

Paolo Bianchi\*

## **Donato Donati. La parabola di un intellettuale al tramonto dello stato liberale**

*Donato Donati. The rise and fall of an intellectual at the decline  
of the liberal state*

This essay, starting from a brief analysis of the prolusion held in Camerino, tries to frame the legal production and personal events of Donato Donati in the final phase of classical liberalism and in the fascist “ventennio”. The figure of Donati is seen as part of the broader movement of intellectuals (and in particular jurists) of liberal education, faced with the tumultuous social evolution of the early twentieth century, the crisis of parliamentarism and the establishment of the dictatorship.

KEYWORDS: sources of law, liberalism, fascism

La prolusione<sup>1</sup> che qui si commenta presenta per il lettore di oggi spunti di interesse, non tanto per il contenuto – perché affronta una questione oggi di minore rilievo e soprattutto inquadrata entro termini costituzionali di riferimento ben diversi – quanto perché ci offre la possibilità di ricostruire la traiettoria evolutiva di un intellettuale nel travagliato periodo che va dalla monarchia liberale dei primi anni del XX secolo, apparentemente solida e indirizzata verso uno sviluppo pienamente democratico delle istituzioni, fino alla presa di potere del fascismo, al suo consolidamento in regime, per arrivare all'immediato dopoguerra.

Quando Donato Donati<sup>2</sup> pronuncia il suo discorso inaugurale presso l'Ateneo camerte, il 14 novembre 1909, è un giovane (ha appena trent'anni)

---

\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Camerino.

<sup>1</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Ann. Un. Cam.*, 1910, pp. 13 ss. Le citazioni dell'opera nel presente testo sono riferite a questa pubblicazione. Nello stesso anno la prolusione è apparsa, con lo stesso titolo, anche in *Riv. dir. pubbl.*, II, 1910, pp. 290 ss. Successivamente è stata ripubblicata in ID., *Scritti di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1966, pp. 45 ss.

<sup>2</sup> Le informazioni biografiche su Donati sono tratte dalla scheda redatta da A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, pp. 273 ss., alla quale adde ID., voce *Donato Donati*, in *Dizionario biografico dei giuristi*

e brillante professore straordinario di Diritto costituzionale; a Camerino dal 1907, vincitore di un concorso gestito da una commissione che rappresenta il vertice della dottrina in quel momento<sup>3</sup>: Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Luigi Rossi.

La composizione della commissione è significativa dal punto di vista della formazione e consolidamento della nuova scuola del diritto pubblico italiano, sotto l'impulso e il controllo di Orlando<sup>4</sup>. In quel momento la sua scuola, della quale fanno parte sia Donati che Romano, domina incontrastata nell'accademia e si propone come veicolo di razionalizzazione, in nome di una metodologia ispirata alla purezza della scienza giuridica<sup>5</sup>, della costruzione dello Stato unitario<sup>6</sup>.

Romano, del resto, sta muovendo i primi passi di un'ascesa, non solo sul piano scientifico, ma anche su quello politico e istituzionale, che risulterà inarrestabile fino alla caduta del regime fascista<sup>7</sup>.

Luigi Rossi è figura vicina alla scuola orlandiana ma sicuramente autonoma rispetto ad essa, sia per un approccio alla disciplina fortemente orientato alla comparazione, sia per la valorizzazione dell'esperienza storica nell'esame del diritto positivo. Rossi è inoltre personaggio politico di spicco: deputato dal

*italiani (XII-XX secolo)*, I. BIROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI (curr.), Bologna, 2013, pp. 779 ss.; F. TAMASSIA, *Donato Donati*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 41, Roma, 1992.

Ulteriori informazioni, di particolare valore perché provenienti da due allievi dell'A., si trovano in E. TOSATO, *Presentazione*, in D. DONATI, *Scritti di Diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. IX ss.; E. GUICCIARDI, *Ricordo*, ivi, pp. XXVIII ss.

<sup>3</sup> F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004, pp. 54 ss., ricostruisce la vicenda concorsuale e la inquadra nel generale rinnovamento della disciplina in corso all'epoca.

<sup>4</sup> Sul quale v. almeno G. CIANFEROTTI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 1465 ss.; ID., *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 28 ss.; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione fra Otto e Novecento*, Milano, 2001, pp. 67 ss. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., pp. 66 ss.; V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, 2018, pp. 27 ss. e pp. 100 ss.

<sup>5</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Del metodo in diritto pubblico* (1899), in ID., *Scritti varii*, I, Milano, 1940, pp. 21 ss.

<sup>6</sup> Sull'inserimento di Donati nella scuola orlandiana v. G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1978, pp. 234 ss., spec. pp. 236 ss.

<sup>7</sup> Nella sterminata bibliografia su S. Romano v. P. BISCARETTI DI RUFFIA (cur.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, cit., pp. 277 ss.; pp. 405 ss.; A. ROMANO, *Santi Romano, la giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, pp. 7 ss.; G. MELIS, *Santi Romano*, in G. MELIS (cur.), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia: la biografia dei magistrati (1861-1948)*, Milano, 2006, pp. 1518 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (curr.), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, 2019.

Santi Romano, è opportuno ricordare, aveva insegnato a Camerino dal 1898 al 1902.

1904 al '23, sottosegretario nel 1905-06 e due volte ministro nei governi immediatamente precedenti alla presa del potere da parte di Mussolini<sup>8</sup>.

Il 1910-11 è l'ultimo anno accademico di Donati a Camerino. Successivamente sarà a Sassari, Macerata (dove sarà Rettore negli anni della guerra mondiale) e Parma, per approdare nel 1919 a Padova, Ateneo nel quale si svolgerà la maggior parte della sua carriera: qui fonderà e dirigerà la Scuola di scienze giuridiche e sociali; parteciperà alla istituzione della Facoltà di Scienze politiche, divenendone preside. In quel periodo fondò e diresse anche la rivista *Archivio di diritto pubblico*, oltre a dirigere la collana *Studi di diritto pubblico* dell'editore CEDAM.

La prolusione in esame è rappresentativa del metodo che, a partire da Orlando, si era imposto nel diritto costituzionale italiano dell'epoca. In sintesi, la scuola orlandiana, in polemica con gli studiosi di fine Ottocento, pretendeva di formulare una teoria *esclusivamente* giuridica dello stato, proclamando la necessità di depurare il diritto in generale e il diritto costituzionale in particolare dalle influenze delle altre scienze sociali, nella convinzione che la commistione desse luogo a opere non solo di incerta collocazione, ma di deboli fondamenti scientifici. La ricerca di un approccio puramente giuridico si ricollegava alle teorizzazioni tedesche, nell'intento di produrre argomentazioni interamente riconducibili a schemi logici e deduzioni, neutrali rispetto agli assetti politici e alle dinamiche sociali<sup>9</sup>.

La prima produzione di Donati, nella quale si colloca la prolusione camerte, è tesa – in ossequio ai dettami della scuola – alla ricerca del massimo rigore formale. L'autore si propone di costruire un percorso che fondi interamente all'interno del giuridicamente definito la natura della legge.

Il lavoro si apre con un interrogativo che potrebbe indirizzare la riflessione verso soluzioni improntate al realismo: dove collocare il fondamento del principio di separazione tra i poteri? La risposta, netta, di Donati è che esso ha natura di decisione puramente politica<sup>10</sup>. L'A. riprende la tripartizione dei poteri elaborata da Montesquieu, ma conclude che non tutti gli atti sono espressione del potere in cui si incardinano. Da ciò la distinzione tra i poteri e la natura degli atti, che non necessariamente coincide con quella del soggetto che li emana. Questa potrebbe essere la premessa a una serie di

<sup>8</sup> Cfr. F. LANCHESTER, *Luigi Rossi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 88, Roma, 2017. Per approfondimenti v. inoltre ID., *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1993, pp. 959 ss.

<sup>9</sup> Cfr. S. SICARDI, *La scienza costituzionalistica italiana nella seconda metà del XIX secolo*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 659 ss., per il quale la scuola di Orlando si rivelò funzionale alla formazione delle élites dirigenti, fornendo loro un inquadramento concettuale e terminologico omogeneo. Per una ricostruzione del dibattito sulla metodologia giuridica nel periodo in esame v. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico* cit., pp. 23 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980. In tema v. inoltre A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., pp. 49 ss.; F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, cit., pp. 54 ss.

<sup>10</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., p. 16.

considerazioni sulla distinzione tra l'inquadramento concettuale del tema della separazione dei poteri, allora non sottoposta – come sarebbe avvenuto in tempi più vicini a noi – a critica dalla dottrina prevalente, e gli sviluppi concreti, dovuti alla crescente complessità delle funzioni svolte dai poteri pubblici.

Con un passaggio sorprendente, tale premessa induce invece l'A. ad interrogarsi sulla distinzione tra le funzioni attribuite ai poteri dello stato, che sarebbe indispensabile «per determinare la diversa efficacia *materiale* degli atti statuali a parità della *forma* loro, cioè la diversa efficacia spettante agli atti emananti da uno stesso potere, a seconda che gli atti stessi rappresentino esercizio di una funzione oppure di un'altra»<sup>11</sup>.

L'analisi così delimitata si svolge inoltre esclusivamente sul piano dei rapporti tra normazione di rango primario e regolamentare. Lo stesso tema, affrontato oggi, imporrebbe, a partire dalla ricostruzione della gerarchia delle fonti, di interrogarsi sui limiti costituzionali relativi alla produzione di atti normativi di rango primario e sui vizi di tali atti.

Donati non si sofferma in alcun modo su tali aspetti, investigando invece la natura dell'atto in relazione al suo contenuto e ai suoi destinatari e ricostruendo i rapporti tra questi e l'autorità emanante, per giungere a configurare uno schema nel quale la norma (intesa sempre come espressione di un comando) è rivolta non alla generalità dei consociati ma all'autorità amministrativa chiamata a darle applicazione.

L'inquadramento costituzionale del sistema delle fonti svolge nella prolusione camerte una funzione soltanto descrittiva, senza che da questo si tragga alcuna indicazione per la verifica della legittimità degli atti prodotti nel contesto dei possibili sconfinamenti dei poteri. In altri termini, preso atto della circostanza che i moderni poteri possono svolgere, in concreto, funzioni che ad essi non sarebbero proprie in virtù della tripartizione classica, non si introduce a partire da ciò la problematica della illegittimità degli atti per eccesso di potere (anche volendo tralasciare la loro eventuale incostituzionalità<sup>12</sup>), ma si sposta la discussione sulla riconoscibilità della natura materialmente legislativa dell'atto proveniente dall'esecutivo.

È su tale eventualità che si innesta il dibattito dottrinale del tardo Ottocento e del primo Novecento intorno alla necessità come fonte del diritto, capace di stimolare riflessioni critiche le quali, proprio dalla presunta natura materialmente legislativa (di alcune tipologie) degli atti normativi del governo, giungono a concludere per la insufficienza dei criteri sostanzialistici, conducendo al consolidato approdo novecentesco della

<sup>11</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., p. 21.

<sup>12</sup> Il tema all'epoca non era del resto maturo, in Italia, per un approfondimento. Sarà d'altronde un altro costituzionalista dell'Università di Camerino, due decenni dopo, a introdurre l'argomento della invalidità degli atti *contra constitutionem*: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, in *Ann. Un. Cam.*, 1934, pp. 197 ss.

necessaria prevalenza del dettato formale, in ossequio alla preminenza gerarchica della costituzione sulle altre fonti e alla sua esclusiva idoneità ad attribuire e delimitare la potestà normativa dei soggetti dell'ordinamento<sup>13</sup>.

Donati si orienta invece, come accennato, verso la ricostruzione degli elementi materialmente legislativi degli atti, cercando di costruire uno schema astratto di produzione normativa, suscettibile di applicazione generale. In ciò, si allontana sia dalla problematica di attualità al momento, sia dalle linee che la dottrina avrebbe seguito nei decenni successivi.

Un secondo elemento degno di nota consiste nella riduzione – funzionale al ragionamento sviluppato – dell'atto normativo a mero comando. La premessa è utilizzata al fine di ricostruire in termini trilaterali il rapporto che si instaura tra chi emana l'atto normativo e i suoi destinatari: la legge impone l'adempimento alla P.A., la quale nell'esecuzione trasferisce l'obbligo ai consociati, concretizzando il “comando” legislativo.

Lo schema è concepito per salvaguardare il postulato della generalità della legge e, una volta introdotto, è impiegato per giustificare la distinzione tra comando legislativo (rivolto ai funzionari pubblici) e comando amministrativo (che questi rivolgono ai cittadini, in attuazione dell'obbligo imposto dalla legge).

Una struttura concepita in tal modo, al tempo stesso postula una ben precisa concezione dei rapporti tra stato e cittadino e contribuisce a consolidarla: il legislatore adotta un atto normativo che consiste solo ed esclusivamente in un comando; questo è rivolto all'amministrazione pubblica, che a sua volta, vincolata dal comando, nella fase di esecuzione lo trasferisce sui privati. Il *vero* rapporto giuridico si instaura solo tra l'amministrazione e i destinatari dei suoi provvedimenti (a loro volta intesi esclusivamente come comandi). Solo di fronte al provvedimento amministrativo il cittadino destinatario può far valere i propri diritti.

La legge, conformemente alla risalente dottrina liberale, si ritrae nella sfera dell'insindacabilità o, altrimenti detto, della politica: «Se tale comando emani dagli organi dell'amministrazione, poiché di fronte a questa il funzionario e il cittadino [...] si pongono come soggetti di diritto, cioè come soggetti rispetto ai quali l'amministrazione non può esplicare nessuna attività se non

---

<sup>13</sup> V. per tutti, in termini recisi, C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1969, I, p. 326, nel senso della «insostenibilità della differenziazione tra i due tipi di legge, ogni legge formale assumendo anche indole sostanziale», in un ordinamento retto da una costituzione rigida che, sola, può conferire «forza di legge» ad una categoria di atti normativi. È utile osservare che, sul punto, Mortati cita proprio l'opera di Donati in commento, quale esempio di una sistematica che trova giustificazione solo alla luce della natura flessibile della costituzione all'epoca vigente. Per G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 10, l'intero dibattito intorno alla legge in senso materiale si fondava sulla presunzione dell'originaria potestà normativa dell'esecutivo, suscettibile di generare conflitti con quella del legislatore, e sulla necessità di rinvenire un punto di equilibrio tra i due poteri. Venuto meno tale «presupposto implicito» e affermatosi il principio di legalità nell'amministrazione, cadrebbe anche il senso della distinzione.

sia investita di un corrispondente diritto, il comando stesso non potrà essere che un comando giuridico. Invece, se il comando emani dal potere legislativo, siccome di fronte a questo il cittadino e gli altri organi, non si pongono, almeno normalmente, come soggetti di diritto, il comando rappresenterà, almeno normalmente, un comando, rispetto a chi lo riceve, di puro fatto»<sup>14</sup>. È significativo che, poche righe sopra, il testo indichi quale esempio di «comando di puro fatto» quello rivolto dal padrone allo schiavo.

Sono presenti, dunque, due distinti livelli, tra i quali si incastona il rapporto ternario: il livello della produzione legislativa, che si esprime attraverso un comando che passa dal livello della decisione politica (la cui espressione istituzionale è il Parlamento) a quello dell'amministrazione; il livello dell'esecuzione, l'unico rispetto al quale il cittadino è titolare di diritti.

La distinzione tra atto di natura legislativa e atto amministrativo consisterebbe pertanto nella struttura ternaria del primo, in cui una volontà superiore (del legislatore) si impone a due volontà contrapposte, individuando un interesse e proteggendolo. La limitazione di una volontà e la protezione dell'altra (in vista della tutela dell'interesse rilevante, che potremmo definire pubblico, anche se l'A. non lo qualifica espressamente in tal modo) costituiscono il rapporto giuridicamente rilevante. Nell'atto amministrativo, invece, la struttura sarebbe soltanto binaria, esaurendosi nella formulazione del comando, nei limiti fissati dalla legge, che ha come destinatario il cittadino<sup>15</sup>.

Traspare in questo scritto, che chiude la prima fase della produzione di Donati, un concetto che sarà sviluppato nella sua principale opera della maturità: lo stato "reale" è costituito dall'insieme dei suoi funzionari; è il funzionario che traduce l'astratta determinazione legislativa in atto concretamente idoneo a incidere sulle situazioni giuridiche soggettive, producendo effetti sia giuridici che materiali<sup>16</sup>. Con l'elaborazione di quell'idea si compie anche un'evoluzione per certi aspetti paradossale. Donati infatti trasforma una linea di pensiero completamente incentrata sul dato formale, sulla purezza del concetto giuridico, in un assunto realista, grazie al quale la natura della struttura statale si converte in quella che definirà la «persona reale dello Stato», non più collocata nell'area della speculazione ma in un'estrema, per quanto apparente, concretezza<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., p. 48.

<sup>15</sup> A partire da tale impostazione sarà uno degli allievi di Donati, Enrico Guicciardi, a sviluppare la distinzione tra norme di azione e norme di relazione: le prime intese a regolare l'attività amministrativa e prive di effetti nei confronti di soggetti esterni; le seconde invece rivolte a disciplinare i rapporti con i cittadini. Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 3<sup>a</sup> ed., 1957, pp. 33 ss.

<sup>16</sup> D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, pp. 3 ss.

<sup>17</sup> Sulle caratteristiche e i limiti del realismo dell'opera in questione v. E. GUICCIARDI, *Ricordo*, cit., p. XXXVII; G. FALCON, *Donato Donati*, cit., pp. 254 ss.

Tornando alle pagine della prolusione, non possono sfuggire al lettore contemporaneo alcune omissioni – del tutto consapevoli e volute, è da ritenere –, oggi forse più interessanti del contenuto dell'opera, perché producono un effetto di straniamento rispetto al momento storico e allo stato della riflessione giuridica dell'epoca.

Si è detto che il filo del ragionamento si distacca ben presto dal piano della gerarchia costituzionale delle fonti; si tratta a ben vedere del minore dei problemi che incontriamo, poiché è comprensibile – nel contesto dell'Italia liberale di inizio Novecento e nel quadro giuridico fondato su uno Statuto percepito (accantonando la discussione sulla correttezza dell'assunto<sup>18</sup>) come flessibile, pertanto derogabile in via legislativa – un approccio svalutativo della portata normativa dello Statuto a favore dell'affermata preminenza della legge in quanto espressione della volontà parlamentare.

Nell'opera di Donati la costituzione, come atto giuridico dotato di veste formale e fondativo dell'ordinamento, sfuma in un contesto più ampio, rispetto al quale essa non è il vertice gerarchico, ma solo uno degli elementi integrativi. Da questo punto di vista è illuminante la voce *Costituzione* dell'Enciclopedia Italiana, scritta vent'anni dopo la prolusione<sup>19</sup>: in essa si introduce nel linguaggio giuridico la nozione di costituzione materiale, ma in un'accezione ben lontana da quella che Mortati svilupperà. Per Donati la costituzione in senso materiale è «il complesso delle norme giuridiche fondamentali (*norme giuridiche costituzionali* distinte dalle *norme giuridiche ordinarie*) che formano l'ordinamento giuridico dello stato (costituzione = norma o complesso di norme fondamentali)»<sup>20</sup>. Rispetto ad essa la costituzione, intesa come atto normativo tipizzato, è definita «costituzione strumentale», qualificata da forma ed efficacia speciale (che però, specifica l'A., nello Statuto del Regno difettano) e, soprattutto, «può contenere anche norme giuridiche non costituzionali»<sup>21</sup>.

