

**PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA R. UNIVERSITÀ DI MODENA**

Num. 1

Vol. I n. 1-10

VITTORIO EMANUELE ORLANDO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

1 CRITERI TECNICI

PER LA

RICOSTRUZIONE GIURIDICA DEL DIRITTO PUBBLICO

CONTRIBUTO

ALLA STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO ITALIANO

NELL'ULTIMO QUARANTENNIO 1885 - 1925

SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ - CATANIA
N. d'Inv. 8261

*T
C
2/1/1*



MODENA

PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
1925

“ Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena „

edite con la collaborazione

dei Professori della **Facoltà**: CARLO ARNO - GIOVANNI BORTOLUCCI - ALFREDO DE' GREGORIO - BENVENUTO DONATI - EUGENIO FLORIAN - EUGENIO MASÈ - DARI - ROBERTO MONTESSORI - GIUSEPPE OSTI - MELCHIORRE ROBERTI - RODOLFO SAVORONAN - CINO VITTA ;

dei Professori Modenesi o già della **Facoltà**: GAETANO ARANOIO-RUIZ - V INCENZO ARANGIO - RUIZ - GIOVANNI BRUNETTI - PIERO CALAMANDREI - PIETRO COGLIOLO - UGO CONTI - GINO DALLARI - DONATO DONATI - PROSPERO FEDOZZI - LUIGI FRANCHI - AUGUSTO GRAZIANI - ALESSANDRO GROPPALI - ALESSANDRO LATJES - LUIGI LUSIGNANI - PIER SILVERIO LEICHT - PASQUALE MELUCCI - VITTORIO EMANUELE ORLANDO - FEDERICO PATETTA - GIOVANNI PACCHIONI - VITTORIO POLACCO - MARIO RICCA-BARBERIS - SANTI ROMANO - GIUSEPPE SALVIOLI - SIRO SOLAZZI - ARRIGO SOLMI.

A partire dal 1925 usciranno ogni anno le “ Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena „ in fascicoli, da due a sei fogli di stampa, che dovranno contenere **ciasche-**duno una memoria, ovvero una miscellanea di memorie, intorno a un tema importante per **In dottrina o la pratica**, su cui sembri opportuno di arrecare contributo **scientifico** di svolgimenti.

Le “ Pubblicazioni „ annue raggiungeranno il minimo di venti fogli di stampa.

Sono invitati a collaborare i professori della Facoltà, i professori passati ad altre Facoltà di giurisprudenza, i professori modenesi delle Facoltà di giurisprudenza del Regno. Saranno pure ospitati, all'occasione, i contributi dei laureati dalla Facoltà.

I collaboratori avranno 25 copie gratuite del lavoro. Le **pubbli-**cazioni saranno messe in commercio con prezzo per ogni singolo fascicolo. Si accettano prenotazioni per venti fogli di stampa a L. **50** per l'interno e L. **80** per l'estero, che rappresentano rispetto al prezzo di copertina un notevole ribasso, e si accettano cambi.

Indirizzare manoscritti, libri, ordinazioni alla “ Segreteria delle Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, R. Università di Modena „

VITTORIO EMANUELE ORLANDO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico (*)

L'argomento, che mi propongo di trattare, contiene implicito un presupposto, come in semplice enunciazione del tema chiaramente dimostra. E, difatti, chi si voglia accingere alla ricerca di « criteri per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico » deve innanzi tutto essere convinto che una tale ricostruzione sia necessaria, e, inoltre, che questa ricostruzione debba essere *giuridica*, la quale ultima parola, nella sua brevità, dice tanto. Si potrebbe perciò credere che sarebbe stato più conveniente che io cominciassi dal fornire la prova di questo assunto. Tuttavia, ho creduto di poter far a meno di ciò: e per più ragioni. La prima è che appunto di questa necessità, di una ricostruzione giuridica io mi sono lungamente occupato altrove, ed in occasioni analoghe alla presente (1), sicchè dovrei ripetermi, con molto fastidio degli altri, e un poco anche mio. La seconda ragione poi, è che la necessità di una tale riforma essenziale del diritto pubblico pub esistere, ed io credo che esista, come sentimento se non pure come persuasione, in un pubblico di giuristi così eletto come quello in cui ho l'onore di rivolgermi. Interzo luogo, finalmente, anche il discorso attuale dovrà necessariamente contenere alcune considerazioni sullo stato presente della nostra scienza, le quali possono alla lor volta va-

(*) *Prolesione ai corsi di Diritto amministrativo e costituzionale*, letta nella R. Università di Palermo, addì 8 gennaio 1889.

(1) *Ordine giuridico e ordine politico*, prolesione letta nella R. Università di Modena il 4 Dicembre 1885; *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del Diritto Costituzionale*, prolesione letta nella R. Università di Messina addì 12 Dicembre 1886. Confr. nel medesimo senso i miei *Studi giuridici sul governo parlamentare*, nell' *Archivio Giuridico*, XXXVI, fasc. 5-6, e specialmente nell' *Introduzione*, pag. 6 e segg., nota 2; e i *Principii di Diritto Costituzionale* (Firenze, 1889), *passim*, ma specialmente nell' *introduzione*, e ai numeri 34-35, 40-42.

— 2 —

lere come prova, almeno parziale, di quell'assunto che abbiamo detto **essere** contenuto, come ipotesi implicita, nell'attuale argomento.

Permettete dunque che io ritenga **ammesse**, quasi come dei postulati, le seguenti due affermazioni: in primo luogo che quelle scienze **così** dette di diritto **pubblico** interno, o in particolare di diritto **costituzionale** ed amministrativo, abbisognano di una **revisione critica** fondamentale; in secondo luogo che il **fine** generale che questa **revisione** dovrà proporsi sia di **richiamarle** alla loro vera natura di scienze *giuridiche*.

Certo, però, quando si sarà affermata **l'una** cosa e l'altra, si sarà detto troppo o troppo poco. **Quale** modo si **seguirà** per raggiungere un tal fine? Come mai **questo desideratum** potrà diventare una **realtà**? Quali vie **potranno** praticamente segnarsi al nuovo indirizzo scientifico, che si afferma necessario? Di questo noi **dobbiamo ora** occuparci; ma un'osservazione che vi si sarà presentata **spontaneamente**, sicchè sarebbe quasi inutile di farla, è che il tema in tal modo **concepito** si presenta così vasto e complesso da non poterlo esaurire nei brevi limiti di tempo che io debbo **osservare**. **Dirò di più**: anche dopo una trattazione indefinitamente estesa dell'argomento, **resterebbe** sempre una parte, e per avventura di importanza non lieve, prima che lo si possa dire esaurito, e cioè l'applicazione effettiva di quei **criterii** che astrattamente si sono proposti. Ed è naturale, del resto: altro è dire, altro è fare; **tuttavia la semplice enunciazione** teoria& di qualche criterio che serva di guida al fare, potrà per avventura non riuscire inutile.

Ridof lo così nei suoi limiti assai modesti, e perciò stesso pari alle mie forze, lo scopo che la presente lettura si prefigge, esso si può riassumere a questo: **accennare a taluno** dei criteri metodici che bisogna seguire onde attuarsi quella ricostruzione giuridica delle scienze di diritto pubblico che io credo necessaria. **Taluno** dei criteri, o, se volete anche, il primo e il più semplice di tutti. Ogni scienza ha una **sua** tecnica particolare, e indichiamo con **questa espressione** tutti quei procedimenti logici, metodici, sistematici che ad essa sono *specifici*, e di cui essa si serve per raggiungero i propri fini. **Ora un rinnovamento critico di una scienza** bisogna che incominci dalla verifica di questo lato meramente tecnico cui noi accenniamo. E questa la forma primordiale, è la più modesta con cui la questione del metodo si pone; il che però non impedisce che sia argomento di gravissima importanza. « **L'** imperfezione te-

- 3 -

cnica del diritto, **così** scrive **P'hering**, non è soltanto un'imperfezione parziale, un difetto di **un lato isolato del diritto**. Essa è **l'im-**perfezione di tutto il diritto; essa ostacola e paralizza **la** scienza in tutte **le sue** tendenze e in tutti i suoi **fini** ». In questo **senso** si può dire che una buona tecnica giuridica **segue** le fasi lentamente **progressive** della scienza ed è **eccellente** solo **quando** la **scienza** è adulta. L'affermazione di questa **verità** ci chiuderebbe in una specie di circolo vizioso, **dappoichè**, se la bontà dei procedimenti **tecnici** suppone una **scienza vigorosamente e solidamente costituita**, e se questo vigore e questa **solidità** alla nostra scienza mancano, parrebbe doversi concluderne che **la** determinazione dei criteri di **una** buona tecnica giuridica sia per ora impossibile.

Non è tuttavia necessaria questa sconsolante conseguenza. **E** ciò per questa **ragione principalissima**, a cui non si è posto mente quasi affatto e che **formerà**, per dir **così**, il criterio centrale ed animatore di **tutto** il nostro discorso. **Il diritto** pubblico ci si presenta **come** una **specializzazione avvenuta** nello studio scientifico di una serie unica **di fenomeni, derivanti da un'unica nozione, sintetica** rapporto alle scienze giuridiche speciali: il diritto. Certo tra i fenomeni giuridici esistono differenze qualitative : **nè** sarebbe **perciò** esatto il confondere un rapporto di diritto pubblico con un rapporto di diritto privato. Ma senza addentrarci in un esame completo **dell'arduo** argomento, anche un'osservazione superficiale **basterà** a convincerci che queste differenze di **qualità** non tolgono che noi loro dati **essenziali tutti i rapporti giuridici siano identici ed abbiano addirittura di comune** quel contenuto **specifico** per il quale **appunto** essi sono « giuridici ».

Questa considerazione semplicissima e di **una** evidenza affatto **intuitiva**, ci sarà un aiuto prezioso **per superare** quelle **difficoltà**, senza di essa forse **insormontabili**, e che si presentano a chi voglia **sin d'ora stabilire i criteri** per una rinnovazione metodica del diritto pubblico.

