi compiuti sull'opera di questo giurista. Mi sembrava — ed oggi ancor più sono di questo parere — che la ricerca si fosse troppo presto, ed a senso unico, indirizzata sul terreno esclusivo della filosofia e della

(1) Come contributo al seminario del quale si pubblicano ora gli atti. È bene precisare che questo saggio riproduce, con alcuni ampliamenti di tematica, la relazione tenuta a quel seminario. Della forma orale conserva i tratti specifici, con la connessa scelta di non gravare il testo di riferimenti bibliografici non assolutamente indispensabili. I problemi trattati presuppongono comunque un lavoro di ricerca svoltosi in quattro direzioni, tutte egualmente essenziali: la cultura e la scienza giuridica del tempo di Santi Romano (Otto Mayer, Vittorio Emanuele Orlando, Oreste Ranelletti, ed altri); il più generale dibattito storiografico sulla 'crisi' dello Stato liberale tra Otto e Novecento; l'analisi, ancora sul piano storiografico, delle istituzioni dell'Italia unita, in particolare il ruolo svolto dai giuristi attorno al fondamentale rapporto costituzione-amministrazione; le elaborazioni che la dottrina giuridica italiana ha compiuto a partire dalle teorie romaniane.

(2) La valutazione sul piano storiografico dell'opera amministrativistica di Santi Romano è ancora da iniziare. Citeremo nel corso del lavoro quei pochi autori che si sono occupati di questa problematica.

teoria del diritto (3), con interpretazioni di vario segno sul significato delle note teorie romaniane, la teoria istituzionistica e la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, che immancabilmente si muovevano nell'àmbito della storia della filosofia e della metodologia giuridica (4).

Oggi che si ripropone l'esigenza di studiare la *storicità* delle dottrine romaniane, oggi dunque che più evidente è il tentativo di collegare quelle dottrine con il tempo storico della crisi dello Stato liberale, credo sia opportuno sottolineare subito un dato fondamentale, che poi costituisce il mio punto di partenza, la mia ipotesi di lavoro: l'approccio di Santi Romano ai problemi dello Stato non fu in origine l'approccio della teoria generale, ma quello, in apparenza più circoscritto e modesto, ma in realtà fertilissimo, *del diritto amministrativo e della sua scienza*. Credo, in altre parole, che, sul piano storiografico, sia possibile ricostruire una vicenda intellettuale che, muovendo dal celebre saggio del 1897 sui 'diritti pubblici soggettivi', passa attraverso l'affannoso tentativo di costruzione dei *nuovi istituti giuridici dello Stato amministrativo*, fino a determinare il 'livello' della teoria generale nel 1917, ed a trovare poi un punto di arrivo nelle sintesi manualistiche degli anni Venti e Trenta. Il filo conduttore è per noi esplicitamente quello della *centralità del problema amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*.

Si tratta di una centralità che è riflesso di precise circostanze storiche, che sopra abbiamo riassunto sotto l'etichetta di 'Stato amministrativo', e che inducono oggi crescentemente a definire

---

(3) Altro discorso è naturalmente quello che concerne i giuristi di diritto positivo, che a lungo, in modo ricorrente, ed in modo più o meno consapevole, hanno subìto, e continuano a subire, l'influenza delle dottrine romaniane. Una testimonianza esemplare è quella di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, p. 179 ss., che proponeva, pur con alcune cautele, di far ritorno alla « sostanza costruttiva » dell'analisi romaniana contenuta nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901 (p. 259).

(4) Un'analisi di tutta la più recente letteratura, ed un tentativo di rilettura, già però orientato verso la dottrina generale dello Stato ed il diritto costituzionale, in M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981, p. 169 ss., ora anche in questo volume, con il titolo *'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)*, pp. 277 e ss..

questa età che si apre con la fine del secolo scorso come età dell'amministrazione. Se noi assumiamo come dato di partenza che tale età consista nella costruzione progressiva delle *forme organizzative e di azione dello Stato amministrativo*, allora il problema si riduce a definire, sempre in via preliminare, cosa s'intenda per 'Stato amministrativo'.

Di tutte le definizioni circolanti, alcune delle quali in verità assai grossolane ed imprecise, la migliore rimane sempre quella fornita da Hans Kelsen, in alcuni suoi scritti degli anni Venti, e poi contenuta anche, seppur sommariamente, nella *Reine Rechtslehre* (5). Lo Stato amministrativo è per Kelsen quella forma politica che succede storicamente allo *Justizstaat*, allo Stato fondato sul primato della giurisdizione. È lo Stato che emancipa le sue forme di organizzazione e di azione dal modello-tipo della giurisdizione, che distingue cioè l'amministrazione, creando per essa un *proprio* campo d'azione, dalla giurisdizione. È lo Stato che non contiene più la crescente massa del suo intervento — ciò che Kelsen chiama l'amministrazione *diretta*, che per altro verso viene comunemente definita attività sociale dello Stato — nelle forme classiche della giurisdizione, cioè secondo lo schema tradizionale — che Kelsen chiama di amministrazione indiretta — determinato dalla successione: previsione del comportamento-norma-giudizio-sanzione. Lo Stato amministrativo dunque ha per sua caratteristica essenziale quella di amministrare sempre più *direttamente*, sempre meno secondo lo schema sopra indicato: in altre parole, sempre meno prescrivendo comportamenti ritenuti conformi o favorevoli al conseguimento di un dato fine prefissato di interesse collettivo — lungo la linea istituzionale legislazione-giurisdizione —, e sempre più lavorando direttamente, con l'apparato burocratico pubblico, per il conseguimento di quel medesimo fine. Si potrebbe anche dire: lo Stato organizzatore che costituisce una *propria* forma giuridica, emancipandosi da quella

(5) H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1923-'24); Id., *Giurisdizione e amministrazione* (1929): entrambi in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982. Ed inoltre Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1970, pp. 109-110 e 143-145, per i problemi che più da vicino ci interessano. Torneremo su questi saggi di Kelsen.

tradizionale dello Stato di diritto fondato sul primato della legislazione e della giurisdizione.

Tutto ciò ha poi un risvolto — forse anche, e soprattutto, una premessa — di grande rilevanza dal punto di vista giuridico: questa emancipazione è anche, inscibilmente, l'emancipazione dal primato storico del diritto privato, è la via per la quale si costruisce il diritto pubblico-amministrativo, come diritto che si applica ai rapporti tra Stato e cittadini, e che nega che il diritto civile, che è non a caso il diritto tipico della struttura-base della giurisdizione, possa essere presupposto dallo Stato stesso come 'diritto comune', che si applica in via ordinaria, salva l'eccezione del diritto amministrativo medesimo. Dunque, la costruzione dello Stato amministrativo è anche rappresentabile come processo di 'pubblicizzazione dell'ordinamento' complessivamente inteso.

Ora, l'ipotesi che sorregge il nostro discorso è esattamente questa: che alla fine del secolo scorso questo processo storico — sopra definito di 'emancipazione' — sia giunto a piena maturazione. E che codificare, con gli strumenti della scienza giuridica, gli esiti di tale processo, sia il compito che i giuristi consapevolmente si assumono. Riuscire in questa operazione significa, per quei giuristi, rispondere in positivo alla 'crisi' dello Stato liberale. Costruire lo Stato amministrativo, con una piena accettazione di tutte le implicazioni connesse, di ordine teorico, pratico-giuridico, e pratico-politico, significa mantenere fermo il punto di vista giuridico, lo *specifico giuridico* nel contesto della crisi medesima.

In questo àmbito lavorò anche Santi Romano. Anzi, se dovessimo indicare altri giuristi che in Europa, nel medesimo periodo storico, si posero con altrettanta lucidità, ed al medesimo livello di consapevolezza, i nuovi problemi dello Stato amministrativo, potremmo forse indicare solo il nome di Otto Mayer in Germania. Mentre, come vedremo in seguito, il giurista ritenuto capo-scuola in Italia, Vittorio Emanuele Orlando, rimane fuori, in parte sostanziale e decisiva, dalla nuova logica costruttiva dello Stato amministrativo, e si muove dunque ancora sul terreno tradizionale, del tutto diverso, del 'perfezionamento' organico e progressivo dello Stato di diritto.

Un'ultima avvertenza: quando dico 'costruzione' dello Stato amministrativo, non alludo certo solamente alle costruzioni della scienza giuridica. O, meglio, a quelle costruzioni in quanto riflettano

realtà politico-istituzionali assai concrete, punti di crisi e di rinnovamento delle istituzioni intorno ai quali Santi Romano lavorò in profondità. Si tratta, per dare un indice al nostro discorso: del rapporto tra gli organi costituzionali dello Stato, in particolare del ruolo del Parlamento di fronte alla crescita della amministrazione diretta; del rapporto tra centro e periferia, ancora una volta nel contesto della crescente attività sociale dello Stato; della creazione di un sistema di tutela degli interessi dei cittadini parallelo alla giurisdizione ordinaria, di nuovo sul presupposto di una crescente complessità del contenuto, soprattutto economico e patrimoniale, dei rapporti Stato-cittadino, ritenuto non più racchiudibile negli schemi, tradizionalmente privatistici, della giurisdizione ordinaria. Assetto dei vertici istituzionali dello Stato, rapporto centro-periferia, rapporto tra giustizia ed amministrazione: sono i tre momenti emergenti nella costruzione dello Stato amministrativo, e sono anche, in concreto, i tre principali problemi dello Stato liberale tra Otto e Novecento. Sono infine, nello stesso tempo, *i tre problemi di Santi Romano*, dalla fine del secolo scorso, fin dentro il ventennio fascista, quando il nostro giurista assumerà la presidenza del Consiglio di Stato.

È persino superfluo precisare che tutto ciò, data la vastità delle problematiche poste sul tappeto, non può costituire altro che l'oggetto di uno studio autonomo, che punti a ricostruire integralmente il significato storico dell'opera amministrativistica di Santi Romano. Qui si tenterà solo di precisare i connotati teorici del tipo di approccio del nostro giurista ai problemi dell'amministrazione, trattando in particolare solo il primo dei tre problemi individuati, relativo al ruolo del Parlamento di fronte alla crescita dell'amministrazione diretta. Ciò non ci impedirà peraltro di rivolgere una qualche considerazione di carattere analitico ad alcune strutture portanti dello Stato amministrativo — beni pubblici, poteri disciplinari della pubblica amministrazione —, e di tentare, in conclusione, una rilettura, seppur sommaria, del significato storico delle dottrine romaniane — collocabili al livello della teoria generale — alla luce dei nuovi ed intensi bisogni dello Stato amministrativo.

2. Avevamo parlato di un nostro punto di avvio nel saggio di

Santi Romano sui diritti pubblici soggettivi del 1897 (6). È un saggio assai noto, che è stato letto, anche di recente, in una pluralità di direzioni. Non si è però fino ad ora pensato a mettere in primo piano quello che, a mio avviso, costituisce forse l'aspetto decisivo: la transizione — contenuta in queste pagine romaniane — verso la 'centralità dell'amministrazione', intesa nel senso che progressivamente andremo chiarendo. La cosa è tanto più sorprendente in quanto la bibliografia del nostro giurista parla assai chiaro. Sono questi gli anni nei quali Romano si occupa quasi esclusivamente di problemi di diritto amministrativo, prepara la lucidissima sintesi del 1901, quei *Principii di diritto amministrativo* non a caso giudicati la più rilevante opera manualistica del tempo (7).

Iniziamo osservando una precisa circostanza. Con questo saggio del 1897, per la prima volta entra in circolo, nel dibattito tra i giuristi italiani, l'opera di Otto Mayer, del giurista tedesco che in questi anni pubblicava il suo *Deutsches Verwaltungsrecht* (8), procedendo a grandi passi nella costruzione degli istituti dello Stato amministrativo. Il rapporto di Santi Romano con Otto Mayer è intricato e complesso; ed evidente nel giurista italiano è anche la volontà di prendere le distanze dall'opera di un giurista comunemente ritenuto uno dei campioni dello statualismo, avversario di un ampio riconoscimento dei diritti soggettivi dei cittadini sul piano pubblicistico (9).

---

(6) S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1897, p. 111 ss.

(7) S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901. Una lettura delle teorie romaniane, che presupponga un certo grado di connessione tra il saggio citato alla nota precedente ed il complesso dell'opera amministrativistica del nostro giurista, non è mai stata tentata. Si può quindi solo ricordare, ma in una prospettiva assai diversa dalla nostra, il volume di F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano fra Otto e Novecento*, Napoli 1963, p. 184 ss., dove si esaminano saggi di diritto amministrativo di Romano presi in considerazione anche in questo contributo.

(8) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895-1896. Come vedremo, Mayer e Romano lavorano in parallelo, attorno ai nuovi istituti giuridici dello Stato amministrativo. Su Mayer, in una direzione simile a quella indicata per Romano in questo contributo, cfr. M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983/2, p. 600 ss., ora anche in questo volume, pp. 451 e ss..

(9) S. Romano, *La teoria dei diritti* cit., pp. 139-140.

Ma è altrove l'aspetto più interessante di questo confronto. Risiede nel fatto, come subito vedremo, che Romano, con assoluto parallelismo rispetto a Otto Mayer, perviene ad una conclusione che accomuna obbiettivamente i due giuristi nella critica alla sistemazione dei diritti pubblici soggettivi operata da un altro personaggio di primo piano della scienza giuridica tedesca del tempo: Georg Jellinek. Proprio qui è collocabile quell'aspetto della riflessione romaniana, fino ad ora rimasto all'oscuro, al quale facevamo riferimento all'inizio di questa parte del nostro lavoro.

La classificazione di Jellinek (10) è per Santi Romano, non solo « incompleta » (11), ma anche e soprattutto fondata su « presupposti » errati (12). Tali presupposti si riducono poi a uno solo: per Jellinek il sistema pubblicistico dei diritti è integralmente ed esclusivamente un sistema di *status*, cioè attiene necessariamente alla dimensione costituzionale della libertà, è tutto nella sfera delle relazioni tra persone, di esse definendo la capacità ed i margini di autonomia. Manca, in una parola, la sfera del « diritto pubblico patrimoniale » (13), cioè rimane fuori dalla trattazione dei giuristi di diritto pubblico tutto quell'ampio settore dei rapporti tra Stato e cittadini, nel quale tali rapporti non attengono in via principale a questioni di libertà, ma sono anche, e soprattutto, campo d'esplicazione di *interessi*, si svolgono su cose, su beni (14).

Qui è veramente il giurista che guarda alla realtà in movimento, che ad essa tenta di piegare la struttura degli strumenti dogmatici. Si tratta di pagine ricche di osservazioni dirette della realtà medesima, incastonate dentro il ragionamento dogmatico: i diritti pubblici patrimoniali « ogni giorno si affermano come pubblici in antitesi a quegli altri diritti privati che allo Stato competono su quei beni che egli possiede a titolo patrimoniale » (15). Dove 'patrimoniale' sta qui ancora per 'privatistico', ma l'espressione è chiaramente inesatta nel

---

(10) Ci riferiamo naturalmente a G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1892.

(11) S. ROMANO, *La teoria dei diritti* cit., pp. 133 e 140.

(12) *Ivi*, p. 140.

(13) *Ivi*, p. 138.

(14) *Ivi*, pp. 140-43.

(15) *Ivi*, p. 141.

contesto della problematica romaniana, poiché tutto si riconduce proprio a contestare, da parte del nostro giurista, l'equazione tra diritto privato e diritto patrimoniale, dunque ad affermare *una patrimonialità di stampo pubblicistico*, che rende inadeguati i vecchi schemi. Non è più sufficiente, da una parte il diritto costituzionale come regno della sovranità e delle libertà, dall'altra il diritto privato come meccanismo regolativo del mondo degli interessi patrimoniali. Tra il cielo rassicurante del diritto pubblico-costituzionale e l'altrettanto rassicurante armonia degli interessi dei privati garantiti dal Codice, s'inserisce come un cuneo *il nuovo diritto amministrativo*, non più inteso come mera esplicazione del momento costituzionale, ma nella sua autonomia di meccanismo regolativo d'interessi pubblici e privati, che rompe la duplice tradizionale equazione tra diritto pubblico e diritto costituzionale, tra diritto privato e diritto patrimoniale.

È questo tutto un nuovo mondo da scoprire, dove si realizzano diritti che Santi Romano sorprendentemente chiama « quasi pubblici » (16), dove pubblico e privato « si uniscono e s'intrecciano tra loro » (17). Risiede qui esplicitamente la nuova sfera della « attività sociale dello Stato », dove il contatto dello Stato con il mondo degli interessi si realizza con una attività che, pur muovendosi sul difficile piano della mediazione, è voluta da uno Stato che per il nostro giurista « non si spoglia interamente della sua sovranità » (18): ed intanto Romano ammette appunto, contro tutta la tradizione dottrinale tedesca, a lui così cara, che la sovranità possa essere ripartita, utilizzata in tutto od in parte, con maggiore o minore intensità. Questa dimensione, racchiusa nel saggio del 1897 sotto l'etichetta di 'diritto pubblico patrimoniale', è dunque apertamente una dimensione di 'crisi', che si riferisce ad una situazione concreta di crescente incapacità di distinguere pubblico e privato, di rilevata penetrazione degli interessi nella sfera del diritto pubblico, di possibile spezzettamento della sovranità statale. Come rispondere alla crisi? Una linea è indicata già nelle ultime pagine del saggio, proprio a proposito dei 'diritti pubblici patrimoniali'.

---

(16) *Ivi*, p. 142.
(17) *Ivi*, p. 131.
(18) *Ivi*, p. 130.

Qui, ancora più chiaramente, è messa sotto accusa quella tradizione di pensiero giuridico secondo la quale il diritto pubblico esclude la figura dell'individuo in quanto soggetto « fornito di bisogni economici e costretto quindi a ricorrere ai mezzi dello scambio » (19). Tale tradizione deve ora confrontarsi con una realtà che sempre più, « di giorno in giorno » (20), preme sulle costruzioni del giurista, imponendo la non riducibilità del diritto pubblico a sistema costituzionale di *status*. La critica a Jellinek, sotto questo profilo, ed ancora esplicitamente sulla scia di Otto Mayer (21), prende corpo con concreto riferimento all'espandersi dell'attività dello Stato:

> Lo Stato moderno ha accresciuto in maniera tale la sua attività, che i rapporti tra esso e i sudditi si sono moltiplicati e si moltiplicano con una varietà che ha del prodigioso (22).

Tutto un « nuovo diritto » sta nascendo dentro questa esperienza, un diritto nel quale gli aspetti privatistici e pubblicistici si confondono, un diritto che reclama « autonomia » (23).

L'autonomia in questione ha un duplice punto di riferimento: da una parte — come meglio vedremo in seguito — la norma legislativa, dall'altra, in queste pagine soprattutto, il diritto privato. Ciò che Santi Romano avverte è l'impossibilità di racchiudere questa nuova sfera del diritto pubblico patrimoniale nell'àmbito di una sorta di 'diritto privato speciale'. Sono i « fini sociali altissimi » che muovono tale attività dello Stato ad impedire una soluzione di questo tipo, ad attrarre irresistibilmente questo settore dell'ordinamento verso il polo pubblicistico (24). E non sarà qui inutile ricordare che proprio in questi anni altri due grandi giuristi, con Santi Romano, anche se per diverse vie, i costruttori in Italia degli istituti dello Stato amministrativo, Federico Cammeo ed Oreste Ranelletti, lavoravano in concreto proprio a questo fine: delineare gli istituti del

---

(19) *Ivi*, p. 210.
(20) *Ibid.*
(21) *Ivi*, p. 211.
(22) *Ibid.*
(23) *Ivi*, p. 212.
(24) *Ivi*, pp. 212-13.

diritto pubblico patrimoniale come istituti autenticamente pubblicistici, che conquistano una loro autonomia rispetto ai principii ed alle norme del diritto privato (25).

Guardando all'attività sociale dello Stato, si torna quindi di nuovo alla centralità del diritto pubblico patrimoniale. Afferma Santi Romano in proposito:

> Quando esso era costituito soltanto dai diritti sul demanio pubblico e da pochissimi altri rapporti mal definiti e dalla scienza quasi inosservati, si poteva, forse con ragione, considerarlo come un'eccezione al diritto privato. Ma ora che esso comprende anche la vastissima serie di rapporti che nascono dalla così sviluppata attività sociale dello Stato, bisogna riconoscere la sua autonomia e affrancarlo dalla dipendenza da qualsiasi altra branca del diritto (26).

Questo compito spetta alla scienza giuridica, che deve affinare i suoi strumenti « di fronte a diritti ed obbligazioni di carattere misto », per giungere ad una più complessa, ma netta, distinzione tra pubblico e privato (27).

Il saggio del 1897 ha dunque un aspetto descrittivo-analitico, ma anche uno propositivo. Quello analitico consiste nella rilevazione della crisi, intesa come inadeguatezza del duplice livello, costituzionale e privatistico, a contenere la realtà di un 'nuovo diritto', che sta nascendo nel contesto della attività sociale dello Stato. Quello propositivo mira in sostanza ad un rilancio della riflessione dei giuristi, ad un rilancio della stessa dogmatica giuridica, sul terreno nuovo del diritto pubblico patrimoniale, ma in una direzione precisa: riassorbire il nuovo tipo d'incontro tra diritto pubblico e privato, tra esercizio della sovranità politica e mediazione d'interessi, *nell'orizzonte della statualità*. In definitiva, la prospettiva è: confrontarsi con la crescente complessità del diritto pubblico, ma per rendere il 'nuovo' omogeneo ad un più ampio e rafforzato àmbito rigorosamente pubblicistico-statuale. Il diritto pubblico si affaccia

---

(25) Per uno sguardo di assieme su questa dottrina italiana tra Otto e Novecento ed un'analisi dei principali testi dei giuristi indicati nel testo, cfr. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, spec. p. 89 ss., per gli aspetti che qui più interessano.

(26) S. Romano, *La teoria dei diritti* cit., p. 215.

(27) *Ivi*, p. 219.

consapevolmente sul mondo degli interessi e dello scambio, ma con il preciso intento di creare una *logica pubblicistica* di dominazione di quel mondo. Questo è il senso dell'affrancamento dal diritto privato, del quale Santi Romano parla. Questo è il compito che egli affida alla scienza giuridica sul terreno del diritto pubblico patrimoniale, che in tal modo diviene il terreno più qualificante per la costruzione degli istituti dello Stato amministrativo. La tecnica costruttiva di tali istituti è la tecnica alla quale Santi Romano affida l'organizzazione della attività sociale dello Stato, la possibilità stessa di ricondurre quella attività nella sfera di esplicazione della sovranità statale. Usare questa tecnica, per i fini sopra indicati, significherà sempre più applicare il 'metodo giuridico' allo studio del diritto pubblico, rendere in concreto quel 'metodo' direttamente produttivo nella costruzione delle strutture portanti dello Stato amministrativo.

Questo è anche il punto nel quale — sul piano della storia della scienza giuridica — Romano abbandona, sulla scia delle nuove teorie di Otto Mayer, il terreno ormai tradizionale dello *Staatsrecht* e del diritto pubblico generale, di Laband e di Jellinek, e soprattutto è il punto nel quale egli si avvia a distanziare in modo nettissimo il suo stesso maestro, Vittorio Emanuele Orlando. Un confronto tra i *Principii di diritto amministrativo* di Orlando del 1891, e dello stesso Romano, del 1901 ([28]), è addirittura improponibile, tanta è la distanza che li separa, a conferma del fatto che in questi anni si vanno maturando scelte decisive, ed in brevi periodi di tempo, sul terreno dell'amministrazione. Mentre la lettura dei *Principii* orlandiani è per il giurista di oggi una lettura storica, descrittiva del ben ordinato mondo dell'amministrazione dello Stato liberale, nel quale era ancora non problematica la distinzione tra pubblico e privato, tra Stato e società, tra attività giuridica ed attività sociale dello Stato, tra esplicazione della sovranità e sfera degli interessi e dei bisogni, con il Romano del 1901 siamo già entrati in un mondo che è all'inizio del nostro, che è il mondo del conflitto tra diritto ed amministrazione, tra amministrazione ed interessi, individuali e collettivi.

Da una parte, un Orlando che in poche parole liquida l'attività

([28]) S. ROMANO, *Principii* cit.; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze 1891.

sociale dello Stato, che soprattutto limita l'interesse dei giuristi in proposito allo studio dei modi di collaborazione tra gli enti pubblici nella sua realizzazione, e allo studio delle 'ingerenze' nelle sfere individuali, cioè a due casi che emblematicamente ripropongono il diritto amministrativo come terreno di attuazione e di verifica del diritto costituzionale (29); dall'altra un Romano che struttura i suoi *Principii* in nove teorie, e di queste dedica ben sei (30) alla sfera del diritto pubblico patrimoniale, del tutto assente nella ricostruzione orlandiana, al momento nel quale gli interessi e le utilità economiche entrano nell'orbita del soggetto amministrativo pubblico e dei rapporti che esso instaura coi privati. Ecco dunque la teoria delle limitazioni amministrative all'attività privata; delle prestazioni agli enti amministrativi; delle prestazioni degli enti amministrativi — i servizi pubblici —; della proprietà pubblica; del regime amministrativo della proprietà privata; dei rapporti di diritto privato degli enti pubblici. Senza contare che i *Principii* romaniani contengono una vera e propria classificazione degli atti amministrativi, che manca del tutto — di nuovo non a caso — nei *Principii* di Orlando (31).

Non importa qui sottolineare ancora una volta come questo arricchimento del diritto pubblico si risolva in senso unilateral-pubblicistico, si ridefinisca del tutto all'interno dell'orizzonte statuale. Così è per le prestazioni degli enti amministrativi, per la proprietà pubblica, così è per lo spazio estremamente ristretto riservato ai rapporti di diritto privato degli enti pubblici, o per il rapporto stabilito tra atti discrezionali della pubblica amministrazione e posizioni giuridiche soggettive dei cittadini (32). Ma questo è

---

(29) V.E. ORLANDO, *Principii* cit., pp. 276-277.

(30) La strutturazione in 'teorie' del diritto amministrativo rappresentava certamente — come subito vedremo — la forma più rigida ed integrale di applicazione del 'metodo giuridico' allo studio del diritto pubblico. Tanto che lo stesso Ranelletti, recensendo i *Principii* di Romano, in qualche modo finiva col discostarsi da un così intenso uso di quel metodo: O. RANELLETTI, *Recensione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIV, 1902, spec. p. 103 ss.

(31) S. ROMANO, *Principii* cit., p. 42 ss.; V.E. ORLANDO, *Principii* cit., p. 229 ss. Da notare che Romano aveva già accennato nel 1897 alla necessità di « una classificazione generale degli atti della pubblica amministrazione »: S. ROMANO, *La teoria dei diritti* cit., p. 180.

(32) Su questi vari aspetti delle dottrine amministrativistiche di Santi Romano,

appunto il senso ultimo dell'opera amministrativistica di Santi Romano: è il tentativo di ridefinire la sovranità dello Stato ad un livello più alto e complesso rispetto all'orizzonte tradizionale dello Stato di diritto liberale, quell'orizzonte al di là del quale non andava lo sguardo di Orlando.

Mentre nei *Principii* orlandiani la struttura del volume è di tipo costituzionalistico, nel senso che Orlando definisce i caratteri del soggetto amministrativo pubblico, i criteri della sua attività, soprattutto in rapporto alle limitazioni delle libertà dei cittadini, e poi infine il sistema di difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa, tutto attorno al fondamentale rapporto Stato-cittadino; in Santi Romano, questa materia trattata da Orlando è esaurita nei primi tre libri dei *Principii*, mentre poi balza in primo piano l'amministrazione diretta, in senso autonomo, e dunque lo Stato che eroga servizi pubblici, che contratta, che possiede beni e detta regole per il loro sfruttamento. È un nuovo mondo di istituti giuridici, che troviamo assente nel discorso di Orlando, tutto imperniato nella definizione del soggetto amministrativo, delle difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa, e mai analiticamente attento alle strutture formali ed ai contenuti dell'azione medesima. Il salto da Orlando a Romano è dunque il salto da un diritto amministrativo inteso come mero terreno di completamento della configurazione tradizionale dello Stato giuridico ad un diritto amministrativo che vuole essere *la struttura formale del nuovo Stato amministrativo*, di quello Stato attento, non più solo alla definizione costituzionale del rapporto Stato-cittadino, ma anche e soprattutto a rinvenire e organizzare il contenuto economico di quel rapporto, ad *organizzare interessi*, e non più solo a definire *status*.

Ed infine, a tutto ciò consegue in Santi Romano anche una piena adesione al 'metodo giuridico'. Esso è veramente nella sua opera la tecnica di organizzazione della nuova realtà amministrativa pubblica. Di nuovo, è utile esaminare la distanza che sul punto lo separava da Vittorio Emanuele Orlando. Mentre questi, al di là delle

---

richiamo ancora il volume di M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative* cit. p. 118 ss. Per quanto riguarda specificamente la proprietà pubblica — ma torneremo in seguito sul tema — cfr. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, spec. p. 170 ss.; e V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983.

note prolusioni degli anni Ottanta (33), dalle quali si fa comunemente iniziare la storia del 'metodo giuridico' in Italia, non riesce in realtà ad uscire dai confini di un'analisi tradizionale, di tipo descrittivo-esegetico, sia nei *Principii* del 1891, sia nella programmazione del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* del 1897, dove addirittura la materia è organizzata a seconda delle 'ingerenze' nelle sfere individuali; nei *Principii* di Romano il 'metodo giuridico' è invece realmente efficiente: il volume del 1901 è infatti un volume di *teorie*, dove tutta l'attività amministrativa è organizzata secondo le teorie elaborate dalla *scienza*, in piena e convinta contrapposizione con un'esposizione di tipo esegetico, che segua, come nel caso di Orlando, i diversi rami dell'amministrazione, i diversi settori nei quali essa opera (34).

L'adozione piena del 'metodo giuridico', in Romano al di là di Orlando, va dunque di pari passo con la scoperta progressiva dell'attività sociale dello Stato, dello Stato quale curatore ed organizzatore di interessi. La risposta di Santi Romano è ora — nei *Principii* del 1901 — ancora più chiaramente quella del diritto amministrativo come 'nuovo diritto autonomo' (35), della scienza

---

(33) Di tutta la complessa produzione orlandiana di questi anni, come sintesi dell'impegno teorico del giurista siciliano, si può ricordare la notissima prolusione del 1889: V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1954, p. 3 ss.

(34) Per la nuova rilevanza centrale delle teorie elaborate dalla scienza in funzione ordinativa della globalità del diritto amministrativo, cfr. S. ROMANO, *Principii* cit., Prefazione e pp. 26-29; ID., *Principii* (1906), Prefazione.

(35) S. ROMANO, *Principii* cit., p. 13. Una rilettura complessiva di tutti i saggi di diritto amministrativo contenuti nel secondo volume degli *Scritti minori* di Santi Romano — lettura che qui, per ragioni di spazio, non possiamo adeguatamente documentare — dimostra come il vero filo conduttore di tutta l'opera amministrativistica romaniana sia costituito proprio da questo sforzo, iniziato alla fine del secolo scorso, e poi continuamente rinnovato, di emancipazione del diritto pubblico-amministrativo dal tradizionale dominio giusprivatistico. Ciò dimostra indirettamente come la tendenza alla ri-privatizzazione — costantemente temuta dalla dottrina — non abbia mai cessato di essere attuale; e, dunque, come probabilmente sia errato discutere di due 'fasi', una prima pancivilistica, ed una seconda di rigida pubblicizzazione. Le due tendenze, forse da sempre, sono invece presenti contemporaneamente nella storia della nostra amministrazione pubblica. Ciò rende naturalmente ancora più significativo lo sforzo intrapreso da Romano per ridurre ai minimi termini la componente privatistica.

giuridica come scienza che costruisce i contorni, ed i contenuti, di quella autonomia. Si tratta di un'autonomia che è tale, prima di tutto, nei confronti del diritto privato — come già nel 1897 —, nei confronti di un diritto che ancora pretende di egemonizzare tutti i rapporti patrimoniali, anche quelli nei quali è coinvolto lo Stato con il peso della sua sovranità. È questo un terreno decisivo — come sappiamo — per la costruzione dello Stato amministrativo, sul quale, ancora una volta, Orlando non segue Romano.

Nella introduzione al *Trattato*, Orlando afferma infatti chiaramente che, in caso di rapporti 'misti', nei quali convivono aspetti privatistici e pubblicistici, si deve senz'altro applicare il « diritto comune », che egli intende evidentemente come diritto civile, contro Romano; e che deve addirittura ritenersi « ripugnante alle idee più elementari di uno Stato giuridico » che l'attività patrimoniale dello Stato si svolga « creando allo Stato una condizione privilegiata in rapporto agli altri subbietti » (36). Ed ancora, in pagine altrettanto decisive, Orlando esprime chiaramente il suo dissenso da quella « eccessiva » reazione alla concezione del diritto civile come diritto comune che conduceva ad un diritto amministrativo come diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione: per Orlando, creare un diritto di questo tipo — nient'affatto ripugnante agli occhi di Romano! — « significa determinare in favore delle pubbliche amministrazioni tutta una sfera di privilegi odiosi, sotto l'egida dei quali possono attecchire e prosperare i più pericolosi abusi e le peggiori violazioni della libertà civile » (37). In sintesi, ciò che per Orlando è violazione dello Stato giuridico, per Santi Romano è sua piena esplicazione ed attuazione. Mentre lo Stato amministrativo è per Orlando uno dei pericoli più consistenti che insidiano l'edificio dello Stato di diritto, per Romano *lo Stato amministrativo è sempre più lo Stato di diritto del presente*, lo Stato di diritto che, con strumenti propri e preservando l'ambito della sua sovranità, si espande verso le nuove regioni dell'amministrazione sociale, della cura di interessi e bisogni.

---

(36) V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* cit., p. 73.

(37) V.E. Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato* (Parte complementare al vol. I), cit., p. 1077.

Ma vi è un altro elemento specifico, anch'esso riconducibile al quadro generale sopra tratteggiato, che divide Orlando da Romano. Orlando non vuole infatti rinunziare al tradizionale ruolo di preminenza della legge nel sistema delle fonti di diritto: così a tale preminenza è affidato il meccanismo di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti degli atti della pubblica amministrazione (38); così, ancora, Orlando lamenta la proliferazione dei regolamenti, che finiscono per prevalere sulla legge, incapace di contenere — come egli vorrebbe — le regole idonee alla sua medesima applicazione (39). Ed invece, proprio nei *Principii* del 1901, Romano si preoccupa, non già di conservare una posizione di preminenza alla legge, quanto di elaborare una teoria della potestà regolamentare della pubblica amministrazione come potestà fondata esclusivamente sul potere discrezionale della stessa autorità amministrativa, sulla base certo di una norma, che però per il nostro giurista, già nel 1901, può non essere una norma legislativa in senso formale. Egli avanza qui, quasi di sfuggita, l'idea che possa trattarsi di una norma consuetudinaria (40). Noi vedremo in seguito come ciò costituisca, in prospettiva, una sorta di spiraglio aperto verso esiti che trascenderanno ampiamente la tradizionale problematica legge-consuetudine. Romano è qui, in realtà, già alla ricerca di una norma, di un diritto — che ancora rozzamente chiama 'consuetudine' — che, ponendosi al di là della legge formale, fondi in modo autonomo il potere giuridico della pubblica amministrazione. Tale fondazione procederà congiuntamente alla critica alla identificazione tra legge e diritto, che condurrà il nostro giurista al necessario 'livello' della teoria generale.

3. Il punto di svolta che Romano introduceva a proposito del tipo di norma posta alla base della potestà regolamentare delle autorità amministrative implicava necessariamente un riesame teorico del ruolo della legge formalmente intesa, nella sua effettiva capacità di dirigere l'azione amministrativa pubblica.

Nelle pagine introduttive ai *Principii*, spicca, per la sua centralità

---

(38) V.E. Orlando, *Introduzione* cit., p. 30.

(39) V.E. Orlando, *Le fonti* cit., p. 1082.

(40) S. Romano, *Principii* cit., p. 17.

problematica, quella teoria della 'interpretazione di secondo grado', che Romano aveva formulato pochi anni prima, in un saggio che riteniamo decisivo, dedicato alla *Interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (41).

Il saggio è di grandissima rilevanza per un motivo che subito enunciamo: perché tutta la problematica dell'amministrazione viene qui a costituire parte di una concezione più complessiva di ordine *costituzionale*, nella quale la prospettiva dello Stato amministrativo assume definitiva concretezza, non solo in direzione della autonomia del diritto pubblico-amministrativo dal diritto privato, ma anche e soprattutto in direzione della autonomia di quel diritto, e delle stesse autorità amministrative, dalla legge in senso formale, dalla legge in quanto atto prodotto dalla volontà delle assemblee rappresentative. Sotto questo profilo, l'analisi romaniana si sposta dunque sempre più sul livello della progettazione costituzionale, dei rapporti tra gli organi costituzionali, della collocazione della pubblica amministrazione in tale àmbito.

Il momento di avvio è proprio nello svincolamento della amministrazione diretta dal modello della giurisdizione, secondo quella caratteristica-base dello Stato amministrativo che abbiamo indicato all'inizio di questo contributo, sulla scia delle analisi costituzionalistiche di Hans Kelsen. Ciò avviene per il tramite della 'interpretazione di secondo grado' che spetta all'autorità amministrativa, quale carattere differenziale della sua attività nei confronti di quella del giudice. La principale differenza sta nel legame più intenso che la pubblica amministrazione stabilisce con lo « spirito della legge »: « si tratta di un'interpretazione che, tanto per intenderci, si potrebbe chiamare di secondo grado, e che non trova luogo nel diritto privato » (42). È un'interpretazione di grado più elevato, che Santi Romano affida alla pubblica amministrazione, tenendo conto del « campo così vasto ed importante dei poteri discrezionali attribuiti alle pubbliche amministrazioni » (43). Si potrebbe dire in altre parole

(41) S. Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, pp. 93-105.

(42) *Ivi*, p. 96.

(43) *Ibid.*

che l'autorità amministrativa è traduttrice attiva dei bisogni che hanno mosso la legislazione, e non semplice applicatrice come il giudice, che non opera in campo discrezionale, che non deve tener conto di una pluralità differenziata di interessi, ma solo tutelare l'esercizio di diritti soggettivi. Ma si tratta solo — come subito vedremo — di un primo approccio, che condurrà verso esiti più consistenti nella revisione del rapporto legge-amministrazione.

La differenziazione tra autorità amministrative ed autorità giurisdizionale è anche, a ben guardare, ancora una volta, la differenziazione tra diritto pubblico-amministrativo quale luogo di mediazione attiva e discrezionale di interessi e diritto privato quale luogo di tutela formale di diritti soggettivi. Si inserisce dunque anch'essa nell'ambito problematico di rivendicazione di autonomia a favore del diritto pubblico-amministrativo, che in queste pagine è ancora forte e decisa, nello sforzo di individuazione di quel diritto come diritto costitutivo di « un'altra regola »: con la conseguenza che sono possibili interpretazioni analogiche ed estensive, è possibile, ed anzi auspicabile e necessaria, la formazione di un corpo proprio di principii giuridici regolativi del rapporto amministrativo Stato-cittadino (44). Ma, come sopra dicevamo, in queste pagine il problema della costruzione dello Stato amministrativo non è più solo quello della necessità di una crescente differenziazione della struttura dell'amministrazione diretta dal momento giurisdizionale; il fatto è che ora tale processo di riforma istituzionale si salda con l'intuizione di un'alternativa complessiva di ordine costituzionale, che punta decisamente al ridimensionamento della legge intesa come prodotto formale della volontà delle assemblee rappresentative. Già il saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi era intriso di elementi di questo tipo (45), di polemica con quelle concezioni contrattualistiche

---

(44) *Ivi*, pp. 97-98.

(45) S. ROMANO, *La teoria dei diritti* cit., pp. 198-200. Da ricordare anche, sotto il profilo indicato nel testo, S. ROMANO, *Funzionario*, voce in *Il digesto italiano*, vol. XI, Parte 2, Torino, 1892-1898 (in base alle citazioni incrociate tra i vari scritti romaniani di questi anni, si può datare la voce "Funzionario" al 1896: dunque anteriore a tutti i saggi qui presi in esame), pp. 938-943. Il breve scritto, di solito trascurato dalla critica storiografica, dà invece l'esatta misura di una serie di punti fermi del ragionamento romaniano ai suoi esordi, in particolare attorno a « il concetto moderno dell'unità organica dello Stato » (p. 939).

che intendevano privilegiare appunto la legge in quanto atto scaturente direttamente dagli eletti depositari della sovranità popolare, con il connesso tentativo di Romano di ridurre il ruolo di quegli eletti a quello di funzionari pubblici, diversi dai funzionari amministrativi solo per le modalità di designazione, nel loro caso di tipo elettorale.

Ora però questi temi si saldano direttamente con la problematica del crescente primato della pubblica amministrazione. Se giudice ed amministratore pubblico sono stati fino ad ora erroneamente assimilati l'uno all'altro, è perché la « teoria costituzionale » ha imposto un ruolo di assoluta dominazione della legge, sulla spinta delle ideologie di sovranità popolare, ha ridotto il « concetto di amministrazione a quello di semplice esecuzione della legge » (46). I principii di tale teoria costituzionale non sono per Santi Romano affatto in regresso, al contrario:

> con la dottrina costituzionale moderna, tali concetti si vanno sempre più rafforzando. La legge è l'espressione della volontà generale, o meglio, popolare. Qualsiasi altra manifestazione di volontà non solo non deve ad essa contraddire, ma non deve contenere nulla che non si trovi, sia pure in embrione, nella legge. Questa non ha lacune, così per il magistrato come per l'amministratore (47).

È questo un dato di grande rilevanza. Qui il nostro giurista svela un fatto fondamentale: che il suo lavoro sulla definizione costituzionale del ruolo della pubblica amministrazione ha un nemico attuale, consistente nel pericolo, nel contesto di fine secolo, di un ritorno alle teorie di sovranità popolare, nel senso sopra indicato di ideologie giustificatrici del primato assoluto della legge. Ecco dunque che Romano si sbarazza anche del contributo di Otto Mayer, evidentemente ritenuto giurista troppo da vicino legato agli insegnamenti del diritto pubblico francese, amministrativo, ma anche costituzionale (48). Egli è qui pienamente il giurista espressione di una nuova generazione, che — come abbiamo visto — compie un balzo in avanti rispetto agli insegnamenti del capo-scuola Orlando, mette ora

---

(46) S. Romano, *L'interpretazione delle leggi* cit., p. 102.

(47) *Ibid.*

(48) *Ibid.*

in discussione lo stesso Mayer, e procede sicura alla definizione di quello Stato amministrativo, che sarà in Italia la forma politico-statuale vincente fino alla Costituzione del 1948, a partire dall'età giolittiana, ed attraverso tutto il periodo fascista (49).

Quello che sopra abbiamo definito Stato amministrativo è per Santi Romano, nel saggio del 1899, addirittura lo Stato « buono » (50), lo Stato che riesce a contemperare il principio che impone di fondare ogni attività dello Stato su una « norma di diritto obbiettivo », con l'altro principio fondamentale che regola tutta l'attività amministrativa e che impone un àmbito necessario di discrezionalità amministrativa (51). Ma la discrezionalità non si esaurisce solo nei confini della teoria della interpretazione della legge: si pone invece per Romano al di là di quei confini, siano essi quelli già ampi della interpretazione di secondo grado, come attività « perfettamente libera » (52). Lo Stato 'buono', inteso come *Stato costituzionale*, deve dunque garantire anche l'autonomia di tale àmbito amministrativo: altrimenti, sotto il pretesto della dominazione della legge, esso, per voler precludere « la via ad ogni arbitrio », finisce per creare uno « Stato non costituzionale, ma vivente della vita stessa delle macchine » (53).

Vi sarebbe molto da dire sull'uso della parola 'macchina' come

---

(49) Come vediamo, il problema dello 'Stato amministrativo' non è certo racchiudibile nei confini della storia della cultura e delle metodologie giuridiche. Per un'intelligente interpretazione dell'età giolittiana in chiave di 'progetto burocratico di governo', in un senso molto vicino a quello da noi qui indicato a proposito dello 'Stato amministrativo', cfr. P. Farneti, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, spec. pp. 188-91. Quando nel testo affermiamo che questa forma politico-statuale è stata dominante fino alla Costituzione del 1948, in realtà lasciamo aperto un problema che non può certo essere affrontato in questo contesto: quello dell'impatto della nuova volontà costituente con il nostro Stato amministrativo, con esiti assai complessi, comunque fino a noi perduranti. Sulla necessità d'insistere ancora oggi nella progressiva revisione di alcuni dei fondamentali pilastri del diritto pubblico-amministrativo affermatosi a partire dalla seconda metà del secolo scorso, cfr. U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Il foro italiano*, lug.-ago. 1984; e G. Berti, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. II, t. I, p. 41 ss.

(50) S. Romano, *L'interpretazione delle leggi* cit., p. 105.

(51) *Ivi*, pp. 103-5.

(52) *Ivi*, p. 104.

(53) *Ivi*, p. 105.

metafora di una forma vuota, priva di vitalità, in contrapposizione con la parola 'costituzione' come complesso politico-istituzionale che proprio dalla amministrazione riceve vitalità. È evidente che dobbiamo tralasciare l'approfondimento di questo punto. La notazione serve solo per ricordare come Romano abbia sempre considerato 'meccanici' ed 'artificiosi' — altri aggettivi-chiave in contrapposizione a 'necessario' e 'naturale' — i ragionamenti sulla costituzione di un altro grande giurista del Novecento, Hans Kelsen, che, non a caso, è, per parte sua, il più deciso oppositore nei primi decenni del secolo dell'ideologia sottesa alla configurazione progressiva dello Stato amministrativo (54).

È un'ideologia che è rivelata in questo saggio del 1899 quasi di sfuggita, quando Romano afferma che, « risalendo all'origine storica della funzione legislativa affidata agli attuali Parlamenti », si può vedere in essa, « più che una guida positiva e costante, un limite all'attività dell'amministrazione » (55). Si tratta di un accenno, che ritroveremo più avanti confermato in altro luogo dal nostro giurista. Ma, intanto, si può già parlare della presenza nel 1899 di un'ideologia costituzionale, che potremmo definire di *essenzialità* della pubblica amministrazione per la identificazione del potere pubblico statale, un'amministrazione concepita come soggettività *originaria e necessaria*, sulla quale va a sovrapporsi *dall'esterno* la forma politico-parlamentare.

---

(54) Dobbiamo forzatamente tralasciare l'approfondimento di questa problematica. Kelsen e Romano, al di là dell'uso comune di determinati concetti giuridici, si trovano comunque su sponde opposte, proprio in ordine alla questione dello 'Stato amministrativo'. Credo che sarebbe utile rileggere in questa ottica, cioè in chiave antikelseniana, molte delle pagine contenute ne *L'ordinamento giuridico*, specialmente nella forma che questa opera assunse nel 1946 con le celebri note aggiuntive. Lo stesso deve dirsi, a mio parere, per molte delle più decisive voci contenute in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, rist. Milano, 1983, con una presentazione di A. Romano che, seppure in forma stringata, mette giustamente in rilievo come i *Frammenti* si colleghino con tutta l'opera romaniana, compresa quella più specificamente dedicata all'interpretazione del diritto positivo. Non possiamo qui purtroppo, per ragioni di spazio, dare di tutto ciò adeguata documentazione sui testi. Preme piuttosto aggiungere che, sullo sfondo di tutta questa vicenda, si muove il grande antagonista di Kelsen, quel Carl Schmitt, che, come Romano, può essere considerato, seppure in senso diverso, come uno dei teorici di primo piano dello 'Stato amministrativo' in Europa.

(55) S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi* cit., p. 105.

Questa è appunto l'ideologia che Hans Kelsen intendeva disvelare nel corso degli anni Venti del nostro secolo, a proposito di quella crescita dello Stato amministrativo, che anch'egli seppe vedere con grande lucidità. Il suo scopo è quello di dimostrare come le pretese di autonomia della amministrazione dalla giurisdizione siano mosse solo in parte dalla necessità obbiettiva di una risposta efficace all'espandersi dell'amministrazione diretta; e come esse trovino necessariamente il loro fondamento in una virulenta, e mai sopita, « ideologia politica », che, nata « sul terreno della monarchia costituzionale », tenta di rinvigorirsi nel contesto della crisi novecentesca del governo parlamentare (56). Si punta in realtà, più che a rafforzare la componente amministrativa, a fare di essa la prima delle funzioni dello Stato, anzi « l'unica funzione essenziale, che ha storicamente preceduto tutte le altre e alla quale più tardi si sono aggiunte la legislazione e la giurisdizione »; ad affermare che « lo Stato potrebbe ben esistere senza legislazione e per un certo periodo senza giurisdizione, ma neppure per un momento senza amministrazione » (57).

Kelsen coglie esattamente l'essenza di queste prese di posizione in tema di pubblica amministrazione, nel fatto che essa è considerata — come sopra dicevamo — depositaria della « funzione originaria », che, come tale, non abbisogna di alcuna legittimazione dall'esterno, di alcun crisma di giuridicità che le debba derivare dalla legge (58). È questa ispirazione di fondo che per Kelsen determina quella teoria dell'atto amministrativo, secondo la quale esso « non trae la sua validità o gli effetti giuridici con esso collegati da una legge che sta sopra di esso », ed invece « reca in sé stesso la propria forza giuridica » (59). In altre parole, Kelsen intende disvelare con la sua

---

(56) H. KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento* cit., p. 150.

(57) H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del parlamento* cit., p. 105.

(58) *Ivi*, p. 106.

(59) *Ivi*, p. 107. Nello stesso senso, cfr. anche ID., *Giurisdizione e amministrazione* cit., pp. 146-149. Tra i due saggi kelseniani qui utilizzati vi è anzi spesso concordanza testuale quasi assoluta. Su tutta questa problematica complessiva della pubblica amministrazione come soggettività istituzionale titolare di una 'funzione originaria', non fondata direttamente sul diritto positivo, tale da determinare conseguentemente nell'au-

critica allo Stato amministrativo come questo non consista affatto in un puro adeguamento tecnico dello Stato giuridico ai nuovi compiti dell'amministrazione diretta, e rappresenti, invece, la realizzazione di un preciso piano di politica del diritto che conduce, una volta messo in movimento, *alla identificazione di Stato ed amministrazione*. Vale tutto ciò anche per il nostro Santi Romano? Io credo di sì.

In realtà, proprio in questi anni, Romano si occupava crescentemente di questo problema: diciamo, in sintesi, del ruolo del Parlamento nel quadro di uno Stato amministrativo pienamente sviluppato. Il saggio a questi fini decisivo è del 1898: è il *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (60). La principale delle leggi di approvazione, della quale il nostro giurista discute, è naturalmente la legge di bilancio, che aveva originato anche la riflessione in materia di Paul Laband in Germania (61). Romano muove anzi da una esplicita critica a Laband, che, a suo giudizio, rimaneva sul punto entro confini tradizionali, confondendo ancora il bilancio come atto

---

torità amministrativa un'autonoma *Organisationsgewalt*, cfr. anche le nitide pagine di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, dove i poteri organizzatori della pubblica amministrazione sembrano possedere, soprattutto nella tradizione tedesca, un fondamento, non tanto normativo-positivo-costituzionale, quanto « un fondamento logico-giuridico o naturale-(storico)-giuridico, un fondamento si direbbe non proprio di diritto costituzionale ma di dottrina generale dello Stato » (pp. 38-39). Credo che tutto ciò valga anche per Santi Romano, che non a caso dadicò quasi tutte le proprie energie alla scienza del diritto amministrativo ed alla teoria generale.

(60) S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in ID., *Scritti minori* cit., vol. I, pp. 47-92. Ai nostri fini, è interessante anche, ma in questa sede da trascurare, S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, in ID., *Scritti minori* cit., vol. I, pp. 1-40, che presuppone comunque il saggio per primo citato e qui direttamente preso in esame. Sui rapporti tra Parlamento e amministrazione nella storia dell'Italia unita, sia consentito rinviare quanto meno a *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, antologia di testi a cura di I. Zanni Rosiello, Bologna, 1976, con relative indicazioni bibligrafiche. Si deve poi ricordare il lavoro di S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974 (raccoglie vari saggi dello stesso autore). Utili informazioni anche in P. CALANDRA, *Parlamento e amministrazione*, vol. I, *L'esperienza dello statuto albertino*, Milano, 1971. È ora fondamentale il recentissimo volume dedicato a *L'amministrazione centrale*, a cura di S. Cassese (*Storia della società italiana dall'Unità a oggi*, vol. IX), Torino, 1984.

(61) S. ROMANO, *Saggio di una teoria* cit., p. 49 ss.

del governo da sottoporre alla approvazione del Parlamento, con l'approvazione medesima (62). Rimuovere questo equivoco di fondo significava, per il giurista siciliano, procedere ancora avanti nel limitare le prerogative del Parlamento, estrarre tutte le conseguenze possibili dal fatto che « la competenza dell'autorità amministrativa non viene creata dall'autorizzazione e dall'approvazione del Parlamento, ma preesiste ad esse » (63). La soluzione teorica è ricercata nell'ambito delle autorizzazioni amministrative, sulla scia di Ranelletti, poiché l'autorizzazione presuppone, per sua intrinseca configurazione, l'esistenza del diritto, che nel nostro campo è appunto il diritto del governo e della pubblica amministrazione di formulare e predisporre il bilancio, come ogni altro atto amministrativo (64).

In tal modo, l'intervento del Parlamento è circoscritto entro confini ben precisi, che sono quelli propri di un organo che ha il potere di togliere una sorta di « condizione sospensiva » (65), limitante la piena esecutività dell'atto, di un organo che opera dall'esterno « un controllo alla pubblica amministrazione » (66). Così, Romano salta d'un colpo lo stesso orizzonte di Laband, che a proposito di bilancio ragionava ancora in termini di legge in senso formale e di legge in senso materiale, e muove invece più decisamente dal presupposto che il bilancio sia un atto amministrativo che rientra nelle competenze del governo, che come tale si tratti di un atto in sé perfetto, che non deve comunque essere assimilabile alla categoria dei « progetti di legge » (67): in ultima analisi, « l'appro-

---

(62) *Ivi*, pp. 49-50.

(63) *Ivi*, p. 52.

(64) *Ivi*, p. 53. I saggi di Ranelletti ai quali si allude sono molteplici: per tutti cfr.: O. Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 17-18, 1894, Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 19-22, 1895-96. Romano presuppone dunque nel 1898 il lavoro svolto da Ranelletti, con lo scopo di « estendere il concetto tradizionale della autorizzazione amministrativa », di adoperare cioè il concetto di 'autorizzazione' anche nei rapporti tra Parlamento ed atti del potere esecutivo: S. Romano, *Saggio di una teoria* cit., p. 55.

(65) S. Romano, *Saggio di una teoria* cit., p. 77.

(66) *Ivi*, p. 77.

(67) *Ivi*, pp. 58-59.

vazione legislativa non cambia la natura dell'atto approvato, il quale resta un semplice atto amministrativo » (68).

Perché questo discorso sul bilancio, per altro di necessità appena abbozzato? Il motivo è semplice. Per Romano la legge di approvazione del bilancio non è altro che *una* delle leggi di approvazione. È la finestra dalla quale egli guarda ad un aspetto decisivo del nuovo Stato amministrativo, che è quello della riconduzione dell'attività legislativa in materia amministrativa da una funzione-guida di indirizzo ad una funzione di controllo e di approvazione degli atti di una pubblica amministrazione che appare ormai in sé fondata e legittimata.

Ecco perché il nostro giurista avverte che su questo rilevantissimo terreno la svolta non può essere giustificata con soli argomenti giuridici. Egli conclude dunque il saggio con un capitolo dedicato alla « Importanza politica delle leggi di approvazione », dove guarda esplicitamente a questo fenomeno « dal lato della scienza politica e ai fini di una buona amministrazione » (69). Torna in queste pagine la notazione storica, che già abbiamo visto nel saggio sulla *Interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. Se in origine la legge non è altro che atto di approvazione dell'ordinanza del Principe, non è escluso che, dato il « corrompimento delle istituzioni rappresentative », possa « aver valore il principio machiavellico secondo il quale esse si dovrebbero richiamare al loro principio » (70). Ed allora tutta la storia istituzionale moderna, a partire da quel principio, non è altro che storia del suo colpevole degrado in nome di una « democrazia giuridicamente immaginaria », contro il principio storico-naturale della originarietà della funzione amministrativa (71). Ora che, alla fine del secolo decimo-

---

(68) *Ivi*, p. 69.

(69) *Ivi*, p. 83 ss.

(70) *Ivi*, p. 86. Romano si affretta subito ad aggiungere che « è da dubitarsi » che ciò — il ritorno al 'principio' indicato nel testo — possa avvenire. Ma qui non interessano le convinzioni di Santi Romano circa le condizioni effettive, e le possibilità di durata, delle istituzioni rappresentative, ma il fatto obbiettivo che egli utilizza una certa concezione delle origini di quelle istituzioni per giungere a conclusioni ben precise in ordine — come subito vedremo — alla capacità di guida e di indirizzo della pubblica amministrazione da parte del Parlamento.

(71) *Ivi*, p. 88.

nono, l'amministrazione torna in primo piano, è tempo che anche il Parlamento torni al suo posto; che esso venga sì associato « all'immenso lavoro cui la vita amministrativa dello Stato dà luogo » (72), ma trasformando la sua cooperazione « da diretta in indiretta, perdendo così il carattere, per quanto si riferisce a tale funzione, di organo attivo, per assumere quella di controllo » (73).

Ridimensionare nettamente il ruolo del Parlamento nell'indirizzo e nella guida dell'amministrazione diretta. Questo è in ultima analisi il disegno di Santi Romano. Così, « l'attività amministrativa del Parlamento » si esaurisce proprio nella forma delle leggi di approvazione (74), cioè tramite un meccanismo che contiene in sé le ragioni della estraneazione del Parlamento medesimo dalla guida dell'attività amministrativa. Certo, a giustificare questa operazione vi sono ottimi motivi di 'scienza politica' e di 'buona amministrazione'. Il Parlamento — afferma Romano —, come tutte le assemblee, è « disadatto » all'esercizio diretto della funzione amministrativa: « qui è d'uopo di prontezza e di celerità » (75) nell'emanazione dei provvedimenti, e con tale dimensione dell'efficienza sono incompatibili le lungaggini delle discussioni parlamentari; ed anzi si auspica che il momento parlamentare della approvazione venga reso sempre più semplice e celere (76). Alla fine, tutto il peso del ragionamento romaniano conduce a pensare che il meccanismo da lui proposto costituisca in definitiva l'unico modo di salvare una qualche capacità di controllo del Parlamento sullo svolgimento concreto di un'attività amministrativa, che altrimenti, quasi per forza di cose, sfuggirebbe completamente al Parlamento medesimo.

Ma il fatto è che il punto di vista della 'scienza politica' e della 'buona amministrazione' rimane accessorio in Romano, che costruisce il fondamento stesso della svolta verso lo Stato amministrativo essenzialmente sul piano giuridico, non solo e non tanto come risposta, sul piano tecnico della funzionalità, a bisogni di tipo nuovo,

---

(72) *Ivi*, p. 86.

(73) *Ivi*, p. 88.

(74) *Ivi*, p. 87. O comunque trova in essa la forma ordinaria e costante, tale da determinare in concreto il proprio spazio di azione.

(75) *Ibid.*

(76) *Ivi*, p. 91.

che come tali richiedevano appunto risposte celeri ed efficaci, quanto soprattutto come riproposta e tentativo di piena attuazione, proprio nel contesto della crisi, della condizione di *sovrana originarietà* dell'ordinamento amministrativo, che per sua *natura*, storicamente dettata, rende accessorio il momento legislativo. E non importa, credo, tornare a Kelsen, per comprendere la fondamentale differenza tra i due possibili significati di Stato 'amministrativo'.

4. Ancora nel 1898 — anno dunque fertilissimo per l'elaborazione delle teorie romaniane —, Romano pubblica nel « Circolo giuridico » di Palermo un saggio dedicato a *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa* (77), che è destinato a divenire il nucleo costruttivo di quel 'diritto pubblico patrimoniale', al quale già abbiamo fatto riferimento a proposito del saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi, e che si trasfonderà in parti decisive dei *Principii di diritto amministrativo* del 1901. Non sarà poi inutile ricordare che anche Oreste Ranelletti e Federico Cammeo avevano prescelto, in quei medesimi anni, il demanio come oggetto privilegiato di analisi giuridica (78).

Romano dichiara subito quale sia il suo problema: combattere quelle teorie che escludono la libera determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa. Le combatte sostenendo che l'enunciazione dei beni demaniali contenuta nell'art. 427 del Codice civile è dimostrativa e non tassativa. Infatti, la tassatività implicherebbe logicamente la riduzione della demanialità alla condizione di diritto 'eccezionale', mentre la proprietà pubblica è per il nostro giurista « fenomeno necessario e normale nella vita degli Stati », proprio quale nucleo di un « diritto pubblico patrimoniale », che non può essere considerato in chiave di « diritto privato ecce-

(77) S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in ID., *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo* cit., pp. 123-147.

(78) Il tema del demanio e dei beni pubblici richiama naturalmente l'altra grande problematica delle concessioni amministrative. Sul punto, vedi M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative* cit., anche con attenzione specifica a Cammeo e Ranelletti: e, più direttamente riferito alle elaborazioni della dottrina in materia di demanio, S. CASSESE, *I beni pubblici* cit., p. 170 ss.

zionale », cioè di diritto privato meramente modificato dalla determinazione in senso pubblicistico del bene (79).

Non è difficile ricollegare questa problematica ai temi generali che già conosciamo. Sono infatti per Romano palesemente in gioco due principii fondamentali: in primo luogo, l'ampiezza della discrezionalità della pubblica amministrazione nella determinazione della demanialità, di fronte alle previsioni del legislatore; in secondo luogo, la connessa possibilità di considerare nella sua autonomia il 'diritto pubblico patrimoniale', cioè di espandere nei rapporti patrimoniali la logica pubblicistica impersonata dalla pubblica amministrazione, la dimensione della sovranità e del dominio politico-statuale. Le conclusioni alle quali Santi Romano giunge su questi due punti sono di grande chiarezza: l'autorità amministrativa può « argomentando dai principii del diritto scientifico estendere il numero dei beni demaniali oltre quello che si trovi per avventura indicato dal legislatore »; e non ha di fronte, né deve avere di fronte, alcun limite inerente ad una presunta 'natura' dei beni, cosicché il territorio della pubblicità dei beni è potenzialmente illimitato, in concreto delimitato solo dalla stessa discrezionalità della pubblica amministrazione (80).

Ma vi è un altro capitolo del discorso romaniano sui beni pubblici di grande rilevanza, attinente al rapporto tra proprietà pubblica come proprietà di beni da parte di un ente pubblico e proprietà popolare o collettiva (81). Quest'ultima è pervicacemente negata da Romano, sotto il profilo che a lui interessa, al fine cioè di negare che l'autorità amministrativa si trovi in qualche modo impedita nella sua azione dalla preesistenza di diritti altrui. Qui le risposte del nostro giurista sono secche, quasi infastidite, comunque lontane dalle consuete complicate articolazioni dogmatiche. Si tocca evidentemente un punto a forte contenuto ideologico, collegato cioè, non tanto alla effettiva consistenza teorica e fattuale della 'proprietà popolare', quanto alla necessità di affermare un principio di fondo che attiene alla concezione stessa del potere pubblico e della sua storia in età moderna.

---

(79) S. Romano, *La determinazione* cit., p. 124.
(80) *Ivi*, pp. 126-27.
(81) *Ivi*, pp. 129-30.

In questo àmbito, nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901, Romano affermerà che la 'proprietà popolare' non è altro che un « residuo di un più antico ordinamento di cose », poiché tutta la storia di questi istituti giuridici è in sintesi la storia del trasferimento del soggetto al quale competono i diritti pubblici patrimoniali « dalla collettività allo Stato ed agli altri enti pubblici, appunto per quei medesimi motivi per cui nella grande, e per dir così, rappresentativa personalità di questi ultimi la prima è rimasta quasi del tutto assorbita » (82). Il problema particolare della proprietà pubblica si lega dunque in modo evidente con quello della personificazione dello Stato, a sua volta intesa come unicità del soggetto pubblicistico, come affermazione di una soggettività pubblicistico-statuale, che 'rappresenta' la collettività nel senso specifico che l'ha in sé assorbita.

Da tutto ciò, da questo principio-cardine, deriva tutta la costruzione dei diritti pubblici patrimoniali, anche e soprattutto dei diritti dei cittadini (83). In particolare, dalla estromissione della soggettività giuridica della collettività, non può non derivare logicamente l'inesistenza di 'diritti civici generali', di situazioni giuridiche soggettive attribuibili ai cittadini in quanto tali, in quanto semplici residenti su un dato territorio, che si traducano in *Forderungsrechte*, cioè in pretese nei confronti della pubblica amministrazione (84). Non esistono dunque pretese giuridicamente protette dei cittadini nei confronti degli enti pubblici, perché questi organizzino in un dato modo il godimento dei beni pubblici, in modo da corrispondere ai bisogni della collettività. I cittadini non possono perciò costringere lo Stato ad una determinata prestazione a livello di uso collettivo dei beni pubblici. E non potrebbe essere altrimenti per un giurista che ritiene che la destinazione all'uso pubblico, « lungi dall'essere una

(82) S. ROMANO, *Principii* cit. pp. 388-89. Sul punto, v. S. CASSESE, *I beni pubblici* cit., p. 170 ss., anche con riferimento diretto ai contributi di Santi Romano qui in discussione.

(83) È utile qui tener presente il saggio romaniano sui diritti pubblici soggettivi, solo di un anno anteriore: S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici* cit., pp. 186-88 e 218-20.

(84) S. ROMANO, *La determinazione* cit., p. 142 ss.

disposizione arbitraria di cosa altrui », sia invece « una disposizione a favore dei cittadini », in definitiva « una liberalità » (85).

Si conferma così quanto ristretta sia in Santi Romano la categoria dei diritti civici dei cittadini (86). In realtà, il saggio in esame dimostra come i diritti civici si riducano, nell'opera del nostro giurista, al diritto alla protezione giuridica dei diritti soggettivi lesi: la prestazione dello Stato alla quale essi si riferiscono è dunque esclusivamente quella giudiziaria. Quando si entra invece nel campo della prestazione amministrativa, nel campo del potere discrezionale dell'autorità amministrativa, allora diviene difficile individuare diritti soggettivi dei cittadini, allora spunta fuori la categoria degli interessi ed il sistema di giustizia amministrativa, e diviene addirittura impossibile individuare diritti civici dei cittadini, e, corrispettivamente, obblighi dello Stato ad una data prestazione. In definitiva, a Romano interessa principalmente affermare l'impossibilità di diritti pubblici soggettivi patrimoniali dei cittadini che assumano la veste giuridica di diritti civici.

Fuori dalla formulazione giuridica, ciò che non si può ammettere è che lo Stato-persona, che estende il dominio delle forme pubblicistiche al settore patrimoniale, esca poi fuori da questo allargamento di confini sostanzialmente indebolito perché costretto dall'ordinamento giuridico-costituzionale a determinate prestazioni a favore dei cittadini e della collettività, che possano risultare immediatamente apprezzabili sul piano economico, in termini di livello, quantità e qualità nel godimento di determinati beni. Dunque, ancora più in concreto, lo Stato che pone in essere un'attività sociale, il nuovo Stato dell'amministrazione diretta, opera in questa direzione fornendosi di strumenti e di risorse economiche attraverso il potere discrezionale della pubblica amministrazione, in particolare attraverso la libera determinazione della demanialità dei beni necessari al compimento di quella attività: di fronte a tutto ciò non vi possono essere diritti civici dei cittadini e della collettività, non si può in alcun modo parlare di obblighi dello Stato ad una determinata prestazione.

La teoria romaniana priva dunque integralmente i cittadini della

---

(85) *Ivi*, p. 129.

(86) Già in S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici* cit., p. 171 ss.

possibilità stessa di porsi al riparo di precise garanzie giuridiche circa le modalità con le quali un dato bene pubblico viene attrezzato e predisposto al godimento. Nel diritto pubblico patrimoniale di Santi Romano lo Stato rimane integralmente persona pubblica sovrana, e quando è tale, quando non sceglie le vie del diritto privato, non può e non deve contrattare i contenuti economici del proprio operato. Il diritto pubblico patrimoniale di Santi Romano, che nel saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi era definito « quasi pubblico », in realtà si rivela già ora integralmente pubblico. La teoria del diritto pubblico patrimoniale è nient'altro che la teoria dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione in materia di beni pubblici.

Qual è dunque lo spazio, a questo punto residuale, che spetta ai diritti dei cittadini in questo àmbito? I diritti dei cittadini, che hanno « a contenuto un interesse patrimoniale », non possono essere altro che « speciali », cioè costituiti a favore di determinati soggetti per il tramite di una concessione amministrativa (87). Sono diritti pubblici esclusivamente perché la loro origine, la loro esistenza, ed il loro sviluppo, sono regolati in massima e decisiva parte da norme di diritto amministrativo. Qui abbiamo dunque effettivamente, in questi termini, il diritto pubblico di un privato nei confronti della pubblica amministrazione, con un preciso contenuto patrimoniale. Ma, a questo punto della costruzione dogmatica, inevitabilmente tutta l'impostazione statualistica romaniana finisce per premere anche su questi diritti soggettivi pubblici patrimoniali. Il nostro giurista, infatti, si affretta immediatamente a sostenere il diritto della pubblica amministrazione di revocare la concessione: e ciò sulla base

> di un principio generalissimo per cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio della sua attività che è per sé medesimo legittima, non è mai impedita da un diritto appartenente ad un privato, salvo l'obbligo, del cui fondamento giuridico sarebbe qui fuori luogo discutere, di risarcire il danno arrecato (88).

Anche noi ci arrestiamo, come Romano, a questo punto, dato anche che in recenti studi, proprio su questo specifico aspetto, si è dimostrato come il nostro giurista condivida alcune delle posizioni

(87) S. Romano, *La determinazione* cit., p. 144.
(88) *Ibid.*

più estreme della dottrina amministrativistica italiana sotto il profilo, statualisticamente giustificato, della natura integralmente pubblicistica della concessione amministrativa (89). In realtà, Romano sottolinea qui continuamente il contenuto unilaterale ed imperativo della concessione, cerca di ridurre al minimo gli aspetti contrattuali eventualmente presenti nell'atto della pubblica amministrazione costitutivo di diritti pubblici patrimoniali dei cittadini.

Ciò che balza fuori dalle indagini romaniane non è dunque uno Stato al servizio dell'economia, alla ricerca di nuove forme di collaborazione con i privati, di risposte celeri ed efficaci alla emersione di nuovi bisogni, ma una precisa proposta di politica amministrativa, con la quale si mira a mantenere integra la dimensione della sovranità politico-statuale in tempi nuovi e minacciosi, che richiedono un coinvolgimento dello Stato nei rapporti economici, la creazione di quel diritto pubblico patrimoniale, che Romano vuole come mera e secca estensione del dominio politico-statuale nell'àmbito dei rapporti patrimoniali. Lo Stato non compromette dunque la propria natura integralmente giuridica accettando nel cuore del diritto pubblico contemporaneo il momento dell'interesse, poiché di tale operazione d'inserimento è protagonista unica ed assoluta la pubblica amministrazione con il suo potere discrezionale. Si tratta di un potere che Santi Romano afferma, non solo nei confronti del legislatore negando il principio di tassatività nell'elencazione dei beni pubblici, non solo nei confronti del diritto privato, facendo del diritto pubblico-amministrativo il campo di esplicazione di quel potere, ma anche e soprattutto nei confronti delle collettività e dei cittadini: le prime totalmente assorbite nella personalità degli enti pubblici, i secondi in rapporto isolato con la pubblica amministrazione secondo modalità unilateralmente imperative, all'interno di rapporti definiti di diritto pubblico proprio in quanto costruiti sulla sostanziale diseguaglianza tra soggetti pubblici e privati.

In conclusione, il diritto pubblico patrimoniale di Santi Romano non è altro che l'impalcatura formale, lo strumento concettuale, del quale l'autorità amministrativa si serve per entrare nel mondo degli interessi economici senza intaccare minimamente la tradizionale

(89) Lo studio al quale si fa riferimento nel testo è ancora quello di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative* cit., p. 118 ss.

configurazione politico-statuale, dunque senza contrattare, mediare, pluralizzare le soggettività pubblicisticamente rilevanti. È l'immagine di una pubblica amministrazione che pretende di espandere la propria azione rimanendo identica a sé stessa.

Ma il saggio di Romano si ripropone anche, di nuovo, sotto il profilo della costruzione, coerente e meditata, della pubblica amministrazione come *autonomo ordinamento giuridico*. In questo àmbito, il diritto pubblico patrimoniale è anche la tecnica con la quale l'autorità amministrativa s'impadronisce degli strumenti e dei beni necessari per lo svolgimento della propria attività, costituisce diritti a favore dei cittadini, sollecita — ma nei limiti visti — la loro collaborazione: e tutto ciò, per Santi Romano, esplicitamente al di fuori di una stretta interpretazione del principio di legalità. Con il saggio sui beni pubblici, appare chiaro quindi come la pubblica amministrazione debba essere ordinamento autonomo anche sotto questo decisivo profilo, della libera determinazione dei beni necessari al compimento della propria attività.

Infine, sia consentito di accennare ad un ultimo saggio romaniano, anch'esso di grande rilevanza per la problematica generale sopra esposta, anch'esso del 1898, e dedicato a *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* (90). Mostreremo in seguito quali nessi decisivi colleghino questo saggio con quello precedente sui beni pubblici; ed anzi, proprio a partire dall'individuazione di questi nessi, ci avvieremo verso alcune considerazioni di carattere conclusivo.

È evidente che Romano, a proposito di poteri disciplinari, pensa soprattutto al rapporto di pubblico impiego, allo *status* dei funzionari pubblici. Noi non intendiamo entrare in tale problematica, ed intendiamo invece brevemente mostrare come il nostro giurista, partendo, su un tema mai compiutamente trattato dalla dottrina, da un « caos di disposizioni », giunga alla formulazione di alcuni « principii giuridici » che anche su questo terreno si rivelano costitutivi in senso forte dell'autonomia della pubblica amministrazione (91).

---

(90) S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in ID., *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo* cit., pp. 75-121.

(91) *Ivi*, p. 76.

Romano inizia con l'osservare che l'attribuzione di poteri disciplinari alle autorità amministrative, in concreto il diritto di irrogare delle pene, non deve essere vista come « una grave violazione di quell'ordinamento istituzionale, ormai quasi completamente attuato, che si suole designare con l'espressione 'Stato giuridico' » (92). Si tratta invece di una « condizione di cose necessaria e normale, per quanto propria del diritto pubblico » (93). Vi è dunque evidentemente per il nostro giurista una 'natura' del diritto pubblico, ad esso specifica, che impone la necessità di un sistema particolare di colpe e di pene, fondato su criteri e principii ispiratori del tutto diversi da quelli del diritto privato e del diritto penale 'ordinario'. Lo scopo di Santi Romano è dunque quello di « emancipare la potestà disciplinare da ogni elemento di diritto privato » (94), di rendere netta ed incontestabile l'autonomia dell'autorità amministrativa nella definizione delle colpe e delle pene direttamente rilevanti sul piano specificamente amministrativo, affrancando quel sistema di colpe e di pene, sia dai modelli privatistici afferenti al principio della responsabilità contrattuale, sia, più in generale, dal monopolio storico dell'autorità giurisdizionale nella erogazione delle pene.

Ecco perché l'obbiettivo polemico di Romano è costituito da quella dottrina — italiana e tedesca — che aveva cercato di spiegare

---

(92) *Ivi*, p. 78. Le virgolette sullo 'Stato giuridico' sono ovviamente dello stesso Romano. Il rapporto tra poteri speciali delle autorità amministrative e 'Stato giuridico' si articola secondo la nota figura dei 'rapporti speciali di sudditanza' (*ivi*, p. 91), che richiamano a loro volta i 'besondere Gewaltsverhältnisse' di Otto Mayer. L'approfondimento di questa problematica deve essere rinviato. Al di là di essa, vi sarebbe molto da dire anche sul rapporto, in senso più ampio, tra Mayer e Romano, che più volte abbiamo incontrato nel corso della nostra analisi. La questione delle relazioni speciali di supremazia è in realtà parte, in entrambi i giuristi, di una concezione più complessiva del potere pubblico come fatto amministrativo originario, sul quale viene solo a sovrapporsi la volontà normativa di ordine politico-costituzionale. Con una differenza sostanziale: mentre Mayer nella originarietà del potere ritrova la *voluntas* dei soggetti concretamente dominanti, Romano, in quella medesima dimensione, ritrova la sostanza più autentica del diritto, che rende la norma positiva frammentaria espressione di un *quid* ad essa medesima superiore. Su questi problemi in Mayer, cfr. M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo* cit., spec. p. 619 ss. (ora anche in questo volume: v. *supra*, nota 8). Per quanto riguarda Romano, rinviamo alle pagine conclusive di questo saggio.

(93) S. Romano, *I poteri disciplinari* cit., p. 78.

(94) *Ivi*, p. 119.

i poteri disciplinari della pubblica amministrazione facendo riferimento ai poteri disciplinari esistenti a vari livelli nel diritto privato, nell'àmbito del diritto di famiglia, del contratto di locazione d'opera, del diritto associativo in genere. Contro tali teorie, che presuppongono l'inserimento dello Stato entro questo più ampio diritto associativo, secondo i principii del noto *Genossenschaftsrecht* di Gierke e Bähr (95), Romano rivendica la *specificità* ed *unicità* della sovranità statale, di una sovranità che si esprime anche per mezzo dei poteri disciplinari attribuiti alla pubblica amministrazione. La conclusione dell'analisi romaniana, sulla scia del saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi, si sostanzia dunque in una definizione del potere disciplinare amministrativo come diritto pubblico subbiettivo dello Stato, da collocare tra i diritti di supremazia.

Questa impostazione, grazie alla quale il potere disciplinare della pubblica amministrazione viene isolato dal contesto dell'ordinamento e spiegato in sé, dall'interno della stessa pubblica amministrazione in quanto personificazione della sovranità statale, consente a Santi Romano di affermare che nell'esercizio di tale potere si può non tener conto dell'articolo 1 del Codice penale e del principio di legalità e di irretroattività ivi contenuto:

> Ne viene così che la colpa come la pena possono essere determinate dalla medesima autorità che è chiamata a valutarla nel caso concreto e nel medesimo momento in cui deve seguire questa valutazione (96).

Il nostro giurista cerca in altre parole di affermare la « suità » del potere disciplinare delle autorità amministrative nei confronti del momento giurisdizionale; il fatto che esso si muove, per sua 'natura', con maggiore prontezza ed agilità, secondo « criteri di opportunità », senza le preoccupazioni formali, ed i principii garantistici, caratteristici della giurisdizione penale (97). In breve, « l'atto disciplinare è uno di quegli atti, e sono ormai numerosi, che

---

(95) Ma vengono criticati anche personaggi assai lontani dalla teoria del *Genossenschaftsrecht*, come Ranelletti (*ivi*, p. 79, nota 9), o Laband (*ivi*, p. 87, nota 36): sempre sulla base di una loro più o meno spiccata inclinazione a spiegare anche solo un lato dei poteri disciplinari della pubblica amministrazione in chiave privatistica.

(96) *Ivi*, p. 86.

(97) *Ivi*, p. 87.

l'amministrazione deve compiere secondo giustizia, ma non è certo un atto di giustizia » (98), quanto meno non è tale secondo Romano in rapporto al modello della giurisdizione ordinaria penale.

Ma al centro della riflessione romaniana vi è, non solo l'esigenza di emancipare il potere disciplinare delle autorità amministrative dal modello della giurisdizione, ma anche — direi conseguentemente — la ricerca di un fondamento di tale potere altrove, e precisamente in un potere discrezionale della pubblica amministrazione sempre più svincolato dal dominio della legge. Se il potere disciplinare viene concepito, non già come « una sottospecie del diritto penale », con il conseguente obbligo di una previsione legislativa del comportamento penalmente rilevante, ma come « un potere amministrativo », allora non si può avere « difficoltà nel riconoscere all'amministrazione medesima la competenza di regolarlo com'essa crede più conveniente ai suoi interessi » (99). L'autorità amministrativa, direttamente interpretando, al di là della mediazione della legge, « quel complesso di norme che costituiscono i principii generali del diritto italiano » (100), può dunque muovere in concreto le leve del potere disciplinare badando in via principale ai propri 'interessi', cioè alla funzionalità delle misure disciplinari nei confronti di un assetto interno, che essa stessa ritiene ottimale (101). Il potere disciplinare è qui espressione specifica del più generale *potere di organizzazione* attribuito all'autorità amministrativa: di quest'ultimo esso è insieme manifestazione concreta e strumento attuativo. Ciò che ora a noi interessa rilevare, concludendo questa parte della nostra analisi, è l'assoluta coincidenza di prospettive tra quest'ultimo saggio sui poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni e quello, precedentemente visto, in materia di demanialità dei beni. In entrambi i casi, lo scopo di Santi Romano è quello di dimostrare che l'attribuzione di poteri speciali all'autorità amministrativa non costituisce violazione dell'edificio politico denominato 'Stato giuridico'. Lo Stato non è meno 'di diritto' per causa di un'autorità amministra-

---

(98) *Ivi*, p. 88.

(99) *Ivi*, p. 92.

(100) *Ibid.*

(101) Con la precisa conseguenza, qui enunciata da Romano (p. 115 ss.), della improponibilità di un'azione dinanzi ai tribunali contro il provvedimento disciplinare.

tiva che rivendica una propria autonomia di poteri in ordine alla determinazione della demanialità dei beni od al modo con il quale si esercitano al suo interno i poteri disciplinari. Dunque, lo Stato è e deve rimanere 'di diritto' anche se la pubblica amministrazione cerca sempre più insistentemente di sottrarsi al 'diritto comune', alle previsioni normative contenute nei codici, civile e penale. Ma se per Romano lo svincolamento progressivo dell'autorità amministrativa da quelle norme non significa affatto de-giuridificazione dello Stato, ciò accade per un motivo molto semplice: egli pensa con sempre maggiore convinzione che quelle norme siano solo un'espressione pallida e frammentaria del 'diritto' che si pone al di là di esse medesime. E lo Stato deve essere 'di diritto' in questo senso, che Romano ritiene non coincidere con l'altra nozione di Stato vincolato dalle norme. Se legislatori e giudici avevano avuto nel normativismo la loro filosofia ispiratrice, ora della necessaria distinzione tra legge e diritto si faceva interprete la pubblica amministrazione. Anzi, il necessario approdo alla teoria generale, dove logicamente si poneva il problema di quella distinzione, era in Romano direttamente funzionale alla rifondazione dello Stato di diritto in forma di Stato amministrativo.

5. A partire dai saggi romaniani degli anni 1897-99, si può far muovere una linea di ricerca che il nostro giurista non abbandonerà più. Si tratta della linea che abbiamo indicato, e che corrisponde al processo di costruzione dello Stato amministrativo. Lo stesso impegno di Santi Romano sul terreno della teoria generale è in realtà comprensibile solo come una tappa, per quanto di grande consistenza, lungo questa linea. E gli approdi sono certamente contenuti nei *Corsi* della maturità, di diritto costituzionale del 1926, e di diritto amministrativo del 1930. Dai *Corsi* balza fuori infatti, con contorni ormai definiti ed assestati, la nozione, fondamentale per la teoria — e la prassi — dello Stato amministrativo, di un potere esecutivo-amministrativo come soggettività istituzionale dotata di 'particolare' autonomia, e come tale capace di darsi un *proprio* ordinamento giuridico.

È nel *Corso* del 1930 che tale statuto di « particolare autonomia » del potere esecutivo diviene appunto, per il tramite della potestà regolamentare, il fondamento stesso della « potestà di darsi

un proprio ordinamento giuridico » (102). Ed in termini simili, forse ancora più articolati, il nostro giurista si era già espresso nel *Corso* del 1926, dove il potere esecutivo è descritto come 'istituzione perfetta', che contiene in sé tutte le funzioni dello Stato, anche quella legislativa, con l'esercizio di una « funzione regolamentare, che corrisponde a quella legislativa generale dello Stato », e quella

(102) S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova 1930, p. 46. Un esame dettagliato dei *Corsi* romaniani della maturità è impossibile in questa sede. Ciò trasformerebbe inevitabilmente il nostro ragionamento sul tipo di approccio di Santi Romano ai problemi dell'amministrazione, sulla centralità nella sua opera del problema amministrativo pubblico, in analisi vera e propria del complesso dell'opera amministrativistica romaniana, cosa che evidentemente trascende le nostre intenzioni. In particolare, quando si parla dei *Corsi* degli anni Venti e Trenta, non si può dimenticare il tipo di rapporto che il nostro giurista instaurò con il regime fascista, anche come Presidente del Consiglio di Stato. Quasi tutto è ancora da fare a questo proposito. Al di là delle pur opportune, e necessarie, ricerche sul piano biografico, si tratta di capire, dall'interno dell'opera di questi giuristi — di Santi Romano e di altri —, quali torsioni subisce il concetto stesso di 'Stato giuridico', che, com'è noto, non viene affatto abbandonato in periodo fascista. Si tratterebbe allora di riprendere in mano i testi romaniani dei primi venti anni del secolo, e confrontarli con i *Corsi* della maturità, per individuare i momenti di continuità e di rottura, anche tenendo presente il grande mutamento subito dalle strutture amministrative pubbliche nel corso della prima metà del secolo. A questo fine, la ricerca va ora colmando una lacuna specifica. Accanto ai noti *Principii di diritto amministrativo*, disponiamo anche di sintesi costituzionalistiche romaniane relative all'età giolittiana, fino ad ora sconosciute. Mi riferisco alle notazioni in proposito di S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, 1972, p. 260 ss., a proposito di un "Diritto pubblico italiano" — comprensivo di diritto costituzionale e diritto amministrativo — scritto da Romano nel 1914 per la collana tedesca « Das öffentliche Recht der Gegenwart », mai pubblicato, ed ora ritrovato dallo stesso Cassese tra le carte dell'archivio Romano; ed alle *Lezioni di diritto costituzionale* (a.a. 1903-1904 e 1906-1907, Università di Modena) dello stesso Romano, reperite da chi scrive nella Biblioteca Estense di Modena (dattiloscritti rispettivamente di pagine 550 e 569), che, unite alla precedente opera inedita segnalata da Cassese — e ad altri corsi di lezioni che ancora potrebbero essere reperiti —, possono effettivamente completare il quadro del diritto pubblico dell'età giolittiana secondo Santi Romano — altrimenti troppo orientato sul versante del diritto amministrativo sulla base dei *Principii* del 1901 —, e determinare così un coerente punto di riferimento per quel confronto analitico con i *Corsi* della maturità, del quale discutevamo all'inizio di questa nota. Delle *Lezioni* modenesi, che per ragioni di brevità non abbiamo potuto utilizzare in questo contributo, è in previsione, da parte di chi scrive, un'edizione completa.

giurisdizionale, « come sarebbe la funzione disciplinare e la c.d. giurisdizione amministrativa » (103).

Questa concezione del potere esecutivo — da intendersi come complesso di autorità amministrative — come istituzione perfetta, perfettamente capace di darsi un proprio ordinamento, ci conduce ad alcune osservazioni conclusive, proprio attorno al nesso diritto-amministrazione. Eravamo partiti dalla critica di Hans Kelsen alla teoria giuridica dello Stato amministrativo, ed a questa in conclusione torniamo. In questa critica vi è un punto particolarmente problematico. Kelsen concepisce questa nuova autonomia-centralità dell'amministrazione come un processo di liberazione dal diritto; e prende quindi le distanze da un diritto amministrativo, che vede in sé contraddittorio, in quanto costruito a partire da presupposti teorico-politici di sostanziale de-giuridificazione, che conducevano a suo giudizio ad una crescente collocazione della pubblica amministrazione al di fuori del diritto (104).

Ma il punto è, ancora una volta: quale 'diritto'? Per Kelsen si tratta evidentemente del *diritto come norma*, come legge, e più in generale come norma regolativa del rapporto tra due soggetti, garantita dallo Stato attraverso il meccanismo della giurisdizione, dal livello più alto della giustizia costituzionale, fino agli ultimi gradini della stessa attività giurisdizionale. Se così è, se cioè si muove da presupposti teorici di carattere normativistico, allora è evidente che nell'opera di Santi Romano, e di tutti i teorici dello Stato amministrativo, è contenuta una chiara aspirazione a de-giuridificare la pubblica amministrazione, a liberarla dalle norme. La ricerca di autonomia a favore dell'autorità amministrativa, e del suo diritto — che abbiamo visto animare la riflessione romaniana —, è infatti mossa dall'esigenza di collocare quella amministrazione in una sfera nella quale essa sia sempre meno condizionata dalle norme, dalle norme in quanto prodotto tipico e formale delle assemblee elettive, dalle norme in quanto atti rispondenti alla struttura tipica regolativa dei rapporti privatistici intersoggettivi.

---

(103) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1926, p. 107.

(104) H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del Parlamento* cit., p. 96; le stesse affermazioni in ID., *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del Parlamento* cit., p. 130.

Siamo così giunti al centro delle nostre problematiche. Ciò che per Kelsen è de-giuridificazione, è tale proprio perché egli muove da una concezione normativistica del diritto. Il rapporto diritto-amministrazione si pone invece in termini del tutto diversi in Santi Romano che, fin dall'inizio, e sempre più, contesta il monopolio della norma sul diritto, vede il diritto in una struttura più profonda della quale la norma non è altro che espressione pallida e frammentaria. In questi termini, si può affermare che la celebre teoria istituzionistica del diritto di Santi Romano è in realtà, sul concreto piano delle politiche del diritto, *la teoria ispiratrice dello Stato amministrativo*, e — come subito vedremo — dello stesso primato dell'amministrazione; e si può anche aggiungere che tale è stata la funzione della tradizione istituzionistica, sul piano storico, fino dagli esordi della Scuola Storica in Germania, con la critica al contrattualismo rivoluzionario, per arrivare, in ultima analisi, proprio alla teoria dello Stato amministrativo tra Otto e Novecento.

Allora, la liberazione dell'amministrazione dalle norme è in realtà per Romano l'inverso di ciò che Kelsen aveva notato e criticato: costituisce per lui un processo attivo di giuridificazione, non solo della stessa amministrazione, ma del potere pubblico in genere. È il processo che riconduce quel potere alla radice originaria del diritto, che consente alla stessa autorità amministrativa di porsi come interprete autentica della impersonalità del potere medesimo, espungendo da sé sia il vecchio primato della mediazione politico-parlamentare, sia la complessità del nuovo intreccio tra pubblico e privato, il pericolo di una frammentazione della sovranità statale nel contatto con le energie economiche dei privati e la loro crescente organizzazione al di fuori dello Stato.

A questo fine, Santi Romano si serve soprattutto delle tecniche del 'metodo giuridico', sul terreno specifico da noi sommariamente esplorato, del diritto pubblico-amministrativo. Tali tecniche si esercitano in una pluralità di direzioni, ma trovano tutte il loro senso fondamentale nello sforzo di definire un'autonoma soggettività della pubblica amministrazione, di costituirla come perfetta istituzione, di riportare quindi alla luce la sua 'natura' — come Kelsen aveva intuito — di *ordinamento originario*. In conclusione, si possono ricordare, almeno per ciò che riguarda Romano, due campi privilegiati di esplicazione di un simile lavoro dei giuristi: il diritto pub-

blico patrimoniale, i beni pubblici, ed il relativo sistema di concessioni ed autorizzazioni amministrative, dove il nuovo lavoro dell'amministrazione nella sfera degli interessi e delle utilità economiche si risolve in una logica di integrale dominio statuale-pubblicistico, ribadendo, nel concreto lavoro amministrativo, l'assolutezza e l'unicità della personalità statale; e la dottrina dell'autarchia come dottrina giuridica del governo locale, che risolve il rapporto centro-periferia in un rapporto tra enti pubblici, ribadendo l'equazione tra pubblico e statale, e negando la possibilità stessa di un tipo di amministrazione pubblica diversa da quella statale-imperativa (105).

Lo Stato amministrativo è dunque lo Stato che tenta di espandere il dominio del 'giuridico' sul nuovo terreno dell'amministrazione sociale, dell'amministrazione diretta. Ma in questa operazione tenta anche necessariamente di mutare il senso stesso di 'giuridico'. Esso non coincide più con 'normativizzato', nel senso che lo Stato non è tanto più di diritto quanto più sottoposto a norme, ed è tale invece quanto più si riconduce all'immagine di *ordinamento originario*, 'sovrano' perché 'originario', 'giuridico' perché 'originario'.

---

(105) Questa parte del lavoro di Santi Romano, relativa alla dottrina giuridica del governo locale, per quanto di grande rilievo, non è stata presa in esame nel contesto di questo contributo. Non è possibile neppure ricordare qui tutti i testi romaniani rilevanti per la formazione di quella dottrina, che si riannoda tutta al concetto di 'autarchia'. Si può solo ricordare il celebre scritto dedicato al Comune: S. ROMANO, *Il Comune. Parte generale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte prima, Milano, 1908, pp. 497-789, per la sua rilevanza teorica generale in ordine alla nota distinzione, qui introdotta, tra Stato-persona e Stato-ordinamento, in parziale evoluzione nei confronti degli scritti romaniani in materia di decentramento e di autarchia della fine del secolo scorso. Come la distinzione sopra indicata s'intrecci con le nostre problematiche dello 'Stato amministrativo', è cosa che non può essere discussa in questa sede. Si può solo osservare che la prospettiva ordinamentale non sempre riesce, in Romano, come in altri giuristi del suo tempo, a costituire un'effettiva via di rinnovamento rispetto alla tradizione teorica dello Stato-persona; e si può anzi aggiungere che spesso, proprio in questa linea, il 'diritto obbiettivo', al quale anche Romano continuamente si riferisce, finisce per essere il diritto che il potere pubblico, tramite le autorità amministrative, assume come tale, contro i 'soggettivismi' della legge dipendente dalla volontà delle assemblee rappresentative. Su queste vicende teoriche in Europa, ed anche con riferimento diretto a Santi Romano, è ora essenziale, in particolar modo per la teoria dello Stato-persona nelle sue varie versioni, il recentissimo volume di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1984.

La ricerca di autonomia a favore dell'autorità amministrativa è dunque mossa da questa concezione di fondo del potere pubblico, serve a ricondurre quel potere alla sua dimensione di ordinamento originario, non dipendente da volontà esterne, da logiche di mediazione e di compromesso. Nell'aspirazione della pubblica amministrazione a liberarsi dalle norme, vi è l'aspirazione del potere pubblico a riproporsi come soggettività in sé fondata, indipendente da quella dimensione del contratto, o della mediazione di utilità economiche, che stava evidentemente alla base, sia della norma di legge in quanto frutto di volontà politico-parlamentare, sia del negozio giuridico in quanto punto d'incontro di diverse volontà ed interessi.

Così l'amministrazione diviene il vero regno del 'giuridico', l'interprete più autentica dell'interesse generale, il nuovo terreno di neutralizzazione dei conflitti sociali. Lo Stato amministrativo *è* lo Stato di diritto, perché è lo Stato che mantiene ferma la dimensione dell'impersonalità del potere tramite il primato dell'amministrazione. Così, le lesioni dello Stato di diritto non saranno più ricercate all'interno della vecchia problematica dell'abuso, non saranno più combattute con il ricorso alla norma, ma saranno individuate soprattutto nei tentativi di coinvolgere l'amministrazione nella particolarità degli interessi, di condizionare dall'esterno l'operato dell'autorità amministrativa, anche quando ciò avvenga con il tentativo di legarla più saldamente ad una norma legislativa, o di sottoporla all'applicazione del diritto privato.

Questo è il senso ultimo dello Stato amministrativo come Stato giuridico, ed è anche il suo senso storico. Esso è in effetti *la forma politica del tardo Stato liberale*, con la quale si tenta di incasellare tutta la nuova attività sociale del potere pubblico nei rigidi confini del diritto pubblico-amministrativo quale diritto fondato sulla preminenza assoluta dello Stato-persona. La nostra storia costituzionale è anzi caratterizzata proprio dalla presenza di questo tipo di forma politica, dal fatto che, a partire dalla fine del secolo scorso, la risposta alla crisi dello Stato liberale è una risposta orientata da un preciso piano di politica del diritto consistente nel riproporre la funzione amministrativa come funzione originaria, nel ridimensionare dunque il ruolo del Parlamento e della sua normazione. Conseguentemente, lo Stato amministrativo è anche la forma politica che in Italia obbiettivamente favorisce e garantisce la continuità del dato

giuridico tra Stato liberale e fascismo, che consente infine al nuovo regime politico di proporsi, non solo, per un verso, come eversore della tradizione liberale, ma anche, per altro verso, come vera ed ancor più autentica realizzazione dei principii dello Stato giuridico.

Si capisce allora meglio la problematica — da più parti sollevata — del 'pluralismo depotenziato', della celebre teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici come possibile complesso di opzioni anti-statualistiche che non riesce però a tradursi effettivamente in tal senso all'interno del diritto pubblico contemporaneo. Un simile modo di impostare tale problema deve essere probabilmente superato. Così, quando Romano afferma ne *L'ordinamento giuridico* che lo « lo Stato attuale è dal diritto positivo atteggiato in modo da escludere che esso sia divenuto l'unico ente che decide del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali », egli non intende solo riferirsi, sul piano descrittivo, alla tendenza di « una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente » (106), ma intende anche mettere in rilievo una incapacità specifica dello Stato, dettata dal fatto che esso pretende di inquadrare la realtà sociale in *norme*, di provenienza legislativa, e comunque ispirate a logiche tradizionali di stampo privatistico.

Ma il Romano del 1917 propone già un superamento di tale incapacità, appunto attraverso il superamento di una concezione puramente normativistica del diritto; solo l'adesione ad un punto di vista istituzionistico consente, non solo di comprendere interi settori specifici dell'esperienza giuridica, come il diritto internazionale, il diritto ecclesiastico, gli stessi rapporti tra gli organi ed i poteri dello Stato (107), ma anche di predisporre un corretto criterio di riconoscimento del 'giuridico' nella società. Il passaggio al punto di vista istituzionistico rappresenta per Santi Romano, in questo àmbito, il passaggio ad una definizione autenticamente pubblicistica del diritto, fondata sulle esigenze specifiche del diritto pubblico (108), che

---

(106) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1917, 1946 (seconda edizione), rist. Firenze 1977, p. 113.

(107) *Ivi*, p. 38 e p. 217 ss.

(108) *Ivi*, p. 7 e ss. e p. 98. Ma si tratta di luoghi dell'opera romaniana citati in senso esemplificativo. È tutto il saggio del 1917 ad essere ispirato nella direzione indicata nel testo.

consente di non vedere più nella realtà sociale una serie indefinita di rapporti giuridici — come dal punto di vista normativistico-privatistico —, ma piuttosto una serie di entità organizzate, di istituzioni. Ciò permette, a sua volta, d'individuare *un certo tipo di pluralità*, che definirei giuridico-pubblicistica, nel senso che essa risulta da forze non « meramente individuali » (109), come Romano afferma in una pagina decisiva de *L'ordinamento giuridico*. La pluralità giuridica esiste dunque solo a condizione di espungere dalle istituzioni le forze 'meramente individuali', che consistono per il nostro giurista « in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale » (110).

Dunque, la teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici non consiste, come troppo spesso si ripete, in una generica contestazione del monopolio statuale del diritto, ma si sostanzia invece nella precisa proposta, di un giurista, di sostituire ai criteri normativistici-privatistici di riconoscimento del diritto nella società, criteri di tipo istituzionistico-pubblicistico, che in sintesi si fondano sulla capacità dello Stato di discernere il 'giuridico' dal 'meramente individuale', al di là delle definizioni normative. Se questa opera di riconoscimento non può più essere condotta avanti con il tradizionale apparato normativo, noi sappiamo ora che essa ha un nuovo soggetto protagonista, si attua cioè attraverso il continuo operato dell'amministrazione quale tutrice ed interprete dell'impersonalità del potere pubblico, dunque sulla base della capacità delle autorità amministrative di sottrarsi proprio alle spinte 'meramente individuali' ed 'antisociali', ai particolarismi non conciliabili con l'interesse generale rappresentato dalla stessa amministrazione.

Non stupirà allora il fatto che, concludendo il suo *Corso di diritto costituzionale* del 1926 (111), Santi Romano distingua con grande chiarezza tra « associazioni permesse » e tutelate dal diritto, e « associazioni né permesse, né vietate », che sono, tra le altre, le « associazioni politiche », in concreto gli stessi partiti politici: questi vivono in una sfera che è di pura « libertà di fatto » — siamo in anni

(109) *Ivi*, p. 43.
(110) *Ivi*, p. 44.
(111) S. Romano, *Corso di diritto costituzionale* cit., pp. 335-336.

tragicamente decisivi per queste vicende —, dunque extragiuridica, come tale, secondo i criteri del 1917, di 'mera individualità', o 'antisociale'. Certo, la debole posizione della libertà di associazione politica in campo giuridico è da riconnettersi, anche per Romano, alla mancanza di una legge in materia, alla dimostrata, e già consumata, incapacità del diritto costituzionale dell'età liberale, a partire dallo Statuto, di pervenire ad una organica definizione normativa di tale libertà. Ma quel che è certo è che Romano, sulla base delle proprie teorie, trae da questa 'incapacità' tutte le conseguenze possibili in ordine ai poteri dell'autorità amministrativa. Sulla liceità delle associazioni politiche decide dunque da sola la stessa autorità amministrativa:

> l'autorità esecutiva può procedere al loro scioglimento e, in tal caso, può vietarne la ricostituzione, tutte le volte che le ritenga pericolose per l'ordine pubblico (112).

La pluralità romaniana degli ordinamenti giuridici ha dunque al proprio centro il nucleo forte dello Stato amministrativo, lo presuppone, si concretizza nella capacità della pubblica amministrazione di prescindere dal tradizionale approccio normativistico, riconoscendo direttamente nella realtà sociale ciò che è 'giuridico', cioè assimilabile all'interesse generale da esso rappresentato, da ciò che è 'meramente individuale', dunque da espungere come realtà extragiuridica, da controllare anche con strumenti autoritativi. La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici è dunque solo un pezzo, o un aspetto, della teoria romaniana dello Stato amministrativo, e consegue anch'essa alla svalutazione di quel punto di vista normativistico, al quale era per parte sua tenacemente aggrappato Hans Kelsen, e, con lui, tutti i difensori delle prerogative parlamentari. Quella teoria presuppone, non solo un ruolo autonomo ed attivo dell'amministrazione, ma anche una stasi della dinamica politico-parlamentare, sempre più sospinta lontano dal centro della costituzione. L'ordine istituzionistico di Santi Romano è il fondamento teorico del potere autocratico dell'amministrazione.

---

(112) *Ivi*, p. 336.

2.

OTTO MAYER E LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

1. Premessa. Recenti riflessioni sull'opera di Otto Mayer. — 2. Il programma di Otto Mayer (1888). La lotta per l'autonomia della scienza del diritto amministrativo. Il contrasto con Laband. — 3. La coerente attuazione del programma: il 'Diritto amministrativo tedesco' (1895-1896). — 4. L'approdo alla dottrina generale dello Stato (1902-1908). La critica di Mayer ai 'professori tedeschi': il dogma della 'personalità giuridica dello Stato' ed il problema della sovranità.

1. Anche in Germania, come in Italia, l'attenzione degli storici della scienza giuridica del secolo scorso sembra appuntarsi negli ultimi tempi, con sempre maggiore frequenza, sulle discipline pubblicistiche, ed in particolare sulla nota svolta di fine secolo, alla quale si fanno risalire, attraverso un processo di rottura con la precedente tradizione, molte delle consapevolezze acquisite dai nostri giuristi di diritto pubblico (1).

(*) In margine a: O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, hrsg. von E. V. Heyen, 2 Bände, Berlin, Duncker & Humblot, 1981; e E.V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncher & Humblot, 1981.

(1) Limitandoci alla letteratura più recente, per quanto riguarda l'Italia, si possono ricordare: S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, ora anche in questo volume, con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, pp. 67 e ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981; C. MOZZARELLI-S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia, 1981. Sul complesso di queste opere, cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo:*

Nel contesto di questo rinnovato impegno storiografico (2), per ora in prevalenza limitato ai 'punti alti' della riflessione scientifica — Orlando e Santi Romano per l'Italia, Gerber, Laband, Jellinek, Gierke, Hänel per la Germania —, non poteva mancare uno specifico sforzo di approfondimento dei significati fondamentali dell'opera di Otto Mayer, forse il più celebre tra gli amministrativisti tedeschi, certamente il giurista al quale correntemente si attribuisce la 'responsabilità' di aver per primo progettato un disegno integralmente 'giuridico' dell'organizzazione e dell'azione amministrativa secondo prospettive 'formalistiche', di aver ricondotto — o forse ridotto — tutto il complesso studio del fenomeno dell'amministrazione pubblica entro i rigidi binari delle 'forme' e degli 'istituti' giuridici, essenzialmente derivati dalla tradizionale e più radicata scienza del diritto privato, allora per lo più dominata dal 'metodo giuridico' — dal primato dei 'concetti' e dalle tecniche 'costruttivistiche' — imposto dalla Scuola Storica e dalla Pandettistica (3).

Diciamo subito che il volume di Heyen, che ha per primo

---

bilancio della ricerca storiografica in *Ius commune* X (1983), pp. 201-243. Sulla scienza tedesca, sono da ricordare, oltre al volume di Heyen qui in esame: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 15 (1982), 45 ss.; W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg u. Karlsuhe, 1981; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die 'juristische Methode' im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982. Di questi ultimi lavori pubblicati in Germania, non si potrà dar conto nel contesto di queste note. Ci proponiamo di prenderli in esame nel loro complesso in altra occasione.

Da segnalare, infine, il volume *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, hrsg. von E.V. Heyen, Frankfurt a.M., 1982 (*Ius Commune*. Sonderhefte, n. 18), che raccoglie brevi saggi, dedicati alla storia della scienza del diritto amministrativo nei singoli Paesi europei: in particolare il contributo di E.V. HEYEN, *Deutschland*, 29 ss. È poi in preparazione una *Deutsche Verwaltungsgeschichte* — i primi due volumi sono in corso di stampa — in cinque volumi, a cura di H. Pohl G. Ch. von Unruh e K.G.A. Jeserich, che conterrà anche sezioni di storia della scienza.

(2) Rinnovato rispetto ai primi pionieristici contributi di B. DENNEWITZ, *Die Systeme des Verwaltungsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte des modernen Verwaltungsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der modernen Verwaltungswissenschaft*, Hamburg, 1948, per la Germania; e di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), 179 ss., per un quadro complessivo a livello europeo.

(3) Fondamentale rimane in materia il contributo di W. WILHELM, *Zur juristischen*

sollecitato queste nostre riflessioni, mira in modo deciso a far piazza pulita di questo luogo comune, secondo il quale Otto Mayer non sarebbe altro che il traduttore, per quanto di gran rango, dei principali insegnamenti del 'metodo giuridico' d'impronta civilistica sul terreno specifico dell'amministrazione: perfettamente allineato, non solo con la tradizione della *Begriffsjurisprudenz* di Puchta e Jhering, ma anche con quella scienza di diritto pubblico — di Gerber, di Laband, di Jellinek — che a quella medesima tradizione si era ispirata, e che già risultava scienza 'ufficiale' e dominante alla fine del secolo, quando Mayer iniziò a porsi — a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta — il problema specifico dell'amministrazione e del suo contenuto 'giuridico'.

Non a caso Heyen, già nelle pagine introduttive del suo volume (pp. 3 e ss.), mostra come una lettura un po' più approfondita delle interpretazioni fin qui fornite dell'opera del giurista tedesco ci restituisca di lui un'immagine estremamente contraddittoria, e comunque assai complessa. In Mayer si è visto, da parte di giuristi a lui contemporanei come Laband o Wittmayer, o di studiosi impegnati negli ultimi decenni nella ricostruzione storiografica come Badura o Bachof, ora l'alfiere del formalismo giuridico sul terreno dell'amministrazione, il creatore di un rigoroso sistema di principii ed istituti giuridici, ora il giurista di diritto pubblico caratterizzato principalmente da uno spiccato 'senso della realtà', ispirato da criteri d'indagine di tipo 'realistico'; ed ancora: l'apologeta dello Stato di diritto borghese, ridotto a Stato del 'buon ordine' amministrativo e tutto funzionalizzato alla garanzia delle libertà individuali, ma anche il teorizzatore dello 'Stato organico' d'ispirazione hegeliana, proteso alla realizzazione in sé della globalità del popolo, inteso come 'grandezza storica' trascendente la dinamica dell'incontro-scontro tra le singole sfere individuali.

La ricerca di Heyen giunge dunque opportuna come primo tentativo di chiarificazione dei contenuti dell'opera di Mayer. Ed in effetti nel volume in esame si affrontano decisamente le tematiche sopra sommariamente indicate: il 'metodo giuridico' e la componente 'realistica' nell'approccio di Mayer al fenomeno dell'amministrazione, il rapporto con la scienza del diritto privato, quello con la

---

Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M., 1958 (tr. it. *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974).

tradizione politico-filosofico tedesca, ed in particolare con Hegel. Lungo queste linee direttrici è possibile allora avviarsi verso valutazioni più precise dei contributi di Otto Mayer in seno alla scienza giuridica del suo tempo, del suo rapporto con la scuola dominante rappresentata da Laband, della collocazione da attribuire all'opera di Mayer nell'evoluzione complessiva della scienza del diritto amministrativo tra Ottocento e Novecento.

L'indagine di Heyen si muove entro limiti definiti. Di Mayer sono prese in esame esclusivamente le opzioni metodologiche, e più in generale le *geistigen Grundlagen* della sua riflessione scientifica, i presupposti politico-filosofici che orientano la ricerca sul terreno specifico dell'amministrazione. Rimangono fuori invece, per esplicita scelta dell'autore, le celebri costruzioni dogmatiche del giurista tedesco, con procedimento forse non del tutto corretto, particolarmente nel caso di Mayer, che — come vedremo — cercò sempre di far penetrare fin nei dettagli dei singoli istituti giuridici — pensiamo principalmente alla 'proprietà pubblica' — i contenuti scaturenti da quelle *Grundideen*, come 'Stato di diritto', che lo stesso Heyen intende indagare.

Si tratta tuttavia più che altro — come già detto — di un primo approccio all'opera di Mayer, tendente soprattutto a far luce sulla 'figura' del Maestro tedesco, sulla sua personalità scientifica e culturale (4).

Tale sembra essere ad esempio l'oggetto di tutto il primo capitolo (pp. 17-60), nel quale in realtà si studia la biografia intellettuale di Otto Mayer, soprattutto in età giovanile, con ampia utilizzazione di materiali inediti, di carteggi, di testi di storia locale relativi ai luoghi nei quali il giurista tedesco visse ed operò. Ne esce fuori un quadro sufficientemente vivo, forse fin troppo sovrabbondante e dettagliato, dell'am-

---

(4) Heyen aveva già pubblicato quattro saggi su vari e distinti aspetti dell'opera di Mayer. Tra questi può essere ricordato quello più rilevante ai nostri fini: E.V. HEYEN, *Positivistiche Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), 275 ss. Heyen ha inoltre curato, in appendice al secondo volume delle *Kleine Schriften* di Otto Mayer, una bibliografia completa degli scritti dello stesso Mayer, da confrontare con quella, diversamente articolata, predisposta da A. HUEBER, *op. cit.*, 165 ss., dove si trova anche un utile elenco delle recensioni ai volumi di Mayer, e della letteratura esistente sulla sua opera, al quale rinviamo il lettore.

biente sociale, politico, culturale e religioso nel quale si sviluppò la personalità del nostro giurista. Lo scopo è quello di rintracciare le radici ultime delle più profonde convinzioni di Mayer, relative ai fondamentali della sua riflessione sullo Stato, come 'individuo' e 'comunità'. Quasi il *Lebensethos* del giurista tedesco, fondato, da una parte sulla lucida percezione del contenuto individualistico e fortemente conflittuale della nuova società borghese, dall'altra sull'affannosa ricerca di tutta un serie di contrappesi ed antidoti, nella difesa di valori comuni, come 'patria', 'popolo', 'famiglia'. In definitiva, Mayer come intellettuale prodotto da una borghesia colta, in continuo dialogo con la cultura politico-giuridica francese (5), impegnata nella costruzione di una nuova società, ma anche continuamente timorosa degli esiti ultimi di tale ricerca, come ossessionata dall'immagine di una società di mercato in continuo conflitto, permanentemente dominata dal trauma mai superato della Rivoluzione.

Così, attraverso la storia 'interna' della personalità di Mayer, si perviene gradualmente allo studio delle pietre basilari, della sua teoria dello Stato, alle nozioni di 'società', 'popolo', 'diritto', alla filosofia dello Stato e del diritto, alla quale sono dedicati il secondo ed il terzo capitolo del volume di Heyen (pp. 61 e ss.) (6).

Si pongono qui problemi a nostro giudizio di grande rilevanza, anche sul piano più complessivo delle vicende storiche della teoria giuridica dello Stato, e della collocazione in essa del fenomeno dell'amministrazione. La ricerca di Heyen consente ora di scorgere con maggiore chiarezza — seppure con limiti di non poco conto, che in seguito vedremo — i momenti di continuità, ma anche quelli di frattura — rispetto alla tradizione scientifica dello *Staatsrecht* e della *Allgemeine Staatslehre* — contenuti nell'approccio dei giuristi di fine secolo, come Otto Mayer, ai delicati problemi posti dal crescente

---

(5) Mayer visse ed operò fino al 1903 — data della sua chiamata a Lipsia — a Strasburgo, dove come avvocato si occupò anche di diritto civile francese. Esordì nel campo del diritto amministrativo con la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886. Tra le biografie esistenti, quella forse più apprezzabile dal punto di vista della ricostruzione del suo pensiero, è proprio la *Selbstdarstellung* dello stesso Mayer, che anche noi utilizzeremo: si trova in *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, hrsg. von H. Planitz, Leipzig, 1924.

(6) Sono queste forse le pagine più felici del volume, da leggere in connessione con l'articolo dello stesso Heyen cit. alla nota 4.

intervento dello Stato sulla società, alle sue finalità ed alle sue forme organizzative.

Se, da una parte, Mayer è indicato nel saggio in esame come il prosecutore della linea intrapresa da Gerber nel 1865 con i suoi *Gundzüge* (7), operante in chiara polemica con la *Verwaltungslehre* da ultimo impersonata da Lorenz von Stein (8), come il giurista proteso a costruire l'intero sistema di diritto amministrativo come sistema di forme regolanti l'azione statuale prescindendo dall'analisi delle finalità di tale azione in rapporto ai bisogni sociali da soddisfare, dall'altra si ha anche cura di sottolineare i momenti di dissenso con il dominante 'metodo giuridico', soprattutto con Paul Laband e Georg Jellinek.

In realtà, Mayer si riconosce dichiaratamente in una tradizione politico-giuridica più complessiva, risalente alla *Wendung* antirazionalistica ed antiindividualistica d'inizio secolo, che ebbe il suo momento più creativo proprio in Germania, attraverso l'opera di Fichte, di Hegel, degli stessi giuristi della Scuola Storica. In essa, al di là delle ovvie distinzioni interne, si ravvisa il tentativo di una ricomposizione 'organicistica' della società postrivoluzionaria e delle sue dilacerazioni, l'individuazione di un più saldo fondamento 'giuridico' alle istituzioni nel 'popolo', inteso non più come pura somma di cittadini politicamente attivi, ma come omogenea 'grandezza storica' armonicamente riflettentesi nelle espressioni della sovranità statuale: ed in questo senso non vi è contrasto per Mayer tra Hegel e Savigny o Gerber, tra Stato sovrano politicamente attivo e Stato giuridico. Quando si passa però dal piano della costituzione

---

(7) Su questa linea nel suo complesso, cfr. W. WILHELM, *Metodologia*, cit.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958; P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt a.M., 1974; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit. Vedremo in seguito le articolazioni interne, ed il singolare rapporto Gerber-Mayer.

(8) Per i molteplici luoghi della sua opera, nei quali Mayer polemizza con la *Verwaltungslehre* steiniana, rinvio alle pp. 202-203 del volume di Heyen. Una funzione simile a quella svolta in Germania dalla scienza del diritto amministrativo proposta da Mayer può essere individuata in Italia, sempre in direzione critica verso la scienza dell'amministrazione, nell'opera di fine secolo di Vittorio Emanuele Orlando: sul dibattito in merito vedi il volume di C. MOZZARELLI-S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali*, cit., *passim*.

a quello dell'amministrazione, in quella medesima tradizione politico-giuridica Mayer, per l'essenziale tramite della filosofia hegeliana, coglie anche il momento dello Stato-*Unternehmer*, dello Stato come *Maschine* che concretamente lavora per i bisogni della società civile: in questo secondo senso, lo Stato è soprattutto 'fatto di potenza', mai riducibile del tutto entro forme giuridiche, che deve solo *il più possibile, e per quanto possibile*, realizzarsi in forma giuridica, che certamente non è racchiudibile per intero nella formula privatistica della 'personalità giuridica'.

Da qui i ripetuti momenti di contrasto tra Mayer e la scienza giuridica dominante rappresentata da Laband, come detto opportunamente sottolineati da Heyen. Soprattutto la negazione, da parte di Mayer, del dogma della personalità giuridica dello Stato, sul quale avevano edificato in pratica gran parte delle loro costruzioni i giuspubblicisti tedeschi allineati con il 'metodo giuridico'.

La singolarità delle posizioni di Mayer, quasi la sua eterodossia rispetto alla giuspubblicistica ufficiale del *Reich*, è confermata anche a livello di concezione generale dello 'Stato di diritto', alla quale è dedicato il quarto capitolo del volume di Heyen (pp. 166 e ss.). Perché lo Stato sia 'di diritto', non è sufficiente per Mayer che in esso sia ravvisabile la espressione costituzionalmente corretta della globalità del 'popolo', come per Gerber, o lo Stato sovrano e limitato, come per Jellinek, lo Stato tutore dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini: soprattutto la giuridicità dello Stato non può essere ipostatizzata, come in Laband e nei suoi seguaci, affidata alla sua presupposta natura di 'persona giuridica' razionalmente agente.

Possedendo, a differenza dei citati padri dello *Staatsrecht* e della *Allgemeine Staatslehre*, una visione più complessa ed articolata dell'azione amministrativa, certamente non riducibile alla pura dimensione del *Befehl*, Mayer è in grado di ravvisare più lucidamente nello Stato di diritto semplicemente una *linea di tendenza* storicamente attiva a partire dalla crisi definitiva dello Stato di polizia. E non a caso in lui, a differenza dei giuristi contemporanei — e come meglio vedremo in seguito —, gioca un ruolo fondamentale lo strumento dell'analisi storiografica.

In definitiva, lo Stato di diritto è lo Stato che si ispira ai postulati fondamentali dello Stato costituzionale, al primato della legge, alla riserva di legge in materia di proprietà e di diritti fondamentali, alla

divisione dei poteri, ma è soprattutto lo Stato che dinamicamente, nel concreto della sua attività, costruisce in modo graduale la propria dimensione 'giuridica', puntualizzando volta per volta il contenuto e le forme giuridiche dell'azione amministrativa: lo Stato che pone al proprio centro il nuovo fenomeno della *Verwaltung*, l'esigenza di costruire un diritto *specificamente pubblico*, svincolato dai contenuti tradizionali del diritto privato, dominanti nell'età dello Stato di polizia, e continuamente riproponentesi come unica vera possibile dimensione di vita del diritto. In una parola, 'Stato di diritto' vuol dire per Mayer Stato che affianca al diritto privato un diritto di pari dignità e del tutto autonomo: il *diritto pubblico-amministrativo*.

Da qui, l'accusa più volte ripetuta da Mayer, e diretta contro i giuspubblicisti ispirati dal 'metodo giuridico', di non aver concesso spazio autonomo al diritto amministrativo, proprio perché ancora invischiati nella vecchia logica fondamentale dello Stato di polizia, che consentiva di scorgere un'unica possibile forma di vita giuridica, quella privatistica, alla quale si contrapponeva *tout court* il *Befehl* del Sovrano. Lo *Staatsrecht* di Laband non rappresenterebbe allora alcun serio tentativo di costruzione di uno specifico giuridico pubblicistico, ma solo la giustapposizione alle tradizionali impostazioni privatistiche del momento del 'comando', quale unico elemento pubblicizzante. E da qui, conclusivamente, la sostanziale incomprensione, da parte dello stesso Laband e della sua scuola, della rilevanza e della complessità del fenomeno amministrativo, della necessità di riunificare le sparse problematiche scaturenti dall'azione dello Stato secondo principii propri ed autonomi, di creare insomma una scienza del diritto amministrativo.

Ed infine, non può essere taciuto un altro aspetto, che attiene alla concreta esperienza di Mayer come amministratore pubblico, anche questa illustrata da Heyen con grande dovizia di particolari e di documentazione (pp. 137 e ss.). Anch'essa rientra infatti nelle tematiche più generali fino a qui discusse.

Riferendosi al periodo 1898-1902, nel quale il nostro giurista fu impegnato in primo piano nell'amministrazione della città di Strasburgo, Heyen scopre in Mayer un radicato interesse per la politica sociale, forse ispirato da criteri assistenzialistici, ma certamente mosso anche da una profonda consapevolezza della gravità dei

conflitti sociali, che non sempre trova riscontro all'interno del ceto dei giuristi del tempo, specialmente se orientati dai dettami del 'metodo giuridico'. Troviamo così Mayer impegnato a sostenere proposte che convergono verso un più ampio intervento pubblico nell'economia, attraverso la costruzione di alloggi per le classi meno abbienti da realizzare con il finanziamento pubblico, o la fissazione di livelli minimi di salario per le varie categorie di lavoratori, ai quali vincolare gli imprenditori. Così come la legislazione sociale del *Reich*, ed in genere la problematica della 'giustizia sociale', sono oggetto da parte di Mayer di un'attenzione che raramente trova corrispondenza nei giuristi della scuola di Laband. Ciò sia detto naturalmente senza voler oltre misura sopravvalutare questa propensione di Mayer alla politica sociale, che trova il suo limite nei caratteri fondamentali della cultura politico-giuridica del tempo, nella quale lo stesso Mayer pur sempre si riconosceva, e che lo conduceva — come osserva anche Heyen — ad una sostanziale *Skepsis* nei confronti delle energie politiche della società civile, non attivabili se non in termini di disgregante 'particolarizzazione' del 'bene comune', attraverso la creazione di quei sindacati e di quei partiti politici, nei quali comunque veniva ravvisata una rottura del *Gemeinwesens*, una progressiva pericolosa perdita d'identità del 'popolo' inteso come 'grandezza storica'.

Il volume di Heyen si conclude infine con un capitolo dedicato in modo più specifico al tema della 'scienza', alle problematiche di ordine metodologico (pp. 155 e ss.). Si tratta forse della parte più debole dell'indagine, prima di tutto perché risulta evidente la difficoltà di studiare in modo autonomo e quasi staccato il problema del 'metodo', che è invece presente e presupposto in tutta l'opera di Mayer, e che avrebbe dunque dovuto disciogliersi nel corso dell'analisi condotta nei precedenti capitoli sul 'contenuto' dell'opera del giurista tedesco.

Heyen sembra essere dominato in tutta questa parte del suo saggio da una fondamentale intenzione, quella di dimostrare il carattere sostanzialmente 'realista' della metodologia adoperata da Mayer. Non si riesce però a comprendere in cosa consista, ed in cosa si traduca concretamente, questo 'realismo'. Anche se Heyen torna ad affermare che una verifica a livello operativo, sui risultati del lavoro di costruzione giuridica, sugli istituti giuridici, non rientra nei

confini della sua indagine, è tuttavia evidente che è comunque necessario un oggetto — in ipotesi, lo Stato nel suo complesso, o la pubblica amministrazione, o comunque il fenomeno amministrativo — al quale poter riferire l'atteggiamento metodologico che si presume come 'realistico'. Altrimenti accade — come in effetti è accaduto in queste pagine ad Heyen — che la ricerca sul metodo si riduce alla composizione più o meno abile di citazioni relative alle intenzioni o ai propositi metodologici di un determinato giurista, confermando l'inopportunità — come sopra dicevamo — di distaccare lo studio delle 'metodologie' da quello dei 'contenuti'.

Del resto, lo stesso Heyen mostra come, rimanendo a livello di 'proclami' metodologici, sia possibile reperire, anche nell'opera di Mayer, opzioni spesso di segno opposto. Da una parte, l'indicazione del vero oggetto della scienza giuridica nel 'diritto reale', o nella 'realtà del diritto' — ma quante opere di giuristi 'formalisti' sono colme di riferimenti alla concreta 'vita' del diritto? —, dall'altra la netta consapevolezza della medesima scienza giuridica come scienza di 'forme', di *festen Formen* che si traducono poi in istituti giuridici, da coordinare in sistema secondo i noti procedimenti costruttivi assunti dalla scienza del diritto privato; da una parte, la serrata polemica contro i *Luftgebäude* edificati a causa degli eccessi formalistici della logica giuridica, il continuo richiamo all'importanza dello studio della prassi e della giurisprudenza, dall'altra la ribadita centralità dei 'concetti' nelle evoluzioni della scienza giuridica.

Queste contraddizioni, non spiegabili a livello di pure e semplici dichiarazioni d'intenti, e che invece sarebbero state da verificare in rapporto ai 'contenuti' dell'opera di Mayer, conducono Heyen ad una formula conclusiva estremamente generica e priva di qualsivoglia contenuto chiarificatore, secondo la quale il metodo di Mayer sarebbe ispirato ad una 'giurisprudenza costruttiva storico-realistica' (p. 192), da ricondurre ai 'principii organici' di Savigny ed alla categoria degli 'scopi' di Jhering (id.).

In realtà, appare assai ingenua l'attribuzione a questo tipo di 'realismo', così genericamente concepito, di una carica sostanzialmente eversiva nei confronti del positivismo giuridico d'impronta statualistico-formalistica, carica alla quale si fa qui risalire globalmente la fondamentale differenza tra l'opera di Mayer e quella di Laband (p. 206). Credo anch'io che sia possibile parlare di una

rilevante eterogeneità di determinati aspetti del lavoro teorico di Mayer rispetto a certe convinzioni radicate nella scienza dominante rappresentata da Laband, ma essi sono a mio giudizio da ricondurre a ben altre componenti del pensiero di Mayer, convergenti in sintesi verso la rottura dell'armonia interna allo *Staatsrecht*, verso la considerazione autonoma, e sempre più centrale, del fenomeno della *Verwaltung*. Questa viene vista, non più come l'ideale e pratico completamento dello Stato *di diritto* e della sua costituzione interna, ma come *nuovo autonomo* fenomeno che storicamente conduce anche a momenti di radicale dissidio con i postulati sui quali si fonda quella costituzione.

Il 'realismo' di Mayer non è allora quello dei 'principii organici' di Savigny — ed anzi credo che in essi non si debba vedere altro che una delle radici del 'formalismo' di fine secolo (9), —, ma è racchiuso invece in questa spregiudicata concezione della *Verwaltung* come collettivo *Unternehmer* che lavora per la soluzione dei problemi della società, nella concezione-base dello Stato come 'fatto di potenza', al quale non è essenziale sempre e comunque la dimensione del diritto, dello Stato, che può dirsi *di diritto*, non per la sua presupposta 'natura' di persona giuridica, ma come risultato di concreti processi storici all'interno dei quali i giuristi sono chiamati a svolgere un ruolo fondamentale, di definizione continua e progressiva delle forme di organizzazione e di azione dello Stato medesimo.

Certo, su questo terreno incontriamo la sgradevole realtà dello Stato-potenza, una specificità del diritto pubblico-amministrativo che per Mayer consiste nella 'giuridica diseguaglianza' tra Stato e cittadino, un'amministrazione non sempre vincolata in modo rassicurante alle garanzie offerte ai cittadini dalla legge. Eppure proprio qui sta il Mayer che ancora ci può interessare, quello tramite il quale è possibile mettere a nudo, mediante l'unico 'realismo' di lui che ancora ci serva, il concreto intreccio diritto-potere, al di là delle

---

(9) Sul punto, sia consentito rinviare ai miei due contributi: *Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), 319 ss., ora anche in questo volume, pp. 3 e ss.; e *La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in *Il pensiero politico*, XV (1982), 92 ss., ora anche in questo volume, pp. 23 e ss..

formule pangiuridiche o dei rozzi ideologismi, dei vari 'primati', siano essi del 'diritto' o della 'politica'.

Non ci interessa dunque recuperare il contenuto 'liberale' dell'opera di Mayer, o la sua figura di giurista 'scopritore' della 'realtà del nostro diritto', magari in forma di 'principii organici' — in questa duplice direzione conclude la sua indagine Heyen (pp. 207-208) —, ma rileggere quelle pagine del nostro giurista, che troppo presto sono state rimosse e dimenticate, perché ideologicamente tacciate di *Etatismus* illiberale: pagine nelle quali lo Stato e la sua *Verwaltung* appaiono finalmente nella veste di soggetti sovrani autonomamente produttivi di decisioni influenti sugli assetti della collettività, da regolare attraverso il ricorso consapevole e progressivo allo strumento giuridico, da ricondurre, mediante una serie di mediazioni attive, nel quadro istituzionale suggerito dall'ideale politico dello Stato di diritto.

Per questa nostra personale rilettura, ci varremo anche delle *Kleine Schriften* di Otto Mayer, recentemente pubblicate a cura dello stesso Heyen, che ha in tal modo posto a disposizione degli studiosi uno strumento indispensabile d'indagine.

2. Il 1888 è un anno decisivo nell'evoluzione dell'opera e del pensiero di Otto Mayer. È infatti l'anno nel quale il nostro giurista assume da Karl Binding, curatore dell'*Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, il compito di realizzare una trattazione organica e completa del diritto amministrativo tedesco, che si tradurrà dopo sette anni nei due volumi della sua opera più celebre, il *Deutsches Verwaltungsrecht* (10). È anche e soprattutto l'anno nel quale Otto Mayer prende decisamente posizione, con il saggio sui contratti di diritto pubblico (11), nell'àmbito delle dispute sollevate nella scienza

(10) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, due voll. , Leipzig, 1895-1896. Sulle ricerche di Mayer in questi anni, cfr. la sua *Selbstdarstellung*, cit., 12.

(11) O. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 3 (1888), 3 ss., ora in O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, due voll. , hrsg. von E.V. Heyen, Berlin, 1981, vol. 1, 3 ss. Utilizzeremo ampiamente la raccolta di scritti di Mayer, citandola con le sigle KS I e II.

giuridica del tempo dalla pubblicazione della sua *Theorie des französischen Verwaltungsrechtes* (12).

Di tali dispute rimane traccia in tre recensioni alla *Theorie*, che conviene qui esaminare, proprio per meglio collocare nella cultura giuspubblicistica tedesca lo sforzo ricostruttivo intrapreso da Mayer a partire dalla metà degli anni Ottanta (13).

Nettamente critica, ed anzi quasi del tutto distruttiva, l'opinione espressa da Edgard Loening, che nella *Theorie* di Mayer vedeva perfettamente esemplati tutti i vizi ed i pericoli insiti in quel metodo formalistico-costruttivistico, che a suo giudizio conduceva i giuristi di diritto pubblico ad una sostanziale incomprensione delle concrete esigenze dell'amministrazione e del suo diritto positivo. L'assunzione del punto di vista formalistico conduceva inoltre, secondo Loening, a costruire tutto il diritto amministrativo dalla parte dello Stato e dell'autorità, come scienza delle forme attraverso le quali si realizza l'*Einwirkung* del potere pubblico nelle sfere individuali, con una costante disattenzione, o peggio disfavore, per i diritti pubblici dei cittadini, mai studiati nel loro contenuto costituente limite effettivo all'azione dello Stato (14).

Critica al 'formalismo' ed allo 'statualismo' di Otto Mayer vanno dunque fin dall'inizio di pari passo. Gli viene rimproverato, non solo il tentativo di racchiudere tutta l'azione amministrativa entro forme giuridiche di origine privatistica — la proprietà pubblica, le servitù di diritto pubblico, i contratti di diritto pubblico, e così via —, prescindendo dalla concreta dinamica bisogni-scopi e dalla trattazione dei singoli 'settori' nei quali si realizza l'intervento pubblico — amministrazione sanitaria, scolastica, eccetera —, ma anche di essere portatore in terra tedesca di nozioni autoritativamente collegate ai

---

(12) La *Theorie* di Mayer non sarà presa in esame direttamente in questo saggio. Essa meriterebbe un'apposita analisi, sul filo conduttore della storia degli istituti giuridici del diritto amministrativo francese, recepiti e trasformati da Mayer in Germania.

(13) Le recensioni sono: E. Loening, *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft im Deutschen Reich*, hrsg. von G. Schmoller, 11 (1887), 541 ss.; H. Rehm, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XXIX (1887), 106 ss.; P. Laband, in *Archiv für öffentliches Recht*, II (1887), 149 ss.

(14) E. Loening, *rec. cit.*, 551 ss.

privilegi della pubblica amministrazione caratteristici dell'ordinamento giuridico francese (15).

Nello stesso 'contratto di diritto pubblico' viene ravvisato il tentativo d'individuare una 'contrattualità' della pubblica amministrazione essenzialmente diversa da quella civilistica, fondata in modo speciale e derogatorio sui poteri di supremazia di parte pubblica, tutta costruita sulla dominante figura generale dell'atto amministrativo, non a caso di derivazione francese (16). Loening conclude dunque invitando i giuristi tedeschi ad ignorare i modelli proposti da Mayer, nei quali è contenuta a suo giudizio, non solo l'opzione 'formalistica', ma anche quella 'autoritaria', per la creazione di un diritto amministrativo che, sulla base dell'esempio francese, costituisca un *Sonderrecht*, per sé costruito, e sfuggente al controllo dei giudici ordinari; e respingendo a questo proposito l'accusa rivolta dallo stesso Mayer alla scienza ed alla legislazione tedesca — più volte ripetuta dal nostro giurista, come vedremo in seguito —, di essere in ultima analisi ancora strettamente legate all'idea, caratteristica dello Stato di polizia, dello Stato agente come *Fiskus* sul piano degli ordinari rapporti di diritto privato, in modo del tutto scisso dal momento pubblicistico dell'autorità (17).

Del tutto simili le critiche alla *Theorie* di Mayer contenute nella recensione di Hans Rehm. Anche in questo caso, l'opera di Mayer viene accusata di una forzata riduzione della problematica amministrativistica secondo prospettive formalistiche prescindenti dalla concretezza degli *Staatszwecke* e delle singole 'materie' formanti i distinti oggetti dell'intervento statuale; di aver collocato nelle figure dell'atto amministrativo e del contratto di diritto pubblico il nucleo di una pubblicizzazione dell'attività amministrativa diretta in senso unilaterale e tendenzialmente autoritario (18).

Ma ben più rilevante, riassuntivo delle critiche a Mayer sopra esposte, e doppiamente interessante perché proveniente dal capo-scuola del 'metodo giuridico', è l'intervento critico di Paul Laband,

---

(15) *Ibid.*, 557 ss.
(16) *Ibid.*, 557.
(17) *Ibid.*, 560.
(18) H. Rehm, *rec. cit.*, 106, 117 ss.

come gli altri costruito quale recensione alla *Theorie* di Mayer, ma ancor più degli altri pensato in relazione ai compiti complessivi della scienza del diritto pubblico (19). Bisogna subito osservare che Laband, anche in altri suoi scritti di altro periodo, ha sempre indicato in Mayer il giurista che ha elevato il diritto amministrativo e la sua scienza « aus einer Zusammenstellung von Vorschriften zur Höhe eines wissenschaftlichen Systems »: e ciò già attraverso la stessa *Theorie* della quale stiamo discutendo, che inizia secondo Laband « durch die scharfe Entwicklung der dogmatischen Begriffe eine neue Periode der Behandlung des Verwaltungsrechts » (20).

Ma l'adesione di Mayer ai postulati del 'metodo giuridico' non significa che Laband concordi pienamente con l'operazione che lo stesso Mayer stava conducendo in seno alla scienza di diritto pubblico. Difendendo la necessaria unità dello *Staatsrecht*, Laband attacca decisamente il tentativo di rendere autonomo il diritto amministrativo e la sua scienza. Per il caposcuola del 'metodo giuridico', il « Verwaltungsrecht ist nicht eine spezifische Art von Recht », ma solo « die Summe derjenigen Rechtssätze, welche die öffentliche Verwaltung betreffen », e che a loro volta mantengono il carattere originario di *Rechtssätze* pubblicistiche, privatistiche, penalistiche e processualistiche (21).

Non vi è dunque alcuna possibilità di costruire un'autonoma scienza del diritto amministrativo, poiché manca l'oggetto di tale scienza, il diritto amministrativo come forma specifica di diritto. Se Mayer vuole camminare in tale direzione, è perché egli si muove, secondo Laband, sotto la pressante influenza del diritto francese, dove si è realizzato un particolarissimo rapporto fra *Justiz* e *Verwaltung*, fondato sulla sostanziale autonomia della seconda, sulla creazione per essa di un *Sonderrecht*, appunto il diritto amministrativo;

---

(19) Si apre, con questa recensione critica di Laband a Mayer, un rapporto conflittuale tra i due giuristi, che cercheremo di seguire nel suo evolversi nelle pagine successive.

(20) Così P. LABAND, *Geburtstage bedeutender Rechtslehrer: Otto Mayer, zum 70. Lebensjahr*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 21 (1916), 315; lo stesso giudizio anche in P. LABAND, *rec. cit.*, 150-151.

(21) P. LABAND, *rec. cit.*, 155-156.

ed ancora una volta al centro della critica è la figura dei contratti di diritto pubblico, derivati dal *contrat admnistratif* francese (22).

La critica di Laband non si fonda, come nel caso di Loening, su presupposti di carattere ideologico, egli non ravvisa nella autonomizzazione del diritto amministrativo uno strumento pericolosamente costitutivo di privilegi a favore della pubblica amministrazione. Ben diverso è il taglio della critica labandiana a Mayer, che si muove tutta a livello di modalità del 'programma scientifico' di attuazione dello Stato giuridico. Per Laband, l'autonomia del diritto amministrativo non è tanto politicamente inopportuna quanto insostenibile sul piano scientifico, per la sostanziale inesistenza di un distinto e specifico oggetto di ricerca. Si potrebbe aggiungere; Laband non avverte alcuna necessità di un 'diritto amministrativo' poiché pensa che ogni problema di giuridicizzazione della materia pubblicistica sia risolto, in seno allo *Staatsrecht*, dalla sistematica riconnessione delle *Rechtssätze*, di varia origine, al momento centrale, costituzionale, dello Stato-persona sovrano e razionalmente agente (23).

Mayer ricerca invece lo *specifico giuridico pubblico-amministrativo* proprio perché non crede — come meglio vedremo in seguito — nella 'natura' essenzialmente giuridica dello Stato e della sua *Verwaltung*, o meglio non la presuppone come Laband, ma la intende come obbiettivo da raggiungere, da conquistare mediante l'indagine minuta e paziente delle forme di azione dello Stato medesimo, della loro cristallizzazione in rapporti ed istituti giuridici: lo Stato giuridico come battaglia del presente, come ideale di tendenza, e non più come indimostrata verità scientifica, aprioristicamente assunta dai giuristi nelle loro elaborazioni.

Il significato fondamentale di tale contrasto viene in primo piano con il saggio di Mayer del 1888, dedicato ai contratti pubblici, che costituisce una vera e propria replica alle critiche mosse alla *Theorie*, e nello stesso tempo la formulazione definitiva del pro-

---

(22) *Ibid.*, 156 ss.

(23) Che questa fosse la posizione di Laband, è confermato dallo stesso O. MAYER, *Ein Stück curriculum vitae*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 14 (1909), 1041-1046, dove lo stesso Mayer racconta dei suoi primi interessi per il diritto amministrativo, e dell'accoglienza piuttosto fredda ricevuta a questo proposito da Laband.

gramma di ricerca che condurrà il nostro giurista, nello spazio di sette anni, alla stesura della sua opera fondamentale, il *Deutsches Verwaltungsrecht*.

Quanto siano state rilevanti e stimolanti per Mayer le critiche di Laband, lo si capisce subito dalle primissime pagine del saggio, nelle quali l'autore si preoccupa soprattutto di replicare alla voce autorevole del caposcuola del 'metodo giuridico', che aveva negato « Daseinsberechtigung » alla scienza del diritto amministrativo, alla sua possibilità di costituirsi come « System von eigenthümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung » (24).

Mayer vede esattamente i motivi di tale opposizione di Laband, per il quale non esiste « Stoff genug » per un'autonoma considerazione scientifica della materia amministrativa, dal momento che *tutto* il diritto pubblico non è altro che la sistematica riconnessione di istituti giuridici di varia origine, e principalmente civilistica, all'unica vera possibile dimensione pubblicistica, quella del *Befehl* (25).

Ed ecco perché secondo Mayer diventa particolarmente chiarificante la questione dei contratti di diritto pubblico: a questo livello è possibile mostrare come i rapporti autenticamente pubblicistici siano ben più varii e complessi di quelli riconducibili all'istituto del *Befehl*. Tra i due poli opposti del comando e del legame Stato-cittadino di tipo contrattualprivatistico sta una sorta di zona grigia, che Laband non riesce a vedere, che Mayer intende invece esplorare, soprattutto conquistare alla scienza del diritto pubblico (26).

Per far questo, Mayer deve, da una parte descrivere la crescente complessità delle forme di espressione dell'*imperium* statuale — il comando ma anche l'atto amministrativo circondato di determinate garanzie, e lo stesso contratto, in tal senso 'di diritto pubblico' —, dall'altra scavare nell'ampio territorio dell'attività statuale tradizionalmente sottoposta al dominio del diritto privato, ritrovare in esso i segni, altrimenti nascosti, dello specifico pubblicistico, della stessa autorità dello Stato. Il diritto pubblico è qualcosa di più del diritto del *Befehl* statuale. Proprio per questo tende ad espandersi verso

---

(24) O. MAYER, *Zur Lehre*, cit., in KS I, 3. In nota alla medesima pagina si trovano anche le risposte di Mayer alle critiche di Loening sopra analizzate.

(25) *Ibid.*, 4.

(26) *Ibid.*, 4.

nuove regioni, principalmente verso quelle attività dello Stato di prevalente contenuto patrimoniale, che come tali si sarebbero volute mantenere per intero sotto il dominio del diritto privato. Quest'ultima intenzione, alla sua contrapposta, è attribuita da Mayer a larghi settori della cultura giuspubblicistica del tempo, a suo giudizio ancora influenzati dalle teorie dominanti nell'età dello Stato di polizia, secondo le quali al comando del Sovrano, unico momento autenticamente pubblicistico, espressione dello Stato 'vero e proprio', si accompagnava, per i rapporti che presentassero risvolti di carattere patrimoniale, l'attività del *Fiskus*, soggettività separata da quella che aveva originato il comando, e che agiva su un piano di puro diritto privato (27).

Questa accusa è rivolta esplicitamente da Mayer allo stesso Laband, in alcune pagine autobiografiche dedicate a spiegare l'origine del saggio del 1888 sui contratti pubblici (28). Qui si rimprovera a Laband di essere fortemente condizionato dalla « altpreussische Betrachtungsweise », secondo la quale alla centralità del comando del Sovrano corrispondeva, come rovescio della medaglia, una vastissima applicazione del diritto privato alle attività della pubblica amministrazione, tale da impedire a priori l'applicabilità del diritto pubblico a tutti i rapporti aventi contenuto in qualche modo patrimoniale (29).

Mayer persegue allora con il saggio del 1888 un obbiettivo dichiaratamente polemico. Mostrare, com'egli dice, che i contratti di diritto pubblico non sono 'veri contratti', ovviamente nel senso contrattualprivatistico (30), significa spezzare il vecchio quadro di riferimento dello Stato di polizia, mostrare come la sovranità statuale si esprima, non solo tramite il *Befehl*, ma anche in forme contrattuali di 'natura' diversa da quella civilistica, e corrispondentemente come il modello tipicamente pubblicistico dell'autorità sia presente anche nelle attività contrattuali della pubblica amministrazione aventi ordinariamente contenuto patrimoniale: come in definitiva esista, *contra*

---

(27) Sul *Fiskus* avremo occasione di tornare in seguito, data la notevole rilevanza di questa problematica in tutta l'opera di Mayer.

(28) O. MAYER, *Selbstdarstellung*, cit., 11 ss.

(29) *Ibid.*, 11.

(30) *Ibid.*, 11-12.

Laband, 'materia sufficiente' per la scienza del diritto amministrativo.

Si spiegano così le opzioni rigidamente unilateralpubblicistiche contenute nel saggio del 1888 a proposito del vasto territorio della contrattualità della pubblica amministrazione. Le si spiegano cioè con la necessità, da Mayer fortemente avvertita, di combattere il tradizionale dominio del diritto privato, tipico dell'età dello Stato di polizia, ed a suo giudizio non ancora del tutto superato in Germania alla fine del diciannovesimo secolo (31).

