

DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO (*).

A) L'ANTITESI.

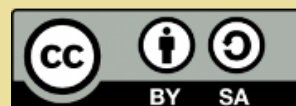
Sebbene l'antitesi tra diritto privato e pubblico costituisca, per così dire, la spina dorsale dell'intera sistematica della teoria del diritto, è assolutamente impossibile dare una rappresentazione, anche soltanto approssimativamente unitaria, di ciò che in generale s'intende con la distinzione fra diritto privato e pubblico. Si possono bensì enumerare certi campi del diritto, determinati nel contenuto, i quali convenzionalmente sono contrapposti come diritto « pubblico » ad un diritto privato. Si ascrivono al diritto pubblico il diritto costituzionale, l'amministrativo, il processuale ed il penale, anche l'internazionale e l'ecclesiastico (l'ultimo in quanto prevalentemente si riferisce ai campi prima accennati); tutto il rimanente diritto si chiama diritto privato. Ma, se si ricerca il fondamento di questa partizione, si cade in mezzo ad un caos di opinioni dottrinali contraddittorie.

Incerto è innanzi tutto l'oggetto della partizione. Ora è il diritto oggettivo, le norme giuridiche, ora il diritto soggettivo i doveri e i diritti, i rapporti giuridici da essi formati, che sono divisi in privati e pubblici. Se si riconduce il diritto soggettivo all'oggettivo, una partizione di quello dev'essere in pari tempo una partizione di questo. Di più, con la duplicità dell'*oggetto* della partizione si connette un'antitesi di *criteri* della partizione. La letteratura sull'argomento ne presenta più di una dozzina. I più diversi punti di vista, spesso in assoluto contrasto fra loro, sono adottati dai vari autori, e non di rado dal medesimo autore, per determinare l'antitesi fra diritto pubblico e privato. Tuttavia si possono indicare come prevalenti due teorie. La differenza del *criterio* di partizione è qui, almeno nell'intenzione, anche una differenza dell'*oggetto* della partizione.

(*) Cfr. Su questo argomento: WEYR, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in *Archiv des öffentlichen Rechtes*, 1908, p. 524 segg.; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., 1923, p. 268 segg. e 630 segg.; ID., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechtes*, 1923, p. 53 segg. e 190 segg.

Antologia di Diritto Pubblico n. 2/2024 • ISSN 2975-2191

La versione scansionata è tratta dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1924, pp. 340-357. La Direzione della Rivista è a completa disposizione dei titolari dei diritti dell'opera per l'assolvimento di quanto eventualmente occorra nei loro confronti.



B) LA TEORIA DELL'INTERESSE.

In connessione alla teoria del diritto romano, dal quale deriva tutta questa suddivisione, si indicano come diritto *pubblico* quelle *norme giuridiche*, le quali mirano all'interesse generale o collettivo, come diritto privato quelle che mirano all'interesse individuale, all'interesse dei singoli. Si comprende facilmente che così si adotta un punto di vista metagiuridico, e non si può ottenere alcuna partizione utile per la teoria del diritto. Per la qualificazione giuridica delle norme giuridiche non ha importanza lo scopo cui servono, come per una distinzione di pitture il prezzo loro. Una partizione delle norme giuridiche, le quali annettono sempre a determinate condizioni determinate conseguenze, può riferirsi solo al contenuto o alla struttura delle fattispecie comprese nella premessa maggiore o nella minore, quindi solo ad oggetti immanenti nel diritto, non trascendenti il diritto. Senonché è semplicemente impossibile affermare di qualunque norma giuridica positiva, che serve all'interesse collettivo o all'individuale. Ogni norma giuridica serve sempre ad entrambi allo stesso tempo; perché l'interesse collettivo non è un interesse diverso dall'individuale. Propriamente, vi sono soltanto interessi individuali. Da che una norma giuridica protegge un interesse individuale, la protezione di questo è un interesse collettivo. Per il fatto che l'ordinamento giuridico accoglie norme sul mutuo — senza dubbio norme di diritto « privato » — si fa palese che per queste norme giuridiche esiste un interesse collettivo. E parimente per qualunque norma giuridica del diritto positivo amministrativo o penale — senza dubbio diritto « pubblico » — può essere determinato l'uomo individuale che è interessato a questa norma giuridica, alla protezione del cui interesse questa norma giuridica serve. Nel diritto costituzionale e processuale quest'ultimo elemento non appare così chiaramente per ciò, che qui in generale non si tratta di norme giuridiche per sé stanti, complete.

L'antitesi di interesse collettivo e individuale è l'antitesi di due punti di vista metagiuridici, che possono esser fatti valere entrambi rispetto ad ogni norma giuridica. In un certo senso e sotto un certo aspetto, la contrapposizione di diritto pubblico e privato disegnata secondo la teoria dell'interesse coincide persino con la contrapposizione di diritto *oggettivo* e *soggettivo*, secondo la

stessa teoria. L'interesse protetto, cioè il diritto soggettivo, è sempre l'interesse individuale; la protezione dell'interesse, cioè il diritto oggettivo, è sempre interesse collettivo.