E difatti **se** lo stato **attuale** delle **discipline** nostre ci rivela **così** gravi imperfezioni, soprattutto appunto nel senso metodico, **l'altra** delle due grandi divisioni delle scienze giuridiche, e che abbraccia tutto il diritto privato, è invece pervenuta ad **un** grado di perfezione, sopra tutto tecnica, che **non puossi** desiderare maggiore. La causa di questa affermazione, che non sarà da alcuno **contraddetta**, è **altresì semplicissima** e si contiene nel fatto della secolare elaborazione che il diritto privato ha avuto **nel Diritto Romano**,

— 4 —

opera meravigliosa **cui** han prestato **concorso** la lenta evoluzione **storica** di un popolo **superlativamente** dotato del senso giuridico, e **gli** ingegni maggiori che la nostra scienza vanta da Labeone a **Cuiacio**, da Salvio Giuliano a Savigny, da **Papiniano** a Pothier.

Voi già **vedete**, O signori, in queste nostre osservazioni **contenuto** il **primo e più generale criterio** per quel **rinnovamento scientifico** che noi invociamo nella sfera del **diritto pubblico**. Se quivi **deficiente** è il **senso e l'intuito del diritto**, **bisogna** che la **scienza nostra** si **ritempi** per via del **confronto con un altro ordine scientifico** che **mirabilmente** da questo **senso giuridico** fu **ispirato**. Se noi **lamentiamo** che i **cultori del diritto pubblico** sono **troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti**, mentre **soprattutto ginreconsulti** dovrebbero **essere**, **quoniam** modo migliore, più sicuro e **più semplice** potrà **tenersi**, **perchè** la **trasformazione** avvenga, che **uno studio** profondo dei **metodi proprii a quelle** scuole che di **inrisprudencia** sono **modello**?

Semplice è il **criterio** che noi **additiamo**, **ma troppo generico**. Certo, esso può anche avere una **pratica importanza** in questo **senso**, che sino a quando il **diritto pubblico** non **sarà scienza forte di una propria giuridica autonomia**, una **preparazione necessaria** per lo studio di **esso dovrà** riscontrarsi nel **Diritto Romano**. Tuttavia se le **ragioni**, che si son dette, possono **giustificare** una tale **conclusione**, che altrimenti **parebbe** un **paradosso**, d'altra parte **essa è, ripetiamolo, d'un indole esclusivamente piuttosto didattica che scientifica e non risponderebbe al fine che ci** **Ri am o** **proposti cioè di stabilire** **criteri generali** **olio siano di fondamento ad una buona tecnica giuridica**.

Ciò malgrado, anche **da** questo **iato** l'aver avuto ricorso al **Diritto Romano** non ci sari stato inutile, da poi che ai **deve** agli espositori **sistematici** di questo **diritto** l'aver **nesso** in **chiaro** appunto quei due **elementi** dalla cui **armonica combinazione** si forma l'eccellente **procedimento tecnico** dei **giuristi romani**, **ciòè l'elemento teorico e l'elemento pratico nel diritto**.

Che cosa sia **la pratica** e che cosa la **teoria**, **nel campo del metodo giuridico**, è un'antitesi di cui è agevole avere una **nozione superficiale e approssimativa**, ma **difficilissimo di averne una approfondita ed esatta**. Dirò di **più** anzi: **la determinazione precisa** di questi due **concetti** di **teoria e di pratica** in **confronto** di quelli che **prevalgono** nei **metodi scientifici propri al diritto pubblico**; **contiene** per lo appunto la **soluzione** che **per noi va data al que-**

— 5 —

sito che la presente lettura si propone e ci pare **perciò di riservarne** lo svolgimento al seguito del nostro discorso.

E il fare questa riserva ci **sarà** in tanto **più** agevole, in **quanto** uon **è** davvero **necessaria** **in** **nozione** **precisa** di teoria e di pratica giuridica per accorgerci che appunto **nella** mancanza di un **reciproco** ed armonico contemperarsi di questi due elementi risiede una delle cause **precipue** della confusione e del disordine **sistematico** che oggi si lamenta nel **campo del diritto pubblico**. Strana cosa! L'aver **ecceduto** nell'un senso **non** ha avuto nemmeno il **vantaggio** negativo di premunirci contro l'**eccesso** opposto; e l'**abuso degli esatni di ordine meramente filosofico, degenerazione dell'elemento teorico nel diritto, si è accompagnato con l'abuso della trattazione esegetica, degenerazione dell'elemento pratico.**

Le radici del male si connettono colle origini medesime delle scienze nostre. La prima volta che una cattedra di diritto costituzionale sorse a Parigi, ed è per noi titolo di onore il ricordare che fu da un **italiano** coperta, il compito che il decreto che la istituisce vi assegna, è di commentare la carta costituzionale: siamo nel 1834. Ecco subito l'**eccesso del criterio esegetico**. E l'esegesi di qual legge! Improvvisati sotto gl'**impulsi di azioni e reazioni politiche**, dal punto di vista **scientifico** tutti questi statuti o carte costituzionali sono cib che di peggio si può immaginare, strane **accozzaglie** di definizioni astratte, di massime generalissime, che dalle **invole di trascendentali dichiarazioni di diritti piombano** **repentinamente** nelle **umili sfere delle materie più insignificanti**. **Così un tal fondamento dovette sin da principio apparire necessariamente** tanto sproporzionato alla dignità di una scienza, che per completarlo si ricorse al vecchio materiale **filosofico**. 'Le teorie del diritto naturale colle loro dispute eterne, e infecondamente **riproducenti**, sull'**idea di Stato e di sovranità, sui limiti dell'obbedienza politica, sull'ottima forma di governo, sulla divisione dei poteri etc.**, furono assunte come teorie fondamentali della nuova scienza, che risultò così formata da questo mostruoso accoppiamento di una **metafisica presuntuosa col pedestre commento di un infelice documento legislativo.**

Non diversamente è avvenuto pel diritto amministrativo. La scienza nasce in Francia coi più modesti **fini pratici** che si possono immaginare, commentando le varie leggi di ordine amministrativo e la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Pura esegesi, che sacrifica inesorabilmente ogni concetto teorico e sistematico. E

— 6 —

questa esagerazione esegetica rimane la nota caratteristica della **letteratura** di diritto **amministrativo francese**, a cui **tuttavia l'elevato** valore individuale dei cultori di essa ha conferito per altri versi un'importanza che io non intendo qui negare. Noi vediamo un eccellente trattato di diritto amministrativo qual è quello del **Dufour**, studiare le varie materie per ordine alfabetico. In un **altro**, in quello del **Macarel**, io non sono stato buono di trovare la definizione che l'autore dà della scienza **che tratta**: si vede che egli crede ciò **superfluo**, e comincia senz'altro col discorrere dello **Imperatore** come capo della gerarchia **amministrativa**. Tutta **una** scuola di **ginristi francesi**, tra cui lo **Chauveau**, il **Serrigny**, il **Cabantous**, tratta **tutte** le materie amministrative, raggruppandole all'esposizione delle leggi sulla competenza, con evidente negazione di ogni criterio sistematico. Ed anche qui l'**eccesso esegetico non salva dall'eccesso filosofico**: il **Batbie** dedica un intero volume del suo corso **alle** quistione dell'**individualismo**, mentre si sbarazza in una sola pagina della quistione di ciò che sia diritto amministrativo, e ne dà una definizione che consacra solennemente la degenerazione della scienza in una mera esegesi, cioè « il diritto amministrativo è la riunione della **leggi positive**, secondo le quali deve muoversi l'azione amministrativa ».

Nella **Germania** medesima, la patria del sistema, le condizioni scientifiche del diritto pubblico ci presentano argomenti di **osservazioni analoghe**. Se qual **Mohl** e nel **Bluntschli** prevale il **procedimento filosofico**, i trattati moderni del **Laband**, del **Rönne**, dello **Schulze** procedono esegeticamente sulla base delle leggi di diritto pubblico dell'**Impero**, nella quale unità, tutta materiale, **finisce** poi con confondersi la classica e secondo me sempre **razionale** distinzione tra **diritto amministrativo** e **diritto costituzionale** (1). E lascio stare il **Rösler**, la cui straordinaria **confusione** del criterio giuridico col sociale, col **filosofico**, coll'**economico** è tale, che il suo *Sozialen Verwaltungsrecht* è stato dai tedeschi medesimi giudicato con grande severità (2). **Basterà** solo che io ricordi come in quel lavoro impo-

(1) Per esempio, il **LABAND**, nel suo *Staatsrecht*, dedica tutto un volume all'ordinamento dell'esercito: si intrattiene poi lungamente dell'ordinamento dei pubblici uffici, della polizia, dell'amministrazione postale, ferroviaria etc., tutta materia, come si vede, di diritto amministrativo, nel senso classico della distinzione, almeno secondo noi latini.

(2) Confr. **LOENING**, *Lehrb. des d. Verwaltungsrechts*, p. 25.

— 7 —

nente, uno dei maggiori di cui si vanti l'odierna letteratura giuridica tedesca, nella *Verwaltungslehre* dello Stein, l'esagerazione del metodo filosofico raggiunge un grado così elevato che nella stessa letteratura francese non si trova nulla di paragonabile. Non di rado allo esame giuridico dell'istituto si premette quello del contenuto etico (sì) di esso; e così il criterio politico, il sociale, lo storico, ma soprattutto il filosofico, colle forme più astruse della metafisica più sfrenata, soffocano il criterio giuridico sin quasi ad ucciderlo. Dappoichè, o signori, dove le nebulosità dell'astrazione impediscono la netta percezione dei contorni, noi non abbiamo più diritto, poichè il diritto è precisione.

Sin qui però noi, in fondo in fondo, non abbiamo fatto altro, con quella brevità che la convenienza ci impone, che accertare un fatto, cioè, la parte larghissima, anzi preponderante, che nella trattazione scientifica, così del diritto costituzionale come del diritto amministrativo, hanno l'elemento filosofico e l'eseguitico. Certo, il modo con cui noi questo fatto abbiamo constatato dinota l'avversione nostra contro questo abuso; ma noi dobbino supporre che questo nostro giudizio non sembri per avventura un pregiudizio; in altri termini, noi dobbiamo considerare la questione in sé stessa nei due lati opposti che essa presenta e potremo così più analiticamente determinare tutti i mali di cui l'uno e l'altro eccesso sono stati causa feconda.