Lo sforzo di pubblicizzazione è ancora una volta fondato in Mayer sul modello del diritto amministrativo francese, nel caso specifico sulla figura del *contrat administratif* (32). È questo un 'tipo' di 'contratto' che possiede autonome « Eigenschaften und Wirkun-

---

(31) Questo sforzo di rigida pubblicizzazione si scontrerà in seguito con le nuove tendenze del nostro secolo, con la progressiva creazione di un diritto comune a privati e pubblici operatori, a base essenzialmente privatistica, che renderà inattuali molte delle costruzioni del nostro giurista. Per ora basta ricordare che il tema dei contratti di diritto pubblico coinvolgeva il delicato settore delle concessioni amministrative, sul quale si è avuto di recente il brillante studio, per quanto riguarda riguarda l'Italia, di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, dove s'individua con esattezza nel 'negozio di diritto pubblico', nel quale aspetto privatistico e pubblicistico si fondono a favore del secondo, l'ostacolo più serio ad una vasta applicazione delle norme di diritto privato ai rapporti concessori. Tale applicazione si estenderà quando si sarà capaci di scindere, come atti connessi ma distinti, il provvedimento della pubblica amministrazione ed il negozio di diritto privato (255 ss.). Sul tema, cfr. anche F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d. Un primo attento lettore delle tesi di Mayer fu in Italia U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, IV, coll. 369 ss., poi in ID., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 360 ss., che concordava sull'ispirazione di fondo dell'opera del Maestro tedesco, sull'idea che non possano esistere rapporti misti: « la supposizione che lo Stato possa agire contemporaneamente come persona pubblica e privata ripugna ai più elementari principi della scienza moderna » (398); e correttamente interpretava la costruzione di Mayer come tentativo di creare una sorta di *tertium genus* tra contratto privatistico ed atto autoritativo dell'amministrazione, *genus* che si suppone però di 'natura' radicalmente pubblicistica: è in questo senso che M.. D'ALBERTI, *op. cit.*, 131 parla, a proposito di Forti, di « alternativa fittizia » ai progetti di più rigida ed unilaterale pubblicizzazione. Sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione e la relativa riflessione dottrinale, cfr. anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, spec. 75 ss.

(32) O. MAYER, *Zur Lehre*, cit., in KS I, 11 ss.

gen », distinte in modo rigoroso da quelle proprie del contratto di diritto civile (33). Esse si sintetizzano essenzialmente nel fatto che il contratto di diritto pubblico, o *contrat administratif*, « ist von Seiten des Staates ein Verwaltungsakt » (34), cioè una pronuncia autoritativa della pubblica amministrazione fondata unicamente sulla competenza del soggetto emanante: ne consegue che tutta la vita del rapporto giuridico sottostante al contratto non è regolata come nel diritto civile dall'incontro di volontà delle parti e dalle eventuali sentenze dei tribunali, ma da una serie di atti unilaterali della pubblica amministrazione, vincolanti direttamente la controparte, di questa direttamente determinanti la sfera dei diritti e degli obblighi (35).

In questa rigida supremazia dell'autorità statuale viene da Mayer ravvisato il momento specifico distintivo del diritto pubblico, che si realizza in tal modo, non solo per il tramite del *Befehl* direttamente rivolto come tale al cittadino, ma anche all'interno del vasto territorio dei rapporti contrattuali, da riassumere per questa via al dominio del diritto pubblico.

Ciò è tanto più necessario in Germania dove a giudizio di Mayer « mühsamer als anderswo » — è chiaro che il nostro giurista pensa alla Francia — il diritto pubblico è riuscito a liberarsi dal tradizionale primato della prassi e della cultura privatistica (36). Solo recentemente infatti è possibile reperire nelle trattazioni della scienza giuridica tedesca quella centralità della *Staatsgewalt* che per Mayer è il vero segno caratterizzante lo Stato nuovo — lo stesso Stato di diritto —, il superamento definitivo del vecchio sistema dei *Hoheitsrechten* (37). Non esiste d'altra parte alcun 'nazionalismo' germanico che possa giustificare una situazione del genere (38), e Mayer lo

---

(33) *Ibid.*, 15.

(34) *Ibid.*, 17.

(35) *Ibid.*, 15 ss.

(36) *Ibid.*, 19.

(37) *Ibid.*, 20 ss. Il primo superamento del vecchio assetto pubblicistico, in realtà disciplinato da un diritto unico di struttura privatistica, avviene per Mayer già con lo Stato di polizia e la sua *Verwaltung*: cfr. la celebre ricostruzione storiografica di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 23 ss. È in questo senso che lo Stato di diritto sta « auf seinen Schultern » [dello Stato di polizia]: *ibid.*, 53.

(38) Ciò condusse sempre Mayer su vie divergenti da quelle percorse da Otto von

afferma chiaramente: « es gibt keinen deutschnationalen Begriff von öffentlichem Recht, der sich durch einen mehr civilrechtlichen Charakter kennzeichnete » (39). Il compito del presente è dunque quello di un robusto rafforzamento della componente pubblicistica dell'ordinamento giuridico: esso è affidato alla scienza giuridica, che deve in primo luogo distinguere tra diritto pubblico e privato, delimitare in modo netto il campo di applicazione del diritto privato agli atti della pubblica amministrazione.

Sotto quest'ultimo profilo, è da respingere la massima corrente, secondo la quale lo Stato « ist civilrechtlich zu behandeln wenn er thut, was auch ein Privater thun könnte » (40). Infatti, secondo Mayer, in tale massima è ancora una volta contenuta un'evidente sottovalutazione del momento pubblicistico, definito esclusivamente in negativo, come settore 'particolare' all'interno del quale non risulta applicabile il diritto privato presupposto come diritto 'generale'.

La logica di Mayer è inversa, e mira a definire la 'sostanza' dei rapporti pubblicistici, la loro specifica 'natura'. Si applica diritto pubblico ad un determinato rapporto giuridico instaurato dalla pubblica amministrazione, non già perché il diritto privato non sarebbe in quel caso proponibile, ma perché quel rapporto è 'materia' pubblicistica, è rapporto di diritto pubblico. Tale è ordinariamente il rapporto che lo Stato pone in essere con i privati come *Gewaltverhältnis*, inteso come « Rechtsverhältnis, aus welchem einzelne, nicht im Voraus bestimmte Pflichten des einen Theiles fliessen nach dem Willen des anderen Theiles, der sie zu fordern berechtigt ist » (41).

Il rapporto di diritto pubblico è dunque caratterizzato dalla sostanziale « Ungleicheit der beiden Rechtssubjekte » (42), soprattutto dalla inesistenza di un ordinamento giuridico sovrastante che

---

Gierke nonostante che i due giuristi avessero in comune determinate valutazioni critiche dell'opera della scuola labandiana. Sulle critiche di Gierke a Laband, cfr. il mio *Giuristi e costituzione politica*, cit., 319 ss. e 356 ss.; sulla distanza tra Mayer e Gierke, cfr. le osservazioni di E.V. HEYEN, *op. cit*., 75-76.

(39) O. MAYER, *Zur Lehre*, cit., in KS I, 24.

(40) *Ibid.*, 25.

(41) *Ibid.*, 37.

(42) *Ibid.*, 37.

determini 'in anticipo' e con certezza i diritti e gli obblighi del soggetto sottoposto alla *Gewalt* statuale. E ciò vale anche per i contratti di diritto pubblico, che derivano da tale carattere fondamentale dei rapporti pubblicistici la loro radicale eterogeneità rispetto al 'tipo' contrattuale privatistico (43).

Ma il saggio del 1888 prelude già a conclusioni più generali. Nell'àmbito del diritto pubblico, e soprattutto della sua specificità nei confronti del diritto privato, lo Stato *di diritto* non si realizza in termini di subordinazione dello Stato ad un diritto inteso come ordinamento preesistente, tendente il più possibile a ridurre lo Stato medesimo alla dimensione di parte di rapporti giuridici privatisticamente concepiti come rapporti fondati sull'eguaglianza dei soggetti, ma per la capacità, soprattutto della scienza giuridica, di 'scoprire' nuove forme giuridiche, nuovi 'tipi' d'istituti e di rapporti giuridici, che sono quelli autenticamente propri della sfera pubblicistica, delle espressioni autoritative dello Stato sovrano.

Mayer apre così già nel 1888, concludendo il suo saggio, la polemica con la « konservativen Rechtswissenschaft, welche das Gebiet der eigenthümlichen Formen des öffentlichen Rechts auf einen möglichst kleinen Spielraum beschränkt » (44); e contro di essa auspica « ein gewaltiger Aufschwung » della scienza del diritto amministrativo, tale da sottrarre sempre più spazio al « sich auflösende Privatrecht » (45). Ad una crescente diminuzione della sfera d'influenza del diritto privato sugli atti della pubblica amministrazione deve corrispondere una serrata elaborazione scientifica del nuovo diritto pubblico-amministrativo, attraverso la rilettura in senso pubblicistico, cioè con riferimento al momento centrale ed unificante della « Kraft des Staatswillens », di tutta una serie d'istituti che ancora appaiono per loro 'natura' possibili unicamente a livello privatistico. Su questa via, il contratto di diritto pubblico rappresenta solo una tappa, per quanto rilevante: « neben den öffentlichrechtlichen Vertrag stellt sich das öffentlichtrechtliche Ei-

(43) È in questo senso specifico che Mayer ripete, in parecchie pagine del saggio in esame, che i contratti di diritto pubblico non sono 'veri contratti': *ibid.*, 18-19, 30.

(44) *Ibid.*, 43.

(45) *Ibid.*, 60.

gentum, die öffentlichrechtliche Servitut, die öffentlichrechtliche Entschädigung u.s.w. » (46).

3. In questa direzione si muoverà Mayer negli anni successivi, lavorando quasi esclusivamente alla preparazione della sua opera principale, quel *Deutsches Verwaltungsrecht* nel quale molti hanno individuato un autentico momento di svolta nella storia delle discipline giuspubblicistiche (47).

La svolta avviene secondo un duplice filo conduttore: da una parte nei confronti della *Verwaltungslehre*, rappresentata soprattutto da Lorenz von Stein, che viene giudicata incapace di porre in rilievo gli 'istituti giuridici' specifici del diritto amministrativo (48); dall'altra rispetto a quella cultura giuridica pancivilistica, ereditata dall'età dello Stato di polizia, che Mayer riteneva ancora dominante tra gli stessi giuristi di diritto pubblico della fine del secolo, e che giudicava essere l'ostacolo più serio alla costituzione di un'autonoma scienza del diritto pubblico-amministrativo, nel senso indicato nel saggio del 1888.

Si può dire anzi che tutta la celebre 'parte generale' del *Deutsches Verwaltungsrecht* è orientata in prevalenza in questa seconda direzione, fin dalle pagine dedicate alla ricostruzione storiografica del diritto amministrativo tedesco (49). Il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto, al centro degli interessi di Otto Mayer, è interpretato infatti in chiave di graduale transizione da un ordinamento nel quale « ausserhalb des Civilrechts gibt es kein Recht »,

---

(46) *Ibid.*, 61.

(47) Per un inquadramento generale dell'opera di Mayer nell'evoluzione della scienza giuridica ottocentesca, cfr. M. Stolleis, *Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., 63 ss. Tra le più significative recensioni al *Deutsches Verwaltungsrecht*, sono da ricordare: G. Jellinek in *Verwaltungsarchiv*, 5 (1897), 304 ss.; H. Rehm, in *Archiv für öffentliches Recht*, 12 (1897), 590 ss.; M. von Seydel, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 38 (1896), 262 ss.; Id., in *Blätter für administrative Praxis*, 48 (1898), 143 ss.

(48) La critica a Stein è più volte ricorrente nell'opera di Mayer: cfr. *supra*, nota 8; in particolare, vedi O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 16 ss.

(49) La 'parte generale' si compone di tre *Abschnitte: Die geschichtlichen Entwicklungsstufen des deutschen Verwaltungsrechts* (23-66); *Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung* (67-147); *Der Rechtsschutz in Verwaltungssachen* (148-242).

e tutta la sfera pubblicistica si esaurisce nel *Befehl* del Sovrano, ad un ordinamento che si caratterizza per la progressiva emersione del diritto amministrativo, di un complesso di forme ed istituti non comprimibili nei confini del diritto privato, e nello stesso tempo non riducibili alla semplice dimensione del 'comando' (50).

Lo Stato si dice *di diritto* proprio perché, in virtù di tale passaggio storico, il diritto estende il suo raggio di azione dalla sfera privatistica a quella pubblicistica, in particolare penetrando all'interno della sfera della *Verwaltung*. Si creano così, sotto il segno complessivo della « Justizförmigkeit der Verwaltung », crescenti « rechtliche Gebundheiten » per la pubblica amministrazione, di essa rispettando però — ed ecco la 'specificità' del diritto amministrativo — la natura di attività consapevole di perseguimento dei fini dello Stato, come tale non riducibile negli schemi tipici della *Justiz* civilistica (51). Alla base del processo storico che conduce allo Stato di diritto non vi è per Otto Mayer alcuna « rechtliche Notwendigkeit », alcuna 'naturale' estensione allo Stato di un diritto ad esso preesistente come diritto privato-naturale, ma « ein blosses Sollen, eine Forderung an den Staat », che si esprime, mediante la creazione del diritto pubblico-amministrativo, nell'esigenza di un'azione della pubblica amministrazione « möglichst viel » racchiusa in forme e vincoli giuridici (52).

Questi vincoli sono in primo luogo costituiti dai principii dello Stato di diritto, per gli effetti che essi producono a livello di *Verwaltung*: separazione dei poteri, primato della legge formalmente intesa quale atto al quale ha prestato il suo consenso la rappresentanza popolare, riserva di legge in materia di proprietà e di diritti

---

(50) Per l'analisi storiografica di cui nel testo, cfr. *supra*, nota 37; in particolare per lo Stato di polizia e la transizione allo Stato di diritto: *ibid.*, 38 ss. Si tratta di una transizione che avviene secondo una complessa linea di continuità-rottura, poiché, da una parte lo Stato di polizia è considerato incapace di produrre un vero e proprio ordinamento giuridico della *Verwaltung*, dall'altra è ritenuto essenziale fase storica di preparazione, in termini di centralità della *Staatsgewalt*, di quello Stato di diritto al quale Mayer legava la propria opera giuridica: su questa problematica in Mayer, cfr. P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milano, 1968, 135-138.

(51) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 55-66.

(52) *Ibid.*, 66.

fondamentali dei cittadini (53), con ciò che ne consegue in termini di limitazione degli atti del potere esecutivo (54).

Ma anche sotto questo profilo costituzionale delle prerogative del potere legislativo nei confronti della *Verwaltung*, Mayer è attento a sottolineare continuamente la specificità della materia amministrativa rispetto al consueto schema civilistico della *Justiz*, consistente in un'integrale sottoposizione del giudice alla legge: l'amministrazione non può « in dieser Weise durchweg gebunden sein. Bei ihr zeigt sich eine Stufenfolge von der strengsten Gebundenheit bis zu freiester Bewegung » (55).

La creazione di una serie di vincoli alla pubblica amministrazione — il processo per così dire di 'giuridicizzazione' della *Verwaltung* — non è dunque affidata per intero, e forse neppure per gran parte, alla realizzazione dei principii costituzionali, e principalmente all'ideale di necessaria concordanza dell'atto amministrativo con la legge, ma muove soprattutto dalla necessità d'individuare 'forme costanti' — istituti giuridici, come subito vedremo — dell'agire amministrativo che come tali rappresentino anche momenti di garanzia a favore dei cittadini, in termini di prevedibilità e correttezza della stessa attività del potere esecutivo: dunque dall'esigenza di costruire lo specifico giuridico amministrativistico a partire dall'interno della stessa amministrazione, proprio e specialmente sul terreno della 'massima libertà' della sua azione.

Si ha qui in primo luogo l'*atto amministrativo*, conquista essenziale dello Stato di diritto, sconosciuto allo Stato di polizia, perché

---

(53) Allo studio di tali principii fondamentali è dedicata buona parte del secondo *Abschnitt* della 'parte generale': *ibid.*, 67 ss. Per la concezione dello Stato di diritto in Mayer, dal punto di vista dei principii costituzionali e delle garanzie a favore dei diritti dei cittadini, sono rilevanti anche le recensioni dello stesso Mayer a: G. Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 17 (1902), 404 ss.; ed a A. Arndt, *Das selbständige Verordnungsrecht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 18 (1903), 96 ss. Oltre a quanto il nostro giurista scrive sul rapporto tra Stato costituzionale e Stato di diritto nel saggio *Finanzwirtschaft und Finanzrecht*, in *Handbuch der Finanzwissenschaft*, hrsg. von W. Gerloff e F. Meisel, vol. I, Tübingen, 1926, ora in KS I, 369-370.

(54) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 79-80.

(55) *Ibid.*, 84.

« nicht ganz Urteil, nicht ganz Rechtsgeschäft » (56), dunque non spiegabile secondo le tradizionali categorie privatistiche. Esso ha il còmpito di determinare, nel caso singolo, che cosa per il cittadino « Rechtens sein soll » (57), operando, rispetto alla legge, « aus eigener Kraft » (58). Con l'atto amministrativo, l'intero territorio della *Verwaltung*, prima giuridicamente 'vuoto' nell'età dello Stato di polizia, viene ora riempito « mit festen Rechtsverhältnissen » (59), all'interno dei quali assume rilievo variabile la figura del cittadino con la propria sfera di diritti.

Naturalmente, i rapporti dei quali Mayer parla sono di diritto pubblico, nel senso del saggio del 1888, caratterizzati cioè dalla « rechtliche Mehrwertigkeit » a favore della *öffentliche Gewalt* (60). Ciò rende impossibile assumere *i diritti pubblici soggettivi* dei cittadini come elemento costante di tali rapporti: quei diritti si realizzano infatti solo « hier und da » all'interno della vasta gamma delle posizioni giuridiche degli individui di fronte alla pubblica amministrazione, costituendo rispetto ad essa « einen engeren Kreis » (61).

Ma ciò che più interessa è il fatto che per Mayer il processo di giuridicizzazione dell'attività amministrativa inizia già con la semplice esistenza dell'atto amministrativo, indipendentemente dal suo grado di connessione-rispondenza con la legge, o dall'ampiezza dei diritti spettanti ai cittadini, utili solo in un momento successivo, al fine di determinare, per così dire, la misura di tale giuridicizzazione,

---

(56) *Ibid.*, 94.

(57) *Ibid.*, 94.

(58) *Ibid.*, 97.

(59) *Ibid.*, 100.

(60) *Ibid.*, 110.

(61) *Ibid.*, 109 e 135. Cfr. poi le 109 ss. per la trattazione dei diritti pubblici soggettivi. Mayer è noto per la sua concezione restrittiva di tali diritti, intesi unicamente come « rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt selbst » (*ibid.*, 110). Queste pagine del trattato di diritto amministrativo sono da leggere congiuntamente alla recensione di Mayer a G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B., 1892, in *Archiv für öffentliches Recht*, 9 (1894), 280 ss., specialmente per la negazione, da parte del nostro giurista, del *negativer Status* proposto da Jellinek nella sua costruzione dogmatica dei diritti dei cittadini (284). A noi il problema interessa comunque prevalentemente sotto il profilo della relativa adattabilità, o comunque non-centralità, della figura del 'diritto soggettivo' nelle elaborazioni della scienza del diritto amministrativo, dal punto di vista della via intrapresa da Otto Mayer.

il livello di certezza e stabilità assunto dai rapporti Stato-individuo.

Dell'esistenza di una simile impostazione di fondo si ha riprova in molte altre pagine contenute nella parte generale del *Deutsches Verwaltungsrecht*.

È questo certamente il caso della consuetudine come fonte del diritto amministrativo (62). Mayer nega in via generale la possibilità d'integrare il diritto positivo per il tramite della consuetudine, e nell'assumere tale posizione muove proprio dalla particolare natura della *Verwaltung*, in rapporto alla *Justiz* civilistica. Mentre in quest'ultima l'ordinamento giuridico non può presentare lacune, e da qui l'ineliminabilità della funzione integrativa della consuetudine, nel caso della *Verwaltung* « niemals » è per essa « die Rechtsordnung so ganz ihre eigene Daseinsbedingung wie für die Justiz. Sie erscheint in ihr nur 'möglichst'; soweit kein Rechtssatz da ist, wird doch verwaltet und es ist auch gut » (63). Dunque, mentre nell'àmbito dei rapporti di diritto privato si è posti di fronte ad un'alternativa secca, tra soluzione giuridica e non, tra diritto ed arbitrio, nel contesto della realtà pubblicistica *la* soluzione 'giuridica' è solo l'ideale limite al quale tendere, mentre la grande varietà di rapporti giuridici vive concretamente nella dimensione del mutevole intreccio diritto-potere, del continuo ed incessante incontro-scontro tra pieno dispiegamento della soggettività politico-amministrativa statuale e logica del vincolo giuridico.

Ed accanto al problema della consuetudine, si può qui ricordare sommariamente — nella stessa direzione — anche tutto il terzo *Abschnitt* della parte generale, dedicato al 'Rechtsschutz in Verwaltungssachen' (64).

---

(62) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. I, 130 ss.

(63) *Ibid.*, 131. La frase riportata nel testo era stata duramente criticata da Vittorio Emanuele Orlando, che vi aveva scorto una troppo « arrischiata » concezione del rapporto amministrazione-ordinamento giuridico: V.E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, parte complementare al vol. I del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura dello stesso Orlando, Milano, 1897, 1065. Mayer conferma la sua opinione sul punto nella recensione a G. SEIDLER, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des österreichischen Staats-und Verwaltungsrechts*, Stuttgart, 1898, in *Archiv für öffentliches Recht*, 14 (1899), 132 ss.

(64) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 148 ss. È appena il caso di sottolineare che qui non può essere trattato nella sua autonomia il pensiero di Otto

Anche qui infatti la preoccupazione costante di Otto Mayer appare quella di differenziare i caratteri fondamentali del sistema di difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa dal modello civilistico, della giurisdizione 'ordinaria'.

Mentre nel diritto civile il momento della giurisdizione risulta assolutamente essenziale, poiché tutta la struttura dell'ordinamento altro non è che una complessa rete di sfere di azione individuali garantite — in qualità di diritti soggettivi — dalla presenza e dall'autorità del giudice, nel diritto amministrativo si può anche prescindere dall'esercizio di un'attività giurisdizionale, proprio perché il cuore dell'ordinamento non è collocato nella tutela dei diritti soggettivi, ma nell'emanazione in via autoritativa di atti capaci di puntualizzare in senso giuridico il rapporto Stato-cittadino. Il sistema di difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa si va quindi solo ad aggiungere ad un nucleo giuridicamente già esistente in modo autonomo attorno al centro unificante dell'atto amministrativo (65).

È necessario dunque secondo Mayer liberare la scienza del diritto amministrativo dal pregiudizio civilistico per il quale 'vero' diritto si ha solo in presenza di una 'vera' attività giurisdizionale intesa come protezione di diritti soggettivi: in modo tale che lo Stato stesso tanto più si dirà di diritto quanto più le autorità amministrative sottoporranno i loro atti ad un giudizio di questo tipo, in linea generale esercitato dal giudice per eccellenza, il giudice di diritto civile (66). In realtà, anche per Mayer la giustizia civile costituisce il

---

Mayer riguardo agli istituti della giustizia amministrativa. Ci limiteremo perciò ad alcuni cenni in senso del tutto funzionale alle problematiche più generali esaminate nel testo.

(65) *Ibid.*, 162: « Das Verwaltungsrecht kann bestehen auch ohne Rechtspflege ». Nella stessa direzione, cfr. O. MAYER, *Finanzwirtschaft und Finanzrecht*, cit., in KS I, 388, dove il sistema di difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa è giudicato unicamente fattore di « Verbesserung » dei rapporti Stato-cittadino, e del loro grado di 'stabilità'. Su questi problemi, sono da ricordare anche le recensioni di Mayer a E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, in *Archiv für öffentliches Recht*, I (1886), 720 ss., ed a F. TEZNER, *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, Berlin, 1902, in *Archiv für öffentliches Recht*, 17 (1902), 141 ss.

(66) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 163 ss. A p. 214, nt. 7, si riporta criticamente un'opinione di Gneist, che scorgeva un'assoluta negazione dello Stato di diritto nell'ordinamento francese, dal momento che esso consentiva alle autorità

Vorbild per lo studio delle attività giurisdizionali della pubblica amministrazione, ma solo ed unicamente sotto il profilo della necessaria partecipazione, giuridicamente regolata, del soggetto interessato (67). Conseguentemente, attività giurisdizionale della pubblica amministrazione per il nostro giurista è « Erlassung eines Verwaltungsaktes unter Zuziehung des beteiligten Unterthanen als Partei im Sinne des Civilprozesses und insbesondere mit der Wirkung der Rechtskraftigkeit des Aktes » (68).

Dunque, la sentenza del giudice amministrativo non è altro che un particolare tipo di atto amministrativo, che si caratterizza, di fronte ai 'semplici' atti amministrativi, per questa speciale partecipazione del cittadino, alla quale consegue, sul piano dell'efficacia dell'atto medesimo, un altrettanto particolare grado di stabilità della decisione, la sua « Unabänderlichkeit » nel senso della « Gebundenheit dieses Aktes dem Unterthanen gegenüber », e del connesso vincolo in capo alla pubblica amministrazione (69).

In definitiva, con il sistema di difese giurisdizionali contro l'azione amministrativa, non si realizza affatto la 'perfezione' del diritto amministrativo, la sua piena 'giuridicizzazione', consistente, sulla base del modello civilistico, nell'esercizio di un'attività giurisdizionale, che miri in primo luogo alla tutela dei diritti soggettivi garantiti dalla legge ai cittadini; si consegue invece, per ciò che riguarda il giudice amministrativo, ed in progressione unilineare a partire dalla teoria dell'atto amministrativo, semplicemente un più intenso ed elevato grado di stabilità — ed in tal senso di 'giuridicità' — della decisione amministrativa, posto *anche* a tutela e garanzia delle situazioni giuridiche individuali. Ancora una volta, non si ricerca lo Stato di diritto, come tale per Mayer ingiustificatamente fondato su concezioni pancivilistiche, ma uno Stato che possa realisticamente, e tenendo conto della particolare natura giuridica

---

amministrative di giudicare su questioni aventi contenuto patrimoniale, come tali da attribuire al settore del diritto privato, secondo un'equazione rigida da Mayer — come più avanti vedremo — costantemente criticata.

(67) *Ibid.*, 172-173 ss.

(68) *Ibid.*, 177. Su questo problema della *Rechtskraft* nel diritto amministrativo, è di grande rilievo il denso saggio di O. Mayer, *Zur Lehre der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*, in *Archiv für offentliches Recht*, 21 (1907), 1 ss., ora in KS I, 78 ss.

(69) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 175-176.

della sfera pubblicistica, definirsi nella sua concreta attività *il più possibile* di diritto.

L'impostazione di Mayer conduce complessivamente a sottrarre al momento giurisdizionale, ed in particolare al giudice civile, la qualifica di strumento necessario di attuazione del 'giuridico' in seno all'amministrazione. L'attività amministrativa non è meno 'giuridica' se esercitata esclusivamente per mezzo di 'semplici' atti amministrativi, così come non è meno 'giuridico' quel sistema di difese giurisdizionali contro l'attività amministrativa che riduca al minimo le competenze dei tribunali civili.

In concreto, anche Otto Mayer pose il problema della distinzione di competenze tra il giudice civile ed il giudice amministrativo, ma a partire da un'eguale dignità delle due giurisdizioni, ciascuna competente per una determinata materia, per una particolare classe di rapporti giuridici instaurati dalla pubblica amministrazione. In estrema sintesi, il giudice civile può dirsi competente per i rapporti di diritto civile all'interno dei quali sia coinvolto lo Stato; il giudice amministrativo per le « Verwaltungssachen, d.h. aus der Verwaltung entspringende Verhältnisse öffentlichrechtlicher Art » (70).

Il criterio-base è dunque quello della 'natura' del rapporto giuridico. E risulta il collegamento con il saggio del 1888, propositivo, al di là della specifica problematica dei contratti, della nuova 'categoria' dei rapporti di diritto pubblico. Proprio ripensando ai contenuti di quel saggio, ed alla proposta fondamentale in esso contenuta, di recuperare al terreno pubblicistico istituti tradizionalmente considerati per loro 'natura' di diritto privato, si capisce come questo riparto di giurisdizioni, fondato sulla qualità del rapporto giuridico dedotto in giudizio, conduca in realtà ad una massima estensione di competenza a favore del giudice amministrativo, proteso nello schema di Mayer — e sulla base dell'esempio francese — ad elaborare i *nuovi istituti* del diritto amministrativo-pubblico, a contribuire in modo decisivo all'emancipazione di tale diritto dal tradizionale dominio del diritto privato (71).

---

(70) *Ibid.*, 211 e 213.

(71) Si conferma così complessivamente la notevole consistenza di questo filo conduttore di tutta la 'parte generale' del *Deutsches Verwaltungsrecht*, diretta principal-

Individuare la corrispondenza di un determinato rapporto giuridico al 'tipo' pubblicistico: questo sembra essere il problema proposto da Otto Mayer nella 'parte generale' della sua opera del 1895. Soprattutto rivolto alla scienza giuridica, chiamata a svolgere un ruolo di grande rilevanza, poiché non si tratta qui di semplice « Anwendung von Gesetztexten », ma di « wissenschaftliche Erkenntnis der inneren rechtlichen Natur des Verhältnisses » (72). Ed ancora più precisamente, la scienza giuridica può chiarire « dass jetzt als öffentlichrechtlich anzusehen und danach zu beurteilen ist, was man früher fur civilrechtlich ansah » (73). La teoria giuridica accompagna dunque questo processo di progressiva scoperta e di continua estensione della specifica 'natura' giuspubblicistica. Essa si trova in questo lavoro ancora a metà, poiché molteplici e persistenti sono i condizionamenti provenienti dall'età dello Stato di polizia (74); anche se Mayer afferma qui di credere nella possibilità di alcune prime definizioni rigorose della proble-

---

mente a mettere in luce la peculiare 'natura' pubblicistica della *Verwaltung* statuale, non inquadrabile negli schemi di diritto privato. Un'ulteriore conferma proviene in questa direzione dal paragrafo successivo dedicato alla 'Civilrechtliche Haftung aus Amtshandlungen' dove Mayer (242) introduce l'istituto della *öffentlichrechtliche Entschädigung*, fondato su autonomi criteri pubblicistici distinti da quelli privatistici della responsabilità. Su questo istituto sono da tener presenti anche i seguenti saggi: O. MAYER, *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht*, Dresden, 1904, in KS I, 245 ss.; e ID., *Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen*, in *Sächsisches Archiv für Rechtspflege*, 8 (1913), 1 ss., in KS I, 127 ss. Il fondamento dell'istituto è ravvisato da Mayer nel *Billigkeitsrecht*, nel diritto di equità, che impone allo Stato di ripartire tra i cittadini sacrifici e gravami in eguale misura, in nome di una « lebendige Gerechtigkeit », della quale lo Stato deve essere portatore nella società (258 ss., e 139 ss.). Tale 'equità' non deve comunque far pensare ad una vena giusnaturalistica del pensiero di Mayer che in varie pagine dei suoi saggi ha sempre negato l'esistenza di un diritto superiore a quello dello Stato: cfr. per tutti il saggio di O. MAYER, *Völkerrecht und Völkermoral*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 38 (1918) in KS II, 27 ss., 30: « Das Naturrecht ist gefallen. Wir glauben nicht mehr daran ». Ha approfondito il problema E.V. HEYEN, *op. cit.*, 104 ss. al quale si rinvia per l'indicazione di altri luoghi dell'opera di Mayer nei quali si parla esplicitamente di *Naturrecht*.

(72) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 213.

(73) *Ibid.*, 215.

(74) *Ibid.*, 213-214. Insiste ancora in queste pagine Otto Mayer sulla rilevanza dei residui nella scienza giuridica delle « polizeistaatlichen Anschauungen » (214).

matica del diritto pubblico-amministrativo, e soprattutto della sua specificità in rapporto al diritto civile (75).

Viene quindi in primo piano — come vediamo — la scienza giuridica, con le sue operazioni di 'costruzione', che Mayer studia nell'undicesimo paragrafo della 'parte generale', di notevole rilevanza per comprendere a fondo un po' tutto il senso dell'opera del nostro giurista (76).

Al centro della trattazione è collocata la figura dell'*istituto giuridico*. Esso è « ein Hülfsmittel der Rechtswissenschaft zur Beherrschung der Fülle von Stoff »; tale 'materiale' è fornito dalla globalità dei rapporti giuridici tra i soggetti, da ricondurre, proprio tramite l'istituto giuridico, « auf gleichbleibende Einheiten » (77). Mentre sul piano del diritto civile queste 'stabili unità' attengono ai vari tipi di diritti soggettivi, alla delimitazione delle sfere di potere giuridico degli individui, sul piano del diritto amministrativo gli istituti medesimi non sono altro che « gleichbleibende Arten von Erscheinungen der öffentlichen Gewalt »: radicalmente diverso è quindi il 'materiale', e corrispondentemente il principio ispiratore di fondo (78).

A giudizio di Mayer, la scienza giuridica non ha ancora preso coscienza in modo netto di questa radicale cesura, della necessità di riferire le tecniche costruttive caratteristiche del 'metodo giuridico' ad un campo tematico del tutto diverso da quello originario del diritto civile. Questo attardamento della scienza giuridica è per il nostro giurista essenzialmente determinato dalla permanenza presso i giuristi ottocenteschi del complessivo quadro di riferimento tipico dello Stato di polizia, nel quale non è possibile reperire alcun « Verwaltungsrechtsinstitut. Ausserhalb des Civilrechts herrscht die Allgewalt der Behörden » (79).

Con la creazione dello Stato di diritto, nasce il 'materiale'

---

(75) *Ibid.*, 213: « Wir stehen zur Zeit noch mitten in der Arbeit, die Folgerungen aus der veränderter Natur des öffentlichen Rechtes zu ziehen... Wir glauben freilich ganz genau angeben zu können was auf der gegenwärtigen Entwicklungsstufe civilrechtlich aufgefasst werden muss und was öffentlichrechtlich ».

(76) *Ibid.*, 134 ss.

(77) *Ibid.*, 134.

(78) *Ibid.*, 135.

(79) *Ibid.*, 135.

autonomo del diritto amministrativo: accanto al *Befehl* del Sovrano si pongono nuove « verschiedenartige Formen obrigkeitliches Einwirkung » (80); cade l'autonoma personalità del *Fiskus*, lo Stato rimane sempre pienamente tale, anche a livello di rapporti patrimoniali, rendendo ingiustificata l'equazione rapporti patrimoniali-rapporti di diritto privato, e creando lo spazio — ed anche l'obiettiva necessità — per specifici istituti di diritto amministrativo di contenuto tipicamente patrimoniale, come la proprietà, le servitù, i contratti (81).

Si riduce così di molto il campo di applicazione del diritto privato allo Stato, sulla base dei seguenti principii fondamentali: il diritto civile non è più la regola per tutti i rapporti che abbiano contenuto patrimoniale, esistono invece « vermögensrechtliche Ordnungen des Civilrechts und vermögensrechtliche Ordnungen des Verwaltungsrechts » (82); sul piano costituzionale, non è più affidato al diritto civile il problema-base di tutto il diritto pubblico, quello della limitazione dello Stato, che è ricercata attraverso la giuridicizzazione dell'attività amministrativa dal suo proprio interno, ritrovando in essa la presenza costante d'istituti giuridici specifici di diritto amministrativo; si applica diritto privato agli atti della pubblica amministrazione solo a livello eccezionale, in quei casi nei quali risulti evidente che lo Stato si è inserito in rapporti giuridici privatistici senza mutare la loro natura con il peso della *öffentliche Gewalt*, in conformità alla « Idee dass das Gleiche auch gleich geordnet sein soll » (83).

A quest'ultimo proposito, Mayer si rende conto dell'esistenza di uno « Zwischengebiet », nel quale non sempre è del tutto limpida e netta la 'natura' pubblicistica o civilistica dei rapporti giuridici nei quali lo Stato è coinvolto (84). È proprio allora che lo strumento dell'istituto giuridico assume particolare rilievo nelle mani del giurista, poiché solo risalendo dalla particolarità del rapporto alla

---

(80) *Ibid.*, 135.

(81) *Ibid.*, 136-137. Si richiama qui esplicitamente il programma indicato nel saggio del 1888 sui contratti di diritto pubblico: cfr. *supra*.

(82) *Ibid.*, 138.

(83) *Ibid.*, 143 e 138.

(84) *Ibid.*, 139.

globalità dell'istituto e dei suoi principii ispiratori ed unificanti è possibile qualificare quel medesimo rapporto in senso pubblicistico o privatistico (85): alla fine l'operazione costruttiva — e Mayer significativamente afferma che ad essa è dedicato « das gegenwärtige Buch » (86) — deve comunque avere un esito univoco, poiché non possono esistere « gemischten Rechtsinstitute », dal momento che non possono esistere rapporti giuridici nei quali lo Stato si presenta contemporaneamente come « hoheitliche Macht und als gewöhnlicher Privatmann » (87).

In Mayer dunque il 'metodo giuridico' non è in alcun modo veicolo di trasposizione di ideologie pancivilistiche nell'àmbito del diritto pubblico. Al contrario, 'costruire' gli istituti del diritto amministrativo significa in primo luogo scoprire lo *specifico giuridico pubblico-amministrativo*, delimitare e ridurre l'influenza del diritto privato, elaborare una nuova dogmatica per un *nuovo* settore dell'ordinamento giuridico, complessivamente ispirato da principii radicalmente diversi da quelli dominanti nel diritto privato. In ultima analisi, il 'metodo giuridico' come *pura tecnica* ricostruttiva, strumentalizzata in funzione delle esigenze proprie del diritto amministrativo.

Il nostro giurista lavorerà in questa direzione anche negli anni successivi, sulla base del programma per la prima volta enunciato nel 1888, e poi reso più esplicito ed internamente articolato nella parte generale del *Deutsches Verwaltungsrecht*. Si tratterà, da una parte di attuare quel programma sulla difficile via della ricostruzione dogmatica, dall'altra di tirare le fila a livello di dottrina generale dello Stato, fino al saggio del 1908 su *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recth* (88), nel quale — come vedremo — il dissenso con la scuola labandiana diventa ancor più netto ed esplicito.

---

(85) *Ibid.*, 139.

(86) *Ibid.*, 140.

(87) *Ibid.*, 145.

(88) O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtlichen Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, I, Tübingen, 1908, 1 ss., ora in KS I, 278 ss. Esamineremo più avanti in modo analitico il contenuto di questo saggio.

I risultati del primo tipo di lavoro si trovano essenzialmente nella parte speciale dello stesso *Deutsches Verwaltungsrecht* (89), articolata internamente secondo il duplice profilo dello Stato come *reine Obrigkeit*, operante come *Polizeigewalt* e come *Finanzgewalt* (90), e dello Stato come *öffentliches Unternehmen*, che come tale è titolare di un dato patrimonio — *Sachenrecht* —, instaura rapporti obbligatori — *Recht der besonderen Schuldverhältnisse* —, si organizza dando vita ad enti e persone giuridiche di diritto pubblico — *Recht der juristischen Personen* (91).

È evidente che nel contesto di queste brevi note non è possibile in alcun modo anche solo tentare un'analisi dettagliata delle costruzioni dogmatiche di Mayer. Si può però mettere in rilievo lo stretto nesso esistente tra le elaborazioni della parte speciale ed i contenuti della parte generale, che già conosciamo, soprattutto segnalare la presenza forte e condizionante di tali contenuti all'interno di alcuni nodi decisivi sul piano dell'articolazione del sistema di diritto amministrativo.

È certamente questo il caso del *Polizeirecht*, di quella particolare attività amministrativa alla quale Mayer affida il compito di difesa della « gute Ordnung des Gemeinwesens » contro quelle violazioni e quelle turbative che provengano dai singoli in quanto tali o da singole componenti della collettività (92). La *Polizei* contiene a

---

(89) Ed in altri saggi minori pubblicati negli anni successivi, dei quali alcuni sono già stati ricordati nelle note precedenti: cfr. *supra*, nt. 68, 71.

(90) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 245 ss.: è il primo libro della 'parte speciale'.

(91) Sono i tre *Abschnitte* nei quali si suddivide il secondo volume, che poi nient'altro è che il secondo libro della 'parte speciale'. A questo settore dello Stato *Unternehmer* dedicherà in modo prevalente le sue attenzioni Otto Mayer nella rielaborazione della sua opera, che si tradurrà nella seconda edizione del 1914-17 (München und Leipzig). Per il confronto tra la prima e la seconda edizione, ed anche più in generale per l'evoluzione del pensiero di Mayer, sono essenziali: L. WALDECKER, recensione, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 53 (1916), 532 ss.; L. WITTMAYER, *Otto Mayers Lebenswerk. Zum 70. Geburtstage*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 42 (1916), 517 ss.; ID., recensione, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 37 (1918), 472 ss.; O. BÜHLER, *Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform*, in *Verwaltungsarchiv*, 27 (1919), 283 ss.

(92) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 249.

giudizio di Mayer esplicitamente « einen nie ganz zu verwindenden Widerspruch mit dem strengen Formalismus, in welchen der Rechtsstaat die Freiheit zu schützen vermeint » (93). Come specifica componente della *Verwaltung*, la *Polizei* pone in rilievo di essa un aspetto diverso da quello dell'attuazione dei principii costituzionali dello Stato di diritto, consistente nel continuo ed incessante tentativo di mantenere in equilibrio le « wirtschaftlichen, geistigen, sittlichen Kräfte » della società (94). Di fronte allo Stato, non vi sono dunque solo individui con i quali instaurare rapporti giuridici, ed ai quali garantire la certezza di un limite all'attività statuale, ma anche una « Gesellschaft » intesa come complesso di *Kräfte* da mantenere faticosamente in equilibrio, anche con eventuale sacrificio delle libertà individuali, e dunque in possibile contraddizione con il *Formalismus* dello Stato di diritto (95). Seppure limitatamente al settore del *Polizeirecht* (96), abbiamo dunque in Mayer un mantenimento all'interno del sistema di diritto pubblico di quella nozione di *Gesellschaft*, che i più ortodossi interpreti del 'metodo giuridico' avevano escluso dagli orizzonti della ricerca giuridica (97); e soprattutto permane in queste pagine la capacità di distinguere 'popolo' da 'società', cioè rispettivamente la comunità giuridicamente ordinata riflettentesi organicamente nello Stato dal complesso di bisogni e

---

(93) *Ibid.*, 253.

(94) *Ibid.*, 258.

(95) *Ibid.*, 257-758.

(96) Anche se in altri saggi di questo periodo si colgono elementi significativi in questa direzione, soprattutto a proposito della politica sociale del *Reich*: cfr. O. MAYER, *Zur Frage der reichsrechtlichen Regelung des Vereinswesens*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 3 (1898), 213 ss., ora in KS I, 149 ss., dove si legge (153): « Hiernach handelt sich aber für uns nicht blos um den abstrakten Gegensatz von Freiheit und Polizeigewalt; unser Prinzip ist vielmehr deutlich darauf gestellt, dass der Staatsgewalt eine positive fördernde Einwirkung zustehen soll, um zum Rechten und Guten, zum Frieden zu führen »: si tratta dei « leitenden Rechtsgedanken unserer grossen sozialpolitischen Gesetzgebung » (id.), che ha a sua volta il compito « zum Ausgleich zu führen » le lotte tra le classi sociali (154).

(97) Non a caso Otto Mayer cita qui, a proposito della nozione di *Gesellschaft*, e della sua rilevanza nel sistema di diritto amministrativo, Hegel, Lorenz von Stein, e Rudolf von Gneist, cioè filosofi e giuristi sostanzialmente estranei alla linea Savigny-Gerber-Laband-Jellinek, lungo la quale si costruisce il dominio del 'metodo giuridico' nel diritto pubblico: O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 258, nt. 1.

tensioni che costituisce l'altro polo della dinamica pubblicistica rispetto allo Stato medesimo (98). E credo sia inutile insistere sui legami di questa permanenza della dialettica Stato-società nel pensiero di Mayer — tanto più significativa in quanto sostenuta da un giurista sul piano metodologico in chiara polemica con la *Verwaltungslehre* steiniana — con le convinzioni espresse dal nostro giurista nella parte generale del suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, a proposito della 'natura' non necessariamente 'giuridica' del potere politico e della sua attività, comunque non riducibile negli schemi privatistici imperniati sulla centralità del diritto soggettivo, e sulle garanzie da prestare alle sfere di potere individuale razionalmente delimitate.

Osservazioni simili possono essere compiute a proposito del concetto di *Anstalt*, anch'esso più volte ricorrente nelle pagine della parte speciale del *Deutsches Verwaltungsrecht*. Derivata dal diritto amministrativo francese (99), è definita da Mayer « ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Subjektes der öffentlichen Verwaltung einem bestimmten öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind » (100).

Percorrendo un certo cammino, il nostro giurista giunge dunque a ravvisare nella *öffentliche Anstalt* esclusivamente un nodo organizzatorio del potere, un complesso di beni e persone stabilmente destinato al compimento di un'impresa pubblica, al persegui-

---

(98) *Ibid.*, 257, dove è accuratamente evitata la parola '*Volk*', ed il *Gemeinwesen*, del quale si deve mantenere il 'buon ordine', è definito « das Stück menschlicher Gesellschaft, über welches der Staat gesetzt ist ». Insiste opportunamente su questa distinzione popolo-società in Mayer anche E.V. HEYEN, *op. cit.*, 64-65.

(99) Sul punto, ed in genere sul concetto di *Anstalt* in Otto Mayer, cfr. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechtes*, vol. I, München und Berlin, 1950, 360 ss.; e H. JECHT, *Die öffentliche Anstalt. Wandlungen und gegenwärtige Struktur*, Berlin, 1963, 12 ss.

(100) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., II, 318. La stessa definizione si trova anche in altri saggi di Mayer: per tutti, cfr. O. MAYER, *Eisenbahn und Wegerecht I*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 15 (1900), 511 ss., ora in KS I, 155 ss., 202 per il passo che ci interessa. Si può inoltre notare con H. JECHT, *op. cit.*, 12, che ancora lo *Staatswörterbuch* di Bluntschli (1875-76) possedeva lo *Stichwort 'Körperschaft'*, ma non quello '*Anstalt*'.

mento di uno scopo pubblico (101). All'*Anstalt* non è essenziale la dimensione della personalità giuridica (102); per la sua esistenza è sufficiente una particolare strutturazione di fatto dell'azione dello Stato, che si possa esprimere mediante uno specifico apparato burocratico funzionalmente orientato in modo stabile a fornire un determinato servizio. Nella stessa misura, non è in alcun modo necessario un fondamento di tipo legislativo all'attività dell'*Anstalt*, che ha invece la sua base ultima in « das gemeine Recht der Anstaltsgewalt, wie sie aus dem Wesen der öffentlichen Anstalt von selbst sich ergiebt, ohne gesetzliche Grundlage » (103). Ne consegue tra l'altro un particolare rapporto di soggezione del cittadino nei confronti dello Stato-*Anstalt* (104), una sua specifica condizione di « verminderter Freiheit », non più rigorosamente tutelata secondo i principii fondamentali dello Stato di diritto, il primato della legge e la riserva di legge in materia di proprietà e diritti fondamentali (105).

Si tratta però solo della conseguenza ultima di una più complessiva impostazione, che a noi in modo particolare interessa. Il dominio dei principii costituzionali del *Rechtsstaat* si arresta, non solo di fronte alle pressanti esigenze della *Polizei*, al bisogno di mediazione dall'alto dei conflitti della *Gesellschaft*, non soddisfacibile all'interno degli angusti schemi civilistici della tutela dei diritti soggettivi, ma

---

(101) Per l'evoluzione del pensiero di Mayer dalla *Theorie al Deutsches Verwaltungsrecht*, cfr. ancora H. JECHT, *op. cit.*, 12 ss.

(102) Come osserva H. JECHT, *op. cit.*, 29-30. Sul piano sistematico, si può notare che la trattazione principale della nozione di *Anstalt* è svolta da Mayer nell'*Abschnitt* dedicato al *Recht der besonderen Schuldverhältnisse (Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. II, 318 ss.), e non in quello dedicato al *Recht der juristischen Personen* (*ibid.*, 365 ss.), dove quella nozione è analizzata in modo più marginale (*ibid.*, 377 ss.). Sul problema sono rilevanti per lo meno altri due scritti di Mayer: la recensione a H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaften*, Freiburg i.B., 1886, in *Archiv für öffentliches Recht*, I (1886), 715 ss.; ed il saggio *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, cit., in KS I, 331 ss.

(103) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., II, 335.

(104) *Ibid.*, 335: « ein besonderes Gewaltverhältnis »: il concetto qui espresso era già presente, in un significativo rapporto di continuità, nel saggio del 1888 da noi *supra* già analizzato: cfr. O. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, cit., in KS I, 37 ss. e 57 ss.

(105) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., seconda edizione, vol. II, 496, ed in genere 494 ss.

anche di fronte all'altrettanto pressante esigenza di organizzazione dei servizi pubblici, non conseguibile per Mayer mantenendo fermo e rigido il principio del primato della legge. La ricerca si deve invece svolgere a livello di *diritto comune degli enti pubblici*, che è per il nostro giurista diritto pubblico-amministrativo fondato su propri autonomi criteri. Svincolando il diritto delle *Anstalten* dal dominio della legge congiuntamente emanata dal Sovrano e dalle rappresentanze popolari, si crea senza dubbio un'eccezione ai principii generali dello Stato di diritto, ma non per questo si genera *arbitrio* ed incertezza nell'azione dei pubblici poteri. Al contrario, per Mayer « die öffentliche Anstalt arbeitet mit der Sicherheit und Regelmässigkeit einer grossen Maschine, um die Dienste zu leisten, für welche sie da ist » (106). Il suo diritto non riceve dunque la propria legittimità dal fatto di garantire la tutela dei diritti soggettivi, o di essere esecuzione della legge ma dalla sua medesima condizione di struttura organizzativa funzionalmente diretta ad assicurare la certezza e la regolarità dei servizi pubblici: in altre parole si definisce esclusivamente sul parametro dell'*efficienza*, dello 'scopo' dell'ente, del suo 'rendimento' come *Maschine* che lavora per il soddisfacimento di un determinato bisogno collettivo.

Collegando per linee generali i concetti di *Anstalt* e *Polizei*, si può dunque scoprire all'interno della fitta trama argomentativa del *Deutsches Verwaltungsrecht* una sorta di *seconda dimensione dello Stato*, diversa da quella espressa storicamente nello Stato di diritto, ed anzi con questa tendenzialmente contraddicente, comunque a questa non riducibile: è lo Stato che *lavora* per la soddisfazione dei bisogni della collettività, che a tal fine crea strutture organizzate, apparati burocratici. Ed è anche questo lo Stato più difficilmente comprimibile nelle categorie privatistiche della 'persona giuridica' e del 'diritto soggettivo', lo Stato che realizza al massimo grado l'autonomia e la specificità del diritto pubblico amministrativo.

Torniamo così per questa via alla problematica generale della individuazione dell'oggetto specifico della scienza del diritto amministrativo, che rappresenta poi il filo conduttore di tutta l'opera di Mayer. Essa investe, non solo il terreno dell'organizzazione dei

(106) *Ibid.*, 496.

poteri pubblici, e della loro azione in termini di *Polizei*, ma anche il vasto campo dei 'diritti reali pubblici', che occupano nella trattazione del nostro giurista tutto il primo *Abschnitt* del secondo libro della parte speciale (107).

Al centro della sistematica di Mayer stanno le nozioni di 'cosa pubblica' e di 'proprietà pubblica' (108). Da esse derivano tutti gli istituti del *Sachenrecht* pubblicistico del nostro giurista (109). Al di là del contenuto di tali nozioni e di tali istituti (110), preme ancora una volta sottolineare il forte grado di connessione del lavoro dogmatico di Mayer con i presupposti generali e le finalità complessive della sua opera, fin qui analizzate, e denunciate in modo esplicito già a partire dal saggio del 1888 sui contratti di diritto pubblico.

È infatti proprio sul terreno dei diritti reali pubblici che Mayer stesso riteneva di dover combattere gran parte della sua battaglia contro le ideologie pancivilistiche, e soprattutto contro il loro supporto ultimo, da lui individuato nell'ancora persistente e radicato quadro di riferimento dello Stato di polizia. In un saggio del 1901, immediatamente derivato dalle problematiche del *Deutsches Verwaltungsrecht*, il nostro giurista indica nel vecchio concetto dello Stato-*Fiskus*, separato dalla vera e propria personalità pubblicistica dello

---

(107) *Ibid.*, prima edizione, II, 3 ss. (*Das öffentliche Sachenrecht*).

(108) È chiaro che potremo solo accennare a questi fondamentali istituti, che meriterebbero ben altra trattazione, anche dal punto di vista della loro storia nella dottrina successiva. Per quanto riguarda l'Italia, è da questo punto di vista di grande rilevanza Santi Romano, che recepì molti degli insegnamenti tedeschi in materia: SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, terza edizione riveduta, Milano, 1912, spec. 458 ss. Sulle nozioni di 'cosa pubblica' e 'proprietà pubblica', sono comunque da ricordare i seguenti saggi di O. MAYER: *Eisenbahn und Wegerecht II*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 16 (1901), 38 ss., ora in KS I, 181 ss.; *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 21 (1907), 499 ss., ora in KS I, 261 ss.; *Neues vom öffentlichen Eigentum*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 39 (1920) 77 ss., ora in KS I, 354 ss.

(109) Ci limitiamo ad elencarli, non potendo certo nel contesto di queste note procedere ad una trattazione puntuale e dettagliata: *Enteignung* (*Deutsches Verwaltungrecht*, cit., II, 3 ss.); *Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen e Gemeingebrauch* (*ibid.*, 110 ss.); *Gebrauchserlaubnis* (*ibid.*, 137 ss.); *Verleihung besonderer Nutzungen* (*ibid.*, 147 ss.); *Öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeiten* (*ibid.*, 163 ss.); *Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung* (*ibid.*, 178 ss.).

(110) Per il quale, cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., II, 60 ss., in connessione con gli altri saggi dello stesso Autore citati *supra*, alla nota 108.

Stato medesimo — caratteristico appunto dell'età dello Stato di polizia —, il centro motore dei ragionamenti dei giuristi tedeschi di diritto pubblico a lui contemporanei. Se essi negano ad esempio la nozione di proprietà pubblica, è perché muovono dalla « Spaltung » dello Stato « in zwei Personen », l'una, lo Stato-*Gewalt*, che « die Sache an der Oberfläche öffentlichrechtlich beherrscht, um sie für ihren Zweck zu erhalten », l'altra, il *Fiskus*, che agisce, pur in presenza di vincoli di diritto pubblico, « wie eine anderer Eigenthümer nach Civilrecht » (111).

In realtà, dunque, la proprietà pubblica non serve, perché si è ancora convinti che esista *un solo* diritto a livello di rapporti patrimoniali, il diritto privato, valido ed efficace anche nell'àmbito dei rapporti pubblicistici, con l'unico limite derivante dal possibile intervento autoritativo dello Stato inteso come *öffentliche Gewalt*. Le due faccie dello Stato — *dominium* ed *imperium* — si giustappongono e non si integrano. Non si perviene così alla sintesi da Mayer voluta, alla radicale trasformazione degli istituti di diritto civile in senso pubblicistico, all'individuazione di un ordine patrimoniale specificamente pubblicistico, e si rimane invece sostanzialmente all'interno della logica fondamentale dello Stato di polizia: *Befehl* del Sovrano più diritto privato.

Ed ancora alcuni anni dopo, nel 1907, in un saggio dedicato ad illustrare il dibattito nella scienza giuridica tedesca in materia di proprietà pubblica (112), Mayer torna su questi temi, riaffermando la « geschichtlich erworbene Unzugänglichkeit der deutschen Juristen » per la nozione di proprietà pubblica ed in genere per la problematica dell'ordine patrimoniale pubblicistico (113). È infatti la « spezifisch deutsche Auffassung » dello Stato-*Fiskus* che impedisce una piena affermazione della proprietà pubblica: « Ohne den gesonderten Fiskus muss sich auch nach meiner Meinung das einheitliche, öffentlich-rechtlich gedachte Eigentum von selbst ergeben » (114).

Ciò non riguarda però solamente — come sopra dicevamo — la

---

(111) O. MAYER, *Eisenbahn und Wegerecht II*, cit., in KS I, 189.
(112) O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand des öffentlichen Eigentums*, cit.
(113) *Ibid.*, 264.
(114) *Ibid.*, 274.

proprietà pubblica. È tutto « der öffentlichrechtliche Gedanke », segno dell'età moderna, ed in essa in continuo sviluppo, che trova in « der alte böse Feind » dello Stato di polizia lo sbarramento ultimo, che impedisce una sua definitiva vittoria (115): nel pregiudizio secondo il quale lo Stato come tale « kann nur gebieten und verbieten » (116), e vero diritto è in fondo solo il diritto privato, mentre il diritto pubblico rimane per sua 'natura' regno della « Zweckmässigkeit » e della « Willkür » (117).

Dunque, complessivamente, nel posto di assoluto rilievo attribuito da Otto Mayer al *Sachenrecht* nel sistema di diritto amministrativo, è ancora una volta da ravvisare il tentativo di sottrarre spazio alle ideologie pancivilistiche maturate nell'età dello Stato di polizia, di procedere alla scoperta dello specifico giuridico pubblicistico, anche a livello di rapporti di prevalente contenuto patrimoniale, al di là della tradizionale sfera pubblicistica del comando (118).

Il territorio del diritto pubblico amministrativo non è quindi solo quello della 'pura autorità', dello Stato-*Befehl*, ma anche quello dello Stato-*Unternehmen*, che, a partire dall'esercizio dei suoi diritti, instaura rapporti giuridici autenticamente pubblicistici, costruisce una « Rechtsordnung des Eigentums » che possiede una sua autonoma 'natura', radicalmente diversa da quella corrispondente privatistica (119), non comprimibile negli schemi di diritto privato, e che invece postula la necessità per la scienza giuridica d'individuare tutta una nuova serie d'istituti giuridici specificamente propri del diritto pubblico-amministrativo (120).

---

(115) *Ibid.*, 275.

(116) *Ibid.*, 272.

(117) *Ibid.*, 276. Ancora negli anni Venti, nel saggio *Neues vom öffentlichen Eigentum*, cit., Mayer torna a legare la problematica specifica della proprietà pubblica alla necessità di una radicale « Zurückdrängung zivilrechtlicher Anschauungen », da considerarsi radicate nella scienza giuridica tedesca, e costituenti vere e proprie « Hemmungen » allo sviluppo della riflessione giuspubblicistica (KS I, 366).

(118) O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand*, cit., in KS I, 262 ss., dove Mayer esprime forse con maggiore chiarezza che altrove l'ispirazione fondamentale del suo *Sachenrecht*.

(119) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., II, 72; ed in genere le 63 ss., spec. 69-73, per le argomentazioni di Mayer sulla necessità di un autonomo ordinamento pubblicistico dei rapporti patrimoniali.

(120) *Ibid.*, 92-101.

Si può allora, giunti a questo punto della nostra analisi, tentare una prima conclusione. Per il nostro giurista, il passaggio storico dallo Stato di polizia allo Stato di diritto si caratterizza principalmente per la scoperta dello specifico giuridico amministrativo, per la sua progressiva estensione, per la progressiva liberazione dello Stato dal dominio del diritto privato; tale scoperta, e la conseguente giuridicizzazione della *Verwaltung* secondo proprie autonome linee di sviluppo, avviene solo parzialmente attraverso l'attivazione dei principii costituzionali dello Stato di diritto — separazione dei poteri, subordinazione dell'atto amministrativo alla legge, riserva di legge in materia di proprietà e di diritti fondamentali dei cittadini —; essa si realizza invece principalmente tramite il ruolo attivo della scienza giuridica, chiamata a costruire ed ordinare in sistema gli istituti giuridici propri dell'azione amministrativa, con al centro la figura dell'atto amministrativo; tale sforzo della scienza si dirige in primo luogo verso settori nei quali non esiste alcun necessario dominio della legge formalmente intesa come atto del Sovrano concordato con le rappresentanze popolari: il *Polizeirecht*, il diritto degli enti pubblici; si esplica poi nel sottrarre il più possibile al dominio civilistico le espressioni autoritative della *Staatsgewalt*, anche quando esse abbiano prevalente contenuto patrimoniale: ed abbiamo qui il *Sachenrecht* pubblicistico di Otto Mayer, con al centro l'istituto della proprietà pubblica.

La vera grande novità dell'età dello Stato di diritto è dunque quella dell'autonoma strutturazione in senso giuridico della *Verwaltung*, che si emancipa contemporaneamente dall'arbitrio del Sovrano e dal dominio delle forme giusprivatistiche. Per opera della scienza, e con la creazione degli istituti giuridici, si cerca di rendere l'azione amministrativa sempre più certa e calcolabile, in tal senso sempre più 'giuridica', e nello stesso tempo la si libera dalle angustie degli schemi civilistici: ai poteri del Sovrano assoluto, Mayer contrappone uno Stato di diritto che non vuol essere in alcun modo fondato sulla supremazia del diritto privato, ma che presuppone invece una *Verwaltung* alla ricerca del proprio specifico giuridico, non organizzabile secondo le consuete formule giusprivatistiche del diritto soggettivo e della persona giuridica, e neppure concepibile come mero terreno di realizzazione dei principii costituzionali del primato della legge e della riserva di legge.

L'*autonomia* della *Verwaltung*, in una parola. E la ricerca del suo contenuto giuridico a partire dal proprio interno, riconducendo l'azione amministrativa a forme 'stabili e costanti': l'atto amministrativo, gli istituti della giustizia amministrativa, il diritto degli enti pubblici, l'ordine patrimoniale pubblicistico. In definitiva, la *Verwaltung* al centro dell'ordinamento, collocata in uno spazio specifico, e soprattutto intesa come problema fondamentale del presente, non affrontabile e non risolvibile in termini di mero 'completamento' dello Stato di diritto, di semplice meccanica attuazione dei principii costituzionali, e tanto meno traducibile in limitata soggettività giuridica attraverso una sua sottoposizione alle regole ed agli schemi del diritto civile.

Per rendere certa e calcolabile l'azione amministrativa, non è sufficiente, e del resto neppure è possibile, sottoporla integralmente al rigido primato della legge, od applicare ad essa il più possibile gli istituti del diritto civile: la *Verwaltung* è chiamata invece a trovare una propria *autonoma razionalità*, a rispondere in proprio sul piano giuridico alle istanze ed ai bisogni della società civile. Si ha quindi in Mayer, accanto alla ricerca di un ordine giuridico dell'azione amministrativa, l'affermazione dell'autonoma *soggettività* della *Verwaltung* medesima: si può anzi dire che la seconda precede la prima, nel senso che il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto è per il nostro giurista prima di tutto liberazione — dalle catene del diritto civile — di nuove energie amministrative, alle quali non è essenziale per loro 'natura' la dimensione del 'giuridico' (121), e che debbono invece essere limitate ed organizzate attraverso il consapevole ricorso progressivo e futuro allo strumento del diritto.

Proprio su questa base, ed in virtù di tale particolare considerazione del problema dell'amministrazione, lo Stato di diritto diviene per il nostro giurista semplicemente una linea di tendenza all'interno della quale attivamente operare con gli strumenti dell'intelligenza giuridica, si pragmatizza muovendo dalla lucida e realistica accettazione della concreta esistenza di un potere pubblico sempre più positivamente attivo sulla società, perde in ultima analisi

---

(121) Per la concezione dello Stato 'il più possibile' di diritto, cfr. *supra* la nostra analisi della 'parte generale' del *Deutsches Verwaltungsrecht*. Il rapporto tra *Verwaltung* e ordinamento giuridico sarà al centro anche delle riflessioni successive di Otto Mayer.

ogni riferimento ad un diritto 'superiore', sia esso quello dei privati, o quello dello Stato costituzionale rappresentativo. In sintesi, lo Stato di diritto come battaglia del presente, come aspirazione a forme più elevate di razionalità politico-amministrativa, e non invece lo Stato di diritto come realtà già acquisita da difendere o magari solo da perfezionare, di diritto in virtù della sua 'natura' di persona giuridica razionalmente agente.

Con ciò è definitivamente segnata la rottura di Mayer nei confronti della scienza giuridica ufficiale, degli interpreti del 'metodo giuridico' sul terreno del diritto pubblico, raccolti attorno alle figure dominanti di Laband e Jellinek (122). La negazione, da parte di questi giuristi, dell'autonomia della *Verwaltung* e della sua scienza, inglobata entro i modelli dello *Staatsrecht* e della *Allgemeine Staatslehre*, è espressione specifica di una convinzione più generale, che li divide da Mayer: che lo Stato giuridico vi sia già, o sia comunque solo una realtà da perfezionare, che esso in effetti si ponga ormai *necessariamente* come persona giuridica, costituisca una perfetta soggettività giuridica, alla quale riconnettere tutta l'azione dei pubblici poteri, ivi compresa ovviamente la 'materia' amministrativa. È sufficiente dunque, per sostenere il progetto di giuridicizzazione della dinamica pubblicistica, descrivere la 'realtà' dello Stato giuridico a livello di teoria costituzionale, in essa ritrovare una coerente serie ordinata di rapporti giuridici Stato-cittadino: e la *Verwaltung* non è altro che la necessaria e quasi meccanica prosecuzione di questo fondamentale nucleo giuridico dello Stato.

Alla 'formula' Stato di diritto, tradotta nella Germania di fine Ottocento nel dogma della personalità giuridica dello Stato, Mayer contrappone dunque la ricerca, spesso tortuosa ed affannosa, degli istituti propri e specifici dell'azione amministrativa, lungo le linee indicate nel *Deutsches Verwaltungsrecht*. Sente però anche il bisogno di precisare ulteriormente i presupposti del lavoro dogmatico, di risalire anch'egli alla teoria generale dello Stato, e mettere così

(122) Da ricordare, quale ulteriore testimonianza di tale distacco critico, la recensione di Jellinek al *Deutsches Verwaltungsrecht* di Mayer, nella quale, al di là del tono garbatamente accademico, in realtà viene del tutto negata ogni legittimità sul piano scientifico alla linea perseguita dallo stesso Mayer nella sua opera: G. JELLINEK, recensione, in *Verwaltungsarchiv*, 5 (1897), 304 ss.

a nudo i motivi ultimi e fondanti del suo contrasto con la scienza ufficiale del *Reich*. Approderà per questa via — come vedremo nelle prossime pagine — alla negazione radicale della personalità giuridica dello Stato, alla decisa affermazione della natura politica dell'agire amministrativo, in una parola alla demolizione dei pilastri sui quali si reggeva la dominante teoria giuridica dello Stato, che in Jellinek aveva trovato il suo più autorevole e lucido interprete (123).

4. È del 1902 il saggio su *Justiz und Verwaltung*, nel quale viene in discussione di nuovo il 'modello tedesco', il tipo di sviluppo costituzionale realizzatosi in Germania (124). *Justiz* e *Verwaltung* erano già state definite nel primo volume del *Deutsches Verwaltungsrecht* rispettivamente come « Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bei den für Civil- und Strafrechtspflege bestellten Gerichten » e come « Thätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung » (125): da una parte, lo Stato che amministra la giustizia, che realizza e conserva l'ordine giuridico, che in esso trova la ragione stessa della sua esistenza, dall'altra lo Stato che agisce perseguendo determinate finalità, che in tal modo vive « sein eigenes Leben », non identificandosi con l'ordinamento, ma tutt'al più essendo da questo limitato (126).

Justiz e *Verwaltung* non sono tanto due distinte 'funzioni' dello Stato, quanto piuttosto le due componenti fondamentali dello Stato moderno, che rapportandosi tra loro in vario modo

---

(123) Per lo sviluppo dell'opera di Mayer dopo la prima edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*, cfr. la sua *Selbstdarstellung*, cit., 13 ss. Il passaggio allo *Staatsrecht* ed alla dottrina generale dello Stato coincide con la chiamata di Mayer all'Università di Lipsia (aprile 1903), dove il nostro giurista insegnerà « das ganze öffentliche Recht », ed avrà quindi la possibilità di dedicarsi anche a quei problemi di teoria dello Stato che a Strasburgo erano stati oggetto di minore attenzione, « Laband zuliebe » (*ibid.*, 17).

(124) O. MAYER, *Justiz und Verwaltung*, Rede zum Antritt des Rectorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg gehalten am I. Mai 1902, pubbl. in Strassburg, 1902, ora in KS I, 62 ss.

(125) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, 7 e 13.

(126) O. MAYER, *Justiz und Verwaltung*, cit., in KS I, 63.

hanno dato luogo storicamente a diverse soluzioni, a diversi assetti della costituzione. Il modello dal quale Mayer prende le mosse è quello francese, della lotta secolare tra sforzo centralizzatore della Monarchia e resistenze particolaristiche della società cetuale. Da questa lotta è scaturito certamente un forte bisogno di *Justiz*, di limitazione delle prerogative regie, ma anche contemporaneamente un senso altrettanto forte di centralità della *Verwaltung*, intesa quale nucleo fondamentale delle istituzioni, quale soggetto consapevolmente orientato alla risoluzione dei problemi della collettività (127).

Del tutto diversa l'evoluzione tedesca (128), in qualche modo invertita, poiché in Germania storicamente la *Justiz* proveniva dall'alto, dal *Reich*, mentre la *Verwaltung* si sviluppava dal basso, nelle singole realtà politiche degli Stati e dei Principati tedeschi. Così, mentre lo Stato francese trova il suo momento fondante ed unificante nell'amministrazione, quello tedesco porta con sé questa pesante tradizione storica, che consente di pensare all'unità politica solo in termini di *Justiz*, di riconduzione dell'attività amministrativa ad una *ratio* superiore ad essa estranea, ad un diritto posto al di sopra dello Stato medesimo, ed interpretabile principalmente da parte della giustizia ordinaria, dei giudici civili (129). Si è in tal modo radicata presso i giuristi tedeschi la convinzione che il diritto dell'amministrazione non sia 'vero' diritto, ma prodotto di semplici convenzioni e di criteri di opportunità, pura manifestazione di volontà del potere politico da limitare e vincolare attraverso il ricorso sempre più intenso all'unico 'vero' diritto, il diritto privato. Da qui anche la specificità della soluzione tedesca, attraverso la *Fiskusidee*, che consentiva — e per Mayer ancora più o meno consapevolmente consente — la più vasta applicazione possibile del diritto privato agli atti della pubblica amministrazione (130).

---

(127) *Ibid.*, 66 ss.

(128) Già chiara questa differenza in O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 217, dove, proprio con riferimento alla Francia, Mayer afferma che « in Deutschland hat eine derartige Feindseligkeit zwischen Justiz und Verwaltung nie bestanden ».

(129) O. MAYER, *Justiz und Verwaltung*, cit., 70 ss.

(130) *Ibid.*, 73 ss.

Non interessa qui valutare l'attendibilità di tale ricostruzione storiografica, ma solo sottolineare la sua funzionalità alle tematiche più generali dell'opera di Mayer. La grande ammirazione del nostro giurista per la costituzione francese nasce dal fatto che in essa la *Verwaltung*, grazie all'azione della Monarchia, ha saputo conquistare un proprio ruolo autonomo, risultare per proprie specifiche vie portatrice di più alti livelli di unificazione e di razionalità della vita collettiva. Accanto al diritto-limite, al diritto-ordinamento, accanto alla *Justiz*, si pone dunque il diritto-scopo, il diritto-azione, il diritto dell'amministrazione, ciascuno sovrano nel proprio ordine; ad un potere amministrativo rispettoso dei diritti dei privati e dei principii dello Stato costituzionale corrisponde una sostanziale autonomia della *Verwaltung*, che i tribunali non possono comprimere negli schemi e nelle formule del diritto civile.

Lo Stato tedesco è dunque per Mayer uno Stato monco, privo di una cultura della *Verwaltung*, che rinvia ogni problema di certezza e calcolabilità della sua azione — ogni progetto di sua giuridicizzazione — al diritto civile: la scienza giuridica, interprete e frutto nello stesso tempo di tale modello, è per ciò stesso incapace di procedere, come il nostro giurista vorrebbe, alla definizione ed alla costruzione dello specifico giuridico pubblico-amministrativo, del nuovo diritto dell'amministrazione.

Questa scienza è quella che costruisce il rapporto di pubblico impiego secondo i modelli contrattuali giusprivatistici, che tratta la proprietà pubblica su strade e fiumi secondo i parametri dettati dall'istituto della proprietà privata, che continuamente propone l'applicazione di norme e regole del Codice agli atti della pubblica amministrazione. Ed accanto alla scienza si pongono i giudici, per i quali è « unglaublich schwer, sich von den civilrechtlichen Formeln frei zu machen, in welche das frühere System die Beziehungen des Staates gepresst hatte » (131).

E tuttavia questi residui ideologici sono destinati a scomparire, secondo Mayer, di fronte alla forza delle cose, alla concreta realtà quotidiana di un'amministrazione che sempre più si espande sulla società e nella società. Tanto più cresce lo Stato come « öffentlicher

(131) *Ibid.*, 76.

Unternehmer », tanto più esso si inserisce in « Verkehrswesen », e si adopera per la « soziale Fürsorge », tanto più difficile diviene racchiudere la sua azione « mit der steifen Schablone » del diritto civile (132). Via via che aumenta l'impegno dello Stato sul terreno dell'economia e della politica sociale, gli schemi del diritto civile appaiono sempre più inadeguati, e contemporaneamente cresce il bisogno di costruire una nuova specie di diritto, che è essenziale all'azione amministrativa, poiché anch'essa non può vivere « ohne das Gewand der Rechtsordnung », ma che deve adattarsi ad essa ed alla sua particolare natura, « die Bewegungen nicht hemmen noch verrenken, sondern ihnen harmonisch anschliessen » (133). A questo fine, non si avverte alcuna particolare esigenza d'interventi legislativi; questo lavoro, che poi in concreto è ancora una volta quello di scoperta degli istituti giuridici del diritto pubblico-amministrativo, è principalmente per Mayer « Juristenarbeit » (134).

Si torna così, con il saggio del 1902, a rilanciare l'impegno teorico dei giuristi, ad indicare la via della costruzione dogmatica, già intrapresa nel *Deutsches Verwaltungsrecht*. Il nostro giurista sottolinea però ora continuamente la necessità di collegare tale impegno alla consapevolezza di un determinato sviluppo storico dello Stato moderno, a problematiche che comunque appartengono chiaramente al campo della dottrina generale dello Stato. La centralità e l'autonomia della *Verwaltung* fanno balzare in primo piano il problema della sovranità, dello Stato-volontà, dello Stato-azione. La scienza del diritto amministrativo come autonoma scienza giuridica presuppone l'inadeguatezza del diritto costituzionale e del diritto privato, l'inefficacia, o comunque l'incompletezza, dei principii costituzionali e degli istituti privatistici, quando essi siano posti di fronte alla complessa realtà data dall'azione dei pubblici poteri; presuppone in definitiva un rapporto irrisolto tra soggettività politica ed ordinamento giuridico, certamente il rifiuto della formula pacificante della personalità giuridica dello Stato, della *Justiz* come unica dimensione di vita dei pubblici poteri, dominati in tal modo nella loro azione da un diritto sovrastante, capace di misurare

(132) *Ibid.*, 76.
(133) *Ibid.*, 77.
(134) *Ibid.*, 77.

dall'esterno, ed in modo univoco, il grado di 'giuridicità' dell'attività amministrativa, di garantire la certezza del 'limite' posto a difesa dei diritti dei privati.

Il saggio del 1903 su *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat* (135) costituisce un primo punto di approdo nell'evoluzione del pensiero di Mayer verso la dottrina generale dello Stato. Egli si propone qui d'indagare sulla 'natura giuridica' del rapporto stabilitosi nel 1871 tra gli Stati tedeschi, e tra questi ed il *Reich*.

Ancora una volta, il nostro giurista è costretto a passare attraverso la critica dell'opera di Laband, che aveva affermato a chiare lettere l'esistenza di un'autonoma personalità giuridica del *Reich* (136). Mayer nega in primo luogo — come meglio vedremo in seguito, a proposito del saggio del 1908 — la possibilità stessa di descrivere e costruire lo Stato — sia esso federale o meno — in termini di 'personalità giuridica'. Si tratta per lui di « eine ganz unzulässige Übertragung civilrechtlicher Anschaauungen » nel campo del diritto pubblico (137). Nel diritto civile, lo strumento chiamato 'persona giuridica' consente di attribuire ad un complesso di beni e persone, alla presenza di determinati requisiti, una certa quantità di diritti e di doveri. È necessaria però una legge che fissi requisiti e modalità. Questa legge manca a proposito della presunta personalità giuridica dello Stato, poiché manca una legge superiore allo Stato, che possa essere in grado di attribuire la personalità: « über den Staaten steht keine solche Autorität » (138).

Si chiarisce con ciò ulteriormente la natura del contrasto Laband-Mayer. Non è solo in gioco l'autonomia della scienza del diritto amministrativo, la volontà di limitare il più possibile il campo di applicazione del diritto privato agli atti della pubblica amministrazione: sono a confronto due diverse concezioni del potere politico, e, trattandosi di giuristi, due diverse concezioni del rapporto Stato-diritto. Con la sua critica, Mayer disvela un carattere fonda-

---

(135) O. MAYER, *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 18 (1903), 337 ss., ora in KS II, 55 ss.

(136) *Ibid.*, 63.

(137) *Ibid.*, 62.

(138) *Ibid.*, 62.

mentale del cosiddetto positivismo giuridico statualista di fine secolo: la sua diffidenza verso la sfera della politica e della soggettività statale, la sua radicata fiducia in un superiore ordinamento giuridico capace di dominare lo Stato medesimo, di tradurlo in 'persona giuridica', in definitiva la continua elusione del problema della sovranità.

Al nostro giurista interessano invece nel 1903 i « Menschen von Fleisch und Blut, von welchen die Staatsgewalt ausgeht. Wir nennen diese den *Herrscher* oder den *Souverän* (139). Secondo questa diversa prospettiva, per avere uno Stato federale, e non una semplice confederazione di Stati, è necessario che nasca, rispetto ai titolari della sovranità nei singoli Stati, « ein neues Subjekt », che si costituisca « ein anderer menschlicher Wille Träger der Herrschaft » (140). Se, come Laband, si dice che il 'nuovo soggetto' c'è perché nasce un'autonoma persona giuridica, in realtà si dimostra proprio il contrario di ciò che si intende affermare, e cioè che non nasce alcun nuovo soggetto, dal momento che il processo di unificazione si esaurisce nella creazione di una nuova forma giuridica che come tale non implica il mutamento dei precedenti assetti di potere (141).

Diverso è il caso della forma politica repubblicana, in particolare dell'unione nordamericana, ispirata agli ideali della sovranità popolare. Qui si forma veramente, attraverso lo Stato federale, « der neue Herr », che è il popolo stesso degli Stati Uniti, soggetto titolare di una sovranità che si esplica tramite libere elezioni del Presidente e della Camera dei rappresentanti (142). Ciò non è sicuramente nel caso della *Reichsverfassung*, nella quale il popolo è giuridicamente organizzato, ma nell'àmbito di un modello costituzionale complessivamente orientato dal 'principio monarchico', dove il popolo medesimo come tale mai giunge alla dimensione di « Souverän oder Mitsouverän » (143).

Chi sarebbe dunque il *nuovo Sovrano* nel presunto Stato fede-

(139) *Ibid.*, 62-63.
(140) *Ibid.*, 62-63.
(141) *Ibid.*, 63.
(142) *Ibid.*, 64 ss.
(143) *Ibid.*, 73.

rale tedesco? Non il popolo tedesco, e chi dunque? È evidente che a questo punto la risposta di Mayer si indirizza verso l'inesistenza fattuale di un nuovo Sovrano, dunque dello Stato federale: per il nostro giurista, con tale formula non si fa altro che esprimere l'aspirazione ad uno Stato tedesco unitario, in definitiva un « politisches Programm » (144), che niente ha a che fare con la sfera delle forme giuridiche. Si può allora anche concordare su tale programma, sull'esigenza di un progressivo rafforzamento del potere del *Reich*, ma si deve intanto prendere atto — sul piano della realtà politica — che si è per ora di fronte ad una semplice confederazione di Monarchie, e non ad uno Stato federale.

Operare realisticamente sulla costituzione esistente, guardando alla « nüchterne Wirklichkeit » del potere, significa rendersi conto che « das Unjuristische, das hinter allem Staatlichen liegt » è nel caso del *Reich* del 1871 essenzialmente dato dalla fedeltà dei Principi, secondo quanto afferma lo stesso Bismarck: « Das Reich hat die feste Basis in der Bundestreue der Fürsten » (145).

Con questo richiamo a Bismarck, che non è l'unico contenuto nelle ultime pagine del saggio del 1903, Mayer getta una sorta di ponte tra il realismo della sua analisi e quella *Realpolitik*, che era stata propugnata dallo stesso Bismarck. Chi rimane esclusa da questo incontro scienza-politica è proprio, paradossalmente, la scienza giuridica ufficiale rappresentata dalla scuola di Laband. Il nostro giurista conclude infatti il suo saggio domandandosi quale contributo possa mai fornire alla chiarificazione dei rapporti politici una giuspubblicistica che si limita a coprire e nascondere il problema della sovranità, che pone come già concluso quel processo di sostanziale unificazione politica, che è invece tutto da percorrere: una scienza che finisce per riferire tutte le sue analisi ad una « ohne

---

(144) *Ibid.*, 57 e 74.

(145) *Ibid.*, 77-78. Mayer ripeté questa sua impostazione anche in *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tübingen, 1909, opera che rimane fuori dal nostro orizzonte di ricerca. A questo proposito ricorda, con notevoli accenti ironici, come queste sue prese di posizione avessero contribuito a farlo definire « ein föderalistischer Reaktionär »: O. Mayer, *Schiffahrtsabgaben II*, Tübingen, 1910, ora in KS II, 143 ss., 175 per la frase citata.

erkennbaren Träger frei in der Luft schwebende Reichsstaatsgewalt » (146).

Vi è certamente un forte legame di continuità tra la polemica condotta da Mayer nel 1888 contro la *konservative Rechtswissenschaft*, che cercava di ridurre al minimo le forme giuridiche specifiche di diritto pubblico, e questo attacco dei primi anni del nuovo secolo condotto contro il formalismo della giuspubblicistica dominante. Tanto più infatti viene messo a nudo il problema della sovranità, tanto più s'indaga — come Mayer dice — sul 'non giuridico' che si trova dietro ogni formazione statale, tanto più cresce il bisogno di vincolare il soggetto politico Stato con specifiche forme giuridiche, che non possono più essere quelle tradizionali privatistiche.

Il saggio nel quale giunge a conclusione questo itinerario critico di Mayer è del 1908, ed è dedicato proprio a *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht* (147). È inserito nella *Festgabe* per Paul Laband, ma questo non risparmia allo stesso Laband, ed alla sua scuola, le critiche, a volte anche assai aspre, di Mayer (148). In un'ampia recensione al volume, curata da Gustav Seidler (149), i contributi di Mayer e di Hugo Preuss sono considerati, seppur per vie diverse e rispecchiando diverse tradizioni politico-culturali, gli unici realmente discordanti, nell'apparato metodologico e nelle conclusioni, dal dettato della scuola labandiana, al quale sembrano invece aderire in modo più o meno passivo e ripetitivo tutti gli altri studiosi che collaborano con i loro contributi alla *Festgabe*.

Seidler ripete nei confronti di Mayer una critica che già era stata

---

(146) O. MAYER, *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, cit., in KS II, 75.

(147) Con l'analisi di questo saggio si conclude anche il nostro esame dell'opera di Mayer, che negli anni successivi si svilupperà soprattutto attraverso la rielaborazione del *Deutsches Verwaltungsrecht*, in particolar modo attorno agli istituti del *Sachenrecht*: cfr. la *Selbstdarstellung*, 18 ss., e *supra* la nota 91.

(148) O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, cit., in KS I, 278 ss. Noi citeremo però in queso caso direttamente dall'estratto alla *Festgabe* per Paul Laband. Questi ebbe a dolersi delle critiche di Mayer, come viene testimoniato direttamente dallo stesso Mayer, nella sua *Selbstdarstellung*, cit., 18.

(149) G. SEIDLER, *Die Labandfestschrift*, in *Zeitschrift für Politik*, 2 (1909), 281 ss.

di Loening venti anni prima a proposito della *Theorie* del 1886. Alla ricerca del fondamento reale della sovranità statuale viene imputato di essere complessivamente ispirata ad ideali politici illiberali, tendenti a sottovalutare la pregnanza e la forza del dato giuridico, ad esaltare il potere in quanto tale come pure fattualità: « Mayer haftet aber noch an dem vom Rechtsstaat überwundenen Souveränitätsbegriff, welcher in demselben schrankenlose Macht sieht, während im Rechtsstaat die Souveränität die höchste, rechtliche Macht ist »; ed in questo senso lo Stato è — in modo che appare non comprensibile a Mayer — « Rechtssubiekt kraft der mit ihm zugleich gegebenen Rechtsordnung seines Sein, der Verfassung des Staates » (150).

La recensione di Seidler è sicuramente indicativa di una convinzione diffusa nella scienza giuridica del tempo: che al di là dello Stato-persona giuridica, della dimensione 'necessaria' della *Justiz*, vi sia solo la brutale soggettività del potere, cada in pratica ogni possibilità e speranza di razionalizzazione della vita collettiva. Questo è proprio il pregiudizio che Mayer da vent'anni combatteva, che ora nel 1908 torna decisamente ad attaccare, sul terreno complessivo della teoria della persona giuridica, ed in particolare a proposito del dogma della personalità giuridica dello Stato.

Mayer prende le mosse nella sua analisi dai noti *Beiträgen zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, di Paul Laband, pubblicati sulla *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (Bd. XXX, pp. 469 e ss.), dunque dal diritto civile, poiché in quel settore dell'ordinamento era nata la nozione di persona giuridica, e di lì bisognava dunque ripartire per studiare che senso potesse avere parlare dello Stato-persona giuridica.

Non si può non concordare con Laband — « hier zwingt die Logik », afferma Mayer (151) — quando questi sostiene che la persona giuridica nasce solo con la piena e perfetta separazione di un dato patrimonio dai soggetti, riuniti in associazione, che originariamente ne erano ciascuno per la propria parte titolari, con tutte le relative conseguenze sul piano della responsabilità patrimoniale (152).

Per Mayer tuttavia i problemi iniziano proprio a questo punto.

---

(150) *Ibid.*, 285-286.

(151) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 14.

(152) *Ibid.*, 11 ss.

Con il distacco del patrimonio, del quale Laband parla, si perde in realtà il *Beziehungspunkt* originario, costituito da ciascuno dei singoli individui prima del distacco medesimo. Si deve dunque ricercare, per poter parlare di persona giuridica, un nuovo *reale* centro d'imputazione. Il distacco del patrimonio dalle sfere esclusive di potere dei singoli individui è dunque solo l'indizio, o al massimo il presupposto, dell'esistenza di una persona giuridica, ma *non* è la persona giuridica medesima: ed il nostro giurista, al di là di Laband, si pone proprio il problema dell'esistenza concreta e fattuale di una soggettività giuridica collettiva trascendente i singoli.

Bisogna in primo luogo tener presente il ruolo fondamentale della *Rechtsordnung*, della volontà dell'ordinamento che determina requisiti e modalità, alla presenza dei quali è possibile parlare di persona giuridica. Questo non vuol dire che la persona giuridica abbia necessaria natura di *Fiktion*, ma solo che essa non è possibile senza un sovrastante ordine giuridico autoritativo in grado di fissare i criteri di riconoscimento della stessa persona giuridica (153). Ciò che in definitiva non si può negare è la capacità dell'ordinamento « zu bestimmen was vor ihr als Rechtssubiekt gelten soll » (154).

Questa volontà selettiva ed organizzativa deve tuttavia dirigersi verso una determinata realtà, un reale centro d'imputazione: ed è solo da questo incontro tra volontà normativa e concreta realtà associativa che nasce la persona giuridica.

Mayer ricorre qui al concetto di *Unternehmen*, nel quale colloca il reale *Substrat* della persona giuridica (155). Se normalmente la persona giuridica si forma attraverso il distacco del patrimonio dalle sfere di potere individuali, ciò avviene in quanto quel patrimonio è in concreto funzionale ed anzi necessario al compimento di *un'impresa*; ed è per questo motivo che quella determinata realtà associativa costituisce un'amministrazione organizzata, statuisce in vario modo le finalità del proprio operare collettivo: « Vermögen, organisierte Verwaltung, eigener Name, alles auf einen bestimmten Zweck gerichtet, das nenne ich ein Unternehmen » (156).

---

(153) *Ibid.*, 17. Fiktion è per Mayer « übertriebenes Wort » (18).

(154) *Ibid.*, 17.

(155) *Ibid.*, 20 ss.

(156) *Ibid.*, 22-23. Il concetto di *Unternehmen* è presente un po' in tutta l'opera di

In sintesi, per il nostro giurista, la persona giuridica non è pensabile senza il riconoscimento normativo — ed anzi in questo senso è senz'altro « ein Geschöpf der Rechtsordnung » (157) —, ma è altrettanto priva di significato senza il *Substrat* dell'impresa: è in definitiva un'impresa personificata per volontà dell'ordinamento, è voluta dalla legge, ma trova il suo contenuto in un complesso di beni, persone, funzioni amministrative, che è già autonomo nelle cose, nella concretezza dei rapporti associativi.

Una simile nozione di persona giuridica può ben essere applicata anche nel campo del diritto pubblico. Esistono infatti anche 'imprese pubbliche', *Anstalten* che curano interi settori di attività della pubblica amministrazione, e che la legge si preoccupa di riconoscere, definire ed organizzare: esistono dunque in questa misura anche persone giuridiche di diritto pubblico (158).

Ciò che invece Mayer ritiene inammissibile è il tentativo, posto in essere dai giuristi di diritto pubblico a lui contemporanei, e segnatamente da quelli ispirati dal cosiddetto 'metodo giuridico', di risalire con lo strumento della persona giuridica allo Stato in quanto tale, di definire lo Stato medesimo persona giuridica.

Ciò presuppone intanto, secondo il nostro giurista, che lo Stato sia in primo luogo *entità giuridica*, da classificare come tale nel settore specifico delle persone giuridiche. Per Mayer lo Stato è invece soprattutto « die grosse Tatsache », che ha il proprio momento originario nella sfera della « Macht », e non in quella del diritto: esso esiste, al di fuori di ogni presunta 'natura' giuridica, « mit dem tatsächlichen Zustand, *status*, dass eine oberste Gewalt

---

Mayer. Era stato messo in rilievo anche nel *Deutsches Verwaltungrecht*, cit., vol. II, 3-5, ed in tutta la trama degli istituti del *Sachenrecht*, 163-166, 263.

(157) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 20.

(158) *Ibid.*, 67 ss., spec. 69 e 83 per la classificazione dei vari tipi di persone giuridiche di diritto pubblico; già alla p. 42, nella parte dedicata alle persone giuridiche secondo il BGB, Mayer scrive: « Juristische Person ist ein verpersönlichtes Unternehmen. Ist dieses ein öffentliches Unternehmen, also ein solches, das von Staate als ein Stück öffentlicher Verwaltung anerkannt und behandelt wird, so ist auch die juristische Person öffentlichrechtlicher Natur ». Nella stessa direzione, cfr. anche O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. II, 371. È superfluo aggiungere che non è qui possibile tentare un esame dettagliato della classificazione proposta da Mayer in materia di persone giuridiche di diritto pubblico.

eingerichtet ist für ein gewisses Gebiet und für die zugehörigen Menschen » (159).

I primi dati fondamentali che appaiono con lo Stato e nello Stato sono la sovranità, e la presenza di uno scopo di tipo collettivo, trascendente le singole sfere degli individui. Nella prima direzione, si risale alla « Trägerschaft der obersten Gewalt », al « Souverän, dem die letzte Entscheidung zusteht und auf welchen alle Staatstätigkeit zurückführt », nella seconda alla « Einrichtung, Staat genannt » che ha « die Aufgabe und die Wirkung, Volkseinheiten zu schaffen und zu erhalten » (160).

Questa coppia concettuale sovranità-scopo, nella quale si riassume l'essenza del potere politico, non è in alcun modo qualificabile a priori come giuridica. Lo Stato — ripete ancora una volta Mayer — è « gewaltige Tatsache »; su di esso « Recht und Rechtsordnung *können und sollen kommen; sie dringen nie in sein innerstes Wesen ein* » (161). Lo Stato è insomma 'fatto di potenza', che l'ordinamento può solo limitare, ma che comunque non appartiene mai integralmente, per sua 'natura', alla sfera del giuridico.

Il presupposto primo di tutto il lavoro dei giuristi di diritto pubblico è dunque apertamente una soggettività politica, quella *Einrichtung* chiamata Stato — come Mayer dice —, alla quale è riferibile, in termini di sovranità, la 'decisione ultima', che ha lo scopo, mai formalizzabile integralmente in termini giuridici, e certamente trascendente la logica civilistica della definizione delle sfere di potere, di creare, e continuamente difendere e mantenere, l'unità del corpo sociale.

Questo Stato non è dunque descrivibile in alcun modo in termini di 'personalità giuridica'. Mancano tutte le condizioni che la stessa teoria giuridica privatistica richiede per l'esistenza di una persona giuridica. Manca una *Rechtsordnung* superiore allo Stato,

---

(159) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 47.

(160) *Ibid.*, 47.

(161) *Ibid.*, 48. I corsivi sono di Mayer. Egli riprende qui in tal modo problematiche che già conosciamo: lo Stato 'il più possibile' di diritto, il nesso conflittuale *Verwaltung* - ordinamento giuridico. Un primo approccio in termini di teoria generale dello Stato è già contenuto nella recensione a M. VON SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, Freiburg i.B. und Leipzig, 1896 (seconda edizione), in *Archiv für öffentliches Recht*, 12 (1897), 493 ss.

dalla quale esso medesimo possa derivare, come sua rigorosa espressione, la qualità di soggetto giuridico, manca inoltre la possibilità di *obbiettivizzare* lo Stato-impresa, di distaccare il complesso delle sue concrete funzioni dai titolari della sovranità: lo Stato sovrano di Mayer non tollera, né di essere compresso nei confini angusti della personalità giuridica, né di essere distaccato dal centro motore della costituzione, dal Sovrano al quale spetta la 'decisione ultima'.

Manca quindi, sia la possibilità di costruire la persona giuridica-Stato sulla base di modalità prefissate, sia il sostrato materiale di tale persona, l'impresa-Stato autonomamente intesa.

Ciò non significa però che non vi sia per Mayer alcun modo di pensare lo Stato secondo categorie giuridiche. Anzi — come sopra già osservavamo —, lo sforzo del nostro giurista è proprio quello di superare il pregiudizio, per lui corrente presso i giuspubblicisti del suo tempo, secondo il quale al di là dei consueti schemi di diritto privato — tra i quali appunto quello della 'persona giuridica' — non vi è più alcuna possibilità effettiva di ragionare secondo categorie giuridiche.

Sotto questo profilo, lo scritto del 1908 è certamente in stretta continuità con tutta la precedente opera di Mayer. Si collega in altre parole con quella ricerca dello specifico giuridico di diritto pubblico-amministrativo che abbiamo visto caratterizzare la produzione scientifica del nostro giurista a partire dal saggio del 1888 sui contratti di diritto pubblico.

La prima via attraverso la quale si realizza la progressiva giuridicizzazione dell'entità politica Stato è infatti proprio quella del diritto amministrativo, della ricerca di un diritto caratteristico della pubblica amministrazione, esprimibile in forma di istituti giuridici. Se è vero che lo Stato, e specialmente la *Verwaltung*, non possiede in quanto tale alcuna 'natura' di soggetto giuridico, e però altrettanto certo che la storia si muove per Mayer verso una progressiva estensione del dominio della *Rechtsordnung* sull'attività amministrativa.

Il punto focale è sempre il medesimo: tale dominio non può realizzarsi su presupposti di tipo civilistico. Ciò vale anche per il tema della soggettività statuale in genere. Negare ad essa la qualifica complessiva di 'persona giuridica' significa in ultima analisi ancora una volta negare ai giuristi la possibilità di ragionare sullo Stato

mediante categorie di stampo civilistico; e nello stesso tempo, riconoscendo lo Stato come soggetto sovrano consapevolmente agente per il perseguimento di determinate finalità, non si fa altro che mettere a nudo una sostanza politica dell'azione dei poteri pubblici, di fronte alla quale il giurista deve lavorare con categorie e punti di vista radicalmente nuovi.

La politicità dello Stato-soggetto, nel senso della titolarità della 'decisione ultima' e dello 'scopo finale', non racchiudibili negli schemi giusprivatistici, si ritraduce perciò da ultimo in Mayer nella ricerca di una nuova giuridicità dello Stato moderno, questa volta integralmente ed autenticamente *pubblicistica*.

Accanto all'indagine sugli istituti di diritto amministrativo, si pone perciò l'individuazione di un determinato nesso Stato-popolo, basilare per la costruzione di tutto il sistema di diritto pubblico. Al fine di pensare giuridicamente lo Stato — se esso non è 'persona giuridica', « was ist also der Staat, juristisch gedacht? », si domanda Mayer (162) — è necessario scartare due possibili nozioni di popolo: quella giusnaturalistica della « Gesellschaft », del « Verein », della « geordnete Bürgerschaft », e quella assolutistica della « Bevölkerung » (163).

A tali ideologie settecentesche, si deve contrapporre quella del popolo come grandezza storica, come « geschichtliche Grösse » (164), maturata nel primo ottocento, e nella quale si riassume una duplice esigenza: da una parte, il mantenimento e la difesa di una sufficiente compattezza del corpo sociale e della sua identità storica di fronte alla dilacerante dialettica politico-sociale apertasi su basi individualistiche con la Rivoluzione francese, dall'altra, di fronte ai pericoli insiti nelle ideologie contrattualistiche, e sulla scia della riflessione di Burke e della Scuola Storica tedesca (165), la recisa

---

(162) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 48.

(163) *Ibid.*, 48, 51.

(164) *Ibid.*, 51.

(165) *Ibid.*, 51-52. Il richiamo alla nozione di 'popolo' presente tra i giuristi della Scuola Storica è funzionale alla elaborazione di Mayer sul terreno della soggettività statuale, come meglio sarà chiarito in seguito nel testo; mentre è escluso ogni ritorno alla vecchia teoria del *Volksgeist*: cfr. anche O. MAYER, *Völkerrecht und Völkermoral*, cit., in KS II, dove si rimprovera alla Scuola Storica di non aver integralmente superato il diritto naturale, avendo sostituito alle vecchie formulazioni « einen neuen Herrscher: den

affermazione di un *Endzweck* dello Stato, non riducibile, con Hegel, alla « Sicherung des Lebens und Eigentums der Individuen » (166).

La tradizione savignyana e quella hegeliana vanno dunque a confluire a fine secolo nell'opera di Mayer. E lo Stato è definito sul piano giuridico come *Anstalt*, come soggetto trascendente la semplice 'somma' degli interessi individuali, che racchiude in sé armonicamente la globalità del popolo inteso come 'fondamento naturale' della personalità statuale (167). Il principio-base di tutto il diritto pubblico, di tutta la costituzione dello Stato di diritto, sta dunque in questa identificazione Stato-popolo, nel superamento delle ideologie contrattualistiche e pancivilistiche, attraverso il duplice e concordante richiamo allo Stato-potenza hegeliano, ed all'identità storico-organica del popolo, affermata in età romantica dai giuristi della Scuola Storica.

Mayer si sente dunque figlio della *Wendung* politico-giuridica d'inizio secolo, che aveva preso le mosse dalle critiche di Burke ai risultati della Rivoluzione francese, per svilupparsi attraverso l'opera di Fichte ed Hegel, attraverso il lavoro della Scuola Storica e della « organische Staatslehre » (168). Lo specifico giuridico di diritto pubblico si costruisce per Mayer in questa fondamentale fase storica, sulla duplice via della critica alla Rivoluzione e del superamento definitivo dello Stato di polizia: scoprire l'autonomia e la peculiarità

---

rechtserzeugenden Volksgeist, das allgemeine Rechtsbewusstsein » (30); tale dottrina viene più avanti giudicata frutto « von einem überwundenen Standpunkt » (44, nota 42): la « nüchterne Rechtswissenschaft traut der ganzen alten Romantik nicht mehr » (31).

(166) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 51, dove è riportato il passo della *Rechtsphilosophie* hegeliana. Per il rapporto di Mayer con Hegel, e per le diverse fasi del suo sviluppo, cfr. E.V. HEYEN, *op. cit.*, 61 ss.; e, dello stesso E.V. HEYEN, *Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers*, cit., 280 ss.

(167) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 51, 54.

(168) O. MAYER, *Fichte über das Volk*, Rede des antretenden Rektors der Universität Leipzig gehalten am 20. November 1913, Leipzig, 1913, 17-27, ora in KS II, 8 ss., 13 per il richiamo di Mayer alle correnti di pensiero indicate nel testo. Cfr. anche O. MAYER, *Staat und Kirche*, in *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, hrsg. von A. HAUCK, vol. 18, Leipzig, 1908 (terza edizione), 707 ss., ora in KS II, 221 ss., dove la *Wendung* indicata nel testo assume chiaro significato oppositivo, presso gli intellettuali tedeschi, alle ideologie di sovranità popolare dominanti in una certa fase della Rivoluzione francese (231).

del diritto pubblico-amministrativo significa nello stesso tempo affermare lo Stato di diritto contro l'arbitrio del Sovrano, e sconfiggere le ideologie contrattualistiche rivoluzionarie, sulle quali si fondava in modo rinnovato la supremazia del diritto privato.

Lo Stato giuridico di Mayer è quello che afferma la sua 'decisione ultima', la sua sovranità, sia nei confronti della pura volontà politica, sia nei confronti delle spinte disgreganti provenienti da una società concepita a base individualistica e conflittuale. La sua giuridicità non può prescindere dalla sua politicità, e viceversa. Non ha alcun senso chiamare lo Stato 'persona giuridica' nascondendo in tal modo il problema della sovranità, la sua natura di *Anstalt* che vive dinamicamente nel perseguimento dello 'scopo finale' (169); ma neppure è possibile alcuna apologia della capacità di decisione politica, che non imbocchi recisamente la via della costruzione consapevole e graduale della nuova dimensione autonoma del *diritto pubblico*.

È per noi assai significativo che Mayer richiami nel suo saggio, come interprete autentico ed autorevole della linea di pensiero giuridico nella quale egli medesimo si riconosceva, Carl Friedrich von Gerber, con i suoi celebri *Grundzüge* del 1865 (170). È evidente che per il nostro giurista, dopo quella data, si è esaurita la spinta costruttiva del diritto pubblico, e che i Maestri a lui contemporanei, come Laband e Jellinek, sono ricaduti nel contesto di fine secolo nella riproposizione del vecchio primato giusprivatistico, dimenticando i contenuti fondamentali della *Wendung* postrivoluzionaria.

Di fronte ad essi, Mayer si ripropone come vero prosecutore della elaborazione della *teoria giuridica dello Stato*. Ed indica in questo senso il terreno decisivo della *Verwaltung*, nel quale lo Stato

---

(169) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 59: torna qui la polemica con i giuristi contemporanei: « Die deutschen Professoren haben, ohne alle Beihilfe, den Staat zur juristischen Person ernannt. Warum war das eigentlich notwendig? ». E, più avanti: « Der Staat ist der Simson, den man vergeblich zu binden sucht mit den neuen Stricken der juristischen Persönlichkeit » (67).

(170) *Ibid.*, 51, dove è citato un noto brano di Gerber, a proposito del legame popolo-Stato. Sul legame Savigny-Gerber, e sulla distanza tra Gerber medesimo e la scienza ufficiale del *Reich* di Laband e Jellinek, cfr. il mio *Giuristi e costituzione politica*, cit., *passim*, e spec. 256 ss., per l'analisi dei passi gerberiani riportati anche da Mayer.

esprime al massimo la sua sovranità, la sua natura politica di *Anstalt*, ed insieme la tendenza storica a rendere sempre più certa e calcolabile la sua azione, secondo modelli giuridici — gli istituti di diritto amministrativo — propri ed autonomi. Seguire questa linea di progressiva giuridicizzazione dell'azione dei pubblici poteri, la linea del diritto pubblico-amministrativo, è però possibile solo muovendo realisticamente dal problema primo del *potere*, non elidendolo attraverso l'artificioso richiamo alla figura della 'persona giuridica', all'immagine dello Stato quale soggetto giuridico necessariamente agente secondo modalità razionali e prevedibili (171).

Lo Stato di Mayer è dunque 'giuridico' solo se afferma la propria natura politica di *Anstalt*, se è capace, attraverso l'esercizio dei diritti di sovranità, di creare, mantenere e diffondere l'unità e l'identità del corpo sociale. Tutta l'attività della *Verwaltung* ha questo senso politico fondamentale, nel quale essa ritrova le ragioni ultime della propria autonomia e centralità, mentre l'ordinamento giuridico, lungi dallo svolgere funzioni di tipo legittimante, può solo *sovrapporsi* alla realtà politico-istituzionale dello Stato, ricercando 'il più possibile' l'imposizione di vincoli e forme stabili all'azione amministrativa.

Qui sta anche il nucleo del *realismo* di Otto Mayer, ben al di là delle ricorrenti polemiche contro gli 'eccessi' del formalismo, o sulla maggiore o minore aderenza dei concetti giuridici alla 'realtà', alla concretezza dell'esperienza giuridica (172). Ciò che balza in primo

---

(171) O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., 63-67, dove torna a polemizzare con il concetto di personalità giuridica dello Stato, esaminando di nuovo anche il problema dell'autonomia del *Reich* nei confronti dei singoli Stati tedeschi. I 'professori tedeschi' hanno a giudizio di Mayer creato una « Scheinperson », niente altro che « Bild, Gleichnis, und Abstraktion », mentre « Das Wirkliche ist und bleibt einzig die lebendige Trägerschaft der obersten Gewalt, die mit ihren mancherlei Hilfskräften den Staat in Gang hält und damit das Grosse Unternehmen betreibt, ein möglichst wertvolles Glied zum Ganzen der Menschenheitsgeschichte zu stellen » (62-63).

(172) Innumerevoli nell'opera di Mayer i richiami alla problematica della 'costruzione giuridica', sempre però assai sfuggenti, e diretti, ora ad esaltare la funzione ordinativa dei concetti giuridici, ora a mettere in guardia contro i pericoli insiti nelle tecniche costruttivistiche. Si possono ricordare, a questo proposito, i seguenti luoghi dell'opera di Mayer: *Die juristische Person*, cit., 10-11; *Eisenbahn und Wegerecht II*, cit., in KS I, 190; *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*, cit., in KS I, 90, nei quali il filo conduttore è costituito dalla polemica contro i *Luftgebäude* della

piano è questa lucida e spregiudicata concezione del rapporto Stato-diritto, soggettività politica-ordinamento giuridico, il costante rifiuto delle formule pacificanti, come quella della persona giuridica statale, alle quali non poteva essere affidato il progetto di giuridicizzazione della dinamica pubblicistica, tutto ancora da definire lungo la linea del diritto pubblico-amministrativo, con un lavoro minuto e paziente di costruzione degli istituti giuridici, di organizzazione della struttura e dell'azione della *Verwaltung*.

È un lavoro in gran parte affidato alla scienza giuridica, che non può presupporre alcuna 'natura' giuridica dello Stato, ma al contrario deve muovere dalla consapevole accettazione del carattere politico dell'ente-Stato, mai dominabile per intero da parte della *Rechtsordnung*; dunque, un impegno, che non può solo ispirarsi al rigore metodologico, puntare solamente alle 'certezze' scientifiche, ma che è continuamente alimentato — in polemica, come sopra abbiamo visto, con i 'professori tedeschi'— dalle consapevolezze politico-culturali dei giuristi, dalle grandi problematiche della sovranità e degli scopi dell'azione pubblica, dalla ricerca di un nesso costante e vitale tra amministrazione e costituzione.

Il contributo di Mayer alla scienza del diritto amministrativo è dunque ben più rilevante e significativo di quello contenuto nei ristretti confini del superamento dei modelli caratteristici della *Verwaltungslehre* (173). Se sotto questo profilo, che attiene alla

---

scienza giuridica, ma si fa salva nello stesso tempo l'essenza ultima della *Konstruktion*, della capacità di ricondurre il 'materiale' sotto il dominio delle *Rechtsideen*. Esemplare in questa direzione anche il *Vorwort* alla seconda edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht* (VIII-IX), dove si rinvia alla funzione centrale di tali 'idee giuridiche'. Approfondisce questo aspetto dell'opera di Mayer A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., 29 ss., e 151 ss.

(173) Che rimane comunque anch'esso quale momento fondamentale della elaborazione scientifica del nostro giurista. Da ricordare su questo piano le recensioni di Mayer a G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1893-94, in *Archiv für öffentliches Recht*, II (1896), 157 ss.; a G. JÈZE, *Les principes généraux du droit admnistratif*, Paris e Nancy, 1904, in *Archiv für öffentliches Recht*, 19 (1905), 597 e ss.; ancora a G. JÈZE, *Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik*, Tübingen, 1913, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32 (1914), 275 ss., sulla linea della costruzione del 'sistema' secondo punti di vista formali, riferiti agli istituti giuridici ed ai *Begriffe*. Insiste su questa alternativa tra scienza del diritto amministrativo e *Verwaltungslehre*, M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., 63 ss. Rilevanti sotto questo profilo anche le critiche al concettualismo di Mayer da parte di L. SPIEGEL, *Die Verwaltungs-*

strutturazione in senso sistematico della 'materia' amministrativa, la sua opera appare prodotto del 'metodo giuridico' ottocentesco, in realtà con Mayer si torna poi a discutere di sovranità, del rapporto politica-diritto, delle finalità dello Stato, in chiara e netta polemica proprio con i campioni del 'metodo giuridico', come Paul Laband e Georg Jellinek.

È la specificità della *Verwaltung* che provoca questo salto tematico poiché con essa riappare lo spettro, troppo a lungo temuto, e quasi rimosso, della decisionalità politica. Per il suo recupero della filosofia hegeliana, per la sua concezione dello Stato come 'fatto di potenza', per il suo aperto disconoscimento della 'natura' giuridica dello Stato medesimo, Mayer è stato spesso condannato come nemico dello Stato di diritto e dei suoi contenuti politici liberali (174). Non si è voluto capire che il nostro giurista mirava in tal modo a provocare la scienza giuridica del suo tempo, a sfatare e demolire l'immagine di uno Stato ormai conquistato nella sua essenza alla sfera giuridica, a penetrare nella sfera del 'non-giuridico' posta al di là di ogni formazione statale, a proporre un progetto di razionalizzazione che muovesse dalla piena consapevolezza delle difficoltà esistenti, e non si esaurisse nella acritica accettazione di tranquillazzanti formule. Si è così gettato via, per esorcizzare il contenuto 'autoritario' dell'opera di Mayer, l'idea centrale dello Stato-*Anstalt* che lavora per la saldezza della costituzione, della *Verwaltung* che come pubblico *Unternehmer* è protesa alla soddisfazione dei bisogni della società, alla realizzazione di sempre più alti livelli di razionalità collettiva.

---

rechtswissenschaft, Leipzig, 1909, e le repliche dello stesso Mayer nella recensione al volume di Spiegel, in *Archiv für öffentliches Recht*, 25 (1909), 489 ss.

(174) Si può ricordare come questa accusa risalisse alla prima opera di Mayer, alla *Theorie* del 1886: cfr. *supra* le recensioni al saggio, specialmente quella di Loening. Dalle accuse di Loening Mayer si difendeva ancora nel 1907: O. MAYER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, cit., in KS I, pp. 104-105, dove negava di poter essere considerato un nostalgico ammiratore del *Polizeistaat*. Infine, recensendo K. HAFF, *Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts*, Zürich, 1918, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 40 (1921), pp. 113 e ss., Mayer difende i contenuti del suo saggio del 1908 sulla persona giuridica, sostenendo la necessità di proseguire il lavoro di depurazione del diritto pubblico dalle « zivilrechtliche Anschauungen » (p. 117), e rifiutando l'idea che una sorta di « Staatsabsolutismus » sia al centro della sua riflessione (p. 118).

Quale sorte abbia avuto l'opera di Mayer nel corso del nostro secolo, è cosa che non può essere qui discussa. Ciò presupporrebbe infatti una storia dei singoli istituti giuridici — il contratto di diritto pubblico, la proprietà pubblica, e così via —, che è ancora tutta da scrivere (175). Si può solo dire che oggi le costruzioni del Maestro tedesco appaiono spesso assai distanti dalle esigenze e dai problemi della nostra esperienza, che si è nel frattempo andata modificando sotto la spinta di nuovi bisogni, riproponendo una sostanziale riduzione del campo riservato alla normazione amministrativa, ed un parallelo ampliamento della zona d'influenza del diritto privato, con la conseguente ricostituzione di un'area di 'diritto comune a privati e pubblici operatori', a sua volta di tipo essenzialmente privatistico (176). Il grande progetto di pubblicizzazione di Otto Mayer, la sua radicata diffidenza nei confronti dell'attività di diritto privato dei pubblici poteri, la sua affannosa ricerca delle versioni autenticamente 'pubblicistiche' dei tradizionali istituti di diritto privato, il suo stesso orientamento complessivo verso la costruzione dello 'specifico' giuridico di diritto pubblico amministrativo, sembrano dunque contrastare con lo sviluppo storico successivo, risultare vecchi ed inadeguati di fronte alla nuova realtà. Sul versante dei principii costituzionali, sulla base del principio di legalità, soprattutto nel

---

(175) Per quanto riguarda esclusivamente il contratto di diritto pubblico, cfr. *supra*, nt. 31.

(176) Per M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., lo sforzo di 'pubblicizzazione' di fine secolo, almeno per ciò che riguarda l'Italia, è frutto di un ceto di giuristi 'accademici' che muovono da premesse sostanzialmente ideologiche, staccate in qualche misura dalle concrete esigenze di uno Stato, che, se da una parte doveva combattere storici particolarismi, dall'altra doveva anche programmare nuove linee di sviluppo nelle quali necessariamente erano coinvolte le energie economiche dei privati (138 ss.). Sulla estensione, e la progressiva ricostituzione, dell'area di 'diritto comune', della quale si parla nel testo, cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 655 ss.; Id., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 459 ss; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., 149 ss. Di fronte a tale tendenza, l'insegnamento di Mayer è implicitamente considerato ancora attuale solo in 'negativo', solo in quanto ancora persistenti appaiono le resistenze del c.d. 'polo autoritativo' del diritto amministrativo. Questo saggio è dedicato anche a restituire — proprio sotto questo profilo — un'immagine più complessa e stratificata dell'opera del Maestro tedesco.

senso della legalità-garanzia, è oggi inoltre difficile non ritenere certe costruzioni di Mayer — l'*Anstalt*, i 'rapporti di supremazia speciale' — estranee al nostro quadro politico-istituzionale, quasi frutto dell'età storicamente trascorsa dello Stato di polizia (177).

L'analisi storiografica, che è cosa diversa dal giudizio sull'attualità delle soluzioni dogmatiche, può però contribuire a mettere in luce — come qui si è tentato di fare — quale sia stata l'ispirazione fondamentale dell'opera di Mayer, sulla quale conviene oggi forse ancora meditare. Tutta la giuspubblicistica tedesca di fine secolo è figlia della *Wendung* antigiusnaturalistica, anticontrattualistica, antiindividualistica postrivoluzionaria, nasce dal trauma della Rivoluzione. Al suo interno convivono però due distinte e contrapposte interpretazioni del momento storico: da una parte, tutte le costruzioni dei giuristi sono fondate sulla convinzione — da Savigny a Georg Jellinek — che, dopo gli eccessi e gli arbitrii dei Sovrani assoluti e dei legislatori rivoluzionari, stia nascendo una nuova età del diritto, che lo Stato stesso stia per essere riconquistato nella sua 'essenza', nella sua 'natura', al campo del giuridico, dall'altra, si

(177) È questa l'opinione di F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, 142 ss., che ripercorre certe vicende storiche del pensiero giuspubblicistico, specialmente tedesco, al fine di approfondire la nozione di 'supremazia speciale'; Otto Mayer è visto in questo senso come l'artefice primo nell'individuazione di una serie di 'zone libere' nelle quali la pubblica amministrazione si avvale in concreto di poteri, che in qualche modo sfuggono ai postulati dello Stato di diritto, e soprattutto al dominio della legge: è appunto in questo àmbito che esplica la sua efficacia l'*Anstalt* pubblicistica, come vera e propria 'lacuna' dello Stato di diritto, terreno sul quale si sviluppano tra Stato e cittadino i '*besonderen Gewaltverhältnisse*': cfr. *supra*, nota 104, ed inoltre O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, 108-109, nt. 13. F. MERUSI, *op. cit.*, 149, collega inoltre tale vicenda dei privilegi della pubblica amministrazione all'ideologia nascosta nella celebre frase di Mayer: « Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht » (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., terza edizione, Berlin, 1924, due voll., I, VI). Nel senso che l'amministrazione pretende di conservare in sé i tradizionali poteri regi, ponendosi al di là dei mutamenti costituzionali, dell'evoluzione verso lo Stato di diritto. È più probabile però che Mayer abbia voluto semplicemente indicare nell'amministrazione il momento di continuità nella vita delle istituzioni: ciò che può anche tradursi, mutate le condizioni storiche, in fattore di resistenza di fronte agli arbitri del potere politico, sempre che si muova, come Mayer, da una relativa *Eigenständigkeit* dell'amministrazione medesima. Sull'interpretazione della frase di Mayer, chiarimenti significativi in A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., 122-124.

muove invece dalla consapevolezza — da Hegel proprio fino a Otto Mayer — che diritto privato storicamente fondato e dottrina 'pura' dello Stato non sono sufficienti, che i nuovi assetti politico-sociali chiedono, ed implicitamente producono, un forte sviluppo della decisionalità politico-amministrativa, la centralità della *Verwaltung*, la sua relativa *Eigenständigkeit*.

Nel primo caso, lo 'Stato di diritto' è formula ideologica, posta a difesa degli equilibri e dei diritti della società civile, concepita in funzione esclusivamente difensiva, e l'amministrazione è in questa linea potere 'neutrale' da delimitare attraverso il duplice ricorso ai principii costituzionali ed alle garanzie offerte dal diritto privato; nel secondo, dunque per Mayer, lo 'Stato di diritto' è realtà politica da costruire, lungo la via del diritto pubblico-amministrativo, attorno al nesso problematico e conflittuale *Verwaltung-Justiz*, Stato-ordinamento, decisione-regola, è lo Stato, non solo del limite e delle garanzie, ma anche del lavoro quotidiano di risposta ai bisogni della collettività, e l'amministrazione è in questa linea soggettività politica da dispiegare, da delimitare attraverso il ricorso progressivo allo strumento giuridico, ma anche da riconnettere costantemente al momento della sovranità, allo 'scopo ultimo', che è la saldezza e l'unità del corpo sociale. È in definitiva un'amministrazione politica, che come tale può e deve essere giudicata, per le finalità che sceglie e persegue, e non una macchina inanimata costruita su astratte competenze. Lo 'Stato di diritto' che Mayer combatteva era dunque lo Stato pangiuridico nell'immagine di esso fornita dalla giuspubblicistica ufficiale del *Reich*, lo Stato che pretendeva di occultare il momento della sovranità e della politicità, che presupponeva il diritto come regola astratta da realizzare nell'attività amministrativa, e non sapeva scorgere il diritto che può essere creato nella società tramite l'azione amministrativa, la consapevole e razionale utilizzazione delle energie politico-amministrative dello Stato medesimo. Che nella dinamica pubblicistica contemporanea non vi sia alcuna 'natura' giuridica da scoprire, ma una dimensione giuridica da conquistare consapevolmente a partire dalla spregiudicata accettazione della sostanziale politicità del soggetto-Stato, è lezione di realismo che scaturisce da tutta l'opera di Mayer, al di là della evidente inattualità di molte delle sue costruzioni dogmatiche, della riduzione, da lui medesimo operata, della scienza dell'amministra-

zione a scienza delle forme di *Einwirkung* dei pubblici poteri nelle sfere individuali. Che poi tale lezione di realismo provenga da un 'formalista', da un filone di pensiero dal contenuto politicamente 'autoritario', è cosa che può mettere in imbarazzo solo chi ancora si adagi in facili schematismi, riduttivi della sostanziale complessità del processo storico e dei suoi attuali esiti.

3.

I PRESUPPOSTI COSTITUZIONALI DELL'OPERA GIURIDICA DI FEDERICO CAMMEO

1. Premessa. — 2. Statuto, legge, regolamento. — 3. Funzione amministrativa pubblica, diritto privato e principii costituzionali. — 4. Stato costituzionale e Stato amministrativo. Considerazioni conclusive.

1. Chi rivolga uno sguardo complessivo all'opera di Federico Cammeo è destinato ben presto a constatare una circostanza che potremmo dire quasi sorprendente: il giurista che tra i padri fondatori del nostro diritto amministrativo (1) è considerato per comune opinione ricevuta il più 'tecnico', il più ubbidiente alla minute ragioni della prassi, il meno predisposto alla dottrina generale ed alla costruzione sistematica, in realtà — soprattutto se si ha la pazienza di studiare il suo pensiero a partire dai casi concreti — risulta essere quello che in modo più intensamente problematico ha meditato in senso proprio e specifico sui 'presupposti costituzionali' del lavoro giuridico amministrativistico e dello stesso diritto amministrativo. Compito delle note che seguono è quello di analizzare questi 'presupposti', al fine di portare gradatamente alla luce quel vero e

(1) Sui tre padri fondatori della scienza del diritto amministrativo in Italia — Santi Romano, Oreste Ranelletti e Federico Cammeo — si vedano ora le rapide ma assai efficaci considerazioni di M.S. GIANNINI, *Prefazione* a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1992 (rist. anastatica dell'originale, Padova, 1911-14), pp. VII e ss. Per un più ampio inquadramemto di carattere storico si vedano G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, I.S.A.P., *Archivio*, N.S., 3, vol. 2, Milano, 1985, pp. 1101 e ss.; e M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, 1990, pp. 3 e ss.

proprio *modello costituzionale* che sicuramente era sotteso alle costruzioni dogmatiche di Federico Cammeo.

Diciamo fin d'ora che quel modello può certamente dirsi *liberale*, in un senso che andremo progressivamente chiarendo, e che comunque distanzia in modo considerevole il nostro giurista dagli altri maestri del diritto amministrativo a lui coevi — come Santi Romano ed Oreste Ranelletti —, ben più di lui disponibili ad incorporare il possibile contenuto garantistico del noto 'Stato giuridico' entro la dominante figura della sovranità dello Stato-persona essenzialmente inteso come Stato amministrativo (2).

Una cosa però è certa, e deve anch'essa esser subito esplicitata, soprattutto al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci: il diritto amministrativo liberale di Federico Cammeo non è tale in quanto polemicamente contrapposto — sulla base della matrice cui di solito si pensa in questi casi, che è pur sempre quella costruita da Tocqueville alla metà del secolo scorso (3) — a quella estensione dei

---

(2) Sulle differenze su questo piano tra Cammeo e gli altri amministrativisti del suo tempo hanno già insistito B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, spec. pp. 379 e ss.; e P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, 1986, spec. pp. 130 e ss. Sulla concezione generale dello Stato di diritto come Stato amministrativo, propria di Ranelletti e di Santi Romano, e non condivisa da Cammeo, si veda M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di Aldo Mazzacane, Napoli, 1986, pp. 309 e ss., ora anche in questo volume, pp. 405 e ss.. Che la differenza in questione sia per lo meno in parte da far risalire al maestro di Cammeo, ovvero a Lodovico Mortara, è cosa che emerge dalle più recenti ricerche: si vedano B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 301 e ss.; e F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia 1866-1936*, Milano, 1991, pp. 41-42, p. 79 e p. 385. Da segnalare ora anche *Attualità di Lodovico Mortara*, speciale sezione dei *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 85 e ss.; F. CIPRIANI, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII (1992), pp. 415 e ss.; e L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, con prefazione di A. Pizzorusso, Napoli, 1992.

(3) Sul punto si veda soprattutto A.M. BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, in ID., *Studi su Tocqueville*, Firenze, 1989, pp. 271 e ss., cui si aggiungano le considerazioni di L. MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel*, in *Quaderni Fiorentini per storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), pp. 608 e ss. Che Cammeo avesse letto Tocqueville, ma nient'affatto subito il fascino delle formule tocquevilleane, è dimostrato anche da F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli*

compiti della amministrazione attiva che tutti i nostri giuristi avevano ben percepito alla fine del secolo scorso, in quanto aprioristicamente rivendicante un maggiore spazio per il diritto privato nella disciplina normativa degli atti della pubblica amministrazione, in quanto rigidamente attestato sul principio della giurisdizione unica. Ed infatti — come vedremo — Cammeo considera tutto questo, ovvero il formarsi di un diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione collegato alla estensione dei suoi compiti d'intervento sulla società, ed insieme un certo ampio ruolo della potestà regolamentare della stessa amministrazione e della medesima giurisdizione amministrativa, come un dato di fatto all'interno del quale lavorare, che non può e non deve essere demonizzato in quanto necessariamente minaccioso per le ragioni dei diritti e delle libertà, e che anzi — come pure cercheremo di mostrare — può e deve essere assunto come nuovo terreno di riconferma, e di rafforzamento, di quei diritti e di quelle libertà. Così stando le cose, il significato liberale dell'opera giuridica di Cammeo non può esser ricondotto a 'luoghi comuni' ricevuti — per esempio alla già nominata matrice tocquevilleana —, ma assume un carattere originale proprio che le vicende del suo tempo e di quelli successivi hanno a nostro giudizio lungamente occultato: riportarlo alla luce è il compito che ci siamo assunti.

2. Com'è ben noto, il saggio scritto da Cammeo per il terzo volume del *Trattato* di diritto amministrativo diretto da Orlando è essenzialmente un contributo di teoria generale delle fonti di diritto, più che altro mosso dal bisogno — da Cammeo fortemente sentito — di fissare limiti precisi al 'potere di ordinanza', ovvero all'esplicarsi del potere normativo dell'esecutivo, ed in particolare della potestà regolamentare della pubblica amministrazione (4). Meno noto è quanto le pagine qualche volta in apparenza fredde del saggio

---

Stati Uniti d'America, in *Giurisprudenza italiana*, XLVII (1895), IV, 81 e ss., su cui non possiamo qui soffermarci.

(4) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. 3°, Milano, 1901 (ma il saggio di Cammeo fu scritto prima, ed è databile 1898).

pubblicato sul *Trattato* orlandiano siano in realtà animate da una forte ed intensa passione civile e politica, che viene in primo piano solo a tratti, e che invece risulta assolutamente evidente se esaminiamo un altro saggio scritto nei medesimi mesi, e dedicato alla spinosissima questione dello stato d'assedio (5).

Lo scritto in questione traeva origine dalla legge del 17 luglio 1898, che così recitava all'articolo primo: « Il governo del Re ha la facoltà di mantenere o revocare lo stato di assedio ordinato coi reali decreti 7 maggio 1898 n. 147, 9 maggio 1898 n. 150, 9 maggio 1898 n. 157, e di limitarne l'applicazione tanto per l'estensione dei territori, quanto pei poteri affidati ai regi commissari ». I fatti sono noti e rinviano alle gravi agitazioni sociali prodottesi nel paese a partire dalla fine di aprile di quel medesimo anno; così come noti sono gli effetti dei decreti sopra nominati, di sospensione delle libertà costituzionali ed amministrative, di estensione dei poteri di polizia delle autorità amministrative, e soprattutto di estensione della competenza dei tribunali militari su reati commessi da cittadini indistintamente intesi, la cui conoscenza sarebbe spettata per legge alla autorità giudiziaria ordinaria. Su questo Cammeo ragionava ad ampio raggio, analizzando i fatti, ma anche iniziando a costruire su di essi quella dottrina delle fonti di diritto che ritroviamo in forma più distesa e sistematizzata nel più noto saggio pubblicato sul *Trattato* orlandiano che sopra abbiamo richiamato.

Al centro di questa dottrina sta una distinzione dalla quale Cammeo prende le mosse in modo chiaro e nettissimo: da una parte sta *la costituzione in senso formale* — come diremmo noi, usando un linguaggio ovviamente sconosciuto a Cammeo —, ovvero lo Statuto albertino che in quanto tale, da solo, non può essere opposto, in regime di costituzione flessibile, a nessuna fonte di diritto positivo statale, né alla legge, né a quegli atti — come i decreti sopra ricordati del maggio 1898 — cui fosse stato conferito valore e forza di legge;

---

(5) F. Cammeo, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, L (1898), IV, 369 e ss. Per un inquadramento storico complessivo, si veda R. Cambria, *Alle origini del Ministero Zanardelli-Giolitti. L'ordine e la libertà*, estr. da *Nuova Rivista Storica*, LXXIII (1989) e LXXIV (1990); per il profilo più specificamente costituzionalistico, anche con riferimento diretto a Cammeo, si veda V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, pp. 97 e ss., p. 155 e p. 179.

dall'altra stanno *i principii costituzionali* — sempre usando un linguaggio parimenti sconosciuto a Cammeo nella sua portata attuale, per quanto da lui adoperato, come immediatamente vedremo —, ovvero « quei principii supremi di diritto e di equità, che reggono o dovrebbero reggere uno Stato costituzionale »: sono questi i principii « dimenticati in gran parte nella pratica costituzionale degli ultimi anni » (6), e che nel loro complesso individuano la norma giuridica violata secondo Cammeo nell'agitato contesto di fine secolo.

Ma quali sono i principii inviolabili che reggono lo Stato costituzionale? Il primo di questi è certamente quello per cui i poteri normativi del governo debbono considerarsi enumerati in senso tassativo: al di là delle sfere di esercizio di tali poteri *si deve presumere* la piena libertà dei cittadini (7). Altrimenti detto: le libertà e i diritti sono potenzialmente illimitati, e per esercitarsi non hanno dunque bisogno di alcun speciale titolo giustificativo; i poteri del governo di disciplina, o addirittura di sospensione, di quelle libertà e di quei diritti, al contrario non esistono in quanto tali, ma solo in quanto siano espressamente autorizzati e conferiti (8). Accanto a

---

(6) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 369.

(7) Il principio è contenuto e confermato, secondo Cammeo, nell'articolo sesto dello Statuto: « Il Re... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne ». Non è possibile qui dar conto del dibattito sull'articolo sesto che si ebbe in seno alla giuspubblicistica italiana del tempo. Si può solo osservare che la tesi di Cammeo poteva dirsi tutt'altro che comunemente accettata, e che anzi prevalevano interpretazioni più 'elastiche' dell'articolo sesto, tali da giustificare poteri normativi del governo al di là del principio di stretta tassatività sostenuto da Cammeo. Si veda tuttavia, per una conferma della tesi di Cammeo, V.E. ORLANDO, *Sui decreti-legge. Per fatto personale*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVII (1925), pp. 209 e ss., che ribadisce, tra l'altro di fronte al fascismo ormai quasi divenuto regime, il valore liberale dell'art. 6 dello Statuto « in quanto fissa la supremazia assoluta della legge ». Ben diversa dalla opinione di Cammeo e di Orlando era sul punto l'opinione di O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del governo*, (1926), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, pp. 411 e ss. (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, Edizione a cura di E. Ferrari e di B. Sordi). Sulla profonda radicazione di queste divergenze già alla fine del secolo scorso, si veda la nota successiva.

(8) La presunzione di libertà ed il principio di stretta tassatività dei poteri normativi del governo sono dunque strettamente correlati, come osserva esattamente con riferimento al modello liberale in genere G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti,*

questo principio di carattere generalissimo ve ne sono poi altri due, quello della riserva di legge in materia di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale, e quello del giudice naturale, sicuramente violati per Cammeo dai decreti del maggio 1898 (9).

Ma qual è la portata pratica di questa riflessione sui principii costituzionali? Evidentemente, il fatto che i decreti in questione fossero stati recepiti e confermati dalla legge del luglio 1898 poneva lo stesso Cammeo di fronte all'ostacolo insormontabile della 'forza di legge', dunque di un diritto che comunque non poteva essere disapplicato o invalidato in un ordinamento a costituzione flessibile come quello liberale statutario. Ed infatti l'obbiettivo di Cammeo non può certo essere quello di sostenere in un ordinamento di quel tipo l'incostituzionalità sostanziale di una legge: si tratta evidentemente di altro.

Si tratta, in una parola, di contrastare quella dottrina dei poteri normativi del governo che si era fatta largo in queste circostanze alla

---

giustizia, Torino, 1992, pp. 29-31; ed hanno la loro comune radice nel celebre articolo quinto della Dichiarazione dei diritti dell'89: « Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina ». Che Cammeo avesse mantenuto aperto, a differenza della cultura giuridica dominante al suo tempo, un solido canale di comunicazione con i principii individualistici e giusnaturalistici della Rivoluzione, è circostanza che verrà confermata nel corso della nostra indagine: si veda intanto F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 143, con esemplare chiarezza; e per un punto di vista diametralmente opposto, e chiaramente divergente dal modello liberale qui tratteggiato, O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, (1899), poi in *Annali dell'Università di Macerata*, II (1927), pp. 7 e ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, cit., pp. 191 e ss., per il quale « il punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato », cosicché, in caso di dubbio nella interpretazione del diritto vigente, e sulla limitabilità dell'attività amministrativa dello Stato, « questa incertezza si deve risolvere a favore dello Stato » (p. 207). Più tardi, Ranelletti affermerà addirittura che « il diritto, in rapporto all'individuo, opera essenzialmente creando; in rapporto allo Stato, opera limitando », che equivale a sostenere — all'opposto del modello liberale qui considerato — che i diritti degli individui sono 'artificiali', mentre il potere sovrano dello Stato è 'storico-naturale', è il presupposto indiscutibile di tutta l'esperienza pubblicistica: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. IV, p. 1ª, Milano, 1904, pp. 207 e ss., p. 259 per la frase citata.

(9) Anch'essi contenuti e confermati nello Statuto: art. 7: « Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge »; art. 71: « Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali ».

fine del secolo scorso — e che poi aveva trovato spazio anche nella giurisprudenza della Cassazione (10) —, secondo cui la proclamazione per decreto reale dello stato di assedio era *legittima in sé*, anche prima della conferma legislativa, in base ad un non meglio definito « diritto di necessità » (11).

Qui la portata pratica del ragionamento di Cammeo sui principii costituzionali diviene assolutamente evidente. Ed infatti, il nostro giurista, leggendo gli artt. 6, 70 e 71 dello Statuto quali puntuali riflessi normativi dei rispettivi principii di stretta tassatività dei poteri normativi del governo, della riserva di legge in materia di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale, e del giudice naturale, riesce ad individuare i contorni ed i contenuti di un vero e proprio *diritto positivo costituzionale*, che a suo giudizio sarebbe contenuto nello Statuto, e che può e deve essere opposto a decreti come quelli del maggio 1898. Con questo effetto pratico, al quale finalmente perveniamo: sulla base di questo diritto positivo costituzionale, i giudici possono e devono secondo Cammeo — contro la prevalente dottrina e giurisprudenza del suo tempo (12) — disappli-

---

(10) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 372.

(11) *Ibid.*, p. 373: « La verità è che la necessità non è fonte di diritto ». La problematica del 'diritto di necessità' richiama ovviamente l'opera di Santi Romano: sul punto si veda M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10 (1981), pp. 170 e ss., spec. pp. 207 e ss. per il 'diritto di necessità', ora anche in questo volume, con il titolo '*Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili d Santi Romano*, pp. 277 e ss.. Sotto il profilo specifico indicato nel testo, bisogna però riferirsi soprattutto a S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, (1909), in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, pp. 287 e ss.: è qui che Romano sostiene, sulla base della necessità, la piena legittimità autonoma dei decreti-legge, che sono sempre e comunque da applicare da parte dei giudici, in quanto espressione di una potestà normativa del governo direttamente fondata sul supremo diritto di necessità: come subito vedremo, è qui il punto di conflitto con Cammeo, ed anche con Orlando, per il quale vedi *supra*, nota 7.

(12) F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio*, cit., pp. 372 e ss. Le tesi in proposito sono riassunte con esemplare chiarezza da V.E. ORLANDO, *Teorica della legislazione e del governo*, a.a. 1911-1912, Roma, 1912, pp. 429 e ss. È significativo il fatto che Orlando, seppure con alcune diversità, finisca per concordare con Cammeo sul potere dei giudici di disapplicare i decreti-legge ritenuti in contrasto con fonti di diritto sovraordinate (per Orlando solo con la legge ordinaria, per Cammeo — come abbiamo visto — anche con

care le norme in contrasto contenute nei decreti, ovviamente prima che questi divengano legge.

Ma allora, così stando le cose, diviene evidente lo scarto tra una concezione statualistica che ritiene assolutamente insindacabili da parte del giudice *gli atti normativi dello Stato sovrano* — non solo la legge, ciò che anche Cammeo per forza ammette in un regime a costituzione flessibile, ma anche gli atti normativi del governo fondati sulla 'necessità' —, ed una concezione più rigorosamente liberale come quella di Cammeo, che oppone la 'costituzione', ovvero lo Statuto quale 'contenitore' dei principii fondamentali dello Stato costituzionale, ai provvedimenti normativi del governo che quella 'costituzione' abbiano violato, e che in questa opera di riconduzione a quei principii fondamentali impegna in prima persona i giudici, evidentemente per lui non più solo passivi strumenti di applicazione del diritto positivo statale.

Le convinzioni maturate nel fuoco della battaglia politica di fine secolo sono confermate nel saggio pubblicato sul *Trattato* orlandiano (13), e si traducono anzi in un più meditato discorso sulle fonti di diritto, ed in particolare sui limiti da fissare alla potestà regolamentare della pubblica amministrazione ampiamente intesa, ben al di là del caso dello stato di assedio e della decretazione d'urgenza. Ed è importante subito notare come anche in questa occasione Cammeo pervenga alla individuazione di quei limiti solo dopo aver precisato, come già nello scritto sullo stato d'assedio, i suoi 'presupposti costituzionali', solo dopo aver esplicitato le sue convinzioni più basilari in materia costituzionale.

Ciò che caratterizza e rende originale la trattazione di Cammeo

---

alcune norme dello Statuto in quanto contenenti i principii fondamentali dello Stato costituzionale). Tra le tesi appartenenti al campo opposto, la più radicale è, come al solito, quella di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 255, e pp. 1141 e ss., per il quale lo Stato ha « un vero diritto subbiettivo di necessità », come tale immediatamente « obbligatorio per l'autorità giudiziaria » (pp. 1204 e ss.). Secondo Orlando (*op. cit.*, pp. 438 e ss.), l'opinione di Romano, per quanto affine a quella di Ranelletti (vedi *supra*, nota precedente), sarebbe più moderata, perché più ferma nel sostenere la necessità di una successiva legge di conversione: è evidente, per altro, che solo nella prospettiva di Cammeo, e parzialmente anche in quella di Orlando, tale legge assume il carattere di una vera e propria sanatoria di una precedente irregolarità.

(13) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., pp. 192 e ss.

rispetto alla prevalente dottrina del suo tempo è il fatto che il nostro giurista non si contenta affatto di rimanere nell'orbita dello 'Stato giuridico', inteso come quello Stato che garantisce la più ampia difesa dei cittadini contro l'atto della pubblica amministrazione; prima ed al di là dello 'Stato giuridico' vi è lo 'Stato libero', o 'Stato costituzionale', inteso come *genus* cui appartengono, oltre la monarchia italiana, anche le monarchie belga e inglese, come pure la repubblica nordamericana, e da cui sono invece escluse le forme di Stato, come quella tedesca, fondate sul principio monarchico (14). Lo scarto tra lo 'Stato giuridico' e lo 'Stato costituzionale' è prima di tutto di carattere storico: mentre il primo si fonda sull'esperienza storica dello Stato assoluto e della sua amministrazione quale prima forma di 'Stato moderno' in lotta con i particolarismi di ceto, cui solo in seguito si sarebbero aggiunte garanzie di ordine politico-rappresentativo e giurisdizionale (15), il secondo, ovvero lo 'Stato costituzionale' di Cammeo, si fonda su una più risalente tradizione storica di potere limitato in funzione di garanzia, che ha il suo referente principale nella secolare esperienza britannica di *common law* quale sicuro limite al potere di ordinanza del re (16). Certo, lo

---

(14) *Ibid.*, pp. 3 e ss.

(15) Alludiamo qui soprattutto a O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, pp. 279-280: « Uno Stato può esistere senza legislazione, e vi sono state, infatti, lunghe epoche nella storia, in cui tutto il diritto era dato dalla consuetudine...; uno Stato si può immaginare senza giurisdizione, ma non può esistere e non si può immaginare senza amministrazione: esso sarebbe anarchia. Anche storicamente l'amministrazione è stata la funzione prima nella vita dello Stato, a cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate, la legislazione e la giurisdizione ». Che questa amministrazione sia quella dello Stato assoluto, intesa come progenitrice dello Stato amministrativo dell'età post-rivoluzionaria, è confermato in molti altri luoghi della opera di Ranelletti: vedi per tutti O. RANELLETTI, *I sindacati e lo Stato*, (1920), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 269: « Lo Stato moderno libero ha mantenuto questa costituzione unitaria dello Stato assoluto »; ed ID., *La rappresentanza nel nuovo ordinamento politico e amministrativo italiano*, (1929), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 427: « Considerando a fondo la struttura dello Stato moderno libero, noi vi vediamo fondamentalmente quella dello Stato assoluto ». È evidente che per Ranelletti 'costituzione' e 'struttura' di fondo sono dati proprio dal fattore decisivo della amministrazione.

(16) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., pp. 113 e ss.: « Col *bill* sull'*habeas corpus* del 1679 e col *bill* dei diritti del 1688 tutte quelle prerogative esorbitanti furono abolite: il divieto di sospendere, abrogare, dispensare dalle leggi con

scopo di Cammeo non è affatto quello di contrapporre meccanicamente le presunte 'virtù' della costituzione britannica agli ordinamenti a diritto amministrativo dell'Europa continentale (17); e tuttavia non v'è dubbio che con lo stesso Cammeo viene messa in discussione l'equazione — così consueta e pacifica nella giuspubblicistica tra Otto e Novecento — tra storia costituzionale e storia dello 'Stato moderno' inteso come soggetto sovrano portatore della 'modernità' sul piano politico-istituzionale, e torna ad essere parte integrante della prima *la storia del costituzionalismo*, delle tecniche di protezione e di garanzia dei diritti.

Diviene così possibile sostenere la necessità per il giurista di tener conto, oltre che del diritto positivo vigente, anche delle « teorie fondamentali di diritto pubblico » costruite a partire dalle « tendenze innegabilmente liberali dello Stato italiano » (18); e diviene possibile — ancora contro la prevalente dottrina del tempo (19) —, valorizzando « l'elemento storico », richiamare il valore costituzionale dei plebisciti e della volontà popolare nella fondazione dello Stato unitario italiano, per concludere che « lo Stato italiano è uno di quelli in cui è proclamato il principio della sovranità popolare come il Belgio, piuttosto che un paese in cui la costituzione è un semplice limite negativo alla originaria sovranità del monarca » (20).

---

ordinanze regie rinnovato e rafforzato » (p. 117). È ben visibile il legame di queste notazioni storiche con l'interpretazione dell'articolo sesto dello Statuto dello stesso Cammeo: vedi *supra*, nota 7. In senso analogo, vedi anche F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, s.d., pp. 33 e ss.

(17) F. Cammeo, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, cit., 81 e ss., dove la comparazione tra il modello 'anglo-americano' e quello 'europeo-continentale' è all'insegna dell'equilibrio, della prudente segnalazione dei rispettivi pregi e difetti.

(18) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 6.

(19) Sul punto, con riferimento in particolare alla ben diversa opinione di Santi Romano, si veda M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione*, cit., pp. 7 e ss.

(20) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 141 e ss. È chiaro che, muovendo da simili presupposti costituzionali, non si poteva certo concordare con quanto Ranelletti proponeva alla fine del secolo circa l'opportunità, o la necessità, di « tornare alla lettera dello Statuto »: vedi O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, (1899), in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., p. 205. Del resto, una voce diametralmente opposta a quella di Ranelletti era stata proprio quella del maestro

Ma ciò che più importa è che tutto questo è direttamente funzionale, nel contesto complessivo delle argomentazioni di Cammeo, a risolvere in un certo modo il problema dei limiti della potestà regolamentare. Quest'ultima anche per Cammeo non può certo essere ridotta alla mera esecuzione della legge: « uno Stato non è concepibile senza governo, e governo è per la sua essenza potestà di agire, non certo arbitrariamente, ma liberamente » (21); ed anzi una certa estensione di quella potestà deve essere salutata con favore, perché il regolamento genera « diritto obbiettivo », vincola l'esecutivo, procura « i vantaggi dell'ordine, dell'eguaglianza, della capacità a generare diritti subbiettivi » (22). C'è tuttavia un limite oltre il quale la normazione di tipo regolamentare non può estendersi, e questo limite è da Cammeo individuato — come nel caso dello stato d'assedio — proprio nella 'costituzione', nei principii inviolabili dello 'Stato costituzionale'.

Da qui bisogna ripartire per comprendere la dottrina di Cammeo, e soprattutto lo scarto tra 'Stato giuridico' e 'Stato costituzionale' cui anche sopra si è fatto riferimento. Mentre il primo impone all'amministrazione esclusivamente l'osservanza della legge, e quando questa manca fa rinascere quasi inevitabilmente forme più o meno marcate d'identificazione tra 'Stato' e 'amministrazione', il secondo pone alla stessa amministrazione, proprio quando manca la legge, l'ulteriore e decisivo limite della costituzione. Sono « i principii costituzionali, i principii fondamentali di diritto e d'equità del diritto nazionale » a non poter mai e comunque essere violati dal regolamento (23). Così, quel regolamento non potrà mai limitare i diritti di libertà in modo diverso e maggiore rispetto alla legge che li abbia per qualche aspetto già regolati, poiché uno dei principii fondamentali dello Stato costituzionale vuole — come già sappiamo — che laddove la legge non si sia espressa si debba presumere la libertà dei cittadini, e non il potere di normazione dell'esecutivo; non potrà trattare in modo differenziato i cittadini, se non violando

---

di Cammeo: vedi L. MORTARA, *Statuto, Corona e Parlamento*, (1897), ora in ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., pp. 145 e ss.

