



# Ministero dell' *E*ducazione Nazionale

GABINETTO DI S. E. IL MINISTRO  
UFFICIO STUDI, COMUNICATI E PERIODICI

SEGNALAZIONI DI STAMPA

*Il telegrafo (Libero)*

“ il **Un nuovo scritto politico** *la* „ 11-8-38

dell'on. Biggini

Nel vol. XVI degli *Studi sassaresi* è comparso da pochi giorni un nuovo scritto politico dell'on. prof. Carlo Alberto Biggini.

Lo scritto tracciato con densità di pensiero, pone in essere « alcune osservazioni intorno alla instaurazione di fatto di un'ordinamento costituzionale ed alla sua legittimazione »

Dimostra come si debba riconoscere efficacia di diritto al diritto positivo (con buona pace delle menti cristallizzate nel vieto concetto del cosiddetto diritto naturale) non solo quando l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale è avvenuto con procedimento giuridico, ma anche quando ha avuto luogo con procedimento di fatto.

« Lo Stato è potenza politica, è volontà di potenza. Se muta il contenuto del suo volere sovrano, la sua volontà non può dirigersi in esito a tale procedimento, verso nuovi fini. Uno Stato limitato nei propri fini non sarebbe uno Stato poichè la scienza giuridica non può ammettere uno Stato limitato nella sua sovranità, nella sua volontà. Quando uno Stato non sovraneamente vuole, e nega quindi la propria intima ed eterna natura, quando non sente la propria volontà di potenza, è uno Stato che rinuncia a vivere e si avvia a morire.

« Ecco perchè lo Stato con la sua volontà rivoluzionaria o riformatrice, muta ordinamenti ed organi, i quali sono, quindi, espressione di un determinato momento storico coincidente sempre con un concreto ordinamento statale »

« L'errore della scuola storica che generò ed alimentò la scuola organica ed evolucionistica, fu di aver posto in circolazione l'idea che le trasformazioni dei diritti e dello Stato dovessero essere soltanto continue, graduali, pacifiche, senza urti, senza rotture ».

Con questa nuova pubblicazione la serie degli scritti politici dati alle stampe dall'on. Biggini, palesa la continua e profonda elaborazione dei suoi studi ispirati ai più efficaci principi della dottrina fascista.

Carlo Alberto Biggini

Alcune osservazioni intorno alla instaurazione  
di fatto di un ordinamento costituzionale  
e alla sua legittimazione.

*Estratto da Studi Ssassaresi Vol. XVI*  
*Scritti di Diritto e di Economia*  
*in onore di*  
FLAMINIO MANCALEONI

Gallizzi - Sassari - 1938 - XVI

Carlo Alberto Biggini

---

Alcune osservazioni intorno alla instaurazione  
di fatto di un ordinamento costituzionale  
e alla sua legittimazione.

*Estratto da Studi Sassaresi Vol. XVI*  
*Scritti di Diritto e di Economia*  
*in onore di*  
FLAMINIO MANCALEONI

Gallizzi - Sassari - 1938 - XVI

## I.

È noto come l'indagine diretta alla determinazione giuridica della instaurazione dell'ordinamento costituzionale fascista involga una serie di delicati ed importanti problemi e non sia priva d'interesse, poichè tale determinazione non solo chiarisce l'estensione e la profondità della trasformazione costituzionale operata dalla rivoluzione fascista, ma offre anche non pochi e precisi elementi per la stessa ricostruzione ed interpretazione giuridica dell'ordinamento nuovo.

Cercare di studiare e di elaborare ciascun istituto con esclusivo riguardo al diritto positivo, senza indagare il processo formativo dell'ordinamento e, quindi, dei particolari istituti, significa precludersi la possibilità della determinazione di quegli stessi principî giuridici che hanno pur presieduto alla formazione dell'ordinamento stesso.

Certamente tale indagine deve essere mantenuta entro ben precisi limiti, poichè determinare la natura giuridica del processo formativo di un ordinamento costituzionale non significa nè trasportarsi nel campo di altre discipline, nè entrare nelle controversie sul cosiddetto governo legittimo, sul diritto alla resistenza collettiva o alla rivoluzione, su l'origine e la giustificazione della sovranità. Discipline ed argomenti che non sono indifferenti alla nostra indagine, ma che sono già in essa inclusi da un punto di vista, come vedremo, ben più profondo e sostanziale.

Non è astrattamente pensabile che lo Stato non sia simultaneamente e sempre un ordinamento giuridico e che nella sua vita storica vi siano momenti fuori del diritto o senza diritto; il diritto è immanente ad ogni assetto politico e alla natura stessa dello Stato, e, quindi, di una instaurazione, che non porti all'estinzione di uno Stato, ma dia vita ad un nuovo ordinamento costituzionale come assimilazione o assorbimento da parte del precedente ordinamento, o ponga un nuovo ordinamento che si sostituisce interamente a quello precedente o che nasce dalla lotta e dalla influenza dell'uno su l'altro dei due ordinamenti, è non solo possibile ma anche necessaria una valutazione giuridica. Valutazione giuridica che dovrà porre a proprio fondamento lo Stato inteso come viva ed unitaria realtà, che mai si esaurisce nelle norme poste e nell'ordinamento giuridico esistente.

Con l'espressione « instaurazione di un ordinamento costituzionale » si sogliono designare così le formazioni e le mutazioni che si riferiscono strettamente allo Stato, come le altre che, più propriamente, sono da riferirsi al Governo (1).

(1) ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* in Archivio Giuridico, 1902, p. 6. Vedi pure ROMANO, *Ordinamento giuridico*, 1917, parte I, p. 47 e *Corso di diritto costituzionale*, p. 142 e segg.; GEMMA, *Les gouvernements de fait* in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1924, vol. III, pagg. 308-313; VITTA, *Il funzionario di fatto* in Riv. di Dir. Pubblico, 1923, I, pagg. 447-484; HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, pagg. 109-113, p. 167-178, p. 253-293; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1927-28, Vol. I, p. 537, 632, 690, Vol. II, p. 37, 228-245, Vol. III, p. 594-606, 687-690, 709-712 per varie questioni riguardanti il nostro problema e il potere costituente. Per il così detto diritto alla resistenza collettiva o alla rivoluzione, male impostato dalla dottrina, ma che ha punti di contatto con il nostro problema vedi CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, 1819, I, p. 211; ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 1921, I, p. 563; DELPECH in *Revue du droit public*, 1907, p. 290; BARTHÉLEMY in *Revue du droit public*, 1907, p. 311; LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità*, 1906. Vari importanti accenni in CHIMIENTI, *Diritto, Stato, sovranità nella dottrina costituzionale italiana* in Archivio Giuridico, 1927 e *L'organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, 1928 e in PANUNZIO, *Rivoluzione e costituzione*, Milano, 1933 e recentemente *Teoria generale dello Stato fascista*, Cedam, 1937. Il problema è poi implicitamente trattato dal CHIMIENTI anche nel suo *Manuale di diritto costituzionale fascista*, Torino, 1933 e dal COSTAMAGNA, *Diritto pubblico*