La prima regione che si presenta contro la parte eccessiva che nel campo del diritto pubblico si dà a teorie puramente filosofiche sta in quel principio della divisione del lavoro scientifico, che è fondamentale nelle scuole moderne. È questa una conseguenza di quell'indirizzo positivo oramai definitivamente vittorioso e per il quale ogni singolo campo scientifico racchiude una così straordinaria e complessa materia e richiede qualità tecniche così speciali da richiedere per sé l'opera esclusiva degli ingegni che lo coltivano. Così avviene che le qualità e la coltura richieste in un filosofo sono affatto diverse da quelle richieste in un giurista e spesso, come sarà appresso veduto, tale equilibrio fra le attitudini dello studioso e l'indole propria della scienza che egli coltiva si risolvono nell'incompetenza dell'uno e nel decadimento dell'altra. Permettete mi a questo riguardo un ricordo curioso ma significante. 11 Bonghi, di cui la forza dell'ingegno e le larghezza della coltura nessuno può mettere in dubbio, occupossi della questione, che fu fervente sei anni fa, circa la giurisdizione dei Tribunali italiani nelle liti in-

— 8 —

tentate da qualche privato contro la sede apostolica (1), e, negando la **possibilità** di tale giurisdizione, arrecava tra gli **altri** il seguente argomento. Supponete, egli diceva, **che** il magistrato creda **necessario** l'interrogatorio del **convenuto**, **O** come si **farà a** costringere **per** esempio il Prefetto dei Palazzi Apostolici **a** comparire davanti il magistrato quando egli **non** lo volesse, posto **che** i carabinieri **non** possono entrare nel recinto del **Vaticano**? Questa **difficoltà** che al **Bonghi** pareva insormontabile, avrebbe fatto sorridere il **più modesto** procuratore legale, il quale non avrebbe ignorato **che per** esimersi dal comparire ad un interrogatorio, **in** materia civile, non è necessario essere protetto **da** una legge di speciali sovrane garantigie **e** che qualsiasi **convenuto** può levarsi questo gusto senza che i carabinieri se **ne diano pensiero**; solo **che in quel caso egli è** esposto **a** vedere accolta **senz'altro** la domanda dell'**attore**. **Non userò** io qui *l'irriverente ne sutor ultra crepidam*, ma dirò invece : faccia **ognuno** ciò che **ha imparato a fare**, e segua

Il fondamento che natura pone.

Ma, **senza** negare direttamente queste **verità**, si è voluto ricavare da un altro ordine d'idee le **necessità** che le scienze di diritto pubblico comincino, come la tragedia **goethiana**, con un « prologo in cielo »; **ne mancano** scrittori **che** espressamente sostengano ciò (2). Il diritto pubblico, obiettano questi, si fonda su dei presupposti **così** essenziali **che** lo studio di esso non **può prescindere** : e **sono queste appunto** quelle **teorie di ordine filosofico della cui convenienza noi** disputiamo. Come mai per **esempio una scienza che s'intitola** diritto dello Stato **potrà fare a meno di una teoria dello Stato**? E considerate il diritto **amministrativo**: la ipotesi di **esso** concerno l'ingerenza dello Stato **nella sfera individuale così** per il fine della tutela giuridica **come** per quello del benessere sociale. Ora come **potrà dunque il diritto amministrativo trascurare** Pesarne di questo eterno **e gravissimo problema delle relazioni fra collettività e individuo**, sotto il pretesto **che** l'indole sistematica di **un tale studio** è piuttosto **attinente** alle dottrine generali dello **filosofia** del diritto? E da questo punto di **vista** sarebbe dunque de lodrbro il **Batbie** che, come **abbiamo detto**, **ha creduto** di dedicare un **intero**

(1) *I Tribunali Vaticani*, nella *Nuova Antologia*, 1 gennaio 1883.

(2) Per es. SCHULZE nella *Aegidii's Zeitschrift für Staatsr.*, I, p. 435.

— 9 —

volume allo studio di questa quistione **che è** il presupposto di tutta la scienza.

L'argomento può parere specioso, **ma non è** concludente per questa ragione **semplicissima**, **che elementi** complessi **e difficili** di una scienza **possono** diventare semplici presupposti di **un'altra**.

Le scienze naturali ci forniscono mille **esempi** di questa nostra **affermazione**. Quando il botanico cerca di stabilire il **modo** onde **sono** composti i **più** semplici prodotti del regno vegetale, **e trova** **che essi sono una** combinazione di acqua, acido carbonico ed **ammoniacca**, egli non va oltre: per esso sono elementi semplici quei corpi **nei** quali il chimico vede invece la composizione di altri **elementi** ancora **più** semplici.

Non diversamente avviene **nella sfera** del diritto privato. Per esso, **le nozioni di personalità giuridica, di famiglia, di proprietà, di obbligazione non sono** certo presupposti meno essenziali di quello **che non lo siano l'idea di Stato, di sovranità, di governo, pel diritto costituzionale ed amministrativo. Eppure** nessuno autore classico di diritto privato **ha mai** creduto **indispensabile** al suo studio di premettervi la teoria **filosofica** della **proprietà** o della famiglia o della personalità giuridica.

E questa ragione di ordine sistematico si **rannoda e** completa con un altro ordine di considerazioni **più** elevato **e** più grave, il quale ci **dimostrerà** la **ragione** intrinseca per cui un'eccessiva **filosofia** ha nociuto **così gravemente** al carattere giuridico delle scienze nostre. Un medesimo problema si presenta al giurista **e** al filosofo da punti di vista, soprattutto metodici, completamente opposti. Cicerone intuiva mirabilmente questa verità quando diceva: « *Aliter leges, aliter philosophi, tollunt astutias: leges quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia* » (1). Un filosofo, ragionando dell'istituto della prescrizione, potrà trovare sufficiente questa conclusione, che l'esercizio di un'azione si estingua, **passato un certo numero di anni, che potrà** anche variare, variando il contenuto dell'azione. Ma il principio in tal modo affermato **ratione et intelligentia**, sarebbe pel giurista insufficiente; a lui sarà indispensabile di determinarlo **più materialmente, manu tenere, e** quindi **fixare precisamente** questo numero d'anni richiesti nonchè quelle azioni per cui si richiederà un tempo minore **e** di quanto.

(1) Cic., *De off.*, III, 17.



— 10 —

Egli è, o signori, chi sottilmente onaideri, che una delle **principali qualità** tecniche, **che** nel giureconsulto ei richiedono, consiste **nell'** abitudine **a** considerare le varie nozioni ed i vari **istituti giuridici**, come delle **entità** reali, esistenti, viventi. La **frase** sembrerà meno audace, **se** vi **soffermerete** alquanto **a** considerarne la portata. Come un **essere** vivente, **il rapporto giuridico** 'ha **una propria origine**, uno sviluppo, una fine, **e**, quel **che più** importa, **esso** ha **una individualità** vigorosamente determinata che lo stacca nettamente dagli altri rapporti congeneri **e** sopra tutto da quegli altri rapporti appartenenti ad un ordine scientifico diverso. **Questa maniera** di considerare i principi giuridici spiega in gran **parte** la grandezza dei giuristi romani, per questo verso **eccellenti**. Così noi vediamo **che** all'idea giuridica essi attribuivano **una natura, una causa, una substantia, una potestas, come a** veri esseri animali. Come di un **essere** animato si dice di una **obligatio, che essa nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur** (1) etc. Onde magnificamente rilevava il Savigny : « Le idee e i **teoremi** di diritto non appaiono ai giureconsulti romani come creazione dello arbitrio; **sibbene** sono esseri reali la cui esistenza **e** genealogia si è loro manifestata per una lunga familiare abitudine. Indi **nasce altresì** una sicurezza in ogni loro **procedimento**, la quale d'ordinario non si rinviene fuori delle matematiche, **e** si può dire, **senza** tema di esagerazione, **ch'essi calcolano colle loro idee** V (2).

Senza arrivare alla eccellenza dei **giureconsulti romani, questa** abitudine è rimasta **tuttavia** una **caratteristica dello** studio del diritto privato. **Possiamo** averne una **esperienza tutta** subiettiva, 8010 **che** poniamo mente al modo con cui **a** noi si **presenta** un problema di diritto privato. Quando noi discutiamo **se alla validità** di un contratto possa opporsi l'azione di **rescissione**, questo istituto **giuridico** ci ei presenta come una **realtà** la quale è nel modo in cui è, contraddistinta da speciali caratteristiche **che** la separano da altri rapporti analoghi, avente una propria origine, un proprio modo di esercizio, effetti **propri** e proprie maniere di estinzione, **senza** che nella sfera del nostro **esame** esercitino influenza alcuna i **dubbi** che da un punto di vista **astratto** possono **sollevarsi sulla conve-**

(1) Confr. IHERING, *Spir. del IA Romano*, vol. III, n. 25 (della trad. franco., III ed., pag. 64).

(2) SAVIGNY, *Vom Beruf uns. Z. etc.*, 3 ed., Heidelberg 1840, pag. 33 (della trad. it., Verona 1857, pag. 115).

— 11 —

nienza generica dell'istituto o specifica di alcuno dei **suoi** modi di **essere**.

Nel diritto pubblico, invece, è prevalsa la tendenza **già** lamentata e che è perfettamente in antitesi a questa di cui abbiamo dotto. In **esso**, la discussione **filosofica e politica** circa la natura e la convenienza generica e specifica di un istituto non ci scompagna mai dallo studio giuridico di **esso**. Parliamo di **sovranità e ci** preoccupiamo quale ne sia **l'essenza**; parliamo dallo Stato, ed ecco mille teoriche ne discutono l'origine, il compito, la **giustificazione**, i gradi storici di sviluppo, ecc. Parliamo **dell'ammissibilità** di una azione privata contro il **fatto** della pubblica amministrazione, e non possiamo faro a meno di far capo ad **Aristotele e a Montesquieu** con le loro teoriche **sulla** distinzione **dei** poteri.

Così, dunque, quella nozione giuridica che nel campo del diritto privato appare **sempre** accompagnata da una certezza obiettiva, nel diritto pubblico è indivisibile da una discussione che la circonda di controversie e di dubbi. 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 col considerare i principi giuridici come esistenze reali, a noi cultori di diritto pubblico appaiono come creazione dell'arbitrio, e, per naturale conseguenza, quella chiarezza, quella precisione, quella sicurezza che contraddistinguono lo studio di un rapporto di diritto privato, si mutano, nel campo del diritto pubblico, in incertezza, in **oscurità**, in **confusione**.

