

MARIO FALCO

**IL CONCETTO GIURIDICO**  
DI  
**SEPARAZIONE DELLA CHIESA DALLO STATO**

---

PROLUSIONE AL CORSO DI DIRITTO ECCLESIASTICO  
TENUTA NELLA UNIVERSITÀ DI PARMA  
IL DÌ XVII GENNAIO MDCCCCXIII

TORINO  
FRATELLI BOCCA, EDITORI  
1913



SIGNORI,

Con viva commozione dell'animo, compreso dell'onore che mi è concesso, consapevole della difficoltà del mio compito, io prendo a parlare dalla cattedra che illustrarono Francesco Brandileone ed Arrigo Solmi, e ringrazio con profonda riconoscenza questa Facoltà giuridica, che con benevola fiducia mi chiamò a sé e mi ritenne degno di succedere a quei valenti Maestri.

Ai nuovi colleghi porgo con la significazione della gratitudine il più riverente e cordiale saluto, ai nuovi scolari esprimo la mia calda giovanile simpatia.

Io vengo a voi con esperienza breve, ma con entusiastico amore per la scuola, amore, che nello Studio Maceratese, — nel quale ho iniziato il mio insegnamento, ed al quale volgo oggi un memore affettuoso pensiero, — si è fatto più vivo e profondo. Non ad altro io aspiro che a trasfondere in voi, o giovani, l'interesse appassionato che io sento per la mia disciplina, non desidero premio maggiore alle mie fatiche se non di vedere accendersi nella vostra anima un poco del mio fervore.

Con questi sentimenti io assumo il mio ufficio.

Quale via intenda seguire nell'insegnamento della mia disciplina cercherò di mostrare svolgendo l'argomento che ho scelto a tema di questa lezione.

I.

Francesco Ruffini nell'epilogo della recentissima edizione inglese della sua storia della libertà religiosa si pone il problema se per garantire la libertà religiosa sia necessario che le relazioni tra Stato e Chiesa sieno regolate col sistema del separatismo o se essa possa esistere anche dove codeste relazioni sono regolate col sistema giurisdizionalista, e, mentre egli sostiene che la libertà religiosa è indipendente dai due sistemi e che benissimo può essere assicurata anche col giurisdizionalismo, il Bury nella prefazione all'opera stessa del Ruffini contrasta a questa conclusione e cerca di mostrare che soltanto la separazione tra Chiesa e Stato, che può considerarsi come l'unico sistema logicamente in armonia con lo spirito laico dei tempi moderni, è in grado di assicurare compiutamente la libertà di coscienza.

Di fronte alla questione posta in tal modo vien fatto di domandare: che cosa è la separazione? quale ne è l'essenza? ci sono elementi caratteristici che permettano di distinguerla sicuramente almeno dal sistema contrapposto del giurisdizionalismo? si può dedurre dalla definizione quale sia nel regime separatista il limite dei diritti statuali di supremazia e quindi la sfera di libertà religiosa dei cittadini?

Ho scelto un caso tipico per mostrare come sorga e si presenti in pratica il problema dell'essenza del separatismo, ma gli esempi potrebbero facilmente moltiplicarsi. Quando in Italia si invoca la separazione riguardo al riordinamento della proprietà ecclesiastica o all'insegnamento religioso nelle scuole o all'esercizio del diritto di placitazione, — sempre si ripresenta la questione: che cos'è il

separatismo? porta esso necessariamente con sé una soluzione, o meglio la soluzione di questi problemi? Tutte le volte che a proposito del sopravvissuto diritto di placitazione, della regalia beneficiaria, del sequestro di temporalità si dice che in Italia vi è una separazione imperfetta, un regime misto, un separatismo giurisdizionalista, — vien posta la questione: come rendere perfetta la separazione, come togliere il miscuglio, come purificare il sistema dai residui giurisdizionalisti? — e si cerca di rispondere alla domanda: qual è la separazione genuina, la separazione tipo che non si è effettuata nel nostro diritto?

Io vorrei oggi esporre criticamente le risposte principali che si sono date alla questione dell'essenza della separazione, vorrei esaminare cioè le definizioni del separatismo. Il che vuol dire, — non tragga in inganno l'accenno fatto dianzi alla questione generale della separazione, — che io non parlerò della storia delle idee separatiste su la quale tanta luce ha gettato il libro del Ruffini, non accennerò che per incidenza agli ordinamenti separatisti positivi, non mi occuperò affatto della sterminata letteratura politica che è fiorita o pullulata intorno all'argomento specie negli ultimi anni; — ma mi restringerò semplicemente allo studio dei più notevoli tentativi di definire la cosiddetta natura giuridica della separazione.

## II.

Per lungo tempo e anche oggi presso molti scrittori la questione non ha sollevato gravi dubbiezze, come non ne ha sollevato in genere la classificazione dei vari sistemi di relazione tra Stato e Chiesa: secondo la comune opinione la separazione è il sistema nel quale le chiese sono considerate nello Stato come società od associazioni private.

La fortuna di questa formula è dovuta certo alla sua origine storica, cioè alla sua diretta derivazione dalla scuola del diritto naturale, ma non fu d'altra parte senza importanza ch'essa sia stata fissata, già poco dopo la metà del secolo passato, da uno scrittore che esercitò larga influenza su gli studi giuridici dei nostri tempi: Roberto von Mohl.

Il quale, esaminando gli ordinamenti logici della relazione tra Stato e Chiesa, gli ordinamenti logicamente conseguenti, *logisch folgerichtige*, come egli li chiama, pone come possibili due soli sistemi fondamentali: in primo luogo la compiuta unità dello Stato e della Chiesa, che comprende due specie: la Chiesa di Stato e la teocrazia; in secondo luogo la coesistenza distinta dello Stato e della Chiesa, — coesistenza che può pensarsi in tre modi: come separazione e indipendenza delle due società sicché ognuna si muova liberamente nella sua sfera, — come distinzione tale che ad uno dei due organismi spetti preponderanza sull'altro, — infine come separazione tale che lo Stato non persegua affatto scopi religiosi e si mescoli nella vita ed attività interna delle società religiose, ma neppure conceda ad esse una posizione privilegiata, e le tratti semplicemente come società private, come associazioni di sudditi, sottoposte come queste alle leggi comuni.

Tutti questi sistemi logicamente possibili, — vi prego di notare fin d'ora lo svolgimento e la successione delle idee, — hanno anche, secondo il von Mohl, avuto esistenza reale in luoghi e tempi diversi. Così del sistema separatista disegnato da ultimo, quello che ricaccia le chiese compiutamente nel diritto privato, è offerto un esempio conseguente dagli Stati Uniti d'America.