Più rilevante ci pare il disinteresse verso il diritto vivente, che spinge l'A. a trascurare una compiuta analisi della dottrina e della giurisprudenza italiana sul tema, dando luogo invece a un serrato confronto con i principali studiosi tedeschi; del resto, il giovane Donati si era perfezionato in Germania, dove aveva potuto seguire le lezioni di Laband, del quale proprio in queste pagine critica la definizione del carattere generale della legge<sup>22</sup>.

Altrettanto significativo ci pare il silenzio a proposito del dibattito dottrinale, allora ancor caldo, sulla necessità come fonte del diritto (che tanto avrebbe potuto influire sulla distinzione tra requisiti formali e natura della legge), e

<sup>18</sup> Cfr. le acute considerazioni di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2° ed., 2002, pp. 1 ss.

<sup>19</sup> D. DONATI, *Costituzione*, in *Enc. It.*, vol. XI, Roma, 1931, ora in ID., *Scritti*, II, pp. 405 ss.

<sup>20</sup> D. DONATI, *Costituzione*, cit., p. 405.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., pp. 40 ss.

soprattutto sulla polemica relativa all'appropriazione dei poteri legislativi da parte dell'esecutivo, con l'«invenzione» del decreto-legge in occasione del terremoto di Messina<sup>23</sup>.

La stessa lettura dei rapporti tra legislatore e amministrazione pubblica risente di due presupposti che ne limitano l'aderenza al dato reale: in primo luogo, l'esigenza di schematizzare la dinamica delle fonti spinge l'A. a semplificarne i termini, riducendo la portata, sia delle leggi che degli atti dell'esecutivo a comandi; inoltre, la stessa rappresentazione dell'amministrazione pubblica è ricondotta ai caratteri generali di un'epoca, quella postunitaria, già superata, ma idonea – per la semplicità strutturale, per la scarsità di funzioni svolte – alla costruzione che Donati ha in mente.

Pare di poter leggere in queste scelte la conferma di un metodo che consiste nella ricerca di categorie generali e astratte, insuscettibili di confronto con le vicende dell'applicazione e dell'interpretazione in concreto, sulla base delle quali costruire un meccanismo razionalmente inattaccabile, al prezzo di sottovalutare, quando non apertamente ignorare, il dato fattuale sottostante. Si misura su questo punto la distanza che separa il metodo dell'analisi giuridica odierna, in cui l'opera che pretendesse di astrarre dal dato empiricamente verificabile non sarebbe nemmeno pubblicabile, da quello prevalente nel periodo di fulgore della scuola orlandiana, in cui i lavori di Donati furono apprezzati<sup>24</sup> per il rigore concettuale, per lo sviluppo di una dogmatica autoreferenziale ma inattaccabile sul piano della stretta logica giuridica, per lo stile argomentativo che in alcuni passaggi pretende di attingere all'armamentario delle scienze pure<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo Stato di Assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, pp. 251 ss.; A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico*, Napoli, 1916; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, pp. 269 ss.

<sup>24</sup> Devono però essere segnalate le parole critiche di C. CARISTIA, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Torino, 1915, p. 147, secondo il quale le ardite elaborazioni di Donati «danno l'impressione di un magnifico castello, albergo di bellissime fate e non di uomini di questa terra; di uno splendido torneo dialettico, in cui le mosse più abili sono sapientemente dirette contro gli avversari; di una lunga sequela di deduzioni e controdeduzioni mirabilmente connesse; di un tutto organico e armonioso, ma - sia lecito usare per un libro che appartiene, più che all'italiana, alla letteratura giuridica tedesca, una frase tedesca - *in seiner Ganz auf Sand gebaut*».

In termini analoghi, a distanza di decenni, si esprime T. BALLARINO, *Gli scritti di diritto pubblico di Donato Donati*, in *Jus*, 1967, pp. 466 ss.: «L'opera del Donati ebbe certamente — si potrebbe dire, parafrasando — il difetto delle sue virtù: l'applicazione rigorosa di principi che gli parevano la manifestazione stessa della logica ha portato sovente il Donati a conclusioni manifestamente lontane dalla realtà» (p. 466).

Il formalismo e il dogmatismo sono individuati quali limiti dell'opera di Donati anche da S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 41.

<sup>25</sup> V. ad es. D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., pp. 31 ss.



Sarebbe facile ma del tutto inutile in questa sede ripercorrere la critica al dogmatismo e al formalismo giuridico<sup>26</sup>. Più interessante è forse osservare come l'opera che qui presentiamo si inserisca appieno nel momento storico in cui è stata pronunciata: è il culmine del liberalismo, nella peculiare declinazione che esso ha assunto in Italia tra l'avvio dell'età giolittiana e il suo tramonto. Nelle parole della prolusione è possibile leggere la celebrazione di un ordine statale che si vuole logicamente coerente e pertanto – apparentemente – invulnerabile di fronte al mutevole atteggiarsi della società. Noi sappiamo che quel momento fu di breve durata e fu travolto nel giro di pochi anni da un insieme di fattori e di eventi che cambiarono irreversibilmente la società italiana: l'ingresso in Parlamento dei partiti di massa, l'entrata in guerra, il biennio rosso, la marcia su Roma e la presa del potere dei fascisti<sup>27</sup>.

Da questo punto di vista, è ovvio che quella concezione della legge – così come la stessa idea di stato dalla quale essa promana – sia in via di superamento già nel momento in cui è oggetto di descrizione e analisi nelle pagine di Donati. Di ciò fu testimone acuto Santi Romano, che in un'altra prolusione, pronunciata all'Università di Pisa negli stessi giorni, individuò le linee di tendenza che aprivano la crisi dello stato liberale<sup>28</sup>.

Il confronto tra le due prolusioni rappresenta plasticamente la differenza tra modi di indagare l'evoluzione della forma di stato alla quale l'Italia è andata incontro a cavallo tra il vecchio e il nuovo secolo, e al tempo stesso prefigura la biforcazione delle linee di ricerca e degli schieramenti dottrinali, oltre che delle carriere accademiche e politiche, all'avvento del nuovo regime<sup>29</sup>.

Romano riconosce l'emersione del pluralismo sociale<sup>30</sup>, il nuovo ruolo dei partiti e dei sindacati, individua con chiarezza il conflitto sociale e delinea gli

<sup>26</sup> Una dettagliata analisi delle opere di Donati da tale punto di vista può leggersi in G. FALCON, *Donato Donati*, cit., spec. pp. 249 ss.

<sup>27</sup> Sui profondi cambiamenti indotti nella cultura giuridica dalle vicende belliche cfr., anche per ulteriori indicazioni, M. GREGORIO, *1919, l'anno in cui tutto cambiò. Il primo dopoguerra nelle interpretazioni della giuspubblicistica italiana*, in *Forum Quad. Cost.*, 2021, pp. 356 ss.

<sup>28</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), Milano, 1969, pp. 5 ss.

<sup>29</sup> Nell'ampia bibliografia sulla prolusione di Romano v. almeno P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 1 ss.; A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, ivi, pp. 333 ss.

<sup>30</sup> In ciò è comunemente riconosciuto il suo debito rispetto al lavoro di L. DUGUIT, *Le droit social le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, 1908, che testimonia l'autonomia raggiunta da Romano nei confronti della scuola orlandiana e la sua capacità di (ri)collegare le elaborazioni del giurista a quelle delle altre scienze sociali, con l'obiettivo di realizzare modelli giuridici applicabili alla realtà sociale in evoluzione, anziché, come appare dalla dogmatica dell'epoca, creazioni intese a razionalizzare l'esistente per impedirne l'evoluzione.

effetti della nuova situazione politica sul quadro giuridico<sup>31</sup>. La struttura politica moderna, frutto delle idee della Rivoluzione francese, è considerata «eccessivamente semplice»<sup>32</sup>, insufficiente a comprendere – e dunque regolare – la varietà multiforme dei corpi sociali. La crisi dello stato nasce da questa incapacità di accompagnare e incanalare lo sviluppo della società: «Si capisce, che *la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche*, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza»<sup>33</sup>.

Il marcato realismo delle considerazioni che precedono si propone come frutto della corretta interpretazione degli eventi di quegli anni (l'estensione del suffragio che ha consentito ai socialisti, alle ultime elezioni, di raddoppiare i seggi; l'approvazione della prima legge sullo stato giuridico dei funzionari pubblici e la contemporanea nascita di sindacati anche in quell'ambito) e della capacità di inquadrarne gli effetti sul piano giuridico.

Romano percepisce la crisi dello Stato sia sul versante della struttura e dei rapporti tra i poteri, sia su quello dei profondi rivolgimenti della macchina statale<sup>34</sup>. La risposta che si intravede nella prolusione pisana, e che sarà ben più articolata nell'*Ordinamento giuridico*<sup>35</sup>, prende spunto dall'acquisizione del dato oggettivo, ricavato dall'analisi delle vicende storiche, consistente nella proliferazione dei corpi sociali e nell'influenza crescente che la loro azione esercita sugli organi dello Stato<sup>36</sup>. Romano costruisce la sua teoria dell'ordinamento, non *contro* i fenomeni che esamina, né ignorandoli, ma a partire da essi.

Laddove Donati pretende di ridurre il proprio lavoro esclusivamente all'interno dei rapporti giuridici tra i poteri in un ordinamento dato, così come

---

<sup>31</sup> Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2016, pp. 219 ss., che vede nell'opera romaniana il riconoscimento della connessione fra fenomeni sociali e giuridici e l'abbandono di una prospettiva rigorosamente formalista. In senso diametralmente opposto N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (cur.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 29 ss., che lo definisce sia dogmatico che formalista.

Interessanti le riflessioni di A. SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'«eclissi dello Stato» (sei scritti di inizio secolo XX)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, pp. 77 ss., nelle quali si sviluppa un confronto a distanza tra i principali giuspubblicisti del periodo intorno alla crisi dello Stato e alle possibili risposte.

<sup>32</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno*, cit., 13.

<sup>33</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno*, cit., 14. Il corsivo è aggiunto.

<sup>34</sup> Sull'evoluzione dell'amministrazione statale all'inizio del secolo v. l'ampio capitolo dedicato al tema da A. ACQUARONE, *L'età giolittiana*, Bologna, 1981, pp. 479-522.

<sup>35</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918.

<sup>36</sup> Nella sintesi di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 13 «l'elementare verità, fondativa di tutto il libriccino romaniano, è che il diritto, anche se ci appare – di primo acchito – nel suo aspetto di “norma”, è organizzazione, ordinamento del sociale».

risolve la dialettica tra i poteri esclusivamente in termini di rapporti tra le fonti, Romano nella sua prolusione pisana apre alla complessità del tessuto sociale, facendo della pluralità degli ordinamenti non solo il cardine della propria opera, ma anche il grimaldello mediante il quale l'analisi giuridica riesce a misurarsi con un contesto in continua evoluzione.

Da questo punto di vista sembra di poter affermare che la dottrina donatiana risponde essenzialmente a esigenze di difesa dell'ordinamento vigente, in vista dell'affermazione della certezza del diritto. Esigenze, queste, coerentemente rivendicate dalla costruzione di una dogmatica rigorosa ma sempre in bilico tra l'impiego di una logica giuridica stringente e l'astrazione che difficilmente potrà misurarsi con la dimensione applicativa. È stato rilevato da tempo che la pretesa neutralità della dottrina liberale è in realtà un'operazione di carattere politico, intesa a garantire il perpetuarsi dell'equilibrio instaurato in un preciso momento storico e fondato su una definita convergenza di interessi<sup>37</sup>.

Nella visione di Donati, lo stato è un monolite, che si esprime attraverso comandi e si confronta – coerentemente con la lettura liberale classica – con il singolo cittadino: «Lo Stato nell'esercizio della funzione legislativa, lo Stato come legislatore, si presenta come organizzazione suprema della società, la cui volontà si contrappone alla volontà di ciascun singolo consociato, per infrenarne l'eventuale arbitrio, per esigere da essa un comportamento conforme al fine sociale»<sup>38</sup>.

«Fine sociale» (è questo l'unico riferimento alla dimensione sociale del diritto nell'opera in esame) che, a sua volta, non è desunto dal confronto democratico e trasposto – attraverso l'attività parlamentare – in disposizioni legislative, ma è assunto come presupposto dell'azione statale. In tale chiave di lettura, i poteri pubblici non svolgono alcuna ricognizione dei bisogni e degli interessi, ma al contrario definiscono in piena autonomia (nell'esercizio di un potere sovrano, potremmo dire) quali siano gli obiettivi da perseguire e dispongono per il loro raggiungimento, imponendo ai consociati le misure necessarie.

La prolusione di Donati, muovendo dalla premessa della totale autosufficienza decisionale del legislatore, configura il rapporto tra poteri pubblici e individuo come unidirezionale; in esso il cittadino, in continuità

---

<sup>37</sup> Sul Donati come esponente rigoroso del liberalismo in campo giuridico, le cui opere, in particolare le lacune, si prestano a una lettura orientata alla difesa dell'equilibrio di forze dell'epoca, v. R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. VI, *Dottrine storiche del diritto privato*, Bologna, 1976, p. 513. Nello stesso senso, sia pure con precisazioni, G. FALCON, *Donato Donati*, cit., pp. 241 ss.

<sup>38</sup> D. DONATI, *I caratteri della legge*, cit., p. 23.

con la visione di Gerber e Jellinek<sup>39</sup>, è soggetto esclusivamente passivo, destinatario del «comando» espresso dalla legge. I diritti dell'individuo sono concepiti esclusivamente come conseguenza della determinazione dello Stato a riconoscerli, e devono essere visti alla luce dell'autolimitazione che questo si impone, al fine di garantire l'ordinata gestione della cosa pubblica<sup>40</sup>.

Emerge qui plasticamente la biforcazione, cui si accennava, alla quale il costituzionalismo italiano è andato incontro nei primi decenni del '900: Romano nello stesso periodo, come si è detto, trae una conclusione opposta rispetto a quella di Donati: «Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie»<sup>41</sup>. Romano imbecca la strada che, dal riconoscimento del pluralismo sociale e della conflittualità ad esso sottesa, lo condurrà a teorizzare la pluralità degli ordinamenti e a sviluppare un pensiero volto a contenere e ordinare il conflitto<sup>42</sup>.

Da qui la compatibilità, se non la coerenza, tra il pensiero romaniano e l'evoluzione della forma di stato italiana in direzione autoritaria, con la peculiarità del corporativismo quale strumento principe di incanalamento delle pressioni sociali e di gestione del consenso: l'istituzionalismo è

---

<sup>39</sup> Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione dottrinale tedesca a cavallo dell'unificazione v. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, in particolare con riferimento a Gerber pp. 252 ss., a Laband pp. 333 ss., a Jellinek pp. 391 ss. Sulla continuità tra il pensiero costituzionale italiano dell'epoca e la dottrina tedesca cfr. D. QUAGLIONI, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la "Dottrina generale del diritto dello Stato" di G. Jellinek)*, in M. BASCIU (cur.), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, 1996, pp. 271 ss.

<sup>40</sup> In tal senso, ci pare, M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, 2016, pp. 69 ss.

A sostegno di tale lettura v. ad es. C.F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, tr. it. *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 132: «I c.d. diritti civili generali, cioè il diritto spettante ad ogni singolo cittadino di partecipare ai vantaggi che derivano anche al popolo dall'attività del potere statale, sono il riflesso del potere statale stesso».

Analogamente P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1876, vol. I, tr. it. *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, Torino, 1925, I, p. 217: «I diritti di libertà o diritti fondamentali sono norme per il potere dello Stato, date da questo potere a sé stesso; esse costituiscono limiti per le facoltà di supremazia attribuite alle autorità, esse assicurano al singolo la sua naturale libertà d'azione in una determinata estensione, ma non costituiscono diritti subbiettivi dei cittadini; non sono diritti perché non hanno oggetto proprio».

In G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), ed. it. a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1912, si procede dalla concezione dei diritti come riflesso del potere statale al diritto soggettivo come frutto del «ritrarsi» spontaneo dello Stato.

Sulla dottrina tedesca tra l'unificazione e gli inizi del XX secolo v. P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, pp. 1 ss. Sugli sviluppi italiani di tale dibattito v. M. CARVALE, *La lettura italiana della teoria dei diritti riflessi*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2016, pp. 215 ss.

<sup>41</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno*, cit., p. 15.

<sup>42</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.

impiegato come strumento di analisi dei fenomeni sociali e delle loro relazioni con la produzione normativa, ma è anche piegato al fine di integrare i fattori pluralistici nell'ordinamento statale e contrastarne le tendenze centrifughe<sup>43</sup>.

Non è questa la sede idonea ad approfondire il livello di coinvolgimento di Romano con il nascente regime; basti ricordare le tappe che ne segnano formalmente l'inserimento, ai massimi livelli, nell'organigramma fascista: l'iscrizione al PNF nel 1928, la nomina, a distanza di pochi mesi, a Presidente del Consiglio di Stato<sup>44</sup> (carica che ricoprirà fino al gennaio del 1945), la nomina a Senatore nel 1934. Possiamo allora ipotizzare che la strada scelta dal costituzionalista siciliano sia stata quella di inserirsi a pieno titolo nel nuovo modello di stato, probabilmente nell'intento di indirizzarne l'evoluzione, al prezzo di accantonare i fondamenti dell'individualismo liberale.

Se Romano è divenuto un intellettuale organico (per quanto in posizione di relativa indipendenza<sup>45</sup>), Donati ha optato (come del resto una parte significativa del pensiero giuridico all'epoca dominante) per una adesione almeno formale al nuovo regime, che gli ha consentito di mantenere la cattedra e una posizione di rilievo nella dottrina dell'epoca, accompagnata però sul piano scientifico da una presa di distanza rispetto alle vicende istituzionali di attualità, per approdare alla ricerca nel campo del diritto amministrativo<sup>46</sup>.

Donati pare in sostanza aver coltivato l'idea che le strutture concettuali elaborate dalla scuola orlandiana, nella loro pretesa astratta – e dunque neutra – razionalità, potessero trovare applicazione nella costruzione di una rinnovata macchina statale<sup>47</sup>. Anche su questo versante si deve però rilevare

<sup>43</sup> In tal senso, ci pare, M. CROCE, *Il diritto come morfologia del sociale. Il pluralismo giuridico di Santi Romano*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, pp. 841 ss., spec. p. 858.

<sup>44</sup> Cfr. in proposito G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, relazione al convegno su "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Consiglio di Stato, Roma, 6 febbraio 2003, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>45</sup> L'autonomia scientifica e nello svolgimento delle funzioni nel Consiglio di Stato non escluse peraltro significativi compromessi, quale il parere reso ai fini del conferimento del Maresciallato dell'Impero (sulla vicenda v. R. DE FELICE, *Mussolini il duce. Lo Stato totalitario*, Torino, 1996, pp. 23 ss.) e la partecipazione al comitato scientifico della rivista *Il diritto razzista*, a partire dal 1939.

<sup>46</sup> Sul Donati amministrativista v. A. CASSATELLA, *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (curr.), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, pp. 3 ss.

<sup>47</sup> Sull'argomento v. G. MELIS, *L'amministrazione*, in C. GHISALBERTI (cur.), *Storia costituzionale d'Italia*, Roma-Bari, 1987, pp. 187 ss., spec. pp. 208 ss. Il tentativo della maggior parte dei giuristi italiani di integrarsi nelle nuove strutture, adeguando il lavoro scientifico alle esigenze del regime, nella convinzione di poterne influenzare gli sviluppi, è segnalato, nelle sue dimensioni di fenomeno diffuso, già da S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 51.