Ed è così avvenuto, O signori, che mentre gli scrittori **accumulano** capitoli su capitoli **per istudiare** l'idea dello Stato greco o per accertare **l'autenticità** del contratto **sociale**, mentre dunque ci perdiamo in dispute **bizantine sopra** argomenti i quali pel **fine** immediato della scienza nostra non hanno che importanza **accessoria**, ecco che i veri problemi **fondamentali sono così** trascurati che **solo** uno sforzo laborioso di bibliografia può riscontrarne **tracce**. È mai possibile, p. e., un diritto pubblico, senza che l'idea di **personalità** giuridica dello Stato sia **così** chiara, così abituale, come può essere il concetto di **obbligazione** pel diritto privato? Eppure pochi argomenti sono tanto oscuri e abbandonati dalla **massima parte degli scrittori**. È il diritto amministrativo moderno, **specialmente in Italia ed in Francia**, non manca agli **forse quasi** affatto di **quell'idea dei diritti pubblici subiettivi, così essenziale ad esso come è quella di capacità pel diritto privato?**

— 12 —

Questi mali ha duuque prodotti l'**esagerazione** del metodo filosofico. Non men gravi sono quelli che vanno attribuiti alla **causa opposta**, cioè all'**esagerazione** del metodo esegetico. Anche qui occorre avvertire che questa **esagerazione** che uoi lamentiamo non ha nulla a vedere cou quell'**altra** tendenza ohe si puh designare col-**l'espressione** di *pratica* del *diritto*. A volerne dare una definizione rigorosa, noi diremmo che la pratica del diritto consista nello studio di un **principio** giuridico in correlazione con uno stato di fatto che è o si suppone esistente. **Inteso** in questo **senso**, si può dire con ragione che l'elemento pratico non pub e non deve mai **scompagnarsi** da un sano indirizzo giuridico: ed **abbiam** visto or **ora**, nel superiore studio, come sia anzi **gravissimo male considerare** il diritto **come campato in aria**, mero pascolo a dispute dottrinarie. **Considerate** anche qui il modo che i giureconsulti romani tenevano. **Rare** volte vi **imbattete nella** posizione meramente astratta di un principio giuridico: e di queste rare volte **bisogna fare una larga** porte ai tagli arbitrarî che i compilatori giustiuinei ai **permettevano**. In generale **però**, ognuno che **avrà** avuto per le mani i Digesti **se ne sarà** accorto da **sè**, il principio, le norma, nel pensiero e nello studio del giurista romano, non si scompagnano quasi **mai** dalla **considerazione** materiale di **un** caso o di una specie. La **ricchissima** giurisprudenza romana non conta forse **nessuna opera** di uno scopo puramente teorico **a** meno che non sia didattico: e l'immenso materiale, onde i Digesti furono compilati, si **compone quasi esclusivamente** o di **commenti** all' **Editto** o ad **altra fonte particolare** del diritto, o di **collezioni** di **pareri**, **responsa**, **dati dai giureconsulti** sui essi che loro venivano sottoposti.

Noi non **censuriamo già**, adunque, che il diritto si ispiri a criteri pratici: ed anzi abbiamo **lamentato** in questo **senso** un difetto nel campo delle scienze nostre. Ma altro è dire che il diritto **debba** aver sempre vivi contatti colla **realtà**, altro è subordinare lo studio scientifico del diritto al mero esame di un documento legislativo: ed è **ciò** che **abbiam** chiamato esagerazione del metodo esegetico, e ne abbiamo addotto **esempi così** nella scienza del **diritto costituzionale** come, e **più**, nel campo del diritto amministrativo.

Davanti a questo pubblico che mi fa l'onore d'ascoltarmi, io non mi fermo **già** a dire come **altro sia** legge, **altro** sia diritto, quantunque volgare sia le tendenza a confonderli e, purtroppo, anche in **alcuna** dottrina che vorrebbe essere scientifica. Ma **assai**

— 13 —

più generale e men volgare è la tendenza a confondere la scienza del diritto colla scienza delle leggi, mentre questa dichiarazione sovrana e testuale del diritto che chiamiamo legge non ha, pei lini scientifici, che un'importanza accessoria e subordinata. — La dichiarazione legislativa di una norma giuridica ha un fine elevatissimo sociale, quale è quello di contribuire potentemente alla certezza del diritto, rendendo così possibile la convivenza sociale negli Stati progrediti, ma pel giurista, il quale non vede nella legge se non la riproduzione di un principio giuridico di cui egli deve avere già, notizia e coscienza, non può essere altrimenti tenuta in conto se non in quanto quel principio giuridico è in essa dichiarato, e in quanto dunque la legge rientra nel generale sistema 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.

Se quest'ordine vien rovesciato, se il criterio metodico si riduce esclusivamente al commento delle legge positiva, non si ha più una scienza del diritto, ma un'arida casistica, in cui, in luogo del principio, sta la disposizione legislativa che pareggia con un meccanismo brutale i più elevati problemi del diritto ai più umili provvedimenti del regolamentarismo burocratico. Difatti, l'interpretazione esegetica distrugge lo spirito differenziale delle scienze giuridiche. Il diritto pubblico è certamente diverso dal diritto privato, e questo dal penale, e il diritto civile dal procedurale, ma il commentare un articolo della legge comunale o provinciale non è qualche cosa di diverso che il commentare un articolo del codice di commercio. Così il diritto cede alla interpretazione logica e grammaticale di una proposizione, e quando ei sia forti di una diecina di aforismi circa l'uso delle fonti del diritto positivo, e di una certa facoltà, dialettica, si può affrontare così felicemente l'esame di un articolo del codice civile, come di uno della legge sul registro.

E ei noti che noi qui ragioniamo sull'ipotesi di una perfetta redazione del documento legislativo.

Purtroppo però, nella maggior parte dei casi, questo desideratum non ei riscontra. Il lamento sul cattivo modo con cui i legislatori adempiono al loro ufficio è così antico e generale che è quasi inutile di ripeterlo. Si aggiunga che mentre condizione essenziale per la scienza giuridica è il rigore del sistema, il legislatore non è in generale legato da alcun vincolo sistematico e, o non l'osserva

— 14 —

affatto, o se l'osserva, lo fa **così** malamente **da** riuscire piuttosto una **difficoltà** che un **aiuto** (L).

Ma **perchè** dovrò io **immorare** su questa enumerazione dei **pericoli** che una **eccessiva subordinazione** dello studio giuridico allo studio delle leggi può arrecare, **quando** mi basterebbe citare per cib le celebri e **quasi** secolari dispute che si sono **agitate** in Germania **sulla** convenienza di procedere ed una **codificazione** del diritto privato? La sola esistenza di queste dispute, e il **nome** glorioso di **colui** che da quell'evento **potè** prevedere una **decadenza** degli studii giuridici, **può** dispensarmi dallo insistere sopra un **argomento** che tocca solo di sfuggita il mio tema. Del resto è a **tutti** voi **noto** come l'indirizzo francese di **procedere** alla **esposizione** del diritto privato per via di **commenti** al codice, è stato ed è **severamente** discusso nella Francia medesima, **malgrado** che questi **commentatori** si chiamassero Toullier, Troplong, Demolombe. Anche in Italia queste critiche hanno avuto la loro eco, od è **notevolissima** l'**attuale** tendenza dei nostri giovani cultori del diritto privato a trattare la **scienza** con un metodo che, in antitesi all'altro, suolsi **chiamare** sistematico.

E notate, o signori, che tutta **questa disputa** avviene nel campo di una scienza la quale **ha** nelle sue tradizioni il diritto romano, **salvaguardia** potentissima contro i timori di una degenerazione scientifica dovuta a **quelle** cause che si son dette. Il **numerioso** stuolo dei commentatori, spesso **da** **dozzina**, non potrà **in**ni fare che quella **stupenda** **organizzazione** scientifica del diritto resti sicura guida dello studioso. Certo, o signori, io non mi sarei schierato nè mi **schiero**, malgrado la profonda **riverenza** verso il nome del Savigny, fra gli avversari dei Codici di diritto privato; e ciò non solo **perchè** le preoccupazioni di ordine scientifico debbono cedere di fronte agli immensi altri vantaggi che il **sistema** dei codici presenta, ma anche **perchè** un codice di diritto privato, dopo quella secolare e meravigliosa elaborazione che la **scienza** ha avuto, può raggiungere una redazione **scientificamente** buona, e in **ispecie** anche nel senso sistematico.

(1) Adduco un esempio fra i mille che si potrebbero ricordare. L'insequestrabilità degli stipendi degli impiegati pubblici è, nel nostro diritto, sancita dagli articoli 34 e 35 della legge 15 marzo 1861... sulle pensioni. Ora dal punto di vista scientifico l'insequestrabilità delle pensioni è un'applicazione del principio generale dell'insequestrabilità degli stipendi, mentre il legislatore, che non va tanto pel sottile (e si capisce), stabilisce il principio a proposito dell'eccezione.

— 15 —

Ma il diritto pubblico non si **codifica**, non solo per la ragione, gravissima certo, **ma** di indole transitoria, della poca elaborazione **che esso ha avuto, ma soprattutto perchè l'indole** medesima di quei rapporti non si **presta** non che ad **una codificazione**, spesso nemmeno ad **una dichiarazione legislativa**. Sono osservazioni così comuni **da** parer triviali, il ricordare che il principio sui cui si forma il governo di gabinetto non è stato scritto in nessuna legge, che impossibile è determinare la parte che, per diritto pubblico, resta **riservata** alla **consuetudine**, e che su molti argomenti i vari diritti pubblici positivi mancano di una legge, e la scienza non crede conveniente di farla. A prescindere **quindi** anche da tutti gli altri argomenti **che contro l'esagerazione** del metodo esegetico si **adducono**, basterebbe dunque **questa sola, che, il diritto pubblico non prestandosi ad alcuna codificazione, una scienza che volesse mantenersi meramente esegetica, non avrebbe alcun criterio per una trattazione sistematica, ciò che abbiamo riscontrato specialmente nella letteratura del diritto amministrativo francese.**

Como rimedio a questi mali derivanti da troppa **filosofia** 0 da troppa esegesi, non crediate che tirando fuori il vecchio aforisma: in medio **consistit virtus**, io proponga un eclettismo fra queste opposte tendenze. No, o signori, **poichè è** anzi l'eclettismo che ci ha ridotti a questo punto. Quando contro un indirizzo **scientifico** prevalente si muove una critica, si verifica subito una **tendenza** contraria a dare a questa critica una forma **eccessiva**, per **giustificare poi un mezzo termini ne eclettico che conceda qualche cosa alla tendenza primitiva e qualche cosa alla critica** opposta, **concepita però** in quella maniera esorbitante od esagerata. **Così**, per usare **una frase** volgare ma espressiva, si crede di salvare la **capra e i cavoli**, e non si fa poi effettivamente altro che **sacrificare i cavoli senza sfamare la capre** che di quel pasto non aveva di bisogno.