In questo modo è posto lo schema generale e son determinati i singoli concetti che resteranno fissi per lungo tempo in tutte le trattazioni, né valsero a modificarli l'allargata conoscenza storica delle relazioni tra Stato e Chiesa e lo studio approfondito dei vari ordinamenti positivi.

L'anno dopo la pubblicazione della classica opera del Friedberg su i limiti tra Stato e Chiesa, dove tutta l'attenzione è rivolta a fatti storici e solo poche pagine finali son dedicate alla questione della opportunità di effettuare la piena separazione, — lo Zeller pubblicava le celebri lezioni su lo Stato e la Chiesa dove dichiarava di voler fare non già una ricerca pratica, ma una ricerca filosofica e di voler determinare le relazioni tra lo Stato e la Chiesa in maniera affatto generale, — e il Sohm scriveva il noto articolo dal titolo significativo: « *La relazione tra Stato e Chiesa svolta dai concetti di Stato e di Chiesa* ». E mentre lo Zeller, pur dopo aver insistito sul carattere universale filosofico della ricerca, tiene poi conto, con palese contraddizione, delle istituzioni storiche, — il Sohm, formalmente più rigoroso, non si cura di istituzioni storiche e opera esclusivamente con i suoi concetti. Il che non toglie che giungano fatalmente alle stesse conclusioni. Lo Zeller descrive diffusamente la piena separazione e la riassume nel principio che essa importa la considerazione delle chiese come semplici associazioni private, senza rappresentanza, senza personalità giuridica, esistenti soltanto per la relazione contrattuale dei singoli. Il Sohm parte dal concetto di Stato, potenza etica, la più alta potenza etica per il regolamento delle relazioni di forza della comunità umana, — e dal concetto di Chiesa, corporazione di diritto pubblico eticamente coordinata allo Stato, — e, posti questi due concetti, ne deduce, argomentando da non so quali elementi intrinseci, fra altri, questo risultato: separazione tra Stato e Chiesa significa la considerazione della Chiesa come corporazione privata, l'ignoranza dello scopo di essa da parte del diritto e quindi dello Stato.

S'intende poi che il Sohm deve pur scendere a spiegare in che consista cotesta ignoranza e su per giù in quale condizione la Chiesa venga a trovarsi; il curioso è che egli infine dichiara che la separazione non è punto separazione, ma abolizione della Chiesa in senso giuridico: la Chiesa che è corporazione privata non è giuridicamente

Chiesa; il concetto giuridico della Chiesa esige la unione di Chiesa e Stato.

Il dogmatismo astratto, che faceva così la propria inconscia caricatura, non poteva spingersi più in là. A parte, del resto, il particolare processo logico del Sohm, la concezione ch'egli accetta si può dire omai cristallizzata.

È bensì vero che, ad esempio, il Nippold nel noto discorso del 1880, pure accennando qua e là ad una separazione compiuta, ad una separazione astratta, considera poi in particolare quella attuata nell'America del Nord e osserva che essa non è punto eseguita secondo un principio assoluto e ne espone le istituzioni caratteristiche, facendo rilevare i legami tra Stato e religione ancora esistenti nella Confederazione.

Ma i giuristi si appagano della classificazione tradizionale e non si curano di rinnovare gli schemi, formulando nuovi giudizi individuali.

È omai giunto il momento che lo schema di classificazione e la classe del separatismo ricevono il suggello dottrinale definitivo. Paolo Hinschius, che pure aveva rivolta l'attenzione oltre che agli Stati Uniti d'America, anche al Belgio, all'Olanda, all'Irlanda, che attraverso al libro del Minghetti aveva anche acquistato conoscenza degli ordinamenti italiani, — non si indusse perciò a modificare la definizione tradizionale. Distinta la separazione dal sistema della unità di Stato e Chiesa e da quello della supremazia dello Stato sulle chiese, osservato che la separazione si può intendere in vario modo, egli assume questa definizione: il separatismo consiste nel trattamento delle società ecclesiastiche e religiose quali società private e nella parificazione delle stesse a tutte le altre private associazioni; vien poi descrivendo le varie disposizioni che si dovrebbero dedurre da quel principio, indica gli stati dove la separazione si è praticamente attuata: la Confederazione Americana, il Belgio, l'Italia, la Germania, e osserva infine che in nessuno di questi stati il sistema è applicato in tutte le sue conseguenze.

Questo è diventato ed è rimasto fino a poco tempo addietro il dogma di tutte le trattazioni giuridiche del separatismo: si è da ogni parte ripetuto essere tipico nella separazione il carattere privato delle associazioni religiose e si è immancabilmente soggiunto che tale principio non è in nessun luogo applicato. È questa la concezione dello Stutz, secondo il quale il sistema separatista per essere attuato in modo conseguente esige la parificazione delle chiese alle associazioni comuni non privilegiate, è infine la concezione di Otto Mayer, il quale, esponendo le forme delle relazioni tra Stato e Chiesa dal punto di vista della sistematica scientifica, dice esservi la completa e pura separazione della Chiesa dallo Stato, là dove lo Stato tratta la Chiesa, secondo quello ch'essa, — considerata senza preconcetti e a prescindere dalle origini storiche, — sarebbe ora di per sé, una associazione di sudditi collegati per uno scopo particolare, subordinata alle leggi dello Stato sulle associazioni per iscopi leciti.

### III.

Giunti a questo punto, bisogna però osservare che tutti questi scrittori hanno bensì fissato come elemento caratteristico od essenziale della separazione la condizione delle chiese quali società od associazioni private, — ma nessuno si è posto *ex professo* il problema della determinazione del concetto giuridico del separatismo. Un passo innanzi verso una definizione rigorosa potrebbe soltanto considerarsi quello del Kahl, il quale già nel suo « *Sistema di diritto ecclesiastico* » del 1894, mentre pure insiste sul punto che nel regime separatista la Chiesa è associazione privata, cerca di fissare il concetto di separazione in questi elementi: nessuna legge ecclesiastica dello Stato, né vigilanza dello Stato *quoad sacra externa*, nessuna coordinazione etica dello Stato e della Chiesa.

Solo centoventi anni dopo la promulgazione della prima legge separatista, la costituzione federale degli Stati Uniti d'America, — *die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug*, — si è veramente cercato di determinare il carattere giuridico del diritto di separazione, si è cercato di dare la definizione rigorosa del sistema giuridico della separazione dello Stato dalla Chiesa.