(21) F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà*, cit., p. 127.

(22) *Ibid.*, pp. 129-130.

(23) *Ibid.*, p. 149.

il principio di uguaglianza contenuto nell'art. 24 dello Statuto; non potrà operare retroattivamente, se non violando il principio fondamentale dell'ordinamento contenuto nell'articolo secondo delle disposizioni preliminari al codice civile; non potrà imporre pene, o tributi o oneri finanziari, a meno di una delegazione speciale ed espressa, perché violerebbe i principii rispettivamente contenuti negli artt. 26 e 30 dello Statuto (24).

Non importa ora sondare fino in fondo l'operatività concreta di una costruzione dottrinale di questo genere; ciò che importa è che un'altra crepa si è evidentemente aperta nell'edificio dello 'Stato giuridico' d'impronta tedesca: per Cammeo al di là della legge non vi è un 'vuoto' in cui opera il libero potere dell'amministrazione di produrre normazione vincolante — in questo senso, essa amministrazione, non meno 'Stato' ed 'autorità' del legislatore —, ma un'altra norma giuridica, che è la costituzione, ovvero quella somma di principii fondamentali che caratterizzano lo 'Stato costituzionale' come regime politico. Quando la legge tace, ciò che riemerge come *prius* dell'esperienza pubblicistica non è lo 'Stato' come soggetto sovrano in forma di amministrazione, ma la 'costituzione' come complesso di principii posti a tutela ed a garanzia delle libertà (25).

---

(24) *Ibid.*, pp. 149 e ss. Le tesi qui esposte sono riprese quasi letteralmente in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 228 e ss.

(25) Sul punto, è necessario per lo meno accennare — ma la questione meriterebbe ben altro approfondimento — a D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Roma-Milano-Napoli, 1909, ed alla sua celebre « norma generale esclusiva » quale norma che regola tutti i casi non esplicitamente previsti dalla legge imponendo per essi ad ognuno di non limitare la libertà degli altri (pp. 35 e ss.): che questa norma valga anche per la pubblica amministrazione, vietandole d'imporre restrizioni ulteriori e diverse rispetto a quelle esplicitamente previste per legge, e negando quindi che nel 'vuoto' giuridico essa si possa affermare come sovrano potere originario (pp. 137 e ss., dove significativamente Donati cita Cammeo), è circostanza che fino ad ora è stata scarsamente messa in luce. Né può essere sotto questo profilo considerato irrilevante il fatto che uno dei maggiori sostenitori dello Stato amministrativo si sia preoccupato di confutare le tesi di Donati: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Seconda edizione, Firenze, 1946, pp. 205 e ss. Ricostruiscono il dibattito, ma da punti di vista diversi dal nostro, R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studio sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI (1976), pp. 511 e ss.; P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e*

Non a caso, quando Cammeo giungerà alla stesura del suo *Corso*, non solo verranno riprese le tesi qui esposte, ma si confuterà ancora più esplicitamente l'opposta tesi per cui « lo Stato ha la pienezza dei poteri limitatori della libertà, laddove dalla legge non è limitato »; e la confutazione avverrà ancora una volta su base storica: « le costituzioni dell'epoca moderna sono partite, anche se a torto poco importa, dalle teorie del diritto naturale, per le quali la libertà individuale era considerata come anteriore allo Stato e dallo Stato con legge soltanto limitata e limitabile » (26).

Dunque, alla fine, contro tutta la cultura politica e giuridica del suo tempo, riappare con forza nell'opera di Cammeo *la matrice liberale giusnaturalistica*, quella di Locke e della *Glorious Revolution*, quella dei primi articoli della Dichiarazione dei diritti dell'89; riappare con forza la convinzione della necessaria priorità della società civile degli individui sullo Stato, sull'autorità politica. Il tramite tra questa generalissima matrice storico-culturale e le concrete costruzioni dogmatiche di Cammeo — come già abbiamo visto a proposito dei limiti della decretazione d'urgenza e della stessa potestà regolamentare ampiamente intesa — è dato dalla dimensione dei 'principii costituzionali', o anche dei 'principii di equità'.

È il richiamo ai « principii fondamentali di libertà » a fondare nel 1897 il dissenso di Cammeo nei confronti di una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato che aveva respinto il ricorso di un maestro elementare licenziato dal Comune perché appartenente ad un circolo socialista ed apertamente professante idee di stampo socialista (27). Cammeo dissente soprattutto perché la norma su cui il provvedimento, e poi la decisione del Consiglio di Stato, si erano fondati — ovvero l'art. 106 comma *b*) della legge 13 novembre 1859 — richiamava espressamente la necessità che le idee ritenute di carattere eversivo fossero espresse con l'insegnamento, e non in

---

Novecento, in *Quaderni Fiorentini per la storia della cultura giuridica moderna*, 20 (1991), pp. 367 e ss., pp. 416 e ss. per l'argomento che qui interessa; e N. Irti, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992, pp. 107 e ss.

(26) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 324-325. Vedi anche Id., *Commentario*, cit., p. 56, dove Cammeo parla della « falsa, esagerata e pur nei suoi effetti benefica teoria del diritto naturale ».

(27) In *Giurisprudenza italiana*, XLIX (1897), III, 90 e ss.

qualità di privato cittadino, com'era nel caso in questione. L'interpretazione estensiva di una norma di legge che limita l'esercizio delle libertà fondamentali non è mai consentita all'autorità amministrativa, secondo Cammeo. Quella autorità deve attenersi in simili casi alla stretta lettera della legge: far cadere questo principio significherebbe ammettere che l'autorità amministrativa possa limitare le libertà degli individui in casi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dalla legge, violando così quel generalissimo principio proprio dello 'Stato costituzionale' che già più volte abbiamo incontrato, e che vuole che nel silenzio della legge si presuma la libertà degli individui, e non il potere dell'autorità pubblica di disporre in senso ulteriormente limitativo (28).

Analogo ragionamento sta alla base del dissenso dello stesso Cammeo nei confronti di quel parere del Consiglio di Stato, ad esso richiesto dal Ministero della Pubblica Istruzione, che ammetteva la possibilità di alcune discriminazioni sulla base del sesso nell'ammissione al ruolo d'insegnante nelle scuole medie (29). La materia della ammissibilità delle donne ai pubblici uffici era regolata dalla legge 17 luglio 1919, n. 1176, che all'art. 7 aveva individuato gli ambiti, di carattere giurisdizionale, politico e militare, in cui l'esclusione delle donne era da mantenersi; e che aveva rinviato ad apposito regolamento di esecuzione — poi divenuto il regolamento 4 gennaio 1920 n. 39 — la definitiva specificazione dei casi in cui quella esclusione si realizzava.

Ebbene, ciò che Cammeo non ammetteva era una certa argomentazione presente nel parere del Consiglio di Stato che sulla base di non meglio precisate 'esigenze di servizio' lasciava di fatto in mano alle singole amministrazioni il potere di discriminare l'accesso in base al sesso. Come già nel caso sopra esaminato del licenziamento del maestro elementare, Cammeo sosteneva l'assoluta tassa-

---

(28) Con riferimento al caso in questione: se la legge aveva esplicitamente sanzionato la manifestazione di idee ritenute di carattere eversivo con l'insegnamento, *si doveva presumere* la libertà assoluta di professare quelle medesime idee fuori dall'insegnamento, in qualità di privato cittadino: argomento che stava per l'appunto alla base del ricorso del maestro elementare licenziato, secondo Cammeo ingiustamente respinto dal Consiglio di Stato.

(29) F. CAMMEO, *Le donne e gli impieghi pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXIII (1921), III, 77 e ss.

tività degli impedimenti e dei limiti fissati nel regolamento del 1920 sopra nominato: laddove quel regolamento non aveva disposto, *si doveva presumere* il principio generale, fissato nella legge del 1919, della uguaglianza tra i sessi nell'accesso ai pubblici uffici, e non il potere discrezionale dell'amministrazione di valutare caso per caso la compatibilità della presenza delle donne con le esigenze di servizio.

Come vediamo, lo 'Stato costituzionale' di Cammeo non è mera declamazione politica di stampo liberale, ed opera invece concretamente, imponendo interpretazioni restrittive e letterali di tutte quelle norme che disciplinano l'esercizio delle libertà fondamentali, e fissando quindi limiti precisi alla pubblica amministrazione in quanto operi nel campo delicatissimo dei diritti di libertà dei cittadini.

Lo stesso atteggiamento di fondo è assunto dal nostro giurista sul problema delicatissimo degli 'atti politici', ovvero di quegli atti del governo che erano da ritenersi esclusi dal sindacato del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato ([30]). Commentando in senso adesivo una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato del 10 novembre 1893, che aveva giudicato ricevibile il ricorso di un comune da cui un decreto reale promosso dal Ministro dell'interno aveva staccato una frazione, ed aveva negato quindi a quel decreto il carattere di atto politico, come tale non sindacabile da parte dello stesso Consiglio di Stato, Cammeo manifesta le sue preoccupazioni per la possibile estensione di

([30]) Il dibattito sull'art. 24 e sulla categoria degli atti politici è stato intenso e complesso, e non può essere qui riassunto. Per un'opinione vicina a quella di Cammeo, e comunque animata dalle stesse preoccupazioni per un'eccessiva dilatazione degli atti politici, con una conseguente massiccia elusione del sindacato giurisdizionale, si veda V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, cit., pp. 633 e ss., pp. 902 e ss. sugli atti politici o di governo. Diversa sul punto, ancora una volta, l'opinione di Ranelletti: O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 341. Per una più ampia trattazione del problema, e per la letteratura sul punto, si rinvia a M. FIORAVANTI, *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, Milano, 1990, pp. 45 e ss., pp. 128 e ss. per il problema che qui interessa, ora anche in questo volume, pp. 657 e ss..

quella categoria di atti, che dovrebbe rimanere limitata ai soli atti in cui veramente sia in gioco l'assetto fondamentale dello Stato, o la sua sicurezza interna o esterna (31). Se nei casi precedenti il timore era quello di un esecutivo che pretendeva di disciplinare i diritti e le libertà dei cittadini al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, qui il timore è quello di un esecutivo che sotto pretesto di 'politicità' dei suoi atti trovi il modo e la via per eludere il sindacato giurisdizionale.

Ma ancora più significativo è il fatto che Cammeo molti anni dopo, in uno dei suoi ultimi scritti, trovi il modo di ritornare sulla questione degli atti politici, mostrando come il suo 'Stato costituzionale' sia stato operante, non solo contro le tentazioni autoritarie di fine secolo, ma anche contro il fascismo imperante, entro una linea di continuità ben precisa (32).

L'occasione è data ancora una volta da una decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, del 27 luglio 1937, che aveva dichiarato illegittimo quel provvedimento del ministero delle corporazioni che, su ricorso del comitato provinciale intersindacale — organismo di stampo corporativo —, aveva ordinato ad un imprenditore privato la riassunzione in servizio di un dipendente licenziato che ricopriva la carica di dirigente sindacale.

Nella complicata vicenda ciò che a noi interessa è il fatto che la difesa dello Stato di fronte al Consiglio avesse eccepito la sua incompetenza e la non impugnabilità del provvedimento in questione per avere esso carattere di atto politico. Ebbene, il fatto che il Consiglio di Stato avesse respinto la eccezione della difesa dello Stato è salutato con estremo favore da Cammeo. Per il nostro giurista si poteva infatti anche ammettere — e del resto questo era il diritto positivo del momento — che il licenziamento di un dipendente dirigente sindacale fosse sottoposto alla approvazione di un organismo di partito quale era in sostanza il comitato provinciale intersindacale; ma che dalla mancata approvazione di tale organismo, e dal successivo provvedimento del ministero delle corporazioni — come nel caso in questione —, derivasse un 'atto politico',

---

(31) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), III, 71 e ss.

(32) F. Cammeo, *Il licenziamento dei dipendenti privati coprenti cariche sindacali*, in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), III, 2 e ss.

era cosa in sé inammissibile, poiché lasciava l'imprenditore privato sprovvisto di qualsiasi tutela, costretto a subire la collaborazione del dipendente senza alcun diritto di replica.

È qui, in questo caso, assolutamente trasparente la funzione liberale svolta dal Consiglio di Stato e dalla dottrina di Cammeo che sorreggeva la decisione di quel Consiglio (33). L'uno e l'altra non potevano certo negare il diritto positivo del momento, ma lavoravano con assoluta consapevolezza per circoscrivere la portata di quelle norme che attribuivano rilevanza giuridica a decisioni di stampo squisitamente politico — fino alla conseguenza estrema, qui esaminata, di sottrarre quelle decisioni, sotto pretesto della loro appartenenza alla categoria degli 'atti politici', a qualsiasi sindacato giurisdizionale —; ed infatti Cammeo non nega una certa acquisita rilevanza giuridica delle norme vigenti in ambito sindacal-corporativo, ma lavora per arginare quella rilevanza, perché si possa in sede giurisdizionale contemperare le esigenze sottostanti a quelle norme con i principii più tradizionalmente incardinati nell'ordinamento giuridico italiano, come il principio della libertà d'impresa, che nel caso in questione viene alla luce come diritto — a chiare lettere ribadito dal Consiglio di Stato e dallo stesso Cammeo — del datore di lavoro di scegliere liberamente i propri dipendenti e collaboratori.

Si può ora concludere su questa prima parte del nostro lavoro. Il filo conduttore seguito da Cammeo a partire dalle agitate vicende di fine secolo, e fino nel cuore degli anni Trenta, è ben chiaro: *opporre alle possibili esorbitanze del potere esecutivo i principii fondamentali dello Stato costituzionale*. Questi principii possono essere quelli contenuti nello Statuto in materia di libertà fondamentali, o possono essere quelli — come nel caso da ultimo esaminato — impliciti in una 'costituzione economica' liberale che come tale rifiuta un'ingerenza oltre misura delle ragioni della politica; e le 'esorbitanze' in questione possono essere quelle di chi considerava in

(33) Sulla funzione latamente liberale svolta, sul punto in questione e su altri punti, della giurisprudenza amministrativa degli anni Trenta, si veda M. D'Alberti, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta*, estr. dalla rivista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1992, pp. 37 e ss., spec. pp. 41 e ss.; ed anche Id., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 136 e ss.

sé legittimi i decreti sullo stato d'assedio nel 1898, o di chi intendeva consentire all'esecutivo la disciplina dei diritti e delle libertà oltre i casi ed i modi già previsti per legge, o di chi operava per un'estensione a dismisura della categoria degli atti politici, eludendo così il sindacato del giudice amministrativo: ma quel che è certo è che l'impianto di fondo è sempre il medesimo, *quello della opposizione della costituzione liberale agli arbitrii dell'esecutivo*.

E tuttavia, noi restituiremmo oggi un'immagine deformata dell'opera di Cammeo se ci fermassimo a questo punto. Infatti, il nostro giurista — come subito vedremo — non lavorerà solo per difendere le ragioni degli individui e dei loro diritti dalle esorbitanti ingerenze del potere politico, ma anche per costruire una forte dimensione del 'pubblico', e della sua amministrazione, nei confronti ed in rapporto alla sfera degli interessi economici privati. È questa la seconda faccia dell'opera di Cammeo, parimenti determinante per la configurazione del 'modello costituzionale' del nostro giurista.

3. Nel 1896 Cammeo recensiva un'opera di Vittorio Brondi che nel panorama complessivo della giuspubblicistica del tempo si segnalava per la particolare intensità con cui aveva sostenuto un'ampia applicazione degli istituti del diritto privato alla attività della pubblica amministrazione (34).

Il dissenso di Cammeo verso l'esagerato « individualismo » di Brondi è cortese, ma piuttosto fermo e deciso. Per Cammeo sono in particolare inammissibili le conclusioni di Brondi: che si debbano presumere di diritto privato tutti quegli atti dell'amministrazione che hanno un riscontro in analoghi atti tipici del diritto privato. Ciò che equivale a sostenere che quando, per esempio, la pubblica amministrazione instaura con i privati rapporti di carattere convenzionale non esplicitamente fondati sull'*imperium* della parte pubblica, per ciò stesso a quei rapporti si debba integralmente applicare la normativa di carattere privatistico.

È questo che Cammeo nega in nome di un permanente primato dell'interesse pubblico e delle finalità pubbliche anche al di là della tradizionale sfera dell'*imperium*: per perseguire l'uno e le altre la

(34) F. Cammeo, *Recensione* di V. Brondi, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino, 1895, in *Giurisprudenza italiana*, XLVIII (1896), IV, 37 e ss.

pubblica amministrazione può usare anche strumenti di carattere privatistico, ma questi devono essere ricondotti a quell'interesse ed a quelle finalità, e dunque ben raramente potranno essere identici a ciò che sarebbero se fossero usati nell'ambito prettamente privatistico dello scambio, della concorrenza e del commercio.

Ma la posizione qui assunta da Cammeo diviene ancora più chiara se teniamo conto di quanto il nostro giurista afferma in una delle sue proposizioni conclusive: « Né politicamente può approvarsi che in questi tempi in cui gli straripamenti degli organi esecutivi sopra quelli deliberativi sono così frequentemente da deplorarsi, sorga una teoria la quale giustifichi e dia ai violatori della legge il mezzo di sottrarsi, colla scusa dell'equità, alle conseguenze del loro illegale operato » (35). È questo un punto di capitale importanza per comprendere l'intera opera di Cammeo. Per il nostro giurista dottrine come quelle di Brondi, identificando arbitrariamente l'equità — che per Cammeo significava ben altra cosa, come vedremo in seguito — con la sottoposizione della pubblica amministrazione alle stesse regole dei privati, potevano sortire il concreto effetto di sottrarre sempre più la stessa amministrazione al rispetto della legge — con « la scusa dell'equità », come Cammeo diceva —, in modo anzi più insidioso rispetto ai casi esaminati nel precedente paragrafo, dove l'interesse politico in gioco — pensiamo allo stato d'assedio o alla problematica degli atti politici — era fin troppo scoperto. Una volta che dottrine come quelle di Brondi fossero divenute cultura e consapevolezza comune, nella scienza giuridica come nella giurisprudenza e nella stessa amministrazione, che cosa si sarebbe più potuto dire di un'amministrazione che al di là della legge usasse in modo assolutamente disinvolto gli strumenti del diritto privato? Come si sarebbe potuto controllare la congruenza di questi strumenti con il perseguimento delle finalità d'interesse pubblico? Che cosa sarebbe rimasto di queste ultime a fronte di una 'giustizia', o di una 'equità', che si potesse presumere in sé realizzata, per il fatto stesso di sottoporre la pubblica amministrazione alle stesse regole dei privati?

Queste erano le domande che Cammeo si poneva alla fine del

(35) *Ibid.*, 40.

secolo scorso, e non certo per motivi di ordine puramente teorico. Com'è noto, la questione pratica sottostante alle riflessioni del 1896 sul rapporto tra pubblico e privato era data dalla controversia sulla natura giuridica delle concessioni comunali in particolare per l'illuminazione, di cui Cammeo si era già occupato due anni prima, e della quale tornerà ad occuparsi in modo più o meno diretto a più riprese negli anni successivi (36). La vicenda è nota ed è già stata analizzata (37). Del complesso spettro di problematiche che essa richiama a noi preme cogliere un solo aspetto, che è quello del ruolo che il pubblico assume nella costruzione di Cammeo, e che a nostro avviso — come vedremo — è direttamente costitutivo dei caratteri fondamentali del più volte nominato 'Stato costituzionale'.

Cammeo combatte a questo proposito una battaglia che è esplicitamente diretta contro una certa giurisprudenza orientata in senso privatistico, ed insieme contro i corposi interessi delle società private concessionarie, che da quella giurisprudenza erano difesi (38). Il ragionamento di Cammeo è semplice e lineare: nelle

---

(36) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), 1, II, 504 e ss.; ID., *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LIV (1895), 296-314, LV (1895), 94-115, 304-327, 562-591, LVI (1896), 71-100, 362-387, 521-546; ID., *L'illuminazione a gas e a luce elettrica. Studio economico-giuridico*, estr. dalla *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VIII, p. 1ª, Milano, 1897; ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione nella R. Università di Pisa a.a. 1899-1900, estr. dalla *Giurisprudenza italiana*, LII (1900), IV, 1, Torino, 1900; ID., *Demanio*, in *Digesto italiano*, IX, p. 1ª (1897-98), 840 e ss., spec. 909 e ss.; ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), 1, I, 471 e ss.; e per un profilo specifico, ma di notevole interesse, ID., *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*, in *Giurisprudenza italiana*, LXI (1909), III, 448 e ss.

(37) Ci riferiamo a M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, spec. pp. 89 e ss.

(38) Cammeo non fece mai mistero della sua preferenza per la gestione diretta dei servizi d'interesse pubblico da parte dei Comuni. Anzi, per dimostrare la convenienza sotto tutti gli aspetti di una tale scelta, si pose più volte esplicitamente sul terreno del calcolo prettamente economico dei costi e dei benefici, comparando sotto questo profilo la situazione italiana e quella dei principali paesi europei: vedi F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., LIV, 298 e ss., LV, 94 e ss.; ed ID., *L'illuminazione a gas*, cit., 21 e ss. Bisogna anche aggiungere che in qualche passo Cammeo manifesta una vera e propria ostilità verso le società private concessionarie: l'obbiettivo è quello di evitare « il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e

numerose concessioni per l'illuminazione poste in essere a partire dal 1830 l'unico monopolio, o privilegio esclusivo, esplicitamente concesso è quello per la posa dei condotti per il gas nelle strade comunali; tutto il resto, ovvero la trasformazione di quelle concessioni in veri e propri 'contratti' in cui all'obbligo del concessionario di organizzare l'intero servizio corrispondeva una sorta d'interdizione assoluta all'amministrazione di ricorrere in ogni caso ad altri, era in realtà frutto di una giurisprudenza — contro la quale per l'appunto si dirigevano gli strali di Cammeo — che aveva interpretato in quella certa direzione *tutte* le clausole della concessione — sulla base dell'art. 1136 del codice civile che com'è noto in materia d'interpretazione di contratti prescriveva che a ciascuna clausola si dovesse attribuire il significato che ad essa derivava dal significato dell'atto intero —, finendo per estendere il monopolio delle società concessionarie ben al di là delle intenzioni di coloro che quelle concessioni avevano posto in essere.

Ora, tra le clausole rilette dalla giurisprudenza in senso unilateralmente favorevole ai concessionari vi era quella del miglioramento del servizio, che era anche quella più gravida di conseguenze pratiche: l'obbligo del concessionario di migliorare il servizio era letto a senso unico come suo diritto esclusivo di procedere in questo senso, cosicché i Comuni che avessero avviato accordi e assunto impegni con altre società — in particolare con quelle che già avevano intrapreso l'importante trasformazione dal gas, cui erano legati i più antichi concessionari, alla energia elettrica — erano inesorabilmente condannati in sede giudiziaria per aver violato gli obblighi derivanti dalle vecchie concessioni, e condannati a pagare onerosissime indennità (39).

Contro questa giurisprudenza Cammeo rivolge due critiche a suo giudizio decisive. La prima prende le mosse ancora una volta dai

---

cittadini senza freno e senza riguardo », che hanno accumulato ingenti profitti in regime di monopolio ed ora richiamano « l'equità »: F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit., LV, 590.

(39) Si veda soprattutto, anche per le considerazioni che seguono nel testo, il caso discusso alla Corte di Appello di Torino il 10 febbraio 1894 (in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), 1, II, cit. *supra*, nota 36); ed il caso discusso presso la Cassazione di Firenze il 22 dicembre 1902 (in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903) 1, I, cit. *supra*, nota 36).

« principii fondamentali »: il principio questa volta in gioco è quello della « libertà industriale », a giudizio del nostro giurista contenuto nell'art. 29 dello Statuto (40). In un ordinamento liberale come quello italiano fondato su questo principio i monopoli sono eccezioni, che debbono fondarsi su una esplicita autorizzazione legislativa: mancando questa, i Comuni, come semplice autorità amministrativa, non possono con proprio atto infrangere il principio costituzionale erigendo una situazione di monopolio a favore di una società privata; né la giurisprudenza può interpretare estensivamente — come in effetti aveva fatto — ciò che invece, essendo eccezione, per sua natura dovrebbe essere interpretato restrittivamente.

Ma è il secondo argomento di Cammeo quello che qui più interessa. Il fatto che secondo la giurisprudenza i Comuni avessero trasferito ai privati concessionari ogni potere sulla gestione della illuminazione, comprese le decisioni fondamentali sul miglioramento del servizio, è cosa che addirittura palesemente ripugna a Cammeo. È qui che appare con forza *la dimensione costituzionale del servizio pubblico* come utilità di diretta rilevanza collettiva e pubblicistica, come tale nel suo nucleo fondamentale assolutamente non commerciabile. Una cosa è usare strumenti convenzionali e privatistici nella organizzazione di un servizio pubblico; altra cosa è fare di quel servizio *l'oggetto* di un contratto di diritto privato.

In altre parole, ciò che non si può ammettere è che le obbligazioni assunte dai Comuni verso le società private si siano spinte fino al punto di « trasferire in queste uno dei poteri più gelosi dell'amministrazione, quello di provvedere all'utile pubblico » (41): che era appunto la situazione in cui si trovavano quei Comuni che non potevano secondo la giurisprudenza dominante provvedere al miglioramento del servizio acquisendo per nuove vie, e con nuove

---

(40) Qui, per la verità, l'interpretazione di Cammeo è certamente forzata, dal momento che l'art. 29 conteneva il principio della inviolabilità della proprietà, e non quello della libertà d'industria, connessi ma non identici. Sul punto si vedano comunque le considerazioni di Cammeo in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 507; e F. CAMMEO, *L'illuminazione a gas*, cit., 51 e ss.

(41) In *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), cit., 476; sul punto vedi anche F. CAMMEO, *Monopoli comunali*, cit., LV, 562 e ss.

società, la nuova e ben più conveniente fonte di energia, quella elettrica.

E se anche si ammettesse per assurdo — osserva Cammeo — che le concessioni in questione siano veri e propri contratti, si dovrebbe comunque concludere, quanto meno per questo aspetto del miglioramento del servizio, per la loro nullità, per la buona ed ottima ragione che quei 'contratti' contengono « un impegno che eccede la capacità ad obbligarsi di un contraente » (42), che è proprio la pubblica amministrazione, che in quanto tale, in quanto 'pubblica', non può contrattualmente rinunciare al proprio potere, che è poi soprattutto un dovere, di provvedere alla pubblica utilità (43).

È questo punto che rivela a nostro avviso, a partire dal caso specifico delle concessioni comunali, la radice più profonda delle convinzioni del nostro giurista, rendendo il suo discorso del tutto originale nel quadro complessivo della dottrina amministrativistica italiana tra Otto e Novecento. Com'è noto, Cammeo non è certo solo a negare alle concessioni in questione la natura giuridica di contratti (44), e più in generale a sostenere l'inapplicabilità, o comunque la difficile adattabilità, delle categorie contrattuali al mondo delle pubbliche amministrazioni (45): sono note negli stessi anni le prese di posizione in proposito di Oreste Ranelletti e di Santi Romano (46).

Ma ben diverso è il significato di fondo della strategia di

---

(42) In *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 508.

(43) In *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), cit., 478.

(44) Per le affermazioni più recise di Cammeo in proposito, si veda F. CAMMEO, *Demanio*, cit., 909 e ss.; e ID., *L'illuminazione a gas*, cit., 82 e ss.

(45) Il più noto saggio di sintesi di Cammeo sul punto è dato dalla prolusione pisana del 1899: F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, cit., pp. 9 e ss.

(46) Un'analisi dei saggi di diritto amministrativo di Santi Romano tra Otto e Novecento si trova in M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., *supra*, nota 2, ora anche in questo volume, pp. 405 e ss.; per quanto riguarda Ranelletti si ricordi soprattutto la nota *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* pubblicata in tre parti tra il 1894 ed il 1896, ed ora in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, cit., pp. 35 e ss. A Ranelletti verrà dedicato il n. 2/1994 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, che raccoglierà gli atti di un interessante incontro organizzato a Camerino nell'ottobre del 1992 per cura di Erminio Ferrari e Bernardo Sordi.

pubblicizzazione di un Ranelletti o di un Cammeo. Mentre per il primo — o anche per Santi Romano — un vero e proprio contratto nel campo del diritto pubblico era ben difficile soprattutto per la evidente disuguaglianza di peso e di valore tra le due ipotetiche parti del contratto medesimo, per il giuridico *Mehrwert* di cui comunque godeva l'amministrazione rispetto ai privati; per Cammeo, in un certo senso al contrario, quel contratto era ben difficile soprattutto perché l'amministrazione, a causa del suo dovere di provvedere alla pubblica utilità, era infinitamente *meno libera* dei privati di stipulare, e d'impegnarsi contrattualmente. Sono *i maggiori doveri*, ed *i maggiori vincoli*, della amministrazione a rendere difficile il contratto, e non *i suoi maggiori poteri*, il suo essere costituzionalmente espressione di sovranità politica. Il contratto nel campo del diritto pubblico non minaccia tanto le prerogative politiche dello Stato sovrano impersonato dalla pubblica amministrazione, quanto il dovere di quella amministrazione *di essere funzione autenticamente pubblica*, tesa a soddisfare bisogni di carattere collettivo (47).

Questa problematica delle concessioni e dei contratti porta dunque alla luce un vero e proprio secondo lato della dottrina dell'amministrazione di Federico Cammeo. La questione dei limiti e dei vincoli dell'attività amministrativa pubblica è ora da rileggere da un punto di vista completamente diverso, perché l'amministrazione non è qui più intesa tanto come componente essenziale dell'esecutivo, che in quanto tale pretende di detenere poteri normativi propri, quanto come funzione pubblica, che come tale opera al fine di

(47) Questi 'bisogni', che sono poi quelli dei cittadini e degli utenti, appaiono a volte con forza nelle pagine tutt'altro che asettiche di Cammeo. Così il nostro giurista, commentando una sentenza del 1894 già più volte richiamata (vedi *supra*, nota 39), evoca gli « interessi dei consumatori », e più in genere la voce del « pubblico », che si era levata, insieme a quella della dottrina, contro la giurisprudenza in materia di concessioni che già conosciamo: in *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), cit., 505 e 514. In altri casi Cammeo sostiene la legittimità di precisi interventi dei Comuni, tesi a limitare il godimento e l'uso della proprietà privata, o il libero commercio, in quanto fondati sulla superiore necessità di tutelare la salute pubblica, o su quella, non meno rilevante, di calmierare i prezzi dei generi di prima necessità, « a tutto vantaggio delle classi meno abbienti »: F. Cammeo, *Sulla estensione dei poteri del Comune nella imposizione del calmiere*, in *Giurisprudenza italiana*, LI (1899), III, 177 e ss.; ed in senso analogo Id., *Le limitazioni al godimento e all'uso della proprietà privata, per tutela dell'igiene o sicurezza pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, LV (1903), 1, I, 940 e ss.

erogare determinati servizi a favore della collettività. Allora, così stando le cose, i vincoli che limitano la discrezionalità dell'amministrazione non sono più solo *negativi* — la necessità di un'espressa autorizzazione legislativa in materia di diritti di libertà, ed in genere il rispetto dei principii fondamentali, di stampo liberale e garantistico, dello Stato costituzionale —, ma anche positivi, nel senso che non concretizzano più solo un obbligo di astensione, o un divieto d'ingerenza, ma anche *un dovere* di operare nell'osservanza di determinate regole e di determinati principii, perseguendo il fine della pubblica utilità.

Ma quali 'regole', e quali 'principii'? Quali norme potevano davvero disciplinare su questo piano il vasto campo della discrezionalità amministrativa? Oggi una risposta a queste domande, pur rimanendo assai problematica, è comunque agevolata dalla presenza di una Costituzione come quella del 1948, che certamente contiene in questo senso principii di grande rilievo, ad iniziare da quelli d'imparzialità e di buon andamento dell'art. 97, ma anche con riferimento a tutte quelle norme costituzionali che assegnano alla Repubblica compiti ben precisi, presupponendo così un'amministrazione concretamente operante secondo quel certo indirizzo costituzionalmente fissato, e che anzi — per tornare al nostro problema — proprio in quelle norme trova il fondamento primo dei propri doveri (48).

Ma questo non era certo il campo di esperienza storica di Cammeo, che nella sua riflessione in materia non poteva certo

---

(48) Si veda, ad esempio, D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, pp. 280 e ss., che ripropongono lo stesso problema di Cammeo — quello di una concessione che anche quando non è espressione autoritativa d'*imperium* rimane comunque nel campo del diritto pubblico amministrativo per il vincolo allo scopo pubblico da perseguire — nel mutato campo di esperienza dato dalla Costituzione repubblicana. Il filo di continuità tra Cammeo e questa dottrina contemporanea, dato dalla necessità di mantenere comunque ferma la distinzione tra l'agire pubblico-amministrativo e quello economico-commerciale, anche in tempi di sempre maggiore problematicità della dimensione dell'atto imperativo, è da sottolineare con forza, e suggerisce il bisogno di una più ampia riflessione sui complessi rapporti intercorsi tra la tradizione giuspubblicistica italiana e la nostra odierna dottrina. Nella direzione qui indicata si veda anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' « Atto amministrativo »*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 747 e ss.

beneficiare della presenza di una Costituzione come quella del 1948. Noi abbiamo per altro già visto, ad altro proposito, come Cammeo fosse riuscito a configurare una 'costituzione' liberale da opporre alle possibili esorbitanze del potere esecutivo; ma in quel caso l'operazione era ben possibile perché si trattava semplicemente — seppure contro, per la verità, la dottrina quasi unanime — di interpretare in un dato modo certe norme contenute nello Statuto, in materia di giudice naturale o di principio di uguaglianza, di riserva di legge in materia penale o d'imposizione di tributi, o di attribuzione di competenze di carattere giurisdizionale. Ma che nello Statuto, oltre ai principii classici di stampo schiettamente liberale propri del costituzionalismo moderno, potessero esservi anche norme di altro genere, tali da imporre vincoli all'amministrazione di carattere positivo, e non solo negativo, era cosa che evidentemente andava al di là di ogni possibile immaginazione, di ogni pur spiccata capacità costruttiva dei giuristi, e dunque anche del nostro Cammeo.

Ma allora, come fondare normativamente — per tornare al problema che tormentava Cammeo — il vincolo alla discrezionalità amministrativa in nome dello scopo pubblico? Quali erano le norme che l'amministrazione era in ogni caso tenuta ad osservare, così da rendere quella amministrazione comunque diversa dai privati, meno capace di essi di vincolarsi contrattualmente?

È qui che si fa spazio la grande problematica della *equità*. Essa trova una certa sistemazione nella celebre prolusione del 1923, ma si era fatta largo nell'opera di Cammeo gradualmente, nel corso degli anni precedenti (49). L'operazione condotta dal nostro giurista a questo proposito è di notevole rilevanza: nella sua opera l'equità muta di significato rispetto ad una tradizione che la intendeva

---

(49) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, discorso inaugurale del 3 novembre 1923, in *Annuario della R. Università di Bologna*, 1923-24, pp. 15 e ss. Al problema della equità erano già dedicate importanti pagine in ID., *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 329 e ss. Significativo il fatto che anche in Germania si procedesse all'inizio del secolo ad elaborare la dottrina dell'equità, della cosiddetta *Billigkeit*: si veda O. MAYER, *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht*, (1904), in ID., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, a cura di E.V. Heyen, vol. I, Berlin, 1981, pp. 245 e ss. Sul punto rinviamo a M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983/2, pp. 600 e ss., spec. p. 626, ora anche in questo volume, pp. 451 e ss..

essenzialmente come complesso di principii da opporre alle pubbliche amministrazioni da parte dei privati — com'era il caso, già visto, delle società concessionarie nei confronti dei comuni: la « scusa dell'equità », come aveva detto lo stesso Cammeo —, e diviene complesso di regole che s'impongono alla stessa amministrazione in virtù del suo essere *funzione pubblica*, che rispetto ai privati medesimi ha vincoli e doveri maggiori, non certo esauribili nel rispetto formale delle leggi vigenti.

In altre parole, le regole della equità non servono tanto a 'parificare' l'amministrazione e i privati — magari occultando sotto nobili parole, come lo stesso Cammeo sospettava, i corposi interessi economici dei secondi —, ma al contrario a mostrare l'irriducibile differenza tra l'una e gli altri, i maggiori doveri che all'amministrazione stessa sono imposti proprio dalla osservanza di quelle regole di stampo equitativo.

In particolare, nelle pagine del *Corso* si trovano già alcuni tratti della dottrina della equità di Cammeo. Essa svolge esplicitamente la funzione di « limitare ulteriormente, *praeter legem*, l'arbitrio dell'amministrazione » (50); si situa quindi proprio in quella zona in cui la dottrina dello Stato amministrativo di Ranelletti e di Santi Romano collocava il sovrano potere originario della amministrazione di provvedere per fini di pubblica utilità. In questa stessa zona Cammeo vede invece un potere che nasce *in sé limitato* proprio dal criterio pubblicistico della equità: l'amministrazione, a differenza dei privati, non può contrattare con qualsiasi soggetto, ma ha il dovere di contrattare con il migliore possibile e con il più solvibile, non può scegliere un qualsiasi mezzo di soddisfazione degli interessi pubblici da essa medesima rappresentati, ma ha il dovere di scegliere quello che comporta il minor sacrificio possibile per i cittadini, e così via. Si apre così il campo, che Cammeo auspica sempre più vasto, dei « controlli di merito », di un ampio sindacato di carattere equitativo, che sappia consuetudinariamente e progressivamente conformare l'amministrazione « alle norme di equità » (51); come pure, su un piano diverso ma intersecato, si apre la possibilità d'intendere in un

(50) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 336.
(51) *Ibid.*, pp. 337-339.

certo modo l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia di eccesso di potere (52).

Ma al di là del pur determinante aspetto processuale, ciò che si deve sottolineare è come ancora una volta, ed anche in materia di equità, sussista nell'opera di Cammeo *un legame forte tra dottrina dell'amministrazione e dottrina dei principii costituzionali*.

Nella già ricordata prolusione del 1923 l'amministrazione è ormai chiaramente vincolata da veri e propri « principii di giustizia », che vengono da Cammeo enunciati e catalogati quasi come se si trattasse dei principii fondamentali di una vera e propria costituzione. Essi non sono solo quelli già noti di stampo classicamente liberale, come il divieto d'imporre per via amministrativa limiti e gravami all'esercizio dei diritti di libertà superiori a quelli già previsti per legge, o come l'obbligo, già ricordato, di scegliere strumenti di realizzazione dell'interesse pubblico che comportino il minor sacrificio possibile per i cittadini, ma anche quelli che si riannodano ai mutamenti in atto nella « costituzione economica nazionale »: questa rimane fondata sulla « proprietà privata e sulla libertà degli scambi, di cui è espressione quella contrattuale », ma si affaccia l'idea che l'una e l'altra siano da considerarsi « in funzione sociale », in modo tale che dei principii di giustizia e di equità di cui stiamo discutendo divengano parte integrante « il principio che ogni individuo, in

---

(52) F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 32-33. Sul punto si veda F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXIV (1974), pp. 359 e ss., che osserva esattamente come il punto debole della costruzione di Cammeo risiedesse nel fatto che egli legava lo sviluppo delle regole equitative allo sviluppo di un ampio sindacato sul merito, mentre la giurisprudenza amministrativa si svolgeva essenzialmente, per l'aspetto decisivo dell'eccesso di potere, sul piano della legittimità: altrimenti detto, Cammeo non spiega come l'equità che fonda regole che pretendono di disciplinare la discrezionalità amministrativa sul piano del merito divenga apprezzabile sul piano processuale della legittimità, al fine di configurare un vizio di eccesso di potere. Tuttavia, al di là della distinzione tra merito e legittimità, si deve ricordare come anche un ampio sindacato di semplice legittimità possa potentemente contribuire — come in effetti è accaduto, anche in Italia — a sottoporre a penetrante verifica la discrezionalità amministrativa, ed a formare quindi progressivamente quei principii di giustizia e di equità nel diritto amministrativo dai quali anche Cammeo aveva preso le mosse, seppure in una prospettiva diversa. Sul ruolo in questo senso della giurisprudenza, si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 130 e ss.

quanto lavori, debba avere una retribuzione adeguata », ed ancora il principio secondo cui chi non lavora per cause a lui non imputabili « debba ricevere dalla società, in forma di previdenza coattiva o di beneficenza legale, l'assistenza necessaria », ed infine il principio secondo cui « ad ogni individuo debba assicurarsi un minimo di beni intellettuali e morali, come il riposo e l'istruzione » (53).

Certo, anche per sgombrare il campo da un possibile equivoco, si deve subito precisare che i principii da ultimo nominati non possono certo essere intesi da Cammeo come espressione normativa di una sorta di costituzione-indirizzo orientata in senso sociale e democratico, che come tale non era neppure immaginabile in quel contesto storico ed all'interno di quella cultura giuridica e politica (54).

Tuttavia, il fatto che principii di quel genere siano presenti nel catalogo dei 'principii di giustizia' di Cammeo suggerisce comunque una riflessione. La 'costituzione' cui l'amministrazione è vincolata per il tramite dei principii di stampo equitativo non è evidentemente una costituzione meta-storica, ma qualcosa che muta con il mutare della società: ciò che è 'equo' per l'amministrazione di una società integralmente liberale può non esser più tale per l'amministrazione di una società che si va evidentemente proponendo obbiettivi diversi e più ambiziosi. Con questa conseguenza, per noi di straordinaria rilevanza sul piano prima di tutto culturale: l'amministrazione viene finalmente emancipata dalla dominante cultura statualistica che di essa faceva in primo luogo la fondamentale manifestazione di una sovranità dello Stato storicamente ipostatizzata, non è più la soggettività originaria che in quanto tale è e deve essere sempre identica a se medesima, anche quando crescentemente opera sul piano delle prestazioni e dei servizi, e diviene prima di tutto funzione pubblica,

---

(53) F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, cit., pp. 26-27. È significativo il fatto che pochi anni prima, seppure in un contesto diverso, Piero Calamandrei avesse tentato di configurare la equità « generale e sociale »: P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, discorso inaugurale dell'a.a. dell'Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri" di Firenze, letto il 21 novembre 1920, ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. III, Napoli, 1968, pp. 3 e ss., spec. pp. 20 e ss.

(54) Sui successivi mutamenti della cultura costituzionalistica a partire dagli anni Trenta, rinviamo a M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., pp. 142 e ss., ora in questo volume, pp. 657 e ss..

che proprio su quest'ultimo piano assume una natura ed una configurazione irreversibilmente mutevole, perché mutevoli sono i principii, ed i vincoli, che definiscono in modo diverso nel tempo il suo ambito di discrezionalità, se non addirittura il significato del suo operare per fini di pubblica utilità.

Questo è a nostro avviso l'approdo ultimo cui si può oggi pervenire rileggendo l'opera di Cammeo: il suo 'Stato costituzionale' non prevede solo una serie di rimedi il più possibile sicuri contro gli arbitrii dell'esecutivo, ma anche lo sviluppo consistente di una forte funzione amministrativa pubblica vincolata al rispetto dei principii di giustizia e di equità, che sono poi i principii che ogni società, in diversi tempi storici, sente come principii fondamentali, caratterizzanti in senso profondo la sua propria esistenza.

Dal punto di vista dell'amministrazione, la costituzione non è dunque più solo la sede in cui si determinano le regole che prevengono e reprimono l'abuso di potere, ma anche la sede in cui si definisce ciò che è 'equo' per una data società, e soprattutto ciò che deve essere tale per la stessa amministrazione, che in funzione di quella società opera. In una parola, la costituzione non è più solo il limite da opporre alla amministrazione, ma anche il fondamento del suo operare come funzione pubblica.

4. Per Cammeo esiste un vero e proprio « indirizzo politico dello Stato moderno » che conduce quello Stato ad assumere « direttamente ed in larga misura fini sociali », ad estendere sempre più la funzione amministrativa pubblica ben al di là della tradizionale sfera dell'*imperium*, e spesso anzi non avvalendosi affatto di poteri d'imperio: è questa una tendenza che non deve essere contrastata, ma deve anzi essere favorita ed incoraggiata (55). Per un giurista di chiara formazione liberale come Cammeo il compito del presente non è dunque quello di contrapporre una qualche forma di 'privatismo' alla estensione dei compiti della pubblica amministrazione, ma di ricercare *all'interno* dello stesso diritto amministrativo la nuova frontiera dei diritti e delle garanzie. Ad una prospettiva di

(55) F. Cammeo, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, in *Giurisprudenza italiana*, LXXIX (1927), III, 1 e ss., spec. 18 e ss.

questo genere si opponeva secondo Cammeo un ostacolo ben preciso, che era prima di tutto di carattere storico-culturale.

Il fatto che per lunghissimo tempo si sia pensato in Europa secondo lo schema della 'doppia personalità' dello Stato, dominante anche al tempo dello Stato assoluto, con il comando del sovrano impersonante la pubblica autorità da una parte, ed il fisco dall'altra, inteso come personificazione dell'attività patrimoniale, ha lasciato secondo Cammeo profondissime tracce sul modo con cui ancora all'inizio del nostro secolo si concepivano i rapporti tra i poteri pubblici ed i privati.

Ed infatti, è in questo lunghissimo periodo della storia europea che ci si è abituati a pensare che il diritto amministrativo pubblico senza il sostegno garantistico del diritto privato si traduca in sostanza nella labile dimensione delle 'istruzioni' ai funzionari, non costituendo di per sé alcuna forma di garanzia nei confronti dell'arbitrio del sovrano, né alcun serio strumento di fondazione di veri diritti subbiettivi degli individui di fronte all'amministrazione; quest'ultimi sarebbero dunque possibili solo con lo strumento fondamentale del diritto privato, l'unico capace di limitare il principe, l'unico in grado di dischiudere agli interessati la via della giurisdizione (56). È da questo consolidato schema di riferimento che se-

(56) Il quadro storico in questione è ricostruito con notevole perizia dal nostro giurista: F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 186 e ss. Da sottolineare il fatto che anche Otto Mayer in Germania aveva preso le mosse da una medesima critica alla doppia personalità dello Stato: sul punto si veda M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., spec. pp. 614 e ss., ora in questo volume, pp. 451 e ss.. Lo stesso vale anche per Oreste Ranelletti, come osserva G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, 1992, pp. 37 e ss., spec. pp. 75 e ss. Vi è tuttavia una fondamentale differenza in proposito tra Federico Cammeo ed Oreste Ranelletti: mentre per il primo superare la dottrina e la pratica della doppia personalità dello Stato significava soprattutto vincolare l'esercizio del potere ad autentiche regole di diritto pubblico, prima di tutto al fine di rafforzare ed allargare la sfera delle garanzie a favore dei cittadini, per Ranelletti la medesima operazione significava soprattutto liberare l'amministrazione quale soggetto impersonante il moderno Stato sovrano dalla tradizionale logica del contratto: *per Cammeo il diritto amministrativo pubblico perfezionava lo Stato costituzionale, per Ranelletti il diritto amministrativo pubblico perfezionava lo Stato sovrano*. In proposito si veda soprattutto O. RANELLETTI, *Teoria generale*

condo Cammeo bisogna liberarsi. La via da percorrere è quella della ricerca dei diritti e delle garanzie all'interno di una sfera amministrativa pubblica che come tale è da considerarsi ormai un dato irreversibile dello Stato moderno in forma di Stato costituzionale. Non si deve ricusare solo l'immagine di un'amministrazione espressione della sovranità dello Stato che sulla base di questa sua qualità tende a svincolarsi dal sindacato dei giudici, ma anche il « preconcetto inverso » di uno « Stato dei tribunali » che tenda a negare la « necessità di un governo indipendente, dotato di iniziativa e di discrezionalità » (57). Una volta ricondotta la funzione amministrativa nei confini dello Stato costituzionale, si deve affermare con forza che un vasto esercizio della potestà regolamentare serve a fondare i diritti dei cittadini, e non a minacciarli, a dare regolarità e certezza all'azione amministrativa, e dunque a disciplinare quella azione prima di tutto nell'interesse dei cittadini medesimi; ed una volta affermata « la necessaria unità di essenza fra la giurisdizione amministrativa e quella civile » attorno ai caratteri fondamentali propri di ogni giurisdizione, che sono quelli della indipendenza, del contrad-

---

delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative, (1895-1896), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, cit., spec. p. 649; ID., *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, (1905), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, cit., pp. 657 e ss., spec. pp. 679 e ss.; ed ID., *Il concetto di « pubblico » nel diritto*, (1905), ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., pp. 249 e ss. Appaiono qui in chiara luce le differenze tra Cammeo e Ranelletti sul piano costituzionale, che precede e determina il diverso significato delle rispettive strategie di pubblicizzazione; sul punto, da diversi punti di vista, ci siamo già soffermati più volte: vedi *supra*, note 2, 7, 8, 15, 20, 47. Il fatto è che Cammeo e Ranelletti rappresentano in modo emblematico i due lati del dilemma amministrativistico moderno: il diritto amministrativo come strumento di giuridicizzazione del potere, da una parte; il diritto amministrativo come strumento di conferma della originarietà del potere, dall'altra. L'insegnamento maggiore e più nitido su questa strutturale ambivalenza del diritto amministrativo, e sui conseguenti complessi rapporti intercorrenti tra costituzione e amministrazione, proviene dalla fecondissima lezione di Mario Nigro: si veda soprattutto M. NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 327 e ss.; e ID., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Il Foro italiano*, CXIV (1989), V, 109 e ss. Di tale ambivalenza e complessità non sembra tener conto G. CIANFEROTTI, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica*, cit., che finisce così per scorgere nello statalismo ranellettiano un puro strumento di garanzia dei diritti.

(57) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 320 e ss.

dittorio, della regolarità del procedimento, della eguaglianza delle parti, si deve vedere nello sviluppo della stessa giurisdizione amministrativa in tale direzione un beneficio per i cittadini e per le istituzioni dello Stato costituzionale, e non una minaccia diretta al tradizionale principio liberale della giurisdizione unica (58); così, infine, si deve superare l'antico pregiudizio secondo cui per rivendicare veri e propri diritti di fronte all'amministrazione si deve possedere un titolo di diritto privato — che era il pregiudizio da cui, secondo Cammeo, muoveva quella giurisprudenza in materia di concessioni da lui criticata, come abbiamo visto —, e si deve affermare con forza che anche dall'atto amministrativo in quanto tale possono e debbono nascere veri e propri diritti dei cittadini come tali azionabili in sede giurisdizionale (59).

Si tratterà per altro di diritti soggettivi *pubblici*, che a causa di questa loro qualità — come nel caso più volte ricordato delle concessioni — non potranno non essere condizionati dal dovere irrinunciabile ed indisponibile della pubblica amministrazione di provvedere alla utilità pubblica: ma il fatto che l'atto di autorità della amministrazione che comprime quei diritti in nome di quella utilità non sia espressione di 'sovranità dello Stato', di potere in senso soggettivo, ma manifestazione concreta di una funzione amministrativa pubblica nel senso più volte indicato, è per Cammeo circostanza

---

(58) *Ibid.*, pp. 282 e ss. È significativo il fatto che in queste pagine Cammeo, appoggiandosi tra l'altro all'autorità di Vittorio Emanuele Orlando, e contestando sul punto le dottrine tedesche, neghi il carattere di mero « diritto obbiettivo » della giurisdizione amministrativa, riportando in primo piano nel processo amministrativo « l'interesse proprio » del ricorrente (*Ibid.*, pp. 284-285). Quanto alla celebre affermazione di Cammeo, secondo cui « in un avvenire più o meno lontano, quando il diritto amministrativo si sia consolidato, sarà da adottarsi piuttosto la giurisdizione unica » (*Ibid.*, p. 327), noi crediamo, tenendo conto di quanto andiamo affermando nel testo, che non si tratti di un'affermazione rivolta contro la giurisdizione amministrativa, ma della previsione di un futuro in cui, una volta estese le garanzie tipicamente liberali al processo amministrativo, sarà sostanzialmente impossibile distinguere la giustizia amministrativa da quella ordinaria. Su questi problemi della giurisdizione amministrativa, oltre a B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., *passim*, si veda ora N. Di Modugno, *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991-3, pp. 375 e ss., del quale non si condivide però lo specifico giudizio su Cammeo (p. 469, nota 176).

(59) F. Cammeo, *Demanio*, cit., 908 e ss.

decisiva, è ciò che impedisce di vedere in quella 'compressione' una vera e propria 'degradazione', è ciò che consente di mantenere alle posizioni giuridiche soggettive in questione il loro carattere di diritti soggettivi.

Dunque, un forte sviluppo della potestà regolamentare della pubblica amministrazione, della stessa giustizia amministrativa, o dei diritti pubblici soggettivi da ultimo nominati, non sono per Cammeo altrettante espressioni del 'plusvalore' di autorità della pubblica amministrazione in quanto funzione primaria dello Stato sovrano, ma della tendenza in atto — e secondo il nostro giurista appena agli inizi — nei sistemi politici contemporanei a costruire regole di diritto pubblico prima di tutto a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini. Puntare decisamente allo sviluppo di queste regole significa anche ricondurre il diritto privato alla sua dimensione 'naturale' di diritto della economia e dello scambio, sgravandolo da quei compiti ampi di tutela e di garanzia nei confronti delle pubbliche amministrazioni che ad esso erano stati attribuiti dalla cultura fino a quel momento dominante. Così, alle soluzioni rigidamente pubblicizzanti di Romano e di Ranelletti non ci si opponeva tornando indietro, ovvero rispolverando l'antica equazione secca tra patrimoniale e privatistico; si doveva piuttosto sostenere la regola semplice e lineare per cui alla pubblica amministrazione si applica il diritto privato solo ed esclusivamente quando anch'essa, come i privati, agisce sul terreno economico della libera concorrenza e della libera commerciabilità dei beni ([60]): fuori da questi casi particolari si poteva e si doveva promuovere lo sviluppo di una forte funzione amministrativa pubblica nel suo nucleo fondamentale non contrattualizzabile senza timore che ciò dovesse necessariamente significare affermazione unilaterale delle prerogative della pubblica amministrazione, sottrazione dei suoi atti al sindacato giurisdizionale, degradazione dei diritti.

Naturalmente, il successo di un piano di questo genere dipendeva — e Cammeo ne era ben consapevole — dalla struttura che concretamente avrebbe assunto lo stesso diritto amministrativo come complesso di regole capaci d'imporsi alla stessa amministrazione, dagli sviluppi altrettanto concreti che avrebbe avuto la giuri-

([60]) F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 203.

sprudenza amministrativa, dal formarsi di quelle regole di equità che abbiamo sopra richiamato, e sullo sfondo dalla tenuta di quello *Stato costituzionale* cui tutte le proposte di Cammeo finivano per riannodarsi. È chiaro che se fosse prevalso quello *Stato amministrativo* che nella pubblica amministrazione vedeva nient'altro che la funzione più originaria e tipica dello Stato sovrano, lo stesso diritto amministrativo avrebbe assunto ben altro significato, ed i danni che esso avrebbe potuto procurare al sistema liberale dei diritti sarebbero tornati di grande attualità.

Se ne accorse il nostro giurista nel suo ultimo scritto, dedicato a commentare la decisione della quarta sezione del Consiglio di Stato del 19 gennaio 1938, che verteva sulla natura giuridica della Azienda Generale Italiana Petroli (61). Nella decisione in questione lo 'Stato amministrativo' che sopra abbiamo richiamato appariva infatti in modo ben chiaro e minaccioso. Ed in effetti il Consiglio di Stato, contro l'esplicita lettera del decreto legge 3 aprile 1923 n. 556 — poi divenuto legge 25 giugno 1926 n. 1252 — che autorizzava lo Stato a costituire una società anonima, integralmente disciplinata dal codice di commercio, per l'industria ed il commercio dei petroli, proclamava l'A.G.I.P. medesima ente pubblico, in nome del potere dello « Stato quale ente originario e sovrano » di controllare e disciplinare tutto ciò che esso medesimo definiva di pubblica utilità, ed in nome di assai generiche « necessità di ordine superiore », tradotte in « direttive del regime, intese ad assicurare, in ogni campo, quella autarchia per cui l'A.G.I.P. fu costituita », non solo « nell'interesse economico generale, ma altresì per la difesa nazionale » (62). Contro questa decisione del Consiglio di Stato la presa di posizione di Cammeo è ferma e netta.

C'è intanto un piano formale del discorso di Cammeo, che attiene al fatto che il legislatore — come abbiamo visto — aveva

---

(61) Il breve commento di Cammeo sta in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), III, 109 e ss. Ma per quanto riportiamo nel testo, ci riferiamo al ben più ampio F. CAMMEO, *Società commerciale e ente pubblico*, opera inedita pubblicata in memoria, Firenze, 1947, che contiene anche la commemorazione pronunciata nell'Aula Magna dell'Università di Firenze il 28 ottobre 1947 da Silvio Lessona.

(62) In *Giurisprudenza italiana*, XC (1938), cit., 110. Non si dimentichi che nello stesso anno, in un contesto argomentativo analogo, Cammeo era tornato ad occuparsi della problematica dell'atto politico: vedi *supra*, nota 32.

voluto esplicitamente ed espressamente autorizzare la costituzione di una società anonima, e non di un ente pubblico. Che su tale chiarissima volontà potessero prevalere « necessità di ordine superiore » e « direttive del regime » è cosa sulla quale Cammeo non può concordare. Vi è certamente a questo proposito un solido filo conduttore che attraversa tutta l'opera di Cammeo, dalle sue prime battaglie contro la dottrina della 'necessità' giustificativa — come si ricorderà — di vasti poteri normativi dell'esecutivo nel caso dello stato d'assedio fino a questo suo ultimo scritto ora in esame. Su questo piano, la motivazione di Cammeo era quella classicamente liberale del principio di legalità: quando la 'necessità' viene opposta alla legge, quando una 'direttiva' tende ad assumere valore di prevalente fonte di diritto, qualcosa dello Stato costituzionale è evidentemente in discussione ed in pericolo. Ma se nel caso dello stato d'assedio alla fine del secolo scorso, o in casi successivamente esaminati, il pericolo e la minaccia in questione riguardavano direttamente i diritti e le libertà, c'è da domandarsi ora quale sia, in un caso come quello della attribuzione all'A.G.I.P. della natura di ente pubblico, l'aspetto o il carattere dello Stato costituzionale che Cammeo vuole difendere e tutelare contro la decisione del Consiglio di Stato.

Leggendo le pagine di Cammeo sul punto, una convinzione di fondo del nostro giurista appare assolutamente chiara e trasparente: « la qualità di ente pubblico e la qualità di commerciante costituiscono rispettivamente uno *status* e non è concepibile che uno stesso ente si trovi ad avere due *status* diversi ed evidentemente contraddittori » (63). In altre parole, ciò che Cammeo non può e non vuole ammettere è che ciò che esplicitamente serve a perseguire fini di lucro, ed opera, come nel caso dell'A.G.I.P., in concorrenza con altre società commerciali, possa contemporaneamente assumere la veste di ente pubblico. Sono le finalità pubbliche, che normalmente qualificano un ente in senso pubblicistico, e le finalità di lucro ad essere secondo Cammeo assolutamente inconciliabili: lo Stato può autorizzare la costituzione di una società per il perseguimento delle seconde, o può istituire un ente per il perseguimento delle prime, ma

(63) F. Cammeo, *Società commerciale e ente pubblico*, cit., p. 19.

4.

STATO DI DIRITTO E STATO AMMINISTRATIVO NELLA TRADIZIONE GIUSPUBBLICISTICA ITALIANA

1. Stato amministrativo e sovranità politica. — 2. Le trasformazioni del Novecento. L'amministrazione nella Costituzione repubblicana.

1. Debbo dire anzitutto che avvio queste riflessioni non senza qualche timore, dal momento che il tema in argomento è oggetto di dibattito tra amministrativisti e costituzionalisti, ed io non sono, per parte mia, né l'uno né l'altro. D'altra parte, l'ampiezza dell'impostazione della discussione è in questa sede tale da non avermi posto nella posizione di chi si sente escluso da una famiglia precostituita, dotata di ruoli e potestà rigidamente prefissate; ed è quindi con questo spirito che offro volentieri il mio contributo.

Vorrei iniziare dall'analisi del rapporto tra pubblica amministrazione e sovranità, dal punto di vista specifico delle concettualizzazioni dei giuristi, ed in particolare della tradizione giuspubblicistica italiana. Si tratta — come subito vedremo — di un rapporto molto forte e stringente, tale da condizionare pesantemente la riflessione dei giuristi medesimi. Si deve poi aggiungere, sempre in via preliminare, che quello stesso rapporto richiama inoltre — come pure vedremo — concettualizzazioni di raggio ancora più ampio come Costituzione e Stato moderno: a queste arriveremo gradatamente, nel corso della nostra trattazione.

Assumiamo intanto come primo oggetto d'indagine la giuspubblicistica italiana della fine del secolo scorso, per la quale sovranità, riferita allo Stato-persona, significava essenzialmente *originarietà* del potere pubblico-statale, sua non derivabilità da un'istanza superiore, o comunque esterna. È evidente che in tal modo quei giuristi, per un

certo verso, non facevano altro che riprendere versioni piuttosto consolidate delle origini dello Stato moderno, in questa linea inteso come soggettività sovrana affermatasi nella lotta condotta sui due fronti dell'universalismo e del particolarismo. Tuttavia, questo schema generalissimo assumeva nuovi significati alla fine del diciannovesimo secolo. Infatti, l'originarietà dello Stato sovrano era affermata anche e soprattutto nei confronti di una società civile che la rivoluzione francese — sempre nelle raffigurazioni dei nostri giuristi — aveva immaginato in chiave di universalità dei cittadini, dalla volontà dei quali, con lo strumento del patto sociale, avrebbe dovuto derivare, e quindi dipendere, l'intero sistema del diritto pubblico-statale.

Ora, dal punto di vista della giuspubblicistica tutto ciò appariva come il « folle tentativo » — come ebbe a dire Rudolf von Gneist — della società di dare allo Stato le proprie leggi, subordinando in modo inammissibile le logiche politiche della sovranità al dominio del diritto privato della società civile, che non a caso proponeva a fondamento dello stesso Stato uno dei suoi concetti-chiave, quello di contratto. Presi da questa polemica con il contrattualismo rivoluzionario, i giuristi si fecero così per lungo tempo paladini della necessaria netta distinzione tra politico e sociale, tra istituzione pubblica ed associazione privata, e quindi della stessa concezione della sovranità come originarietà.

Non importa ora indagare su quanto tutto questo corrispondesse davvero ad una certa realtà storica. Basterà dire che la rivoluzione medesima fu certamente evento assai più complesso di quello sopra schematizzato, in cui lo stesso contrattualismo così fortemente temuto dalla nostra giuspubblicistica agiva anche nella direzione opposta a quella della privatizzazione, ovvero come elemento fondante una salda compagine statale agente in nome della sovranità della nazione, e chiaramente concepita come prodotto storico del superamento, e della sconfitta, del vecchio rapporto circolare tra *imperium* e *dominium*, quindi proprio dell'equivoca confusione tra pubblico e privato ritenuta peculiare della società di antico regime.

Ma ciò che per noi più conta è il fatto che i nostri giuspubblicisti ebbero in concreto *quella certa versione* della rivoluzione, in essa identificandosi: in effetti, da questo momento in poi lo Stato di

diritto dei giuristi non è più solo, e forse non è più tanto, lo Stato della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti — come statuiva l'art. 16 della Dichiarazione dell'89 —, ma è anche e soprattutto lo Stato che esprime un potere sovrano nel senso della sua strutturale originarietà, della sua non dipendenza da quella società civile del contratto che già abbiamo visto. In questo senso, lo Stato è tanto più di diritto quanto più è autonomo da quella medesima società.

Certo, a questo punto sorge spontanea una domanda. In cosa poteva sostanziarsi sul piano istituzionale uno Stato così concepito? Come si esprimeva in concreto una sovranità così intesa? È qui che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere il suo decisivo ruolo. Il discorso sull'amministrazione s'innesta infatti su quello più ampio, già sommariamente richiamato, dello Stato moderno. Questo si afferma storicamente — sempre dal punto di vista dei nostri giuspubblicisti — essenzialmente in forma di amministrazione, di atto imperativo unilaterale. Su questo nucleo essenziale ed originario dello Stato come amministrazione vengono poi a sovrapporsi la legislazione e la giurisdizione, che accrescono e complicano la struttura e le funzioni dello Stato-persona, ma non determinano la sua essenza, che è e rimane amministrativa. In altre parole, lo Stato, prima ancora di essere legislatore e giudice, è sé medesimo, ovvero è amministrazione. Questa sembra essere la versione dello Stato di diritto prevalsa tra i nostri giuspubblicisti alla fine del secolo scorso; questa è, nelle sue linee fondamentali, *la dottrina dello Stato amministrativo*.

Una simile impostazione di fondo produce poi una serie di conseguenze al livello più specifico degli istituti, della dogmatica amministrativistica. Così, l'amministrazione si costruisce tutta attorno all'atto amministrativo inteso come atto imperativo unilaterale, e tende inoltre a configurarsi come istituzione perfetta ed in sé legittimata, dotata di un proprio sistema disciplinare e di pene, di una propria patrimonialità — mi limito qui a ricordare certe soluzioni dogmatiche in tema di beni pubblici e di contratti di diritto pubblico —, ed infine anche di una propria giurisdizione, con l'istituzione del giudice amministrativo. Complessivamente, lo sforzo costruttivo di questa nostra giuspubblicistica va nella direzione dunque di una marcata emancipazione del diritto pubblico-amministrativo dal diritto civile; più precisamente ancora, consiste

nel negare l'esistenza di un diritto comune a fondamento civilistico in grado di vincolare la stessa amministrazione. Questa infatti — come sappiamo — non è semplice articolazione dello Stato, ma piuttosto lo Stato medesimo nella sua essenza: come tale essa non potrà certo essere trattata alla stregua di uno dei soggetti dell'ordinamento, di una delle parti di un rapporto che venga disciplinato da un diritto che in qualche modo la sovrasta. Ciò è per i nostri giuristi impossibile addirittura sul piano logico, dal momento che in quella amministrazione si condensa lo Stato stesso nella sua sostanza di sovrano potere originario.

Il quadro concettuale dello Stato amministrativo è tuttavia ancora più complesso. In realtà, in un'amministrazione concepita nel modo sopra tratteggiato i nostri giuristi ravvisano *la vera costituzione dello Stato di diritto*. Gli stessi eventi immediatamente successivi alla rivoluzione francese sembravano confermare una tale convinzione. Infatti, agli occhi della giuspubblicistica, al tumultuoso succedersi di numerose costituzioni formali, e di diverse soluzioni alla problematica della forma di governo, corrispondeva la saldezza dell'amministrazione e della sua storia di lungo periodo, che affondava le sue radici nell'esperienza dello Stato assoluto e si distendeva, ben al di là dei capricci della politica rivoluzionaria, verso la sistemazione napoleonica, e quindi verso soluzioni organizzative divenute decisive anche per la nostra legislazione postunitaria.

Ma c'è di più. L'immagine dell'amministrazione come vera costituzione dello Stato di diritto — ed in fondo dello stesso Stato moderno — si riferiva anche più direttamente alla storia costituzionale dello Stato unitario, non solo per il dato formale dell'elasticità dello Statuto, ma anche e soprattutto per la strutturale carenza di forze politiche organizzate protagoniste nella formazione di un chiaro e netto indirizzo politico di maggioranza. Tale caratteristica della nostra storia costituzionale divenne particolarmente evidente nel corso dell'età giolittiana, proprio quando, certo non a caso, la dottrina dello Stato amministrativo si andava codificando con la produzione manualistica dei volumi di *Principii di diritto amministrativo*, a partire da quello celebre di Santi Romano del 1901. Fu in questa delicata fase che si formò la convinzione che lo Stato liberale di diritto fosse nella sua essenza, appunto nella sua Costituzione, dato da un'amministrazione stabile ed autonoma, ordinata per isti-

tuti, calcolata nelle sue strutture e nella sua attività dalla stessa giuspubblicistica. Il vuoto di progettualità politica derivante dall'assenza di un nesso vitale tra corpo elettorale, forze politiche organizzate, Parlamento e governo creò in tal modo i presupposti necessari per l'espunzione dalla cultura dei giuristi di una nozione contenutistica della Costituzione. Questa poteva così coincidere con la struttura fondamentale dello Stato-persona, ovvero, di nuovo, con l'amministrazione. Tutto ciò in un momento storico in cui — non lo si dimentichi mai — alle debolezze della politica liberale ed alle sue carenze di progettualità corrispondeva la massiccia crescita degli apparati e dell'intervento pubblico.

Sembrava in tal modo di essere giunti ad una sorta di approdo ultimo, di soluzione definitiva. Ai giuristi, in particolare, sembrava di aver finalmente scoperto la tanto ricercata essenza dello Stato, la sua vera Costituzione. Questa, impersonata dall'amministrazione, si poneva ora in modo radicalmente autonomo — come potere originario, come dicevamo all'inizio —, non solo nei confronti della vecchia società civile dei privati, per l'acquisita emancipazione del diritto pubblico-amministrativo dal diritto civile, ma anche in rapporto ai contenuti espressi dalla lotta politica, più in concreto in rapporto ai poteri di direzione politica, del Parlamento come anche dello stesso governo. L'amministrazione viene così posta al riparo da ogni possibile ingerenza di un indirizzo politico di maggioranza, del resto — come abbiamo detto — scarsamente configurabile come tale in un Parlamento come quello italiano tradizionalmente operante più per mediazioni tra gruppi accorpati attorno a personalità eminenti che non sulla base di un aperto confronto tra programmi contrapposti elaborati da vere e proprie forze politiche organizzate. Ciò vale anche nei rapporti con lo stesso governo, che nella nostra dottrina dello Stato amministrativo viene tenuto ben dentro i confini di un potere esecutivo dominato dalla presenza istituzionale dell'amministrazione, in modo tale da configurare i suoi poteri di direzione più sul piano di una sorta di alta amministrazione che non in chiave di vero e proprio indirizzo politico sostenuto dalle forze di maggioranza. Basterà ricordare in proposito la vicenda della dogmatica dell'atto politico, che dai nostri giuristi continua ad essere inquadrato nella categoria-base più generale e comprensiva dell'atto amministrativo; o la più tarda vicenda, nel corso del fascismo, del

'regime del Capo del Governo', avversato dai nostri dogmatici dello Stato amministrativo in nome di un perdurante primato dello Stato-persona centrato sull'autonomia della pubblica amministrazione.

Riassumendo, tutto il discorso della giuspubblicistica sullo Stato come amministrazione può essere considerato in effetti un discorso sulla sovranità e sul principio di unità politica, per dirla in una parola sulla Costituzione. In realtà, se l'amministrazione è immaginata come soggettività autonoma dal diritto civile dell'appropriazione e dello scambio, come anche dall'indirizzo politico di maggioranza è perché in essa è collocata dai nostri giuristi la stessa essenza dell'intera dinamica collettiva, data dallo Stato-persona come potere pubblico originario, che di quella dinamica è il necessario *prius* logico e storico-naturale. Tutto ciò rappresenta appunto il necessario momento della sovranità e dell'unità politica, che deve essere difeso dalle pretese d'ingerenza, e di condizionamento, provenienti dalla società economica dei privati, come anche dalle stesse forze politiche. Questa e quelle sono nella cultura dei nostri giuristi necessariamente latrici di disgregazione del principio di unità politica, della sovranità dello Stato, ed in fondo della stessa Costituzione.

2. Ora, tutto questo modo di pensare all'amministrazione è destinato a mutare nei decenni successivi, soprattutto a partire dagli anni Trenta. Abbiamo qui una giuspubblicistica — penso a giuristi come Costantino Mortati o Vezio Crisafulli — che non si preoccupa tanto di fornire una compiuta dottrina del regime, quanto di studiare i mutamenti delle istituzioni nel quadro più ampio e più altamente formalizzato delle trasformazioni dello Stato nella società contemporanea. Non possiamo ora soffermarci su questa interessantissima fase della nostra riflessione giuspubblicistica. Si può solo osservare come il discorso sulla nota essenza dello Stato si vada spostando ora dall'amministrazione, o comunque dal potere esecutivo unitariamente concepito, al governo come titolare primo dei poteri di direzione politica e della stessa funzione d'indirizzo politico. Se nella fase precedente, e nella dottrina dello Stato amministrativo, lo Stato esisteva come amministrazione, prima ancora di essere giudice e legislatore, ora lo Stato in sé è collocato nel governo, nel senso che la funzione d'indirizzo precede logicamente tutte le

altre funzioni dello Stato, che da quella ricevono il necessario impulso e la necessaria direzione di marcia. La stessa unità politica non è più — nei termini che abbiamo visto — un *prius* da difendere, ma piuttosto un obiettivo da perseguire sul piano dinamico dell'azione dei pubblici poteri, in qualche modo da ricondurre tutta all'indirizzo politico prevalente. Muta quindi lo stesso concetto di sovranità, che non si riferisce più ad una condizione iniziale di originarietà e di non dipendenza da volontà esterne, ma piuttosto alla capacità di determinare un indirizzo che dia sostanza unitaria all'intera dimensione, strutturale e di attività, del diritto pubblico statale.

L'amministrazione non può sfuggire a questo primato dell'indirizzo e dello stesso governo. Si dirà ora, con il metro della dottrina dello Stato amministrativo, che un'amministrazione del genere diviene parziale, e preda dello spirito di partito, in modo inammissibile per gli stessi giuristi? In realtà, il mutamento che andiamo descrivendo riguarda direttamente l'amministrazione, ma è inserito in un quadro più ampio, che coinvolge gli stessi privati, fino ad ora isolati — come abbiamo visto — nel limbo politico della società civile. In un saggio del 1936 dedicato alla figura dogmatica del potere discrezionale, Costantino Mortati adopera per la prima volta in modo direttamente operativo il concetto di 'costituzione in senso materiale'. In quel saggio, che non a caso si chiude con un riferimento alle società socialiste, democratiche, o corporative, ovvero ad una fase complessiva della trasformazione dello Stato nel corso del Novecento, in questo senso da analizzare in modo unitario, Mortati immaginava un grande reticolo di poteri discrezionali, pubblici e privati, orientati in una direzione comune dalla costituzione in senso materiale, ovvero dai contenuti e dai programmi espressi dalle forze dominanti. Per inciso, vogliamo solo osservare come quasi niente delle note elaborazioni mortatiane degli anni Cinquanta in materia di contenuto economico-sociale della Costituzione, di diritto al lavoro, di disciplina costituzionale della proprietà privata, sia comprensibile senza muovere da questo approccio del 1936, con il quale per la prima volta i privati, a partire dalla loro sfera di autonomia, vengono direttamente coinvolti nel processo di attuazione della Costituzione.

Ora, per tornare alla nostra amministrazione, è evidente come la

sua subordinazione all'indirizzo politico sia in effetti nient'altro che il tramite che la lega alla stessa Costituzione, della quale si recuperano ora quei significati dinamici, contenutistici e precettivi, che la precedente dottrina aveva eclissato. In una situazione in cui gli stessi privati divengono più o meno protagonisti nel processo di realizzazione dei valori costituzionali, non è certo la pubblica amministrazione — che è pur sempre, per così dire, più Stato degli stessi privati — a potersi sottrarre a tale processo. Così, parziale non è quella amministrazione che si subordina ad un certo indirizzo, ma all'inverso quella amministrazione che isolandosi da esso si isola appunto nella sua parzialità, non accettando la Costituzione come norma fondamentale direttiva, come programma della sua medesima azione. Nella rivendicazione mortatiana della figura del potere discrezionale al campo della teoria generale del diritto si riassume l'istanza per il nuovo primato della Costituzione, il progetto di una società armonicamente progrediente, insieme alla sua amministrazione, nell'attuazione delle finalità fondamentali indicate dalla Costituzione medesima: i poteri discrezionali della pubblica amministrazione e dei privati, collocati sulla stessa linea, non sono ora altro che strumenti di quella attuazione.

In conclusione, credo che in questa sede possa essere ragionevole aggiungere poche parole sulla Costituzione vigente, ovviamente sempre dal nostro punto di vista delle concezioni della pubblica amministrazione espresse dalla tradizione giuspubblicistica italiana a partire dalla fine del secolo scorso. Prenderei ancora una volta le mosse dalla più risalente dottrina dello Stato amministrativo. Apparentemente, essa sembra essere del tutto fuori gioco nel contesto delle scelte compiute dai nostri costituenti. C'è intanto la questione dell'art. 5 e del principio autonomistico come principio-cardine dell'intera configurazione istituzionale della Repubblica. Non si potrà dimenticare a questo proposito come i giuristi teorici dello Stato amministrativo siano stati i creatori di quel concetto di autarchia che per lungo tempo ha tenuto il campo, facendo rifluire ogni possibile spunto in direzione autonomistica verso la dogmatica dello Stato-persona e dei suoi organi. C'è poi il problema del principio di sovranità popolare e della scelta compiuta per una certa forma di governo, dalla quale scaturiva una nuova centralità del Parlamento, tale da precludere di fatto la via ad ogni considerazione dello Stato

essenzialmente in forma di amministrazione, ad ogni identificazione del primo nella seconda. Infine, non può certo essere trascurato, nello spazio compreso tra Costituzione formale e materiale, il ruolo dei partiti politici, che diviene essenziale per la definizione della stessa forma di governo, contro tutta la tradizione dello Stato amministrativo sviluppatasi prima e durante il ventennio fascista.

Ebbene, nonostante questo cumulo di elementi pendenti dalla parte di una piena emarginazione della stessa dottrina dello Stato amministrativo, non si può concludere a nostro avviso nel senso di una definitiva scomparsa di questa dagli orizzonti dei giuristi italiani. Si dovrebbe indagare a questo proposito sulla permanenza nella nostra giuspubblicistica, anche dopo la nuova Costituzione, dell'identificazione tra amministrazione e Stato-persona quale struttura di fondo — quasi tipo fondamentale — del medesimo pensiero giuspubblicistico, o comunque quale elemento condizionante le pur diversamente orientate riflessioni dei giuristi. C'è poi a questo proposito il problema, tuttora aperto, dell'interpretazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione, nei quali troviamo certo il primato della legge nell'organizzazione dei pubblici uffici — di nuovo contro la concezione, propria della dottrina dello Stato amministrativo, di un esecutivo che sostanzialmente si autoorganizza —, e nei quali certamente si trova il principio irrinunciabile dell'imparzialità, in linea con una caratteristica weberianamente propria dell'intera esperienza dello Stato moderno, ma che pur sempre, nel nostro specifico storico, risultano chiaramente debitori di una tradizione di pensiero fortemente radicata nella storia costituzionale italiana, tendente ad individuare negli indirizzi promananti dalle forze politiche e diretti anche verso l'amministrazione il momento deleterio ed arbitrario dell'ingerenza nelle strutture fondamentali dello Stato di diritto, evidentemente collocate soprattutto nell'amministrazione. Con ciò si vuole dire che il confine tra la nobile aspirazione liberale a separare politica e amministrazione e l'inclinazione a risolvere la prima nella seconda può essere assai sottile, come in effetti è stato in varie fasi della storia della giuspubblicistica italiana, ivi compresa la nostra vicenda teorica dello Stato amministrativo. Una considerazione di questo genere può essere tanto più rilevante oggi, in un tempo in cui si torna più o meno apertamente a descrivere la Costituzione — anche la nostra — in termini di compromesso politico, e si discute

anzi dell'inattualità dello stesso concetto di Costituzione in una società altamente frammentata e differenziata: tutto ciò potrebbe risvegliare nei giuristi la tentazione a disseppellire una tradizione forse mai morta, tornando a ricercare il principio di unità politica nell'amministrazione, di nuovo intesa in senso fortemente autonomo, come vera essenza dell'effettiva esperienza costituzionale nelle società contemporanee.

Nella Costituzione repubblicana vi è però anche un'altra amministrazione, meno apparato tecnico-neutrale, e più strumento di governo, nel senso che subito vedremo. Ci sembra cioè evidente il fatto che i nostri costituenti pensarono all'amministrazione, non solo dal punto vista dei valori della continuità, della stabilità, e dell'imparzialità, ma anche nell'ottica della necessaria consonanza politica tra tutti i poteri dello Stato, ivi compresa la stessa amministrazione. È questa una vera e propria seconda concezione della pubblica amministrazione, che prese a farsi largo nella nostra giuspubblicistica — come sommariamente abbiamo visto — nel corso degli anni Trenta, e che in qualche modo finì per condizionare anche l'elaborazione della Carta costituzionale. Si tratta di una concezione che trascende ampiamente la figura, pur presente nella nostra Costituzione, dell'amministrazione come apparato servente del governo. Alcuni dei nostri padri costituenti pensavano piuttosto, in termini più generali, alla necessità di legare l'amministrazione a quell'indirizzo politico fondamentale di cui certamente era protagonista il governo, ma che veniva pur sempre elaborato a partire dall'esercizio della sovranità popolare con il contributo decisivo delle forze politiche, e che come tale doveva diffondersi in tutte le articolazioni dello Stato, non esclusa ovviamente la stessa amministrazione. Si potrà ora naturalmente discutere sul fatto che nella nostra Costituzione siano reperibili concrete disposizioni normative orientate in questa direzione. Ma se è vero che ogni Costituzione, come del resto ogni atto normativo, deve essere interpretata, non si può nascondere il fatto che per una parte della giuspubblicistica — formatasi negli anni Trenta e poi ben presente nella discussione sul significato di fondo della Costituzione e sui problemi della sua difficoltosa attuazione — la Carta costituzionale repubblicana doveva essere inserita in un più ampio processo storico, che conduceva le forze politiche contemporanee a ricercare il loro necessario principio di unità, la

loro essenza, non tanto in un'amministrazione ritenuta detentrice monopolista dei valori della stabilità e dell'imparzialità, quanto piuttosto in un indirizzo politico fondamentale che era chiamato ad orientare in una comune direzione l'azione di tutti i poteri, e della stessa amministrazione. E poiché quell'indirizzo non era rappresentato nei termini stretti delle contingenti maggioranze parlamentari, ma in un'ottica ben più ampia, che in sostanza tendeva a far coincidere il suo concreto svolgersi con lo stesso processo di attuazione della Costituzione, da ciò risultava la figura di un'amministrazione che alla fine era parziale per motivi opposti a quelli propri della tradizione dello Stato amministrativo, ovvero proprio quando si sottraeva al principio dell'indirizzo, ostacolando in tal modo, non solo il già difficile cammino dell'attuazione costituzionale, ma anche la costruzione del necessario principio di unità politica.

Sono ora opportune due note di conclusione. Come vediamo, nella nostra Costituzione, in quella formale, ma soprattutto in quella materiale scaturita dall'interpretazione dalla stessa Carta costituzionale, sono presenti entrambe le concezioni-base elaborate dalla nostra tradizione giuspubblicistica. A tutt'oggi quelle due concezioni ancora si affrontano nel seno stesso della cultura giuspubblicistica. Alla radice, il contrasto teorico è sempre il medesimo: da una parte si ritiene impossibile discutere di una qualche Costituzione senza presupporre uno Stato-persona già solidamente costruito in forma di amministrazione, dall'altra, in direzione inversa, si ritiene impossibile pensare ad una definita identità dell'amministrazione medesima senza presupporre un indirizzo politico che la animi, ed in definitiva proprio una Costituzione che di essa sia la grande norma direttiva, il programma di azione. Sorge allora spontanea una domanda: come è possibile che due concezioni così antitetiche convivano nella medesima Costituzione? Come può un'amministrazione essere contemporaneamente apparato tecnico-neutrale ed essenziale strumento di attuazione dei valori costituzionali dominanti?

A simili quesiti si può rispondere solo scindendo il discorso su due distinti piani. Da una parte, e ad un primo livello, è probabilmente vero che i nostri costituenti complessivamente sottovalutarono — come da più parti ormai si è ripetuto — il problema dell'amministrazione, limitandosi a raccogliere le concezioni-base della stessa amministrazione formulate dalla tradizione giuspubbli-

cistica, e giustapponendole senza preoccuparsi troppo di pervenire ad un vero e proprio disegno unitario. Tuttavia, questa spiegazione non può dirsi del tutto soddisfacente. Esiste appunto un secondo piano del discorso, che di recente è stato individuato da Mario Nigro, proprio negli *Studi in memoria di Vittorio Bachelet* (vol. II, pp. 385 e ss.). In realtà, non si può dare affatto per scontata la possibilità di comporre la nostra contraddizione fondamentale tra un'amministrazione prevalentemente tecnica ed un'amministrazione prevalentemente politica. Si può anzi avanzare l'ipotesi che uno dei compiti principali della Costituzione debba essere proprio quello di tenere in equilibrio queste due vocazioni dell'amministrazione, lasciando aperta ed irrisolta la contraddizione medesima. Ed in effetti anche i nostri costituenti probabilmente non fecero altro che contrapporre ad un'amministrazione tecnica, alla lunga tendente ad autolegittimarsi, l'esigenza di un collegamento in senso forte con le dinamiche dell'indirizzo politico e dell'attuazione della Costituzione; e per altro verso non fecero altro che contrapporre ad un'amministrazione politica il bisogno, altrettanto forte, di neutralità, di un accesso ai servizi pubblici garantito in modo imparziale.

Così — come appunto ha osservato Mario Nigro —, le vicende della nostra Costituzione dimostrano ciò che probabilmente è vero per l'intero arco di esperenza storica dello Stato moderno: l'amministrazione *è in sé contraddittoria*, vive in uno stato di permanente tensione tra momento tecnico e momento politico, non potendo mai essere definitivamente ed in modo esclusivo l'uno o l'altro, se non a prezzo di gravi semplificazioni che la conducono, ora ad isolarsi nella posizione di chi pretende di essere il vero interprete dell'intera dinamica collettiva, ora a ridursi a mero apparato di trasmissione delle volontà politiche. Sotto questo profilo, la compresenza di più concezioni dell'amministrazione nella nostra Costituzione, lamentata — come abbiamo visto — sotto il profilo della contraddittorietà, può essere considerata perfino benefica e provvidenziale.

Ma ciò che a noi più interessava era osservare come anche in materia costituzionale si pervenga qualche volta alla percezione di nodi che non possono essere sciolti. Non ogni contraddizione è fatta per essere superata. Anche per il giurista, quando sia davvero interessato alla conoscenza scientifica dei propri oggetti d'indagine, può essere utile in qualche caso limitarsi a rilevare l'esistenza di

quella contraddizione, e la sua permanenza nei tempi lunghi della storia politica e costituzionale. Se non altro, tutto ciò potrebbe dare la misura esatta della profondità e dell'ampiezza dei problemi che abbiamo di fronte.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

58/59

Tomo II

MAURIZIO FIORAVANTI

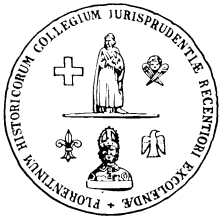
LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO

DOTTRINE DELLO STATO E DELLA COSTITUZIONE TRA OTTO E NOVECENTO

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 CINQUANTOTTESIMO/
CINQUANTANOVESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

58/59

MAURIZIO FIORAVANTI

LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO

DOTTRINE DELLO STATO E DELLA COSTITUZIONE TRA OTTO E NOVECENTO

Tomo II

Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-08570-6

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2001

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

IV.

LE TRASFORMAZIONI:
SCIENZA GIURIDICA
E DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE

1.

COSTITUZIONE E STATO DI DIRITTO

1. Premessa. — 2. La costituzione come diritto positivo della comunità. — 3. La costituzione e la sovranità dello Stato-persona. — 4. La costituzione nella crisi dello Stato liberale di diritto.

1. È nota l'ambivalenza di fondo che il termine-concetto di 'costituzione' possiede in età moderna. La notevole pluralità di significati che esso ha assunto nel corso del tempo può essere per altro ordinata secondo una coppia concettuale altrettanto nota: la costituzione come *suprema norma giuridica di garanzia*, o la costituzione come *principio primo di unità, di ordine politico* (1). Nel primo caso, ci si riferisce di solito al pensiero di Locke, di Constant in seguito, e più tardi ancora di Hans Kelsen, ovvero, nel suo complesso, al *costituzionalismo* inteso come tecnica di limitazione del

(1) Per una recente ripresa di questo schema classificatorio, si veda P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, *Saggi storici*, Milano, 1990, pp. 173-208. Poiché Comanducci distingue, per altro assai opportunamente, all'interno della tradizione storico-concettuale della costituzione come ordine tra un 'modello assiologico' ed un 'modello descrittivo', precisiamo che ci riferiremo in questo contributo essenzialmente al primo. Più in genere, per alcune recenti trattazioni di sintesi sul termine-concetto 'costituzione', rinviamo a H. MOHNHAUPT-D. GRIMM, *Verfassung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 6, Stuttgart, 1990, pp. 831-898; G. ZAGREBELSKY, *Società-Stato-Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, Torino, 1988; S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 289-321, cui si aggiunge ora P. BARILE-M. FIORAVANTI, *Costituzioni*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto della Enciclopedia italiana, vol. II, 1992, pp. 548 ss. con nota bibliografica cui si rinvia il lettore.

potere a fini di garanzia, mentre, a livello più propriamente politico-istituzionale, ciò a cui si pensa è essenzialmente il *rule of law* britannico, soprattutto attraverso la dottrina statunitense della supremazia della costituzione e del sindacato di costituzionalità affidato ai giudici ed alla Corte Suprema (2). Nel secondo caso, quello della costituzione come principio di ordine e di unità, ci si riferisce in modo altrettanto obbligato — e quasi simmetrico, si potrebbe dire — al pensiero di Hobbes, di Hegel, e più tardi di Carl Schmitt, ovvero alla *dottrina della costituzione*, intendendo ora quest'ultima prevalentemente in connessione con le problematiche dell'ordine politico e del governo, della fondazione di una autorità politica capace di dominio sulle particolarità frazionali; ed anche in questo caso sono consueti i riferimenti, per quanto più complessi e disarticolati, a concrete situazioni storico-politiche: la grande opera riformatrice dello Stato assoluto europeo-continentale, la volontà generale della rivoluzione francese interpretata come principio di dissoluzione del particolarismo proprio dell'antico regime, ed infine una particolare versione di quel *Rechtsstaat* (Stato di diritto) tedesco che così grande fortuna avrà in Europa nel secolo scorso.

A ben guardare, vi è un intento comune da parte dei due termini della nostra coppia concettuale. Infatti, la costituzione è sempre, in entrambi i casi, *il massimo rimedio contro l'arbitrio*, ma con questa differenza, certo non di poco conto: mentre nel costituzionalismo liberale di matrice britannica si muove dalla diffidenza verso i governanti ed i legislatori, e si affermano quindi i diritti e le libertà essenzialmente contro il loro possibile arbitrio, con il supporto garantistico della costituzione come suprema norma giuridica; nella dottrina eu-

---

(2) Per l'indicazione della costituzione federale americana del 1787 come luogo privilegiato di origine del costituzionalismo moderno, vedi N. MATTEUCCI, *La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo*, in *La costituzione statunitense e il suo significato odierno* a cura di T. Bonazzi, Bologna, 1988, pp. 29 ss., del quale si veda anche ID., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1988. Per una comparazione tra le due rivoluzioni, francese ed americana, in tema di diritti e di libertà, vedi M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991. Per una ricognizione delle radici storiche del costituzionalismo moderno, con particolare riferimento alla tradizione britannica, v. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), a cura di N. Matteucci, Bologna, 1990.

ropeo-continentale della costituzione che da Hobbes giunge fino a Schmitt si muove invece dalla diffidenza verso le forze, individuali ed organizzate in gruppi, che si agitano in seno alla società civile, e si afferma quindi, contro le loro arbitrarie pretese di stampo frazionale e particolaristico, la necessità di una costituzione come principio di ordine e di unità. Nel primo caso *il contrasto principale* è quello tra le libertà, sostenute dalla costituzione, ed il potere pubblico di coazione; nel secondo quello tra l'ordine, egualmente sostenuto dalla costituzione, e la dissoluzione della convivenza regolata.

La coppia concettuale che abbiamo usato a proposito della 'costituzione' può essere utilmente adoperata anche per lo 'Stato di diritto'. Si può anzi osservare che anche di questo secondo esistono *due diverse tradizioni*, del tutto corrispondenti alle due già esaminate nel caso della 'costituzione'. La prima di queste, quella che più propriamente può essere definita la tradizione del costituzionalismo, produce infatti un'immagine dello Stato di diritto ben nota, che è quella di uno Stato sempre più *limitato e dominato dal diritto*, fino al punto massimo raggiunto in questa linea da Hans Kelsen, per il quale lo Stato senza il diritto è solo 'potere', quindi pericolosa realtà di fatto che tende a sfuggire alle regole dell'ordinamento, minacciando le libertà ed i diritti degli individui. Meno noto, o forse solo meno ovvio, è il fatto che anche la costituzione come principio di unità e di ordine ha il proprio 'Stato di diritto'. Esso è quello Stato che *lavora per il diritto*, riducendo con l'attività della *Regierung*, del governo, l'incertezza delle condizioni della vita individuale ed associata, dunque il conflitto e le arbitrarie pretese degli interessi particolari. Nel primo caso, lo Stato di diritto è prima 'di diritto', e poi 'Stato', ed anzi, a rigore, è 'Stato' solo attraverso il diritto; nel secondo caso, all'opposto, lo Stato di diritto è prima 'Stato', e poi 'di diritto', poiché si pensa che non possa esistere alcun diritto se non sulla base del principio di unità politica espresso nella costituzione e rappresentato dalla autorità dello Stato.

È ora possibile, sulla scorta di queste scarne considerazioni preliminari, ricercare qualche verifica più puntuale in alcune fonti dottrinali ottocentesche e della prima metà del Novecento, ovvero in un tempo storico in cui il nesso che a noi interessa, tra costituzione e Stato di diritto, appare essere particolarmente stringente, ed insieme particolarmente intricato e problematico.

2. In questo paragrafo, ed in quello successivo, cercheremo di rispondere alla seguente domanda: come si legano costituzione e Stato di diritto nel quadro complessivo del liberalismo del secolo scorso? Per rispondere a questa domanda bisogna prima di tutto prendere le distanze da convinzioni ancora largamente diffuse, che a nostro avviso hanno per lungo tempo fuorviato l'analisi storico-concettuale del nostro problema. La prima di queste convinzioni è quella che conduce ad individuare nella rivoluzione francese il luogo storico di origine di una nozione ideale e prescrittiva della costituzione come norma giuridica — secondo la celebre formulazione dell'articolo sedicesimo della Dichiarazione dei diritti dell'89 — sulla quale l'intera età post-rivoluzionaria, prima liberale e poi democratica, avrebbe fatto leva al fine di affermare progressivamente le libertà ed i diritti, prima attraverso l'autorità del legislatore in lotta contro il vecchio mondo dei privilegi, e poi anche contro tale autorità ed il suo possibile arbitrio, con l'affermazione novecentesca del sindacato di costituzionalità inteso come punto massimo di espansione dello stesso Stato di diritto.

Naturalmente, anche questo modo d'impostare i rapporti tra Rivoluzione, Stato liberale di diritto, e regimi politici contemporanei rispecchia parte della effettività storica; né si può dimenticare che per molti dei liberali del secolo scorso l'appello alla 'costituzione' fu sentito davvero in chiave di affermazione di una suprema norma di garanzia. Tuttavia, il difetto di questo approccio sta nella eccessiva semplificazione della materia storica cui esso conduce. In particolare, seguendo quel filo conduttore risultano escluse dall'orizzonte del liberalismo e dello Stato di diritto tutte quelle dottrine che riflettendo criticamente sulla Rivoluzione hanno posto il problema della costituzione prevalentemente in chiave di articolazione storico-materiale del corpo politico, di rifondazione della autorità politica in seno alla società post-rivoluzionaria. Ci riferiamo qui principalmente alla straordinaria stagione intellettuale del liberalismo della Restaurazione, specialmente tedesco e francese, che non può certo più essere messa tra parentesi. Si tratta invece di un passaggio fondamentale, senza il quale — come cercheremo di mostrare in seguito — non si capiscono appieno, o non si capiscono affatto, certi approdi pratici e teorici della fine del secolo, in genere ed in

particolare per ciò che riguarda specificamente il nostro problema del nesso storico tra costituzione e Stato di diritto.

Francia e Germania, dicevamo sopra. Tuttavia, se non altro per evidenti ragioni di sintesi, è la Germania a dover essere messa in primo piano in questo nostro tentativo di verifica di un rapporto tra costituzione e Stato di diritto diverso da quello comunemente risolventesi nella progressiva affermazione della costituzione come suprema norma giuridica di garanzia (3). Dunque, la nostra attenzione si appunta ora sul primo liberalismo tedesco dell'età della Restaurazione, ovviamente senza alcuna assurda pretesa di completezza — anche perché si è di fronte ad un panorama notoriamente assai complesso e diversificato (4) —, ma semplicemente con l'intento di mettere in luce alcune delle più importanti radici storico-teoriche del rapporto tra costituzione e Stato di diritto instauratosi in età liberale.

La prima constatazione è che questo è il luogo ed il tempo storico in cui si produce in modo esplicito la celebre differenziazione di significato tra le due parole tedesche traducibili nell'italiano 'costituzione': *Konstitution e Verfassung*. È noto che Friedrich Julius Stahl, personaggio controverso ed ancora tutto sommato poco studiato (5), ha svolto un ruolo di primo piano nella elaborazione concettuale di tale differenziazione. Ed infatti in una pagina della

---

(3) Bisogna però tener presente che molto di quanto diremo per la Germania potrebbe, pur nelle diversissime circostanze storiche, trovare punti di contatto e di convergenza anche in Francia, soprattutto attraverso la rilevante opera di Guizot, sulla quale si veda ora l'ottimo volume di P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, 1985, spec. pp. 55 ss. e pp. 76 ss. Sul punto, è da vedere anche F. FURET, *La gauche et la révolution au milieu du XIX siècle*, Paris, 1986, spec. pp. 11 ss.; mentre è da consultare per un quadro complessivo R. MAGRAW, *Il 'secolo borghese' in Francia 1815-1914*, tr. it., Bologna, 1987, pp. 60 ss.

(4) Per rendersi conto di questa pluralità di voci, è assai utile l'antologia curata da H. BRANDT, *Restauration und Frühliberalismus 1814-1840*, Darmstadt, 1979. Vedi anche E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967.

(5) Si veda comunque l'interessante saggio di C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 407 ss.; nello stesso volume è di diretto interesse per la problematica della *Verfassung* nel periodo storico considerato anche P. SCHIERA, *Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco*, pp. 383 ss.

sua maggiore opera troviamo una definizione della*Verfassung* davvero illuminante, e certamente rappresentativa della opinione sul punto della parte più consistente della dottrina tedesca del tempo: essa è « articolazione della comunità degli uomini, che fonda e rende stabile lo Stato come istituzione » (6). Dunque, la *Verfassung* è quella condizione storico-esistenziale, ma anche quel processo dinamico, che consente ad una comunità di uomini di articolarsi, ed in definitiva di far pervenire ad esistenza compiuta lo Stato come istituzione, ovvero come autorità capace d'*imperium*, di chiedere ed ottenere obbedienza. Più precisamente, la *Verfassung* così intesa è ciò che consente ad un popolo — la « comunità degli uomini » di Stahl — di essere veramente tale e non mera somma di pretese individuali e di gruppo, ciò che consente di costruire e stabilizzare un'autentica comunità politica, e con essa lo Stato medesimo.

È molto importante fissare con forza, e con chiarezza, questo punto, poiché è qui che si produce lo scarto differenziale nei confronti della *Konstitution* liberal-individualistica. Infatti, il difetto principale di quest'ultima stava nel fatto che essa appariva essere inconsistente proprio come atto di fondazione della autorità politica, dello Stato come istituzione. Riducendo quello Stato ad un mero strumento di tutela dei diritti individuali, a semplice « risultato della volontà degli individui », la *Konstitution* non riusciva ad individuare nella sua specificità ed autonomia il decisivo momento della autorità politica, la sua fondazione nel popolo come entità storico-organica, come concreta articolazione della comunità degli uomini (7).

Come vediamo, siamo qui di fronte ad una dottrina della costituzione che pone in primo piano le problematiche della autorità politica e dell'ordine politico, ben più che quelle della costituzione come suprema norma giuridica di garanzia. Allora, la domanda

---

(6) Ci si riferisce ovviamente alla principale opera di F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechtes*, zweiter Band, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, zweite Abteilung, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Tübingen, 1878[5], Hildesheim, 1963, p. 205; tenendo presente che questa opera di Stahl è il frutto di una maturazione iniziata con la prima edizione di Heidelberg del 1830-37. La traduzione del passo citato nel testo è nostra. Così anche di seguito, ogni altra volta che avremo occasione di citare opere pubblicate in tedesco.

(7) *Ibid.*, p. 143 per la citazione nel testo, e più in genere pp. 131 ss. e pp. 209-210.

diviene la seguente: quale Stato di diritto esce fuori da una simile concezione della costituzione?

Abbiamo visto nel primo paragrafo che alla costituzione-ordine, nella linea che conduce da Hobbes a Schmitt, di solito corrisponde uno Stato di diritto che è tale soprattutto perché è capace di lavorare per ridurre il conflitto, per governare la società, per domare gli interessi frazionali. Ebbene, si può sostenere che questo primo liberalismo tedesco, questa concezione della *Verfassung*, corrisponda solo in parte a questa linea di pensiero. Vi corrisponde perché ritiene che l'autorità politica debba essere ben più di uno strumento di tutela dei diritti individuali, e che essa esista invece in primo luogo come rappresentazione del bene fondamentale dell'ordine politico; ma diverge su un punto senza dubbio decisivo: si tratta, per dirla in una parola, della problematica della *Regierung*, del governo, cui già abbiamo accennato più volte. Ed infatti, la parte più consistente del liberalismo tedesco — e non solo tedesco — della prima metà dell'ottocento, nel momento stesso in cui esalta il fattore specifico della autorità politica contro il contrattualismo rivoluzionario, teme per lo meno con la stessa intensità il dispiegarsi dell'azione di governo di tale autorità. La cosa è del tutto spiegabile se si pensa che la critica liberale alla Rivoluzione di cui si discute è necessariamente duplice (8): è critica contro il versante contrattualistico, ma anche critica contro il volontarismo rivoluzionario, contro la pretesa, ritenuta folle ed arbitraria, di dirigere lo sviluppo della società. Da questo secondo punto di vista, la *Verfassung* si associa all'idea di uno sviluppo graduale e costante, che muove dal proprio interno — 'la necessità interna' cui si richiamano tanti liberali del tempo —, che rifiuta di essere eterodiretto, che in definitiva risponde in modo rassicurante alla grande questione politica della stabilità, contro una Rivoluzione che, evocando continuamente la sovranità popolare ed il potere costituente, in realtà aveva finito — nella opinione di autori come Stahl — per rovesciare il governo delle leggi a favore di quello degli uomini (9).

Dunque, la nostra *Verfassung, la costituzione-ordine* in questa

---

(8) Riportiamo qui in forma sintetica quanto abbiamo più distesamente analizzato in altra occasione: vedi M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., pp. 107 ss.

(9) Afferma Stahl che quando si pone il popolo al di sopra della costituzione, con

particolare versione, svolge fondamentalmente la funzione di contrapporre una stabile strutturazione politica del corpo sociale, da una parte nei confronti delle pretese particolari dei privati e degli individui, dall'altra nei confronti delle pretese dirigistiche di stampo giusrazionalistico ed illuministico. In ultima analisi, la *Verfassung non può essere creata*, né dalla volontà contrattuale degli individui, né dalla volontà d'*imperium* e di governo dello Stato (10).

Si può allora rispondere alla nostra domanda sul tipo di Stato di diritto che corrisponde a questa concezione della costituzione. Il 'diritto' cui ci si riferisce è necessariamente duplice: è il diritto che l'autorità politica in forma di Stato, in quanto autentica rappresentazione dell'ordine politico della società, è capace d'imporre alle pretese di ordine individualistico e frazionale, ma è anche *il diritto positivo* che la comunità possiede nelle sue concrete articolazioni, e che deve esser difeso in primo luogo dalle invadenze di ogni astratta volontà politica aprioristicamente definita.

Ora, ciò che importa è svincolare simili raffigurazioni della nostra costituzione-ordine — e dello Stato di diritto che da esse deriva — dal giudizio che vuole che esse siano nient'altro che le dottrine giustificative, ideologicamente orientate, della persistente realtà di potere dei ceti. Certo, la materia storica è quella, né può sicuramente essere considerato casuale il fatto che quelle dottrine si affermino soprattutto in Germania; e, del resto, la doppia critica, che sopra abbiamo visto, alla pretesa individualistica ed a quella dirigistica è senza dubbio riflesso di una critica più complessiva alla separazione Stato-società, in nome di una permanente strutturazione politica del corpo sociale che vuole mantenere in vita criteri tradizionali di legittimazione dell'autorità politica su base storico-organica. Ma, una volta detto tutto questo, a meno che non si voglia commettere l'errore — che abbiamo individuato all'inizio di questo

---

il potere di mutarla a proprio piacimento, cessa di esistere ogni costituzione: F.J. STAHL, *Die Philosophie*, cit., pp. 530 ss.

(10) Il pensiero corre qui naturalmente al celebre passo della filosofia del diritto di Hegel, disponibile ora nella bella traduzione di Giuliano Marini: G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, a cura di G. Marini, Bari, 1987, p. 221. È appena il caso di sottolineare che non è possibile qui neppure sfiorare il problema della specifica collocazione di Hegel nel dibattito tedesco sulla costituzione della prima metà del secolo.

paragrafo — di leggere tutto il liberalismo europeo secondo i dettami della volontà generale e del paradigma individualistico propri della rivoluzione francese, si dovrà comunque prendere atto di questo decisivo momento di svolta che si produce nell'età della Restaurazione conducendo progressivamente alla formulazione di una dottrina dello Stato di diritto — il celebre *Rechtsstaat* — che così grande fortuna avrà — come vedremo più avanti — nella seconda metà del secolo, e non solo in Germania.

Del resto, lo stesso Stahl contrappone il suo Stato di diritto, non solo al contrattualismo ed al volontarismo della rivoluzione francese, ma anche alle dottrine patrimonial-privatistiche (11), che riducevano tutta la dinamica costituzionale ad una delimitazione di confini tra l'esercizio della sovranità da parte del monarca e la difesa dei diritti dei ceti di stampo patrimoniale. Si può anzi dire che agli occhi di Stahl i due estremi si toccano: l'esagerazione individualistica e contrattualistica della Rivoluzione genera 'atomismo' alla pari dei modelli di tipo patrimoniale, cosicché entrambi non producono « una costituzione dello Stato, ma la dissoluzione dello Stato » (12).

Ma anche sul versante dei limiti al potere pubblico di coazione, e non solo sul terreno della giustificazione di una salda autorità politica, questo Stato di diritto vuol dire la sua, in contrasto con la Rivoluzione. Questa aveva certamente affermato con forza i diritti dell'individuo, ma li aveva poi affidati ad una costituzione che era a sua volta liberamente modificabile da parte della sovrana volontà popolare — o dalla volontà dei rappresentanti che si presumeva incarnassero quella volontà —: di fronte a tutto ciò il nostro Stato di diritto si candida a rappresentare anche il versante del liberalismo più legato all'immagine di un potere pubblico limitato, definito in spazi sicuri. Che poi il limite fosse dato prevalentemente dalla permanente strutturazione politica tradizionale del corpo sociale, dalla persistente presenza dei ceti, non escludeva affatto una successiva evoluzione verso approdi più consoni alla logica individualistica del diritto moderno. L'importante era che ciò avvenisse per 'necessità interna', senza alcun forzato e forzoso intervento dall'alto,

---

(11) F.J. Stahl, *Die Philosophie*, cit., pp. 331 ss.

(12) *Ibid.*, p. 332.

quasi ad imitazione di quel celebre modello britannico, che non a caso era noto e discusso nella Germania della prima metà dell'Ottocento, a partire dalle note *Reflections* di Burke sulla rivoluzione francese (13).

C'è poi un ultimo aspetto da tenere in considerazione. Nella polemica con la Rivoluzione come evento che aveva follemente cercato di 'creare' una costituzione si racchiude senza dubbio la radice prima della nota distinzione-contrapposizione tra politica e diritto che avrà così grande fortuna nel positivismo giuridico della seconda metà del secolo. Non v'è dubbio infatti che da questo momento in poi al 'politico' si associa la negativa immagine della pretesa volontaristica, della costituzione come sterile e pernicioso frutto della volontà degli uomini contrattualisticamente determinata; e per converso al 'giuridico' si associa la positiva immagine di una costituzione che è prima di tutto diritto positivo di una comunità storica, suo ordine intrinseco, che proprio perché è tale è capace di fondare organicamente l'autorità politica, e nello stesso tempo di limitarla.

Certo, se questa dottrina della costituzione fosse rimasta nelle pagine di Stahl, o anche nella opinione media del liberalismo tedesco della prima metà del secolo scorso, essa non sarebbe mai stata capace di distendere la sua influenza — come mostreremo più da vicino nel paragrafo successivo — fino alla fine del secolo, e forse anche oltre.

Il fatto è che ad un certo punto, sulla scia di quella crescente separazione tra 'politico' e 'giuridico' di cui si parlava sopra, di quella medesima dottrina s'impadronì un sapere professionalmente ed accademicamente qualificato, ovvero *il sapere giuridico*. Sono i giuristi infatti a mostrare come la nostra dottrina della costituzione-ordine possa divenire per così dire operativa, nel senso di una sua diretta funzionalità a *costruire* le istituzioni dello Stato liberale di diritto. Si tratta di un processo del quale esamineremo per ora solo il punto di avvio, che è sicuramente dato dalla poderosa e determinante opera di Friedrich Carl von Savigny (14).

---

(13) Sul punto sono ancora interessanti le considerazioni di G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1971, spec. pp. 147 ss. e 195 ss.

(14) Ci riferiamo qui esclusivamente, per ovvie ragioni di sintesi, a F.C. VON

Leggiamo nel primo volume del *System* di Savigny che « gli individui compongono lo Stato non come tali, e presi uno per uno, ma solo in quanto inseriti nella articolazione del corpo sociale conforme alla costituzione » (15). Dunque, come in Stahl, anche in Savigny è l'articolazione del corpo sociale conforme alla costituzione-ordine, alla *Verfassung*, che produce 'Stato', autentica autorità politica. Si tratta di problematiche che già conosciamo, e che anche in questo caso prendono le mosse dalla consueta critica alle astrazioni rivoluzionarie in senso contrattualistico ed individualistico (16).

Tuttavia, qualcosa è già mutato rispetto a Stahl. La *Verfassung*, la nostra costituzione-ordine, non richiama più direttamente il potere dei ceti, e neppure un generico ideale etico-politico, o storico-politico, contrapposto al cosiddetto 'atomismo' della costituzione rivoluzionaria di stampo individualistico e contrattuali-

---

SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840, Aalen 1981, spec. pp. 13 ss.; tr. it., Torino, 1886, spec. pp. 42 ss. Sulla necessità di risalire a Savigny per spiegare il ruolo della giuspubblicistica tedesca tra Otto e Novecento era già costruito un nostro volume di alcuni anni or sono: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; ed anche ID., *Savigny e la scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), pp. 319-338, ora anche in questo volume, pp. 3 e ss.. Recenti ricerche sembrano confermare questa persistenza dei modelli savignyani per lo meno fino alla fine del secolo: si vedano i saggi contenuti nel fascicolo (1989/4) della *Rivista trimestrale di diritto pubblico* in parte dedicato a celebrare il centenario delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando. Nella produzione più recente su Savigny è da ricordare l'indagine di J. RUCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984, di cui si vedano anche ID., *The unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900*, in *The American Journal of Comparative Law*, XXXVII (1989), pp. 121-137 (fascicolo dedicato a *Savigny in modern comparative Perspective*, con interessanti saggi sulla recezione di Savigny in Inghilterra e negli Stati Uniti, anche nella giurisprudenza della Corte Suprema); e la versione tedesca del medesimo saggio in *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten 1988-1990*, hrsg. von H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 1991, pp. 34-73. Infine, sulle problematiche che affronteremo nel testo, sono da considerarsi essenziali P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll., Milano, 1984-85; e su un piano diverso M. NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 327-347; e la recente ottima indagine di M.C. FOI, *Heine e la vecchia Germania. Le radici della questione tedesca tra poesia e diritto*, Milano, 1990.

(15) F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., p. 30.

(16) *Ibid.*, pp. 28 ss., e pp. 18 ss. sul concetto di 'popolo' contrapposto alla somma dei bisogni individuali.

stico. Lo spazio della costituzione-ordine è ora riempito da un concreto *diritto positivo-positives Recht* per Savigny (17) —, che non è affatto il diritto posto dallo Stato, ma è piuttosto il diritto che *la comunità già di per sé possiede*, proprio sulla base della sua concreta articolazione costituzionale. Tale diritto non è composto di semplici regole, o prescrizioni, come è per lo più il diritto posto dal legislatore, ma ha piuttosto la sua unità di misura fondamentale nell'*istituto giuridico* (18).

Lasciamo ora da parte la questione se Savigny pensi all'istituto giuridico come ad un vero e proprio pezzo della realtà effettiva, o se non sia secondo lui la scienza giuridica a dover interpretare quella realtà secondo il metro degli istituti che essa medesima costruisce. Sta di fatto che proprio la scienza assume ora un ruolo decisivo. È questo ruolo della scienza, custode ed interprete del diritto positivo, che consente al giurista Savigny, che in una fase precedente del suo pensiero aveva ben più seccamente condannato il ruolo dei legislatori (19), di inserire la legislazione nel sistema del diritto (20). Ora, vi è una concreta speranza di domare quanto di sgradevole la Rivoluzione aveva liberato; ed infatti la scienza giuridica può e deve essere in grado di leggere il diritto posto dal legislatore alla luce del diritto positivo che essa ben conosce, d'inserire le regole e le prescrizioni legislative nel sistema degli istituti giuridici, d'indirizzare tutto il lavoro degli interpreti, ed in primo luogo dei giudici, nella medesima direzione del dominio del diritto positivo. Diviene allora finalmente chiaro che cosa è il nostro Stato di diritto: grazie alla fondamentale

---

(17) *Ibid.*, p. 14.

(18) Per la dottrina dell'istituto giuridico in Savigny si vedano M. Fioravanti, *Savigny e la scienza di diritto pubblico*, cit., pp. 330 ss.; H. Kiefner, *Lex Frater a Frate. Institution und Rechtsinstitut bei Savigny*, in *Rechtsheorie*, 10 (1979), pp. 129 ss.; ed Id., *Das Rechtsverhältnis. Zu Savigny System des heutigen Römischen Rechts*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, München, 1982, pp. 149 ss.

(19) Ci riferiamo ovviamente alla celebre polemica sulla codificazione: vedi A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, 1982, anche per la introduzione del curatore, ora anche in Id., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987, pp. 55 ss. Sul punto, si veda ora P. Becchi, *La polemica sulla codificazione in Germania attraverso la storia delle interpretazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI (1991), pp. 23 ss.

(20) F.C. von Savigny, *System*, cit., pp. 38 ss.

opera della scienza, è il *sistema del dominio del diritto positivo sul diritto posto*; è quel sistema che in tal modo riesce a garantire *unità e certezza del diritto* eliminando gli arbitrii del legislatore e degli interpreti.

Ma noi sappiamo anche che tutto questo era possibile, a sua volta, perché si muoveva da una concezione della costituzione di tipo storico-organico, da *un diritto positivo della comunità precedente il diritto posto dal legislatore*; e che tale costituzione era stata pensata fin dall'inizio in polemica, non solo con le pretese dirigistiche di stampo giusrazionalistico — il legislatore criticato da Savigny —, ma anche con il lato contrattualistico ed individualistico della Rivoluzione, quindi come veicolo di fondazione di una vera ed autentica autorità politica, dello Stato come istituzione di Stahl. Questa *necessaria ambivalenza* della nostra costituzione, ora prevalentemente strumento di limitazione delle pretese programmatorie del potere politico, ora prevalentemente strumento di fondazione della sua autorità al di là delle volontà individuali e di gruppo, è ciò che caratterizza nel profondo lo Stato di diritto del secolo scorso. Come vedremo tra poco, anche i giuristi della seconda metà del secolo, della stagione del trionfante positivismo giuridico, cercarono disperatamente di tenere in equilibrio i due momenti, di prorogare nel tempo, fin quando fu possibile, *la felice ambivalenza della costituzione-ordine liberale*.

3. Il nostro sguardo si sposta ora dall'età della Restaurazione a quella della affermazione e del consolidamento dei grandi regimi politici liberali nazionali dell'Europa continentale verso la fine del secolo: il Secondo Impero in Germania, la Terza Repubblica in Francia, ed un po' più tardi la cosiddetta 'età giolittiana' in Italia. È questa *la stagione dello Stato liberale di diritto*, ed insieme — certo non a caso — la stagione della grande fioritura della giuspubblicistica europea. I nomi a cui pensiamo sono quelli di Georg Jellinek in Germania, di Carré de Malberg in Francia, di Vittorio Emanuele Orlando in Italia: tutti giuristi che svolsero una funzione di primo piano nel definire le nervature e le articolazioni dello Stato liberale di diritto.

Il clima generale che si respira è quello di un approdo finalmente raggiunto, di una stabilità finalmente acquisita. Il problema

della rifondazione di una salda autorità politica dopo la tempesta rivoluzionaria sembra finalmente risolto, tanto che Paul Laband potrà senza esitazione affermare che il *Reich* doveva ormai considerarsi « un fatto immutabile » (21).

I giuristi, per parte loro, possono finalmente dedicarsi alla analisi ed alla sistemazione del diritto positivo dello Stato, sul presupposto che quest'ultimo non sia più il 'politico' della Rivoluzione incessantemente proteso alla riforma degli equilibri sociali, ma una soggettività ormai pacificata, che secondo la celebre formulazione dogmatica della personalità giuridica ha in sé neutralizzato l'antica e non più attuale lotta tra opposti principi politici, tra sovranità del monarca e sovranità del popolo.

Veniamo ora alla domanda cui cercheremo di rispondere in questo paragrafo: in una tale situazione vi è ancora bisogno di una qualche dottrina della costituzione? O tutti i principali problemi della dinamica costituzionale vengono ormai risolti esclusivamente all'interno della dominante dottrina dello Stato? Più in particolare, occorre chiedersi: quale sorte ha nell'ambito di tale dottrina quella costituzione-ordine attorno alla quale si era condensata — come abbiamo visto — buona parte della riflessione del liberalismo della prima metà del secolo?

Una prima risposta a queste domande viene dalla nota ricerca di Georg Jellinek sulle matrici storico-politiche, e storico-culturali, della Dichiaraziore rivoluzionaria dei diritti dell'89 (22). Qui il tentativo del nostro giurista è quello di svincolare l'affermazione moderna dei diritti individuali, evidentemente ritenuta irrinunziabile nel quadro di uno Stato di diritto liberale che non può più avere alcuna simpatia per l'antico ordine cetuale, dalle filosofie contrattualistiche della rivoluzione francese. In questo modo si spiega l'insistenza di Jellinek sui *Bill of Rights* statunitensi, ma anche sull'intero universo della *common law*, dalla *Magna Charta* del 1215 in poi, attraverso la seicentesca resistenza alle pretese di un potere che si andava facendo assolutistico, come altrettante matrici della

---

(21) P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1911[5], p. V.

(22) G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895), in *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, hrsg. von R. Schnur, Darmstadt, 1964, pp. 1 ss.

Dichiarazione dell'89. L'intento è evidentemente quello di allontanare il più possibile da quella Dichiarazione lo spettro del contrattualismo rivoluzionario, contrapponendo così al modello democratico-radicale, che tutto subordina, anche la stessa costituzione e gli stessi diritti, al primato assoluto della sovranità popolare, un modello liberale che in Jellinek si fonda esplicitamente su *una tradizione storica di potere limitato*. Ma ciò che più importa è che per Jellinek tale tradizione non è affatto solo inglese, ma anche tedesca, poiché anche il medioevo tedesco, come quello inglese, si è svolto storicamente secondo una dinamica dualistica che ha saputo efficacemente contrapporre precise situazioni giuridiche soggettive, antichi diritti e libertà ([23]), alle pretese di concentrazione del potere politico; se a ciò si aggiunge il fatto che la stessa Dichiarazione francese dei diritti è da ricondursi — come abbiamo visto — a queste medesime matrici storiche, si può concludere per Jellinek nel senso di una vera e propria *costituzione europea dei diritti e delle libertà a fondamento storico*: a questa costituzione, e non a quella contrattualistica e democratico-radicale della fase giacobina della Rivoluzione, è necessario rifarsi nel momento in cui si costruiscono le istituzioni dello Stato liberale di diritto.

Si può allora avviarsi verso una prima risposta alle domande che sopra abbiamo posto. Evidentemente, anche la dottrina orientata in senso statualistico — ed è certamente questo il caso di Jellinek, che com'è noto da un punto vista più strettamente dogmatico faceva derivare i diritti pubblici soggettivi degli individui da un atto di autolimitazione, e quindi da una manifestazione di sovranità, dello Stato-persona —, quando vuole essere dottrina dello Stato di diritto ben difficilmente può fare a meno di elaborare un suo discorso sulla costituzione come limite — vedremo in quale senso — al potere d'*imperium* dello Stato.

Ma il punto è: di quale 'costituzione' si tratta? È a questo proposito che tornano in primo piano le dottrine della *Verfassung* elaborate nella prima metà del secolo. Infatti, la costituzione a fondamento storico di Jellinek svolge certamente per un verso la

---

([23]) G. JELLINEK, *Die Erklärung*, cit., pp. 33 ss., e pp. 67 ss. Sullo stesso punto si veda anche ID., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949 (orig. Heidelberg, 1900), pp. 23 ss.

funzione di una 'costituzione' quale suprema norma di garanzia — anche se sempre nel quadro di un costituzionalismo che rifiuta, com'è noto, una catalogazione delle libertà fondamentali e la conseguente attivazione di un sindacato di costituzionalità (24) —; ma non v'è dubbio, d'altra parte, che quella 'costituzione' vuole essere soprattutto *Verfassung*, ovvero principio di ordine, e di unità, di una collettività storica, che solo nel concreto della esperienza trova la misura appropriata e 'naturale' di estensione del potere pubblico e dei diritti di ognuno, contro ogni pretesa unilaterale, ogni tentativo di aprioristica definizione. Soprattutto, è nella storia, e dunque nella struttura intima della costituzione, che si trovano gli antidoti giusti contro quel giusnaturalismo rivoluzionario che già era stato condannato dalla dottrina della *Verfassung* della prima metà del secolo: radicare nella storia, e nel medesimo contesto, il potere pubblico ed i diritti degli individui significa escludere che l'uno possa assumere la forma di un sovrano legittimato a trasformare radicalmente gli equilibri della società — non importa se in nome della pace sociale o della uguaglianza come valore da realizzare, se come sovrano assoluto o come popolo sovrano: Hobbes e Rousseau appartengono per liberali come Jellinek allo stesso universo culturale e costituzionale —; e che gli altri, i diritti, possano assumere la veste di pretese astrattamente individuali, radicate in uno stato di natura dal quale muovere in senso contrattualistico, e quindi distruttivo, per Jellinek come per i liberali della Restaurazione, di ogni salda autorità politica.

Così, la dottrina dello Stato liberale di diritto ritiene di poter porre fine alla pericolosa oscillazione tra potere assoluto del sovrano e diritti originari assoluti degli individui che il giusnaturalismo aveva introdotto. Tale oscillazione poteva ora trovare un punto di quiete e di composizione nella dominante figura dello *Stato come persona giuridica*, opposta da una parte ad ogni *suprema potestas*, ad ogni indirizzo fondamentale — sia esso quello monarchico o quello democratico-radicale —, e dall'altra ad ogni radicazione dei diritti degli individui in uno stato di natura minacciosamente opponibile all'autorità politica, allo Stato medesimo. Nella dottrina dello Stato

---

(24) Su questo punto, e più in generale sulle dottrine delle libertà, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit.

come persona giuridica si esprime quindi *quella virtù della 'medietà'* — né principio monarchico, né principio democratico-radicale, né dirigismo politico, né contrattualismo — che già si era ricercata con la dottrina della *Verfassung* della prima metà del secolo ([25]), quando si era opposto la costituzione come realtà storico-naturale, o il diritto positivo della comunità di Savigny, alle pretese dirigistiche dall'alto come anche alle pretese contrattualistiche dal basso. Qui, in questa ricerca di 'medietà', sta il solido filo di continuità tra la prima e la seconda metà del secolo, tra le dottrine della *Verfassung* dell'età della Restaurazione e le dottrine dello Stato liberale di diritto della fine del secolo.

Il fatto che ora, in questa seconda fase, tutto sembri condurre alla sovranità dello Stato-persona non esclude affatto che prosegua — come nel caso di Jellinek — la riflessione sulla costituzione; ed anzi quest'ultima, proprio come riflessione sulla *Verfassung*, appare ora di particolare importanza, perché direttamente funzionale a giustificare la centralità di uno Stato come persona giuridica che è insieme *potere sovrano e potere limitato* — 'giuridico' in questo duplice senso ([26]) — proprio perché espressione di una costituzione che rispettivamente, e nello stesso tempo, fonda l'autorità di quel potere al di là delle pretese individualistiche e contrattualistiche, ma anche la limita, perché riferisce ad essa il proprio contenuto storico-materiale.

Così, ciò che dello Stato di diritto di fine secolo appare assolutamente incoerente sul piano puramente logico — il paradosso di uno Stato sovrano e limitato nello stesso tempo — diviene perfettamente comprensibile se si tiene conto del fatto che in quello 'Stato' viene ora ad incorporarsi la tradizionale ambivalenza della costituzione-ordine post-rivoluzionaria, che ad esso conferisce insieme ed

---

([25]) La 'medietà' cui ci riferiamo nel testo è proponibile anche come chiave di lettura del liberalismo francese della prima metà del secolo: vedi *supra*, nota 3.

([26]) Come si vede, l'ambivalenza contenuta nella figura dello Stato come persona giuridica è la stessa contenuta nella dottrina della *Verfassung* della prima metà del secolo, cui facevamo riferimento alla fine del paragrafo precedente. Naturalmente, il fatto che ora tutto venga ricondotto esplicitamente alla sovranità dello Stato-persona è pur sempre frutto di un certo processo, che non può qui certo essere descritto analiticamente. La tappa più rilevante all'interno di questo processo è sicuramente data dalla opera di C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico* (orig. 1852 e 1865), Milano, 1971.

inscindibilmente piena *potestas*, non dipendente da volontà contrattualisticamente determinate, ma anche natura limitata, perché dipendente da una sorta di ordine naturale delle cose storicamente fissato ed evolventesi per propria logica interna.

Ciò che si è detto qui di Jellinek non vale certo solo per il grande giurista tedesco. Esso può tra l'altro riferirsi anche a buona parte della giuspubblicistica italiana del tempo, ad iniziare dalla dominante figura di Vittorio Emanuele Orlando. Ed infatti proprio Orlando, introducendo gli italiani alla lettura di Jellinek, sottolineava come la celebre dottrina della 'autolimitazione' formulata dal giurista tedesco a proposito dei diritti pubblici soggettivi non dovesse essere letta in chiave di esclusiva manifestazione di sovranità, in senso soggettivo, dello Stato: se quest'ultimo si limitava per garantire i diritti degli individui, era perché a ciò era costretto « dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo » (27), dunque da qualcosa di molto vicino alla nostra costituzione-ordine.

Del resto, lo stesso Orlando ha ripreso in più punti della sua opera, sia l'insegnamento savignyano del diritto positivo della comunità precedente il diritto posto dal legislatore, sia il grande mito della *Glorious Revolution* come perfetto esempio di resistenza legittima, che seppe *ricostruire* l'autorità politica, e certo non puntò a distruggerla come il radicalismo ed il contrattualismo della rivoluzione francese (28); l'uno e l'altra — Savigny e la costituzione inglese — sono dal nostro punto di vista nient'altro che indizi rivelatori

---

(27) V.E. ORLANDO, *Prefazione* a G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, tr. it., Milano, 1912, p. XI, poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1940, pp. 275 ss.

(28) Basta aprire a questo proposito il volume quinto (Torino, 1890) della *Biblioteca di Scienze Politiche* diretta da Brunialti, dove Orlando, curando, ed annotando, la traduzione italiana del saggio di F.C. MONTAGUE, *I limiti della libertà individuale* (orig. 1884), pp. 489 ss., dichiara ancora una volta la sua adesione alla Scuola Storica di Savigny, e la sua volontà di applicare gli insegnamenti di quella Scuola al campo del diritto pubblico (nota 1, pp. 552-53); e dove più avanti tesse le lodi della grande tradizione storica della costituzione britannica: V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà (1885-1888)*, poi in *Biblioteca di scienze politiche*, cit., p. 932, e pp. 1101 ss.

della permanenza tra Otto e Novecento di un discorso giuspubblicistico sulla costituzione per niente residuale o marginale.

Certo, la 'costituzione' dello Stato liberale di diritto non può mai tradursi in *norma giuridica positiva* superiore alle norme ordinarie, e come tale *opponibile* a queste seconde (29). In questa operazione è contenuta per i nostri giuristi un'inammissibile lesione del principio di sovranità dello Stato, e soprattutto del principio di certezza del diritto riferito alla stessa legge dello Stato; ed insieme l'ammissione di un potere costituente superiore a quello legislativo ordinario (30), che inevitabilmente, nella cultura del tempo, faceva rinascere la deprecata idea di un contratto sociale precedente e fondante i poteri costituiti, ivi compreso il legislativo.

Si tirano qui le fila di tutta la nostra vicenda: lo Stato di diritto è tale non perché i poteri di cui si compone siano *sottoposti* ad una esplicita norma positiva di ordine superiore, ma perché quei poteri *nascono* intrinsecamente e necessariamente limitati da quella medesima costituzione-ordine che contemporaneamente fonda anche la loro autorità, la loro condizione di poteri sovrani. Diviene allora particolarmente chiaro il motivo di fondo che condusse i nostri giuristi dello Stato liberale di diritto a sostenere contemporaneamente i due principi, per loro solo apparentemente in contrasto, dello Stato sovrano e dello Stato giuridicamente limitato. Essi erano in effetti culturalmente eredi di quella tradizione della costituzione-ordine liberale post-rivoluzionaria che imponeva loro di lavorare incessantemente in entrambe le direzioni: da una parte predicando

---

(29) V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., pp. 943 ss., per le note argomentazioni di Orlando contrarie all'introduzione di un sindacato di costituzionalità, che egli vede come generatore « d'incertezza del diritto », come « scusa legittima della disobbedienza alla legge ».

(30) *Ibid.*, p. 951: per Orlando non esiste « una funzione costituente diversa dalla legislativa ». Nella stessa linea, ed anche in modo più radicale, vedi S. ROMANO, *Costituente*, in *Il Digesto Italiano*, vol. VIII, p. IV, Torino, 1899-1903 (la voce è datata 12 gennaio 1900), del quale si vedano sull'argomento anche i seguenti saggi: ID., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901); *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902); *Le prime carte costituzionali* (1907): tutti in ID., *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, spec. pp. 112 ss., e 260 ss. Sul punto, si veda anche la più ampia trattazione di G. ARANGIO RUIZ, *Costituente*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, p. IV, Milano, 1906, pp. 419 ss.

il valore assoluto della sovranità dello Stato contro ogni possibile dissoluzione in senso pluralistico, dall'altra operando — seguendo in questo l'insegnamento savignyano — per ricondurre il diritto contenuto nella legge dello Stato al diritto positivo della comunità, al fine di garantire una certezza del diritto che non a caso è sentita insieme, ed inscindibilmente, come espressione di sovranità dello Stato e come garanzia di limiti giuridicamente calcolabili.

Infine, è da considerare di particolare rilievo il fatto che questa medesima dottrina dello Stato liberale di diritto abbia così potentemente contribuito a stabilizzare le istituzioni politiche tra Otto e Novecento anche nel paese della Rivoluzione, nella Francia della Terza Repubblica.

Soprattutto grazie a Carré de Malberg (31), che di tale dottrina fu in Francia il massimo interprete — della dottrina liberale della costituzione-ordine cui ci siamo riferiti in questo contributo, che in parte aveva già solide radici anche in Francia nella prima metà del secolo, e non semplicemente della dottrina tedesca dello Stato-persona, come talvolta si è creduto —, si riuscì finalmente anche in quel paese *a conciliare la drammatica alternativa*, che la Rivoluzione aveva introdotto, tra affermazione radicale della sovranità del popolo in qualità di potere costituente ed affermazione, altrettanto radicale, della sovranità della legge quale prodotto di un'assemblea legislativa che a sua volta pretendeva di essere sovrana in quanto

---

(31) Del giurista francese dobbiamo qui limitarci a ricordare le due opere più importanti: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, due tomi, Paris, 1919-1922; ed ID., *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1984 (rist. orig. 1931). Su Carré de Malberg si vedano per lo meno: AA.VV., *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Paris, 1966; e M. GALIZIA, *Il 'Positivisme juridique' di Raimond Carré de Malberg*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 335 ss.; e tra i contributi più recenti le pagine di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 116 ss., che discute anche i rapporti con la giuspubblicistica tedesca, come anche P.M. GAUDEMET, *Paul Laband et la doctrine française de droit public*, in *Revue du droit public*, 1989-4, pp. 957 ss.; e P. GIORDANO, *Carré de Malberg: un 'contributo' alla teoria della sovranità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX (1989), pp. 431 ss. Infine, particolarmente significativo ai nostri fini è il saggio di G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, 1985.

autentica incarnazione della volontà generale (32). Tra i due termini di tale altemativa s'interpone ora, in funzione pacificante e stabilizzatrice, lo Stato di diritto quale necessario interprete della *sovranità nazionale*. Certamente, la nazione, ormai ben dentro il ventesimo secolo, e per giunta nel paese della Rivoluzione, non potrà più essere intesa nel senso germanico filo-cetuale dell'età della Restaurazione, ma non per questo rinuncerà ad esprimere, anche nell'opera di Carré de Malberg, un tipo di fondazione della autorità politica contrapposta alla atomistica società dei cittadini politicamente attivi della Rivoluzione (33).

Anche una sovranità nazionale così intesa si contrappone dunque, nella linea tradizionale della costituzione-ordine liberale a noi già nota, sia al potere costituente del popolo contrattualisticamente inteso, sia al dominio incontrastato dei poteri costituiti, ivi compreso lo stesso legislatore, che pure esce esaltato nelle sue funzioni dall'opera di Carré de Malberg, ma non fino al punto di poter fare di esso un nuovo sovrano in senso soggettivo, quasi come se esso fosse il naturale erede delle antiche prerogative monarchiche.

La sovranità nazionale rappresenta così la sovranità delle istituzioni politiche, e dello Stato stesso, nei confronti di una soggettività, ritenuta minacciosa e densa d'insidie in senso particolaristico, come quella del popolo sovrano della Rivoluzione; ma anche, ed inscindibilmente, la sovranità del diritto positivo, ed in definitiva della costituzione, nei confronti dell'altra soggettività, non meno minacciosa, data da coloro che detengono il potere politico, sia pure sotto forma di classe politica democraticamente eletta. La sovranità nazionale è così nello stesso tempo *sovranità dello Stato e sovranità della costituzione*, ma non a caso senza essere mai compiutamente l'una o l'altra; ed infatti Carré de Malberg è ben attento a prendere le distanze dalla giuspubblicistica tedesca troppo compromessa con

---

(32) Rinviamo a questo proposito a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., pp. 59 ss.

(33) Per ragioni di brevità, ci dobbiamo qui limitare ad alcuni sommari richiami all'opera del giurista francese: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., I, pp. 231 ss. e pp. 721 ss.; II, pp. 152 ss., 232 ss., 483 ss., ID., *La Loi*, cit., pp. 16 ss., pp. 104 ss., pp. 189 ss., pp. 215 ss.

la perdurante efficacia del paradigma statualistico (34), ma anche a sottolineare la differenza tra la tradizione francese della volontà generale e quella statunitense della supremazia della costituzione (35). Sul piano più specificamente istituzionale, ciò che consegue da questa operazione è, in modo del tutto conseguente, uno Stato di diritto attento a non esaltare a dismisura, come in Germania, la forza autonoma degli apparati amministrativi, a privilegiare il ruolo del parlamento quale interprete della sovranità nazionale, ma in egual misura fortemente refrattario a porre l'autorità del parlamento medesimo sotto l'impero della costituzione (36).

Ma ciò che più importa è che la sovranità nazionale risulta da un criterio di attribuzione della sovranità medesima che Carré de Malberg esplicitamente chiama 'moderno', ovvero impersonale ed oggettivo, che come tale si contrappone ad un criterio 'antico', ovvero personale e soggettivo, sia esso quello che riferisce la sovranità al monarca, come in passato, o al popolo, come al tempo della Rivoluzione (37). Si svela così l'ultimo decisivo carattere della costituzione-ordine liberale post-rivoluzionaria di cui stiamo discutendo. La sua strutturale ambivalenza — ora prevalentemente elemento fondante la sovranità dello Stato, ora prevalentemente limite all'esercizio di tale sovranità — ruota tutta attorno al valore primario della *oggettività dell'ordine politico*: lo Stato liberale di diritto come Stato sovrano ed insieme limitato si regge fin quando questa 'oggettività' funziona nei confronti di tutte le soggettività politicamente agenti, sia contro le pretese particolaristiche del corpo sociale, sia contro le pretese dirigistiche dei poteri pubblici; dunque, in definitiva, fin quando di quell'ordine oggettivo si può legittimamente e realisticamente presupporre l'esistenza.

4. Sono necessarie ora alcune osservazioni di carattere conclu-

---

(34) R. Carré de Malberg, *Contribution*, cit., I, pp. IX ss.

(35) Id., *La Loi*, pp. 104 ss.

(36) Su quest'ultimo punto, e quindi sulla difficoltà di radicare in Francia una qualche forma di sindacato di costituzionalità, vedi R. Carré de Malberg, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 215 ss.

(37) R. Carré de Malberg, *Contribution*, cit., II, p. 197.

sivo, relative alla dottrina costituzionale del Novecento. Tutta questa fase più recente, che si apre a nostro avviso con una fondamentale opera di Hans Kelsen (38), potrebbe essere riletta come età di progressiva ed inarrestabile dissoluzione della costituzione-ordine liberale post-rivoluzionaria che abbiamo sommariamente analizzato in questo contributo. Il punto critico di tale dissoluzione sta nel fatto che ora non è più possibile contare su quella 'felice ambivalenza' che abbiamo visto caratterizzare tutta la fase precedente, e che aveva consentito — come sappiamo — di racchiudere nell'orizzonte dello Stato liberale di diritto la doppia immagine dello Stato sovrano e dello Stato limitato, sulla base della rassicurante percezione di un ordine produttivo di unità come anche di limiti e di garanzie.

Si torna così ad un tempo storico in cui è *necessario scegliere* tra costituzione-garanzia e costituzione-ordine: chi sceglie la prima, come Hans Kelsen, sarà sempre più portato a diffidare di ogni 'unità sostanziale', di ogni 'persona' che pretenda di rappresentare organicamente la molteplicità e le contraddizioni del corpo sociale; chi sceglie la seconda, come Carl Schmitt, sarà sempre più portato a diffidare di una dottrina, e di una pratica, dei limiti e delle garanzie — penso al noto dibattito sulla giustizia costituzionale (39) —, che da

---

(38) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, 1923[2] (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1911), rist. Aalen, 1960; di questa opera è ora disponibile una tr. it. parziale a cura di A. Carrino, Napoli, 1991. Questa opera kelseniana è stata comunque per lungo tempo trascurata dagli studiosi, che hanno privilegiato in modo assoluto il più tardo Kelsen teorico della *Grundnorm*, dimenticando che proprio in quella opera, ed in altri saggi immediatamente successivi, è contenuto il più formidabile atto di critica alla tradizionale dottrina ottocentesca dello Stato-persona. Non potendo diffonderci sul punto, rinviamo a M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi-P. Schiera, Bologna, 1987, pp. 51 ss., ed alla bibliografia ivi citata (il saggio è stato ripubblicato, con lo stesso titolo, e con l'aggiunta di qualche ulteriore indicazione in nota, in *Scritti per Mario Nigro*, I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, pp. 305 ss., ed è ora compreso anche in questo volume, pp. 605 e ss.).

(39) Il dibattito in questione, ed in particolare il conflitto tra Kelsen e Schmitt, è troppo noto per dover essere ricordato ancora una volta. Sul punto, si rinvia al saggio citato alla nota precedente; e su un piano diverso alle considerazioni di A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana nel contesto*

questo secondo punto di vista non può non nascondere una sostanziale distruzione del politico e della sua capacità d'*imperium*.

Non che i sostenitori della costituzione-garanzia non si preoccupino anche del problema del fondamento (40), o che i sostenitori della costituzione-ordine siano ormai divenuti del tutto insensibili alla questione dei limiti e delle garanzie (41), ma quel che è certo è che si va inesorabilmente dissolvendo la grande costruzione dello Stato di diritto come Stato insieme sovrano e limitato.

La 'doppia virtù' dello Stato liberale di diritto era infatti possibile, come sappiamo, perché a quello Stato era possibile riferire, per giuristi liberali come Jellinek, Orlando, o Carré de Malberg, il contenuto di una costituzione che a sua volta era in sé ambivalente, principio di unità politica contro i particolarismi vecchi e nuovi, ma anche limite all'esercizio dei poteri pubblici. Ciò che ora si va dissolvendo nel corso del Novecento è per l'appunto questa *fiducia liberale* in una costituzione che contiene in sé, come diritto positivo della comunità, come popolo organicamente concepito, o come nazione, la forza normativa necessaria per imporsi, e dunque per imporre la dimensione 'moderna' della impersonalità e della oggettività ad ogni possibile arbitrio personale e soggettivo, sia esso proveniente dalle particolarità frazionali del corpo sociale, o dai governanti.

Quando viene meno questa fiducia in un ordine politico e costituzionale oggettivo, che i giuristi sanno leggere, che lo Stato sovrano rappresenta, e che assegna ad ognuno, governato o gover-

---

del dibattito sulla funzione 'politica' della Corte Costituzionale, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 381 ss.

(40) Stenta, a questo proposito, a farsi luce ancora oggi una rilettura della *Grundnorm* kelseniana che si svincoli finalmente dal luogo comune che vuole che essa sia nient'altro che una risposta sostanzialmente elusiva del problema della sovranità e del soggetto costituente. Il problema non può essere certo qui approfondito.

(41) Sul punto, è da ricordare che la 'Dottrina della costituzione' di Carl Schmitt nel 1928 (tr. it., Milano, 1984) manteneva ancora una struttura dualistica, che accanto all'elemento politico-costituente collocava quello dei limiti e delle garanzie proprio — come Schmitt diceva — dello 'Stato borghese di diritto'. Che poi questo secondo elemento fosse subito dopo destinato ad essere travolto a favore del primo, è circostanza ulteriore, che non può qui essere analizzata. Una rilettura dei concetti costituzionali di Carl Schmitt si trova ora in E. CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991.

nante, una sorta di 'misura naturale' delle proprie pretese, *viene meno l'intero mondo in sé ordinato dello Stato liberale di diritto*. Diviene allora necessario ammettere che lo stesso ordine politico è ormai un obiettivo da raggiungere, una realtà da costruire che come tale non può più essere presupposta; si tratta ora, piuttosto, di prendere atto di *un complesso di soggetti sociali e politici*, articolati in gruppi d'interesse, in partiti, in sindacati, ai quali occorre dare voce e rappresentanza, ma che anche debbono essere governati a partire dalla scelta consapevole per un certo sistema di valori, per un certo indirizzo fondamentale.

Le due esigenze, massima rappresentazione della pluralità e governo di essa sulla base di un principio di unità, all'inizio non vanno certo di pari passo. Infatti, la dottrina degli anni Venti e Trenta, proprio in reazione alla tradizionale ambivalenza della costituzione dello Stato liberale di diritto di cui più volte abbiamo discusso, tende ad essere in prevalenza dottrina polemica e fortemente oppositiva. È questo certamente il caso del primo Kelsen (42), che con grande lucidità coglie nella dottrina tradizionale la persistenza di punti di vista sostanzialistici in essa solidamente radicati — ben a ragione, potremmo dire, dopo le considerazioni svolte in questo contributo —, e che nello 'Stato' vede ormai solo l'impedimento più consistente allo svilupparsi delle istituzioni democratiche, al pieno dispiegarsi della logica consensuale del compromesso e della costituzione come norma di procedimento e di garanzia; è questo certamente il caso di Carl Schmitt, che dalla tradizione prende invece solo ed esclusivamente proprio quello che Kelsen rifiutava, ovvero la costituzione come principio di unità, liberata ora anzi dagli 'impacci' di carattere formalistico, di nuova legata — da questo punto di vista contro la tradizione — al grande mito del potere costituente, proiettata in una dimensione intensamente prescrittiva, affidata ora in modo esplicito per la sua attuazione ad una funzione di governo che ben più del parlamento diviso in partiti è capace di rappresentare lo stesso principio di ordine e di unità (43).

---

(42) Vedi *supra*, nota 38.