Cod quando noi censuriamo la subordinazione del criterio giuridico al **filosofico**, al politico, all'esegetico, la tendenza **avversaria** rileva in **questa** nostra affermazione la **proscrizione assoluta** dei criteri **filosofici**, politici, esegetici dallo studio del diritto. Ed allora risuonano alti lai. Ma **se** la scienza è per se stessa astrazione, che cosa diventerà, il carattere scientifico del diritto sprovvisto di ogni soccorso della, filosofia, quintessenza **dell'astrazione?** Ma **se** la politica altro **non è se non l'attuazione** del diritto pubblico nella vite degli Stati, la **separazione assoluta fra** l'ordine politico ed il

— 16 —

giuridico non toglierà a quest'ultimo il soccorso prezioso di vedere la norma trasformarsi azione? E, tolta l'esegesi, che cosa diventerà la pratica del diritto? Voi vedete, o signori, dove sta l'equivoco. Io uou dico gih che bisogna circondare il diritto di una specie di murgaglia della China che escluda gelosamente e permalosamente la comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso. Certo il diritto pubblico non pub fare a meno della politica. Certo il diritto in genere non può rinunciare ad una sistemazione di iudolo filosofica e perciò esiste, e pub essere infinitamente benefica, una scienza speciale che si chiama la filosofia del diritto. Certo una scienza giuritlies completa non potrà affatto prescindere dal commento esegetico dei documenti legislativi.

Ciò che uoi censuriamo, ciò che è stato esiziale Jsl fisiologico sviluppo del diritto pubblico uou è già il servirsi sussidiariamente del criterio filosofico o del criterio esegetico, ma bensì il non aver tenuto distinti ed autonomi ordini scientifici diversi, ma bensì lo aver dimenticato che altro è diritto altro filosofia, altro scicuzza del diritto, altro scienza delle leggi. Noi censuriamo che col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofie con pezzetti di storia, di politica, di economia ecc.; e, tanto per giustificare il nome di diritto che a questa scienza ai affiggeva, si è data una parte preponderante al commento esegetico, cioè all'ultima, alla meno nobile e degna manifestazione della scienza giuridica.

La verità ti, o signori, che fra questi due estremi della olucubrazione filosofica e del commento esegetico, tra questa pletera e questa anemia dell'orgauisrno delle scienze nostre, il rimedio adeguato non consiste già in una contemperanza celettica, ma nel ricondurre il diritto pubblico al suo vero fine. È il mezzo è semplicissimo, almeno ad enunciarlo; cioè che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati. È tliveutn qui armonia l'apparente antinomia fre quei due elementi: la teoria e la pratica. Il principio giuridico, la cui esistenza è indipendente affatto da qualsiasi legge positiva, è il più sicuro correttivo dell'esagerazione del Juetodo esegetico, mentre, dall'altro lato, esclude il pericolo delle astrazioni arbitrarie, connesso, come è, con una delle più nobili manifestazioni concrete dello spirito collettivo. Il diritto è vita: efficienza ultima del carattere storica di un popolo, e dei

— 17 —

sentimenti delle comunità. La scienza moderna non riconosce più l'uomo come creazione astratta, prescindente dalle influenze di tempo e di luogo, di razza e di storia, apparizione fantastica sotto la bacchetta dello spiritismo metafisico. Così il diritto pubblico è intanto oggetto 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 una idea ma della sovranità di poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività feconda.

Ardua è l'impresa, ma come è nobile od adeguato il compenso! A noi, cui la meravigliosa storia del Risorgimento conferì la esistenza di uno Stato nazionale e libero, se non fu dato in sorte di potervi cooperare, è però assegnato un altro compito delicatissimo e solenne che richiede tutto il fervore della nostra attività e la ispirazione di motivi ancora più nobili che non quelli meramente scientifici. Il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano. Il soffio del diritto bisogna che animi quelle istituzioni pel conseguimento delle quali una così lunga serie di generazioni ha combattuto e sofferto: è un debito sacro che la scienza ha contratto e guai se si rifiutasse ad adempierlo; se l'istituto politico non passa nella coscienza giuridica nazionale, esso resta parola vana e senza soggetto: quest'unità che lo Stato così lungamente desiderata non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva delle vite del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale.

Questo sentimento che mi anima e commuove, posso sperare che conferisca alla mia parola un'efficacia che in parte compensi quell'autorità che le manca. E non questo sentimento soltanto, ma queste cattedra da cui io parlo, illustrata da Rosario Gregorio, inarrivato espositore di quella splendida tradizione giuridica, glorioso vanto di Sicilia nostra. Questa tradizione noi dimenticammo: e fu bene. Sacrificammo all'unità nazionale i ricordi di un'autonomia gloriosa, sacrificio che a me sembra più meritorio del sacrificio di qualsiasi interesse, per quanto elevato. Ma tal sia. Alle perdute gloriose tradizioni di un diritto pubblico autonomo sarebbe compenso di gran lunga maggiore l'apportare un poderoso contributo a questa nuova formazione di un diritto pubblico nazionale

— 18 —

che io attendo **fiducioso**. L' **Università**, tornata **anch'** essa **alle** sue vecchie tradizioni di tempio sacro **alla scienza**, **dovrà essere** il centro motore di questo nuovo indirizzo, e quando di **Università** discorro, io alludo principalmente a quella gioveuth **che dell'organismo universitario è sangue e vita**. **Perciò** io **ho fiducia** che l' **opera mia** sarà **efficace**, per quanto povere le **mie forze**, **se non vi mancherà** il concorso di **cotesta gioventù**, che io **amo** per le mille **affinità** che a lei mi legano, che io stimo come a nessuna seconda per una **agilità**, **d'** **ingegno** che non nuoce alla forza, **e** per quella **facilità** di percezione che non nuoce alla solidità, della cultura. Sarò felice se **uniformemente** alla solita vicenda umana **potrò** in tal modo **sdebitarmi** verso i giovani, di **quella gratitudine** che ai miei **maestri mi lega**, ai quali, **se formalmente ho l'onore di esser collegi**, **serbo sempre** inalterata la **deferente affezione dello scolaro**. Ed altresì per sciogliere un altro e non meno vivo **debito di gratitudine**, lasciate che io concluda **mandando un affettuoso saluto ai miei amati colleghi e studenti delle Università di Modena e di Messina**, **alla cui grande e per fermo immeritata benevolenza e cooperazione** io debbo **tanta parte della mia educazione scientifica e dell'affetto che potente alla vita universitaria mi avvinco**.

Nota dell' autore del 1925 all' autore del 1885

Come superare, dovendo parlare di **sè e** dell'opere propria, il duplice pericolo di mostrarsi dominato da una **vanità** fatua o, all'opposto, da un' **umiltà**, la quale, in certi casi, può equivalere ad una forma d'orgoglio aggravata di ipocrisia? Dante — che era **Dante e** che ebbe così alta coscienza di **quel** che valesse — **potè** la sua **Commedia** considerare come « **poca faville** » che **dovea** **secondare** **gran fiamma**, augurando che altri dopo di lui cantasse « con miglior voce »; è vero che entrava **allora** in Paradiso **nè** maggiore poteva essere la suggestione **dell'umiltà**. Anche **serbando** tutte le proporzioni, è certo che mai, come ora, sarebbe opportuno il **confronto** fra la **pochezza** della favilla e la grandezza della **fiamma**, quando si **consideri** lo sviluppo della scienza italiana di diritto pubblico nel quarantennio che **segui** la mia prima affermazione che fu, soprattutto, di un nuovo indirizzo metodico: affermazione fatta **a** Modena nel 1880, ripresa **a** Messina nel 1886, **a** Palermo nel 1889. Io **penso** per altro che ambedue quei pericoli non **possano** in altro **modo meglio** superarsi che cercando di eliminarne l'ipotesi che **è**, tanto nel **caso** dell'orgoglio quanto **nel caso** dell' **umiltà**, di **carattere** soggettivo, -- **sforzandosi** di imporre **a sè** stesso, in forma di autosuggestione, di considerare soltanto il fatto indipendentemente dalla persona e l'opera propria come se fosse di un altro. Aggiungerò del resto che questo compito è nel caso attuale reso di molto più agevole dal lungo tempo trascorso. Dopo **quarant'anni**, **ahimè**, si può facilmente fare su sè stesso l'esperimento di **quell'affermazione** degli psicologi intorno al mutamento della **coscienza** individuale e dello stesso io attraverso le vicende del tempo e l'influenza **dell'età**; e per **verità** non è un paradosso il dire **che**, se mi avessero dato **a** leggere quello scritto, senza alcun riferimento che ne individuasse l'autore, io non mi **sarei** accorto affatto che si trattasse di un lavoro mio. **E se** dovessi, ora rifarlo, **non** soltanto dovrei radicalmente trasformarlo **nella sostanza** (il che ai **capisce**), ma la **stessa** forma **sarrebbe** del tutto diversa, **poichè** proprio dal lato della forma e dello

— 20 —

stile, cioè di quanto tocca ai più personali fra gli attributi di uno scrittore, io sono così diverso da quel che ero allora da potermi considerare quasi come un estraneo verso me stesso. Un estraneo che non si ammira; di guisa che, sotto questo aspetto, se si trattasse di lavori letterarii, io flovrei chiedere che quello scritto fosse conciferato come un « lavoro giovanile ripudiato dall'autore ». Con ciò, credo, la questione personale è esaurita, e resta soltanto il fatto, quel fatto che si può constatare senza orgoglio nè umiltà. Ed il fatto è che dopo l'enunciazione di quel programma e di quell'indirizzo è seguito tutto un radicale rinnovamento della scienza del diritto pubblico italiano. Come sintesi, basterà rilevare che noi abbiamo ormai una scuola nostra, nazionale, che non ha nulla da invidiare a quelle degli altri paesi e che, se non si chiude certamente in sé stessa, può tuttavia bastare a sé stessa. Che se alla sintesi si volesse far seguire un'analisi, tanto varrebbe far qui un elenco di nomi, che conterrebbe la più gran parte fra coloro i quali insegnano le varie scienze di diritto pubblico nelle Università italiane e che, anzi, ormai si stratificano in più di una generazione.