Se con l'ordinamento giuridico vengono protetti interessi individuali — e ciò si verifica sempre —, di regola è un certo *interesse medio* che sta a base delle considerazioni politico-legislative, che in conclusione conducono ad una norma giuridica positiva. Certamente può essere diverso il grado, in cui l'interesse individuale concreto è preso in considerazione. Certe norme dell'ordinamento giuridico positivo hanno solo valore *dispositivo*, cioè esse valgono col loro contenuto soltanto per il caso e nella misura che le parti, delegate a ciò dall'ordinamento giuridico, non siano autorizzate a stabilire norme di diverso contenuto per la loro reciproca condotta, con manifestazione unilaterale o bilaterale di volontà. Questa distinzione fra diritto cogente e diritto dispositivo, che talora anzi viene identificata con quella fra diritto pubblico e privato, è del tutto immanente nel diritto. Essa si trova in tutti i campi in cui la materia del diritto è convenzionalmente divisa, nel diritto amministrativo come nel diritto civile. Lo stesso avviene della distinzione che ne deriva, e cioè che in certe norme giuridiche tra le condizioni dell'atto coercitivo è posta anche la manifestazione di volontà diretta all'atto coercitivo di una parte presupposta interessata nella norma giuridica, del creditore, dell'offeso nell'onore, ecc., per via di « citazione », « querela », ecc. Anche questa distinzione, che nella tecnica giuridica è di grande importanza, deve essere riconosciuta come ammissibile nella teoria del diritto, e si ricollega in qualche modo col concetto che sta a base della teoria dell'interesse. Ma norme giuridiche d'ambe le specie si trovano tanto nel campo del diritto indicato come pubblico, quanto in quello indicato come privato. Soltanto una sistematica interamente emancipata da quest'ultima partizione potrebbe far valere nella sua purezza l'accennato punto di vista.

C)

LA TEORIA DEL PLUSVALORE.

1° – *Rapporto giuridico e rapporto di potestà.*

Un criterio di distinzione del tutto estraneo alla teoria dell'interesse, ed anche un altro *oggetto* di partizione, si ha quando si scorge la decisiva differenza del diritto pubblico dal privato in

ciò, che questo regola i rapporti tra soggetti di diritto *eguali* (coordinati), quello i rapporti fra un soggetto di diritto *souvaordinato* ed un soggetto di diritto *subordinato*, specialmente fra Stato e suddito. Con ciò si ha anzi tutto di mira una differenza entro i rapporti giuridici: rapporti giuridici privati e pubblici. E si indicano i rapporti giuridici privati anche come rapporti giuridici semplicemente, come rapporti « di diritto » nel senso proprio e stretto della parola, per contrapporre loro i rapporti di diritto pubblico come rapporti di « potestà » o di « signoria ». La differenza decisiva consiste allora evidentemente in una diversa qualità dei soggetti di diritto. A certi soggetti, in modo speciale alla persona dello Stato, è attribuito un valore giuridico più alto che agli altri soggetti di diritto. La loro volontà vale di più, ha una forza giuridica più grande di quella degli altri soggetti. Come nella teoria del diritto soggettivo, anche qui stanno di fronte una teoria dell'interesse e una teoria della volontà. La teoria della volontà è qui allo stesso tempo la teoria del plusvalore di certe volontà, della volontà di certe persone: una teoria del plusvalore. La differenza tra soggetti di diritto privato e pubblico, ovvero tra soggetti di diritto e soggetti di potestà o signoria, conduce poi alla distinzione di rapporti di diritto privato e pubblico, rapporti « di diritto » e rapporti di potestà o signoria, secondo che stiano di fronte soggetti di diritto privato, o soggetti di diritto pubblico e privato. Se si scorge il criterio decisivo nella qualità del soggetto di diritto, allora si possono ascrivere ai rapporti di diritto pubblico anche quelli in cui stanno di fronte soltanto soggetti di signoria o di potestà, soggetti pertanto fra i quali direttamente non vi è alcuna differenza di valore giuridico. Così si può ascrivere al diritto pubblico anche il diritto internazionale, per il quale sono posti in relazione soggetti eguali (Stati). La differenza primaria dei soggetti di diritto e dei loro rapporti fonda allora, secondariamente, anche la distinzione delle norme giuridiche, determinanti questi rapporti, in pubbliche e private.

2° – *Il concetto del rapporto giuridico.*

Secondo l'opinione che sta a base di questa teoria del plus-valore, i soggetti, con le loro qualità indipendenti dal diritto, nelle loro reciproche relazioni indipendenti dal diritto, stanno di