(43) Non è certo un caso che tutti i sostenitori novecenteschi della costituzione-ordine si siano con grande attenzione occupati della problematica della *Regierung*, della funzione di governo come centro motore delle istituzioni. L'esempio più noto è

Certo non a caso in questa fase storica di grande fermento tutti i discorsi della dottrina costituzionale tendono a tornare alla rivoluzione francese. Se Kelsen vede nella Rivoluzione, nonostante il proclamato dominio della volontà generale, il momento storico in cui si è finalmente iniziato a relativizzare la funzione del politico, avviando la distruzione del principio monarchico, e con ciò aprendo un processo inarrestabile di crescente accesso nelle istituzioni della società con le sue molteplici articolazioni; Schmitt, per parte sua, vede in quel medesimo momento esattamente l'opposto, ovvero il momento in cui, dopo la lunga dominazione della società per ceti, si è stati finalmente capaci di scegliere, di dare forma ed unità a partire dal fondamentale esercizio del potere costituente. Corrispondentemente, Kelsen imputa alla dottrina dell'Ottocento il fatto di aver offuscato la Rivoluzione come esplosione della pluralità, di aver tentato, ed ancora di tentare (44), la

---

quello di R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, pp. 68 ss. Su Smend si vedano quanto meno G. GOZZI, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania*, cit., pp. 131 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988; e B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), pp. 643 ss., che discute per altro anche H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, 1987, del quale si veda anche ID., *Dottrina dello Stato* (1934), a cura di U. Pomarici, Napoli, 1988. Heller rappresenta forse il tentativo più importante sul piano teorico — non sappiamo quanto riuscito — di superare l'antitesi tra quella che a lui appariva essere una costituzione senza soggetto, pensando al normativismo kelseniano, e dall'altra parte un soggetto senza costituzione, pensando all'elemento politico-costituente di Carl Schmitt. Su Heller si veda *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Herman Heller 1891-1933*, a cura di C. Müller-I. Staff, Baden-Baden, 1984. È certo comunque che Kelsen rimase sempre in posizione di assoluta ostilità nei confronti di ogni dottrina dell'integrazione, di ogni pretesa di rappresentazione, soprattutto nella funzione di governo, della cosiddetta 'unità sostanziale': vedi le sue critiche a Smend in H. KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (1930), in ID., *Drei Kleine Schriften*, Aalen, 1971, pp. 7 ss.

(44) Com'è noto, per Kelsen le ideologie statualistiche che avevano sorretto l'efficacia costituzionale del principio monarchico non erano affatto morte tra Otto e Novecento, ma avevano trasferito il loro campo di azione nel diritto amministrativo. Il Kelsen critico dello Stato amministrativo è contemporaneamente il Kelsen critico della

riconduzione di tutte le energie politiche della società civile entro l'orbita dello Stato sovrano, del popolo organicisticamente concepito; e Schmitt, per parte sua, imputa a quella medesima dottrina esattamente l'opposto, ovvero il fatto di aver disperso il valore originario della Rivoluzione come atto consapevole di scelta per una determinata forma di Stato, di aver accuratamente emarginato la problematica del potere costituente (45), di aver ridotto l'essenziale dimensione della sovranità a mero carattere formale della personalità giuridica dello Stato.

Ma quel che è certo è che da questo confronto frontale tra tesi opposte esce fuori a pezzi quella lettura equilibrata ed ambivalente della Rivoluzione, che in essa vedeva — come nel caso di Jellinek, di Orlando, o di Carré de Malberg — l'affermazione iniziale, seppure ancora problematica ed ampiamente da correggere, di uno Stato di diritto capace di essere insieme sovrano e limitato, espressione di un ordine oggettivo che in sé conteneva sia il valore della sovranità contro i particolarismi vecchi e nuovi, sia quello del limite, della calcolabilità giuridica delle pretese di dominio politico.

Ora, quando si pensa al problema dell'ordine politico, si è

---

dottrina ottocentesca dello Stato-persona, cui abbiamo accennato *supra*, nota 38. Sul punto, si veda ora B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987; ed anche, sotto un profilo diverso, A. CARRINO, *Scienza e politica nella crisi della modernità*, Roma, 1989, spec. pp. 90 ss., e pp. 241 ss. I saggi di Kelsen critico dello Stato amministrativo sono ora in larga misura disponibili in italiano e disseminati nelle seguenti raccolte: H. KELSEN, *Il primato del parlamento* a cura di C. Geraci, Milano, 1982; ID., *L'anima e il diritto*, Roma, 1989, e ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988 (entrambi a cura di A. Carrino). In materia, dall'opposto punto di vista di Schmitt, sono indispensabili M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XL (1986), pp. 769 ss.; e A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, in ID., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1987, pp. 137 ss.

(45) Naturalmente, il potere costituente di Schmitt evoca esclusivamente la necessità di un soggetto originario pre-formato, e non il parallelo bisogno d'individuare nell'atto generatore la presenza di regole destinate a risultare indisponibili da parte del potere politico, appunto perché provenienti da un soggetto ad esso superiore. Del resto quest'ultima è più la tradizione statunitense della supremazia della costituzione che non il potere costituente della rivoluzione francese, cui Schmitt si riferiva. Su queste diverse concezioni del potere costituente, vedi M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., pp. 91 ss.; e M. DOGLIANI, *Costituente (potere)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, pp. 281 ss.

costretti a scegliere tra una versione *neo-contrattualistica*, che attribuisce il maggiore spazio possibile a tutti i soggetti organizzati, confidando nella forza della mediazione e del compromesso; ed una versione *neo-organicistica*, che intende in primo luogo promuovere il governo di questa nuova pluralità, la riconduzione di tutti quei soggetti ad una dimensione comune finalisticamente orientata da una preliminare e vincolante scelta di valori.

Diciamo subito che né l'una versione, né l'altra, poteva da sola soddisfare le nuove esigenze del costituzionalismo del Novecento; e ciò proprio a causa della troppo accentuata opposizione polemica tra le due versioni medesime. Infatti, chi sceglieva la prima era condotto a sottovalutare troppo il problema del governo, e con esso la necessità di rifondare un ordine politico che non poteva certo più esprimersi nei termini dello statualismo tradizionale, ma che comunque non poteva sicuramente eludere la questione dei valori e dei principi fondamentali; e per converso, chi sceglieva la seconda era costretto dalla medesima logica oppositiva ad una troppo accentuata insensibilità, per non dire avversione, nei confronti della dimensione ormai necessariamente pluralistica delle democrazie contemporanee.

Alla fine, furono le costituzioni dell'ultimo dopoguerra a riproporre il bisogno, non più eludibile, di una nuova mediazione, anzi di *una vera e propria nuova ambivalenza*. Quelle costituzioni dovevano infatti necessariamente fondarsi sul pieno riconoscimento di una società civile e politica infinitamente più articolata e complicata di quella del passato, come tale non più organicisticamente sussumibile nelle tradizionali categorie del 'popolo', e dello 'Stato'; ma nello stesso tempo dovevano muovere, nella ricostruzione delle democrazie contemporanee dopo le esperienze totalitarie, da una consapevole scelta per un certo sistema di valori, soprattutto in ordine alla nuova catalogazione delle libertà fondamentali.

Come si vede, i due poli da mediare erano sempre i medesimi: garanzia ed ordine, pluralità ed unità. Ma dove trovare il punto-cardine sul quale far leva per affrontare con successo questa operazione?

Io credo che una prima risposta a questa domanda abbia fatto leva soprattutto sulla grande questione — lasciata irrisolta fino agli anni Quaranta — *del ruolo costituzionale del partito politico*. È infatti sul partito politico che viene ora a trasferirsi il noto meccanismo

della ambivalenza. È il partito politico a possedere ora quella 'doppia virtù' che nel corso dell'Ottocento era stata attribuita allo Stato-persona. Ed infatti, il partito è quel soggetto che consente ora — proprio a partire dagli anni Quaranta (46) — di pensare allo spazio che una volta era quello proprio della costituzione-ordine liberale come ad uno spazio finalmente differenziato, e perfino conflittuale, comunque attraversato in modo esplicito da una pluralità d'interessi organizzati tra loro in competizione; ma nello stesso tempo quel medesimo partito, proprio in quanto 'politico' (47), svolge anche una fondamentale funzione di selezione di quegli interessi, che non sono nel medesimo partito meramente riprodotti, ma organizzati in vista di progetti di lungo periodo, che si riconducono in ultima analisi a scelte di valore, a diverse versioni del bene comune o dell'interesse generale.

Così, è un forte sistema dei partiti che consente di pensare alla costituzione in senso materiale come ad un luogo della pluralità e della competizione, ma anche, nello stesso tempo, come ad un luogo di scelte di principio, che conferiscono alle istituzioni forma ed unità, rispettivamente impedendo che queste ultime possano ancora coltivare l'aspirazione ad essere l'organica espressione di un'unità presupposta, ma anche che possano ridursi a mera riproduzione dei rapporti di potere di fatto esistenti nella società civile e politica.

Un giudizio conclusivo su tutto questo è possibile solo in termini molto sommari. Si può osservare, quanto meno, che il partito politico si è rivelato ben presto inadatto a sostenere il

---

(46) Ci riferiamo principalmente al notissimo saggio di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, preceduto da ID., *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931. Su Mortati si veda ora *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* a cura di M. Galizia-P. Grossi, Milano, 1990.

(47) Questa duplicità del partito, espressione dei bisogni parziali della società, ed insieme strumento politico di dominio e di organizzazione di quei bisogni, era stata per l'appunto intuita da Costantino Mortati: vedi M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 160 ss., ora anche in questo volume, pp. 657 e ss.. Più in generale, si vedano ora le riflessioni di P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987; di P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988; di D. NOCILLA, *Crisi della rappresentanza e partiti politici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XXXIV-3 (1989), pp. 527 ss.; e di P. SCHIERA, *Partito-ideologia o partito-istituzione?*, in *Scienza e politica*, 2 (1989), pp. 21 ss.

formidabile peso di quella 'doppia virtù' che ad esso era stata attribuita dalla dottrina costituzionalistica a partire dagli anni Quaranta, e che per lungo tempo era stata riferita allo Stato stesso. I partiti politici appaiono infatti essere, per un verso troppo dipendenti dalla dinamica degli interessi, spesso vere e proprie federazioni d'interessi, e quindi troppo poco capaci di supportare la costituzione nel suo lato prescrittivo, orientato secondo scelte di valori; e per altro verso troppo poco distanti dagli apparati pubblici, spesso vere e proprie istituzioni di governo, e quindi troppo poco espressione, sul piano associativo, dei bisogni e delle differenze della società. Viene così a mancare, *sia il principio di unità*, per la riduzione del centro politico a teatro di contrattazione tra interessi distinti, *sia il principio di differenza*, per l'assorbimento degli strumenti di carattere associativo e partecipativo nella sfera delle istituzioni di governo. In una parola, *è debole la costituzione-ordine, ma è contemporaneamente minacciata anche la costituzione-garanzia*.

Se è vero, in conclusione, che non è più possibile presupporre un ordine politico oggettivo, che definisca la 'misura ideale' delle pretese di ognuno, come al tempo dello Stato liberale di diritto, è anche vero che le democrazie contemporanee non sembrano fino ad oggi essere riuscite a trovare un loro 'punto medio', che consenta di affermare insieme i bisogni dell'unità e quelli della pluralità, la necessità della scelta per un sistema definito di valori, ed insieme la necessità di una forte dinamica di libera competizione tra soggettività distinte. Se i partiti politici non riescono ad essere il centro motore di questa ricerca, bisognerà pure trovare un'altra via che consenta di riprodurre quella 'felice ambivalenza' che sembra essere il destino della modernità e dei suoi sistemi politici. Che sia per caso ancora il tempo dei giuristi?

2.

KELSEN, SCHMITT E LA TRADIZIONE GIURIDICA DELL'OTTOCENTO

1. Premessa. L'oggetto della ricerca. — 2. La critica di Kelsen alla 'dottrina giuridica tradizionale'. — 3. Carl Schmitt come giurista della tradizione. — 4. Conclusioni. Gli esiti odierni.

1. Kelsen e Schmitt. Il tema (1) non è nuovo (2), tanto che più volte si è discusso della « lunga ombra » che un'eccessiva attenzione

---

(1) Il testo riproduce, con qualche lieve modificazione di carattere puramente formale, e qualche aggiornamento di carattere bibliografico in nota, la relazione tenuta a Trento nel febbraio del 1986, in occasione del seminario su « Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale » ed è già stata pubblicata negli Atti, a cura di Gustavo Gozzi e Pierangelo Schiera, (Bologna, 1987). Siamo lieti di ringraziare la Direzione dell'Istituto storico italogermanico di Trento, ed in particolare Pierangelo Schiera, che ha cortesemente autorizzato la ripubblicazione del saggio. Questa può assumere a nostro avviso un particolare significato proprio tenendo conto della nuova presente destinazione, essenzialmente diversa da quella originaria di stampo prettamente storico-costituzionale. Ciò non solo perché Mario Nigro si è più volte occupato, anche in tempi assai recenti della figura di Carl Schmitt (vedi in proposito le note 4 e 23), ma anche perché l'odierna giuspubblicistica, nel suo complesso, sembra sempre più indirizzata ad interrogarsi sul proprio attuale ruolo anche attraverso un rinnovato colloquio con la tradizione dottrinale da cui proviene. È accaduto così che un recente convegno su « La concezione giuridica di Carl Schmitt », tenutosi a Roma il 19 e 20 maggio 1986 (degli Atti ora pubblicati in *Quaderni costituzionali*, Vl (1986), pp. 445 e ss., non si era potuto tener conto nella nostra relazione di Trento), ben lungi dal perseguire « uno scopo meramente storico-rievocativo » (p. 445), abbia posto problemi direttamente interessanti l'identità stessa della nostra giuspubblicistica, coinvolgendo in tale discussione Maestri autorevoli come Massimo Severo Giannini, e lo stesso Mario Nigro. Questo contributo vorrebbe appunto inserirsi in tale discussione, in particolare chiarendo nel modo più preciso possibile i caratteri teorici generali di quella « tradizione giuridica » ottocentesca, della cui crisi si discute ormai da alcuni decenni, ed in sostanza

verso i due protagonisti avrebbe gettato sulla nostra capacità di comprendere la complessità del dibattito politico e costituzionalistico di Weimar, ed in genere della prima metà del nostro secolo. Si è quindi costretti a prendere le mosse da una qualche rivendicazione di specificità, e di originalità, a favore del tipo di analisi qui proposta.

Si tratta, in breve, di colmare quella che a me pare obiettivamente una lacuna, di mettere in contatto, ed in frizione, le prestazioni intellettuali di Kelsen e di Schmitt con un dato particolare, da me definito « tradizione giuridica ». Non si tratta di un 'prima' e di

---

fino al nostro immediato presente; e più ancora collocando rispetto ad essa le grandi figure emblematiche di Hans Kelsen e di Carl Schmitt, passando anche per l'opera di un giurista del calibro di Otto Mayer. Le tesi qui sostenute trovano ora conforto nelle analisi di A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, in ID., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1987, pp. 137-177, che a nostro avviso ha lucidamente compreso come la figura ottocentesca del giurista-scienziato inaugurata su base storica da Savigny sia stata in sostanza prorogata nel tempo, ovviamente con strumenti diversi, e con riferimento ora alla dominante sovranità statale, da giuristi come Carl Schmitt e Santi Romano (pure ricordato in questo contributo); e soprattutto come un punto di rottura in proposito si registri proprio con Hans Kelsen e con la sua dottrina pura del diritto. Di tale circostanza, e della sua possibile rilevanza in campo giuspubblicistico, sembra che i giuristi di diritto pubblico del nostro secolo siano stati ben poco consapevoli; ed è quindi anche al chiarimento di questo punto specifico che è dedicato il saggio che qui presentiamo. Infine, per un preliminare chiarimento sui caratteri generali della nostra « tradizione giuridica », sia consentito di rinviare a M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979; ed anche di rilevare come la riflessione di Mario Nigro su queste problematiche si sia negli ultimi anni straordinariamente arricchita, sul filo di un certo colloquio con quella indagine storiografica di cui egli medesimo è stato sicuramente protagunista: vedi ora M. NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, vol. II, pp. 339 ss.; ed anche il saggio citato alla nota 23, per l'uso del concetto di « Stato amministrativo », sempre più frequente anche nelle ricerche più direttamente indirizzate, in senso specialistico, alla ricognizione di carattere storiografico. Per una sintetica ed efficace ricostruzione dell'approccio storico-problematico al diritto di Mario Nigro, si veda ora il ricordo di P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), pp. 5 ss.

(2) Si possono qui ricordare: E. STERLING, *Studie über Hans Kelsen and Carl Schmitt*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, XLVII, 1961, pp. 569-85; P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il « custode della costituzione »*, in *Storia e politica*, XVI, 1977, pp. 506-551; i saggi di C. ROEHRSSEN, pubblicati in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, IX, 1979, X, 1980, che toccano in più punti anche la problematica Schmitt-Kelsen; e, da ultimo, W. MANTL, *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hrsg. W. VON KRAWIETZ, u.a., Berlin, 1982.

un 'dopo', tanto meno della problematica delle cosiddette 'fonti' dei nostri due giuristi; l'obiettivo è piuttosto quello di scoprire certi significati dell'opera di Kelsen e di Schmitt *attraverso il loro rapporto con la tradizione giuridica*.

Debbo poi confessare l'esistenza di una motivazione più profonda per questo lavoro di ricerca. Da quando l'opera di Schmitt, soprattutto in Italia ed in Germania, è stata in qualche misura reintrodotta (3) nel dibattito storiografico, teorico-politico, e teorico-giuridico — non solo l'opera di Schmitt, ma anche quella di altri costituzionalisti, o giuristi-politici, tedeschi dei primi decenni del nostro secolo —, ho sempre avuto netta la sensazione che il rischio fosse quello di costruire un castello sul vuoto, o comunque su un terreno debole e sabbioso. Questa mia convinzione, allora solo abbozzata, ed oggi rafforzata dalla ricerca compiuta, si appuntava proprio sul rapporto con la « tradizione giuridica ». Non che ogni ricerca — è ovvio — sui protagonisti dei primi decenni di questo secolo debba comunque partire da un approccio di questo tipo. E tuttavia mi sembrava, e mi sembra, particolarmente discutibile quell'atteggiamento, oggi assai diffuso, che dà per scontato questo problema specifico, che, ad esempio, deduce meccanicamente dalle note critiche schmittiane a Kelsen una certa quale uscita di Schmitt medesimo dal corso storico della « tradizione giuridica ». Così entriamo nel vivo del nostro discorso: è legittima l'equazione tra critica al formalismo kelseniano e critica alla « tradizione giuridica »? È evidente che tutto ciò si fonda su un presupposto preciso: che Kelsen rappresenti l'apice, e sia l'ultimo erede di quella medesima tradizione, della quale Schmitt avrebbe denunziato i limiti e le aporie (4). Debbo dire che tutto ciò non è

---

(3) Si deve qui precisare che, comunque, Schmitt non è stato di recente risvegliato da un sonno profondo, ma solo da una fase di contingente assopimento dovuto alle note vicende post-belliche collegate all'adesione di Schmitt al nazismo. Ora che si vanno riscoprendo precisi nessi di continuità nella storia tedesca contemporanea, anche attraverso il periodo nazista, si deve tener presente quando abbia inciso la lezione di Schmitt anche prima e dopo quel periodo, soprattutto nell'ambito della grande scuola del diritto amministrativo, che presupponeva — e presuppone — una certa teoria politica dello Stato amministrativo. I personaggi-chiave di questa vicenda sono stati certamente Otto Mayer ed Ernst Forsthoff. Torneremo a più riprese sul problema.

(4) Da qui certi appelli, più o meno espliciti, ma certamente poco meditati, alla

frutto esclusivo dell'invenzione di coloro che da ultimo si sono occupati di questi problemi: c'è anzi una consolidata interpretazione in questo senso, nell'àmbito della quale possono essere ricordate per lo meno due decisive testimonianze. La prima è la celebre invettiva contro il *Labandismus* di Heller del 1926, che collocava appunto Kelsen in questa dimensione sopra ricordata dell'ultimo erede, dell'ultimo anello di una certa catena (5). Da noi, poi, in Italia, va ricordato il saggio del 1949 di Vittorio Emanuele Orlando — quanti giuristi italiani si sono abituati a pensare a Kelsen per il tramite di queste pagine? — laddove il giurista siciliano sistemava i varii Gerber, Laband, Jellinek, se medesimo, Santi Romano, e Kelsen, come tanti soldatini che, da trincee diverse, combattevano la stessa battaglia, chiamata la « ribellione dei giuristi » contro la precedente invasione della teoria dello Stato da parte della filosofia, delle speculazioni di tipo giusnaturalistico; da questo punto di vista, Kelsen era una sorta di naturale ultimo campione di quella tradizione, che culminava con lui in una dottrina « pura » del diritto, in una dottrina dello Stato che Orlando voleva intendere come integralmente giuridica (6).

Qualche dubbio in proposito poteva nascere solo dalle dure e spietate critiche di Santi Romano a Kelsen, ed al kelsenismo, contenute sia nelle celebri note aggiunte alla seconda edizione de *L'ordinamento giuridico* del 1945, sia negli altrettanto noti *Frammenti di un dizionario giuridico* (7), nei quali assai sommario appariva

---

« attualità » di Schmitt, che sarebbe « attuale » appunto perché al di là degli « angusti » confini della tradizione giuridica. Confutare queste prese di posizione è uno degli obiettivi di questo saggio. Cfr. comunque la ben più problematica analisi sul punto di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XV, 1986, pp. 691-719; nello stesso volume anche il contributo di L. ORNAGHI, dal taglio più dichiaratamente politologico.

(5) H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LV, 1926, pp. 289-316.

(6) V.E. ORLANDO, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in V.E. ORLANDO, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano, 1955, pp. 87-155 (orig. in G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1949, introduzione alla tr. it. di *Allgemeine Staatslehre*, III, Heidelberg, 1900).

(7) Inutile qui citare questo o quel luogo dell'opera romaniana. Basterà precisare che ci riferiamo qui a Santi Romano come teorico dello Stato amministrativo, che come tale si contrapponeva ad ogni forma di kelsenismo giuridico e politico. Su questa

il giudizio critico nei confronti dei ragionamenti « vuoti » ed « artificiosi » dei giuristi kelseniani. Ma tali dubbi erano subito tacitati dalle pagine di Kelsen del 1925 poste ad introduzione della *Allgemeine Staatslehre*, da tutti citate, nelle quali il nostro giurista, non senza evidenti imbarazzi, denunziava alcune paternità, per concludere che in particolare la *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek era il libro da lui più letto proprio perché costituiva l'ideale punto di arrivo della « tradizionale dottrina dominante », una sorta di comoda *summa* alla quale ricorrere ogni volta che si voleva conoscere su qualche punto lo « stato della dottrina » (8). Ma non si è stati forse un po' troppo frettolosi nel dedurre da quelle paginette — non a caso enfatizzate a dismisura da Orlando nel saggio del 1949 sopra ricordato — un'integrale filiazione culturale di Kelsen dal positivismo giuridico-pubblicistico tedesco della seconda metà dell'Ottocento? Ed in cosa consisterebbe questa presunta linea retta Gerber-Kelsen, al di là del tanto conclamato — ma quanto decisivo? — 'metodo giuridico'? In realtà, dopo tanto ragionare su Kelsen, rimane oggi aperto il problema di conoscere come Kelsen sia andato *oltre*, ed eventualmente *contro*, quel punto di arrivo rappresentato proprio dalla *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek. Che la questione non sia mai stata posta, è per noi del tutto ovvio. Infatti, dopo i giudizi interessati di Heller e di Orlando, sopra riportati, anche i traduttori italiani di Kelsen, fin dall'immediato dopoguerra, hanno di nuovo, direttamente o indirettamente, accreditato l'immagine di

---

problematica rinviamo ad un nostro saggio: M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986, pp. 311-346, ora anche in questo volume, pp. 405 e ss.. Qualche spunto si trova anche, ma in tutt'altra prospettiva, in V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. ROEHRSSEN, Roma, 1983, pp. 161-168.

(8) H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, *Vorrede*, pp V-VII, per la denunzia di « paternità » cui ci riferiamo nel testo, con richiamo diretto all'opera di Gerber, Laband e Jellinek. Una lettura più attenta di questa fondamentale opera kelseniana, ancora da compiere, condurrebbe a ridimensionare quelle pagine introduttive e potrebbe dimostrare quanto le proposte di Kelsen sul concreto terreno politico-giuridico-costituzionale siano distanti dalle soluzioni della tradizione dogmatica ottocentesca. Cfr. comunque, a mo' d'esempio, le pp. 39 e ss. sulla questione degli scopi dello Stato, o le pp. 80 e ss. sul rapporto pubblico-privato.

Kelsen ultimo campione della « tradizione giuridica » (9). Tutto concorre allora, per concludere queste note introduttive, ad un risultato finale, divenuto vero e proprio luogo comune: *l'identificazione degli esiti della tradizione giuridica in Kelsen*. Credo che tutto ciò pesi sulle nostre ricerche, e finisca per condizionarle, creando un artificioso e pericoloso punto di riferimento — Kelsen e il 'giuridico' — a tutti coloro che si occupano del dibattito politico-giuridico della prima metà del Novecento. Mi sono allora proposto il tentativo di mettere ordine in questa intricata serie di problematiche, soprattutto di sfatare vecchi luoghi comuni; in particolare, corrodendo progressivamente l'immagine, per me ormai del tutto inattendibile, di Kelsen custode ed interprete della tradizione giuridica, non poche saranno le sorprese: tra queste, certamente la più evidente sarà data dalla possibilità d'indagare se, per certi versi, il 'vero' giurista, cioè il giurista della tradizione, non sia stato proprio Carl Schmitt.

2. Il punto di partenza delle nostre analisi può essere collocato all'inizio degli anni Dieci, quando i nostri due giuristi esordiscono proprio misurandosi in senso critico con il problema della tradi-

---

(9) Strumenti utili in questa direzione sono forniti da R. Orsini e D. Soria, *La fortuna di Kelsen dopo la seconda guerra mondiale*, nell'ambito della più complessiva ricerca su *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VIII, 1979, pp. 481-500, ora in M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981; e da F. Riccobono, *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in *Hans Kelsen nella cultura*, cit., pp. 199-217. Anche Noberto Bobbio, che certamente grande peso ha avuto in queste vicende di teoria giuridica e politica, ha per parte sua riproposto l'immagine di un Kelsen ancorato alla tradizione giuridica ottocentesca, incapace di cogliere il mutamento complessivo da un ordinamento puramente protettivo-repressivo ad un ordinamento sempre più anche promozionale-direttivo: N. Bobbio, *Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, L, 1973, pp. 426-449, ora in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, con il titolo *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, pp. 187-215, spec. pp. 213-215. Di Bobbio, tra i saggi più recenti, si ricorda anche N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, in *Studi su Max Weber e il diritto*, in *Sociologia del diritto*, VIII, 1981, pp. 135-154; N. Bobbio, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche*, a cura di M. Bovero, Milano, 1982, pp. 3-26; N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, in *Hans Kelsen nella cultura*, cit., pp. 183-198. Non ci sembra tuttavia che questi ultimi saggi di Bobbio aggiungano molto al Kelsen che già conosciamo.

zione. I testi ai quali possiamo riferirci sono, da una parte la conferenza viennese di Kelsen del 1911, dedicata ai confini da individuare tra metodo giuridico e sociologico, e la grande monografia dello stesso anno sui « problemi fondamentali » della dottrina giuridica dello Stato; dall'altra *Gesetz und Urteil* di Carl Schmitt dell'anno successivo, saggio dai più dimenticato, nonostante che lo stesso Schmitt abbia voluto la sua ristampa, motivandola — come vedremo — in relazione ai significati complessivi della sua opera (10).

Il rapporto di Kelsen con i giuristi tedeschi dell'Ottocento, da Gerber a Jellinek, non è certo oscuro o indecifrabile: è fin dall'inizio un rapporto di critica serrata. Già nella conferenza viennese del 1911, è del tutto nitido il distacco da Jellinek inteso come punto di arrivo di una tradizione che faceva dello Stato, tramite una certa versione del concetto di personalità giuridica, una persona « reale », fondata, ed anzi identificata, in un *Substrat* omogeneo denominato « popolo ». Qui Kelsen non ricorda solo come sia divenuta ormai problematica una tale nozione di « popolo » nell'età della « pluralità dei gruppi » e dei « profondi contrasti di classe » (11); egli vuole soprattutto mettere in rilievo come, sotto questo mantello della necessaria omogeneità del « popolo » identificato nello Stato, si finisca per perdere la capacità, sul piano scientifico, di analizzare tutti quei complessi meccanismi normativi di autorizzazione, e di distribuzione di competenze, che consentono ai concreti detentori del potere politico-statale di qualificare le loro azioni come azioni statali (12). Ma è soprattutto negli *Hauptprobleme* che le critiche di Kelsen assumono carattere organico e programmatico. Possiamo dire senza esitazione che in questa opera del 1911 viene tentata una vera e propria demolizione del concetto di 'Stato' dominante nella dottrina giuridica dell'Ottocento (13). Il primo punto di frattura, in

---

(10) H. KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911, rist. Aalen, 1970 (tr. it. Napoli, 1974); H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, 1923 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1911) rist. Aalen, 1960. C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, 1969 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1912).

(11) H. KELSEN, *Über Grenzen*, cit., pp. 24 e ss.

(12) *Ibidem*, pp. 56 e ss.

(13) Noi discutiamo naturalmente del Kelsen del 1911, anche se più avanti faremo

senso forte, con tale dottrina, che in queste pagine Kelsen inizia a chiamare « dottrina giuridica tradizionale » (*traditionelle Rechtslehre*), è attorno all'idea dello Stato come prima causa, come « creatore » (*Schöpfer*) dell'ordinamento giuridico. Sono note le difficoltà in proposito di Jellinek, che, per fondare i diritti pubblici soggettivi dei cittadini, era costretto non a caso a sdoppiare lo Stato, ad inerpicarsi per i tortuosi e disagevoli sentieri della autolimitazione statale. E credo anche che i noti tormenti del nostro buon Orlando, del resto tipici di una certa giuspubblicistica del suo tempo — autolimitazione giuridico-positiva o ritorno al diritto naturale? —, risultino assai deboli in rapporto alla lucidissima critica contenuta in queste pagine kelseniane. Per il giurista austriaco non si pone neppure il problema di una persona statale unitaria che « crea » il diritto regolativo dei rapporti con i cittadini-sudditi. Per un motivo molto semplice: perché una tale « persona » non esiste: esistono solo *azioni umane*, di singoli e di gruppi, che l'ordinamento seleziona, nel senso che ad *alcune di esse attribuisce la qualifica di statali*. La statualità, come qualità di un'azione e non di un ente, non è un mitico *presupposto*, ma la *conseguenza di una volontà* selettiva ed attributiva (14).

So bene che proprio a questo punto inizia la critica a Kelsen. Proprio qui, infatti, si pone il problema: *chi decide* sulla statualità delle azioni umane, chi ha il potere sui poteri, cioè il potere di decidere sui caratteri necessari al fine di configurare un'imputazione di statualità? Chi ha scritto l'elenco, o la sistematica, di quei caratteri? Qui è certo il punto critico, ma qui è anche il punto più

---

riferimento diretto ad altre opere del giurista austriaco. Sappiamo anche che esiste una certa evoluzione all'interno dell'opera kelseniana, che qui come tale non verrà analizzata per evidenti ragioni di coerenza con il nostro limitato oggetto d'indagine. Riteniamo, d'altra parte, che la monografia del 1911 lasci una traccia in qualche modo indelebile, proprio sul punto in esame della critica alla « dottrina dominante »: non mancheremo, quando sarà possibile, di far riferimento in questa direzione ad altri saggi kelseniani. Per una recente sintesi, cfr. comunque H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986, con buona bibliografia. Uno sguardo complessivo anche in A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1979; mentre è da tener presente il recente lavoro di A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, 1987.

(14) H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., soprattutto pp. 184 e ss., 406 e ss.

alto della riflessione kelseniana del 1911. La risposta del nostro giurista non è solo in termini di gerarchia delle fonti, di primato della legge formale del Parlamento, di sovranità dei principii costituzionali, di stretta legalità nella determinazione delle competenze e delle funzioni dell'esecutivo. Ciò che interessa è che Kelsen capisce come alla domanda posta si risponda efficacemente solo uscendo da un ragionamento interno ai poteri giuridicamente statuiti. Per muovere in questa direzione egli deve forzatamente uscire da tutta la tradizione giuridica dell'Ottocento. La legge si fonda allora esplicitamente, nei suoi contenuti, e dunque anche nelle scelte da compiere, nel qualificare come statali le azioni dell'esecutivo, sul *conflitto sociale*: è la società, e non lo Stato, che produce la « volontà statale » (15); e la legislazione, intesa come procedimento di formazione della volontà dello Stato, è conseguentemente « funzione sociale » (16), comprensibile, non come funzione di una persona statale presupposta alla quale Kelsen non crede, ma come processo politico di selezione e di compromesso tra interessi sociali. Qui la rottura con la tradizione è nettissima, non solo perché tutti i giuristi tedeschi, da Gerber a Jellinek, si erano preoccupati, soprattutto attraverso la sanzione regia, di conferire 'giuridicità' all'atto del legiferare, ma soprattutto perché, con il Kelsen del 1911, torna in primo piano, addirittura alla base dell'edificio costituzionale, la *Gesellschaft*, quel conflitto sociale che la dominazione culturale dei giuristi aveva eclissato dietro l'assorbente immagine-nozione di 'popolo'.

Ne derivano conseguenze di straordinaria importanza. Intanto, si può affermare che il Parlamento *non* è organo dello Stato: solo l'esecutivo è tale, appunto perché lo Stato nasce solo *dopo* che il Parlamento, come istituzione sociale, ha conseguito un soddisfacente compromesso tra gli interessi sociali (17). Prima dello Stato inteso come ordinamento distributivo di diritti e doveri, di poteri ed obblighi, di competenze e funzioni, non c'è alcun altro 'Stato', alcuna misteriosa 'essenza' statale, alcuna persona 'reale' dello Stato,

---

(15) *Ibidem*, p. 412: « Erzeuger des Staatswillens » è « nicht der Staat, sondern die Gesellschaft ».

(16) *Ibidem*, p. 410, sulla legislazione come « soziale Funktion ».

(17) *Ibidem*, p. 427, nota 1.

ma solo un Parlamento ed altre istituzioni sociali che determinano i contenuti delle norme attributive di statualità. Lo Stato non è più dunque la persona della tradizione giuridica presupposta a tutte le funzioni, ivi compresa quella legislativa, ma è esplicitamente il *risultato del compromesso*, e contemporaneamente un meccanismo giuridico di attuazione di scelte politiche compiute sul terreno della *selezione degli interessi*. Ciò non significa — come troppo spesso si è ripetuto — che si tratti di un meccanismo freddo ed automatico, poiché Kelsen si battè sempre contro ogni forma di rigida predeterminazione che tendesse a cancellare il ruolo creativo dell'interpretazione: ma ciò che è importante è che questa interpretazione, in quanto compiuta dagli organi dell'esecutivo — qui inteso in senso ampio, come complesso di organi che lavorano per l'applicazione e la concretizzazione della norma —, si muove entro confini giuridicamente definiti dalla legge, mentre *prima* dell'emanazione di quella medesima legge non si possono dare problemi d'interpretazione, ma solo di mediazione, o di scontro, sul piano politico e sociale.

Vi è quindi con Kelsen *una contrazione* del campo proprio del diritto — non ogni ordinamentalismo significa pangiuridicismo, e Kelsen non è Santi Romano —, vi è la rinunzia, meditata e consapevole, a qualsiasi teoria giuridica delle origini dello Stato e del diritto; prima della norma che consente allo Stato di agire non c'è alcuna mitica « entità giuridica »: non il « popolo » della tradizione ottocentesca con la sua presunta omogeneità fondante, non la « persona » statale, e neppure la sovranità popolare di stampo giacobino che fu sempre estranea alla riflessione kelseniana; c'è invece la *Gesellschaft*, e ci sono gli uomini « chiamati a legiferare », non da un'astratta ragione collettiva, non per amore del bene comune, ma nell'intento di perseguire i loro interessi « tramite l'organizzazione statale » (18).

Crolla così inevitabilmente anche il concetto stesso di *Staatsgewalt*, senza il quale non sarebbe pensabile l'intera trattatistica tedesca di diritto pubblico della seconda metà dell'Ottocento. Per Kelsen non c'è alcun spazio autonomo a favore di un « potere dello

(18) *Ibidem*, pp. 432-434: creano la volontà statale i « zur Gesetzgebung berufenen Menschen », che « durch die staatliche Organisation ihre Zwecke verfolgen ».

Stato » diverso da quella concreta volontà statale che si realizza come punto d'incontro tra distinti interessi in lotta: non c'è alcuna unità istituzionale precostituita, diversa da quella unità istituzionale che le forze sociali e politiche riescono a costruire. Manca quindi, nello schema kelseniano, una persona sovrana che esercita le funzioni — legislativa ed esecutiva —, che trasfonde il mitico bagaglio della sovranità politica dal centro pre-costituito a tutti i soggetti e gli organi che agiscono svolgendo in concreto quelle funzioni. Solo l'esecutivo, come Stato-apparato, come complesso di giudici e funzionari, è *funzione dello Stato*, ma nel senso specifico che è autorizzato ad agire come Stato da una serie di norme qualificanti, mentre il legislativo è *presupposto* dello Stato, e non suo organo. Si può anzi affermare che lo Stato medesimo è una « funzione del legislativo », poiché il legislativo non è Stato, ma « crea » Stato, creando norme che qualificano l'azione dell'esecutivo in senso statale (19).

L'ultimo mito a cadere è quello dell'interesse generale. Una volta abbandonata la via della proiezione dell'unitaria personalità statale nella realtà sociale, al fine di tradurre questa in termini di « popolo » di « substrato omogeneo », non rimane che affermare coraggiosamente la derivazione di tutta la dinamica pubblicistica dai *gruppi d'interesse*: « Non c'è alcun 'interesse generale', bensì sempre e solo gli interessi dei gruppi, che in qualche modo guadagnano a proprio favore la volontà dello Stato » (20). Lasciare questa dinamica aperta, senza considerarla deviazione aberrante da un modello rigido predeterminato — la persona statale, lo Stato sovrano, o altro —, senza occultarla con le vecchie immagini della tradizione giuridica — il « popolo » essenzialmente —, è il compito che Kelsen, come nuovo giurista, si assume, con un intento preciso: impedire la « statualizzazione delle istituzioni sociali », porre un freno alla tendenza della dottrina tradizionale a scorgere dappertutto organi dello

(19) *Ibidem*, p. 439, sulla estromissione del concetto di *Staatsgewalt* dalla costruzione giuridica dello Stato; e pp. 412 e ss.; « Wohl ist der Exekutive eine Funktion des Staates, aber der Staat ist eine Funktion der Legislative ».

(20) *Ibidem*, p. 479: « Es gibt eben kein 'Gesamtinteresse', sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen ».

Stato, a tutto ricondurre nella sfera della funzione pubblicistico-statale (21).

Ma questa impostazione complessiva di Kelsen ha anche un'ulteriore implicazione di grande rilevanza, della quale dobbiamo ora brevemente discutere. Se non c'è più una persona 'reale' dello Stato fondata nel 'popolo', la decisione politica contenuta nella legge è per sua natura provvisoria e di tipo puntuale, non può più rivendicare a sé alcuna sacralità politico-istituzionale-statale, non rivela più la nascosta ragione di tutti, ma è palesemente il risultato di una mediazione politico-sociale, che include alcuni interessi e ne esclude altri. Nello schema di Kelsen, non ci sono più lo 'Stato' ed i 'privati', vi sono piuttosto interessi sociali inclusi in una mediazione di tipo statale, ed altri esclusi, che lottano per essere inclusi o anche che ricercano *altro tipo* di mediazioni. Ciò significa che lo Stato, cioè quel complesso d'istituzioni ed organi dell'esecutivo che agisce in base alle regole di autorizzazione contenute nella legge, è in realtà meccanismo attuativo d'interessi *parziali*, che poiché hanno raggiunto la mediazione più alta e complessa, quella politico-statale, sono probabilmente i più forti, o anche quelli maggioritari o più generalizzabili, ma pur sempre parziali. Ne consegue, ancora, che lo Stato così inteso è *uno dei soggetti agenti*, accanto al quale si pongono, non tanto i 'privati' — una sorta di residuo puramente 'economico-sociale' —, quanto tutte quelle *organizzazioni d'interessi*, che non hanno trovato il modo d'inserirsi — o l'interesse ad inserirsi — nella mediazione politico-statale. La conclusione è che lo Stato risulta essere, alla fine, una delle organizzazioni che l'ordinamento qualifica come 'soggetto giuridico' — senza tale qualificazione anche l'esecutivo, come il legislativo, si ridurrebbe a complesso di uomini che perseguono i loro interessi — alla pari dei 'privati', ovvero di tutte quelle concrezioni d'interessi che non si sono realizzate sul piano politico-statale, ma che rivolgono all'ordinamento domande in fondo analoghe a quelle dello Stato-apparato (22). S'individua così un altro obiettivo pole-

(21) *Ibidem*, pp. 490-491: è la tendenza alla « Verstaatlichung sozialer Institutionen » che Kelsen radicalmente disapprova.

(22) *Ibidem*, p. 205, nota 1: pressupposto logico di questa 'parità', della quale più avanti discuteremo in modo più ampio, è quanto Kelsen qui afferma definendo la

mico di Kelsen, accanto allo Stato-persona di Gerber e di Jellinek. Si tratta della celebre teoria del « plusvalore politico », della *Mehrwerttheorie* dell'amministrativista tedesco Otto Mayer, con la quale si puntava, contro tutta l'impostazione kelseniana, a concepire i rapporti di diritto pubblico come rapporti di sovra- e sottordinazione, instaurati tra soggetti di 'valore' — il *Mehrwert*, appunto — e 'natura' diversa, come lo Stato e i 'privati' (23). È su questo terreno concreto, che è poi il terreno del diritto amministrativo, del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, della applicabilità del diritto privato alla stessa attività amministrativa pubblica, che prende piede la celebre critica kelseniana alla natura ideologica della distinzione-opposizione tra diritto privato e diritto pubblico (24). Nata storicamente in àmbito giusnaturalistico, che solo per effetto indotto dalla critica tedesca della Scuola Storica è apparso nel corso dell'Ottocento come àmbito culturale

---

posizione degli *Untertanen*: essi sono, non i dominati dalla *Staatsgewalt*, come nella linea Gerber-Jellinek, pur con le differenze introdotte da quest'ultimo con la teoria dei diritti pubblici soggettivi, ma « alle Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates ». È evidente come la struttura logica della definizione presupponga una nozione-base di 'soggetto giuridico' applicabile sia allo Stato che ai sudditi. Questo è appunto il presupposto logico-giuridico necessario alla 'parità' di cui discutiamo nel testo.

(23) Sulla *Mehwertheorie* di Otto Mayer, rinvio ad un mio saggio: M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983/2, pp. 600-659, ora anche in questo volume, pp. 451 e ss.. Nella stessa direzione, che è poi quella della teoria dello Stato amministrativo, cfr. *supra*, nota 7, per quanto dicevamo a proposito di Santi Romano. Un rapido confronto tra Mayer e Romano si trova in M. FIORAVANTI, *Die Theorie des « Rechtsstaats » als « Verwaltungsstaat » in Deutschland und Italien. Otto Mayer und Santi Romano*, in *Rechtshistorisches Journal*, IV, 1985, pp. 89-101. Sulla nozione stessa di « Stato amministrativo » è ora fondamentale M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XL, 1986, pp. 769-794, con osservazioni che tornano utili anche per quanto diremo più avanti a proposito di Schmitt. Su questi problemi, è ora indispensabile B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

(24) Per la parte degli *Hauptprobleme* specificamente dedicata all'amministrazione, cfr. pp. 491 e ss.; cfr. anche pp. 629 e ss. per la critica all'opposizione pubblico-privato, anche con riferimento alla celebre teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek; e p. 670 nota 1 per una specifica critica alla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer. Per le tematiche indicate nel testo, ed in particolare proprio sul rapporto pubblico-privato, è esemplare H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, 1924, pp. 340-357.

di stampo rivoluzionario, quella distinzione puntava per Kelsen in realtà a giustificare, non solo determinati aspetti della nuova società di mercato, ma anche, e forse soprattutto, la concentrazione di potere e di sovranità nelle mani del principe (25). Superata la fase assolutistica — e, con essa, il giusnaturalismo, come filosofia politico-giuridica propria di quella fase —, la medesima opposizione pubblico-privato rimane oggi in piedi, nel corso del Novecento, solo avendo accentuato la propria natura ideologica, della quale si serve la dottrina giuridica tradizionale — trasferitasi in buona misura sul terreno dell'amministrazione — per giustificare l'autolegittimazione dello Stato e la conseguente rete di rapporti tra la persona statale in sé fondata e gli individui 'privati'. Ma una costruzione di questo tipo si scontra per Kelsen ogni giorno con una realtà che ci suggerisce ormai solo concentrazioni d'interessi più o meno legate alla soluzione politico-statale: contro tale effettiva situazione, la dottrina tradizionale suggerisce invece l'immagine di una necessaria permanenza di *Mehrwert*, di plusvalore politico a favore dello Stato nei confronti delle cosiddette 'associazioni' di 'privati', e spinge quindi pericolosamente a considerare ogni 'commistione' di pubblico e privato come segno evidente di

---

(25) Kelsen ha espresso in più saggi queste sue convinzioni. È veramente fondamentale in materia H. KELSEN, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, (1921), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, hrsg. VON H. KLECATSKY-H.-R. MARCIC-H. SCHAMBECK, Wien-Frankfurt-Zürich-Salzburg-München, 1968, 2 voll. , pp. 95 e ss., specialmente p. 145, dove si mette in rilievo, sin dall'inizio della vicenda statale europea, un certo uso del termine-concetto « Stato » — o, se vogliamo, « diritto pubblico » —, atto ad imporre « un si stema di norme, con il quale si vuole, contro una data *Rechts-(und « Staats- ») Verfassung*, garantire e conquistare al signore uno spazio più ampio di libera discrezionalità, soprattutto sul terreno dell'amministrazione »; non si può qui non sottolineare, a margine, come la complicata espressione grafica di Kelsen, con la quale si vuole indicare una realtà costituzionale — *Rechtsverfassung* — priva di « Stato », dovrebbe essere rimeditata anche nell'àmbito più ampio della teoria e della storia dello Stato moderno. Si ricordano anche, in direzione analoga, e con significative critiche rivolte alla Scuola Storica tedesca: H. KELSEN, *Staat und Recht*, (1922), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 149 ss.; *Naturrecht und positives Recht* (1927/28), *ibidem*, pp. 215 ss.; *Die Idee des Naturrechtes* (1927/28), *ibidem*, pp. 245 ss.; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), *ibidem*, pp. 281 ss., specialmente pp. 311 ss.

'crisi', di deviazione da un modello che proprio la scienza giuridica è chiamata a restaurare. La dottrina giuridica tradizionale, che agli occhi di Kelsen aveva un duplice esito nella teoria della autolimitazione di Jellinek e nella teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer, è dunque complessivamente, per il nostro giurista, la dottrina della resistenza, e della difesa, del tradizionale rapporto Stato-società, ormai dissolto nella realtà politico-sociale, ma che si voleva conservare come ideologico metro di giudizio delle trasformazioni politiche contemporanee. La critica kelseniana alla *Mehrwerttheorie*, all'idea stessa che possano esistere soggetti di 'qualità' e 'valore' diverso, non è dunque affatto semplice critica liberale alla concentrazione di sovranità, mero antistatualismo, mero richiamo all'esigenza di una più puntuale tutela dei diritti dei privati, ma si accompagna sempre, inscindibilmente, alla critica alla pura società di mercato, su base esclusivamente individuale o di mero 'associazionismo privato'. L'immagine di una società civile puramente 'economico-privata' è per Kelsen altrettanto inattendibile quanto l'immagine, speculare, di un potere statale qualitativamente diverso da ogni altra associazione umana (26).

Simili consapevolezze percorrono tutti i saggi kelseniani degli anni Dieci e Venti, soprattutto sempre più diviene centrale la critica a quella scuola amministrativistica tedesca che si andava sviluppando a dismisura sulla scia di Otto Mayer, e che proponeva appunto di conservare, o di rigenerare, il *Mehrwert* statale contro le cosiddette dissoluzioni di stampo 'privatistico-associativo' (27). Si può qui ricordare — ma solo ricordare, per evidenti ragioni di sintesi — il saggio del 1913 sui « contratti di diritto pubblico » (28), con il

---

(26) La prospettiva è per me implicita in tutta l'opera kelseniana: cfr. comunque in particolar modo H. KELSEN, *Staatsform als Rechtsform* (1925/26), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1689 ss., specialmente pp. 1694 ss. Utili osservazioni sul punto si trovano in P. RÖMER, *Die Kritik Hans Kelsens an der juristischen Eingentumsideologie*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 87-102.

(27) Vedremo poi come l'opera amministrativistica di Otto Mayer sia stata una delle fonti ispiratrici di Carl Schmitt.

(28) H. KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXI, 1913, pp. 53-98 e 190-249, specialmente pp. 190 ss. e pp. 238 ss. per la critica ad Otto Mayer. Questo saggio può essere letto in connessione con l'altro: H. KELSEN, *Über Staatsunrecht*, (1914), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit. pp. 957

quale si tenta di minare alla radice il tentativo, avviato da Otto Mayer alla fine degli anni Ottanta con un analogo saggio proprio sui contratti di diritto pubblico (29), di allargare il più possibile il campo del diritto pubblico-amministrativo, di sottrarre il più possibile gli atti della pubblica amministrazione all'applicazione del diritto privato. È significativa qui la critica di Kelsen a Otto Mayer, che riteneva doversi sottoporre l'attività statale al diritto privato *solo* quando questa si sostanziava in azioni che anche un privato avrebbe potuto compiere: è evidente che per Kelsen *tutte le azioni* sono di questo genere, poiché l'attività dello Stato è anch'essa « azione umana », alla quale l'ordinamento attribuisce la qualifica di statale, ma che in sé non possiede alcuna misteriosa « natura », tale da creare regioni necessariamente interdette a quelle energie che si sviluppano nell'àmbito del diritto privato (30).

Anche i saggi contenuti nell'antologia *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* si muovono in sostanza in questa direzione di critica ad una teoria del diritto amministrativo, che punta, nell'età di dissoluzione della antitesi pubblico-privato, proprio a mantenere fermo il *Mehrwert* statale, concentrandolo soprattutto nell'atto amministrativo quale atto in sé fondato, « aus eigener Kraft », come diceva Otto Mayer. Nell'opposizione di Kelsen a questa tendenza teorica, veramente dilagante in Germania nei primi venti anni di secolo, non c'è solo, come volgarmente si dice, il 'primato del Parlamento'; c'è anche l'acuta percezione, del tutto esatta, che nell'atto amministrativo e nella burocrazia si sta spostando quello che la dottrina tradizionale chiamava il *Wesen* statuale, l'essenza dello Stato, cioè proprio il *Mehrwert* politico-statale, la possibilità

---

ss., per la comune critica alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer e della sua scuola. Il saggio è stato ora opportunamente tradotto in italiano, a cura di A. ABIGNENTE: H. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, Napoli, 1988. Nella *Vorrede* alla seconda edizione degli *Hauptprobleme*, del 1923, Kelsen narra, a grandi linee, le tappe lungo le quali si è sviluppata la sua teoria a partire dalla prima edizione del 1911, ed indica proprio nel saggio del 1913 sui « contratti di diritto pubblico » un decisivo punto di snodo: H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., *Vorrede*, p. XV.

(29) Sulla rilevanza di questo saggio, cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza*, cit., p. 614 ss. (v. *supra*, nota 23).

(30) H. KELSEN, *Zur Lehre*, cit., pp. 243-249.

stessa di mantenere integro il quadro di riferimento consolidato nel dogma della personalità giuridica dello Stato: nella teoria dell'atto amministrativo che vive di « forza propria » rispuntava fuori per Kelsen l'idea dell'autolegittimazione statale, di una necessaria differenza qualitativa tra lo 'Stato' ed ogni altra 'associazione' (31).

Di grande interesse, sotto questo profilo, è anche il saggio del 1931 pubblicato originariamente negli *Studi filosofico-giuridici dedi-*

---

(31) Sul punto, oltre agli *Hauptprobleme* già considerati, ed oltre a quanto già indicato *supra*, nota 28, sono per lo meno da ricordare i seguenti saggi: *Rechtstaat und Staatsrecht*, (1913), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1525 ss.; *Zur Lehre vom Gesetze im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichiscen Verfassung*, (1913), *ibidem*, pp. 1553 ss.; *Das Verhältnis von Staat und Recht*, (1921), cit., *ibidem*, pp. 139-141, con esplicito riferimento critico alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer, che si traduce, secondo Kelsen, in una pericolosa presunzione assoluta di conformità al diritto degli atti dello Stato, ed in particolare, dell'esecutivo: è questa, criticata da Kelsen, la « presunzione di conformità al diritto delle azioni degli organi superiori dello Stato »; di contro, la teoria kelseniana della dissoluzione della cosiddetta « essenza » statale entro l'ordinamento giuridico conduce alla via opposta della critica e della riforma delle istituzioni: « Poiché se lo Stato non fosse visto come qualcosa di diverso dal mutevole ordinamento giuridico — e dalle sue norme — costruito sulle scelte degli uomini e secondo criteri di opportunità, se non fosse visto come un'entità naturale e necessaria, un'esistenza data in modo indiscutibile, una realtà assoluta (o un valore assoluto), allora sarebbe più facile anche la presa di posizione critica contro lo Stato concreto (inteso allora come un ordinamento puramente casuale), vi sarebbero meno ostacoli sulla via della riforma » (*ibidem*, p. 103). Si può dire, in conclusione, che nel corso degli anni Dieci-Venti, ed anche successivamente, Kelsen ravvisi in quella certa teoria dell'atto amministrativo la sistematica ripresa della teoria dello Stato come *Substanz* presupposta all'ordinamento, da lui costantemente avversata, come vediamo anche per motivi di politica del diritto. Sul punto, sulla critica al *Substanzbegriff* statuale, è fondamentale H. KELSEN, *Gott und Staat*, (1922/23), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 171 ss., dove Kelsen contrappone alle pretese di « modernità » del neostatualismo l'indirizzo generale della scienza contemporanea, che tende a dissolvere tutti i concetti di « sostanza » in concetti di « funzione »: si ha così la psicologia come « dottrina dell'anima senza anima » — cioè senza il concetto sostanziale di « anima » —, la fisica come « dottrina della forza senza forza » — *Kraft*, ancora nel medesimo senso —, ed appunto la scienza del diritto pubblico come « dottrina dello Stato senza Stato », (p. 193), ovvero senza il *Substanzbegriff* « Stato », che deve valere ormai solo come *ipotesi funzionalmente ordinatrice di rapporti politici giuridicamente ordinabili*; da ricordare anche H. KELSEN, *Das Wesen des Staates*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1713 ss. Per il lettore italiano, si veda ora H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1988.

cati a Giorgio Del Vecchio, perché giunge alla conclusione di un ventennio di critica alla dottrina giuridica dominante, e nello stesso anno della celebre polemica con Schmitt sul « custode della costituzione » (32). Qui la storia europea del politico, degli effettivi rapporti di dominazione, è vista come storia di progressiva « Relativierung »: è a questo dato di fatto che non vuole rassegnarsi la dottrina giuridica, che continua a riproporre, con una certa versione del dogma della personalità giuridica dello Stato, con una certa teoria dello Stato amministrativo, un valore assoluto, *statale*, della sovranità. Si vuole insomma artificiosamente conservare il simbolo e « l'apparenza della sovranità dello Stato » proprio mentre la categoria della sovranità statale perde ogni giorno quota nella realtà, grazie anche alla nuova dimensione del diritto internazionale, alla quale non a caso Kelsen dedicò sempre grande attenzione (33). Ciò che per il nostro giurista non è più possibile, è fissare in modo certo un punto, al di là del quale il diritto è comunque privato, al di qua del quale — dal punto di vista della 'sovranità statale' — il diritto rimane comunque, in modo *riservato*, pubblico. C'è invece una serie continua ed ininterrotta di « formazioni giuridiche »; c'è lo « Stato membro », e poi, sul piano interno, la « provincia autonoma, il comune », ma — ed ecco il punto veramente decisivo — la catena giunge, senza soluzioni di continuità, senza salti qualitativi, « fino all'ultima associazione di diritto civile fondata su base contrattuale »: c'è quindi, soprattutto, una catena unica che lega lo « Stato », a questo punto privato di ogni « plusvalore », con le associazioni sorte

---

(32) H. KELSEN, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, in *Volkssouveränität und Staatssouveränität* hrsg. VON H. KURZ, Darmstadt 1970, pp. 164-178 (già in *Studi flosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1931, pp. 1-11). Torneremo più avanti sulla problematica costituzionale connessa al « custode della costituzione ». In tema di sovranità non si può infine non ricordare H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1928 (prima edizione 1920), rist. Aalen, 1960 da rileggere contro semplificazioni correnti che vorrebbero fare di Kelsen il teorico della sovranità dell'ordinamento contro la sovranità dello Stato, ciò che per il nostro giurista — a chiare lettere in questo saggio — sarebbe un'altra inconcepibile forma di dualismo, di sdoppiamento dell'oggetto d'indagine, quasi il rovescio della medaglia dello sdoppiamento che conduce a pensare la cosiddetta 'essenza' dello Stato al di là dell'ordinamento normativo-positivo.

(33) H. KELSEN, *Der Wandel*, cit., pp. 172 ss.

sul terreno del diritto civile-contrattuale (34). Ed ancora: c'è un ordinamento dentro il quale vivono, in una logica di tendenziale parità, soggetti 'privati' e 'pubblici', tra i quali lo Stato. In modo del tutto conseguente, l'atto amministrativo ed il negozio giuridico rappresentano solo diverse forme di utilizzazione, e di concretizzazione, delle regole dell'ordinamento, senza che il primo possa rivendicare, in quanto 'Stato', una speciale posizione, diversa dal secondo. Ne consegue poi, in ultima analisi, che con l'atto amministrativo si possono perseguire anche fini 'privati', nel vasto campo, in forte espansione, dell'attività patrimoniale dei soggetti pubblici, così come con il negozio giuridico, certo non più — ovviamente — quello pandettistico dell'incontro libero di due volontà astrattamente libere ed eguali, si possono perseguire anche fini 'pubblici', nel senso di fini politici di organizzazione degli interessi, politici ma non più statali: che è poi, puntualmente, la realtà che abbiamo di fronte, quella realtà che nasceva all'inizio del secolo, e che la dottrina tradizionale, contro Kelsen, negava ed esorcizzava.

È giunto il momento di concludere su Kelsen ed il suo rapporto con la « tradizione giuridica ». Le tematiche che abbiamo affrontato sono al centro anche delle due opere principali del

---

(34) *Ibidem*, p. 177. Queste associazioni — « Vertragsgemeinschaften », dice Kelsen —, essendo disposte sulla stessa linea della più complessa organizzazione statale, possono cercare di realizzare più razionalmente i loro interessi anche tramite quella organizzazione senza che si debba con ciò pensare ad un'indebita confusione di 'pubblico' e 'privato' — cfr. *supra*, nota 20, dove queste associazioni, viste sotto il profilo della dinamica pubblicistica, divengono *Gruppeninteressen*. Inutile sottolineare quanto la problematica degli interessi dei gruppi attraversi tutti l'opera kelseniana, e giunga fino al cuore del modello costituzionale, in difesa del ruolo dei partiti politici: cfr. comunque H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1924, e H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, tutti pervasi dalla consueta critica al *Wesen* statuale ed a tutti gli organicismi — di nuovo il 'popolo' della dottrina tradizionale — che occultano la reale molteplicità dei gruppi e degli interessi in conflitto. La stessa esaltazione del ruolo del Parlamento non deriva da alcuna astratta logica di sovranità popolare, dalla quale Kelsen fu sempre distante, ma dal fatto che il Parlamento rappresenta, ed il più possibile deve rappresentare, « *la situazione di fatto degli interessi in conflitto*, ciò che è il postulato teorico per giungere ad un compromesso »: H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., tr. it. in H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 172 (il corsivo è di Kelsen). Spunti interessanti sul *Parteienstaat* in Kelsen si trovano in G. WIELINGER, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 263-274.

nostro giurista degli anni Venti: la *Allgemeine Staatslehre* e *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, che anzi in molti punti non sono altro che la ricucitura dei contenuti dei saggi precedenti, scritti dopo la pubblicazione degli *Hauptprobleme* (35). Si lascia qui consapevolmente da parte la *Stufenbaulehre* e la teoria della *Grundnorm* — e la questione di quanto queste dottrine abbiano inciso nell'evoluzione del pensiero kelseniano —, osservando che questi problemi di teoria generale del diritto, e di metodologia giuridica, dovrebbero essere forse ristudiati alla luce di quanto complessivamente abbiamo detto, e non più a partire, come di consueto, da famose definizioni di 'positivismo giuridico' o, peggio ancora, di 'metodo giuridico' (36). Dietro a quelle teorie c'è infatti, in atto, un conflitto concreto per la ridefinizione del ruolo dei poteri dello Stato, per la ricollocazione dello Stato

---

(35) Cfr. *supra*, nota 8 per la *Allgemeine Staatslehre*. Dobbiamo qui tralasciare un'analisi puntuale di H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, 1928 (prima edizione 1922), rist. Aalen 1962, dove assai evidente è la ripresa, anche letterale, dei saggi degli anni precedenti, *supra* cit. alle note 25, 28, 31: cfr. comunque specialmente pp. 114 ss. per le critiche alla dottrina giuridica tradizionale a noi già note.

(36) Per il carattere ipotetico-relativo della *Grundnorm*, in contrapposizione ai vecchi criteri giusnaturalistici di legittimazione in senso sostanzialistico-assoluto, cfr. comunque H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre and des Rechtspositivismus*, cit., in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 286 ss. Non si può poi non osservare come nell'opera postuma H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, (Wien, 1979), ora in tr. it. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1985, sia ormai proclamata a chiare lettere la natura fittizia della norma fondamentale (pp. 434-435). Per i legami tra *Grundnorm* e *Stufenbaulehre*, cfr. J. BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsen*, Berlin, 1977, specialmente pp. 49 ss. per la recezione della dottrina della costruzione 'a gradi' di Merkl nel sistema kelseniano, che l'autore data attorno all'inizio degli anni Venti, con effetti anche rilevanti sugli sviluppi del pensiero di Kelsen. Tra questi, vi sarebbe anche un certo superamento della contrapposizione tra legislativo ed esecutivo, tra ordinamento giuridico ed amministrazione statale, tipica della prima edizione degli *Hauptprobleme* del 1911, cui abbiamo fatto in prevalenza riferimento. Si tratta però di capire se proprio nella 'rigidità' delle contrapposizioni giovanili kelseniane non siano per caso contenute, nella critica alla tradizionale dottrina giuridica, intuizioni per noi di grande rilievo, mantenute intatte anche nel Kelsen più maturo, in qualche modo autonome dalle più tarde sistematiche. Sull'opera postuma di Kelsen, vedi anche le considerazioni di K. OPALEK, *Überlegungen zu Hans Kelsen « Allgemeine Theorie der Normen »*, Wien, 1980.

medesimo in rapporto agli interessi organizzati, per la riproblematizzazione del rapporto pubblico-privato: e questo mi sembra l'essenziale della vicenda. Su tutti questi punti, il rapporto di Kelsen con la tradizione giuridica è *rigorosamente conflittuale*, di serrata critica, e lo sarà anche dopo l'adozione della teoria della *Grundnorm*, addirittura fino alla fine, fino ai saggi del periodo americano, nei quali continuamente riapparirà la figura della « dottrina giuridica tradizionale » quale oggetto di osservazioni critiche (37).

3. Attraverso l'appassionato impegno teorico di Kelsen, abbiamo così individuato alcuni nuclei forti della tradizione: l'idea di una persona 'reale' dello Stato, fondata nel 'popolo', che detiene il monopolio della 'creazione' del diritto, e che si 'autoobbliga' nei confronti dei sudditi-cittadini, e l'idea di un « plusvalore » a

(37) Per l'ultimo Kelsen, cfr. H. KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?*, (1953), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 611 ss., dove il nostro giurista interviene con grande chiarezza nel dibattivo contemporaneo per evitare qualsiasi assimilazione della sua « dottrina pura del diritto » alla tradizionale giurisprudenza concettuale dell'Ottocento. Ancora più recente è H. KELSEN, *Souveränität*, (1962), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 2269 ss. dove il concetto di sovranità è visto come uno dei « più importanti concetti della tradizionale teoria giuridica dello Stato » (p. 2269), della teoria alla quale Kelsen si era opposto — come sappiamo — a partire dall'ormai lontano 1911. Si dovrebbe anzi studiare più da vicino questo ultimo Kelsen 'americano', nel quale affiora, ogni tanto, anche qualche sentimento di delusione per non essere riuscito a scalzare le posizioni di forza della dottrina da lui combattuta fino dagli esordi scientifici. Si deve infine ricordare, sempre sotto il profilo della critica alla 'tradizione', il saggio H. KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien, 1930, ora in H. KELSEN, *Drei kleine Schriften*, Aalen, 1971, pp. 7-97, dove il nostro giurista quasi cinicamente smonta, pezzo per pezzo, le teorie di Smend, per mostrare come, sotto la loro apparente veste di novità, esse non rappresentino altro che l'ultimo e più raffinato tentativo di restaurare « la tradizionale idea » dello Stato come reale « unità obbiettiva » (p. 40). Che Kelsen avesse colto nel segno, è per noi dimostrato dal più tardo saggio di sintesi di R. SMEND, *Staat*, in *Evangelisches Kirchenlexikon*, III, 1959, 1962, pp. 1105-1113 che in modo esemplare ribadisce le nozioni di 'Stato' come sostanziale *Macht* e di 'popolo' come grandezza storica, non riducibile né alla dimensione politica della *Aktivbürgerschaft*, né alla dimensione tecnico-pratico-economica della società industriale-borghese nata dal superamento del vecchio ordine cetuale, se non al prezzo — che Smend non vuol pagare — di una dissoluzione del concetto tradizionale di 'Stato' nella prassi politico-sociale del *government*.

favore del pubblico-statale concretizzata nella teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer e della sua scuola. C'è però un terzo punto che ritengo decisivo e che ho lasciato volutamente da parte: è il *ruolo del giurista*, filtrato proprio attraverso il rapporto con la tradizione. Anche su questo terreno, la rottura è evidente. Il giurista kelseniano — e così fu lo stesso Kelsen — può essere solo, o *un politico del diritto*, che lavora *per* lo Stato, nel senso che lavora per favorire l'integrazione degli interessi per il tramite di una mediazione politico-statale, o *contro* lo Stato, nel senso che lavora per la riforma di quel concreto Stato che sistematicamente esclude dalla mediazione determinati interessi; o un *tecnico del diritto*, che lavora *nello* Stato, per attuare il diritto, per rendere la volontà dello Stato la più possibile coerente, la più possibile conforme alle regole dell'ordinamento. Non c'è spazio per una sintesi tra i due aspetti, non c'è spazio cioè per il giurista-scienziato ottocentesco, che si poneva al centro dell'esperienza, volendo essere nello stesso tempo politico e tecnico del diritto, e finendo così per porsi al di là, sia delle eventuali regole della politica, sia delle regole, certe, del diritto positivo. In Kelsen è allora nettissima la critica anche a quest'altra grande componente della tradizione, all'ideologia del ceto dei giuristi, che certamente gli sembrò inadeguata — ed anche gravida di pericoli per il futuro — di fronte alla nuova situazione costituzionale dei primi decenni del Novecento, sia che il punto di vista fosse quello della riforma, o quello della stabilità delle istituzioni; e che, nel suo caso, implicava, ed implicò, una radicale presa di distanza dalla Scuola Storica di Savigny e dalla più tarda giurisprudenza concettuale, che avevano dominato il panorama culturale dei giuristi tedeschi dell'Ottocento (38).

---

(38) A rigore, dovremmo ora riesaminare i testi kelseniani da questo ulteriore punto di vista. Cosa che risulta praticamente impossibile, per evidenti ragioni di sintesi. Per le critiche alla Scuola Storica cfr. comunque i saggi kelseniani cit. *supra*, nota 25. Per quanto riguarda il rapporto critico con la *Begriffsjurisprudenz*, cfr. il saggio H. KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (cit. *supra* nota 37), dove Kelsen mette in guardia i giuristi da quell'uso dei concetti giuridici che nell'Ottocento aveva fatto pensare alla scienza giuridica come fonte di diritto, alla possibilità di dedurre dai concetti medesimi vere e proprie 'norme giuridiche': il sogno di 'scientificizzare' la prassi è per il nostro giurista definitivamente tramontato, radicalmente diversi sono ormai i mestieri di pratico e

Abbiamo accennato da ultimo a questo aspetto del ruolo del giurista, perché ci consente d'introdurre Schmitt, che prese le mosse, nel 1912, proprio da questa problematica, con *Gesetz und Urteil* (39). Saggio, come dicevamo all'inizio, solo di rado posto all'attenzione degli studiosi, forse perché considerato troppo tecnico, tutto interno al mondo dei giuristi, e come tale eccentrico rispetto ad un presunto asse centrale dell'opera di Schmitt, identificato attorno ad una più ampia teoria del politico. In definitiva, l'opera di un giovane giurista, quasi un'esercitazione, rigorosamente svolta entro i confini della disciplina (40). Eppure la nota

---

teorico del diritto, e distinte devono rimanere anche, nel senso da noi indicato nel testo, la 'politica del diritto' e la 'scienza del diritto'.

(39) C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, 1969 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1912).

(40) Per l'analisi del primo Schmitt, cfr. comunque H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, 1964, pp. 32 ss.; H. RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes. Ideelle Beziehungen und aktuelle Bedeutung, mit einer Abhandlung über die Frühschriften Carl Schmitts*, Berlin, 1972, pp. 11 ss., che tuttavia esclude proprio *Gesetz und Urteil* dalla sua indagine, con la motivazione, certamente discutibile, che si tratta di un lavoro « puramente giuridico » (p. 12). Qualche osservazione sui primi lavori di Schmitt, ma senza adeguata attenzione all'impegno teorico-giuridico, si trova in J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt, Theorist for the Reich*, Princeton 1983, pp. 3 ss. Trascura il saggio schmittiano del 1912 anche V. NEUMANN, *Der Staat im Bürgerkrieg, Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts*, Frankfurt a.M., 1980, che pure sostanzialmente si avvicina ai temi più specificamente teorico-giuridici; mentre maggiore attenzione alle problematiche del 1912 è contenuta nelle pagine di I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München, 1976, pp. 88-102, di W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, 1983, pp. 219 ss., e pur nella necessaria sintesi, di M. STOLLEIS, *Carl Schmitt*, in *Staat und Recht. Die deutsche Staatsrechtslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. VON M.J. SATTLER, Müchen, 1972, p. 128. Ma è soprattutto da parte di uno studioso italiano che si è posto più precisamente il problema della teoria giuridica schmittiana, secondo prospettive che investono anche la nostra questione del rapporto con la « tradizione »: cfr. P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982, specialmente, pp. 41 ss.; P.P. PORTINARO, *La dottrina del governo misto e il pluralismo liberale nella critica di Carl Schmitt*, in *Nuovi studi politici*, IX, 1979, pp. 25-49; P.P. PORTINARO, *Max Weber e Carl Schmitt*, in *Studi su Max Weber e il diritto*, in *Sociologia del diritto*, VIII, 1981, pp. 155-182; e specialmente P.P. PORTINARO, *Che cos'è il decisionismo?*, in *Rivista internazionale di*

introduttiva di Schmitt alla seconda edizione, dell'ottobre del 1968, è ben chiara, e si dirige polemicamente contro coloro che avevano identificato « decisione » — *Dezision* — e « atto di arbitrio » — *Willkür-Akt* —: l'intento è dunque quello di mettere in rilievo come quel tema della decisione sia nato sul terreno del diritto, nell'àmbito di una monografia rivolta addirittura alla prassi giuridica, ben lontano da ogni esaltazione del 'soggetto' e dei suoi possibili 'arbitrii' (41). È la monografia di un giurista che si pone il problema di « quale principio normativo sia a fondamento della prassi giuridica moderna », che ricerca il criterio secondo il quale « oggi la decisione assunta nell'àmbito della prassi sia da considerarsi giuridicamente giusta », e che muove da un presupposto: *la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione* (42).

Schmitt ricerca un criterio *giuridico*, al di fuori di ogni aspirazione a far ricerca sociologica — sociologia della prassi, o della giurisprudenza —: non si tratta di contrapporre « validità ed effettività, norma e prassi empirica », o « legge astrattamente valida e vita quotidiana », ma di ricercare per la prassi *un altro criterio di validità*, ad essa specifico, diverso da quello legislativo-normativo della conformità alla legge (43). Il nostro giurista ha ben presente la *Freirechtsbewegung*, il movimento per il « diritto libero », che contesta l'ideologia del giudice come macchina atta a sussumere i fatti nelle norme, che reclama la necessità di una « ponderazione degli interessi », di uno sguardo piu ravvicinato ai « bisogni reali dei traffici », di una rinnovata centralità del momento teleologico, al di là della

---

filosofia del diritto, LIX, 1982, p. 247-267, specialmente pp. 252 ss., dove, non a caso, rispunta fuori lo Schmitt del 1912 che criticamente pone il problema dell'applicazione del diritto, anche se Portinaro ci sembra qui contrapporre un po' troppo rigidamente la decisione nel « senso debole » — quella del 1912 sul caso conflittuale da risolvere — e la decisione nel « senso forte » — quella, più tarda, relativa allo stato d'eccezione. Torneremo su questi problemi. Infine è da tenere presente il recente saggio di M. NICOLETTI, *Alle radici della « teologia politica » di Carl Schmitt. Gli scritti giovanili (1910-17)*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984, pp. 255-316, specialmente pp. 260-265 a proposito di *Gesetz und Urteil*.

(41) C. SCHMITT, *Gesetz and Urteil*, cit., nota introduttiva.

(42) *Ibidem*, pp. 1-2.

(43) *Ibidem*, pp. 4-5.

dottrina tradizionale, che operava con puri concetti giuridici (44). Ma tutto questo non interessa il giurista Carl Schmitt, che deve, da giurista, affrontare i problemi conseguenti al fatto che « con il puro rinvio alla legge la prassi giuridica non è spiegata » (45). Così, anche l'indagine sulla psicologia del giudice, o sulle motivazioni « vere » della sentenza, non interessa Schmitt, che pone solo un problema rigorosamente giuridico di organizzazione della prassi, sul presupposto che la *Gesetzlichkeit* non possa esaurire la tematica della decisione giusta (46). Si può anzi affermare che il nostro giurista combatte, sia contro l'ideologia del giudice-macchina, sia contro l'opposta tendenza ad uscire da quella ideologia uscendo, a suo giudizio, dal diritto, proponendo cioè una decisione *giusta perché adeguata* alla 'società' ed ai suoi bisogni. E, di più, per Schmitt un esecutivo — nel senso di complesso di giudici e funzionari che lavorano per la concretizzazione delle norme — del tutto legato, o all'ideologia del primato della legge, o a quella dei bisogni della società, è comunque un esecutivo che genera insicurezza giuridica, incertezza del diritto, proprio perché legato ad una ragione politico-sociale *esterna*, sia essa quella della legge o della società, proprio perché incapace di elaborare un autonomo e specifico criterio giuridico. Questo criterio è quello della « determinatezza giuridica » — *Rechtsbestimmtheit* —, che costituisce appunto « il punto di vista normativo » della prassi, e che consente — nei termini che vedremo — di giungere a « decisioni calcolabili », di perseguire con sufficiente successo quei valori che sono posti alla base dell'indagine schmittiana: affidabilità, certezza, prevedibilità, stabilità (47).

Arriviamo finalmente alla formulazione di Schmitt. Una decisione della prassi è giusta quando è possibile affermare che in quel modo avrebbe deciso un altro giudice: « Un altro giudice significa

---

(44) *Ibidem*, pp. 9 ss.

(45) *Ibidem*, pp. 16.

(46) *Ibidem*, p. 39, ed in genere, pp. 40 ss., dove Schmitt insiste sul fatto che la rinunzia al principio di conformità alla legge come dominante criterio di giustezza della decisione non implica affatto una sorta di liberazione della « creatività » dell'interprete: si tratta anzi di trovare un altro, e più affidabile, criterio giuridico, superando i vacui richiami alla « giustizia sostanziale » o alla « opportunità sociale ».

(47) *Ibidem*, pp. 62 ss.

qui il tipo empirico del moderno giurista colto » (48). Dunque, dopo aver valutato i precetti della legge, e dopo ogni altra considerazione, si decide con riferimento alle convinzioni medie del giurista colto operante nella prassi — ciò intende Schmitt per « tipo empirico » —, con riferimento al patrimonio intellettuale del ceto dei giuristi. Dunque, nessuna apologia della 'soggettività' del giudice, che deve anzi, per così dire, obbiettivarsi, tradurre se medesimo in espressione specifica del « tipo empirico », inserire la sua decisione nel contesto globale della prassi. La « determinatezza giuridica » è proprio questo, è la tendenza, attraverso tale meccanismo, alla stabilità ed alla prevedibilità della prassi, che non si legittima più quale portatrice di certezza giuridica perché esecutrice della legge, ma *dal proprio interno*: « la prassi si giustifica dunque attraverso se medesima » (49).

Se la « decisione del giudice è giusta quando è prevedibile e calcolabile », se lo scopo ultimo è quello di « evitare l'insicurezza del diritto », allora la risposta non può essere quella formale dell'autorità della legge poiché anche la legge è solo uno strumento che deve servire a conseguire l'obiettivo sostanziale della certezza della prassi. Fin quando il diritto positivo legislativo statale è in grado di garantire la determinatezza giuridica, e dunque di produrre « una prassi univoca », conformità alla legge e giustezza della decisione coincidono (50). Ma tutto il lavoro di Schmitt è evidentemente basato sull'eventualità storica — che è sicuramente per lui quella del suo presente — che un tale presupposto possa mancare. Allora, quando la legge non garantisce più l'univocità della prassi, quando dalla legge giungono alla prassi impulsi disgreganti, e non unificanti, perché anche quella legge ha perduto i caratteri classici di generalità ed astrattezza, perché anch'essa è divenuta luogo e risultato di conflitto, allora il giurista della prassi ha per Schmitt il dovere di salvaguardare da solo i valori giuridici di prevedibilità, di certezza e di stabilità, anche decidendo *contra legem*, contro la non più rassicurante mediazione legislativa.

---

(48) *Ibidem*, p. 71.

(49) *Ibidem*, pp. 73 ss., e p. 86: « Die Praxis rechtfertigt sich also durch sich selber ».

(50) *Ibidem*, pp. 111 ss.

Non è allora difficile concludere sul punto. Il problema di Schmitt è lo stesso di Kelsen: è l'ingresso di una ragione politico-sociale, plurale e conflittuale, entro il sistema giuridico. Ma mentre Kelsen pensa e valuta che ciò non costituisca affatto la fine di ogni certezza individuale e collettiva, ed accetta il mutamento, accettando di disciogliere la vecchia sovranità politico-statale entro un sistema complesso e coordinato di soggetti pubblici e privati, costruito su base ordinamentale, Schmitt torna invece a proporre il tema del 'vero' diritto e del suo valore assoluto, ed allora, di fronte alle incoerenze della legge, propone in sostanza di arretrare la trincea, di elaborare, in piena autonomia metodologica, una vera nuova certezza del diritto all'interno, e dall'interno, della prassi. Se il diritto legislativo si sta sbriciolando sotto l'urgenza dei bisogni sociali organizzati, non per questo si deve rinunziare ad una prospettiva di 'vero' diritto, costruendo nella prassi, e con l'ausilio della scienza giuridica, un 'diritto' più certo di quello legislativo.

Questa concezione di un altro diritto come 'vero' diritto domina anche, in stretta continuità, l'altra opera giovanile, del 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (51), della quale non vogliamo discutere se non per osservare come sia probabilmente da rivedere, secondo il profilo sopra indicato, il criterio interpretativo fin qui adottato, che ruota attorno al cosiddetto 'giusnaturalismo' di Carl Schmitt. Di 'giusnaturalismo' si può parlare solo se si chiarisce preliminarmente che in questo 'diritto naturale' si ricercano quelle condizioni di stabilità e certezza, di unità, che il diritto statale-legislativo non era più in grado di offrire. La polemica del 1914 contro « il diritto statale come diritto funzionale, determinato dagli scopi, rivolto alla mediazione » è già polemica contro il legislatore coinvolto nel conflitto sociale, presuppone la scelta del 1912 per l'autonomia dei criteri giuridici della prassi, per altri luoghi e modalità istituzionali con le quali sia possibile ricostruire l'unità infranta, rilanciare l'idea di un politico non più mera « costruzione » degli uomini, semplice mezzo per la soddisfazione degli egoismi sociali (52).

---

(51) C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeuntung des Einzelnen*, Tübingen, 1914. Su questa opera, cfr. *supra* i saggi citati alla nota 40.

(52) *Ibidem*, p. 75: il diritto che domina il rapporto Stato-individuo si distingue

È allora più comprensibile anche la premessa di Schmitt al suo lavoro sulla dittatura, nella quale *Gesetz und Urteil*, il saggio del 1914 ora ricordato, e quello medesimo sulla dittatura, sono unificati perché aventi un unico oggetto: « il concetto critico di attuazione del diritto », che si determina nella « opposizione tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto » (53). La stessa dittatura commissaria dovrebbe esser ristudiata da questo punto di vista, come situazione nella quale il 'diritto' può essere attuato solo sospendendo la costituzione formale, mettendo cioè a nudo l'autonomia di una prassi attuativa capace da sola di ricercare uno stato di cose più favorevole al 'diritto', giudicato ormai, evidentemente dalla prassi medesima, e nella situazione concreta, come *altro* rispetto alla legge formalmente intesa, quanto meno non più riconducibile, se non con suo proprio sacrificio, entro le procedure stabilite dalla costituzione formale-positiva. Si può dire così che la dittatura commissaria rappresenti la trasposizione a livello costituzionale, e la generalizzazione, di quanto Schmitt già aveva sostenuto nel 1912 nell'ottica più circoscritta del 'caso' da risolvere nell'àmbito della prassi, soprattutto giudiziaria. Così come il giudice — nel 1912 — può decidere *contra legem* per salvare la « determinatezza giuridica » della prassi, così ora politici e giuristi, con la dittatura, possono consentire alla sospensione della costituzione formale, se ciò attiva di nuovo una prassi che conduce ad attuare il 'diritto', ancora una volta, evidentemente, quello 'vero', ormai diverso dal diritto costituzionale formale, anzi da questo abbandonato e tradito. Così come il giudice si erge in proprio a tutore dei valori di certezza, stabilità e prevedibilità, così il dittatore diviene, in questa medesima prospettiva, il garante dell'applicazione del 'diritto', il tutore della 'normalità' di fronte ad un diritto formalmente vigente, ma nei suoi effetti pratici — questa appunto l'autonomia della prassi — incoerente e distruttivo (54).

---

nettamente dallo « staatliche Recht, als dienendes, zweckbestimmtes, vermittelndes Recht »; ed anche, in direzione analoga, p. 93.

(53) C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, 1921, 1964, (tr. it. Bari, 1975).

(54) *Ibidem*, pp. 146 ss. È vero che per Schmitt « la dittatura commissaria sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza » (p. 148), contraria-

Sorge ora un problema: quale 'diritto'? Anche su questo punto è essenziale il richiamo a *Gesetz und Urteil*. Il 'diritto' in questione è, come nel 1912, orientato dai valori della certezza, della determinatezza, della stabilità. La costituzione formale viene sospesa, con la dittatura commissaria, quando diviene evidente, in una certa fase storica, che un'integrale applicazione di quella costituzione, lungi dal realizzare i valori nominati, finisce addirittura per minacciarli, ad esempio garantendo un troppo ampio spazio alle espressioni organizzate del conflitto sociale e politico (55).

---

mente alla dittatura sovrana che vuole imporre una nuova costituzione, « ritenuta come quella autentica » (p. 149); ed è vero che la dittatura commissaria significa unicamente « una eccezione concreta » rispetto alla costituzione formale che viene sospesa « senza cessare, con ciò di rimanere in vigore » (p. 149); ed anzi per Schmitt, « la dittatura difende una determinata costituzione da un attacco che minaccia di sopprimerla » (p. 148). Ma tutto questo implica solo che la dittatura commissaria nasce con un termine nel tempo e con uno scopo definito, di rispristino integrale della costituzione sospesa. Rimane però aperto il problema che solleviamo nel testo. Infatti, anche la dittatura commissaria, pur non mirando a sostituire la costituzione formalmente vigente, presuppone la capacità di giudicare complessivamente quella costituzione, ed in particolare di ritenerla, in una certa fase storica, del tutto inadeguata come « norma di attuazione del diritto ». Quando si decide sulla necessità di una dittatura commissaria, e nel periodo in cui questa dittatura opera, è inevitabile far riferimento ad un 'diritto' — e ad una 'normalità' — violato o non applicato, un 'diritto' che è altro rispetto alla legge ed alla costituzione formale. La differenza tra dittatura commissaria e sovrana non è quella — e Schmitt lo sapeva bene — tra ripristino della costituzione formale e sua eversione, tra mera eccezione di fatto e tentativo d'imporre un nuovo diritto; è piuttosro la differenza tra una situazione nella quale il 'diritto' può essere ricondotto nella vecchia costituzione con un periodo di dittatura commissaria, ed un'aitra situazione nella quale è ormai irreversibile il distacco tra quel medesimo 'diritto', che si trasforma in potere costituente, e quella medesima costituzione. Non è un caso che le due dittature siano appunto tali, appartengano cioè al medesimo *genus*. Ed in effetti, quando si decide per la dittatura commissaria, non si fa altro che inaugurare una situazione che può sboccare nel ripristino integrale della vecchia costituzione, ma può anche evolversi verso la dittatura sovrana: sarà la prassi della stessa dittatura commissaria a decidere se il 'diritto' da tutelare può essere di nuovo contenuto all'interno delle vecchie forme o è destinato a trasformarsi in un nuovo potere costituente.

(55) Vedremo più avanti, soprattutto a proposito della costituzione di Weimar e della problematica del « custode della costituzione », come questa concezione dell'autonomia della prassi e del suo 'diritto', vero e proprio filo conduttore dell'opera giovanile schmittiana per lo meno fino al saggio sulla dittatura del 1921, vada evolvendosi, nel corso degli anni Venti e Trenta, verso una più ampia concezione della costituzione come reale condizione di unità del popolo tedesco. Accanto alle nuove problematiche — che

In definitiva, anche la costituzione, come la legge, può turbare la determinatezza della prassi; e tutta l'elaborazione teorica di Schmitt conduce a concludere che solo dal punto di vista della prassi può essere espresso un tale giudizio sulla costituzione, sulla sua inefficacia, o pericolosità, quale « norma di attuazione del diritto ». Al di là delle prescrizioni formali della costituzione, relative alle modalità con le quali può essere decisa l'instaurazione di una dittatura commissaria — quali siano i poteri costituiti a ciò legittimati, in quali casi può essere attivata —, in realtà è sempre la prassi a mettere in luce la distanza che separa il diritto dalla costituzione medesima, fino al punto limite nel quale si rende necessaria la sua sospensione. Si può allora concludere sul punto.

Il dittatore s'impone perché nella prassi giuridico-costituzionale gli operatori pratici, i giuristi — per Schmitt un certo tipo di giurista, come subito vedremo — hanno ormai verificato fino in fondo l'insufficienza di rimedi puramente correttivi, relativi al 'caso' singolo: è divenuta necessaria la soluzione globale, una *dichiarazione politica* d'inadeguatezza del diritto formale, e una sua conseguente sospensione, senza la quale non è più possibile garantire alcuna 'normalità', alcuna certezza e prevedibilità di quel 'diritto', del quale quei medesimi giuristi si sentono interpreti al di là dello Stato legislativo e della sua costituzione. Sono i giuristi che, attraverso lo strumento della prassi, gradualmente fanno venire alla luce il distacco tra il 'diritto' e la costituzione formale, fino a lavorare sempre più esplicitamente per il primo al di là della seconda, fino a porre il problema politico della necessità di una dittatura commissaria. Non c'è allora un 'soggetto' che ha 'deciso' sulla necessità di un dittatore,

---

esamineremo in seguito — della burocrazia, e dell'elemento plebiscitario, rimane però costante in Schmitt l'attenzione per il ceto dei giuristi, per la teoria e la prassi giuridica. Permane inoltre, direi, l'obiettivo di fondo, dato dalla ricerca di un punto di vista 'giuridico' — l'autonomia della prassi e la sua determinatezza, l'unità del 'popolo' — esterno al diritto positivo vigente, che consente di giudicare quest'ultimo, non tanto sul piano valutativo delle opzioni politiche in esso contenute, quanto sul piano 'obiettivo' della sua conformità alla 'costituzione'. Per l'evoluzione del pensiero di Schmitt sommariamente tracciata in questa nota, appare rilevante il punto di svolta rappresentato da C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig, 1923, 1926.

ma c'è una prassi, diretta dal ceto dei giuristi, che ha sospinto la situazione verso l'approdo dittatoriale.

Si deve ora porre un'ultima domanda. Quali giuristi? La risposta è contenuta ancora nel saggio del 1912, in *Gesetz und Urteil*, non a caso richiamato — come già osservato — nella premessa al volume sulla dittatura. Secondo le indicazioni del 1912, il giurista della prassi doveva decidere con riferimento al « tipo empirico » del « moderno giurista colto ». Ripensiamo ora a tale indicazione nell'àmbito più ampio delle soluzioni costituzionali, e della stessa dittatura. La prassi che fa evolvere la situazione complessiva verso la soluzione dittatoriale, che chiede poi al dittatore di aiutarla a creare le condizioni migliori possibili per l'applicazione del 'diritto', non è intesa come meccanica successione di uffici e competenze: come tale essa non può ambire a recitare un ruolo così rilevante. È invece una prassi che Schmitt vuole, auspica — o crede? —, a partire dal 1912, come una prassi 'colta', nel senso di custode di quel 'diritto' che il legislatore e la costituzione formale, non solo non possono mai catturare definitivamente — da qui la necessaria autonomia della prassi —, ma che addirittura possono minacciare nella sua integrità. È la consapevolezza di questa vera e propria missione che rende il giurista 'colto', che lo eleva dalla condizione di mero mediatore, o mero esecutore, che gli consente di svolgere quel ruolo politico ampio che abbiamo visto a proposito della dittatura commissaria. Il messaggio che Schmitt rivolge alla prassi è allora chiarissimo, sia che si tratti di risolvere un 'caso' singolo, come nel saggio del 1912, o di collaborare ad una più complessiva soluzione costituzionale, come nel caso della dittatura: difendersi dalle invadenze disgreganti del diritto formale, mantenersi fermi nel proprio ruolo di custodi del 'diritto', sentirsi eredi — in una parola — delle grandi tradizioni della scienza giuridica tedesca.

È proprio questo il primo dei legami forti di Schmitt con la tradizione giuridica tedesca, da Savigny attraverso la Pandettistica, fino agli esiti che vedremo. E proprio per lo stesso motivo Schmitt non poteva riconoscersi in nessuno dei due tipi di giurista individuati e proposti da Kelsen: non si sentiva né 'politico del diritto', coinvolto nelle mediazioni e nelle integrazioni tra gli interessi in conflitto, né 'tecnico del diritto', coinvolto nel meccanismo di applicazione della legge, e voleva semplicemente rimanere giurista

secondo il modello della tradizione, *il giurista della tradizione*. Si tratta di un elemento di straordinaria importanza nell'itinerario intellettuale di Schmitt, che continuamente si autorappresentò nei termini sopra indicati di giurista 'colto' — chiedendo anche ai giuristi tedeschi ed europei di essere, o rimanere, tali —, e che certamente guardò alle nuove ardite formulazioni kelseniane come si guarda, dall'interno di un ceto, a chi tradisce una vocazione consolidata dall'appartenenza al ceto medesimo, proponendo di disperdere la missione originaria e tradizionale dei giuristi, di tutela ed attuazione del 'diritto', entro un complesso di mediazioni puntuali e parziali, ricche forse d'implicazioni 'politiche' e 'tecniche', ma nelle quali non si ritrovava più proprio quel 'diritto' che solo il giurista 'colto' poteva conoscere nella sua globalità (56).

Appare allora veramente centrale la conferenza tenuta da Schmitt a più riprese tra il 1943 ed il 1944, dedicata alla « situazione della scienza giuridica europea », un documento di straordinaria rilevanza, non solo per l'itinerario intellettuale del nostro giurista, forse una delle più alte apologie della tradizione giuridica mai scritte nel nostro secolo (57). La scienza giuridica, sulla base dell'esempio paradigmatico di Savigny, è « l'ultimo asilo della coscienza giuridica »: lo è grazie alla grande tradizione europea del diritto romano, che il più recente e strumentale positivismo giuridico ha potuto solo

---

(56) Si potrebbe anche insistere oltre sui tipi di giurista secondo Kelsen e Schmitt, soprattutto attorno al rapporto legislazione-prassi-scienza. Per ragioni di sintesi, si può solo riassumere la questione nei seguenti termini. Mentre per Schmitt i giuristi-operatori della prassi debbono essere il più possibile 'colti', nell'accezione indicata nel testo, mantenendo un colloquio sempre aperto con la teoria del diritto, e nel contempo prestare il massimo di attenzione critica nei confronti della legislazione, per Kelsen, all'inverso, i medesimi giuristi, in quanto tecnici del diritto, e nel momento in cui non lavorano al diverso tavolo della riforma politica del diritto, debbono praticare in concreto la massima solidarietà possibile con il diritto positivo legislativo, e nel contempo rendersi del tutto immuni dalla vecchia illusione di una prassi organicamente guidata dalle elaborazioni teoriche della scienza. Mentre Schmitt rivendica l'autonomia della prassi nei confronti della nuova legislazione politico-sociale, Kelsen rivendica la medesima autonomia nei confronti della vecchia scienza giuridica.

(57) C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44), in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, pp. 386-429.

assai parzialmente sconfiggere (58). La dottrina di Savigny del diritto positivo come diritto 'dato', e non 'posto', del diritto come « ordinamento concreto », è ancora attuale (59); di essa vi è anzi sempre più bisogno in un'età di crescente dissoluzione del diritto positivo statale, non più solo di quello legislativo sotto la spinta dei partiti politici e degli interessi sociali, ma anche di quello amministrativo, nell'àmbito del quale forme giuridiche consolidate di comando si trasformano in meri atti di disposizione o prescrizione — la *Verordnung* si trasforma in semplice *Anordnung* —, lo stesso atto amministrativo, cardine dell'intera costruzione pubblicistico-amministrativa, si trasforma in *Lenkungsakt*, in puro atto-guida, di piano e direzione (60). In questa situazione, la scienza giuridica è chiamata ad attestarsi sull'ultima sponda, da sola « rappresenta l'unità della volontà giuridica di fronte alla pluralità degli egoismi di partito e di fazione »; contro il legislatore coinvolto nel conflitto politico-sociale, può tentare, insieme alla prassi giudiziaria, di mantenere ancora viva « la ragione obiettiva dell'unità politica » (61). È ancora, e di nuovo, la missione del giurista 'colto', dalla quale aveva preso le mosse la riflessione giovanile schmittiana, e che ora si traduce addirittura nell'attribuzione alla scienza giuridica del compito di conservare

---

(58) *Ibidem*, pp. 391 ss., per il ruolo europeo della tradizione romanistica; p. 420: « Die Rechtswissenschaft als letzes Asyl des Rechtsbewusstsseins » si può intendere nel senso che la scienza giuridica è rimasta sola ad essere consapevole di ciò che può essere definito 'diritto'.

(59) *Ibidem*, pp. 408 ss., specificamente su Savigny. L'importanza delle dottrine savignyane nelle elaborazioni di Schmitt sul ruolo del giurista è confermata anche da E. FORSTHOFF, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle, 1940. Sia ben chiaro che, né Schmitt, né Forsthoff propongono una sorta di 'ritorno a Savigny', che anzi soprattutto il secondo tenta di storicizzare, di considerare frutto di un'altra fase storica (pp. 23 ss.); ma l'avversione per certe caratteristiche del diritto positivo del proprio tempo è cosi forte, soprattutto in Schmitt, da far divenire la 'nostalgia di Savigny' una componente essenziale di un progetto preciso di riorientamento della scienza giuridica della metà del secolo ventesimo.

(60) C. SCHMITT, *Die Lage*, cit., pp. 404 ss., per l'analisi della situazione critica della legislazione, estesa — come diciamo nel testo — anche alle forme del diritto amministrativo. Bisogna però ricordare che siamo qui già negli anni Quaranta. Vedremo in seguito come durante tutto il periodo della costituzione di Weimar Schmitt abbia invece distinto il livello arnministrativo da quello legislativo, in ordine al possibile ruolo costituzionale della burocrazia.

(61) *Ibidem*, pp. 402-404.

l'oggettività della ragione politica collettiva. In un altro scritto del 1936, poco noto, dedicato alla discussione dei compiti del ceto tedesco dei giuristi, Schmitt ebbe a scrivere a chiare lettere: « Un popolo, che non ha un ceto dei giuristi, non ha alcuna costituzione » (62). Ciò che equivale a dire: in una situazione storica nella quale i giuristi sono tutti divenuti, o semplici tecnici del diritto, o politici del diritto inseriti nel lavoro di mediazione degli interessi 'particolari', non c'è più 'costituzione', perché non ci sono più i giuristi, che svolgono la loro originaria missione di tutela del 'diritto', di garanzia e custodia dell'unità politica globale contro le dissoluzioni pluralistiche.

Ma Schmitt non mise in luce solo genericamente la funzione del giurista. Si occupò anche di mettere in rilievo l'aspetto specifico che più ci interessa, quello del diritto pubblico. In un saggio del 1940, rivolto ad indagare i fondamenti storici di una disciplina giuridica, il « diritto pubblico generale » (63), il nostro giurista esalta ancora la

---

(62) C. SCHMITT, *Aufgabe and Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, in *Deutsches Recht*, 6, 1936, pp. 181-185, p. 183 per la frase citata nel testo. Consideriamo questo breve saggio, sul quale non possiarno più oltre soffermarci, come fondamentale per l'identità di Schmitt come giurista. Al ceto dei giuristi è affidato globalmente il compito di difendere la *Verfassung* dalle insidie dello Stato legislativo. Sullo sfondo, come nella tradizione tedesca dell'Ottocento, il modello negativo della Francia, che non può dirsi in alcun modo « Stato di diritto, ma Stato legislativo parlamentare con una giustizia ed un'amministrazione vincolata dal comando legislativo statale » (p. 185). Abbiamo tradotto *Rechtsstand* con « ceto dei giuristi », piuttosto che letteralmente con « condizione giuridica », poiché nel contesto di tutto il discorso di Schmitt — cfr. in proposito anche il saggio citato alla nota successiva — il *Rechtsstand*, che può essere inteso anche come *Verfassung*, come « reale ordinamento globale di un popolo » (p. 185) contrapposto ad una condizione di mera legalità formale, trova la sua concretezza politico-istituzionale proprio nell'autonomia del « ceto dei giuristi » dalla prescrizione legislativa. *Rechtsstand* è dunque per noi ben più che uno dei possibili sinonimi di *Verfassung*: indica piuttosto il necessario ordinamento autonomo del ceto dei giuristi, necessario per l'esistenza della 'costituzione' medesima.

(63) C. SCHMITT, *Das « Allgemeine deutsche Staatsrecht » als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, C, 1940, pp. 5-24. Questo saggio mi sembra ingiustamente trascurato anche dagli specialistici dell'opera schmittiana. Proponiamo la sua rilettura senza dimenticare altri, e più noti saggi, sempre rilevanti per il rapporto del nostro giurista con la tradizione giuspubblicistica tedesca, che qui ci limitiamo a ricordare: C. SCHMITT, *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930; C. SCHMITT, *Die Stellung*

funzione svolta nella storia tedesca dalla scienza giuridica, prima con la Scuola Storica sul terreno del diritto privato, e poi — ecco il punto — nel campo del diritto pubblico, sia al livello del diritto pubblico generale, sia, successivamente, del diritto amministrativo (64). Quel che più rileva, ai nostri fini, è l'esistenza, secondo Schmitt, di una linea di continuità tra prima e seconda metà del diciannovesimo secolo, tra diritto privato e pubblico, dalle prime elaborazioni teoriche della Scuola Storica fino alla fioritura della grande scuola amministrativistica alla fine del secolo. La continuità non è certo tematica, e non potrebbe essere altrimenti in un contesto nel frattempo mutato radicalmente, ma attiene al dato, per Schmitt decisivo, del ruolo del giurista. Così come la Scuola Storica aveva voluto sostituirsi al legislatore nel fissare i tratti fondamentali del diritto privato tedesco, così Otto Mayer, quale teorico del nuovo diritto amministrativo, in una situazione di perdurante frammentazione dell'esperienza amministrativa tedesca, al di là della stessa unità politica, aveva elaborato le linee principali del diritto amministrativo comune tedesco: ancora una volta, quindi, la vittoria del positivismo puramente legislativo era solo parziale ed apparente, perché sul terreno decisivo del diritto amministrativo rimaneva integra la funzione creativa della scienza giuridica (65).

In particolare, proprio Otto Mayer rappresentava, agli occhi di Schmitt, un tipo di giurista ben diverso dal tipo ottocentesco di positivista continuamente oscillante tra ossequio normativistico della legge ed esaltazione decisionistica del legislatore sovrano (66). Al

---

Lorenz von Stein in der Geschichte des 19. Jahrunderts, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, LXIV, 1940.

(64) C. SCHMITT, *Das « Allgemeine deutsche Staatsrecht »*, cit., pp. 5-15, per l'esame della tradizione giuridica della prima metà dell'Ottocento; pp. 15 ss., per la giuspubblicistica dopo l'unità nazionale.

(65) *Ibidem*, p. 19: dopo il conseguimento dell'unità nazionale rimaneva aperto per la scienza giuridica ancora un settore nel quale confermare il proprio ruolo tradizionale, lavorando per la « formazione di un nuovo diritto comune tedesco: il diritto amministrativo ». Di notevole rilievo anche le conclusioni di Schmitt. Il nuovo istituzionismo del Novecento, e la stessa dottrina dell'ordinamento concreto, non nascono dal niente nella loro opposizione al positivismo legislativo, ma riprendono il concetto, ben radicato in Germania, di un « diritto comune » costruito dal ceto dei giuristi (pp. 23-24).

(66) Ci riferiamo al tipo di giurista individuato da Schmitt con notevoli accenti

contrario, in lui si riassumevano *le qualità della tradizione*, che quel positivismo aveva solo offuscato, ma non esaurito. Lo stesso primato della legge, al quale Mayer aveva fatto più volte riferimento, veniva espunto dalla lettura di Schmitt, che dell'opera del fondatore della nuova scuola amministrativistica conservava soprattutto l'aspetto di creazione di un nuovo diritto comune tedesco. La ricerca di tale diritto, questa volta non più privato, come all'inizio del secolo, ma pubblico-amministrativo, appare a Schmitt come ricerca di *un'autentica statualità tedesca*, che rende Mayer capace di prendere le distanze dalla passiva sottomissione formalistica alla legge o dalla pura apologia delle volontà dello Stato legislativo parlamentare. Questo tipo di accostamento all'opera di Mayer fu certamente decisivo nell'itinerario intellettuale di Schmitt. In lui si formò la convinzione che al ruolo attivo e creativo della scienza giuridica — il giurista 'colto' del quale abbiamo già discusso — dovesse corrispondere *un'altra statualità*, diversa da quella legislativo-parlamentare, nella quale era giunta a compimento l'età del positivismo ottocentesco. In una parola, alla figura di Mayer quale giurista della tradizione, non allineato con i più recenti dogmi del positivismo legislativo, corrispondeva, nell'ottica di Schmitt, la figura di Mayer quale teorico dello *Stato amministrativo* tedesco: di quest'ultimo aspetto dobbiamo occuparci.

Proprio recensendo *Gesetz and Urteil*, un altro amministrativista tedesco di primo piano, Walter Jellinek, aveva subito notato che la teoria della prassi giuridica di Schmitt del 1912 aveva un precedente, anzi proprio un « percursore », nella teoria del funzionario amministrativo di Otto Mayer (67). L'osservazione era assai acuta, e del tutto esatta, non solo nel senso che anche Otto Mayer teorizzava una certa autonomia dell'esecutivo — nel suo caso amministrativo, mentre Schmitt pensava principalmente alla prassi giudiziaria — di

---

critici in C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del « politico »*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna, 1972, pp. 245-275 (si tratta però di una traduzione solo parziale dell'originale tedesco del 1934).

(67) W. JELLINEK, Recensione a C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, cit., in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXII, 1914, pp. 296-299 per l'accostamento Schmitt-Mayer, e per Mayer come *Vorläufer* di Schmitt per ciò che riguarda l'idea di una necessaria autonomia della prassi, capace di costruire propri criteri giuridici.

fronte alla legge, ma soprattutto perché i due giuristi collocavano, l'uno nella *Rechtpraxis*, l'altro più specificamente nella pubblica amministrazione, la sede più idonea ad un tentativo di conservazione dei caratteri specifici del politico, ormai in via di dissoluzione a livello legislativo-parlamentare.

La teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer e la teoria della prassi giuridica di Carl Schmitt hanno in comune appunto questo: puntano a salvare il *Mehrwert* (68) del politico, anche sotto forma di rinnovata neutralità del potere e certezza del diritto, contro le dissoluzioni pluralistiche, contro il pericolo di una sua dissoluzione nella dimensione associativa propria di uno dei molteplici soggetti dell'ordinamento. Nel saggio del 1935, dedicato alla ricostruzione del termine-concetto « Stato di diritto », Schmitt esplicitamente accosta le teorie di Otto Mayer sulla presunzione di legalità a favore dell'azione statale, sull'immediata esecutorietà degli atti amministrativi, sulla possibilità di costrizione diretta anche senza la forma dell'atto amministrativo, alla sua teoria del 'premio politico' al possesso legale del potere (69): quelle operazioni della pubblica

(68) Per Otto Mayer, cfr. *supra*, nota 23.

(69) C. SCHMITT, *Was bedeutet der Streit um den « Rechtsstaat »?*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XCV, 1935, pp. 189-201, p. 195 per il riferimento diretto ad Otto Mayer. Sul problema dello Stato di diritto, cfr. anche G. KRAUSS-O. VON SCHWEINICHEN, *Disputation über den Rechtsstaat*, Hamburg, 1935, con una introduzione ed un *Nachwort* di Schmitt, dove si pone l'alternativa tra un deciso abbandono della formula « Stato di diritto », legata agli ideali liberali-parlamentari del secolo diciannovesimo, ed una ripresa di quella medesima formulazione da parte della dottrina nazionalsocialista, sul presupposto che si possa ora realizzare finalmente uno Stato di diritto 'autentico', dopo che proprio nel secolo diciannovesimo tutte le potenzialità contenute in quella formula erano state distorte nel quadro dominante suggerito dallo 'Stato legislativo'. In questo saggio, come in altre occasioni, non poche furono, in proposito, le ambiguità di Schmitt, che potrebbero però essere sciolte considerando il nostro problema del rapporto con la tradizione giuridica, tradita dal positivismo legislativo, ed in qualche modo da riprendere con il nazionalsocialismo, secondo la prospettiva già indicata del *Rechtsstand*: cfr. *supra* nota 62, per quanto Schmitt scriveva nel 1936. Non possiamo insistere sul punto. Sono comunque da ricordare anche C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in *Deutsche Verwaltung*, XI, 1934, pp. 34-42; e *Rechtsstaat*, in *NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, München, 1935, pp. 23-32. Per un'interessante testimonianza sulla collocazione di Schmitt come giurista nel quadro della dottrina nazionalsocialista, cfr. C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938.

amministrazione, corrispondenti alle teorie di Otto Mayer, sono possibili, e legittime, appunto perché rappresentano il 'premio politico' spettante al detentore del potere politico, al di là di ogni attribuzione normativistica di specifici poteri giuridici. Questo 'premio' è comprensibile solo nell'àmbito del politico, è anzi ciò che differenzia il politico da ogni altro tipo di potere ed associazione, soprattutto in direzione della sfera contrattuale-privata.

Così, la teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer deve essere presupposta alla lettura del noto saggio di Schmitt, del 1930, sul rapporto tra statualismo e pluralismo. Qui, la critica alle teorie pluralistiche è la critica al tentativo di privare il pubblico del suo 'plusvalore', di ricondurlo nella logica delle associazioni, di mettere in discussione la forza autonoma e cogente degli atti di provenienza politico-statale. Se questa soluzione dovesse risultare vincente, non ne risulterebbe un nuovo 'modello giuridico', diverso da quello tradizionale — come Kelsen pensava —, ma la dissoluzione di ogni modello, perché dall'etica statale si passerebbe inevitabilmente ad una mera etica costituzionale, di affidamento alla costituzione quale norma compositiva dei conflitti politici e sociali, poi al puro ossequio delle regole del gioco, fino alla vigenza di un'unica regola generale — *pacta sunt servanda* —, ed all'approdo ultimo della guerra civile (70). Non è difficile individuare, nella rigida successione proposta da Schmitt, un crescendo inarrestabile della componente associativa-privatistica rispetto a quella statale-pubblicistica che per lui equivale ad una vera e propria dissoluzione del modello politico: la teoria

---

(70) C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralisticher Staat* (1930), in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, 1923-1939, Hamburg, 1940, pp. 135-145. Le formule adoperate da Schmitt, nella successione indicata nel testo, sono: *Staatsethik, Verfassungsethik, Spielregel (*pacta sunt servanda*), Bürgerkrieg*. Per la questione del pluralismo, cfr. anche C. SCHMITT, *Il concetto di « politico »*, in C. SCHMITT, *Le categorie del « politico »*, cit., pp. 101-165, specialmente pp. 123-129 (traduzione della terza edizione tedesca, del 1932). In luogo dei molti lavori che potrebbero essere citati sul punto ricordiamo qui P. PASQUINO, *Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel*, in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, hrsg. C. VON MÜLLER-I. STAFF, Baden-Baden, 1984, pp. 367-380, anche per la letteratura citata; e S. FORTI, *Liberalismo, partiti ed unità politica nell'interpretazione di Carl Schmitt*, in *Il Mulino*, XXIV, 1985, specialmente per le conclusioni (p. 557).

dello Stato amministrativo ha appunto la funzione di contrastare questa tendenza, di mettere in guardia contro tali pericoli.

In questa chiave puo essere riletto anche il saggio del 1932 su *Legalità e legittimità*. A giudizio di Schmitt, « oggi la finzione normativistica di un sistema chiuso di legalità entra in una contrapposizione vistosa ed inevitabile con la legittimità di una volontà realmente esistente e conforme al diritto » (71): c'è quindi un 'diritto' legittimo della prassi — che Schmitt aveva individuato già nel 1912 in *Gesetz und Urteil* —, che trascende la norma legislativa, c'è una volontà politico-statale che mette in moto la pubblica amministrazione, che si esprime negli atti imperativi della burocrazia e non è riconducibile direttamente a norme legislative. « Legalità » e « legittimità » significano in concreto crescente legittimità autonoma del diritto della prassi e del potere amministrativo di fronte alla crisi di legalità dello Stato legislativo parlamentare.

Ma il 'diritto' legittimo della prassi, quel diritto che scaturisce direttamente dall'esistenza di un potere amministrativo operante, non è affatto un'invenzione del Novecento, conseguente alla crisi della legalità formale. Non è uno spazio che si è aperto perché si sono allargate le maglie della legge. Al contrario, è la legge che storicamente si è sovrapposta ad un nucleo forte dello Stato moderno, di natura prettamente amministrativa. Lo Stato moderno si è anzi formato, nei secoli sedicesimo e diciassettesimo, proprio come Stato amministrativo, che grazie al suo apparato burocratico è stato capace di differenziarsi dalle antiche comunità di diritto di stampo medievale (72). La crisi contemporanea della legalità formale ha allora la precisa funzione di far tornare alla luce il nucleo più autentico del potere pubblico-statale, proprio nel momento in cui si assiste ad un nuovo prodigioso sviluppo della burocrazia.

---

(71) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del « politico »*, cit., pp. 211-244, p. 214 per la frase citata nel testo. La traduzione italiana del testo tedesco del 1932 è solo parziale; per l'originale, con interessanti parti non tradotte, relative alla situazione specifica della costituzione di Weimar, cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 263-350, con glosse esplicative.

(72) *Ibidem*, p. 215.

Dopo il crollo della legittimità dinastica del principe assoluto e nella stagione politica novecentesca del governo parlamentare, è necessario però trovare *una nuova legittimazione autonoma* per la burocrazia (73). Essa nasce intanto per Schmitt dalle cose stesse, dalla necessità, nella nuova fase dello « Stato economico », di riconoscere « un valore giuridico positivo al decisionismo », dalla « conformità immediatamente concreta delle misure, provvedimenti e comandi, alle cose » (74). Ma la giustificazione del potere burocratico non può essere di tipo meramente funzionale. Non è sufficiente mettere in rilievo, come già aveva fatto Max Weber, « l'elemento tecnico-razionalistico-avalutativo della macchina di un apparato burocratico principalmente interessato al proprio regolare funzionamento »; la nuova centralità della burocrazia non si legittima solo in termini di efficienza, o di mera razionalità organizzativa, e si deve invece insistere sulla irriducibilità della burocrazia medesima a « mero apparato », sul suo ruolo politico-costituzionale, che la qualifica come « una vera e propria élite nel senso sociologico del termine, creatrice di autorità e di legittimità » (75). E neppure piace a Schmitt la burocrazia francese, ormai travolta dalle vicende costituzionali, ridotta ad una dimensione puramente strumentale (76). La burocrazia alla quale Schmitt pensa non può essere puro strumento, o semplice apparato, o mero complesso di competenze più o meno razionalmente ordinate: ciò che nel presente si deve ricercare è piuttosto una sua *autonoma politicità*, diversa da quella normativisticamente conferitale nello Stato legislativo dalla legge e dal Parlamento. Per la Germania, in particolare, si pone il problema di una burocrazia alla ricerca di una « immediata connessione organizzativa con l'unità nazionale nel suo insieme », problema che può essere affrontato ora in termini nuovi, alla luce della Costituzione di Weimar. Qui esercito e burocrazia hanno trovato « la possibilità di una nuova base nella legittimità plebiscitaria del Presidente dell'Impero eletto dal popolo tedesco », mentre la prassi del diritto d'or-

---

(73) *Ibidem*, pp. 215 ss., per la dichiarata prospettiva di Schmitt di ricerca di una nuova legittimazione autonoma per la burocrazia.

(74) *Ibidem*, p. 217-223.

(75) *Ibidem*, pp. 220-223.

(76) *Ibidem*, p. 221.

dinanza dello stesso Presidente, attivata ai sensi dell'articolo 48, 2 co. , della Costituzione, « realizza già in gran parte lo Stato amministrativo regolamentare » (77). La nuova politicità dell'amministrazione sta dunque nel suo essere organica espressione della « indivisibile omogeneità nazionale », senza la quale le maggioranze parlamentari appaiono solo come violenza di una parte sull'altra, come « l'opposto della neutralità e della obiettività » (78). Senza la burocrazia, che ogni giorno opera per il mantenimento della situazione di 'normalità' non si può avere alcuno 'Stato di diritto', tanto meno è tale quello Stato legislativo parlamentare che abbia travolto la burocrazia medesima nelle lotte politico-costituzionali, riducendola a mero strumento esecutivo delle volontà della maggioranza.

Su questo complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia nella Costituzione di Weimar torneremo in seguito. Per ora preme sottolineare come esso funzioni come vero e proprio antidoto contro la tendenza in atto a dissolvere la specificità del politico entro una rete di rapporti contrattuali di mediazione instaurati tra interessi in conflitto mediante il compromesso partitico-parlamentare. Anche per la via dell'organizzazione costituzionale, e per il tramite decisivo della burocrazia, si ritorna dunque alla teoria del *Mehrwert* del politico, e con essa al decisivo influsso svolto da Otto Mayer sulle elaborazioni teoriche di Carl Schmitt.

Proprio nel saggio del 1932 su *Legalità e legittimità* le soluzioni schmittiane appaiono fondate, anche esplicitamente, sulle dottrine giuridiche amministrativistiche di Mayer. È a partire dalla nota tesi di Mayer, della irriducibilità del potere pubblico statale entro le gabbie normative (79), che Schmitt elabora la sua teoria del « plusvalore politico addizionale », spettante al detentore di quel potere (80). La tesi schmittiana del 'plusvalore politico' nasce direttamente da uno dei fondamentali esiti teorici della dottrina

---

(77) *Ibidem*, pp. 221-222.

(78) *Ibidem*, p. 235.

(79) Aveva affermato Otto Mayer: « Lo Stato è il gigante che si cerca invano di vincolare con le nuove catene della personalità giuridica ». Vedi sul punto O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlangen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, I, Tübigen, 1908, p. 67 per la frase citata.

(80) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 239.

giuridica dell'Ottocento, dalla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer, che qualificava di diritto pubblico quei rapporti giuridici nei quali fosse coinvolto, con la pubblica amministrazione, un soggetto 'superiore' e di diversa 'qualità', appunto dotato di 'plusvalore politico'. È vero che le tesi di Mayer nascevano a loro volta da una serrata critica al dogma della personalità giuridica dello Stato ancora al centro della sistemazione di Jellinek: ed è infatti da qui, da questo filone, che Schmitt riprende la sua critica al formalismo giuridico. Ma è anche vero che la teoria di Mayer non nasce in Germania da una mera importazione del modello francese dello Stato a regime amministrativo. Essa ha invece profonde radici in una tradizione che attinge, da una parte al grande serbatoio della critica allo Stato legislativo inaugurata dalla Scuola Storica, dall'altra alla riflessione compiuta da Hegel su problemi di ordine costituzionale. Hegel e Savigny, tra loro in polemica all'inizio del secolo, vengono a trovarsi entro lo stesso patrimonio teorico, con Mayer e Schmitt. Il secondo, tramite il primo, si ricollega a questa tradizione, e sulla base di essa giudica 'degenerato' quel positivismo legislativo che aveva sacrificato alla legge, ed al legislatore medesimo, non solo le capacità creative del ceto dei giuristi, ma in fondo anche lo 'Stato' stesso, dissolto entro la mediazione politico-partitica.

La connessione Mayer-Schmitt diviene particolarmente evidente quando Schmitt indica in modo analitico i caratteri del « plusvalore politico addizionale ». Questo si concreta in un « triplice premio speciale », che è « attribuito al possesso legale del potere, e consiste nell'esercizio della valutazione, nella presunzione di legalità e nell'immediata esecutorietà » (81): in altre parole, quando Schmitt pensa ai caratteri specifici e differenziali del politico, egli pensa in concreto alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer, atto immediatamente esecutivo perché presunto sin dall'origine come fondato su una corretta valutazione dei fatti e su una piena conformità alla legge. In una situazione di crescente contrattazione dei contenuti della legge, è proprio in questo tipo di amministrazione che si concentra il politico schmittiano, che diviene visibile quel

(81) *Ibidem*, p. 243.

'plusvalore' necessario per l'identificazione del politico medesimo e che sempre meno risulta efficace a livello legislativo-parlamentare. Alla destrutturazione del politico a livello parlamentare corrisponde la sua ristrutturazione e concentrazione a livello amministrativo: è qui che il politico conserva i suoi caratteri fondamentali, con i quali era sorto nell'età dello Stato assoluto, il suo differenziale qualitativo nei confronti delle semplici 'associazioni civili'. La teoria dello Stato amministrativo di Carl Schmitt è così la teoria della conservazione dei caratteri specifici del politico, attraverso uno spostamento di piano del suo nucleo forte, dal Parlamento, ormai ad un passo dalla capitolazione di fronte agli interessi organizzati, alla pubblica amministrazione. La critica schmittiana allo Stato legislativo-parlamentare è nient'altro che la critica ad un involucro istituzionale non più adatto a conservare l'essenza del politico. La scienza giuridica e la burocrazia si alleano in questa opera di conservazione, che tuttavia sarebbe vana senza l'aggancio con le concrete istituzioni dell'età di Weimar, ed in particolare con quei poteri del Presidente, che Schmitt giudicava a fondamento plebiscitario. Ma anche su questo punto, ed ancora una volta, dietro Schmitt sta la dottrina giuridica ispirata da Mayer, e Mayer medesimo, che all'inizio del secolo aveva indicato la necessità di ricondurre tutta la struttura burocratica pubblica al « sovrano al quale spetta l'ultima decisione, ed al quale si riconnette tutta l'attività dello Stato », un'attività che non ha senso senza questa riconduzione verso l'alto, ma anche senza la continua presenza di uno scopo fondamentale che è quello « di creare e conservare unità di popolo » (82).

---

(82) O. MAYER, *Die Juristische Person*, cit., p. 47. Anche in Schmitt, come in Mayer, alla ricerca del detentore della « ultima decisione » corrisponde la ricerca della « unità di popolo », come meglio vedremo in seguito. Schmitt propose questa prospettiva della « unità » anche sotto il profilo del « diritto comune tedesco » come creazione storica del ceto dei giuristi: cfr. *supra* i saggi citati alle note 62 e 63, anche con riferimento diretto (nota 65) all'opera di Otto Mayer come giurista del nuovo diritto comune, amministrativo tedesco; e inoltre C. SCHMITT, *Über die zwei grossen « Dualismen » des heutigen Rechtssystems*, in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 261-271, dove affiora addirittura una certa adesione di Schmitt al modello storico di « diritto comune » proprio dell'esperienza inglese, nella consueta contrapposizione con il positivismo legislativo. Ancora più netto è il richiamo all'Inghilterra in C. SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, cit., p. 185. Bisogna però chiarire che tale

Questa è la burocrazia di Schmitt, e su questo sfondo si muove il complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia, cui già abbiamo fatto riferimento, e che certamente si trova alla base della polemica con Kelsen del 1931 su « Il custode della Costituzione » (83). Nella proposta kelseniana di un controllo di costituzionalità su base giurisdizionale, Schmitt vedeva il frantumarsi stesso della costituzione in una serie indefinita di problemi e controversie, l'attivazione di una prassi che conduceva gli individui e le parti sociali a ricercare fondamenti 'costituzionali' alle loro pretese, la

---

richiamo costituisce più che altro un supporto polemico per le argomentazioni di Schmitt dirette contro il positivismo legislativo; mentre non vi è traccia, nel complesso dell'opera del nostro giurista, di un'adesione ai contenuti propri dei modelli costituzionali ed amministrativi di stampo anglo-americano, che sembrano più vicini alle prospettive teorico-giuridiche, e politiche, di Hans Kelsen.

(83) Le scarne annotazioni che seguono nel testo non puntano certo ad esaurire il vasto campo di problematiche implicite nella contrapposizione Kelsen-Schmitt sul « custode della costituzione ». Sarà omessa in particolare una discussione specifica del concetto di 'giurisdizione costituzionale', che pure per altro verso riterrei essenziale, proprio sul piano della teoria costituzionale. Per il tempo storico della disputa Kelsen-Schmitt, vedi G. ZARONE, *Crisi e critica dello Stato, Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli, 1982; orientati più da vicino al dibattito politico-giuridico sono i saggi di R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, introduzione a H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978, e di A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, introduzione a O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982; con riferimento ancor più diretto al costituzionalismo dell'età di Weimar, tra i molti titoli a disposizione, ricordiamo M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, CII, 1977, pp. 161-209; R. GRANER, *Die Staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik*, Freiburg, 1980; ed anche, per certi aspetti, K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München, 1983; per la ricostruzione delle istituzioni, soprattutto amministrative, dell'età di Weimar, è ora disponibile il volume quarto della *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, dedicato a *Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*, Stuttgart, 1985. Sulla polemica Schmitt-Kelsen su « il custode della costituzione », è naturalmente da ricordare ancora il saggio di P. PETTA, *Schmitt*, cit., a n. 2; mentre per il periodo 1900-1918, si può ora vedere la sintesi di F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 ed il 1918*, Milano, 1985.

riduzione di tutta la dinamica pubblicistica ad un'enorme contrattazione diffusa sui contenuti 'autentici' della costituzione medesima.

Non è dunque per questa via, di una presunta rigidità della costituzione garantita con mezzi giurisdizionali, che si deve ricercare quel 'punto fermo' nel quale può essere collocata la figura del custode. Tutta l'impostazione di Schmitt spingeva piuttosto nella direzione che già conosciamo, verso l'approdo ad una burocrazia capace di rappresentare il necessario momento della 'obiettività' istituzionale. Ma la burocrazia da sola non può arginare lo Stato dei partiti, può « esercitare il suo effetto neutralizzante, ma non può decidere e governare in senso proprio » (84). È necessario dunque collegarla con un centro politico capace di decidere, che non si risolva in mera resistenza negativa contro le invadenze di partito, ma che sia attivamente consapevole del proprio ruolo di « oggettività indipendente » (85). Questo è dato dal Presidente, con la sua legittimazione plebiscitaria, e con l'esercizio dei suoi poteri, sia ordinari che straordinari, questi ultimi derivati dal noto art. 48 della Costituzione. Perché l'elezione del Presidente debba sottrarsi necessariamente alle deprecate mediazioni partitiche dominanti nel Parlamento, rimane inspiegato. Ma tutta la costruzione di Schmitt rimane fondata su questo mito, sulla contrapposizione tra unità del popolo nel plebiscito e sua divisione partitica nelle elezioni dei rappresentanti al Parlamento. Solo tenendo ferma questa contrapposizione presupposta, è possibile affermare che il Presidente ha il compito di salvare la costituzione « di fronte ad un pluralismo anticostituzionale » (86). Egli svolge tale funzione collegandosi direttamente con la

---

(84) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, pp 156-157 (tr. it. del saggio del 1931, ristampato nel 1969).

(85) *Ibidem*, p. 176. Per il ruolo storico della burocrazia quale « ceto portatore dello Stato », da risvegliare politicamente dopo il periodo di annichilimento conseguente alla vittoria del positivismo giuridico-legislativo, sono di grande rilievo parecchie delle pagine contenute in C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in *Principii politici del nazionalsocialismo* a cura di D. CANTIMORI, Firenze, 1935, pp. 175-231, specialmente pp. 208-212 (tr. italiana del saggio tedesco del 1932).

(86) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 199. Sulla prospettiva del Presidente che 'salva' la costituzione, evidentemente secondo lo schema della dittatura commissaria, cfr. *supra*, note 54 e 55. Ne riparleremo in seguito, quando capiremo conclusivamente quale costituzione il Presidente sia chiamato a 'salvare', secondo l'impostazione complessiva di Schmitt.

burocrazia: la soluzione di Schmitt si fonda esplicitamente sulla combinazione degli artt. 129-130 della Costituzione, che definivano i funzionari pubblici « servitori della collettività », con l'art. 46, con il quale si stabiliva che gli impiegati del *Reich* venivano nominati dal Presidente.

In quest'ultimo atto, Schmitt vedeva l'organico riconnettersi della burocrazia, contro le istanze di partito provenienti dal Parlamento, alla legittimazione plebiscitaria del Presidente, che da lui, tramite l'art. 46, si trasmetteva alla burocrazia medesima (87). È in questo complesso costituzionale Presidente-burocrazia che è allora possibile ricercare « un'istanza indipendente, senza la quale non può esserci nessun custode della costituzione » (88). Ma soprattutto Presidente e burocrazia rappresentano « di fronte al sistema parlamentare l'autonomia del sistema plebiscitario introdotto dalla Costituzione » (89): c'è dunque, a partire da questa interpretazione della Costituzione, una politica parlamentare-plurale-partitica, ma anche, nella sua autonomia, una politica contrapposta, orientata in senso statale-popolare-plebiscitario. L'oggettiva indipendenza ed autonomia del Presidente e della burocrazia ha dunque un solo vero fondamento, il plebiscito, nel quale si ritrova « la totalità dell'unità politica » contro i « raggruppamenti pluralistici della vita economica e sociale »; e dunque solo il Presidente e la burocrazia possono costituire « un contrappeso al pluralismo dei gruppi di potere sociale ed economico », e così « difendere l'unità del popolo come totalità politica » (90).

---

(87) *Ibidem*, pp. 227-231, con riferimento diretto agli articoli della Costituzione di Weimar citati nel testo.

(88) *Ibidem* p. 229.

(89) *Ibidem* p. 237. Di rilievo in questo ambito, per ciò che riguarda l'interpretazione delle norme costituzionali, C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Berlin-Leipzig, 1927.

(90) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 239-242. Non è possibile qui, per evidenti ragioni di sintesi, procedere ad un'analisi dettagliata di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984 (tr. italiana dell'opera del 1928), che certamente presuppone la centralità di questa figura della « unità del popolo come totalità politica ». Ricordiamo comunque p. 168: « Prima di qualsiasi norma c'è l'esistenza concreta del popolo politicamente unito »; p. 271: « Stato è un determinato *status* di un popolo, e

Kelsen osservò acutamente che alla fine, con Schmitt, questa unità del popolo tedesco diveniva la costituzione stessa, ai di là delle norme formalmente vigenti sulla base della Costituzione di Weimar. La costituzione di Schmitt è in realtà una « situazione » — *Zustand* — che è appunto la situazione dell'unità del popolo tedesco (91). Il Presidente e la burocrazia, grazie alla fondamentale figura del

---

precisamente lo *status* dell'unità politica »; p. 301: « lo Stato non si basa quindi sul contratto, ma sull'omogeneità e l'identità del popolo con se stesso »; p. 358: « L'idea dell'unità politica dello Stato deve essere difesa per mezzo dell'art. 130 cost. con l'aiuto di una garanzia istituzionale legislativo-costituzionale di fronte ad una dissoluzione politico-partitica », con riferimento all'art. della costituzione di Weimar, di cui *supra*, nota 87; e pp. 171 e ss., dove un'integrale normativizzazione e giurisdizionalizzazione del diritto pubblico, con conseguente eliminazione della componente propriamente politica dell'unità del popolo riflessa nello Stato, viene vista come declassamento del diritto pubblico medesimo a materia contrattabile da parti tra loro in conflitto, con conseguente perdita di ogni dimensione 'sostanziale' della costituzione. Su alcune di queste problematiche si appuntano le riflessioni di E. CASTRUCCI, *Le forme della costituzione politica. Appunti per una lettura della Verfassungslehre di Carl Schmitt*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXIII, 1986, pp. 196-235.

(91) H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, (1930-31), tr. it. in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 231-291, pp. 288-289 per un riferimento più diretto a quanto riportato nel testo. È da notare che questo è il filo conduttore della critica di Kelsen a Schmittt e non quello, che non fu in realtà mai proprio di Kelsen, della 'norma' contro la 'decisione' — nel nostro caso del Presidente, che 'decide' di sospendere alcuni articoli della Costituzione ai sensi dell'art. 48 —; ciò che Kelsen critica non è l'esplicazione di un potere di decisione privo di una corrispondente autorizzazione normativa, poiché, in questo caso, si ha appunto il fondamento dei poteri dei Presidente nell'art. 48 della Costituzione, quanto il fatto, che, secondo Schmitt, in questo modo il Presidente si erge a 'custode della costituzione': in ciò era contenuta per Kelsen un'inaccettabile sovradeterminazione ideologica non fondata sul diritto positivo, che non poteva non muovere da un concetto di 'costituzione' — appunto la necessaria unità del popolo tedesco — elaborato all'esterno del diritto costituzionale positivamente vigente, e ad esso polemicamente contrapposto. Come vediamo, siamo ben lontani dallo schema 'norma' — 'decisione' o 'governo delle leggi' — 'governo degli uomini', nel quale sembrano essere cadute gran parte delle ricostruzioni tentate in proposito: lamenta giustamente la circostanza, anche per ciò che riguarda la riflessione italiana, F. FERRAROTTI, *Introduzione* a G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Bari, 1986 (tr. italiana di G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception*, Berlin, 1970). A me pare che vi sia comunque una ricerca che ha colto nel segno, sfuggendo, anche in termini di teoria generale, dalle artificiose contrapposizioni sopra indicate: mi riferisco a A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli, 1979, del quale si veda ora anche *Il diritto fra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1987.

plebiscito, sono in effetti *i custodi di tale costituzione* — che noi potremmo definire 'materiale' —, che operano servendosi anche di alcune delle norme contenute nella costituzione formale. Alla fine, dunque, tutta la costruzione di Schmitt rinvia a *quest'altra costituzione*, solo parzialmente contenuta in quella formale, che tollera quest'ultima solo fino a quando non è da essa minacciata. Quella costituzione — come 'vera' costituzione — è in gioco ed in pericolo sotto la spinta degli interessi parziali organizzati, e deve essere custodita da Presidente e burocrazia. La costituzione formale di Weimar rimane invece sullo sfondo: è *valida* fin quando è *adatta*, sulla base della proclamata autonomia dell'elemento plebiscitario, a difendere la costituzione 'materiale', il *Zustand* di necessaria unità del popolo tedesco (92).

La costruzione di Schmitt è inoltre in piena continuità con i saggi giovanili, a partire da *Gesetz und Urteil* del 1912, si riannoda tutta attorno alla necessità di legittimare un 'diritto' diverso da quello formale-legislativo, che può essere, ora quello che si esprime nella decisione giudiziaria fondata su propri autonomi criteri giuridici, ora quello che si riflette nell'esistenza stessa di una pubblica amministrazione in sé legittimata, ora quello che è insito nell'ordinamento concreto di un dato popolo. Ma soprattutto la critica di Schmitt al positivismo legislativo è figlia di quella grande tradizione giuridica tedesca che nel corso dell'Ottocento aveva costantemente tenuto insieme ruolo autonomo e creativo della scienza giuridica e prospettiva costituzionale di organica connessione di Stato e 'popolo'. Di fronte a questa tradizione, che — come abbiamo visto — la

---

(92) Questa considerazione, che scaturisce da tutto il contesto dell'opera di Schmitt (cfr. *supra*, nota 55), appare assolutamente preliminare rispetto ad ogni altra valutazione sulla 'fedeltà' alla Costituzione di Weimar di un giurista come Schmitt medesimo. In particolare, mi sembra che l'analisi di G. SCHWAB, *Carl Schmitt*, cit., specialmente pp. 60 ss., attraverso una troppo rigida distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana (cfr. *supra*, nota 54), sia un po' troppo condizionata dalla necessità di dimostrare che comunque non vi fu, da parte di Schmitt, alcun 'sabotaggio' della Costituzione di Weimar. Si condividono però alcune delle critiche rivolte da Schwab (pp. 207-208) ai lavori di J. FIJALKOWSKI, *Die Wendung zum Führerstaat: Ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Köln, 1958; e di P. SCHNEIDER, *Ausnahmezustand und Norm: Eine Stadie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgart, 1957.

scuola amministrativistica aveva saputo risvegliare, l'arida trattatistica di diritto pubblico di fine secolo appariva come breve parentesi, destinata a chiudersi ora che i problemi politici, nella travagliata età di Weimar, tornavano ad essere pressanti, ora che si doveva decidere per la costituzione 'materiale' data dalla sostanziale unità del popolo tedesco, o contro di essa, e quindi per la fine — secondo Schmitt — di ogni prospettiva autenticamente politica. Quella unità si difendeva ora con strumenti nuovi, non più circoscrivibili entro l'àmbito, tradizionalmente definito, di quel ceto dei giuristi 'colti', del quale pure Schmitt si sentiva pienamente erede. Si trattava ora di affidare quella medesima missione all'elemento plebiscitario, colto nella sua autonomia anche all'interno della Costituzione di Weimar, ed al prodigioso sviluppo dell'elemento burocratico, per il quale Schmitt, con Otto Mayer, ricerca una legittimazione autonoma, tale da introdurre nel politico sufficienti antidoti contro le dissoluzioni pluralistiche, tale da mantenere fermo nel politico medesimo, proprio per il tramite del nuovo diritto amministrativo — congiunto appunto con la componente plebiscitaria del popolo unito —, il suo plusvalore, la sua differenza qualitativa di fronte alle articolazioni organizzate della società 'economica' borghese.

Su questi tre fondamentali punti — necessaria unità storica e politica del popolo tedesco come 'vera' costituzione, ruolo centrale del ceto dei giuristi, non ridotto a compiti di pura mediazione politico-sociale, o meramente tecnico-giuridici, necessaria conservazione del plusvalore politico tramite il nuovo primato del diritto pubblico-amministrativo e della componente plebiscitaria — *Schmitt è il giurista della tradizione*. Ed è invece Kelsen, a partire dai suoi *Hauptprobleme* del 1911, a proporre un'ipotesi di cesura radicale rispetto a quella tradizione: la dissoluzione di ogni mito di necessaria unità, di ogni sostanzialismo giuridico o etico-politico, il superamento pieno della figura ottocentesca del giurista-scienziato, o del giurista custode del 'vero' diritto, o comunque di un 'diritto' diverso da quello positivo, ed infine la proposta di un diritto pubblico ed amministrativo, orientato da una logica di tendenziale parità tra soggetti pubblici e privati.

4. La storia oltre Kelsen e Schmitt è ancora da scrivere. Nel senso che non è affatto chiaro quale delle due prospettive abbia

dominato la cultura giuridica del Novecento, quale delle due, soprattutto, abbia costituito il necessario riferimento ideale per quelle generazioni di giuristi che hanno concorso a precisare le nervature, ed i modi di azione, del potere pubblico fino ad oggi (93). Certo, Kelsen sembra essere, per molti versi, più vicino a noi. I fatti stessi sembrano dargli ragione: le trasformazioni complessive intervenute, le operazioni che in concreto oggi i giuristi compiono, il tipo di diritto pubblico che abbiamo, il tipo di rapporto che si è instaurato tra politica ed interessi organizzati. Ciò non significa, però, che su queste trasformazioni, che attraversano tutto il nostro secolo, i giuristi abbiano lavorato, o lavorino, con gli strumenti indicati da Kelsen. Si può, al contrario, pensare alla *riconferma della tradizione* come ad una delle problematiche fondamentali della cultura giuridica del Novecento. Anzi, tanto più i giuristi si immergevano — vorrei dire a causa del loro mestiere — nella complessa e fitta rete di mediazioni organizzate stratificatesi attorno al politico, tanto più cresceva in loro, più o meno palesemente, più o meno consapevolmente, la nostalgia per i modelli della tradizione, per una dimensione più 'nitida', o 'pura', della politica e del diritto, per un ruolo più ampio della cultura giuridica. Tanto che ancora oggi, proprio

---

(93) Sull'influenza svolta da Kelsen e la sua scuola, ved N. ACHTERBERG, *Die reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Einfluss der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien, 1978, pp. 7-54; N. ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 27, 1974, ora in *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*, Berlin, 1980, pp. 51-72. La sostanziale ininfluenza delle prospettive kelseniane nella cultura giuridica italiana della prima metà del Novecento è ora documentata da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986. Non mi sembra, infine, che le più recenti ricerche di storia della scienza del diritto amministrativo — sulle quali cfr. M. FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII, 1984, pp. 591-639 — abbiano adeguatamente messo in luce l'influsso svolto dalle teorie di Schmitt nell'ambito giuridico-amministrativistico; in particolare è tutto da studiare il profondo nesso che lega Ernst Forsthoff a Carl Schmitt, ricordando che il primo svolse negli anni Trenta un ruolo decisivo nell'approccio dei giuristi alle tematiche dell'amministrazione intesa come attività di distribuzione ed organizzazione di servizi e prestazioni. Qualche spunto in proposito si trova in I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, cit., pp. 71-80. Su Forsthoff, si vedano inoltre le pagine di B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 274 ss.

perché si va scoprendo che lo Stato moderno è in realtà divenuto — o è sempre stato? — una grande rete di prestazioni e di servizi, un insieme articolato di compromessi e mediazioni, si avverte l'esigenza di ricercare altrove la sede di un politico in sé fondato, di un'autentica capacità di 'decisione' (94): ancora una volta, come già per Schmitt, *un altro 'diritto'*, non riducibile nelle forme 'ordinarie' della normazione. Si potrebbe dire: tanto più i fatti danno ragione a Kelsen, tanto più si torna a riproporre Schmitt. È importante però ora sapere che con Schmitt ci vengono di fatto riproposti i modelli della tradizione giuridica: da una parte il diritto privato dello

(94) Per quanto riguarda l'opera di Schmitt, il riferimento obbligato è naturalmente a C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del « politico »*, cit., pp. 29-86 (tr. italiana della seconda edizione tedesca, del 1934; prima edizione del 1922), con la celebre discussione su « sovranità » e « stato di eccezione », e con le note critiche al tentativo di Kelsen di eliminare radicalmente proprio il concetto di « sovranità » (pp. 47 ss.). Tra le molteplici letture odierne, alle quali ci riferiamo nel testo, la più nitida è certamente quella di G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. DUSO, pp. 41-47, dove la prospettiva indicata per la scienza politica contemporanea, pur muovendo dal giusto riconoscimento dei forti legami di Schmitt con la cultura giuridica tradizionale (p. 42) — da qui il titolo: « Oltre Schmitt » —, in realtà rimane dentro l'ambito teorico-culturale del giurista tedesco, solo spostando i termini dell'analisi: una volta « scoperto » che lo Stato è un « complesso di prestazioni, di servizi, un gigantesco insieme di rapporti contrattuali » (p. 44) — ciò che, ovviamente, mai Schmitt avrebbe ammesso —, si ricerca altrove la 'politica', in territori sconosciuti a Schmitt, ma seguendo la medesima ispirazione che spinse il giurista tedesco a fuggire dal 'pluralismo anticostituzionale' dell'età di Weimar per ricercare altrove i caratteri specifici del 'politico'. Ora come allora, ciò che non si vuole abbandonare è l'idea che il 'politico' — sia esso o meno equivalente con lo Stato — si trovi fuori, e non dentro, la grande rete dei 'rapporti contrattuali'. In questo senso, la proposta di Miglio può essere considerata in chiave di ultima, e più raffinata, riproposta di quella 'tradizione' alla quale ci siano costantemente riferiti nel testo. Di essa si vuole conservare una convinzione fondamentale: che il 'politico', in quanto potere 'decisionale', possieda 'qualità' e 'proprietà' diverse da quelle che caratterizzano l'azione degli individui, dei gruppi e delle associazioni, nell'ambito 'privato', nella dimensione 'ordinaria' del contratto-scambio. Naturalmente, si può sostenere che ancora oggi queste 'proprietà' non siano conosciute a causa degli occultamenti ideologici del passato, e che compito dello studioso di cose politiche sia indagare su di esse, con un approccio di tipo 'realistico'. Bisogna però sapere che, su questa via, si è già scartata preliminarmente una possibile soluzione, in modo certamente non avalutativo; si è cioè già rifiutata l'idea che il 'politico' sia dentro la rete dei 'rapporti contrattuali', non possieda alcuna 'proprietà' che lo renda diverso da ciò che gli uomini 'ordinariamente' costruiscono e realizzano, dentro o fuori il vecchio 'Stato moderno'.

scambio e della mediazione, sia esso contenuto o meno nello Stato, dall'altra la politica 'pura', erede dello Stato amministrativo schmittiano. I modelli della tradizione hanno sempre il fascino della semplicità. Per chi crede ancora al diritto pubblico, prima complicazione interposta tra 'puro' scambio e 'pura' politica, la critica alla tradizione inizia ancora oggi da Hans Kelsen.

3.

DOTTRINA DELLO STATO-PERSONA E DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE. COSTANTINO MORTATI E LA TRADIZIONE GIUSPUBBLICISTICA ITALIANA

1. Premessa. — 2. La tradizione giuspubblicistica italiana di fronte alla edificazione del regime fascista. Il perdurante primato dello Stato-persona. — 3. I giuristi del regime di fronte alla tradizione giuspubblicistica italiana. Critiche e proposte di revisione. — 4. Una nuova dogmatica per un nuovo diritto pubblico. Le soluzioni di Costantino Mortati: funzione di governo, indirizzo politico e legge costituzionale. — 5. Il compimento del costituzionalismo di Mortati: la dottrina della costituzione in senso materiale. — 6. Oltre il regime, e verso la democrazia repubblicana. Qualche considerazione conclusiva.

1. Discutere del rapporto di Costantino Mortati con la tradizione giuspubblicistica italiana (1) significa di necessità discutere di alcuni dei principali caratteri di quella tradizione, e soprattutto, nel nostro caso, dei suoi esiti nel corso degli anni Trenta, quando Mortati maturò le sue scelte fondamentali, tra il saggio di esordio dedicato nel 1931 a *L'ordinamento del governo del nuovo diritto*

(1) Di 'tradizione' si parla qui con riferimento al ceto professionale dei giuristi, e quindi ad una definita comunità scientifica, che a noi interessa per il settore specifico del diritto pubblico, costituzionale ed amministrativo, ed al livello specifico dei testi di dottrina, di stampo accademico ed universitario. Allo stato attuale della ricerca storiografica, appare ormai indubitabile il fatto che esistesse una 'tradizione' — ovvero un complesso di convinzioni scientifiche medie, generalmente accettate dalla comunità dei giuristi di diritto pubblico — formatasi in Italia tra Otto e Novecento, con la quale si era obbligati a fare i conti nel tentativo di spiegare e sistemare le novità istituzionali degli anni Venti e Trenta: vedi sul punto il lavoro di P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

pubblico italiano e la celebre *Costituzione in senso materiale* del 1940.

Si deve per altro subito precisare che non è nostro intento esaminare la giuspubblicistica italiana degli anni Trenta nel suo complesso; intendiamo piuttosto fare luce su un punto specifico, per quanto cruciale, che è quello dell'incontro-scontro tra la tradizione giuspubblicistica maturatasi nel corso dell'età liberale e le trasformazioni politico-istituzionali degli anni Venti e Trenta, nell'àmbito delle quali centrale appare la questione della nuova forma di governo, della progressiva costruzione del regime fascista sul piano istituzionale (2). È appunto in questo contesto storico che assume particolare rilevanza la specifica risposta dettata sul piano teorico-concettuale da Costantino Mortati.