Per M.S. GIANNINI, *Vita ed opere di Guido Zanobini*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1965, ora in *ID.*, *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 496, «la postpandettistica italiana rappresentò anche il

come l'A. fosse latore di una concezione – che abbiamo visto sommariamente tratteggiata nella prolusione – dell'amministrazione quale corpo unico, ordinato gerarchicamente, secondo un modello militare consolidatosi nella seconda metà dell'Ottocento ma ormai, già nei primi decenni del XX secolo, superato da scelte legislative e organizzative necessariamente da esso divergenti.

Si pensi al rafforzamento delle amministrazioni locali, alla crescita quantitativa delle strutture ministeriali e del numero dei relativi dipendenti<sup>48</sup>. All'inizio del secolo la legislazione sulle aziende municipalizzate aveva aperto il versante del coinvolgimento dei soggetti pubblici nell'erogazione dei servizi di base; settore nel quale la fondazione dell'IRI e, successivamente, le scelte del nuovo regime introdussero importanti innovazioni delle quali l'A., concentrato più sui profili della produzione e applicazione delle norme che non dell'assetto organizzativo degli enti, non sembra tenere adeguatamente conto.

Questa tendenza a sottovalutare l'evoluzione della macchina statale, insieme alla pretesa di ricondurre istituti nuovi al sistema ormai superato, riproponendo un modello dell'amministrazione mutuato dall'esperienza liberale ottocentesca, è condivisa del resto dalla grande maggioranza degli amministrativisti del periodo, che probabilmente unirono l'incomprensione dei fenomeni in atto (considerati transeunti e di scarso rilievo scientifico) alla diffidenza nei confronti del nuovo regime<sup>49</sup>.

Non si deve però immaginare che il distacco di Donati dall'attualità e la sua lontananza dagli incarichi di governo fossero sintomatiche di una sia pur

---

tentativo, che fecero i giuristi italiani, di dominare dall'interno il fascismo, avviandolo verso una prassi di conservatorismo illuminato».

Per un quadro riassuntivo v. ancora G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, 2020, pp. 200 ss., secondo il quale «di fatto la scuola italiana, nelle sue espressioni più alte, ritenne di poter imprimere il proprio segno sulla fusione, imponendovi il proprio unitario timbro culturale. Fu questo il suo orgoglio e forse, almeno nelle menti più consapevoli, anche il suo progetto d'una egemonia in quel settore di studi» (p. 204).

<sup>48</sup> V. ancora G. MELIS, *L'amministrazione*, cit., pp. 215 ss.

<sup>49</sup> Sulla tendenza comune della dottrina amministrativistica a sottovalutare il dato reale a vantaggio della costruzione dogmatica v. S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 49.

V. inoltre l'acuta critica di M.S. GIANNINI, *Esperienza scientifica*, in ID., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 365 ss., ora in ID., *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, p. 803, che ricorda come «vengono lasciati ai pratici temi come la riforma della Corte dei conti, l'ampliamento della previdenza sociale e dell'assistenza, il riordinamento della disciplina degli idrocarburi. Sono ignorate le altre grandi riforme di struttura: la nazionalizzazione del capitale finanziario mediante assunzioni singolari (la più importante è l'istituzione dell'Imi), l'istituzione e la stabilizzazione dell'Iri, l'istituzione dell'ordinamento creditizio».

Sulla insofferenza dei maestri nei confronti degli sviluppi introdotti con il cambiamento di regime, tradottasi nella scarsa produzione scientifica che li analizzasse sistematicamente, v. le pagine di G. MELIS, *La macchina imperfetta*, cit., pp. 201 ss., anche per la diversa impostazione della nuova generazione che cominciò ad affermarsi negli anni Trenta.

larvata forma di opposizione. Quella di Donati fu anzi una «pacifica e non dubbia adesione» al fascismo<sup>50</sup>, al pari della quasi totalità dei suoi colleghi<sup>51</sup>.

Si possono del resto segnalare le sue pagine degli anni Trenta dedicate alla definizione e classificazione della nuova forma di governo italiana, nelle quali teorizza che esso sarebbe un'evoluzione della rappresentanza classica verso la forma della rappresentanza diretta, nella quale il capo del governo godrebbe di un'investitura popolare piena<sup>52</sup>.

Secondo l'A. si tratterebbe di un «governo monarchico presidenziale»: in essa la rappresentatività sarebbe garantita dall'operare congiunto del Gran Consiglio del Fascismo e del Presidente del Consiglio, nominato dal Re su proposta di quell'organo. Ad avviso di Donati, il Gran Consiglio, così come procede a formare la lista dei deputati «con nomi, che raccolgano la fiducia del paese riguardo all'indirizzo politico da attuare da parte del Governo», designa il candidato alla Presidenza del Consiglio in base ad analogo principio, per quanto ricavato «implicitamente» dalla legge<sup>53</sup>.

In un saggio di qualche anno dopo<sup>54</sup> Donati tornerà sul tema, per affermare che il principio democratico è salvo nel nuovo assetto costituzionale in virtù della sostituzione del principio democratico rappresentativo con il rapporto diretto tra capo del governo e popolo, mentre alla Corona spetta una funzione di garanzia e controllo.

I problemi connessi alla difficoltà di definire della posizione costituzionale del monarca nei confronti del Capo del Governo sono oggetto di uno scritto<sup>55</sup> nel quale Donati conclude che l'ultimo e invalicabile residuo della prerogativa regia risiede nel potere di nomina e revoca del primo ministro. Si tratta di un estremo e vano tentativo di ricondurre la dinamica della forma di governo nell'alveo dei principi della monarchia liberale.

<sup>50</sup> Così G. FALCON, *Donato Donati*, cit., 268. Per un approfondimento v. anche A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., pp. 202 ss.

<sup>51</sup> Sull'adesione dei giuristi al fascismo negli anni in cui il regime si andava consolidando v. I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO (curr.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 9 ss. Sulla politica universitaria del regime v. ID., *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario: la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in I. BIROCCHI, G. CHIODI, M. GRONDONA (curr.), *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, pp. 23 ss. In particolare, sul dibattito interno alla dottrina pubblicistica nel periodo di maggiore consenso v. M. GREGORIO, *La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica*, in P. BARUCCI, P. BINI, L. CONIGLIELLO (curr.), *I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre*, Firenze, 2020, pp. 23 ss.

<sup>52</sup> D. DONATI, *Il governo del Re nella classificazione delle forme di governo (1933)*, in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 335 ss.

<sup>53</sup> D. DONATI, *Il governo*, cit., p. 347.

<sup>54</sup> D. DONATI, *Divisione e coordinamento dei poteri nello stato fascista (1938)*, in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 375 ss.

<sup>55</sup> D. DONATI, *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale (1937)*, in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 391 ss.

Negli stessi anni si segnala uno studio relativo alle difficoltà di inserire la Carta del lavoro nel contesto ordinamentale<sup>56</sup>. Ad essa l'A. riconosce natura di norma giuridica, espressiva della volontà politica dello Stato, ma poiché non è stata approvata con legge, non può avere efficacia obbligatoria.

In definitiva, nei contributi di Donati degli anni Trenta è evidente il riconoscimento del tramonto del principio rappresentativo per come esso si era affermato nella (evidentemente fragile) tradizione democratica liberale, per far posto all'accezione autoritaria dello stesso, secondo la quale l'investitura popolare del capo è presunta, formalizzandosi attraverso passaggi decisionali interni al partito unico: anche la costituzionalizzazione del Gran Consiglio e il suo inserimento tra i poteri dello Stato è oggetto di semplice constatazione acritica.

I suoi *Elementi di Diritto costituzionale*<sup>57</sup> espongono sistematicamente tale conclusione e illustrano una piena adesione all'orizzonte ideale del regime ormai consolidato: in particolare, degni di nota sono i passaggi in cui tratteggia la crisi del parlamentarismo europeo, vista quale frutto dell'incomprimibile pluralismo sociale e ideologico<sup>58</sup>. Il fascismo sul piano politico «reagì con vittoriosa tenacia»<sup>59</sup> alle minacce portate all'ordine costituito e, una volta giunto al potere, realizzò una profonda trasformazione dello Stato, oggi «veramente sovrano, dominatore di tutte le forze esistenti nel paese e ad esso sottoposte in perfetta disciplina»<sup>60</sup>. La trasformazione ebbe luogo «prima nel fatto, poi nelle leggi»<sup>61</sup>, che condussero ad una forma di governo diversa sia dal regime costituzionale puro che dal parlamentarismo, ma che «attua ugualmente il principio della rappresentanza nell'ordinamento del potere esecutivo»<sup>62</sup>.

Ancora nel 1934 è pienamente attivo nell'accademia: è commissario a Messina nel concorso per la cattedra di diritto corporativo, vinto da Giuseppe Chiarelli, che gli dedicherà due anni dopo la sua monografia sul tema<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> D. DONATI, *L'efficacia costituzionale della Carta del lavoro* (1931), in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 351 ss.

<sup>57</sup> Le citazioni che seguono sono tratte da D. DONATI, *Elementi di Diritto costituzionale*, 3ª ed. Padova, 1932.

<sup>58</sup> D. DONATI, *Elementi*, cit., pp. 236 s.: «Una grave crisi colpì allora lo Stato italiano. Minacciato dal sorgere di sindacati, di gruppi, di partiti, il cui spirito sovversivo e anticostituzionale si manifestava nelle più diverse forme di violenza e di ribellione, dagli scioperi, non soltanto nell'industria e nell'agricoltura, ma altresì nei pubblici servizi e per scopo meramente politico, ai divieti ed impedimenti contro il commercio interno e di esportazione, alle devastazioni della proprietà, alle violenze contro le persone e le cose, lo Stato abdicava di giorno in giorno agli attributi della sovranità, fino a consentire che le sue forze armate, gli agenti della forza dello Stato, rinunciassero al loro compito sotto l'imposizione dei rivoltosi. A salvare lo Stato, sorse, fortunatamente, il Fascismo».

<sup>59</sup> D. DONATI, *Elementi*, cit., p. 237.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> D. DONATI, *Elementi*, cit., p. 240.

<sup>63</sup> G. CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova, 1936.



Sembra dunque essersi instaurata una tranquilla convivenza con il regime, giunto all'apice del consenso. La condizione raggiunta rivela tutta la sua precarietà con l'approvazione delle leggi razziali<sup>64</sup>. Donati, in quanto ebreo, è costretto ad abbandonare l'insegnamento e, dopo aver tentato invano di ottenere un'autorizzazione a proseguire le attività accademiche<sup>65</sup>, a ritirarsi a vita privata. Continua a ricevere nella sua casa modenese gli allievi, con i quali discute di questioni giuridiche, apparentemente convinto che niente di peggio possa accadergli. Sarà soltanto dopo l'8 settembre 1943 che gli amici e i familiari riusciranno a convincerlo a tentare una fuga avventurosa verso la Svizzera. Dopo la quarantena e un periodo in un campo di internamento, a Ginevra riprende la sua attività di docente di diritto per gli esuli italiani, fino alla fine della guerra<sup>66</sup>.

Al ritorno in Italia gli viene proposta una cattedra alla Sapienza, che rifiuta, così come differisce il ritorno all'Ateneo patavino, preferendo accettare un incarico annuale (1945-46) a Modena per l'insegnamento di Diritto internazionale<sup>67</sup>.

Quando, con DM del 21 novembre 1945, si riaprono i concorsi universitari, presso l'Università di Camerino si bandisce la prima procedura concorsuale per un posto di professore ordinario di Diritto costituzionale dopo la fine della guerra<sup>68</sup>.

L'importanza dell'evento è documentata dai nomi dei commissari, eletti nel luglio 1946: Mortati, Esposito, Tosato, Crosa e Donati, che ha pertanto l'occasione di tornare nella sede dalla quale è partita la sua carriera, chiudendo anche sul piano simbolico una traiettoria iniziata quasi quaranta anni prima. La sua morte improvvisa, il 22 settembre 1946, interrompe bruscamente il percorso che lo avrebbe condotto nel pieno del dibattito costituente, allora appena avviato.

---

<sup>64</sup> Sui rapporti tra la cultura giuridica e le leggi razziali v. O. DE NAPOLI, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta*, Firenze, 2009; G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Milano, 2011; S. FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, 2011. Un'analisi dettagliata della legislazione antiebraica è in G. SPECIALE (cur.), *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza Diritto Esperienze*, Bologna, 2013.

Sull'applicazione di tali leggi nelle università v. R. FINZI, *L'Università italiana e le leggi antiebraiche*, Roma, 1997; G. CIANFEROTTI, *Le leggi razziali e i rettori delle Università italiane (con una vicenda senese)*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, n. 2, pp. 15 ss.

<sup>65</sup> Come ricorda E. GUICCIARDI, *Ricordo*, cit., p. XLIV. E. TOSATO, *Presentazione*, cit., p. X, precisa che a Donati non fu vietata solo l'attività accademica in senso stretto, ma anche «il diritto di diffondere, sia con la parola, sia con lo scritto, il suo pensiero».

<sup>66</sup> E. GUICCIARDI, *Ricordo*, cit., p. XLVI.

<sup>67</sup> E. GUICCIARDI, *Ricordo*, cit., p. XVII.

<sup>68</sup> Sulle vicende di cui al testo v. F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, cit., p. 63 e soprattutto la n. 181 a p. 204.

DONATO DONATI

## I CARATTERI DELLA LEGGE IN SENSO MATERIALE

Discorso inaugurale per l'Anno Accademico 1909-1910

Università degli studi di Camerino

*Signori!*

In quel grande e complesso organismo, che è lo Stato costituzionale moderno, sta, come sommo principio ordinatore, il principio della divisione dei poteri.

Tale principio, nella sua origine, è, puramente, un principio politico. In quel fervido e fecondo periodo di preparazione intellettuale dei rivolgimenti e assettamenti posteriori, che fu il periodo immediatamente precedente la rivoluzione francese, esso venne enunciato dal suo autore (il Montesquieu) come *la teoria politica* dell'ordinamento dello Stato, come, cioè, quel principio cui doveva informarsi l'ordinamento di uno Stato, perchè questo potesse dirsi, dal punto di vista degli ideali dell'epoca, bene costituito.

Il principio può essere espresso in termini assai succinti. Premetteva il Montesquieu, che tutta la attività [15] dello Stato può essere ricondotta e ridotta a tre distinte fondamentali funzioni: la funzione legislativa, la funzione amministrativa — o, come egli disse, esecutiva —, la funzione giurisdizionale. Soggiungeva, che, perchè uno Stato potesse dirsi *libero*, e, quindi, — dal punto di vista dei nuovi ideali — *bene costituito*, era necessario che quelle tre funzioni venissero esercitate da tre gruppi d'organi o *poteri* distinti, e fra loro indipendenti.

Non ho bisogno di ricordare la fortuna di questa teorica: essa, insieme al dogma della sovranità popolare enunciato dal Rousseau, venne a costituire il 'credo' politico della rivoluzione.

Tanto che, quando, in conseguenza di questa, a mano a mano l'uno dopo l'altro tutti gli Stati civili si rivolsero all'attuazione di nuovi ordinamenti costituzionali, che fossero corrispondenti alle nuove vittoriose esigenze politiche, fu appunto al principio della divisione dei poteri, che gli ordinamenti stessi vennero informati. Quel principio, con ciò, da principio *politico* venne a trasformarsi in principio *giuridico*, in principio cioè, non più direttivo per la *formazione di nuovi ordinamenti*, ma direttivo, invece, per *intendere* gli ordinamenti già formati.

Se non che, quanto grande era stato il successo teorico e la fortuna pratica del principio della divisione dei poteri come principio *politico*<sup>1</sup> altrettante, inversamente, esso trovò critiche e opposizioni come principio *giuridico*, come principio cioè di rappresentazione e interpretazione degli attuali ordinamenti costituzionali. Addirittura si contestò che questi — quali che potessero essere stati gli intendimenti

dei loro autori — *in fatto* fossero riusciti conformi al principio della divisione dei [16] poteri, o, almeno, conformi ad esso nel suo punto sostanziale.

È bensì vero — si osservò — che negli Stati costituzionali attuali esistono tre gruppi fondamentali di organi, tre diversi poteri, ma non è affatto vero che fra codesti poteri le funzioni fondamentali dello Stato siano distribuite in guisa, che ciascuna di esse venga a trovarsi assegnata a un *distinto* potere. Nella realtà degli ordinamenti costituzionali vigenti, invece, ciascun potere viene ad esercitare ad un tempo più di una delle funzioni stesse.

Così il potere legislativo, non solo compie atti di funzione legislativa, ma anche atti di amministrazione: come quando provvede all'approvazione del bilancio dello Stato, o ad autorizzare la stipulazione di un contratto, o a concedere la costruzione o l'esercizio di una ferrovia, ecc.

Reciprocamente il potere amministrativo, non solo compie atti di funzione amministrativa, ma anche atti di vera e propria funzione legislativa: come quando emana un regolamento, e talora anche atti di funzione giurisdizionale: quali sono certe *decisioni* degli organi amministrativi. E così dicasi del potere giurisdizionale, che non solo compie atti di funzione giurisdizionale, ma anche, copiosissimi, atti di funzione amministrativa (tutti, p. es., gli atti della c. d. giurisdizione volontaria), e forse, in taluni casi, pure atti di funzione legislativa<sup>2</sup>.

Tale critica parve addirittura dirimente. Tanto parve dirimente, che sulla base di essa — a parte la letteratura francese, nella quale l'esaltazione della teoria del Montesquieu viene considerata addirittura come un dovere patriottico — nelle altre letterature, e specie nella tedesca, il principio della divisione dei poteri venne senz'altro ripudiato in toto, cioè venne considerato come [17] un principio, avente bensì un valore *storico*, ma nessun valore *positivo*. Al massimo si riconobbe ad esso valore positivo come *distinzione d'organi*<sup>3</sup> (chè questo non poteva certo essere contestato), ma negando invece ad esso ogni valore come *ripartizione di funzioni*.

Ma tale conclusione rappresenta — non può esser dubbio — una conclusione del tutto errata: certo è una conclusione, che non risulta affatto giustificata dai dati di osservazione che ne costituiscono la premessa. L'osservazione positiva, invero, aveva assodato soltanto questo, che negli ordinamenti costituzionali vigenti ciascuna delle funzioni fondamentali dello Stato di solito non si trova già attribuita *tutta e soltanto* ad un potere, ma in parte anche agli altri poteri. L'osservazione positiva, anzi, aveva assodato — lo si concedeva — qualcosa di più ancora, e cioè che ciascuna funzione, se di solito si trova attribuita, ad un tempo, a più di un potere, però si trova sempre attribuita, ad un potere *in via principale*, e agli altri in via, soltanto *accessoria e secondaria*. Se l'osservazione si fosse fatta più acuta ancora, essa avrebbe assodato questo risultato ulteriore e maggiore: e cioè che ciascuna funzione, per quanto di solito attribuita ad un tempo a diversi poteri, *non solo* è sempre attribuita, a uno di essi in via principale, e agli altri in via soltanto accessoria e secondaria, ma — ciò che è qualcosa di ben diverso — ad un potere è attribuita *in via normale, come regola*, e agli altri in via soltanto *di eccezione*. Vale a dire: dagli ordinamenti costituzionali vigenti è fissato il principio, che ciascuna funzione

dello Stato si trova attribuita *come regola* a un dato potere (quello che si *intitola* da essa) e soltanto *come eccezione* — da dimostrarsi caso per caso — agli altri poteri<sup>4</sup>. [18]

Ciò significa che il principio della divisione dei poteri è diventato veramente un *principio positivo*. Esso è diventato un principio positivo, non come principio *assoluto ed esclusivo* (ciò solo vale a dimostrare l'osservazione di fatto critica sopra ricordata), ma però come principio *normale*; non, cioè, come principio che suoni: 'ciascuna funzione *tutta e soltanto* a un dato potere', ma però come principio che suona: 'ciascuna funzione *per regola* a un dato potere'.

