

§ 1. - L'opera.

Nessuno dei lettori si aspetterà che questa introduzione generale alla presente pubblicazione della grande opera del Jellinek abbia tra i suoi scopi di « presentare », come suol dirsi, l'opera stessa agli studiosi del diritto dello Stato, o, sia pure, allo stesso grande pubblico rappresentativo di tutta la cultura giuridica italiana.

Era apparsa, quest'opera, con una coincidenza cronologica quasi fatidica, proprio nell'anno 1900, tra la fine e il principio dei due secoli che, specie nei rapporti con l'idea di Stato, sembra quasi che segnino il passaggio da un'era ad un'altra. Aveva avuto il secolo XIX, indubbiamente, una straordinaria vocazione pel diritto: per quanto poi più specialmente riguarda il diritto pubblico, si può dire che abbia avuto, quel secolo, una efficienza creativa. Proprio negli ultimi decenni di esso, opere sulla dottrina generale dello Stato o trattati di diritto pubblico generale (nella varietà dei titoli che li designano, cui corrisponde una varietà forse più di metodo che di contenuto) si erano moltiplicati in Germania, sì da potersi dire che i maggiori giuspubblicisti tedeschi considerassero quasi come una integrazione del loro contributo scientifico l'affrontare una trattazione di tal genere. Appena apparsa, l'opera del Jellinek fu qualificata, nella Germania, come « l'ultima parola della scienza tedesca »; così prevalente apparve l'autorità del Maestro di Heidelberg. Questa autorità, poi, col decorso del tempo, si è non solo mantenuta, ma anzi accresciuta, ed in certo senso, oggi, direi, riconsacrata.

Per considerare in maniera più sottile e più analitica la ragione di questa indiminuita autorità, gioverà premettere una distinzione, la quale, mentre vale in generale per tutti i contributi a scienze dell'ordine nostro, acquista una importanza particolare proprio per un'opera come questa. Vi sono, infatti, opere espositive; vi sono opere creative. Le une trasmettono un patrimonio di conoscenze acquisite; le altre lo trasformano e lo aumentano (o, almeno, così si propongono e credono). L'una e l'altra funzione, anche isolatamente considerate, sono utili e giovano; ma nel loro concorso è riposta una delle condizioni essenziali del progresso scientifico. Or, una dottrina generale dello Stato o, con un titolo affine ma diverso, del diritto dello Stato, si presenta come una trattazione, complessa ed ordinata in sistema, di tutta la materia, un'esposizione dello stato della scienza in tutti quanti i temi che vi si riferiscono. Sotto questo primo aspetto, l'opera del Jellinek si può ritenere perfetta. Sintetica ed analitica nel tempo stesso, di tutti gli argomenti particolari dà una ragione sufficiente per

una piena comprensione e quelle parti ricompone poi in maniera da formare un tutto pienamente coordinato. Si potrebbe così considerarla come una specie di inventario di tutto quanto, nel campo del diritto, si deve a quel secolo XIX, che, come or ora abbiamo detto, raggiunse un grado altissimo in questo ordine di studi sotto la guida di grandi Maestri, a cominciare dal Savigny, che col suo celebre programma circa il *Beruf* (la vocazione) del tempo — che era quasi all'inizio del secolo, 1814 — per la scienza del diritto, fu il primo a tentare la liberazione della nostra scienza dalla soggezione a premesse filosofiche. Per verità, il diritto privato sulla base granitica del diritto romano si era difeso da ogni infiltrazione nociva, nella roccaforte della sua dommatica e della sua esegesi; occorreva invece un movimento iniziale perchè si desse un carattere scientificamente giuridico allo studio di tutta la materia attinente allo Stato e al diritto ad esso relativo: materia, che fino al principio del secolo stesso era stata obbietto esclusivo o della filosofia o della politica o di un « diritto comune » (il *common Law* inglese), in cui nell'uniformità di un'esegesi delle fonti si confondeva la distinzione reciproca del diritto pubblico dal privato. Non per questo, tuttavia, all'opera del Jellinek potrebbe attribuirsi il carattere di un'enciclopedia del diritto pubblico: resterebbe sempre la differenza sostanziale di quell'unità di pensiero, di metodo, di sistema, che deriva dalla personalità dell'autore, che sia nel tempo stesso, come nel caso, un grande Maestro. Vogliamo con ciò dire che se, come si è poc'anzi accennato, son propri di ogni progresso scientifico, da un lato, la conservazione, sotto forma di tradizione, delle conoscenze già acquisite e, dall'altro, un progresso come rinnovamento ed elaborazione originali, questi due aspetti si riscontrano nell'opera del nostro Autore in maniera che raramente si presenta così armonica. Le quali premesse giovano ora per considerare più da vicino l'effetto che il trascorrere del tempo può avere esercitato sul valore e quindi sull'utilità attuale dell'opera.