E, sempre in via di constatazioni obiettive, noi dobbiamo rilevare questo che è un grande merito di quella scuola, e cioè, per l'appunto, di non essersi attardata su dispute metodiche. Chi non ricorda le asperre polemiche cui spesso ha dato luogo la determinazione di nuovi indirizzi scientifici, le interminabili giostre intorno alle promesse sistematiche e metodiche, gli anatomi reciproci fra classici e romantici, fra idealisti e positivisti, anche nelle scienze nostre? Ricorrono alla mente in sociologia e in diritto penale, onde non è una malignità il dire che in certi campi scientifici la letteratura intorno al sistema ed al metodo prevalga di gran lunga su quella destinata a trattare, in concreto, quello che dovrebbe essere il contenuto effettivo di quelle scienze. Peggio ancora: non si bene quale sia il contenuto di esse!

Or, anche a parte il valore etico di quei segni di buona educazione scientifica che sono la serenità e la misura, la verità è che la miglior maniera di spiegare un indirizzo metodico, di farlo comprendere e di accettare dagli altri, è l'esempio. Un metodo risulta, innanzi tutto, dall'attuazione pratica in atti od opere concrete; incomparabilmente più e meglio degli schemi teorici valgono qui i modelli effettivamente prodotti. È arte prima che scienza; è tecnica prima che dogmatica; giova assai più un intuito educato ad un buon scuola che il possesso ingombrante di regole prestabilite. Ed

— 21 —

io penso che il valore dimostrativo **dei criteri metodici non eia mai stato da** alcuno meglio **riassunto** che da **Donatello**, quando **tagliò** corto alle critiche **rivolte dal Brunellesco al suo Crocifisso**, dicensi: **prendi il legno e fallo tu.**

Così è, senza dubbio. Ma se anche queste ovvie **verità** debbono concorrere **a** premunirci contro le suggestioni della vanità, non per cib vien meno **del tutto** il valore **di** un avviamento **programmatico specialmente** in un momento in cui si trattava di cominciare **dal** principio. Pu questo lo sforzo compiuto con quella mi8 prolusione; sforzo fler tutto inadeguato, **poichè** le **difficoltà** inerenti al tema si sommarono con la mancanza **assoluta** fler ogni punto **di riferimento e con la scarsità delle forze** fler quel giovane che non **veniva fler nessuna scuola**, visto che qualsiasi **scuola mancava**. Chi rilegge di nuovo quello scritto, non **può**, sempre **a** voler **essere** oggettivi, non constatarne le **grandi** manchevolezze. **Ma** che importa? **Bisognava** tracciare una via e prefiggere nna mèta. Ridotto il valore di quel programma una semplice freccia rozzamente tracciate sopra un cartello, si **può** riconoscere che l'effetto fu raggiunto.

Porse, anzi, la **semplicità** dei mezzi adoperati giovò più di quanto non **necessasse**. La esposizione del **metodo evitò** la forma **pericolosa e** difficile di una teorica **e preferì** ridurre ad alcune indicazioni di **utilità** pratica. L'affermazione **sostanziale** che una scienza che **si** chiamava **di diritto pubblico dovesse essere** una scienza **giuridica, costituiva una verità così intuitiva** da potersi dire banale: **L'autore stesso richiama il paragone con l' uovo di Colombo.** **E** quanto ai mazzi tecnici per la **desiderata ricostruzione** giuridica, **se** ne inflicava nno il cui valore era, per l'appunto, assai **più** pratico **che teorico, poichè si rinviavano i cultori dal diritto pubblico a** formarsi **tecnicamente** sullo studio di un Diritto che può con ragione apparire come il **tipo** perfetto precisamente dal lato della tecnica, il diritto romano. Or **se**, certamente, anche il diritto pubblico **romano contionn l' impronta dell' incomparabile** potenza del genio giuridico di quel popolo, **è certo** che la **portata** pratica di **esso** *era venuta meno col venir meno degli istituti politici, mentre la prodigiosa vitalità, del diritto privato, accolto e **fatto** proprio de tutto il **mondo civile e trasfuso in gran parte nel diritto moderno**, faceva el che il richiamo **al** diritto romano valesse praticamente come un richiamo **al** diritto privato.

In tal **senso**, questo criterio metodico indicato per **la ricostruzione del** diritto pubblico, **se** aveva indubbiamente quei pregi di

— 22 —

semplicità e di praticità cui alludemo dianzi, dava pur luogo a questa conseguenza: di costringere il diritto pubblico entro schemi di diritto privato e di trasfondere nell'uno quelli che sono caratteri specifici dell'altro. Era questo, certamente, un pericolo, o, almeno, una causa di equivoci, come vedremo; ma, d'altra parte, se è vero che chi vuole il fine deve volere i mezzi, anche un eccesso nel senso privatistico era per il diritto pubblico un danno assai minore che l'assoluto difetto di ogni carattere giuridico. Ad ogni modo, se non può negarsi che la prima tecnica di cui si servi il nuovo indirizzo abbia subordinato il diritto pubblico al privato come un fratello adolescente a un fratello adulto e maturo, si deve ora riconoscere che questa fase è ormai superata, ma che, per superarla, occorreva traversarla. Il che val quanto dire che è pure superato il programma metodico manifestato in quella mia prolusione; ma se, da questo lato, la ripubblicazione di essa avrebbe soltanto il valore di un contributo alla storia della nostra letteratura di diritto pubblico, può conservare, in parte, un valore attuale per certi criteri espressi sin d'allora, onde la nuova fase era presentita e preparata, proprio sotto l'aspetto del metodo.

Importa dunque insistere su quel rilievo: la situazione rispettiva del diritto pubblico e del diritto privato si presenta ora come radicalmente trasformata da quel che appariva allora. Non soltanto il diritto pubblico si è affrancato dalla necessità di servirsi dell'altro come di una guida, non soltanto ha costituito a sè stesso una tecnica senza che occorra di formarsela attraverso i modelli del diritto privato, ma appresta esso stesso dei contributi di cui il diritto privato può giovare e si giova. Si potrebbe in tal senso rilevare quel che accade per certe materie considerate prima come di confine ma prevalentemente studiate dai privatisti per la diserzione dei pubblicisti e che ora son da questi rivendicate: ad esempio, la dottrina del demanio pubblico poderosamente ricostruita dai lavori del Ranelletti e del Cammeo. In altro e più ampio senso, ricorderemo due recenti monografie, quella del Romano su *L'ordinamento giuridico* e quella del Donati sul *Problema delle lacune*; esse, provenienti da giurapubblicisti e condotte con metodo di diritto pubblico, considerano argomenti che precedono il diritto privato e dai quali questo non potrebbe prescindere e che, infatti, ha studiato e studia per suo conto. Il confronto fra quest'i due ordini di trattazione di un medesimo tema dimostra, meglio di ogni discorso, l'autonomia scientifica ormai conquistata dal diritto pubblico in Italia.

— 23 —

Da questa **constatazione**, onde si annulla se non si capovolge **uno** dei **più** importanti criteri metodici annunziati in quel mio primitivo lavoro, **non ne** deriva, **per** questo, alcun demerito. Antica è, infatti, l'osservazione secondo la quale gli iudirizzi metodici e i mezzi tecnici che essi raccomandano, **non sono** che impalcature le quali servono, senza dubbio, sono anzi necessarie per la costruzione degli **edifici scientifici**; **ma l'utilità e**, tauto più, la necessità sono in rapporto allo **stato** della costruzione stessa, di guisa che quando una determinata fase costruttiva è **sorpasata**, quell'impalcatura non serve più e viene quindi abbattuta per essere sostituita da un'altra cui è serbata, fra qualche **tempo**, **la stessa** sorte. Questo è dunque accaduto nel caso nostro e dobbiamo compiacerci di una demolizione **che attosta** il progresso dell'edificio. Ma bisogna **che** questa **osservazione sia ancor più approfondita, dappoichè** questo secondo e superiore stadio della nostra scienza di diritto pubblico non è soltanto determinato dai progressi conseguiti da una tecnica giuridica **più** perfezionata, **ma** da ragioni di carattere obiettivo che riguardano nuovi modi di concezione cui la scienza stessa è pervenuta e di cui in quella prolusione si aveva avuto un chiaro presentimento, **precisamente nel campo** metodico.

Essa, infatti, aveva pure lungamente e vivamente insistito **sulla necessità di tenersi** metodicamente altrettanto distanti dell'abuso teorico che **dall'abuso** pratico, **riconoscendo** non meno pericoloso **l'eccesso nel** senso filosofico **che** nel senso esegetico. Il giurista, il vero e puro giurista, non è nè un **filosofo** nè un empirio, ma deve invoca abituarsi (**così** testualmente si **diceva**) a « considerare le varie **nozioni** e i vari **istituti giuridici** como delle **entità reali, esistenti, viventi** ». E si insisteva altrove in questo fondamentale criterio, quando all'autore **quella** rinnovata scienza di diritto **pubblico** che egli idealmente vagheggiava, appariva come un sistema di principi giuridici fra loro coordinati; or il principio giuridico non è **filosofico**, **perchè** determinato da una ragion pratica e **perchè** serve a pratiche finalità, ma, d'altra parte, è del tutto **indipendente** dalla ricognizione che vi può dare o non dare una legge positiva. La vita di esso appariva, duoque, sin d'allora, come **idealreale**.

Per verità, se queste espressioni valgono **assai più** come intuizione che come dottrine esposte con piena consapevolezza degli **sviluppi** di cui **eran** capaci, tuttavia in quella intuizione si contengono i fattori più **efficienti** di quello sviluppo ulteriore della **scienza** di cui ora possiamo felicitarci, **poichè finalmente** essa potè avere i suoi

24 --

confini ed una forza sufficiente per difenderli contro le invasioni cui lungamente fu esposta. lo ho altra volta paragonato il diritto pubblico ad uno di quei territorii **consacrati da un destino avverso** ad esser sempre il campo di battaglia **delle nazioni** : tali le Fiandre, tale il **Palatinato**, tale (finchè la vittoria d'Italia non chiuse saldamente la linea alpina) la Val Padana. Il diritto pubblico aveva ed ha per **confluanti** delle Potenze di **prim'ordine**, quali da **un lato la Filosofia**, dall'altro la **Politica**, **dall'altro** lato ancora il Diritto privato che nella sua funzione pratica aveva raggiunto un **così** meraviglioso sviluppo: ecco **duunque** come **e perchè** il diritto pubblico si sia trovato e si trovi esposto alle **incursioni** di questi potenti vicini ! **Nè può altrimenti difendere le sue insidiate frontiere** e non **con la demarcazione** sempre più salda e profonda dei suoi caratteri speciali: opponendo alla **Filosofia** la sua qualità di **scienza particolare che studia fenomeni concreti della vita reale**, per soddisfare pratiche **utilità**; alla **Politica** la sua **natura** giuridica; al **Diritto** privato la prevalenza, ad esso diritto **pubblico** caratteristica, dei « **principii istituzionali** » e della « **forza inerente all'organizzazione** » indipendentemente, **come** regola, dal **necessario** riscontro in una norma dichiarata dallo Stato e assicurata dalla coazione di Stato.