In questi termini il principio della divisione dei poteri viene a costituire veramente — secondo dichiaravo — il principio sommo ordinatore nella distribuzione delle competenze fra le tre grandi categorie d'organi, che costituiscono lo Stato<sup>5</sup>. Esso suona così: ciascun potere dello Stato è, *per regola*, competente a compiere soltanto gli atti pertinenti alla funzione dalla quale esso si intitola; esso sarà competente a compiere atti pertinenti ad un'altra funzione, solo in quanto una particolare disposizione li attribuisca, appunto, alla sua competenza<sup>6</sup>. Reciprocamente: ciascun atto dello Stato è, per regola, di competenza del potere, cui è attribuita in via generale la funzione in cui esso rientra; esso sarà di competenza di un altro potere solo in quanto una particolare disposizione lo attribuisca, appunto, alla competenza stessa.

In conclusione: il principio della divisione dei poteri, da principio esclusivamente politico quale era prima dell'attuazione degli ordinamenti costituzionali vigenti, è diventato, per l'accoglimento in questi, un principio positivo dell'ordinamento dello Stato; come tale esso importa, non solo una tripartizione di organi, di poteri nello Stato, ma una distribuzione fra tali poteri delle varie funzioni dello Stato nel senso, che a ciascun [19] potere si intende attribuita una delle funzioni stesse come regola.

Ma, non appena un tale principio è riconosciuto, è d'uopo anche riconoscere tosto, che il suo valore effettivo e la sua efficacia pratica dipende tutta da un presupposto: *che veramente nello Stato esistano tre funzioni fondamentali diverse, e che fra queste funzioni sia possibile tracciare precisi caratteri di distinzione*. Altrimenti, come sarà possibile decidere se un atto rientri nella competenza di un potere o dell'altro secondo che rientri in una o in un'altra funzione?

Il primo punto non dà luogo a dubbi assai gravi. — Che nello Stato esistano tre fondamentali funzioni del tipo generico indicato dalle già ricordate intitolazioni, corrisponde, in sostanza, allo stesso concetto comune che si ha dello Stato. Anche alla coscienza comune lo Stato si presenta, anzi tutto, come supremo legislatore, come potere massimo ordinatore della società; si presenta, poi, come giudice, come potere cioè che interviene nelle controversie fra i cittadini e le dirime; mentre, d'altro lato, anche comunemente si comprende, come, quando lo Stato svolge una qualunque delle attività proprie della pubblica amministrazione (stipula un contratto, apre una strada), esso, non detta leggi, e nemmeno giudica, ma provvede alla soddisfazione di un interesse pubblico, così come provvederebbe un privato alla soddisfazione del suo proprio interesse, vale a dire: amministra. — Debbo dichiarare che la dottrina, dopo infiniti dibattiti, oggidi si può dire ormai tutta concorde, nel

riconoscere l'esattezza [20] della tripartizione del Montesquieu, nel riconoscere cioè che nello Stato esistono tre funzioni, che rispondono al concetto generico sopra delineato, e che non ne esistono, nè più di quelle tre, nè meno di esse. — Tale assunto troverà ad ogni modo conferma da tutta questa mia esposizione.

Il punto, che dà invece luogo a dubbi gravi, è il secondo: quali sono precisamente i caratteri distintivi fra l'una e l'altra funzione dello Stato?

La questione assume importanza, non solo a proposito della ripartizione delle funzioni dello Stato fra i vari poteri — secondo ho accennato —, ma anche ad altri riguardi, fondamentali pel diritto pubblico. — Così essa ha importanza per determinare la diversa efficacia *materiale* degli atti statuali a parità della *forma* loro, cioè la diversa efficacia spettante agli atti emananti da uno stesso potere, a seconda che gli atti stessi rappresentino esercizio di una funzione oppure di un'altra. Perchè non può esser dubbio, che, p. es., un atto degli organi giurisdizionali ha una diversa efficacia secondo che contenga una vera e propria sentenza, la decisione di una controversia, oppure contenga un atto di amministrazione; e similmente un atto degli organi amministrativi ha un'efficacia diversa secondo che costituisca esercizio di funzione legislativa, sia p. es. un regolamento, oppure costituisca esercizio di funzione amministrativa, sia p. es. una istruzione ai funzionari<sup>7</sup>. Donde appunto l'importanza di determinare — non solo prima di emanare l'atto, per accertare la competenza del potere che si dispone a emanarlo; ma anche dopo emanato l'atto ed emanato dal potere competente, per stabilire la sua efficacia — l'importanza, dico, di determinare, se l'atto [21] rappresenti esercizio dell'una piuttosto che dell'altra funzione.

Ma dove la questione assume soprattutto importanza è rispetto alla teoria dei *controlli* sugli atti della pubblica amministrazione. È troppo noto, come ogni atto compiuto dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione amministrativa, debba, per esser valido, essere conforme al diritto vigente, cioè essere conforme agli atti emanati dallo Stato nell'esercizio della sua funzione legislativa: quale che sia il potere dal quale emanino tati atti di funzione legislativa; anche, quindi, se tali atti emanino dallo stesso potere amministrativo.

Donde l'importanza, p. es., di determinare se un atto del potere amministrativo rappresenti o non esercizio di funzione legislativa, sia un regolamento, o sia una istruzione: se rappresenti esercizio di funzione *legislativa*, gli atti dello stesso potere, che rappresentino esercizio di funzione *amministrativa*, dovranno ad esso conformarsi.

E taccio di altri riguardi, che mi porterebbero a spiegazioni troppo minutamente tecniche, pei quali la stessa questione ha importanza decisiva<sup>8</sup>. Di alcuni, del resto, avrò occasione di far cenno più oltre.

È a proposito dei riguardi che ho accennato, che la questione dei caratteri distintivi fra le funzioni dello Stato è stata considerata dalla dottrina; la quale, invece, — come dicevo — se ne è disinteressata, per ciò che concerne la ripartizione delle funzioni stesse fra i diversi poteri.

Meno la dottrina si è occupata — voglio dire la dottrina del diritto costituzionale —, di precisare i caratteri distintivi della funzione giurisdizionale. — Il concetto di questa parve che, almeno ai fini pratici, fosse [22] sufficientemente determinato dalla definizione tradizionale della funzione stessa: giurisdizione è dichiarazione del diritto nel caso particolare. Se a torto od a ragione ciò si sia ritenuto, non è qui il caso di sottoporre ad indagine.

Invece la dottrina si è occupata ampiamente e, talora, con dispute assai vivaci della distinzione fra funzione legislativa e funzione amministrativa: la quale parve meno facile a tracciarsi.

Di questa, appunto, intendo intrattenermi: con lo scopo, precipuamente, di precisare i caratteri della funzione legislativa.

La questione, che in questa occasione solenne mi propongo di considerare, è, in una parola, questa: quali sono i caratteri propri di un atto di funzione legislativa, per i quali il medesimo si distingue da un atto di funzione amministrativa?

Su un primo punto la dottrina può dirsi sia tutta concorde: cioè nel ritenere che l'atto di funzione legislativa, la legge — come suol dirsi — in senso materiale, consiste sempre in un comando.

È assai facile dimostrare l'esattezza di tale opinione.

— Lo Stato nell'esercizio della funzione legislativa, lo Stato come legislatore, si presenta come organizzazione suprema della società, la cui volontà si contrappone alla volontà di ciascun singolo consociato, per infrenarne l'eventuale arbitrio, per esigere da essa un comportamento conforme al fine sociale. Ora una volontà che si pone dinanzi a un'altra volontà, *esigendo* da essa un dato [23] comportamento, un atteggiarsi suo verso date direzioni, è — è chiaro — una volontà che *comanda* all'altra.

Dunque un atto di funzione legislativa è sempre, essenzialmente, un comando.

Con ciò la nostra questione viene ad ottenere una maggiore delimitazione. Infatti fin d'ora possiamo fissare, che ogni atto, il quale non rivesta il carattere di un comando, non potrà considerarsi come atto di funzione legislativa, e quindi, a meno che non rientri nel concetto di funzione giurisdizionale, dovrà considerarsi come un atto di funzione amministrativa.

Ogni atto di funzione legislativa è un comando. — Ma, *ogni comando* statutale è atto di funzione legislativa?

Molti ritengono che sì. — Ed ecco per tal modo farsi incontro una prima dottrina — che ha avuto soprattutto favore fra i giuspubblicisti meno recenti<sup>9</sup> — la quale precisamente ritiene, che la caratteristica dell'atto di funzione legislativa sia data *tutta ed esclusivamente* dall'essere l'atto stesso un comando. Per tale dottrina, perciò, *ogni* comando statutale è un atto di funzione legislativa.

Ma la dottrina stessa rappresenta, in modo evidente, una esagerazione. Si pensino soltanto le conseguenze! Se essa fosse vera, non vi sarebbe parola di comando pronunciata da pubblico funzionario, per quanto umile, che non dovesse considerarsi come atto di funzione legislativa. Il comando rivolto da un caporale a un soldato, il comando rivolto dal capo di un ufficio all'inservente, so io!, di introdurre un

visitatore, rappresenterebbero anch'essi esercizio di funzione legislativa, cioè atti attraverso i quali lo Stato si manifesterebbe come supremo legislatore, come potere ordinatore della società. Si cade [24] addirittura nel ridicolo: cioè in una reazione fisica universale, la quale, appunto perchè tale, deve ritenersi, almeno fino a prova contraria, come l'espressione di un concetto, bensì presente in modo confuso alla coscienza comune, ma presumibilmente esatto, e di cui perciò la scienza, cercando di precisarne il contenuto, deve appunto controllare l'esattezza.

Dunque, — almeno fino a prova contraria, cioè fino a che non risulti l'impossibilità di procedere a distinzioni ulteriori rispondenti al fine — sembra debba ritenersi, che *non ogni comando* dello Stato deve considerarsi atto di funzione legislativa.

Ma, allora, quali comandi debbono considerarsi atti di funzione legislativa? quali, cioè, sono i *comandi legislativi*?

Con questa domanda entriamo veramente nella questione, che è vivente oggidi. Perchè, che non tutti i comandi statuali debbano considerarsi come atti di funzione legislativa, rappresenta un risultato, che, ormai, può ben dirsi acquisito dalla dottrina.

In questa perciò, attualmente, ogni questione si riduce, come ho detto, a discutere, quali debbano considerarsi i comandi legislativi nella categoria, più ampia, dei comandi dello Stato, quali — vale a dire — siano le *caratteristiche del comando legislativo*<sup>10</sup>.

In proposito, la teoria, che da noi raccoglie i consensi unanimi (*assolutamente unanimi*<sup>11</sup>), è la teoria c.d. della *generalità*. Secondo questa teoria, *comando legislativo* è ogni comando dello Stato emanato in forma generale.

E *soltanto* ogni comando *generale*: quindi, ogni comando [25] che non sia generale, ogni comando, come suol dirsi, *individuale*, non è comando legislativo.

Dichiaro subito che tale teorica non è, a mio avviso, accettabile. — Cercherò di raccogliere in forma succinta le ragioni principali che mi inducono a questa conclusione, alla quale, nella realtà, sono giunto soltanto dopo assai lunga meditazione.

Perchè fosse vero che il comando legislativo è, essenzialmente, un comando generale, e non è, essenzialmente, un comando individuale, bisognerebbe riuscire a dimostrare queste due cose: [1.°] che un comando generale è, essenzialmente, qualchecosa di diverso da un comando individuale; e, una volta dimostrato questo, dimostrare: [2.°] che un comando legislativo non può che essere un comando generale, cioè è, essenzialmente, un comando generale.

Ora, quanto al primo punto, spontanea occorre l'osservazione, che un comando generale si risolve, in realtà, in una *somma di comandi individuali*. — Se voi pensate a un comando rivolto a una qualsiasi generalità di persone, voi intendete subito che, almeno teoricamente, tale comando potrebbe benissimo essere sostituito da una serie di comandi individuali rivolti a ciascuna singolarmente delle persone stesse, equivalendosi così quel comando generale alla somma di questi comandi individuali. Ma, se così è, se cioè ogni comando generale può risolversi, nella realtà, in una somma di comandi individuali, come e perchè l'uno deve distinguersi dall'altra? e perchè soltanto l'uno deve considerarsi come comando legislativo?

L'obiezione, che vi ho delineato, si presenta troppo ovvia, perchè dai fautori della teorica della generalità [26] non venisse preveduta. E difatti i più autorevoli e recenti sostenitori della teorica stessa non hanno mancato di occuparsi di essa, tentando di superarla. Osservano a questo fine, che quando si dichiara che il comando legislativo è, essenzialmente, un comando generale, questa *generalità* deve intendersi, non già nel senso, semplicemente, di *pluralità*, ma in quello, invece, di *universalità*.

Comando generale, in altri termini, sarebbe, non già quello che concerne una *pluralità* di persone o di azioni, ma soltanto quello che concerne una *universalità* di persone o di azioni; vale a dire: non quello che concerne un numero di persone o di azioni *determinato o determinabile*, ma quello che concerne un numero di persone o di azioni *indeterminato e indeterminabile*. Ora — si osserva — un comando *plurale* può certo, essere ridotto a una *somma* di comandi individuali; ma non così, invece, un comando *universale*.

La risposta sembra decisiva. Ma non è tale.

Per valutarla, occorre distinguere fra diverse ipotesi, che troppo spesso vengono fra loro confuse, anzi ridotte ad un solo concetto. Bisogna distinguere l'ipotesi che l'universalità del comando concerna le *persone* cui il comando si rivolge, e l'ipotesi che l'universalità stessa concerna invece gli *atti* comandati<sup>12</sup>.

Quanto alla prima ipotesi, io dichiaro senz'altro, che un comando generale dello Stato non può mai essere, per ciò che riguarda i soggetti cui si rivolge, un comando *universale*. Difatti, o il comando si considera rispetto a un dato momento, e allora sarà sempre determinato e determinabile il numero delle persone in concreto, per cui il comando stesso ha valore: al massimo saranno *tutti* gli uomini viventi in quel dato momento. Oppure il [27] comando si considera, non rispetto a un dato momento, ma nella successione del tempo, cioè si ritiene che l'universalità del comando, rispetto alle persone, si riveli, non già in quanto il comando concerne e debba concernere un numero indeterminato di persone *rispetto a un dato momento*, ma in quanto concerna e debba concernere un numero indeterminato di persone *in ordine di tempo, nella successione del tempo*, e allora io dico che un tale comando non è, in realtà, un comando, ma la *rappresentazione* sintetica di una *successione* di comandi, o individuali o plurali, che a mano a mano verranno affermandosi nel tempo. Dico, in altre parole, che un comando il quale si rivolga a un numero indeterminato di persone in ordine di tempo, cioè a una successione indeterminata di persone nel tempo (p. es. a un numero indeterminabile di generazioni), non è un comando solo, che riguardi tutte queste persone, ma la rappresentazione di una successione di comandi che a mano a mano le riguarderanno.

Un comando presuppone, non solo una volontà che comandi, ma anche una volontà che sia comandata. Un comando verso il nulla, non è un comando, ma una pura emissione di parole senza valore imperativo; un comando, non verso il nulla, ma verso qualcheduno, che attualmente non è, ma che sarà, non è, esso pure, attualmente un comando, ma è una dichiarazione di volontà che sarà un comando, quando si troverà esistente l'essere, verso il quale essa è indirizzata. Il che significa, che, quando ci si trovi di fronte a un atto dello Stato, il quale si presenti come un comando



rivolto a una successione indeterminata di persone in ordine di tempo, si dovrà concludere che un tale atto è, in realtà, un comando, solo in quanto riguarda le persone attualmente [28] esistenti; per quanto riguarda invece le persone, che non esistono ancora, ma che esisteranno, esso non è un comando, ma è una dichiarazione di volontà che *diventerà* un comando, a mano a mano che prenderanno vita le persone stesse. E poichè in ogni singolo momento tali persone rappresenteranno un numero di persone determinato, così in ciascun momento anche il comando, che correlativamente diventerà attuale, sarà anch'esso un comando determinato, e cioè o un comando plurale o un comando individuale. — L'atto, complessivamente, costituisce quindi, come dicevo, non un comando unico rivolto a una successione indeterminata di persone (chè un tale comando non è concepibile), ma, invece, semplicemente la rappresentazione sintetica e preventiva di una successione di comandi.

Riassumendo riguardo a questo punto: un comando generale dello Stato, che sia tale in quanto si rivolga a una generalità di persone, non può essere mai un comando universale: perchè, o la generalità di persone è una generalità di persone attuale, e allora, essendo sempre determinato e determinabile il numero delle medesime, il comando generale sarà soltanto un comando plurale; oppure la generalità di persone è una generalità di persone in ordine di tempo, e allora, non potendo un comando dirsi tale se non quando sia attuale la persona cui è indirizzato, quel 'comando generale' non potrà considerarsi che come la rappresentazione sintetica di una successione di comandi o plurali o singoli.

Invece può benissimo concepirsi un comando universale per ciò che riguarda le azioni imposte, un comando cioè, che si rivolga a una o più persone determinate, imponendo loro, non una data azione in concreto, ma un [29] *genere* di azione, e quindi un numero indeterminato di azioni in concreto; p. es. un comando che dica a Tizio: paga i tuoi debiti, vale a dire, ogni volta che ti troverai nella condizione di obbligato a un pagamento, compi quell'azione che si chiama, appunto, pagamento. — Resta a vedere, se un comando universale sia qualcheduno di essenzialmente diverso da una somma di comandi individuali, vale a dire se l'uno sia riducibile, oppure sia irriducibile all'altra. Certo un comando universale è irriducibile a una somma di comandi individuali, quando questa la si concepisca come una somma di comandi *attuali*. Ma la cosa cambia completamente, quando invece la somma stessa si concepisca come una somma di comandi *successivi*; sia pure di numero *a priori* indeterminabile. Teoricamente è senza dubbio pensabile (e basta la pensabilità teorica per dimostrare la equivalenza dei concetti), che, p. es., a quel dato comando universale: paga i tuoi debiti, si sostituisca una serie, sia pure di un numero indeterminabile *a priori*, di successivi comandi individuali, coi quali in ciascun caso di debito si imponga di pagare. Tale serie di comandi successivi otterrà perfettamente lo stesso risultato di quel comando universale. — Anche un comando universale, quindi, è sempre riducibile a una somma di comandi individuali: non a una somma di comandi individuali attuali, ma a una somma di comandi individuali successivi: a

una somma di comandi individuali, il numero dei cui addendi è certo indeterminabile a priori; ma che non per questo cessa di essere una somma di comandi individuali.