Questo merito, se merito è, spetta a Carlo Rothenbücher, il quale nel suo noto libro su la separazione di Stato e Chiesa pubblicato nel 1908 si è proposto di determinare il carattere della separazione, di fissarne l'essenza giuridica ed è giunto al risultato che il carattere giuridico comune a tutti i paesi nei quali vi è la separazione tra Chiesa e Stato in confronto di quelli dove c'è o unione di Stato e Chiesa o dove almeno esistono più chiese come corporazioni di diritto pubblico privilegiate, consiste in questo: negli stati separatisti le chiese, in quanto hanno un'organizzazione, dipendono dalla libera volontà di coloro che ne fanno parte; col principio fondamentale della libera formazione associativa delle chiese è strettamente congiunto il principio che cessa ogni immistione dello Stato nella organizzazione spirituale e temporale delle chiese, sebbene queste, s'intende, restino soggette come ogni altra organizzazione alla supremazia dello Stato.

Induttivamente dichiarava di procedere in questa ricerca il Rothenbücher, — e al Kahl, tornato sull'argomento nei suoi « *Aforismi sulla separazione* », bene parve fosse scelto tal metodo per lo scopo della comparazione, ma egli il Kahl per prendere partito nella questione di convenienza dice essere necessario formarsi un concetto giuridico rigorosamente delineato e se lo cerca con un metodo storico-logico. E precisamente così: il concetto non si può conquistare se non traendo dirittamente e inflessibilmente dal terreno giuridico storicamente dato della unità e congiunzione di Stato e Chiesa le ultime conseguenze giuridiche fino allo stato di una separazione.

Ma a questa che vorrebbe essere la definitiva determinazione del concetto, il Kahl deve far seguire subito l'osservazione che mai e in nessun luogo la separazione può significare assoluta mancanza di legame e di contatto tra Stato e Chiesa, perciò il concetto così costruito vien sostituito da quest'altro: la separazione è determinata dal *minimum* delle relazioni giuridiche inevitabili tra lo Stato e la Chiesa, tra lo Stato e i singoli membri della Chiesa, cosicché si presenta un lato sociale ed un lato individuale del concetto, lati che il Kahl descrive minutamente, ma il lungo elenco dei tratti fondamentali caratteristici logici chiude con questa domanda: esiste una separazione dello Stato dalla Chiesa conseguentemente effettuata in un qualunque stato del mondo? alla quale segue la malinconica risposta, senza riserve, negativa.

E la definizione del Rothenbücher neppure non è parsa soddisfacente al Friedrich, al quale non è sembrato persuasivo nemmeno il punto di partenza, nemmeno il metodo di ricerca. Non è la separazione un concetto giuridico, è una idea filosofica; non la comparazione deve condurre a determinarla, ma un metodo fondamentale storico-psicologico; il quale poi, a quanto sembra, condurrebbe a questa conclusione non peregrina: per mezzo della separazione lo Stato toglie alla Chiesa la posizione di diritto pubblico privilegiata, la caccia ai gradini del suo trono, nel campo del diritto privato; la Chiesa diventa suddita.

Infine anche il Neundörfer, — un giovine scrittore che vuol tracciare un periodo di storia della idea separatista in Germania e ritiene perciò necessario di possedere un concetto scientifico della separazione, — giudica in sé discutibile e per gli scopi della sua ricerca inservibile il concetto costruito dal Rothenbücher e polemizzando con lui, ricerca per conto suo l'essenza della separazione. La quale consisterebbe nel principio fondamentale che nel regime separatista deve essere escluso ogni diritto singolare che promuova od ostacoli le organizzazioni religiose; se qualche disposizione ecce-

zionale vien presa, l'effettuazione pura della separazione non ne soffre, purché con ciò, — senza qualunque privilegio o svantaggio delle associazioni religiose di fronte ad altre associazioni private, — si tenga semplicemente conto in modo obbiettivo del reale loro carattere particolare.

Altri tentativi notevoli di definire il concetto del separatismo non si son fatti; possiamo dire quindi che le definizioni piú importanti sono queste: separazione dello Stato dalla Chiesa è il sistema nel quale le chiese son sottoposte al diritto delle private associazioni, — separazione è l'ordinamento giuridico nel quale i fedeli fanno parte delle chiese per atto volontario, — separazione è la relazione tra Stato e Chiesa nella quale i vincoli che legano i due organismi son ridotti al minimo, — separazione infine è l'ordinamento giuridico nel quale le chiese cadono nella sfera del diritto comune.

### III.

Quale di questi tentativi può dirsi riuscito? quale ci dà rigorosamente i caratteri essenziali del separatismo? Evidentemente nessuno, sebbene tutti contengano qualcosa di vero. Non si può non consentire con gli scrittori che li hanno esaminati ad uno ad uno e che di tutti si son dichiarati insodisfatti; riesce anzi molto facile a chi si metta dal loro punto di vista e ne assuma i criteri metodologici aggiungere critiche alle loro critiche e dimostrare la falsità dei concetti sin qui costruiti.

Definire la separazione l'ordinamento in cui le chiese sono nello Stato parificate alle associazioni private non privilegiate non è certamente esatto, perché, — a parte intanto l'incertezza sulle condizioni delle associazioni secondo un determinato ordinamento posi-

tivo, — mai e in nessun luogo, che si sappia, le chiese non sono state messe nelle condizioni di una qualunque associazione privata; questo non è avvenuto e non avviene neppure negli Stati Uniti d'America, non soltanto perché, come è stato osservato più volte e da ultimo ancora dal Troeltsch, le chiese non sono state ridotte semplicemente al grado di un club di ballo o di una società ginnastica, continuando ad esistere una legislazione speciale sia in loro favore, sia in loro svantaggio, a difesa dello Stato, — ma ancora perché, come ha giustamente rilevato Otto Mayer, dietro alle associazioni religiose vi sono ancora sempre chiese. Negli Stati Uniti d'America, osserva il Mayer, le grandi denominazioni evangeliche: episcopalisti, presbiteriani, metodisti, luterani, non sono associazioni, ma vere chiese popolari. Associazioni formano sempre soltanto i membri attivi che si raccolgono in un dato luogo per assicurare le spese del servizio divino. Al di sopra di queste associazioni però sta la denominazione, la *church*, alla quale appartengono anche altri oltre ai membri delle associazioni, *church*, che ha una propria costituzione ed è riconosciuta dal diritto. E la cosa è tanto più evidente per la Chiesa cattolica. La quale si trova poi in identiche condizioni in Francia, dove, se anche si fossero costituite le associazioni culturali, sarebbe sempre esistita la Chiesa come chiesa popolare. Sarebbe poi ozioso domandare dove mai sia codesta equiparazione tra associazioni private e Chiesa cattolica, non dico in Italia e nel Belgio, — che pure il Hinschius, sebbene con riserve e limitazioni, poneva tra gli stati che avevano attuato la separazione, — ma in Francia, che gli studiosi più recenti considerano concordemente stato separatista.