Non si devono poi nascondere due necessarie implicazioni della problematica che abbiamo posto. In primo luogo, il rapporto tra una tradizione dottrinale affermatasi nella stagione politica liberale ed il regime fascista non può non essere parte di una questione storiografica più ampia, quella del rapporto storico tra lo Stato liberale e quel medesimo regime. È noto infatti come da qualche tempo alle tesi militanti della 'rivoluzione fascista' e del 'colpo di Stato', rispettivamente di parte fascista ed antifascista (3), si sia andata sosti-

---

(2) I dati principali di tale processo costruttivo, e non solo questi, in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965; in L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI (1967), pp. 887-902; ed in C. PAVONE, *Il regime fascista*, in *La storia*, vol. IX, Torino, 1987, pp. 201-221. Non si potranno poi dimenticare le opere storiografiche di sintesi come G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, vol. IX, *Il fascismo e le sue guerre 1922-1939*, Milano, 1981; R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, II, *L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, 1968; A. LYTTELTON, *La conquista del potere. Il fascismo dal 1919 al 1929*, Bari, 1974; e D. VENERUSO, *L'Italia fascista (1922-1945)*, Bologna, 1981.

(3) Per le dottrine della 'rivoluzione fascista', vedi più avanti, al paragrafo terzo. Per la tesi del colpo di Stato e della illegalità sistematica e programmata, vedi soprattutto P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), in *Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Bologna, 1974, pp. 57 ss. (nello stesso volume le tesi di Calamandrei sono contestate da P. UNGARI, *Ideologie giuridiche e strategie istituzionali del fascismo, ibid.*, pp. 57 ss.). Per i testi classici dell'antifascismo militante, si deve comunque fare riferimento a F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1926), Firenze, 1946, con introduzione e note dello stesso Calamandrei; ed a S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista* (1929), Venezia, 1983, a cura e con introduzione di A.

tuendo un'interpretazione più equilibrata, che punta a valorizzare, accanto agli indiscutibili momenti di rottura sul piano costituzionale, anche gli elementi di continuità con lo Stato liberale (4). Non v'è dubbio che lo studio di una consolidata tradizione dottrinale di stampo liberale, còlta nel suo rapporto con la costruzione del regime fascista, possa portare — come speriamo — ulteriori elementi di chiarificazione alla accennata problematica storiografica generale del rapporto storico tra Stato liberale e regime fascista.

In secondo luogo, è necessario mettere in luce come gli anni Trenta rappresentino in Italia per la dottrina costituzionale una fase storica di grande fervore intellettuale, nel corso della quale la definitiva messa a nudo di un notevole invecchiamento di molte delle precedenti costruzioni teoriche s'intreccia con affannosi tentativi di rinnovamento, più o meno consapevoli sul piano teorico, più o meno formalizzati, più o meno legati alla contingenza storica del regime fascista. La nostra impressione è quella di trovarci di fronte ad un brusco ed ampio processo di selezione delle opzioni dottrinali e teoriche, cosicché solo alcune di esse, né troppo legate alle antiche presunte armonie dello Stato liberale, né troppo compromesse con il discorrere politico-ideologico sulla 'rivoluzione fascista', saranno in grado di rivolgersi al futuro, e di essere direttamente influenti, dopo la caduta del regime, sulla nuova codificazione costituzionale

---

Pizzorusso, per noi assai interessante in quanto direttamente riferita al valore delle tesi di Trentin nel quadro dello sviluppo storico della giuspubblicistica italiana. Del medesimo autore, si veda anche S. TRENTIN, *Politica e amministrazione. Scritti e discorsi 1916-1926*, a cura di M. Guerrato, Venezia, 1984; ID., *Antifascismo e rivoluzione. Scritti e discorsi 1927-1944*, a cura di G. Paladini, Venezia, 1985; ed ID., *Federalismo e libertà. Scritti teorici 1935-1943*, a cura di N. Bobbio, Venezia, 1987. Su Trentin, si veda anche F. BENVENUTI, *Silvio Trentin giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pp. 1732-1744.

(4) Non v'è dubbio che tutta la ricerca sulle istituzioni del regime fascista — vedi *supra*, nota 2 — muova in questa direzione. Alla problematica storica del nesso Stato liberale-regime fascista è poi collegata l'indagine sui caratteri del nostro liberalismo ottocentesco, non di rado chiamando in causa anche una certa vocazione autoritaria della stessa giuspubblicistica: esemplare in questo senso il libro di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Per riferimenti più generali, ma anche per più puntuali osservazioni, vedi N. TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Milano, 1973; e R. VIVARELLI, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, Bologna, 1981, spec. pp. 25 ss.

repubblicana. È evidente che anche da questo punto di vista pensiamo ancora una volta all'opera giuridica di Costantino Mortati.

Così, in ultima analisi, studiare l'opera mortatiana significa, non solo — come dicevamo all'inizio — studiare gli esiti teorici della tradizione giuspubblicistica italiana durante il fascismo e di fronte al fascismo, ma anche, proprio attraverso Mortati, la trasformazione di quella tradizione, in vista di un nuovo tempo storico che sarà anche quello della Costituente repubblicana. In definitiva, a noi interessa Mortati perché interessa questo decisivo punto di snodo, che segna la sconfitta — vedremo in quali termini — di una certa tradizione dottrinale, ma anche la sua riconferma mediante un travagliato processo di trasformazione, che porterà all'attenzione dei giuristi nuove problematiche costituzionali destinate ad *attraversare* la Costituente repubblicana per giungere fino ad un nostro passato davvero assai vicino. È inutile qui anticipare quali saranno da questo punto di vista i momenti teorici decisivi, ma è evidente che la trasformazione dell'eredità dottrinale si svolge tutta di necessità nelle zone che più essa aveva lasciato in ombra nel corso dell'Ottocento e dell'età giolittiana: viene così in primo piano la dottrina del governo e dell'indirizzo politico, la dottrina del partito e del suo rapporto con lo Stato, ed in fondo, in via di sintesi, la stessa *dottrina della costituzione* nel suo complesso, prima negata ed assorbita nella dominante trattazione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità. Ma prima di discutere di tutto questo, ed in particolare delle specifiche proposte teoriche di Mortati, è necessario capire più da vicino quali interpretazioni del fascismo come regime fossero fornite, non solo dai giuristi più vicini alla tradizione, ma anche dai giuristi più vicini al fascismo militante, poiché — come vedremo — Mortati costruirà la propria originale posizione, ed in definitiva la propria fortuna teorica, proprio rifiutando una totale adesione alle soluzioni degli uni e degli altri. Egli sarà, in una parola, ardito innovatore di fronte alla tradizione, ma sarà anche rigorosamente e sistematicamente *giurista della tradizione* di fronte ai teorici del primato della 'rivoluzione fascista' e del partito come suo sovrano ed originario soggetto storico. Anzi, si può fin d'ora affermare che il merito principale di Mortati fu quello di aver intuito la necessità di lavorare in questo spazio teorico compreso tra 'tradizione' e 'rivoluzione', in uno spazio che ai più apparve senz'altro in un primo

momento angusto ed impraticabile. Egli fornì davvero un contributo formidabile in questa direzione, ed è in buona parte grazie alla sua opera che risulta impossibile esaurire la complessità del dibattito costituzionalistico degli anni Trenta secondo la duplice linea di una sterile e stanca ripetizione dei contenuti della 'tradizione', e di una triste e confusa apologia dei contenuti della 'rivoluzione'. Fu ponendosi tra gli uni e gli altri, e prendendo dagli uni e dagli altri quanto più serviva per la costruzione dogmatica di un nuovo diritto pubblico, che Mortati operò guardando al futuro, proponendosi così, in piena coerenza e con assoluta naturalezza, nella prima e più rilevante schiera dei nostri padri costituenti.

2. Il dibattito costituzionalistico che si svolse in Italia a partire dalla seconda metà degli anni Venti ebbe al suo centro la questione della forma di governo. In una parola, si trattava di valutare quale forma di governo fosse scaturita dalla legislazione fascista del periodo 1925-1928 (5). Fornire una coerente risposta a questo problema era però impossibile senza presupporre una certa idea dello sviluppo storico-costituzionale italiano dall'Unità allo stesso fascismo, quindi senza puntare ad una più ampia definizione del ruolo storico del regime in rapporto alle istituzioni dello Stato liberale ed alla 'qualità' del nostro stesso liberalismo ottocentesco e del primo novecento. Insomma, per adoperare un linguaggio caro ai giuristi, la questione della forma di governo era in sé, date le contingenze storiche, anche la questione della forma di Stato, coinvolgendo di necessità aspetti ben più ampi di quelli 'ingegneristici' concernenti i legami istituzionali tra gli organi di vertice dello Stato. In questo senso, tutte le opinioni portate in campo facevano riferimento, in modo più o meno esplicito, alle problematiche di fondo della 'crisi dello Stato', dei nessi Stato/società, politica/economia, amministrazione/costituzione (6).

---

(5) Vedi *supra*, nota 2, soprattutto per i saggi di Aquarone, Paladin e Pavone. Le leggi decisive per la configurazione della forma di governo furono le seguenti: legge 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo; legge 31 gennaio 1926 n. 100 sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche; legge 9 dicembre 1928 n. 2693 sulla cosiddetta 'costituzionalizzazione' del Gran Consiglio del fascismo.

(6) Essenziale in proposito L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina*

Tuttavia, non v'è dubbio che proprio sulla forma di governo si appuntò prioritariamente l'interesse e l'attenzione della giuspubblicistica di cui ci occupiamo in questo paragrafo, di quei giuristi di diritto pubblico che provenivano da una tradizione disciplinare consolidata (7), e che quindi con gli strumenti di questa tentarono di misurare l'ampiezza e la profondità della legislazione del fascismo in materia costituzionale.

Ora, se dovessimo indicare tra i testi della giuspubblicistica dell'età liberale quello più rappresentativo sul nostro punto specifico della forma di governo, dovremmo senz'altro riferirci agli *Studi giuridici sul governo parlamentare* di Vittorio Emanuele Orlando, del 1886 (8). Discutere di questo testo significa spostare la nostra analisi da un astratto modello 'europeo' di governo parlamentare, improbabile metro di giudizio delle trasformazioni istituzionali italiane della prima metà del Novecento, alla più puntuale ricognizione, proprio attraverso il saggio di Orlando, di una serie di convinzioni teoriche e storico-costituzionali largamente circolanti nella nostra tradizione giuspubblicistica: queste, e solo queste, costituirono il necessario riferimento ideale dal quale in concreto si prese le mosse per valutare il fatto storico della emersione del fascismo come regime giuridicamente organizzato (9). Con questo, non si vuol dire che il saggio di Orlando sia sul punto rappresentativo di tutta la

---

nella crisi del sistema politico contemporaneo, Milano, 1984. In questo quadro più ampio, prendono rilievo anche altri dati legislativi, come la legge 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina dei rapporti di lavoro, da cui si diparte la complessa vicenda del corporativismo; e naturalmente la legge 17 maggio 1928 n. 1019, di riforma della rappresentanza politica.

(7) Vedi *supra*, nota 1.

(8) V.E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, pp. 345-415.

(9) In questo senso, rimangono fuori dalla nostra analisi i giuristi dell'antifascismo militante, perché essi non presero le mosse nella loro critica politico-istituzionale dai dati della tradizione dottrinale, ma piuttosto da un modello costituzionale generale di stampo anglo-francese che, per il suo carattere individualistico e contrattualistico, e per la sua compromissione con i principi della sovranità popolare, alle soglie del fascismo era già stato scartato da tempo dalla dominante dottrina giuspubblicistica italiana. Vedi *supra*, nota 3, per i testi di Ruffini e di Trentin. Si veda anche G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Milano, 1962.

tradizione giuspubblicistica italiana (10), o che la linea di Orlando sia risultata alla fine quella dominante nel determinare l'atteggiamento dei nostri giuristi di fronte al fascismo (11); si vuole piuttosto mettere in rilievo come nello scritto di Orlando siano contenuti tutti gli elementi necessari al fine di individuare con la maggiore esattezza possibile quelli che in seguito saranno i caratteri fondamentali del rapporto tra un pensiero giuspubblicistico di stampo tradizionale-liberale e la costruzione del nuovo regime.

Intanto, ed in primo luogo, il saggio di Orlando del 1886 è un ottimo esempio di argomentazione secondo lo stile, con lui divenuto dominante tra i giuristi, proprio del cosiddetto 'metodo giuridico'. È importante sottolineare questa circostanza, perché la soluzione che Orlando propone sul punto specifico del governo parlamentare vuole essere prima di tutto la *soluzione dei giuristi*, che questi non scelgono tra le molte disponibili secondo criteri di preferenza soggettiva, o di mera opportunità nel contesto storico dato, o di generica adesione ideale a certi valori costituzionali, ma piuttosto individuano su un piano previamente definito come rigorosamente scientifico, e quindi lontano, ed anzi opposto alle molte opzioni politiche che tradizionalmente gravavano sulla nostra problematica della forma di governo. Insomma, il modello di governo parlamentare che Orlando disegna vuole rappresentare il nucleo necessario ed indiscutibile — e per questo 'giuridico' — della forma di governo nello Stato contemporaneo. Senza di esso, è difficile ammettere l'esistenza di uno Stato che sia davvero regolato dal diritto, che possa legittimamente dirsi Stato di diritto; è inutile sottolineare quanto un'impostazione di questo genere abbia influito — come vedremo — nel determinare l'atteggiamento politico di Orlando medesimo di fronte alla costruzione del regime fascista.

---

(10) Per una diversa ricostruzione, e per le differenze in proposito con Orlando, appare di particolare rilievo la figura di Giorgio Arcoleo, per la quale si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 355-399, spec. pp. 377 ss., ora anche in questo volume, pp. 327 e ss..

(11) Vedremo infatti più avanti, nel contesto di questo stesso paragrafo, come la concreta soluzione prescelta dalla parte più consistente della giuspubblicistica italiana fosse determinata piuttosto da altri giuristi, come Oreste Ranelletti e Santi Romano, con la loro concezione dello Stato amministrativo.

Ma torniamo al testo del 1886. Dicevamo della aspirazione orlandiana a costruire un ragionamento sulla forma di governo che escludesse approcci dichiaratamente politici. Questi ultimi, secondo una tecnica propria del 'metodo giuridico', vengono collocati su due 'estremi' previamente assunti appunto come 'politici', e perciò da espungere dalla ideale soluzione mediana, che è naturalmente quella 'giuridica' in senso proprio. Ora, nel nostro saggio del 1886 i due estremi in questione erano dati, da una parte dalle teorie radicali-giacobine della sovranità popolare e del primato assoluto del legislativo, dall'altra da quelle dottrine che stavano prendendo campo anche in Italia — la cosiddetta letteratura antiparlamentare —, e che negavano ogni legittimità al governo parlamentare, intendendolo nient'altro che come un atto di sopraffazione compiuto dalle assemblee rappresentative, identificandolo quindi con il governo di partito, e facendo di esso una mera espressione di fatto della cosiddetta 'onnipotenza parlamentare'. Da una parte, l'unico Stato ammissibile è quello che subordina tutto, anche la stessa costituzione, alla sovrana espressione di volontà politica da parte del popolo e dei suoi rappresentanti, dall'altra non vi è alcun Stato di diritto (*Rechtsstaat*) se le assemblee medesime non vengono accuratamente confinate in una posizione estranea, e comunque esterna, a quella del governo della cosa pubblica, altrimenti di necessità condannato a corrompersi sotto la pressione dello 'spirito di partito'.

Ora, la soluzione 'giuridica' di Orlando consiste in questo: nell'affermare il carattere pienamente giuridico, e di piena legittimità costituzionale, del governo di gabinetto, quindi anche della diretta influenza sulla sua configurazione da parte della espressione politico-parlamentare di maggioranza, ma nello stesso tempo accuratamente scartando tutte le possibili valenze democratico-radicali di una simile operazione. Vediamo come. Per Orlando, il governo di gabinetto non consegue affatto storicamente ad un raggiunto predominio costituzionale delle assemblee rappresentative. Se ristudiamo a fondo — dice Orlando — le stesse origini storiche di quelle assemblee, già nel medioevo, e poi soprattutto nel contesto della storia costituzionale inglese, ci accorgiamo che in realtà il gabinetto è nient'altro che il punto nel quale progressivamente si incontrano, nel governo della cosa pubblica, l'influenza politica delle camere e la stessa prerogativa regia. L'affermarsi del gabinetto non segna solo un

nuovo cospicuo limite per il monarca nella scelta dei ministri, ma anche l'impedimento più efficace contro la tentazione di un governo diretto da parte dell'assemblea, e per assemblea, com'è caratteristica essenziale del modello giacobino. Dunque, l'avvento del governo di gabinetto non provoca il declino inarrestabile della prerogativa regia, ma piuttosto la sua riorganizzazione nel quadro di una forma di governo che prevede anche l'influenza diretta delle camere, e nello stesso tempo nega spazio alle soluzioni politico-istituzionali più radicali. In altre parole, nel governo parlamentare che Orlando analizza si vuole rappresentare la fisiologica condizione di equilibrio tra monarchia ed assemblee rappresentative, e quindi la soluzione 'giuridica' alla problematica della forma di governo: nella esistenza stessa del gabinetto trovano il limite più efficace e consistente le due tendenze 'politiche' opposte della identificazione dello Stato intero con la prerogativa regia e della sottomissione di tutta la dinamica pubblicistica alla espressione di volontà delle assemblee ritenute sovrane.

Uscendo ora dalla modellistica astratta, non è difficile capire come Orlando nel 1886, ponendo simili problemi, pensasse in concreto alla vicenda italiana, ed in particolare al rapporto storico tra Statuto ed affermazione del governo parlamentare. Diciamo allora subito che la versione fornita dal nostro giurista impediva radicalmente di considerare quella affermazione come frutto di un puro prepotere politico della assemblea elettiva, come stravolgimento dello Statuto.

In realtà, servendosi dell'argomento storico della costituzione inglese, Orlando intendeva rappresentare una vicenda costituzionale nazionale che a suo giudizio aveva visto monarchia e forze parlamentari collaborare alla edificazione dello Stato di diritto liberale. Dunque, nessun prepotere della assemblea elettiva contro un'ipotetica originaria struttura puramente monarchica dello Statuto, ma piuttosto la graduale integrazione di un testo costituzionale necessariamente assai elastico attraverso la potenza e la virtù della consuetudine costituzionale: per l'anglofilo Orlando non potevano non essere in primo piano elasticità della costituzione e primato della consuetudine.

Il nostro giurista tagliava così in radice ogni prospettiva di 'ritorno allo Statuto', poiché demoliva l'immagine stessa di uno Statuto originariamente dominato da un puro principio monarchico,

ed in seguito travolto dalla nota 'onnipotenza parlamentare'. Non è certo un caso, sotto questo profilo, che Orlando non abba mai adoperato la parola 'degenerazione' per indicare i caratteri fondamentali della storia costituzionale dell'Italia liberale. Il giurista siciliano è in questo senso mille miglia distante dalla nota letteratura antiparlamentare, ed anzi lavora per legittimare le forze parlamentari, nobilitandole, per così dire, attraverso il riferimento alla consuetudine costituzionale integrativa dello Statuto, e quindi concependole come autentica 'forza giuridica', anch'essa elemento essenziale della forma di governo propria dello Stato di diritto liberale.

Tuttavia, non riusciremmo a comprendere il quadro prospettato da Orlando se non esaminassimo anche il rovescio della medaglia di una simile impostazione, concernente il momento istituzionale, altrettanto essenziale, della prerogativa regia.

Così come le forze parlamentari non possono essere messe fuori gioco dipingendole con le fosche tinte dello 'spirito di partito', così, per gli stessi motivi, viene del tutto delegittimato un possibile ed ipotetico punto di vista democratico-radicale, che consideri la prerogativa regia come un residuo di un precedente modello autocratico, presente solo a causa del deficiente sviluppo in Italia della democrazia politico-parlamentare. Per Orlando, il monarca non ha solo la funzione negativa d'impedire che il governo parlamentare trascolori nel temuto governo giacobino per assemblea. Egli è piuttosto una componente essenziale del governo parlamentare anche e soprattutto in positivo, in quanto i ministri ed il governo non s'insediano grazie ad una mera presa d'atto di stampo notarile della volontà politica dell'assemblea: in una parola, per adoperare un linguaggio successivo, ed estraneo ad Orlando, il monarca ha in questa costruzione di necessità una quota essenziale della funzione e del potere d'indirizzo politico.

Per concludere, il modello di Orlando può essere definito pienamente *dualistico*, nel senso che la costituzione dello Stato di diritto liberale esiste e prospera solo se riesce a tenere in equilibrio i due momenti, parimenti essenziali, della prerogativa regia e della maggioranza parlamentare. Vedremo più avanti come su questo punto decisivo, anche con Mortati, si apra negli anni Venti e Trenta una nuova fase della riflessione giuspubblicistica, quando si cesserà

di considerare la descritta situazione dualistica di potere come la condizione fisiologica, e 'giuridica' per eccellenza, delle istituzioni, e s'inizierà invece a considerarla come una situazione artificiosa, imperfetta, e soprattutto di necessità transitoria, che non poteva non precludere alla vittoria definitiva di uno dei due termini del rapporto dualistico, alla ricerca di una *suprema potestas* univocamente capace di decidere sui caratteri fondamentali dell'intero modello costituzionale.

Ma alla costruzione di Orlando soggiaceva un altro essenziale presupposto dottrinale, che si riferiva al momento decisivo della rappresentanza politica. Su questo punto specifico, il nostro giurista cercò pervicamente di distruggere l'immagine di una società attraversata da conflitti economici e politici, che si organizza in gruppi e partiti, e tramite questi tenta di determinare un certo orientamento delle assemblee rappresentative, d'imporre un certo indirizzo politico allo stesso governo. Per Orlando, la rappresentanza politica non consegue ad una plurale espressione di volontà e di bisogni, ma è piuttosto il risultato di una mera *designazione di capacità* (12), operata mediante il procedimento elettorale, cosicché il deputato non può e non deve rispondere ad alcuna organizzazione politica che gli chieda di collaborare alla attuazione di un certo indirizzo, ma semplicemente alla propria coscienza di uomo 'capace' ed eminente, che la comunità politica ha riconosciuto come tale proprio con lo strumento delle elezioni. Si sarà già capito a questo punto che il tema della rappresentanza coinvolge necessariamente anche quello del partito. In effetti, per concludere su questo punto, se Orlando legittima le forze parlamentari sul piano costituzionale, differenziandosi nettamente, ed anzi contrapponendosi, ad ogni prospettiva di 'ritorno allo Statuto', se considera quelle forze nel 'quadro nobile' della consuetudine costituzionale, è appunto perché non le immagina alle prese con una dialettica di tipo partitico, in lotta con lo strumento del partito per la determinazione di un indirizzo politico di maggioranza. Alla fine, la stessa assemblea elettiva viene conside-

(12) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., p. 403. Successivamente, la problematica della 'designazione di capacità' fu rielaborata in un apposito saggio: ID., *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., 417-456.

rata come assemblea di saggi notabili, di uomini eminenti e 'capaci', cosicché la maggioranza che in essa si determina è di pura ragione, e non di partito: ed è questa circostanza che spiega come il monarca e quella maggioranza s'incontrino armonicamente nel costituire il gabinetto. Quest'ultimo non è legittimo perché fondato su un certo indirizzo politico di maggioranza, ma all'inverso perché non ha alcun indirizzo, non risultando da alcuna vittoria di una parte politica sull'altra, ma solo ed unicamente dall'accordo tra la massima autorità dello Stato ed i cittadini più eminenti. La dottrina della designazione di capacità aveva dunque questo primo effetto, di estromissione dal diritto costituzionale, e dall'orizzonte dei giuristi, di quel complesso di problematiche che più tardi sarà analizzato, anche da Mortati, nell'ottica e nel quadro dell'indirizzo politico.

Per dirla con una formula di sintesi: al governo senza partiti, al governo degli uomini 'capaci', corrispondeva il governo *senza indirizzo*.

Ma c'era anche un'altra problematica connessa con quella concezione della rappresentanza politica. Immaginare l'assemblea elettiva come assemblea di eminenti notabili e di uomini 'capaci' significava sottrarre ad essa ogni tipo di legittimazione proveniente da un atto di volontà politica del popolo sovrano, inteso come universalità dei cittadini, come soggetto esterno allo Stato-persona, ed in qualche modo ad esso preesistente. Al posto di questa costruzione costituzionale, essenzialmente giacobina, Orlando pensa, esplicitamente sulla scia della Scuola Storica di Savigny, ad un popolo inteso come sintesi storico-organica di una serie indefinita di pratiche di produzione del diritto. Un popolo di questo genere non si organizza tramite il partito, non può essere scomposto in partiti, non esprime diversi e distinti programmi politici, non vuole essere rappresentato, e governato, secondo un indirizzo che in esso prevalga. In questo senso, quel popolo non esiste politicamente prima dello Stato, appunto perché strutturalmente esso non può essere chiamato a determinare sul piano politico l'orientamento concreto del governo.

Il popolo di Orlando produce diritto, nel senso savignyano dell'accrescimento del patrimonio giuridico di una certa collettività, ma non produce politica, nel senso di una scelta su un indirizzo politico fondamentale. Si siede quindi nella assemblea rappresenta-

tiva, non per produrre diritto in conformità ad un indirizzo affermatosi nel popolo con la vittoria di una parte politica, ma solo ed unicamente per riconoscere, e dare veste formale, al diritto che il popolo organicamente concepito ha prodotto nella prassi. È evidente come ad una attività legislativa così concepita risulti del tutto funzionale il concetto di 'cittadino eminente', un tipo di classe politica che non si costruisce per la 'artificiosa' via della lotta di partito, ma piuttosto rispecchia una condizione di 'naturale' superiorità, appunto di 'eminenza', già esistente e già affermatasi nella storia di lungo periodo della società in forma di popolo.

Ora, tutto ciò assume particolare rilievo in ordine all'ultimo aspetto che a noi interessa, a quel decisivo momento del *potere costituente*, che viene da Orlando radicalmente negato. Infatti, se il popolo non è soggetto politico autonomo che tramite l'organizzazione in partiti possa pretendere di determinare un concreto indirizzo, ma piuttosto organica totalità storica non scomponibile in parti, ed in definitiva esistente in modo visibile sul piano politico solo mediante la sua globale identificazione nello Stato-persona, ne consegue che risulta del tutto impossibile individuare, nella storia di quel popolo, un 'momento' costituente, ovvero un momento in cui vengano ad essere fissati quei principii fondamentali che possano dirsi il nucleo essenziale della costituzione. Ed ancora: una classe politica selezionata con l'esclusivo criterio della 'capacità', che riflette in sé, e registra, una strutturazione del potere storicamente già consolidatasi nella collettività, non può mai proporsi in chiave di 'potere costituente', appunto perché non può considerarsi depositaria di alcun indirizzo vincente che valga a determinare i caratteri essenziali di una ipotetica norma fondamentale. Una volta demolita la pericolosa dottrina democratico-radicale che indicava nei legislatori rappresentanti del popolo i creatori del diritto, si deve quindi per Orlando completare l'opera di revisione del costituzionalismo moderno, negando anche che esista la possibilità d'individuare un potere che ha voluto la costituzione, dotandola di contenuti e di carattere prescrittivo (13). Tutto ciò, proprio come le figure del

(13) Da sottolineare come una simile impostazione conducesse Orlando ad essere il più fiero oppositore della introduzione in Italia di una qualche forma di controllo di costituzionalità, mediante la istituzione di un 'magistrato speciale': V.E. ORLANDO, *Studi*

popolo e del legislatore sovrano, appartiene a quella mitologia della rivoluzione che la nuova scienza del diritto pubblico sta sfatando. Certo, è ben possibile che in certe fasi storiche qualcuno tenti di ergersi a creatore del diritto e della costituzione, autoproclamandosi 'potere costituente', ma tutta la dottrina orlandiana punta proprio a qualificare come 'politiche' queste situazioni: non può non essere arbitraria la volontà di chi cerca di codificare il diritto costituzionale trasformandolo in 'costituzione', in norma che si vuole programma in senso prescrittivo dell'intera società, dimenticando che questa è essenzialmente popolo, quindi successione storica di generazioni, che nessun 'potere costituente' potrà mai interrompere, nel folle e pericoloso tentativo di cancellare il passato e d'impegnare il futuro.

Tentiamo ora di ridefinire nel suo complesso il modello costituzionale propugnato da Orlando, quel modello che il giurista siciliano rappresenta come proprio dello Stato di diritto liberale, in genere e nello specifico storico italiano. Tutta la costruzione orlandiana ha significato coerente e compiuto solo se rimane fermo il punto decisivo della rappresentanza politica come frutto di una designazione di capacità, e non di una trasmissione di poteri, in ipotesi dal popolo sovrano. È questo elemento che consente di pensare al governo parlamentare come armonico ed equilibrato incontro di prerogativa regia e forze parlamentari, e non in chiave di sopraffazione della prima da parte delle seconde sulla base di una legittimazione di tipo democratico-radicale; ed è la stessa immagine dell'assemblea elettiva come assemblea di eminenti notabili che consente al costituzionalista di escludere dai propri orizzonti le problematiche del partito e dell'indirizzo politico, imponendo anzi una rigida, e del tutto coerente, delimitazione di campo in questa direzione. In secondo luogo, svincolare i rappresentanti dalla figura del popolo sovrano come autonoma soggettività significa togliere ad

---

giuridici, cit., p. 411; ID., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890, spec. p. 951. Su questa base, come vedremo nel successivo paragrafo, la discussione degli anni Trenta sulla configurazione della 'legge costituzionale', condotta a partire dall'art. 12 della legge 9 dicembre 1928 n. 2693, potè assumere il significato di un vero e proprio tentativo di superare, anche su questo decisivo punto, le incertezze e le debolezze del liberalismo ottocentesco.

essi ogni speciale legittimazione a creare il diritto con l'atto del legiferare, che non è più atto di scelta — ciò che presupporrebbe un indirizzo politico affermatosi in sede elettorale —, ma di mera ricognizione, in sintonia con la concezione generale della elezione come pura designazione di capacità. Infine, a partire dalla medesima problematica della rappresentanza, si finisce per negare anche la funzione costituente, ed in fondo la nozione stessa di 'costituzione', quanto meno nella sua versione contenutistica e prescrittiva (14): infatti, nella costruzione di Orlando non si crea mai quel circùito popolo-partito-classe politica dal quale solo può scaturire *la scelta* per un modello costituzionale, quindi la progettazione di una norma fondamentale dotata di certi, e non altri, contenuti. Tutti questi aspetti della dottrina costituzionalistica di Orlando sono a loro volta legati da un'unica aspirazione di fondo, che è quella a rappresentare e legittimare lo Stato di diritto liberale, in concreto quello storicamente affermatosi in Italia, non sul piano, ritenuto 'politico', del suo corrispondere ai contenuti programmatici e prescrittivi di una norma fondamentale di ordine costituzionale, non per la sua capacità di legiferare, e di governare la società, secondo un certo indirizzo, ma sul piano, ritenuto 'giuridico', del suo essere Stato-persona naturalmente incarnante la globalità del popolo come grandezza storica, che in questa trova i limiti al proprio operare, ma anche, nello stesso tempo, le energie, sotto forma di 'capacità', necessarie per il governo della cosa pubblica.

Non è possibile ora, sulla base degli elementi raccolti, analizzare in dettaglio il concreto atteggiamento che Orlando assunse di fronte all'insorgenza del regime fascista (15); e, del resto, non è per noi interessante la figura in sé del giurista siciliano, quanto la straordinaria opportunità che i suoi testi ci offrono di acquisire criteri sufficientemente precisi di valutazione del rapporto in genere tra una

---

(14) Si ricordi in proposito l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789: « Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione ». Nella formazione culturale di un giurista come Orlando, è questo appunto uno dei più classici esempi, da respingere, di versione contenutistica e prescrittiva della costituzione.

(15) Rinviamo sul punto alla nostra biografia politica di Vittorio Emanuele Orlando, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, di prossima pubblicazione.

costruzione giuridica di stampo liberale-tradizionale e le nuove problematiche costituzionali indotte dall'avvento del regime (16).

Tuttavia, anche in questo contesto più generale, possono essere utili alcuni riferimenti più precisi allo stesso Orlando. Intanto, bisogna dire che anche il nostro giurista, che pur tendeva — come abbiamo visto — a fornire una versione pacificata e rassicurante dello Stato di diritto liberale, iniziò a discutere dal primo dopoguerra di 'crisi' e di 'degenerazione' delle istituzioni pubbliche. Decisiva fu in proposito l'adozione nell'estate del 1919 della proporzionale e dello scrutinio di lista, ma anche, un anno dopo, l'adozione del nuovo regolamento parlamentare, che prevedeva l'eliminazione dei vecchi uffici composti da deputati estratti a sorte, e vi sostituiva le commissioni, alle quali si accedeva per designazione dei gruppi parlamentari, quindi come portatori di un programma di partito, ed in proporzione numerica alla consistenza dei gruppi medesimi (17).

Dal punto di vista di Orlando, era ora ben difficile continuare a ravvisare nel parlamento la nota assemblea di uomini 'capaci' agente al di fuori di ogni logica di contrattazione tra i partiti. In effetti, con il nuovo sistema elettorale, e soprattutto, in modo ancora più visibile, con il nuovo regolamento parlamentare, si era palesemente entrati in una nuova stagione, nella quale i partiti stavano divenendo componenti essenziali della dinamica costituzionale, sia in sede elettorale, sia all'interno degli organi di vertice dello Stato, come il parlamento ed il governo. Tutto ciò faceva a pugni con il modello orlandiano, con la versione dello Stato di diritto liberale che il nostro giurista aveva fornito già dal 1886. Da qui il nuovo discorrere di

---

(16) Oltre ai saggi utilizzati *supra*, si vedano anche V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889; e G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. Orlando, Milano, 1921 (di particolare rilievo i 'capitoli aggiunti' di Orlando, già composti alla fine del 1913, che testimoniano la permanenza nel giurista siciliano, alle soglie della grande guerra, delle convinzioni formatesi alla fine del secolo scorso ed analizzate in questo paragrafo).

(17) Una lucida e chiarissima testimonianza della rilevanza di questo regolamento in ordine alla stessa concezione della rappresentanza politica è in G. AMBROSINI, *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di diritto pubblico*, XIV (1922), pp. 187-200.

'crisi' nella prima metà degli anni Venti (18), con l'occhio sempre attento a questa crescita, per Orlando abnorme, della rilevanza politica e pubblicistica del partito, degli stessi sindacati, delle organizzazioni d'interessi in genere.

In un primo momento, il fascismo, per il giurista siciliano come per altri liberali del suo tempo, sembrò essere il necessario rimedio transitorio a questa situazione. Si spiega così la partecipazione di Orlando alla stesura della legge Acerbo, e perfino, nel noto 'listone', alle elezioni del 6 aprile 1924 (19). Poi, com'è noto, tra la fine del medesimo anno e nel corso del 1925, si assiste alla aperta presa di posizione del nostro giurista contro il regime, fino alle dimissioni da deputato (20).

Ciò avvenne sulla base di due elementi decisivi. In primo luogo, a causa della evidente ambiguità del fascismo, da una parte possibile strumento della auspicata — anche dallo stesso Orlando — restaurazione della sovranità dello Stato contro la fase di 'degenerazione' a giudizio di Orlando apertasi con le scelte del periodo 1919-20, ma dall'altra imperniato proprio sul partito come dato originario dell'agire politico, al quale ricondurre in qualche modo lo stesso concreto indirizzo assunto dai poteri pubblici-statali (21). Insomma,

---

(18) Esemplare in questo senso V.E. ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 319-333, dove l'opposizione ad un crescente riconoscimento dei sindacati in senso giuridico-costituzionale — ecco un altro elemento di distanza critica dal fascismo — si fonda proprio sulla valutazione negativa della esperienza indotta dalla proporzionale e dallo scrutinio di lista: « la esperienza esiziale della rappresentanza proporzionale avrebbe dovuto ammaestrare abbastanza intorno alle conseguenze disastrose che importa il consentire una rappresentanza diretta agli interessi sociali organizzati » (328).

(19) Elementi interessanti per la valutazione degli atteggiamenti politici di Orlando nel periodo 1922-24, si trovano nel discorso alla Camera del giurista siciliano del 22 novembre 1924, in *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando*, pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati, Roma, 1965, vol. IV, pp. 1566-1575.

(20) La lettera di dimissioni di Orlando è del 2 agosto 1925. Le dimissioni verranno accettate il 18 novembre del medesimo anno. La ferma presa di posizione di Orlando è da collegare, sia al noto discorso di Mussolini del 3 gennaio, sia ad un certo andamento delle elezioni amministrative in Sicilia nella estate del medesimo 1925: su questi specifici punti, rinvio ancora al nostro saggio cit., *supra*, nota 15.

(21) Si veda ancora il discorso alla Camera cit. *supra*, nota 19: « Ma questo *quid*, imprecisato ed imprecisabile, che si chiama partito, colla sua organizzazione non statale

fu proprio la rigida esclusione del partito politico dall'edificio costituzionale dello Stato di diritto, in nome del modello che conosciamo centrato sul 'popolo' e sui 'cittadini eminenti', a determinare l'avversità di Orlando nei confronti di una svolta che riproponeva il rapporto Stato-partito come uno dei principali problemi della dottrina dello Stato e dello stesso diritto costituzionale. A partire dalla seconda metà degli anni Venti, Orlando rimarrà quasi del tutto silenzioso sul piano del dibattito costituzionalistico; ma è evidente che in tutte le successive discussioni sul fascismo come 'fatto costituente' egli non poteva non essere, sulla base della sua consolidata dottrina, dalla parte di chi interpretava tutto questo come evidente tentativo d'introdurre principii schiettamente politici e di partito, contrabbandati come principii fondamentali della 'costituzione', nel severo recinto, fino a quel momento ritenuto integralmente 'giuridico', del sovrano Stato-persona.

Ma c'era anche un altro elemento, più specificamente concernente la forma di governo, che pesò in modo considerevole nel determinare l'avversione di Orlando per il regime fascista. Abbiamo già detto che egli interpretò in un primo momento il fascismo come necessario rimedio transitorio alla dissoluzione in senso pluralistico dello Stato liberale, che minacciava di divenire Stato dei partiti e dei sindacati. Ma questa restaurazione non poteva non avere come punto di riferimento e come termine ideale il modello già conosciuto dalla giuspubblicistica, ed in particolare la necessaria struttura dualistica del governo parlamentare. Per Orlando, come sappiamo, prerogativa regia e fiducia parlamentare si tenevano insieme nella formazione del governo: storicamente esse prosperavano insieme, e quindi insieme cadevano. Ora, per il nostro giurista, restaurare l'autorità dello Stato significava fare argine contro l'invasione dei partiti politici nelle funzioni pubbliche, in modo che la fiducia che la maggioranza parlamentare esprimeva al governo non assumesse i contorni ed i caratteri della volontà di partito, ovvero di un'imposizione politico-partitica al monarca. In altre parole, lo Stato si

---

e che può essere antistatale, il quale interviene, il quale svia l'azione delle autorità, tutto ciò sovverte le basi del regime, non mi dà luogo al problema della responsabilità, e quindi non mi pone nella possibilità di dare o non dare la fiducia. Io non so a chi la do, e posso darla a qualcuno che è irresponsabile ».

restaurava restaurando l'equilibrio tra i due elementi della forma di governo, altrimenti destinata a dissolversi. Ma tutto ciò presupponeva, a sua volta, una certa fedeltà ai principii dello Statuto, ovvero ai principii di quell'atto costituzionale nel quale, grazie alla sua elasticità e per via consuetudinaria, era andata a comporsi la forma di governo dello Stato di diritto liberale italiano.

Centrale appare a questo proposito l'intervento di Orlando del 1925 in materia di decreti-legge (22), forse l'ultimo intervento 'militante' del nostro giurista prima della uscita dall'agone politico. Qui viene ribadita una vecchia concezione del nostro liberalismo ottocentesco: nell'articolo 6 dello Statuto (23) si trovava l'affermazione della « supremazia assoluta della legge », da intendersi come « un limite insuperabile », come una delle « basi stesse dell'ordinamento giuridico » (24). Ora, Orlando capì ben presto che il fascismo non intendeva affatto restaurare l'autorità di questa legge, e con ciò stesso, secondo il nostro giurista, l'autorità dello Stato medesimo contro lo 'spirito di partito', ma si proponeva piuttosto di rivalorizzare lo Stato attraverso una identificazione di questo, nella sua 'essenza', con il potere esecutivo, contro lo stesso parlamento ed il tradizionale principio di supremazia della legge contenuto nello Statuto. In ciò Orlando non poteva vedere, proprio sulla base del modello costituzionale che conosciamo, alcuna *legittima restaurazione*, poiché a suo giudizio non esisteva, nel diritto costituzionale italiano e soprattutto nella storia costituzionale italiana, alcun 'principio monarchico' che consentisse di legittimare una simile centralità dell'esecutivo, permettendo nello stesso tempo ai giuristi di continuare a qualificare lo Stato che da ciò scaturiva come 'di diritto'. In realtà, come sappiamo, per Orlando, quando cadono le prerogative parlamentari cade anche la prerogativa regia, e viceversa, cosicché, a suo giudizio, il fascismo non stava costruendo un 'nuovo diritto pubblico' senza primato della legge e senza potere effettivo del

---

(22) V.E. Orlando, *Ancora dei decreti-legge. Per fatto personale*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVII (1925), pp. 209-219.

(23) È forse utile ricordare il testo dell'articolo citato: « Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato, e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne ».

(24) V.E. Orlando, *Ancora dei decreti-legge*, cit., pp. 213-214.

parlamento, ma solo un esecutivo disponibile ad ogni arbitrio, dominato da un 'capo' che, nel momento in cui saltava la mediazione parlamentare, metteva sicuramente fuori gioco nello stesso tempo anche il monarca, rispondendo così alla fine solo ad una *logica d'indirizzo*, che per Orlando, per i noti motivi, non poteva non essere una logica di partito, e quindi una *logica antigiuridica*.

Quindi, per concludere, il fascismo portava in campo tutti gli elementi scartati dalla modellistica costituzionale orlandiana: si proclamava 'fatto costituente', introduceva il partito politico, come già si era fatto con effetti disastrosi nel 1919-20, nella cittadella del diritto costituzionale, ed infine rompeva il *dualistico equilibrio* che caratterizzava di necessità la forma di governo di ogni Stato di diritto. Da qui, come sappiamo, lo sdegnoso e critico appartarsi di Orlando, che tuttavia non si tradusse in antifascismo militante. Egli non poteva infatti rispolverare ora la rivoluzione e le carte dei diritti, quel contrattualismo rivoluzionario e quel principio di sovranità popolare, che proprio la sua efficace azione sul piano teorico aveva così potentemente contribuito ad eliminare dall'orizzonte problematico dei giuristi italiani di diritto pubblico ([25]). L'atteggiamento del nostro giurista fu piuttosto quello proprio di chi si apparta ad attendere avvenimenti inevitabili, nel nostro caso la caduta di un regime che non poteva non essere sicura, data la clamorosa mancanza in esso di un vero 'fondamento giuridico', il suo oggettivo non corrispondere alle linee portanti della storia costituzionale italiana, la sua strutturale incapacità a costruire un 'vero' diritto pubblico. Insomma, il giurista doveva e *poteva* appartarsi, perché il fascismo avrebbe sicuramente prodotto solo storia politica, ma non storia costituzionale, non avrebbe lasciato alcun segno apprezzabile nella evoluzione del nostro diritto costituzionale: il giurista poteva star sicuro che non avrebbe perduto alcuna puntata della vicenda che a lui interessava. Fu così che il capo-scuola della giuspubblicistica italiana dell'età liberale evitò di confrontarsi — e non poteva essere altrimenti —, sia con le scarse tematizzazioni costituzionalistiche dell'antifascismo militante, sia con le costruzioni teoriche del regime, con il risultato che quanto si discusse in quegli anni in materia di

([25]) C'era dunque una distanza incolmabile tra la critica orlandiana al regime e le tesi dell'antifascismo militante, sul quale vedi *supra*, nota 3.

potere costituente, di governo, d'indirizzo politico, di rapporto tra partito e Stato, rimase a lui perfettamente estraneo. Non è certo un caso che Orlando — come vedremo nella ultima parte di questo saggio — si sia presentato alle soglie della Costituente repubblicana con la convinzione di poter e dover riprendere un discorso dal punto in cui il fascismo l'aveva interrotto. Anticipando una delle nostre conclusioni, si può affermare che il liberalismo orlandiano, per i caratteri che aveva assunto alla fine del secolo scorso, rimase estraneo, per gli stessi identici motivi, al fascismo come anche alla linea che risulterà vincente nella progettazione della nuova Costituzione repubblicana. Ciò pone fin d'ora — come vedremo meglio più avanti — il problema della continuità tra il dibattito costituzionalistico del ventennio e gli esiti della nuova Costituente, dentro il quale s'inserisce il fondamentale contributo dello stesso Mortati. Si pone cioè il formidabile problema di un'età *postliberale*, che dal nostro punto di vista specifico della storia delle dottrine costituzionali può dirsi postorlandiana, e che finisce per comprendere, per certi specifici ma essenziali caratteri, il fascismo e la stessa democrazia repubblicana disegnata dai nostri padri costituenti.

Dicevamo all'inizio di questa breve trattazione del rapporto di Orlando, e delle sue dottrine, con il regime fascista che ciò che interessa in questa vicenda non è certo l'aspetto personale, di biografia politica ed intellettuale. D'altra parte, il più volte ricordato modello orlandiano non fu affatto egemone nell'indirizzare le concrete scelte dei giuristi di diritto pubblico di fronte al regime. È noto infatti che ben pochi giuristi italiani formatisi nell'età liberale scelsero in concreto la via seguita da Orlando, di critica nel senso indicato dalla estraneità. Al contrario, l'atteggiamento prevalente fu quello di considerare come più che possibile il proprio lavoro di giuristi *entro* le nuove strutture politiche.

Sarebbe tuttavia errato, su questa base, considerare in termini di assoluta marginalità la vicenda di Orlando, riducendola appunto alla dimensione della personale biografia politica. In realtà, nonostante l'assoluta specificità delle scelte compiute dal giurista siciliano di fronte al fascismo, quella sua vicenda rimane parte essenziale della storia più complessiva, che a noi interessa, della giuspubblicistica liberale italiana, e del suo complesso incontro-scontro con il nuovo regime.

È necessario distinguere in proposito due aspetti. C'è in primo luogo un indubbio elemento di differenza, anche radicale, tra Orlando e quei giuristi, dei quali ora ci occuperemo, che decisero di lavorare *come giuristi* nel contesto istituzionale del nuovo regime; ma c'è anche il problema del *senso* e della *direzione* di questo lavoro, che continua ad essere largamente influenzata, per non dire determinata, dallo stesso modello orlandiano, in quanto fondamentale contenitore degli *elementi teorici essenziali* del tradizionale liberalismo giuridico.

Iniziamo dalle differenze, che appaiono particolarmente evidenti nell'emblematico caso di Oreste Ranelletti (26). Anche per lui, come per Orlando, è necessario prendere le mosse dalla fine del secolo scorso, in particolare dalla prolusione maceratese del 1899, dedicata al *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (27). In realtà, Ranelletti muove da presupposti generali già a noi noti tramite Orlando, in particolare dalla critica alla prestatualità dei diritti individuali, alle logiche contrattualistiche, al principio di sovranità popolare.

Né si può dire che Ranelletti dica cose diverse da Orlando, salva una certa pur rilevante differenza di accenti, in punto di critica alla cosiddetta 'onnipotenza' di quelle assemblee rappresentative che si pretendevano sorrette e legittimate dalla espressione di volontà del popolo sovrano.

C'è poi però una sorta di salto teorico, che è la differenza che a noi interessa, sulla quale si deve lavorare anche per comprendere il diverso atteggiamento di fronte al regime fascista. Al fine di proporre un sicuro rimedio alla instabilità determinata dal noto 'spirito di partito', Ranelletti non esita a proporre un vero e proprio 'ritorno' allo Statuto: « E in ciò noi italiani molto dobbiamo confidare nella forza della funzione regia, suprema moderatrice della vita statale e

---

(26) Su Ranelletti, anche con riferimento ai testi che qui di seguito esamineremo, vedi B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 326 ss., e la letteratura ivi citata.

(27) O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), poi in *Annali della Università di Macerata* (1927), pp. 8-27, nei quali contestualmente si ripubblica anche Id., *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (1920), pp. 28-59. Nel nostro contesto argomentativo, è rilevante anche Id., *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX (1905), pp. 337-354.

sociale, fuori del dibattito dei partiti e delle classi, anche quando questo dovesse importare, per rendersi possibile, l'abbandono della forma parlamentare di governo, per tornare alla lettera dello Statuto, cioè al governo puramente costituzionale » (28).

A differenza di Orlando, c'è quindi per Ranelletti una vera e propria 'funzione regia' che si pone alle origini della più recente storia costituzionale italiana. È qui, in questa diversa interpretazione della vicenda statutaria, che si trova il nucleo della nostra differenza. Infatti, per Ranelletti è possibile, prima ancora che auspicabile, un 'ritorno allo Statuto', ovvero ad una 'sostanza' puramente monarchica del governo costituzionale, alla quale Orlando al contrario non credeva. Ciò significava che l'affermazione del governo parlamentare non veniva 'nobilitata', dal lato dell'influenza crescente della Camera, con il riferimento alla consuetudine costituzionale integrativa dello Statuto: essa era piuttosto il frutto di situazioni di fatto, e di *scelte politiche*, che si erano sovrapposte allo Statuto medesimo. Con questo risultato fondamentale: se si era d'accordo sul fatto che il governo parlamentare non funzionava, minacciando in ogni momento di trasformarsi in governo giacobino per assemblea, si poteva ricorrere al rimedio estremo del suo superamento, senza per questo uscire — come pensava Orlando — dai confini ultimi, teorici e storici, dello Stato di diritto. Infatti, al di là del governo parlamentare troviamo il governo puramente costituzionale, egualmente apprezzabile dai giuristi come Stato di diritto, anzi per certi versi più saldo di fronte alle distruttive invadenze dei partiti.

Tuttavia, posto in questi termini, il discorso di Ranelletti non poteva risultare soddisfacente per i giuristi italiani, non poteva attecchire nel cuore stesso delle discipline giuspubblicistiche. Infatti, dopo alcuni decenni di governo parlamentare, come era possibile pensare che nel monarca, e solo in lui, fosse racchiuso tutto il nucleo più autentico dello Stato di diritto? Forse che il compito dei giuristi medesimi sarebbe divenuto ora quello di ricostruire tutto il diritto pubblico italiano dall'antico punto di vista del principio monarchico? In realtà, il discorso di Ranelletti era ben più articolato. Attraverso la sua proposta di 'ritorno allo Statuto', egli rinviava

(28) O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 21.

infatti soprattutto alla esigenza d'individuare una vera e propria 'essenza' dello Stato che, a cavallo tra i due secoli, ed in tempi di forte espansione dell'intervento pubblico, non poteva non essere ravvisata nella *pubblica amministrazione*. Qui si apre un nuovo campo d'indagine, e nello stesso tempo si conferma la differenza d'impostazione con Vittorio Emanuele Orlando.

Già abbiamo visto come nel 1925, discutendo di decreti-legge, il nostro Orlando avesse ribadito la irrinunciabile presenza nello Statuto del fondamentale principio di supremazia della legge. Per il giurista siciliano, sottrarre alle assemblee rappresentative la legittimazione scaturente dal dogma della sovranità popolare non significava cadere nell'opposto logico per cui gli atti di quelle assemblee erano da considerarsi in sostanza estranei al 'nucleo' dello Stato-persona, identificato nel complesso monarca-burocrazia (29). Il modello dualistico orlandiano più volte ricordato funzionava davvero necessariamente in tutte e due le direzioni: nel difendere la prerogativa regia da un'influenza parlamentare assunta come espressione della sovranità popolare, ma anche nel difendere lo stesso governo parlamentare dal pericolo di una identificazione di tutto il modello costituzionale con l'esecutivo monarchico. Come *giurista*, Orlando considerava alla stessa stregua queste due soluzioni come 'politiche', come arbitrari atti di dissoluzione della 'giuridica' forma di governo da lui disegnata in senso dualistico.

Ora, il salto teorico proposto da Ranelletti consisteva appunto nel tentativo di far considerare come 'giuridica' proprio la soluzione, scartata da Orlando, della identificazione dello Stato nella sua 'essenza' con il complesso monarchia-burocrazia. In altre parole, quello di Ranelletti nel 1899 era un vero e proprio appello alla giuspubblicistica italiana perché essa ridisegnasse i confini dei propri orizzonti teorici, ponendo alla base delle proprie costruzioni una fondamentale convinzione: anche in Italia, come altrove, lo Stato aveva una sua 'essenza giuridica', data in origine dalla monarchia, ed

---

(29) Per il necessario riferimento in proposito ai testi di Orlando, rinvio sinteticamente a M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano* in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, pp. 311-346, spec. pp. 319 ss. su Orlando, ora anche in questo volume, pp. 405 e ss..

in seguito accresciuta dal concreto operare della pubblica amministrazione per fini d'interesse collettivo. Su questo nucleo fondamentale la legge del parlamento poteva sovrapporsi, ma non era in essa, frutto di scelte politiche e di partito, che il giurista doveva ricercare lo 'Stato' come necessario oggetto del suo impegno teorico.

Per dirla con una formula di sintesi, è questa la prospettiva dello *Stato amministrativo* (30), estranea a Vittorio Emanuele Orlando (31), ma comune ad una crescente parte della giuspubblicistica italiana all'inizio del novecento, specialmente in àmbito amministrativistico (32). Una svolta di questo genere, non circoscrivibile negli agitati anni della fine del secolo scorso, e che invece si confermerà e preciserà nel corso dell'età giolittiana, non poteva non fondarsi su un presupposto teorico di una certa ampiezza. Essa atteneva, in definitiva, alla stessa nozione di 'Stato', e di 'Stato moderno'. Mentre Orlando non riusciva a vedere 'Stato' senza rappresentanza parlamentare, poiché inseriva a pieno titolo le forze rappresentative-parlamentari nello stesso processo di creazione dello Stato moderno — grazie anche, come ricorderemo, alla permanente influenza del modello inglese sul suo pensiero —, Ranelletti pensa allo 'Stato' essenzialmente in chiave di amministrazione produttiva di unità politica, di forza originaria, causa e motore, più che prodotto, della modernizzazione politica, in Italia come altrove. Ne consegue un significato completamente diverso dello stesso concetto di Stato-persona, che tutti questi giuristi continuano a porre al centro delle loro costruzioni. Nel caso di

---

(30) Sul concetto di Stato amministrativo in genere, vedi *supra*, nota precedente; ID., *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 600-659, ora anche in questo volume, pp. 451 e ss..; ed anche l'interessante saggio di M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XI (1986), pp. 769-794.

(31) E non solo a lui. Sono da rimeditare in proposito figure come quelle di Federico Cammeo, di Errico Presutti, di Ludovico Mortara, di Giorgio Arcoleo. Molteplici ed interessanti spunti sono contenuti sul punto in B. SORDI, *Giustizia e amministazione*, cit., spec. pp. 281 ss., e pp. 379 ss.

(32) I 'monumenti' della manualistica giuridica italiana furono costruiti in questo periodo da S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901; e da O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912.

Orlando, nella astratta personalità giuridica dello Stato si esprime ancora in prevalenza il bisogno di una mediazione neutrale, e per ciò stesso 'giuridica', dei due poli del noto modello dualistico; nel caso di Ranelletti, quel medesimo concetto esprime invece l'esigenza di pensare lo 'Stato' come soggetto storicamente e logicamente preesistente, tramite il monarca e l'amministrazione, ad ogni espressione politica organizzata della società, ivi compresa la stessa rappresentanza parlamentare.

Tutto questo trascese ampiamente la figura di Ranelletti, coinvolse pienamente figure di primo piano, come quella di Santi Romano (33), condizionò in notevole misura il ruolo, ed il lavoro teorico, dei giuristi italiani del corso della stessa età giolittiana. Muovendo dal mondo dei giuristi, sarebbe difficile considerare quella età in chiave di ripresa del peso politico del parlamento nel modello costituzionale (34). In realtà, risultano piuttosto esili le sintesi costituzionalistiche orientate in questa direzione, che si propongono di celebrare in questo senso il significato degli esperimenti politici giolittiani. Sono piuttosto i teorici ed i dogmatici dello Stato amministrativo a dominare il campo della giuspubblicistica italiana, con la loro proposta di centralità assoluta dell'esecutivo nella definizione dello Stato liberale (35).

Non è possibile ora discutere delle molteplici direzioni in cui si

---

(33) Vedi *supra*, nota 29. Su Romano torneremo comunque in seguito, concludendo questo paragrafo.

(34) Interessanti riflessioni sul punto in E. ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, in ID., *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna, 1981, pp. 87-104; in A. AQUARONE, *L'Italia giolittiana (1896-1915)*, I, *Le premesse politiche ed economiche*, Bologna, 1981, pp. 293 ss.; e spec. in ID., *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Bologna, 1987, spec. pp. 48 ss., e pp. 87 ss. Per l'intera tradizione statutaria, vedi P. CALANDRA, *Parlamento e amministrazione*, vol. I, *L'esperienza dello Statuto Albertino*, Milano, 1971.

(35) È piuttosto noto, e continuamente citato, il seguente brano di Ranelletti: « Uno Stato può esistere senza legislazione, e vi sono state infatti lunghe epoche della storia in cui tutto il diritto era dato dalla consuetudine; uno Stato si può immaginare senza giurisdizione, ma non può esistere e non si può immaginare senza amministrazione: esso sarebbe anarchia. Anche storicamente l'amministrazione è stata la funzione prima nella vita dello Stato, a cui solo più tardi si sono aggiunte, o da cui si sono distaccate, la legislazione e la giurisdizione » (O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 279-280).

mosse questo impegno dei giuristi, che comunque toccò tutti i punti decisivi, dalla stessa concezione generale delle libertà individuali (36) ai problemi della tutela giurisdizionale sul difficile terreno del rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordinario (37), dal problema dei modelli organizzativi della pubblica amministrazione alle tematiche del decentramento, dal pubblico impiego al rilevantissimo campo, in continua espansione, delle attività economico-patrimoniali della pubblica amministrazione (38).

C'è anche un filo conduttore che collega tutta questa produzione teorica, e che non è dato certo solo dal richiamo ranellettiano alla 'essenza' dello Stato identificata nella 'funzione regia'. Si tratta del tentativo di mantenere, e più ancora costruire — penso ancora una volta al delicato terreno dei rapporti economico-patrimoniali nei quali sempre più era coinvolta la pubblica amministrazione —, una identità normativa speciale della stessa amministrazione, il più possibile sottraendola alla applicazione delle norme civilistiche e del

---

(36) Per le quali si veda il volume, per molti versi ancora assai interessante, di G. AMATO, *Individuo ed augorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Sul punto specifico, Ranelletti affermava che, nel caso in cui mancasse una chiara ed esplicita disposizione legislativa, si doveva presumere, non il diritto di libertà dei cittadini, ma il potere d'intervento dello Stato e della sua amministrazione, appunto perché questa, e non la libertà individuale, era il *prius* logico e storico del diritto pubblico e delle stesse costruzioni dei giuristi: vedi O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico*, cit., p. 23. Per un'esplicita opinione contraria, che presume non « la potestà sovrana dell'amministrazione, ma la libertà dei cittadini », vedi F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, pp. 3-220, p. 143 per il brano che più ci interessa; ed anche ID., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (orig. 1911), a cura di G. Miele, pp. 109 ss.

(37) Vedi B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit, *passim*.

(38) Sull'ultimo punto ricordato nel testo, si veda ancora M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., con considerazioni sulla creazione dogmatica di una specifica patrimonialità di stampo pubblicistico che possono trascendere la figura di Romano per riferirsi all'impegno di una vasta schiera di giuristi (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 29). Un'importante verifica in questa direzione è contenuta in M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. Più in genere, per i vari punti indicati nel testo, disponiamo ora della efficace sintesi di G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, I.S.A.P., *Archivio*, N.S., 3, vol. 2, Milano, 1985, pp. 1101-1170.

Codice (39). Ma anche questo aspetto ci riporta, a ben guardare, alle nostre problematiche generali dello Stato amministrativo, che abbiamo discusso a partire dal testo di Ranelletti del 1899. Siamo ora forse in grado di rispondere a certi interrogativi che avevamo posto, e di collocare nella giusta luce il ranellettiano 'ritorno allo Statuto'.

In realtà, non si trattava tanto di difendere le prerogative della corona dagli assalti della assemblea elettiva, quanto piuttosto, attraverso la problematica storico-costituzionale — era in origine lo Statuto puramente monarchico? —, di aprire uno spazio di discussione sulla 'essenza' dello Stato al di là della influenza politico-parlamentare: uno spazio che già dalla fine del secolo scorso reclamava come protagonista l'intera macchina amministrativa pubblica, ben oltre la stessa prerogativa regia. Esiste quindi certamente anche l'aspetto specifico della difesa di quella prerogativa dall'invadenza parlamentare, ma solo come parte, non decisiva e forse strumentale, di un progetto più ampio, con il quale si vuole cogliere la ricercata ed agognata 'essenza' dello Stato principalmente in una pubblica amministrazione dotata di un proprio autonomo ordinamento, capace di darsi regole fondamentali e particolari, in sé legittimata. Lo Stato nella sua 'essenza' esiste, non solo e non tanto sulla base della originaria istituzione storico-naturale della monarchia, ma soprattutto per la ben più 'moderna' ed attuale presenza di una amministrazione che in piena autonomia lavora per fini d'interesse collettivo che essa medesima in parte consistente definisce come tali. Questo, e non altro, è in larga misura lo 'Stato' per la giuspubbicistica italiana alle soglie del fascismo.

Tutto ciò cambia non poco le carte in tavola nel valutare l'impatto della nostra giuspubblicistica di fronte al regime fascista. Torniamo qui al noto elemento di differenza tra Orlando e la linea, che ora sommariamente conosciamo, dello Stato amministra-

---

(39) Voglio qui ricordare per inciso come anche per questo aspetto Orlando dissentisse dai nuovi dogmatici dello Stato amministrativo, rimanendo tutto sommato legato alla prospettiva di un 'diritto comune' a fondamento civilistico. Nella formazione di un giurista come Orlando, accanto allo Statuto, è ancora il Codice il grande libro del liberalismo. Qualche considerazione in proposito, specialmente dal punto di vista delle differenze con Romano, in M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., pp. 319 ss.

tivo. Per il giurista siciliano, come sappiamo, era centrale la questione della forma di governo, e del ruolo che in essa assumeva il legislativo. Ciò non era affatto casuale, e dipendeva chiaramente dal fatto che lì, e non altrove, nel suo noto modello dualistico, Orlando coglieva la irrinunciabile struttura di fondo dello Stato di diritto in genere. Con lo Stato amministrativo di Ranelletti e di Santi Romano, la valutazione del regime operata dalla giuspubblicistica si sposta inesorabilmente dal versante costituzionalistico a quello amministrativistico. Se lo Stato di diritto non è lo Stato che ha *quella certa* forma di governo, ma in definitiva lo Stato amministrativo stesso, ovvero lo Stato capace di produrre *un nuovo diritto pubblico-amministrativo* diverso dal diritto civile che regola i rapporti tra i privati, allora i giuristi possono e *debbono* continuare la ricerca di tale diritto, già avviata con lo Stato liberale, anche entro le nuove strutture politiche del regime fascista. Certo — come subito vedremo —, i giuristi non possono disinteressarsi del tutto della forma di governo, ma intanto hanno raggiunto un punto fermo: sotto ogni forma di governo essi sono chiamati a svolgere il loro lavoro di giuristi, che è quello di organizzare e sistematizzare il diritto proprio della 'essenza' statale, il diritto della pubblica amministrazione. Nel loro Stato amministrativo quei giuristi vedono in effetti la *forma di Stato* che tiene insieme l'esperienza politica liberale tra otto e novecento e lo stesso regime fascista, al di là delle mutevoli, e mutate, forme di governo. La continuità della forma di Stato coincide significativamente con la continuità dell'impegno teorico della giuspubblicistica. Infatti, se lo Stato amministrativo dei giuristi ha rappresentato il più saldo baluardo contro una possibile rinnovata egemonia delle ideologie di sovranità popolare, non si vede perché questi giuristi non debbano continuare nella *medesima* opera di difesa della 'razionalità' di quello Stato contro i nuovi predicatori della 'rivoluzione costituzionale'. Questi, anche se in camicia nera, sono per un Ranelletti nient'altro che i nuovi giacobini.

È solo presupponendo questo atteggiamento di fondo dei giuristi di fronte al regime che è possibile valutare adeguatamente la proposta ranellettiana d'interpretazione della nuova legislazione fascista come strumento, sul piano costituzionale, di un ennesimo

'ritorno allo Statuto' (40). Non è qui in questione la correttezza della lettura delle norme del periodo 1925-28 da parte di Ranelletti, ma il senso fondamentale della operazione che il nostro giurista compie cercando di salvare il ruolo costituzionale autonomo e di vertice della monarchia.

Intanto, è da tenere presente la decisa e costante inclinazione di Ranelletti a presentare la sua opera degli anni Venti e Trenta in diretto rapporto di continuità con gli scritti che già conosciamo, dalla prolusione maceratese del 1899 ai fondamentali *Principii di diritto amministrativo* del 1912. Ed in effetti proprio quei suoi *Principii* avevano segnato l'introduzione nella giuspubblicistica italiana di quella figura del 'potere supremo', ritenuta necessaria al fine di pensare lo Stato stesso nella sua unità, che appariva, da una parte inconciliabile con il classico modello dualistico liberale orlandiano, dall'altra necessaria per interpretare correttamente la nuova legislazione costituzionale fascista (41); e, muovendo dalla nota basilare convinzione della 'essenzialità' della amministrazione nella definizione di ciò che è 'Stato', avevano inoltre fornito i presupposti teorici indispensabili ad una certa revisione della vecchia logica liberale del potere esecutivo, consentendo così a Ranelletti di approdare alla configurazione di un vero e proprio *potere governativo o amministrativo* (42), che vedeva al proprio vertice il monarca con il governo, ma che si sostanziava in effetti soprattutto in quella amministrazione che già conosciamo, e che già si era iniziato a disegnare a partire dalla fine del secolo scorso. Ma soprattutto fu decisiva, in giuristi come Ranelletti, la nota concezione della storia costituzionale italiana in chiave di 'degenerazione', non riferita, come nel caso di Orlando, al periodo breve iniziato con il 1919-20, ma addirittura all'intera storia dello Stato unitario. Fu così che Ranelletti salutò la l. 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del Capo

---

(40) O. Ranelletti, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la forma di governo dello Statuto italiano* (1929), in *Riforme fasciste del diritto pubblico. Conferenze*, Milano, 1930, pp. 1-16; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1940, pp. 233 ss.

(41) O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 117 ss.

(42) Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1929, p. 318. Vedremo più avanti come il 'potere governativo o amministrativo' di Ranelletti rimanga comunque ben distinto dalla 'funzione governativa' dei giuristi del regime, per i quali — non a torto — Ranelletti era ancora assimilabile alle vecchie dottrine del potere esecutivo.

del governo come vero e proprio atto di storica 'riparazione' dei mali delle istituzioni liberali italiane, così radicati a suo giudizio nel continuo prepotere della assemblea elettiva. Ma allora la nota tesi ranellettiana (43), per cui il fascismo non avrebbe creato la nuova forma del 'regime del Capo del governo', ma solo restaurato il governo del re, seppure in una variante storica del tutto peculiare, collegata alla presenza di un partito unico in qualche modo influente a livello costituzionale, non deve certo essere interpretata in chiave di fedeltà alla monarchia. In effetti, così come il fascismo era strumento di restaurazione, così anche la stessa monarchia rinviava a sua volta a qualcos'altro, che era dato, in sintesi, dal nostro *Stato amministrativo*. La monarchia, come ribadito vertice istituzionale del governo, era garanzia del fatto che questo, nel momento in cui si staccava dal parlamento, non si staccava anche dall'amministrazione per dirigerla dall'esterno in nome di un *indirizzo politico*, in ipotesi dato dal partito, ma piuttosto rimaneva con essa congiunto, grazie a quelle fondamentali istanze di 'obbiettività' e di 'neutralità', che derivavano nella costruzione di Ranelletti proprio dal ruolo istituzionale della monarchia.

Questa era anzi la battaglia che i giuristi dello Stato amministrativo erano chiamati a svolgere entro le nuove strutture politiche del regime. Possiamo così, rispetto alla nota costruzione orlandiana, passare dall'elemento di differenza a quello di omogeneità, scoprendo un terreno che è comune a *tutta* la giuspubblistica maturatasi in età liberale, indipendentemente dal suo collocarsi dentro o fuori lo stesso regime fascista. Ed in effetti, Ranelletti costruiva nel modo che abbiamo detto il rapporto monarchia-amministrazione-governo essenzialmente sulla base dei materiali teorici di base codificati nel modello orlandiano. Nella soluzione ranellettiana, che prevedeva — come abbiamo visto — una nuova centralità del governo solo a condizione che questo rimanesse unito alla prerogativa regia ed alla stessa amministrazione, si esprimeva ancora una volta la tradizione dottrinale giuspubblicistica, che proprio con Orlando aveva disegnato rigidamente i confini del 'giuridico', e dello stesso Stato di diritto, essenzialmente nei confronti del partito politico e del go-

(43) Vedi *supra*, nota 40.

verno d'indirizzo. Così, lo sdegnoso appartarsi del giurista siciliano poté essere valutato come una semplice variante della linea principale della tradizione giuspubblicistica italiana, determinata dalla particolare rilevanza attribuita da Orlando alla questione della forma di governo e della rappresentanza politica. Ma una volta che si fosse diversamente valutato, dall'interno della medesima tradizione, il fattore dell'amministrazione, ravvisando in esso, e nel diritto che lo regola, il momento decisivo per la configurazione dello Stato di diritto, era ben possibile, ed anzi necessario, un impegno dei giuristi della tradizione entro le nuove strutture politiche, al fine di difendere lo *stabile* e *calcolabile* diritto dell'amministrazione contro la tendenza ad individuare nel partito politico, ed in un conseguente governo d'indirizzo, il vero nuovo centro delle istituzioni. In realtà, per un Ranelletti abbandonare la tutela, la cura e la costruzione di quel diritto proprio nel momento in cui più consistente appariva la minaccia di un governo 'politico' collocato fuori della stessa amministrazione, significava abbandonare la tradizione, e con essa il mestiere stesso di giurista (44).

Si potrà ora discutere sulla 'qualità' del liberalismo espresso da una giuspubblicistica, che evidentemente riteneva del tutto indifferente, per la costruzione della identità politica dello stesso Stato di diritto, il momento delle libertà politiche e della rappresentanza parlamentare; e si potrà pure osservare che quelle e questa erano in fondo già straordinariamente indebolite nello stesso modello orlandiano, a causa della tradizionale avversione nei confronti di ogni

---

(44) Da qui anche le note tesi di Ranelletti tendenti a configurare il partito nazionale fascista come istituzione di diritto pubblico, ma non come organo dello Stato: vedi O. RANELLETTI, *Il Partito nazionale fascista nello Stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, I, pp. 15-33; ed ID., *Il P.N.F. nello Stato italiano, ibid.*, 1939, I, pp. 30-42 (con qualche accentuazione in più sulla rilevanza del concetto di 'regime'). Essenziale per ricostruire il dibattito del tempo sul rapporto Stato-partito il volume dedicato a *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, a cura di O. Fantini, Roma, 1931. Utilissima anche la rassegna di opinioni dottrinali di V. CRISAFULLI, *Il 'partito' nella recentissima letteratura italiana*, in *Lo Stato*, II (1931), pp. 897-911. Per quanto riguarda la letteratura più recente, si vedano P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, 1984; i saggi del medesimo autore, e di E. GENTILE, in *Fascismo e nazionalsocialismo*, a cura di Bracher e Valiani, Bologna, 1986; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 273 ss.; e P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 344 ss.

forma di organizzazione politica e 'particolare' della società, e del possibile disporsi di questa in senso 'costituente'.

Eppure, non si potrà negare il fatto che questi medesimi giuristi riflettevano, con le loro costruzioni, alcuni caratteri di fondo della storia politica e costituzionale italiana, cosicché sarebbe davvero assai difficile ridurre tutta la vicenda teorica che andiamo descrivendo alla dimensione di una 'speciale' vocazione in senso autoritario dei giuristi medesimi. Questi, in effetti, non facevano altro che sistemare organicamente, con il *loro* Stato di diritto, quella forma di Stato liberale che in concreto si era avuto in Italia.

Sotto questo profilo, appaiono particolarmente decisivi i primi venti anni del secolo. Se è vero che essi segnarono una certa ripresa del parlamento e del suo peso politico ed istituzionale, è anche vero che ciò avvenne presupponendo, ed anzi quasi codificando, la permanente assenza di partiti politici organizzati, con una ricerca del consenso che ancora si strutturava nella direzione di un'amalgama di gruppi orientati da singole personalità, più che da autentici programmi politici. Ma allora, la dottrina orlandiana del parlamento come luogo di discussione tra cittadini 'eminenti', e tra uomini 'capaci', non era forse la stilizzazione formale di un sistema politico davvero esistente? Ed in una situazione del genere che si accompagnava ad una forte espansione delle strutture e dei compiti della pubblica amministrazione, non era forse del tutto plausibile una ricerca di 'Stato' al di là del parlamento, come era nel caso dei nuovi teorici dello Stato amministrativo? In effetti, proprio nel momento in cui con Orlando si codificava, divenendo visibile nel corso della stessa età giolittiana, un 'politico' privo di progetto e di momenti autenticamente indirizzati in senso prescrittivo-costituente — e per ciò stesso da qualificarsi, come sappiamo, come pienamente 'giuridico' —, non poteva stupire il fatto che lo stesso 'Stato' tendesse a risolversi nella amministrazione, depositaria per eccellenza dei valori della neutralità e della stabilità (45).

---

(45) Sul punto, si vedano le brillanti osservazioni di P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, pp. 188-189, che definisce il progetto giolittiano come « progetto burocratico di governo », con significati assai vicini a quelli da noi indicati nel testo. Le tesi di Farneti sono state in varia misura commentate o discusse da E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione*, cit., p. 101; N. TRANFAGLIA,

Così, la vicenda che abbiamo descritto a partire dai testi di Ranelletti assume contorni più ampi e caratteri più generali, finendo per riguardare lo stesso decisivo *rapporto tra costituzione ed amministrazione*. In effetti, lo stesso Orlando, demolendo la versione contenutistica e prescrittiva della costituzione, ed espellendola dalla tradizione giuspublicistica italiana, non aveva fatto altro che porre i presupposti necessari affinché la stessa costituzione, intesa nel suo caso come 'necessario' e 'naturale' ordine storico di una certa collettività in forma di 'popolo', potesse trovare — questa volta al di là della stessa dottrina orlandiana — il suo riferimento principale proprio nella amministrazione. È questa la convinzione di fondo che si va formando nei giuristi italiani tra età giolittiana e fascismo: che nella amministrazione, nella sua stabilità, nel suo diritto, nella sua capacità di produrre prestazioni calcolate e calcolabili, stia la *vera costituzione* dello Stato di diritto liberale, ben al di là della forma di governo orientata in senso parlamentare.

Attorno alla amministrazione si stratificano dunque due temi teorici che riguardano lo 'Stato' stesso come necessario oggetto di studio da parte della giuspubblicistica e, nello stesso tempo, come concreta forma politica organizzata trascendente i confini storici e teorici tra 'liberale' e 'fascista'. Da una parte, si pone il problema di un diritto della amministrazione come metro di un agire pubblico fondamentalmente *calcolabile*, che è tale proprio perché è svincolato da ogni pressione politica, sia essa quella tipicamente proveniente dalla assemblea rappresentativa, sia essa quella del partito inteso come motore della 'rivoluzione'; dall'altra, lo stesso diritto è inteso soprattutto come diritto proprio e specifico della pubblica amministrazione, esprimendosi in esso in primo luogo la dimensione sovrana ed *originaria* del potere pubblico, la sua strutturale non dipendenza da una qualche forma organizzata di consenso.

Ora, la nostra ipotesi è che la giuspubblicistica italiana durante il fascismo, specialmente nella sua componente amministrativistica, si muova nel suo complesso, e comunque ben al di là dello specifico

---

Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche, cit., pp. 37 ss.; e da A. AQUARONE, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, cit., pp. 62-63. Qualche considerazione sul rapporto Stato-amministrazione in R. VIVARELLI, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, cit., pp. 74-76.

caso di Ranelletti (46), entro questo quadro teorico di riferimento, tenendo insieme i due elementi sopra delineati. Lavorare dentro le strutture del regime costruendo il diritto della pubblica amministrazione ha quindi un significato necessariamente duplice. In esso convivono, sia l'aspetto 'liberale' della calcolabilità e del vincolo che il diritto può imporre al regime, della preminente presenza, rispetto allo stesso regime, dello 'Stato' come entità giuridicamente definibile ed organizzabile, sia l'aspetto 'autoritario' della definizione di una forma di Stato che, strutturandosi tutta attorno al momento sovrano ed originario impersonato dalla pubblica amministrazione, spera di trovare per questa via nello stesso regime, depurato dai suoi caratteri movimentistici e dalle sue pretese 'costituenti', un contesto istituzionale ideale per lo sviluppo dello Stato amministrativo. Insomma, per concludere su questo punto, si può dire che quei giuristi che avevano lavorato a partire dalla fine del secolo scorso per individuare — come abbiamo visto — nella amministrazione la vera costituzione dello Stato liberale, trasferiscano ora il medesimo impegno teorico all'interno del nuovo regime, tentando di emarginare da questo, con tecniche ampiamente già collaudate in età liberale, il momento politico del partito, e più in generale tutti i fattori che tendessero a disporsi in senso 'costituente'.

È dunque su questo terreno, attorno a questo nodo decisivo del rapporto amministrazione-costituzione, che è possibile individuare il nucleo più autentico della tradizione giuspubblicistica italiana, nella forma che essa aveva assunto a partire dalla fine del secolo scorso. Nel modello orlandiano che conosciamo si trovano da questo punto

---

(46) Non è certo possibile in questo contesto aprire un discorso a parte sulla amministrativistica italiana negli anni del fascismo, che si muove su basi dogmatiche consolidate, ma che pure tenta la via di significative innovazioni. Per essa si pone soprattutto il problema di una burocrazia pubblica in continua trasformazione: sul punto si veda l'eccellente sintesi di G. MELIS, *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sassari, 1984. Per quanto riguarda il delicato e decisivo problema della legalità dell'azione amministrativa, si vedano i due fondamentali testi di G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* (1922), e *L'attività amministrativa e la legge* (1924), entrambi in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, risp. pp. 145 ss. e 203 ss.; e le valutazioni in proposito di B. SORDI, *Giustizia ed amministrazione*, cit., pp. 457 ss. Per ulteriori considerazioni, vedi anche S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.

di vista elementi decisivi, soprattutto in ordine alla avversione nei confronti di ogni forma di potere costituente, come anche di ogni influenza a livello costituzionale del partito politico. Tuttavia, agli occhi dei teorici dello Stato amministrativo, il giurista siciliano sembrava non aver compreso la necessità di ritrovare altrove la 'costituzione', ovvero nella stessa amministrazione, ritenuta soggetto ben più forte e decisivo del 'popolo' e dei cittadini eminenti, elettoralmente designati come 'capaci' al governo della cosa pubblica. Orlando, in definitiva, sembrava non aver compreso che lo 'Stato', e lo stesso Stato di diritto, continuava ad esistere al di là del superato governo parlamentare, in qualità di amministrazione regolata dal diritto, e che anzi i giuristi *non potevano sottrarsi* al compito di rafforzare questa identità giuridico-amministrativa-statale nei confronti delle pretese politiche di chi voleva interpretare il fascismo come nuovo e rivoluzionario 'fatto costituente'.

Ciò appare del tutto chiaro anche nel caso dell'altro grande dogmatico — accanto a Ranelletti — dello Stato amministrativo, ovvero di Santi Romano. Non sono qui in questione i più noti saggi romaniani degli anni Trenta (47), né una certa quale presenza, per la verità assai sfumata, delle dottrine istituzionistiche dello stesso Romano nel contesto più generale del dibattito, condotto in quei medesimi anni, sullo Stato corporativo (48). A noi pare, infatti, che anche per Romano il punto decisivo e focale del rapporto con il regime fascista sia altrove, sia cioè anche nel suo caso interno alla nostra problematica dello Stato amministrativo. Non è possibile ora ripercorrere, anche solo in sintesi, le complesse vicende delle dottrine romaniane. Si può solo osservare come proprio la problematica della pubblica amministrazione assuma un ruolo di assoluto rilievo nella costruzione di quelle dottrine a partire dalla fine del secolo scorso. Romano si occupa in effetti di tutte le questioni decisive per la costruzione dello Stato amministrativo: dal rapporto parlamento-

---

(47) S. Romano, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), in Id., *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 299 ss.; Id., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* (1930), *ibid.*, p. 285 ss.; Id., *La potestà normativa del Consiglio Nazionale delle Corporazioni* (1933), *ibid.*, pp. 305 ss.

(48) Qualche osservazione in proposito in L. Ornaghi, *Stato e corporazione*, cit., pp. 98-99.

governo al decentramento, dalla giustizia amministrativa al decisivo terreno del 'diritto pubblico patrimoniale', inerente al nesso nuovo e delicatissimo tra amministrazione ed economia (49); e non v'è dubbio che le sue soluzioni siano da annoverare tra i prodotti teorici più compiuti e raffinati di quella nuova generazione di amministrativisti italiani che legò le sue sorti — nei termini che sappiamo — ad una certa interpretazione del rapporto tra costituzione ed amministrazione.

Con questo non si vuole affatto dire che la figura di Romano sia, nel passaggio dallo Stato liberale al regime fascista, del tutto assimilabile a quella di Ranelletti. Infatti, il primo, a differenza del secondo, non cedette mai alla tentazione di proporre un qualche 'ritorno allo Statuto' (50), né interpretò mai il fascismo in questa direzione. Anzi, l'esplicito riconoscimento, contenuto nel *Corso di diritto costituzionale* del 1931, di una tradizione storico-costituzionale del governo parlamentare in Italia, fondata su « vere norme giuridiche, sebbene non cogenti in modo assoluto e, in ogni caso, molto elastiche » (51), esclude che si possa applicare alla vicenda statutaria la categoria ranellettiana della 'degenerazione', e quindi che si possa interpretare il fascismo come 'storico rimedio' ai mali delle istituzioni italiane. C'è anche un altro indizio in questa direzione, contenuto nella relazione redatta da Romano per la commissione nominata dal consiglio nazionale del partito fascista nell'agosto del 1924 (52). Anche in questa sede, scrivendo a proposito del rapporto tra legislativo ed esecutivo, il nostro giurista muove dalla convinzione che il governo parlamentare, per quanto non esplicitamente previsto dallo Statuto, sia comunque ormai da considerarsi in Italia prodotto di una autentica consuetudine costituzionale, co-

(49) Vedi *supra*, note 38 e 39.

(50) Anche se in qualche punto della sua opera Romano accennò apertamente alla possibilità che i parlamenti, sovraqualificati dalle false ideologie di sovranità popolare, ritornino alle loro funzioni originarie, che erano quelle di approvazione degli atti del principe: vedi S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in ID., *Scritti minori*, cit., vol. I, pp. 47-92, p. 86.

(51) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1931[3], p. 194.

(52) La relazione di Romano è contenuta nei *Documenti per la storia del fascismo a cura dell'Istituto Nazionale Fascista di cultura*, I, *Relazioni e proposte della Commissione per lo Studio delle riforme costituzionali*, Firenze, 1932, pp. 231 ss.

sicché la sua abolizione potrebbe essere frutto solo di un vero e proprio « sovvertimento generale » (53). In questo senso, la prospettiva è esattamente rovesciata rispetto a Ranelletti: mentre questi pensa al governo parlamentare come ad un mero stato di fatto politico, conseguente all'esercizio di un prepotere, e quindi al fascismo come ad un ritorno allo Stato giuridico in forma di Stato amministrativo, Romano pensa al governo parlamentare come ad un vero e proprio sistema giuridico-costituzionale, in modo tale che l'opera di riforma costituzionale promossa dal fascismo, ed alla quale lo stesso Romano sta collaborando, può essere definita come 'giuridica' solo se rimane nella logica della correzione — naturalmente nel senso di moderare fortemente il peso istituzionale della assemblea elettiva —, e diviene invece 'politica' quando punta al sovvertimento, al superamento pieno del medesimo governo parlamentare.

Giunti a questo punto, sembra davvero di essere entrati in una sorta di vicolo cieco. Infatti, se è vero che Romano rimaneva nel 1924-25, pur con alcune perplessità, ed anche con sostanziali differenze (54), entro la logica di fondo del modello orlandiano di

---

(53) *Ibid.*, p. 232. Il volume da cui abbiamo estratto la relazione di Romano raccoglie però soprattutto gli atti della commissione successivamente nominata, in via più ufficiale, con atto del Presidente del Consiglio del Ministri del 31 gennaio 1925. Anche in questo caso le conclusioni della commissione, documentate dalla relazione del consigliere di Stato Domenico Barone (pp. 5-81), si muovono nella logica di un riequilibrio dei rapporti tra i poteri dello Stato mediante un rafforzamento dell'esecutivo, escludendo che si possa e si debba creare una « nuova costituzione », uscendo fuori dai confini, storici e teorici, del governo parlamentare (vedi spec., le conclusioni alle pp. 79-80). Tali conclusioni potevano essere accettate, non solo da Romano, ma anche, in fondo, dallo stesso Orlando, che con il suo modello costituzionale a noi già noto è presente implicitamente in molte delle pagine della relazione Barone. Naturalmente, si deve tener presente la data del 1925, che è anteriore alla legislazione costituzionale della seconda metà degli stessi anni Venti. Infatti Gentile, nella prefazione al volume, tiene in modo particolare a sottolineare il fatto che esso ha ormai valore esclusivamente storico: « è un libro di documenti per gli storici del movimento fascista ».

(54) Un cospicuo elemento differenziale tra il costituzionalismo romaniano ed il modello tradizionale liberale disegnato da Orlando era sicuramente dato dalla inclinazione di Romano verso la tematica della 'rappresentanza degli interessi', considerata invece nella logica dello stesso Orlando segno, e causa insieme, della crisi e del declino, non solo dello Stato liberale, ma della forma 'Stato' in genere. Per Orlando, vedi *supra*, nota 18. Per Romano, si veda soprattutto la celebre prolusione dedicata a *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, pp. 5-26; ed un accenno anche nella relazione cit. *supra*, nota 52.

governo parlamentare, e se è vero d'altra parte che egli sarà più tardi perfettamente consapevole del fatto che il fascismo stava creando *una nuova forma di governo*, nient'affatto tornando — come pensava Ranelletti — al modello costituzionale puro (55), allora è perfettamente lecito domandarsi: entro *quale* edificio costituzionale Romano pensava di poter e dover continuare il suo lavoro di giurista?

Una testimonianza rilevante a questo proposito è fornita anche dalla recensione del nostro giurista al volume contenente i discorsi e le relazioni con cui Alfredo Rocco, nella sua qualità di ministro guardasigilli, aveva illustrato di fronte al parlamento la nuova legislazione del regime (56): in effetti, per Romano, discutere dei contenuti di questa opera non poteva non significare discutere, seppure in via di estrema sintesi, il significato dell'opera costituzionale del regime fascista. In queste pagine, il nostro giurista lavora servendosi esplicitamente del concetto di 'rivoluzione fascista', e con altrettanta nettezza si chiede apertamente *quale forma di Stato* il fascismo sia andato creando in opposizione al tramontato Stato liberale. E tuttavia, Romano è nello stesso tempo ben attento a valorizzare in pieno anche quegli aspetti di continuità con la precedente esperienza costituzionale, che lo stesso Rocco aveva del resto più volte messo in rilievo anche sul punto specifico, direttamente coinvolgente il nostro giurista, di una tradizione dottrinale tutta centrata sul dogma della sovranità dello Stato, che il fascismo avrebbe in fondo solo portato « sino alle sue ultime conseguenze » (57).

C'è quindi in Romano una curiosa, spesso ambigua, e comunque assai abile, composizione di elementi provenienti dai due opposti campi della 'rivoluzione' e della 'continuità' costituzionale, quest'ul-

---

(55) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 193 ss.

(56) S. ROMANO, *Recensione* a A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, in *Archivio giuridico*, XCIX (1928), pp. 224-227.

(57) *Ibid.*, pp. 225-226. Non è possibile qui soffermarci in dettaglio sulla figura di Rocco, per la quale si veda comunque P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963. Brani piuttosto noti, relativi al rapporto tra tradizione giuspubblicistica e fascismo, sono in A. ROCCO, *Politica e diritto nelle vecchie e nelle nuove concezioni dello Stato* (1931), in ID., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, 1933, vol. II, pp. 453-474, con significative concordanze di accenti con i contenuti della recensione di Romano.

tima però non più interpretabile, com'era il caso di Ranelletti, in chiave di semplice 'restaurazione'. In ciò Romano è assai vicino a Rocco, che in tale opera compositiva fu davvero maestro, svolgendo la determinante funzione di conciliare le pretese del regime di autoqualificarsi come integralmente nuovo con le esigenze della dottrina e dei giuristi, che solo mantenendo aperto anche il canale della 'continuità' avrebbero potuto proseguire nel loro mestiere — come Rocco desiderava — anche sotto, ed entro, il regime che si andava costruendo (58).

C'è tuttavia quanto meno un punto sul quale Rocco e Romano si dividono. Discutere di questo significa tornare ai termini generali del nostro problema, che rimane quello del rapporto complessivo tra la tradizione giuspubblicistica liberale e l'edificazione del nuovo regime.

Per Romano superare la forma di governo orientata in senso parlamentare, e magari anche la stessa forma di Stato consegnata dalla precedente esperienza liberale, non significava affatto creare una *nuova costituzione*. Per ammettere questo, bisognava ammettere che tra le novità istituzionali introdotte dal fascismo vi fosse anche la duplice figura, sconosciuta alla giuspubblicistica, del potere costituente e della legalità costituzionale come livello di legalità sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Ma ciò non era, per Romano come per *tutta* la tradizione giuspubblicistica italiana, 'materia disponibile' da parte di un regime, per quanto questo potesse definirsi 'rivoluzionario'. Quelle figure erano piuttosto prodotti ideologici di una certa fase storica della riflessione costituzionalistica, funzionali allora, al tempo delle rivoluzioni, ad una concentrazione di tutto il potere pubblico nelle assemblee elettive, al di là delle quali si immaginava appunto il popolo sovrano disposto in senso 'costituente' (59). Ora, anche il fascismo per ben altro verso finiva inevitabil-

---

(58) A. Rocco, *La trasformazione dello Stato*, cit., spec. pp. 23 ss., 131 ss., 163 ss., 195 ss., ma tutto il volume è da rileggere nella direzione da noi indicata nel testo.

(59) Molteplici i riferimenti testuali contenuti in questo senso nella opera di Romano: vedi S. Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898), in Id., *Scritti minori*, cit., I, pp. 1-40; Id., *Costituente*, in *Digesto Italiano* VIII (1899-1903), dove leggiamo — la voce di Romano è datata 12 gennaio 1900 — a proposito del concetto di costituzione, che esso appare « inafferrabile e privo di effettiva consistenza »,

mente per costituire una minaccia per quello Stato con cui s'identificava la stessa giuspubblicistica, che essa aveva il compito di difendere da ogni intrusione di principii 'costituzionali', che in realtà erano solo politici, ideologicamente funzionali a giustificare un nuovo inaccettabile dominio sullo Stato dal suo esterno, questa volta da parte del partito politico, nella sua concreta forma storica di partito unico.

Tutto ciò si condensò in modo esemplare nella discussione sull'art. 12 della l. 9 dicembre 1928 n. 2693 sulle attribuzioni del Gran consiglio del fascismo. Tale articolo disponeva il parere obbligatorio del Gran consiglio su tutte le materie di carattere costituzionale, dalle attribuzioni e prerogative della Corona alla composizione e funzionamento dello stesso Gran consiglio, del Senato e della Camera, dalle attribuzioni e prerogative del Capo del governo alla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, dalle norme in materia sindacale e corporativa fino ai rapporti con la S. Sede ed alla materia dei trattati internazionali. Ebbene, proprio Rocco, presentando la legge in questione al Senato, sostenne che da questo articolo si doveva partire per ammettere che ad una diversa procedura di formazione della legge, come quella prescritta dall'art. 12, dovesse corrispondere di necessità una nuova 'qualità' della legislazione medesima, appunto di natura costituzionale, tanto che — secondo Rocco — i giudici avrebbero dovuto disapplicare le leggi emanate nel campo disegnato dall'art. 12 e non munite del prescritto parere del Gran consiglio (60).

---

in modo tale che « da ciò si può trarre la sicura conseguenza che un potere o una funzione costituente, per la sua intima natura distinta da quella legislativa, non trova luogo nella categoria dei concetti fondamentali del diritto pubblico » (pp. 352-353). Molto più tardi, a testimonianza di una tenace ed incrollabile convinzione, con la quale s'identificava tanta parte della nostra tradizione giuspubblicistica, Romano ritornò per la ennesima volta sul problema, significativamente criticando, in un contesto argomentativo affine, la nozione di 'costituzione in senso materiale', quale discutibile e pericoloso tentativo di emancipare il concetto stesso di 'costituzione' dal diritto costituzionale positivo emanato dallo Stato-persona: vedi S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946^2, pp. 3 ss.

(60) A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, vol. III, *La formazione dello Stato fascista* (1925-1934), Milano, 1938, pp. 943 ss.

Su questo punto, Romano non poteva non dividersi da Rocco (61), per motivi generali in parte a noi già noti. Ed infatti, nel *Corso di diritto costituzionale*, Romano negò, grazie ad un ingegnoso artificio teorico (62), che il fascismo avesse introdotto in Italia la nuova categoria delle leggi costituzionali, negando quindi — ciò che più premeva sul piano pratico — che ai giudici potesse spettare in proposito un qualche sindacato di legittimità. In realtà, in tutta questa specifica vicenda si nascondeva un formidabile problema teorico, che costituiva il vero e proprio discrimine tra i giuristi del fascismo ed i giuristi della tradizione: per i secondi, a differenza dei primi, per Romano, a differenza di Rocco, *non poteva esistere alcuna 'costituzione' al di là del diritto costituzionale*, al di là del diritto che lo Stato-persona emanava al fine di regolare l'attività degli organi costituzionali dello Stato medesimo, tra loro, ed in rapporto con i cittadini. Solo questo — e non era certo cosa di poco conto dal punto di vista del regime! — non potevano concedere i giuristi della tradizione, perché in tal modo essi avrebbero negato il loro stesso mestiere, la loro stessa identità disciplinare, ammettendo che le loro costruzioni dogmatiche potessero in ogni momento essere messe in discussione dalla necessità di pensare *in modo adeguato* ai 'valori' espressi nella 'costituzione'.

Da questo tema teorico generale discendono poi due conseguenze specifiche sul piano costituzionale. In primo luogo, la negazione, fermissima in Romano come in Ranelletti (63), di un pieno

---

(61) Il dibattito sull'articolo 12 della legge del 1928 fu piuttosto vasto, e meriterebbe una ricostruzione a parte. Tra gli altri, vedi A.C. JEMOLO, *La legge 9 dicembre 1928, n. 2693 sul Gran Consiglio del fascismo ed il concetto di 'legge costituzionale'*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, 1931, vol. II, pp. 75-90; A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale), ibid.*, vol. I, pp. 396-437; ID., *Le leggi di carattere costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930, I, pp. 69 ss.

(62) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 272, dove Romano sostiene come ancora ammissibile l'iniziativa parlamentare sulle materie dell'art. 12 della legge del 1928 — ciò che evidentemente farebbe cadere il concetto stesso di legge costituzionale come livello di legalità indisponibile da parte del parlamento —, dal momento che in teoria il Capo del governo, unico titolare del potere di convocazione del Gran Consiglio, potrebbe far propria la proposta parlamentare, conservando ad essa il suo carattere originario.

(63) Vedi *supra*, nota 44. Per Romano, si veda ancora S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 126 ss., sul partito nazionale fascista come « ente ausiliario dello

ruolo costituzionale del partito politico: era infatti in questo che in concreto — come già abbiamo osservato — si poteva ravvisare il soggetto della ipotetica 'funzione costituente'.

Ma ancora piu rilevante è da questo punto di vista la problematica del governo, dalla quale non a caso prenderà le mosse — come vedremo — Costantino Mortati. Anche in questo caso è utile termine di riferimento Rocco che, pur richiamando a questo proposito la tradizione giuspubblicistica, ed in particolare Ranelletti, in realtà propone di passare dal livello di una già proclamata 'essenzialità' della pubblica amministrazione nella definizione dello Stato alla individuazione di una vera e propria « funzione governativa » (64), in qualche modo nuova rispetto alla stessa tradizione, e soprattutto — ciò che più conta — autonoma rispetto alla stessa amministrazione, e rispondente quindi a *logiche d'indirizzo* che, non essendo più parlamentari, non potevano non provenire, di nuovo, dal partito politico. Anche a questo si oppone decisamente Romano, rimanendo deliberatamente nella logica ranellettiana della « direzione suprema e generale dello Stato nel suo complesso e nella sua unità » (65), intesa nel senso statico della individuazione di un nucleo

---

Stato ». Ben diversa la posizione di Rocco che, seppure in modo assai misurato, finiva per fondare l'autorità del Capo del governo su un oscuro complesso « di ingenti forze politiche, economiche e morali », che nel contesto dato non potevano non far capo al partito fascista: vedi A. Rocco, *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 202 (si tratta della conclusione della relazione sul disegno di legge in materia di attribuzioni e prerogative del Capo del governo). È significativo il fatto che proprio su questo passaggio della relazione di Rocco si sia appuntata l'attenzione critica di liberali come Mosca, che ben videro in questo aspetto del ruolo del partito il fattore principale di superamento sia del governo costituzionale puro come anche del governo parlamentare: vedi G. Mosca, *Prerogative del Capo del Governo*, in Id., *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, 1949, pp. 277-284 (si tratta del discorso pronunciato al Senato nella seduta del 19 dicembre 1925, quasi in replica alla relazione di Rocco sopra ricordata).

(64) A. Rocco, *Prefazione* a C. Saltelli, *Potere esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100, commentata ed illustrata*, Roma, 1926. È da notare però come anche in questo testo Rocco prosegua nella sua opera di mediazione con la dottrina tradizionale, per altro verso addirittura giustificando il permanente uso del termine 'potere esecutivo' in quanto contenuto nello Statuto. In realtà, come vedremo nel paragrafo successivo, solo con Panunzio avremo una vera e propria dottrina della funzione governativa in chiara e netta opposizione con la vecchia dottrina liberale del potere esecutivo.

(65) S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 272.

forte ed 'essenziale' dello Stato collocato nel complesso monarchia-burocrazia-governo, e non nel senso *dinamico* di un'autonoma potestà governativa esplicitamente fondata su un decisivo elemento di programma e d'indirizzo.

Alla fine — come vediamo — tutte queste problematiche si riconnettono insieme determinando l'identità stessa della tradizione giuspubblicistica italiana, in genere, e di fronte al fascismo. Questa consiste, in una parola, nel legame stretto ed indissolubile tra il mestiere del giurista e la necessaria presenza di uno 'Stato', variamente denominato 'moderno', o 'giuridico', o 'di diritto', che in quanto soggetto istituzionale, sovrano ed originario, possa dirsi del tutto libero ed autonomo da ogni 'costituzione', quindi non rispondente a principii ritenuti di ordine 'superiore', ed in realtà da ritenersi invece come propriamente ed esclusivamente politici. In conclusione, la tradizione giuspubblicistica italiana si ferma consapevolmente e necessariamente alla *dottrina dello Stato-persona*: non vuole e non può produrre una *dottrina della costituzione*, e con essa — come vedremo — una dottrina del rapporto Stato-partito, e più in genere del governo e dell'indirizzo politico.

Ora, tutto ciò finisce per attraversare tutto lo spettro della tradizione giuspubblicistica italiana, in particolare risultando decisivo nel caso dei nostri tre protagonisti, ovvero nel caso di Orlando, di Ranelletti, e di Romano. Infatti, se Orlando si distacca criticamente dal regime, è proprio perché, sulla base del suo modello costituzionale, egli non riesce più a vedere 'Stato' nella situazione politico-istituzionale creatasi nella seconda metà degli anni Venti; ed è ancora sulla base del medesimo 'Stato', questa volta assunto nella sua versione di originario potere sovrano della monarchia e della burocrazia, che Ranelletti decide di svolgere la sua funzione di giurista entro le strutture politiche del regime. Ma ciò che più conta è che per *tutta* la tradizione giuspubblicistica, indipendentemente dalla sua collocazione dentro o fuori del regime, gli obiettivi polemici sono i medesimi: il potere costituente e la legge costituzionale, il ruolo costituzionale del partito politico, il governo d'indirizzo, ed in fondo la 'costituzione' medesima.

Anche il caso di Romano rientra ampiamente in questo contesto generale, ed in particolare, seppure con alcune differenze — già viste — rispetto a Ranelletti, nella tradizione dello Stato amministrativo

formatasi alla fine del secolo scorso. Ciò appare in tutta evidenza nel discorso, tenuto da Romano per il suo insediamento nella prestigiosa carica di Presidente del Consiglio di Stato (66). Qui, accanto al riconoscimento di una vera e propria « rivoluzione fascista » come processo creativo di « un nuovo ordinamento » si mette subito in rilievo come il moto continuo di tale 'rivoluzione' abbia però raggiunto « un punto ormai fermo »: questo « punto è la riorganizzazione e il rafforzamento del potere esecutivo, finalmente restituito a quella posizione preminente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava. Esso è ormai il vertice del sistema costituzionale, è il primo motore dell'intera vita statale, è nell'esercizio della sua funzione effettivamente sovrano » (67).

Dunque, non un'improbabile, e pericolosa, 'funzione governativa', ma il potere esecutivo, necessariamente comprendente governo ed amministrazione: è questo il dato istituzionale che si pone al centro della esperienza costituzionale del fascismo, è questo il 'punto fermo' al quale la 'rivoluzione fascista' è giunta, e che per Romano è e deve rimanere fermo anche e soprattutto di fronte alla 'rivoluzione' medesima. Ma non è forse nella centralità di un potere esecutivo così concepito che risiedeva uno dei momenti teorici fondamentali della nostra dottrina dello Stato amministrativo, a partire dall'ultimo decennio dell'Ottocento, e nel corso di tutta l'età giolittiana?

In realtà, la vicenda specifica di Romano mostra ancor più quanto fosse strumentale il riferimento di Ranelletti al modello

---

(66) S. ROMANO, *Discorso per l'insediamento a Presidente del Consiglio di Stato*, in *Il Foro amministrativo*, V (1929), pp. 3-6 (preceduto dal *Discorso di S.E. Massolini, Primo Ministro Duce del Fascismo, per l'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, pp. 1-2). Sul punto è di notevole rilievo anchc S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, vol. I, pp. 3-28, assolutamente monolitico nel valutare il complesso della giustizia amministrativa come istituzione fondamentale dello Stato amministrativo — prima liberale, e poi fascista —, quindi più sul piano oggettivo della coerenza dell'ordinamento che su quello soggettivo, in fondo incidentale, della tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini. Su questi impegni istituzionali di Romano vedi F. COCOZZA, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, pp. 1231-1352.

(67) S. ROMANO, *Discorso per l'insediamento*, cit., p. 4.

costituzionale puro ed alla originaria prerogativa regia, o quanto esso rappresentasse al massimo una variante, possibile ma non necessaria, della strategia dei nostri giuristi di fronte al regime. Ed infatti Romano, pur non aderendo alla visione ranellettiana della storia costituzionale italiana ed alla concezione del fascismo come mero strumento di 'restaurazione', non ha difficoltà a lavorare come giurista entro il nuovo regime, appunto perché il suo Stato, ovvero *lo Stato amministrativo della tradizione*, non riceve certo il necessario crisma di giuridicità, e di legittimità, dalla prerogativa regia — che anzi Romano palesemente non vede più come l'elemento decisivo nella qualificazione della forma di governo —, ma da quella condizione di sovranità, di autonomia, e di originarietà del potere pubblico che si concentra e si esprime al massimo grado nel potere esecutivo: in quel potere che il fascismo, se aiutato dai giuristi a non debordare verso pericolose ipotesi di primato della 'costituzione', avrebbe definitivamente ricollocato al centro della dinamica costituzionale.

Infine, il caso di Romano ci mostra anche quale sia il limite estremo al quale può giungere la tradizione giuspubblicistica italiana nel rapporto con il regime fascista. Essa può anche consentire ad una certa versione del fascismo come 'rivoluzione', nel senso di una svolta storica creativa di una nuova forma di governo e di Stato non esattamente qualificabile secondo i canoni tradizionali e conosciuti: tutto questo è stato ammesso in varie forme e modi dallo stesso Romano. Ma nel moto costituzionale provocato dalla 'rivoluzione' deve esistere di necessità un 'punto fermo', che è dato in sintesi dalla esigenza che quel moto e quella svolta non conduca ad *un governo d'indirizzo ispirato dal partito, proteso ad attuare nella società i 'valori' dettati dalla 'costituzione'*. Al posto di questa soluzione, politicamente possibile, ma non più 'giuridica', e contro la quale i giuristi stessi sono comunque chiamati a lavorare dall'interno del regime, in fondo anche Romano propone un'opera di 'restaurazione', che è quella della centralità del potere esecutivo nel senso già conosciuto dello Stato amministrativo. Tale centralità è vissuta da giuristi come Santi Romano come dato naturale e fisiologico, in definitiva istituzionale, di ogni regime politico. Nella strategia impersonata da Romano anche il regime fascista, pur con le sue ansie 'rivoluzionarie', e per quanto effettivamente avesse creato nuove ed inedite

forme di governo, avrebbe finito per scontrarsi con quel dato, in esso trovando un limite invalicabile. Su quella ideale linea di delimitazione e di confine era attestata la scienza giuridica, perché lì si trovava il suo necessario oggetto di studio, ovvero lo 'Stato' medesimo. In questo senso, i giuristi *dovevano* lavorare entro le strutture politiche del regime, poiché non potevano lasciare interrotto, pena una grave perdita d'identità, quel discorso sulla 'essenza' dello Stato in forma di amministrazione che avevano già avviato in piena età liberale.

3. Sono esistiti davvero i 'giuristi del regime'? E se sono esistiti, quale è stato il loro rapporto con quei 'giuristi della tradizione' di cui già abbiamo discusso? Intanto, sulla base della analisi fin qui condotta, crediamo che non sia possibile rispondere alla prima domanda sostenendo che 'giuristi del regime' sono stati tutti quei giuristi che hanno lavorato concretamente entro le strutture politiche e costituzionali costruite in Italia a partire dagli anni Venti.

È soprattutto l'emblematico caso di Santi Romano, che occupò la prestigiosa carica di Presidente del Consiglio di Stato, ad impedire una simile conclusione. Infatti, giuristi come Romano — come già abbiamo visto — vedevano nel fascismo, da una parte l'occasione storica funzionale a restituire all'amministrazione, ed all'intero potere esecutivo, quella centralità che lo Stato liberale aveva solo imperfettamente realizzato, dall'altra una possibile minaccia, sulla base delle nuove dottrine del partito politico e della autonoma funzione governativa, a quella nozione di *Stato come originaria istituzione sovrana in forma di amministrazione* (68), nella quale si riconosceva la parte più consistente della stessa tradizione giuspubblicistica. In altre parole, giuristi come Romano lavoravano entro le

(68) In effetti, lo stesso istituzionismo romaniano sembrava dirigersi più verso questa concezione della pubblica amministrazione come nucleo originario ed essenziale dello Stato che non verso la configurazione di una vera e propria legalità costituzionale sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Per l'avversione di Romano nei confronti del concetto stesso di 'costituzione', vedi *supra*, nota 59; per la sua concezione della pubblica amministrazione, vedi M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit. (vedi *supra*, nota 29); e più in genere, per importanti spunti teorici in materia di poteri originari della pubblica amministrazione, vedi M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, spec. pp. 37 ss.

strutture del regime *in quanto* giuristi della tradizione, e ciò in un duplice senso: sia perché ravvisavano nel regime stesso i possibili connotati istituzionali di una forma politica già conosciuta, e da essi medesimi elaborata sul piano teorico nel corso degli ultimi decenni della stagione liberale — il nostro Stato amministrativo —, sia perché intendevano favorire nella 'rivoluzione' in atto la tendenza verso la rivalidazione storica di quella medesima forma politica, contro la possibile evoluzione verso il primato dei 'principii costituzionali' ritenuti espressione propria e specifica della stessa 'rivoluzione'. Dunque, in una parola, si poteva essere giuristi della tradizione anche decidendo di lavorare entro le strutture del regime; anzi, fu proprio questa — con l'eccezione di Orlando — la scelta più corrente tra i massimi esponenti della nostra tradizione giuspubblicistica.

Si apre allora un altro e diverso campo di ricerca, nel quale indagare al fine d'identificare correttamente i 'giuristi del regime'. È questo il campo della *critica alla tradizione*. A questo proposito, si deve subito precisare che dal nostro punto di vista non interessa ogni tipo di critica, ma solo quella che si pone in senso specifico come giuridica, da giurista a giurista (69). Non interessa quindi un generico discorrere sulle virtù dinamiche della 'rivoluzione' in opposizione alle statiche forme dei giuristi della tradizione, ma piuttosto solo ed esclusivamente quei tentativi di ricostruire, proprio attraverso la critica alla tradizione, una diversa identità della giuspubblicistica, ritenuta maggiormente all'altezza dei tempi e delle trasformazioni che lo Stato stava subendo nel nuovo contesto politico-istituzionale.

Pur così ristretto, il campo d'indagine rimane lo stesso assai vasto, e non può certo essere qui esaurito. Si possono però individuare *due linee principali* di critica alla tradizione. A ciascuna di esse corrisponde, certo non a caso, un aspetto ritenuto particolarmente debole e contraddittorio all'interno della nostra tradizione, e quindi come tale assunto come principale oggetto di critica.

Possiamo definire la prima linea *etico-politica*, e la seconda

(69) Rimane quindi fuori dalla nostra considerazione una critica alla tradizione come quella condotta da Arnaldo Volpicelli, sulla quale si veda P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 112 ss.

corporativo-governativa. Dal nostro specifico osservatorio, che è dato — lo ripetiamo ancora una volta — esclusivamente dal gruppo professionale e disciplinare dei giuristi, queste due linee sono emblematicamente impersonate rispettivamente da Carlo Costamagna e da Sergio Panunzio (70).

È all'inizio degli anni Trenta che la critica di cui andiamo discutendo assume nuovi e più decisi accenti. Proprio grazie a Costamagna, essa si raccoglie — nella prima delle nostre due linee — attorno ad una nuova pubblicazione periodica. Si tratta de *Lo Stato*, che inizia la sua attività nel febbraio del 1930 (71). La rivista, per esplicita volontà della direzione e dello stesso Costamagna, trova la sua ragione d'essere nella esigenza di costruire « una scuola effettivamente nazionale nel diritto, nell'economia, nella politica », puntando l'indice soprattutto contro quei giuristi — la nostra tradizione — che « rifiutano di procedere alla revisione del sistema teorico del nostro diritto alla stregua dei principi etico-politici che ne sono alla base », proponendo al contrario una vera e propria sutura « tra la così detta vecchia dottrina e la nuova, come parecchi pretendono anche dentro i quadri politici del fascismo » (72).

---

(70) Un primo approccio alla figura di Costamagna può essere aiutato da M. CUPELLARO, *Costamagna, Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 30, 1984, pp. 276-279, al quale rinviamo anche per la bibliografia raccolta. Ben più studiata la figura intellettuale di Sergio Panunzio, seppure quasi esclusivamente con riferimento alle problematiche del sindacalismo rivoluzionario: vedi S. CASSESE, *Socialismo giuridico e 'diritto operaio'. La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75), pp. 495-505; D.D. ROBERTS, *The Syndacalist Tradition and Italian Fascism*, Manchester, 1979; G. CAVALLARI, *Pluralismo e gerarchia nel pensiero filosofico-politico di Sergio Panunzio (1907-12)*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 413-429; S. DE ANGELIS, *Sergio Panunzio: rivoluzione e/o Stato dei sindacati*, in *Storia contemporanea*, XI (1980), pp. 969-987; ID., *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, *ibid.*, XIV (1983), pp. 695-739. L'ultimo saggio citato è di particolare rilevanza per le problematiche che esamineremo nel testo. Si segnala infine la pubblicazione di un volume di scritti di Panunzio: S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, con introduzione di F. Perfetti, Roma, 1987.

(71) L'importanza di questa rivista è stata messa in luce da L. MENGONI, *Cultura giuridica e fascismo. Il diritto pubblico italiano*, in *Cultura e società degli anni del fascismo*, Milano, 1987, pp. 433-444.

(72) LA DIREZIONE, *Precisazioni programmatiche*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 56-57. Per analoghe critiche alla tradizione, vedi anche la *Lettera-programma di S.E. Bottai*,

Obiettivo polemico di Costamagna sembra essere, in questo senso, soprattutto Ranelletti: « si sa che per il prof. Ranelletti lo Stato non può esistere come Stato fascista. Vi è per lui un solo tipo di Stato, eterno, indistruttibile, assoluto: quello liberale-democratico del secolo XIX » (73); ed ancora, sempre in polemica con Ranelletti, accusando la tradizione giuridica di aver voluto monopolizzare il concetto stesso di 'Stato': « vi sarebbe un modo definitivo dello Stato, che si indica come lo 'Stato moderno' per antonomasia e che sarebbe caratterizzato dai due requisiti di essere uno Stato costituzionale e uno Stato di diritto » (74).

Attraverso la critica a Ranelletti, viene così in primo piano forse la principale caratteristica teorica della linea impersonata da Costamagna, che sopra abbiamo definito etico-politica. Ciò che si contesta alla tradizione giuspubblicistica è di potersi ergere a titolare monopolista del valore-'Stato'; anzi essa, presumendo di essere tale, ovvero custode necessaria di quel valore, soprattutto di fronte alle pretese 'politiche' del regime, finisce per non capire quanto proprio il fascismo sia pienamente 'Stato', quanto il fascismo realizzi, ben più della limitata e deformata civiltà liberale dell'Ottocento, l'agognato valore-'Stato'.

È qui necessario, di nuovo, risalire al nesso storico tra Stato liberale e regime fascista, in particolare per ciò che riguarda il decisivo periodo dei primi venti anni del secolo. Sappiamo, dopo le indagini già condotte, che proprio dalla concreta esperienza giolittiana giuristi come Romano e Ranelletti avevano ricavato la loro nozione-base di 'Stato', essenzialmente ricercata, in assenza di un definito progetto politico-costituzionale e di un reale ruolo protagonistico del parlamento e dei partiti organizzati, nella pubblica amministrazione in quanto luogo istituzionale ritenuto più idoneo

---

ibid., pp. 1-5; e C. COSTAMAGNA, *Il 'metodo' come problema politico*, *ibid.*, II (1931), pp. 8-18.

(73) C. COSTAMAGNA, *Ancora sul tema 'Stato e partito'*, in *Lo Stato*, VII (1936), pp. 368-371. L'occasione del contendere era data ancora una volta dalla inclinazione della tradizione giuspubblicistica di Romano e Ranelletti a negare al partito la qualifica di « istituzione costituzionale dello Stato »: in proposito vedi *supra*, note 44 e 63.

(74) C. COSTAMAGNA, *Considerazioni sulla qualifica dello Stato fascista*, in *Lo Stato*, II (1931), p. 241. Da ricordare anche ID., *La riforma della scienza giuridica. La dottrina giuridica dello Stato e la sua crisi*, *ibid.*, IV (1933), pp. 561-572.

allo sviluppo dei valori liberali della certezza e della stabilità, ed in quanto personificazione dello 'Stato' medesimo quale sovrana ed originaria istituzione. Ora, giuristi come Costamagna considerano proprio questo 'Stato' dei giuristi della tradizione ormai superato dalle nuove circostanze storiche. Infatti, agli occhi di un Costamagna, il primato giolittiano della amministrazione, lungi dal proporre una 'vera essenza' dello Stato — come era negli intendimenti di Romano e di Ranelletti —, non è altro che l'altro grande sintomo, accanto all'incapacità del parlamento ad esprimere un autentico indirizzo politico, della sostanziale inattitudine della stagione politica liberale a produrre 'Stato' davvero (75). Ed in effetti, nella prospettiva di Costamagna, quale Stato è più povero e debole di quello Stato che si riduce ad identificarsi nella sua amministrazione? In realtà quindi Costamagna intende riproporre alla giuspubblicistica italiana il problema — a suo giudizio dimenticato dai giuristi liberali — della *'sostanza' etico-politica dello Stato*, quale necessario spazio d'identificazione dello Stato medesimo, che colloca questo al di là di ogni attività di mediazione, sia essa quella tra i partiti in parlamento, sia essa quella propria di ogni attività amministrativa pubblica che si presuma in sé conchiusa, già in sé 'Stato', ma che proprio per questo finisce per essere priva di un vero principio politico di carattere direttivo, e quindi nient'affatto 'Stato'.

Entro questa generale cornice teorica, il discorso di Costamagna, proprio sulle pagine de *Lo Stato*, si sviluppa in una notevole pluralità di direzioni. Tra queste, certamente di grande rilievo è quella del commento ai principii contenuti nella 'Carta del Lavoro' ed alle norme della l. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro (76), come parte del dibattito più complessivo sullo 'Stato corporativo' (77).

---

(75) Appare rilevante in questo contesto l'indagine di E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascismo*, Bari, 1982.

(76) C. COSTAMAGNA, *La legge e il contratto*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 10-22; ID., *L'associazione professionale nel diritto fascista*, *ibid.*, pp. 139-158.

(77) Per quanto riguarda specificamente i nostri giuristi, questa particolare problematica si traduceva anche in una delicata questione di assetti disciplinari. Infatti, Costamagna, come in genere i giuristi del regime, intendeva fare del diritto corporativo, ed in particolare proprio dei principii contenuti nella 'Carta del Lavoro', il nuovo diritto costituzionale del regime, ad esso subordinando gerarchicamente sia il diritto civile che

Sarebbe errato, nel caso di Costamagna, pensare, attraverso la problematica corporativistica, alla questione della 'crisi' del rapporto liberale tra Stato e società sotto il profilo del complicarsi della struttura della seconda, del proliferare di nuovi interessi organizzati, della rottura del paradigma individualistico (78). In realtà, in Costamagna l'aggettivo 'corporativo' qualifica il sostantivo 'Stato' nel senso che lo rivalida, nella sua forma classica di moderno detentore monopolistico e sovrano dell'intera dimensione del politico. Con il fascismo lo Stato diviene corporativo semplicemente perché vuole essere finalmente 'Stato' in qualità di soggetto pienamente sovrano, riscoprendo la sua più autentica 'sostanza' etico-politica che lo differenzia da ogni associazione che si fondi su elementi di carattere contrattuale. Così, essendo la legge del 1926 sulla disciplina dei rapporti di lavoro vera e propria legge costituzionale, di diritto pubblico, si deve bandire dalla sua interpretazione ogni criterio di carattere privatistico-contrattualistico, che implichi come tale un inammissibile conflitto d'interessi in seno allo Stato stesso: « rappresentare la categoria non vuol dire rappresentare una serie di interessi, eventualmente discordi, dei singoli che in atto partecipano alla categoria, ma interpretare l'interesse permanente della categoria

---

il diritto amministrativo. Ai loro occhi, la risposta dei giuristi della tradizione era su questo terreno estremamente conservatrice; essa consisteva infatti nel collocare il diritto corporativo in un settore speciale del diritto amministrativo, evitando così la sua generalizzazione a livello costituzionale: vedi in modo esemplare G. Zanobini, *Il diritto corporativo e gli altri rami del diritto*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. II, Padova, 1933, pp. 673-689. Utili al fine di ricostruire questa discussione gli *Atti del primo Convegno di studi sindacali e corporativi. Roma 2-3 maggio 1930*, Roma, 1930; e con essi ovviamente anche gli *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi. Ferrara 5-8 maggio 1932*, Roma, 1932. Tutta questa materia meriterebbe uno studio a parte poiché coinvolge in prospettiva anche il dibattito sulla riforma in senso fascista dello stesso diritto civile, ed inoltre la tematica della stessa codificazione civilistica dal punto di vista interessantissimo dei principii generali dell'ordinamento. Tutto ciò, collegandosi necessariamente con uno studio parallelo delle discipline giuspubblicistiche e civilistiche, non può purtroppo essere compreso nei limiti di questa indagine.

(78) Vedi P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 341-342, anche per le differenze con Panunzio, per il quale si veda più avanti in questo medesimo paragrafo. Qualche indicazione in proposito anche in G. Cianferotti, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, pp. 261 ss.

stessa, il quale altro non è se non l'interesse dello Stato specializzato nella categoria » (79); ed ancora, si deve bandire, per gli stessi motivi, dalla ricostruzione del rapporto Stato-sindacato — ed anche Stato-partito — ogni logica di ascendenza privatistica relativa al concetto di 'persona': c'è in verità una sola 'persona' nel diritto pubblico, lo Stato medesimo, cosicché il sindacato « non rappresenta a titolo di diritto patrimoniale, ma disciplina ed amministra a titolo di diritto pubblico, vale a dire quale organo della unica ed indivisibile sovranità dello Stato » (80).

Così, con il nostro Costamagna la tradizione giuspubblicistica appare discutibile ed inadeguata, non perché troppo poco consapevole della dimensione storica della 'crisi' del rapporto Stato-società, o addirittura della fusione in atto tra i due termini del rapporto medesimo, ma all'inverso perché troppo timida ed incerta nell'elaborare *la necessaria differenza concettuale tra pubblico e privato* (81). In una parola, lo Stato amministrativo della tradizione, in quanto privo di autentica 'sostanza' etico-politica, appare a Costamagna ancora troppo disponibile a lasciarsi integrare dal diritto civile dello scambio e della mediazione, e quindi a maggior ragione incapace a riformare quel diritto secondo una prospettiva autenticamente 'costituzionale', o anche 'corporativa'.

Di tutto ciò si ha conferma a proposito di un'altra problematica che appare decisiva nell'opera di Costamagna. Si tratta del concetto di *rigidità della costituzione*, che anche Costamagna elabora, come molti altri giuristi del suo tempo, a partire dall'art. 12 della legge del 1928 sul Gran Consiglio del fascismo (82). Per il nostro giurista (83), non ci si può limitare a segnalare l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova figura della 'legge costituzionale', ed a sostenere conseguentemente l'attivazione di un certo sindacato da parte dei giudici su quelle leggi emanate nel campo disegnato dall'art. 12, e

---

(79) C. COSTAMAGNA, *La legge e il contratto*, cit., pp. 20-21.

(80) C. COSTAMAGNA, *L'associazione professionale*, cit., p. 157.

(81) Sul punto si veda anche C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, vol. I, pp. 283-304.

(82) Vedi *supra*, nota 61.

(83) C. COSTAMAGNA, *Le guarentigie della costituzione*, in *Lo Stato*, I (1930), pp. 192-195.

non munite del prescritto parere del Gran Consiglio. La proposta di Costamagna, di procedere oltre su questa via, creando una vera e propria 'Alta Corte Costituzionale', si inserisce pienamente nella problematica generale della 'sostanza' etico-politica dello Stato, di cui stiamo discutendo.

In effetti, lo Stato liberale italiano non era riuscito — come sappiamo — a creare per parte sua una autentica prassi di legislazione costituzionale, né la relativa dottrina si era voluta muovere in quella direzione (84); ma per Costamagna è ancora più indicativo il fatto che quelle democrazie, come la statunitense, che erano riuscite a costruire tutto questo, ed un connesso sindacato di costituzionalità, si fossero poi in concreto organizzate, in varie forme, con il sistema della eccezione d'incostituzionalità, intrecciando così il piano obiettivo dei valori costituzionali direttivi con quello soggettivo delle libertà fondamentali, e comunque lasciando ai privati coinvolti nel processo un ruolo più o meno protagonistico nella attivazione del sindacato medesimo.

Ma anche tutto questo non era forse una ulteriore conferma della congenita incapacità delle democrazie parlamentari a produrre ed esplicitare davvero il valore-'Stato'? Quale 'Stato' è mai quello Stato che affida perfino la definizione dei sommi principii ai meccanismi privatistici delle eccezioni processuali? E quale 'costituzione' dovrebbe uscire fuori da una somma di casi radicati per loro natura negli interessi dei privati? Al posto di tutto ciò, lo Stato fascista, grazie alla sua 'sostanza' politica, può proporsi di costruire una Alta Corte Costituzionale del tutto staccata dalla magistratura ordinaria, custode ed interprete di quei *principii politici fondamentali* senza i quali non esiste comunque alcuna vera forma di 'Stato'.

In definitiva, anche Costamagna può dunque dirsi inserito a buon diritto in una prospettiva di restaurazione dello Stato, anch'egli immagina il fascismo come 'storico rimedio' ai mali di una lunga fase che non aveva saputo cogliere la vera 'essenza' dello Stato, ponendo questo davvero al sicuro da ogni pressione di carattere economico e particolaristico. A ben guardare, sia pure con alcune differenze di tono, tutti questi sono temi teorici propri anche della

(84) Vedi *supra*, note 13 e 59.

tradizione giuspubblicistica liberale. E tuttavia la differenza c'è, e ben rimarchevole, tale da attrarre inequivocabilmente Costamagna dalla parte dei giuristi del regime. Infatti, il nostro giurista esprime in modo esemplare — come già abbiamo visto a proposito della critica a Ranelletti ed alla dottrina dello Stato amministrativo — l'insoddisfazione per una ricerca della 'essenza', o 'sostanza', dello Stato che si fermi alla rilevazione del ruolo prioritario e centrale della pubblica amministrazione. Anche questa, come l'ingovernabile democrazia parlamentare dei partiti, è destinata a non impersonare alcuno vero 'Stato', se non è continuamente alimentata e ricondotta, non ad astratti ideali formali, magari custoditi dalla stessa scienza giuridica — pensiamo qui alle problematiche della stabilità e della calcolabilità —, ma ad un vero e proprio 'principio politico', nel quale si riassuma il carattere storico fondamentale del regime, il momento più qualificante ed essenziale della 'costituzione' (85). Per dirla in sintesi: come giurista del regime, Costamagna esprime la sua avversione nei confronti di quella *amministrativizzazione del diritto pubblico e dello Stato*, che i giuristi della tradizione in effetti stavano proponendo. Dalla crisi definitiva della costituzione dello Stato di diritto liberale, dal collasso del governo parlamentare, non si esce quindi, come sostenevano Romano e Ranelletti, ricercando la dimensione più autentica della costituzione nella amministrazione, ma percorrendo la più impervia ma necessaria via del *principio costituzionale* come criterio assoluto d'identificazione del nuovo regime, quale « complesso delle norme di principio che individuano la personalità storica dello Stato, proiettandosi nell'ordine giuridico come presupposto della legalità del suo ordinamento » (86). Con Costamagna la costituzione tende dunque ad emanciparsi finalmente dall'amministrazione, a conquistare quella sua autonoma dimensione che le era stata negata un po' da tutta la tradizione liberale, anche da quella parte consistente di essa che ora operava all'interno

(85) Vedi soprattutto C. COSTAMAGNA, *Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, pp. 567-589; ed anche ID., *Per la dogmatica del nuovo diritto pubblico*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, 1933, pp. 393-410.

(86) C. COSTAMAGNA, *Elementi di diritto pubblico fascista*, Torino, 1934, p. 444, ed in genere pp. 27 ss. sul concetto stesso di 'principio costituzionale'.

del regime; e più ancora, attraverso la dimensione dei principii, quella medesima costituzione tende a dominare l'amministrazione, a dirigerla attribuendo ad essa 'sostanza' politico-costituzionale, ad essere suo effettivo programma.

Siamo qui ad un passo — come si sarà già capito — dalla dottrina dell'indirizzo politico, che non a caso nasce in uno spazio teorico contiguo a quello occupato dalla dottrina del regime (87). Ma è questo anche il punto in cui il discorso di Costamagna verso la tradizione inizia a perdere quota e credibilità. Preso nella stretta di una contrapposizione troppo rigida e determinata tra le resistenze della dottrina tradizionale da una parte, e l'imperiosa esigenza di porre al centro di ogni ricostruzione del diritto pubblico il 'principio politico' dall'altra, Costamagna non riesce a proporre la via, percorrendola egli medesimo, della *necessaria espansione* della dogmatica giuspubblicistica verso le nuove regioni dell'indirizzo politico e del primato della costituzione. Il grande accusatore della tradizione finisce così paradossalmente per essere il primo a condannare quella medesima tradizione ad essere sempre e comunque identica a sé stessa.

Così, il tanto auspicato rinnovamento teorico esce fuori dai confini ormai consolidati dell'impegno dogmatico, e si risolve per intero nella proposta, davvero antiquata, di restaurare una « gerarchia delle discipline morali », che restituisca il primo posto alla « dottrina dello Stato » (88); così ancora, gli *Elementi di diritto pubblico fascista*, opera di sintesi di Costamagna, sfociano in un tentativo di riscrittura della dottrina generale dello Stato, cui affidare il compito di rivalutare quella componente etico-politica dello Stato, dalla quale dovrebbe poi derivare, nelle intenzioni dell'autore, un

---

(87) Ci occuperemo più avanti della dottrina dell'indirizzo politico, a proposito di Costantino Mortati. Per quanto riguarda la dottrina del regime, che meriterebbe uno studio a parte, vedi P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 303 ss. Singolare in proposito la vicenda del volume di V. Gueli, *Il regime politico dello Stato fascista*, Roma, 1939, riproposto nel dopoguerra senza la parte più specificamente dedicata al diritto positivo del ventennio: Id., *Il regime politico*, Roma, 1949.

(88) C. Costamagna, *Premesse allo studio*, cit., pp. 574-75. Vedi anche Id., *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, 1929, p. 40; ed Id., *Elementi di diritto pubblico fascista*, cit., p. 14.

globale e radicale ripensamento dell'intera dogmatica dei poteri e delle funzioni pubbliche.

In realtà, una proposta del genere non poteva non essere destinata alla sconfitta. Infatti, per giungere alla tanto auspicata revisione della dogmatica, si doveva necessariamente muovere *dall'interno* della dogmatica medesima: quella revisione, per avere successo, doveva essere apprezzata dai giuristi come frutto di un *progresso scientifico*, grazie al quale essi attraevano nel loro campo, in ragione di mutate circostanze storiche, nuovi oggetti d'indagine, come le leggi costituzionali o l'indirizzo politico. Al contrario, Costamagna fornisce di tutto ciò un'immagine inaccettabile da parte della tradizione dottrinale, proponendo a questa di subordinare tutto il significato del proprio operare teorico a principii individuati *al suo esterno*, nel redivivo spazio della dottrina dello Stato, che legittima, oltre tutto, la sua primazia proprio per il fatto di non essere terreno di esclusivo dominio del 'giuridico', ma piuttosto strumento di recupero di una diversa, e più alta, 'sostanza politica' dello Stato stesso.

Attraverso Costamagna conosciamo così *un primo tipo* di 'giurista del regime'. Si tratta di quel giurista che aderisce al regime perché aderisce ai suoi principii, in virtù di una vera e propria 'presa di coscienza' di carattere politico. Per questo giurista, il rapporto con la tradizione non può essere altro che quello predicatorio della chiamata a raccolta, nella convinzione, del tutto illusoria, che una volta ricostituita una nuova identità della scienza giuridica, non più sul terreno disciplinare e dell'impegno dogmatico, ma sul terreno della opzione politica per il 'principio costituzionale', da ciò sarebbe derivata un'intera nuova ricostruzione del sistema di diritto pubblico.

Ma, come dicevamo all'inizio di questo paragrafo, accanto alla figura di Costamagna si pone quella di Panunzio, e con questa seconda un modo del tutto diverso d'interpretare il ruolo stesso di 'giurista del regime', e quindi anche il rapporto con la tradizione dottrinale. Ovviamente, anche in Panunzio (89) non è affatto assente — come vedremo in seguito — il tema, tanto caro a Costamagna,

(89) È inutile qui sottolineare la complessità della opera di Panunzio, dalle origini filosofico-giuridiche al periodo del sindacalismo rivoluzionario fino alle architetture

della 'essenza' dello Stato e del collegato primato del 'principio politico'; e, d'altra parte, fu proprio Panunzio il primo sostenitore della necessità di sviluppare le indagini di dottrina dello Stato, ritenendole preliminari, proprio a livello di principii, ad ogni sistemazione dogmatica di tipo costituzionale ed amministrativo (90). Ma nello stesso tempo è dalla penna di Panunzio che escono, già dalla fine degli anni Venti, le più decise manifestazioni d'insoddisfazione nei confronti di uno Stato fascista che si ponga in chiave esclusiva di 'Stato forte', traducendosi tutto in un'operazione di semplice recupero di sovranità e di autorità a favore dello Stato medesimo (91).

In realtà, anche per Panunzio, come per tutti gli altri personaggi fin qui considerati, è decisiva, nella determinazione del tipo di approccio al regime, l'esperienza politica e culturale precedentemente accumulata, che nel suo caso si riferiva essenzialmente al dibattito sullo 'Stato sindacale' (92). Non che i sindacati avessero mai assunto nel nostro giurista, anche prima dell'avvento del fascismo, carattere dichiaratamente antistatualista, e tuttavia Panunzio, proprio in ragione di questa sua peculiare formazione intellettuale, non poteva non rimanere insoddisfatto di una interpretazione del fascismo come ricerca di una nuova 'sostanza' politico-statuale, da condurre tutta a livello di principii costituzionali, quasi dimenticando che l'unica 'sostanza' dello Stato non poteva non essere collocata nella sua capacità di essere *effettivo fattore organizzativo e rappresentativo* di una pluralità di gruppi sociali, tra cui i sindacati medesimi (93).

---

costituzionalistiche e di dottrina dello Stato degli anni Trenta. Sono queste ultime quelle che più interessano. Per il primo periodo, vedi comunque i saggi cit. *supra*, nota 70.

(90) In tale prospettiva è costruita la maggiore opera di Panunzio: S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939 (specialmente sulla base della prefazione alla prima edizione, del 1937, qui riprodotta).

(91) S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma, 1929, pp. 136 ss.

(92) In proposito vedi S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, 1971, n. 17, pp. 943 ss.

(93) Da qui scaturiva, rispetto a Costamagna, non solo una diversa interpretazione della l. 3 aprile 1926 n. 563 (sulla quale si veda S. DE ANGELIS, *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, cit.), ma anche un progetto costituzionale completamente diverso che, pur nella necessaria coordinazione espressa nel principio di sovranità dello Stato ed in particolare nei poteri del Capo del governo, in realtà prevedeva esplicita-

Così, già dai primi anni Venti, la critica alla tradizione — quella che a noi più interessa — è critica ad un atteggiamento « melanconico e nostalgico » nei confronti dei « vecchi ordini dello Stato », che non sa tradursi in positivo apprezzamento della novità sindacale, e della sua capacità di essere, non già fattore distruttivo, ma piuttosto fattore « ricostituente dello Stato »: è solo *a partire* dal nuovo disporsi organizzato della società che è possibile cogliere quella 'sostanza' dello Stato, che Costamagna rinviava invece al livello etico-politico dei principii (94). Dunque, con Panunzio il giurista del regime non è tanto il giurista della 'presa di coscienza' in senso politico, quanto il giurista finalmente consapevole, ben al di là della tradizione, dei caratteri storici della crisi dello Stato, e soprattutto del ruolo che in essa potevano giocare i sindacati.

Tutte queste problematiche, e conseguentemente — come vedremo — un certo tipo di critica alla tradizione, vengono ad essere sistematizzate in modo esemplare nella relazione tenuta da Panunzio al primo congresso giuridico italiano, in materia di *Leggi costituzionali del regime* (95). Certo, anche per Panunzio, come per Costamagna, è importante mettere in rilievo l'aspetto specifico della conquista, grazie al fascismo, della nuova dimensione culturale ed istituzionale delle leggi e dei principii costituzionali, sconosciuta allo Stato liberale ed ai suoi giuristi; e non v'è dubbio che anche per Panunzio tutto ciò si traduca in una riaffermazione di 'statualità', contro la riduzione dello Stato medesimo, operata dal giolittismo e

---

mente una pluralità di potestà legislative sia parlamentari che corporative e sindacali, tanto che Panunzio avvertiva l'esigenza di una « giurisdizione costituzionale per la decisione dei conflitti di competenza fra più organi legislativi dello Stato », da affidarsi al Consiglio di Stato presieduto dal Capo del governo: vedi S. PANUNZIO, *Riforma costituzionale. Le corporazioni; il Consiglio delle corporazioni; il Senato*, Firenze, 1934, p. 41, e pp. 34 ss. in genere per il progetto di Panunzio, che meriterebbe ben altra attenzione.

(94) S. PANUNZIO, *Stato e sindacati*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1923), pp. 1-20, spcc. pp. 5-8, che si riferiscono specificamente ad Orlando come rappresentante primo della tradizione dottrinale giuridica.

(95) S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali del regime*, estr. da *Atti del I Congresso giuridico italiano. Le relazioni*, Roma, 1933 (relazione presentata nell'ottobre del 1932 nel primo decennale della rivoluzione fascista). Il contenuto di questo saggio sarà poi rifuso nell'opera principale di Panunzio: S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1937.

dalla dottrina dello Stato amministrativo, a mera macchina prestatrice di servizi, politicamente inanimata. E tuttavia, è altrettanto indubbio il fatto che Panunzio, posto di fronte alla fondamentale domanda sui caratteri essenziali dello Stato fascista come *Stato nuovo*, dia una risposta sostanzialmente diversa da quella di Costamagna.

Per Panunzio, per caratterizzare in pieno l'elemento di novità rispetto allo Stato liberale, non è sufficiente mettere in rilievo la nuova dimensione etico-politica dei principii costituzionali. Questi ultimi, per essere davvero efficaci, dovevano infatti ricollegarsi a quell'aspetto del regime che più ancora distaccava il fascismo dallo Stato liberale, e che Panunzio chiamava « Stato sindacale corporativo, contrapposto allo Stato atomistico ed individualistico del liberalismo ». Viene qui in primo piano la « faccia sociale » dello Stato fascista, il fascismo come progetto di soluzione della crisi dello Stato moderno; ed è per questo motivo che è necesssario introdurre una *quarta funzione dello Stato*, che è appunto quella corporativa: mentre lo Stato liberale, come tipo 'debole' di Stato, può esistere semplicemente legiferando, amministrando e giudicando, lo Stato fascista, come tipo 'forte' di Stato, esiste *solo se* è anche, con la sua quarta funzione, Stato corporativo, che *organizza* la società con gli strumenti del sindacato e della corporazione (96).

Basterebbe questo approccio per differenziare nettamente Panunzio da Costamagna. Infatti, per il secondo i sindacati sono nient'altro che organi dello Stato, specializzati nella produzione di in certo tipo di norma, che è poi il contratto collettivo. Ma in ciò è già implicita l'idea che lo Stato sovrano, anche come Stato fascista, preesista agli stessi sindacati, agendo per loro tramite sul terreno della organizzazione del lavoro. Con Panunzio invece la componente sindacale diviene direttamente *costitutiva della forma di Stato*, è cioè indispensabile per definire *che cosa* è lo Stato fascista, essendo di esso funzione essenziale. Così, mentre Costamagna lascia inalterato il significato principale dello 'Stato moderno' in termini di sovranità e di concentrazione del potere pubblico, ed anzi rivendica a favore

(96) S. Panunzio, *Leggi costituzionali*, cit., pp. 10 ss., e p. 21. Nello stesso senso, vedi anche Id., *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, 1931; e Id., *Appunti di dottrina generale dello Stato*, Roma, 1932-33.

del fascismo la non identificabilità di quella forma generale di Stato con lo Stato di diritto liberale del diciannovesimo secolo, Panunzio, in modo ben più radicale, riafferma il carattere positivo del medioevo come età di organizzazione sociale, ed identifica nettamente l'inizio della 'crisi dello Stato' con la nascita dello stesso Stato moderno, per l'avversione di questo nei confronti delle corporazioni e dei sindacati (97). È evidente come una conclusione del genere sia possibile solo se si muove da una prospettiva più generale: il progetto di concentrazione del potere pubblico insito nella formula dello 'Stato moderno' è solo una *variante debole* del progetto di 'Stato' in genere, che diviene forte solo quando muove, come il fascismo, dal problema irrinunziabile della organizzazione politica della società.

Ma allora, se il compito storico del regime è di così vasta portata, Panunzio medesimo, proprio come giurista del regime, non può non vedere nella tradizione giuspubblicistica italiana, a differenza di Costamagna, soprattutto un lato oscuro e debole, che è quello della sua scarsa sensibilità, ed anzi per certi versi avversione, nei confronti della società come necessario luogo di *organizzazione degli interessi in senso politico-statale*. È per colpa di quella tradizione che si è sostituito « al corpulento concetto di società il puro ed esile concetto di popolo » (98). Se così è, la perorazione della necessità di un dominio dei 'principii costituzionali' e di un recupero di 'eticità' nello Stato è destinata a rimanere sterile se non si aggancia saldamente ad una collettiva presa di coscienza, da parte dei giuristi, della esistenza stessa dello Stato come soggettività organizzata su base sindacale-corporativa, che pone al proprio centro il momento finalistico del *governo della società*. Ecco allora perché per Panunzio la *governatività*, come carattere essenziale e peculiare dello Stato fascista, coincide con la corporatività di quel medesimo Stato: essa non è solo il risultato di un pur evidente spostamento di poteri e

(97) S. Panunzio, *Leggi costituzionali*, cit., p. 14. Per i termini generali della 'crisi dello Stato' in Europa dopo la prima guerra mondiale, e per il peso in questo contesto dell'ipotesi corporativistica, vedi C.S. Maier, *La rifondazione dell'Europa borghese. Francia, Germania ed Italia nel decennio successivo alla prima guerra mondiale* (1975), Bari, 1979.

(98) S. Panunzio, *Leggi costituzionali*, cit., p. 15.

competenze dal parlamento al governo, ma è piuttosto il punto focale dello Stato fascista in quanto Stato che esiste *perché* governa una società da esso medesimo organizzata, e che costituisce il suo fondamento (99).

Ma c'è di più. La trasformazione dello Stato voluta dal fascismo porta chiaramente in primo piano, accanto all'elemento della governatività, quello della organizzazione di massa della politica tramite il partito. Lo Stato fascista, oltre che corporativo, vuole essere rappresentativo in una misura decisamente sconosciuta al vecchio parlamentarismo liberale. Questo è per Panunzio « borghese ed ultraconservatore », affidato a minoranze privilegiate, nemico contemporaneamente, certo non a caso, del ruolo politico dei sindacati e del suffragio universale (100). Di contro, il fascismo è figlio autentico del nuovo tempo storico dei partiti organizzati, della politica di massa. Non stupirà allora il fatto che Panunzio, alla ricerca nell'atlante costituzionale di un regime simile a quello fascista, indichi nel superamento del sistema parlamentare a favore del regime del *Premier* avvenuto in modo particolare in Inghilterra la situazione storica più interessante per il giurista italiano alle prese con la definizione e sistemazione della forma di governo agli inizi degli anni Trenta (101). Certo, vi è la ben visibile differenza data dalla unicità del partito, ma rimane il fatto che Panunzio, con un simile paragone, apre la via ad una possibile considerazione di tale differenza in chiave di *variante* delle trasformazioni del politico in età postliberale e postparlamentare: ciò che più importa, al di là della soluzione specifica a favore del partito unico, è che si dichiari morta e sepolta la tradizione oligarchica del parlamentarismo borghese, con la sua caratteristica avversione — tra l'altro propria, come sappiamo, degli stessi giuristi — nei confronti del partito come strumento di organizzazione delle masse.

Naturalmente, con il governo parlamentare cade anche il metodo elettorale di stampo liberale-individualistico. Al nuovo primato del partito politico di massa corrisponde la nuova dimensione del plebiscito. Questo, a sua volta, saltando definitivamente la mediazione parlamentare, conduce in modo diretto al governo, ed in

---

(99) *Ibid.*, pp. 34 e 59.
(100) *Ibid.*, pp. 59-62.
(101) *Ibid.*, pp. 82-83.

modo particolare al Capo del governo. Dunque, sia la via del partito e del plebiscito, che quella — precedentemente vista — del sindacato e della corporazione, conducono ad individuare nella *governatività* la qualità principale dello Stato fascista, che conquista la sua identità politica governando, ovvero organizzando il consenso delle masse con il doppio strumento sindacal-corporativo e partitico-plebiscitario.

È per questo motivo che Panunzio ricerca la nota 'essenza' dello Stato nella funzione di governo; ed è a questo punto della ricostruzione che la sua proposta si dirige direttamente alla tradizione giuspubblicistica italiana. Infatti, come giurista del regime, egli non ha, di fronte ai giuristi della tradizione, da perorare una causa politica, non vuole rimandare a scuola quei giuristi — come voleva Costamagna — facendoli iniziare di nuovo dai principii. Panunzio si rivolge piuttosto ad essi mostrando la necessità di *adeguare* le soluzioni dogmatiche ad una *nuova realtà politica*, che era quella di un esperimento in atto, diretto ad individuare nel governo il nuovo centro motore della dinamica costituzionale, da cui si dipartiva nelle sue linee fondamentali il tentativo di ricostruire, dopo il crollo del parlamentarismo liberale e delle sue oligarchie, una nuova politica con nuovi caratteri e con nuovi strumenti, come il sindacato ed il partito di massa.