La conclusione adunque è, che un comando generale e una somma di comandi individuali sono, in ogni caso, l'identica cosa: perchè, o il comando generale è un comando [30] plurale, e allora la cosa è evidente per sè stessa; oppure esso è un comando universale, e anche in tal caso esso è riducibile a una somma di comandi individuali. Ora, se un comando individuale non è un atto di funzione legislativa, se perciò non è un atto di funzione legislativa neanche una somma di comandi individuali, neppure sarà un atto di funzione legislativa un comando generale, dato che comando generale e somma di comandi individuali sono l'identica cosa.

Sono l'identica cosa: perchè — e qui sta tutta la fonte dell'equivoco — generale e somma di particolari, sono bensì *forme logiche diverse*, ma non già concetti di diverse *realtà*. Ora, quando si cerca la distinzione fra atto di funzione legislativa e atto non di funzione legislativa, si cerca, non la distinzione fra diverse forme logiche, ma si cerca la distinzione fra diverse realtà.

Ma supponiamo pure — e con ciò vengo alla seconda parte della mia dimostrazione — che comando generale e comando individuale, o somma di comandi individuali, siano qualchecosa fra loro di essenzialmente diverso. — Resterebbe pur sempre a dimostrare, perchè un comando legislativo debba necessariamente essere un comando generale.

Perchè — si dice (ed è questo l'unico argomento serio che si adduce in proposito) — è nel concetto stesso di comando legislativo, di legge, che esso debba avere un contenuto generale. In qualunque campo il concetto di legge trovi applicazione, esso implica sempre una generalità di obbietti, ai quali la legge si riferisce. Nello stesso campo della natura, del cosmo, la legge è sempre e non può concepirsi che generale.

Veramente, in proposito, si potrebbe, già in via preliminare, osservare, che, voler derivare la significazione [31] di legge nel campo giuridico dal significato che la parola stessa assume nel campo fisico, rappresenta un procedimento contrario ad ogni criterio storico. Non è infatti il campo giuridico che ha mutuato la parola *legge* dal campo fisico; ma è viceversa<sup>13</sup>. Con procedimento antropomorfo si è concepito l'universo come un ordinamento diretto da una volontà, e con ciò i *modi* dei fenomeni cosmici come, appunto, delle leggi, dettate da un supremo legislatore. Quindi, se mai, è dal concetto di legge giuridica che dovrebbe derivarsi quello di legge fisica, non viceversa: perchè l'una e non l'altra costituisce il concetto primo. — Ma concediamo su questo punto e procediamo alla valutazione dell'argomento in sè.

La legge fisica, certo, è generale, anzi universale; e non può essere che universale. La legge fisica non è qualchecosa di diverso dal fenomeno fisico, ma è lo stesso fenomeno fisico ridotto all'universale. Si osserva come nella realtà si svolga un dato fenomeno, e, grazie al principio di causalità, si conclude, in universale, che, ogni volta che si verificherà la stessa causa, si produrrà lo stesso effetto. Se nel mondo non regnasse il principio di causalità e quindi dal particolare non fosse possibile

concludere all'universale, la fisica non avrebbe ragione di esistere, anzi non *potrebbe* esistere: potrebbe esistere soltanto una *storia* dell'universo.

Ma la legge giuridica non ha uno scopo *espositivo* dei fenomeni che sono e di quelli che saranno, ma ha uno scopo *normativo*; essa non vuole anticipare una descrizione della fenomenologia cosmica, ma vuole influire su questa fenomenologia, determinando, in essa, le azioni umane. Essa, perciò, raggiunge perfettamente il suo scopo, anche affermandosi in un solo singolo caso. [32]

Certo anche la legge giuridica è, *normalmente*, generale: ma non *essenzialmente*. È normalmente generale per ragioni politiche e per ragioni tecniche. — Quando il legislatore ha determinato per un dato caso il trattamento ad esso adeguato, quello stesso trattamento ragioni di giustizia esigono che sia applicato anche a tutti gli altri casi uguali: negli ordinamenti giuridici moderni vige bene il principio che tutti sono uguali dinanzi alle leggi, cioè che tutti devono essere trattati *ugualmente* dalle leggi<sup>14</sup>. Ora, dato ciò, al legislatore si presentano, teoricamente, due vie. O dettare quella data norma singolarmente per ciascuno di quei casi uguali, oppure emettere una pronuncia generale che applichi quel dato trattamento, *uno verbo*, a tutti i casi stessi: ragioni tecniche evidenti, ragioni di semplificazione del lavoro legislativo, impongono senz'altro il secondo procedimento.

Ma pensate invece a un legislatore — e vi furono tempi e vi sono luoghi che, purtroppo, di tali legislatori conobbero e conoscono — pensate a un legislatore, che, anzi che dal criterio della giustizia, si faccia guidare — se non in tutte, almeno in una data materia — da quello dell'arbitrio, da quello del suo tornaconto personale, di sua natura variabile di caso in caso, e che, perciò, in quella data materia, anziché dettare una pronuncia unica, generale, per tutti i casi in essa compresi, detti, invece, altrettante diverse pronuncie particolari per ciascun singolo dei casi stessi. Saranno, queste pronuncie particolari, meno leggi di quella pronuncia generale? Saranno leggi anch'esse, perchè anch'esse, per quanto dettate per un singolo caso, adempiono la funzione propria della legge, che è quella di *dar norma*<sup>15</sup>: ma anche tale soltanto. [33]

E mentre così i fondamenti teorici della dottrina della generalità crollano, non meno grave appare l'insufficienza della dottrina stessa, quando la si commisura alle sue applicazioni pratiche, — incapace, come appare, a giustificare le più essenziali delle applicazioni stesse.

Due sono gli scogli contro i quali la dottrina della generalità si infrange nella pratica. Da un lato non riesce a spiegare come mai non siano leggi, non siano atti di funzione legislativa, le istruzioni che in forma generale vengono talora emanate, nel seno della amministrazione, da un superiore gerarchico ai funzionari inferiori; dall'altro non riesce, viceversa, a spiegare, perchè invece sia legge, atto di funzione legislativa, il comando singolo, che venga emanato per derogare a un precedente comando generale.

*Le istruzioni.* — Che le istruzioni emanate, sia pure in forma generale, da un organo amministrativo ai funzionari dipendenti, non rappresentino esercizio di funzione legislativa, ma, invece, di funzione amministrativa, è accettato,

unanimente, anche dai sostenitori della teoria della generalità. La cosa è troppo evidente, per essere contestata: è troppo evidente che le istruzioni impartite da un organo amministrativo ai funzionari subordinati si assimilano, in sostanza, alle istruzioni analoghe, che anche il capo di un ufficio privato può rivolgere agli impiegati subordinati, o il capo di una fabbrica agli operai dipendenti; e che quindi anche quelle, come queste, debbono rappresentare, semplicemente, degli atti di amministrazione. Ma come si concilia ciò, però, colla dottrina della generalità? Anche le istruzioni rivolte ai funzionari possono assumere la forma di comandi *generali*, anzi la forma più spiccata di comando generale, cioè [34] quella di comando, addirittura, *universale*. Infatti le istruzioni stesse possono essere rivolte, non solo ai funzionari che sono attualmente in carica, ma anche ai funzionari che saranno in carica solo in avvenire; e agli uni e agli altri imporre, non già una data azione concreta, ma un tipo generico di azione, e quindi un numero indeterminato di azioni concrete: e così rivestire i caratteri più spiccati del comando universale, cioè rivolgersi a un numero a priori indeterminabile di persone (ammesso che ciò dia veramente luogo a un comando universale), e riguardare un numero pure a priori indeterminabile di azioni. — Ora, come è possibile ammettere che non si tratti di atti di funzione legislativa, conciliando ciò con la teoria della generalità?

*Il comando individuale che deroga a un precedente comando generale.* — A questo proposito la dottrina della generalità viene a trovarsi di fronte a un formidabile problema politico. Ammesso infatti che comando legislativo sia solo il comando generale e non il comando individuale, ammesso d'altra parte che la funzione legislativa spetti al potere legislativo e la funzione amministrativa al potere amministrativo, ne deriva la conseguenza logica che l'emanazione di un comando individuale, anche se contrario a un comando generale emanato dal potere legislativo, dal Parlamento, debba spettare, a meno di contraria disposizione contenuta nella costituzione<sup>16</sup>, al potere amministrativo. Si intende senz'altro tutta la gravità di questa conclusione: essa importa l'attribuzione al potere amministrativo, al governo, del potere di derogare, sia pure per il singolo caso, alle norme sancite dal Parlamento, l'attribuzione cioè ad esso di quel potere di attribuire privilegi e di dispensare dall'osservanza delle [35] leggi, che costituisce una delle più deprecate caratteristiche di regimi passati e al quale si debbono catastrofi politiche quali la rivoluzione inglese del 1688 e quella di Francia del 1830<sup>17</sup>. — Per evitare la conclusione accennata, non rimaneva, logicamente, che questo mezzo: dimostrare che il comando individuale contrario a un precedente comando generale è anch'esso un comando generale, per poter così affermare la competenza del potere legislativo anche pel comando individuale, nel caso che il comando generale fosse stato, appunto, emanato dal potere legislativo. E si è creduti di riuscire nella dimostrazione, osservando, che un comando individuale, il quale deroghi a un precedente comando generale, è anch'esso un comando generale per questo, che, in forza di esso, tutta la sfera di efficacia del comando generale precedente viene ad essere limitata: una volta emanato il comando individuale, non è più il comando precedente che ha vigore, ma è un nuovo comando generale più ristretto<sup>18</sup>.

Ecco: che un comando generale + un comando individuale contrario dia per *risultante* ancora un comando generale (più limitato), ciò è senza dubbio vero; ma ciò non significa affatto che il comando individuale cessi per questo di essere un comando individuale. Esso è pur sempre un comando individuale, e quindi, ammesso che un comando individuale debba sempre rappresentare esercizio di funzione amministrativa, esso non potrà non cadere — salvo disposizione contraria — nella competenza del potere amministrativo.

In antitesi alla teorica della generalità, che, come ho detto, accoglie da noi gli unanimi consensi, è sorta da [36] tempo in Germania un'altra teorica, che, con espressione infelice ed equivoca, viene da noi designata comunemente con la qualifica di *teoria della novità*. Dico che l'espressione è equivoca ed infelice, perchè, quando si parla di novità a proposito dei caratteri del comando legislativo, si viene con quella parola ad accennare a un problema che, di sua natura, trova ragione di porsi, quale che sia il concetto che si fissi e si accetti del comando legislativo, e, quindi, anche se, a questo riguardo, si acceda alla teorica della generalità. Ed il problema è, se un comando legislativo, una norma giuridica, per essere *praticamente* un comando legislativo, una norma giuridica, cioè un comando legislativo, una norma giuridica efficace, debba essere un comando, una norma *nuova*, oppure possa anche essere semplicemente la ripetizione di un comando, di una norma precedente: problema, come si vede, che non rappresenta qualchecosa di antitetico alla teoria della generalità, ma che si concilia perfettamente anche con questo, nel senso che ha ragione di porsi anche una volta accolta questa. E ciò perchè nei due casi non si tratta dello stesso problema, ma si tratta di problemi diversi: nell'un caso si cerca di determinare i caratteri distintivi della norma giuridica, nel secondo di determinare invece il rapporto in cui la norma giuridica (supposti quindi già fissati i caratteri di questa), debba trovarsi — per avere una efficacia pratica — con eventuali norme precedenti. — Gli è per queste ragioni, che io preferirò di designare la teoria, di cui ora debbo parlarvi, — dal nome del suo autore — con la qualifica, semplicemente, di *teoria del Laband*.

Questa teoria, per fissare il concetto del comando legislativo, si è volta a considerare la funzione propria [37] di esso. Funzione propria della legge — si è detto — è semplicemente questa, di delimitare le sfere reciproche di spettanza o di volontà dei diversi consociati, i loro reciproci doveri e diritti. Quindi, ogni volta che un comando dello Stato importi una delimitazione di sfere di volontà, la costituzione di obblighi e di diritti, si avrà un comando legislativo: sia poi tale comando un comando generale o un comando individuale<sup>19</sup>.

Questa teoria ha avuto fortuna in Germania, tanto che oggi può dirsi la teorica dominante ivi<sup>20</sup>. — Però nel seno stesso dei suoi fautori non sono mancate le critiche; nel senso di ritenere, che la formula del Laband, per quanto sostanzialmente esatta, non potesse però ritenersi sufficiente a caratterizzare il comando legislativo, ma volesse a questo scopo chiarita e completata. Si è osservato in proposito, che, infatti, non può dirsi sia proprio solo del comando legislativo di creare obblighi e diritti: anche il comando, e, in genere, l'*atto* amministrativo può raggiungere — ed è

nozione comune — l'effetto accennato. E quindi bisogna chiarire, in che senso speciale si dichiara che caratteristica del comando legislativo, funzione sua specifica, è la creazione di obblighi e di diritti. Poichè tale elemento obiettivo si rivela, così nel comando legislativo, nell'atto di funzione legislativa, come nell'atto di funzione amministrativa, bisogna aggiungere un altro elemento, che, chiarendo il primo, scolpisca la differenza<sup>21</sup>.

Tale elemento si è creduto di poterlo rinvenire nello *scopo* dell'atto<sup>22</sup>. Si è detto: è bensì vero che così il comando legislativo come il comando amministrativo possono importare la delimitazione rispettiva di sfere di volontà, la creazione di obblighi e diritti; ma però [38] soltanto il comando legislativo è emanato *con lo scopo* della delimitazione e creazione suddetta; mentre il comando amministrativo, pur *importando* tale delimitazione o creazione, è emanato con uno scopo diverso da essa, e cioè con uno scopo di amministrazione. In altre parole: nel comando legislativo la creazione di diritti e di obblighi costituisce lo scopo diretto e primario dell'atto; mentre nel comando amministrativo la creazione di diritti e di obblighi costituisce al più uno scopo indiretto e secondario, essendo lo scopo diretto e primario costituito da uno scopo di amministrazione. La teorica del Laband veniva insomma completata, aggiungendo, per caratterizzare il comando legislativo, all'elemento *obbiettivo* della delimitazione di sfere di volontà, della creazione di obblighi e diritti, un elemento *subbiiettivo*: cioè che il comando sia emanato, precisamente con lo *scopo* della delimitazione e creazione stessa.

Per quanto mi riguarda, debbo subito dichiarare che, a mio avviso, la critica rivolta alla formula del Laband è infondata. — Andando oltre, magari, le stesse idee del Laband, io ritengo che veramente solo il comando legislativo, solo la norma giuridica, sia in grado di creare obblighi e diritti; gli altri atti, che non siano norme giuridiche, non hanno, in realtà, mai un effetto siffatto<sup>23</sup>.

Quando, nel comune uso giuridico, si dice, che, p. es., il contratto crea obblighi e diritti delle parti, si dice cosa, in realtà, inesatta. Gli obblighi e i diritti li crea, anche in tal caso, la legge; la quale soltanto fa dipendere la loro esistenza dalla conforme volontà dei privati, cui quegli obblighi e diritti debbono incombere. In questo senso si spiega, se non si giustifica, la affermazione comune accennata: si spiega in quanto conforme alla [39] apparenza esteriore delle cose. Poichè, nei casi prospettati, la legge non impone ad A e B degli obblighi e diritti reciproci *senz'altro*, ma li impone loro soltanto nel caso che essi abbiano e dichiarino la volontà di assumerli, così, se di fatto A e B dichiarino tale loro volontà e quindi quei diritti e obblighi prendano vita, è evidente che tutta l'apparenza è, che sia stata la dichiarazione di volontà di A e B che quei diritti e obblighi abbia costituito; laddove, come ho spiegato, tale dichiarazione di volontà rappresenta soltanto la condizione alla quale era sospesa la volontà della legge, diretta, essa, alla costituzione di quei diritti ed obblighi. — Dunque, veramente, nessun atto, all'infuori della norma giuridica, all'infuori del comando legislativo, può costituire obblighi e diritti: e perciò, a questo riguardo, la teorica del Laband è inattaccabile.

La critica, che io faccio alla teorica del Laband, è invece un'altra. — Dicendo che comando legislativo è quello che importa la delimitazione reciproca di sfere di volontà, la creazione di diritti e di obblighi, si pone in luce, semplicemente, l'*effetto* dell'atto: cioè un elemento *estrinseco*. Ora la distinzione fra comando legislativo e comando amministrativo, se deve essere una distinzione che si fondi sulla differenza fra l'una e l'altra specie di atto, deve mettere in luce delle diversità *intrinseche* fra l'un tipo di atto e l'altro: altrimenti, essa non si fonderà sulla differenza *fra di essi*, ma sulla differenza fra qualcosa *al di fuori di essi*; cioè sarà, come suol dirsi, una distinzione puramente *estrinseca* delle due categorie d'atti. — Ma v'ha di più: come si potrà determinare se gli effetti di un atto siano legislativi o non legislativi, se prima non si sia stabilito che l'atto sia [40] appunto legislativo o non legislativo? E, quindi, se non si sia stabilito che l'atto sia legislativo o non legislativo, indipendentemente dal carattere accennato? — In conclusione, o si può stabilire la distinzione fra comando legislativo e comando amministrativo in base a un elemento intrinseco, e quindi a un elemento *diverso* che non sia l'effetto, e la distinzione esiste come vera e propria differenza degli atti, cioè come distinzione intrinseca fra di essi; oppure non è possibile, e allora non solo non esiste alcuna vera e propria differenza, alcuna differenza intrinseca fra le due categorie d'atti, ma nemmeno è possibile stabilire fra di essi una diversità di effetti; e quindi nemmeno, rapportandosi a tale diversità di effetti, procedere a una distinzione *estrinseca* degli atti stessi.

Critica perfettamente identica deve farsi alla stessa teorica, proposta a modificazione e completamento della teorica del Laband. — Quando infatti si pone innanzi come elemento distintivo ulteriore fra comando legislativo e comando amministrativo l'elemento dello *scopo*, si pone ancora e pur sempre in evidenza un elemento *esteriore*. O alla diversità dello scopo corrisponde una diversità intrinseca, un diverso atteggiamento logico delle due categorie d'atti, e allora, non quella diversità di scopo, ma questa diversità di atteggiamento logico degli atti, sarà la base della distinzione, intrinseca o materiale o sostanziale, degli atti stessi, — e bisognerà in ogni caso precisare in che cosa la medesima propriamente consista; oppure alla diversità dello scopo non corrisponde nessuna diversità di atteggiamento degli atti, e allora bisognerà concludere che nessuna diversità sostanziale esiste fra le due categorie di atti, cioè, per un primo momento, che essi sono atti *identici* che si rivolgono a scopi [41] *diversi*. Ma, in un secondo momento, bisognerà altresì concludere, che non solo una diversità intrinseca, ma neanche questa diversità estrinseca può ammettersi fra le due categorie, o supposte categorie, d'atti, cioè che fra i medesimi non può nemmeno tracciarsi una distinzione estrinseca, quale appunto si avrebbe riferendosi alla diversità dello *scopo*. Infatti, se gli atti dell'una categoria e quelli dell'altra sono *materialmente identici*, da che cosa potrà rilevarsi lo *scopo* peculiare a cui essi tendono?

Dall'*intenzione*: ha suggerito qualcuno<sup>24</sup>. — Ma l'*intenzione* non è un *elemento diverso*; è soltanto un punto di vista diverso di considerare *lo stesso elemento*: è lo scopo dal punto di vista *interiore* o *psicologico* di chi lo persegue. — E siamo sempre lì. Da che cosa si determinerà se l'atto è stato compiuto con una data intenzione o

con una data altra? O la intenzione si rileva dall'atto, e allora dovrà concretarsi in un particolare atteggiamento dell'atto, della dichiarazione di volontà in cui questo consiste (dall'oggetto della dichiarazione, o dai soggetti cui si rivolge); oppure non si concreta in un particolare atteggiamento dell'atto, e allora dall'atto non potrà essere in nessun modo rilevata. Ma, in tal caso, in nessun modo assolutamente potrà più essere determinata: poichè legge, volontà del legislatore è solo la volontà che si rivela dal *testo* della legge stessa<sup>25</sup>.