Il mio caro amico, Modestino Petrozziello — il traduttore egregio dell'opera — in alcune sue note accenna, fra l'altro, alle speciali vicende occorse a questa traduzione di essa in italiano. E, per verità, ove si vogliano considerare le ragioni e gli effetti del tempo trascorso, si può affermare senza — purtroppo! — peccare di retorica o « fare della letteratura » come la pubblicazione della traduzione italiana dell'opera monumentale di Giorgio Jellinek sia passata attraverso eventi, che mentre hanno origini e cause nella grande storia universale, hanno poi avuto sulla pubblicazione stessa una singolare influenza.

Gioverà qui rapidamente ricordare che l'illustre Autore aveva inizialmente concepito ed annunziato la sua opera sotto il titolo: « *Das Recht des modernen Staates* » (Il diritto dello Stato moderno), la quale doveva comprendere due parti: la prima, l'*Allgemeine Staatslehre* (Dottrina generale dello Stato); la seconda, la *Besondere Staatslehre* (Dottrina particolare dello Stato). Senonchè, vivente l'Autore, il quale morì il 12 gennaio 1911, comparve solamente la prima parte, in due edizioni. Quanto alla *Besondere Staatslehre*, il prof. W. Jellinek, che con filiale

devozione pari alla sua alta competenza ha avuto cura della eredità scientifica paterna, rinvenne di essa un abbastanza ampio frammento nelle carte lasciate dal padre e lo pubblicò, corredato di note, negli *Ausgewählte Schriften und Reden* nei quali egli, subito dopo la morte del suo genitore, raccolse numerosi scritti e discorsi di lui, che o non erano mai stati pubblicati o eran divenuti rari o, quanto meno, difficili a trovarsi.

Ad ogni modo, la Dottrina generale — come, fin dal suo apparire, avvertiva lo stesso Autore e come risulta da un'ovvia osservazione — costituiva un'opera per sé stessa affatto autonoma e compiuta. Alla sua volta, poi, questa parte generale è distinta in tre libri, di cui il 1° contiene studî introduttivi di un carattere, per dir così, generalissimo, relativo soprattutto alla inserzione delle scienze giuridiche in una classificazione generale delle scienze; il 2° libro contiene una dottrina generale sociale dello Stato; ed il 3° libro, la dottrina generale del diritto dello Stato. Dal punto di vista della estensione materiale, si può osservare che i due primi libri hanno, insieme, una estensione quasi uguale a quella del terzo; ed è accaduto, senza alcun accordo specifico, che i due primi libri nella traduzione francese formino un primo volume ed il libro terzo un secondo, e che parimenti la traduzione italiana del 1° e 2° libro sia apparsa in un volume, e che alla traduzione del 3° sia stato riservato un altro volume. La nota del Petrozziello, in seguito, spiega e le ragioni di un primo ritardo nella pubblicazione di quel primo volume, e le ragioni di un secondo ritardo, al quale va pure connesso l'avvenuto mutamento dell'editore, nella pubblicazione dell'altro volume, del libro 3°, contenente il diritto pubblico generale: ossia, il volume presente.

Or, dopo questa premessa di fatto, una prima avvertenza si pone: e cioè, che se ed in quanto questa separazione, che rende autonoma la parte del diritto dello Stato, venga considerata dal punto di vista della coerenza e coesione dottrinale dei vari argomenti ivi contenuti e dell'unità che ne risulta, si può senz'altro affermare che questa separazione non è punto nociva e che la materia di questo volume presenta una sua perfetta omogeneità e conseguente unità. Si potrebbe anzi persino ritenere, senza che ciò costituisca un paradosso, che tale separazione, per quanto derivi dal caso e sia avvenuta per una necessità, costituisca come una *felix culpa*: in altri termini, che, sotto questo aspetto, il valore dell'opera non ne resti diminuito, ma anzi, invece, che se ne sia giovato. Torneremo su questo argomento.