Tale distinzione interessante, anche se non semplice e facile, è però secondaria dal punto di vista di queste nostre osservazioni, come secondaria è la classificazione dei modi con cui uno Stato o un governo può avere origine, può modificarsi ed estinguersi, poichè tali nostre osservazioni riguardano il rapporto in cui può venire a trovarsi un nuovo ordinamento costituzionale con un determinato ordinamento positivo preesistente: e tutto ciò riguardato non tanto come nascita o morte di uno Stato, quanto come un mutamento della forma e dell'organizzazione di uno Stato, o, più precisamente, di trasformazione dello Stato.

## II.

L'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale può trovarsi in diversi aspetti di fronte al precedente ordinamento positivo, come bene precisa il Romano (2). Può aversi una instaurazione giuridica, quando un complesso di norme risultanti da leggi o stabilite dalla consuetudine o desumibili dai così detti principî generali, regolino ed accompagnino, nei suoi vari gradi, il procedimento con cui l'instaurazione del nuovo ordine costituzionale deve avvenire ed effettivamente avvenga secondo queste norme: difatti in tale caso si ha una instaurazione giuridica, poichè gli organi costituenti, qualunque siano i molteplici rapporti in cui loro possono stare rispetto agli organi legislativi ordinari, si muovono nell'orbita del diritto positivo, ossia secondo norme precedentemente stabilite. Può, invece, farsi un'ipotesi inversa, quando, per crisi profonda nella vita di uno Stato, tutti o alcuno dei principî fondamentali del diritto pubblico vigente perdano

*fascista*, Torino, 1934. Vedremo poi man mano gli autori che trattano o che hanno accenni dei vari problemi; specie TRIEPEL, *Das Interregnum*, Leipzig, 1892; F. FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, 1923; JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, I, 3ª ed.; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

(2) ROMANO, op. cit., p. 7-10 e alle sue distinzioni mi riferisco.

bruscamente il loro impero, non attraverso un processo preordinato ma per forze superiori e contrarie al diritto precedente e, quindi, la forma dello Stato e del Governo subisca una trasformazione totale o parziale.

Ed infine può verificarsi il caso che l'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale avvenga, non secondo le norme precedentemente stabilite dall'ordinamento giuridico vigente, e nemmeno in opposizione e con la distruzione delle norme medesime, ma con un procedimento che non è nè giuridico nè anti-giuridico <sup>(3)</sup>.

Delle tre diverse figure, con le quali si possono, secondo il Romano, distinguere i vari modi secondo i quali avvengono le instaurazioni di un nuovo ordinamento costituzionale, la prima può designarsi come una instaurazione di diritto e le seconde come instaurazioni di fatto. In quale di queste tre figure si possa e si debba fare rientrare l'instaurazione dell'ordinamento costituzionale fascista non è oggetto della presente indagine, la quale, indagando e precisando il fondamento giuridico delle instaurazioni costituzionali in genere, potrà, tuttavia, offrire più chiari e precisi gli elementi necessari a questa determinazione.

Per ora basta osservare come la trasformazione fascista, dal vecchio al nuovo ordinamento costituzionale, sia avvenuta rivoluzionariamente, anche se gradualmente; come tale trasformazione abbia investito il vecchio ordinamento nel suo fondamento e nella sua struttura, ossia in molti dei suoi principî fonamen-

<sup>(3)</sup> Vari esempi cita il ROMANO (op. cit., p. 8) a dimostrazione di tale caso: la così detta formazione originaria di un nuovo Stato che avvenga per lo stabilirsi in un territorio e l'organizzarsi di un popolo, la disgregazione da uno Stato di qualche sua parte, il formarsi di un governo dopo un periodo più o meno lungo di anarchia, l'estinguersi totalmente della famiglia, nel cui seno dovrebbe verificarsi la successione al trono, e si dia vita ad altra forma di governo con procedimenti dal diritto non regolati. Ma tale caso non ha rilevanza nella nostra ricerca. E il problema delle così dette lacune costituzionali e vedi, circa la possibilità di dare ad esso soluzione giuridica, le profonde considerazioni del DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*.

tali e in molti dei suoi istituti costituzionali; come essa trasformazione sia congiunta alla formazione e all'opera di organismi di fatto divenuti poi organismi di diritto; come tutta una nuova concezione etico-storico-politica dello Stato sia venuta affermandosi e traducendosi in forme giuridiche, come, infine, tale trasformazione non sia ultimata e come essa riposi su quel principio della « rivoluzione continua », che ha, da un punto di vista giuridico, oltre che politico, un particolare e rilevante significato da non trascurarsi assolutamente per la retta interpretazione e ricostruzione del sistema e per la stessa indagine sulla natura giuridica della instaurazione e sulla sua legittimazione.

### III.

Riprendendo, dobbiamo, anzitutto, osservare che per le varie modificazioni costituzionali, e in genere per l'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, sorge il problema se e come esso possa legittimarsi.

Quando un movimento politico rivoluzionario viene a concretarsi positivamente in fatti e in atti, una valutazione giuridica può facilmente compiersi quando essi si giudichino irrilevanti, leciti o illeciti, alla stregua di quell'ordinamento positivo sotto l'impero del quale essi si sono verificati. Ma se questo movimento politico, se questa rivoluzione, riesce al suo scopo e dà vita ad un nuovo ordinamento costituzionale, essendosi estinto l'ordinamento secondo le cui norme si poteva giudicare, manca un ordinamento positivo, dato che il nuovo ordinamento instauratosi non può essere assunto per risolvere il problema, alla cui stregua valutare i fatti e gli atti nei quali si è realizzato il procedimento dell'instaurazione.

Ed il difetto di un tale ordinamento, che preceda i fatti e gli atti da valutare, ha dato origine a molteplici teorie, che la dottrina non ha mancato di criticare e di respingere <sup>(4)</sup>.

<sup>(4)</sup> Vedi autori citati e, più recentemente, VINCENTI, *Il governo di fatto*, Na-

La formazione di un nuovo ordinamento costituzionale, in se stessa considerata ed isolata, se concettualmente possibile, dalla serie di fatti che la preparano e la costituiscono, importa necessariamente formazione di un nuovo diritto: ossia se uno Stato effettivamente esiste, ciò vuol dire che esiste anche un diritto che vi si fonda e ne deriva <sup>(5)</sup>. Anzi il diritto è un elemento così essenziale dello Stato, che l'uno non può concepirsi senza l'altro.