Consideriamo **più** attentamente **quest'ultimo punto**, dato che la **distinzione che per ora interessa di più** è quella dall'**ordine** scientifico più affine, mentre, **quarant'anni fa**, erano più temibili le **invasioni della filosofia e della politica e il diritto privato era invece chiamato** in soccorso. Or **quando la mia antica prolusione dovette additare il diritto privato come un modello tecnico da imitare**, considerò già, l'**eccesso dell'empirismo**, attribuendolo ad una **degenerazione** del metodo esegetico. Ma, **guardando bene** in fondo, tutto il diritto privato contemporaneo non è esso stesso **esegetico**? **Sorpassata la prodigiosa fase creativa del diritto romano**, la scienza giuridica si **esprime prima** come glossa e poi **come** commento; la **modernità** del diritto privato, che si riassume nella **codificazione**, ha reso anche più intensa la **necessità del commento** per cui, **anche quando si eviti la stessa forma esteriore di studiare ed annotare un articolo dopo l'altro**, è pur sempre il **testo preciso** della legge che costituisce il **centro** della discussione e dell'**esame**.

Certamente, **non** manca nella scienza contemporanea la chiara **nozione dei pericoli** che si collegano col metodo esegetico, donde lo sforzo **continuo per sostituire al commento il sistema**. Ma, pur con-

-- 25 --

siderando con simpatia un tale sforzo, resta sempre vero che una trattazione di diritto privato non potrà, mai separarsi dallo esame di quella determinata formula che è il **testo** di legge, che bisognerà **bene** ricostruire nei dati grammaticali e logici per deferire alla conclusione **che** ne deriva: comando che importa obbedienza.

Ed ecco secondo noi determinarsi qui la **più** profonda differenza fra il diritto pubblico e il privato: differenza che comincia con essere di metodo e finisce **con essere** di contenuto.

Quella che per il diritto privato costituisce la maggior **sua** forza, specialmente dal lato **della** tecnica, consiste **nell'antichità**, nella saldezza, nella continuità della sua evoluzioae quasi tre volte **millenaria**. Ma, **appunto in conseguenza di ciò, esso** ha ormai **raggiunto uno stato di consolidazione** nella sua **complessa** e vigorosa **struttura**, il **quale** stato ha in **sua espressione** sintetica nel celebre sillogismo kantiano **onde** ogni rapporto fra subietti, di cui **l'uno** **accampi** una **pretesa** contro **l'altro**, è regolato, o **pub esser** sempre **regolato**, in maniera coattiva. Per questo regolamento, si parte da una premessa maggiore, **cioè da una norma obiettiva** posta o **dichiarata**, se non anche **creata**, dalla **sovranità** dello Stato; vale come **pre-** **missa** minore una ipotesi **di fatto** in cui si **fissa in maniera concreta e specifica** il rapporto **costituitosi** fra i subietti; e si arriva finalmente alla **conseguenza**, onde, confrontando **il fatto con la norma**, si stabilisce da quale parte stia il torto o la ragione dell'ano o **dell'altro** dei due contendenti. Che poi **l'urto** fra questi sia **effettivo**, in forma di litigio, o semplicemente potenziale, è **indifferente**, restando **sempre vero** che anche quando il subietto **riconosce spontaneamente la sua obbligazione**, esso subisce anche allora **la minaccia della coazione**, sia pure in via meramente psicologica. Di quel sillogismo, lo Stato è parte essenziale due volte : **la prima in quanto determina la norma** oggettiva, la seconda in quanto istituisce un **organo, partecipante** della sua **sovranità**, che ricava la conseguenza dal confronto della norma colla fattispecie da esso stesso stabilita, pronunzia la condanna e la fa coattivamente eseguire.

Certo, non mancano indirizzi e tendenze, nello stesso diritto privato, che si sforzano di negare la **necessità** assoluta del concorso di quegli **elementi** compresi nel sillogismo; **queste** tendenze hanno anzi un grande valore per noi pubblicisti, in quanto dimostrano che quelle **formole** in cui il diritto privato si è consolidato **non sono così sicure e così definitive da escludere ogni eccezione. Non basta, ma tali eccezioni avvicinano le condizioni del diritto privato**

— 26 —

le **quelle del diritto** pubblico, in quanto sono una sopravvivenza di forze **primitive** vinte **ma non domate**, così come l'**esistenza** dei **vulcani** rimane ad attestare i periodi in cui la **superficie** del nostro globo terrestre non aveva l'attuale **solidità**. Ma, **comunque** siano da considerare quelle **manifestazioni** che sono o sembrano in **contraddizione** col sistema **normale**, esse serbano pnr sempre un **carattere** affatto eccezionale. Così è, per esempio, quando si tende ad escludere la **necessità** dell'esistenza di **una norma proclamata dallo Stato**: o sotto forma di persistente **efficacia** della **consuetudine**, o come riconoscimento di un « diritto giusto », che **sostituisce il diritto scritto** non soltanto nel caso di **lacune**, ma anche, addirittura, **prevalendo sulla norma dichiarata**. Or bene, queste **ipotesi**, anche in quanto siano ammissibili (**il che è controverso**), se presentano **scientificamente un interesse**, che può essere grandissimo, hanno praticamente un **valore** assai scarso.

Per il diritto pubblico invece, il **famoso sillogismo** — anche se non lo si voglia interamente negare — si presenta **con un'importanza** del tutto rovesciata: da assoluto diventa relativo; da originario, derivato; da regola si trasforma in eccezione. Così, se ed in quanto **alcuni limiti poterono** essere prefissi **all'attività** di determinati organi di governo per **garanzia** di **legittimi** interessi individuali, si ebbe in ciò una **possibilità** di norme obiettive generatrici di diritti subiettivi del cittadino verso lo Stato (più esattamente, verso un **organo dello Stato**) ed una **conseguente difesa giurisdizionale**, anche qui, tuttavia, con **restrizioni ben gravi** (i tribunali ordinari non possono modificare l'**atto amministrativo** ma solo conoscerne in relazione all'obbietto dedotto in giudizio, mentre la **giurisdizione amministrativa** che può annullare l'**atto**, viene arrestata solo perchè l'**atto stesso** sia stato **emanato « nell'esercizio** del potere politico »).

Ma, anche sorvolando su queste ed **altre imperfezioni** che attestano le resistenze profonde che il diritto pubblico **oppon**e alla **estensione** della **struttura** privatistica, è certo che **questa** estensione non può non considerarsi come eccezionale e subordinata. I **problemi** fondamentali del diritto pubblico **rimangono intrinsecamente** al di fuori della applicabilità dei termini del sillogismo, tanto sotto l'aspetto della **norma**, quanto — e più — della **dichiarazione** specifica del torto o della **ragione**, **coattivamente** fatta **dall'autorità** dello Stato.

Ed è facile rendersi conto a priori di tale **impossibilità**. Se si considerano i rapporti fra lo Stato e i cittadini, e si concepiscano

— 27 —

in maniera che lo Stato apparisca **nella** sua integrale **sovranità**, è **chiaro** che la **contraddizione** non consente che questi rapporti **siano** definiti da un'**autorità** giurisdizionale che verrebbe ad essere « più sovrana » della stesse **sovranità** dello Stato. Che se invece si considerano i rapporti degli organi sovrani fra loro, anche qui è intuitivo a priori che la soluzione dei loro conflitti non potrebbe dipendere dalla decisione di un altro organo che, con ciò, **subordinerebbe** a se stesso gli organi fra cui il conflitto esiste, il che **val** quanto dire che questi non sarebbero **più** sovrani.

Conosciamo gli sforzi dialettici, formidabili ed in se stessi **am-**
Jnirsvoli, **attraverso** i quali **IR** scienza del diritto pubblico **contem-**
poranea cerca **svincolarsi** dalla ferrea **logica** di siffatte deduzioni. **Questi** sforzi **han** culminato **nella** dottrina dell'**autolimitazione**, per cui si perviene **a** questa quadratura di circolo, cioè che lo Stato, restando sovrano, **ciò non ammettendo alcuna** forza capace di limitarlo, limita tuttavia se stesso, sottoponendosi ad una norma che esso crea, ma che può, quando vuole, annullare. Chi scrive ha, esso stesso, ceduto **alla** suggestione di quelle teoriche e cooperato **a** quegli sforzi ; **nè** crede che siano stati sterili **nè** che siano da **rite-**
nersi intrinsecamente erronei. Non sterili, **perchè** servirono egregia-
 mente sotto l'aspetto **metodico** e sistematico; non erronei, ove si integrino **con** questa **altra** proposizione implicita: che, **ciò**, non è dunque vero **che** la **sovranità** dello Stato sia illimitata, ma che **debba trovare il suo limite precisamente** nel diritto. Senza di queste **riserve**, come si può **logicamente ammettere il valore di un limite la cui efficacia giuridica dipenda** esclusivamente **dalle** volontà potestativa del **subbietto** che viene ad assoggettarsi **la** quel limite? Anche quando sussisteva l'istituto della schiavitù, il proprietario bene poteva **imporre** a se stesso ed **assicurare** al suo schiavo alcuni limiti, di natura nel tempo stesso sentimentale ed utilitaria, entro i quali esigere un servizio od una fatica: forse per ciò nascevano diritti nello schiavo? So bene che il problema non viene considerato in **maniera** **cost** **semplificistica**, come io l'ho esposto; **Ina** ho voluto **con** ciò significare che **a** nulla giova **IR** teoria della **autoli-**
mitazione, se **non** si stabilisce una **legge** per virtù della quale lo Stato venga ad essere **costretto all'osservanza** della **norma che lo li-**
mita. Or è proprio **a** questo **punto**, che **uno dei più** grandi Maestri **contemporanei**, che **è** quella teoria ha dedicato i più ammirevoli contributi, è costretto ad avvolgersi fra le nubi **di un confessato**
misticismo, quando egli dichiara che la natura di quei problemi

— 28 —

deve considerarsi come a *metagiuridica* » (JELLINER, *Staatslehre*, cap. XI, 2, 2). Questa confessione rende ingiusta l'asprezza delle espressioni onde questo autore rimprovera ai suoi contraddittori l'essere dei « manovali giuridici » incapaci di mettere da parte i loro « moschini arnesi di lavoro ». La verità è, invece, che a nessun giurista si può rsgioctvolttttette chiedere il sacrificio di considerare al di là del diritto nozioni e concetti da cui dipendo la soluzione dei problemi più fondamentali del diritto che egli è chiamato a studiare. In tal caso, sarebbe più coerente dire che dinanzi a quelle barriere il diritto cessa di esistere, non solo pei manovali ma anche per gli architetti.