fronte all'ordinamento giuridico; l'ordinamento giuridico trova, per così dire, questi soggetti e i loro rapporti come già esistenti; e regolando questi soggetti e rapporti, vale a dire sottoponendoli alla sua attività normativa, li fa divenire soggetti di *diritto*, rapporti di *diritto*. Tutta questa concezione, che è la concezione comune o media del giurista scienziato, è tuttavia insostenibile, e nella sua ingenuità, è causa di pericolose conseguenze anche per la teoria del diritto pubblico in confronto al privato. I rapporti indipendenti dall'ordinamento giuridico sono rapporti causali, relazioni di motivi. L'opinione che soggetti di diritto o rapporti giuridici sorgano per il fatto che gli uomini e le loro relazioni naturali aggiungano alle loro qualità indipendenti dal diritto anche una qualità giuridica, è una delle radici per la fatale identificazione di uomo e soggetto giuridico e, di più, per l'ipostatizzazione delle così dette persone giuridiche. I soggetti di diritto non stanno di fronte all'ordinamento giuridico come entità da esso differenti, ma stanno nell'ordinamento giuridico come parti di un tutto. E il rapporto giuridico non è quindi un rapporto naturale, al quale l'ordinamento giuridico acceda ponendo la norma. Se, come primo passo per il passaggio da un punto di vista ancora pregiuridico ad una posizione di rigorosa teoria del diritto, si parte dal fatto naturale, si può tutt'al più parlare di un rapporto coll'ordinamento giuridico. Correttamente, il rapporto giuridico deve essere definito come un rapporto *entro* l'ordinamento giuridico, come una relazione di fatti istituita dalla norma giuridica. Che tra debitore e creditore esista un rapporto giuridico, significa: che un determinato contegno del creditore o un determinato contegno del debitore sono specificamente collegati in una norma giuridica, e precisamente in modo che il contegno dell'uno appare come autorizzazione (manifestazione di volontà indirizzata all'atto coercitivo, e costituente la sua condizione), e quello dell'altro come obbligo (atteggiamento contraddittorio condizione dell'atto coercitivo). Il rapporto giuridico è quindi un rapporto tra fatti [Tatbeständen], non tra persone. È evidente che come qualità giuridiche hanno importanza solo quelle qualità dei fatti, che questi hanno relativamente ad altri fatti, in forza della loro posizione nella norma giuridica. Ma è pure evidente che soltanto i *fatti* possono avere tali qualità differenziali, non soggetti di diritto, non persone, poiché queste sono solamente rappresentazioni ausiliarie adottate a fini conoscitivi, *personificazioni*, e come tali hanno un'unica

qualità: essere espressione dell'unità di un complesso di norme giuridiche. Esse si distinguono quindi tra loro secondo che si tratti della personificazione dell'intero ordinamento giuridico (Stato), o di personificazioni di parti di ordinamenti giuridici. Il tentativo di differenziare i *soggetti di diritto* secondo altre qualità è destinato perciò fin da principio a fallire.

3° – *Il fondamento giuridico dell'obbligo.*

Ciò appare subito, se si pone il quesito in che propriamente consista il plusvalore giuridico attribuito a certe persone e la loro superiorità o sopraordinazione [Ueberordnung] rispetto ad altre persone. Si ravvisa tale sopraordinazione in ciò, che ai comandi unilaterali di quelle persone fornite di signoria, in ispecie della persona dello Stato, altre persone sono giuridicamente obbligate ad obbedire, e cioè in caso di disobbedienza la persona fornita di signoria può fare atti coercitivi contro le persone disobbedienti. Nei rapporti giuridici privati, invece, quest'obbligo di una determinata condotta è costituito non dalla manifestazione unilaterale di volontà di un'altra persona, ma, di regola, solo col consenso dell'obbligato, cioè dalla concorde espressione di volontà di entrambi; e qui l'atto coercitivo, in caso di condotta contraria alla pattuizione, non parte dalla persona che fonda o concorre a fondare l'obbligo, ma da una terza, e precisamente da quella persona fornita di signoria, che è lo Stato. In ciò pare effettivamente che si abbia una differenza di principio. Ma se si risolve tutta questa rappresentazione personificativa e la si riconduce ai fatti giuridici, in particolare al contegno degli uomini (come contenuto dell'ordinamento giuridico) e alle loro relazioni, ne risulta una situazione interamente diversa. Il comando unilaterale del soggetto fornito di signoria, obbligatorio giuridicamente per altri, e la sua facoltà di coazione: così s'interpreta il fatto che la manifestazione di volontà di uomini precisamente qualificati (i così detti organi dello Stato), diretta al contegno di altri uomini, è posta dall'ordinamento giuridico come condizione per un dovere giuridico di questi, e cioè per il dovere di un contegno conforme alla manifestazione di volontà dei primi, e che un contegno contrario a questo dovere giuridico degli uomini obbligati è posto come condizione per un atto coattivo contro di essi. Il dovere giuridico del quale qui si tratta non è prodotto, in ultima

analisi, dalla manifestazione di volontà diretta al contenuto di esso, così come i doveri giuridici privati non sono prodotti dalla manifestazione di volontà concorde dei contraenti che intendono di obbligarsi. A questi fatti non è immanente alcuna forza per produrre effetti giuridici. La manifestazione di volontà unilaterale, indicata come comando di un superiore, è solamente una condizione posta dalla norma giuridica *generale*, così come il negozio giuridico della manifestazione di volontà bilaterale; « negozi giuridici » in questo senso (manifestazioni di volontà dirette ad effetti giuridici, le quali sono poste dall'ordinamento giuridico come condizioni di questi effetti giuridici) sono pertanto ambedue i fatti. Il fondamento della validità del dovere giuridico è, in ambo i casi, la norma giuridica generale, ovvero l'ultima base di questa: la costituzione. E se si può attribuire allo Stato il fatto del comando, ciò si verifica appunto, e solamente, perché l'attribuzione all'unità del sistema avviene mediante il riferimento della validità alla costituzione che produce l'unità. Quando l'ordinamento giuridico ordina, in un caso: « comportatevi come certi determinati uomini comandano », e nell'altro caso: « comportatevi secondo gli accordi presi tra voi », e in ambo i casi statuisce un dovere giuridico soltanto per ciò, che pone la condotta contraria al comando oppure all'accordo sotto la sanzione di un atto coattivo, tutta la differenza sta solo in questo, che la condizione per l'obbligo giuridico una volta è una manifestazione di volontà unilaterale, più esattamente eteronoma, cioè *autocratica*, un'altra volta bilaterale, cioè *democratica*. Infatti, se si considera come norma il fatto che *immediatamente* fonda l'obbligo, allora questa norma è sorta una volta per opera degli stessi sottoposti alla norma — ciò è la *lex contractus* del negozio giuridico *privato* —, l'altra volta invece coll'esclusione dei sottoposti alla norma — ciò è il comando superiore di diritto *pubblico*. In ambo i casi però la manifestazione di volontà rappresenta una continuazione della formazione di volontà statuale, cioè del contenuto dell'ordinamento giuridico, un concretarsi della norma generale astratta in norme individuali, concrete.