Ora questa affermazione importa che si debba riconoscere qualità ed efficacia di diritto al diritto positivo non solo quando l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale è avvenuta con procedimento giuridico, ma anche quando ha avuto luogo con procedimento di fatto. Il diritto, difatti, può evolversi per via di successive estrinsecazioni, ma può anche formarsi originariamente, ossia scaturire da esigenze e da necessità sociali, prima non esistenti o il cui regolamento non era giuridico ma di fatto.

Ma se questo è vero, e vedremo in quale senso e in base a quali concetti, non si comprende come il Romano, volendo dare al problema della legittimazione un fondamento giuridico, affermi che tale problema non consiste nel cercare in che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto, ma nell'esaminare quando esso effettivamente esiste <sup>(6)</sup>.

Ossia la legittimazione di un ordinamento è una qualità immanente all'esistenza effettiva dell'ordinamento stesso: esistente e legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità. E fondamento di questa legittimazione è la necessità, poichè la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Difatti il segno esteriore, ma sicuro, che questa corrispondenza effettivamente

poli, 1936 e PARESCHE, *Il concetto giuridico di rivoluzione e la teoria delle fonti* in Atti Soc. It. Progresso delle Scienze, 1936, vol. 5.

<sup>(5)</sup> In tal senso ROMANO, op. cit., p. 55.

<sup>(6)</sup> ROMANO, op. cit., p. 58 e segg.

esista, che non sia un'illusione, si rinviene nella suscettibilità del nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito: cioè la capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può riconoscersi se non a quelle forze che in sè abbiano l'idoneità d'imporsi e di farsi valere, non come sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continuata del diritto.

Questa posizione, certamente importante e rilevante per certi suoi aspetti, non sembra a noi completamente soddisfacente al problema della natura giuridica dell'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale e del fondamento giuridico per la sua legittimazione: per più motivi, poichè tale posizione involge una serie di questioni non risolte e poichè tale problema esige una indagine più profonda ed esauriente.

Anzitutto, secondo il Romano, il fondamento della legittimazione di un ordinamento costituzionale instauratosi di fatto è la necessità: è legittimo l'ordinamento che esiste, esiste l'ordinamento che ha vita attuale e vitalità. Tuttavia il concetto di vitalità di un ordinamento è estraneo a quella dogmatica giuridica, alla quale il Romano rimane fedele.

Quindi il problema non è risolto da un punto di vista giuridico comprensivo, ma da un punto di vista empiricamente politico, poichè se legittimo è l'ordinamento che ha vita attuale e vitalità, e se quest'ultima non può essere definita dal giurista ma dal politico, è evidente che giuridicamente non può risolversi il problema della legittimazione <sup>(7)</sup>.

Ma, inoltre, la soluzione del Romano importa la riduzione del problema giuridico ad un esame di fatti, pur volendo essere soluzione esclusivamente giuridica: ed è proprio, lo vedremo, il concetto dogmatico del diritto che impedisce diversa soluzione.

<sup>(7)</sup> Per il concetto di necessità vedi SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* in Scritti in onore di Schupfer, III, p. 306. Del resto lo stesso concetto di vitalità proposto dal VITTA, op. cit., come « esistenza della forza e del suo effettivo esercizio » non è concetto giuridico. Vedi la critica al concetto di forza in ROMANO, op. cit., p. 57-58.

Se si ammette, come è stato riaffermato, che la qualità viene prima della cosa qualificata (\*), è evidente che la qualità di essere conforme al diritto lungi dallo scaturire dal fatto, ossia dall'azione o comportamento, al quale viene attribuita, non può che precederlo, e che non si può spiegare il divenire conforme al diritto di un fatto mediante il fatto stesso che giuridicamente deve giudicarsi.

Ritorniamo su questo problema della riduzione del diritto al fatto: ora occorre precisare che i concetti di esistenza, di vitalità, di necessità, la stessa coordinazione dell'elemento *necessitas* con gli elementi *consensus* e *consuetudo*, affermata dal Gemma (\*\*), il quale dà precisa posizione al fattore volontà, e pone da un comprensivo punto di vista giuridico il fenomeno « rivoluzione », sono concetti, ai quali si può dare il giusto e vero valore, solo dopo aver indagato e precisato il fondamento dell'instaurazione di un ordinamento costituzionale in relazione alla natura e realtà dello Stato: natura e realtà dello Stato che includono necessariamente e logicamente natura e realtà del diritto, e, quindi, lo stesso problema della legittimità di un nuovo ordinamento in confronto di quello preesistente.

#### IV.

Il diritto, ci siamo chiesti in precedenti saggi (10), che è coesistente al processo di formazione ed all'effettivo realizzarsi di un nuovo ordinamento costituzionale, costituisce un diritto sostanzialmente nuovo rispetto al diritto del precedente ordinamento costituzionale o una relazione di continuità esiste tra i due diritti,

(\*) Molto acutamente CESARINI SFORZA, *Ex facto jus oritur* in Studi in onore di G. Del Vecchio, 1930. Conforme al Romano, CONDORELLI, *Ex facto oritur jus* in Riv. Intern. Filosofia Diritto, 1931. Su questa questione vedi pure CARDONE, *La teoria della rivoluzione* in Riv. Intern. Filosofia Diritto, 1932.

(\*\*) Vedi op. cit. e relativa bibliografia.

(10) Vedi *Modificazioni costituzionali e nuova costituzione*, Sassari, 1935 e *La realtà dello Stato e i suoi organi*, Sassari, 1935.

si da ritenerli diversi in ordine alla loro fonte formale e al contenuto delle rispettive norme e dei rispettivi istituti, ma uniti in ordine alla sostanza, che perennemente costituisce lo Stato come realtà e come spirito? Ed una volta avvenuta l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale, rispetto a quale ordinamento deve l'ordinamento instauratosi dirsi legittimo? E se una norma esiste, quale è la norma giuridica alla cui stregua si deve valutare il processo dell'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale?

Secondo il Romano, come già abbiamo rilevato, il fondamento della legittimazione di un ordinamento costituzionale instauratosi di fatto è la necessità: è legittimo l'ordinamento che ha vita attuale e vitalità. Ossia la legittimazione di un ordinamento è una qualità immanente all'esistenza effettiva dell'ordinamento stesso; esistente e legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità. E fondamento di questa legittimazione è la necessità, poichè la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali.