Le critiche, che ho tratteggiato, contengono in sè la designazione della via, che in realtà si deve percorrere, per arrivare alla vera distinzione, alla distinzione esatta fra comando legislativo e comando amministrativo: la critica cioè designa la ricostruzione. È vero senza dubbio, che comando legislativo è quello, come dice il [42] Laband, che *crea* obblighi e diritti, e che perciò, come ha osservato altri, è rivolto allo *scopo* di creare obblighi e diritti, o, come qualcheduno ancora ha soggiunto, è emanato con l'*intenzione* della creazione stessa: ma, da questi elementi esteriori e consequenziali, bisogna risalire all'elemento interiore e primordiale. Bisogna vedere quali *atteggiamenti* deve assumere un atto, per *creare* obblighi e diritti, per potersi dire rivolto allo *scopo* o emanato con intenzione di creare gli obblighi e diritti stessi. In una parola: quello che le dottrine prospettate considerano come il *punto d'arrivo* nella determinazione del concetto di comando legislativo, di norma giuridica, è invece semplicemente il *punto di partenza*, certamente esatto, per la determinazione stessa: dal rapporto giuridico bisogna risalire alla norma giuridica.

Vediamo se possa riuscire a noi, nei brevi momenti che rimangono, di percorrere, almeno a tratti grandissimi, un tale cammino.

Riconoscevo testè come rilievo esatto, quello che al comando legislativo, alla norma giuridica, e *solo* al comando legislativo, alla norma giuridica, attribuisce l'efficacia di costituire obblighi e diritti.

La funzione del diritto infatti sorge e si esplica per la delimitazione delle diverse sfere spettanti a ciascun consociato. La società umana si trasforma da società anarchica in società ordinata per questo, che interviene una volontà ordinatrice a determinare la cerchia dell'attività di ciascuno: dell'attività lecita come dell'attività doverosa. Nella società propriamente giuridica tale attività [43] lecita e tale attività doverosa si afferma come attività lecita e come attività doverosa dell'un consociato di fronte all'altro consociato. La volontà ordinatrice cioè interviene fra i consociati determinando ciò che ciascuno deve a ciascuno, ciò che ciascun consociato è tenuto a fare o non fare rispetto a ciascun consociato, e reciprocamente ciò che ciascun consociato è in grado di pretendere e di fare rispetto a ciascuno; interviene cioè istituendo fra i consociati stessi rapporti reciproci di diritto e di dovere.

Ecco così che correlativo al concetto di comando legislativo, di norma giuridica — quale deriva, in un primo momento, dalla stessa sua funzione — si rivela quello di rapporto giuridico.

Ora, dato ciò, dato cioè, che da *ogni* norma giuridica e *solo* dalla norma giuridica deriva un rapporto giuridico, è chiaro che, se noi riusciremo a determinare quali



elementi debbono concorrere, perchè fra due volontà possa dirsi intercedente un rapporto giuridico, avremo già gli elementi della norma giuridica stessa.

Un rapporto giuridico — ho detto — è la sintesi di un dovere e di un corrispondente diritto: di un *dovere* che uno dei termini o soggetti del rapporto ha verso l'altro termine o soggetto, e di un *diritto corrispondente* che questo termine o soggetto ha verso l'altro. L'uno è *obbligato* a fare o non fare qualcosa *verso* l'altro perchè questi ha un *interesse* a che quel qualcosa sia fatto o sia non fatto: interesse che in questo modo viene ad essere *protetto* dalla norma giuridica. Il diritto dell'altra parte è appunto la pretesa alla soddisfazione di questo interesse.

*Un dovere.* — Un dovere a una volontà non può derivare che da un'altra volontà, da una volontà *esteriore*. [44]

Ciò è nel concetto stesso di dovere. Se l'elemento di una volontà esteriore, da cui derivi l'impulso, si elimina dal concetto di dovere, ogni differenza specifica fra *dovere* e *volere* scompare. Se sono io stesso che impongo a me stesso un dato comportamento, non è più che io *debbo*, ma è che io *voglio*. Nello stesso campo religioso il dovere — è noto — viene riportato ad una volontà esteriore: alla volontà riferita, con processo di personificazione, ad un dio. E qualcosa di simile potrebbe dirsi per il campo morale. Quindi è veramente nel concetto stesso di dovere, ad ogni modo certo in quello di dovere giuridico, di consistere in un vincolo ad una volontà per opera di una volontà esteriore e distinta.

Lo stesso deve dirsi per *diritto*. — Diritto è potere: potere di fare, potere di pretendere. '*Potere*' implica l'idea di una autorizzazione, di una concessione che venga dall'esterno. Se sono *io* che concedo a me stesso, non si ha che io *posso*, ma, si ha che io *voglio*. — Chè se poi, lasciando da parte il lato subbiettivo del diritto, quello cioè del potere di pretendere e di fare, si voglia invece aver riguardo al lato obbiettivo di esso, all'*interesse protetto*, anche in questo caso gli stessi concetti si confermano. Poichè l'idea di *protezione* implica — è chiaro — l'idea di qualcosa di *esterno*, che protegga. — Dunque anche nel concetto di diritto è implicita l'idea di una guarentigia, che a una data volontà, titolare del relativo potere e del relativo interesse, deriva da un'altra, esterna volontà.

Con ciò abbiamo già dinanzi determinati gli elementi che debbono concorrere, perchè esista un rapporto giuridico. Perchè esista un rapporto giuridico devono esistere tre volontà: una volontà obbligata a fare o non fare [45] qualcosa verso un'altra volontà; quest'altra volontà che ha di fronte alla prima un diritto corrispondente; una terza volontà, superiore ad entrambe, dalla quale appunto derivano l'obbligo e il diritto reciproco delle due prime. Questa ultima volontà è, come si intende quella appunto che costituisce la norma giuridica, il comando legislativo.

Il concetto di questo, con ciò, resta fissato in modo netto e preciso. Comando legislativo è il comando che una volontà (quella dell'organo statale competente) rivolge a un'altra volontà (quella di un altro organo o di un altro ente) di fare o non fare qualcosa verso una terza volontà (di un terzo organo o di un terzo ente), la quale per tal modo viene ad avere una corrispondente aspettativa. Tralasciando e

sottintendendo gli incisi: è un comando che una volontà rivolge ad un'altra di fare o non fare qualcosa verso una terza volontà.

Ogni volta che un atto dello Stato, non solo non consista in un comando, ma non consista in un comando che una volontà rivolga *ad un'altra*, oppure, consista in un comando che una volontà rivolga ad un'altra, ma non in un comando che una volontà rivolga ad un'altra di fare od omettere qualcosa *verso una terza volontà*, non si ha un comando legislativo, una norma giuridica.

Espresso positivamente: non è norma giuridica, nè il comando, del resto impossibile a concepirsi (in qualunque campo), che una volontà rivolga a sè stessa; nè il comando, invece possibile a concepirsi, che una volontà rivolga a un'altra volontà, di fare od omettere qualcosa, verso, *non* una terza volontà, ma verso sè stessa, per il proprio interesse. Quest'ultimo è precisamente il comando amministrativo. [46]

Lo dimostro.

Dico che un comando che si esaurisca fra la volontà che lo emana e la volontà che lo riceve, cioè il comando che una volontà rivolga ad un'altra di fare od omettere qualcosa verso sè stessa, per l'interesse di sè stessa, è un comando amministrativo. Infatti, questo, è necessariamente diverso dal comando legislativo, e quindi non potrà mai consistere in un comando che una volontà rivolga ad un'altra, di fare od omettere qualcosa verso una terza volontà. Ma se una volontà non comanda ad un'altra di fare od omettere qualcosa a favore di una *terza* volontà, non può che comandare di fare od omettere qualcosa a favore di *sè stessa*: *tertium non datur*. Quindi il comando amministrativo, che è un comando, ma non è il comando legislativo, non può essere che un comando del tipo accennato.

A questo stesso risultato si giunge anche attraverso la semplice considerazione della natura propria del rapporto giuridico e, in relazione a ciò, della funzione che a suo riguardo esplica il comando legislativo. Rapporto giuridico — come sopra ho ricordato — è relazione fra due volontà, per cui l'una è tenuta ad un'azione od omissione, atta a soddisfare all'interesse dell'altra. Il comando legislativo, ponendosi fra le due volontà, è quello appunto che costituisce il rapporto giuridico vale a dire che impone all'una il fare od omettere atto a soddisfare l'interesse, dell'altra, interesse che in tal modo viene *protetto* dalla norma, dal comando. Il comando invece che una volontà rivolga ad un'altra per la soddisfazione di un interesse proprio, non esprime — ed è chiaro di per sè — una volontà diretta a *proteggere* un interesse, obbiettivo, ma una volontà invece che [47] *provvede* alla soddisfazione di un proprio interesse, che *'amministra'* l'interesse proprio. — Dunque, anche per via diretta, e non solo per via di esclusione, si ha la prova, che veramente il comando amministrativo è un comando che si esaurisce fra chi lo emana (organo dello Stato) e chi lo riceve (altro organo o soggetto).

Un comando in genere, che si esaurisca fra chi lo emana, e chi lo riceve, potrà essere, *rispetto a chi lo riceve*, o un comando puramente o un comando puramente di fatto (comando del padrone allo schiavo)<sup>26</sup>, oppure un comando giuridico, un comando che rappresenti l'esercizio di un diritto (comando di un tutore al pupillo, di

un istitutore all'allievo). Ugualmente deve dirsi dello stesso comando che emani dallo Stato, del comando amministrativo. — Se tale comando emani dagli organi dell'amministrazione, poichè di fronte a questa il funzionario e il cittadino (per parlare dei soggetti cui suole rivolgersi un comando amministrativo) si pongono come soggetti di diritto, cioè come soggetti rispetto ai quali l'amministrazione non può esplicare nessuna attività se non sia investita di un corrispondente diritto, il comando stesso non potrà essere che un comando giuridico. Invece, se il comando emani dal potere legislativo, siccome di fronte a questo il cittadino e gli altri organi, non si pongono, almeno normalmente, come soggetti di diritto<sup>27</sup>, il comando rappresenterà, almeno normalmente, un comando, rispetto a chi lo riceve, di puro fatto.

Con ciò i caratteri distintivi fra comando legislativo e comando amministrativo sono tracciati nitidamente, e raggiungendo il risultato per una via, che ben può dirsi maestra. Essi sono tracciati, inoltre, non avendo riguardo a un carattere puramente *estrinseco* (quale l'effetto o lo [48] scopo), e neanche avendo riguardo alla struttura logica formale di ciascuna categoria d'atti (generalità o meno del comando), ma con riferimento, invece, alla struttura logica *materiale* dei medesimi.

Si può riassumere l'antitesi fra uno e l'altro tipo d'atto, nel modo che segue. — Il comando legislativo importa l'esistenza di tre volontà: due volontà l'una di fronte all'altra, fra le quali si sovrappone una terza, determinando la spettanza di ciascuna delle prime; imponendo cioè all'una di fare o di non fare, e soddisfacendo casi a un interesse dell'altra; una quindi *limitando*, l'altra *proteggendo*; — in una parola due volontà, fra le quali si sovrappone una terza *aggiogandole* reciprocamente in un rapporto giuridico. Il comando amministrativo importa invece l'esistenza di due volontà soltanto: due volontà una di fronte all'altra, delle quali l'una impone all'altra un fare o un non fare, non per *proteggere* un interesse, ma per *provvedere* al proprio interesse, per *amministrare* il proprio interesse; non, quindi, *costituendo* un rapporto giuridico, ma *esplicando* un rapporto, o giuridico, o di puro fatto. *Logicamente*: il comando legislativo è un comando di una volontà ad un'altra volontà di fare o non fare qualcosa verso una terza volontà: un comando di A a B verso C; il comando amministrativo è comando di una volontà ad un'altra volontà di fare o non fare qualcosa verso sè stessa: un comando di A a B verso sè stesso A. Con espressione sintetica: l'uno è un trinomio; è un binomio l'altro.

Se questi concetti tecnici io volessi rendere evidenti con una configurazione plastica, io non saprei richiamare esempio più espressivo di questo. [49]

Immaginate, Signori, un soldato e il suo comandante, l'uno di fronte all'altro. Il comandante rivolge un comando al soldato: ecco il comando amministrativo. — Immaginate che, anzichè un soldato solo, quel comandante abbia di fronte più soldati, una squadra di soldati: le cose non cambiano (perchè dovrebbero cambiare?). Avrete ancora un comando amministrativo, un comando che si esaurisce fra chi lo emana e chi lo riceve. — Immaginate ancora che di fronte a quel comandante si trovi, non un numero ben determinato, ma un numero, secondo il concetto che fu già accennato, indeterminabile di soldati, un intero esercito durante una battaglia: le cose

ancora non cambiano. Oppure immaginate che, a quel singolo soldato, o a quel numero determinato o indeterminato di soldati, quel comandante rivolga un comando, riguardante un numero indeterminato di atti singoli, rivolga un comando astratto; p. es. il comando di procedere con circospezione durante una ricognizione, di comportarsi bene durante la libera uscita: neanche ora le cose cambiano.

Invece: rappresentatevi ancora quel soldato e quel comandante che stanno l'uno di fronte all'altro, e immaginate — trasformando in una realtà assurda un concetto, come tale però pensabile — immaginate, dico, che fra e al di sopra di essi si ponga una terza volontà, una volontà estranea, che li aggioghi reciprocamente, che imponga all'uno un obbligo di fronte all'altro e all'altro così conceda una pretesa corrispondente: avrete allora chiara l'idea dell'atto legislativo.

Chè se preferiste una rappresentazione geometrica, allora — per avere l'idea dell'atto legislativo — immaginate due punti (i soggetti del rapporto); in alto, equidistante da entrambi un terzo punto (la volontà [50] legislativa); il quale, improvvisamente animandosi, tracci fra i due primi un segmento (il rapporto giuridico). Sostituite ai punti delle rappresentazioni di esseri reali o fantastici e avrete ... qualcheduno di simile al frontespizio del vecchio testamento nell'edizione che va per le scuole: perfetta rappresentazione del legislatore; che pone la norma fra i due esseri che, dopo aver creato, unisce nel coniugio.

Al contrario immaginate due punti, *già* congiunti da un segmento, tracciato, o da una volontà superiore come nella configurazione precedente (rapporto giuridico), o dalla forza di uno di quei punti (rapporto di fatto); e immaginate che questo punto stesso, di nuovo animandosi, faccia partire *lungo quel segmento* un comando: ecco il comando amministrativo.

Mi resta a dare la prova della importanza delle conclusioni fissate, e la riprova della loro esattezza, con qualche applicazione pratica. — Sarò brevissimo.

Ho detto che uno dei caratteri dell'atto di funzione legislativa è, di consistere in un comando che una volontà rivolge a un'altra volontà. Ciò importa che, se un atto dello Stato si presenti, nella sua formulazione esterna, come un comando, ma consista sostanzialmente in un comando che la volontà che emana l'atto rivolge a sè stessa, l'atto non sarà da considerarsi come atto di funzione legislativa, come norma giuridica. Vale a dire: ogni volta che in un atto esternamente di comando non possa *isolarsi* una volontà distinta da quella da cui emana l'atto, alla quale il comando possa intendersi rivolto, — anche a [51] parte la questione se in questo caso possa ancora parlarsi veramente e propriamente di un comando — ad ogni modo, certo non si ha un atto di funzione legislativa, una norma giuridica. Il comando, specie se concepito in forma di comando generale, potrà rappresentare, semplicemente, un programma<sup>28</sup> per la futura azione dell'organo emanante<sup>29</sup>, o magari potrà anche costituire un atto, come suol dirsi, 'giuridicamente rilevante'; ma non 'giuridicamente rilevante' come norma giuridica: se mai, sarà 'giuridicamente rilevante' come negozio giuridico. Donde ulteriori conseguenze: se successivamente l'autorità emani atti non conformi a quel comando, gli atti stessi potranno bensì ritenersi viziati di illegittimità (sensu lato), ma non di quella illegittimità che si

sustanzia nella figura caratteristica della violazione di una norma giuridica, e che apre adito pel cittadino a ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria e, quivi, fino al ricorso in Cassazione. Si tratterà invece, o di quella illegittimità che si sustanzia nella figura dell'eccesso di potere e che apre adito semplicemente a ricorso dinanzi agli organi del contenzioso amministrativo, oppure di quella illegittimità che deriva da violazione di un negozio giuridico e che apre adito bensì anche a ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria, ma, quivi, non a ricorso in Cassazione: per tacere di altre, pur rilevanti differenze, specie in materia di prova.

Ho detto ancora, che caratteristica dell'atto di funzione legislativa è, di consistere in un comando che una volontà rivolge ad un'altra di fare od omettere qualchecosa verso una *terza* volontà. Ciò importa anzi tutto — e l'ho già osservato —, che, se un atto dello Stato si presenti bensì come comando, e come comando che una [52] volontà rivolga ad un'altra, ma non come comando che una volontà rivolga ad un'altra di fare od omettere qualchecosa verso una *terza* volontà, vale a dire si presenti come un comando che si esaurisce fra la volontà che lo emana e la volontà o gruppo di volontà che lo riceve, l'atto stesso non potrà considerarsi come atto di funzione legislativa. Ciò spiega — come invece la teoria della generalità non può, naturalmente, riuscire a spiegare —, perchè anche un comando generale possa non essere un comando legislativo: anche un comando generale può non essere un comando legislativo, perchè anche un comando generale può essere un comando che si esaurisce fra la volontà che lo emana e la volontà o gruppo di volontà che lo riceve. — Appunto perciò, e solo perciò, non sono comandi legislativi le c.d. *istruzioni*, nonostante che le medesime abbiano talora, appunto, il carattere di comandi generali, e, anzi, addirittura di comandi universali.