Per porsi su questa via, i giuristi dovevano abbandonare la vecchia e logora nozione di potere esecutivo, sostituendo ad essa la nuova figura dogmatica della *funzione di governo* come quarta funzione dello Stato. Se l'elaborazione di tale figura era fino a quel momento mancata, ciò dipendeva dal fatto che lo Stato liberale non conosceva il problema della organizzazione politica della società: ed infatti, in Panunzio, funzione di governo e funzione corporativa sono tutt'uno.

D'altra parte, gli stessi giuristi della tradizione, come Ranelletti e Romano, qui ricordati ampiamente (102), avevano trattato il problema della attività di governo, ma lo avevano fatto « incidentalmente e quasi di soppiatto » (103), come capitolo speciale del diritto amministrativo, discutendo la questione della non sindacabilità da

(102) *Ibid.*, pp. 68-76.
(103) *Ibid.*, p. 69.

parte del giudice amministrativo degli atti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico (104). In loro l'attività di governo rimaneva parte specifica del più ampio potere esecutivo, che comprendeva anche l'amministrazione: anzi, in questo necessario coesistere nell'esecutivo di governo ed amministrazione, gli stessi giuristi vedevano — come già sappiamo — la garanzia prima che anche nel caso del fascismo il regime non si sarebbe sviluppato nella pericolosa direzione di un 'governo costituente' svincolato dallo Stato-amministrazione, oltre che dal parlamento. Dunque, non v'è dubbio che Panunzio, con la sua proposta della funzione di governo come quarta ed autonoma funzione dello Stato, colpisca al cuore la dottrina tradizionale. Del resto, non si poteva non transitare per questo passaggio obbligato, che costituiva sul piano della dogmatica pubblicistica il vero e più decisivo momento di discrimine tra i giuristi della tradizione ed i giuristi del regime, cui Panunzio apparteneva. Tuttavia, è altrettanto indubitabile il fatto che la relazione di Panunzio al primo congresso giuridico segni un momento importante nel rapporto tra gli uni e gli altri, che si pone ora nei termini del dialogo, della proposta operativa rivolta al rinnovamento della tradizione.

Qui torna l'aspetto decisivo della differenza di strategia tra Costamagna e Panunzio. Infatti, se giuristi come Romano e Ranelletti si rifiutavano di uscire fuori dalla logica liberale del potere esecutivo, era perché in un altro potere dello Stato, svincolato dall'amministrazione, essi non potevano non vedere, dal loro punto di vista, quanto meno un embrione dell'aborrito potere costituente. Costamagna, con il suo discorso sul primato assoluto del 'principio costituzionale', non faceva altro che confermare questi timori, rafforzandoli ulteriormente.

Panunzio era invece per parte sua in grado di riproporre il medesimo problema con strumenti nuovi e diversi. Ciò era dovuto — come abbiamo cercato di mostrare in queste pagine — alla visione che egli aveva del fascismo come processo di superamento della politica liberale di stampo oligarchico-parlamentare a favore di una politica di massa, da attuarsi con gli strumenti del partito, della

(104) Con riferimento alla l. 31 marzo 1889 n. 5992 ed al T.U. 26 giugno 1924 n. 1054. Su questo problema, torneremo in modo ben più diffuso nel prossimo paragrafo.

corporazione e del sindacato. Questi non erano semplicemente, come in Costamagna, nuovi organi dello Stato-persona, ma piuttosto necessari protagonisti nella definizione della nuova forma di Stato. In un regime così concepito prende estremo rilievo il momento del piano, del programma, *dell'indirizzo politico* (105). Anzi, lo Stato inizia ad esistere, nella sua 'essenza', nel momento in cui definisce il suo indirizzo. È per questo che la funzione di governo, che è anche quella corporativa, di organizzazione della società, è la prima funzione dello Stato, poiché le altre tre ricevono da essa il necessario indirizzo, senza il quale non esiste affatto alcuno Stato: « Lo Stato, prima ancora di essere potere legislativo, esecutivo, giudiziario, è sé stesso; pensa, concepisce e vuole sé stesso; e non può dare i comandi se non sa *quali* comandi deve dare » (106).

Panunzio esce così fuori dal contesto definito dal classico rapporto costituzione-amministrazione, entro il quale stava ancora Costamagna. Egli non propone alla tradizione di subordinarsi tutta ai 'valori costituzionali' del regime, lasciandola così priva di certezze e di una sufficiente stabilità anche sul prediletto terreno della amministrazione. Panunzio scopre invece *un termine intermedio* tra costituzione ed amministrazione, che è dato dall'indirizzo politico, da una parte certamente collegato ai principii costituzionali, ma dall'altra anche fonte per tutti i poteri dello Stato di *norme direttive*, che come tali potevano e dovevano essere sistemate e calcolate da parte dei giuristi. Non era forse questo un altro livello della normatività statuale, del quale quei medesimi giuristi non avrebbero più a lungo potuto disinteressarsi, posto che in esso si andava trasferendo la tanto ricercata 'essenza' dello Stato?

La strategia di Panunzio nei confronti della tradizione fu vincente, in una misura ed in un modo che probabilmente — come subito vedremo — trascendevano le sue intenzioni di giurista del regime. Fu soprattutto Costantino Mortati a capire, in modo parallelo rispetto a Panunzio (107), che si poteva e si doveva costruire una

---

(105) S. Panunzio, *Leggi costituzionali*, cit., p. 71.

(106) *Ibid.*, p. 71.

(107) Come abbiamo detto, la relazione di Panunzio cui abbiamo fatto riferimento nel testo è dell'ottobre del 1932. Il testo di Mortati, dedicato al problema della forma di governo, è del 1931: C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico*

dottrina giuridica della funzione di governo e dell'indirizzo politico, come necessaria premessa ad un approdo ancora più ambizioso, dato dalla *dottrina giuridica della costituzione*. Mentre Romano e Ranelletti, troppo vincolati dalla loro dottrina dello Stato amministrativo, troppo rigidamente ancorati al loro discorso sulla 'essenza' amministrativa dello Stato, troppo legati ancora ad una tradizione, che risaliva ad Orlando, di avversione nei confronti di ogni forma di governo d'indirizzo, rimanevano fermi sulle loro posizioni, con Mortati la tradizione medesima tornava ad espandersi, a visitare nuove regioni, a promuovere una nuova fertile stagione di elaborazioni dogmatiche.

Ciò fu possibile — come abbiamo visto — anche grazie ad una certa versione del regime che personaggi come Panunzio seppero proporre, più in termini di governatività e d'indirizzo, che come creazione di quel livello superiore etico-politico di principii del quale i giuristi come tali non potevano non diffidare. Tuttavia, se è vero che nel rapporto tra Panunzio e Mortati le due schiere dei giuristi del regime e dei giuristi della tradizione si avvicinavano fino quasi a toccarsi, è altrettanto vero che le differenze permanevano, e ben considerevoli (108). Infatti, quando Panunzio giungerà alla sua opera di sintesi, la *Teoria generale dello Stato fascista*, pur riutilizzando la relazione a noi già nota sulle leggi costituzionali del regime, non esiterà a porre esplicitamente nella parte quinta del suo lavoro, dedicata alla *Teoria generale del partito*, il cuore stesso della trattazione (109). In queste pagine, Panunzio critica i cosiddetti « abolizionisti del partito », che di esso vogliono fare esclusivamente un organo dello Stato; per Panunzio, bisogna invece muovere sempre « dalla distinzione, se non dalla separazione, e quindi dalla dualità, dello Stato e del partito ». Ciò non significa che « per certi e svariati

---

italiano, Roma, 1931. Il saggio mortatiano, che verrà analizzato in dettaglio nel prossimo paragrafo, è ricordato più volte da Panunzio nella sua relazione.

(108) A questo proposito ci sembra che S. De Angelis, *Il corporativismo giuridico nell'opera di Sergio Panunzio*, cit., pp. 722-23, avvicini troppo Panunzio a concezioni proprie della tradizione giuspubblicistica, ed in particolare alla dottrina dello Stato amministrativo.

(109) S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., prefazione, pp. XII-XIII. Sul partito in Panunzio, vedi anche P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 349-350.

rapporti » non si possa parlare del partito-organo (110), ma deve essere chiaro che questa speciale posizione del partito di fronte allo Stato è conseguente alla necessaria presenza *originaria* del partito-istituzione, del partito rivoluzionario, dal quale in definitiva deriva tutto lo Stato ed il suo diritto pubblico, ivi compresa la figura del partito-organo (111).

Tutto ciò tornava ad essere inaccettabile da parte della tradizione dottrinale, per quanto essa puntasse ad espandersi, a non restare ferma sulle proprie posizioni. Infatti, anche se spostato dal terreno del potere esecutivo al nuovo campo della funzione di governo e del potere d'indirizzo, il discorso dei giuristi doveva rimanere comunque *discorso sulla 'essenza' dello Stato*: questa poteva ora spostarsi altrove rispetto ai luoghi canonici della tradizione, ma doveva rimanere l'esclusivo oggetto d'indagine da parte del giurista. Ed invece Panunzio, che non a caso era pienamente 'giurista del regime', con la sua dottrina del partito tornava a riproporre un dato esterno, che minacciava di trasformare il conquistato, ma ancora assai fragile, punto di vista della governatività in un nuovo ennesimo strumento di subordinazione dello Stato ad una logica ad esso estranea. Una cosa infatti era l'affermazione di una nuova centralità del governo, della *nuova qualità* della governatività e del nuovo primato delle logiche di programma e d'indirizzo nella definizione dello Stato e nella guida della macchina pubblica, altra cosa era pensare tutto questo in funzione del dominio di un soggetto esterno originario, precedente lo Stato stesso, ed individuato nel partito fascista come partito rivoluzionario.

Fu così che Mortati, recensendo l'opera di Panunzio (112), non mancò di segnalare con vigore le differenze, e tra queste principalmente la questione del partito politico, da lui rigorosamente ed esclusivamente concepito come organo dello Stato. In questa scelta si poteva ora ravvisare, non certo quella costituzionalizzazione del partito cui aspirava Costamagna in polemica con Romano e Ranel-

---

(110) S. PANUNZIO, *Teoria generale*, cit., p. 442.

(111) *Ibid.*, pp. 447 ss.

(112) C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista* (recensione a S. PANUNZIO, *Teoria generale*, cit.), in *Archivio di studi corporativi*, 10 (1939), pp. 339-354, spec. pp. 346 ss.

letti, ma all'inverso, con Mortati, la piena riconduzione del partito *nello* Stato. Il giurista poteva e doveva estendere le sue indagini nelle nuove regioni dell'indirizzo politico e del partito, ma tutto ciò, nella linea della tradizione, doveva rimanere inquadrabile nelle note figure della funzione e dell'organo, a loro volta necessariamente da riferire al permanente dominio esclusivo dello Stato sovrano. Panunzio e Mortati camminavano entrambi oltre la linea che idealmente li separava dal parlamentarismo liberale, ma per vie diverse. Solo la seconda, quella di Mortati, è in senso proprio la via del rinnovamento della tradizione giuspubblicistica italiana. È solo questa che a noi ora interessa, perché è qui che si va formando *la nuova dottrina giuridica della costituzione*.

4. Con la monografia di Costantino Mortati, dedicata nel 1931 a *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, si pongono finalmente i presupposti necessari per l'affermazione di una nuova linea di ricerca in seno alla giuspubblicistica italiana. Tale linea, che cercheremo di cogliere nei suoi caratteri fondamentali nel corso di questo paragrafo, è nuova perché non coincide, né con la tutela ad oltranza di quella configurazione dello Stato che era propria della tradizione dottrinale impersonata da Orlando, come anche, in forme diverse, da Romano e da Ranelletti, né con le dottrine del regime di Costamagna e di Panunzio. Come dicevamo all'inizio di questo saggio, l'originalità di Mortati, che fa del suo lavoro qualcosa di ben diverso da una delle molteplici trattazioni della forma di governo nello Stato fascista (113), risiede nel fatto che egli si pone consapevolmente fra 'tradi-

(113) Dai paragrafi precedenti conosciamo già sommariamente le opinioni sul punto di Orlando, Romano, Ranelletti, Rocco, Costamagna e Panunzio. In aggiunta si veda ora anche O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, XVIII (1926), pp. 164-178; e C. COSTAMAGNA, *Contributo alla determinazione del tipo del Governo nello Stato fascista*, in *Lo Stato*, III (1932), pp. 161-173. Utilissima, ed esemplare per chiarezza, la rassegna di opinioni dottrinali di G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, pp. 473-492, del quale si veda anche ID., *Leggi costituzionali fasciste e forma di governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXII (1931), pp. 553-566. Da ricordare senz'altro anche P. BODDA, *La Corona di fronte agli altri organi costituzionali secondo le riforme fasciste*, Torino, 1935; ID., *Il*

zione' e 'rivoluzione', non sposando mai definitivamente le ragioni di una contro quelle dell'altra, e ricercando invece *una terza soluzione*. Anticipando le nostre conclusioni, possiamo fin d'ora dire che tale soluzione sarà quella alla fine vincente, perché sufficientemente consapevole, ben al di là della tradizione dottrinale, delle trasformazioni subite dallo Stato tra Otto e Novecento, ma nello stesso tempo anche sufficientemente consapevole del carattere storico specifico del regime fascista, da apprezzare da parte del giurista in chiave di 'nuovo diritto pubblico' solo in quanto rappresenti *uno dei possibili modi di organizzazione dello Stato moderno nella sua fase post-liberale*.

Nella nuova linea inaugurata da Mortati si esce così fuori dalla secca e paralizzante alternativa tra una mera conferma dello Stato liberale nella sua versione autoritaria di Stato amministrativo di diritto e l'opposta sottolineatura del fascismo come fatto costituente rimesso nella sua capacità costruttiva essenzialmente al dato politico originario del partito. Inoltre, ciò che rende originale la soluzione di Mortati è il fatto che essa produce, a differenza delle altre, un forte bisogno di *una nuova dogmatica giuspubblicistica*, che certamente

---

Capo del Governo nello Stato fascista, Bologna, 1935; e G.D. Ferri, *La funzione di governo e il Gran Consiglio del fascismo*, I, *La funzione di governo in generale*, Roma, 1939, II, *Il Gran Consiglio del fascismo*, Roma, 1941. Tra le ricostruzioni di cui disponiamo si vedano soprattutto: A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, I, *Evoluzione dell'istituto. Formazione dell'organo*, Firenze, 1951; E. Rotelli, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, 1972, pp. 291 ss.; E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pp. 113 ss.; L. Paladin, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit.; Id., *Governo italiano*, *ibid.*, XIX (1970), pp. 675-711; P.A. Capotosti, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, *ibid.*, XXXV (1986), pp. 133-165. Si deve infine segnalare, nel contesto del dibattito degli anni Trenta sulla forma di governo, la presenza di una voce singolare ma di grande interesse: D. Donati, *Il Governo del Re nella classificazione delle forme di governo* (1933); Id., *Divisione e coordinamento dei poteri dello Stato fascista* (1938); Id., *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale* (1937): tutti questi saggi si trovano ora in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II, pp. 335 ss. Le posizioni assunte da Donati potrebbero essere ristudiate, soprattutto per ciò che riguarda la formula del 'governo rappresentativo', di cui il fascismo avrebbe costituito la variante monarchica, che la presenza istituzionale della Corona avrebbe differenziato dal modello repubblicano-presidenziale per eccellenza realizzato negli Stati Uniti.

non può essere soddisfatto rimanendo nei confini di una tradizione che cerca semplicemente di confermarsi espungendo da sé tutte le nuove problematiche costituzionali, ma che nello stesso tempo non può non determinarsi lontano da quelle dottrine del partito e del regime che più sembravano minacciare lo 'Stato' medesimo quale necessario momento di sintesi delle riflessioni della stessa giuspubblicistica.

Veniamo qui alla prima fondamentale domanda: di *quale* 'Stato' si trattava per il Mortati del 1931? Si può rispondere, intanto, che si trattava dello 'Stato moderno', al quale Mortati significativamente si richiamava sia aprendo che concludendo il saggio del 1931 (114). Anzi, comparando la monografia mortatiana con molti altri lavori degli anni Venti e Trenta in materia di forma di governo, non si sfugge all'impressione che uno dei suoi caratteri più specifici consista nella tendenza dell'autore a porre i problemi del regime fascista in un quadro assai più ampio: appunto quello dello Stato moderno e delle sue trasformazioni, anche e soprattutto in ordine al decisivo aspetto del governo.

Così, la forma di governo che si è andata determinando in Italia alla fine degli anni Venti è di grande interesse per il giurista di diritto pubblico, non già perché in essa sia venuta a compimento la 'rivoluzione' fascista (115), ma come espressione specifica di trasformazioni più generali dello Stato moderno, che stanno conducendo ad una generale rivalutazione del ruolo costituzionale del governo. Come vedremo meglio più avanti, si può anzi sostenere che l'obiettivo ultimo di Mortati non sia tanto quello di pervenire ad una soddisfacente soluzione della questione della forma di governo nel regime fascista, quanto piuttosto quello di rimeditare, partendo dal suo presente costituzionale, sui caratteri di fondo dello Stato moderno in termini assai più generali e formali, per derivare poi da

---

(114) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, premessa, e pp. 179 ss.

(115) Si deve ricordare a questo proposito che nella Rivista promossa da Costamagna — vedi *supra*, paragrafo precedente — troviamo una critica piuttosto esplicita e decisa alla ricostruzione mortatiana del 1931: C. CURCIO, *Recensione* a C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., in *Lo Stato*, III (1932), pp. 398-399.

questi *anche* una proposta concreta per le problematiche istituzionali italiane del suo tempo.

Ma lo 'Stato moderno' è presente nel saggio di Mortati, non solo sotto il profilo indicato, ma anche sul piano dei contenuti, che si avvicinano per molti versi a quelli della tradizione giuspubblicistica, sia sul punto della sovranità dello Stato, sia sul punto della « sottoposizione dello Stato al diritto »: in questo senso lo Stato moderno è chiaramente per Mortati lo Stato-persona che riconosce la personalità dei cittadini, e si mantiene, con un opportuno sistema di garanzie, « nei limiti del diritto obiettivo » (116). Dunque, riassumendo, le trasformazioni che lo Stato italiano sta subendo dopo l'avvento del fascismo sono *trasformazioni dello Stato moderno*, avvengono nel quadro storico e concettuale di quel medesimo Stato (117), e come tali interessano al giurista. Questi, come Mortati, non è propriamente 'giurista del regime', poiché il regime stesso entra nel campo della giuspubblicistica solo in quanto specifica espressione storica del tentativo di riorganizzare su nuovi fondamenti quello Stato moderno, che con le sue caratteristiche di sovranità, ma anche — come abbiamo visto — di limitatezza, costituisce in modo permanente l'oggetto vero di analisi dei giuristi di diritto pubblico.

---

(116) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 179.

(117) Vedremo più avanti in dettaglio i termini istituzionali del rapporto che secondo Mortati si era stabilito tra regime fascista e Stato moderno, soprattutto in ordine al decisivo aspetto della separazione dei poteri. Sul punto, è di grande interesse anche C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista*, cit.; mentre sono da ricordare i saggi di Donato Donati, cit. *supra*, nota 113, per una linea ricostruttiva per questo aspetto analoga a quella di Mortati. Si deve inoltre osservare che tutto questo dibattito sulla interpretazione del regime fascista nel quadro più ampio dei principii e delle caratteristiche storiche di fondo dello Stato moderno è cosa ben diversa dalla discussione, in verità molto meno interessante, sulla definibilità del regime medesimo in chiave di 'Stato di diritto': vedi P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935; e C. CARISTIA, *Ventura ed avventura di una formula: 'Rechtsstaat'*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1934, pp. 387-408. In effetti, come già sappiamo dai paragrafi precedenti, la questione dello 'Stato di diritto' durante il fascismo si poneva per i giuristi italiani di diritto pubblico, al di fuori della linea impersonata da Mortati, essenzialmente nel senso dello Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti: qualche osservazione in proposito in G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IX (1959), pp. 399-416, spec. pp. 402-403.

Ma è proprio in questo contesto argomentativo, che sembrerebbe assimilare del tutto Mortati ai nostri 'giuristi della tradizione', che si producono, rispetto a questi ultimi, le differenze più rilevanti. Infatti, è proprio Mortati, che certamente oppone la considerazione 'giuridica' dello Stato moderno alla considerazione 'politica' del regime, a mettere poi decisamente in rilievo un grande elemento di debolezza interno alla tradizione giuspubblicistica ed al suo 'Stato'.

Si tratta della impossibilità, con i soli strumenti della personalità e della sovranità dello Stato, di pervenire ad una compiuta definizione della *forma di Stato*, nella sua unità e peculiarità storica. Il giurista, con quei soli strumenti, non riesce a qualificare nella sua 'essenza' una certa formazione istituzionale; lo stesso Stato moderno è una formazione storica peculiare in rapporto alle precedenti forme di Stato, patrimoniali ed assolutistiche, ma deve poi essere specificato al suo interno, secondo criteri nuovi e diversi, che esso medesimo non riesce a fornire.

C'è qui per Mortati una lacuna nelle conoscenze del giurista, che egli intende colmare. Dalla tradizione giuspubblicistica — ecco il primo punto di critica — non viene in proposito alcuna risposta soddisfacente. In effetti, quella tradizione aveva convertito i principii generali dello Stato moderno in una precisa formula istituzionale, che era quella della divisione e dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. Ma è appunto questa risposta al dilemma della forma di Stato che Mortati intende confutare, negando che in essa, e quindi nella tendenza ad individuare una pluralità di organi costituzionali tra loro in posizione di tendenziale parità e di reciproco bilanciamento, stia la vera 'essenza' della forma di Stato propria della esperienza politica statale moderna. Tutto ciò aveva poi molto a che fare con la stessa vicenda italiana, ed in particolare con l'affermazione in Italia del governo parlamentare, che il buon Orlando aveva sistemato — come già sappiamo — proprio nel senso di un modello costituzionale dualistico, che prevedeva il necessario incontro, ed equilibrio, tra monarca ed assemblea rappresentativa. Tutta questa serie di problematiche si condensa nella parte centrale del saggio mortatiano del 1931, dedicata proprio al governo parlamentare in genere, e nello specifico italiano. Di questo dobbiamo ora occuparci, perché preliminare alle soluzioni che lo stesso Mortati fornisce, sia sul piano

particolare della forma di governo nello Stato fascista, sia sul piano teorico generale della funzione di governo.

Noi sappiamo già — dai paragrafi precedenti — quali fossero sul punto le opinioni della tradizione giuspubblicistica italiana. In particolare, con Orlando si era giunti a legittimare in pieno il governo di gabinetto quale frutto di un'evoluzione costituzionale scaturente dallo stesso Statuto, ed anche, più in genere, quale fisiologica condizione di equilibrio tra esecutivo e legislativo, tra monarchia ed assemblea elettiva. Da una simile impostazione scaturiva una conseguenza precisa: ogni tentativo di sbilanciare l'equilibrio della forma di governo verso uno dei due lati del rapporto costituzionale fondamentale, in ipotesi verso l'assemblea elettiva, veniva avvertito come frutto di una 'degenerazione' del modello, veniva interpretato come segno inequivocabile della esistenza di un processo in atto tendente a dissolvere lo Stato medesimo. Sotto questo specifico profilo, anche la dottrina dello Stato amministrativo — che già conosciamo attraverso Romano e Ranelletti — non rappresentava altro che una variante della tradizione, particolarmente disponibile ad enfatizzare la funzione dissolvente dell'aumento di potere conseguito dalla assemblea elettiva, particolarmente incline a porre esecutivo ed amministrazione al centro dello stesso modello costituzionale. Entro questo contesto teorico, era possibile una sola via d'uscita dal modello-base disegnato da Orlando in senso dualistico, identificando, come accadde proprio con i nostri dogmatici dello Stato amministrativo, 'Stato' ed amministrazione.

Ebbene, si può dire senza esitazione che Mortati ribalti tutto questo modo di argomentare proprio della tradizione giuspubblicistica italiana (118). Intanto, anche sulla base di alcune intuizioni di Carl Schmitt, qui largamente accettate (119), il nostro giurista non

---

(118) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 26 ss., spec. pp. 50 ss., sul governo parlamentare in Italia.

(119) *Ibid.*, pp. 25 ss. Su Carl Schmitt in Italia, vedi C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1988). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 81-160, che si occupa anche di Mortati, ma non del testo qui in esame. Si veda inoltre C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 511-532; ed il saggio di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, *ibid.*, 15 (1986), pp. 692-719, spec. pp. 715 ss., per un rapido ma efficace confronto tematico tra Schmitt e Mortati.

considera più la condizione di parità tra gli organi costituzionali, e lo stesso equilibrio tra legislativo ed esecutivo, come l'assetto ottimale della forma di governo, tale da qualificare nella sua essenza la stessa forma di Stato. Quell'assetto corrisponde piuttosto ad una condizione imperfetta, precaria e transitoria, in cui si conservano provvisoriamente « due distinti centri di unità politica » (120), per la evidente incapacità di assumere una decisione fondamentale sulle caratteristiche essenziali della forma di Stato. Così, quello che, grazie ad Orlando, appariva ai giuspubblicisti, prima del fascismo, come lo Stato di diritto liberale per eccellenza, anzi come lo 'Stato moderno' stesso, che si era costruito evitando il pericolo antico dell'assolutismo monarchico, e quello più recente della sovranità popolare, appare ora d'un colpo, con Mortati, come frutto di una condizione politica e sociale transitoria, che non può non preludere ad altre soluzioni.

Ma c'è di più. Da questa condizione non si esce, come pensavano Romano e Ranelletti, rivalutando la 'sostanza' amministrativa dello Stato contro l'espansione del potere della assemblea elettiva, ma precisamente nella direzione opposta del primato della maggioranza politico-parlamentare. Così, l'antico dualismo si risolve a favore di un nuovo monismo, ovvero di una forma di Stato che finalmente trova il suo principio di unità *nell'indirizzo politico* dettato dal parlamento, al quale è vincolata tutta l'azione dello Stato. A ben guardare, è questa la storia del crollo del principio monarchico in Germania, è questa la fase che si è aperta in Italia con la riforma della legge elettorale del 1919 e del regolamento parlamentare del 1920 (121).

---

(120) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 27.

(121) *Ibid.*, p. 53. Per la valutazione del nodo 1919-20 da parte di Orlando, opposta a quella di Mortati, vedi *supra*, note 17 e 18. È da notare che molto più tardi Mortati ribadì il suo giudizio sugli eventi costituzionali dell'immediato dopoguerra, affermando in particolare che l'introduzione dello scrutinio di lista e della rappresentanza proporzionale nel 1919 fu conseguenza di « una presa di coscienza della maturazione avvenuta nel paese quale risultava dalla formazione di partiti organizzati »: C. MORTATI, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione della Repubblica* (1961), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 329-364, p. 350. Per quanto riguarda la Costituzione di Weimar, Mortati dissentiva su

Si assiste così ad un superamento pieno di alcune delle convinzioni più radicate nella tradizione giuspubblicistica italiana, che nel dominio politico-costituzionale del parlamento, ed in particolare nel ruolo crescentemente debole del monarca nella definizione del governo, non poteva non vedere, sia sulla base del modello dualistico di Orlando, sia sulla base dello Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti, un principio di dissoluzione dello Stato di diritto, ed in fondo dello 'Stato' stesso. Al contrario, per Mortati proprio la perdita di peso costituzionale da parte del monarca produce alla fine più 'Stato', perché rappresenta il superamento della precedente incerta situazione dualistica, e costituisce il presupposto necessario per la riunificazione di *tutto* l'edificio costituzionale secondo *un unico* principio direttivo, che non può non essere dato dal primato del parlamento e della sua maggioranza. Solo se si muove da una oscura e mal definita 'essenza' dello Stato da collocare nella monarchia, o nella amministrazione, si può considerare gli eventi del 1919-20 in chiave di dissoluzione e degenerazione. Al contrario, a Mortati appariva del tutto chiaro il fatto che anche lo Stato liberale, pur dopo molte incertezze e quasi alla fine del suo ciclo storico, era finalmente riuscito a porre il problema di quel *minimo di omogeneità politica* senza il quale non può darsi alcuno Stato nella sua 'essenza', e che non può non corrispondere ad *un unico organo supremo*, in questo caso al parlamento (122).

Era su questa base che s'inseriva lo stesso fascismo con il

---

questo punto da Carl Schmitt, che per parte sua proponeva una lettura più complessa di quella Costituzione, in cui trovavano spazio autonomo elementi diversi da quello dell'indirizzo politico parlamentare, specialmente con riferimento ai poteri del Presidente: vedi C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 42-43. Non è possibile qui esaminare in dettaglio la interpretazione mortatiana della Costituzione di Weimar. È certo però che il superamento del noto dualismo si poneva al centro della indagine di Mortati sia per l'Italia che per la Germania, anche contro consolidate opinioni concernenti nel secondo caso proprio le soluzioni costituzionali weimariane.

(122) È inutile qui sottolineare ancora una volta quanto Mortati fosse debitore di Schmitt a proposito di concetti come 'omogeneità politica' o 'organo supremo'. Si deve tuttavia aggiungere che Schmitt fu per Mortati — come vedremo più avanti — più uno strumento di critica alla tradizione giuspubblicistica italiana che non una vera e propria fonte ispiratrice a livello propositivo e ricostruttivo. Non mancheremo più avanti di mettere in rilievo le differenze, anche assai profonde, tra le dottrine costituzionali di Schmitt e di Mortati.

nuovo regime, proseguendo quindi la ricerca già avviata nella fase terminale dello Stato liberale attorno alla coppia di riferimento omogeneità politica-organo supremo. Il contributo di Mortati è a questo proposito assolutamente originale. Il regime fascista non è nella sua prospettiva apprezzabile come oggetto di conoscenza scientifica da parte del giurista in quanto sia stato strumento di restaurazione dell'autorità dello 'Stato': è infatti chiaro che per Mortati l'esperienza politica liberale, a causa delle sue dualistiche irresolutezze, non aveva mai prodotto un'autentica forma di Stato, che fosse poi stata dissolta dal crescente dominio della assemblea elettiva, e che il fascismo fosse chiamato ora appunto a restaurare. Ma, d'altra parte, è nondimeno vero che per Mortati il punto di vista del giurista non è, né puo essere, quello della 'rivoluzione fascista' come fonte creatrice di un intero nuovo sistema di diritto pubblico. Non solo è del tutto assente nel saggio del 1931 un simile approccio, ma bisogna anche aggiungere che è lo stesso Mortati — come già abbiamo osservato — a sottolineare in parecchie pagine del suo lavoro il nesso di continuità tra la fase terminale di vita dello Stato liberale e lo stesso regime fascista. Il regime stesso è allora certamente frutto di una rivoluzione, ma non di quella vacuamente proclamata a livello di principii dal 1922 in poi — ricorderemo in proposito la ben diversa posizione di Costamagna —, ma bensì del ben più profondo movimento di rottura del vecchio rapporto dualistico ottocentesco proprio del governo parlamentare alla Orlando, che in un primo stadio aveva intanto condotto al dominio dell'indirizzo politico proveniente dal parlamento. Il regime fascista è quindi nient'altro che l'espressione più aggiornata ed adeguata di tale tendenza verso il modello costituzionale di stampo monistico, ovvero di una linea di trasformazione della costituzione che si era già avviata al tempo dello Stato liberale, e che finirà anche — come vedremo più avanti — per trascendere quel regime nel tempo, riproponendosi al di là della sua caduta.

Non deve allora stupire il fatto che tutto il saggio del 1931 sia disseminato di riferimenti a precisi nessi di continuità tra il governo parlamentare, inteso non nel senso di Orlando ma all'inverso come modello monistico fondato sul dominio dell'indirizzo parlamentare,

ed il regime fascista (123). Si può anzi dire che per Mortati il regime stesso si legittima in quanto espressione concreta della *grande trasformazione* che attraversa la fase più recente della esperienza dello Stato moderno, tendente a dissolvere la vecchia forma dualistica, ed a sostituirvi una più coerente ed unitaria forma di Stato.

Così, il brusco ridimensionamento del peso istituzionaie del parlamento conseguente alle leggi costituzionali del fascismo non è interpretabile nel senso tradizionale della giuspubblicistica italiana, ovvero nel senso di una ricerca nell'esecutivo e nella amministrazione di una 'essenza' dello Stato da contrapporre al mutevole ed inaffidabile dislocarsi delle forze politiche nella assemblea elettiva. Anche Mortati pensa che tale 'essenza' debba essere individuata dal giuspubblicista, ma si apre ad una considerazione di essa, non più nei termini statici dello 'Stato' come soggettività originaria, e per ciò stesso sovrana, in forma di amministrazione, ma nei termini dinamici di un indirizzo politico capace di unificare tutta l'esperienza pubblicistica, e di attribuire così ad una certa formazione istituzionale la dignità di una peculiare ed autonoma forma di Stato, in questo senso còlta appunto nella sua 'essenza'.

Se così è, allora anche la questione del parlamento, e della sua perdita di peso istituzionale negli anni Venti e Trenta, si pone nei termini nuovi della sua *inadeguatezza* a sostenere questa formidabile trasformazione delle istituzioni politiche, che cammina oggettivamente in direzione del *primato dell'indirizzo politico* come fattore unificante. Infatti, la logica interna allo Stato liberale vuole che il parlamento riesca a candidarsi nella posizione di protagonista istituzionale di tale primato solo nel momento in cui — come dimostravano le vicende italiane — in realtà esso viene superato, come espressione oligarchica della società liberale ottocentesca, da fenomeni nuovi, indotti dal suffragio universale, dall'accesso di una pluralità di classi alla politica ufficiale, dal « progressivo complicarsi della struttura sociale, per la complessità assunta dalla moderna organizzazione economica » (124), dalla forte richiesta, diretta alle istituzioni pubbliche, di « una norma di giustizia », e non più di

(123) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 32-42, 64-66 e 183 ss.
(124) *Ibid.*, p. 33.

mera tutela-garanzia delle autonomie private (125). Ora, tutta questa trasformazione muove decisamente nel senso di staccare sempre più il gabinetto dal parlamento, per collegare direttamente il primo, tramite il nuovo strumento del partito di massa, al corpo elettorale: è questa la via nuova, già studiata da personaggi del calibro di Max Weber, già presente nell'esempio inglese del *Premier* (126). Così, la ricerca dell'indirizzo politico unificante prosegue nei regimi politici contemporanei con strumenti diversi da quelli borghesi-parlamentari, e si svolge anzi al di fuori del parlamento, lungo il circùito corpo elettorale-partito di massa-governo-Capo del governo: il fascismo interessa in quanto s'inserisca in questa linea di trasformazione che lo trascende, e coinvolge *tutta* la storia costituzionale europea nella sua fase postliberale e postparlamentare (127).

Questi sembrano essere gli aspetti di teoria costituzionale che più nettamente dividono Mortati, non solo dalla tradizione giuspubblicistica, se non altro a causa della centralissima nozione d'indirizzo politico, ma anche dagli stessi giuristi del regime. Infatti, è proprio la nozione mortatiana di 'Stato moderno' a provocare nello stesso tempo un sufficiente distacco critico, sia nei confronti delle dottrine dello Stato di diritto costruite dalla tradizione, sia nei confronti delle dottrine del regime: lo 'Stato moderno' di Mortati trascende, sia il governo parlamentare della tradizione orlandiana e lo Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti, sia lo Stato fascista di Costamagna e di Panunzio.

Proprio discutendo l'opera di Panunzio, non avevamo mancato

---

(125) *Ibid.*, p. 64.

(126) *Ibid.*, pp. 36 ss. È opportuno qui ricordare che il caso inglese del *Premier* era menzionato anche da Panunzio, in un senso analogo a quello di Mortati: vedi *supra*, nota 101.

(127) È per noi assai rilevante il fatto che in C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973 (sulla base delle lezioni tenute nella Facoltà di Scienze politiche di Roma, a.a. 1959-60), p. 92 e p. 145 ss., si sia mantenuta ferma questa linea generale d'interpretazione della storia costituzionale dell'età contemporanea, ancora intesa come dissoluzione delle forme dualistiche e come ricerca di un modello monistico dominato da un indirizzo politico unificato ed unificante. Sarebbe da rimeditare sotto questo profilo il significato della formula 'Stato sociale' nella fase più recente dell'opera mortatiana: vedi *ibid.*, pp. 61 ss. Su questi aspetti della più recente opera mortatiana ci soffermeremo nell'ultimo paragrafo.

di sottolineare, accanto alla prospettiva di una possibile apertura verso il rinnovamento della giuspubblicistica, le differenze rispetto ad ogni possibile linea di attuazione di quel rinnovamento che pretendesse di muovere dalla ribadita centralità dello Stato sovrano (128): questo infatti, per quanto trasformato concettualmente come nel caso di Mortati, doveva rimanere l'oggetto primario d'indagine della giuspubblicistica, a fronte di dottrine come quella di Panunzio, che individuavano invece — come abbiamo visto — nel partito la fondamentale istituzione originaria, dalla quale derivavano poi tutte le possibili configurazioni del diritto pubblico.

Ben diversa è anche su questo punto la posizione di Mortati (129), che già nel saggio del 1931 indica come trasformazione più evidente del partito quella che lo ha condotto a suo giudizio a divenire « organo dello Stato », che è venuto « a perdere sia il potere di autoorganizzazione, sia quello di determinazione del contenuto della sua attività » (130), per riferirsi essenzialmente allo svolgimento di funzioni statali. Anzi, anche guardando il partito dal punto di vista della sua realtà politica, ad esempio come strumento di formazione della classe politica dirigente, torna centrale l'aspetto della sua subordinazione funzionale allo Stato, poiché il compito del partito è anche a questo livello quello di preparare « una classe politica capace di trascendere nella sua azione ogni forma di particolarismo e di riflettere in sé la vita dello Stato nella sua unità » (131). Così, quello che indubbiamente è eversione della tradizione, ovvero il pieno inserimento del partito tra gli strumenti essenziali di governo

---

(128) Vedi *supra*, paragrafo precedente. Si può ora aggiungere che Mortati e Panunzio avevano certamente in comune la consapevolezza di una grande trasformazione costituzionale che investiva il ruolo del parlamento e del governo, portando in primo piano la questione dell'indirizzo politico, e comunque conducendo necessariamente in regioni sconosciute al vecchio parlamentarismo di stampo liberal-borghese. Questa consapevolezza doveva essere per entrambi alla base di un rinnovato impegno dei giuristi di diritto pubblico. Sulle differenze tra Mortati e Panunzio, specialmente sul punto decisivo del ruolo del partito politico, abbiamo già riferito nel precedente paragrafo, e torniamo ad insistere nel testo che segue.

(129) Vedi *supra*, nota 112, per un'importante recensione di Mortati a Panunzio. Su un piano diverso da quello qui considerato si pone l'altra recensione di C. MORTATI a S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* (Firenze, 1933), in *Lo Stato*, V (1934), pp. 206-214.

(130) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 157.

(131) *Ibid.*, p. 186.

della cosa pubblica, è contemporaneamente vissuto da Mortati anche e forse soprattutto in chiave di necessario argine nei confronti delle dottrine del regime, di riconduzione del partito nello Stato contro ogni soluzione di *permanente dualità*, come nel caso di Panunzio, tra il primo ed il secondo, con il connesso primato del partito medesimo: non è lo Stato con il suo diritto pubblico ad essere pensabile solo a partire dalla sovrana istituzione originaria del partito, ed è invece quest'ultimo ad essere pensabile solo come funzione di quello Stato, che rimane quindi evidentemente il *dato originario* della esperienza giuspubblicistica.

Così, la concordanza di soluzioni tra Panunzio e Mortati, soprattutto in ordine alla qualificazione della nuova forma di governo in termini di 'regime del Capo del governo' (132), è in realtà solo apparente, e li accomuna esclusivamente sotto il profilo del rifiuto di un'interpretazione del presente costituzionale in chiave di 'restaurazione', o di 'ritorno', a forme di Stato in sostanza già conosciute, come era nel caso di Ranelletti e di Romano. Ed infatti, le strade dei due giuristi tornano presto a divergere, poiché mentre per Panunzio è essenziale il fatto che il Capo del governo sia anche Duce del fascismo, nel senso della ineliminabile presenza autonoma del partito accanto allo Stato, per Mortati la nuova preminenza del governo e del suo Capo è frutto di una redistribuzione del potere di direzione e d'indirizzo *tutta interna allo Stato*, che avviene essenzialmente a causa di trasformazioni profonde del nesso Stato-società e politica-economia, che in quanto tali poco hanno a che fare con la proclamata 'rivoluzione fascista', e con il partito come suo massimo interprete. Per concludere su questo punto, se è vero che « il nuovo ordinamento riafferma nella sua pienezza il principio della sovranità dello Stato, nella quale solamente devono trovare la loro fonte tutte

(132) Il discorso sul regime del Capo del governo dovrebbe poi essere approfondito sul piano della dogmatica degli organi costituzionali, perché in realtà Mortati individua il titolare della *suprema potestas* in un complesso istituzionale dato dal Re, dal Primo Ministro Capo del governo, dai Ministri, e dal Gran Consiglio del fascismo, cosicché la configurazione vera della forma di governo risulta in ultima analisi solo dalla sistemazione dei rapporti tra questi organi. Non possiamo soffermarci sul punto per evidenti ragioni di sintesi: vedi comunque C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 69 ss.

le potestà pubbliche » (133), bisogna allora che tale tendenza sia fino in fondo coerente, valendo non solo contro il principio di sovranità popolare, come già era nel contesto della dominante tradizione giuspubblicistica, ma anche in direzione del partito e delle sue pretese di primato.

Da una simile presa di posizione derivano poi alcune conseguenze di carattere più puntuale, che più direttamente attengono al lavoro di sistemazione del nuovo diritto pubblico che il giurista è con Mortati chiamato a svolgere. Il saggio mortatiano del 1931 può a questo proposito essere riletto ad un livello diverso da quello fin qui considerato, e cioè con riferimento all'impegno per *una nuova dogmatica giuspubblicistica*. Come dicevamo all'inizio di questo paragrafo, la linea di Mortati è in senso proprio la linea del rinnovamento di tale dogmatica, ed è tale appunto perché si tiene distante, sia dalle tradizionali configurazioni dello Stato di diritto e dello Stato amministrativo che proponevano una mera rivalidazione dei vecchi apparati concettuali, sia dalle nuove dottrine fasciste del partito e del regime, che rinviavano a realtà politiche esterne allo Stato ritenute dominanti, e così rendevano ininfluente, o meramente 'formalistico', il discorrere su *un nuovo ordinamento* delle competenze e delle funzioni statali.

La costruzione di tale ordinamento è invece il primo obiettivo di Costantino Mortati nel 1931. Torna qui in primo piano la nota nozione di 'Stato moderno'. Questa svolge certamente la funzione — come abbiamo osservato più volte — di riferimento concettuale necessario per la critica ad uno Stato liberale che non aveva saputo realizzare le due condizioni indispensabili per l'esistenza di una definita forma moderna di Stato: omogeneità politica da una parte, ed individuazione della *suprema potestas* dall'altra; tuttavia, è lo stesso 'Stato moderno' — come pure di sfuggita abbiamo già visto — a richiamare la duplice idea della sovranità dello Stato e della sua necessaria limitatezza, del suo ricondursi entro i limiti del 'diritto obbiettivo', come lo stesso Mortati scriveva proprio nel 1931. Così, se è vero che la nuova sistemazione dogmatica delle competenze e delle funzioni statali deve dirigersi in primo luogo alla individua-

(133) *Ibid.*, p. 61.

zione dell'organo titolare della *suprema potestas*, è anche vero che tale organo (134) non è supremo « in virtù di un titolo preesistente allo Stato », e tanto meno è vero che esso sia « sfornito di limiti giuridici nel suo operare »: tutto ciò sarebbe appunto contrario « ai principii fondamentali dello Stato moderno », che non ammette al proprio interno competenze e funzioni che non siano attribuite « in virtù della costituzione e nei limiti da questa fissati » (135). Se così è, allora gli *atti di direttiva*, con i quali si esprime la superiorità dell'organo titolare della *suprema potestas* — ad esempio il Capo del governo nel nuovo diritto pubblico —, non si riconnettono ad un generico, e per il giurista inammissibile, primato del partito sullo Stato: derivando dalla costituzione, essi rappresentano piuttosto *una nuova categoria* di atti di rilevanza costituzionale, sconosciuta per i motivi che sappiamo alla tradizionale dottrina liberale, e proprio per questo in attesa di una nuova sistemazione sul piano dogmatico.

Si riapre qui la questione della funzione di governo come autonoma funzione dello Stato, ma sotto il profilo nuovo della *dogmatica degli atti politici o di governo* (136). Quello spazio che da giuristi come Romano e Ranelletti era sentito come infido, e quasi per sua natura 'politico', poiché distaccato dalla saldezza della pubblica amministrazione, oltre che naturalmente dal parlamento dopo il crollo dello Stato liberale, diviene ora grazie a Mortati terreno pienamente giuridico, disponibile per una sistemazione di carattere dogmatico, che punti ad individuare gli atti mediante i quali si esprime in modo *tipico* quella funzione di governo che poi nel caso concreto dell'ordinamento italiano del tempo — e non solo di questo — è anche la funzione primaria, in cui si racchiude la *suprema potestas*.

Per capire fino in fondo la portata della svolta promossa da Costantino Mortati, si può rileggere quanto avevano scritto in età liberale a proposito degli atti di governo giuristi come Orlando e

---

(134) Nel caso concreto si trattava di un organo complesso: vedi *supra*, nota 132.

(135) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 20.

(136) Il problema era già stato toccato da Panunzio: vedi *supra*, note 96 e 102 ss., per ciò che riguarda la quarta funzione dello Stato, che però Panunzio preferisce chiamare corporativa, ed anche la problematica degli atti politici o di governo.

Cammeo (137), che sulla base di una diffidenza classicamente liberale nei confronti di simili problematiche avevano lavorato con tutti gli strumenti a loro disposizione al fine di limitare ai minimi termini l'estensione teorica e pratica di quegli atti, rigettando poi in conclusione « l'opinione della esistenza di una categoria distinta e sistematicamente determinabile di atti di governo » (138). E più in genere, a partire dal noto articolo 24 della legge 31 marzo 1889 n. 5992, non v'è dubbio che tutta la discussione della giuspubblicistica si era mossa in sostanza in un contesto problematico di tipo giurisdizionale, configurando gli atti politici o di governo esclusivamente sotto il profilo negativo, e meramente processuale, della loro non sindacabilità da parte dei tribunali amministrativi (139).

In verità, la stessa tradizione giuspubblicistica aveva tentato sul punto una sorta di revisione dogmatica, essenzialmente per opera di Oreste Ranelletti, e nel quadro a noi già noto dello Stato

---

(137) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, pp. 633 ss., pp. 902 ss. sugli atti di governo; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, 1960, pp. 27 ss. Per lo stato della dottrina a fine secolo, vedi brevemente Contuzzi, *Atti del governo*, in *Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1893-99, pp. 169-191. Sugli atti politici, ed anche sulla storia della loro dogmatica, si vedano: E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959, pp. 220-232; G. Di Gaspare, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984; C. Dell'Acqua, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983. Per avere un'idea più precisa del confronto tra le opinioni più tradizionali e quelle più rinnovatrici in materia di atti politici e di atti di governo, si vedano anche A. Amorth-O. Ranelletti, *Atti del governo*, in *Nuovo digesto italiano*, 1937; e E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, II (1937), pp. 264-320 e 486-556, che indicava negli atti politici « un istituto necessario ed immanente in ogni società organizzata a Stato costituzionale » (p. 546); ed inoltre B. Liuzzi, *Sulla nozione di atti di governo*, in *Foro amministrativo*, 1927, pp. 53-57; M. Siotto Pintor, *Intorno al concetto del 'potere politico'*, in *Foro italiano*, 1927, pp. 1073-1082; e G. Roehrssen, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXVIII (1936), pp. 557-588.

(138) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 907.

(139) È significativo il fatto che Mortati muova nella sua ricerca proprio dalla esigenza di superare questo approccio della dottrina, al fine di pervenire ad « una nozione obiettiva dell'attività di governo », che punti ad individuare le qualità intrinseche di quella attività, mettendo ai margini la questione meramente processuale della sindacabilità degli atti: C. Mortati, *L'ordinamento del governo*, cit., pp. 9 ss.

amministrativo. Qui, gli atti politici erano già divenuti cosa diversa rispetto alla tradizione liberale di Orlando e di Cammeo, traducendosi negli atti nei quali si esprimeva la « considerazione dell'interesse generale dello Stato nella sua unità, sia per l'esistenza, sicurezza ed integrità propria o del proprio popolo, sia per i fini da proporsi in rapporto alla vita sociale, sia per l'azione sua per il raggiungimento dei medesimi in relazione ai sentimenti e interessi collettivi del paese » (140).

Un'opinione del genere era ben comprensibile, se si ricorda quanto fosse centrale per giuristi come Ranelletti il bisogno di collocare nell'esecutivo e nella amministrazione il cuore stesso delle istituzioni pubbliche, in fondo lo Stato stesso nella sua 'essenza', ed appunto nella sua unità. Tuttavia, il passo decisivo non era compiuto. Infatti, come già sappiamo, ciò che caratterizzava anche durante il fascismo i teorici dello Stato amministrativo era la loro pervicace volontà di mantenere ferma la nozione dogmatica del potere esecutivo come nozione necessariamente comprendente governo ed amministrazione. Così, gli atti politici e di governo, per quanto ora collegati con la problematica generale della unità dello Stato, continuavano ad essere concepiti anche in Ranelletti, come in tutta la tradizione giuspubblicistica prima di Mortati, come *atti amministrativi dotati di particolare rilevanza politica*, ed ad essere quindi inquadrati nella più generale categoria degli atti amministrativi; ed infatti per Ranelletti gli stessi atti di governo non costituiscono nel loro complesso « un'attività a sé stante, omogenea nel suo contenuto come la legislazione, la giurisdizione, l'amministrazione, e che si possa porre accanto a queste, come una quarta forma di attività dello Stato » (141).

Questa era invece proprio l'operazione che Mortati stava conducendo nel 1931; leggiamo allora quali *caratteri tipici* egli attribuisca a quella attività di governo che Ranelletti negava: « l'assoluta discrezionalità; la derivazione diretta dalla legge costituzionale; lo scopo di attuare in modo immediato l'unità dell'azione statale; il suo modo d'esplicarsi prevalentemente attraverso una azione d'impulso e di controllo sugli altri organi costituzionali; la tendenza

(140) O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 341.
(141) *Ibid.*, p. 332.

diffusiva, che la porta ad accompagnare il successivo estendersi dell'azione statale, in quanto questa appaia rilevante per la direzione politica » (142).

Avremo occasione di tornare su ognuno dei caratteri indicati nella definizione mortatiana. Preme ora sottolineare il fatto che il primo di essi è non a caso quello della 'assoluta discrezionalità', che sta certamente a significare una libertà, ed un potere, di determinazione dei fini pubblici da perseguire non più contenibile, come avrebbe voluto la tradizione, nella categoria generale della discrezionalità propria dell'atto amministrativo in genere. È qui, in questa sfera, che deve essere ricercata la sede istituzionale specifica dell'attività di governo. Sotto questo profilo, che è poi il più sintetico e riassuntivo, Mortati sembra lanciare un vero e proprio messaggio alla giuspubblicistica del suo tempo: in un'età di profonda trasformazione del rapporto Stato-società, di accrescimento dei compiti pubblici, come continuare a pensare al governo esclusivamente nei termini di una sorta di 'alta amministrazione'? Era ancora attuale una concezione del governo come vertice, e quindi pur sempre parte, del potere esecutivo?

Ed in effetti, Mortati non aveva torto a sottolineare l'incapacità della nostra tradizione giuspubblicistica in ordine a questo punto specifico, che consisteva nella necessità, da lui fortemente sentita, di costruire una vera e propria *dottrina costituzionale del governo e della sua attività*. Infatti, sia che si muovesse dal primato della legge, come nel caso di Orlando o di Cammeo, sia che si muovesse dal primato dell'amministrazione, come nel caso di Ranelletti o di Romano, si finiva sempre per svalutare il governo, mantenendolo deliberatamente nei consueti confini del potere esecutivo. A questo livello, e dal punto di vista di Mortati, la tradizione si ricomponeva, e si mostrava quindi come un unico blocco da superare.

Tentiamo ora di pervenire ad alcune prime conclusioni, per quanto provvisorie, perché riferite ad un saggio come quello sull'ordinamento del governo che si pone all'inizio della ricerca di Mortati. In primo luogo, bisogna dire che il testo mortatiano del 1931 è certamente dedicato al rinnovamento della dogmatica giuspubblici-

(142) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 68.

stica. La premessa da cui si muove è che in Italia, come anche altrove, stia nascendo nel corso degli anni Venti e Trenta *un nuovo diritto pubblico*, non più inquadrabile nelle consuete costruzioni concettuali dei giuristi. La novità sta nel fatto che la tanto ricercata 'essenza' dello Stato, che attribuisce ad esso forma unitaria e precisa identità storica, non sta più, né nel primato liberale della legge generale ed astratta, né nel valore costituzionale della pubblica amministrazione come soggettività originaria ed in sé legittimata: dal punto di vista di Mortati, Orlando e Ranelletti, pur nella diversità di atteggiamenti di fronte al regime, sono nient'altro che il diritto ed il rovescio della medesima medaglia. Ciò che per il nostro giurista sta accadendo è che quella medesima 'essenza' dello Stato si colloca sempre più nel governo, non più inteso come parte — anche se vertice — di uno dei poteri dello Stato, ma come organo supremo titolare dell'indirizzo politico unificante, come « principio d'unità, posto accanto al principio di divisione »: è con l'attività di governo e di direzione politica che si attua « in modo immediato l'unità dello Stato », ricostituendo « ciò che la divisione delle competenze e delle funzioni necessariamente divide » (143).

---

(143) *Ibid.*, pp. 8-14. Con Mortati siamo certamente all'inizio di una vicenda che molto più tardi sarà descritta nei seguenti termini: « Il Governo cerca la base effettiva del suo potere non tanto nel Parlamento ma, attraverso l'organizzazione dei partiti, direttamente nel corpo elettorale. Il Governo non è più (o forse non lo è mai stato) l'esecutore della volontà politica elaborata dal Parlamento, quale lo descrivevano i teorici dell'illuminismo. Il Governo si pone attualmente quale centro propulsore di una funzione d'indirizzo politico cui spetta il compito di orientare e coordinare l'attività di tutta la macchina statale, ivi compreso il Parlamento, che di questa funzione diviene uno degli strumenti di attuazione »: E. Cheli, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IX (1959), pp. 463-528, p. 516; si veda anche Id., *Funzione di governo, indirizzo politico, sovranità popolare*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato ed A. Barbera, Bologna, 1984, pp. 335-354. Si deve però osservare che già durante il fascismo il principio di unità dello Stato nel governo attraverso la funzione d'indirizzo politico doveva confrontarsi, non solo con i perduranti poteri di settore dei singoli Ministeri, ma anche con il complesso articolarsi in enti dell'azione pubblica a livello soprattutto economico: vedi A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 77 ss., per le difficoltà, mai risolte, di applicazione della l. 31 gennaio 1926 n. 100; ed inoltre S. Merlini, *Struttura del governo e intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 1979, pp. 85 ss.; e S. Cassese, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in *Il regime fascista*, cit., pp. 327 ss., che mostra in modo molto efficace la grande distanza intercorsa tra il progetto fascista

Pensiamo ora al lungo tragitto che si è compiuto da Orlando a Mortati. Mentre per il primo il governo d'indirizzo è quanto di più antigiuridico si possa immaginare sul piano costituzionale — tanto da ammettere, come sappiamo, il governo parlamentare proprio in quanto esso non sia qualificabile come governo d'indirizzo —, per Mortati lo Stato stesso inizia ad esistere in quanto sia capace di esprimere un governo dotato di un certo indirizzo, poiché solo questo può dare senso unitario a tutti i suoi poteri, ivi compreso lo stesso legislativo. Se così non fosse, quei poteri starebbero insieme solo sulla base di alcune regole destinate a disciplinarli, ma non perché insieme perseguano certi obiettivi secondo un certo indirizzo: in una parola, essi non costituirebbero nel loro complesso una vera e propria forma di Stato. Dovendo esprimere in modo seccamente sintetico il senso del distacco mortatiano dalla tradizione giuspubblicistica italiana, potremmo allora dire che esso è dato da una nuova concezione della unità dello Stato, che è ormai chiaramente « unità teleologica » e di programma, e solo in questi termini è pensabile (144).

Se così è, diviene più comprensibile anche tutto l'insistere di Mortati sulla esigenza d'individuare la *suprema potestas*, in contrasto con la tradizione liberale della parità, e dell'equilibrio, tra gli organi costituzionali. In realtà, senza *suprema potestas* non c'è Stato, perché manca l'indirizzo politico unificante. Quel certo organo supremo non è la cosiddetta 'alta autorità' del costituzionalismo liberale, di regola riferita alla figura del Capo dello Stato, non si esprime solo in senso moderatore e coordinante. La moderna forma di Stato non ha bisogno di un manovratore, ma di un pilota, che dia e scelga la direzione di marcia.

Ora, se dovessimo misurare le convinzioni del Mortati del 1931 secondo il metro della tradizione giuspubblicistica, dovremmo qualificare la sua costruzione come un grande tentativo di politicizzare il diritto pubblico, poiché non v'è dubbio che nella cultura tradizionale dei giuristi la politica è proprio questo, è l'attività di scelta dei fini, e delle direzioni di marcia. Ed in effetti Mortati non gioca

---

statal-corporativo e la concreta realtà di un intervento pubblico attuatosi tramite enti speciali, consorzi e procedure particolari.

(144) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 9.

con le parole, e definisce esplicitamente in termini di « programma politico » l'indirizzo chiamato ad unificare e qualificare lo Stato medesimo (145). Ma allora, se così è, come può prendere piede il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica? Su quale minima base di stabilità i giuristi possono costruire un nuovo ordinamento di competenze e di funzioni, se il loro principale oggetto d'indagine, ovvero lo Stato medesimo, dipende in ultima analisi per la sua stessa identità da una decisione politica fondamentale? È davvero possibile la dogmatica giuridica di un 'programma politico'?

A queste domande si risponde con un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, su un piano più specificamente storico, non v'è dubbio che Mortati pensi a questa nuova politicità dello Stato come ad una sorta di scelta obbligata, necessaria per salvare lo Stato medesismo. Questo, infatti, se ancora contrapposto alla sfera ideale della politica intesa come attività di scelta di fini e d'indirizzi, rischia di divenire un guscio vuoto, di ridursi a complesso di funzioni pubbliche e di prestazioni amministrative crescentemente sprovvisto di capacità di sintesi in senso unitario. L'introduzione della politica nello Stato rappresenta quindi con Mortati il tentativo estremo di salvare l'oggetto principale di studio della giuspubblicistica, ovvero lo Stato medesimo, che solo attraverso la dimensione del *progetto collettivo indirizzato ad un certo fine* consegue quella condizione di unità che la tradizione ancora si ostinava a ricercare, in modo anacronistico, nel primato della legge o nella saldezza della componente amministrativa. Dunque, sotto questo profilo, l'operazione condotta da Mortati è certamente nel segno del valore tradizionale della sovranità dello Stato, che non a caso egli riafferma con decisione — come abbiamo visto — anche contro il possibile primato del partito sostenuto da Panunzio e dai giuristi del regime, e deve considerarsi preliminare ad ogni riflessione di carattere dogmatico sulle competenze e sulle funzioni dello Stato medesimo, che come tale non può non presupporre una nozione definita dell'unità statale, ora possibile appunto esclusivamente in senso teleologico.

Ma c'è di più. In realtà, questo ingresso della politica nello

(145) *Ibid.*, p. 9.

Stato, fino al punto più delicato del far dipendere l'identità del secondo dalla prima, avviene in forma codificata e dogmatizzata, con il contributo essenziale della scienza giuridica. Infatti, il primato dell'indirizzo politico non si esprime in modo arbitrario e casuale, ma in forme tipiche e costanti, ovvero mediante quegli atti politici o di governo che la scienza giuridica, per esplicito invito di Mortati, è chiamata ad identificare e sistematizzare (146). Ma ciò che più conta è il fatto che questi atti non configurano nel loro complesso un'attività politica distinta per natura, o qualità, da quella giuridica propria della legislazione, della amministrazione e della giurisdizione, dalla quale questa seconda si trovi a dipendere. Da questo punto di vista, appare decisiva la definizione mortatiana della attività di direzione politica dello Stato in chiave di *funzione* dello Stato medesimo (147). È vero che si tratta della funzione suprema, che come tale precede logicamente tutte le altre, è vero che da essa dipende in modo diretto la stessa identità dello Stato, ma è vero anche che pur sempre di funzione si tratta, quindi di qualcosa che ha in comune con i più classici tre poteri dello Stato il decisivo aspetto della sua appartenenza allo Stato medesimo inteso come organizzazione giuridica di competenze e di funzioni normativamente determinate e regolate. Così, l'auspicato rinnovamento della dogmatica

---

(146) Vedi *supra*, nota 142, per il tentativo di definizione dello stesso Mortati.

(147) Si colloca qui anche la discussione sulla funzione di governo come quarta funzione dello Stato, che era già stata avviata, ma in modo imperfetto, da Otto Mayer, come osserva lo stesso Mortati: C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 14, n. 1. Di questa funzione, da lui denominata corporativa, aveva parlato anche Sergio Panunzio: vedi *supra*, nota 136. Bisogna infine ricordare che la risoluzione dell'attività di direzione politica dello Stato in funzione non fu condivisa da V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, XIII (1939), pp. 53-72. Non possiamo qui tentare un confronto sistematico tra le opinioni di Mortati e di Crisafulli, che per parte sua offre una versione del problema dell'indirizzo politico più rigorosamente normativistica, di stampo quasi kelseniano, muovendo dalla esigenza di mantenere una più rigida distinzione tra l'attività di direzione politica e le tradizionali funzioni statali, alle quali quindi la prima non sarebbe assimilabile: sul punto condividiamo l'analisi di M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, pp. 185 ss. Disponiamo ora anche del contributo di P. CIARLO, *Commento all'art. 95*, estr. dal volume *Il Consiglio dei Ministri*, T. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987, che opportunamente prende le mosse dal nostro dibattito dottrinale degli anni Trenta.

giuspubblicistica diviene più che possibile, poiché la nuova politicità dello Stato non si esprime in modo aggressivo nei confronti dei giuristi e delle loro costruzioni, ma mediante un linguaggio a loro ben noto: *anche la politica è divenuta funzione dello Stato*.

Per concludere, possiamo dire che Mortati, da una parte supera largamente la tradizione fondando lo Stato come unità teleologica su un certo programma politico, ma dall'altra la difende contro le dottrine del regime e del partito, riconducendo interamente l'elemento politico della scelta e del programma nello Stato, fino a considerarlo funzione di questo, come tale sistematizzabile da parte di una giuspubblicistica che può così continuare a mantenere al centro delle proprie indagini, per quanto trasformato, quel medesimo Stato — lo 'Stato moderno' di Mortati — al quale essa aveva storicamente legato le proprie fortune.

C'è infine da considerare un ultimo aspetto della trattazione mortatiana, che forse riassume e spiega tutti gli altri. Esso è contenuto nella seconda caratteristica degli atti di governo indicata da Mortati, che consiste nella loro 'derivazione diretta dalla legge costituzionale'. Ma quale 'legge costituzionale'?

Noi sappiamo già quale fosse il giudizio di Mortati sulla esperienza storica dello Statuto albertino, a suo giudizio legata ad un sistema politico dualistico incapace di esprimere un'autentica forma di Stato e sorretta da piccole oligarchie borghesi destinate ad essere superate dal nuovo tempo storico della organizzazione politica di massa. Non è certo casuale il fatto che le analisi costituzionalistiche di Mortati non prendano mai le mosse dallo Statuto, a differenza dell'intera tradizione giuspubblicistica che in varia misura argomentava proprio a partire da quel dato normativo. Si deve quindi ricercare altrove la 'legge costituzionale' di Mortati.

D'altra parte, è altrettanto evidente — per motivi che ormai sappiamo — l'assenza nell'opera mortatiana di una costituzione prodotta dalla 'rivoluzione fascista', nel senso dei 'principii politici' di Costamagna, o del partito come sovrana istituzione originaria di Panunzio. Come abbiamo cercato di mostrare, il nuovo diritto pubblico di Mortati si costruisce tutto dentro lo Stato, si traduce tutto in una redistribuzione di potere interna allo Stato. Così, sono scartate tutte quelle versioni della legge costituzionale che, in quanto strettamente legate al tema della 'rivoluzione' — pensiamo ad

esempio al diritto corporativo come nuovo diritto costituzionale —, finivano per fare della costituzione stessa un dato politico estraneo e contrapposto allo Stato medesismo.

Anche su questo punto, come su altri, Mortati pensa dunque ad una terza soluzione, diversa dalla riattualizzazione del vecchio Statuto, come anche dalla pretesa portata in campo dal regime di aver addirittura creato *ex novo* la nozione stessa di 'legge costituzionale'. In realtà, i giuristi hanno a che fare con una costituzione, che non è né liberale, né fascista: essa è piuttosto per Mortati *la costituzione dello 'Stato moderno'*.

È questo un passaggio molto importante nell'opera di Mortati, che già nel 1931 pone dunque il problema di una costituzione trascendente la positività normativa formale, sia essa quella dello Statuto o quella della nuova legislazione costituzionale del fascismo. Esiste quindi per il nostro giurista *una dimensione normativa costituzionale* data essenzialmente dalla esperienza storica dello 'Stato moderno', e che si traduce in una serie di principii: da questi deve muovere il giurista, anche quel giurista che debba lavorare sulla forma di governo nell'Italia degli anni Venti e Trenta.

Torniamo ora agli atti di governo. Il fatto che essi derivino — come Mortati dice — dalla legge costituzionale significa in primo luogo che esiste una norma fondamentale che li disciplina, obbligando lo stesso giurista ad interpretarli in un modo piuttosto che in un altro. Ora, non v'è dubbio che uno dei più rilevanti principii contenuti secondo Mortati nella tradizione costituzionale dello Stato moderno — appunto nella 'legge costituzionale' — è quello di separazione dei poteri (148).

Infatti, per il nostro giurista, la ricerca — a noi già nota — dell'organo supremo titolare della *suprema potestas* non implica affatto che una volta individuato tale organo, e gli atti che da questo si dipartono — ovvero gli atti politici o di governo — in direzione di tutti i poteri dello Stato al fine di conseguire tra questi una certa

(148) Il tema attraversa tutto il saggio mortatiano del 1931 e verrà poi esplicitamente ripreso in C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano* (1941), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, parte III, *Aspetti della organizzazione politica nel periodo fascista*, Milano, 1972, pp. 431 ss.

consonanza d'indirizzo, venga per ciò stesso ad eclissarsi il principio costituzionale della separazione dei poteri. Così, gli atti politici, in quanto disciplinati dalla 'costituzione' dello Stato moderno, devono essere intesi come strumenti istituzionali di controllo e d'impulso su poteri, come quello legislativo, che comunque mantengono una loro sfera autonoma riservata. Più tardi, in rapporto di derivazione logica con quanto già affermato nel 1931, Mortati dirà ancora più esplicitamente che il regime fascista si era a suo giudizio dovuto adattare, e conciliare, con la 'costituzione' dello Stato moderno, ed in particolare proprio con il principio di separazione dei poteri, integrato — e liberato dalla versione angusta di strumento di tutela dei diritti individuali — dalla tendenza del regime verso il primato dell'indirizzo politico unificante, ma non da questo soppresso (149).

C'è quindi un primo significato della nostra 'derivazione' degli atti di governo dalla legge costituzionale, che agisce nella ottica del giurista in senso garantistico, nel senso che offre la fondamentale garanzia che quegli atti non divengano strumento di logiche politiche totalizzanti, con le quali si punti a considerare indifferentemente tutti i poteri dello Stato subordinati nella stessa misura, e nello stesso modo, alla esigenza di attuare l'indirizzo politico dominante.

La nostra analisi non può tuttavia fermarsi a questo punto. Infatti, se Mortati individuasse esclusivamente questa versione della legge costituzionale, solo in funzione di garanzia della permanenza di una pluralità di autonomi poteri, cadrebbe in contraddizione con i presupposti generali del suo discorso, secondo il quale — come

---

(149) C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo*, cit., spec. p. 464 e 468, dove si afferma: « la posizione di indipendenza in cui si trovano gli organi costituzionali deve essere integrata con quella di consonanza politica, che lega fra di loro i titolari dei medesimi »; ed ancora: « deve essere infatti ben chiaro come il rapporto di consonanza politica, che sottostà all'attività degli organi, non può sopprimerne l'autonomia ». È significativo l'uso in queste stesse pagine della locuzione 'Stato moderno' con il medesimo significato indicato nel testo a proposito del saggio del 1931, tanto da configurare su questo decisivo punto una vera e propria continuità di pensiero di Mortati nel corso di tutta l'esperienza politica del fascismo. Si veda in proposito anche C. MORTATI, *Per una teoria dello Stato fascista*, cit., dove il dissenso con Panunzio non verte solo — come più volte abbiamo visto — sul ruolo del partito, ma anche sul rapporto costituzionale tra legislativo ed esecutivo, che Mortati continua a vedere come rapporto tra poteri distinti, se non altro per « l'assenza in via normale negli organi di governo della potestà legislativa con efficacia di legge formale » (p. 342).

sappiamo — la classica concezione liberale della pluralità e dell'equilibrio tra gli organi costituzionali non può esaurire da sola la problematica della forma di Stato, dunque neppure l'intero campo storico e teorico dello 'Stato moderno' e della sua costituzione.

Ecco dunque necessariamente un secondo significato della nostra 'derivazione' degli atti politici o di governo dalla legge costituzionale, che attraversa anch'essa tutto il saggio del 1931. Si noti a questo proposito come Mortati parli di 'derivazione diretta': è appunto sull'aggettivo 'diretta' che dobbiamo ora richiamare l'attenzione. In esso non si esprime solo il tema istituzionale, pur presente, del rapporto diretto, che salta la mediazione parlamentare, tra investitura plebiscitaria dal basso e poteri di direzione politica del governo. In verità, ancora una volta, ed anche su questo punto, Mortati solleva un problema che a suo giudizio attiene all'intera esperienza dello Stato moderno, della quale il regime fascista è solo, al massimo, specifica espressione contingente. Si tratta, in una parola, della esigenza di rintracciare negli atti di governo questa loro caratteristica specifica di essere *direttamente attuativi dei contenuti della legge costituzionale*. Da questo punto di vista, la derivazione di quegli atti dalla costituzione non si pone tanto in chiave di loro disciplina — in ordine soprattutto, come sappiamo, alla necessità che essi non divengano strumento di violazione del principio di separazione dei poteri —, quanto nei termini della loro particolare rilevanza istituzionale come veicoli di attuazione della legge costituzionale, che per loro tramite diviene davvero la norma fondamentale capace d'ispirare l'azione di tutti i pubblici poteri.

Così, attraverso la tematica specifica degli atti di governo, cogliamo ciò che più interessa, ovvero il mutamento in atto del significato stesso di 'costituzione'. Questa è norma fondamentale, non più solo nel senso di norma generale distributiva di competenze e di funzioni, ma anche nel senso di norma suprema dotata di certi, e non altri, contenuti, che grazie alla individuazione nello Stato di una *suprema potestas* è capace, a partire da quel centro, di esprimersi in chiave d'indirizzo politico unificante, imprimendo a tutta l'attività dei pubblici poteri una certa direzione in conformità ai contenuti costituzionali medesimi. È proprio in questo preciso senso che gli atti di cui discutiamo vengono correttamente chiamati 'politici'.

Per concludere, dobbiamo dire che tutto questo rappresenta

una svolta di straordinaria rilevanza nella storia della giuspubblicistica italiana. Con Mortati si assiste al *recupero della vocazione prescrittiva della costituzione*, che si era eclissata nel corso dell'Ottocento — come sappiamo, a partire da Orlando —, perché ritenuta espressione del distruttivo, e poco 'scientifico', principio giacobino di sovranità popolare. È d'incalcolabile importanza il fatto che questo recupero sia stato, grazie a Mortati, opera di giuristi, si sia prodotto all'interno del campo della giuspubblicistica.

Grazie a ciò, si è sottratto il monopolio della dottrina della costituzione a quei teorici del regime che spesso la traducevano in chiave di primato del partito e dei contenuti della 'rivoluzione fascista'; si è inoltre mantenuta ferma, accanto alla versione sostanziale e prescrittiva della costituzione, anche quella formale dell'ordinamento delle competenze e delle funzioni, che per un giurista come Mortati — come abbiamo visto — era pure parte essenziale ed irrinunciabile della costituzione dello Stato moderno; infine, si è riusciti a porre il problema dei contenuti costituzionali e del loro primato ad un livello sufficientemente formalizzato — di nuovo quello dello 'Stato moderno' —, tale da non identificare il recupero di prescrittività della costituzione con la secca opzione politica per il primato del partito fascista e dell'indirizzo da esso promanante, così da consentire al fondamentale nesso costituzione-indirizzo politico di riproporsi come problema centrale del nostro diritto costituzionale anche dopo la caduta del regime.

Alla fine, il significato complessivo della operazione tentata da Mortati nel 1931 appare del tutto chiaro. Posto di fronte alla inequivocabile emersione di un'attività di direzione politica dello Stato quale centro unificante e caratterizzante l'identità stessa dello Stato medesimo, il giurista secondo Mortati non doveva ritrarsi, non doveva cedere alla tentazione di una semplice riconferma della tradizione. Sul dato nuovo, sul nuovo diritto pubblico, si doveva invece lavorare come giuristi, rinnovando gli orizzonti della dogmatica giuspubblicistica. È così che nasce la dottrina della funzione di governo e dell'indirizzo politico; è in questa prospettiva che si procede alla emarginazione del ruolo autonomo del partito politico, riconducendo quella funzione e quell'indirizzo, non al partito come presunta istituzione originaria, ma piuttosto al primato di una costituzione, che torna ad essere intesa, dopo la lunga eclissi otto-

centesca, come *norma fondamentale di carattere prescrittivo*, capace di dare unità, ed anche nuova vitalità, allo stesso Stato.

È sulla base della svolta promossa da Mortati che si potrà più tardi, ma comunque prima della caduta del regime, discutere di un nuovo modo di essere dello « Stato di diritto » (150), non più esauribile come formula nella dimensione della previsione normativa e della attribuzione formale di competenze, ma proteso piuttosto verso la necessità di una sempre più compiuta *concordanza sostanziale* tra i contenuti della costituzione e le singole determinazioni di volontà poste alla base degli atti emanati dai poteri dello Stato, ad iniziare da quegli atti politici dai quali aveva preso le mosse Costantino Mortati nel 1931. Se lo Stato è in genere 'di diritto' perché attento a prevenire in ogni modo gli abusi della *voluntas* dei detentori del potere, si può dire che esso è ora 'di diritto' soprattutto perché, accanto al necessario momento della attribuzione di competenza e della imputazione di responsabilità, si pone per quei detentori l'obbligo di muovere tutta la macchina dello Stato in una direzione conforme a quella voluta dalla costituzione, in attuazione di questa. Se è vero che lo Stato moderno di Mortati — come abbiamo visto — richiede la presenza, non di un semplice manovratore, ma di un vero e proprio pilota, è anche vero che questo guida su una pista ben delimitata e segnalata, e soprattutto con l'occhio ben attento alla mappa, all'itinerario disegnato dalla costituzione.

5. Come abbiamo visto, il tema della costituzione era già balzato fuori nel saggio del 1931. In particolare, gli atti politici trovavano il loro specifico significato in senso 'obiettivo' — e non più dal punto di vista meramente processuale della loro non sindacabilità da parte del giudice amministrativo —, non solo come atti tipici della funzione di governo, ma anche per il loro speciale rapporto con la costituzione, che si poneva nei termini della 'diretta derivazione'. Dal saggio del 1931 si usciva quindi con questa precisa convinzione: nel concreto indirizzo che ai poteri dello Stato era impresso dalla *suprema potestas* mediante gli atti politici era possi-

(150) C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, pp. 67 ss., spec. p. 75.

bile individuare la presenza della costituzione con il suo specifico contenuto. Per questa via, anche la prima monografia di Mortati sull'ordinamento del governo finiva per rinviare al necessario orizzonte ultimo della costituzione e della sua dottrina.

Tuttavia, con il 1931 siamo solo all'inizio di un certo itinerario teorico, che è destinato a precisarsi negli anni successivi, fino all'approdo dato dal notissimo saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale*. Tale approdo, che assume il significato di una vera e propria codificazione delle dottrine mortatiane, fu preparato dal nostro giurista nel corso degli anni Trenta anche sul delicato terreno della amministrazione, della macchina dello Stato. Si può dire anzi che senza questo fondamentale passaggio — e non solo questo, come vedremo — risulti di più difficile comprensione la stessa dottrina generale della costituzione in senso materiale.

Si deve, a questo proposito, ricordare ancora una volta la definizione mortatiana degli atti politici contenuta nel saggio del 1931. Quegli atti erano dotati per Mortati di una peculiare caratteristica — l'ultima da lui indicata —, che li conduceva ad essere 'diffusivi', ovvero « ad accompagnare il successivo estendersi dell'azione statale » (151), evidentemente sul piano più specificamente amministrativo. In effetti, il problema degli atti politici, e più in genere del nesso costituzione-indirizzo politico, non poteva rimanere confinato a livello di forma di governo, di relazione tra gli organi costituzionali, ed era destinato ad estendersi, proprio a causa della impostazione teorica di fondo, a tutta la macchina dello Stato, ivi compresa la stessa amministrazione (152).

---

(151) Vedi *supra*, nota 142.

(152) Da qui, la cospicua presenza di temi amministrativistici nell'opera mortatiana degli anni Trenta: C. MORTATI, *Osservazioni sulla potestà regolamentare del governo* (1932), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 409 ss.; ID., *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935), *ibid.*, pp. 473 ss.; ID., *Note sul potere discrezionale* (1936), *ibid.*, vol. III, pp. 999 ss. Bisogna però precisare che Mortati non fu mai pienamente amministrativista, nel senso di Romano, di Ranelletti, o di Zanobini. Vedremo infatti più avanti nel testo come a Mortati non interessino gli istituti del diritto amministrativo specificamente intesi, ma piuttosto il nesso da stabilire tra costituzione ed esercizio dei poteri discrezionali, ivi compresi quelli della pubblica amministrazione. In questo senso, anche i saggi citati in questa nota contengono problematiche amministrativistiche, ma rimangono pienamente

Non bisogna mai dimenticare come proprio nella amministrazione una fetta consistente della tradizione giuspubblicistica italiana avesse individuato il cuore stesso dello Stato e della sua identità come autonoma soggettività sovrana. Abbiamo visto inoltre che per giuristi come Romano e Ranelletti era essenziale mantenere un'amministrazione così concepita libera dal duplice primato della legge del parlamento e dell'indirizzo proveniente da una funzione di governo emancipata dalla figura tradizionale del potere esecutivo comprendente la stessa amministrazione. In questa doppia possibilità d'influenza sull'amministrazione dal suo esterno, quei giuristi vedevano, seguendo un'impostazione ormai consolidata nella tradizione culturale della giuspubblicistica italiana, una inaccettabile pressione di partito tendente a dissolvere lo Stato medesimo, evidentemente identificato proprio nella amministrazione e nelle sue caratteristiche 'costituzionali' di stabilità, neutralità, obbiettività.

Ora, il nominato carattere diffusivo degli atti politici induceva invece, secondo Mortati, a coinvolgere quella medesima amministrazione nella attuazione dell'indirizzo politico fondamentale, poneva ai giuristi del tempo il formidabile problema della *costituzione come programma della amministrazione*. Ciò non poteva però avvenire in modo del tutto indolore. In particolare, la tradizionale versione della pubblica ammmistrazione come sede istituzionale per eccellenza dei valori politici e costituzionali della imparzialità e della neutralità poteva davvero essere seccamente scartata, e con tanta disinvoltura? E quale 'Stato di diritto', e quale 'Stato' in genere, si sarebbe avuto nel caso di una macchina pubblica tutta protesa a realizzare un certo indirizzo, o magari un 'programma politico', come lo stesso Mortati scriveva nel 1931?

La questione era aggravata dal fatto che dopo la crisi dello Stato legislativo parlamentare tale indirizzo non poteva più provenire dalla legge del parlamento, non godeva più della legittimazione della sovranità popolare o nazionale, non poteva più ammantarsi della rassicurante immagine del primato di un atto — come la legge — nel quale si voleva racchiusa, ed espressa alla massima potenza, una

---

di diritto costituzionale. Alcuni di questi saggi — specialmente i due del 1935-36 — preparano anzi la dottrina della costituzione in senso materiale, come subito vedremo nel testo.

sorta di razionalità obiettiva, che poi prendeva il nome d'interesse generale. Del resto, anche lo stesso Mortati era estremamente chiaro e reciso su questo punto. Infatti, discutendo alcune ipotesi teoriche di Carl Schmitt, il nostro giurista concordava sulla interpretazione di certe trasformazioni costituzionali, che anche a suo giudizio mettevano in luce il fatto che « ogni ordinamento giuridico risulta da un contemperamento fra due esigenze contrapposte: la normatività e il decisionismo o, altrimenti detto, la legalità e la legittimità »; con la evidente conseguenza dell'ampliamento del « campo dell'attività concreta sottratta alla predeterminazione legale », ovvero — in altre parole — di un campo della legittimità sempre più vistosamente staccato da quello della legalità, ed affidato così in modo quasi esclusivo al concreto e libero operare del governo e della amministrazione (153).

Ma quali conclusioni trarre da una simile situazione, e quali proposte formulare? Anche in questo caso, Mortati traeva da Schmitt solo una intuizione, uno spunto sul piano teorico, ma poi — come sempre gli accadde nel rapporto con il giurista tedesco — trascendeva quella e questo, per sviluppare la sua analisi in direzioni del tutto diverse. Infatti, lo 'Stato di governo' o lo 'Stato di amministrazione', di Carl Schmitt lasciavano Mortati del tutto insoddisfatto, in ordine soprattutto al problema, da lui avvertito come fondamentale, di rielaborare *un'altra concezione dello Stato di diritto*, diversa da quella propria, ormai battuta, dello Stato legislativo parlamentare. Si può anzi aggiungere che probabilmente Mortati vide nelle soluzioni di Schmitt — a nostro avviso giustamente (154) — la riedizione, più raffinata sul piano teorico, delle soluzioni offerte dai giuristi, italiani e tedeschi, con la dottrina dello Stato amministrativo, ovvero il tentativo di rispondere alla crisi della legalità formale ritornando all'idea della amministrazione come 'vera costituzione' dello Stato moderno.

---

(153) C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., p. 1002, riferito a C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932.

(154) Sul punto si veda ora M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, 1987, pp. 51-103, ora in questo volume, pp. 605 e ss..

Per Mortati, si doveva invece accettare fino in fondo il nuovo tempo storico, nel quale alla crisi della legalità formale si affiancava, in un rapporto di coincidenza certo non casuale, la prepotente emersione della costituzione come norma fondamentale capace di dirigere l'azione di tutti i pubblici poteri, ivi compresa la stessa amministrazione (155). Si proponeva quindi, accanto e per il tramite del già noto rapporto di derivazione diretta degli atti politici dalla costituzione, un eguale rapporto diretto tra costituzione ed amministrazione, se occorreva saltando la mediazione legislativa-parlamentare, o passando per essa, ma solo in quanto anche questa fosse strumento di attuazione della costituzione medesima, alla quale si riconduceva quindi in definitiva tutto l'ordinamento delle potestà pubbliche. Se vista in questi termini, inizia a prendere forma una possibile risposta ai dubbi ed alle perplessità che prima abbiamo ricordato circa la figura istituzionale di un'amministrazione 'parziale', che trovi la sua ragione d'essere come strumento attuativo di un certo indirizzo prevalente. In realtà, se l'amministrazione è questo, è perché tale è l'intera macchina pubblica, in quanto lo Stato stesso *esiste solo* — come già sappiamo — come 'unità teleologica', dotata di una certa coerenza interna in quanto protesa alla attuazione dei fini indicati e prescritti dalla costituzione.

Ma c'è di più. Mortati avverte l'esigenza di allargare ulteriormente il raggio di azione della costituzione, di mettere in luce la sua pervasività coinvolgendo anche i privati e le loro sfere di autonomia. Al centro di questa operazione ricostruttiva si pone *il concetto di*

(155) Si deve qui sottolineare, ancora per ciò che riguarda il rapporto con Carl Schmitt, che il giurista tedesco non ebbe mai una simile concezione della costituzione, tale da porre questa in una posizione così ravvicinata al concreto ordinamento delle competenze e delle funzioni statali. Non è certo casuale il fatto che Mortati abbia più volte e costantemente rimproverato a Schmitt la sua troppo rigida contrapposizione tra costituzione e legge costituzionale, tra costituzione assoluta e relativa, come se le prime avessero una natura diversa dalle seconde, con il risultato che rimanevano precluse proprio quelle operazioni di ricostruzione del diritto positivo statale alla luce dei principii costituzionali che poi in effetti più interessavano a Mortati. Vedremo più avanti, in questo medesimo paragrafo, come questo dissenso da Schmitt emerga ancora a chiare lettere nel saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale. Vedi un cenno nella medesima direzione anche in C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 565.

potere discrezionale, al quale Mortati dedica un apposito saggio nel 1936 (156).

Il nostro giurista, anche sulla scia della nota teoria della 'costruzione a gradi' di Kelsen e di Merkl, disegna i lineamenti di una vera e propria teoria generale della discrezionalità, che egli colloca al livello costituzionale della teoria delle fonti, uscendo fuori quindi dai limiti, ritenuti angusti, della specialità amministrativa. Ciò che interessa mostrare è che lo spazio della legittimità — nel senso prima visto a proposito di Schmitt — viene riempito da una vera e propria attività giuridica di produzione di norme derivate, a partire dalle posizioni di autonomia riconosciute dall'ordinamento, siano esse quelle della pubblica amministrazione con lo strumento tipico dell'atto amministrativo, o quelle dei privati con lo strumento altrettanto tipico del negozio (157).

Alla conclamata crisi della legalità formale non si risponde quindi ricercando altrove lo Stato nella sua 'essenza', in ipotesi nella stessa pubblica amministrazione, e contrapponendo questa alla legge formale del parlamento, ritenuta ormai incapace di essere veicolo di una autentica condizione di unità politica, ma piuttosto immaginando *una grande rete di poteri discrezionali*, pubblici e privati, tenuti insieme però, non più solo dal dato formale della legge come strumento attributivo di competenze e di sfere di autonomia e di potere, ma anche, e soprattutto, da un elemento sostanziale, che Mortati chiama costituzione. È infatti la costituzione che « determina i fini e gli interessi fondamentali di un dato ordinamento e fornisce il criterio che deve servire di misura per la valutazione dell'esercizio del potere discrezionale e per il conseguente inserimento delle norme derivate nel sistema delle norme statali » (158). In una parola, alla crisi della legalità formale non si reagisce con la amministrativizzazione del diritto pubblico, ma piuttosto con la costituzionalizzazione dell'intera esperienza giuridica, includendo ora nel campo della costituzione anche l'espressione di autonomia, e quindi di potere discrezionale, dei privati. Ed ancora: la crisi della legalità formale non coincide affatto con la crisi dello Stato di

(156) C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., *supra*, nota 152.
(157) *Ibid.*, pp. 999 ss.
(158) *Ibid.*, p. 1001.

diritto — se non in una particolare e definita versione di questo —, poiché anzi la sfera del giuridico tende ora di nuovo ad espandersi, fino a pretendere di vincolare nei loro positivi comportamenti tutte le soggettività operanti sulla base delle regole dell'ordinamento, siano esse pubbliche o private, sospingendole ad operare non solo in conformità alla costituzione, ma anche per la sua attuazione, quindi nella nuova ottica decisiva della solidarietà — *idem sentire de re publica* è una delle espressioni più amate da Mortati —, e non più solo in quella esclusiva della autonomia e degli ambiti riservati di dominio. Ed infine: la crisi della legalità formale non coincide affatto con la 'crisi dello Stato', poiché anzi ad essa si accompagna l'espansione della sfera pubblicistica in direzione della vecchia società liberale del codice, ora coinvolta attivamente nella problematica generale della attuazione dei valori costituzionali.

Tutto questo non è solo proclamato da Mortati. Egli punta ad elaborare una vera e propria dottrina giuridica del potere discrezionale, che muove dalla rilettura di uno dei pilastri del liberalismo classico, dato dal contenuto dell'articolo 5 della Dichiarazione dei diritti del 1789: « Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina ». Da una simile prescrizione, quel pensiero liberale aveva dedotto l'esistenza di una norma generale esclusiva, costitutiva di una sfera riservata di autonomia da considerare inviolabile a meno di una disposizione tassativa ed espressa dettata dalla legge. Ora, Mortati non vuole affatto superare radicalmente (159) il criterio normativo contenuto nella Dichiarazione dei diritti dell'89. Come già sappiamo — a proposito del principio di separazione dei poteri —, il nostro giurista manteneva ben fermi quelli che egli medesimo definiva i 'principii dello Stato moderno'. Mortati vuole invece eliminare uno dei possibili significati della norma generale esclusiva dedotta dallo stesso articolo 5 sopra citato. Si tratta della troppo disinvolta affermazione portata in campo dal liberalismo classico, secondo la quale tutti i contenuti espressi dai privati nella sfera del giuridicamente lecito avrebbero comunque dovuto essere considerati, sulla base della stessa norma generale esclusiva, come

(159) *Ibid.*, pp. 1012 ss.

direttamente voluti dalla legge. In ciò Mortati vedeva il versante ideologico della operazione condotta nel 1789, che non atteneva più in senso stretto alla necessaria tutela degli spazi di autonomia, ma piuttosto alla convinzione, ideologicamente fondata, che dai contenuti delle azioni dei privati sarebbe comunque sorto, e si sarebbe comunque mantenuto, un ordine sociale coeso, evidentemente a causa della irresistibile tendenza di tutti ad uniformarsi ai valori espressi dalla parte sociale più forte, che era poi quella borghese-imprenditoriale, più pronta a sfruttare l'autonomia garantita dall'ordinamento.

Mortati muove dal presupposto che con la legalità formale sia in crisi anche questa società liberale disegnata nell'89, e con essa anche l'idea che il tema generale della costituzione sia racchiudibile nei confini della norma generale esclusiva, del dogma della autonomia dei privati, contenuto nei codici di diritto privato, quale unico ed autentico principio costituzionale. Il nuovo tempo storico, il nuovo diritto pubblico, pone invece l'ineludibile problema della costituzione come norma fondamentale, che *orienta la direzione* in cui si esercitano i poteri discrezionali degli stessi privati. È bene chiarire che con ciò Mortati non supera affatto la concezione-base secondo la quale ogni potere discrezionale presuppone un'autonomia: è sempre a partire da questa che si costruisce l'ordine politico e sociale. Cambia invece il fatto che l'ordinamento non può più proclamarsi indifferente circa la direzione in cui si esplica quella medesima autonomia mediante l'esercizio del relativo potere discrezionale. Ecco quindi che il privato, nel momento in cui esercita quel potere, ha di fronte, non solo una costituzione in senso formale che lo autorizza, ma anche una « costituzione in senso materiale », che fissa « la posizione fondamentale sia del cittadino sia degli organi pubblici di fronte allo Stato e alle sue finalità supreme, indica l'estensione ed il grado di efficacia delle norme sociali per la regolamentazione dell'attività lecita ». Le 'norme sociali' si aggiungono alle norme già esistenti formalmente attributive di autonomie, poteri, competenze e funzioni, occupando quello spazio che la società liberale aveva lasciato vuoto, e sostituendo così all'ormai anacronistico principio d'indifferenza l'interesse a che tutti i poteri discrezionali si esercitino nella direzione insita nell'ordine costituzionale esistente: « ordine costituzionale e non costituzione, per

indicare come qui sia preso in considerazione non il complesso delle disposizioni di legge considerate come fondamentali, ma invece quella particolare specie di ordine politico e sociale, che forma l'individualità di uno Stato concreto, quel processo della sempre rinnovantesi unificazione delle forze sociali viventi nello Stato » (160).

Tentiamo ora di concludere su questo punto. Alla dottrina della funzione di governo e degli atti politici, già elaborata nel 1931, si va ora ad aggiungere la dottrina del potere discrezionale, che ha in comune con la prima la presenza, sempre più pressante, della problematica teorica della costituzione. Infatti, si può dire che alla 'derivazione diretta' degli atti politici dalla costituzione corrisponde ora la necessità di un orientamento generale nell'esercizio di tutti i poteri discrezionali in conformità, ed in attuazione, della costituzione medesima. È in questa quindi che si trova *il principio di unità* del sistema politico, sia per ciò che riguarda la dimensione della consonanza politica tra gli organi costituzionali a livello di forma di governo, sia per ciò che riguarda il delicato rapporto tra Stato e società, tra prescrizione normativa ed autonomia dei privati, ora risolto proprio mediante la costituzione, immaginando quindi un grande reticolo di poteri pubblici e privati agenti in una comune direzione, quella voluta dalla costituzione stessa (161).

Infine, per tornare alle battute iniziali di questo paragrafo, non è da sottovalutare il fatto che la dottrina del potere discrezionale attraversa orizzontalmente tutto il campo delle norme derivate, coinvolgendo in eguale misura le espressioni di autonomia dei privati come anche gli atti della pubblica amministrazione. Anche per questa quindi, e per il concreto esercizio del suo potere discrezionale, assumono particolare significato le 'norme sociali' di cui Mortati discuteva nel 1936. Affrontando più tardi il problema del

---

(160) *Ibid.*, p. 1018.

(161) Ciò significa anche — sia detto per inciso — superamento, non solo del liberalismo individualistico, ma anche dello stesso rapporto rigidamente oppositivo tra Stato e società che quel medesimo liberalismo aveva costruito come immagine dominante nella impostazione del rapporto tra pubblico e privato, tra politico ed economico; ed ancor più significativo è il fatto che Mortati ponga questo problema ancora una volta nei termini generali di una grande trasformazione costituzionale, con il connesso prodursi di questioni analoghe « in un regime democratico, in uno socialista, o finalmente in uno corporativo » (*Ibid.*, p. 1020).

merito amministrativo, Mortati si batté contro quelle opinioni dottrinali che puntavano a ricostruire la decisione amministrativa in chiave di necessaria ponderazione di più interessi, sia pubblici che privati (162), poiché in ciò egli vide indubbiamente la codificazione teorica di un operare pubblico-amministrativo che trova in sé i necessari livelli di razionalità, sistemando progressivamente, a partire dai casi concreti, l'attività della pubblica amministrazione in ragione soprattutto degli interessi che essa direttamente cura o che è chiamata a comporre con il proprio intervento. A ciò Mortati contrappone l'idea di una amministrazione fortemente costituzionalizzata, ricostruita nella sua interezza istituzionale sulla base dei fini fondamentali del suo operare, agente anche nei più minuti casi di esercizio del potere discrezionale nel quadro di quelle 'norme sociali' che direttamente la collegano alla costituzione ed alle scelte di fondo in essa contenute (163).

Così, per tornare alla questione che avevamo posto a proposito della parzialità della pubblica amministrazione, si assiste ad un vero e proprio ribaltamento rispetto alla tradizione dello Stato amministrativo di Romano e di Ranelletti. Mentre per questi l'amministrazione è parziale, in modo inammissibile per il giuspubblicista,

---

(162) Ci riferiamo a C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo* (1941); ed a ID., *Ancora sul merito amministrativo* (1942), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., pp. 1021 ss. Nel primo di questi scritti Mortati aveva discusso anche di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, che poi replicherà allo stesso Mortati: ID., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, II (1941), pp. 439-445. Sulla genesi della opera di Giannini del 1939, si veda *Discrezionalità amministrativa e pluralismo. Intervista a M.S. Giannini*, a cura di M. D'Alberti, in *Quaderni del pluralismo*, luglio 1984, pp. 104-111.

(163) Non è possibile insistere oltre su questo punto. Può essere interessante ricordare ancora M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo*, cit., che non senza una certa dose di ironia replicava a Mortati elencando il gran numero di questioni che le 'norme sociali' dello stesso Mortati avrebbero dovuto risolvere: « esse, intervenendo nel 'fine politico', costituiscono la sostanza della costituzione in senso materiale; spiegano le responsabilità costituzionali, la responsabilità disciplinare (o almeno in gran parte), le giurisdizioni di equità; intervengono nella discrezionalità e nel merito amministrativo, spiegano l'eccesso di potere e, pare, la giurisdizione di merito, e così varie altre cose » (p. 439); ed ancora: « Infine i sociologi, gli studiosi della scienza politica e i tecnici della politica sarebbero felicissimi di trovare questo bel corpo di regole destinate a disciplinare l'agire delle pubbliche autorità, intorno al quale essi stanno invero discutendo da alcuni secoli » (p. 440).

quando risponde a logiche e norme d'indirizzo, per Mortati lo stesso accade quando l'amministrazione *si sottrae* alla costituzione ed ai suoi principii, isolandosi così, appunto nella sua parzialità, dall'indirizzo che deve uniformare, non solo tutta la macchina dello Stato a partire dal governo e dagli organi costituzionali, ma anche — come abbiamo visto — l'esercizio dei poteri discrezionali che si esplicano muovendo dalle stesse sfere di autonomia dei privati.

Siamo così giunti a comprendere quello che certamente comprese lo stesso Mortati nel corso della seconda metà degli anni Trenta: tutto il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica, dalla dottrina della funzione di governo e dell'indirizzo politico fino alla dottrina ora vista del potere discrezionale, poggiava sulla nozione di costituzione. Tutto poteva funzionare se funzionava quella nozione, se risultava chiaro in cosa consistesse la costituzione 'in senso materiale'. Fu per questo motivo, al fine di sostenere lo sforzo di ricostruzione dogmatica del nuovo diritto pubblico, che Mortati fu sospinto ad esplorare l'infido e poco ospitale territorio della dottrina generale della costituzione. Da tale impegno scaturì il saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale* (164).

La nostra ipotesi generale di lettura di quel saggio è ora questa: Mortati arriva, per così dire, alla 'prova teorica' per un solo ed esclusivo motivo, perché riteneva che fossero destinati a rimanere insoluti alcuni problemi capitali del diritto costituzionale se i giuristi non avessero deciso di misurarsi in un'opera di chiarificazione del concetto stesso di costituzione. Già abbiamo visto come per alcuni di quei problemi — la forma di governo, il rapporto con la autonomia dei privati, i poteri discrezionali della pubblica amministrazione — la soluzione si fondasse esplicitamente sulla riscoperta della costituzione, e di quel suo significato prescrittivo che per lungo

(164) Si deve dire che molto si è discusso del saggio del 1940, ma non nella linea che cercheremo di seguire nel testo. Si veda comunque la recente rilettura di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 310 ss. e 354 ss. Di qualche utilità ai nostri fini possono essere anche alcuni dei saggi contenuti negli *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, 1977; e le osservazioni di S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982/4, pp. 605-627. Da ricordare anche M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXIII (1969), pp. 1697-1713.

tempo era stato rimosso dalla tradizione giuspubblicistica ottocentesca. Ma proclamare la necessità di questa riscoperta, individuare nella costituzione un significato positivo capace di tenere unita l'azione dei pubblici poteri, degli organi costituzionali, della pubblica amministrazione, e degli stessi privati, non significava ancora dire — e Mortati se ne rendeva perfettamente conto — che cosa fosse questa costituzione, soprattutto come il giurista con i propri strumenti la potesse identificare.

In particolare, era evidente che Mortati aveva iniziato ad adoperare già prima del 1940 — ad esempio nel saggio del 1936 sul potere discrezionale — l'espressione 'in senso materiale' senza però dar conto esattamente della direzione specifica in cui in tal modo si veniva a rielaborare il concetto stesso di costituzione. Soprattutto, vi era per questa via il pericolo che si aprisse una vera e propria breccia nel compatto e serrato ragionamento dogmatico di Mortati, che già nel saggio del 1931 sull'ordinamento del governo aveva messo al primo posto l'esigenza di proporre un rinnovamento della dogmatica tutto interno allo Stato ed al suo diritto. Ora, cosa era, da questo punto di vista, questa nuova 'materialità' della costituzione? E quale era la relazione di questa costituzione in senso materiale con l'ordine dei problemi familiare ai giuristi, che era pur sempre, anche per Mortati, di tipo statale? In questa 'materialità' non si rischiava forse di riscoprire il primato del partito dei giuristi del regime? Risponderemo in seguito a queste domande. Si può però fin d'ora avanzare l'ipotesi che il saggio del 1940 su *La costituzione in senso materiale* sia essenzialmente dedicato a spazzare via dall'orizzonte del rinnovamento dogmatico un possibile equivoco. Il fatto che questo rinnovamento non possa non fondarsi sulla necessità di rivedere il concetto stesso di costituzione non implica che in questo modo si stia uscendo dal campo tradizionale d'indagine dei giuristi di diritto pubblico, che rimane incentrato sullo Stato, sul suo diritto, sulle sue funzioni.

In una parola, risalire ai massimi problemi costituzionali non significa uscire fuori dai problemi che tradizionalmente i giuristi indicano come propri. Si tratta di proporre un allargamento di orizzonte funzionale alla ricostruzione dogmatica, e non un mutamento vero e proprio del campo d'indagine.

Tutto questo sembra largamente preliminare alla lettura del

saggio del 1940. È infatti in questa prospettiva che appare più chiaro il contenuto della introduzione a quel saggio, tutto dedicato a legare strettamente l'indagine sulla costituzione materiale allo studio tradizionale dello Stato e delle sue funzioni. In alcune di quelle pagine è anzi del tutto trasparente l'invito diretto ai giuristi affinché questi si riapproprino dell'indagine sul « fondamento primo » dello Stato medesimo, troppo a lungo lasciata agli studiosi di storia delle dottrine; in realtà, si sta per Mortati vivendo un momento storico — dato il rapido mutamento del diritto pubblico — nel quale quella indagine si rivela necessaria anche per « ragioni di sistemazione giuridica », cosicché essa deve essere riavvicinata « al diritto positivo, rivolgendola al modo con cui la funzione tipica della costituzione si realizza nella organizzazione dello Stato moderno » (165).

Siamo quindi ancora una volta di fronte allo 'Stato moderno' di Mortati, che già conosciamo dal saggio del 1931. È il dilemma della sua attuale identità, dei caratteri del suo diritto, dei modi della sua organizzazione, a spingere il giurista a risalire al problema teorico generale della costituzione.

Deriva da tutto ciò anche un preciso filo conduttore, che lega insieme le critiche di Mortati alle dottrine della costituzione che i giuristi fino a quel momento erano riusciti a produrre (166). Non ci si riferisce qui tanto a quello che Mortati chiama il 'positivismo empirico', che facendo coincidere la costituzione semplicemente con un atto solenne emanato in forma scritta e rivestito di certe garanzie formali in realtà non prende in esame in alcun modo la questione costituzionale nel senso indicato da Mortati. L'attenzione del nostro giurista cade invece su tutte quelle riflessioni del primo Novecento che in qualche modo si erano preoccupate di ricercare la 'norma fondamentale', e di spiegare quale fosse il suo contenuto tipico ed originale.

In armonia con la sua impostazione di fondo, che lega strettamente — come abbiamo detto — tale ricerca ai problemi di ricostruzione del diritto positivo statale, è chiaro che per Mortati si deve trattare in primo luogo di *una norma*, dalla quale sia possibile

---

(165) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 18-21.

(166) *Ibid.*, pp. 25 ss. (è il capitolo primo del saggio del 1940).

derivare — era questa l'operazione che in definitiva più interessava — il senso unitario dell'intero ordinamento normativo statale.

Il primo requisito della costituzione in senso materiale deve dunque essere quello della sua apprezzabilità da parte del giurista, alla stessa stregua del medesimo diritto positivo statale. Il rapporto tra quella costituzione e questo diritto, non deve quindi porsi come relazione tra 'sostanza' e 'forma', ma come *rapporto fra due forme*: « 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 determinazione degli interessi la cui tutela appare la più idonea, in relazione alla valutazione di concrete situazioni, al raggiungimento delle medesime » (167).

È in questo senso che Mortati apprezza il tentativo kelseniano — per altri versi criticato (168) — di risalire alla norma fondamentale, appunto perché esso aveva determinato « i presupposti necessari per la soluzione del problema della costituzione in termini strettamente giuridici » (169), essendosi mantenuto nella logica familiare al giurista del rapporto di derivazione tra norme, ed avendo escluso in tal modo prospettive vagamente sociologiche e politologiche. Del resto, nel saggio mortatiano appare nettissima la presa di distanza nei confronti « di un diritto sociale, distinto e contrapposto a quello dello Stato » (170). Per motivi generali che ormai conosciamo, Mortati fu sempre assai

---

(167) *Ibid.*, p. 97.

(168) Non solo per la nota concezione kelseniana dello Stato come strumento tecnico di conciliazione dei conflitti sociali (*ibid.*, pp. 31 ss. e p. 80), in contraddizione con quella necessaria natura politica dello Stato medesimo che — come vedremo — Mortati tornerà a proclamare apertamente nel saggio del 1940, ma anche per il fatto che Kelsen, nei suoi *Hauptprobleme* del 1911, aveva negato radicalmente al legislativo la qualifica di organo statale, concependolo così come una « volontà estranea nl diritto », e finendo a giudizio di Mortati per « mutilare la realtà giuridica »: vedi C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 539 ss. Su questo aspetto specifico dell'opera kelseniana vedi M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 56 ss. (ora anche in questo volume: vedi *supra*, nota 154). Non è ora qui il caso di riflettere ulteriormente su questa interessante situazione in cui il teorico della costituzione in senso materiale difende tenacemente un'immagine pienamente giuridica dello Stato contro le ardite proposte di revisione del massimo esponente del formalismo.

(169) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 37.

(170) *Ibid.*, p. 45.

lontano da questa linea di uscita dalla crisi della legalità formale, in direzione cioè di una contrazione del campo specifico e proprio del diritto pubblico-statale a favore di un non meglio precisato 'diritto sociale', o 'diritto libero': di norme, e di norme dello Stato, doveva continuare ad occuparsi il giurista.

È questa ispirazione di fondo che guida ancora Mortati nella critica a quelle dottrine dell'ordinamento e della costituzione — tra le quali si trovavano anche quelle di Carl Schmitt e di Santi Romano — che pure in apparenza più decisamente avevano avvertito il bisogno di risalire al 'fondamento istituzionale' della esperienza politica collettiva, e dello stesso Stato (171). Non è ora il caso di entrare nel dettaglio delle posizioni assunte da Mortati. C'è piuttosto da mettere in luce la permanenza anche in questa parte del saggio del filo conduttore cui già abbiamo fatto riferimento. Le decise prese di distanza, ed anche le aperte critiche, a personaggi come Carl Schmitt o come altri, convergono immancabilmente su un punto: essi esprimono tutti una dottrina della costituzione che tende ad opporre la costituzione medesima al diritto positivo statale, o come dottrina della nazione e della comunità, o come dottrina della decisione politica fondamentale, nel caso di Schmitt, o in altro modo (172). Il risultato è che tutta quella elaborazione teorica viene sospinta verso regioni poco conosciute dal giurista, assume caratteri sociologici o politologici, diviene di fatto inutilizzabile per la soluzione dei problemi del giurista medesimo, che poi sono in concreto i problemi, che già conosciamo, di Mortati alle prese con il nuovo diritto pubblico a partire dall'inizio degli anni Trenta.

Così, quando Mortati giunge finalmente alla parte ricostruttiva del suo discorso (173), i confini dell'indagine sono già ben disegnati,

---

(171) *Ibid.*, pp. 45 ss.

(172) Forte è anche l'insoddisfazione di Mortati nei confronti dell'istituzionismo romaniano, che pure oppone in modo dualistico l'istituzione alla rcgola, rivelandosi così scarsamente utilizzabile per il « problema della costituzione dello Stato » (*ibid.*, pp. 58 ss.). Più in genere, bisogna ricordare che Romano apparteneva a quella dottrina dello Stato amministrativo che costituiva parte rilevante della tradizione giuspubblicistica, e che come tale rigettava ogni possibile elaborazione di un autonomo concetto di 'costituzione': vedi *supra*, nota 59. Torneremo su questo punto all'inizio del paragrafo sesto.

(173) C. MORTATI, *La costituzione*, cit, pp. 65 ss.

e la via è già tracciata. Nella dimensione della costituzione in senso materiale il giurista non ricerca un qualsiasi 'assetto fondamentale', purché sia tale, una sorta di 'effettività' sociale contrapposta alla struttura normativa formale, alla quale questa debba in qualche modo adeguarsi: è importante notare come per Mortati l'indagine sui limiti della applicazione della legge, sull'impatto di questa con la 'effettività', sia chiaramente di carattere sociologico, e come tale abbia la propria dignità, niente però avendo a che fare con la prospettiva costituzionalistica, che pure deve avere la sua specificità.

Il costituzionalista si deve quindi muovere secondo Mortati seguendo orientamenti propri, costruendo una propria linea di ricerca della 'materialità' della costituzione, funzionale alla soluzione di problemi eminentemente giuridici. E poiché il costituzionalista, come giurista, ha essenzialmente problemi di sistemazione delle norme e delle funzioni dello Stato, egli deve ricercare nella società, non una sorta di 'diritto effettivo' contrapposto a quello 'formale', ma piuttosto una condizione già acquisita di sufficiente stabilità, in cui già si è formata un'autorità e già si sono composti i principali conflitti d'interessi. In altre parole, quel costituzionalista deve andare alla ricerca dello Stato stesso, quale suo principale oggetto d'indagine, nel suo momento iniziale ed embrionale, sul presupposto che lì, e non altrove, sia possibile cogliere i decisivi caratteri originari di quel medesimo Stato, dai quali poi far derivare la soluzione dei più specifici problemi di diritto positivo.

Per gli stessi motivi, il giurista non può prendere le mosse dal 'popolo', dalla 'comunità', o dalla 'nazione' (174), intese come entità

---

(174) C'è un sottile, ma solido, filo polemico che attraversa tutto il saggio del 1940, dirigendosi contro quell'organicismo che per lungo tempo, a partire da Orlando, aveva dominato la tradizione giuspubblicistica italiana. A questo Mortati — come subito vedremo nel testo — opporrà i principi di differenziazione e di specificazione, ed un connesso diverso ruolo del partito politico nel processo costruttivo dello Stato. La critica in questione riguardava probabilmente in modo diretto anche Carl Schmitt, e la sua concezione della costituzione assoluta come *Zustand* di unità del popolo: sul punto vedi M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit, pp. 95 ss. (vedi *supra*, nota 154). Essa concerneva inoltre la dottrina della 'rappresentanza istituzionale' di Carlo Esposito, che si andava costruendo proprio in quegli anni: su questa si veda L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, vol. II, pp. 851-891. Non è possibile ora neppure ricordare i

indistinte e contrapposte, o comunque contrapponibili, allo Stato, ma deve piuttosto collocare il punto di partenza delle sue indagini in una concreta situazione storica in cui già si sia prodotta una certa « differenziazione e specificazione nel seno della comunità » (175), ovvero si sia già prodotta una situazione in cui « alcuni riescono ad esercitare un potere sugli altri in modo da ottenere obbedienza » (176), così da determinare la già attuale esistenza di una struttura autoritativa di potere, seppure ancora non articolata mediante un vero e proprio sistema di norme formali: di nuovo lo Stato in embrione.

È di grande rilievo l'introduzione nel processo discorsivo di Mortati dei concetti di differenziazione e specificazione. Siamo qui al tentativo, del tutto consapevole, d'imprimere un consistente mutamento di rotta nelle tendenze tradizionalmente dominanti nel costituzionalismo italiano. Infatti, a partire da Orlando, e poi attraverso le varie elaborazioni teoriche di stampo istituzionistico, la giuspubblicistica italiana aveva oscillato tra l'assorbimento della costituzione nella sfera delle manifestazioni di sovranità dello Stato-persona, in verità mai compiuta e definitiva, ed il riferimento alla 'comunità nazionale' o 'popolare', o comunque al livello 'istituzionale' della esperienza politica collettiva. Ma soprattutto — come abbiamo già visto — quella giuspubblicistica si era sempre mostrata assai timida nel procedere oltre, sulla via di una vera e propria dottrina della costituzione, individuando in questa, quasi di necessità, la creazione politico-ideologica di una parte vincente, sia essa quella giacobina o più tardi quella fascista, quindi qualcosa di

---

molteplici luoghi dell'opera mortatiana nei quali viene preso in considerazione, spesso con accenti critici, il lavoro teorico di Esposito: i rapporti tra i due giuristi, in verità assai complessi, meriterebbero forse uno studio a parte.

(175) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 72.

(176) *Ibid.*, p. 75. È rilevante, in connessione con i temi teorici indicati nel testo, l'apparire sempre più frequente in queste pagine mortatiane del riferimento ai contributi delle scienze sociali, come nel caso di Weber, Mosca e Gumplowicz. In tale contesto, è forse utile ricordare come Mortati abbia in seguito lungamente insegnato in una Facoltà di Scienze politiche, vedendo in questa « il luogo ideale di insegnamento e di ricerca per un costituzionalista »: sul punto vedi E. TOSATO, *Presentazione* agli *Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., p. X.

estraneo al campo d'indagine dei giuristi, ed anzi di tendenzialmente pericoloso.

Ora, Mortati cerca appunto di uscire da questa vera e propria posizione di stallo. Infatti, la costituzione in senso materiale, essendo individuata nella fase iniziale di vita dello Stato, quando questo è semplicemente una condizione-situazione di potere già sufficientemente istituzionalizzata, ma certamente non articolata in senso formale, non può essere assimilata alle manifestazioni ordinarie di sovranità dello Stato-persona; quella costituzione è certamente per il giurista una norma — come già abbiamo visto — dalla quale derivano poi le norme scaturenti direttamente dai poteri e dalla esplicazione delle funzioni dello Stato, ma che si colloca per le sue origini e le sue caratteristiche in una zona precedente la definizione di un vero e proprio Stato-ente positivamente normativizzato. Nello stesso tempo, la medesima costituzione non è neppure il mero riflesso di un'entità staccata dallo Stato, come il 'popolo', o la 'nazione', appunto perché rappresenta il carattere storico fondamentale di uno Stato in gestazione, la norma-base che deve dare sostanza unitaria, e preciso indirizzo, allo stesso Stato-persona.

Dunque, la costituzione non può essere decisamente assimilata, come avrebbe voluto la dottrina tradizionale, né alle manifestazioni di sovranità dello Stato inteso come ente compiuto e formalizzato, né alle manifestazioni di potere della società, assunta dal giurista nella indistinta forma della 'nazione' o del 'popolo'. Anche in questo caso, il ragionamento di Mortati presuppone il superamento della separazione liberale Stato-società, collocando la costituzione nella zona, fino a quel momento inesplorata dal giurista, della costruzione dello Stato *nella* società attraverso i processi di differenziazione e specificazione, ovvero mediante l'individuazione — come subito vedremo — di una classe dirigente capace di porsi come autorità, e dunque di chiedere ed ottenere obbedienza.

Questo mutamento di rotta rispetto alla tradizione dottrinale è ora possibile perché Mortati esplicitamente accetta l'idea che alla base dello Stato non vi sia un'entità data, come il 'popolo', o la 'nazione', ma un processo di selezione tra « gruppi antagonistici

portatori d'interessi diversi » (177). Tornano quindi in queste pagine i riferimenti alla « forza politica » ed allo stesso partito (178), come strumenti essenziali di differenziazione della società, che consentono a questa di produrre Stato, ovvero di produrre un'autorità stabile, in crescente posizione di supremazia. Ecco perché lo Stato è « ente politico » (179), perché fin dalla sua origine esso consegue alla vittoria di una parte sull'altra, al determinarsi di un positivo indirizzo fondamentale, che è poi il contenuto della costituzione in senso materiale.

Si potrebbe ora chiedere: per questa via non si rischia forse di riscoprire di nuovo quel primato del partito dal quale — come sappiamo — Mortati intendeva rimanere ben distante già dal 1931 (180)? In realtà, il discorso mortatiano è ben più articolato, e si mantiene anche per questo aspetto nella linea più volte richiamata delle norme e delle funzioni statali quali primari oggetti d'indagine della giuspubblicistica. In effetti, il partito non è affatto nel saggio del 1940 la 'istituzione originaria' dalla quale derivano tutti i contenuti del diritto positivo statale. Anzi, si può avanzare l'ipotesi che la stessa figura dottrinale della 'costituzione in senso materiale' sia stata introdotta da Mortati per creare un filtro di carattere propria-

---

(177) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 76.

(178) *Ibid.*, p. 75 e pp. 80 ss.

(179) *Ibid.*, p. 108, per un luogo specifico del saggio del 1940, che comunque è tutto attraversato dalla problematica della qualità politica dello Stato. Essa risaliva — come si ricorderà — al saggio del 1931 sull'ordinamento del governo, ed in particolare alla dottrina dell'indirizzo politico e della funzione di governo: vedi *supra*, paragrafo precedente.

(180) Vedi *supra*, note 112 e 129 ss., soprattutto per ciò che riguarda le differenze sul punto rispetto a Panunzio. Si deve poi ricordare che Mortati ebbe occasione di ritornare sul tema nel 1941, con un saggio scritto in diretta connessione con la ricerca principale sulla costituzione in senso materiale, di cui esso costituisce in certo senso parte integrante: C. MORTATI, *Sulla posizione del partito nello Stato*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, pp. 495 ss., dove si ribadisce ancora la nota tesi del partito come vero organo dello Stato. Tra i saggi di questo periodo in qualche modo rilevanti per la problematica principale della costituzione in senso materiale, vedi C. MORTATI, *Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo* (1941); ID., *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico* (1942); e soprattutto ID., *La rilevanza giuridica del concetto di Nazione* (1943): tutti in ID., *Raccolta di scritti*, vol. IV, cit., pp. 517 ss.

mente giuridico-normativo tra l'ingombrante presenza del partito alle origini della esperienza statale e lo Stato medesimo. Ed infatti per Mortati il partito, a sua volta, non è altro che *strumento di costruzione dello Stato attraverso la differenziazione della società*: interessa al giurista solo in quanto questo ricerca nella società lo Stato nella sua fase iniziale, per cogliere di esso i caratteri essenziali. Così, una volta scartata — come abbiamo visto — la duplice via della costituzione come manifestazione di sovranità dello Stato, e come espressione di potere della società, il discorso giuspubblicistico non rimane sospeso nel vuoto, né ha bisogno di agganciarsi al primato del partito; esso si snoda ora piuttosto nella zona, al di là della vecchia separazione Stato-società, del 'costituzionale', inteso come qualità propria di una situazione storico-sociale di avvenuta differenziazione della società in forma produttiva di Stato. Così, infine, la qualità politica dello Stato, così apertamente proclamata da Mortati, non riduce questo, in modo inammissibile per il giurista, a mero strumento prescelto da una certa forza politica vincente al fine di meglio perseguire i propri interessi; all'inverso, è proprio questa vittoria di quella forza politica ad essere direttamente funzionale — ed in quanto tale interessante per il giurista — alla creazione di quelle condizioni minime di stabilità, di quell'accordo di fondo sui valori e sugli scopi fondamentali, di quella capacità d'imporre obbedienza, che sono poi i requisiti essenziali per l'esistenza, ed il progressivo consolidamento, dello Stato medesimo. Non è la giuspubblicistica a 'politicizzare' il proprio campo d'indagine, ed è invece il partito ad essere attratto in questo, ovvero in un campo in cui rimane largamente preminente la figura dello Stato sovrano.

Ma c'è di più. In realtà, il processo di differenziazione della società tramite il partito produce Stato attraverso un passaggio intermedio, nel quale si situa la stessa costituzione in senso materiale, quindi — come sappiamo — una norma, come tale apprezzabile da parte del giurista. Con ciò s'intende dire che il giurista deve essere consapevole della origine politica dello Stato, del suo scaturire dalla vittoria di una parte politica sull'altra, ma che poi egli guarda a tutto questo processo dal suo punto di vista, traendo da esso ciò che gli serve, ovvero la produzione di una norma, di una « regola

materiale », di una « norma di scopo » (181), dalla quale sia possibile far derivare certe soluzioni nella interpretazione e nella sistemazione del diritto positivo statale. Il rapporto tra quella norma e questo diritto è così per il giurista un rapporto di derivazione tra norme, che rende anzi il secondo meno arbitrario: lo stesso Stato, in questa prospettiva, nasce in sé limitato, e 'di diritto', appunto perché nasce come ordine determinato dalla necessità di perseguire certi scopi, cosicché i titolari dei poteri in senso formale non potranno non agire in quella certa direzione a meno di non porsi fuori dalla costituzione in senso materiale, quindi fuori dallo stesso ordinamento giuridico fondamentale. In tal modo, il primato della 'norma di scopo' non rende per Mortati più debole ed arbitrario il diritto positivo; anzi propone una più solida e garantita forma di Stato, che potremmo definire Stato di diritto 'in senso sostanziale', in parallelo con la definizione mortatiana della costituzione 'in senso materiale'.

Naturalmente non si vuol dire con ciò che in Mortati alla fine il dato più eminentemente politico della selezione tra gli interessi in conflitto torni di nuovo ad essere nascosto, come spesso accadeva nel contesto della tradizione giuspubblicistica italiana. È invece vero che accanto alla riconduzione delle norme derivate, ovvero delle norme dello Stato, al 'diritto politico' della norma di scopo, della regola materiale, c'è anche la riconduzione di tale diritto nello Stato, il suo tradursi in senso puramente giuridico-normativo, in modo tale da pretendere di vincolare, e dare senso unitario, allo stesso diritto positivo statale. Si tratta in effetti per Mortati dei due lati della medesima medaglia. Infatti, la costituzione in senso materiale può davvero pretendere di orientare in modo vincolante tutta la produzione del diritto positivo statale solo nel momento in cui è rappresentabile anch'essa pienamente ed integralmente come norma giuridica. La politica determina il diritto, ma solo a condizione che si esprima nell'unico linguaggio conosciuto dai giuristi, quello del vincolo normativo.

Non importa ora prendere in esame l'ultimo capitolo del saggio del 1940, dedicato alla funzione della costituzione in senso materiale. Noi sappiamo già infatti come tutta la ricerca di Mortati sia

(181) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., pp. 109 ss.

stata mossa proprio dalla necessità di adoperare con maggiore proprietà e precisione quel concetto di costituzione che era indispensabile per sorreggere tutto il rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica, dagli atti politici all'organo supremo, alla forma di governo, fino all'indirizzo politico ed al potere discrezionale: sono questi appunto i problemi che ritroviamo nell'ultima parte del saggio del 1940, assieme alla nuova questione — sulla quale non possiamo soffermarci — della forma di Stato quale limite materiale della modificazione costituzionale (182).

Preme piuttosto formulare un'ultima osservazione, di carattere sintetico e conclusivo. Già dalla premessa a questo lavoro abbiamo sostenuto che l'originalità del lavoro di Mortati risiede nel suo consapevole porsi tra 'tradizione' e 'rivoluzione'. Siamo ora in grado di meglio capire il significato di questa affermazione. Sul primo versante, tutte le soluzioni di Mortati sembrano divergere, ed in effetti divergono, dalle soluzioni della tradizione giuspubblicistica. Ciò vale per tutti i problemi che abbiamo affrontato, da quelli più generali relativi alla natura 'politica' dello Stato o alla dimensione prescrittiva della costituzione, fino alle costruzioni dogmatiche di raggio più o meno ampio, ad iniziare dalla questione della forma di governo posta in modo così eterodosso già nel 1931. Nello stesso tempo, la ricerca sulla costituzione di Mortati niente ha a che fare con l'apologia di quella 'costituzione' che si sarebbe voluto intendere come diretta espressione della 'rivoluzione' e del partito nazionale fascista come suo massimo interprete. Anche per ciò che riguarda questo secondo aspetto, riteniamo di aver accumulato una serie di elementi piuttosto rilevanti, dal significato che costantemente assume nell'opera mortatiana il concetto di 'Stato moderno' o la dottrina del partito come semplice organo dello Stato, fino alla direzione in cui è sospinta l'indagine sulla costituzione in senso materiale, del tutto funzionale a ribadire la centralità dello Stato, e dei problemi che esso pone al giurista a livello di sistemazione delle sue norme e delle sue funzioni.

Anche nelle pagine che concludono il saggio del 1940, Mortati tiene a precisare il fatto che egli ha accolto tutte le idee fondamentali

(182) *Ibid.*, pp. 204 ss.

del positivismo giuridico, tra le quali la necessaria traduzione del diritto in norma, in dover essere, ed il bisogno di pensare al diritto in chiave monistica, tale da escludere poteri contrapposti a quelli dello Stato. Di quel positivismo egli ha voluto correggere solo un aspetto particolare, per quanto rilevante, ovvero la sua insensibilità, e quasi il suo timore, per la problematica delle fonti primarie. Se lungo questo cammino egli ha dialogato con le correnti realistiche, dalle quali ha raccolto l'idea del conflitto, o comunque della differenziazione sociale a fini di potere, non per questo — e Mortati lo sottolinea con forza, proprio nelle pagine conclusive — è caduto nella ipotesi di uno Stato mero oggetto della sovranità delle forze politiche, cosicché è ora possibile per Mortati conciliare la presenza determinante di quelle forze « con l'ammissione della personalità e sovranità dello Stato, poiché nulla osta a che le forze in parola si configurino come organi dell'entità statale » (183).

Così, la ricerca sulla costituzione in senso materiale si rivela finalmente nella sua dimensione più autentica. Essa è direttamente funzionale a ridare vitalità, e senso unitario, all'ormai noto 'Stato moderno'. Del resto, proprio questo era l'intento principale di Mortati già nel 1931, quando — come abbiamo visto — egli propose all'attenzione della giuspubblicistica le dottrine della funzione di governo e dell'indirizzo politico. Non era forse anche quello un tentativo di ritrovare un centro, ed un'ispirazione unitaria, della esperienza statale? In questo senso, il saggio del 1940 rappresenta davvero il compimento del costituzionalismo mortatiano, poiché è in quella sede che più deciso e determinato è lo sforzo di risalire alla norma fondamentale capace di dare precisa identità, e significato coerente, allo Stato con la sua produzione normativa. Infine, non è certo irrilevante il fatto che tutto questo sforzo teorico si produca in modo altamente formalizzato: il noto recupero di prescrittività della costituzione, spinto sino al punto di affidare ad esso, ed al suo successo, la speranza di ridisegnare una dimensione coerente ed unitaria nella azione dei pubblici poteri, non avviene affatto mediante l'adesione ai valori politici del regime e del partito unico. Questi appaiono al massimo come variabili di un processo storico di

(183) *Ibid.*, p. 229.

ben più vasto significato, che ampiamente li trascende. Ciò consentirà al nostro giurista di riproporre tutto questo complesso di problematiche, e prima tra queste quella dello stesso concetto di costituzione, all'indomani della caduta del regime, in rapporto di diretta continuità con le elaborazioni teoriche che già conosciamo.

6. La presenza della tradizione giuspubblicistica, e più precisamente di quei giuristi della tradizione che si erano formati nel corso dell'età liberale, non si esaurì affatto nell'arco del ventennio fascista. In misura diversa, personaggi di primo piano, come Santi Romano, e soprattutto Vittorio Emanuele Orlando, cercarono anche dopo la caduta del regime d'influenzare e determinare gli indirizzi della giuspubblicistica, di interpretare in un certo modo gli eventi che stavano conducendo alla edificazione di un nuovo sistema politico e di una nuova costituzione.

Già in qualche punto della nostra trattazione abbiamo avuto modo di ricordare un importante testo di Santi Romano del 1946, nel quale il giurista siciliano contestava la dottrina della costituzione in senso materiale, pur senza far riferimento esplicito all'opera di Costantino Mortati (184). In quelle pagine, la dottrina tradizionale si riproponeva al di là del regime, muovendo significativamente, ancora una volta, dalla critica al noto articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'89 (185). Affermando che ogni Stato, semplicemente perché tale, ha una costituzione, si voleva dire che quest'ultima coincideva, e si esauriva, nella *riproduzione* delle strutture fondamentali dello Stato medesimo. Dunque, se non si voleva abbandonare la via maestra della scienza del diritto pubblico, inaugurata nell'Ottocento con la critica al significato materiale-prescrittivo della costituzione imposto dalla rivoluzione francese, si doveva ripartire, anche dopo la caduta del regime, dalla 'realtà' giuridico-istituzionale

---

(184) S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946, pp. 3 ss.

(185) L'articolo in questione statuiva: « Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione ». In csso si esprimeva una delle più classiche formulazioni della nozione contenutistica della costituzione, che consentiva di distinguere le società dotate di costituzione da quelle che ne erano prive, in modo evidentemente inammissibile per un giurista come Romano che tramite il concetto d'istituzione presupponeva una perfetta identità tra società (o Stato) e costituzione. Vedi anche *supra* nota 14.

dello Stato-persona, e non dai cosiddetti 'contenuti' della costituzione in senso materiale.

Inutile sottolineare la grande distanza intercorrente tra simili prese di posizione e le opinioni sul punto espresse da Mortati già dagli anni Trenta. Per questi, infatti, non vi poteva più essere — come sappiamo — alcuna scienza dello Stato-persona, delle sue strutture fondamentali, della sua organizzazione, senza quella correlata dottrina della costituzione, che i giuristi della tradizione, con Romano, sospingevano invece fuori dai confini delle discipline giuspubblicistiche, in quanto ritenuta sin dall'inizio frutto politico-ideologico della rivoluzione.

Sappiamo anche, dall'analisi del saggio del 1940, quali fossero per Mortati gli scopi della dottrina della costituzione. Si trattava, in una parola, di riscoprire lo studio della società dal punto di vista specifico del giurista-costituzionalista, superando una tradizione che a questo ordine di problemi si era sempre riferita secondo il modello organicista del 'popolo', o della 'nazione'. Si trattava quindi di studiare i processi di differenziazione e specificazione della società indotti dal prevalere di una forza politica — o di più forze politiche coalizzate, ora che era caduto il regime del partito unico (186) — quali processi costitutivi dello Stato attraverso la formulazione di una norma fondamentale capace di dare ad esso senso unitario, e precisa identità. A quello Stato, ed ai tradizionali dogmi della personalità e della sovranità, si poteva giungere ora *solo* percorrendo

---

(186) Avremo occasione di tornare su questo punto, Intanto è opportuno ricordare il saggio di P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, pp. 38 ss., che aderiva alla dottrina mortatiana della costituzione in senso materiale, ma introducendo in essa la dimensione della pluralità delle forze politiche e del conflitto tra esse. Per parte sua, come subito vedremo nel testo, Mortati non ebbe dubbi sulla non essenzialità del partito unico per la piena configurazione della costituzione in senso materiale, ma tenne a precisare, rispondendo a Barile e ad altri che erano intervenuti sul punto, che comunque doveva rimanere chiara e netta « la differenziazione di posizione fra chi partecipa alla formulazione delle direttive e chi ne è escluso, fra chi possiede certi strumenti di dominio e chi invece ne è privo »: ciò che appariva evidentemente necessario affinché l'esperienza costituzionale materiale svolgesse il suo compito di determinazione di un chiaro indirizzo politico. Sul punto si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 69. Ancora per ciò che riguarda il partito, e sempre nella linea della continuità dell'opera mortatiana tra fascismo e democrazia repubblicana, vedi P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit, pp. 354 ss.

la via indicata dalla costituzione, ovvero solo chiedendosi *in cosa consistesse* l'accordo fondamentale che sorreggeva lo Stato.

Tale contrasto tra la giuspubblicistica d'impronta più tradizionale ed il tentativo di rinnovamento impersonato da Mortati ebbe modo di prodursi anche nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente. Dell'episodio fu protagonista l'ormai vecchissimo, ma evidentemente ancora assai vitale, Vittorio Emanuele Orlando, che nella seduta del 23 aprile presentò un suo ordine del giorno, tendente ad eliminare dalla Costituzione, o comunque a collocare in una sorta di preambolo iniziale, le norme del titolo secondo della parte prima, relative ai rapporti etico-sociali, alla famiglia, alla scuola, alla salute, all'arte ed alla scienza. Sembrava ad Orlando che si trattasse di un elenco confuso, di scarso valore normativo; ma più ancora, nel caso invece che queste disposizioni costituzionali riuscissero davvero e nei fatti ad assumere tale valore, sembrava a lui che esse potessero minacciare la certezza del diritto, introducendo principi vaghi e difficilmente controllabili, in materie, come ad esempio la famiglia, che da tempo immemorabile erano affidate alla salda e collaudata disciplina civilistica, al saggio e continuo aggiornamento giurisprudenziale (187).

Fu l'ultima battaglia perduta da Orlando alla Costituente. Contro il suo ordine del giorno, a nome della Democrazia Cristiana, prese la parola proprio Costantino Mortati. Questi, dopo i formali

---

(187) *Assemblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, 23 aprile 1947, vol. III, pp. 3239 ss. Il ruolo giocato da Orlando alla Costituente fu tutt'altro che marginale, e deve ancora essere studiato analiticamente: per qualche approfondimento si veda la nostra biografia politica di Orlando, di prossima pubblicazione in *Il Parlamento italiano* (1861-1988). Si veda anche V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I (1951), pp. 5-45, dove si ribadisce il criterio tradizionale dell'equilibrio dualistico (p. 34), ed anche la visione della storia costituzionale italiana come progressiva integrazione dello Statuto in senso parlamentare (pp. 14-15). Noi sappiamo ora — e non importa insistere sul punto — come Mortati fosse già nel 1931 in disaccordo con la dottrina tradizionale su questi due aspetti decisivi, che dal suo punto di vista erano accomunati dalla elusione del fondamentale problema dell'indirizzo politico come fattore unificante e caratterizzante l'azione dei pubblici poteri. In tema di forma di governo, più in generale, vedi i saggi contenuti in *Quaderni costituzionali*, I (1981), ed in particolare quello di G. Amato-F. Bruno, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, pp. 33-86.

ossequi di rito all'antico maestro, affermò a chiare lettere: « non esistono materie assolutamente legislative e materie assolutamente costituzionali, ed invece sono esclusivamente le valutazioni che le forze politiche fanno, in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono per il contenuto legislativo o costituzionale della medesima » (188). In queste semplici parole c'è la sicura ed orgogliosa affermazione di un potere costituente, esplicitamente fondato sulle forze politiche e sulle loro decisioni, che segue quella unica logica, che esso medesimo si è dato, appunto in quanto costituente, e che proprio per questo non è chiamato a rispondere ad alcuna precostituita 'certezza del diritto' nel senso di Orlando. Anzi, ciò che per Orlando è lesione della certezza del diritto di stampo liberale, è per Mortati ormai da ricondurre per intero alla problematica dell'attuazione della costituzione, della sua necessaria pervasività quale programma fondamentale dei pubblici poteri e dell'intera collettività.

Dunque, ancora una volta il riferimento principale è dato dalle 'forze politiche': da esse bisogna ripartire per comprendere che cosa si avvia a divenire 'costituzione' nel nuovo regime politico, senza più presupporre un tipo di 'certezza del diritto', che può e deve essere compresa nelle nuove soluzioni costituzionali, ma che non può essere essa medesima la 'costituzione', così come era in quella società liberale dei privati e del Codice, che ancora non conosceva la dimensione unificante dell'indirizzo politico — sostituita dalla presunta armonia della società di mercato —, e quindi neppure il fondamentale valore prescrittivo della costituzione stessa. È inutile sottolineare quanto queste prese di posizione di Mortati siano saldamente ancorate nelle convinzioni che il nostro giurista aveva maturato in pieno periodo fascista, e che abbiamo incontrato a proposito di forma di governo, di potere discrezionale — come

(188) *Assemblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, cit., p. 3249. Per una prima ricostruzione del contributo dato da Mortati alla Costituente, si veda F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, vol. II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980, pp. 59-178. I testi più interessanti — sia a livello di relazioni che d'interventi — sono comunque in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, 1972, pp. 575 ss.

abbiamo visto riferito anche alla autonomia dei privati, in modo evidentemente inconcepibile per un giurista come Orlando —, della stessa costituzione in senso materiale, fondata appunto sul ruolo decisivo delle forze politiche.

Si pone così, tra fascismo e democrazia repubblicana, il rilevante problema della continuità dell'opera mortatiana, che può essere verificato su diversi testi del nostro giurista, ad iniziare da quello assai noto del 1945 sulla Costituente (189). Discutendo dello specifico problema costituzionale italiano dopo la caduta del regime fascista, ed in particolare della Costituente, dei suoi compiti, dei limiti della sua attività (190), Mortati muove proprio dai principii e dai criteri che sul piano della teoria generale erano stati enunciati nel 1940 nel saggio sulla costituzione in senso materiale.

Infatti, se si deve parlare di un vero e proprio nuovo potere costituente, se si deve interpretare l'attività di questo potere nel modo più estensivo possibile — tra l'altro, anche su questo punto, in contrasto con le opinioni della dottrina più tradizionale, che in varia misura tendeva a porre limiti in questa direzione, come abbiamo già visto poco sopra nel caso specifico di Orlando —, non è già in nome di una mitica ed astratta idea di 'popolo', ma in quanto le nuove forze politiche scaturite dalla dissoluzione del vecchio regime si rivelino capaci di esprimere con il loro accordo una determinata norma fondamentale, una autentica, e ben definita, costituzione in senso materiale (191). È in questa direzione che deve essere ricercato il vero soggetto del potere costituente, in direzione cioè dei partiti politici, di « gruppi più o meno ampi della popolazione ispirati ad orientamenti che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze e di interessi » (192).

---

(189) C. MORTATI, *La Costituente* (1945), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. I, cit., pp. 3 ss.

(190) Non è certo qui il caso di discutere del saggio di Mortati da questo punto di vista, che coinvolgerebbe anche l'altra tematica del governo provvisorio. Per altri scritti mortatiani di argomento affine, e dello stesso periodo, si veda comunque C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. I, cit., pp. 349 ss.

(191) C. MORTATI, *La Costituente*, cit., pp. 21 ss., per gli aspetti teorici del problema, sui quali poi Mortati farà perno — nell'ultima parte del saggio — al fine d'interpretare in un certo modo la concreta situazione costituzionale italiana del tempo.

(192) *Ibid.*, p. 26.

Ora, a noi sembra che questa straordinaria rilevanza dei partiti politici nelle riflessioni di Mortati non derivi affatto esclusivamente, e neppure per la parte più consistente, dal fatto che in essi erano identificabili nel 1945 i protagonisti radicalmente nuovi della istituenda democrazia, in opposizione al trascorso e battuto regime fascista. Anzi, quasi nessun aspetto decisivo dell'opera mortatiana della seconda metà degli anni Quaranta, e degli anni successivi, può dirsi comprensibile senza far riferimento a quanto il nostro giurista aveva elaborato sul piano teorico nel corso degli anni Trenta: e ciò vale appunto in modo particolare per il complicato rapporto partito-costituzione-Stato. Infatti, come del resto già sappiamo, Mortati non aveva fornito durante il ventennio una 'dottrina del regime', ma aveva piuttosto aperto un certo discorso sui caratteri nuovi dello 'Stato moderno', che prosegue ora, nel contesto politico ed istituzionale della democrazia repubblicana. Tra quei caratteri era centrale, e si ripropone ora come tale, proprio la questione del partito come strumento di differenziazione della società, quindi di formazione di un preciso indirizzo politico dal quale muovere per individuare una certa norma fondamentale, e dunque una definita e coerente forma di Stato. Certo, il fatto che si sia passati dal regime del partito unico ad una pluralità di partiti sposta inevitabilmente i termini del discorso: mentre nel corso del ventennio la preoccupazione principale del costituzionalista era quella di far sì che il partito unico non stravolgesse alcuni principii tradizionali dello stesso Stato moderno, ad esempio quello di separazione dei poteri, ora l'attenzione cade in un certo senso sul pericolo opposto, ovvero sulla possibile mancanza di solidarietà e di unità tra più forze politiche spesso collegate da rapporti di coalizione episodici e strumentali. Non v'è dubbio, però, che lo schema-base della versione mortatiana dello Stato moderno transiti inalterato nei suoi lineamenti essenziali dal fascismo alla democrazia repubblicana: *non vi può essere alcuno Stato senza una norma fondamentale dotata di contenuti positivi, e non vi può essere una tale norma senza un'adeguata differenziazione della società da raggiungere con lo strumento del partito*.

Tutto ciò costituirà anche l'ideale filo conduttore della interpretazione mortatiana della nuova costituzione, ad iniziare dal principio

di sovranità popolare (193). Infatti, Mortati, pur sottolineando con vigore il distacco che tale principio necessariamente produceva in rapporto alle vecchie formule ottocentesche della 'sovranità dello Stato' e della 'sovranità nazionale' — la prima legata alle ipotesi autoritarie, soprattutto tedesche, del popolo come mero organo dello Stato, la seconda connessa ad un liberalismo oligarchico storicamente superato dai nuovi regimi democratici di massa —, non aderì mai alle opinioni dottrinali che, proprio in reazione a quelle vecchie formule, proponevano una piena rivalutazione della autonoma soggettività giuridica del popolo, con la connessa riduzione dello Stato-persona a mero strumento di esercizio della sovranità scaturente dallo stesso popolo, ora inteso come universalità dei cittadini viventi (194).

Infatti, per Mortati, se quel popolo deve essere davvero sovrano, se esso deve davvero superare la fase storica in cui era semplice tramite di designazione della classe politica per divenire soggetto

---

(193) Ci riferiamo naturalmente al commento di Mortati all'articolo primo della Costituzione, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. I, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 1-50. A nostro parere, questo contributo di Mortati deve essere letto in stretta connessione con un altro saggio meno noto, ma per certi versi concettualmente più nitido: C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., pp. 355-391. Tra l'altro, dal nostro punto di vista del confronto con la tradizione giuspubblicistica, Mortati prende le mosse in questo ultimo saggio da V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953, vol. II, pp. 603-621, che ancora si muoveva, nel sistemare la figura del partito politico, nella doppia ottica tradizionale dello Stato-persona con i suoi organi, e della complicazione organizzativa nell'esercizio delle libertà politiche individuali.

(194) Era questa la linea lungo la quale si muoveva V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)* (1954), in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 90-136. Sulla sovranità popolare, sulla tradizione dottrinale della sovranità dello Stato, sul dibattito in sede d'interpretazione della costituzione, vedi il saggio di G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XII (1962), pp. 74-103. Dello stesso autore vedi anche ID., *Recensione a* C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, cit., in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXIII (1973), pp. 1025-1039, più in genere sull'opera di Mortati all'indomani della promulgazione della costituzione repubblicana; ed anche ID., *Costantino Mortati*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, n. 3, pp. 557 ss.

decisivo nella scelta dell'indirizzo politico fondamentale, è necessario pensare ad esso non più come ad una soggettività indistinta — seppure ora nei rinnovati termini, di provenienza giacobina, della universalità dei cittadini —, ma *attraverso il partito*, che dividendo il popolo medesimo rende questo in ultima analisi sovrano, perché capace di esprimere un preciso indirizzo politico vincolante l'azione dei pubblici poteri. Di contro, ma per gli stessi motivi, non è più possibile pensare allo Stato-persona come ad una 'macchina' politicamente inanimata, che recepisce solo dal suo esterno, ovvero dal popolo, l'indirizzo medesimo. Infatti, quello stesso Stato esiste solo come 'unità teleologica' — già dal 1931 —, quindi *solo nel momento in cui* si sia prodotta la norma fondamentale, di nuovo con il contributo decisivo delle forze politiche.

In tal modo, la svolta indotta dalla nuova costituzione repubblicana non può essere letta nella ottica semplicemente neogiacobina della 'sovranità popolare', come recupero di autonomia della soggettività giuridica del popolo nei confronti della vecchia, autoritaria, ed assorbente 'sovranità dello Stato'. In realtà, quella svolta è piuttosto da inserire nella linea più risalente delle grandi trasformazioni dello Stato moderno, ed induce così a proseguire, nel caso di Mortati, una riflessione già ampiamente avviata nel corso degli anni Trenta. In questa prospettiva, il popolo come 'universalità dei cittadini' è altrettanto astratto ed indistinto del popolo della tradizione organicistica ottocentesca. Infatti, la novità vera, quella con cui deve fare i conti comunque il costituzionalista, è data, ben da prima dell'avvento della democrazia repubblicana, dal declino inarrestabile della duplice ipostatizzazione dello 'Stato' e del 'popolo': entrambi vengono ora contemporaneamente a concreta esistenza solo attraverso il prodursi di un adeguato processo di differenziazione e specificazione della società, che rende *nello stesso tempo* sovrano il popolo, mediante la scelta di un determinato indirizzo, e realmente operante come unità politica lo stesso Stato, che da quella scelta ricava i propri fondamentali caratteri, senza i quali neppure esisterebbe. Non ha quindi molto senso per Mortati la rinnovata contrapposizione del popolo sovrano allo Stato-persona, semplicemente perché nessuno dei due termini del rapporto esiste in modo separato rispetto all'altro, prescindendo cioè dal decisivo termine medio che li lega insieme, ovvero dalla costituzione in senso materiale, da

quell'indirizzo politico fondamentale che solo può dare senso unitario e concretezza all'esercizio della sovranità popolare come anche alla azione di tutti i poteri pubblici (195).