Nella contrapposizione soltanto relativa che esiste tra fatto e norma, negozio giuridico e legge giuridica, applicazione e produzione del diritto, il fatto del superiore comando di diritto pubblico non è altra cosa che il fatto del negozio giuridico di diritto privato, rispetto agli uomini i cui obblighi giuridici ricevono da questi fatti il loro contenuto: norma, una norma giuridica, bensì,

di grado più profondo. E l'atto coercitivo non sta « dietro » il comando di diritto pubblico in senso per nulla diverso che dietro il negozio giuridico privato. Che nel primo caso sia la stessa persona che pone il comando fondamento immediato del dovere giuridico, ed insieme l'atto coercitivo reagente contro la violazione del dovere, mentre nel secondo caso l'atto coercitivo parta da una persona diversa da quella o quelle persone, le cui manifestazioni di volontà determinano il contenuto dei doveri delle parti, è solo un'apparenza prodotta dalla personificazione. Tale apparenza svanisce appena ricerchiamo non le persone ma gli uomini, la cui condotta costituisce i fatti determinanti. L'uomo che, come organo, pone il superiore comando non è, di regola, l'uomo incaricato dell'atto coercitivo nel caso di disobbedienza. Che l'atto di entrambi sia attribuito al medesimo «Stato», è solo un modo di esprimere l'unità dell'ordinamento, che regola ambedue i fatti. In un senso più lato — e appunto questo senso più lato è qui decisivo — anche il negozio giuridico è atto giuridico, atto che compie il contenuto dell'ordinamento giuridico, riferito all'unità: atto statale. Che però l'uomo incaricato dell'atto coercitivo, relativamente a questo atto, debba essere a sua volta determinato dall'uomo il cui superiore comando fondò il dovere violato, ciò non costituisce, nonostante ogni differenza tecnica, una divergenza essenziale rispetto al rapporto di diritto privato, nel quale pure almeno uno dei due uomini, che con la loro manifestazione di volontà fondarono il dovere giuridico, deve fare una manifestazione di volontà diretta all'atto coercitivo, affinché questo abbia luogo.

4° – Diritto pubblico e privato.

Quando si riconosca che il fondamento del vincolo giuridico concreto non consiste *immediatamente* nei fatti condizionanti il comando superiore o il negozio giuridico, ma nell'ordinamento giuridico che annette a questi fatti effetti giuridici (e perciò solo *mediatamente* anche nei fatti condizionanti il dovere giuridico), allora è privo di senso l'attribuire all'uno od all'altro di questi fatti una validità giuridica *più alta* o *più forte*. Ogni fatto ha precisamente la validità [Geltung], vale a dire precisamente gli effetti giuridici che gli sono attribuiti dall'ordinamento giuridico, cioè dalle norme giuridiche di grado superiore. Come ad una manife-

stazione di volontà umana, così anche ad avvenimenti esterni l'ordinamento giuridico può connettere doveri, senza che ci si veda indotti ad attribuire a tali avvenimenti un plusvalore giuridico per ciò, che in relazione ad essi sorgono doveri giuridici di uomini *senza il loro consenso*. La distinzione dei fatti condizionanti i doveri giuridici in avvenimenti e manifestazioni, o negative, di volontà umana (azioni, omissioni), e la suddivisione di queste ultime in quelle in cui la manifestazione di volontà degli uomini che si obbligano costituisce per sé stessa il fatto condizionante, ed in quelle in cui ciò non avviene, ed è quindi una volontà estranea all'obbligato, rivolta alla condotta di esso, che forma la condizione dell'obbligo, è senza dubbio di grandissima importanza. Ma, come in essa non si esprime alcuna differenza nel valore giuridico di questi fatti, né delle « persone » alle quali essi sono attribuiti, così tale distinzione — che pure manifestamente ha una parte nella teoria del plusvalore del diritto pubblico — non coincide neanche approssimativamente con quei confini, secondo i quali il diritto o i rapporti giuridici si dividono convenzionalmente in diritto privato e pubblico. Perocché, in primo luogo, anche il così detto diritto privato presenta negozi giuridici obbligatori unilateralmente, mentre, d'altra parte, nel diritto pubblico si trovano atti d'autorità che hanno luogo, con la loro efficacia obbligante il suddito, solamente col consenso dell'obbligato, di guisa che, dunque, un accordo di volontà tra autorità e suddito è la condizione della conseguenza giuridica. D'altra parte, un'emancipazione dalla attuale sistemica relativamente al diritto pubblico e privato è la condizione indispensabile per attuare conseguentemente questa partizione dei fatti obbligatori. Ma sopra tutto deve considerarsi che il punto di vista decisivo, secondo il quale i fatti si dividono in obbligatori unilateralmente o bilateralmente, eteronomamente o autonomamente, è il principio fondamentale, secondo il quale in una sfera assegnata certamente per intero al diritto pubblico, cioè nel diritto *costituzionale*, si distinguono i metodi di formazione della volontà statuale, ossia le forme di Stato. È il contrapposto di *autocrazia* e *democrazia*, che si dimostra come il pensiero sistematico che regge propriamente la consueta distinzione di monarchia e repubblica, e che divide le forme statuali in quelle nelle quali il volere statuale, l'ordinamento giuridico, viene formato da tutti gli stessi uomini pei quali esso pretende d'essere valido, e in quelle nelle quali ciò non avviene, ma il volere statuale è