Non sono comandi legislativi, perchè esse sono comandi che si esauriscono fra l'autorità che li emana e i funzionari che li ricevono; comandi cioè con cui l'autorità che li emana non impone ai funzionari un fare od un non fare verso una terza volontà, p. es. verso i cittadini, ma, invece, soltanto verso sè stessa; comandi, quindi, che non possono dar luogo alla costituzione di un rapporto giuridico (la funzione specifica del comando legislativo), ma semplicemente possono rappresentare l'*esplicazione* di un rapporto giuridico: in fatto, il rapporto di supremazia gerarchica. — E non solo non sono comandi legislativi comandi generali, che, come le istruzioni, non esplicano efficacia se non nell'interno della pubblica amministrazione, ma anche taluni comandi generali che esplicano efficacia al di fuori dell'amministrazione, [53] rivolgendosi cioè ai cittadini, e che, sia per questo fatto, sia perchè talora rivestiti delle forme esteriori dei regolamenti, la comune opinione dottrinale e giurisprudenziale considera, invece, appunto come regolamenti, cioè come comandi generali *legislativi*. Voglio dire in altre parole, che, anche fra i comandi generali che l'amministrazione rivolge ai cittadini, ve ne sono di tali, che si esauriscono fra la prima e i secondi; che cioè impongono un fare od un non fare a ciascun cittadino, non verso un altro cittadino o un altro organo dello Stato, distinto da quello che ha emanato il comando, ma precisamente verso quest'ultimo; che, perciò, non costituiscono un rapporto giuridico, ma, se debbono esser validi<sup>30</sup>, debbono

semplicemente esplicitare un rapporto giuridico già esistente (rapporto di supremazia politica). Si pensi, p. es., alla disposizione, colla quale un ufficio delle imposte prescriva che i contribuenti da esso dipendenti dovranno presentarsi a pagare le loro imposte in tali e tali giorni e ore; ovvero alla disposizione, così comune, colla quale nel locale di un pubblico ufficio si diffidi il pubblico che 'è vietato fumare'; o alla disposizione di un prefetto, che fa divieto a voi, gentili signore, di portare il cappello nella sala di un teatro; oppure a uno dei tanti c.d. regolamenti rivolti dalla Direzione di una biblioteca o di una pinacoteca al pubblico dei visitatori; ecc. In tutti questi e in simili casi si hanno degli atti che sono comandi, e comandi generali; comandi, inoltre, che si rivolgono ai cittadini; ma che, esaurendosi fra l'autorità che li emana e i cittadini che li ricevono, cioè imponendo a questi un fare od un non fare, non verso una terza volontà, ma verso l'autorità stessa da cui emana, l'atto, non possono considerarsi comandi legislativi. La perfetta corrispondenza [54] fra questi casi e i casi poco fa accennati di comandi generali rivolti ai funzionari, è chiara ed evidente: nell'uno e nell'altro caso comandi, bensì generali, ma pur tuttavia non legislativi, in quanto comandi che si esauriscono fra l'autorità che li emana e i soggetti cui sono rivolti; nell'uno e nell'altro caso, perciò, comandi, che non possono valere a *costituire* un rapporto giuridico, ma semplicemente possono *esplicitare* un rapporto giuridico esistente: nell'un caso, il rapporto di supremazia gerarchica o rapporto di servizio; nel secondo, il rapporto di supremazia politica o di sudditanza<sup>31</sup>.

Come basta che un comando dello Stato non rappresenti un comando di una volontà ad un'altra di fare od omettere qualchecosa verso una terza volontà, per escludere che il comando stesso abbia carattere di comando legislativo, così viceversa basta che un comando dello Stato rappresenti un comando di una volontà ad un'altra di fare od omettere qualchecosa verso una terza volontà, perchè il comando stesso debba senz'altro considerarsi come un comando legislativo. — Ciò spiega — come, anche qui, non è invece in nessun modo in grado di spiegare la teoria della generalità —, spiega, perchè anche un comando individuale possa avere carattere di comando legislativo. Anche un comando individuale può rappresentare un comando legislativo, perchè anch'esso può consistere in un comando che la volontà che lo emana rivolge a una volontà da essa distinta, imponendo a questa di fare o non fare qualchecosa verso una terza volontà; vale a dire in un comando che fra due volontà estranee produce quella costituzione di un rapporto giuridico, che rappresenta la funzione specifica del comando legislativo. Così sarà un comando, bensì individuale, ma [55] pur tuttavia legislativo, quello, p. es., con cui il Parlamento conceda per la salma di un uomo illustre (avvenne da ultimo per quella di Giuseppe Verdi) la sepoltura fuori dei cimiteri: sarà un comando legislativo, una norma giuridica, perchè comando agli organi della pubblica amministrazione (cioè a una volontà distinta) di astenersi, *in confronto agli eredi del defunto* (cioè verso una terza volontà), dal pretendere da essi, come altrimenti avrebbero diritto di fare, il trasporto della salma nel cimitero pubblico; perchè comando, quindi, costitutivo fra gli organi dell'amministrazione e gli eredi del defunto di un rapporto giuridico, del contenuto accennato. Similmente — per accennare a un esempio che è classico ...

in senso contrario al nostro — sarà comando legislativo, benchè comando individuale, il comando con cui il Parlamento conceda a un generale vittorioso a titolo di speciale ricompensa l'assegnamento straordinario di una somma di denaro (come si fece in Inghilterra per lord Roberts, il vincitore della guerra boera): sarà comando legislativo, perchè comando agli organi dell'amministrazione finanziaria (cioè a una volontà distinta) di compiere quella data azione verso l'individuo beneficiato (cioè verso una terza volontà); perchè, quindi, comando costitutivo di un dovere degli organi dell'amministrazione finanziaria verso l'individuo beneficiato e di un correlativo diritto di questo in confronto dei primi. — Ed in questi, come in altri analoghi casi, nessun rilievo avrà che il comando individuale rappresenti o meno una deroga a un precedente comando generale. Vi sono dei comandi individuali che derogano a precedenti comandi generali e che nullameno non sono comandi legislativi: p. es. il comando di un superiore gerarchico all'inferiore, contrario a [56] precedenti generali istruzioni; tale comando individuale non è comando legislativo, benchè contrario a un precedente comando generale, perchè comando che si esaurisce fra chi lo emana e chi lo riceve, perchè, quindi, comando che, non costituisce un rapporto, ma esplica un rapporto esistente (il rapporto di supremazia gerarchica). Viceversa, se non per me, almeno per coloro che ammettono che vi siano territori non pervasi dal diritto, è concepibile un comando individuale, il quale non si esaurisca fra chi lo emana e chi lo riceve ma si proietti fino a una terza volontà, e che tuttavia non rappresenti una deroga a nessun comando generale. Nonostante tale carattere, il comando individuale accennato sarebbe pur sempre un comando legislativo: del comando legislativo difatti, come avrebbe le caratteristiche logiche, così del pari esplicherebbe la *funzione*.

Il rilievo, fin qui tenuto presente, che cioè basta, che un comando dello Stato si dimostri come un comando di una volontà ad un'altra volontà di fare od omettere qualchecosa verso una terza volontà, perchè il comando stesso debba dirsi un comando legislativo, vale altresì a dare la ragione di un fenomeno, assai caratteristico, finora rimasto inspiegato ed inspiegabile alla dottrina: del fenomeno cioè, per cui talora avviene, che un comando, cambiando forma, venga a mutare anche contenuto, natura materiale<sup>32</sup>. La dottrina non riesce a spiegare, perchè, p. es., un comando di un generale ai suoi soldati non sia un comando legislativo, e invece il comando stesso diventi o possa diventare comando legislativo, se inserito dal Parlamento in un codice penale militare; similmente, perchè non siano comandi legislativi le istruzioni che nella gerarchia amministrativa un superiore rivolga agli [57] inferiori, e invece i comandi stessi diventino o possano diventare comandi legislativi se accolti in un atto del Parlamento. La cosa si spiega invece benissimo, applicando al riguardo i principii da noi fissati. Quando sono di fronte il superiore e l'inferiore, il comando rivolto dal primo al secondo è, necessariamente, un comando che si esaurisce fra di essi, cioè un comando non legislativo.

Quando invece all'inferiore il comando venga rivolto da un altro organo che non sia il superiore, cioè da una terza volontà, allora, essendo presenti, non più due, ma tre volontà, saranno altresì attuali quegli estremi di fatto, sotto i quali, ma sotto i quali

soltanto, un comando legislativo può prender vita: cioè, invece di un comando che si esaurisce fra il superiore e l'inferiore, potrà essere emanato un comando, con cui quel terzo organo comandi all'inferiore (cioè a una volontà distinta) di fare od omettere qualchecosa verso il superiore (cioè verso una terza volontà). E se così avvenga<sup>33</sup>, si avrà difatti, in forza di un tale comando, la costituzione di un nuovo e diverso rapporto giuridico fra il superiore e l'inferiore, laddove il comando, del primo al secondo, semplicemente *esplicava* il rapporto *esistente* fra di essi: si avrà la costituzione di un nuovo rapporto giuridico in questo senso, che al comando legislativo preesistente, il quale costituiva nell'inferiore semplicemente il dovere generale verso il superiore di fare ciò che questi gli avrebbe comandato, viene sostituito in parte un comando, il quale costituisce, non solo un dovere dell'inferiore verso il superiore, ma anche determina direttamente il contenuto di tale dovere. Nel comando del superiore all'inferiore, quindi, precisamente come importano i principii fissati, un comando che si esaurisce fra chi lo emana, e chi lo [58] riceve e rappresenta l'esplicazione di un rapporto preesistente (il rapporto gerarchico); nel comando emanato dal Parlamento, invece, un comando, che a una volontà distinta (quella dell'inferiore) impone di fare od omettere qualchecosa verso una terza volontà (quella del superiore) e fra le due costituisce un rapporto giuridico nel senso, che *modifica* il contenuto del rapporto gerarchico fra le medesime.

Ho detto, finalmente, — quale corollario dei concetti fissati di comando legislativo e comando amministrativo — come la diversità fra comando legislativo e comando amministrativo si sostanzia, non già in una diversità logica formale fra le due categorie d'atti, ma in una diversità logica sostanziale fra i medesimi. Tale rilievo importa conseguenze di particolare interesse e di fondamentale importanza a proposito della dottrina dei regolamenti. — È noto come, per ciò che riguarda il fondamento della potestà regolamentare, l'opinione corrente, ritenga bensì che l'autorità amministrativa non possa procedere all'emanazione di alcun regolamento, se non in quanto sia investita di un corrispondente potere; ma subito però soggiunga, che tale attribuzione di potere non è necessario sia fatta dalla legge espressamente, bastando invece che essa venga fatta implicitamente col semplice fatto dell'attribuzione all'autorità amministrativa, per una data materia di un potere amministrativo di comando. In altri termini: l'attribuzione all'autorità amministrativa per una data materia di un potere amministrativo di comando, importerebbe sempre anche l'attribuzione all'autorità stessa della facoltà di emanare su quella materia norme regolamentari. — La cosa appare certo, almeno fino a un certo punto, giustificata e [59] logica quando nella distinzione fra comando legislativo e comando amministrativo si parta dalla teoria della generalità, quando, cioè, fra l'un comando e l'altro si ponga soltanto una differenza logica formale, la differenza che corre fra comando generale e comando individuale. Infatti se la differenza fra comando legislativo e comando amministrativo si fa consistere puramente nella differenza accennata, non può non dirsi logico il ragionamento che la dottrina corrente fa comunemente per giustificare il suo asserto. Se l'attribuzione di un potere amministrativo di comando — così si ragiona — importa, come non può



esser dubbio, la facoltà di emanare comandi singoli per ciascun caso compreso nell'ambito del potere stesso, perchè non deve importare anche la facoltà di emanare comandi generali per *tutti* i detti casi<sup>34</sup>? Nell'una ipotesi e nell'altra non si avranno che forme *diverse* di esercizio dello *stesso* potere<sup>35</sup>. — La cosa invece cambia totalmente quando fra comando legislativo e comando amministrativo non si ponga soltanto una differenza logica formale. Certo la facoltà di emanare comandi per ciascun singolo caso di una data categoria di casi, importa anche la facoltà di emanare comandi generali riguardanti tutti i casi stessi: ma tali comandi generali non hanno però natura diversa da quei comandi singoli. Infatti, se l'attribuzione di quel dato potere di comando è, come si suppone, l'attribuzione di un potere di comando *amministrativo*, il comando singolo emanato nell'esercizio del potere stesso non potrà che rappresentare un comando che si esaurisce fra l'autorità che lo emana e il soggetto che lo riceve, e nel quale si esplicherà un rapporto giuridico esistente fra l'una e l'altro. Ora, l'autorità può certo, invece di quel comando singolo [60] rivolto a uno solo dei soggetti da essa dipendenti, emanare un comando generale rivolto a tutti i soggetti stessi o ad alcuni, o rivolto a tutti o ad alcuni per un numero indeterminato di azioni, ma tale comando generale rappresenterà pur sempre un comando che si esaurisce fra l'autorità che lo emana e i soggetti cui si rivolge, e nel quale si esplicherà il rapporto di dipendenza esistente fra l'una e gli altri: rappresenterà cioè pur esso un comando amministrativo<sup>36</sup>. Chè se l'autorità, invece di quel comando (generale o individuale) che si esaurisce fra essa e i soggetti dipendenti, volesse emanare un comando esorbitante dall'ambito accennato, cioè, invece di un comando rivolto ai soggetti dipendenti di fare od omettere qualcheda verso sè stessa, volesse emanare un comando, o ai soggetti dipendenti di fare od omettere qualcheda verso un'altra autorità, o a un'altra autorità di fare od omettere qualcheda verso i soggetti dipendenti, o a questi di fare od omettere qualcheda l'uno verso l'altro, tale comando rappresenterà senza dubbio un comando legislativo, un regolamento, ma la facoltà di procedere all'emanazione di esso non potrà ritenersi attribuita all'autorità pel fatto solo che ad essa è attribuito il potere di comando amministrativo già accennato. Questo infatti non autorizza che a comandi che si esauriscono fra l'autorità e i soggetti da essa dipendenti, e attuino con ciò il rapporto esistente fra la prima e i secondi, ma non autorizza invece affatto a comandi che non si esauriscono fra l'autorità e i soggetti da essa dipendenti e, anzichè attuare il rapporto esistente fra di essi, si rivolgano a costituire nuovi rapporti: autorizza cioè a comandi di A a B — o ad alcuni B, o a tutti i possibili B — verso A, ma non a comandi di A a B verso C, o a C verso B, [61] o ad alcuni B verso altri B. Per questo diverso genere di comandi sarà necessaria una diversa, particolare attribuzione di potere. — Dunque l'attribuzione all'autorità amministrativa di un potere amministrativo di comando autorizza certo l'autorità stessa così all'emanazione di comandi individuali come di comandi generali: ma così questi come quelli non sono altro che comandi amministrativi. L'emanazione di veri e propri comandi legislativi (individuali o generali), essendo emanazione di comandi sostanzialmente diversi, non potrà esser fatta in base a quella semplice attribuzione di potere; essa perciò sarà

possibile o legittima solo in quanto una diversa, speciale attribuzione di potere sia fatta dalla legge<sup>37</sup>.

Potrei continuare in queste applicazioni, ma quelle accennate mi paiono sufficienti.

*Signori!*

Vi ho parlato del concetto di legge, e considero, che molte volte, durante questo mio dire, deve essersi presentato alla vostra mente un pensiero di questo genere: Come mai! Da tanti secoli l'umanità ha delle leggi e la scienza giuridica non è ancora pervenuta a fissarne il concetto! Cioè, in sostanza, non è pervenuta a fissare il concetto dello stesso abbietto di essa!

Questa manchevolezza la scienza giuridica ha comune (a suo discapito!) con infinite altre scienze: nelle quali, del pari, non si è riusciti a determinare che cosa l'oggetto della scienza veramente sia, e pure se ne studiano e riducono a sistema gli effetti. Non si sa che cosa sia l'elettricità, ma esiste una scienza dell'elettricità. [62]

Nella scienza giuridica però, che è scienza deduttiva, la manchevolezza accennata importa conseguenze gravi, che non importa invece nelle scienze c.d. positive, che sono scienze induttive. È possibile determinare gli effetti dell'elettricità senza avere determinato il concetto dell'elettricità, ma non è possibile determinare gli effetti della legge, senza avere fissato il *concetto* di essa.

Gli è perciò che a proposito del concetto di legge trova ragione di formularsi un richiamo rivolto alla scienza giuridica, che va oltre l'argomento accennato e il campo del diritto costituzionale: il richiamo — che già altra volta io osavo formulare — alla considerazione, in genere, dei concetti giuridici fondamentali, dalla determinazione dei quali dipende che tutto l'ulteriore lavoro della scienza sia proficuo.

Un tale studio è, di sua natura, certamente arduo; ma avrà tutto quel fascino, che deriva dalla considerazione dei problemi fondamentali di ogni scienza. Perché è nei problemi fondamentali soltanto, che ciascuna scienza, avvicinandosi alla filosofia, riesce a fissare dei veri, il cui valore trascende l'ambito della scienza particolare, assumendo carattere assoluto; è in essi e per essi soltanto, perciò, che ciascuna scienza viene a sentirsi parte dello scibile universo, cioè, anch'essa, scienza del mondo.

E della perfetta armonia del creato viene così a riflettersi anche in essa l'inenarrabile poesia.

## NOTE

1. Intendo alludere, per ciò che riguarda il successo teorico, alla fase precedente e concomitante l'attuazione degli ordinamenti costituzionali. Nella fase successiva, e tuttodì, il principio della divisione dei poteri, anche come principio politico, fu ed è oggetto di critiche acerbe. — Ma anche su questo punto, come sugli altri di cui accennerò in seguito, la dottrina corrente merita senza dubbio una rettificazione.
2. Vedi il mio scritto: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, pag. 218 e segg. — Non credo invece che all'ipotesi di atti di funzione legislativa in forma giurisdizionale rispondano i casi di cui in Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes in materiellen und formellen Sinne*, Berlin und Leipzig 1886, pag. 72 e segg.
3. Con una corrispondente *diversa forza formale degli atti*, emanati rispettivamente dai diversi poteri.
4. Vedi, pel nostro Statuto, gli art. 3 («Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere...»), 5 («Al Re solo appartiene il potere esecutivo»), 6 («La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce»). Che la parola *potere*, di cui nei due primi articoli, sia usata nel senso di *funzione*, e che del pari la parola *Giustizia*, di cui nel terzo, sia usata nel senso di *funzione* giudiziaria, non può essere dubbio. Ciò, ad ogni modo, risulta: 1°. dalla stessa struttura grammaticale dei detti articoli. Si provi a sostituire alla parola *potere*, di cui nei due primi articoli, la parola *organo*, e alla parola *Giustizia*, di cui nel terzo, l'espressione *organo giudiziario*, e si vedrà che le disposizioni rimangono addirittura senza senso. Invece la loro significazione risulta chiara, e, anzi, anche più perspicua che nel testo attuale, quando la sostituzione avvenga, nel primo caso con la parola *funzione*, e nel secondo con l'espressione *funzione giudiziaria*. 2°. dal contesto ulteriore dell'art. 5: dove è chiaro, che il costituente procede ad una specificazione della *funzione esecutiva*. Dunque negli articoli citati il nostro Statuto dispone veramente, come principio, *la attribuzione di ciascuna delle tre funzioni fondamentali dello Stato a un distinto potere*.
5. Io credo fermamente, che la teoria della divisione dei poteri meriti in generale una 'riabilitazione' quasi completa. Di essa la dottrina moderna ha assolutamente disconosciuto il profondo valore, sia politico, sia giuridico o positivo. È notevole intanto, che voci autorevoli a difesa della teoria della divisione dei poteri hanno cominciato a levarsi nel seno stesso della scienza tedesca: vedi Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig 1895, pag. 68 e segg. (ed. franc., I, Paris 1903, pag. 83 e segg.); Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*<sup>2</sup>, Tübingen und Leipzig 1901, pag. 10, e nota ivi.
6. Da ciò un criterio di interpretazione per le leggi costitutive di competenze negli organi dello Stato. Dato il dubbio intorno alla natura materiale di una attività attribuita alla competenza di un dato organo, la *presunzione* dovrà essere che l'attività stessa rientri nella funzione *propria* del potere, cui l'organo appartiene. Per un'applicazione pratica di questo criterio, vedi il mio scritto: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., pag. 220, in nota.