Né potrebbe dirsi che questa sia critica del concetto staccato dai chiarimenti coi quali i definitori lo accompagnano; se prendiamo la descrizione del Hinschius troviamo, tra altro, che la costituzione delle associazioni religiose si conforma senz'altro alle leggi generali sulla costituzione delle altre associazioni, che le chiese sono sottoposte in tutti i loro rapporti al diritto comune, che non hanno pri-

vilegi, che non sono sottoposte a speciali norme preventive e repressive, — ora tutti sanno che questo non calza non solo per il Belgio, per l'Italia, per l'Irlanda, ma neppure per gli Stati Uniti d'America e ora nemmeno per la Francia.

D'altra parte ha ragione il Rothenbücher di essere insoddisfatto della definizione del Kahl e di obiettarli che dal principio da lui fissato possono bensì dedursi le conseguenze che nel regime separatista debbano venir meno l'influenza della religione su la vita pubblica, la partecipazione delle chiese a compiti dello Stato, il servizio religioso nell'esercito, la cura d'anime negli istituti di pena e di beneficenza, la partecipazione della Chiesa all'insegnamento pubblico, — ma che tutte queste conseguenze non debbono trarsi necessariamente dal principio da lui posto, — e infatti negli Stati Uniti d'America si mantengono ecclesiastici nell'esercito, nell'armata e nelle prigioni, si concede agli ecclesiastici di tutte le sette di celebrare matrimoni legalmente validi, — né poi è caratteristico della separazione l'insegnamento pubblico esclusivamente laico, che si trova in stati che non sono separatisti, — e ancora in stati separatisti vi sono e possono esistere privilegi degli ecclesiastici, legislazione sugli ordini, condizione speciale degli edifici di culto, riposo domenicale, sussidi pubblici a chiese.

E a tutto questo potrebbe aggiungersi che il concetto del Kahl essendo puramente negativo e quantitativo sarebbe sempre arbitrario l'elenco dei caratteri positivi della separazione e potrebbe anche osservarsi che in Italia, — che il Kahl esclude dagli stati separatisti, — non so se sia superato l'indeterminabile *minimum* di relazioni di cui parla il Kahl, ma certo non c'è chiesa di stato, non c'è partecipazione della Chiesa a compiti pubblici, non c'è servizio religioso nell'esercito, non c'è nessuna costrizione a manifestare opinioni religiose, non educazione religiosa coatta della prole, — d'altra parte c'è piena soppressione di ogni legame coatto dell'individuo con la Chiesa, piena indipendenza dei diritti pubblici e pri-

vati dalla confessione religiosa, piena libertà di coscienza, c'è lo stato civile, la laicizzazione delle scuole, del matrimonio, dei cimiteri. O allora perché in Italia non c'è la separazione ?

Ma, se il Rothenbücher ha ragione nella critica, non può poi dirsi che neppur lui abbia trovato il concetto esatto di separazione. Contro al principio fondamentale da lui posto che negli stati separatisti l'appartenenza alle chiese dipenda da atto volontario dei fedeli, non da disposizione generale della legge, si può ripetere l'obbiezione mossa già alla tesi che sostiene il carattere associativo della Chiesa separata dallo Stato. E si può poi soggiungere che se la associazione volontaria dei fedeli costituisce il carattere specifico della separazione, non s'intende perché l'Italia non dovrebbe essere stato separatista, posto che per lo stato non vi si nasce cattolici e che lo stato ignora, salvo che per relazioni affatto particolari, l'appartenenza degli individui alla chiesa cattolica stessa. Secondo il Rothenbücher poi col fondamento della volontarietà di appartenenza alla Chiesa sarebbe strettamente congiunto il principio che cessa ogni immistione dello Stato nella organizzazione spirituale e temporale della Chiesa; ma è evidente che cotesto principio non calza, ad esempio, né per la Francia, né ora per il Portogallo, dove lo stato lungi dall'astenersi da intervenire nella vita economica della Chiesa, le impone un'organizzazione predeterminata.

Infine neppure la formola della neutralità dello Stato o quella dell'applicazione del diritto comune alle chiese sono soddisfacenti; la prima è così indeterminata che non si intende quali limiti lo Stato imponga a se stesso nelle relazioni con le chiese, la seconda lascia incerti sul concetto del diritto comune; l'una e l'altra poi non rispondono a nessun ordinamento positivo, perché in nessuno di quelli che si sogliono chiamare separatisti lo stato si mantiene neutrale nel senso che non dia leggi riguardanti le chiese, o applica ad esse il diritto comune, cioè quello delle persone giuridiche di diritto privato.

V.

Se tutte le soluzioni del problema si dimostrano insufficienti e contraddittorie, vien fatto di dubitare che la questione non sia ben posta e che vi sia alla radice di essa un equivoco o un malinteso.

Ora, a chi consideri un poco attentamente le varie definizioni del separatismo s'impone subito un'osservazione. Sebbene codesti concetti, o almeno quelli più recentemente costruiti, sieno presentati dagli scrittori come concetti rigorosi comprendenti i caratteri essenziali del separatismo, essi, quando non sono seguiti o si staccano da enumerazioni e descrizioni, non hanno per necessità nessun significato e contengono tanto poco gli elementi necessari del separatismo che non si riesce neppure ad intendere quale ordinamento giuridico vogliano indicare.

Associazione privata di fedeli, — volontarietà di appartenenza alla Chiesa, — *minimum* di contatti tra Stato e Chiesa, — neutralità dello Stato, — sono proposizioni che lasciano campo alle interpretazioni più varie e possono significare gli ordinamenti giuridici più dissimili. Tutte codeste definizioni presuppongono una folla di notizie storiche e giuridiche e appena si riescono a intendere quando si abbiano presenti le condizioni particolari in cui furono formulate.

Se con questa ovvia osservazione, — con la quale anche si fa ammenda della inevitabile manchevolezza nella esposizione dei vari concetti, perché per renderli esattamente bisognerebbe senz'altro ripetere tutte le descrizioni, — già si discerne come debbano essere sterili le dispute attorno a nomi e a parole che hanno infiniti indeterminabili significati, — il persistente malinteso fra i ricercatori

risulterà piú evidente quando ancora si osservi che le varie definizioni che noi pure abbiamo fin qui provvisoriamente e per opportunità messe tutte su una medesima linea sono in realtà definizioni di cose molto diverse, sono concetti eterogenei. Alcuni infatti si atteggiano a concetti universali, altri sono rappresentazioni di tipi astratti, altri descrizioni riassuntive di ordinamenti giuridici che hanno od hanno avuto vigore, altri programmi pratici od utopistici, altri infine miscugli di queste svariate rappresentazioni generali, — il che, del resto, salvo s'intende per i miscugli, è stato espressamente riconosciuto da alcuni dei definitori; così mentre lo Zeller, ad esempio, dichiara di voler costruire la relazione tra Chiesa e Stato in generale e non in un determinato caso, presso un dato popolo, in un tempo dato, sotto certe circostanze, — Otto Mayer parla di raggruppamento scientifico delle relazioni tra Stato e Chiesa ed osserva che gli ordinamenti giuridici positivi si avvicinano piú o meno ai tipi fissati, — e il Rothenbücher intende dare il concetto dedotto dagli ordinamenti giuridici positivi.