Ma una prima soluzione dei quesiti da noi posti presuppone un esatto punto di riferimento che è costituito dalla realtà positiva dello Stato, nel cui ambito si determina la sostituzione di un governo da parte di un governo rivoluzionario.

Se si concepisce lo Stato come istituzione che costituisce la espressione sovrana unitaria di tutte le forze sociali e che risolve un aggregato di uomini in un ordinamento giuridico, non può neppure astrattamente pensarsi uno Stato che non sia simultaneamente e sempre un ordinamento giuridico e che nella sua esistenza storica possa vivere, anche per un fuggevole istante, fuori del diritto e senza diritto. Se un tale istante sorgesse esso perderebbe la qualità di Stato, pur ammettendo che possa nuovamente acquistarla in un momento immediatamente successivo.

Ma poichè il diritto è immanente ad ogni assetto politico ed alla natura stessa dello Stato, di una instaurazione e, quindi, di una rivoluzione, che non porti all'estinzione dello Stato, entro

il quale essa si verifica, ma o dia vita ad un nuovo ordinamento costituzionale, come assimilazione e assorbimento da parte del precedente ordinamento, o ponga un nuovo ordinamento, che si sostituisce interamente a quello precedente, è non solo possibile ma anche necessaria una valutazione giuridica.

Nella ipotesi di un movimento rivoluzionario, che culmini in un mutamento del governo di uno Stato attraverso una procedura formalmente extracostituzionale, si deve escludere la tesi dell'irrilevanza per il diritto di quel movimento, se non si vuole arbitrariamente affermare che ogni sostituzione rivoluzionaria dell'elemento governo implica creazione di un nuovo Stato. Qualora l'estinzione di un governo prodotta dalla rivoluzione fosse estinzione di fatto e l'instaurazione del governo rivoluzionario fosse, correlativamente, instaurazione di fatto, dovrebbe concludersi che la società, in cui detti fatti si sono verificati, ha vissuto per un certo tempo, sia pure breve, senza diritto, cioè ha perduto la qualifica di Stato. Conclusione che non può trovare consensi in dottrina, perchè contrastante con principî giuridici, che sono espressione immediata dell'esperienza politica.

Il concetto di Stato, che consente un preciso orientamento, è quello di una viva ed unitaria realtà che non si esaurisce nelle norme poste e nell'ordinamento giuridico esistente, è quello di uno Stato che, nella sua natura etica, anima e muove il diritto positivo.

Recentemente il Panunzio <sup>(11)</sup>, rifacendosi ad una distinzione, da me precedentemente affermata <sup>(12)</sup>, ed apportandovi notevoli sviluppi, ha ammesso che non ci si intende sui concetti fra di

<sup>(11)</sup> Vedi PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato Fascista*, cit., p. 287 e 288 e i cap., veramente originali, intorno alla teoria generale del Partito. Intorno al Partito vedi il completo studio di ZANGARA, *Il Partito e lo Stato*, Catania, 1935 e la sua recente prolusione *Il Partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania* in Riv. di Dir. Pubblico, 1938.

<sup>(12)</sup> Vedi *Modificazioni costituzionali etc. cit. e Realtà dello Stato e suoi organi* cit.

loro concatenati di Stato, di partito rivoluzionario e di rivoluzione, se non distinguendo la persona formale da quella sostanziale o meglio ideale dello Stato, se personalità dello Stato vuol dire non solo unità, ma anche continuità dell'unità di esso.

Le forme temporali dello Stato mutano e cambiano: lo Stato nella sua sostanza ideale, lo Stato in sè, è continuo ed eterno. Ed ecco perchè la stessa rivoluzione, come vedremo, lungi dall'essere un fenomeno fuori o contro lo Stato, è un fenomeno dello Stato e nello Stato, un episodio della eterna ed immanente fenomenologia dello Stato. Come, del resto, lo Stato che va preso in considerazione, in ordine al problema dell'instaurazione, non è quello formato, cioè considerato nella sua astrattezza, nel momento della sua saldezza e perfezione giuridica, ma lo Stato in quanto prodotto vivo ed immediato della rivoluzione ancora in corso.

Anche non accettando la teoria che accanto al diritto positivo assume un diritto o razionale o ideale, secondo le norme ed i criteri del quale il primo dovrebbe essere completato ed interpretato, si deve convenire che nell'interiorità stessa del diritto formalmente posto si sviluppa una convinzione giuridica che è già diritto, in quanto sia praticata mediante la consuetudine o divenga diritto positivo mediante l'eventuale recezione formale, che di essa convinzione effettuino gli organi normativi dello Stato.

La scienza giuridica non può estendere i suoi confini sino a comprendere l'eterno contrasto tra diritto vigente e diritto ideale, ma può valutare alla stregua dei suoi principî gli effetti positivi, che quel contrasto determina.

Quando un movimento politico cessa di essere soltanto sentimento e dai programmi ideali passa a realizzarsi in azioni ed omissioni e precisa i suoi concreti scopi, delle une e degli altri si fa necessariamente una valutazione giuridica e, in conseguenza, si giudicano gli atti rivoluzionari irrilevanti o leciti o illeciti in rapporto all'ordinamento giuridico positivo, sotto il cui vigore si verificano. E se tale movimento politico rivoluzionario, raggiungendo il suo scopo, attua il trasferimento dell'esercizio del potere

sovrano, è estinto il diritto positivo e formale secondo le cui norme si possono giudicare gli atti del nuovo governo: nè, d'altra parte, possono assumersi le norme emanate dal governo instauratosi per valutare quegli atti. Così basta ricordare il principio dell'indipendenza dell'ordinamento interno dall'ordinamento internazionale per escludere che alla stregua di quest'ultimo possa farsi la legittimazione dell'instaurazione rivoluzionaria <sup>(13)</sup>.

Esclusi, dunque, tutti i possibili ordinamenti positivi e formali, in rapporto ai quali possa darsi legittimazione, e cioè l'ordinamento immediatamente antecedente all'instaurazione, l'ordinamento prodotto dall'instaurazione e l'ordinamento internazionale, resta la teoria, per la quale la legittimazione è una qualità immanente all'esistenza effettiva dello stesso ordinamento instauratosi, sì che è legittimo il governo che esiste, che, cioè, ha vita attuale e vitalità.

## V.

Anzitutto il termine legittimazione, in quanto sta a significare il divenire conforme al diritto di un certo ordine di fatti, implica un quid, che è diverso ed è più della giuridicità dei fatti osservati. Cioè implica che dei fatti, che sono giuridici, sono altresì legittimi, poichè producono effetti giuridici che devono definirsi conformi ad un dato diritto, ch'è posto.