Il tema delle forze politiche richiama quindi — come già, del resto, nel 1940 — quello della costituzione come programma, come scelta d'indirizzo. È su questa base che la problematica della *attuazione della costituzione* assume un rilievo particolare e specifico nell'opera mortatiana, soprattutto nel corso degli anni Cinquanta. Infatti, per tutti i motivi che ormai conosciamo, è su questo terreno del recupero di prescrittività della costituzione, del suo contenuto positivo come frutto di scelte determinate, che si giocano tutte le partite decisive: così era — come sappiamo — già nel 1931, a partire dalla problematica, in apparenza così tecnica, degli atti politici. Senza quella dimensione della costituzione, diviene scarsamente apprezzabile, da parte dello stesso giurista, non solo la grande novità della sovranità popolare, ma anche — non lo dimentichiamo mai — lo stesso Stato, che in questa fase più recente di vita dello Stato moderno può esistere solo come 'unità teleologica', quindi esclusivamente in funzione delle prescelte finalità fondamentali.

Tutto ciò, proprio con riferimento al problema generale della attuazione della costituzione, sembra essere lo sfondo ideale dell'intenso impegno mortatiano in tema di norme 'programmatiche' della costituzione, di diritto al lavoro, di disciplina costituzionale della proprietà privata (196). Anche in questo ambito troviamo infatti, in

---

(195) Naturalmente, Mortati era nello stesso tempo ben attento anche a non far ricadere questa sua impostazione del rapporto Stato-popolo nelle vecchie ipotesi autoritarie, o totalitarie, dell'assorbimento-identificazione del secondo nel primo; a tal fine sottolineava con forza il rapporto « in senso dicotomico » tra Stato e società quale carattere specifico della democrazia politica, in opposizione ai trascorsi « regimi a partito unico »: vedi C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, cit., pp. 33 ss.

(196) C. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria* (1947); ID., *La Costituzione e la proprietà terriera* (1952); ID., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie)* (1953); ID., *Il lavoro nella Costituzione* (1954): tutti in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit, risp. pp. 13 ss., 105 ss., 141 ss., 225 ss. Per quanto riguarda la dottrina del tempo, vedi anche V. CRISAFULLI, *Le norme 'programmatiche' della Costituzione* (1952), ora in ID., *Stato, popolo, governo*, cit., pp. 55 ss., che si avvale ampiamente del saggio mortatiano sulla costituzione in senso materiale, e come Mortati muove da quel nesso tra indirizzo

posizione del tutto centrale, il concetto di costituzione in senso materiale. Questo opera ora, non solo sul versante — come abbiamo visto — del potere costituente e della sovranità popolare richiamando il ruolo decisivo delle forze politiche, ma anche per ciò che riguarda il delicato aspetto del contenuto economico-sociale della nuova costituzione. In tale contenuto era individuato da Mortati uno degli elementi essenziali della costituzione medesima, che rendeva questa — come voleva la sua stessa dottrina costituzionale — norma d'indirizzo, e di programma, per un'intera società. In particolare, il saggio sul diritto al lavoro del 1953 (197) appariva completamente fondato sulle acquisizioni teoriche contenute nella ricerca del 1936 in tema di potere discrezionale (198), ovvero sul modello di una costituzione in senso materiale capace di dettare gli indirizzi vincolanti l'esercizio di tutti i poteri discrezionali, ad iniziare da quello del legislatore, per giungere poi alle stesse sfere di autonomia dei privati: è sulla base di una tale costituzione che è possibile pensare alla determinazione di alcuni contenuti positivi dell'esercizio del diritto di proprietà vincolati sul piano costituzionale, come anche alla configurazione di alcuni nuovi obblighi giuridici dello Stato, ad esempio proprio in materia di diritto al lavoro.

Dunque, la costituzione in senso materiale, in linea con tutta la precedente elaborazione teorica mortatiana, appare all'inizio della nuova esperienza costituzionale repubblicana nella sua veste più autentica di 'nucleo essenziale' della costituzione, voluto dalle forze politiche dominanti, in modo tale da attivare l'esercizio della sovranità popolare sulla base di un certo indirizzo politico fondamentale,

---

politico e forma di Stato che era stato elaborato nel corso degli anni Trenta. Si può inoltre solo ricordare come anche la discussione sulle norme 'programmatiche' si radicasse nel dibattito svoltosi durante il fascismo sulla efficacia normativa vincolante dei principii generali e degli atti direttivi, a partire dalla Carta del lavoro, ed attraversando poi la problematica del diritto corporativo e della codificazione civile in genere. Ciò valeva in particolare anche per Crisafulli e per Mortati: V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, pp. 665 ss.; e C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto* (1943), in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, cit., pp. 663 ss.

(197) Vedi *supra*, nota precedente.

(198) Vedi *supra*, note 156 ss.

e conseguentemente muovere in una certa direzione tutto il reticolo dei poteri discrezionali, sia pubblici che privati, nella linea della attuazione della costituzione medesima.

Si potrebbe ora anche procedere oltre, nell'indicare sui testi di Mortati le concordanze concettuali tra l'opera del periodo fascista e quella del periodo repubblicano (199). A noi premeva però solo mostrare come alcune celebri prese di posizione di Mortati tra la fine degli anni Quaranta e l'inizio degli anni Cinquanta, in tema di Costituente e più tardi di attuazione del contenuto economico-sociale della costituzione, siano esplicitamente connesse ad una certa convinzione di fondo maturata nel corso degli anni Trenta, che è in sintesi questa: nell'età postindividualistica e postliberale la costituzione — in senso materiale, come nucleo di valori essenziali dominanti — è *l'ultima grande speranza di ordine collettivo*. Senza questo indispensabile punto di riferimento, le tradizionali grandezze dello 'Stato' e del 'popolo' rimangono inerti, perché prive di quell'indirizzo positivo della costituzione, che solo può tenere unito un sistema sempre più complesso di poteri pubblici e privati. Si potrebbe anche dire, in ultima analisi: la linea di Mortati, già durante il fascismo ed ora dopo la sua caduta, è la *linea della dottrina della costituzione*.

Si tratta di una prospettiva teorica estranea — per motivi che ormai conosciamo — alla giuspubblicistica più tradizionale, che da Orlando in poi aveva dominato la scena, tentando anche d'interpre-

---

(199) Sfogliando un pò alla rinfusa le principali opere mortatiane del dopoguerra si può osservare quanto meno per due di esse una presenza determinante, a volte quasi letterale, delle argomentazioni svolte nel saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale: vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, pp. 62 ss.; ID., *Costituzione. Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, XI (1962), pp. 150 ss., dove si ripercorre palesemente il filo argomentativo del 1940. Troviamo inoltre molte delle convinzioni espresse da Mortati nel 1931 in tema di forme di governo e d'indirizzo politico in C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, spec. p. 92 e pp. 145 ss., per ciò che riguarda la valutazione storica del governo parlamentare; ed in ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 97 ss., per il collegamento diretto, già individuato nel 1931, tra costituzione ed indirizzo politico, che rimane evidentemente il criterio di fondo per la valutazione della forma di governo anche in età repubblicana, anche se ora — per motivi fin troppo ovvi — la *suprema potestas* titolare dell'indirizzo torna ad essere distribuita tra una pluralità di organi (*ibid.*, p. 322 ss.).

tare in un certo modo — come abbiamo visto — l'avvento del fascismo e più tardi della stessa democrazia repubblicana. In un piccolo saggio del 1964, destinato alla *Enciclopedia del diritto* (200), Mortati rivendicò alla fase nella quale egli medesimo si trovò ad operare nel corso degli anni Trenta il merito di aver finalmente emancipato il concetto di costituzione dalla tradizionale configurazione dello Stato-persona e delle sue manifestazioni di sovranità, e di aver così finalmente proposto una « scienza indirizzata alla determinazione del proprio oggetto » (201), ovvero della costituzione medesima. Ed in effetti per Mortati proprio negli anni Trenta si era aperta quella *età della costituzione e della sua dottrina*, che con la costituzione repubblicana aveva celebrato uno dei suoi punti più alti, in cui più evidente era apparsa a molti la necessità d'interpretare le vicende collettive dal punto di vista dei valori costituzionali, e della loro idoneità a sorreggere un grande progetto di trasformazione politica e sociale. Inoltre, non si poteva certamente dimenticare il fatto che per la via della dottrina della costituzione erano penetrate nel costituzionalismo italiano quelle problematiche dell'indirizzo politico e del ruolo dei partiti che erano al centro della nuova fase storica delle istituzioni politiche, e che la tradizionale riflessione giuspubblicistica — come sappiamo — non aveva saputo o voluto affrontare.

Ora, nel contesto della battaglia per l'attuazione della costituzione apertasi negli anni Cinquanta, e soprattutto sul terreno dei contenuti economico-sociali della stessa carta costituzionale, la dottrina della costituzione assumeva ulteriori significati di ordine civile e politico, tentando d'individuare il significato unitario della nuova esperienza collettiva, immaginata come un armonico progredire di tutti i poteri, pubblici e privati, sulla base dei valori espressi nella norma fondamentale. Lo stesso Stato — crescentemente definito da Mortati 'Stato sociale' — è ora più che mai unità

---

(200) C. MORTATI, *Diritto costituzionale. Nozione e caratteri*, in *Enciclopedia del diritto*, XII (1964), pp. 947-961.

(201) *Ibid.*, pp. 951 ss. Si vedano in questo contesto le critiche alla tradizione giuspubblicistica, ed alle stesse dottrine orlandiane, che appaiono a Mortati deboli proprio sul versante del tanto conclamato — dal medesimo Orlando — impegno metodologico.

politica solo ed esclusivamente in chiave teleologica, non quindi in quanto sia statica rappresentazione del 'popolo', o della 'nazione', ma in quanto sia portatore di un indirizzo positivo, di un progetto di trasformazione ispirato e sorretto dalla stessa costituzione. È quest'ultima, e solo essa, che consente di pensare allo Stato sociale non come ad un mero complesso burocratico di servizi e di prestazioni, ma come ad un vero e proprio processo dinamico di unità politica, che è tale proprio perché i molteplici poteri discrezionali in esso incardinati si muovono nella logica concorde della attuazione della costituzione. È proprio la costituzione, in un'età di crescente pressione sullo Stato di una domanda sociale differenziata, di crescente complicazione della struttura e delle modalità di azione dei pubblici poteri, sia a livello legislativo che amministrativo, *il nuovo punto focale della unità politica*, che consente ancora di rappresentare il 'politico' in termini sufficientemente unitari, appunto nei termini dello 'Stato sociale'.

Mortati visse abbastanza a lungo per avvertire i primi segnali di crisi della sua dottrina della costituzione, per percepire le difficoltà, ed anche il possibile declino, di quella che abbiamo definito l'età della costituzione. Non possiamo qui certo occuparci di questo ultimo Mortati, spesso anche assai critico verso le modalità concrete con cui si andava svolgendo l'esperienza costituzionale repubblicana. Si vuole solo osservare come le difficoltà sopra nominate finiscano spesso per convergere su un punto decisivo delle dottrine mortatiane, che è dato ancora una volta dal ruolo del partito politico. Si tratta — come sappiamo — di un ruolo di grande rilevanza fino dal tempo del regime fascista. E non si dimenticherà il fatto che la nuova fase della riflessione mortatiana, sviluppatasi dopo la caduta di quel regime, inizia con il saggio sulla Costituente del 1945, richiamando il compito di primo piano delle forze politiche nella definizione delle nuove soluzioni costituzionali. A quelle forze viene poi affidata — come pure abbiamo visto — la concreta attivazione dell'esercizio della sovranità popolare, come anche gran parte dello stesso processo di attuazione della costituzione. Ora, non v'è dubbio che Mortati abbia sempre concepito queste forze, e quindi lo stesso partito, in un modo che vorremmo definire *intensamente politico*, nel senso di una loro stretta funzionalità alla costruzione dello Stato ed alla definizione della stessa norma fonda-

mentale. Tale era del resto il ruolo che al partito veniva assegnato nello stesso saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale.

Tutto ciò aveva, nel caso di Mortati, profonde radici, che affondavano nello stesso periodo fascista, quando il nostro giurista aveva certamente contrapposto alla dottrina tradizionale la nuova concezione dello Stato come 'ente politico' necessariamente dotato d'indirizzo con il decisivo sostegno del partito, ma aveva anche contrapposto — come ricorderemo — alle dottrine fasciste del partito come istituzione sovrana ed originaria la necessità, imprescindibile per la giuspubblicistica, di una piena riconduzione del partito medesimo nello Stato, in qualità di suo organo. Ora, nel nuovo tempo storico della democrazia repubblicana, quest'ultima soluzione non è più praticabile, e si torna inevitabilmente, in un mutato clima politico-culturale, a sottolineare la natura di « istituzione sociale » dello stesso partito (202). Tuttavia, tale mutamento di rotta, per quanto rilevante, può dirsi certamente tutto interno, a ben guardare, ad un tipo di relazione tra Stato e partito, che è ormai definito, e che segna anche i confini non valicabili di questo riconoscimento di 'socialità' del partito. Questo infatti è stato attratto, già dagli anni Trenta, al campo del diritto costituzionale per un motivo ben preciso, per essere cioè concreto strumento di differenziazione del corpo sociale in senso strettamente funzionale alla individuazione di un indirizzo politico di base destinato a divenire dominante: sullo sfondo rimane comunque pur sempre lo Stato e l'indagine sui suoi caratteri essenziali e più qualificanti. È appunto in questi confini che deve rimanere la figura del partito anche nel nuovo contesto politico-istituzionale della democrazia repubblicana. Così, quel partito, è sì parte, perché altrimenti non potrebbe neppure essere strumento di differenziazione, ma è soprattutto *quella* organizzazione di parte che è dotata di più intensa politicità, nel senso che più di ogni altra organizzazione è capace di porsi in modo direttamente funzionale alla costruzione di una comune norma fondamentale, ed in definitiva dello Stato medesimo; e quindi è capace anche di « farsi interprete di una ideologia di politica generale, con la finalità di tradurla nell'azione dello Stato »: il partito è insomma per Mortati

(202) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 389 e pp. 384 ss., in generale sul partito politico.

una sorta di 'parte totale', è parte specificamente vocata a costruire totalità (203).

Torniamo ora al Mortati già consapevole delle difficoltà, ed anche della incipiente condizione di crisi, della nuova età della costituzione. In effetti, il punto critico è dato proprio dal partito politico, che anche a Mortati appare sempre più rivolto alla cura delle « pressioni particolaristiche », sempre meno adatto a svolgere quel ruolo intensamente politico di costruzione dello Stato e della sua norma fondamentale, di cui poco sopra abbiamo discusso (204). Se cosi è, appare allora difficile l'individuazione di questa medesima norma: se i partiti si avviano ad essere sempre più federazioni d'interessi, è evidente che dalla loro lotta, ed anche dal loro accordo, non può più scaturire alcuna soluzione costituzionale, alcun indirizzo politico fondamentale, ma solo una debole e provvisoria convergenza su questioni definite. Infine, da tutto ciò deriva, in ultima analisi, una grave carenza d'identità dello stesso Stato, che non è più lo Stato moderno nella sua ultima fase, o lo Stato sociale della costituzione, ma un complesso più o meno formalmente ordinato di provvedimenti, di prestazioni, e di servizi, al massimo dotato di una qualche razionalità di tipo funzionale e sistemico, ma non più certo di tipo costituzionale.

A partire dalla questione specifica del partito politico, Mortati vide dunque tutti questi pericoli, intuì cioè la possibilità che anche la dottrina della costituzione — come già era accaduto a certe versioni della dottrina dello Stato-persona — potesse rapidamente giungere al capolinea, lasciando i giuristi privi di un sicuro punto di riferimento, alle prese con un sistema sempre più complesso di pubblici poteri d'incerta definizione e tutto sommato privo di un'unitaria fonte d'ispirazione. La sua opposizione a questa ten-

---

(203) *Ibid.*, p. 386. L'espressione 'parte totale' è dello stesso Mortati, ed anche da lui posta tra virgolette.

(204) Vedi ad esempio C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, 1971 (seconda edizione), pp. 174 ss., per la critica all'operato dei partiti politici nel senso indicato nel testo. Anche in questo saggio Mortati contrapponeva a tale operato il proprio modello ideale di partito: « partito viene da parte, ma ciò non significa che suo oggetto sia il perseguimento di interessi parziali, frazionari, perché invece ciò che lo caratterizza è una concezione del bene comune considerato nella totalità dei suoi aspetti, ma orientato secondo indirizzi specifici » (*ibid.*, p. 134).

denza in atto, a questa progressiva perdita di quota dello stesso concetto di costituzione, e della sua capacità di presa sulla realtà delle istituzioni pubbliche, e della stessa società, fu assai ferma e decisa, e non poteva essere altrimenti.

Così, ad esempio, uno dei più celebri saggi di Mortati, scritto come voce per la *Enciclopedia del diritto* (205), è certamente mosso, nella sua struttura di fondo, dalla necessità di dimostrare la permanente attualità della costituzione e del suo primato, pur in un mutato contesto storico, contrassegnato da fenomeni sempre più vasti di 'crisi dello Stato' e della funzione politica dei partiti, di frammentazione del corpo sociale e politico; e di confutare così quelle opinioni, sempre più diffuse, che ormai in modo esplicito consideravano la costituzione stessa come una 'sopravvivenza', come un relitto appartenente ad un tempo storico trascorso, nel quale era ancora possibile pensare ad un modello politico unitario sulla base di comuni valori costituzionali (206).

Ed infine, è certamente di assoluto rilievo il fatto che Mortati, chiamato a discutere per la ennesima volta di Carl Schmitt, si sia soprattutto occupato, in un saggio del 1973, di questo medesimo problema, ovvero della sorte della costituzione in una società ormai fortemente articolata in senso pluralistico e neo-corporativo, in particolare confutando le ipotesi teoriche di Ernst Forsthoff, che da una certa rigida tipizzazione dello Stato di diritto in Schmitt faceva derivare un giudizio negativo piuttosto drastico circa la proponibilità di un ruolo ampio della costituzione nel nuovo tempo storico — ritenuto non conciliabile con quello 'classico' dello Stato di diritto — dello Stato sociale (207).

---

(205) C. MORTATI, *Costituzione. Dottrine generali*, cit., pp. 139-233.

(206) *Ibid.*, pp. 146-147, con riferimento specifico, a BURDEAU, *Une survivance: la notion de constitution* in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, Paris, 1956, pp. 53 ss.

(207) C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 511-532. Ovviamente, vi sarebbe molto altro da dire su questa rigida opposizione tra 'Stato di diritto' e 'Stato sociale' presente nella linea teorica Schmitt-Fortshoff. Ai nostri fini basti osservare la radicale contrarietà sul punto dello stesso Mortati, che fondò gran parte della sua opera costituzionalistica dell'ultimo periodo proprio sulla convinzione di un'ampia conciliabilità, ed anzi di un solido reciproco rafforzamento, tra i due termini

Ma Mortati, e la sua dottrina della costituzione, dovevano guardarsi anche da altri nemici, più interni alla giuspubblicistica ed alla sua tradizione. Infatti, in una situazione come quella descritta, poteva essere più che plausibile la tendenza della giuspubblicistica medesima a ritornare alle vecchie ipotesi dello Stato amministrativo, a ricercare cioè il necessario punto focale della unità politica di nuovo nella amministrazione. Se i partiti apparivano sempre più privi di autentica vocazione politica — nel senso che sopra abbiamo visto —, se la stessa costituzione sempre meno sembrava essere 'fondamentale', e sempre più frutto di compromessi di carattere transitorio ed episodico, non si riscoprivano forse le condizioni necessarie per ripensare — come già era stato per una parte della giuspubblicistica italiana tra Stato liberale e fascismo — allo Stato come unità politica in forma di amministrazione, nei termini tradizionali, o anche magari parzialmente rinnovati, della neutralità, della obiettività, della imparzialità? Alla fine, dopo tanto discorrere di primato della costituzione, non tornava forse ad essere collocato qui, quasi di necessità, l'oggetto primario d'indagine della giuspubblicistica? Non era forse lo studio della costituzione a dover presupporre — e non viceversa, come pensava Mortati — un soggetto solidamente già formato, ovvero lo Stato come amministrazione? Anche a questa tendenza, di « amministrativizzazione del diritto pubblico », si oppose Mortati, rilanciando con forza l'idea « della più estesa ed intensa subordinazione dell'amministrazione alla costituzione » (208). Per lui dalla crisi della legalità formale, di cui discuteva già dagli anni Trenta, non si usciva tentando di rendere sempre più

---

del rapporto. A questo proposito si veda C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, in genere, e spec. p. VIII della prefazione: « ottenere che l'ampliamento delle sfere di interessi affidati alla cura dello Stato non comprometta la salvaguardia di alcuni dei valori di stabilità e di certezza considerati essenziali per lo Stato di diritto, e da ritenere non estranei neanche allo Stato sociale, quando di questo si assuma l'esatta concezione che lo raffigura non già dissolutore ed antagonista dell'altro, bensì rivolto a potenziare ed estendere l'effettivo godimento dei valori medesimi ». A testimonianza della rilevanza per Mortati di questa problematica, coinvolgente la questione della esistenza stessa di una costituzione — appunto quella propria dello 'Stato sociale di diritto' —, si osservi come essa sia presente anche in C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, cit., pp. 45-48.

(208) C. MORTATI, *Diritto costituzionale. Nozione e caratteri*, cit., pp. 958-59.

autonoma l'amministrazione ed il suo diritto, ma piuttosto ponendo anch'essa, come la stessa legge, sotto l'impero della costituzione, e dell'indirizzo fondamentale che da essa scaturiva come criterio direttivo vincolante l'azione di tutti i pubblici poteri.

Non è certo ora il caso di spingerci oltre Mortati. È chiaro però che il terreno da lui individuato, di crisi del primato della costituzione, è quello sul quale ci stiamo attualmente muovendo, in una situazione difficile e piena di contrasti, nella quale ad indubbi risultati conseguiti nella linea mortatiana di attuazione della costituzione si sommano fenomeni, anche diffusi e crescenti, di caduta del grado di pervasività della costituzione medesima, sia in direzione della società dei privati, sia in direzione della stessa pubblica amministrazione. La battaglia avviata da Mortati è dunque ancora in pieno svolgimento. La posta in palio è evidente, e consiste nella sorte ultima dello stesso primato della costituzione, nello scoprire quanto questo sia davvero attendibile ed adeguato come strumento d'individuazione del necessario principio di unità politica in una situazione di crescente frammentazione della società e delle istituzioni politiche.

Può darsi che per certi versi l'opera di Mortati appaia da questo punto di vista non più del tutto attuale, soprattutto per la sua quasi ossessiva insistenza sul carattere intensamente prescrittivo e progettuale della costituzione e della stessa normazione dello Stato, non a caso inteso — come sappiamo — come 'unità telelogica'; può darsi cioè che la costituzione — in senso materiale, con il linguaggio di Mortati — sia già oggi rappresentabile esclusivamente nei termini di una sufficiente condizione di stabilità e di equilibrio, tale da consentire una continua e non arrestabile negoziazione tra interessi e forze distinte, tra loro unite *solo* dall'accordo sul metodo, ovvero dalla negoziazione medesima: insomma qualcosa di ben diverso dallo 'Stato in embrione' del 1940, qualcosa che non produce più necessariamente, e neppure di norma, o che addirittura forse esclude del tutto, quell'indirizzo positivo fondamentale dal quale avrebbe poi dovuto scaturire, secondo Mortati, l'intera dimensione unitaria del diritto pubblico, ed in fondo lo stesso principio di unità politica.

Si deve allora concludere nel senso di un davvero rapido declino dell'età della costituzione? E la dottrina della costituzione ha forse già esaurito il suo compito? Cosa resta di essa dopo la discussione

sul principio di sovranità popolare o sul contenuto economico-sociale della costituzione, dopo il grande sforzo intrapreso da giuristi come Mortati al fine di progettare un'intera società operante nella linea della attuazione costituzionale? Tutto questo è davvero già il nostro passato?

Non si può qui certo rispondere a domande così impegnative. Noi crediamo però che oggi più che mai possa essere attuale, ed anzi indispensabile, l'indagine sulla dimensione costituzionale — 'materiale', nel senso di Mortati — della esperienza politica collettiva. È probabile però che tale indagine debba essere condotta utilizzando anche strumenti diversi da quelli adoperati da Mortati. Non senza dimenticare tuttavia che proprio in questo sforzo di rinnovamento può tornare ancora in primo piano l'opera di Mortati, per quella sua specifica tendenza a non escludere il colloquio con le scienze sociali, di fatto già avviato in pieno periodo fascista, e poi sviluppato in seguito, anche se in modo debole e frammentario (209). Da qui

(209) Vedi *supra*, nota 176 per il periodo del fascismo. Per il periodo successivo, sarebbero da rileggere, sotto il profilo indicato nel testo del colloquio con le scienze sociali, soprattutto due importanti corsi di lezioni: C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, a.a. 1957-58; e ID., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, a.a. 1959-60, spec. pp. 27 ss. e 64 ss. Troviamo infatti nelle pagine di questi corsi, non a caso tenuti in una Facoltà di Scienze politiche, concetti come quello di 'media obbedienza', o di 'normalità di funzionamento', o di 'media reattività' nei confronti di comportamenti antinormativi, che indubbiamente rappresentano nel loro complesso il tentativo di Mortati di armarsi di strumenti nuovi, anche di dichiarata provenienza sociologica, al fine di scavare più in profondità nella stessa costituzione in senso materiale già individuata nel 1940. Bisogna tuttavia aggiungere che tale tentativo di Mortati rimase ben presto lettera morta, cosicché di esso non troviamo più traccia nelle opere successive. Sulle ragioni di ciò vi sarebbe molto da dire. Basterà osservare come in Mortati, a nostro avviso, rimanga sempre prevalente il dato di fondo della sua appartenenza ed una generazione di giuspubblicisti che, in continuità con quelle precedenti ottocentesche — ad esempio di Orlando —, sentiva ancora di dover portare a compimento una sorta di 'missione', consistente nel conseguimento di un pieno monopolio, o comunque di un primato non condividibile, delle discipline di diritto pubblico su oggetti d'indagine come lo 'Stato', o la 'costituzione'. Del resto, non v'è dubbio che una delle motivazioni principali che condussero Mortati alla stesura del saggio del 1940 sulla costituzione in senso materiale fu data proprio dalla esigenza, da lui fortemente sentita, di costruire uno specifico giuridico-costituzionale nella analisi di quei processi di differenziazione della società che conducevano a suo giudizio alla formazione di una costituzione. Certo, il bisogno di specificità è ben diverso dalla pretesa di primato

dovrebbe forse ripartire quel costituzionalista di oggi, che legittimamente diffidi delle ambiziose concettualizzazioni del passato, ma che nello stesso tempo non voglia adeguarsi ad una logica di pura registrazione della problematicità del presente. In fondo, proprio da una diffidenza di questo tipo, e da una simile aspirazione, aveva preso le mosse Costantino Mortati. Oggi, per parte nostra, è certamente più che opportuno continuare la ricerca su ciò che è costituzione nella società contemporanea.

---

o addirittura di monopolio: ma è appunto questo confine che risulta di assai difficile individuazione, nel caso di Mortati in particolare, come in genere in diverse fasi della storia della nostra giuspubblicistica. Sullo spirito di 'giuridicizzazione' che indubbiamente animò l'opera mortatiana, vedi anche le interessanti osservazioni di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini*, cit., pp. 718-719.

V.

LE PROSPETTIVE:
IL COSTITUZIONALISMO NELLA DIMENSIONE EUROPEA

1.

IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO

1. Premessa. Alle origini del costituzionalismo. — 2. La Rivoluzione. — 3. I modelli costituzionali del diciannovesimo secolo. — 4. Conclusioni, a proposito delle costituzioni del Novecento.

1. Inizieremo con una serie di precisazioni. Per 'costituzionalismo moderno' intendiamo, ai nostri fini, quell'insieme di dottrine che a partire all'incirca dalla metà del diciottesimo secolo hanno in vario modo valorizzato il termine-concetto di 'costituzione' al fine di avviare e sostenere il compimento di due operazioni decisive: la progettazione di una forma di governo ispirata al principio della riduzione e del contenimento della dimensione dell'arbitrio politico, e la correlata ed inscindibile affermazione storica dei diritti individuali e delle loro forme di garanzia. Il 'costituzionalismo moderno' di cui ci occuperemo è più precisamente quello delle origini, ed in seguito delle rivoluzioni, ed anche dell'età liberale, del diciannovesimo secolo, fino a giungere alle soglie del Novecento e delle costituzioni vigenti, di cui altri si occuperanno nell'ambito di questo Convegno [1].

Entro questo spazio, che è insieme storico e tematico, ci occuperemo più specificamente del problema della eguaglianza. Ci chiederemo se, quanto e come, l'idea stessa della eguaglianza sia stata

---

[1] Il testo che segue riproduce, con alcune variazioni, la relazione presentata il 17 dicembre 1998 al Convegno Annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Al testo consegnato per la stampa si è voluto mantenere il carattere immediato proprio della relazione. Per questo, i riferimenti bibliografici sono limitati di regola al minimo essenziale.

davvero decisiva nella formazione, nella prima affermazione, e nei successivi sviluppi, del costituzionalismo moderno. Non bisogna infatti dare nulla per scontato in un'indagine di questo genere, e soprattutto non bisogna commettere l'errore di proiettare all'indietro nel tempo i contenuti normativi delle costituzioni che abbiamo, delle costituzioni democratiche del Novecento, che francamente non sarebbero pensabili senza le loro rispettive norme-chiave in materia di eguaglianza, e che presentano anzi — come vedremo nelle conclusioni — un loro peculiarissimo, per certi versi inedito, carattere storico.

Bisogna invece immaginare una sorta di situazione originaria, in cui il discorso costituzionalistico è ancora in buona misura da costruire, e scoprire in quale direzione furono compiute le prime mosse, quanto davvero l'argomento della eguaglianza sia stato decisivo nella formazione iniziale di quel patrimonio storico che siamo soliti denominare 'costituzionalismo moderno'. Riproponiamo qui, in altre parole, un compito del tutto tradizionale dello storico, che è quello di mettere a nudo le radici, per scoprire, in questo caso, quanto profonda sia, ai piedi dell'albero costituzionalistico, la radice della eguaglianza.

Iniziamo con un testo classico del costituzionalismo moderno, l'*Esprit des Lois* di Montesquieu, del 1748. Vi troviamo dentro due distinte nozioni di eguaglianza, l'una positiva e da sostenere, l'altra decisamente da rifiutare, in quanto « eguaglianza estrema », come Montesquieu dice, come tale connotata in senso dispregiativo (2). La prima forma di eguaglianza, quella positiva, è esplicitamente associata alla « costituzione » ed alla « legge ». È l'eguaglianza che si ha in presenza di una costituzione che realizza una forma di governo moderata e bilanciata, che separa e limita reciprocamente il legislativo e l'esecutivo, che affida ai giudici il compito di applicare la legge ai casi concreti, che più in genere punta a ridurre l'arbitrio, e con esso la discriminazione ingiustificata, frutto di una mera discrezionalità politica. Un tale governo costituzionale è quello che assicura il dominio della legge, da cui deriva, di conseguenza, l'eguaglianza

(2) La figura della 'eguaglianza estrema' è disegnata da Montesquieu nell'ottavo libro della sua opera, nell'ambito della 'corruzione' delle forme di governo, ed in particolare, ovviamente, di quella democratica.

come valore positivo, l'eguaglianza di fronte alla legge. Non è impossibile su questo piano partire da Montesquieu ed arrivare ad alcune norme-chiave della Dichiarazione dei diritti dell'89, come il celebre articolo quinto, forse il più egualizzante, perché nettissimo nel porre tutti gli individui di fronte ad un'unica legge, alla quale sola essi devono ubbidienza, in modo che nessuno di essi — come appunto nell'articolo quinto — sia costretto a fare ciò che essa non ordina, e che parimenti a nessuno sia impedito di fare ciò che essa non proibisce.

Tuttavia, tutte queste formule sono niente se non si scopre il loro presupposto, che nel caso di Montesquieu è dato dalla forma di governo moderata e bilanciata, entro cui la legge è il ponderato e prudente risultato di tre concordi volontà, secondo lo schema storico britannico del *King in Parliament*: la volontà del Re, quella dei *Lords* e quella dei *Commons*. Bisogna fissare con forza questo punto di partenza della nostra ricerca: l'affermazione del primato della legge non è affatto in contrasto, all'inizio della vicenda costituzionalistica, con la permanenza delle componenti monarchiche ed aristocratiche. Soprattutto queste ultime richiamano anzi il valore positivo della articolazione plurale, su base storica, della società, che agisce in senso antidispotico, anche nei confronti della stessa monarchia. Senza queste componenti si avrebbe ben presto « o uno Stato popolare o uno Stato dispotico », dice Montesquieu (3).

Qui è il punto veramente decisivo. Lo « Stato popolare », che è per Montesquieu la forma politica entro cui si realizza la tanto temuta « eguaglianza estrema », è uno dei possibili esiti in senso dispotico della vicenda costituzionale, accanto alla monarchia assoluta, non costituzionale. Lo « Stato popolare » è uno Stato anticostituzionale, che rompe la costituzione, ed indica una situazione entro cui il popolo vuole fare tutto: « deliberare al posto del Senato, eseguire al posto dei magistrati, ed esautorare del tutto i giudici » (4). Ritorniamo allora alla nostra problematica della eguaglianza, e si

(3) Si veda a questo proposito il secondo libro dell'opera di Montesquieu, entro cui si tratta in modo più specifico la grande questione delle leggi fondamentali.

(4) Si veda ancora il libro ottavo della opera di Montesquieu, che è appunto quello in cui con più forza viene delineata la figura della « eguaglianza estrema », in opposizione al regime fondato sulla « libertà politica », associata alla legge ed alla

capirà bene che cosa temeva Montesquieu, che cosa egli intendeva per « eguaglianza estrema ». Era quella situazione in cui la società non chiedeva più solo un trattamento non arbitrario, imparziale e per legge, dei propri diritti, fossero essi ancora quelli di ceto o quelli nuovi di stampo individuale, ma intendeva anche esprimersi e mostrarsi come corpo politico sovrano, dotato di una sola voce proprio perché composto al proprio interno da individui tra loro assolutamente eguali. Il costituzionalismo nasce quindi, con Montesquieu, proprio per combattere questa « eguaglianza estrema », per impedire che il discorso, e la pratica, della eguaglianza potessero transitare dal campo civile, che noi oggi chiameremmo del divieto di discriminazione, al campo politico, entro cui si annidava la minaccia della sovranità popolare, della uniformazione dell'intera società sul piano politico.

Come si sarà capito, abbiamo utilizzato Montesquieu per fare il punto sul principio di eguaglianza a metà del Settecento in Europa. Montesquieu aveva ragione a temere la « eguaglianza estrema », non solo perché di lì a poco sarebbe venuta la Rivoluzione, con le conseguenze che vedremo, ma anche perché per altre vie maturavano in Europa altre dottrine della eguaglianza, che andavano proprio nella direzione temuta da Montesquieu. Nell'aprile del 1762 si pubblica il *Contratto sociale* di Rousseau. Ben lungi da noi l'idea di proporre qui un'interpretazione di questa opera. Noi disponiamo però oggi di un testo di straordinaria rilevanza, collegato al *Contratto sociale*. Si tratta della requisitoria contro l'opera di Rousseau del Procuratore Generale della città di Ginevra, del giugno 1762, che si conclude con una condanna, con il bando del volume, e con l'ordine di « strappare e bruciare » le copie già circolanti nella città di Ginevra (5).

In cosa consisteva lo scandalo? Secondo il Procuratore, c'era nel *Contratto* un « delirio di libertà », dunque una libertà smodata, e perciò pericolosa. In cosa consisteva? Nel fatto che Rousseau,

---

costituzione, di cui Montesquieu tratta, con riferimento al modello inglese, in modo più specifico nei notissimi libri undicesimo e dodicesimo della sua opera.

(5) Si vedano le *Conclusioni del Procuratore Generale su due libri intitolati « Il Contratto Sociale e Sull'educazione »*, in J.-J. ROUSSEAU, *Il Contratto Sociale*, Torino, 1994, pp. 187 e ss.

secondo il Procuratore, « considera tutte le forme di governo come forme provvisorie, come tentativi che possono essere sempre modificati ». Egli propone infatti di « fissare delle assemblee periodiche, durante le quali il governo è sospeso », e dove, volta per volta, ed ogni volta, si decide « se siano da conservare le forme di governo ricevute e i magistrati in carica ». Il pensiero di Rousseau, in nome della sovranità popolare e dell'eguale diritto di tutti i cittadini a partecipare al suo esercizio, minaccia quindi ogni ordine costituito, ogni costituzione vigente. Scrive il Procuratore: « Le leggi costitutive di tutti i governi gli paiono sempre revocabili, non riconosce alcun impegno reciproco fra governanti e governati » (6). Dunque, in una parola, Rousseau *non riconosce la costituzione*, che al tempo era ancora quell'insieme di leggi fondamentali che fissavano appunto gli impegni reciproci fra governanti e governati, i limiti della potestà di governo, l'ambito riservato di esplicazione dei diritti storicamente tramandati, dei corpi, dei ceti, dei luoghi, delle città. Un'eguaglianza che travolge tutto questo in nome del popolo sovrano è un'eguaglianza pericolosa, che si pone contro quella costituzione storico-positiva entro cui ciascuno ritrova la misura delle proprie pretese, dei propri doveri e dei propri diritti.

La nostra conclusione sul punto è semplice. Poco prima della Rivoluzione, l'unica eguaglianza ammissibile è quella che conduce ad un sempre più imparziale e non arbitrario trattamento, mediante la legge, dei diritti di ognuno. Ma un'eguaglianza che pretende di andare oltre, di applicarsi al campo politico e sociale, è destinata a distruggere l'ordine costituzionale, a porsi contro la costituzione.

2. L'analisi fin qui svolta ci consente ora di porci di fronte alla Rivoluzione, con una domanda molto netta: quanto la Rivoluzione riuscì ad andare oltre i limiti che il costituzionalismo settecentesco aveva fissato? Quanto essa volle essere davvero 'estrema', in materia di eguaglianza (7)?

---

(6) *Ibid.*, p. 188.

(7) Per la discussione che animò la Rivoluzione in materia costituzionale, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, 1, *Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, ed alla bibliografia *ivi* richiamata. A ciò si aggiungano, per ciò che riguarda più specificamente il problema della eguaglianza, S. CAPORAL,

Ovviamente, con la Rivoluzione, in quanto atto di opposizione nei confronti dell'antico regime, le cose cambiano sicuramente, rispetto al ben ordinato mondo entro cui ancora si sviluppava il discorso di Montesquieu. Lì vi era ancora la prospettiva, o la speranza, di una riforma progressiva, illuministicamente diretta verso una sempre più imparziale applicazione del principio di legalità. Qui ed ora, nel 1789, quella speranza è caduta, per il fatto stesso che si è prodotta l'accelerazione rivoluzionaria. Ma quanta forza ha davvero questa accelerazione? Essa è tale veramente da condurre ad un punto in cui si valicano le colonne d'Ercole della 'eguaglianza estrema', fissate da Montesquieu?

La nostra risposta è negativa, per ciò che riguarda la prima parte della Rivoluzione, fino alla svolta in senso giacobino del 1792. Basta leggere la Dichiarazione dei diritti dell'89 per rendersene conto. L'accelerazione c'è effettivamente stata, ma a ben guardare essa concerne solo il campo civile, della eguaglianza di fronte alla legge. Qui effettivamente il principio di eguaglianza opera più in profondità, per l'ottimo e semplice motivo che ora è spazzato via qualsiasi riferimento al mondo pluralistico e differenziato dell'antico regime. In una parola, il soggetto della proposizione giuridica, fin dal celebre articolo primo, è solo ed esclusivamente l'uomo, o il cittadino. Com'è noto, la parola 'legge' compare ben nove volte nella Dichiarazione dei diritti, e sempre, direttamente o indirettamente, per svolgere questo decisivo ruolo garantistico ed egualizzante. La stessa enfasi che la Dichiarazione pone sul carattere generale ed astratto della legge corrisponde appunto a questo tipo di eguaglianza, che sicuramente con la Rivoluzione progredisce, e si pone come matrice del divieto di discriminazione contenuto nelle costituzioni contemporanee, come nell'articolo terzo primo comma della nostra Costituzione.

Non è poca cosa, ma non è tutto, soprattutto considerando il fatto che la eguaglianza — come abbiamo visto — nella cultura costituzionalistica del tempo iniziava ad essere pericolosa *oltre* questo punto che la Rivoluzione raggiunge, ovvero quando essa preten-

---

L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution Française 1789-1799, Parigi, 1995, e M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Parigi, 1991.

deva di estendersi al campo politico e sociale. È vero che nella stessa Dichiarazione si trova anche il celebre articolo sesto — « Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti » proprio alla formazione di quel fondamentale atto che è la legge —, che sembra promettere l'universalità anche nell'esercizio dei diritti politici. Ma è stupefacente la naturalezza con cui la stragrande maggioranza dei costituenti francesi considerò compatibile con l'articolo sesto un suffragio censitario come quello del 1791, basato sulla distinzione tra cittadini attivi e passivi. Quel sistema elettorale non fu considerato — si badi bene — un'imperfetta realizzazione del principio di eguaglianza nell'esercizio dei diritti politici, ma ciò che perfettamente corrispondeva ad una logica secondo cui, come affermò Sieyes in un celebre discorso, tutti gli uomini godono dei diritti civili, hanno diritto ad un'eguale protezione delle loro persone, delle loro libertà, dei loro beni, ma solo coloro che pagano un certo tributo dimostrano di concorrere alla impresa comune, e sono quindi « veri membri della associazione », e dunque titolari del diritto di voto. La verità è che lo spettro della 'eguaglianza estrema' continua ad aleggiare anche nella Rivoluzione francese. Mentre l'eguaglianza di fronte alla legge è perfetto svolgimento della logica costituzionalistica, l'eguaglianza politica, quel tipo di eguaglianza che pretende di uscire dalla logica privata dell'eguale ampiezza delle sfere di libertà di ognuno, e pretende di farsi politica e pubblica, diviene pericolosa, perché tende ad assumere le minacciose vesti del popolo sovrano, potenziale sovvertitore di ogni costituzione.

Lo stesso deve dirsi per la complicata vicenda della eguaglianza in ambito sociale, per i diritti nello spazio del principio di solidarietà. La vicenda è intricatissima, e può essere qui solo riassunta. Per un verso, la Rivoluzione è sicuramente anticipatrice, in modo straordinario. Lo stesso Sieyes, che prima abbiamo ricordato, più volte espose quella concezione secondo cui gli uomini entravano nella associazione politica, non solo per meglio proteggere le loro vite ed i loro beni, ma anche per raccogliere tutti i benefici che la stessa associazione può e deve loro recare. Il cosiddetto 'diritto dell'indigente' sembra essere spesso ad un passo dall'essere pienamente configurato nel costituzionalismo della Rivoluzione secondo la triade diritto all'istruzione, diritto alla assistenza, diritto al lavoro. E non è

raro trovare nei dibattiti rivoluzionari espressioni come 'eguaglianza di fatto' che sembrano precorritrici più del secondo comma che non del primo del nostro articolo terzo.

Eppure, un equivalente di quel secondo comma non fu mai scritto prima della svolta a favore del partito giacobino del 1792. E, com'è noto, né la Dichiarazione dei diritti dell'89, né la Costituzione del 1791, se non nel suo Titolo primo, di carattere largamente introduttivo e programmatico, inseriscono tra i diritti costituzionalmente affermati quelli sopra nominati, ispirati dal criterio-base della solidarietà. Che cosa impedisce dunque la costituzionalizzazione di questi diritti, che in seguito verranno chiamati sociali? Il motivo di fondo lo si coglie proprio con il passaggio dal 1789 al 1793, attraverso il confronto tra la Dichiarazione dell'89 e la Dichiarazione giacobina e montagnarda del 1793.

Com'è noto, i giacobini vollero riscrivere la Dichiarazione dei diritti per due motivi: per allargare il catalogo dei diritti, inserendo il diritto all'istruzione ed il diritto al lavoro ed all'assistenza nella medesima Dichiarazione, e per sostituire il vecchio articolo terzo, che attribuiva la sovranità alla nazione, e che insieme al già citato articolo sesto si era dimostrato del tutto compatibile con il suffragio censitario del 1791, con il nuovo principio della sovranità popolare, da cui derivava, ormai senza più equivoci, il suffragio universale e diretto, ovvero l'eguale diritto di tutti i cittadini a concorrere alla formazione della legge. Ma non era solo una questione di diritto al voto. Insieme a tutto questo cadeva infatti uno dei punti più qualificanti presenti nell'89-91: scomparivano dalla Dichiarazione le parole 'rappresentanza' e 'rappresentanti'. Perfettamente nella linea di Rousseau, che aveva affermato che laddove iniziava la rappresentanza politica, lì terminava la libertà, e l'esistenza stessa, del popolo come corpo sovrano.

Ne scaturiva una costituzione, appunto quella giacobina del 1793, fondata sulla presupposizione della costante ed inesauribile presenza del popolo sovrano, sempre capace di revocare la fiducia ai suoi agenti e mandatari, non più rappresentanti. Una costituzione in cui lo stesso Corpo legislativo era solo provvisoriamente incaricato dal popolo sovrano di fare le leggi, e dunque un procedimento legislativo costruito in modo tale da potersi sempre trasformare in procedimento referendario. Una costituzione, ancora, che travolgeva ogni ragione di

distinzione, e di equilibrio, tra legislativo ed esecutivo, una costituzione ferreamente monistica. Ed infine una costituzione, secondo il dettato dell'articolo ventottesimo della Dichiarazione, sempre modificabile dal popolo sovrano, con un procedimento di revisione anch'esso fatalmente attivabile solo dal basso. In una parola, lo scandalo lamentato e denunciato dal Procuratore della città di Ginevra nel 1762 stava per divenire norma positiva. Si stavano per superare le colonne d'Ercole della 'eguaglianza estrema', fissate da Montesquieu.

Com'è noto non fu così, e la costituzione giacobina non entrò mai in vigore. Ma quella fase della Rivoluzione rimane di grandissimo rilievo nella storia del costituzionalismo moderno, per molti motivi. Prima di tutto, perché mostrò con chiarezza che quei diritti di cui pure i costituenti discussero fino dal primo momento, come il diritto al lavoro, all'istruzione, alla assistenza, non entravano sul serio nel catalogo costituzionale dei diritti se non mutando paradigma politico, se non nel quadro di una costituzione ispirata ad un principio radicale di sovranità popolare. Così, quei diritti mostravano fin dall'inizio della loro vicenda una natura intensamente politica. Si può dire anzi che essi nascono da un'esigenza propriamente politica, che è quella di rendere davvero sovrano il popolo.

Solo se i singoli cittadini sono sufficientemente istruiti, sufficientemente dotati di beni materiali e liberi dal bisogno, ha senso, solo allora, affidare la costituzione al popolo sovrano. I diritti sociali non nascono quindi come mero arricchimento del patrimonio dei diritti di ciascun individuo, entro una logica meramente individualistica. Per questa via si sarebbe arrivati al massimo al diritto dell'indigente, se volete alla carità legale. Essi nascono invece in funzione politica, per rendere concreto ed operativo l'ideale politico della sovranità del popolo.

Ma c'è un'ultima considerazione da svolgere, a questo proposito, forse la più rilevante. Quando si arriva, con il modello giacobino, a questo punto, quando il discorso della eguaglianza è totalmente dispiegato, e si è del tutto esteso, come abbiamo visto, dal campo civile a quello politico e sociale, la costituzione esplode e quasi si nullifica. Come un contenitore troppo pieno, che si dilata fin che può, e poi fatalmente finisce per esplodere. Quando il discorso della eguaglianza raggiunge il suo punto più alto, in quello stesso

momento cadono ad uno ad uno, inesorabilmente, tutti i pilastri del costituzionalismo. Cade infatti ogni forma di bilanciamento tra i poteri, e si afferma in modo assoluto il potere del legislativo: tanto più questo è debole verso il popolo sovrano che può revocarlo ad ogni momento, tanto più esso è forte ed invadente verso gli altri poteri, esecutivo e giudiziario, ridotti ora ai minimi termini. Cade ogni forma di prudenza nella costruzione del procedimento di revisione della costituzione, anch'esso dominato dalla volontà sovrana del popolo. Cade infine la stessa istituzione della rappresentanza politica.

Sembrò così a molti che in fondo avesse ragione Montesquieu nel temere la 'eguaglianza estrema'. L'esperienza giacobina mostrò infatti a tutti che quando si arrivava a quel tipo di eguaglianza si finiva fatalmente per produrre dispotismo, o comunque per abbandonare il terreno della costituzione, della legge fondamentale, dell'equilibrio e della stabilità. Si formò così una convinzione che rimarrà a lungo dominante: che per rimanere sul solido terreno della costituzione non si dovesse mai più ricadere nell'errore della 'eguaglianza estrema'. Da questa convinzione prese le mosse l'esperienza costituzionale liberale del diciannovesimo secolo.

3. Al centro del diciannovesimo secolo si pone, non solo cronologicamente, l'esperienza del Quarantotto. In quell'anno si ebbe in Europa una nuova ondata di Assemblee Costituenti, di Carte costituzionali. Tra queste spicca per rilevanza, proprio in rapporto alla vicenda della eguaglianza, la Costituzione Francese della Seconda Repubblica, del 4 novembre 1848. Questa Costituzione, per quanto ben presto stravolta e travolta da Napoleone III e dal Secondo Impero, rappresenta una tappa fondamentale soprattutto perché esprime in sé i valori complessivi della *République*: il suffragio universale, che da questo momento non uscirà più dall'ordinamento francese, lo Stato laico e l'istruzione obbligatoria e gratuita per tutti, ed infine lo sforzo di estendere l'eguaglianza dal campo civile a quello sociale. La Repubblica è insomma necessariamente, come formula politica, democratica e sociale.

Centrale nel 1848 fu la discussione sul diritto al lavoro. Non è ora possibile mostrare qui i limiti e gli esiti di quella discussione. A noi preme piuttosto tenere saldamente in mano il filo dello sviluppo

storico del costituzionalismo. Assume particolare rilievo da questo punto di vista il discorso in materia di diritto al lavoro tenuto alla Assemblea da Tocqueville, il 12 settembre. Si tratta di un discorso durissimo, senza mediazioni, seccamente contrario. Tocqueville denuncia il fatto che con il diritto al lavoro la Repubblica sociale e democratica diverrà senza meno « socialista », producendo così uno Stato dispotico, « proprietario unico di tutte le cose », ed ancora « grande ed unico organizzatore del lavoro » (8).

Come ben si vede, « unico » è la parola-chiave. Torna qui l'idea-madre settecentesca secondo cui il costituzionalismo ha come suo compito principale quello di promuovere e difendere la pluralità. Ora che questa non è più minacciata da alcun sovrano assoluto, il suo nemico capitale è più che mai la democrazia, di nuovo la 'eguaglianza estrema', perché di lì passa la via che conduce al nuovo dispotismo. Sono ben noti a questo proposito i passi in cui Tocqueville denuncia il pericolo del « potere immenso e tutelare », del « compromesso tra il dispotismo amministrativo e la sovranità popolare », come carattere saliente del secolo che sempre più corre verso la democrazia (9).

Ma quel che più conta è mostrare quanto ancora forte sia, a metà del secolo scorso, *la radice aristocratica* del costituzionalismo moderno. In altri passi della sua opera, Tocqueville non fa mistero delle sue simpatie per quel lato dell'antico regime che non conosceva la presenza invadente e monolitica dello Stato moderno. Quasi con spirito nostalgico, Tocqueville lascia intendere che quel tipo di libertà, troppo « irregolare e saltuaria, sempre chiusa nel limite delle classi, sempre legata con l'idea di eccezioni e di privilegi », avrebbe forse potuto essere riformata, come anche Montesquieu aveva sperato esattamente un secolo prima. Questo il passo decisivo: « Si dovrà perennemente rimpiangere che, in luogo di piegare quella nobiltà all'osservanza delle leggi, la si sia sradicata e distrutta.

---

(8) A. De Tocqueville, *Contro il diritto al lavoro* (12 settembre 1848), in Id., *Scritti, note e discorsi politici 1839-1852*, a cura di U. Coldagelli, Torino, 1994, pp. 170 e ss.

(9) Il riferimento è ai celebri capitoli della *Democrazia in America*, scritti contro il « nuovo dispotismo »: A. De Tocqueville, *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, 1968-69, II, pp. 798 e ss.

Agendo in tal modo, si inferse alla libertà una ferita che non guarirà mai » (10).

Il discorso è ben chiaro. La Rivoluzione, come atto necessariamente radicale e violento, aveva finito per andare oltre. Insieme al dato negativo, i privilegi, aveva finito per gettare via anche quello positivo, consistente nella complessiva strutturazione del corpo sociale in senso plurale, e per ciò stesso resistente alla uniformazione dispotica dall'alto. Non sorprenderà allora il fatto che nel bel mezzo della notissima apologia tocquevilleana del diritto di associazione, il risultato di questo sforzo associativo sia qualificato come « persona aristocratica ». Tale è « un'associazione politica, industriale, commerciale o anche scientifica e letteraria », che è come « un cittadino illuminato e potente, che non può essere assoggettato a piacere, né oppresso in segreto » (11). Insomma, il diritto di associazione rafforza il grado di autonomia della società civile dallo Stato, ad imitazione delle perdute libertà ed autonomie di antico regime.

Così è anche per l'altro grande rimedio antidispotico, che per Tocqueville è sicuramente il controllo di costituzionalità, che egli studia, com'è ben noto, nella sua forma storica statunitense. Quando i giudici disapplicano la legge, essi non fanno valere — come aveva sostenuto Hamilton in un celebre passo del *Federalist* — la costituzione voluta dal popolo sovrano contro una volontà politica più particolare e subordinata, quella del parlamento e della maggioranza. Il controllo di costituzionalità non ha nulla a che vedere con il principio democratico della sovranità popolare. Al contrario, si oppone decisamente a quel principio, e per Tocqueville è giusto che sia così. Quel controllo è esplicitamente il « solo elemento aristocratico » che possa convivere, temperandolo, con il principio democratico. Esso proviene storicamente dallo « spirito legistico », di cui è portatore il ceto, in sé aristocratico, dei giuristi, che ha il compito, in una società democratica, di conservare il culto « dell'ordine » e

---

(10) Si veda A. De Tocqueville, *Scritti politici*, cit., I, pp. 704 e ss., con riferimento all'altra grande opera di Tocqueville, dedicata a *L'antico regime e la Rivoluzione*.

(11) Il diritto di associazione, come il controllo di costituzionalità, cui accenneremo di seguito, sono dunque per Tocqueville veri e propri contrappesi alla democrazia, e sono trattati in questa chiave nella *Democrazia in America*, *ivi*, II, pp. 817 e ss.

« delle forme ». Sembra di ascoltare, non ad un secolo, ma a due secoli di distanza, Coke, contro Hobbes (12).

Ma il costituzionalismo del diciannovesimo secolo non è solo Tocqueville, ovviamente. Per concludere, sono necessari per lo meno altri due riferimenti, l'uno alla grande tradizione britannica ed al *rule of law*, l'altro al *Rechtsstaat*, la formula che poi, com'è noto, sarà dominante nella seconda metà del secolo, specialmente da noi in Italia.

Il costituzionalismo britannico si nutre di due grandi idee: la tutela dei « diritti assoluti » dei *britishmen*, secondo la nota definizione di Blackstone, del 1765, e la sovranità del parlamento, che pure può essere fatta risalire, nella sua più consueta formulazione, al medesimo autore (13). Quali siano i diritti assoluti dei *britishmen* è cosa nota, da molteplici definizioni che si rincorrono per più di un secolo, da Blackstone a Dicey: il *trial by jury*, il divieto di tassazione senza rappresentanza, l'*habeas corpus*, il divieto di pene crudeli ed inusitate, ed altro ancora. Come si vede, si tratta di libertà civili, corredate da tutte quelle libertà politiche che sono necessarie per meglio controllare chi esercita i poteri pubblici di coazione e proteggere così le stesse libertà civili. Il discorso della eguaglianza si sviluppa in questo ambito nel costituzionalismo britannico, ed in questo ambito è anche particolarmente puntuale e rigoroso. Non dobbiamo mai dimenticare che la Rivoluzione americana nasce all'inizio dalla protesta contro un'ingiustificata differenza di trattamento tra *britishmen*, quelli della madre patria e quelli dell'altra sponda dell'Atlantico, dunque in definitiva da un problema di eguaglianza.

Ma nulla si comprende di questo tipo di costituzionalismo senza l'altro corno del dilemma: la sovranità del parlamento, che può sembrare perfino singolare proprio nel paese che con più forza ha affermato l'autonomia delle libertà civili, affidandole alla tutela in sede giurisdizionale. Il fatto è che nel costituzionalismo britannico abbiamo due circuiti del tutto distinti: da una parte i diritti e la giurisprudenza, dall'altra la politica e il parlamento. Il parlamento

---

(12) *Ibid.*, II, pp. 310 e ss.

(13) W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-69, rist. N. York, 1966, I, pp. 41 e ss.

afferma la sua sovranità entro questo secondo circuito. Nel senso che nel modello costituzionale britannico è assolutamente necessario presupporre il fatto che il parlamento rappresenta l'intera dimensione politica concreta della società. A partire dal principio medievale del *King in Parliament*, ed attraverso una serie successiva di mediazioni, ciò a cui si punta è questo: che il parlamento rappresenti tutte le istituzioni politiche, gli interessi concreti, le città ed i luoghi strategicamente rilevanti, di cui il regno e la nazione si compongono. In una parola, attraverso la sovranità del parlamento, la politica dei *britishmen* si pone oggettivamente come *politica integralmente costituita*, che assume di necessità forme parlamentari. Da qui, perfino la difficoltà di articolare in inglese il potere costituente: *constituent* o *constituting power*, un'espressione tutto sommato rara nelle fonti, che solo Thomas Paine adoperava correntemente nel mondo anglofono. Ma Paine, com'è noto, era tra i *britishmen* non a caso quello più critico verso la stessa tradizione britannica.

Come sappiamo, tutta questa medesima tradizione costituzionale precipitò con grande efficacia nelle pagine di Edmund Burke, nelle sue *Reflections* del 1790. Qui troviamo al meglio la critica al potere costituente della Rivoluzione francese, alla pretesa di unificare la società sotto le bandiere della sovranità popolare e del potere costituente. Qui, il costituzionalismo britannico mostra con assoluta evidenza il punto oltre il quale esso non poteva procedere nello sviluppare il discorso della eguaglianza. Era il punto in cui dalla eguaglianza nel godimento delle libertà civili si passava alla eguale pretesa di tutti di determinare la forma politica. Questa forma non era a disposizione di una qualsivoglia volontà, perché per l'appunto era una forma integralmente costituita, la forma monarchica e parlamentare della costituzione inglese, per Burke la forma politica per eccellenza in Europa, da cui la Francia stava colpevolmente divergendo.

Ma quella forma doveva essere strenuamente difesa soprattutto perché era frutto della logica prudente e compositiva della storia, e dunque per sua natura corrispondente ed aderente ai rapporti effettivamente esistenti nella società. Quei rapporti non potevano essere uniformati dall'alto per volontà costituente, ma dovevano invece essere riflessi nelle istituzioni politiche, rispettando le differenze e le pluralità. Alla fine, anche il costituzionalismo britannico,

come il liberalismo aristocratico di Tocqueville, è portatore di questa grande idea: che la costituzione sia, come lo stesso Burke afferma, un « sistema di vincoli e di pattuizioni sociali », qualcosa che ha in sé la caratteristica e la virtù della pluralità, che il costituzionalismo deve difendere contro ogni volontà politica concentrata, ora soprattutto contro il potere costituente, che fatalmente porta con sé la minaccia della 'eguaglianza estrema' (14).

E veniamo finalmente all'ultimo modello, quello tedesco del *Rechtsstaat*. Iniziamo dalla coda, dalla definizione della costituzione nella *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e le loro sfere di azione, ed infine la posizione fondamentale del singolo di fronte allo Stato » (15). Si capisce bene quale sia la specificità di questa definizione della costituzione: in nessun altra esperienza si è mai definito la costituzione ricorrendo in modo così massiccio allo Stato. Si può anzi senz'altro dire che tutta questa definizione ha senso solo se *si presuppone lo Stato*. Studiare la costituzione significa quindi studiare l'organizzazione dello Stato, i suoi organi, i limiti alle loro sfere di azione, e tra questi quelli essenziali che servono a garantire i diritti degli individui. Sulla rilevanza di questa definizione non possono esservi dubbi, nel senso che intere generazioni di giuristi, soprattutto in Italia e in Germania, hanno studiato il diritto pubblico, e perfino costruito i loro manuali, secondo questo schema. Ma qual è il segreto di questo successo? E quali sono le ricadute di questa impostazione sul problema che più ci interessa, sul principio di eguaglianza?

Per comprendere tutto questo, bisogna fare un passo indietro, ed interrogare il massimo interprete del mutamento costituzionale, insieme politico e sociale, della Germania all'inizio del secolo, che è certamente Hegel. Il filosofo tedesco guardava alla Rivoluzione francese come ad un evento terribile, ma anche magnifico. La Rivoluzione aveva distrutto un'intera costituzione, quella di antico

---

(14) E. Burke, *Reflections on the Revolution in France (1790)*, in *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. VIII, *The French Revolution*, ed. by L.G. Mitchell, Oxford, 1989, p. 71.

(15) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914, rist. 1919, III, 15, p. 506.

regime, ma non per questo aveva distrutto lo Stato, il principio di unità politica. Ed era questo che suscitava l'ammirazione di Hegel: la Francia possedeva una legge, i Codici, l'amministrazione, l'esercito. Attorno a tutto questo cercava faticosamente di ricostruire una costituzione, ma intanto esisteva politicamente, perché aveva uno Stato. Qui stava il punto decisivo, perché per Hegel, al contrario, la « Germania non è più uno Stato ». Essa è rimasta talmente attaccata alla sua « costituzione giuridica », al suo amore per le libertà e l'indipendenza, dei luoghi, delle corporazioni, delle città, dei ceti, da aver smarrito del tutto il filo della unità politica. La Germania ha bisogno di trasformare la sua tradizionale costituzione giuridica, il suo tradizionale sistema di vincoli e pattuizioni, avrebbe detto Burke, in una *costituzione statale*, una *Staatsverfassung* (16). La Germania ha bisogno di un diritto pubblico emancipato dal diritto privato, ma questo deve avvenire in forme specifiche, nazionali tedesche, soprattutto evitando l'estremo francese del potere costituente: è fin troppo noto il passo hegeliano in cui si afferma che la costituzione non è mai *ein Gemachtes*, il prodotto di una volontà (17).

Su questa base, si costruì effettivamente il diritto pubblico in Germania nel corso del diciannovesimo secolo. Nel problema che Hegel aveva posto, della emancipazione del diritto pubblico statale dal diritto privato, era contenuta una tendenza in sé egualizzante, perché in Germania il diritto privato era in sostanza, in assenza di Codice, il diritto dei ceti. Nella appartenenza di tutti al medesimo Stato — la celebre *Staatsangehörigkeit* — emergeva quella eguaglianza che non era possibile nell'ambito del diritto privato non codificato, ancora dominato dal criterio del ceto. Ma c'è, nel modello tedesco, un inesorabile e necessario rovescio della medaglia. Proprio perché in esso la cittadinanza non è altro che appartenenza allo Stato, non è pensabile alcuna cittadinanza che non derivi dalle leggi positive dello Stato. Così come i diritti dei cittadini sono solo

---

(16) G.W.F. Hegel, *La costituzione della Germania (1799-1802)*, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Bari-Roma, 1997, pp. 3 e ss.

(17) Ci riferiamo al celebre paragrafo 273 dei *Lineamenti di Filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio (1821)*, a cura di G. Marini, Bari-Roma, 1987, p. 221.

ed esclusivamente quelli garantiti dalle leggi dello Stato, e la stessa eguaglianza è solo ed esclusivamente eguaglianza di trattamento da parte delle leggi dello Stato.

Anche la soluzione tedesca dello Stato di diritto è dunque basata sul concetto del limite che non può essere oltrepassato. Ciò che va oltre questo limite è infatti 'politico', e non più 'giuridico-statale', è la cittadinanza dei rivoluzionari francesi, dai confini incerti e dilatati, giuridicamente non calcolabili, perché sostanzialmente dipendenti dalle volontà, capricciose e mutevoli, del popolo sovrano e del suo minaccioso potere costituente. C'è dunque ancora una volta una 'eguaglianza estrema' da condannare, che in sostanza è quella che la politica può pretendere di inventare e di dettare quando assume tratti costituenti, forme immediate, primitive ed originarie, non giuridiche, non statali. Il principio di eguaglianza cui si perviene e che si ammette presuppone invece che tutta la politica sia ormai racchiusa dentro lo Stato, e che dunque null'altro vi sia da pretendere fuori dalle leggi dello Stato.

Il secolo si conclude così. Beninteso, alla fine del secolo vi è molta più eguaglianza nel diritto pubblico europeo di quanta ve ne fosse all'inizio. Ma ad una condizione. Che fosse chiaro che l'elastico della eguaglianza era tirato fino al suo estremo. Che aveva ragione Montesquieu quando indicava quel limite estremo oltre il quale l'eguaglianza diveniva sovvertitrice, distruttiva della costituzione stessa. Il principio di eguaglianza entrava nel diritto pubblico europeo, ma circondato da mille preoccupazioni, saldamente circoscritto entro l'orizzonte della legge positiva dello Stato, e solo a questa condizione ammissibile come principio giuridico. Quel principio era dunque riuscito ad entrare nel mondo del diritto, e perfino a dismettere le minacciose vesti che tanto avevano preoccupato — come abbiamo visto — il costituzionalismo europeo tra Sette e Ottocento, da Montesquieu in poi, ma solo a condizione di racchiudersi nel recinto protetto della legalità statale.

4. Cerchiamo ora di tirare le fila. Un primo punto è sicuro. Nella nostra tradizione costituzionalistica il principio di eguaglianza si svolge tutto, fino al Novecento, entro l'orizzonte del principio di legalità. Tale è l'orizzonte ultimo, che si tratti dell'illuministica tendenza alla riduzione dell'arbitrio politico, della volontà generale della Ri-

voluzione francese, o anche della eguaglianza di fronte alla legge nell'ambito dello Stato liberale di diritto. Un secondo punto è sicuro. Ogni volta che si è tentato storicamente di trascendere quell'orizzonte, con le dottrine radicali della sovranità popolare, con la fiammata giacobina, o nel Quarantotto, il costituzionalismo ha fatto argine. Il costituzionalismo, di Montesquieu e di Tocqueville, della *ancient constitution* britannica, di Blackstone, di Burke e di Dicey, ma anche la dottrina che si sviluppò nell'ambito del *Rechtsstaat*, ha sempre opposto il valore costituzionale, storico-positivo, di un certo ordine dato al pieno dispiegarsi del principio di eguaglianza.

Spesso entro tale ordine ha assunto grande rilievo il carattere della pluralità, a partire dalla originaria matrice aristocratica della tradizione costituzionalistica. Cosicché, per converso, l'eguaglianza estrema è stata associata, da una parte alla uniformazione ed al dispotismo, dall'altra alla instabilità, alla rousseauviana tendenza alla continua rimessa in discussione della forma di governo. In una parola, nella nostra tradizione costituzionalistica l'eguaglianza ammissibile è quella che si ha per il tramite della legge. L'eguaglianza al di là di quel limite è *nemica della costituzione*, perché genera dispotismo ed insicurezza, cioè il contrario di libertà e sicurezza, che sono certamente i due valori-guida di quella medesima costituzione.

La nostra analisi è confermata anche dal punto di vista delle dottrine della eguaglianza. Se è vero che il costituzionalismo avversa la 'eguaglianza estrema', è anche vero che i due autori, Hobbes da una parte e Rousseau dall'altra, che in modo più intenso e radicale hanno descritto la condizione materiale, o prescritto il valore politico, della eguaglianza, sono i due autori che più hanno disprezzato, o temuto, la dimensione della legge fondamentale. Hobbes, nel *Leviatano*, vi ironizzava sopra, dicendo che molto aveva letto a proposito di leggi fondamentali, e che poco aveva capito, e che per lui l'unica legge fondamentale, l'unica parte non mutevole della costituzione — diremmo con il linguaggio odierno —, è quella che impone di preservare il sovrano, di non dissolvere l'unitaria rappresentazione della comunità politica attraverso la persona del sovrano (18). E Rousseau, d'altra parte, nel *Contratto sociale* diceva che il popolo sovrano può tutto,

(18) T. Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 1996, cap. XXVI, p. 237.

meno una cosa: vincolare sé medesimo per il futuro attraverso una legge fondamentale, che ad esso leghi le mani, che ad esso impedisca ad ogni momento di rivedere la propria volontà (19).

Dunque, una cosa è certa, dentro la nostra tradizione politico-costituzionale: i teorici della eguaglianza sono soprattutto *teorici della sovranità*, sono estranei al costituzionalismo, inteso come tecnica di limitazione del potere a fini di garanzia, come scienza, da Montesquieu in poi, dei pesi e dei contrappesi. Ed anche Jellinek, nel costruire la costituzione statale che abbiamo visto, indicava non a caso i suoi due nemici, parimenti insidiosi, in Hobbes ed in Rousseau: i teorici della eguaglianza erano dunque, ancora una volta, i nemici della costituzione, dello Stato di diritto (20).

Se questo è il lascito della tradizione, diviene allora più chiaro il significato della svolta che si è prodotta nel Novecento. Il secolo che sta finendo ha finalmente prodotto ciò che prima non esisteva, ovvero *un costituzionalismo della eguaglianza*. Con le costituzioni democratiche del Novecento si sono per la prima volta superate le colonne d'Ercole fissate da Montesquieu, permettendo a quella che egli chiamava 'eguaglianza estrema' di divenire un vero e proprio principio costituzionale. Le costituzioni del Novecento, e solo esse, hanno saputo superare la tradizione costituzionalistica, accompagnando per mano l'eguaglianza nel recinto della costituzione.

Quelle costituzioni hanno pensato alla eguaglianza non solo nella forma, inizialmente aristocratica, e poi, nel passaggio decisivo, statale, della eguaglianza di fronte alla legge, ma anche nella forma, intensamente politica e pubblica, della comunità dei cittadini, tra loro eguali, che decidono del loro futuro, secondo quanto vuole il principio democratico. Ciò che a metà del Settecento appariva scandaloso, che dette origine alle fiamme che bruciarono il *Contratto sociale*, ha potuto mostrarsi nelle forme ordinate e prescritte del principio costituzionale. Ciò che per secoli è stato, fuori della costituzione, il problema sociale e politico della eguaglianza ha potuto divenire il principio costituzionale della eguaglianza, dentro

---

(19) J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Torino, 1994, cap. VII, p. 26.

(20) G. Jellinek, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau) (1891)*, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, II, Berlin, 1911, rist. Aalen, 1970, pp. 3 e ss.

la costituzione. In una parola, il Novecento *ha riconciliato costituzione ed eguaglianza*, che storicamente appartenevano a due campi diversi. Come sappiamo, l'eguaglianza aveva infatti nella nostra vicenda incontrato più volte la legge, ma mai la costituzione, cui anzi era rimasta estranea, se non addirittura ostile.

Ma come è potuto accadere tutto questo, e perché proprio nel Novecento? Io credo che la risposta stia nel concorso di due ordini di fattori, che risultano essere, proprio sul piano storico-comparativo, propri e specifici del Novecento. Il primo consiste nella assoluta rilevanza che la costituzione assume nel corso del nostro secolo. Si tratta di una rilevanza storicamente inedita, di proporzioni mai conosciute. In primo luogo, dal punto di vista, sempre decisivo, del rapporto tra costituzione e legittimazione del regime politico. Mai come nel corso del Novecento alla costituzione è stato attribuito con tanta frequenza ed intensità il compito di sancire il superamento, spesso drammatico e violento, dei regimi politici, e soprattutto il compito di fondare e di legittimare nuovi regimi politici al posto di quelli trascorsi. Da Weimar in poi, il Novecento è il secolo delle Assemblee costituenti, ed in questo senso è, per eccellenza, il secolo delle *costituzioni politiche*. L'intrinseca politicità delle costituzioni del Novecento è poi ben evidente anche dal punto di vista dei contenuti della norma costituzionale. Proprio perché quelle costituzioni sanciscono quasi sempre un complessivo mutamento di regime, esse tendono fatalmente a dilatare il proprio oggetto, a voler rappresentare l'intero spazio dei rapporti rilevanti sul piano collettivo: la famiglia, l'istruzione, il lavoro, l'impresa, in genere le istituzioni della economia, entrano nella sfera della costituzione.

Per ciò che riguarda questo primo aspetto, la nostra conclusione è quasi obbligata. In realtà, ciò che accade nel passaggio tra Otto e Novecento è un mutamento, forte e radicale, nella concezione della costituzione, l'affermazione anzi di un vero e proprio nuovo paradigma costituzionale. Ciò che prima serviva solo a disegnare la forma di governo — nel modello statale i rapporti tra gli organi dello Stato —, ed a tutelare determinati diritti, essenzialmente attraverso il rinvio alla legge, ora ambisce a disegnare l'intero spazio politico e sociale. Questa è dunque la prima condizione nuova che si produce nel nostro secolo: proprio grazie a questo spazio così accresciuto è possibile ora ritornare sulla problematica della eguaglianza, tradu-

cendola in un vero e proprio principio costituzionale operante nel campo civile, ma anche, ed inscindibilmente, in quello politico e sociale. In altre parole, costituzione ed eguaglianza si conciliano prima di tutto perché la prima assume un'estensione tale da poter contenere tutte le implicazioni della seconda. Nessuna eguaglianza può più minacciare la costituzione, può più essere 'estrema', per la buona ed ottima ragione che c'è ora una norma giuridica, la costituzione, che è in grado di contenere il suo completo dispiegarsi come principio costituzionale.

Si tratta di un fatto storico di rilevanza straordinaria, che sopra ho tradotto nella formula del costituzionalismo della eguaglianza, per indicare *un tipo storico* di costituzionalismo che comprende il problema della eguaglianza, senza amputarlo a priori, pretraducendolo nella forma della legalità statale. Ma, come sopra si diceva, due sono gli ordini di fattori che concorrono a determinare questo esito. Come sappiamo, se la parte più consistente della tradizione costituzionalistica aveva condannato la cosiddetta 'eguaglianza estrema', era perché questa era stata spesso posta nel senso di un principio politico assolutamente dominante, più incline, come nel caso di Hobbes e di Rousseau, a realizzarsi attraverso la sovranità, magari dello stesso popolo, che a svilupparsi nelle forme stabili e protette della costituzione.

Ebbene, questo è il secondo dato nuovo del nostro secolo: il pieno dispiegarsi del principio di eguaglianza, il suo farsi 'estrema', non coincide più con il suo porsi come principio politico assolutamente dominante, tale cioè da degradare la costituzione alla dimensione del mero programma, del mero strumento di realizzazione delle volontà del popolo sovrano. Dunque, se costituzione ed eguaglianza — come abbiamo visto — tendono nel nostro secolo a conciliarsi, non è solo perché la costituzione si espande fino a poter affermare una versione estesa, in passato 'estrema', della eguaglianza, ma anche perché questa seconda si lascia afferrare, accetta di disciplinarsi, dismette le vesti più ostili alla dimensione della legge fondamentale, e diviene così infine principio costituzionale, entro la costituzione. E questa stessa costituzione, a sua volta, è intesa ora anche come complesso di limiti, come espressione normativa di principi e di valori, come l'inviolabilità dei diritti fondamentali, o come anche quel necessario equilibrio tra i poteri, che — come

ricorderemo — il radicalismo giacobino avversava, che oggi si configurano, nel loro complesso, come un vero e proprio argine ad un'illimitata estensione del principio democratico, nella linea della *democrazia costituzionale*, di un regime politico saldamente democratico, ma nondimeno costituzionale: proprio ciò che era difficile da pensare nella nostra tradizione costituzionalistica.

Ma allora, quando oggi adoperiamo con tanta frequenza e disinvoltura questa espressione — 'democrazia costituzionale', appunto —, dovremmo forse essere un po' più consapevoli del fatto che dentro questa formula vi è la pretesa di conciliare ciò che storicamente è stato per due secoli appartenente a due campi diversi: la democrazia da una parte, e la costituzione dall'altra. È ciò che abbiamo inteso qui mostrare, proprio sul delicatissimo terreno della eguaglianza. Ma allora, se riteniamo che la democrazia costituzionale rappresenti un buon punto di equilibrio tra l'esigenza democratica e quella costituzionalistica, tra il sistema delle azioni e delle volontà ed il sistema dei limiti e delle garanzie, bisognerebbe di più e sempre considerare il fatto che si tratta di un equilibrio recente ed inedito, privo di salde radici sul piano storico, e come tale fatalmente fragile.

La storia invita dunque, in questo caso, alla cautela, alla assunzione di atteggiamenti moderati, non estremi. Più in particolare, dovremmo evitare in ogni modo di tornare alla antica contrapposizione tra democrazia e costituzione. La recente ed ancora fragile esperienza della democrazia costituzionale ha infatti bisogno di mantenere un rapporto forte e diretto con entrambe le proprie fonti. La democrazia costituzionale non può permettersi il lusso di una costituzione integralmente politica, che si nutra di pretese unilateralmente conformanti, ma neppure il lusso di una costituzione antipolitica, che si configuri solo come sistema di limiti giurisprudenzialmente definiti, in modo quasi necessariamente sempre più distaccato dalla sua matrice originaria, ed in fondo dallo stesso principio democratico. Nella linea della democrazia costituzionale, non è certamente più possibile *una democrazia senza costituzione*, ma per gli stessi motivi, e con pari forza, non si dovrà ritenere più possibile *una costituzione senza democrazia*, ovvero quella medesima costituzione che così fortemente è stata difesa e sostenuta dalla parte più rilevante della nostra tradizione costituzionalistica. Questa tradizione, che abbiamo visto svilupparsi da Montesquieu in poi,

spesso in opposizione al pieno dispiegarsi del principio di eguaglianza, non può insomma più coprire l'intero spazio della costituzione, che nel corso del Novecento ha acquisito anche un fondamento inequivocabilmente democratico. Ma questo fondamento non può essere, a sua volta, esclusivo, essendo oggi la costituzione anche un sistema di limiti, che nel loro complesso escludono la sua configurabilità come mero strumento di realizzazione della volontà del popolo sovrano.

Dentro il quadro storico del Novecento, e delle democrazie costituzionali, la conclusione in materia di eguaglianza è dunque obbligata. Il doppio fondamento delle costituzioni del Novecento, democratico e costituzionalistico, esclude anche in materia di eguaglianza soluzioni estreme, sbilanciate da una parte o dall'altra. Il fondamento democratico della costituzione esclude, per un verso, un'eguaglianza solo formale, limitata al primo comma dell'articolo terzo, che si realizzi per il tramite esclusivo della giurisdizione, e dei limiti da fissare alla legge sulla base del divieto di discriminazione. Ma per altro verso è parimenti incompatibile con le costituzioni del Novecento il tradursi del principio costituzionale di eguaglianza in principio politico esistente prima della costituzione, contenente una sorta di previa definizione della società giusta, affidata per la sua realizzazione in modo altrettanto esclusivo o assolutamente prevalente ai poteri in cui si esprime primariamente la volontà del popolo sovrano. Tra questi due estremi è contenuto lo spazio, spesso mobile ed incerto, entro cui si va sviluppando, anche in materia di eguaglianza, la vicenda delle odierne democrazie costituzionali.

2.

LO STATUTO E IL COSTITUZIONALISMO DELL'ETÀ LIBERALE

1. Premessa. L'età del costituzionalismo liberale in Europa. — 2. Il 'modello costituzionale' dell'età liberale. — 3. Lo Statuto nel quadro europeo del costituzionalismo liberale.

1. Questa prima sessione del Convegno è dedicata ai 'modelli costituzionali' (1). Penso che si sia compiuta questa scelta, e che si sia indicata questa traccia, al fine essenzialmente di collocare il problema storico dello Statuto entro il quadro complessivo delle costituzioni moderne, ed in particolare del costituzionalismo dell'età liberale. Il tentativo che di conseguenza potrebbe essere compiuto è quello d'individuare il posto dello Statuto entro questa storia più ampia. E dunque, rispondere a questa domanda: quale 'modello costituzionale' è contenuto nello Statuto? Quale tipo di Carta costituzionale può dirsi lo Statuto, in rapporto ai tipi, ed ai modelli, presenti nell'età del costituzionalismo liberale?

Quando dico 'età del costituzionalismo liberale', si rendono già necessarie alcune precisazioni. Noi usiamo questa espressione con un significato molto ampio, che va al di là dei confini che comprendono le costituzioni liberali, o dei partiti liberali: quella spagnola di Cadice del 1812, quella orleanista del 1830, quella belga del 1831. Il costituzionalismo liberale è per noi rappresentabile come un movimento molto più ampio. In esso si produce appunto un determinato 'modello costituzionale', che trova — come vedremo tra poco —

(1) Al testo che qui si dà alle stampe è stato volutamente mantenuto il suo carattere originario, pensato per la relazione orale. Per lo stesso motivo, sono ridotti al minimo i riferimenti ed i rinvii contenuti nelle note.

una sua prima definizione teorica nel 1748, in alcune decisive pagine dell'*Esprit des Lois* di Montesquieu, che anima l'evoluzione storica della costituzione inglese, in questo caso già a partire dal diciassettesimo secolo, che ritroviamo in aspetti decisivi delle rivoluzioni della fine del diciottesimo, americana e francese, ed infine anche nelle Carte e nelle Costituzioni del secolo scorso. Questa età termina, infine, quando si afferma il diverso modello del costituzionalismo democratico, con le Costituzioni del Novecento.

Il costituzionalismo liberale è dunque, per dirla in estrema sintesi, il tipo storico di costituzionalismo che è risultato egemone in Europa tra Sette ed Ottocento, nell'età della progressiva demolizione delle istituzioni dell'antico regime e dei diritti di ceto, della transizione alla società borghese e liberale dei diritti individuali. È bene subito precisare che le Carte costituzionali svolgono in questo quadro storico generale un ruolo importante, a volte anche decisivo, ma mai esclusivo. Si può anzi sostenere che assai spesso in questa fase storica i principi e gli istituti fondamentali sono contenuti più nei Codici che nelle Costituzioni. Spesso cioè le partite decisive si giocano più nella redazione dei Codici che nella proclamazione delle Carte e delle Costituzioni. I primi ben più delle seconde penetrano nelle pieghe profonde della società del tempo. E contengono in fondo i veri 'principi costituzionali' delle società liberali del diciannovesimo secolo, che le caratterizzano in senso forte: la proprietà privata individuale, l'autonomia negoziale, la responsabilità contrattuale. Ai Codici, più che alle Carte costituzionali, si deve dunque chiedere quale fosse davvero l'identità storica delle società liberali.

E tuttavia le Carte e le Costituzioni svolsero un ruolo certo non irrilevante. Si trattava, per dirla in sintesi, di garantire forme di governo *moderate e bilanciate* — da qui la rilevanza del tipo fondamentale inaugurato da Montesquieu, come subito vedremo —,tali da ridurre in modo consistente la dimensione politica dell'arbitrio, e da garantire anche, nelle forme che vedremo, alcuni diritti individuali, attraverso lo strumento principe della legge. Le Costituzioni di cui parliamo — e lo Statuto è una di queste — devono quindi contenere due punti fondamentali: la strutturazione di una forma di governo non ispirata ad un principio politico dominante in senso assoluto, sia esso quello monarchico, o quello, all'estremo opposto,

radicale e democratico della sovranità popolare, ed il rinvio alla legge in funzione di garanzia di determinati diritti.

2. Questo schema è quello che fu inaugurato da Montesquieu nel 1748, nel suo *Esprit des Lois*. La straordinaria rilevanza di questo testo è data dal fatto che in esso si ha per la prima volta una connessione esplicita tra « costituzione » e « libertà politica » (2). La costituzione è quella particolare forma di governo, moderata e bilanciata, che garantisce la libertà politica, degli individui, ma anche dei corpi e delle plurime articolazioni dell'intera società: 'politica', beninteso, in opposizione a 'naturale', come libertà di cui si gode nello stato politico, all'interno dell'associazione politica, attraverso lo strumento della legge. La costituzione garantisce i diritti perché li affida alla legge, escludendo quindi che di essi si possa disporre in modo assolutamente discrezionale, normativamente non previsto. Siamo alle origini del notissimo modello della garanzia legislativa dei diritti, e più avanti ancora delle contemporanee riserve di legge, anche se ovviamente vi è ancora moltissima strada da compiere a questo proposito (3).

Ma qual'è la virtù nascosta di questa legge? Perché tutti si dovrebbero così tanto fidare della sua capacità di protezione? Appunto perché quella legge è disciplinata dalla costituzione, che garantisce che essa è frutto di un certo procedimento, non è mai affidata alle mere volontà politiche arbitrarie del momento. Qui si apre lo scenario decisivo per tutte le Carte costituzionali che si ispirano a questo modello, compreso il nostro Statuto albertino. La legge per Montesquieu è atto di moderazione e di equilibrio perché è il meditato e concorde risultato di tre volontà, secondo il notissimo modello inglese del *King in Parliament*, dunque dei *Commons*, dei *Lords*, e dello stesso Re.

---

(2) La connessione cui ci riferiamo nel testo è contenuta soprattutto nel celebre libro undicesimo dell'opera principale di Montesquieu.

(3) Non dimentichiamo mai che la realtà a cui si riferisce Montesquieu è ancora intessuta di nobiltà, di corpi e di ceti. Ciò che si vuol però dire è che il discorso della legalità, inteso come divieto di discriminazione arbitraria, di disciplina meramente politica e normativamente non regolata, dei diritti di ognuno, precede la rivoluzione francese, e dunque la forma individualistica che diverrà dominante con la svolta rivoluzionaria.

Sulla necessità di una struttura bicamerale — *Commons* e *Lords* — non vorrei soffermarmi. Il punto realmente decisivo è quello della necessaria partecipazione del Re al procedimento legislativo. Montesquieu ritiene questa partecipazione indispensabile per un motivo molto semplice. Se gli altri due rami del parlamento fossero liberi di fare le leggi che vogliono senza il Re, essi fatalmente concentrerebbero tutto il potere, e finirebbero per invadere ed assorbire lo stesso potere esecutivo di cui il Re è titolare. Essi estenderebbero talmente la portata ed il contenuto del loro ruolo da rendere il Re medesimo un semplice funzionario, ed il potere esecutivo un mero comitato di esecuzione delle volontà parlamentari. Questo esito, che potrebbe essere connotato nel senso del *governo per assemblea*, è sentito come estremamente pericoloso, è ciò che il costituzionalismo nascente deve contrastare. I diritti e le libertà sono infatti in pericolo, non solo quando un sovrano cerca di estromettere le assemblee rappresentative, accentrando così in sé i tradizionali poteri d'*imperium*, i poteri di esecuzione, e lo stesso potere di fare la legge, ma anche quando il medesimo accentramento avviene nelle assemblee, con l'estromissione da esse del Re, con l'assorbimento dell'esecutivo nel legislativo.

In altre parole, la legge garantisce i diritti perché non è l'incontrollato atto di predominio di un soggetto politico, sia esso l'assemblea rappresentativa senza il Re, in nome di un principio politico di carattere democratico, o il Re medesimo da solo, in nome del principio monarchico. Se poi dovessimo scavare più in profondità in questo modello, dovremmo dire che ciò che in esso è veramente essenziale è la separazione tra legislativo ed esecutivo, con il controllo reciproco dell'uno sull'altro. Chi fa la legge non può disporre del governo, dei mezzi di esecuzione, dell'amministrazione, dei poteri di nomina, e chi dispone di tutto questo — cioè il Re — non può fare da solo la legge.

Ebbene, io credo che tutto questo rappresenti il tipo fondamentale di costituzione dominante in età liberale, cui si ispirò lo stesso Statuto albertino. Lo ripetiamo ancora una volta: 'liberale' vuol dire pensare a quella garanzia legislativa dei diritti che risulta da una forma legislativa e di governo moderata, ostile all'accentramento dei poteri, che punta soprattutto alla separazione ed al reciproco controllo del legislativo e dell'esecutivo, in modo tale da non avere né

un'assemblea onnipotente che riduce il Re a primo dei funzionari, né una monarchia che monopolizza il potere legislativo, oltre l'esecutivo, di cui è già titolare.

Certo, questo schema di un costituzionalismo liberale fondato sul primato della legge, monarchico ma ormai decisamente post-assolutistico, rappresentivo-parlamentare, ma ostile allo strapotere del parlamento, conosce molte varianti nella storia costituzionale del diciannovesimo secolo, che inclinano ora di più sul lato della monarchia, ora di più sul lato del parlamento. Sempre al fine di meglio collocare il nostro Statuto, possiamo qui brevemente ricordare alcune di queste varianti.

C'è prima di tutto quella tedesca del noto 'principio monarchico', che ritroviamo in forme diverse in molte delle costituzioni degli Stati tedeschi della prima metà del secolo. In queste costituzioni vi è l'idea che il vero polo decisivo della costituzione sia quello monarchico. La costituzione è anzi assai spesso nient'altro che l'atto di volontaria autodisciplina della monarchia, che a quella costituzione decisamente preesiste. La stessa legge, più che essere il risultato concorde della volontà delle Camere e del Re, secondo il modello inglese del *King in Parliament*, è in essenza la volontà del monarca, cui successivamente si aggiunge quella delle Camere, a fini di mero perfezionamento, in fondo per rispondere a quella esigenza, ben nota anche nei secoli precedenti, del *consilium* e dell'*auxilium*, che i ceti riuniti in assemblea prestavano al loro signore. Qui, il nostro modello liberale di costituzione sembra cedere dalla parte della monarchia, sbilanciarsi dalla parte del monarca. Ed infatti, come sappiamo, il succo della storia costituzionale tedesca è dato dalla sua difficile parlamentarizzazione, che alla fine avviene compiutamente solo a condizione di negare del tutto la monarchia, saltando direttamente alla fase del costituzionalismo democratico, con i moderni partiti di massa e la repubblica weimariana.

Sull'estremo opposto abbiamo le costituzioni che sostanzialmente mettono il Re fuori dalla funzione legislativa, assegnandogli al massimo un potere di veto solo sospensivo, come la costituzione rivoluzionaria francese del 1791. In queste costituzioni il Re è ancora capo del potere esecutivo, ma essendo posto rigorosamente fuori dal parlamento — stabiliva la costituzione francese del 1791 che il

Corpo legislativo cessa di deliberare quando il Re è presente (4) —, alla fine è fatalmente condannato a subire l'influenza diretta del parlamento medesimo. In altre parole, queste costituzioni, come quella belga del 1831, una volta passata la fiammata rivoluzionaria, sono fatalmente destinate a parlamentarizzarsi, ma nel senso specifico di ridurre il monarca ad un ruolo notarile di conferma sostanziale dell'indirizzo politico che scaturisce dalle Camere. Sono cioè costituzioni che divergono dal modello enunciato da Montesquieu, nel senso che tendono a rompere l'equilibrio dualistico proprio della costituzione liberale bilanciata, facendo del governo, ormai solo decorativamente monarchico, una mera proiezione della volontà politica delle Camere.

Tuttavia, la grande tendenza dell'età liberale, quella verso l'*equilibrio dualistico*, continuerà in tutta Europa ad agire nel profondo, costringendo le costituzioni più decisamente monarchiche, come quelle tedesche, a confrontarsi continuamente con il ruolo delle assemblee rappresentative; e, per converso, indirizzando le costituzioni più decisamente parlamentarizzate a non ripudiare mai del tutto il ruolo costituzionale del monarca come capo dell'esecutivo. Per i liberali europei della prima metà del secolo era infatti impossibile ammettere, non solo un ritorno dell'assolutismo politico monarchico, ma anche un'evoluzione delle loro costituzioni in senso democratico ed ultraparlamentare, tale da ridurre fino in fondo l'esecutivo semplicemente alla proiezione della maggioranza, dei partiti politicamente prevalenti.

Contro la prima soluzione, quella neo-assolutistica, valeva ciò che aveva detto Pellegrino Rossi nella sua prima lezione di diritto costituzionale alla Sorbona, nel 1836 (5). Costituzione, diceva Rossi, non è più solo la legge naturale di vita dello Stato, nel senso

---

(4) Cost. francese del 3 settembre 1791, capitolo III, sezione quarta, articolo ottavo: « Il Corpo Legislativo cesserà di essere corpo deliberante nel momento in cui il Re sarà presente ». È evidente lo scopo della norma, che è quello d'impedire che si possa consuetudinariamente affermare una pratica della partecipazione regia all'esercizio della funzione legislativa, secondo il modello inglese del *King in Parliament*. La monarchia è ammissibile a condizione di essere estromessa dalla funzione legislativa, contro la lezione di Montesquieu.

(5) P. Rossi, *Lezioni di diritto costituzionale alla Sorbona*, a cura di G. Negri, Roma, 1992, pp. 37 e ss.

biologico derivato dalle scienze naturali, secondo cui era legittimo dire che ogni Stato ha la sua costituzione, per il fatto stesso di esistere, ed avere vita, come la costituzione del corpo umano. Oggi, diceva Rossi, esiste anche una nozione più ristretta e precisa di costituzione, secondo cui solo alcuni popoli, e Stati, hanno una costituzione, e sono i popoli liberi, quelli non più dominati dalle volontà arbitrarie dei sovrani. Contro il ritorno all'assolutismo politico, Rossi esprimeva quindi una consapevolezza che era ormai probabilmente assai diffusa: che della costituzione non si potesse più fare a meno, che essa fosse un segno forte dei tempi nuovi, protesi verso le libertà dei popoli, come egli diceva.

Ma contro la seconda ed opposta soluzione, quella democratica ed iperparlamentare, valeva il permanente timore, non meno forte, dei liberali nei confronti degli eccessi della rivoluzione e dello stesso potere costituente, del possibile emergere di un popolo sovrano, organizzato in partiti, che con il suo parlamento assorbisse tutti i soggetti pubblici, compresa la monarchia, riducendoli a funzionari agenti, mandatari, del popolo medesimo, secondo la nota prospettiva rousseauviana. Il costituzionalismo liberale rifiuta quindi parimenti i due estremi, quello neo-assolutistico e quello democratico-popolare.

Dappertutto dunque in Europa la politica costituzionale liberale tende verso il 'giusto mezzo', rifiutando i principi politici estremi, siano essi ultramonarchici o ultrademocratici. Esemplare è in questo senso la vicenda francese nel passaggio dal 1814 al 1830. Essa è stata spesso descritta in chiave di crisi definitiva del legittimismo monarchico contenuto nella Carta del 1814, di affermazione della nuova concezione costituzionale del contratto tra il Re e la Nazione. Ma potrebbe essere letta anche come l'estremo tentativo di salvare in Francia il carattere monarchico della forma di governo, attraverso una sua più ampia conciliazione con il ruolo delle Camere. Ed in effetti, per gli autori della Carta del 1830, una più stretta subordinazione del potere di ordinanza del Re alla legge e la restituzione alle Camere del decisivo potere d'iniziativa legislativa — queste, in sintesi, le maggiori differenze tra il 1814 ed il 1830 — non configuravano affatto un necessario scivolamento del sistema in senso ultraparlamentare, o una riduzione secca della presenza politico-costituzionale del Re. Si trattava piuttosto di rimettere in linea il

pendolo, che nel 1814 era troppo oscillato dalla parte della monarchia. Che poi questo tentativo sia fallito in un breve volgere di anni dando luogo ad un'altra rivoluzione, ed all'instaurazione della Seconda Repubblica, è altro discorso, che qui non può essere preso in esame. Ciò che rileva veramente è che in Francia si tentò concretamente nel 1830 d'instaurare un'autentica monarchia costituzionale, che guardò con simpatia al modello inglese tematizzato da Montesquieu, che già conosciamo: dunque un'ampia collaborazione del Re e delle Camere nell'esercizio della funzione legislativa, ed un esecutivo monarchico, ma anche aperto alle influenze che scaturiscono dagli equilibri politici che si determinano in parlamento (6).

3. Noi crediamo che il nostro Statuto sia ben inseribile entro questo quadro europeo del costituzionalismo liberale. Lo Statuto fu infatti concepito, da una parte, come Carta della monarchia, ad iniziare dal noto preambolo, concessa dal monarca, tanto che perfino nella sua strutturazione formale può dirsi più vicino alla Carta francese del 1814 che non a quella del 1830, ma nello stesso tempo, d'altra parte, non casualmente si aprì fin da subito alle influenze parlamentari.

Ed in effetti, l'errore che a nostro avviso spesso si è compiuto nell'interpretazione delle norme-chiave dello Statuto, soprattutto dell'articolo terzo sull'esercizio collettivo della funzione legislativa da parte del Re e delle Camere e dell'articolo quinto sull'appartenenza al Re « solo » del potere esecutivo, è stato quello di leggerle come se contenessero la delineazione, sicura ed univoca, di una forma di governo ferreamente monarchica, basata direttamente sul principio monarchico, in sintonia con il carattere ottriato dello Statuto.

Non era così, in effetti. La cultura degli autori dello Statuto era una cultura liberale assai moderata, ma di stampo anglo-francese, e non certo tedesco. Entro quella cultura era ben possibile pensare ad una Carta ottriata, derivante dalla volontà regia, ma che non per questo, automaticamente, produceva una soluzione alla tedesca, che

---

(6) Discute di queste problematiche, in rapporto a certi tratti generali della storia costituzionale francese, P. ROSANVALLON, *La Monarchie Impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Parigi, 1994.

tendeva ad emarginare in modo sicuro il ruolo del parlamento. Se ci poniamo in quest'ottica, ci accorgiamo di quello che probabilmente è addirittura ovvio: che nessuno, o quasi nessuno, pensò seriamente di poter impedire con le norme dello Statuto l'incipiente e quasi fatale parlamentarizzazione del sistema. Quel che piuttosto è profondamente vero sul piano storico è che si volle, anche con una certa intelligenza, e mossi da timori allora fortemente sentiti, prevenire questa parlamentarizzazione, incanalandola, in modo da condurla ad esiti che non fossero radicali, democratici, antimonarchici.

Questo è il senso, in particolare, del celebre articolo quinto: « Al Re solo appartiene il potere esecutivo ». Non si trattava tanto di affermare una forma di governo puramente monarchica, quanto di stabilire *il limite ultimo*, costituzionalmente invalicabile, alla parlamentarizzazione del sistema. La norma ha sicuramente un contenuto prescrittivo, ma più che altro in quanto vieta, ponendosi come argine nei confronti di un certo possibile esito della trasformazione costituzionale in corso. Quest'ultima non avrebbe in nessun caso potuto condurre all'affermazione di un governo di partito, pura espressione della maggioranza parlamentare e della sovranità della nazione in essa presuntivamente contenuta, alla cui genesi il Re fosse chiamato ad assistere in modo puramente notarile. Contro questo pericoloso approdo si ergeva appunto l'articolo quinto, che manteneva il modello costituzionale statutario entro i confini sicuri del costituzionalismo liberale, che dettavano la possibilità anche di governi più o meno influenzati dalle maggioranze parlamentari, ma *sempre* nel contesto di un potere esecutivo a titolarità monarchica. Come dire: il governo può anche essere espresso dal parlamento, ma esso è niente, è pura proiezione politica, non ha alcuna consistenza sul piano istituzionale e costituzionale se non riceve l'approvazione del monarca, che *sola* può trasformare un mero equilibrio politico in autentico potere dello Stato, in potere esecutivo. Solo il Re può compiere questa delicata operazione: « Al Re solo appartiene il potere esecutivo », appunto.

Rimane ora da chiedersi se questo modello costituzionale abbia avuto successo, nel corso della vita dello Stato liberale unitario. La nostra risposta è tutto sommato positiva. Pensiamo cioè che quello Stato abbia vissuto nel corso dei decenni un processo di *moderata parlamentarizzazione*, che era ciò che lo Statuto voleva. Pensiamo

anche che in conseguenza di tutto questo la monarchia abbia conservato un ruolo non irrilevante, che tendeva anzi ad essere ancor più rilevante ovviamente in quelle fasi in cui il parlamento era più in difficoltà nel formare il governo, nel determinare una maggioranza in modo forte ed univoco. La storia della parlamentarizzazione del sistema politico italiano è insomma, sotto questo profilo, la storia della permanenza, a volte incerta e contraddittoria, a volte ben più netta, dell'antico equilibrio dualistico delle costituzioni liberali: l'equilibrio tra la componente politico-partitica e parlamentare e la componente istituzionale, incorporata nella monarchia.

Si può anzi certamente dire, sul piano comparativo, che l'Italia si caratterizza proprio per *la lunga permanenza* di questo equilibrio, che va ben al di là delle più limitate fortune della monarchia sabauda, che iniziarono decisamente ad eclissarsi, com'è noto, con l'avvento del fascismo. Due ulteriori sintetiche riflessioni a questo proposito, l'una con riferimento alla seconda metà del secolo, l'altra con riferimento all'Assemblea Costituente del 1947.

Negli anni Sessanta del secolo scorso perfino nel paese-modello del costituzionalismo liberale, l'Inghilterra, era ormai chiaro che l'età di quel costituzionalismo era terminata, e che si era avviata l'età del costituzionalismo democratico. Basta leggere le pagine di Walter Bagehot o di John Stuart Mill per comprendere che ormai il problema principale della costituzione è quello di un parlamento capace di rispecchiare fedelmente, attraverso l'opera dei partiti, l'opinione pubblica, ed è quello di un governo il cui *premier* è ormai divenuto il personaggio-chiave della costituzione, a capo di un esecutivo che ha anche — contro la lezione fondamentale del costituzionalismo liberale — in sostanza la titolarità del potere legislativo, entro cui occupa la solida posizione della maggioranza. Tutto il resto, compresa la monarchia, è *dignified part of the constitution*, parte nobile, ma anche ornamentale, della costituzione, come diceva lo stesso Bagehot (7).

---

(7) Su Stuart Mill, in una direzione analoga alla nostra, rinvio alle ottime pagine di M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei*, in *Idee di rappresentanza e sistemi elettorali in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, 1997, pp. 21 e ss. Su Bagehot si veda ora la traduzione italiana della sua opera maggiore: W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995.

Tutt'altra la situazione in Italia. Basta leggere a questo proposito le pagine di Vittorio Emanuele Orlando, soprattutto i suoi noti *Studi giuridici sul governo parlamentare*, del 1886 (8). Essi sono tutti protesi a dire ai giuristi italiani, ma anche alla classe politica italiana, che il governo parlamentare è accettabile perché non è un puro governo di partito, perché non è il governo della maggioranza, perché il monarca, con la sua approvazione, garantisce che esso sia soprattutto il vertice del potere esecutivo, il governo del paese in senso istituzionale, e non un governo meramente politico, frutto del prepotere del parlamento e della maggioranza.

In Inghilterra la maggioranza era ormai divenuta grandezza costituzionale, parte decisiva ed effettiva della costituzione: su di essa si fondavano in modo esplicito i governi, a loro volta responsabili di fronte agli elettori. In Italia la maggioranza era ancora concetto puramente politico, che non poteva divenire istituzione, governo, se non attraverso il ruolo attivo di mediazione del Capo dello Stato, del Re. In Inghilterra l'affermazione piena del governo parlamentare aveva in sostanza sacrificato la monarchia, in Italia sembrava che nessun governo parlamentare fosse pensabile senza la monarchia.

Infine, l'osservazione conclusiva sull'Assemblea Costituente del 1947. Alla Costituente lo stesso Orlando, con altri influenti membri dell'Assemblea, riformulò la tradizionale dottrina liberale del governo, e fornì la suggestiva immagine dei due piloni del governo parlamentare: la maggioranza politica ed il Capo dello Stato (9). Se questo secondo pilone era caduto nella sua tradizionale configurazione monarchica, bisognava procedere alla sua ricostruzione se si voleva un autentico governo parlamentare, e si doveva quindi pensare ad un Capo dello Stato forte ed autorevole, possibilmente

---

(8) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, pp. 345 e ss.

(9) Per i necessari riferimenti alla discussione nell'Assemblea Costituente, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998, spec. pp. 108 e ss. In realtà, la metafora del 'secondo pilone' fu usata soprattutto da Meuccio Ruini, ma quasi sempre in risposta agli interventi critici di Orlando, ispirati proprio alla dottrina liberale del governo parlamentare di cui si discute nel testo, e di cui — come sappiamo — Orlando fu interprete e sostenitore fino dagli anni Ottanta del secolo scorso.

eletto dal popolo. La proposta fu ovviamente sconfitta, poiché la maggioranza, assai ampia, dell'Assemblea Costituente pensò che il governo dovesse uscir fuori senz'altro dal parlamento, ed in via esclusiva, perché solo nel parlamento stava, per il tramite decisivo dei partiti politici, la rappresentazione istituzionale del popolo sovrano.

Oggi, a distanza di cinquant'anni, è difficile dire chi avesse ragione. Certo, non abbiamo avuto un ruolo debole del Capo dello Stato, come Orlando temeva. Al contrario, è sembrato che anche in fasi recentissime della storia costituzionale repubblicana il Capo dello Stato abbia svolto un ruolo che come quello del monarca in periodo statutario si è andato ampliando tanto più quanto più è risultato difficile far scaturire dal parlamento indirizzi di governo solidi e chiari. Insomma, per usare la formula ricorrente alla Costituente, il nostro governo parlamentare ha avuto assai spesso bisogno del secondo pilone, specialmente quando il primo, quello della maggioranza, si è rivelato fragile e problematico. Né è senza significato il fatto che proprio oggi si torni a discutere di elezione popolare diretta del Presidente, e — si badi bene — non in funzione costruttiva di un improbabile governo presidenziale, privo di radici storiche nella nostra esperienza, ma proprio nella linea che qui è stata analizzata, del rafforzamento del secondo pilone del governo parlamentare.

Dal punto di vista della storia costituzionale, si può solo osservare che non si tratta di cose nuove, che tutto questo non avviene per caso, ma perché questa, e non altra, è la struttura di fondo della storia della parlamentarizzazione del sistema politico nel nostro paese. Solo il futuro dirà se questa storia, e questa tradizione, rappresentino davvero il nostro destino sul piano istituzionale, contenendo evidentemente al proprio interno il principio di una forma di governo adatta al nostro paese, ed alle sue peculiari caratteristiche; o se invece non si sia di fronte ad un'esperienza politica e costituzionale, quella italiana, che rimane tenacemente aggrappata all'antico schema dualistico liberale semplicemente perché non è mai stata capace di entrare con forza e con decisione nell'età del costituzionalismo democratico, che è l'età — come abbiamo visto a proposito dell'Inghilterra — del governo delle maggioranze, legittimate ormai in modo esclusivo dagli elet-

tori, e di fronte ad essi direttamente responsabili. Solo se questo dovesse veramente accadere anche in Italia, cadrebbe allora, e questa volta definitivamente, ogni esigenza di un secondo pilone del governo parlamentare. Solo allora cadrebbe anche l'intera impalcatura su cui la stessa esperienza statutaria si era andata variamente sviluppando.

3.

QUALE FUTURO PER LA 'COSTITUZIONE'?

1. Premessa. Recenti tendenze della giuspubblicistica tedesca. — 2. Diritto pubblico e storia costituzionale. — 3. Diritti fondamentali e concezioni della costituzione. — 4. Il futuro della 'costituzione'. — 5. Conclusioni. Teoria e storia della costituzione.

1. Ernst Wolfgang Böckenförde e Dieter Grimm sono *Staatsrechtslehrer*, appartengono cioè a quella cospicua tradizione dottrinale tedesca che occupa certamente nel quadro complessivo europeo degli studi di diritto pubblico un posto di sicuro ed indubbio rilievo. È noto infatti come la giuspubblicistica tedesca abbia svolto in diverse fasi tra Otto e Novecento un ruolo di primissimo piano: nella costruzione della stessa identità disciplinare di diritto pubblico da Carl Friedrich von Gerber in poi, nella sistemazione degli istituti dello Stato liberale di diritto sul piano del diritto pubblico generale soprattutto con Georg Jellinek, nella costruzione degli istituti e dei princìpi generali del diritto amministrativo soprattutto con Otto Mayer, nella definizione del campo complesso e tormentato della dottrina della costituzione al tempo della Repubblica di Weimar, ed infine nella riflessione sullo 'Stato sociale di diritto' dopo la messa in vigore delle costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra; ed è noto anche come e quanto la giuspubblicistica italiana sia lungamente dipesa, per alcune scelte fondamentali, da quella tedesca (1).

---

(1) Le opere cui facciamo riferimento sono le seguenti: E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991; e D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991. Per ciò che riguarda l'Italia, alcuni saggi di sintesi si trovano ora in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, Laterza 1990.

Per altro, poiché ora il tempo delle 'dipendenze', delle 'scienze nazionali' dominanti, e delle loro 'recezioni', sembra volgere al termine — basterà ricordare la recente fortunata e fervida stagione di studi costituzionali in Spagna, o il rinnovato interesse francese, dopo la lunghissima stagione di positivismo legislativo, per i problemi della 'costituzione' (2), o un certo progressivo sgretolarsi della classica opposizione dei modelli anglo-americano ed europeo-continentale: tutti fenomeni che complicano non poco l'assetto dei tradizionali schemi comparatistici —, si tratta oggi semplicemente di capire quanto gli ultimi prodotti teorici della *Staatsrechtslehre* tedesca (3) pongano problemi che possono e debbono interessare la giuspubblicistica europea, e dunque anche quella italiana.

Iniziamo dicendo questo: se un secolo fa la 'recezione' della giuspubblicistica tedesca avvenne, anche in Italia, sotto il segno del 'metodo giuridico', che qualcuno volle intendere allora come rigida ed assoluta distinzione tra campo della politica e campo del diritto, oggi la lettura dei volumi di Böckenförde e di Grimm provoca reazioni in un certo senso opposte. A fronte di una giuspubblicistica non di rado un pò troppo chiusa — sia in Italia che in Germania, come anche altrove: per altro con notevoli, ed anche crescenti, eccezioni — nella propria tradizione disciplinare i nostri due volumi propongono un tipo di riflessione sul diritto pubblico contemporaneo che torna ad affrontare i grandi problemi di fondo: i diritti fondamentali, la rappresentanza politica, il potere costituente, ed in genere la sorte che la stessa 'costituzione' potrà avere nel futuro delle democrazie occidentali; ed appare subito chiaro come la risposta a problemi di questo genere non possa più essere quella positivista e statualista di un secolo fa, ma debba collocarsi sul

---

(2) Si veda ora D. ROUSSEAU, *Une résurrection: la notion de constitution*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, 1-1990, pp. 5-23, che analizza le decisioni del *Conseil constitutionnel*, che anche in Francia sembrano attribuire alla 'costituzione' lo statuto di norma positiva direttamente fondante i diritti, e come tale superiore all'autorità del legislatore. Sulla precedente incorporazione, a partire dalla Rivoluzione, dei diritti medesimi nella legge quale massima fonte di diritto, si veda M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991.

(3) Da menzionare anche R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, che dovrebbe essere discusso a parte.

terreno di una dottrina e di una cultura della costituzione che è destinata a sfidare i giuristi, nel senso che li sospinge a riaprire completamente il dialogo con la storia costituzionale, e con le scienze sociali e politiche.

2. Il rapporto tra diritto pubblico e storia costituzionale: questo sembra essere il primo problema da prendere più specificamente in considerazione. Ed in questo senso i volumi di Böckenförde e di Grimm ci offrono indubbiamente materia abbondante, sulla quale conviene riflettere più da vicino. Certo, nel caso della giuspubblicistica tedesca agisce a questo livello un noto fattore in più, che costringe al confronto con la storia, e che può dirsi sicuramente 'nazionale': si tratta di prendere posizione sulla tormentata 'specificità' della storia costituzionale tedesca, sulla nota e così a lungo perdurante vigenza del principio monarchico, e sul nesso tra questa medesima 'specificità' e la successiva tragedia della Repubblica di Weimar (4). Tuttavia, non è questo il tipo di confronto con

(4) Il giudizio sulla 'specificità' della storia costituzionale tedesca si trova prevalentemente in altre opere dei nostri due giuristi, di cui terremo conto — qui e più avanti — accanto ai due volumi oggetto di recensione: si veda soprattuto E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* (1967), ora in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 273-305, secondo il quale la monarchia costituzionale tedesca non rappresentò affatto un'autonoma forma politica, ma semplicemente un sistema regolato di compromessi destinato ad evolversi verso la sovranità popolare; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, spec. pp. 110 e ss., che risolve la questione della 'specificità' della storia costituzionale tedesca in modo più complesso ed articolato rispetto a Böckenförde, avvicinando le costituzioni tedesche del diciannovesimo secolo al tipo 'occidentale-liberale' con argomenti simili a quelli adoperati da Böckenförde — decisivo pare anche a me quello relativo alla sanzione costituzionale della non libera modificabilità della costituzione da parte del monarca —, ma mettendo anche in rilievo la specifica continuità in Germania del principio monarchico inteso come presunzione di competenza a favore del monarca stesso in assenza di esplicite previsioni di competenza a favore delle rappresentanze parlamentari, come conseguenza della mancanza in Germania di un 'potere costituente' agente dal basso in modo fondante le istituzioni politiche, e tale quindi da non presupporre più la monarchia come istituzione storica per suo conto legittimamente esistente. Per il giudizio di Grimm sulla tradizione costituzionale tedesca, è rilevante anche, su un piano diverso, D. GRIMM, *Die Entwicklung der Grundrechtstheo-*

la storia che qui più interessa. Ben più rilevante ai nostri fini appare il tentativo di Böckenförde e di Grimm — specialmente di quest'ultimo — di riflettere sui caratteri fondamentali dell'età liberale complessivamente intesa, a partire dalle grandi rivoluzioni di fine Settecento. La problematica in questo senso privilegiata è certamente quella dei *Grundrechte*, delle libertà fondamentali, sulla quale anche noi ci soffermeremo brevemente (5).

Come mostra Dieter Grimm in alcune pagine particolarmente limpide ed efficaci (6), l'età liberale ha costruito il suo ordine sociale complessivo soprattutto con lo strumento del diritto privato: è il codice, ben più della costituzione intesa come atto normativo formale, a fissare le linee della 'costituzione' liberale, dettando i princìpi fondamentali della intangibilità della proprietà privata individuale, della autonomia negoziale, della responsabilità contrattuale. Rispetto a tutto questo la costituzione in senso formale svolge solo una funzione aggiuntiva, equilibrando in vario modo i poteri pubblici, o anche sancendo qualche ulteriore principio in materia di diritti, ma sempre sul presupposto che la 'società civile' degli individui agenti secondo le norme dello Stato, e soprattutto del codice, sia realtà preesistente, in sé definita, capace di autoregolarsi. Questo è il presupposto che è stato quasi subito, e sempre più, smentito dai fatti. Quella 'società civile' del codice, protetta dal principio costituzionale di non ingerenza da parte dello Stato (7), ha in realtà generato conflitti e disordini,

---

rie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts (1987), in ID., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 308-346. Sulle differenze di valutazioni, e di prospettive, tra Böckenförde e Grimm torneremo alla fine di questo contributo.

(5) A questa problematica sono dedicati i saggi contenuti nella seconda parte del volume di Böckenförde oggetto di recensione (pp. 115 e ss.); si veda inoltre in modo particolare D. GRIMM, *Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft* (1988), ora in ID., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 31-65.

(6) D. GRIMM, *Die Grundrechte*, cit., pp. 92 e ss.; ID., *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung* (1981), ora in ID., *Recht und Staat*, cit., pp. 192-211; ID., *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 39 e ss.; ID., *Bürgerlichkeit im Recht* (1987), in ID., *Die Zukunft*, cit., pp. 27 e ss.

(7) Quel principio era stato efficacemente espresso nell'articolo quarto della Dichiarazione dei diritti dell'89: « La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non

riproducendo al proprio interno vere e proprie 'strutture di potere', finanziarie, economiche, nella sfera delicatissima dell'informazione, che hanno finito per escludere dai diritti di cittadinanza ampi strati di popolazione (8). Le costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, come il *Grundgesetz* tedesco, o anche la Costituzione italiana del 1948, nascono appunto dalla percezione di questa realtà, o meglio ancora dalla convinzione che non sia più possibile presupporre una 'società civile' in sé ordinata: se l'ordine sociale è da costruire, allora la costituzione in senso formale, come norma giuridica, può e deve pretendere di assumere ad oggetto della propria regolazione la società stessa. Ne consegue una struttura di fondo, ed una concezione complessiva, del tutto diversa dei diritti medesimi. Questi rimangono vivi nella forma classica dei diritti individuali di libertà, della tutela della propria sfera individuale — e come poteva esser altrimenti dopo i regimi totalitari degli anni Trenta? —, ma il punto è che la somma di queste 'sfere' non produce più una sintesi denominabile 'società civile', in sé data e definita, cosicché i medesimi diritti fondamentali assumono anche la veste di pretese giuridicamente fondate ad un ordine sociale più conforme alle grandi scelte di principio contenute nella costituzione, dirigendosi ora non più solo verso lo Stato, ma anche verso le molteplici 'strutture di potere' inserite nel contesto della società medesima (9).

---

nuoce agli altri; così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento dei medesimi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla legge'.

(8) Böckenförde fa risalire la 'scoperta' della insostenibilità di uno sviluppo sociale puramente auto-regolato a Lorenz von Stein: vedi E.W. BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat* (1963), in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 170-208; ed ID., *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), in *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 209-243. Si veda sul medesimo punto D. GRIMM, *Die sozialgeschichtliche und verfassungsgeschichtliche Entwicklung zum Sozialstaat* (1988), in ID. *Recht und Staat*, cit., pp. 138-164.

(9) Si inserisce qui la problematica della c.d. « *Drittwirkung* » dei diritti fondamentali, così dibattuta nella dottrina tedesca: sul punto si veda E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 170 ess.; ed in particolare ID., *Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht* (1975), in ID., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 264-276.

Torniamo ora al nostro problema di fondo del rapporto tra costruzioni giuspubblicistiche e storia costituzionale. È evidente che le soluzioni che si scelgono in materia di diritti fondamentali — in definitiva la *Grundrechtstheorie* che orienta l'interpretazione delle norme costituzionali in materia di libertà — dipendono in larga misura dalla visione che si ha del passaggio dallo Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo ai regimi democratici del presente. Se quel passaggio è letto nel senso sopra indicato, muovendo dalla riconosciuta impossibilità storica di una 'società civile' in sé conchiusa, allora si dovrà accettare la difficile coesistenza all'interno dei diritti fondamentali della dimensione 'classica' del limite all'arbitrio dei governanti, e della dimensione nuova della pretesa orientata da scelte costituzionali di principio, come una sorta di difficile destino obbligato dei nostri sistemi politici. È quanto ci suggeriscono Grimm e Böckenförde, che in questo modo ci invitano a non considerare praticabile un 'ritorno' ad un concezione puramente liberale dei diritti di libertà (10).

Del tutto diversa sarebbe stata la conclusione di questa dottrina tedesca se essa fosse rimasta ferma alle note conclusioni di Ernst Forsthoff, ben conosciute anche in Italia (11). In questo caso quella dottrina avrebbe dovuto fornire un giudizio addirittura liquidatorio della esperienza dello Stato sociale di diritto dell'ultimo dopoguerra, tornando alla convinzione — rappresentata appunto da Forsthoff, ed a sua volta fondata su precise acquisizioni di carattere storiografico, sulle quali non è possibile qui soffermarsi — che una sola 'costituzione' sia in assoluto possibile: quella con i caratteri propri della 'costituzione' dell'età liberale, che in Germania assunse la forma dello Stato di diritto monarchico; e che quanto su di essa si è in seguito sovrapposto abbia la natura 'politica' del 'programma', che può essere utile per orientare l'attività della pubblica amministrazione, ma che comunque non può assurgere alla dignità — come si è preteso con le costituzioni dell'ultimo dopoguerra — di princi-

---

(10) Si veda in particolare D. GRIMM, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?* (1988), in ID., *Die Zukunft*, cit., pp. 221 ess.

(11) E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964; trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

pio costituzionale, con una connessa ambizione di normatività nei confronti dell'intero ordinamento.

3. Dunque, i diritti fondamentali non possono più essere solo *subjektive Freiheitsrechte*, diritti di libertà nel senso liberale 'classico', e sono invece necessariamente anche *objektive Grundsatznormen*, norme oggettive di principio, che pretendono di valere — come abbiamo visto — anche nei confronti delle 'strutture di potere' affermatesi nello spazio che una volta era semplicemente quello della 'società civile' degli individui. A questa conclusione la dottrina tedesca è giunta dopo aver sconfitto l'opposta interpretazione di Forsthoff, che a partire dalla rigida opposizione tra 'diritto' e 'politica' così a lungo coltivata in età liberale negava ogni valore giuridico cogente alle norme di principio contenute nella costituzione (12). Abbiamo sottolineato sopra — e lo ribadiamo — che una simile svolta si è resa possibile nella dottrina perché è mutato il giudizio sull'età liberale sul piano storico: quell'età non ha prodotto il 'diritto' in assoluto — nella doppia veste della legge dello Stato espressione della sovranità politica e del negozio giuridico espressione della autonomia dei privati —, ma una particolare forma storica di esso, che anzi non è riuscita affatto a dominare il conflitto sociale, che quindi può e deve essere superata quando mutano le circostanze storiche, che non propongono più ora 'Stato' da una parte, e 'società civile' dall'altra, ma piuttosto un complesso di 'strutture di potere', pubbliche e private, o più spesso al confine tra pubblico e privato, che possono essere ricondotte ad unità — o magari più modestamente ad un'efficace opera di reciproca cooperazione — solo a partire dalla costituzione, ed in particolare proprio dalle sue norme di principio.

---

(12) Per la critica a Forsthoff si veda soprattutto D. GRIMM, *Recht und Staat*, cit., pp. 157 e ss.; e ID., *Die Zukunft*, cit., pp. 321 e ss. e pp. 339 e ss. Al di là delle diversità di punti di vista all'interno della dottrina tedesca, sarebbe utile che questa fosse consapevole del fatto che la discussione sulla normatività piena delle disposizioni di principio contenute nella costituzione è stata — ed è ancora — una discussione europea. Per l'Italia, che a questa discussione ha dato un contributo notevole con personaggi di primo piano come Costantino Mortati e Vezio Crisafulli, si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 3 e ss., pp. 51 e ss. per l'argomento che qui interessa.

Tuttavia, una volta acquisito tutto questo, le grandi problematiche di fondo si riaprono di nuovo, seppure ad un livello diverso; né si può certo dire che i nostri giuristi tedeschi, una volta difese le scelte costituzionali dell'ultimo dopoguerra, tendano poi di conseguenza a fornire un quadro pacificato e rassicurante del presente. Il primo problema, ed il più evidente, è quello del ruolo del legislatore. Infatti, se si parte dal presupposto che la costituzione sia essenzialmente *Grundordnung*, che attraverso le norme di principio contiene in sé in nuce l'intero ordinamento, ne consegue il fatto che lo stesso legislatore non può essere più considerato il soggetto che consente alla società civile di esistere politicamente attraverso la forma privilegiata della legge generale ed astratta: quel legislatore non determina più in via primaria l'ordinamento giuridico, ma concretizza invece con la legge ciò che la costituzione ha già indicato in modo prescrittivo. Ciò vale in particolare proprio per la questione dei diritti, che vengono ora fondati direttamente nella costituzione, nel senso che la legge li riconosce e li disciplina solo in quanto sia essa medesima strumento di concretizzazione dei precetti costituzionali.

Tuttavia, una volta che si sia portata fino in fondo questa tendenza — nella pratica, in verità, più per la evidente attitudine delle classi politiche democratiche ad eludere i grandi nodi di fondo, ed i confronti aperti su questi nodi nelle assemblee rappresentative, che non per convinzione acquisita di un effettivo primato della costituzione —, bisognerà pure domandarsi, sulla scia delle riflessioni di Böckenförde e di Grimm, se tutto ciò corrisponda ai caratteri fondamentali — ancora una volta storici — delle costituzioni dell'Europa continentale. Che la pretesa del legislatore d'interpretare in via primaria, ed anzi esclusiva, l'interesse generale sia stata ridimensionata, è cosa che può apparire del tutto ragionevole in modelli politici fortemente orientati in senso pluralistico; che la necessità di superare i vecchi modelli argomentativi legati al positivismo giuridico d'impronta statualistica sia sempre più diffusa, è cosa da salutare con favore; ma rimane comunque aperto un problema: se la costituzione che sempre più avremo non è altro che il risultato di un continuo lavoro d'interpretazione e di concretizzazione condotto a partire da alcune grandi, e necessariamente assai generali, norme di principio, non si giunge forse alla conclusione che l'indirizzo fondamentale, o costituzionale, e in definitiva la costitu-

zione stessa come *Grundordnung*, è in realtà determinato dalla giurisprudenza, soprattutto da quella della Corti Supreme? Non segna questo forse il punto di approdo ad una sorta di 'governo dei giudici', che come tale è del tutto fuori dalla tradizione storico-costituzionale dell'Europa continentale? Saremo davvero capaci, in assenza di una diversa tradizione, ed a partire dai casi concreti, di costruire una vera e propria *living constitution*? E che cosa rimarrà, una volta giunti a questo punto, del tradizionale processo democratico d'investitura dal basso dei rappresentanti, quando tutti saranno consapevoli del fatto che l'indirizzo fondamentale si costruisce quasi per intero di fronte ai giudici?

Ecco perché Böckenförde riporta in campo, accanto alla concezione della costituzione come *Grundordnung*, anche quella della costituzione come *Rahmenordnung*, che anzi finisce decisamente per privilegiare. Da questo secondo punto di vista, la costituzione non contiene affatto in sé in nuce l'intero ordinamento, ma si preoccupa invece principalmente di delimitare con sicurezza gli spazi entro cui il libero gioco democratico può dispiegarsi. In questo modo riprende vigore l'idea che il legislatore svolga un ruolo di primo piano, proprio perché la costituzione, interpretata dai giudici, non determina più in modo vincolante i precetti da concretizzare legislativamente, ma si limita a segnare i confini al di là dei quali si opera contro la costituzione: quest'ultima potrà stabilire, ad esempio, che certi beni particolarmente protetti sul piano costituzionale, come la salute, o l'istruzione, non possono essere liberamente negoziati dalle forze politiche, ma non potrà imporre a queste medesime una vera e propria gerarchia di beni e di valori, in modo da vincolare fino a questo punto decisioni che sono e devono rimanere politiche, risultanti dal libero gioco democratico (13). Tuttavia, anche questa concezione della costituzione come mera *Rahmenordnung* ha i suoi problemi, e la sua possibile degenerazione, che consiste nel rendere possibili nella pratica tutte le operazioni politiche, anche in materia

(13) Alla problematica della costituzione come *Grundordnung* o come *Rahmenordnung* è dedicato in un certo senso l'intero volume di Böckenförde qui considerato, ad iniziare dalle pagine di prefazione. Per il timore di una possibile evoluzione verso lo *Jurisdiktionsstaat* cui ci riferiamo nel testo, si veda in particolare E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung*, cit., pp. 187 e ss.

di diritti, purché attuate con le forme previste dalla costituzione, e nei confini da essa disegnati. Ecco perché alla fine lo stesso Böckenförde tende a non escludere del tutto una funzione d'indirizzo della costituzione, che si aggiunga in senso correttivo a quella tipicamente 'negatoria', puramente creativa di vincoli negativi, piuttosto che di obblighi positivi, che abbiamo visto poco sopra. In ultima analisi, la soluzione scelta è dichiaratamente 'intermedia' (14): si tratta di contrastare una possibile evoluzione del sistema verso un vero e proprio *Jurisdiktionsstaat*, senza per questo rinunciare alla funzione normativa dei diritti fondamentali come oggettive norme di principio, *objektive Grundsatznormen*. Contro lo 'Stato di giurisdizione' si può e si deve riaffermare anche il ruolo del legislatore, non riducendolo a quello di un qualsiasi 'soggetto' incaricato di concretizzare i precetti costituzionali, ma non fino al punto di ritornare alla vecchia incorporazione positivistica dei diritti nella legge dello Stato, che contrasterebbe evidentemente con la maggiore novità portata in campo dalle costituzioni dell'ultimo dopoguerra, ovvero con la pretesa di quelle costituzioni di determinare il quadro complessivo su cui basare direttamente le stesse libertà fondamentali. Come si vede, siamo di fronte ad una soluzione di compromesso, che più che altro sottolinea la necessità di mantenere in piedi un faticoso e difficile equilibrio: se poi questo equilibrio sia in sé artificioso, determinato in primo luogo dal timore di soluzioni peggiori, o se esso non corrisponda invece alle caratteristiche stesse dei nostri sistemi politici, lo potranno dire solo gli sviluppi successivi.

4. Nella prefazione al suo volume, Dieter Grimm scrive che oggi è in discussione la capacità normativa di quella mirabile costruzione intellettuale degli ultimi due secoli che siamo soliti chiamare 'costituzione'. Per l'analisi di questo progressivo indebolimento della capacità normativa della costituzione, e soprattutto al fine di ottenere preziose indicazioni per il futuro — ricordiamo che al 'futuro della costituzione' è dedicato il volume di Grimm —, è ancora un volta decisiva la riflessione sul piano storico. Su tale piano, si deve essere consapevoli del fatto che il passaggio al 'moderno'

(14) *Ibid.*, p. 191.

è in sintesi consistito nella transizione da un significato puramente empirico-fattuale della costituzione ad un significato normativo-prescrittivo, che è stato inaugurato dalle rivoluzioni di fine Settecento. Un tale passaggio fu esemplarmente sintetizzato nell'articolo sedicesimo della Dichiarazione dei diritti dell'89 — « Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione' —, nel quale si volle esprimere la convinzione che fosse finalmente possibile distinguere tra società dotate, e società prive, di costituzione — evidentemente contro il significato 'antico', empirico-fattuale, di costituzione, che vuole che ogni società, per il fatto stesso di esistere, possieda una 'costituzione' —, creando così un parametro normativo-ideale di 'costituzione' cui si sarebbero dovute uniformare le società future, e soprattutto i loro rispettivi sistemi politici. Ebbene, secondo Grimm il bilancio che oggi, a distanza di due secoli, si può stilare di questa pretesa di normatività è necessariamente complesso, e non privo di aspetti che possono e debbono giustamente preoccupare non solo il costituzionalista, ma anche tutti coloro che abbiano sinceramente a cuore le sorti dei sistemi politici contemporanei.

L'opinione di Grimm sul punto è grosso modo la seguente: più si è andato estendendo nel tempo l'intervento dello Stato sulla società, più è aumentato il condizionamento della seconda sul primo, con la conseguenza di un progressivo indebolimento della forza autonoma della *Staatsgewalt*, ridotta ora alla dimensione di uno dei soggetti politicamente agenti, anche se ancora tutto sommato ben contrassegnato dalla sua capacità esclusiva, per quanto condizionata, di valersi del sostegno coattivo del diritto. C'è insomma una sempre più ampia zona del 'politico' che risulta da complicati processi di selezione e di mediazione tra interessi organizzati — portati in campo dai partiti e dalle *Verbände*: tutte realtà costituzionalmente rilevanti come tali sconosciute all'età liberale (15) —, e che si colloca in una fascia non più sicuramente ascrivibile al 'pubblico' o al 'privato', che torna a configurarsi come 'costituzione' in senso empirico-fattuale, nella quale operano 'strutture di potere'

(15) Sulla analisi di queste realtà insiste in modo particolare D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 241 e ss., spec. pp. 269 e ss. Si veda anche, sugli stessi argomenti, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung*, cit., pp. 406 e ss.

che la costituzione in senso moderno, in senso normativo-prescrittivo, ben difficilmente raggiunge, che essa può solo influenzare, ma non certo determinare.

Il fatto è che — e qui Grimm beneficia di analisi di tipo essenzialmente sociologico e politologico — la 'società' contemporanea è in realtà composta di una serie più o meno coordinata di sotto-sistemi, come quello tecnologico, o quello economico-finanziario, o quello dell'informazione, o altro ancora, che costruiscono ciascuno per proprio conto le proprie 'strutture di potere', ed anche il proprio diritto, immediatamente funzionale alla risoluzione dei problemi pratici interni a ciascun sotto-sistema, e tendono quindi a respingere, o a mettere ai margini, un'ipotesi di regolazione complessiva come quella contenuta nella costituzione in senso moderno. Esemplare è in questo senso la vicenda dei diritti fondamentali: più i *Grundrechte* tendono ad emanciparsi dalla tradizionale figura liberale dei diritti di libertà — e d'altra parte non si può tornare indietro, anche secondo Grimm, da questa tendenza, se non si vuol dare ragione a chi come Forsthoff pensa che solo la civiltà liberale sia stata capace di creare 'diritti' —, più quei diritti pretendono di valere come norme oggettive di principio che indicano prescrittivamente la direzione di marcia dell'intero sistema politico e sociale, e più di fatto essi vengono ridotti a variabili più o meno rigide di politiche sociali contrattate in senso neo-corporativo da una quantità crescente di soggetti politicamente agenti: i diritti fondamentali pagano la pretesa di estendersi al di là della tradizione liberale con un'indubbia perdita di peso e di forza normativa; in una parola, essi avrebbero voluto normativizzare il politico, e vengono da esso impietosamente relativizzati (16).

Come reagire a tutto questo? La domanda è di rigore per chi come Grimm, al di là delle fredde considerazioni di carattere scientifico, certo non guarda con favore alla progressiva eclissi del progetto normativo della costituzione in senso moderno. Il lavoro di Grimm è dichiaratamente analitico, e non si prospettano dunque per

(16) In questo senso esplicitamente D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 24-25. Le tesi in generale di Grimm sul 'futuro della costituzione' sono esposte con particolare chiarezza in D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 17 e ss., pp. 61 e ss., pp. 151 e ss., e pp. 397 e ss.

il momento soluzioni. Qualche accenno in senso propositivo è percebile in modo solo sfumato, come quando Grimm, giurista europeo-continentale, ma da sempre attento al mondo della *common law*, ed in genere alla comparazione, invita in modo più o meno esplicito a riconsiderare il concetto stesso di 'Stato' come punto estremo di imputazione di ogni azione politicamente rilevante, in rapporto alla diversa tradizione anglo-americana. Anche se certo non si può affermare che questa sia la via indicata da Grimm, per altro verso ben consapevole delle peculiarità delle costituzioni europeo-continentali, del ruolo che in esse ha tradizionalmente svolto il legislatore (17), dei pericoli che in esse produrrebbe un troppo accentuato 'governo dei giudici': tutti problemi che già abbiamo avuto modo di richiamare. Sembra allora che si sia di fronte ad una sorta di vicolo cieco: da una parte si percepiscono tutti i rischi connessi alla progressiva perdita di rilevanza della costituzione come norma giuridica prescrittiva, dall'altra non si è capaci d'indicare rimedi e vie di uscita da una simile situazione, che siano veramente diversi dalla semplice rassegnazione — certo da Grimm non condivisa —, dalla mera accettazione di un presente sempre meno costituzionalmente normativizzabile.

5. Giungiamo così alle conclusioni, che sono in parte dedicate a mostrare anche le differenze tra i due autori considerati. Sarebbe errato infatti parlare in modo indifferenziato di 'recenti tendenze' della dottrina tedesca, ed è quindi opportuno mostrare come Böckenförde e Grimm finiscano in realtà per percorrere vie in parte anche diverse.

La differenza principale che intendiamo mettere in rilievo è relativa al ruolo del 'politico' nelle società contemporanee. Abbiamo

---

(17) Per l'aspetto comparatistico dell'opera di Grimm cui ci riferiamo nel testo, si veda D. GRIMM, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition* (1986), in ID., *Recht und Staat*, cit., pp. 53-83. Si vuole anche ricordare come Grimm abbia sempre usato nei suoi saggi più specificamente storici un metodo ampiamente comparatistico, occupandosi a più riprese anche del modello anglo-americano, ed in particolare delle origini del costituzionalismo negli Stati Uniti: si veda D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 10 e ss.; ed ID., *Die Zukumft*, cit., pp. 31 e ss. Sul legicentrismo europeo-continentale, e sulla diversa tradizione statunitense di supremazia della costituzione, si veda anche M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., pp. 47 e ss.

detto sopra che Grimm non fornisce in modo esplicito soluzioni alla crisi di normatività della costituzione. Ebbene, ciò che ora possiamo aggiungere è che per Grimm queste soluzioni non possono essere comunque reperite all'interno di un progetto di 'restaurazione' di un ruolo centrale e decisivo del 'politico'. Ciò accade perché Grimm tiene ben fermo un punto: che la forza normativa del 'politico' *opposta* al diritto positivo che di fatto abbiamo, per quanto sia esso disperso nelle pieghe di una sempre più ampia contrattazione in senso neo-corporativo, sia in ogni caso foriera di pericolose ed artificiose unificazioni dall'alto, come tali senz'altro da respingere. Da questo punto di vista, la frammentazione che abbiamo di fronte a noi, per quanto possa essere assunta come dato negativo, corrosivo — come abbiamo visto — della sostanza stessa del progetto moderno della costituzione in senso normativo-prescrittivo, è comunque figlia, secondo Grimm, di un processo positivo di relativizzazione di quel 'politico', che in passato, soprattutto in Germania, aveva assunto le vesti autoritarie e minacciose del primato dello 'Stato' sulla 'costituzione', o della opposizione secca e radicale, alla fine della Repubblica di Weimar, di una 'vera' costituzione fondata sulla unità del popolo tedesco — il 'politico' per eccellenza — ad una costituzione 'falsa', che era poi quella formale positiva weimariana (18).

Qui è la radice della differenza tra Grimm e Böckenförde. Quest'ultimo pensa infatti, a differenza di Grimm, che la grande tradizione specificamente tedesca di stampo decisamente statualistico possa ancora oggi essere attuale. In un saggio piuttosto noto su Carl Schmitt, Böckenförde è attento a non offrire valutazioni di

---

(18) Si veda in particolare D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 143 e ss. Esemplare nella direzione indicata nel testo è D. GRIMM, *Der Akteur als Historiker. Zum Abschluss von Hubers Deutscher Verfassungsgeschichte*, in *Rechtshistorisches Journal*, 5 (1986), pp. 83-90. Naturalmente, tutto questo non vuol dire che Grimm pensi ad una sorta d'integrale normativizzazione e giuridicizzazione del 'politico', che egli stesso reputa impossibile; pensa piuttosto che la *Verfassungswirklichkeit* possa e debba stare in un rapporto dialettico d'integrazione con la costituzione in senso positivo-formale, senza però che in essa si possa reperire un vero e proprio 'principio' sul quale far leva in funzione di dichiarata opposizione al diritto positivo vigente. Sul punto si veda anche D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., p. 331.

merito, ma in sostanza pone il problema della attualità — ciò che per Grimm sarebbe in sé inammissibile — di una dottrina costituzionalistica, che ha sempre predicato la priorità dello 'Stato' come rappresentazione della unità politica del popolo sulla costituzione come norma giuridica, che ha sempre sostenuto la priorità dell'elemento 'politico' della costituzione su quello 'giuridico', che ha sempre tradotto il moderno pluralismo politico e sociale in 'occupazione' del 'politico' da parte degli interessi organizzati (19).

Certo, niente di tutto questo è riproponibile oggi come tale, tanto che in un saggio sul potere costituente (20) lo stesso Böckenförde, dopo aver riaffermato la natura essenzialmente 'politica' del potere costituente quale decisione precedente e fondante i poteri costituiti, in realtà pone il problema — che per Schmitt sarebbe stato inammissibile — dei vincoli giuridici allo stesso potere costituente, essendo quest'ultimo, non solo volontà politica fondante, ma anche volontà che tende a disciplinarsi, ad ordinarsi in un complesso stabile di competenze e di funzioni. Rimane però il fatto, piuttosto significativo, che Böckenförde abbia iniziato il suo volume con un saggio sui compiti e sul ruolo della *Staatsrechtswissenschaft*, della quale egli — a nostro avviso ben più di Grimm — si sente evidentemente erede e parte integrante (21). È possibile cioè per Böckenförde affrontare i problemi del presente riutilizzando gli strumenti di questa grande tradizione dottrinale, che sono quelli del 'metodo giuridico', ovviamente rivisto e corretto, di Gerber, di Laband, e di Jellinek, o quelli della più tarda dottrina della costituzione, ad iniziare da Hermann Heller, qui in verità visto come ideale, ed anche

---

(19) E.W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (1988), in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 344-366, spec. pp. 351 e ss.

(20) E.W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (1986), in Id., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 90-114. Sul 'potere costituente' è di imminente pubblicazione un volume a cura di Paolo Pombeni, con saggi dello stesso curatore, di John Burrow, di Lucien Jaume e di Maurizio Fioravanti.

(21) E.W. Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft* (1983), in Id., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 11-28. Da segnalare l'insistente presenza, fino dalla prima nota del saggio in questione, della dottrina dello Stato di Heller, cui Böckenförde ricorre assai spesso. Sul significato di questa operazione dottrinale si dovrebbe discutere a parte in modo più approfondito.

comodo, 'punto medio' tra impostazioni troppo spiccatamente formalistiche ed altre troppo spiccatamente sostanzialistiche, tra le quali ultime, anche se in modo inespresso, è da annoverare anche lo stesso Schmitt. Vi è quindi evidentemente la convinzione che ripartendo dallo 'Stato' e dalla sua capacità di racchiudere l'orizzonte del 'politico', ed anche dalla capacità in senso specifico dei giuristi di lavorare sulle norme di diritto pubblico positivo entro quell'orizzonte, sia possibile ricucire molti dei fili dispersi, o quanto meno contrastare efficacemente la tendenza, che qui più volte abbiamo richiamato, ad un incremento continuo della frammentazione.

Naturalmente, la differenziazione sopra tratteggiata tra la prospettiva di Grimm e quella di Böckenförde non deve essere assunta in modo schematico e meccanico. È evidente infatti che anche Böckenförde teme, come Grimm, le pretese troppo unilaterali di dominio del 'politico', tanto da opporvi — più dello stesso Grimm, per un certo verso — una certa permanenza del principio liberale, ovviamente rivisto e corretto, della necessaria distinzione tra 'Stato' e 'società'; e per converso è evidente che anche Grimm teme, come Böckenförde, la frammentazione che abbiamo di fronte a noi, la analizza sicuramente in modo freddo e distaccato, ma nel momento in cui invita i giuristi — e non solo loro — a discutere del 'futuro della costituzione' ciò che lo muove è secondo noi proprio la preoccupazione per un futuro non troppo lontano in cui ogni forma di 'politico', anche quella necessariamente insita in una costituzione democratica orientata in senso pluralistico, sia posta ai margini di una società che pretenda di funzionare ormai solo come insieme coordinato di sotto-sistemi, volutamente non più dotato di alcuna prospettiva, o di alcun significato, che possa ancora dirsi 'costituzionale'.

Per quanto ci riguarda, riteniamo che la riflessione costituzionalistica del futuro debba svolgersi in uno 'spazio intermedio' tra i due poli opposti sopra indicati, evitando di farsi catturare dalla nostalgia per un ruolo forte e totalizzante del 'politico' da restaurare nel presente, ma anche, in modo non meno deciso e convinto, di adagiarsi placidamente su uno stato di fatto sempre più privo di ogni vocazione a costruire una 'costituzione'. Se così è, ne consegue la necessità, prima di tutto, di ripensare la nozione stessa della 'costituzione'. Essa non potrà più con ogni probabilità esprimere l'ambi-

zione a contenere in sé, ed in pochi princìpi, il destino normativizzato di tutta la collettività, ma non potrà neppure limitarsi a rappresentare passivamente l'equilibrio delle forze in campo. Quella 'costituzione' dovrà essere sufficientemente 'aperta' alle evoluzioni che il libero gioco democratico saprà suggerire, ma anche sufficientemente prescrittiva di fronte al pericolo di una lenta ma inesorabile dissoluzione di ogni tipo di ordine politicamente e costituzionalmente significativo.

Ma i saggi di Böckenförde e di Grimm ci suggeriscono altro ancora: una riconsiderazione di questo tipo della nozione stessa della 'costituzione' non può prodursi nello spazio tradizionale delle discipline giuspubblicistiche, del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. È necessario piuttosto che i giuristi riaprano una discussione ad ampio raggio sulle grandi concettualizzazioni del diritto pubblico moderno, sulla sovranità e sulle libertà, sulla rappresentanza e sulle forme di Stato e di governo, sullo Stato di diritto e sullo Stato sociale, sulla legislazione e sulla giurisprudenza come attività produttive di diritto, sulla democrazia stessa, in uno spazio disciplinare che deve rimanere giuridico, ma nel quale i giuristi stessi dovranno sempre più utilizzare gli strumenti della storia costituzionale, delle discipline politologiche, della stessa filosofia politica intesa quale costante rilettura della grande tradizione politico-intellettuale europea. Uno spazio di questo genere, entro il quale riflessioni come quelle di Böckenförde e di Grimm potranno liberamente prodursi e confrontarsi, manca dovunque in Europa, forse con la sola eccezione proprio della Germania, che però lo contrassegna ancora, come nel caso di Böckenförde, con l'etichetta di « *Staatswissenschaft* », in modo a nostro giudizio del tutto non corrispondente alle problematiche odierne. Non si tratta infatti, nella nostra proposta, di 'restaurare' un qualche antico primato perduto, come potrebbero suggerire anche le denominazioni disciplinari disponibili in italiano, come « Dottrina dello Stato », o anche « Diritto pubblico generale », ma di indicare la necessità di uno spazio nuovo, nei termini sopra indicati. Ed anzi, per sottolineare il carattere di novità di tutto questo, non parleremmo a questo proposito di « Dottrina della costituzione » — che sembrerebbe la soluzione più ovvia, ma che dal nostro punto di vista ha il difetto di richiamare troppo un

orizzonte tradizionale, tutto sommato non troppo distante dallo *Staatsrecht* tedesco —, ma di « *Teoria e Storia della costituzione* ».