Nè per altro giova quest'altra ancor più disperata risorsa, di negare addirittura che al di fuori della coazione organizzata da una autorità sovrana non si possa dare diritto. Già a questa paradossale estrema conclusione non pochi 8011 pervenuti per il diritto internazionale di cui si è negata l'esistenza; e, per verità, si dovrebbe, per le stesse ragioni, dire che non esiste neanche il diritto pubblico interno, posto che, come non si può coattivamente fibre osservare una norma nei rapporti degli Stati fra loro, così non lo si può nei rapporti interni fra lo Stato sovrano e i suoi sudditi, o fra due organi sovrani dello Stato medesimo. MR, ripetiamo, neanche tale risorsa demolitrice può giovare; essa si metterebbe iti aperto stridente contrasto colla « ragion pratica », che riconosce ed ammette, nella realtà, l'esistenza così di un diritto internazionale come di tttt diritto pubblico interno e ricorderebbe In protesta di quel matematico che dimostrava che gli uccelli non volano. Del resto, di paradosso iti paradosso, si finirebbe col negare l'esistenza dello stesso diritto privato di cui i capisaldi sono, per l'appunto, nel diritto pubblico, da cui derivano quella legge e quel giudicio e, itt generale, quel diritto subiettivo, da cui il diritto privato non può prescindere.

La verità è che bisogna fare un atto di coraggio e chiedersi risolutamente se quei caratteri, i quali tradizionalmente RO110 attribuiti al diritto itt generale, itoti siano effettivamente quelli proprii soltanto del diritto privato in quanto pervenuto ad uno stadio di pieno sviluppo e, come dicemmo, di consolidazione; mentre si potrebbe senza grnnde difficoltà dimostrare che, per i diritti primitivi, negli stessi rapporti privati si riscontrano situazioni ben diverse dalle attuali quanto alla uortns ad alla coercizione statale, situazioni che si avvicinano a quelle che oggi tormentano i pubblicisti. Noi giuristi ab-

— 29 —

biamo fatto un **po'** (valga qui l'analogia **con** molti grani di sale) come un astronomo, il **quale** avendo esattamente **determinato** i **caratteri** di una stella pretenda di farli valere per tutti i corpi **celesti**, o come un biologo che le condizioni **fondamentali** per la vita di un essere intenda **desumere per mezzo** dello **studio** di una specie determinata, tanto peggio se scelta fra **quelle** di una più complessa e progredita struttura.

Or **precisamente** sotto l'aspetto della struttura tecnica, il diritto privato è, incomparabilmente, più progredito, più perfezionato, **più complesso** degli altri ordini della fenomenologia giuridica, mentre il **diritto pubblico** interno è **tuttora** in uno **stato** di laboriosa formazione ed **ancor più primitivo e rudimentale** è il diritto **internazionale**. **Ma, appunto per questo, noi dobbiamo evitare** l'equivoco e l'errore, **che** provengano sia della **pretesa** di costringere le forme semplici negli schemi di forme complesse, sia dalla introduzione di elementi **metagiuridici**, se non metafisici, sia finalmente **dallo** scoraggiamento **finale** di rinunciare ad uno studio giuridico di quelle forme, solo **perchè** ad esse non si **adattano** i criteri del diritto privato.

Nessuno penserà che io voglia e possa svolgere in questo luogo i criteri di questa **nuova e necessaria** ricostruzione dei caratteri del diritto, considerando quest'ultimo nei suoi dati più semplici e primitivi, di guisa che quei caratteri **possano** adattarsi anche agli **stati** più **elementari** della evoluzione giuridica, quali **son** quelli in cui si trovano il diritto pubblico interno e, **ancor più**, quello **internazionale**. Possiamo soltanto **avvertire, con rapidissimi cenni**, quanto **già implicitamente** si contiene nei pensieri sin qui **manifestati**. Certamente, **caratteri propri** del diritto sono e rimangono, sempre e necessariamente, una regola che ordina e coordina **sotto** di sé le azioni degli uomini come viventi in collettività o gruppi sociali, ed una forza per cui quella regola tende irresistibilmente ad attuarsi **nella realtà**. Senza queste due idee — norma e forza — non si dà diritto, nè semplice, nè complesso. Bensì, la formazione e quindi la natura e della forma e della forza che l'accompagna, debbono trasportarsi in un **contesto** logico precedente a quello che la dottrina dominante **privatistica** tiene in considerazione e che suppone **necessariamente** lo Stato, tanto **per la** dichiarazione delle norme quanto **per la** coazione che ne assicura l'osservanza. Non è lo Stato che genera il diritto (neanche in quella maniera di generazione contemporanea e reciproca, cui mi adattavo io stesso, in altri scritti anteriori); ma, **al contrario**, lo Stato non è che **una** forma, per

-- 30 --

quanto progredita, di convivenza giuridico · sociale, la quale non sappiamo neanche se possa dirsi definitiva. Anteriormente allo Stato nel tempo, attualmente con lo Stato nello spazio, si ebbero e si hanno altre forme di convivenza più semplici, 11011 concepibili senza una lor propria organizzazione giuridico. sociale, per cui ogni associazione, ogni collettività, persino nella forma semplicissima di una comunione, non può concepirsi astrattamente nè esistere realmente senza una sua legge interne. Questa legge ci si presenta come una condizione dell'esistenza di quella associazione ed ha quindi con sè quella stessa forza che mantiene in vita l'associazione. La famosa massima *sint ut auit aut non sint*, non vale soltanto per la Congregazione dei Gesuiti, per cui fu pronunziata; di ogni associazione può e deve dirsi che vi è un minimo di condizioni per cui essa o deve essere in quel dato modo o non può essere. L'insieme di questa regole e delle forze corrispondenti, continuamente generate da ogni attività interumana di carattere associativo, dà luogo a tutta una meccanica complicatissima, per cui esse sono soprafatte o sopraffanno, si combinano, si urtano, si elidono, si equilibrano, in guisa da veair costituendo mano mano forme superiori, riassunte in definitiva nella struttura massima per autorità e complessità che chiamiamo Stato, colla sua costituzione, con le sue idggi, la sua sovranità., la sua coazione. Questa organizzazione statale ha poi una vocazione irresistibile nel senso di subordinare a sè stessa tutte le organizzazioni comprese in essa e fli farle apparire conio derivate dalla sua autorità: si considerino, ad esempio, i rapporti fra Comune e Stato: quest'ultimo generato pretende di trasformarsi in genitore. Ma il giurista, ben lungi dal cedere a tale suggestione collettiva, deve reagire contro di essa come contro un'apparenza cui non corrisponde in realtà ed aver sempre presente che l'organizzazione massima, Stato, non è che l'effetto ultimo di una serie indefinita di organizzazioni minori, fra loro stesse graduate diversamente per maggiore o minore semplicità di struttura, fino ad arrivare a forme dei tutto elementari. Non diversamente, chiala visione finale di un gran fiume che si avvia verso In sua foce non deve dimenticare che quella massa d'acqua, maestosa e magnifica, è stata costituita dai contributo di vene sottilissime e di modesti ruscelli affluenti e confluenti in una vastissima estensione geografica.

La forza, o, se così vuoi, quella coazione che resta pur sempre inseparabile dall'idea di diritto si contiene, come abbiamo già detto, in quel presupposto medesimo da cui derivammo la nozione di

— 31 —

diritto nella sua forma più elementare, e cioè come la legge interna di una data organizzazione collettiva, come quella regola che ne determina e ne condiziona l'esistenza. Si incontrano qui, pertanto, e si fondono, tanto il determinismo meccanico della necessità, in cui si contiene quel tanto che il diritto deve consentire alle varie forze materiali che premono sulla società, quando il determinismo spirituale della finalità in cui si contiene quel tanto che il diritto deriva dalla volontà umana consapevolmente indirizzata ad un fine onde razionalmente si sottopone alla disciplina necessaria per raggiungerlo. Ed anzi questo fattore teleologico domina tutta la « Ideal-realtà » che costituisce la sfera autonoma in cui vive il diritto, per cui mentre la costruzione giuridica è tutta concettuale, essa trova una corrispondenza rigorosa nella realtà empirica.

Riassumendo. Il diritto pubblico doveva, per cominciare *ex nihilo*, tiare a se stesso, ancor più che una tecnica, starei per dire una mentalità giuridica. Questo fu l'obbietto dei primi sforzi; questa fu la prima e pregiudiziale preoccupazione di chi parlava e scriveva or è un quarantennio. Si dovette « andare a scuola »; nè altra scuola, di diritto avevamo fuor che quella del diritto privato. Ma, nel tempo stesso, si avvertiva la necessità specifica di tenersi in stretto rapporto, meno che con testi di legge, con i principii, con gli istituti, coi sistemi in cui essi trovano la loro unità; si restava, quindi, in una sfera più astratta e più generale. E mentre l'adoperare schemi e metodi privatistici dava ai giuspubblicisti un'educazione giuridica, rivelava, nel tempo stesso, contrasti non componibili e lacune non colmabili; e, attraverso queste difficoltà particolari, si sviluppavano i mezzi tecnici specificamente occorrenti per superar quelle, ricevendo la spinta verso più radicali trasformazioni. Metodicamente, essi, i giuspubblicisti, a ciò furono indotti dalla speciale loro necessità, di considerare quel termine teleologico, cui fu accennato, come intermedio fra la positività empirica, propria del diritto privato nella sua gloriosa cristallizzazione finale, e la trascendenza metafisica che si trova all'altro polo e a cui non si son sottratti anche i grandi maestri della scienza nostra. Il giovanissimo professore, inaugurando la sua carriera universitaria, ebbe la complessa intuizione di queste necessità; ed ora, mentre volge ai tramonti l'attività sua, ha lo spirituale conforto di vedere, dal raccolto, che buona fu la semenza e diritta la fatica.