Inoltre indicando il fondamento della legittimazione nella necessità, si identificano inesattamente la giuridicità e la legittimità di una instaurazione.

È certo, ed è noto, che esistono numerosi rapporti giuridici che originano necessariamente da particolari situazioni che sono ineliminabili dalla stessa struttura di una società organizzata e che producono, appunto, quei rapporti, cui l'ordinamento giu-

<sup>(13)</sup> Vedi GEMMA, op. cit. Per certi aspetti vedi pure Kelsen, op. cit. e *Das problem der souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*, 1920.

ridico riferisce norme che sono diverse da quelle che si riferiscono ai fatti volontari.

Ma dall'ammissione che taluni fatti sorgono e si fondano sulla necessità che, pertanto, è produttiva di conseguenze giuridiche, non si può senz'altro derivare la legittimità delle conseguenze di diritto che, per necessità, si sono verificate.

Sarebbe, intanto, opportuno precisare quale sia il carattere della necessità, cui si fa riferimento in tale materia, se, cioè, essa debba intendersi in senso oggettivamente assoluto, come uno stato di fatto che rende impossibile l'esistenza di uno stato di fatto diverso, o, come sembra più rispondente all'esperienza storica, in senso relativo.

Non può, invece, criticarsi, in astratto, il fatto che la necessità, di cui si ragiona, non sia una fonte di diritto riconosciuta da un particolare sistema positivo, ma sia una fonte logica di diritto, la cui esistenza è postulata da esigenze e da principi che il giurista ritrova e fissa nell'armonia dell'ordinamento statale.

Ma accedere a tale concetto non significa, naturalmente, che si debba condividere la applicazione specifica, che n'è stata tentata, al problema della legittimazione dell'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale: la necessità non perde, tuttavia, la sua natura di forza misteriosa ed indefinita.

Anche attribuendo alla necessità un positivo ben definito contenuto, non sembra, tuttavia, che possa in esso includersi l'elemento volontà, che, quasi unanimemente, è considerato dalla dottrina come la più intensa delle energie che creano il diritto e che non può non avere un valore preminente nella formazione di atti, che hanno la capacità di mutare le fonti formali del diritto positivo di uno Stato. Ecco perchè abbiamo ritenuto una felice integrazione di tale teoria, il coordinamento dell'elemento « necessitas » con gli elementi « consuetudo » e « consensus », che valgono certamente a dare risalto al fattore volontà.

Tuttavia, anche ciò ammesso, se si dichiara legittimo l'ordinamento che esiste, si snatura il problema della legittimazione, ch'è problema di indole squisitamente giuridica, in quanto, mentre

si dovrebbe presupporre l'esistenza di una « *quæstio facti* » e di una « *quæstio iuris* », con tale teoria si riduce la « *quæstio iuris* » nella « *quæstio facti* » senza residuo, limitandosi l'indagine della legittimità al mero accertamento empirico dell'esistenza di un ordinamento che abbia vita attuale e vitalità. Che tale riduzione non sia, sul terreno giuridico, ammissibile, è provato dalla conseguenza, cui si addivene, ricevendo tale teoria: la trasposizione del problema della legittimazione dall'ambito della scienza giuridica in quello della scienza politica.

Infatti lo studio della vitalità di un ordinamento è estraneo alla dogmatica giuridica ed è compito dello storico e del politico: ossia, riducendo la legittimazione ad un semplice accertamento della vita attuale e della vitalità di un ordinamento, ne deriva che il giurista non può risolvere il problema della legittimazione di esso ordinamento, poichè con i principî della sua scienza non può dichiarare se un ordinamento attuale abbia vitalità, cioè se esista, e, quindi, se sia legittimo. Ed il problema rimane problema politico, anche quando si cerchi di precisare, come ha fatto il Vitta, ampliando la teoria del Romano, che la vitalità consiste nell'esistenza della forza e del suo effettivo esercizio, perchè siffatta precisazione non contiene un'apprezzabile nozione giuridica.

Abbiamo, del resto, già rilevato che la logica giuridica non può riuscire a spiegare il divenire conforme al diritto di un fatto mediante il fatto stesso che si deve valutare, ed abbiamo anche ricordato la recente riaffermazione di una verità, che non sembra, in linea logica, confutabile, che la qualità precede la cosa qualificata, ossia che la qualifica di essere conforme al diritto anzichè scaturire dal fatto, al quale siffatta qualità viene attribuita, non può che precedere il fatto stesso <sup>(14)</sup>.

Quindi il concetto di legittimazione c'induce a ritenere che soltanto in rapporto ad un ordinamento giuridico è pensabile la legittimazione di un'instaurazione di fatto o rivoluzionaria <sup>(15)</sup>.

<sup>(14)</sup> Vedi CESARINI SFORZA, cit., p. 2 e p. 4-5, nota 3.

<sup>(15)</sup> Il PANUNZIO (op. cit., p. 67-69), dato che in dottrina si pongono e si

## VI.

La dottrina ha dimostrato ch'è da escludersi che legittimazione possa aversi rispetto ai varii ordinamenti giuridici positivi e formali; ma rimane ancora un ordinamento giuridico, che non è rigorosamente formale e ch'è, tuttavia, positivo per il giurista, rispetto al quale ordinamento è prospettabile la legittimazione.

E questo ordinamento giuridico non formale è l'ordinamento dello Stato nel quale l'instaurazione ha avuto luogo: un ordinamento giuridico che riflette lo Stato nella sua interezza e nella sua unità storica, sostanziata dalle norme di un diritto che contiene e supera la successione dei varî continuamente nuovi diritti positivi. È soltanto alla stregua di questo più ampio ordinamento che può giudicarsi la rivoluzione.

A parte, per ora, ogni concetto intorno all'indole politico-giuridica della rivoluzione, devesi vedere in quale modo, dal punto di vista tecnico, essa si profili.

Sino a quando la rivoluzione si svolge, mentre ancora vige un governo ed un correlativo diritto, alla stregua di questo più ampio ordinamento la rivoluzione si rapporta come una « *opinio iuris* », che non ha forza immediata di farsi valere coattivamente « *contra legem* ». In senso giuridico, del resto, la rivoluzione è la convinzione che debba essere diritto il principio di autorità e di organizzazione che essa oppone al principio formalmente ricevuto.

---

contrappongono due tipi, due forme di instaurazione, l'instaurazione giuridica e l'instaurazione di fatto, non ritiene riducibile alla instaurazione di fatto l'instaurazione rivoluzionaria, poichè, in quanto rivoluzionaria, è instaurazione giuridica, in base alla sua concezione dello Stato. Io preferisco continuare a chiamare l'instaurazione rivoluzionaria instaurazione di fatto, o, più precisamente ad identificarle, pur convenendo, con il Panunzio, sia pure attraverso una diversa impostazione del problema, che l'instaurazione rivoluzionaria è giuridica; ma giuridica è anche quella erroneamente chiamata di fatto, per le considerazioni che saranno svolte.