Se la 'storia' occupa un posto di primo piano nella denominazione proposta, non è certo per ragioni di appartenenza disciplinare del recensore — in questo caso di professione storico delle costituzioni —, ma per l'oggettivo e continuo prodursi nel nostro presente di problemi che — come abbiamo visto anche in queste note (22) — possono essere affrontati solo a partire da consapevolezze di tipo storico, qualche volta attinenti alle trasformazioni intervenute dalle rivoluzioni di fine Settecento ad oggi, e che qualche altra volta implicano addirittura un giudizio su quella dimensione intera del 'moderno', che evidentemente dobbiamo ancora integralmente conoscere ed interpretare.

Del resto, che tutto questo non si risolva in un futile gioco accademico, ma sia motivato invece dalla necessità di attrezzare meglio le scienze giuridiche di fronte alle sfide del presente, è cosa che spero risulti da tutte le precedenti considerazioni: la posta in gioco è infatti molto alta, tutt'altro che accademica, e tremendamente pratica, finendo per coincidere con la sorte stessa, oggi del tutto aperta e problematica, di quella ipotesi complessiva di normazione che fino ad oggi abbiamo chiamato 'costituzione'. Speriamo che la consapevolezza di tutto ciò cresca sempre più, e che qualcuno, anche in Italia, voglia raccogliere la proposta di discussione che abbiamo ritenuto di dover formulare concludendo queste note. Che la 'costituzione' sia ormai solo una « sopravvivenza » (23) di un

---

(22) Del resto, come si diceva all'inizio di questo contributo, la storia occupa un posto di primo piano anche nei due volumi oggetto di recensione. Si vuole qui ricordare in particolare come la storia dei concetti costituzionali svolga nella dottrina tedesca una esplicita funzione di tipo costruttivo: si veda E.W. Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung* (1984), in *Staat, Verfassung*, cit., pp. 29-52; e D. Grimm, *Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung* (1990), in Id., *Die Zukunft*, cit., pp. 101-155.

(23) L'accenno alla 'sopravvivenza' avrà certamente richiamato alla memoria il celebre saggio di G. Burdeau, *Une survivance: la notion de constitution*, Parigi, Sirey, 1956 (originariamente scritto per gli studi in onore di Achille Mestre; del saggio esiste anche una versione tedesca: G. Burdeau, *Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs*, in *Der Staat*, 1-1962, pp. 389-404).

passato più o meno remoto è infatti tutt'altro che un'ovvietà: è questione al contrario ancora pienamente aperta, che sicuramente incontreremo molte volte sulla nostra via nel prossimo futuro.

4.

LO STATO DI DIRITTO COME FORMA DI STATO. NOTAZIONI PRELIMINARI SULLA TRADIZIONE EUROPEO-CONTINENTALE

1. Premessa. — 2. Il diritto pubblico europeo del diciannovesimo secolo. — 3. Conclusioni. Tra Otto e Novecento.

1. Ha avuto lo Stato di diritto come forma di Stato una sua precisa identità storica sul piano europeo? Ed oggi che molti, e da più parti, tornano più o meno enfaticamente ad appellarsi allo 'Stato di diritto', è possibile parlare di una *tradizione europea* dello Stato di diritto come forma di Stato propria e peculiare dell'Europa continentale?

Per tentare di rispondere a queste domande, bisogna prendere le mosse da una precisazione preliminare. Quando parliamo di 'Stato di diritto' come forma di Stato europeo-continentale, pensiamo prima di tutto al tempo storico dei grandi regimi politici nazionali dell'età liberale, tra l'ultimo quarto del secolo scorso e gli anni Venti del nostro secolo. È questo il tempo in cui l'istanza liberale, nata ben prima delle rivoluzioni, divenuta movimento politico subito dopo le rivoluzioni, diviene finalmente regime politico nella forma dello Stato nazionale, diviene cioè *forma di Stato* — lo Stato liberale — capace di stabilizzazione ma anche di riforma: è questo il tempo del Secondo Impero in Germania, della Terza Repubblica in Francia, del passaggio da Crispi a Giolitti in Italia.

Ciò che sostengo con riferimento a questo tempo storico è presto detto: la forma di Stato propria e specifica di questo tempo storico nell'Europa continentale è lo Stato di diritto. Quest'ultimo ha una *dimensione europea* che lo caratterizza in profondo ben al di

là delle diversità e delle specificità nazionali. Si possono quindi enunciare — e noi porremo in essere in questo senso un primo tentativo — i *caratteri fondamentali* dello Stato liberale di diritto, al fine d'individuare quella particolare forma di Stato che dominò in Europa fino agli anni Venti di questo secolo. Lo scopo di una ricerca di questo genere è ben chiaro: è qui, infatti, in questo tempo storico, che si è formata — come noi crediamo — quella tradizione europea dello Stato di diritto cui il nostro contributo è dedicato.

Ma c'è un altro motivo che rende utile una riflessione come quella qui proposta. Noi riteniamo, per dirla in sintesi, che la ricerca su questa fase della storia politica e costituzionale europea sia rimasta troppo a lungo prigioniera degli schemi e dei paradigmi sorti all'interno delle storie politiche e costituzionali nazionali: quella tedesca con riferimento all'estenuante problematica della sua specificità-differenza rispetto ad un destino dell'occidente presunto come necessariamente parlamentarizzato, tutta annodata attorno alla vessata questione, più volte sicuramente fraintesa, del principio monarchico; quella italiana, non di rado dedita a contemplare la propria presunta debolezza rispetto ai 'modelli forti' del liberalismo europeo, secondo gli schemi interpretativi via via succedutisi nel tempo, delle rivoluzioni 'mancate' o 'dall'alto', delle vocazioni accentratrici e statalistiche delle nostre classi dirigenti; o quella francese, dedita piuttosto a contemplare le proprie presunte virtù, nella linea della repubblica, dei diritti, del suffragio universale, tutti da intendersi come altrettanti esiti, per quanto travagliati, della Rivoluzione.

Per riprendere il filo principale del nostro discorso, credo che si possa affermare quanto segue: dopo parecchi lustri di storie costituzionali nazionali è necessario ora ristudiare le istituzioni e le dottrine dello Stato liberale di diritto su un piano europeo, che più precisamente vuol dire ristudiare quelle istituzioni e quelle dottrine per come esse si formano *nella* comunicazione tra esperienze diverse, su un piano transnazionale, ovvero su quel piano in cui non è più importante che un certo materiale — istituzionale o dottrinale — abbia un certo determinato luogo d'origine nazionale: l'importante è che esso sia funzionale a costruire un comune modello europeo di Stato liberale di diritto. È precisamente questo il nostro oggetto di studio.

Per operare in questo senso, bisogna ricostruire a mio giudzio

un'intera nuova griglia interpretativa, che rispetto al passato si differenzi su due punti fondamentali: il primo è quello del rapporto tra i due paesi 'forti' della storia costituzionale dell'Europa continentale, che sono senza dubbio la Francia e la Germania; il secondo è quello del rapporto tra questi due paesi e molti altri paesi europei — come, ad esempio, l'Italia e la Spagna —, che fino ad oggi è stato valutato nei termini della 'recezione' — categoria vecchia, come vedremo — in questi secondi dei modelli costituzionali dei primi, dei paesi forti.

2. Iniziamo con alcune considerazioni che riguardano il rapporto tra i due paesi forti, tra Francia e Germania. Se apriamo uno dei classici della storia del liberalismo europeo — il noto volume di De Ruggiero, uno di quei libri di cui sempre si dice che sia irrimediabilmente vecchio, ed al quale poi di fatto spesso si ritorna — ci accorgiamo subito quanto sia ancora vitale il modello di riferimento in esso contenuto: la Francia è il paese della rivoluzione, della repubblica, dei diritti civili e politici, delle dichiarazioni dei diritti; la Germania è il paese dell'autoritarismo politico, del principio monarchico, del paradigma statalistico, del potere autocratico della burocrazia e dell'esercito. Ed ancora: ogni volta che un paese europeo — come l'Italia, per esempio — ha abbandonato il primo modello a favore del secondo ha finito per gettarsi nelle braccia della dittatura; lo Stato di diritto inventato dai tedeschi è solo una debole correzione del loro spirito autoritario, che a nulla servì come argine all'affermarsi della dittatura: il liberalismo è anglo-francese, o non è affatto.

Un modello interpretativo di questo genere, a ben guardare, muove da due presupposti fondamentali: che la Francia, in quanto paese della rivoluzione, dei codici e delle dichiarazioni dei diritti, sia per ciò stesso il paese per eccellenza della *garanzia dei diritti*; e che lo Stato di diritto, in quanto specifica forma di Stato e di governo, sia fenomeno esclusivamente tedesco, o al massimo, per 'recezione', proprio di qualche altro paese europeo, come l'Italia. Ora, recenti ricerche stanno mostrando la problematicità di simili convinzioni. Per ciò che riguarda il primo punto sta emergendo quanto sia stato travagliato nel corso della rivoluzione il rapporto tra proclamazione dei diritti e loro effettiva garanzia, e quanto intensamente si sia posto

in Europa all'indomani della stessa rivoluzione, anche da punti di vista sicuramente liberali, il problema della limitazione del legislatore rivoluzionario e della sua virtuosa rappresentazione della volontà generale (1); mentre, per ciò che riguarda il secondo punto, sta emergendo come e quanto in tutta Europa, e nella stessa Francia della Terza Repubblica, sia stata forte la carica di attrazione verso lo Stato di diritto nella seconda metà del secolo scorso, anche laddove non vi era certo alcun principio monarchico da difendere e da adattare ai tempi nuovi (2).

Si tratta ora, lungo questa linea, di offrire alcuni materiali che tornano utili alla nostra riflessione, e che servono a mostrare l'alto indice di complessità del problema che abbiamo di fronte, una volta che si decida davvero di abbandonare la via delle storie nazionali e delle vocazioni nazionali.

Un esempio ben chiaro in questo senso è offerto dalla nota problematica ottocentesca della *codificazione del diritto*, anch'essa troppo a lungo prigioniera dei modelli nazionali e del paradigma della 'recezione' del diritto straniero. Su questo piano, sembra sempre meno attendibile quell'immagine tradizionale che vuole che il Codice Napoleonico del 1804, in quanto prodotto autentico della rivoluzione, sia il modello per eccellenza del diritto della nuova società borghese liberale, e che i paesi europei si siano tanto più liberalizzati quanto più abbiano recepito quel Codice e quella legislazione. Ciò può valere ancora, e solo in un certo senso, per la Germania, dove l'opposizione al Codice può effettivamente aver assunto il significato di una difesa di un certo tipo del tradizionale ordine di stampo cetuale. Ma l'adozione di un modello interpretativo non più prigioniero delle vocazioni nazionali — l'una necessariamente moderna e liberale, l'altra necessariamente filocetuale ed autoritaria — ci consente di capire più in profondità una problematica di questo genere.

---

(1) Sia consentito qui rinviare ad una nostra ricerca, ed alla bibliografia ivi citata: M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino 1991, 1995^2.

(2) Per il caso francese, si veda la recente ricerca di M.J. REDOR, *De l'État legal à l'État de droit*, Paris 1991.

Ci accorgiamo, per esempio, anche grazie ad un recente libro (3), come il punto di vista liberale nella scienza civilistica francese del diciannovesimo secolo sia stato spesso sostenuto in polemica con il Codice in quanto progetto di accentramento statalistico delle fonti di diritto, ed anche grazie all'influsso esercitato in Francia proprio dalla scienza giuridica tedesca, dalla pandettistica, dallo stesso Savigny. Qui il rapporto è curiosamente invertito: quella dottrina tedesca che nella propria patria può avere assunto il significato di una difesa della vecchia società cetuale contro quella nuova liberale rappresentata dal Codice e nel Codice, in altri paesi diversi da quello di origine, per esempio nella stessa Francia, ha assunto — quella medesima dottrina — il significato opposto, di affermazione di principii schiettamente liberali anche contro il Codice stesso come prodotto di un tempo, come quello della rivoluzione, in cui era ancora ammissibile *un primato assoluto*, quello del legislatore.

Ciò che vale per il diritto civile francese può valere per altri rami del diritto e per altri paesi. Penso qui al caso — più volte studiato negli ultimi tempi — della recezione della giuspubblicistica tedesca in Italia. Un personaggio come Vittorio Emanuele Orlando, ad esempio, sempre meno appare come il traduttore in Italia dello statalismo tedesco di stampo labandiano, e sempre più chiaro appare il nesso dello stesso Orlando e di buona parte della giuspubblicistica italiana direttamente con la Scuola storica tedesca. Ciò che interessa dei tedeschi non è tanto l'apologia della *Herrschaft* statuale, ma la critica della sovranità del legislativo, il mantenimento di un ruolo forte della dottrina e della giurisprudenza che è profondamente sentito come liberale. Si osserva quindi in modo crescente come il richiamo alla scienza giuridica tedesca s'intrecci nel liberalismo dei giuristi italiani con il richiamo al modello costituzionale inglese: è al diritto di resistenza esemplato sul modello della *Glorious Revolution* che è dedicata buona parte del saggio di Orlando sulle libertà (4).

Ma Orlando richiama anche Jellinek. Anche per quanto ri-

---

(3) Alludiamo alla ricerca di A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrbundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991.

(4) V.E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (1885-1888),

guarda Jellinek, si va oggi scoprendo che troppo a lungo ci si è soffermati sulla celebre dottrina dell'autolimitazione dello Stato come tipico esempio di 'statualismo': i diritti esistono perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Ed invece va emergendo ora come lo Jellinek che davvero ha contato in Europa, che ha contribuito in modo decisivo a scrivere un pezzo della comune cultura costituzionale europea, sia stato un altro. È quello che rivendica, commentando la Dichiarazione dei diritti dell'89, un posto importante alla storia nella definizione dei diritti: i paesi che hanno svolto un ruolo importante nella storia delle libertà sono quelli, come la Germania e l'Inghilterra, che hanno avuto, prima della rivoluzione, e nei tempi profondi della storia costituzionale europea, *una costituzione equilibrata*, *Rechte* e *Freiheiten*, un ordine costituzionale che assegnava a tutti, ed anche ai detentori del potere, il proprio posto, i propri limiti, la propria sfera. È qui, in questa operazione di apparentamento tra la storia costituzionale inglese e tedesca ed i loro comuni tempi lunghi che Jellinek ha contribuito davvero a costruire un modello liberale che ha poi contato in Europa (5).

La polemica contro i diritti naturali ed il contrattualismo della rivoluzione esiste dunque, ma non ha esiti necessariamente autoritari. Al contrario, giuristi liberali come Jellinek ed Orlando sono francamente convinti che strappare la fondazione dei diritti allo stato di natura ha un significato profondamente liberale, proprio perché conduce ad ancorare saldamente quei diritti all'autorità dello Stato-persona: ciò che non significa affatto farli dipendere da una 'decisione' del potere politico — dimensione questa del tutto estranea ai nostri giuristi —, ma piuttosto all'inverso attrarli nell'orbita di un potere finalmente formale e neutrale, non dipendente dall'arbitrio di alcun soggetto precostituito, espressione storica, organica ed equilibrata, delle infinite articolazioni della società concretamente ordinata in popolo, e non della società degli individui astrattamente intesi.

---

poi in *Biblioteca di Scienze Politiche*, diretta da A. Brunialti, V, Torino 1890, pp. 932 e 1101 ss.

(5) Si veda soprattutto G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895), in R. Schnur (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, pp. 1-77.

In questo senso la sovranità dello Stato-persona è per i nostri giuristi la migliore garanzia possibile per i diritti, perché garantisce che la legge che fonda quei diritti non dipende da alcuna volontà politica parziale, da alcun meccanico accomodamento d'interessi. Lo Stato sovrano, più che essere il soggetto dotato d'*imperium*, è così il punto di equilibrio tra i poteri, quelli sostanziali che operano nella società, e quelli formali che compongono la forma di governo strettamente intesa: ancora una volta, ed anche su questo terreno, la dottrina giuspubblicistica tedesca interagisce con il grande mito della costituzione britannica, producendo l'immagine dominante presso i nostri giuristi, che è certamente quella dell'equilibrio e del bilanciamento, ben più che quella della decisione e del comando.

Torniamo allora al nostro problema principale del rapporto tra i modelli costituzionali circolanti in Europa, ed in particolare tra Francia e Germania. Sgombriamo subito il campo da un possibile equivoco: nessuno vuole qui contestare il valore liberale della rivoluzione e delle dichiarazioni dei diritti. Si vuole solo sostenere che contro l'una e le altre non si erge a senso unico e senza mediazioni lo statalismo autoritario della dottrina giuspubblicistica europea ispirata dalla Germania. Ed è invece vero che dopo la rivoluzione si apre in Europa una nuova fase in cui si va formando, in modo complesso e tortuoso, una nuova cultura dei diritti che non di rado intreccia — come abbiamo visto — il riferimento alla dottrina tedesca con quello alla costituzione britannica.

Si dovrebbe qui ristudiare, su basi nuove e sotto questo profilo, la recezione di Burke in Germania, e parallelamente quella di Savigny in Inghilterra, o più complessivamente la circolazione del modello costituzionale inglese nell'Europa continentale del diciannovesimo secolo, in particolare in paesi come l'Italia e la Spagna. E soprattutto si dovrebbe finalmente capire come senza i paesi di 'seconda fila' — come l'Italia e la Spagna, per l'appunto — non si possa più giungere ad un'efficace comprensione della storia costituzionale europea. Sono infatti questi paesi quelli storicamente più inclini alla mediazione ed alla combinazione tra diversi modelli costituzionali, e dunque quelli che più mettono in luce la complessità dei processi di circolazione delle idee. Basti pensare come anche la Spagna abbia avuto nel secolo scorso la sua 'recezione' della

dottrina tedesca, ma senza negare il tradizionale fondamento storicistico del liberalismo spagnolo, ed anche la sua costante attenzione — anche qui — al modello costituzionale inglese. È attraverso esperienze di questo genere, solo in apparenza periferiche, che è possibile cogliere aspetti e significati della storia costituzionale europea che rimarrebbero del tutto in ombra se quella storia si riducesse al confronto tra i paesi-guida ed alla 'recezione' dei loro modelli in periferia.

Cerchiamo allora di riassumere quanto abbiamo esposto in questa parte del nostro contributo. Nessun dubbio sul fatto che alla fine del secolo scorso il diritto pubblico europeo venga riscritto su base statualistica, e che l'impulso principale in questo senso venga dalla Germania. Molti dubbi invece sul fatto che questa operazione sia da giudicare in sé antiliberale. Vi sono sicuramente aspetti e presupposti antiliberali: Orlando e Jellinek temevano l'autonomia e la priorità della società civile degli individui rispetto allo Stato ed alle istituzioni politiche molto di più di un Tocqueville o di un Constant, ed in questo senso erano ovviamente meno liberali di un Tocqueville o di un Constant. Ma c'è anche il rovescio della medaglia, che è quello che qui abbiamo messo in rilievo. Ciò che oggi chiamiamo 'statualismo' era in realtà sentito dai nostri giuristi come il presupposto storico ideale, di stampo per loro sicuramente liberale, che consentiva di garantire i diritti meglio delle proclamazioni rivoluzionarie: i diritti andavano garantiti *con il diritto*, che era allora con sicurezza quello dello Stato, dunque con una legge che fosse espressione dell'autorità dello Stato, e non di una maggioranza politica di fatto dominante sotto l'involucro della volontà generale della rivoluzione. Insomma, a dover essere sovrana era la legge come fonte di diritto e non il legislatore quale presunto interprete della volontà generale.

Proviamo allora ad articolare per punti quanto abbiamo fin qui esposto: 1) La rivoluzione afferma la priorità dei diritti — per esempio nei primi due articoli della Dichiarazione dell'89 —, ma in concreto fa poi esistere quei diritti attraverso il predominio di un legislatore che in quanto interprete necessariamente virtuoso della volontà generale è sostanzialmente sprovvisto di limiti. 2) Il liberalismo politico e giuridico del secolo scorso si preoccupa soprattutto di ricondurre l'autorità di questo legislatore entro l'autorità dello Stato: la prima deve sostanzialmente coincidere con la seconda, e

non porsi più come cosa ulteriore e diversa. L'itinerario percorso a questo proposito può essere così rappresentato: dal primato del legislatore come soggetto politico incarnante la volontà generale al primato della legge come fonte di diritto, come espressione formale e neutrale dell'autorità dello Stato. 3) Per percorrere questo itinerario sono necessari molti strumenti e materiali che vengono variamente utilizzati e combinati. Al fine di contestare e ridimensionare il primato politico del legislatore sono certamente funzionali quelle dottrine statualistiche ed antiradicali che vedono quel legislatore esclusivamente come un organo dello Stato, ma sono funzionali anche tutte quelle dottrine di stampo sicuramente liberale che al legislatore oppongono soprattutto un ruolo forte della dottrina e della giurisprudenza: è funzionale dunque il richiamo, davvero persistente per tutto il secolo, ed anche in Italia, alla Scuola storica del diritto, congiunto al richiamo, anch'esso mai completamente sopito per tutto il secolo, ed anzi continuamente rinnovato, alla costituzione britannica. 4) Si può conclusivamente avanzare l'ipotesi che il liberalismo dei giuristi del diciannovesimo secolo sia mediamente in Europa un liberalismo di stampo *anglo-tedesco*. È un liberalismo che costituisce la filosofia di base dello Stato liberale di diritto, e che contro la rivoluzione riporta in campo senza dubbio l'autorità dello Stato, ma non a caso continuando contemporaneamente a discutere della fondazione storica dei diritti, anche nei suoi massimi esponenti come Jellinek ed Orlando. Il primo — come già dicevamo — in sostanza cerca di sottrarre i moderni diritti individuali soggettivi al primato ideologico del contratto sociale a base individualistica, e rilancia l'idea di una loro fondazione su tempi storici più lunghi, soprattutto in quei paesi, come la Germania e l'Inghilterra, che hanno conosciuto *una strutturazione dualistica del modello costituzionale*, tale da evitare sia gli eccessi in senso assolutistico sul versante del potere, sia gli eccessi in senso contrattualistico ed individualistico sul versante delle libertà; il secondo — Orlando — ancora nel 1912, in un corso universitario inedito (6), di fronte al pullulare delle nuove giurisdizioni di equità, saluta con favore questo fenomeno, ribadendo, alla lettera, la sua impostazione *anticodici-*

(6) Si veda V.E. Orlando, *Teorica della legislazione e del governo*, Università di Roma, corso di « Diritto Pubblico Interno », a.a. 1911-1912, Roma 1912, pp. 206 ss.

stica, da riconnettere alla duplice e congiunta matrice della Scuola storica e del costituzionalismo britannico. In realtà, i nostri giuristi non criticano dunque solo gli eccessi della rivoluzione in senso contrattualistico ed individualistico, ma anche quelli in senso dirigistico, ravvisando in essa il formarsi di *un primato del politico incarnato dal legislatore* che è da loro temuto in una prospettiva sicuramente liberale, di cui questi giuristi sono eredi nella linea di Savigny, di Burke, di una determinata parte del liberalismo europeo.

Simili conclusioni possono essere ritenute valide anche e proprio per il paese della rivoluzione. Lo scenario che vorremmo qui suggerire è quello francese della Terza Repubblica. Che la Francia acquieti le sue turbolenze costituzionali nella forma della repubblica e del suffragio universale è stato fino ad oggi considerato conseguenza della rivoluzione, del fatto che la Francia è da reputarsi il paese per eccellenza della democrazia politica, e dunque della repubblica e del suffragio universale. Oggi le cose non appaiono più così semplici. Uno dei maggiori giuristi del nostro secolo, Raimond Carré de Malberg, nella sua *Contribution à la Théorie générale de l'État*, scritta a ridosso della prima guerra mondiale (7), traccia un bilancio di tutta questa vicenda, e ci dice qual'è il prezzo di questa stabilizzazione intervenuta con la Terza Repubblica.

In una parola, la Terza Repubblica è *una repubblica senza sovranità popolare*. Ciò che le leggi costituzionali istitutive e le prassi successivamente intervenute escludono è che l'autorità delle istituzioni politiche si fondi sulla sovranità del popolo giacobinamente inteso come universalità dei cittadini viventi. Una simile concezione della sovranità popolare viene dispregiativamente connotata come 'atomistica', in un senso non molto dissimile da quello in uso presso i giuristi italiani e tedeschi. Ed al posto del popolo sovrano si colloca *la nazione*, che è per Carré de Malberg quella dell'articolo terzo della Dichiarazione dei diritti dell'89, se correttamente interpretato. La nazione, a differenza del popolo, non è *un soggetto* che esercita la sovranità, ma è ciò che impedisce a qualsivoglia soggetto — né corpo, né individuo, recitava l'articolo terzo — di essere titolare della sovranità: la grande invenzione della rivoluzione non è la

(7) R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, due tomi, Paris 1919-1922.

sovranità del popolo al posto di quella del monarca, di un soggetto al posto dell'altro, ma è la sovranità della nazione impersonata dallo Stato al posto della sovranità di un qualsivoglia soggetto, la sovranità in senso giuridico al posto della sovranità in senso politico, ovvero il dominio del diritto in senso oggettivo su tutti i poteri esistenti.

Non siamo qui molto distanti dalle concezioni tedesche ed italiane dello Stato come persona giuridica. E soprattutto è ormai chiaro che anche in Francia la stabilizzazione liberale passa attraverso il depotenziamento del circuito sovranità del popolo-sovranità del legislatore, che si ottiene anche qui riconducendo tutta la materia 'politica' della rivoluzione entro i confini della sovranità in senso giuridico, dello Stato come persona. È così che anche in Francia, come in Germania ed in Italia, la polemica antiparlamentare tende a tradursi, a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, nella formula istituzionale dell'*État de droit*, espressione sempre più ricorrente. Una recente ricerca (8) mostra come la critica alla sfera del politico, alla figura stessa dei parlamentari, proceda di pari passo in Francia con la crescita complessiva di peso e di ruolo dei giuristi, soprattutto degli accademici e dei giuspubblicisti. Ma c'è di più: sono questi in Francia gli anni d'oro, tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni del nuovo, della giustizia amministrativa, con l'espandersi fino al massimo limite possibile del sindacato del Consiglio di Stato, prima sul piano dello sviamento di potere e poi su quello dell'eccesso di potere. Il fatto che atti dei poteri pubblici siano sindacabili per via giurisdizionale in modo così ampio, fino quasi a penetrare nella sfera riservatissima dell'opportunità, pare aprire una vera e propria nuova fase nella storia del liberalismo francese, che è la fase della ricerca delle garanzie giuridiche e giurisdizionali. Ed inoltre, ciò che è oggi possibile solo nei confronti delle autorità amministrative, non è detto che domani non possa essere possibile anche nei confronti del legislativo: ed infatti nel corso della Terza Repubblica s'inizia a discutere anche del sindacato di costituzionalità, anche se in modo incerto e contraddittorio.

Come si vede, tutta questa discussione si sviluppa in senso liberale *contro* il primato rivoluzionario del legislatore, contro l'idea

(8) Si veda *supra*, nota 2.

stessa — che è ben dentro buona parte della rivoluzione — che le vere garanzie siano quelle politiche, legate alla permanente presenza del popolo sovrano, prima ed al di là delle istituzioni politiche: al contrario, anche in Francia s'inizia ora a pensare, nella linea dello Stato di diritto, che i diritti si garantiscano veramente *solo con il diritto*, con la legge dello Stato e con il ricorso a tutele di carattere giurisdizionale.

3. Su questa base è forse ora possibile procedere verso alcune considerazioni di sintesi, questa volta davvero di carattere conclusivo: 1) Lo Stato liberale di diritto in Europa non è dato solo dal *Rechtsstaat* tedesco e dallo Stato di diritto italiano, o di quegli altri paesi europei che più massicciamente recepirono la dottrina tedesca. Il fatto che anche in Francia si sia sviluppato un intenso dibattito sullo Stato di diritto dimostra che in quella formula si racchiude una tendenza complessiva e generalizzata, di cui la Germania è solo un caso specifico, ma non il modello in assoluto. La Germania con il suo principio monarchico, l'Italia con la sua monarchia ambiguamente parlamentarizzata, la Francia con la sua repubblica senza sovranità popolare sono per noi casi particolari, espressioni specifiche, di un *genus* più ampio, che è per l'appunto lo *Stato liberale di diritto europeo*. 2) Questo Stato liberale di diritto è generato dappertutto in Europa in primo luogo dalla disillusione e dallo scetticismo verso la sfera della politica: esso ha in Germania le sue radici negli anni Cinquanta e nella scoperta della *Realpolitik*, in Italia negli anni Settanta ed Ottanta, ovvero negli anni delle disillusioni postrisorgimentali, ed in Francia, nello stesso torno di tempo, nella percezione che il suffragio universale — il 'politico' per eccellenza — non ha affatto introdotto il regno della virtù, e che esso può anzi rivelarsi clamorosamente inadatto a selezionare una classe politica capace ed autorevole. 3) Lo Stato di diritto è certamente formula di carattere statualistico che punta ad opporre alla società dei cittadini politicamente attivi della rivoluzione principii che tendono ad esaltare la centralità dell'autorità politica, a volte attraverso il richiamo al principio monarchico quale criterio fondativo della dimensione originaria e non derivata del potere, a volte contrapponendo decisamente alla sovranità popolare dei cittadini la sovranità della nazione impersonata dallo Stato. Tuttavia, si tratta sicuramente di

uno *statualismo liberale*, nel senso che questo recupero di autorità da parte dello Stato è ritenuto dalla parte migliore e più consapevole della dottrina del tempo funzionale ad una più sicura tutela dei diritti: al tempo delle garanzie politiche subentra quello delle garanzie giuridiche, al primato della legge quale espressione della sovranità popolare subentra quello della legge quale manifestazione del potere formale e neutrale — e perciò ben più affidabile e rassicurante — dello Stato sovrano. 4) Tutta questa vicenda ha un significato profondo non solo per la storia delle libertà, ma anche per quella delle forme di governo e di Stato. Se si eccettuano certe versioni estreme del principio monarchico tedesco, la critica al predominio del legislatore rivoluzionario non assume mai, o quasi mai, il significato di un'opposizione radicale e polemica. È piuttosto il tentativo di sostituire ad una costituzione monistica che come quella rivoluzionaria puntava ad individuare una *suprema potestas*, quella legislativa, una costituzione equilibrata, costruita secondo la tecnica tipicamente britannica dei pesi e dei contrappesi, che al legislativo sappia affiancare un esecutivo dotato di una propria autonoma sfera, ed all'amministrazione che di quell'esecutivo fa parte sappia affiancare il sindacato dei giudici. È questo certamente il disegno di Vittorio Emanuele Orlando per l'Italia, o anche di buona parte della dottrina liberale francese della Terza Repubblica, ed anche per la Germania si dovrebbe rivedere sotto questo profilo la storia intricata del principio monarchico, per scoprire questa sua duplice natura: qualche volta sicuramemente presunta 'essenza' del potere da contrapporre al parlamento, ma qualche altra volta semplice controbilanciamento di quel parlamento, più secondo la lezione del costituzionalismo britannico che non secondo le linee di una secca apologia del potere autocratico della burocrazia e dell'esecutivo.

Un'ultima notazione, che serve più che altro a dissipare un possibile equivoco. Ciò che qui abbiamo tentato non è affatto una sorta di rivalutazione della cifra di liberalismo presente nella giuspubblicistica europea della fine del secolo scorso. Abbiamo piuttosto voluto mettere in luce come nell'età dello Stato liberale di diritto compresa tra gli ultimi decenni del secolo scorso e gli anni Venti del nostro secolo vi sia stato un *liberalismo europeo* che è stato

in buona misura quello dei giuristi: per l'appunto *lo statualismo liberale dei giuristi europei*.

Siamo anche convinti che quella che abbiamo descritto sia stata l'ultima grande forma di liberalismo storicamente vincente. Essa inizierà la sua parabola discendente quando a partire dagli anni Trenta si aprirà *un nuovo grande ciclo di primato del politico*, e si tornerà a discutere di *suprema potestas*, di soggetto titolare della sovranità, di potere costituente, d'indirizzo politico, di regime politico, di primato della costituzione come fondamentale scelta per un determinato sistema di valori. È questo un ciclo che giunge fino a noi, attraversando anche le costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, come quella italiana del 1948. Queste costituzioni riprenderanno certamente la tradizione racchiusa nella formula dello Stato di diritto, ma non a caso aggettivandola, con 'sociale', 'democratico', o altro ancora, per significare, in definitiva, che la costituzione come centro del sistema politico e sociale non può più essere solo norma ordinativa dei poteri e delle regole di condotta, ma deve essere anche *Grundordnung*, che sceglie i fini ed i valori di fondo in senso prescrittivo, in ultima analisi nella sfera del politico.

Questo secondo grande ciclo di primato del politico — apertosi negli anni Trenta, ed entro cui si sono inserite, seppure con la loro specificità ed originalità, le ultime costituzioni democratiche — sembra per altro oggi di nuovo in crisi, come già accadde a partire dalla metà del secolo scorso nel caso del primo ciclo, quello della rivoluzione. Oggi come allora, nell'ultimo quarto del secolo ventesimo, in singolare e simmetrica corrispondenza con l'ultimo quarto del diciannovesimo, si torna infatti, e non a caso, ad invocare lo 'Stato di diritto': tanto che si potrebbe pensare che la vera forza di tale formula sia quella di essere profondamente incardinata nella storia costituzionale europea quale formula propria e specifica di un particolare e sempre ricorrente tempo storico, che è quello della *disillusione politica*. E se dovessimo rispondere, sulla scorta di queste nostre considerazioni, alle domande che ci eravamo posti all'inizio circa la permanente attualità di una tradizione europea dello Stato di diritto come forma di Stato, dovremmo dire che l'essenza di tale tradizione è data ancora oggi dall'immagine di un rifugio rassicurante e sempre disponibile, al quale è comunque possibile ritornare ogni volta che la bufera si fa troppo forte, che decadono gli ideali

ambiziosi di una costituzione che voglia essere indirizzo fondamentale e pervasivamente prescrittivo.

Attenzione, però: questa volta, non è affatto detto che il rifugio al quale si vorrebbe tornare sia ancora in ordine, pronto ad accoglierci. Un 'ritorno' di questo genere fu possibile nella seconda metà del secolo scorso, nella grande stagione dello Stato liberale di diritto, essenzialmente per un motivo, perché allora, dopo la tempesta rivoluzionaria, fu possibile associare un rinnovato primato del diritto alla rassicurante e forte immagine dello Stato sovrano. La grande fortuna della dogmatica dello Stato come persona giuridica si spiega così, perché in essa fu possibile soddisfare sia l'aspetto dell'equilibrio, del limite e della garanzia che quello dell'unità e della sovranità.

Oggi, un'operazione di questo genere appare francamente improbabile. Rimane certamente, come un secolo fa, l'esigenza di trovare una risposta in positivo nel tempo storico, che ancora una volta ritorna, della disillusione politica, ma la risposta non può essere, altrettanto certamente, la medesima di un secolo fa, per un motivo molto semplice: perché non esiste più un 'centro' paragonabile a quello ottocentesco dello Stato-persona, che sappia soddisfare contemporaneamente i bisogni di garanzia, ma anche quelli di unità, che insieme attraversano nel profondo la nostra società. Questa volta bisognerà inventare qualcosa di nuovo, ed iniziare a progettare *un altro Stato di diritto*, che si fondi su una filosofia diversa da quella della tradizione ottocentesca: in ultima analisi, *uno Stato di diritto senza Stato sovrano*, che al posto di quest'ultimo sappia individuare un 'centro' diverso, che tenga conto della più recente esperienza delle costituzioni democratiche, ma che sappia anche andare oltre, magari ripensando ad una tradizione ben più risalente nel tempo, e ben più complessa, di quella liberale ottocentesca che qui abbiamo delineato (9). Un 'centro', ed uno Stato di diritto, che ancora, tutto sommato, non sappiamo immaginare.

---

(9) È questa la suggestione che ricaviamo, in attesa di ulteriori approfondimenti, dal recentissimo e bellissimo libro di L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994.

5.

COSTITUZIONE E POLITICA: BILANCIO DI FINE SECOLO (*)

1. Le costituzioni statali. — 2. Le costituzioni politiche. — 3. Le prospettive per il nuovo secolo.

1. Il secolo si apre con una celebre definizione della costituzione: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, ed infine la posizione fondamentale del singolo di fronte allo Stato » (1). La definizione è di Georg Jellinek, uno dei massimi giuristi europei tra Otto e Novecento, ed è destinata a svolgere una considerevole influenza in ambito giuspubblicistico. Il primo carattere di questa definizione, che subito balza agli occhi, è la massiccia presenza in essa del termine-concetto di 'Stato'. Si può anzi dire che in questa prospettiva la costituzione non è nemmeno pensabile senza lo Stato. Essa ha senso e significato solo in quanto *presuppone lo Stato*, di cui individua gli organi, il modo della loro formazione, e l'ambito di esplicazione dei loro poteri, da cui deriva poi, buon ultima, l'individuazione delle sfere di libertà dei singoli.

Per definire che cosa sia la costituzione non vi è dunque bisogno di alcun *principio fondante*, né di quello democratico, poiché la

---

(*) Il testo che segue riproduce, con alcune variazioni, la relazione presentata il 12 febbraio 1999 al Convegno su *La nuova età delle costituzioni,* di cui si pubblicano ora gli Atti. Al testo consegnato per la stampa si è voluto mantenere il carattere immediato proprio della relazione, riducendo all'essenziale i riferimenti bibliografici.

(1) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, rist. 1919, III, 15, p. 506.

questione della legittimazione dei poteri pubblici, ed in particolare del potere di fare la legge, presenta una natura prettamente procedurale, che attiene alle norme dello Stato che disciplinano il modo di formazione di uno o più dei suoi organi, ed in particolare del parlamento; né di quello della inviolabilità dei diritti, poiché la garanzia dei diritti si risolve anch'essa tutta dentro il diritto pubblico statale, grazie a quelle particolari norme dello Stato che si occupano dei limiti da porre all'esercizio dei poteri pubblici. In ultima analisi, tutti i problemi-chiave della costituzione, dalla legittimazione dei poteri fino alla garanzia dei diritti, sono per loro natura *problemi statali*, di organizzazione dello Stato e della sua potestà normativa.

Abbiamo detto all'inizio che la definizione di Jellinek apriva il nuovo secolo. In realtà però essa soprattutto chiudeva il secolo precedente, di cui riassumeva il significato fondamentale, sotto l'etichetta della *Staatsverfassung*, della costituzione statale. Per comprendere dunque che cosa è accaduto nel nostro secolo, bisogna muovere da questa consapevolezza : che il Novecento ha ricevuto dal secolo precedente la grande ed ingombrante eredità della costituzione statale. Si tratta di un rilevantissimo dato culturale, prima ancora che giuridico-normativo, destinato come tale a persistere a lungo, e che converrà dunque mettere in luce in modo adeguato.

Ma che cosa è dunque questa costituzione statale, che ha dominato in Europa tra Otto e Novecento? Iniziamo con una immagine. La costituzione statale è come un *recinto*, che include qualcosa ed esclude qualcos'altro. Vediamo prima che cosa è incluso. Se esaminiamo brevemente le costituzioni liberali del diciannovesimo secolo, ci accorgiamo subito che esse puntano a due obbiettivi: disciplinare le forme di governo, per lo più in modo elastico ed in senso moderato e bilanciato, nel quadro in particolare delle monarchie costituzionali più o meno intensamente parlamentarizzate, e tutelare i diritti individuali, essenzialmente per il tramite del rinvio alla legge della loro concreta disciplina. Le costituzioni del diciannovesimo secolo sono per l'appunto *costituzioni statali*, proprio per questo motivo: perché si limitano alla disciplina delle relazioni politiche di vertice, soprattutto dei rapporti tra monarchie e parlamenti — in prospettiva gli 'organi supremi' contenuti nella definizione di Jellinek da cui siamo partiti — ed alla garanzia

legislativa dei diritti, presupponendo una legge dello Stato cui poter immancabilmente e sicuramente affidare quella garanzia.

Che cosa rimane fuori da un tale tipo di costituzione? Io direi, in una parola, che *rimane fuori la politica*. Nel senso che queste costituzioni non intendono contenere alcuna deliberata scelta per un determinato sistema di valori, né tanto meno derivare da un principio costitutivo originario, sia esso democratico, o monarchico. Le costituzioni del diciannovesimo secolo non intendono essere né democratiche, né monarchiche, ma semplicemente statali. Quelle costituzioni non intendono essere atto di fondazione di nuovi regimi politici, ed anche quando sembrano accompagnare la transizione da un regime all'altro, in realtà presuppongono sempre un principio di unità politica già dato, ovvero lo Stato medesimo.

La costituzione è dunque indifferente alla politica, perché tutta la politica di cui essa ha bisogno è comunque contenuta nello Stato, in quello Stato che la stessa costituzione presuppone. *Prima* viene lo Stato, e *poi* la costituzione, che si occuperà quindi di quella sola politica che essa trova già racchiusa nella sintesi statale, che si esprime tramite gli organi dello Stato. La costituzione si occuperà quindi solo delle articolazioni dello Stato, della loro organizzazione e dei limiti alla loro azione. Altro non interessa a chi si occupa di costituzione. Questi sarà quindi sempre più sospinto a concepire il suo lavoro come un sapere tecnico, di definizione e sistemazione degli ambiti di potere entro cui lo Stato si muove. È ciò che farà la grande scienza giuspubblicistica del diciannovesimo secolo, che culmina nella definizione di Jellinek che già conosciamo, opponendo fatalmente sempre più il diritto statale della costituzione, o anche semplicemente lo 'Stato di diritto', alla politica (2).

Ma le costituzioni statali del diciannovesimo secolo hanno anche un altro limite. A ben guardare, esse ci dicono infatti ben poco, non solo del criterio di legittimazione dei regimi politici, ma anche della società stessa. Quest'ultima appare infatti in quelle costituzioni

---

(2) La grande riflessione giuspubblicistica europea è inizialmente soprattutto tedesca, ma si diffonderà in seguito in gran parte d'Europa. Sul modello originario tedesco si vedano M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco,* Milano, 1979, e M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland,* II, München, 1992.

esclusivamente nella forma esangue dell'individuo quale titolare di diritti da garantire con le leggi dello Stato. Nulla o quasi ci dicono invece quelle costituzioni delle *istituzioni* operanti nella società del tempo: della famiglia, dell'impresa, del mondo del lavoro e delle relazioni economiche in genere. Quest'altra delimitazione è in parte da riconnettere alla nostra problematica generale: la costituzione non si occupa della società perché si occupa dello Stato, dei suoi poteri, della sua organizzazione, dei suoi limiti, entro un assetto complessivo che ancora consentiva di distinguere con una certa sicurezza Stato e società.

C'è tuttavia da considerare anche un altro aspetto, a questo proposito. Si tratta della straordinaria forza ed autorità che nelle società del diciannovesimo secolo è attribuita al Codice civile. Quest'ultimo è ben più di un sistema ordinato di leggi dello Stato. È invece lo statuto normativo fondamentale della società del tempo, entro cui trovano adeguata raffigurazione e disciplina normativa quelle istituzioni cui sopra facevamo riferimento: la famiglia, l'impresa, il lavoro, il complesso delle relazioni economiche e patrimoniali. Ma questa situazione — difficile da comprendere oggi, a fronte di un diritto civile sempre più decodificato e disarticolato — finisce per retroagire sulla costituzione, che viene sempre più sospinta, proprio dalla ingombrante presenza del Codice, ad essere ancor più semplicemente la norma fondamentale di organizzazione dei poteri dello Stato. Alla fine, quel medesimo Stato affermerà il suo primato prima di tutto proprio mediante il Codice. Da questo infatti, ben più che dalla costituzione, deriveranno i veri *principi fondamentali*, espressivi dei caratteri di fondo della società del tempo: la proprietà privata individuale, l'autonomia negoziale, la responsabilità contrattuale.

Cerchiamo ora di concludere su questo punto. Il mondo della costituzione statale è certamente rappresentabile come un universo ben ordinato e quasi del tutto pacificato, che non a caso è oggetto di un sapere giuridico sempre più tecnicizzato, ma ad una condizione: che si tratti di un mondo relativamente piccolo, i cui confini sono rigidamente definiti. Ciò che rimaneva fuori non era poco. Da una parte, come da ultimo abbiamo visto, rimaneva fuori la società stessa, il complesso delle relazioni civili ed economiche, il faticoso organizzarsi degli interessi concretamente esistenti in quella società, che anche ove risultasse politicamente significativo continuava sem-

pre ad essere irrilevante sul piano costituzionale fin quando non fosse capace di esprimersi in forme statali. È questa, ad esempio, la vicenda dei partiti politici nell'ambito delle costituzioni statali. I partiti, infatti, assumevano rilievo in quelle costituzioni solo in quanto si traducessero in strumenti di selezione della classe politica, divenendo gruppi parlamentari, e quindi componenti del procedimento di legislazione ordinaria, disciplinato dalla costituzione come modo di formazione della legge dello Stato.

Sull'altro versante rimaneva fuori la politica, intesa come ricerca di un principio di legittimazione dei poteri pubblici. Questi ultimi, racchiusi nella poderosa sintesi statale, in realtà non avevano bisogno di alcuna legittimazione. L'avevano già, per il fatto di essere poteri dello Stato. In realtà, il mondo della costituzione statale era ben ordinato, in ultima analisi, soprattutto perché non era sovraccaricato di troppe domande. La costituzione non era chiamata a dirci quali fossero i principi fondamentali della convivenza civile, o perché avessimo scelto quella forma di governo, quei poteri pubblici, e non altri. La forza della costituzione statale era dunque essenzialmente data dalla forza e dalla stabilità del recinto che la proteggeva, dalla nettezza con cui era ancora possibile distinguere Stato e società, costituzione e politica.

2. Da questo punto di vista, il Novecento, di cui ora finalmente ci occupiamo, è il secolo che provvede a rimettere in discussione tutte queste distinzioni, che apre grandi varchi nel nostro recinto, che finirà — nel senso che vedremo — per scompaginare e scompigliare il ben ordinato mondo della costituzione statale. Diciamo subito questo preliminarmente: se l'Ottocento è il secolo delle costituzioni statali, il Novecento è il secolo delle *costituzioni politiche*. L'analisi che segue è dedicata a mostrare la differenza tra questi *due tipi storici* di costituzione.

Iniziamo con quella che ci pare essere poco più di una mera constatazione: le costituzioni del Novecento hanno svolto un ruolo marcatamente più ampio rispetto al ruolo svolto dalle costituzioni nel secolo precedente. Prima di tutto per un motivo a noi già noto. Come abbiamo visto, le costituzioni del diciannovesimo secolo avevano una natura prevalentemente organizzatoria, in qualche modo presupponendo un principio di unità politica già dato. Certo,

anche quelle costituzioni hanno operato nel campo del mutamento costituzionale, ma al massimo con la pretesa d'incanalare quel mutamento in una certa direzione. Il nostro Statuto Albertino, ad esempio, fu concepito al fine, per l'appunto, d'incanalare l'incipiente parlamentarizzazione del sistema politico in una direzione moderata, che fosse compatibile con la permanenza di un ruolo forte ed autonomo della monarchia. Ma ciò che più conta è che per il nostro Statuto, come in genere per le Carte costituzionali del diciannovesimo secolo, la monarchia ed il parlamento erano realtà storico-costituzionali da presupporre, che la costituzione doveva solo riconoscere e variamente comporre nella sintesi statale. Alle costituzioni del secolo passato mancava, in una parola, ogni *pretesa instaurativa*. Erano costituzioni strutturalmente prive di *potere costituente*.

Questa è la prima differenza con il nuovo secolo. Il Novecento è infatti il secolo delle Assemblee costituenti. È il secolo in cui la costituzione non si limita più ad accompagnare il mutamento costituzionale, e pretende invece, essa medesima, di generarlo, di produrlo. Non dimentichiamo mai che la prima delle grandi costituzioni del Novecento, la Costituzione di Weimar, è la costituzione che afferma la Repubblica in Germania, ovvero nel paese europeo che più tenacemente era rimasto legato al principio monarchico. È da quel momento in poi che la costituzione, nell'ambito delle vicende politiche novecentesche, viene associata al momento costituente, alla grande discontinuità, alla instaurazione del nuovo in politica (3).

La costituzione non è più dunque la rappresentazione di un ottimale e pacifico comporsi di ciò che già esiste. Al contrario, della costituzione si ha bisogno quando il mutamento politico presenta una misura eccedente l'ordinario, una direzione radicalmente nuova. È per questo motivo che parliamo per il Novecento di costituzioni politiche, e non più meramente statali. Si vuole in tal modo significare l'esistenza di uno scarto tra politico e statale, che si riassume nel fatto che nel corso del Novecento le costituzioni tendono ad assumere un contenuto politico non più racchiudibile nei confini della tradizionale sintesi statale.

---

(3) Sulla Repubblica di Weimar disponiamo ora della grande sintesi di H.A. Winkler, *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie,* München, 1993, tr. it., *La Repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca,* Roma, 1998.

Le costituzioni tendono cioè ad eccedere rispetto alla loro tradizionale funzione organizzatoria e compositiva di poteri già esistenti, e pretendono di divenire criterio di legittimazione, strumento instaurativo, di quei poteri. Per questo motivo, quelle costituzioni hanno bisogno di dichiararsi politicamente, soprattutto attraverso il ricorso ad impegnative norme di principio: il principio democratico, il principio d'inviolabilità dei diritti, il principio di uguaglianza. L'insieme di queste norme di principio è rappresentabile come il contenuto politico della costituzione, che è stato scelto in sede costituente.

Ma c'è di più, proprio in ordine al carattere politico delle costituzioni del Novecento. Questo carattere non riguarda infatti solo l'origine delle costituzioni, la loro derivazione da scelte iniziali orientate in senso esplicitamente instaurativo. Quelle costituzioni erano infatti pensate dai loro autori — ad esempio dai costituenti italiani del 1947 — perché fossero intensamente politiche anche nel loro concreto svolgimento, attraverso il meccanismo della *attuazione costituzionale*. Quest'ultima era infatti concepita come un processo continuo di realizzazione degli obbiettivi indicati dalle norme costituzionali di principio. E si trattava di un processo in sé eminentemente politico, da condurre avanti essenzialmente attraverso grandi leggi organiche di riforma, animate da finalità di ordine costituzionale. Una sorta di *grande politica*, da svolgersi sul piano dell'indirizzo fondamentale o costituzionale, diverso e più alto rispetto al mero indirizzo politico di maggioranza.

Infine, il carattere politico delle costituzioni del Novecento sta nell'ampiezza del *campo* entro cui si distende questo processo di attuazione costituzionale. È un campo amplissimo, che finisce per coincidere con l'intera società e per comprendere tutte quelle istituzioni e quegli oggetti, che prima, come abbiamo visto, erano gelosamente riservati alla disciplina del Codice civile, o erano comunque ben lontani dalla sfera della rilevanza costituzionale: la famiglia, l'impresa, la proprietà, il lavoro, in fondo il complesso delle relazioni civili ed economiche. Siamo dunque di fronte ad un progetto consapevolmente scelto e chiamato a distendersi sull'intero spazio sociale. È difficile pensare qualcosa di più politico di tutto questo. Ed è per questo motivo che definiamo il Novecento come *il secolo delle costituzioni politiche*.

Tuttavia, una volta che si è detto questo, in realtà non si è ancora detto niente, nel senso che rimane da rispondere alla domanda più impegnativa: *quale bilancio* è possibile oggi stilare dell'età delle costituzioni politiche? Siamo infatti alla fine di un secolo che — come abbiamo visto — ha presentato un ruolo sicuramente protagonistico delle costituzioni, nella instaurazione di nuovi regimi politici, ed anche nella trasformazione delle società stesse e dei loro equilibri interni. Ma la domanda rimane. Quale è il saldo finale di questa esperienza? Abbiamo infatti visto che il diciannovesimo secolo aveva lasciato al nostro secolo l'idea, e la pratica, della costituzione statale. Il saldo era in quel caso chiaro e definito. L'esperienza costituzionale del secolo successivo, appunto il nostro, ha superato i confini della costituzione statale, ma quale idea, e quale pratica, della costituzione lascia al secolo che si sta aprendo? Che cosa è uscito veramente fuori dal superamento della costituzione statale, dall'incontro novecentesco tra costituzione e politica?

Abbiamo detto, in sintesi, che ne è uscito fuori un nuovo tipo di costituzione, la costituzione politica. Abbiamo riconnesso questo carattere politico a due momenti: quello instaurativo, dell'esercizio del potere costituente, e quello successivo, della attuazione costituzionale. La costituzione è politica perché ha un'*origine* politica, e perché *produce* politica, ovvero una direzione di mutamento della società stessa. Guardiamo ora di nuovo meglio, e più da vicino, questi due momenti, iniziando dal primo, da quello instaurativo.

Non v'è dubbio alcuno sul fatto che le costituzioni del Novecento, proprio perché frutto di un esplicito potere costituente, riaprano la grande questione della *sovranità*, che sembrava quasi del tutto chiusa nelle costituzioni del secolo precedente. Per questo, le costituzioni del Novecento tornano a contenere, come già le costituzioni rivoluzionarie della fine del Settecento, la clausola attributiva di sovranità, che normalmente si riferisce al popolo, come nel caso del secondo comma dell'articolo primo della nostra Costituzione.

Ma quale sovranità? Certamente non quella di matrice radicale, di stampo rousseauviano, con la quale confliggeva l'aspirazione alla stabilità, che pure animava le democrazie dell'ultimo dopoguerrra nel loro momento fondante. Io direi che si tratta piuttosto di una sovranità *moderata e disciplinata*, da esercitare nelle 'forme' e nei 'limiti' dettati dalla costituzione, come recita l'articolo della Costi-

tuzione italiana sopra ricordato. Quel che concretamente è accaduto su questa base è presto detto : la sovranità popolare si è ben presto tradotta sostanzialmente in principio di legittimazione della *centralità del parlamento*, considerato in un modo essenzialmente diverso rispetto ai parlamenti liberali del diciannovesimo secolo, perché politicamente animato in senso democratico dai partiti, a loro volta intesi quali veri e propri protagonisti del processo di rappresentazione politica del popolo sovrano. Tutto questo è, in ultima analisi, proprio la 'forma' ed il 'limite' che costituzioni come quella italiana hanno di fatto posto all'esercizio della sovranità popolare. Il necessario modo d'essere — di nuovo, la 'forma' ed il 'limite' — di quella sovranità è dunque la democrazia parlamentare, la centralità di un parlamento rappresentativo del popolo sovrano *perché* capace, grazie ai partiti ed alla loro profonda radicazione nel paese, di rispecchiare le molteplici istanze, i molteplici bisogni, le molteplici e diverse versioni della *publica utilitas*, presenti nel paese.

Da qui, tra l'altro, l'immediato formarsi della convinzione, solo in tempi più recenti caduta, secondo cui la nostra Costituzione conteneva, in modo implicito e necessario, la scelta generalizzata per il sistema elettorale proporzionale. Ed in effetti, entro quel generale quadro di riferimento nulla vi è di più contrario al principio democratico della introduzione di norme sul piano elettorale che mettano in discussione la presenza in parlamento anche di una sola, e magari relativamente piccola, istanza espressasi in forma organizzata in seno al popolo sovrano. Se si parte dall'idea che il parlamento deve essere specchio del popolo sovrano, nulla vi è evidentemente di più arbitrario, come suggerisce anche la logica comune, della alterazione di uno specchio (4).

Torniamo ora al momento instaurativo, all'esercizio del potere costituente. Rimane fermo il fatto che la presenza di quel momento, e di quel potere, caratterizza in senso politico le costituzioni del Novecento, rendendole strutturalmente diverse dalle costituzioni statali del secolo precedente. Ma è ora chiaro che questa politicità ha avuto, nella vita concreta delle costituzioni democratiche del Nove-

---

(4) Su questi problemi d'interpretazione del carattere democratico della nostra Costituzione del 1948, rinviamo a M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno,* Bologna, 1998.

cento, una funzione ben precisa: quella di *sovradeterminare* il peso ed il ruolo della componente politico-rappresentativa, ed in particolare del parlamento quale luogo in cui viene ad esistenza, grazie al ruolo decisivo dei partiti, la volontà del popolo sovrano. Rimane la differenza con le costituzioni statali del diciannovesimo secolo, ma in un senso del tutto specifico: il parlamento non può più essere considerato un semplice organo dello Stato, perché è il luogo in cui si realizza il contenuto democratico della costituzione.

Tutto ciò non riguarda solo il momento riflessivo della rappresentanza, ma anche quello attivo della deliberazione, del fare la legge. Passiamo così, rispetto alle nostre costituzioni, dall'aspetto instaurativo a quello attuativo. Ed infatti, in un parlamento così inteso la legge non può certo essere solo il risultato di un confronto democratico tra la maggioranza e l'opposizione. Il parlamento è composto in modo da potersi dire 'specchio del paese' non per caso, né solo in funzione di garanzia delle minoranze, ma per un motivo molto più profondo: perché sia in grado di discutere e deliberare leggi che si pongano sul piano della *grande politica*, dell'indirizzo fondamentale o costituzionale, della attuazione della costituzione e delle sue grandi norme di principio. E del resto, se leggiamo le pagine della nostra Assemblea Costituente, ci rendiamo subito conto di quanto radicata fosse nei nostri costituenti l'idea della attuazione politica, essenzialmente per via parlamentare, della costituzione (5).

Se ora, in conclusione, esaminiamo congiuntamente il momento instaurativo, e quello attuativo, ed il loro comune carattere politico, ci accorgiamo che questo carattere non è pensato in astratto, ma con riferimento ad un *soggetto concreto*. Questo soggetto non è genericamente il popolo sovrano, ma l'*insieme dei partiti* che a quel popolo dà forma e sostanza, rendendolo prima forza costituente, e poi soggetto istituzionale, che in parlamento conduce avanti il processo di attuazione della costituzione. Ciascuno di quei partiti avrebbe

---

(5) Tra i molti luoghi che potrebbero essere citati, si può scegliere quelli relativi alle sedute plenarie della Commissione dei settantacinque del 25 ottobre e del 28 novembre 1946, dedicate alle 'direttive di massima' da adottare per la redazione del progetto di Costituzione. Vedi *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente,* Camera dei Deputati, Segretariato Generale, vol. VI, Roma, 1971, pp. 44 e ss.

dovuto essere ovviamente 'parte', e dunque rappresentare certi interessi, e non altri, ed ovviamente alcuni di quei partiti si sarebbero coalizzati contro altri partiti, com'è nella logica della democrazia, ma tutto questo non avrebbe mai dovuto far dimenticare che sull'altro piano, quello della grande politica, della politica costituzionale, l'insieme dei partiti avrebbe dovuto costituire, prima di tutto in parlamento, il motore della attuazione costituzionale.

Ma allora, alla fine, anche le costituzioni del Novecento — ed in particolare modo proprio quella italiana — *presuppongono* qualcosa, come le costituzioni del secolo precedente. Queste ultime presupponevano — come sappiamo — lo Stato come rappresentazione, ferma ed indiscutibile, del principio di unità politica. Le costituzioni democratiche del nostro secolo presuppongono, prima ancora dello Stato stesso, la capacità dei partiti di essere, non solo un valido strumento di selezione degli interessi, e di loro ricomposizione in parlamento, ma anche, e forse soprattutto, il soggetto protagonista, nel loro insieme, della politica costituzionale, della attuazione della costituzione. Si potrebbe anzi dire ancora qualcosa di più: la costituzione chiama i partiti ad essere garanzia del fatto che nella nuova età democratica la politica non si ridurrà a mero scambio di utilità, a semplice mediazione d'interessi, né si esaurirà nel confronto immediato tra maggioranza ed opposizione.

Questo è per me il carattere politico delle costituzioni del Novecento, ed in particolare di quella italiana. Esso non consiste solo nel loro essere frutto di esplicite scelte di carattere costituente, o nella loro pretesa di contenere una qualche definizione della 'società giusta' — pensiamo al secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione —, cui conformare il processo di attuazione costituzionale. E non consiste neppure solo in quei loro aspetti che più marcatamente segnano la differenza con le costituzioni statali del secolo precedente, come l'introduzione del controllo di costituzionalità, che ha certamente spezzato quella lunga catena che, da Hobbes in poi, era costruita sul principio secondo cui solo chi ha il potere di fare la legge ha anche il potere di abrogare la legge, o d'invalidarla, o di permettere la sua disapplicazione. Prima ancora di tutto questo, il carattere politico delle costituzioni del nostro secolo è dato soprattutto dalla loro pretesa di salvare, e rimettere a lucido, *uno strato alto* della politica, più vicino alla dimensione dei principi

e dei valori, qualitativamente diverso dalle politiche, al plurale, degli interessi e delle maggioranze.

Torniamo ora all'aspetto del bilancio, del saldo conclusivo e definitivo di tutta questa esperienza, e formuliamo così la più semplice delle domande: cosa rimane oggi di questa idea della politica costituzionale, di una politica ispirata dai principi costituzionali? Apparentemente, un cumulo di macerie. Tutti i soggetti protagonisti di quella politica sono scomparsi. E prima di tutto è scomparso quel determinato *tipo di partito politico* cui i nostri costituenti pensavano. Soprattutto nel corso degli ultimi venti anni è apparsa evidente la tendenza dei partiti politici a trasformarsi in mere confederazioni d'interessi, a calarsi sempre più integralmente nella dimensione della pattuizione e dello scambio. Da partiti di questo genere non è più possibile attendersi alcuna grande politica, alcuna politica costituzionale. La politica che quei partiti possono produrre, pur essenziale, è solo ed esclusivamente quella ordinaria della mediazione degli interessi.

Così, le costituzioni che oggi abbiamo hanno visto disseccarsi quasi del tutto la loro radice politica. Una volta messa in ombra la loro originaria vocazione a prescrivere l'indirizzo fondamentale, a costituire il punto d'inizio della politica costituzionale, di esse è rimasto solo l'altro loro lato, quello della *garanzia* e del *limite*. In questa veste in effetti esse si presentano all'inizio del nuovo secolo. Certo, quel lato era indubbiamente presente fin dall'inizio. Dopo le tragedie dei totalitarismi, i costituenti del dopoguerra non potevano non sentire in modo forte il problema dei *limiti della politica*, della garanzia dei diritti fondamentali. Ma si trattava per l'appunto solo di un lato della costituzione, cui si aggiungeva comunque l'altro lato, quello della costituzione come indicatore normativo delle grandi linee di trasformazione della società. Se sul primo lato, quello della garanzia, la costituzione si opponeva alla politica, sul secondo lato, quello dell'indirizzo, la costituzione si congiungeva alla politica, nel senso che pretendeva di produrre una certa politica, la politica costituzionale.

Con l'oscuramento di questo secondo lato, provocato soprattutto — come sappiamo — dalla sempre più evidente crisi della componente politico-rappresentativa della costituzione, del parlamento, della legge come fonte di diritto, degli stessi partiti politici,

la costituzione ha finito fatalmente per identificarsi con il suo primo lato originario, quello della garanzia e del limite, entro cui la politica appare solo ed esclusivamente nella sua veste, del tutto tradizionale nella storia del costituzionalismo, di potenziale arbitrio, di potere da misurare e contenere.

Da qui, il sempre più marcato diffondersi di un particolare significato della formula della *democrazia costituzionale*, che può oggi essere letta così: la democrazia non è più ciò che la costituzione produce attraverso la sua attuazione, ma ciò che nella sfera della politica si produce nel rispetto della costituzione. Il problema fondamentale della costituzione non è più dunque quello di essere l'*origine* delle politiche democratiche, ma di avere in sé la forza e la legittimazione necessarie al fine di costituire il necessario *limite* a quelle politiche che contrastino con la costituzione medesima.

Alla fine, il bilancio dell'esperienza costituzionale del nostro secolo non è poi così difficile da stilare. Il Novecento può essere rappresentato come il secolo dell'*incontro* tra politica e costituzione, tra democrazia e costituzione. Si pensava in origine che quell'incontro si traducesse in un matrimonio stabile, entro cui ciascuno dei coniugi si realizzava grazie all'altro : la costituzione esisteva perché era democraticamente voluta e sostenuta, e la democrazia esisteva perché la costituzione era attuata. Ci siamo invece presto resi conto che quell'incontro, per quanto assai passionale, era destinato a prodursi sul piano storico in modo tutto sommato problematico, esitando non poco a tradursi in un vero e proprio matrimonio. Alla prova dei fatti, ciascuno dei due potenziali coniugi ha infatti ben presto rivendicato per lo meno una parte della sua libertà: la democrazia ha teso a svilupparsi nel libero gioco delle forze politiche e sociali in modo sempre meno orientato dalle norme di principio della costituzione, e quest'ultima, per parte sua, ha sempre più cercato di porsi come norma *in sé fondata*, perché espressione di una sorta d'*inderogabile etica collettiva*, invalicabile da parte di tutti gli attori politici, e concretamente formulata per il tramite, ormai davvero essenziale, della interpretazione costituzionale, soprattutto da parte delle Corti Supreme (6).

---

(6) Si vedano in proposito le osservazioni di P.P. PORTINARO, *Dal custode della*

Insomma, ciò che è concretamente accaduto è che la politica, da una parte, è stata fatalmente attratta nel campo della mediazione sociale, nel contesto di società sempre più articolate in senso pluralistico, ed anche sempre più decisamente frammentate, perdendo così progressivamente il suo significato costituzionale, d'insieme di azioni strategicamente rivolte alla realizzazione delle grandi norme di principio della costituzione: una politica, da questo punto di vista, indubbiamente più piccola, e più modesta, di quella che i nostri costituenti avevano immaginato. E sull'altro versante, per converso, è andata altrettanto fatalmente sempre più attenuandosi l'idea stessa della costituzione democratica come costituzione politica, che indirizza i mutamenti e le trasformazioni della società, ed ha parallelamente ripreso forza, non per caso, l'idea, tradizionale nella storia del costituzionalismo, della costituzione come norma suprema, fondamentalmente diretta alla riduzione dell'arbitrio politico. In una parola, l'incontro novecentesco tra politica e costituzione è divenuto sempre più problematico, tanto da produrre ormai in modo del tutto visibile, proprio sotto ai nostri occhi, una politica sempre meno dotata di finalità costituzionali, e per converso una costituzione sempre più emancipata dalla politica.

3. Avevamo iniziato il nostro percorso con una celebre definizione della costituzione, che sostanzialmente rinviava alla centralità dello Stato: per avere una costituzione bisogna prima avere uno Stato. Come si pone oggi, alla fine del secolo, questa medesima questione? Si può dire, in breve, che il rapporto tra Stato e costituzione si ponga oggi in modo del tutto diverso, dopo la decisiva esperienza novecentesca delle costituzioni democratiche. Questa esperienza sembra infatti aver rapidamente corroso, in profondità, quel medesimo rapporto, presentandoci un panorama odierno sostanzialmente nuovo, entro cui gli Stati, da una parte, attuano sul piano nazionale politiche democratiche più o meno efficaci, ma comunque sempre più orientate alla pura mediazione sociale, e sempre meno dotate di significati costituzionali, e le costituzioni,

---

costituzione alla costituzione dei custodi, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, pp. 401 e ss.

d'altra parte, avendo perduto in misura consistente il proprio carattere d'indirizzo fondamentale delle politiche democratiche statali e nazionali, sembrano aver scoperto un nuovo terreno di espansione, che è quello internazionale, collocato al di là del mero orizzonte statale. Già oggi, del resto, le Corti supreme, sempre più protagoniste nel processo d'interpretazione e di applicazione dei precetti costituzionali, parlano un comune linguaggio europeo assai più dei rispettivi parlamenti, ed in genere assai più dei soggetti tradizionalmente operanti nell'ambito della sfera pubblica democratica.

Da questo punto di vista, l'emancipazione della costituzione dalla politica, che a noi sembra essere uno dei più consistenti fenomeni della fine del nostro secolo, finisce per tradursi essenzialmente in emancipazione della costituzione dallo Stato, che poi significa, in termini del tutto concreti, maggiore capacità della costituzione, rispetto ai tradizionali soggetti della politica democratica, di collocarsi sul piano internazionale, come se la costituzione si candidasse ad offrire in proprio, al di là della tradizionale sintesi statale, le risposte più adeguate ai bisogni che scaturiscono dalla crescente interdipendenza, soprattutto economica e finanziaria (7). Insomma, per dirla in breve, la costituzione appare essere più veloce della politica nel dislocarsi sul piano internazionale. Ed infatti, le politiche democratiche europee sembrano essere oggi ancora in larga misura *politiche nazionali*, per una buona e semplice ragione: perché nazionali sono i *soggetti* di quelle politiche. Nazionali sono i parlamenti ed i partiti, e soprattutto nazionali sono i popoli, come le lingue ed i mezzi di comunicazione che essi usano. Certo, non si può escludere a priori che nel nostro futuro vi sia un 'popolo europeo', ma oggi questa prospettiva è sicuramente un mero futuribile, né certo è sufficiente, perché si abbia un popolo europeo, che vi siano elezioni di un parlamento europeo, magari anche dotato — come ora si sostiene — di maggiori poteri (8).

---

(7) La letteratura sul punto è ormai davvero imponente. Si vedano in proposito due recentissimi volumi: *Globalisierung der Wirtschaft. Ursachen, Formen, Konsequenzen,* a cura di H. Berg, Berlin, 1999, e *Der integrierte Staat: verfassungs- und europarechtliche Betrachtungen aus italienischer und deutscher Perspektive,* a cura di M. Nettesheim e P. Schiera, Berlin, 1999.

(8) Si vedano in proposito le equilibrate osservazioni critiche di D. GRIMM, *Una*

Ciò che quindi appare probabile è che per lo meno per un certo tempo, o per un lungo tempo, la politica democratica rimanga una *politica nazionale*. Ma mentre accade questo, il dato obbiettivo della interdipendenza, prima di tutto di natura economica e finanziaria, continuerà a premere, ed a cercare una risposta. Se questa risposta non verrà dai parlamenti, nazionali ed europeo, sarà fatale ricercare le necessarie soluzioni direttamente nella costituzione. Crescerà dunque il bisogno di una *costituzione europea*, che nulla però, o ben poco, avrà a che fare con l'esistenza di un popolo europeo come soggetto costituente. Quella costituzione non nascerà, come vorrebbe la tradizione novecentesca delle costituzioni politiche, in un luogo determinato e sulla base di un'originaria volontà instaurativa, mediante il prodursi di una qualche 'costituente europea', ma per progressiva generalizzazione ed assimilazione delle soluzioni offerte dalla complessa pratica del diritto comunitario, fatta anche di una decisiva componente di carattere giurisprudenziale. Per questa via, le comunità civili e politiche europee si troveranno di fatto ad usare un diritto sempre più comune, che produrrà principi sempre più comuni, e l'insieme di questi principi sarà ad un certo punto avvertibile e generalmente riconoscibile nel senso di una *legge fondamentale europea*, di una costituzione europea. Quest'ultima non avrà dunque un'origine politica costituente, come hanno avuto le costituzioni del Novecento, ma sarà frutto di un processo, il cui esito normativo non assumerà la forma, puntuale e solenne, della deliberazione, ed acquisirà piuttosto i caratteri, del tutto pratici, della consolidazione, del progressivo riconoscimento.

Ma allora, il bilancio di fine secolo cui abbiamo dedicato questo contributo pende quasi per intero dalla parte della costituzione. Quel secolo è in effetti fortemente caratterizzato dal tentativo di costruire una politica costituzionale, di assegnare quindi ai soggetti della politica, ai parlamenti ed ai partiti, obbiettivi ambiziosi, determinati sulla base dei principi costituzionali, e rischia ora di concludersi con una secca e drastica riduzione della sfera della politica, paradossalmente lasciando in eredità al nuovo secolo l'idea di una costituzione, di una legge fondamentale comune, *senza politica,* che

---

costituzione per l'Europa?, in *Il futuro della costituzione,* a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino, 1996, pp. 339 e ss.

pretende di autorappresentarsi nei termini di una sorta di 'ragione universale', per sua natura distinta e superiore rispetto alle costituzioni politiche nazionali, basate sul tradizionale principio democratico. Nella storia costituzionale è ben difficile trovare un periodo in cui la sfera della politica è così velocemente passata da ambizioni così alte a ridimensionamenti così marcati.

E tuttavia, in tutto questo odierno fitto discorrere della costituzione europea è contenuta anche un'insidia, che conviene qui esplicitare in modo netto, concludendo il nostro discorso. Com'è ben noto, il principio per primo affermato sul piano comunitario, ed in prospettiva sul piano della costituzione europea, è certamente il principio di libera concorrenza. Esso appare essere, al momento, diretta espressione delle aspettative e dei bisogni di una pratica commerciale ormai sempre più collocata al di là dei confini nazionali. È necessario ora comprendere quanto il processo d'integrazione sia davvero destinato a procedere oltre questo punto, assumendo caratteri e contenuti non più solo economici, commerciali, patrimoniali o finanziari.

Infatti, se quel punto non dovesse essere valicato, o comunque per un lungo tempo dovesse rappresentare l'unico aspetto rilevante della integrazione, sarebbe fatale il riaffiorare nel nostro presente di quella convinzione, spesso rappresentata nel corso dell'età moderna, secondo cui economia e politica appartengono *a due mondi diversi*: il primo fatto di dure oggettività, di rapporti naturali e necessari, il secondo fatto di volontà artificiali, più o meno ideologicamente determinate. L'emancipazione della costituzione dallo Stato, inteso come uno dei principali frutti storici del carattere artificiale della politica, assumerebbe allora il ben concreto ed esclusivo significato della emancipazione della disciplina fondamentale dei rapporti economici e commerciali dalle costituzioni politiche statali. E la 'ragione universale' che si pretende essere presente in una costituzione sovranazionale come quella europea assumerebbe a sua volta il significato della sottrazione alla sfera della politica, in sé ritenuta artificiale, e per ciò stesso particolare e statale, di ciò che è ritenuto in sé 'universale', perché appartenente al mondo oggettivo, naturale e necessario, dei rapporti economici e commerciali.

Come sopra si diceva, in tutto questo è contenuta indubbiamente un'insidia. Essa consiste, in una parola, nel troppo rapido e

schematico ritorno ad antiche separazioni, come quella tra economia e politica, a fronte di un'esperienza concreta in cui i due termini di questo rapporto sono in modo sempre più evidente tutt'altro che separati, e sono invece sempre più rappresentabili come due sistemi imperfetti, continuamente bisognosi d'integrarsi reciprocamente, sul piano nazionale come anche su quello sovranazionale. Per questo motivo, di ordine concretamente storico, quella costituzione europea che dovesse porsi esclusivamente come disciplina fondamentale dei rapporti economici e commerciali sarebbe condannata sicuramente al fallimento. Il fatto che quella costituzione non sia destinata, come anche noi riteniamo, a ripercorrere le vie novecentesche delle Assemblee costituenti, non significa che essa possa rinunciare ad assumere *un contenuto politico*, frutto di un processo ulteriore d'integrazione, da svolgersi essenzialmente sul piano della affermazione progressiva di principi fondamentali comuni, cui far corrispondere forme e modi di tutela dei diritti di cittadinanza altrettanto comuni. Senza questo processo, concretamente operante a partire dalle esperienze costituzionali nazionali e dalle rispettive tradizioni, non si avrà alcuna costituzione. Ed è anzi assai probabile che per questa via riemerga anche su questo piano, in forme nuove, il problema della democrazia. Insomma, non è affatto detto che al Novecento, al secolo delle costituzioni politiche e delle democrazie costituzionali su base nazionale, debba seguire un secolo necessariamente orientato a demolire integralmente l'esperienza degli Stati nazionali e delle loro costituzioni, un secolo quasi predestinato a raffigurare le proprie costituzioni in senso sostanzialmente antipolitico.

Europa nella seconda metà del secolo ventesimo può essere rappresentata come una sorta d'*ideale condizione di equilibrio* tra le ragioni della politica, nel cui ambito si compiono, attraverso l'esercizio degli stessi diritti politici, le grandi scelte d'indirizzo che interessano la collettività nel suo complesso, e le ragioni del diritto, che si esprimono direttamente nella costituzione, e si realizzano mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale, ed in genere tramite gli istituti di garanzia, posti a protezione dei diritti individuali e dei diritti delle minoranze.

Torniamo allora, sulla scorta di queste considerazioni, al nostro punto di partenza, ovvero all'articolo sesto del Trattato sull'Unione Europea. Per la corretta interpretazione di quell'articolo non è indifferente sapere che gli 'Stati membri' sono in effetti oggi in sostanza appartenenti ad un'unica famiglia, che è quella delle democrazie costituzionali, degli Stati costituzionali. È appunto ai principi caratterizzanti questa famiglia che si richiama il medesimo articolo sesto. La rigidità costituzionale, il carattere inviolabile delle libertà fondamentali, la loro garanzia costituzionale, e non più meramente legislativa, il ruolo essenziale della giurisdizione, che si affianca, su un piano di pari dignità costituzionale, al complesso istituzionale parlamento-governo: sono probabilmente queste le 'tradizioni costituzionali' comuni agli Stati membri, cui si riferisce il nostro articolo sesto.

Ma c'è qualcos'altro ancora di assolutamente rilevante da mettere in rilievo in tutta questa vicenda. In effetti, il primo carattere comune agli Stati membri è proprio quello di *essere Stati*, tradizionalmente qualificati come sovrani, che con lo strumento del Trattato congiuntamente si autolimitano, individuando un percorso costituzionale comune, in direzione di un ruolo sempre più forte dell'Unione. Ebbene, a ben guardare, gli Stati medesimi risultano essere tutt'altro che disponibili a disciogliere per intero il nucleo fondamentale dei loro poteri sovrani lungo quel percorso, entro quella Unione. Tra la permanenza di una buona quota di quei poteri e la disposizione ad operare nella comune prospettiva costituzionale europea non vi è per altro necessariamente contraddizione. Al contrario, quegli Stati sono perfettamente convinti di poter promuovere una 'costituzione europea', o magari un *Bill of Rights* euro-

peo (6), esclusivamente in chiave di valorizzazione delle comuni 'tradizioni costituzionali' in materia di garanzia dei diritti, senza per questo negarsi del tutto come sovranità distinte.

A nostro parere, agisce qui in profondità la *struttura dualistica*, non solo delle più recenti democrazie costituzionali del ventesimo secolo, ma anche della più risalente vicenda dello Stato di diritto in Europa, e forse dell'intera vicenda storico-costituzionale europea in età moderna: in tali vicende la sovranità non è mai, o quasi mai, un tutto cui corrisponde un nulla, ma una parte concreta di una costituzione più ampia, di cui è parte anche l'altra componente, l'altro lato della medesima costituzione, che è poi quello delle libertà. Può darsi, in altre parole, che l'attuale condizione costituzionale dell'Europa non sia comprensibile con lo strumento, ormai davvero dilagante, ma anche sempre più abusato e logoro, della fine dello Stato sovrano e dell'epoca della sovranità in genere, e che a quella condizione sia piuttosto più adeguata e corrispondente una versione meno assolutistica, meno ideologica, e più concreta, della sovranità. Dunque, non un'Europa quasi fatalmente protesa a demolire ogni forma esistente di sovranità a favore di un indistinto universalismo dei diritti, ma un'Europa di *sovranità limitate*, tra loro legate da un patto costituzionale, che insieme le conduce a riconoscere la comune esistenza dell'altro lato della costituzione, quello delle libertà. In ultima analisi, non un'Europa irrealisticamente protesa a lottare con il fantasma dello Stato sovrano, ma un'Europa concretamente protesa a realizzare la *propria tradizione costituzionale*, quella che probabilmente ha percorso l'intera età moderna, e che oggi conduce a progettare un'Unione plurale, fatta di sovranità distinte ma limitate, non solo reciprocamente, ma anche congiuntamente, a causa del comune riconoscimento di una costituzione che come sempre contiene anche il lato delle libertà.

---

(6) Com'è noto, il Consiglio Europeo ha promosso la redazione di una 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea', di nuovo richiamando nella sua Decisione la nozione di 'tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri'. Il lavoro di redazione dovrà concludersi entro il dicembre 2000, ed ha dato intanto luogo ad un primo 'progetto di lista' dei diritti fondamentali, del 27 gennaio 2000. Sulla vicenda specifica non possiamo qui soffermarci.

3. Così posta, la questione delle 'tradizioni costituzionali' fatalmente si riapre, divenendo più ampia e profonda. Si tratta ora di comprendere come anche in fasi storiche precedenti il Novecento l'Europa sia stata caratterizzata nel profondo da un modello costituzionale di *tipo dualistico*, e dunque dalla costante tendenza ad affermare poteri sovrani rappresentando in essi le rispettive comunità politiche nella loro interezza, ma anche dalla tendenza, parallela ed altrettanto forte, a limitare quei poteri sulla base del secondo lato della costituzione storicamente data, quello espressivo delle libertà individuali e delle pluralità consociate.

In questa linea, limitiamoci per ora a retrocedere nel tempo di un solo secolo, dalla seconda metà del secolo ventesimo alla seconda metà del secolo diciannovesimo. Ci ritroviamo così in un'altra stagione distinta e ben nota dello *jus publicum* europeo, che è quella dello *Stato liberale di diritto.* Sul piano dei regimi politici, è questo il tempo del Secondo Impero in Germania, della Terza Repubblica in Francia, del trionfante parlamentarismo nell'Inghilterra vittoriana, dell'Italia prima crispina e poi giolittiana. Infine, sul piano della cultura costituzionale, e della stessa concreta esperienza costituzionale, è questo il tempo in cui con più forza si sottolinea la centralità dello *Stato nazionale sovrano*, ora attraverso la permanenza di un forte ed autorevole principio monarchico, come in Germania, ora attraverso il grande mito rivoluzionario del primato della volontà generale legislativamente espressa, come in Francia, ora infine attraverso il principio inglese della sovranità del parlamento. Né si può tacere il fatto che in questo stesso periodo la costituzione sembra legarsi assai più alle ragioni della sovranità che a quelle delle libertà, fino a quelle versioni estreme della dottrina tedesca che sembrano negare ogni dualismo, considerando i diritti di libertà come meri *Reflexrechte*, e dunque come mere creazioni, prive di sostanza propria, del diritto in senso oggettivo, della norma statale positiva.

Tali ultime soluzioni sembrano essere per altro ben poco rappresentative della cultura costituzionale europea del tempo (7). È

(7) Anche in Germania, del resto, la dottrina dei *Reflexrechte* fu successivamente superata da quella dei diritti pubblici soggettivi, su cui si vedano almeno S. MEZZADRA, *Dalla necessità alla occasionalità del positivo. Figure della giuspubblicistica tedesca da Savigny ad Jellinek,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1997/1, pp. 53 e ss.,

questa infatti una cultura certamente orientata, soprattutto in Germania ed in Italia, dal primato dello Stato-persona, o per altro verso sospinta dalla forza di certe tradizioni nazionali ad esprimersi nel senso dell'assolutismo parlamentare, come in Francia ed in Inghilterra. Ma questa medesima cultura, per altro verso, è tutt'altro che dimentica dell'altro lato della costituzione, della questione delle libertà. Così, la grande stagione della giuspubblicistica tedesca tra Otto e Novecento culmina con la dottrina dei *diritti pubblici soggettivi* di Georg Jellinek; così, nelle celebri pagine della *Introduction to the study of the Law of the Constitution* di Albert Venn Dicey, la nota sovranità del parlamento è solo il primo principio della costituzione inglese, cui si affianca immancabilmente il secondo, quello della *rule of law*; così, anche nelle pagine dei giuristi francesi tra Otto e Novecento, come Leon Duguit o Raymond Carré de Malberg, è possibile rintracciare il travaglio di chi è espressione di una cultura ferreamente legalistica, orientata al primato del legislatore sovrano, ma nel contempo avverte la necessità d'introdurre limiti e contrappesi, a garanzia di quelle libertà che pure erano per altro verso alle origini della rivoluzione.

Per tornare al nostro tema generale, si tratterebbe ora di mostrare come anche in questa epoca del diritto pubblico europeo che più di altre è orientata in senso statalistico, e più di altre è protesa a sviluppare il discorso e la pratica della sovranità, non tramonti mai del tutto il lato della costituzione legato alle libertà, a conferma della solidità in Europa della tradizione costituzionale di stampo dualistico. In questa sede, sarà possibile offrire solo qualche spunto, individuare qualche riferimento concreto, più che altro al fine di rendere visibile l'esistenza in Europa di *una tradizione costituzionale* che anche nell'epoca dello Stato liberale di diritto lavora nel senso del limite, delle garanzie da offrire ai diritti.

---

ed A. PACE, *La variegata struttura dei diritti costituzionali,* in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari,* 1997, n. 8, pp. 65 e ss.. Al di là della Germania, sviluppo nelle pagine che seguono, estendendole anche all'Inghilterra, alcune considerazioni di carattere comparativo che avevo formulato in M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale,* in *Saperi della borghesia e storia dei concetti tra Otto e Novecento,* a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, 1995, ora anche in questo volume, pp. 855 e ss.

Ovviamente, non si deve chiedere a quella epoca ciò che essa non può dare: lo Stato liberale di diritto in Europa è infatti per sua stessa natura avversario del principio democratico, allora identificato con il destabilizzante potere costituente della rivoluzione, con il contrattualismo rivoluzionario, ed anche di una delle principali garanzie dei diritti del futuro, ovvero del controllo di costituzionalità, sentito come una minaccia rivolta alla autorità del legislatore, e dunque alla stessa certezza del diritto. E dunque non si deve certo attenuare il significato su questo piano della trasformazione intercorsa tra Otto e Novecento, nel passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale. C'è dunque ovviamente una parte più che consistente della tradizione costituzionale europea presente nell'epoca dello Stato liberale di diritto che è stata superata dal successivo Stato costituzionale democratico del Novecento e che come tale è ormai del tutto alle nostre spalle: una cosa sono i diritti pubblici soggettivi della fine del diciannovesimo secolo, altra cosa sono le libertà fondate e garantite nelle costituzioni di oggi.

E tuttavia, non si può non rimanere colpiti dalla forza con cui Albert Venn Dicey, fermo sostenitore della sovranità del parlamento inglese, riafferma la *rule of law*, quale carattere essenziale e distintivo della costituzione inglese (8). Com'è noto, la *rule of law* è costituita da una serie di principi, tra cui spiccano il divieto di punire qualcuno per una condotta non espressamente vietata dalla legge, ed il divieto d'introdurre eccezioni di qualsiasi genere alla giurisdizione delle corti ordinarie. Ma quel che più conta è che i diritti individuali corrispondenti a tali divieti non sono da intendere come il risultato della applicazione della costituzione, ma come la base, il presupposto, su cui quella costituzione si fonda: i diritti non esistono grazie alla costituzione, ed è piuttosto vero l'inverso, ovvero che la costituzione esiste perché esiste una *ordinary law of the land*, ovvero un

(8) Ci riferiamo ovviamente ad A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution,* Londra, 1915. Si tratta della ottava edizione, in cui Dicey aggiunge una corposa introduzione rispetto alla precedente edizione del 1908, per il resto da considerare come l'edizione in cui l'autore sistema in modo definitivo la materia. Per la genesi di questa opera e per le fonti di Dicey sono essenziali S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo,* in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 19 (1990), pp. 6 e ss., e R.A. COSGROVE, *The rule of law: Albert Venn Dicey, victorian jurist (1835-1922),* London and Basingstoke, 1980.

diritto comunemente applicato dai tribunali a garanzia dei diritti degli individui. La *rule of law* finisce dunque per coincidere con la costituzione stessa, con questa *law of the land*, che sostanzialmente si determina nella giurisprudenza: una *judge-made constitution*, come afferma lo stesso Dicey (9).

Come ben si vede, i diritti appartengono dunque ad una dimensione profonda della esperienza politica, che lo stesso Dicey definisce *costituzionale*, e che è sostanzialmente affidata alla giurisprudenza. Per Dicey, l'importante è che da questa dimensione non scaturisca una *pretesa costituente*, nella linea americana dell'*original compact*, del patto originario produttivo di una legge superiore, capace d'imporsi alla stessa legge del parlamento: e la tanto conclamata *sovranità del parlamento inglese* è in effetti quasi esclusivamente diretta a riproporre la grande tradizione rappresentativa parlamentare inglese, e dunque a negare che possa esistere un soggetto, come il popolo sovrano delle rivoluzioni, americana e magari anche francese, dotato di una volontà a quel parlamento superiore (10). Ma una volta scartato l'esito rivoluzionario, e negato di conseguenza *quel particolare modo* di affermazione della supremazia della costituzione, la stessa sovranità del parlamento riprende il suo posto ed il suo ruolo, che nella tradizione inglese è ampiamente conciliabile con il posto ed il ruolo, ampio e forte, della giurisprudenza come strumento principe di garanzia dei diritti. Dicey è anzi sostenitore di una vera e propria costituzione *a due lati*, poiché la sovranità del parlamento e la stessa *rule of law* nient'altro sono se non *le due espressioni necessarie* della stessa costituzione, parimenti indispensabili per la sua stessa esistenza.

Certo, si potrebbe ora dire che questa costituzione è quella inglese, così come inglese, ed esclusivamente tale, è la *rule of law* di cui parla lo stesso Dicey. Noi crediamo invece che in tutto ciò si

---

(9) A.V. Dicey, *Introduction,* cit., pp.192 e ss., per limitarci a citare uno dei molti luoghi della opera di Dicey in cui si analizza il carattere costituzionale della *rule of law.*

(10) A.V. Dicey, *Introduction*, cit., pp. 38 e ss., 84 e ss., 135 e ss., per i passi più celebri della opera di Dicey sulla sovranità del parlamento, che a noi sembrano legati strettamente alla esigenza di differenziare lo sviluppo costituzionale inglese dal modello americano del *compact*, della volontà originaria costitutiva di una legge superiore a quella del parlamento.

esprima una particolarità autentica, ma che a sua volta nient'altro è se non una manifestazione specifica, possibile insieme ad altre, della *grande questione costituzionale europea*, che consiste, in una parola, nel tentativo, sempre problematico e ricorrente, di tenere *insieme* sovranità e libertà, rappresentazione unitaria dell'ordine politico e garanzia dei diritti.

Quella medesima questione si è così ripresentata, anche se ovviamente in forme diverse, un po' in tutti i paesi europei tra Otto e Novecento, ad iniziare proprio da quelli, come la Germania e la Francia, che più hanno mostrato una faccia decisamente rivolta ad esprimere un'idea forte della sovranità, e dunque la necessità di un forte Stato sovrano, o comunque del dominio di una volontà generale legislativamente espressa in modo sicuro.

Iniziamo, in questa linea, dalla Germania (11). In questo caso, gli ultimi anni del secolo sono quelli in cui, soprattutto per merito di Georg Jellinek, appare ormai del tutto inadeguata, in modo definitivo, l'idea dei *Reflexrechte,* di un'esistenza meramente derivata, non autonoma, dei diritti. Certo, la soluzione di Jellinek, quella notissima dei diritti pubblici soggettivi come risultato della auto-obbligazione dello Stato-sovranità nei confronti dello Stato-comunità, rappresentante dell'interesse comune, è comunque condizionata da pesanti ipoteche di carattere statualistico, e rimane in ogni caso ben al di là della linea a partire dalla quale si è costruita solo in seguito la ben diversa soluzione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

E tuttavia, non è certo un caso che Jellinek accompagni questo suo tentativo di superare la dottrina dei meri *Reflexrechte* con una riflessione di notevole significato sul piano storico-costituzionale (12). Se i diritti sono qualcosa di più di un mero 'riflesso' della

---

(11) Per il loro intento comparativo, rivolto ad inserire la vicenda tedesca nel quadro europeo, sono da segnalare due recenti volumi: C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918),* Frankfurt am Main, 1997; e M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp - Frankreich im Vergleich,* Göttingen, 1999. Sulla figura dominante di Jellinek, è utile il recente volume di K. KEMPTER, *Die Jellineks 1820-1955,* Düsseldorf, 1998.

(12) Si vedano almeno G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), in ID., *Ausgewählte Schriften und Reden,* Bd. 2, Berlin 1911, rist. Scientia Verlag Aalen, 1970, pp. 3 e ss., e ID., *Die Erklärung der*

norma positiva statale, è perché essi rappresentano, nel loro complesso, il *secondo lato* della vicenda costituzionale europea, essenziale quanto l'altro lato, quello della sovranità. Per Jellinek, quella vicenda è per intero contrassegnata, fino dalle sue radici medievali, da un'incessante dialettica tra principe e ceti, tra centro e periferia, tra unità e pluralità, tra concentrazione e diffusione del potere. Torna quindi in primo piano, anche in questo caso, il *carattere dualistico* di una storia costituzionale che ora viene intesa in modo ancora più netto come una storia europea, ben al di là del caso inglese. E si tratta di una storia che lo stesso Jellinek ritiene viva ed efficace ancora all'inizio del Novecento, poiché lo Stato di diritto che egli sostiene nel suo presente, con la sua doppia faccia di Stato sovrano e di Stato rappresentante dell'interesse comune, l'uno obbligato nei confronti dell'altro a garanzia dei diritti, non è per lui altro che la moderna riedizione dell'antico dualismo, nella logica mai superata del *contratto* tra principe e popolo, ora capace di esprimersi nei termini scritti e formali della costituzione, come atto non a caso nello stesso tempo istitutivo di poteri e di garanzie dei diritti.

Per pervenire al risultato della costituzione, e dei diritti in essa garantiti, basta dunque non cadere nella trappola dell'assolutismo politico, e del monismo politico, che per Jellinek è quello di Hobbes, ma anche quello di Rousseau, ed in genere di tutti coloro che negano la dualità, ed il contratto che da essa consegue, che finisce poi per coincidere con la costituzione medesima. Secondo Jellinek, lo Stato di diritto ha un futuro in quanto sia capace di riallacciarsi alle risalenti matrici di carattere dualistico, e sia dunque in grado di respingere la ricorrente minaccia di stampo assolutistico.

La lotta tra assolutismo e costituzionalismo non si esaurisce dunque con l'età delle rivoluzioni, e rimane attuale anche nel corso del diciannovesimo secolo, anche tra Otto e Novecento. E ciò non vale solo per l'Inghilterra, con la sua celebre *rule of law*, ma anche per quella Europa continentale, entro cui è pur evidente l'adozione di modelli decisamente statualistici. Accanto al caso della Germania si pone evidentemente, proprio da questo punto di vista, quello della Francia, che con la Terza Repubblica sembra per molti versi fare i

---

Menschen- und Bürgerrechte (1895), in *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte,* hrsg. von R. Schnur, Darmstadt, 1964, pp. 1 e ss.

conti con l'eredità rivoluzionaria, ed in particolare con la tradizione del primato del legislatore, in quanto soggetto chiamato ad esprimere il valore assoluto e primario della volontà generale (13).

Tale tradizione, riassunta in modo esemplare, proprio al tempo della Terza Repubblica, nelle classiche pagine di Carré de Malberg, non è meno espressiva di sovranità di quanto lo sia il parlamentarismo inglese o la parallela tradizione tedesca dello Stato sovrano (14). In origine c'è, a questo proposito, l'articolo sesto della Dichiarazione dei diritti del 1789, che così recita: « La legge è l'espressione della volontà generale ». Ciò che equivale a dire: la legge può non formarsi, ma se si forma non può non essere considerata l'espressione, su quella certa materia posta ad oggetto della legge medesima, della volontà generale. Insomma, la legge è giusta e legittima per il fatto stesso di esistere. Tutto ciò fa sì che proprio nella legge così intesa si condensi una sorta di *valore aggiunto*, che colloca quella fonte di diritto su un piano del tutto particolare, in sostanza paritario rispetto a quello della costituzione: la volontà generale non può essere altro che una, capace di esprimersi indifferentemente, ora con lo strumento della costituzione, in chiave di potere costituente, ora con lo strumento della legge medesima.

Questo *État légal* sembrò concretizzarsi in modo stabile proprio con la Terza Repubblica, che finì per realizzare un vero e proprio *assolutismo parlamentare*, non solo nella dimensione interna alla forma di governo strettamente intesa, ovvero nel rapporto tra legislativo ed esecutivo, certamente sbilanciato a favore del primo, ma anche nel rapporto tra legge e costituzione. Infatti, l'articolo 8 della Legge costituzionale 25 febbraio 1875, pur disegnando un procedi-

---

(13) Si vedano almeno O. RUDELLE, *La République absolue.Aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine1870-1889,* Parigi, 1986 e H.J. JONES, *The French State in question. Public Law and political argument in the Third Republic,* Cambridge, 1993.

(14) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État,* due tomi, Parigi, 1919-1922 (ma l'opera era in realtà conclusa prima del 1914), e ID., *La loi, expression de la volonté générale,* Parigi, 1931, rist. Parigi, 1984. Sull'opera di Carré de Malberg si vedano almeno: M. GALIZIA, *Il 'Positivisme juridique' di Raymond Carré de Malberg,* in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 2 (1973), pp. 335 e ss., e G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale,* Parigi, 1985.

mento parlamentare in qualche misura aggravato per la revisione delle leggi costituzionali, in sostanza rimetteva quella revisione alla volontà del parlamento, che a questo proposito poteva estendersi a suo piacimento « in tutto o in parte », e dunque su qualche punto specifico delle medesime leggi costituzionali, o sulla loro interezza, come se la costituzione, tra l'altro ormai priva della Dichiarazione dei diritti, confinata al tempo trascorso della rivoluzione, fosse ormai una mera articolazione del potere sovrano, rivedibile con qualche onere di carattere procedurale, ma senza vincoli di sostanza.

E tuttavia, anche questa forma di assolutismo era fatalmente alla ricerca dei propri limiti. Da qui, la questione, sempre più discussa nella Francia della Terza Repubblica, del passaggio dall'*État légal* all'*État de droit*, e non solo nel senso, ben noto ai giuristi, della giustizia amministrativa, ovvero della sindacabilità per via giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione, che proprio tra Otto e Novecento tocca uno dei suoi punti più alti, con il sindacato sullo sviamento di potere e sull'eccesso di potere (15). La questione del limite e delle garanzie riguarda infatti anche il pur tanto celebrato legislatore. Ed infatti si discute apertamente della possibile istituzione di un controllo di costituzionalità, nella opinione pubblica, spesso ormai anche in Francia critica del parlamentarismo, nella dottrina giuridica, e perfino in parlamento (16). Il mancato esito pratico di quella discussione, evidentemente legato a profonde ragioni storiche, che in quel paese impedivano di affidare ai giudici un qualche compito di garanzia e di controllo nei confronti degli atti del legislatore, non rende meno significativo tutto questo, ed in particolare la rilevazione della evidente condizione di problematicità in cui si trovava questa tradizione rivoluzionaria francese tra Otto e Novecento, nella epoca d'oro dello Stato liberale di diritto.

---

(15) Sul punto si veda M.J. Redor, *De l'État légal a l'État de droit. L'evolution des conceptions de la doctrine publiciste francaise 1879-1914,* Parigi, 1992, ed anche P.M. Gaudemet, *Paul Laband et la doctrine francaise de droit public,* in *Revue du droit public,* 4-1989, pp. 957 e ss..

(16) Si vedano: E. Maulin, *Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg,* in *Revue francaise de droit constitutionnel,* 21 (1995), pp. 79 e ss., e M. Verpeaux, *Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III République,* in *Revue francaise de droit constitutionnel,* 1990, 4, pp. 688 e ss.

La verità è che queste tre grandi tradizioni europee, quella parlamentare inglese, quella statale ed amministrativa tedesca, e quella legislativa francese, esprimono comunque *due* esigenze, e non una sola : pretendono d'individuare il sovrano, ma anche di garantire il limite. Ogni discorso, ed ogni pratica, costituzionale maturata in Europa ha sempre dovuto fare i conti con questa dualità: non c'è alcuna costituzione inglese fatta di sola sovranità parlamentare, senza *rule of law*, così come non c'è alcun *Rechtsstaat*, o alcun tipo di primato del legislatore, che non debba fare i conti con la propria capacità di esprimere in modo sicuro l'aspetto del limite, della garanzia.

Come si ricorderà, eravamo partiti dall'articolo sesto del Trattato sull'Unione, ed in particolare dalla questione delle 'tradizioni costituzionali' comuni agli Stati membri. Ebbene, è forse possibile ora pensare che quelle 'tradizioni' non siano solo quelle recentissime maturate nella seconda metà del ventesimo secolo, nell'ambito delle democrazie costituzionali. O meglio: che queste ultime abbiano a loro volta radici più profonde, propriamente europee, e mai disseccatesi, neppure nella stagione in cui con più forza si era affermato il modello dello Stato sovrano su base nazionale.

4. Ma allora, dove collocare queste 'radici' di cui stiamo discorrendo ? Come in una sorta di figura geometrica fatta di cerchi concentrici a raggio sempre più ampio, è possibile prendere ancor più sul serio l'articolo sesto del Trattato, e risalire ancora più indietro nel tempo ? Qui, la nostra argomentazione si riaprirebbe ancora, ed è invece il momento di chiuderla. Ciò che si vuole dire in conclusione è che la comprensione di ciò che è oggi l'Europa sul piano costituzionale, e di ciò che su tale piano essa è destinata a divenire, non può essere svincolata dalla comprensione dei lineamenti complessivi della storia politica e costituzionale europea, ed in particolare di quella figura dominante dello 'Stato moderno', alla cui crisi si è ormai da tempo abituati a fare riferimento al fine di qualificare la situazione del presente.

Noi siamo tra coloro che considerano la *statualità*, ovvero la concreta organizzazione dei rapporti politici e sociali in forma statuale, ed attraverso le forme del diritto pubblico statale, come uno dei più fondamentali caratteri distintivi dell'età moderna. E da

questa convinzione non vorremmo retrocedere, magari per seguire quelle dottrine estreme che considerano lo 'Stato moderno' come un progetto integralmente ideologico, teso a mascherare un'effettività di rapporti ben altrimenti costruita. E tuttavia, proprio la più recente vicenda europea mette ogni giorno di più in luce quanto siano ormai inadeguate certe categorie che quel medesimo 'Stato moderno' ci ha bene o male lasciato in eredità, attraverso una determinata rappresentazione di sé medesimo (17).

La prima tra queste coincide con *una certa interpretazione* della sovranità, intesa come realtà di dominio assolutamente e rigidamente unificata all'interno di un certo territorio, in modo tale da non tollerare alcuna concorrenza, alcun limite costituzionalmente significativo. Tale interpretazione è smentita, non solo dalla lunga permanenza di poteri concorrenti in tutta la prima età moderna, ma anche dal fatto, messo in rilievo nelle pagine precedenti, che perfino lo statualismo trionfante tra Otto e Novecento ha comunque bisogno di riconoscere e valorizzare, per quanto entro certi limiti, l'altro lato della costituzione, quello della pluralità e delle libertà, quel lato che poi tornerà in primo piano, con ancora maggiore forza, nell'età successiva, delle costituzioni del Novecento e delle democrazie costituzionali.

Solo accostandoci a questa visione più complessa, entro cui il nostro 'Stato moderno' non è fatto solo di rappresentazioni e di realtà rigidamente unitarie, ma anche di pluralità in vario modo consociate, di sfere dotate di diversi gradi di autonomia, di diritti e di libertà variamente garantite, si può forse acquisire una diversa e più penetrante capacità di lettura del presente costituzionale europeo. Si può soprattutto evitare una lettura a senso unico di quel presente, tutta sbilanciata dalla parte di un solo criterio, quello ormai consueto della crisi dello Stato nazionale sovrano, inteso come ultima forma di esistenza, storicamente determinata, proprio del nostro 'Stato moderno' e della sua presunta essenza sovrana. E si può forse comprendere che in quella linea tradizionale si rimane prigionieri di una vera e propria trappola ideologica, che ci costringe

---

(17) Per tale 'rappresentazione' rinviamo ad un nostro lavoro: M. FIORAVANTI, *Stato: dottrine generali e storiografia*, in ID., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali,* Torino, 1993, pp. 9 e ss.

a vedere, nel luogo in cui si presume che gli Stati muoiano, un vuoto, vagamente contornato di promesse di stampo universalistico, o magari un altro pieno, ma della stessa specie, ovvero il 'Super-Stato' europeo. Rimanendo così spesso privi di strumenti, nell'un caso come nell'altro.

Non è così, in realtà. Nella effettività politica e costituzionale non si registrano affatto morti e nascite così nette, così clamorose. Si può allora iniziare a pensare che un certo impianto categoriale non funzioni più, e magari che la nuova stagione del diritto pubblico europeo non sia interessante solo in quanto stagione di decadenza del diritto pubblico statale e dello 'Stato moderno' esclusivamente inteso come Stato sovrano. E che in essa sia raffigurabile piuttosto la realizzazione in positivo di una delle grandi linee direttrici della vicenda dello 'Stato moderno', quella che ha sempre condotto in Europa i poteri a *consociarsi*, a riconoscersi reciprocamente, in definitiva a *limitarsi* (18). Su questa base, assume anche il giusto rilievo la dimensione, oggi tanto discussa, della 'costituzione europea'. In essa non è contenuta l'aspirazione ad alcuna 'costituzione' nel senso divenuto comune negli ultimi due secoli, nell'epoca del diritto pubblico statale e successivamente delle costituzioni democratiche, poiché non abbiamo all'orizzonte, né una nazione europea ed il suo corrispondente Stato, né alcun potere costituente europeo, alcun popolo europeo capace di esprimersi in senso costituente. In altre parole, non abbiamo alcuna 'sovranità' da affermare con lo strumento costituzionale, ed ogni tentativo di ripercorrere a questo proposito le vie già note del diritto pubblico statale, ed anche delle costituzioni democratiche, è destinato a fallire. La 'costituzione' è dunque in questo caso, nell'Europa di oggi, funzionale ad altri scopi (19). Essa non intende esprimere *alcuna sovranità per sé stante*,

---

(18) Una lettura di questo genere dello 'Stato moderno', che non nega l'aspetto decisivo della sovranità e della concentrazione dei poteri, tentando piuttosto di ricondurlo entro una visione più ampia e complessa, è discussa da tempo dalla storiografia. Tra le pubblicazioni più recenti ricordiamo *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Chicago (26-29 aprile 1993), a cura di G. Chittolini, A. Molho e P. Schiera, Bologna, 1994.

(19) In altre parole, è in atto in Europa un processo di costituzionalizzazione non comprensibile alla luce delle categorie tradizionali del diritto pubblico statale e delle

alcuna soggettività più ampia e superiore rispetto a quelle rappresentate negli Stati, ma piuttosto l'esistenza di un legame qualitativamente più impegnativo tra gli stessi Stati membri dell'Unione: un legame fatto di 'tradizioni costituzionali' comuni, e non solo di reciproche convenienze sul piano economico. La 'costituzione' di cui parliamo è dunque chiamata a riconoscere ed esplicitare quelle 'tradizioni', per fondare su di esse un'Unione più forte, ma nello stesso tempo capace di conservare in sé come distinte le parti che la compongono, in sintonia con la vocazione sostanzialmente pluralistica della storia costituzionale europea.

---

costituzioni democratiche. Vedi in questo senso anche A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?,* relazione presentata al Convegno annuale della Associazione Italiana Costituzionalisti, in *Quaderni costituzionali,* 1/2000, pp. 59 e ss.

INDICE DEI NOMI

Abignente, Angelo: 620 n.
Acerbo, Giacomo: 673.
Achterberg, Norbert: 654 n.
Agnelli, Arduino: 277 n.
Albertoni, Ettore A.: 182 n., 188 n., 371 n., 375 n., 376, 377, 386 n., 387 n.
Alexy, Robert: 836 n.
Allegretti, Umberto: 424 n.
Amato, Giuliano: 659 n., 683 n., 742 n., 776 n., 780 n.
Ambrosini, Gaspare: 78 n., 672 n.
Amorth, Antonio: 739 n.
Angiolini, Vittorio: 522 n.
Anschütz, Gerhard: 475 n.
Aquarone, Alberto: 658 n., 661 n., 682 n., 690 n., 742 n.
Arangio Ruiz, Gaetano: 218 n., 249 n., 271 n., 281, 593 n.
Arcoleo, Giorgio: XVIII, 182, 184, 257, 281, 327 *passim*, 663 n., 681 n.
Are, Giuseppe: 254 n.
Arndt, Adolf: 475 n.
Arndts Von Arnsberg, Karl Ludwig: 41, 41n., 42 n.
Artom, Isacco: 345 n.
Asor Rosa, Alberto: 382 n., 386 n., 395 n.
Auriti, Francesco: 241 n.

Bachelet, Vittorio: XIX, 570.
Bacot, Guillaume: 594 n., 901 n.
Badura, Peter: 56 n.
Bagehot, Walter: 830.
Bähr, Otto: 439
Ballini, Pier Luigi: 253 n., 830 n.
Barbera (editrice): 141 n.
Barbera, Augusto: 742 n., 906 n.
Barile, Paolo: 575 n., 739 n., 775 n.
Barone, Domenico: 694 n.
Bartole, Sergio: 575 n., 761 n., 889 n.
Bassi, Franco: 110 n.
Battaglia, Felice: 70 n.
Battista, Anna Maria: 520 n.
Becchi, Paolo: 586 n.
Behrend, Jürgen: 624 n.
Bendersky, Joseph W.: 627 n.
Benvenuti, Feliciano: 659 n.
Berg, H.: 885 n.
Bernatzik, Edmund: 478 n.
Berti, Giorgio: 424 n.
Binding, Karl: 462.
Biscaretti Di Ruffia, Paolo: 285 n., 299, 372 n., 386 n.
Bismarck, Otto von: 252 n., 338, 343.
Blackstone, William: 349, 809, 814.
Blühdorn, Jürgen: 31 n., 48 n.
Bluntschli, Johann Caspar: 81 n., 85 n., 100, 139 n., 183 n., 487 n.
Bobbio, Norberto: 60 n., 185 n., 187 n., 285, 288, 290, 293, 377 n., 384, 385, 386 n., 395 n., 610 n., 659 n.
Böckenförde, Ernst Wolfgang: 56 n., 456 n., 835, 836, 837, 838, 839 n., 840, 842, 843, 844, 845 n., 847 ss., 852 n.
Bodda, Pietro: 724 n., 727 n.
Bolaffi, Angelo: 648 n.
Bonazzi, Tiziano: 576 n.
Bonghi, Ruggiero: 92, 328, 340, 341, 342, 347, 348.
Borgetto, Michel: 802 n.
Borsi, Umberto: 170 n., 237.
Bottai, Giuseppe: 705 n.
Bracci, Mario: 119 n.

Bracher, Karl Dietrich: 688 n.
Branca, Giuseppe: 745 n., 780 n.
Brandt, Hartwig: 579 n.
Bretone, Mario: 27 n.
Brinz, Aloys: 43 n.
Brondi, Vittorio: 257 n., 536, 537.
Brugi, Biagio: 79 n.
Brunialti, Attilio: 184, 257, 281, 345 n., 351 n., 376, 592 n., 670 n., 860 n.
Bruno, Fernanda: 776 n., 777 n.
Brutti, Massimo: 13 n., 34 n., 52 n., 281 n.
Bühler, Ottmar: 485 n.
Burdeau, Georges: 789 n., 852 n.
Bürge, Alfons: 859 n.
Burke, Edmund: 509, 584, 810, 811, 812, 814, 861, 864.
Burrow, John: 849 n.

Cagli, Cesare: 157 n., 235 n., 269 n.
Cagnetta, Luigi: 235 n.
Calamandrei, Piero: 69 n., 547 n., 658 n.
Calandra, Piero: 427 n., 682 n.
Calisse, Carlo: 273 n.
Cambria, Rita: 522 n.
Cammeo, Federico: XI, XIX, 170 n., 237, 238 n., 257 n., 372, 413, 431, 519 *passim*, 681 n., 683 n., 708 n., 709 n., 739, 740, 741.
Canaris, Claus Wilhelm: 56 n.
Candeloro, Giorgio: 84 n., 103 n., 658 n.
Canepa Vaccaro, Pietro: 246 n.
Cantimori, Delio: 649 n.
Capograssi, Giuseppe: 180 n.
Caporal, Stephane: 801 n.
Capotosti, Piero Alberto: 725 n.
Cappelletti, Mauro: 547 n.
Cappellini, Paolo: 585 n.
Carcaterra, Gaetano: 293 n.
Cardini, Antonio: 254 n.
Caristia, Carmelo: 727 n.
Caroni, Pio: 34 n.
Carrè De Malberg, Raymond: VI, 280 n., 587, 594 ss., 601, 864, 896, 901, 902 n.
Carrino, Agostino: 597 n., 601 n., 612 n., 621 n.
Cassella, Fabrizio: 891 n.
Cassese, Sabino: 71 n., 73 n., 74, 75, 76, 102 n., 177, 205 n., 274 n., 279 n., 282, 283, 284 n., 285, 288, 292, 417 n., 427 n., 431 n., 433 n., 442 n., 451 n., 515 n., 691 n., 705 n., 714 n., 742 n., 897 n.
Castignone, Silvana: 288 n.
Castronovo, Valerio: 252 n.
Castrucci, Emanuele: 598 n., 651 n.
Casulli, Antonio: 327 n., 330 n.
Catalano, Franco: 254 n.
Catania, Alfonso: 314 n., 601 n., 606 n., 651 n.
Cavallari, Giovanna: 382 n., 705 n.
Cavour, Camillo Benso, conte di: 254 n.
Cerulli Irelli, Vincenzo: 417 n.
Cheli, Enzo: 725 n., 739 n., 742 n.,
Chimienti, Pietro: 257.
Chittolini, Giorgio: 905 n.
Cianferotti, Giulio: 281 n., 451 n., 549 n., 550 n., 708 n.
Ciarlo, Pietro: 603 n., 745 n.
Ciccotti, Ernesto: 265 n.
Cimbali, Giuseppe: 271 n.
Cipriani, Franco: 520 n.
Cocozza, Francesco: 303 n., 701 n.
Codacci Pisanelli, Alfredo: 157 n., 222, 223, 257, 273 n.
Codronchi, Giovanni: 245 n.
Coing, Helmut: 39 n., 48 n., 586 n.
Coke, sir Edward: 809.
Coldagelli, Umberto: 807 n.
Colombo, Arturo: 382 n.
Comanducci, Paolo: 575 n.
Comba, Mario: 891 n.
Combothecra, Xenocrates: 157 n., 223 n.
Compagna, Luigi: 380 n.
Comte, Isidore Auguste F. M. : 79 n.
Constant , Benjamin : 75 n., 575, 862.
Contuzzi, Francesco Paolo: 739 n.
Corradini, Camillo: 257, 258 n., 268, 269, 270, 271 n., 272, 273 n.
Cosgrove, Richard A.: 897 n.
Costa, Pietro: 205 n., 237 n., 530 n., 657

n., 688 n., 704 n., 708 n., 712 n., 722 n., 761 n., 775 n.
Costamagna, Carlo: 705 ss., 714 n., 715, 716, 717, 719, 720, 721, 723, 726 n., 732, 734, 746.
Crisafulli, Giacomo: 157 n., 238 n.
Crisafulli, Vezio: 75 n., 299 n., 564, 598 n., 688 n., 745 n., 780 n., 782 n., 783 n., 841 n.
Crispi, Francesco: VI, 358, 855.
Crosa, Emilio: 68 n., 77 n., 97 n.
Cupellaro, Marco: 705 n.
Curcio, Carlo: 726 n.

Dahlmann, Friedrich Christoph: 579 n.
D'Albergo, Salvatore: 286, 287 n., 288, 289, 291, 297 n.
D'Alberti, Marco: 414, 417 n., 431 n., 436 n., 469 n., 515 n., 535 n., 538 n., 546 n., 683 n., 760 n.
Dall'Oglio, Antonio: 271 n.
D'Amelio, Mariano: 711 n.
D'Amelio, Salvatore: 273 n., 274 n.
De Angelis, Susanna: 705 n., 714 n., 722 n.
De Felice, Renzo: 658 n.
De Flaminii, Giuseppe: 257, 263, 265, 269, 270.
De Giovanni, Biagio: 52 n.
De Luca Carnazza, Salvatore: 233 n.
Dell'Acqua, Cesare: 739 n.
Delle Piane, Mario: 185 n.
Del Vecchio, Giorgio: 622.
De Marini, Franca: 13 n.
De Martin, Gian Candido: XIX.
Dente, Bruno: 283 n., 714 n.
De Pascale, Carla: 579 n.
Dernburg, Heinrich: 39, 40 n.
De Ruggiero, Guido: 662 n., 857
De Ruggiero, Ruggero: 328 n.
De Sanctis, Francesco: 329 n.
De Siervo, Ugo: 777 n.
Dennewitz, Bodo: 452 n.
Dicey, Albert Venn: 809, 814, 896, 897, 898.
Diederichsen, Uwe: 56 n.
Di Gaspare, Giuseppe: 739 n.
Dilcher, Gerhard: 60 n.
Di Modugno, Nicola: 551 n.
Dogliani, Mario: 601 n., 745 n., 830 n.
Donati, Donato: 76 n., 530 n., 725 n., 727 n.
Dreier, Horst: 612 n.
Duguit, Leon: 179 n., 896.
Duso, Giuseppe: 655 n.

Esposito, Carlo: 68 n., 766 n., 767 n.

Falcon, Giandomenico: 300 n.
Fantini, Oddone: 688 n.
Farneti, Paolo: 377 n., 424 n., 689 n.
Fassò, Guido: 79 n.
Faucci, Riccardo: 254 n., 328 n., 340 n., 345 n., 361 n.
Ferracciu, Antonio: 257 n., 270 n., 698 n.
Ferrari, Erminio: 523 n.
Ferrarini, Lodovico: 221 n.
Ferraris, Carlo Francesco: 251 n., 347 n., 357 n.
Ferrarotti, Franco: 382, 383, 651 n.
Ferri, Giuseppe Domenico: 725 n.
Fichte, Johann Gottlieb: 510.
Fijalkowski, Jürgen: 652 n.
Filomusi Guelfi, Francesco: 257 n.
Finoia, Massimo: 254 n.
Fioravanti, Maurizio: X ss., 56 n., 185 n., 191 n., 195 n., 228 n., 245 n., 253 n., 260 n., 282 n., 327 n., 331 n., 342 n., 364 n., 372 n., 384 n., 406 n., 410 n., 438 n., 451 n., 456 n., 461 n., 471 n., 511 n., 519 n., 520 n., 525 n., 528 n., 533 n., 544 n., 547 n., 549 n., 575 n., 576 n., 581 n., 585 n., 586 n., 590 n., 595 n., 597 n., 601 n., 603 n., 606 n., 609 n., 617 n., 620 n., 654 n., 663 n., 680 n., 683 n., 684 n., 703 n., 754 n., 764 n., 766 n., 801 n., 831 n., 836 n., 841 n., 847 n., 849 n., 858 n., 873 n., 879 n., 892 n., 896 n., 904 n.
Fiore, Pasquale: 157 n., 227 n.

Fischel, Eduard: 183 n.
Florio, Ignazio: 253 n., 254 n.
Foi, M. Carolina: 585 n.
Forsthoff, Ernst: 487 n., 607 n., 637 n., 654 n., 789, 840, 841, 846.
Forti, Simona: 642 n.
Forti, Ugo: 76 n., 170 n., 237, 259 n., 469 n.
Fraenkel, Ernst: 642 n.
Francescakis, Phocion: 289 n.
Friedrich, Manfred: 648 n.
Frosini, Vittorio: 609 n.
Fuchs, Maximilian: 289, 290, 291, 294 n., 295 n., 296 n., 314 n.
Furet, François: 579 n.

Galasso, Giuseppe: 252 n.
Galatello-Adamo, Andrea: 70 n.
Galizia, Mario: XIX, 70 n., 184 n., 280, 281, 282, 284 n., 328 n., 332 n., 356 n., 533 n., 594 n., 603 n., 901 n.
Galli, Carlo: 729 n.
Ganci, Salvatore Massimo: 245 n.
Gaudemet, Jean: 55 n.
Gaudemet, Paul Marie: 594 n., 902 n.
Gentile, Emilio: 688 n., 694 n., 707 n.
Geny, François: 530 n.
Geraci, Carmelo: 601 n.
Gerber, Carl Friederich von: 5, 6, 18, 47, 48, 56, 58, 59, 71, 125 n., 139 n., 143 n., 145 n., 185 n., 299 n., 304, 309 n., 452, 457, 486 n., 511, 590 n., 608 ss., 835, 849.
Gerloff, Wilhelm: 475 n.
Gherardi, Raffaella: XX, 549 n., 896 n.
Ghiringhelli, Robertino: 373 n.
Ghisalberti, Carlo: 328 n.
Giannini, Massimo Severo: 71, 72, 73, 110 n., 177 n., 279, 280, 282, 299 n., 406 n., 452 n., 515 n., 519 n., 550 n., 585 n., 605 n., 606 n., 760 n.
Gierke, Otto von: 19 n., 59, 179 n., 295, 296, 297 n., 439, 452, 471 n.
Giolitti, Giovanni: VI, 206 n., 377, 442 n., 587, 855.
Giordano, Paola: 594 n.
Giovannelli, Adriano: 597 n., 612 n.
Gneist, Rudolph von: 105, 106, 107, 183 n., 262, 340, 341 n., 342, 345 n., 348, 350, 478 n., 486 n., 560.
Gönner, Nicolaus Thaddäus von: 8 n., 12 n.
Gozzi, Gustavo: XIX, 549 n., 597 n., 600 n., 605 n., 754 n., 884 n., 896 n.
Graner, Renate: 648 n.
Grassi Orsini, Fabio: XXI.
Grasso, Giacomo: 257 n.
Grimm, Dieter: 575 n., 835, 836, 837, 838, 839 n., 840, 841 n., 842, 844 ss., 852 n., 885 n.
Grossi, Paolo: XIX, XXI, 205 n., 520 n., 533 n., 603 n., 606 n.
Guastini, Riccardo: 287 n., 288 n., 530 n.
Gueli, Vincenzo: 712 n.
Guerrato, Moreno: 659 n.
Guicciardi, Enrico: 739 n.
Guizot, François-Pierre-Guillaume: 579 n.
Gumplowicz, Ludwig: 767 n.

Häberle, Peter: 891 n.
Haff, Karl: 514 n.
Hamilton, Alexander: 808.
Hänel, Albert: 19 n., 59, 452.
Hauck, Albert: 510 n.
Hauriou, Maurice: 179 n.
Hedemann, Justus Wilhelm: 39 n.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: 486 n., 510, 517, 576 n., 582 n., 811, 812.
Heller, Hermann: 600 n., 608, 609, 627 n., 642 n., 849.
Heyen, Erk Volkmar: 205 n., 451 n., 452 n., 457 ss., 471 n., 481 n., 487 n., 510 n., 544 n.
Hobbes, Thomas: 576, 577 n., 581, 590, 809, 814, 815, 817, 881, 892, 900.
Hofmann, Hasso: 627 n.
Hueber, Alfons: 452 n., 513 n., 516 n.

Irti, Natalino: 531 n.

Jaume, Lucien: 849 n.
Jecht, Horst: 487 n.
Jellinek, Georg: VI, 19 n., 56, 59, 60, 61, 172, 185 n., 280, 294, 295, 299 n., 306, 307, 310 n., 312, 313, 321, 411, 413, 415, 452, 457, 473 n., 476 n., 486 n., 495, 496, 511, 514, 516, 587 ss., 598, 601, 608 ss., 640, 672 n., 811, 815, 835, 849, 859, 860, 862, 863, 871, 872, 873, 895 n., 896, 899, 900.
Jemolo, Arturo Carlo: 698 n.
Jeserich, Kurt: 452 n.
Jèze, Gastone Paul Amédé: 513 n.
Jhering, Rudolf von: 47 ss., 460.
Jona, Guido: 157 n., 158 n., 219, 231, 232.
Jones, H. Stuart: 901 n.

Kelsen, Hans: XI, XII, XIV, XV, 407, 421, 425, 426, 431, 443, 444, 575, 577, 596 ss., 605 *passim*, 754 n., 756, 764 n., 766 n.
Kempter, Klaus: 899 n.
Kiefner, Hans: 586 n.
Kipp, Theodor: 43 n.
Kirsch, Martin: 899 n.
Klecatsky, Hans. 618 n.
Kleinheyer, Gerd: 42 n.
Koschaker, Paul: 39 n.
Krauss, Gunther: 641 n.
Krawietz, Werner: 47 n., 606 n.
Kurz, Hans: 622 n.

La Via-Bonelli, Mariano: 157 n., 233 n.
Laband, Paul: VI, 19 n., 56, 59, 70 n., 71, 98 n., 107 n., 139 n., 160 n., 185 n., 262, 280, 295, 342 n., 415, 427, 428, 439 n., 452, 457 ss., 471 n., 484, 486 n., 495 ss., 587, 594 n., 608, 609 n., 849, 902 n.
Lanaro, Silvio: 297 n., 328 n.
Lanchester, Fulco: 648 n.
Landsberg, Ernst: 39 n., 40 n., 42 n.
Landucci, Lando: 220 n.
Larenz, Karl: 28 n., 39 n., 42 n., 47 n.
Larnaude, Ferdinand: 157 n.
Lassalle, Ferdinand: 252 n.
Lavagna, Carlo: 641, 751 n.
Lazzaro, Giorgio: 47 n.
Ledda, Franco: 469 n.
Leporini, Giuseppe: 241 n.
Lessona, Silvio. 553 n.
Levacher, Italo: 234 n., 235 n., 241 n.
Levi, Alessandro: 54 n.
Liuzzi, Benedetto: 739 n.
Locke, John: 531, 575.
Loening, Edgar: 160, 463, 464, 466, 467 n., 504, 514.
Lombardi, Giorgio: 891 n.
Lombardo Pellegrini, Ettore: 259, 270.
Lomonaco, Biagio: 241 n.
Longo, Antonio: 157 n., 158 n., 225, 228, 235 n., 240 n., 271 n., 306 n.
Losano, Mario G.: 28 n., 48 n., 55 n., 610 n., 624 n.
Losurdo, Domenico: 812 n.
Lucchini, Pier Luigi: 5 n., 6 n., 304 n.
Luther, Jörg: 886 n.
Luzzatti, Luigi: 201, 203, 243, 250 ss., 258 n., 260, 261, 262, 263, 265 n., 267, 269, 270, 272, 273 n., 357 n.
Luzzatto, Gino: 103 n.
Lyttelton, Adrian: 658 n.

Maffi, Antonio: 253 n.
Maggiore Perni, Francesco: 206 n., 221 n., 246 n.
Magliani, Agostino: 227 n.
Magraw, Roger: 579 n.
Maier, Charles S.: 717 n.
Maihofer, Werner: 47 n.
Maine, Henry James Summer: 158 n.
Majorana, Angelo: 157 n., 158 n., 182, 184, 206 n., 218, 219, 238 n., 244 n., 246 n., 257, 265 n., 266, 281.
Manes, Antonio: 251 n.
Mannori, Luca: 520 n., 869 n.
Mantl, Wolfgang: 606 n.
Maranini, Giuseppe: 375 n.
Marcic, René: 618 n.
Marini, Giuliano: 13 n., 52 n., 812 n.

Marongiu, Giovanni: XIX.
Martin-Retortillo, Sebastian: 289 n.
Marucco, Dora: 254 n., 357 n.
Marzuoli, Carlo: 469 n., 543 n.
Massa, Ernesto: 271 n.
Massera, Alberto: 445 n., 594 n.
Matteucci, Nicola: 70 n., 285 n., 286 n., 576 n., 807 n.
Maulin, Eric: 902 n.
Maus, Ingeborg: 627 n., 654 n.
Mayer, Otto: XI, XIX, XX, 364, 405 n., 408, 410, 411, 413, 415, 421, 423, 438 n., 452 *passim*, 544 n., 549 n., 606 n., 607 n., 617, 619, 620, 621 n., 626 n., 639, 640, 641, 645, 646, 647, 653, 681 n., 745 n., 835.
Mazzacane, Aldo: XIX, 39 n., 207 n., 365 n., 52° n., 609 n., 680 n.
Mc Ilwain, Charles Howard: 576.
Meisel, Franz: 475 n.
Melis, Guido: 273 n., 274 n., 691 n.
Meloni, Giuseppe: 95 n.
Mengoni, Luigi: 705 n.
Menotti De Francesco, Giuseppe: 724 n.
Merkl, Adolf Julius: 618 n., 624 n., 756.
Merlini, Stefano: 742 n.
Merusi, Fabio: 516 n., 546 n.
Messedaglia, Angelo: 340.
Mestm Äcker, Ernst Joachim: 39 n.
Mestre, Achille: 789 n., 852 n.
Meyer, Georg : 513 n.
Meyer-Hesemann, Wolfgang: 452 n.
Mezzadra, Sandro: 895 n.
Miceli, Vincenzo: 219 n., 257 n., 265, 266, 267, 270, 272, 281.
Miele, Giovanni: 122 n., 683 n., 739 n.
Miglio, Gianfranco: 60 n., 62 n., 640 n., 655 n.
Mill, John Stuart: 183 n., 830.
Minghetti, Marco: 92 n., 333, 336.
Minguzzi, Livio: 157 n., 222, 223, 224 n., 257 n.
Mitchell, Leslie Georg: 811 n.
Mohl, Robert von: 100, 139 n.
Mohnhaupt, Heinz: 575 n., 585 n.
Molho, Anthony: 905 n.
Mongardini, Carlo: 372 n.
Montague, Francis: 124, 142 n., 592 n.
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède: 75 n., 106, 348, 349, 798, 799, 800, 802, 805, 806, 807, 813, 814, 815, 818, 822, 823, 826, 828.
Mortara, Lodovico: 520 n., 529 n., 681 n.
Mortati, Costantino: XI, XII, XIV, XV, XIX, 281 n., 302 n., 533 n., 564, 565, 603 n., 657 *passim*, 841 n.
Mosca, Gaetano: XVIII, XIX, 62, 92, 113 n., 181 *passim*, 206 n., 227 n., 245 n., 246 n., 253 n., 257 n., 332 n., 346 n., 348, 371 *passim*, 699 n., 767 n.
Mozzarelli, Cesare: 168 n., 451 n., 357 n.
Müller, Christoph : 600 n.
Musiedlak, Didier: 380.
Mussolini, Benito: 673 n., 701 n.

Napoleone III, imperatore: 806.
Negri, Antonio: 187 n.
Negri, Guglielmo: 826 n.
Nespor, Stefano: 168 n., 357 n., 451 n.
Nettesheim, Martin: 885 n.
Neumann, Volkar: 627 n.
Nicoletti, Michele: 628 n.
Nietzsche, Friedrich Wilhelm: 264 n., 265 n.
Nigro, Mario: XIX, XXI, 5 n., 427 n., 550 n., 570, 585 n., 597 n., 601 n., 605 n., 606 n., 617 n., 681 n., 703 n., 729 n., 761 n., 793 n.
Nitti, Francesco: XX.
Nocilla, Damiano: 603 n.

Oertmann, Paul: 43 n.
Oertzen, Peter von: 5 n., 456 n.
Opalek, Kazimierz: 624 n.
Orecchia, Rinaldo: 287 n.
Orestano, Francesco: 265 n.
Orestano, Riccardo: 28 n., 39 n., 47 n.
Orlando, Vittorio Emanuele: VI, VII, XX, 201 *passim*, 23, 67 *passim*, 281, 284 n., 292 n., 294, 295, 298 n., 299 n.,

330, 331, 332 n., 334, 335, 336, 337, 345 n., 348, 349 ss., 358 n., 364, 373 n., 376, 405 n., 408, 410 n., 415 ss., 421, 452, 477, 521 ss., 533 n., 551 n., 585 n., 587, 592, 593 n., 598, 601, 608, 609, 662 ss., 684 ss., 692, 694 n., 700, 704, 708 n., 711, 715 n., 722, 724, 728, 729, 730 n., 731, 732, 738, 739 n., 740, 741, 742, 743, 750, 766 n., 767, 774, 776, 777, 778, 780 n., 784, 785 n., 792 n., 831, 832, 859, 860, 862, 863, 867.
Ornaghi, Lorenzo: XX, 608 n., 661 n., 688 n., 692 n.
Orozco, José Luis: 377 n.
Orsini, Raffaella: 610 n.
Ortolani, Maurizio: 382 n.

Pacchi, Arrigo: 814 n.
Pace, Alessandro: 896 n.
Paine, Thomas: 810.
Paladin, Livio: 658 n., 661 n., 725 n., 766 n.
Paladini, Giannantonio: 659 n.
Palici Di Suni Prat, Elisabetta: 891 n.
Panunzio, Sergio: 699 n., 705, 708 n., 713 ss., 734, 735, 736, 744, 745 n., 746, 748 n., 769 n.
Paresce, Enrico: 48 n.
Parrillo, Francesco: 254 n.
Pascale, Emilio: 155 n., 241 n.
Pasini, Dino: 48 n., 55 n.
Pasquino, Pasquale: 600 n., 642 n.
Passerin D'Entreves, Alessandro: 375 n.
Paulucci Di Calboli, Giacomo: 327 n., 330 n.
Paulus, Gotthard: 56 n.
Pavone, Claudio: 658 n., 661 n.
Pecorari, Paolo: 254 n.
Perfetti, Francesco: 705 n.
Perozzi, Silvio: 158 n.
Petta, Paolo: 606 n., 648 n.
Pizzorusso, Alessandro: XXI, 659 n.
Pohl, Hans: 452 n.
Pomarici, Ulderico: 600 n.
Pombeni, Paolo: 688 n., 849 n.
Porrini, Ranieri: 157 n., 234 n., 235 n., 241 n.
Portinaro, Pier Paolo: 374 n., 378 n., 627 n., 628 n., 883 n., 886 n.
Porzio, Mario: 58 n.
Predieri, Alberto: 725 n.
Presutti, Errico: 257 n., 259, 265, 266, 267, 270, 271 n., 272, 302 n., 328 n., 681 n.
Preuss, Hugo: 503, 638 n.
Puchta, Georg Friedrich: 47.
Pugliese, Giovanni: 39 n.

Quadri, Goffredo: 113 n.
Quagliariello, Gaetano: XXI.

Racinaro, Roberto: 48 n., 648 n.
Racioppi, Francesco: 157 n., 227, 257, 258 n., 265 n., 268, 270.
Ragnisco, Leonida: 271 n.
Ranelletti, Oreste: XI, 171 n., 237, 238 n., 257 n., 259, 284 n., 331 n., 364, 372, 405 n., 413, 416 n., 428, 431, 439 n., 519 ss., 663 n., 678 ss., 683 n., 684 ss., 690 ss., 698, 699, 700, 701, 706, 707, 711, 719, 720, 722, 723, 727 n., 729, 730, 731, 734, 736, 738 ss., 752 n., 753, 760.
Rava, Luigi: 257 n., 340 n.
Rebuffa, Giorgio: 290 n., 451 n., 519 n., 683 n.
Redor, Marie Joelle: 858 n., 902 n.
Rehm, Hans: 463 n., 464, 473 n.
Riccobono, Francesco: 610 n.
Ridola, Paolo: 603 n.
Ripepe, Eugenio: 377 n., 378 n.
Ritter, Joachim: 31 n., 48 n.
Roberts, David D.: 705 n.
Rocco, Alfredo: 284 n., 695 ss., 724 n.
Roehrssen, Carlo: 606 n., 609 n.
Roehrssen, Guglielmo: 739 n.
Romanelli, Raffaele: XXI, 103 n.
Romano, Alberto: 425 n.
Romano, Santi: VI, XI, XVIII, XX, 61 n., 157 n., 170 n., 171 n., 172, 178, 179,

181, 206, 207 n., 228, 229, 234 n., 237, 238 n., 246 n., 257 n., 259, 260 n., 264, 266, 272, 275, 277 *passim*, 331 n., 364, 368 n., 372, 405 *passim*, 452 n., 490 n., 519 ss., 562, 593 n., 606 n., 608, 609 n., 614, 617 n., 663 n., 680 n., 681 n., 682, 683 n., 684 n., 685, 692 ss., 697 n., 698 ss., 706, 707, 711, 719, 720, 722, 723, 727 n., 729, 730, 731, 734, 736, 738, 741, 752 n., 753, 760, 765, 774, 775, 783 n.
Römer, Peter: 619 n.
Rönne, Ludwig Peter Moritz von: 139 n.
Rosanvallon, Pierre: 579 n., 828 n.
Rosin, Heinrich: 488 n.
Rossi, Luigi: 157 n., 217 n., 227 n., 244 n., 246 n., 257 n.
Rossi, Pellegrino: 826, 827.
Rotelli, Ettore: 682 n., 689 n., 725 n.
Rousseau, Dominique: 836 n.
Rousseau, Jean Jacques: 398, 590, 800, 801, 804, 814, 815, 817, 899 n., 900.
Rückert, Joachim: 585 n.
Rudelle, Odille: 901 n.
Ruffilli, Roberto: 102 n., 297.
Ruffini, Francesco: 658 n., 662 n.
Ruini, Meuccio: 831 n.
Rumpf, Helmut: 627 n.

Salandra, Antonio: XX, 250 n., 257, 273 n.
Saltelli, Carlo: 699 n.
Salvioli, Giuseppe: 206 n., 227 n., 244 n.
Salvo, Roberto: 183 n., 227 n., 381, 382.
Sandrelli, Carlo: 271 n.
Sattler, Martin J.: 627 n.
Sauermann, Heinz: 39 n.
Savigny, Friedrich Karl von: V, VII, XV, XVIII, 3 *passim*, 90 n., 100, 108, 138 n., 142 n., 143 n., 210, 220, 225, 297 n., 349, 460, 461, 486 n., 510, 511 n., 516 n., 584 ss., 606 n., 626 n., 635, 636, 637, 646, 668, 859, 861, 864, 895 n.
Scaduto, Francesco: 182, 206 n., 244 n., 248 n.
Scalvanti, Oscar: 134 n., 157 n., 171 n., 231 n.
Scarpelli, Uberto: 377 n.
Schambeck, Herbert: 618 n.
Schanzer, Carlo: 235 n., 258, 269 n.
Schiavone, Aldo: XXI, 519 n., 835 n.
Schiera, Pierangelo: XIX, 60 n., 62 n., 474 n., 579 n., 597 n., 603 n., 605 n., 640 n., 754 n., 885 n., 905 n.
Schluchter, Wolfgang: 627 n.
Schmidt-Assmann, Eberhard: 579 n.
Schmitt, Carl: XI, XII, XIV, XV, 60 n., 62, 374, 425 n., 576, 577, 581, 597 ss., 605 *passim*, 681 n., 729, 730 n., 731 n., 754, 755 n., 756, 764 n., 765, 766 n., 789, 793 n., 848, 849, 850.
Schmitt, Inga: 205 n.
Schmoller, Gustav von: 463 n.
Schneider, Peter: 652 n.
Schnur, Roman: 289 n., 588 n., 860 n., 900 n.
Schönberg, Gustav Friedrich von: 160
Schönberger, Christoph: 899 n.
Schröder, Jan: 42 n.
Schulze, Hermann: 139 n.
Schulze, Reiner: 890 n.
Schulze-Delitzsch, Hermann: 252 n.
Schupfer, Carlo: 170 n.
Schwab, Georg: 651 n., 652 n.
Schwarz, Andreas B.: 29, 39 n.
Schweinichen, Otto von: 641 n.
Scialoja, Vittorio: 4 n., 28 n., 257
Scolari, Saverio: 334.
Segre, Sandro: 377, 378, 379.
Seidler, Gustav: 477 n., 503, 504.
Sellin, Volkmar: 254 n.
Seydel, Max von: 473 n., 507 n.
Sieyes, Emmanuel Joseph: 803.
Siotto Pintor, Manfredi: 257 n., 739 n.
Smend, Rudolf: 600 n., 625 n.
Sola, Giorgio: 372, 377 n., 380 n.
Solari, Gioele: 584.
Sonnino, Giorgio Sidney: 328, 337 n., 377.
Sontheimer, Kurt: 648 n.
Sorace, Domenico: 543 n.

Sordi, Bernardo: 259 n., 520 n., 523 n., 551 n., 555 n., 557 n., 600 n., 601 n., 617 n., 654 n., 678 n., 681 n., 683 n., 691 n.
Soria, Donatella: 610 n.
Spaventa, Silvio: 74, 92 n., 360 n., 361 n., 550 n., 551 n.
Spencer, Herbert: 78 *passim*, 181, 189, 190 n.
Spiegel, Ludwig: 513 n., 514.
Staff, Ilse: 600 n., 642 n.
Stahl, Friedrich Julius: 579 ss., 587.
Stein, Lorenz von: 53, 54, 56, 473, 486 n., 839 n.
Sterling, Eleonora: 606 n.
Stintzing, Johann August Roderich von: 39 n., 40 n., 42 n.
Stolleis, Michael: 205 n., 452 n., 473 n., 513 n., 627 n., 873 n.
Strauch, Dietmar: 5 n.
Sturzo, Luigi: 780 n.

Taine, Hippolyte-Adolphe: 183 n., 380.
Tarantino, Antonio: 292 n., 294 n., 295 n., 299, 300 n., 314.
Tarello, Giovanni: 287, 288, 289, 290 n., 291, 293 n., 297 n., 575 n.
Tessitore, Fulvio: 74 n., 78 n., 79 n., 95 n., 113 n., 172 n., 179 n., 180, 182 n., 299, 300 n., 328 n., 375 n., 410 n.
Tezner, Friedrich: 478 n.
Thayer, John A.: 328 n.
Thibaut, Anton Friedrich Justus: 586 n.
Thieme, Hans: 29 n.
Thon, August: 54, 56 n.
Tocqueville, Charles-Alexis de: 520, 807, 808, 809, 811, 814, 862.
Tomeo, Vincenzo: 377 n.
Tommasini, Francesco: 157 n., 235 n.
Tosato, Egidio: 767 n.
Tranfaglia, Nicola: 659 n., 689 n.
Trentin, Silvio: 658 n., 659 n., 662 n.
Treves, Giuseppino: 727 n.
Treves, Renato: 377.
Turiello, Pasquale: 328, 345 n.

Ugo, Giovan Battista: 249 n., 257 n.
Ungari, Paolo: 658 n., 695 n.
Unruh, Georg-Christoph von: 452 n.

Vacchelli, Giovanni: 170 n., 281.
Valiani, Leo: 103 n., 688 n.
Vanni, Icilio. 79 n., 158 n.
Veneruso, Danilo: 658 n.
Venosta, Luigi: 258.
Verdross, Alfred: 618 n.
Vernassa, Maurizio: 658 n.
Verpeaux, Michel: 902 n.
Violante, Sante: 373 n.
Vivante, Cesare: 257 n.
Vivarelli, Roberto: 659 n., 690 n.
Volpicelli, Arnaldo: 70 n., 704 n.

Waldecker, Ludwig: 485 n.
Weber, Max: 62, 374, 376 n., 377, 378 n., 627 n., 644, 734, 767 n.
Wieacker, Franz: 29 n., 39 n., 47 n., 48 n., 56 n.
Wielinger, Gerhard: 623 n.
Wilhelm, Walter: 5 n., 14 n., 31 n., 39 n., 47, 51 n., 56 n., 58 n., 75 n., 452 n., 456 n.
Willoweit, Dietmar: 890 n.
Windscheid, Bernhard: 41 ss.
Winkler, Heinrich August: 876 n.
Wittmayer, Leo: 485 n.
Wolf, Erik: 42 n., 48 n.
Wollschläger, Christian: 48 n.

Zagrebelsky, Gustavo: 523 n., 575 n., 600 n., 886 n., 891 n.
Zanardelli, Giuseppe: 269 n.
Zangheri, Renato: 252 n.
Zanichelli, Domenico: 257 n., 281.
Zanni Rosiello, Isabella: 427 n.
Zanobini, Guido: 170 n., 181 n., 201, 202, 203, 204, 280 n., 301 n., 421 n., 525 n., 691 n., 708 n., 752 n.
Zarone, Giuseppe: 648 n.
Ziino, Ottavio: 205 n.
Zingerle, Arnold: 377.

INDICE-SOMMARIO

TOMO I

pag.

Introduzione v

I.

LE FONDAZIONI: SCIENZA GIURIDICA E DOTTRINA DELLO STATO

1. Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo 3
2. Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato . 23

II.

STATO DI DIRITTO E DIRITTO COSTITUZIONALE: I PROTAGONISTI ITALIANI

1. Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897) 67
2. Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897) 181
3. Vittorio Emanuele Orlando e le prime riviste della giuspubblicistica italiana (1891-1903). 201
4. 'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909). 277
5. Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo. 327
6. Costituzione, governo e classe politica: il ruolo del 'giuridico' nell'opera di Gaetano Mosca. 371

III.

STATO DI DIRITTO E STATO AMMINISTRATIVO: LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano 405
2. Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo 451
3. I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo . . . 519
4. Stato di diritto e Stato amministrativo nella tradizione giuspubblicistica italiana 559

TOMO II

IV.

LE TRASFORMAZIONI: SCIENZA GIURIDICA E DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE

1. Costituzione e Stato di diritto 575
2. Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento 605
3. Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana 657

V.

LE PROSPETTIVE: IL COSTITUZIONALISMO NELLA DIMENSIONE EUROPEA

1. Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno . . . 797
2. Lo Statuto e il costituzionalismo dell'età liberale 821
3. Quale futuro per la 'costituzione'? 835
4. Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale 855
5. Costituzione e politica: bilancio di fine secolo 871
6. Sovranità e costituzione: il 'modello europeo' tra Otto e Novecento . . . 889

Indice dei nomi 907

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
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999), 8° - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

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 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

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. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(in corso di stampa)

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
http://www.giuffre.it

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

L. 140.000
€ 72,30 I.V.A. inclusa
I DUE TOMI
2013-07

ISBN 88-14-08570-6