Come lo stesso titolo lo indica, oltre ed a parte quei capitoli introduttivi contenuti nel libro primo, tendenti ad una determinazione sistematica nel campo della classificazione generale delle scienze (rapporti fra la dottrina dello Stato e le scienze della natura, rapporti di essa con la psicologia e l'antropologia, nonchè soprattutto con le scienze sociali), il secondo libro concerne una dottrina sociale dello Stato, il cui contenuto e la cui estensione possono apparire più o meno plausibili a seconda della scuola cui si appartiene, così nel campo filosofico come in quello scientifico. In ogni caso, però, la stessa mirabile lucidità dell'in-

signe Maestro avvertì la grave difficoltà d'isolare sistematicamente gli aspetti giuridici da quelli sociali. Così, trattando delle singole teorie dello Stato, non possono non esservi comprese quelle giuridiche: fra le dottrine della « giustificazione » dello Stato accanto a quelle teologiche o etiche o psicologiche, debbono pure trovar luogo quelle giuridiche; il diritto stesso occupa tutto un capitolo come un « problema » della dottrina dello Stato. Questa mescolanza del tema giuridico con quello sociale si giustifica, certamente, pel sistema generale dell'Autore; ma dà luogo ad una certa eterogeneità di contenuto. Il libro terzo, invece, che è — come si è detto — il volume che ora si pubblica, ha una sua netta e precisa unità, la cui necessità sistematica di contenersi dentro confini di una pura tecnica giuridica non può dare, e non dà, luogo a dubbi o a controversie.

Ma se io, anche a parte questa considerazione, mi sono indotto a qualificare la separazione delle due parti dell'opera come certamente non dannosa e forse anche utile proprio sotto l'aspetto dell'attualità, mi sono con ciò riferito a tendenze, di cui ben si può dire che siano proprie del più recente periodo di studi. Qui, evidentemente, non vogliamo anticipare nè pregiudicare la soluzione delle delicate questioni che si collegano con una più rigida affermazione della natura giuridica, in un senso più o meno esclusivo, dello Stato: vogliamo, bensì, dire solamente che la consolidazione dello studio dello Stato nel suo aspetto puramente giuridico, per quanto dovuta a ragioni casuali, non abbia nociuto all'unità dell'opera.

Detto ciò per quanto riguarda lo speciale indugio nella stampa di questa seconda parte, bisogna considerare la questione del tempo trascorso in rapporto generale a tutta l'opera, tenuto conto non soltanto della concezione originaria dell'Autore, ma anche delle successive edizioni. La prima edizione risale al 1900: l'opera, dunque, nella sua forma originale, celebra ormai il suo mezzo secolo di vita.

Or, dal lato prevalentemente materiale, determinato dalla copia e dalla importanza di eventuali altre pubblicazioni sopravvenute, bene si può affermare che le trattazioni di diritto pubblico generale, proprio nei decenni che son seguiti all'opera del J., si siano arretrate, fatta eccezione di una *Allgemeine Staatslehre* di Hans Kelsen, di cui diremo a parte, poichè essa, pur a prescindere dal suo alto valore per contributi originali, serve allo scopo di intendere e qualificare il significato e la portata di questo periodo intermedio. Ed è questa l'indagine, che in maniera più immediata interessa il diritto pubblico, poichè si tratta, sostanzialmente, di tracciare qui una specie di storia della letteratura giuridica in questo ordine di studi per circa un mezzo secolo, che coinciderebbe precisamente con la prima metà della ferrea storia di questo secolo XX.

Or, dunque, da questo primo punto di vista, nessuno dirà che in questi primi decenni del presente secolo, il nostro ordine di studi abbia segnato un progresso scientifico; si potrebbe invece riscontrare la tendenza inversa nel senso di un esaurimento. Ovvio è peraltro la ricostruzione delle cause. In primo luogo, questo pe-