Ora, riconosciuta la vacuità verbale delle definizioni e la eterogeneità dei vari concetti, riuscirà piú facile sgombrare il campo dalle costruzioni ibride e intrusive.

Tra le quali bisogna metter subito quelle che si ammantano di veste filosofica, quali le costruzioni dello Zeller e del Sohm, che pretendono di risolvere filosoficamente una questione empirica, quale è quella delle relazioni tra Stato e Chiesa. Ricordate il programma dello Zeller: — determinare le relazioni tra Stato e Chiesa in generale, non in condizioni date, compiere una ricerca di filosofia giuridica, non di pratica politica; — ricordate il programma del Sohm: dedurre la relazione tra Stato e Chiesa dai loro concetti; — e vi persuaderete subito della inestricabile contraddizione nella quale tutti due si dibattono. Infatti i termini della questione non sono filosofici: il problema è politico e individuale e sorge in condizioni storiche determinate; è quindi impossibile risolverlo in maniera uni-

versale. Tanto è vero che lo Zeller, non ostante lo sforzo di generalizzare, mantiene nella sua esposizione una quantità di elementi storici e finisce poi per propugnare e difendere francamente un ordinamento concreto di relazioni tra Stato e Chiesa, — tendenza che anche traspare in mezzo alle più inconsistenti astrattezze del Sohm. Nell'uno e nell'altro la separazione di Chiesa e Stato non è che una scialba generalizzazione del sistema americano più o meno arbitrariamente completato.

Nel Sohm poi è più appariscente l'errore giusnaturalista comune del resto allo Zeller e a molti altri definitori del separatismo. Null'altro infatti che la aberrazione giusnaturalista può fare determinare che cosa sia e debba essere la Chiesa in senso giuridico e far concludere, — dopo raggiunto il risultato ch'essa per sua essenza è la corporazione pubblica per l'amministrazione dei sacramenti, — che nel regime separatista la Chiesa, corporazione privata, non ha più esistenza giuridica, perché è qui evidente la comparazione della Chiesa, complesso mobile di svariate relazioni individuali e solo approssimativamente delimitabile, con una pretesa entità preesistente alle leggi positive, con un tipo eterno ed immutabile di Chiesa.

Altre categorie parimente false son quelle dove sono mescolate rappresentazioni generali di ordinamenti positivi e programmi pratici o proposte utopistiche. La teoria generale delle relazioni tra Stato e Chiesa porge più d'un esempio di tali miscugli; negli schemi del von Mohl, del Hinschius, del Mayer s'intrecciano frammenti di diritto vigente, disegni teorici, aspirazioni dello scrittore. Il Hinschius ci presenta un capitolo intitolato: « il sistema teocratico o ierocratico e la sua varietà, la cosiddetta teoria della coordinazione » e tutti sanno che questo della teocrazia con l'appendice della teoria della coordinazione è diventato un luogo comune di tutte le trattazioni di diritto ecclesiastico. Ora, — o la teocrazia è un puro schema logico, come si usa dire, e allora non si vede come possano trarsi in ballo a proposito di essa le proteste del Pseudo-Isidoro, il pro-

gramma di Nicolò I, l'opera di Gregorio VII, — o la teocrazia è un concetto storico e significa un ordinamento giuridico storicamente dato, e allora è orrida slogicatura parlare di una varietà di un avvenimento storico. Insomma necessario e utile procedimento è ridurre a tipo il fatto storico e costruire così di su gli avvenimenti che han formato la teocrazia il sistema giuridico di essa, ma procedimento falso e dannoso è quello di mescolare in uno stesso schema la costruzione astratta dedotta dalla storia e un disegno pratico rimasto senza effettuazione.

Nessuna delle altre scienze naturali offre una aberrazione somigliante. Lo zoologo, il botanico, il mineralogo non classificano e descrivono se non animali vegetali minerali storicamente esistenti; il psicologo farà sue classi e sue descrizioni dei fatti spirituali quali nell'uomo si osservano; il glottologo, anatomizzando il linguaggio, costruirà categorie di suoni e consonanti e vocali e parti del discorso, ma sempre sul fondamento del linguaggio prodotto storico umano. Le costruzioni delle scienze naturali presuppongono la storia, e nella storia non si incontra un ordinamento positivo che possa definirsi della *potestas indirecta in temporalia* o della *potestas directiva*, altre dottrine o teorie che seguono fedelmente in tutte le trattazioni il sistema ierocratico. Sono certamente programmi pratici e se ne terrà conto nella storia politica, ma essi stridono quando son messi in compagnia di fatti realmente accaduti, qual è quella preponderanza che la potestà ecclesiastica ha esercitato sulla potestà civile tra il secolo undecimo e il principio del secolo decimoquarto.

L'errore che domina nella teoria generale delle relazioni tra Stato e Chiesa, riappare nella classe della separazione di Chiesa e Stato.

Si veda la descrizione del Hinschius: dopo aver definito la separazione nel modo che abbiam ricordato, egli soggiunge: «Qualsiasi privilegio è escluso nella applicazione corretta del sistema. Per l'esercizio del potere disciplinare, per la riscossione di tasse a scopo di culto, ecc. lo Stato non concede il suo aiuto amministrativo; così

non può accordare esenzioni dalle imposte per gli ecclesiastici e gli edifici di culto, e tanto meno stipendiare i primi a spese proprie. D'altra parte esso non può porre le società religiose semplicemente come tali in condizioni peggiori delle altre associazioni, ad esempio, per mezzo di speciali misure preventive e repressive». Ora, — a parte l'assurdo della pretesa applicazione corretta del sistema, — che qualunque privilegio sia escluso, che lo Stato non ponga le chiese in condizioni peggiori delle altre associazioni non sono che desideri, rispettabili, ma sempre semplici desideri, del Hinschius e non si vede come stiano insieme con gli altri elementi dedotti da leggi positive. Lo stesso è da dirsi riguardo al Kahl, il quale confessa francamente che il suo concetto giuridico della separazione non è stato mai e in nessun luogo effettuato, e vien così implicitamente a riconoscere che c'è nel suo concetto una parte di disposizioni legislative e una parte di aggiunte arbitrarie, le cosiddette conseguenze logiche dei principi della separazione.