prodotto invece da un uomo, che si contrappone a tutti gli altri come volere *estraneo*, come dominatore. Soltanto, la dottrina delle cosiddette forme di Stato si riferisce al grado più alto, o almeno ad un grado relativamente alto di formazione della volontà statale (produzione dell'ordinamento giuridico), cioè alla produzione delle norme generali, alla cosiddetta *legislazione*; mentre la teoria del plusvalore del diritto pubblico, in quanto ha per base la distinzione in fatti obbligatori in modo unilaterale, cioè eteronomo, e bilaterale, cioè autonomo, si riferisce al grado più basso, o almeno ad un grado relativamente basso di formazione della volontà statale, ossia alla produzione delle norme *individuali*, agli *atti statuali d'autorità* ed ai *negozi giuridici*. Così il problema della sistematica del diritto penetra profondamente nella teoria dei poteri dello Stato o dei gradi di produzione, nella teoria degli organi dello Stato e degli organi di produzione, nella teoria delle forme dello Stato o dei metodi di produzione dell'ordinamento statale.

D) LA TENDENZA POLITICA DELL'ANTITESI.

1. – *La presunzione della legittimità degli atti pubblici.*

Se la teoria del plusvalore attribuisce a certi fatti, ai cosiddetti atti di autorità, un più alto valore giuridico, ciò avviene non tanto per fini *teoretici*, per apprendere sistematicamente il diritto positivo puramente come tale, ma, in gran parte forse inconsciamente, per accostare al diritto positivo un principio *politico*, con l'aiuto del quale si raggiungono certi risultati, desiderati sotto questo punto di vista politico, i quali poi erroneamente sono spacciati quali positivamente giuridici, sebbene non trovino alcun appoggio nel diritto positivo. Ciò si palesa nelle conseguenze, che dal supposto plusvalore di certi atti sono tratte per l'applicazione del diritto. In questa differenza di due metodi d'interpretazione, dedotta dall'antitesi fra diritto privato o pubblico, sta la vera importanza pratica dell'intero dualismo di diritto privato e pubblico, così tenacemente mantenuto dalla moderna teoria giuridica, nonostante tutte le manifeste contraddizioni.

Si rivela la tendenza a conferire agli uomini incaricati dell'esecuzione nello stretto senso della parola, cioè delle cosiddette funzioni ufficiali, specialmente agli organi più alti e quindi alle

classi, ai gruppi professionali o d'altro genere da essi rappresentati, e ai corrispondenti interessi individuali, un'autorità maggiore di quella loro accordata dall'ordinamento giuridico positivo, allorché si riconosce agli atti giuridici di questi organi, come atti di diritto *pubblico*, una maggiore *credibilità* che agli atti non ufficiali, ai cosiddetti atti dei negozi giuridici privati.

Una tale preferenza degli uni rispetto agli altri è senz'altro possibile nel diritto positivo, ed è anche giustificabile per motivi diversi dagli interessi di classi, ceti professionali, gruppi, ovvero individuali. Ma la teoria giuridica crede di poter arrivare a tali risultati, anche senza base di diritto positivo, solo partendo dall'essenza del diritto pubblico. Tuttavia è un dogma giusnaturalistico, dietro al quale si nascondono, per lo meno, anche *altri* postulati, diversi da quelli tecnico-giuridici, se si insegna che non si debbano trattare coi criteri del diritto privato istituti di diritto pubblico; e con ciò si viene ad applicare un metodo d'interpretazione non fondato nel diritto positivo.

La tendenza politica si rileva ancora più chiaramente, allorché si espone come una massima della teoria generale dello Stato, senza alcun riguardo alla configurazione del diritto positivo, che per le azioni dei supremi organi dello Stato vi è la presunzione della loro legittimità. Ciò significa: qualunque cosa facciano quegli uomini, che dall'ordinamento giuridico sono incaricati di certe funzioni, con la pretensione di compiere un atto statutale, qualunque cosa, in ispecie, con questa pretensione essi comandino ad altri, è *a priori* atto giuridico, anche se manifestamente è contrario al diritto. Certamente, anche una tale massima è possibile come massima giuridica positiva. Ma, in mancanza di essa, il tentativo della teoria giuridica di sostituirla con una propria costruzione, deducendola dall'essenza del diritto pubblico, implica una infrazione giusnaturalistica dell'ordinamento giuridico o statutale positivo. Si abusa di una norma generale, non fondata nell'ordinamento giuridico positivo, per modificare in certi casi l'ordinamento giuridico positivo nell'interesse di certi uomini incaricati di supreme funzioni di organi. Sebbene questi uomini si possano considerare come organi statuali solo in quanto siano legittimi, cioè in quanto gli atti da loro compiuti rispondano alle norme giuridiche di grado superiore, poiché solo per questa via l'attribuzione conduce allo Stato, si cerca di far valere i loro atti come atti giuridici senza alcun riguardo alla legge (in senso formale).