Ove la rivoluzione riesca di fatto all'eliminazione del governo costituito, essa ha prodotto simultaneamente due effetti, ch'è necessario giustificare, e cioè: l'estinzione di un ordinamento costituzionale positivo e l'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale positivo. Interpretando tali fatti alla stregua del concetto di « opinio iuris », dovrà dirsi che essa « opinio », dianozi « contra legem », ha avuto l'energia di abrogare l'ordinamento costituzionale, contro il quale essa era insorta.

L'estinzione del governo e l'estinzione dell'ordinamento costituzionale antecedente l'instaurazione sono, dunque, estinzioni giuridiche e non di fatto.

Il nuovo governo ed il correlativo nuovo ordinamento sono il prodotto dell'« opinio iuris », che la rivoluzione reca con sè: attraverso il fatto dell'instaurazione tale « opinio » subisce, per così dire, il processo di recezione formale, in virtù della quale cessa di essere convinzione giuridica e diviene vero e proprio diritto positivo.

La successione di due ordinamenti costituzionali positivi è un procedimento unitario e continuo, ove la si riguardi dal punto di vista dell'intero ordinamento statale e secondo quella concezione dello Stato, brevemente delineata.

Dell'unità e continuità del diritto statale attraverso il fenomeno rivoluzionario si può dare del resto una più penetrante giustificazione di logica giuridica.

Per la scienza giuridica costituzionale l'instaurazione rivoluzionaria è un fatto giuridico che, indipendentemente dalla procedura voluta dalle leggi positive, attua la materiale trasposizione dell'esercizio della sovranità da uno o più soggetti, che ne erano titolari, ad altro o altri soggetti che per l'instaurazione divengono titolari dell'esercizio della sovranità; o, come anche può dirsi, è un fatto giuridico mediante il quale si determina il mutamento della sovranità intesa in senso soggettivo, cioè con riferimento alla persona o alle persone, dalle quali può legittimamente emanare l'organizzazione, il comando ed il divieto, ferma rimanendo

la sovranità intesa in senso oggettivo, nel quale senso è sovrano l'ordinamento stesso dei comandi e dei divieti.

La sovranità è qualità specifica e distintiva dello Stato, attributo inalienabile ed esclusivo del soggetto Stato, qualità oggettiva immanente allo Stato considerato quale ordinamento giuridico; ossia lo Stato è dotato di personalità, e, quindi, di una propria volontà e della capacità di esteriorizzare autoritariamente in concreto gli atti delle sue interne autodeterminazioni.

La personalità dello Stato è l'autonomo prodotto della superiore mediazione continua delle singole personalità che costituiscono il popolo, come elemento dello Stato o corpo dello Stato, al quale la sovranità può essere riferita, senza eliminare il processo di unificazione delle molteplici volontà individuali attuato soltanto dal soggetto Stato, in quanto esso è lo spirito del popolo, secondo una profonda definizione politica di Mussolini.

La sovranità, così intesa, rimane in sè, come potestà, immutata anche attraverso le rivoluzioni e quelle trasformazioni costituzionali, che sostituiscono gli organi, cui è affidata l'attività sovrana diretta dello Stato, creando nuovi organi costituzionali, atti ad individualizzare con la loro attività la realtà dello Stato in un dato momento storico, ossia instaurando un nuovo ordinamento costituzionale.

Le rivoluzioni non mutano la personalità dello Stato, se la personalità resta integra in ordine al territorio, in ordine al popolo, in ordine al governo che detiene l'esercizio della potestà sovrana, cioè se integra rimane l'entità storica dello Stato nei suoi elementi fisici e nel suo aspetto politico.

## VII.

Ma la continuità della personalità dello Stato attraverso le rivoluzioni ha una profonda giustificazione nella stessa sovranità dello Stato che, evidentemente, non può essere annullata dal fatto della rivoluzione, perchè uno Stato non sovrano non è am-

missibile. Anzi la considerazione che il moto rivoluzionario può far sì che, per un certo tempo, il governo dello Stato non sia detenuto da organi particolari, ma coincida con lo stesso popolo, ci porta ad esaminare in quali o in quale elemento risieda la sovranità dello Stato come potestà.

È pacifico che gli elementi costitutivi dello Stato, nell'aspetto giuridico, sono il governo, il popolo, il territorio. Riguardo al popolo si deve riconoscere che la sua qualità di elemento costitutivo dello Stato è tuttora controversa, asserendosi autorevolmente che, essendo il popolo oggetto dell'attività del soggetto Stato, non possa ad un tempo essere sostanza costitutiva del soggetto stesso <sup>(16)</sup>.

È anche opportuno ricordare, in ordine all'elemento governo, che mentre vi è una teoria che sostiene essere tale elemento detentore dell'esercizio della sovranità in nome proprio, altra teoria sostiene che i governanti esercitano la sovranità in nome della persona reale dello Stato, costituita dal popolo; per altri, invece, essa consiste nel popolo e nel territorio; per altri, infine, non ritenendo che gli elementi fisici possano integrare in modo essenziale lo Stato, la persona reale è data dal complesso dei funzionari in quanto tali, cioè dall'organizzazione statale.

Quindi se tre sono gli elementi costitutivi dello Stato e se la sovranità è attributo specifico dello Stato, deve concludersi che la sovranità come potestà o risiede in tutti e tre gli elementi simultaneamente o in due di essi o in uno solo.

E se è esatto insegnamento che nello Stato il governo ha l'esercizio della sovranità ed il territorio è ambito di validità ed oggetto della sovranità, questa in sé, come potestà, deve necessariamente risiedere nel popolo, inteso non in senso giusnaturalistico e tanto meno secondo i rigidi principî della sovranità popolare.

<sup>(16)</sup> Così, ad es., il DONATI, *La persona reale dello Stato* in Riv. di Diritto Pubblico, 1921, I, p. 10; contra ROMANO, op. cit. e RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, ultima ediz., alle argomentazioni dei quali autori faccio riferimento.

La soluzione ha natura eminentemente giuridica, in quanto concepisce il popolo come un'entità ch'è costitutiva, ch'è parte del soggetto Stato: concezione che non infrange ciò che per noi è un dogma, cioè la personalità sovrana dello Stato. Inoltre la positiva normale coesistenza del popolo e del governo, come elementi separati e distinti, include l'erroneità del concetto di inalienabilità della sovranità, perchè l'esercizio della sovranità ha per titolare il governo e non il popolo.