## VI.

Quali sono dunque le definizioni logicamente corrette del separatismo? Quelle alle quali si perviene per via di induzione partendo dagli ordinamenti giuridici positivi, — cioè dagli ordinamenti che hanno od hanno avuto vigore, — quelle che si ottengono col procedimento seguito dal Rothenbücher, il quale però se vide che il concetto doveva costruirsi per sintesi, per induzione, a posteriori, non ebbe chiaro che esso non poteva essere che contingente, approssimativo, di pura generalizzazione.

È curioso che questa molto semplice verità sia rimasta nascosta ai novissimi polemisti, i quali, senza scendere a battaglia, avreb-

bero potuto mettersi facilmente d'accordo riconoscendo la verità parziale contenuta nelle definizioni già costruite e la fatale impossibilità di arrivare alla definizione rigorosa.

Poiché tutte le definizioni che abbiamo ricordate, quando si purifichino dalle aggiunte arbitrarie, contengono qualcosa di vero: è vero per chi si metta dal punto di vista del diritto germanico odierno che negli Stati Uniti d'America le chiese sono considerate piuttosto come associazioni private che come corporazioni di diritto pubblico, — è vero del pari che, in confronto dello stretto legame tradizionale dello Stato con le chiese, la separazione in America e in Francia significa un allentarsi di vincoli, il ritrarsi delle leggi statuali dalla regolazione di un gran numero di rapporti religiosi, — è vero anche quindi che la separazione significa fino a un certo punto la neutralità dello Stato, l'incompetenza di esso in cose religiose, — è vero ancora che, confrontato sempre il cosiddetto regime separatista col regime tradizionale della Chiesa di Stato, l'appartenenza alla Chiesa risulta un atto volontario dei fedeli. E che tutte le definizioni abbiano qualcosa di vero si spiega col fatto che tutti i definatori hanno avuto l'occhio a volta a volta ad un determinato ordinamento positivo e hanno generalizzato una norma o un gruppo di norme considerate come fondamentali oppure hanno assunto un carattere appariscente di un dato ordinamento positivo quale criterio classificatorio per gli scopi della loro esposizione.

Ma vera e rigorosa non è nessuna di queste definizioni e nessuna può essere, perché il concetto di separatismo è un concetto empirico. E i concetti empirici, — dice Benedetto Croce, del quale come ognuno di voi intende io non faccio che applicare la teoria logica, — sono necessariamente imprecisi e fluttuanti, sono raggruppamenti di rappresentazioni che non si possono distinguere con un taglio netto da rappresentazioni affini, salvo che arbitrariamente e per comodo.

Separatismo è un nome dato convenzionalmente ad un ordina-

mento giuridico per distinguerlo in modo approssimativo e per scopi pratici da altri ordinamenti denominati giurisdizionalismo, teocrazia, supremazia dello Stato sulle chiese, senza che sia possibile determinare dove l'uno finisca e dove l'altro cominci, allo stesso modo che non si può distinguere rigorosamente il diritto costituzionale dall'amministrativo, l'obbligazione dal diritto reale e neppure il genere cane dal genere lupo, il coraggio dalla prudenza, il romanticismo dal classicismo, l'avverbio dall'aggettivo, — tutte categorie empiriche delle scienze naturali, di cui non si può fissare un carattere originale e distintivo.

## VII.

Il concetto che noi esaminiamo è così grossolano ed il suo carattere di approssimazione, di mera generalità, di contingenza è così evidente, che sarebbe ridicolo darne più ampia dimostrazione. E bisogna del resto riconoscere che, a parte qualche poco seria affermazione recente, nessuno ha mai espressamente sostenuto che separatismo e neppure che teocrazia o giurisdizionalismo sieno concetti rigorosi. Ma i conati definitivi mostrano diffusa e radicata questa falsa opinione, allo stesso modo che le quotidiane interminabili dispute dei giuristi che si accapigliano per distinguere rigorosamente il diritto pubblico dal diritto privato, il potere legislativo dall'esecutivo, la legge dal regolamento, gli sforzi industri per costruire i concetti di Stato, di sovranità, di pubblico potere, di autarchia e simili mostrano quanto sia in genere diffusa la credenza nella determinabilità filosofica dei concetti giuridici più semplici o più generali.

Né tutti codesti sforzi posson considerarsi storture di pensiero di questo o di quel giurista, ignari del compito particolare e dei limiti della loro scienza.

È noto che il carattere assoluto ed universale dei concetti giuridici, o almeno di una parte di essi, è stato sostenuto non solo dalla scuola del diritto naturale, che pretendeva determinarne aprioristicamente l'eterno ed immutabile contenuto, — ma anche dalla cosiddetta filosofia scientifica del diritto positivo, che si propose di fissare per via di astrazione dai singoli fenomeni giuridici i concetti fondamentali del diritto, — e anche dalla scuola della dottrina generale del diritto che sostiene esservi concetti e principi fondamentali giuridici, di natura formale, validi per qualunque diritto positivo, — e anche infine dalla scuola della teoria pura del diritto, che vuol fissare le categorie giuridiche, deducendole dal concetto del diritto.

È noto del resto, — citiamo le tesi più esplicite di qualche scrittore famoso, — che il Feuerbach ha detto esservi concetti fondamentali o elementari del diritto positivo: legge, giustizia, equità, costituzione, sovrano, pena, che, quali concetti originari precedono la legislazione positiva, guidano il legislatore e sono superiori a lui e indipendenti dal suo arbitrio, sicché non possono mai esser fissati legislativamente, allo stesso modo che non si può comandare per legge che cosa si debba intendere per ragione, intelletto, volontà, — che Lorenzo von Stein ha proclamato che tutti i concetti del diritto pubblico e del diritto privato: associazione, comune, stato, persona, proprietà, possesso, pegno, servitù, sono concetti assoluti del diritto, cioè concetti che, qualunque sia il loro contenuto, son sempre esistiti e nel loro sistema, ch'è pur esso assoluto, costituiscono la vera filosofia del diritto, — che il Bierling ha postulato la esistenza di concetti e principi giuridici fondamentali indipendenti dalla individualità della singola concreta comunità creatrice di diritto, — che pur ieri lo Stammler ha sostenuto la possibilità di costruire una dottrina pura del diritto e di fissare i concetti fondamentali puri: soggetto, oggetto, causa, rapporto giuridico, supremazia, soggezione, legalità, illegalità, dedotti dal concetto

puro di diritto e distinti dai concetti giuridici di mera generalità condizionata.