Questa « teoria » ha la manifesta intenzione di far valere l'esecuzione come una fonte di diritto del tutto indipendente dalla legislazione, opponendo così all'ordinamento giuridico positivo, stabilito per mezzo della legislazione, nelle norme poste dagli organi esecutivi (invece di vedere in queste una semplice continuazione e integrazione di quello) un ordinamento giuridico indipendente, che in certi casi è in contrasto col primo.

2. – *Diritto pubblico e amministrazione.*

Questa tendenza, che si è fatta valere specialmente nella teoria della monarchia costituzionale, si limita tuttavia effettivamente ad una parte dell'attività esecutiva, la cosiddetta amministrazione, a differenza della giurisdizione. Mentre la funzione giurisdizionale si considera come vincolata alla legge, come semplice esecuzione della legge, si cerca di rappresentare il rapporto in cui l'amministrazione (col monarca e coi suoi ministri in testa) sta di fronte alla legge, come qualche cosa di essenzialmente diverso. L'amministrazione, il più caratteristico campo del diritto « pubblico », al quale la teoria del plusvalore si rivolge in prima linea, è definita, come è noto, non precisamente come esecuzione della legge, al pari della giurisdizione, ma come « libera » attività « nel limite della legge ». L'idea fondamentale qui è: lo Stato, nel campo dell'amministrazione, dove hanno luogo gli atti di *diritto pubblico* κατ' ἐξοχήν, può fare *a priori* ciò che vuole, ciò per cui ha la *forza* [Macht]. Il diritto, in forma di legge, sopravviene, per così dire, *a posteriori*, e gli pone certi limiti in alcune direzioni, non per necessità in tutte. Negli atti amministrativi, pertanto, non si eseguono leggi; non la norma giuridica è il motivo dominante, ma il bene pubblico, l'interesse pubblico, *la ragione di Stato*; basta che i *limiti* della legge non siano oltrepassati. Ma anche quando sono oltrepassati; sta pronta per questo caso la « teoria », la presunzione della legittimità.

L'insostenibilità logica di tutta questa concezione non deve essere dimostrata qui. Notiamo solo la tendenza al distacco dell'atto amministrativo di diritto « pubblico » dal superiore grado giuridico della legge. E questa tendenza non deve essere scambiata col fatto che la configurazione del diritto positivo può essere tale, che gli atti amministrativi individuali siano determinati dalle leggi generali in misura minore che gli atti giu-

risdizionali; che il margine di libero apprezzamento nel campo amministrativo sia effettivamente maggiore che nel campo della giurisdizione. Perocché non un qualsiasi postulato di politica legislativa (ora più, ora meno realizzato in un ordinamento giuridico positivo), ma una teoria indipendente dal contingente contenuto dell'ordinamento giuridico, dedotta dall'essenza dell'atto amministrativo, si vuole esporre colla dottrina dell'atto amministrativo di diritto pubblico. Che però l'essenza del « diritto pubblico » stia in istretto legame con quella dell'amministrazione, è provato dall'opinione oltremodo diffusa che i rapporti di diritto pubblico siano di competenza delle autorità amministrative, quelli di diritto privato di competenza dei tribunali. Che in ciò si introduca anche un *circulus vitiosus*, quando cioè, come spesso avviene, un rapporto è definito di diritto pubblico perché è di competenza della autorità amministrativa, di diritto privato perché è di competenza dei tribunali, notiamo solo tra parentesi. E osserviamo anche solo di passaggio che questa distinta trattazione degli atti amministrativi di fronte agli atti di giurisdizione è bensì infondata rispetto alla teoria del diritto, poiché questi sono altrettanto di natura giuspubblicistica, e altrettanto obbligatori unilateralmente, quanto quelli; ma la tendenza politica si palesa, appena si consideri che questa teoria non porta alcun interesse agli atti giurisdizionali, per il fatto che questi, per l'indipendenza della magistratura, sono sottratti in massima all'influsso dei capi dell'attività esecutiva, quindi, in ispecie, a quello del monarca costituzionale.

3. – *La teoria dell'atto amministrativo.*

Questa tendenza a spezzare, per mezzo di una « teoria » del diritto pubblico, l'unità del diritto positivo e a stabilire la sfera dell'amministrazione, cioè del diritto amministrativo, come un campo giuridico separato dalla sfera della legislazione, del diritto legislativo, indipendente di fronte a questa, e determinabile nel suo contenuto mercé la libera volontà delle supreme autorità amministrative, ha la sua più completa espressione nella dottrina che l'atto amministrativo derivi la sua efficacia non già, come la sentenza giudiziale o il negozio giuridico, da una legge sopraordinata, ma *da sé stesso*: l'atto amministrativo avrebbe effetto « per virtù propria », e dimostrerebbe con ciò il suo carattere « giuspubblicistico ».