riodo è stato contrassegnato dallo stato di ben due guerre, e di quali guerre! Nei due dopoguerra che han seguito l'una e l'altra, vive ed acute sono state le preoccupazioni e le ansietà di altro genere, ma forse non meno conturbanti di quelle sofferte prima. Ognun vede pertanto come quella attività spirituale che può esser dedicata agli studi, si sia dovuta, date quelle condizioni, considerevolmente ridurre e per quantità e per qualità. In secondo luogo, se dalla questione del tempo da poter destinare allo studio con serenità di spirito, si passi a quella delle esterne condizioni politiche più o meno propizie, sarà facile riconoscere quanto funesti siano stati gli effetti di quel totalitarismo che in questo periodo intermedio ha contrassegnato le istituzioni di diritto pubblico, con particolare violenza poi proprio nelle due Nazioni, che erano forse le più progredite in quell'ordine di studi, come l'Italia e la Germania. Non crediamo di fare della politica se avvertiamo qui che l'influenza di quelle forme di governo riesca assai gravemente nociva per l'effetto, inseparabile dalla loro stessa natura, di arrestare o di grandemente ridurre quella libertà di pensiero e di critica, che è condizione *sine qua non* per il progresso ed anzi per l'esistenza stessa di una scienza come la nostra. Nè è un paradosso l'affermare che questa esistenza veniva ad essere negata *a priori*, se dalle scuole al servizio di quei regimi apertamente si insegnava che ogni diritto obiettivo e subiettivo doveva cedere dinanzi alle necessità della « rivoluzione », la quale « rivoluzione » non era già da considerarsi come una parentesi del tutto transitoria della vita normale del diritto, bensì come sempre « in atto ». Considerai altrove, ed in maniera specifica, questo argomento, rilevando i profondi rapporti che si determinano fra gli eventi storici, tanto più quanto più son grandi, e l'evoluzione del pensiero scientifico e delle stesse scuole. Traendo qui soltanto le conseguenze di quel primo aspetto dell'indagine, possiamo concludere come, anche nell'attuale momento della storia della letteratura di diritto pubblico, resta sempre vera in punto di fatto la nostra affermazione: e cioè che, specie come bibliografia e, più specialmente come tratti generali, non si può dire che nuovi rilevanti contributi siano stati apportati in questo periodo intermedio. L'opera del Jellinek resta, in certo senso, la più recente.

Non potremmo meglio illustrare questo punto e concludere questa prima parte della nostra introduzione che riferendoci ad un giudizio, il quale, se anche espresso ad altro proposito, si muove sullo stesso piano dell'attuale indagine, e precisamente in quanto pone in rilievo la persistente ed inalterata autorità dell'opera. La particolare importanza di questo giudizio può anzitutto desumersi dal momento in cui esso fu manifestato: e cioè, in un tempo precisamente intermedio rispetto a quel mezzo secolo che ci separa dalla prima edizione dell'opera, poichè tale giudizio fu espresso nel 1925. Ma soprattutto qui importa il nome dell'Autore, cui il giudizio appartiene. Esso è di quel giuspubblicista che in Germania ha impresso l'orma più profonda in questo ordine di studi proprio nella prima metà di questo secolo: abbiam detto Hans Kelsen. Questo nome non è soltanto

rappresentativo di una persona di un'alta autorità scientifica, ma ha avuto la sorte, questa volta non separata dal merito, di designare tutta una scuola, che appunto, com'è noto, si chiama la « scuola di Vienna », dal luogo della cattedra donde quelle teorie vennero espresse e alla dottrina dello Stato fu dato quell'indirizzo.

Si tratta, dunque, di un vero movimento di pensiero, in tanto più in quanto gli allievi di questo Maestro sono ben lungi dall'essere dei semplici divulgatori e ripetitori, avendo ognuno di essi una sua propria opinione ed imprimendo una certa nota personale a quella che sarebbe la dottrina originaria.

Orbene il Kelsen, facendo eccezione alla osservazione da noi testè fatta circa la rarefazione, in questo intervallo, di quel tipo di trattati generali di diritto pubblico o di dottrina generale dello Stato che in Germania erano stati relativamente frequenti verso la fine dell'800 e il primo decennio del 900, ha pubblicato una sua *Allgemeine Staatslehre* (Berlino, 1925), cui ha fatto seguire, poco dopo, una specie di sintesi o, meglio, di riassunto.

L'opera maggiore s'inizia con una prefazione, la quale, in certo modo, rappresenta l'espressione della linea di pensiero seguita dall'autore per pervenire alla concezione dell'opera. Le cose che egli scrive a questo proposito hanno un singolare valore per il tema di cui ci occupiamo. Dice egli, infatti, che nel momento in cui procedette alla raccolta e alla integrazione dei risultati dei lavori monografici di preparazione dell'opera stessa, per ottenere il definitivo collaudo del suo sistema di una dottrina generale dello Stato, ebbe questa significativa impressione: « Vedo più chiaramente, egli scrive, che non per l'innanzi, quanto l'opera mia propria si basi sui grandi predecessori; io mi sento più intimamente inserito di quanto non fossi stato fin qui in quell'indirizzo della conoscenza teoretica dello Stato, del quale come i rappresentanti più eminenti in Germania debbono essere citati Carlo Federico von Gerber, Paolo Laband e Giorgio Jellinek ».