E bisogna anche aggiungere che, se in genere i giuristi, pur discutendo continuamente di concetti, non hanno studiato a fondo il problema generale della loro natura logica e lo Jhering, al quale si deve, non ostante il confusionismo filosofico, quanto di meglio si sia scritto su la costruzione dei concetti giuridici, non entrò nella questione logica, e il Rümelin nel lucido ed istruttivo saggio su la *Juristische Begriffsbildung* si limitò ad applicare ai concetti giuridici le dottrine logiche del Lotze e del Sigwart, come sostanzialmente al Sigwart si appoggiarono il Bierling e il Jellinek, — gli scrittori che più recentemente si sono occupati di proposito dei concetti giuridici, ne affermano la peculiare struttura logica e sostengono la possibilità di fare fra di essi distinzioni rigorose. L'Eltzbacher, il Radbruch, il Salomon hanno un dopo l'altro offerto una nuova definizione dei concetti giuridici, l'Eltzbacher ne dà anche con sbalorditiva sicurezza una classificazione necessaria e il Salomon osserva che i concetti hanno nella scienza del diritto un'importanza diversa da quella dei concetti nelle altre scienze. Del resto anche filosofi, come il Wundt, credono possibile costruire una logica della scienza giuridica e quindi determinare un carattere distintivo dei concetti giuridici, — e il Lask, di fronte ai tentativi del Rümelin, del Wundt, del Radbruch di applicare alla scienza giuridica gli schemi logici universali, osserva che in quei tentativi non è caratterizzata con sufficiente rigore la « *nuance* giuridica individuale » dei principi logici formali applicati alla giurisprudenza.

Orbene, si pensi qualunque concetto giuridico, e sieno pure quelli che sembrano più generali, si prenda qualunque trattazione di scienza giuridica e si vedrà subito in quale errore cadano tanto i sostenitori della peculiarità dei concetti giuridici, quanto i difensori della loro rigorosa definibilità. I concetti giuridici non sono che tipi empirici, risultato di astrazione da fatti individuali, formule brevi con

le quali si rappresenta l'infinita varietà del reale pratico, degli umani voleri; la scienza giuridica non è che un ammasso di codesti concetti empirici, arbitrariamente ritagliati e allineati; come l'universale che si pone a fondamento di essa è affatto arbitrario, — il diritto di un determinato stato, il diritto di un certo numero di stati, di un certo numero di società umane, — così son tutte arbitrarie le sud-distinzioni che si facciano nell'interno di essa.

Apriamo una qualunque trattazione di diritto romano e leggiamo: « Soggetto del diritto o capace di diritti non è che l'uomo; ma non ogni uomo è subbietto di diritti. Oltre l'essere uomo occorrono altre condizioni essenziali: esser libero e, quanto ai rapporti *iuris civilis*, essere cittadino ». Come veder qui altro che la generalizzazione di norme giuridiche positive, come disconoscere che qui non c'è un concetto, ma una astrazione costruita su dati storici, accidentali, transeunti?

Tutti i concetti giuridici son di tal fatta, tutti condizionati da un ordinamento giuridico positivo, limitati e circoscritti secondo criteri posti da questo e perciò non trasferibili ad un altro ordinamento. Il soggetto secondo il diritto romano non è il soggetto per il diritto civile odierno; il testamento del diritto romano è ignoto ai diritti barbarici; il *municipium*, il *collegium*, la *societas publicanorum* dei romani non sono la *Gemeinde*, la *Gilde*, l'*Erwerbsgenossenschaft* del diritto tedesco e così via.

Consideriamo una trattazione giuridica, il più vasto trattato, la più profonda monografia; quello che essi contengono di propriamente giuridico è schematizzazione, descrizione e classificazione. I trattati generali espongono un ramo del diritto arbitrariamente delimitato, descrivendone gli istituti, rendendo in forma narrativa con il processo di « precipitazione » illustrato dal Jhering gli imperativi della legge, riconducendo norme sparse a principi generali, passando via via dal generale al particolare; l'indice di qualunque trattato giuridico mostra questo procedimento descrittivo e classi-

ficatorio. Le monografie dogmatiche raccolgono le norme giuridiche relative ad un istituto e mirano per lo più alla formulazione di un pseudo-giudizio individuale, cioè alla subsunzione di un rapporto sotto una determinata categoria giuridica per applicare anche ad esso la disciplina propria di questa categoria, di che sono esempi le innumerevoli dissertazioni su la natura giuridica di questo o di quel rapporto economico.

Certamente, uscendo dalla cerchia di un singolo ordinamento giuridico e considerandone parecchi, è possibile ed è utile costruire tipi e concetti giuridici più generali. Ma quando si sia costruito, ad esempio, il concetto di Stato, per via induttiva, per mezzo di accurata comparazione dei singoli stati, delle loro organizzazioni, delle loro funzioni, — secondo il noto programma del Jellinek e con tutte le cautele da lui additate, — in che differirà codesto concetto, dal punto di vista logico, da quelli di un determinato diritto positivo, dal concetto di un singolo stato? Quale influenza può avere su la struttura logica del concetto il numero maggiore o minore di fenomeni giuridici che servono a costruirlo? Gli elementi individuali storici sono in esso ineliminabili, e basta a persuadersene aprire una qualunque *Allgemeine Rechtslehre*, dove, ad esempio, si parlerà di persone giuridiche o addirittura di corporazioni, istituzioni, fondazioni, ma si dovrà riconoscere che il concetto di persona giuridica è un concetto storico, che non può determinarsi in modo formale, ma soltanto tenendo conto del contenuto di norme contingenti. E quello che si riconosce per le persone giuridiche è vero per tutti i concetti della giurisprudenza positiva.

L'elaborazione pratica delle conoscenze fatta dalla scienza naturalistica del diritto, appunto perché elaborazione pratica e non conoscenza, si esaurisce nella costruzione di codesti concetti empirici, rappresentativi. Il pensiero del concetto puro di diritto, concetto veramente universale e non mera generalità o astrazione è la filosofia. E filosofia è sistema, perché « pensare un qualsiasi con-

chetto puro significa pensarlo nella sua relazione di unità e distinzione con gli altri tutti», cosicché pensare il concetto di diritto vuol dire pensarlo nel sistema dei concetti, nella filosofia.

Di qui apparisce l'errore comune alle varie scuole della dottrina generale del diritto, che mettono su la stessa linea il concetto di diritto e i concetti giuridici, quello conoscenza, questi schemi astratti e pratici, — apparisce l'assurdità di voler porre a fondamento dell'interpretazione pratica del diritto il concetto filosofico del diritto, come fa, ad esempio, e insistentemente lo Schuppe, — apparisce infine l'impossibilità di costruire filosoficamente la dottrina pura del diritto. Le categorie pure del diritto non sono e non possono essere che pensiero dell'universale, concetto, cioè filosofia e non scienza generale del diritto.

Identificate le forme del conoscere e le forme del sapere, concetto puro e filosofia, concetti empirici e scienze naturali, non occorre più spender parole su la questione della struttura logica dei concetti giuridici.