Che questa concezione sia, nella teoria del diritto, del tutto inammissibile, risulta a prima vista. Come possono gli atti amministrativi essere concepiti come atti *giuridici*, come atti dello stesso diritto o dello stesso Stato, il cui volere è la legge, e che nella legge a questi atti si riferisce, se si taglia di netto ogni rapporto con questa legge e, oltre di essa, colla costituzione, e quindi ogni riferimento all'unità del sistema? Che però anche la teoria della « virtù propria » dell'atto amministrativo giuspubblicistico voglia concepire questo come atto di diritto e come atto di Stato, è evidente, sebbene essa abbia la tendenza a collegare in qualche modo con l'antitesi tra diritto pubblico e privato quella tra *Stato* e *diritto* (lo Stato starebbe come tale nella sfera del diritto pubblico, sarebbe il soggetto « di diritto pubblico » assolutamente). Tutta questa dottrina della forza o virtù propria dell'atto amministrativo, nella quale termina conseguentemente la teoria del plusvalore del diritto pubblico, si può spiegare soltanto con riguardo alla sua tendenza politica. Sotta sul terreno della teoria costituzionale, il suo scopo, consaputo o no, è di togliere il monarca, con gli organi amministrativi a lui sottoposti, dalla condizione di organo subordinato alle leggi deliberate dalla rappresentanza del popolo, mero esecutore di queste leggi, per porlo invece nella condizione di produttore autocratico del diritto, indipendente dalla legislazione democratica. E se questa teoria ha trovato una certa eco anche nella cerchia delle costituzioni repubblicano-democratiche, ciò dipende dal fatto che per la repubblica, e persino per la cosiddetta repubblica democratica, il principio democratico non occorre punto che sia determinante per tutti i gradi della formazione della volontà statale; e sopra tutto dipende da ciò, che anche nella repubblica democratica interessi fortissimi operano nel senso di una limitazione del principio democratico. La teoria della forza propria dell'atto amministrativo è il tentativo di respingere, per quanto possibile, il principio della produzione democratica del diritto (principio attuato nel grado della legislazione), mediante il principio autocratico, rimasto fermo nel grado dell'esecuzione; e ciò mantenendo di fatto come indipendente dalla legislazione, e ad essa parallelo, il grado dell'esecuzione, che pure per necessità logica è inferiore alla legislazione, e determinato da essa. Come poi in questo senso esercita la sua influenza anche il dogma della *separazione dei poteri*, non occorre dimostrare ulteriormente in questa occasione.

E) L'ORIGINE DELL'ANTITESI.

Così, la dottrina del diritto pubblico in generale, e quella dell'atto amministrativo di diritto pubblico in particolare, diventa la porta segreta, aperta da una teoria troppo compiacente, per la quale trovano accesso determinate opinioni ed aspirazioni politiche in contrasto col diritto positivo. È questa una delle funzioni più notevoli che ha ancora oggi il dualismo di diritto privato e pubblico. Ma l'esame storico dogmatico mostra anche che tale distinzione è penetrata fin dal principio con questa tendenza nella moderna sistematica del diritto.

1. – *La recezione del diritto romano.*

Specialmente nella scienza giuridica tedesca e francese la distinzione fra diritto pubblico e privato entrò colla recezione del diritto romano. A quelle zone giuridiche che non furono toccate dalla recezione, perché originariamente estranee, essa ancor oggi non è propriamente familiare. Solo il contraccollo della teoria giuridica tedesca e francese sulla anglo-americana ha trapiantato anche là questo molto discutibile principio sistematico. Ma già nel diritto romano la distinzione tra *jus privatum* e *jus publicum* è molto vaga. Indicando in origine probabilmente solo differenze tecnico-processuali, essa assume più tardi a un dipresso quel significato che ancora oggi le si attribuisce allorché si contrappone diritto costituzionale, amministrativo e processuale, come diritto pubblico, al rimanente come diritto privato. Quando la recezione abbraccia non solo il *jus privatum* ma anche il *jus publicum* dei Romani, è appunto il diritto costituzionale della Roma imperiale quello, per cagione del quale il processo di recezione fu favorito dai principi tedeschi. La massima giuridica auto-cratice: *princeps legibus solutus est*, che libera il principe nella sua sfera di competenza dalle *leges*, e fa di lui stesso l'autorità giuridica, doveva costituire per i sovrani uno stimolo tanto più forte, in quanto allora le norme generali di diritto nei loro territori erano *diritto popolare*, cioè erano prodotte dal popolo, consuetudinariamente, quindi democraticamente.

2. – La «ragione di Stato».