7. E lo stesso deve dirsi per gli atti degli organi legislativi: diversa è l'efficacia di un atto del Parlamento che costituisca esercizio di funzione legislativa da quella di un atto del Parlamento che costituisca esercizio di funzione amministrativa (sia p. es. la stipulazione di un contratto), oppure di funzione giurisdizionale.
8. Così si dica, p. es, per la determinazione dei requisiti formali dell'atto (a parità, s'intende, di potere) e dei requisiti intrinseci; per la determinazione dei modi di estinzione; o di estinzione di qualcuno dei suoi effetti; per la determinazione dell'ammissibilità o meno del ricorso in Cassazione nel caso di violazione dell'atto; ecc.
9. Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Berlin und Leipzig 1880, pag. 99; *Die deutschen Staatsverträge*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, XXXVI (1880), pag. 6, e nota 3 alla pag. 11.
10. Per la bibliografia relativa a tale questione, che è quella che viene a costituire più specialmente l'oggetto del nostro discorso, vedi: — per la letteratura tedesca, Meyer G., *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*<sup>6</sup>, Leipzig 1905, pag. 25, nota 2; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*<sup>4</sup>, Tübingen and Leipzig 1901, II, pag. 2, nota 2; Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne* cit., pag. 62 e segg.; Beyer, *Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt*, Breslau 1909, pag. 44 e segg.; — per la letteratura francese, Cahen, *La loi et le règlement*, Paris 1903, pag. 62 e segg.; Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris 1907, pag. 152 e segg.; — per la letteratura italiana, Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura dell'Orlando*, III, pag. 22 e segg.. Agli scritti ricordati da questo autore si possono aggiungere: Rossi, *La letteratura di diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni*, in *Archivio di diritto pubblico*, IV (1894), pag. 113 e segg.; Graziani, *Il bilancio e le spese pubbliche*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo a cura dell'Orlando*, IX, pag. 373 e segg.; Raggi, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città di Castello 1904, num. 4; Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Napoli 1904, nota a pag. 39 e segg.; Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, LXXV (1905), num. 27-28; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*<sup>5</sup>, Napoli 1907, § 23; Donati B., *L'elemento formale nella nozione del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, LIX (1907), IV, pag. 177 e segg.; Racioppi, in Racioppi e Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909, I, § 52, 71-72.
11. Così dico, pur non ignorando, che contro la teoria della generalità si pronunciò, fin dalla prima edizione, lo stesso Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, num. 186. Ma questa voce autorevole, forse perchè espressa con cenni appena fuggevoli, rimase del tutto isolata. Dopo gli scritti, divenuti classici, del Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, Napoli 1888 (ripubblicato in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900), e del Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* cit., l'uno e l'altro a favore della teoria della generalità, questa divenne assolutamente 'communis opinio'. Dubbi contro di essa ha sollevato soltanto, or non è molto, il Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*

cit., pag. 42. Quanto alla teoria *conciliativa* del Raggi, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità* cit., num. 4, il quale ritiene «che ogni manifestazione di volontà dello Stato d'indole generale ed astratta costituisce una norma giuridica», soggiungendo che però «norma giuridica è anche il principio che regola un caso singolo, un unico rapporto, conchè il comando ch'esso contiene si svolge al di fuori del diritto preesistente», a riguardo di essa è da osservare, che *il criterio della norma giuridica* non può essere che *uno*.

Anche la dottrina francese – per la tradizione del Rousseau – è unanimemente a favore della teoria della generalità. *Contra* non si è pronunciato, per quanto io mi sappia, che il Cahen, *La loi et le règlement* cit., pag. 113 e segg.

12. L'universalità del *caso* (evento cui sia condizionato il comando) non merita considerazione per sè; perchè essa si risolve in una universalità degli *atti* comandati (fa questa determinata azione ogni volta che si presenti questo dato caso = fa un numero indeterminabile di queste date azioni).
13. Cfr. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg i. B. 1887, pag. 37, 227 e segg.
14. Il principio dell'uguaglianza dinanzi alle leggi si afferma, anzi tutto, come principio *normativo* dell'attività degli organi legislativi, e poi, come conseguenza di ciò, come principio di *interpretazione* delle leggi, una volta emanate.
15. Alcuni, sostituendo alla parola *norma* la parola *regola*, si domandano ed oppongono: ma come può pensarsi una regola che non sia generale? Se non è generale, non è più regola. (Vedi, anche di recente, Beyer, *Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt* cit., pag. 44, nota 1) – Ma ciò significa giocare sul doppio significato ed uso della parola regola. Se si usa regola come contrapposto ad eccezione, certo la regola deve essere, almeno fino a un certo punto (cfr. Rocco Alfr., *Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Milano 1905, II, pag. 547, in nota), generale. Ma se si usa regola – come si deve usare nel caso nostro – nel senso di *norma* (che dà norma), allora non può essere dubbio che anche una regola per un caso singolo è regola (infatti: *regola* [verbo]).
16. Tale disposizione contraria è stata, ad ogni buon conto, sancita dal nostro Statuto (art. 6); ma vi sono anche costituzioni, come l'austriaca e la prussiana, che non contengono affatto disposizioni del genere.
17. Cfr. Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., pag. 257 e seg.
18. Vedi, da ultimo, Beyer, *Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt* cit., pag. 45 e seg.
19. Vedi Laband, *Staatsrecht*<sup>4</sup> cit., II, pag. 168 e seg.
20. Vedi, per la bibliografia, gli autori citati alla nota 10. A favore della teoria della generalità di nuovo ora Beyer, *Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt* cit., pag. 44 e segg.
21. Vedi Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., pag. 348 e segg.; Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig 1891, pag. 33 e seg., 35.
22. Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., *loc. cit.*; Anschütz *Kritische Studien ecc.* cit., pag. 26, 32 e segg., 34 e segg.

23. Il pensiero del Laband, al riguardo, non è senza qualche incertezza: vedi *Staatsrecht*<sup>4</sup> cit., II, rispettivamente, pag., 168 e seg. e pag. 178 e seg.
24. Anschütz, *Kritische Studien* ecc. cit., pag. 33, 34, 36 e seg., 87.
25. Sia pure *interpretato* al lume della realtà fisica, sociale e giuridica fra cui ha preso vita.
26. Un comando di puro fatto *rispetto a chi lo riceve* può essere un comando giuridico *rispetto ai terzi* (come è appunto del comando del padrone rispetto allo schiavo, il quale rispetto ai terzi si afferma come esercizio di un *diritto di proprietà*), oppure può essere *assolutamente* un comando di puro fatto, cioè un comando di puro fatto *anche rispetto ai terzi* (p. es., comando di un uomo libero ad un altro uomo libero dal primo arbitrariamente ridotto in ischiavitù).
27. Contrariamente per ciò che riguarda i *singoli* organi legislativi. Anche i comandi amministrativi emanati da questi (riguardo a parti o uffici di essi, ai loro membri, agli impiegati, al pubblico) non potranno perciò essere che comandi giuridici.
28. Come tale, l'atto, pur non avendo l'efficacia propria del negozio giuridico (vedi in seguito nel testo) – cioè di costituire un fatto alla cui produzione la legge riconnette il sorgere di dati obblighi e diritti –, non è tuttavia detto che non possa avere ugualmente *una certa* efficacia giuridica (ciò pare escluda in modo assoluto il Cammeo, *Nota in Giurisprudenza italiana*, LX (1908), III, pag. 243 e seg.). Per esprimere senz'altro il mio pensiero, credo che all'atto debba, almeno normalmente, riconoscersi la stessa efficacia, che in altra occasione ebbi a riconoscere, pel campo del diritto pubblico, alla consuetudine non richiamata dalla legge (vedi il mio scritto citato *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, pag. 158 e seg.), vale a dire quella di dar vita a una presunzione di 'utilità' a favore degli atti, compiuti successivamente, che siano conformi al 'programma', e, viceversa, a una presunzione di 'non utilità' contro gli atti, compiuti successivamente, che siano contrari al 'programma' stesso. Questo, difatti, presentandosi come una formulazione preventiva dei criteri della futura azione dell'organo, viene a costituire un riconoscimento esplicito e solenne da parte dell'organo della conformità al pubblico interesse dei criteri stessi: onde se successivamente, nel caso concreto, cioè precisamente quando si tratta di tradurli in atto, l'organo si diparta invece dai criteri stessi, sembra logico esso debba ciò giustificare con particolare e fondata motivazione, e, quando questo non faccia, l'atto debba ritenersi viziato, come dico in seguito, di eccesso di potere. – Non è inutile notare, che tale conclusione è stata accolta anche dalla nostra giurisprudenza: vedi, per l'ipotesi di un 'programma' formulato per un solo singolo caso futuro, decisione IV Sez. del Cons. di Stato 2 agosto 1895, in *Giurisprudenza italiana*, XLVII (1895), III, pag. 337 e segg.; id. 3 agosto 1896, *ibidem*, XLVIII (1896); III, pag. 298 e segg.; id. 19 novembre 1897, *ibidem*, XLIX (1898), III, pag. 23 e segg.; e, per l'ipotesi di un 'programma' formulato per una generalità di casi futuri, decisione IV Sez. del Cons. di Stato 20 luglio 1900, in *Giurisprudenza italiana*, LX (1900), III, pag. 273 e segg.. Vedi inoltre, quivi, la nota del Cammeo, *Valore regolamentare di atti e istruzioni ministeriali*.
29. Tale è la natura di quelle disposizioni di indole generale – sulla cui natura appunto si è di recente tanto discusso –, con le quali talune Camere di commercio hanno voluto

disciplinare in via preventiva la loro attività riguardo alla formazione del ruolo delle persone più idonee all'ufficio di curatore nei fallimenti (art. 715 cod. comm.): esse rappresentano, semplicemente, la fissazione di *principii di massima* per la futura azione dell'ente. In quanto poi le disposizioni emanate sulla materia dalle Camere stesse non possano ridursi al tipo accennato, cioè abbiano invece veramente e propriamente il carattere di un comando ad alterum, o legislativo o amministrativo (imposizione del deposito di una cauzione, o della presentazione di una relazione finanziaria alla fine della gestione fallimentare, ecc.), le disposizioni medesime dovranno ritenersi non valide, rappresentandosi come l'esercizio di poteri di cui le Camere non si trovano investite: queste non si trovano investite in materia di poteri legislativi (regolamentari in senso stretto), non importando l'attribuzione di poteri così fatti – come invece si è creduto – la disposizione dell'art. 715 cod. comm. (cfr. nel testo, pag. 59 e segg.; avvertendosi che gli argomenti ivi esposti trovano anzi, nel caso presente, applicazione *a fortiori*, poichè nel caso presente, cioè nel caso dell'art. 715 cod. comm., non si ha neppure l'attribuzione di un potere di *comando*, ma invece, semplicemente, di un potere ad esplicare una attività *non imperativa* [formazione di un ruolo di persone idonee per una data funzione, vale a dire enunciazione di un giudizio tecnico]); e nemmeno si trovano investite nella materia di poteri di comando amministrativi, poichè nessun rapporto di dipendenza intercede fra le Camere di commercio e le persone, i cui nomi dovranno essere elencati nel ruolo dei più idonei all'ufficio di curatore nei fallimenti. – Correttamente sulla questione la giurisprudenza della IV Sez. del Cons. di Stato: vedi decisione 8 maggio 1908 (specialmente notevole), in *Giurisprudenza italiana*, LX (1908), III, pag. 244 e segg.; id. 16 aprile 1909, in *Rivista di diritto commerciale*, VII (1909), II, pag. 241 e segg.; id. 7 maggio 1909, in *Giurisprudenza italiana*, LXI (1909), III, pag. 249 e segg.. Attribuisce invece a *tutte* le disposizioni accennate la qualità di vere e proprie disposizioni regolamentari e, su questa base, a *tutte* riconosce validità, unanimemente la dottrina: vedi Sraffa, *Il regolamento della Camera di commercio di Milano per la formazione del ruolo dei curatori nei fallimenti*, in *Rivista di diritto commerciale*, V (1907), I, pag. 253 e segg.; *Questioni sulle norme stabilite dalle Camere di commercio per la iscrizione nell'albo dei curatori di fallimenti*, in *Rivista di diritto pubblico*, I (1909), II, pag. 484 e segg.; Cammeo, *Nota cit.*, in *Giurisprudenza italiana*, LX (1908), III, pag. 243 e segg.; Angeloni, *Le Camere di commercio e i regolamenti per la formazione del ruolo dei curatori di fallimento*, in *Foro italiano*, XXXIII (1908), III, pag. 161 e segg.. Vedi anche, per rilievi interessanti, Arangio-Ruiz, *Intorno alla potestà regolamentare degli enti pubblici*, in *La Legge*, XLVIII (1908), pag. 1731 e segg.

30. Non dall'esistenza di un rapporto giuridico di supremazia fra l'autorità amministrativa che emana un dato comando e il soggetto od organo cui questo si rivolge, può e deve argomentarsi la natura di comando amministrativo del comando stesso; ma, viceversa, dalla natura di comando amministrativo di un dato comando (comando, che imponga di fare o non fare qualcosa verso l'autorità stessa che lo emana) deve dedursi che, se esso deve esser valido, deve essere costituito dalla legge un rapporto giuridico di supremazia fra l'autorità che lo emana e il soggetto cui si rivolge, di cui il comando

stesso possa rappresentare l'esplicazione. – Dall'esistenza di un rapporto giuridico di supremazia, fra l'autorità amministrativa che emana un comando e il soggetto od organo cui si rivolge, non può argomentarsi senz'altro la natura di comando amministrativo del comando stesso perchè: a) anche là dove esista fra l'autorità e un altro soggetto od organo un rapporto giuridico di supremazia, l'autorità, quando ne abbia corrispondente potere, può intervenire, anzichè *esplicando* quel rapporto, *costituendo* invece un rapporto fra il soggetto o organo stesso e un altro soggetto o organo; b) anche dato che l'autorità non si trovi investita del potere indicato, può avvenire ugualmente che, o per errore o per altro, essa si rivolga e intenda rivolgersi, a svolgere un'attività legislativa nel senso accennato, e non a mettere in essere un comando amministrativo. Però la *presunzione* sarà, naturalmente, contro il ricorso di una tale ipotesi. Quindi può dirsi, che, quando fra l'autorità amministrativa ed il soggetto od organo cui si rivolge un dato comando interceda un rapporto di supremazia, di cui il comando stesso possa rappresentare l'esplicazione, e, d'altro lato, l'autorità non si trovi investita di un potere di emanare norme giuridiche, di cui del pari il comando possa rappresentare l'esplicazione, il comando stesso dovrà ritenersi, fino a prova contraria, un comando amministrativo.

31. Di uguale natura degli atti ricordati nel testo sono le disposizioni d'indole generale contenute nei regolamenti delle Camere, in quanto le medesime si rivolgano o ai singoli uffici della Camera o ai membri di essa o agli impiegati o al pubblico. In quanto invece le medesime si rivolgano alla Camera come tutto, esse rappresentano semplicemente la fissazione di *principii di massima*, la fissazione di un 'programma' per la futura azione concreta della Camera stessa, nel senso che già si è spiegato retro (pag. 52 e nota 28). Rilievi preziosi sulla materia vedi in Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari* cit., col quale, nelle conclusioni, concordo quasi completamente.
32. Vedi sulla questione specialmente Haenel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888, pag. [147]243 e segg.; Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne* cit., pag. 76 e segg., 107 e segg.; Anschütz, *Kritische Studien* ecc. cit., pag. 56 e segg. In quest'ultimo potranno altresì trovarsi ulteriori rimandi bibliografici.
33. Non è detto che debba avvenire *necessariamente*. Il terzo organo può bensì rivolgere all'inferiore un comando di fare o non fare qualchedo *verso il superiore*, ma può anche, invece, rivolgere ad esso il comando di fare o non fare qualchedo *verso sè stesso*. Se l'organo emanante del comando sia il Parlamento, la presunzione sarà sempre nel primo senso; perchè la presunzione è sempre nel senso, che il Parlamento voglia rispettare la distribuzione delle competenze statuali, e quindi che non eserciti funzioni *proprie* dell'esecutivo (cfr. anche Laband, *Staatsrecht*<sup>4</sup> cit., II, pag. 170). Ma potrà anche avvenire, che si possa *dimostrare* verificata in fatto invece la seconda ipotesi: si avranno allora, nonostante l'avvenuto mutamento della forma, pur sempre dei comandi amministrativi, e cioè dei comandi amministrativi in forma legislativa.
34. La conclusione – come dico – si giustifica perfettamente dal punto di vista *logico*; ma assai poco però si giustifica dal punto di vista del *diritto positivo*. Ed infatti, posto il principio della divisione dei poteri e posto che legislazione sia emanazione di comandi



*generali*, dovrebbe ben concludersi, che l'attribuzione a un organo dell'amministrazione del potere di emanare comandi singoli rispetto a una materia, non può importare che, appunto, il potere di emanare comandi singoli, e non mai, invece, quello di svolgere un'attività *materialmente* diversa e, come tale, *propria* di un altro potere, quale, precisamente, l'emanazione di comandi *generali*.

35. Cfr. Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*<sup>3</sup>, I, Berlin 1883, pag. 118; e in *Holtendorff's Rechtslexikon*<sup>3</sup>, III, Leipzig 1881, pag. 1059; Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico* cit., pag. 4, 32 e segg., 34 e segg., 68; Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* cit., pag. 25, 29, 34 e seg., 128 e segg.; Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari* cit., pag. 11; Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano a cura dell'Orlando*, II, parte II, pag. 64 e segg.. – La formula, da cui si prende le mosse per il ragionamento delineato nel testo, è quella del Gneist, *opp. e locc. cit.*: «Ciò che l'autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo e vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire». Tale formula però viene presso di noi modificata, nel senso di ritenere, che la potestà di comandare e di vietare debba essere una potestà *discrezionale*, non esecutiva; perchè – si osserva – soltanto quando la potestà sia discrezionale vi potrà esser luogo a formulare norme per la futura azione dell'autorità nell'esercizio di essa (vedi, per tutti, Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, specialm. pag. 4, 33 e seg.; Cammeo, *op. cit.*, specialm. pag. 128 e segg.). Ma con ciò si spostano i termini del ragionamento, anzi si toglie ad esso ogni valore al fine di far derivare la facoltà regolamentare dalla facoltà di provvedimento singolo. Ed invero, se ogni potere dell'amministrazione è sempre, necessariamente, un potere verso i terzi (altri organi od enti), e se tale quindi è anche il potere di comando singolo, l'esercizio *in forma generale* di tale potere non potrà dar luogo che a un comando generale *verso i terzi*. È poi, ad ogni modo, assurdo, voler ridurre ogni disposizione regolamentare a una disposizione che costituisce obblighi nell'amministrazione e diritti nei cittadini: vi sono disposizioni regolamentari che costituiscono soltanto dei diritti nell'amministrazione, con corrispondenti obblighi dei cittadini; vi sono d'altra parte disposizioni regolamentari, che nemmeno regolano rapporti fra l'amministrazione e i cittadini, ma regolano invece o rapporti fra i cittadini ed altri organi (così, p. es., molte disposizioni dei regolamenti giudiziari), oppure, semplicemente, fra i cittadini stessi reciprocamente (così, p. es., certe disposizioni dei regolamenti edilizi).
36. La *Verwaltungsverordnung* dei tedeschi.
37. Correttamente sulla questione, almeno per ciò che riguarda le conclusioni, Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., pag. 386; Anschütz, *Deutsches Staatsrecht*, in *Holtendorff – Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, II, Leipzig und Berlin 1904, pag. 603 e seg.: ad essi però sfugge – come è naturale – il rilievo della irreducibilità *logica* rispettiva delle *Rechtsverordnungen* e delle *Verwaltungsverordnungen*.