Ora tali sommarie osservazioni non solo provano quanto già abbiamo enunciato relativamente all'unità storica dello Stato ed alla continuità del diritto, ma intendono anche porre il fondamento logico dell'« opinio iuris », nella quale si risolve giuridicamente il fenomeno della rivoluzione.

L'argomentazione giuridica riceve conforto dall'analisi della coscienza sociale che determina con le azioni ed afferma con i rinnovamenti politici la sua volontà contro i principî e gli istituti inadeguati alla soddisfazione delle esigenze ideali del popolo e della Nazione. Ed è, appunto, la diffusa coscienza politica, tradotta nei termini tecnici dell'« opinio iuris » ed in norma positiva attraverso l'intero processo rivoluzionario, che agevola la determinazione della struttura della norma, alla cui stregua si deve legittimare l'instaurazione di un ordinamento costituzionale.

La fonte di una tale norma, intanto, non può essere formale, ma logica, cioè postulata da esigenze che sono caratteristiche, univoche ed insopprimibili in ogni ordinamento statale.

L'aderenza necessaria e perpetua della norma alla struttura di ogni ordinamento statale consente di definirla in senso lato positiva e può profilarsi come una norma che non ammette nè deroga nè abrogazione. E ciò anche per una considerazione razionale: poichè quella qui considerata è l'unica norma che possa dirsi originariamente creativa del diritto positivo.

Ossia essa è una norma costruttiva, perchè essenziale alla struttura dell'ordinamento statale unitariamente considerato.

Brevemente, essa norma può così formularsi: è legittimo ogni governo che emani delle norme positive. L'elemento spiri-

tuale di tale norma consiste nella convinzione che sia diritto del popolo darsi un nuovo ordinamento costituzionale quando quello positivamente costituito sia comunque estinto in seguito ad avvenimenti politici. È in virtù di siffatto elemento spirituale che la norma esiste; gli atti, cioè l'elemento materiale, non devono necessariamente integrare la norma perchè esista; essi, infatti, la dimostrano e la dichiarano, ma non la creano.

Chi si preoccupasse di incasellare tale norma in una delle categorie della dogmatica potrebbe ravvisare in essa il carattere della norma consuetudinaria: ma i requisiti, primo fra tutti, quello della universalità, esigono che la si definisca regola costruttiva di ogni ordinamento statale.

Già queste sommarie osservazioni dimostrano quanto la natura giuridica e il contenuto di tale regola si distanzino dai superati concetti del diritto alla rivoluzione e del potere costituente innato nel popolo: ma tali concetti, come pure essa norma nel suo profondo significato giuridico, avrebbero bisogno di essere più ampiamente esaminati.

### VIII.

Per ora ci limitiamo a precisarne ancora un aspetto.

Recentemente il Panunzio <sup>(17)</sup>, volendo approfondire il concetto di crisi applicato allo Stato, precisato che vi sono due specie distinte e non confondibili di crisi, le crisi materiali e le crisi ideali, ossia rivoluzionarie dello Stato, ha affermato che le crisi ideali, morali o spirituali, sono quelle prodotte da cause ideali, cioè da nuove idee politiche e sociali, ove l'agente perturbatore è sempre lo spirito, l'insofferente ed insaziato spirito sociale dell'uomo.

Nelle crisi ideali le nuove idee spostano i rapporti, cambiano la faccia delle cose, trasformano lo Stato: abbiamo insomma le

<sup>(17)</sup> PANUNZIO, *Teoria generale etc.*, cit., p. 236-237.

rivoluzioni, e quindi le dittature rivoluzionarie, che è da ciechi confondere e paragonare con le dittature restauratrici dell'ordine, provocate e necessitate dalle crisi materiali dello Stato. E per il Panunzio la rivoluzione è un'idea potente, impetuosa, gagliarda, che urta, rompe, scompone, vince, che vuole vincere, che si afferma, che s'impone, che s'incorpora con la realtà, con cui fa storia: essa è, in una parola, una nuova concezione dello Stato, lo Stato nuovo che si forma.

Proseguendo poi in questa sua ricerca il Panunzio <sup>(18)</sup> ha modo di osservare acutamente che quando si dice che la rivoluzione cammina, procede, ha i suoi doveri e i suoi diritti, non si dicono delle frasi, non si formano delle metafore, ma si pone in essere un vero e proprio soggetto morale e giuridico operante. In altri termini, come è una persona morale e giuridica lo Stato, titolare della sovranità, così è anch'essa, una persona morale e giuridica, la rivoluzione, titolare della nuova sovranità, la sovranità appunto rivoluzionaria. La rivoluzione è un'idea che ha bisogno di entificarsi e si entifica in effetti in quello che è il partito rivoluzionario, inteso giustamente dal Panunzio come soggettivazione e personificazione morale e giuridica della rivoluzione, come titolare della sovranità e legalità rivoluzionarie, come l'idea divenuta soggetto, ossia il soggetto o la persona morale e giuridica della rivoluzione.

Ecco perchè abbiamo altra volta dimostrato <sup>(19)</sup> che la identità dello Stato non è legata alla identità degli organi e che lo Stato permane malgrado il mutare degli organi: se una rivoluzione trasforma l'organizzazione fondamentale dello Stato, continua a sussistere lo stesso Stato con organi diversi, e, quindi, non sorge uno Stato nuovo. Non però perchè la distinzione tra Stato ed organo sia tale da postulare giuridicamente due diversi soggetti, ma perchè un mutamento della sua struttura e dei suoi

<sup>(18)</sup> PANUNZIO, op. cit., p. 242-243.

<sup>(19)</sup> Vedi *La realtà dello Stato e i suoi organi*, cit., p. 28.

organi è solo un mutamento maggiore o minore della sua forma, della sua costituzione, ossia perchè lo Stato, sia pure mutando politicamente la sua volontà, non perde mai, realisticamente e giuridicamente, la sua identità.

Non vale così, come è stata posta <sup>(20)</sup>, la distinzione fra guerra e rivoluzione, intendendo la prima come rivolta ad investire la persona stessa dello Stato e la seconda come rivolta contro organi dello Stato: la natura diversa del soggetto contro cui esse sono rivolte in via primaria, non è argomento sufficiente per affermare una distinzione fra Stato ed organo basata sopra una soggettività giuridica dell'organo. La guerra interessa direttamente il diritto internazionale e la rivoluzione il diritto interno: la rivoluzione nasce entro l'ordinamento per trasformarlo, per modificarlo, ossia si svolge sempre entro lo Stato, come abbiamo detto, ed è lo Stato stesso che la compie nel suo interno per darsi una nuova struttura, una nuova forma costituzionale, corrispondente al contenuto del suo mutato volere. L'organo si scorge come distinto dallo Stato, ma il rapporto non è mai di soggettività giuridica: diversamente la rivoluzione non sarebbe più rivoluzione, da un punto di vista formale, di un ordinamento in sè stesso, dello Stato, ma di un ordinamento contro altro ordinamento.