È perciò di speciale importanza che appunto in rapporto con questa recezione del *jus publicum* romano quale diritto costituzionale della monarchia assoluta, si introduca nella moderna scienza giuridica anche il concetto di un diritto pubblico essenzialmente diverso dal privato, come in generale il concetto di uno *Stato* diverso dal *diritto*. È la « ragione di Stato » del Machiavelli, la famigerata « Staatsraison », sotto il qual nome tutto il complesso dei postulati politici dell'autocrazia, mirante agl'interessi del principe e del suo seguito, si viene attuando contro l'ordinamento giuridico tradizionale. Il sistema di norme che si raccoglie sotto il nome di « Stato » o « diritto pubblico » vuole conquistare per il signore, contro la tradizionale costituzione giuridica (e statuale), un largo spazio di potere discrezionale nel campo dell'amministrazione interna e specialmente di quella estera. È questo il principio machiavellico: che per le azioni del principe deve essere decisivo solo l'interesse dello Stato in quel certo momento, o meglio quello che il principe reputa, o fa passare, per interesse dello Stato, ma non già il diritto, e cioè il diritto *popolare*. Così avviene che la parola « Stato » nel linguaggio giuridico tedesco ha in origine un significato accessorio cattivo, e ancora nel secolo XVII un professore di diritto crede di dovere assicurare che con la parola « Stato » non ha inteso punto di dire ciò che spesso si comprende con questo nome, e « quasi una perfidia, scelleratezza e disonestà dovrà dirsi ciò che in alcuni perversi luoghi si vuole giustificare con lo Stato, *ratione status* o con affari di Stato ». Che lo « Stato » in tal modo, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico spezzato dalla ragione di Stato, dal punto di vista della costituzione giuridica democratica, fosse senz'altro sentito come antagonista del diritto, è ben comprensibile. E così il termine « Stato » conserva questo suo originario significato ostile al diritto ancora in un tempo, in cui il principio dell'autocrazia, fino allora metagiuridico ossia semplicemente politico era divenuto massima fondamentale di diritto, e in luogo della costituzione giuridica democratica era subentrata appunto quella autocratica. Senonché, appena la costituzione giuridica autocratica è diventata diritto positivo, l'intendere per « diritto » nel proprio e stretto significato solo il diritto prodotto democrati-

camente, cioè colla partecipazione dei sottoposti al diritto, rappresenta una restrizione inammissibile, e interamente giusnaturalistica, del concetto del diritto. Così come non è ammissibile il contrapporre quali rapporti « giuridici » in senso proprio solo i rapporti giuridici fondati in modo autonomo a quelli fondati in modo eteronomo, designando questi come rapporti di « potenza » o di « signoria »: quando pure il secondo metodo di produzione individuale del diritto si fonda su norme giuridiche generali, è stabilito con norme giuridiche generali. Dappoiché in quest'ultima antitesi si ravvisa quella tra diritto pubblico e privato, deve anch'essa mutarsi da antitesi transistemica di diritto e non diritto, o di diritto in senso proprio e semidiritto, diritto di specie inferiore, in un'antitesi intrasistemica, cioè in una distinzione di fatti giuridici, per potere reggersi in qualche modo nella teoria del diritto.

F) IL SUPERAMENTO DELL'ANTITESI NEL CONCETTO
DI STATO DI DIRITTO.

L'intima connessione nella quale il superamento di questo dualismo tra diritto privato e pubblico, che dilacera l'unità del sistema del diritto, sta con quello del dualismo tra diritto e Stato, risulta da quanto si è detto sopra. Col primo passo, che la teoria del diritto ha fatto per l'abolizione del dualismo tra diritto e Stato, essa ha ad un tempo negato la differenza *essenziale* tra diritto privato e pubblico. Quando alla dottrina che lo Stato, come realtà naturale, sia presupposto del diritto come norma, si opponeva la dottrina che il diritto è il presupposto dello Stato, diventato così una entità giuridica (una concezione che nell'età moderna guadagna sempre più fautori), si era straordinariamente vicini alla concezione, qui sostenuta, dell'identità dell'ordinamento dello Stato con l'ordinamento giuridico. È sommamente significativo il fatto che appunto da parte di quella teoria, che non vuole ammettere lo Stato come presupposto del diritto, ma al contrario ammette il diritto come presupposto dello Stato, è negata anche la differenza essenziale tra diritto privato e pubblico.

In vero, questa differenza, in quanto con essa si afferma una sfera di atti dello Stato libero dal diritto, mentre tuttavia gli atti stessi dovrebbero essere in qualche modo atti giuridici, è incompatibile col concetto dello *Stato di diritto*. E qui non deve intendersi

per Stato « di diritto » un ordinamento statale di contenuto specifico, non dunque uno Stato con determinate istituzioni giuridiche, come legislazione democratica, vincolo degli atti esecutivi del capo dello Stato alla controfirma di ministri responsabili, diritti di libertà dei sudditi, indipendenza della magistratura, giurisdizione amministrativa, etc., insomma uno Stato di diritto nel senso *tecnico*, ma uno Stato i cui atti si compiano tutti sulla base dell'ordinamento giuridico. Questo concetto formale dello Stato di diritto è anzi, in confronto a quello materiale testé accennato, il primario. Da un punto di vista strettamente positivisticò, escludente ogni diritto naturale, *ogni* Stato deve però essere Stato di diritto in questo senso *formale*, in quanto appunto *ogni Stato* deve necessariamente essere un certo qualsiasi *ordinamento*, un ordinamento coercitivo della condotta umana, e questo ordinamento coercitivo, comunque sia prodotto, autocraticamente o democraticamente, e qualunque contenuto possa avere, deve essere un *ordinamento giuridico*, che gradualmente, dalla norma fondamentale presupposta ipoteticamente, attraverso norme generali, si concreta in atti giuridici individuali. Questo è il concetto dello Stato di diritto, il quale è identico a quello dello Stato, come a quello del diritto. In qual misura siano offerte garanzie di contenuto giuridico, affinché gli atti giuridici individuali corrispondano effettivamente alle norme generali, è però una questione diversa. Ad essa risponde il concetto dello Stato di diritto nel senso materiale o tecnico della parola.

HANS Kelsen

PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI VIENNA