Dichiarazione, la quale, come ognuno vede, fa onore al Maestro che l'esprime; ma che qui specialmente importa, per ciò che attesta una continuità di tradizioni e quindi anche di opere e di pensiero della scuola tedesca (si ricordi, a tal riguardo, quanto sopra abbiamo detto a proposito dell'attualità sempre viva e fresca della opera del Jellinek). Ed anzi, il Kelsen, nel seguito della sua *Vorrede*, questa tradizione estende fino a collegarsi ed appoggiarsi alla scuola storica del primo terzo del secolo XIX, che, alla sua volta, si collega con la grande rivoluzione filosofica della *Vernunftkritik* di Emanuele Kant! E sarà, a questo punto, probabilmente perdonata una citazione che può sembrare vanitosa se chi scrive, oggi vecchissimo professore, ricorda che, giovanissimo e proprio all'inizio della sua carriera, appena venticinquenne, affermava una sua derivazione analoga circa la scuola cui aderiva, cioè quella storica, con una franchezza ch'egli stesso avvertiva esser così grande « che ad alcuno potrebbe sembrare ingenua, ad altri presuntuosa, ad altri insieme ingenua e presuntuosa ». E tale era: ingenua e presuntuosa. Ma vi era pure la felice giovinezza! (Orlando: *Principi di diritto costituzionale* — Introduzione, e poi ai n. 21 e seguenti — Firenze, 1889). E si perdonerà forse

più facilmente quel tanto, se vuoi, di vanità che induce a quel ricordo, ove si pensi che un contemporaneo movimento d'idee, che si riscontra fra studiosi in maniera affatto spontanea e così distanti fra loro per spazio e per tempo, ha sempre in se stesso un certo valore scientificamente significativo.

Ma, per tornare al Kelsen, come a un grande testimone di questa continuità di pensiero, limitandoci per ora alla sola Germania, egli, in un passo successivo, torna sull'argomento con parole anche più specifiche d'individuale rispetto verso il Jellinek: « Io mi sono attenuto fondamentalmente al mio disegno originario, e cioè di non aggravare lo svolgimento della teoria dello Stato con sviluppi storico-dogmatici e storico-letterari. Io credetti di poter fare ciò tanto più in quanto la grande opera di Giorgio Jellinek, magistralmente continuata da Walter Jellinek, corrisponde in questa tendenza abbondantemente a tutte l'esigenze scientifiche. Quanto alla esposizione della dottrina dominante, io mi sono attenuto agli autori più insigni, e così in particolare a Gerber, Bluntschli, Laband, Rehm, Otto Meyer, Gierke, Fleiner, Hatschek, Riccardo Schmidt ed altri, ma si comprende di per sé come, in ciò, mi sia orientato precisamente sull'*Allgemeine Staatslehre* di Giorgio Jellinek più che su qualsiasi altra opera. E, difatti, il merito durevole di essa è la coordinazione completa della dottrina dello Stato del secolo XIX. Nel maggior numero dei casi essa fornisce quella che oggidi può valere come l'opinione media della scuola. In quanto io abbia avuto bisogno di essa, nello *standard work* del mio Maestro indimenticabile ho trovato un sostegno essenziale ».

Vero è, senza dubbio, che accanto a queste manifestazioni, che possiamo qualificare commoventi, di rispetto e di gratitudine verso l'indimenticabile Maestro, e dopo questo ossequio verso una tradizione che risale per circa un secolo, sino al grandissimo nome del Savigny, la cui altezza domina tanto il diritto privato quanto quello pubblico, il Kelsen, nella sua stessa *Vorrede*, non manchi di mettere in evidenza, ed anche con una certa energia, il valore innovativo delle dottrine, che egli introduce nel sistema tradizionale; ma non riscontreremo in ciò contraddizione e tanto meno ipocrisia, se ricorderemo quanto pur abbiamo detto innanzi. E cioè, che la grandezza di un processo scientifico consiste soprattutto nell'armoniosa congiunzione con le tradizioni, in cui si riproducono il travaglio assiduo, la potenza di capacità creativa e, insomma, tutte le forme di contributo di varie generazioni di studiosi nei secoli che si succedono, col proposito tenace di tender sempre verso un ulteriore progresso, senza però mai vantarsi orgogliosamente di rompere con quelle tradizioni, ma anzi continuandone il corso.

A pochi è riservato di servirsi di una spugna per cancellare da una lavagna tutto quello che c'era scritto; ad ogni modo, ciò può esser forse possibile per un filosofo, ma non per uno scienziato, poichè quel processo distruttivo, se fosse giustificato, negherebbe che una scienza fosse preesistita.