Gli stessi organi costituenti, che in un determinato momento storico della vita dello Stato pongono mano alla costituzione fondamentale e le danno vita forma e forza giuridica, ripetono la loro origine da organi che, nel momento originario o rivoluzionario, hanno espresso la volontà dello Stato assumendo natura di organi.

Cambiando i principî fondamentali, espressione di una determinata realtà storico-politica, cambiano necessariamente anche tutti gl'istituti dello Stato: ossia quando un ordinamento costituzionale viene sostituito da un altro, è tutto un nuovo sistema di diritto pubblico che prende il posto del primo.

<sup>(20)</sup> ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, p. 51.

Lo Stato è storicamente sempre un ordinamento giuridico unitario e permanente, ossia è, anche da un punto di vista giuridico formale, un vero e proprio organismo stabile, e non già un mero aggregato organico di forze in perpetua condizione d'instabilità.

Un popolo, scriveva il Gerber <sup>(21)</sup>, non è la somma dei singoli uomini viventi in un dato momento, ma è un tutto unito spiritualmente in una comunità storica, che nella generazione vivente trova soltanto la manifestazione del momento.

Ecco perchè al di fuori e al disopra degli organi esiste sempre l'unità reale e sociale, la collettività, il popolo nella sua unità spirituale e nella sua formazione storica, che si esprime in quell'unità di volere che, dando vita ad un ordinamento giuridico ed imprimendogli il carattere di organismo politico, crea lo Stato.

Non c'è in alcun organo dello Stato, come ha acutamente e profondamente affermato il Falchi <sup>(22)</sup>, una potestà politica e, quindi, una volontà giuridica, che non riposi sopra un complesso di forze sociali perduranti, che non sia espressione del consenso collettivo, che non perduri quanto questo consenso e che non cessi col venir meno di esso.

Questo ci spiega perchè ogni organo, e quindi ogni potere, sia necessariamente temporaneo: perchè ogni potere tragga quella volontà di potenza, e quindi quella possibilità di manifestarsi attraverso atti giuridici, ch'è il segno della sua vitalità, dal consenso sociale inteso come atteggiamento psicologico e storico della collettività statale, non come accordo contrattuale o come volontà atomisticamente manifestata dai singoli.

E quando lo Stato muta il contenuto del suo volere, quando la sua volontà si dirige verso altri fini, non può non creare organi adatti a tradurla in azione.

Ogni discussione sui fini dello Stato è giuridicamente oziosa,

<sup>(21)</sup> GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3<sup>a</sup> ed., Lipsia, 1880, p. 126.

<sup>(22)</sup> A. FALCHI, *La realtà dello Stato*, Pisa, 1932, ove il problema è ampiamente esaminato e collegato alla stessa natura e realtà dello Stato.

poichè, come ha precisato, da moltissimo tempo, il Falchi, in un suo fondamentale saggio <sup>(23)</sup>, i fini propri dello Stato, lungi dall'essere limitati, sono, per la natura stessa dello Stato, illimitati: lo Stato non ha limiti nella scelta dei propri fini ed uno Stato limitato nei propri fini sarebbe giuridicamente un assurdo.

Lo Stato è potenza politica, è volontà di potenza: se muta il contenuto del suo volere sovrano, la sua volontà non può non dirigersi verso altri fini. Uno Stato limitato nei propri fini non sarebbe uno Stato, poichè la scienza giuridica non può ammettere uno Stato limitato nella sua sovranità, nella sua volontà: quando uno Stato non sovraneamente vuole, e nega quindi la propria intima ed eterna natura, quando non sente la propria volontà di potenza, è uno Stato che rinuncia a vivere e si avvia a morire <sup>(24)</sup>.

Ecco perchè lo Stato con la sua volontà rivoluzionaria o riformatrice muta ordinamenti ed organi, i quali sono, quindi, espressione di un determinato momento storico coincidente sempre con un concreto ordinamento statale.

L'errore della scuola storica, com'è stato anche recentemente ricordato <sup>(25)</sup>, che generò poi ed alimentò la scuola organica ed evoluzionistica, fu di aver posto in circolazione l'idea che le trasformazioni del diritto e dello Stato fossero soltanto continue, graduali, pacifiche, senza urti, senza rotture, ossia pure e semplici modificazioni.

In verità abbiamo processi modificativi ed evolutivi delle istituzioni preesistenti, come abbiamo anche processi involutivi del diritto, ma abbiamo, e sono i più notevoli e caratteristici,

<sup>(23)</sup> A. FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere*, Sassari, 1913: vedi pure *La giuridicità della volizione statale e il concetto del diritto* in Riv. Lo Stato, 1931. Vedi G. DEL VECCHIO, *Saggi intorno allo Stato*, Roma, 1935: genesi, fondamento e sviluppi della concezione moderna dello Stato come concezione fascista in un rigoroso ed ampio sistema di pensiero.

<sup>(24)</sup> Vedi A. FALCHI, op. cit. e il mio, *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato*, ed. Il Solco, 1929 con pref. di A. Falchi.

<sup>(25)</sup> Vedi PANUNZIO, op. cit., p. 171.

processi rivoluzionari di mutazione, di trasformazione delle istituzioni, di creazione di nuove istituzioni.

Non per nulla Jellinek <sup>(26)</sup>, precisando che le istituzioni mutano, avvertiva che non ogni mutamento è uno svolgimento; ossia che il vero mutamento trasforma, crea l'ordinamento dello Stato, mentre svolgimento è solo quel mutamento che dal semplice mena al complesso.

Ciò che è immanente e che non muta è l'ente dal quale traggono origine gli organi e gli ordinamenti, è la necessità, insita nella stessa natura dello Stato, che vi siano sempre organi adatti ed ordinamenti capaci di manifestare la volontà e la potestà statale.

Onde, anche da queste ultime osservazioni, si spiega il valore giuridico, che noi abbiamo cercato di dare all'instaurazione di fatto o rivoluzionaria di un ordinamento costituzionale.

<sup>(26)</sup> JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, cit. pagg. 108-109. Vedi anche, per certi aspetti e considerazioni acute, BOTTAI, nei numerosi studii in riviste e *Le Corporazioni*, Milano, 1935. Per importanti considerazioni, che partono da un diverso fondamento, VOLPICELLI, *Corporativismo e scienza del diritto*, Firenze, 1934.