L'errore non soltanto dell'Eltzbacher, del Radbruch, del Salomon, — nei quali certo è più grossolano e appariscente, — ma di tutti quelli che si adoperano per costruire una logica della scienza giuridica consiste nel ritenere che questa differisca concettualmente dalle altre scienze naturali, mentre anch'essa, avendo per oggetto la conoscenza storica del reale, non fa se non elaborare praticamente le conoscenze con la formazione di concetti empirici.

Cosicché è da ripetere per i concetti giuridici e per la scienza che li elabora tutto quello che si dice in generale per i concetti e per le scienze empiriche, — e non si può far di meno che sorridere quando il Salomon osserva che soltanto i concetti giuridici fan parlare di sé, perché basta aprire un trattato di filosofia per vedere che dispute si dibattano attorno ai concetti della psicologia, della linguistica, della rettorica, della grammatica.

E come per questi concetti, così per quelli giuridici è da dire che

certamente ognuno di essi presuppone una quantità di concetti rigorosi, ma questi non sono propri di questa o di quella disciplina empirica, sono le leggi universali del pensare, sono gli strumenti stessi del pensiero logico.

Cosicché i concetti che si incontrano nella scienza giuridica o sono concetti giuridici e non sono universali, — o sono universali e non sono propri della scienza giuridica. Per chi si metta da questo punto di vista, apparisce chiaro che non è possibile far categorie di concetti giuridici e alcuni mantenerne in filosofia, altri respingerne, come faceva il Hegel che manteneva il concetto di proprietà, ma rifiutava poi i concetti di *res mancipi*, *nec mancipi*, *dominium quiritarium* e *bonitarium*, che, egli diceva, non si riferiscono al concetto di proprietà, ma sono *bloss historische Delikatessen*, e neppure è possibile seguire lo Stammler e distinguere concetti giuridici puri e concetti giuridici condizionati, perché i primi, se sono veramente tali, sono non più concetti giuridici, ma concetti semplicemente.

I concetti giuridici son dunque tutti empirici, approssimativi, generalizzanti; non vi sono, né possono esservi leggi rigorose sul modo di costruirli; il comodo e l'utile mostreranno come sia più opportuno foggare i tipi e le classi.

## VIII.

Torniamo al concetto di separazione.

Esso non si può costruire se non per mezzo di successive arbitrarie schematizzazioni, che hanno a fondamento la conoscenza storica. Il giurista sceglie tra le infinite complicazioni dei voleri e delle azioni umane una serie di rapporti e di istituti nei quali riassume le relazioni tra due entità che si chiamano Stato e Chiesa<sup>a</sup> e

tal complesso di relazioni denomina regime separatista per distinguerlo da altri regimi denominati giurisdizionalisti o teocratici, — poi procedendo similmente per altri luoghi e per altri tempi e comparando e riducendo gli elementi rappresentativi, costruisce il tipo generale.

E questo tipo sarà definito o il regime della neutralità religiosa dello Stato, o quello della mancanza di una Chiesa di Stato o quello del diritto comune applicato alle chiese o quello della libera associazione dei fedeli, — tutti concetti fluttuanti e imprecisi, ma utili, anzi indispensabili, — perché soltanto per mezzo di essi è possibile richiamare alla memoria un numero indeterminato di istituti giuridici, e quindi anche, sul fondamento di questa conoscenza, di operare, — soltanto per mezzo di essi si insegna e si apprende il diritto positivo, si ha una guida per orientarsi nella vita pratica, per volere l'attuazione di un ordinamento giuridico, che poi, s'intende, non sarà quello schematizzato ed astratto, ma l'ordinamento concreto che in un dato momento, in condizioni date apparirà il più adatto, il più soddisfacente.

Arrivati a questo punto della nostra critica, fissati quali sieno i limiti del concetto di separatismo e quale valore abbia il giudizio che classifica un ordinamento giuridico come separatista, — le questioni pratiche, alle quali abbiamo accennato in principio e con le quali vogliam chiudere, ricevono molto piane risposte.

Ora apparisce come sieno vani tutti gli sforzi di fissare l'essenza della separazione, come sia vacua e oziosa la pretesa di raggiungere l'ordinamento separatista tipico, di togliere non so che storture o contraddizioni dalla separazione italiana, che è altrettanto assurda come la costituzione inglese o la fondazione dell'impero germanico, che a qualche acuto spirito son sembrate anch'esse mostruosità giuridiche, — apparisce evidente che la separazione, come schema astratto, non porta con sé implicita la soluzione di nessun problema pratico, non di quello generale della libertà reli-

giosa, non di quelli particolari dell'ordinamento della proprietà ecclesiastica, dell'insegnamento religioso, del diritto di placitazione, — problemi che si risolveranno con mezzi adatti scelti caso per caso, secondo i bisogni mutevoli di luoghi e di tempi diversi, — apparisce infine quanto sia sterile in genere lo sforzo di classificare gli ordinamenti giuridici delle relazioni tra Stato e Chiesa.

C'è o non c'è in Italia la separazione ?

Quanto inchiostro s'è versato e quanto ancora se ne verserà per risolvere questo problema, che rigorosamente è insolubile e praticamente si può risolvere come si voglia. Ma con quale frutto ? La risposta positiva o negativa non può correttamente condurre ad applicare in un modo piuttosto che in un altro un solo articolo di legge, ed è assolutamente inutile a chi voglia giudicare del valore dell'ordinamento giuridico oggigiorno vigente.

Se noi diciamo: la relazione tra Stato e Chiesa in Italia è separatista, non abbiamo fatto che collocarla in una casella su cui è scritto un nome che potrebbe essere anche altro da quello che è, come altra e poi altra potrebbe essere la casella. Che abbiamo appreso del valore, dell'utilità, dell'opportunità di quell'ordinamento giuridico ?

Siamo qui di fronte ad un errore parallelo a quello della teorica dei generi artistici e letterari. Come partendo dalla inevitabile e utile classificazione delle opere letterarie in tragedie, commedie, drammi, romanzi, si è preteso di costruire le leggi inesistenti di questi tipi e poi dinanzi all'opera letteraria invece di studiare se sia o no opera estetica si è cercato se essa sia conforme alle leggi di quel determinato genere letterario, — così dalla classificazione empirica dei fatti giuridici si vuol pervenire alla legge della classe o del tipo, e dinanzi al fatto storico invece di studiarlo in relazione con gli altri fatti e nel suo valore pratico non si cerca se non di ficcarlo in una casella e lo si confronta con il preteso tipo eterno, e sulla misura di questo lo si vuol modificare o correggere.

Ma allo stesso modo che è conquista dell'estetica moderna, mostrata la fallacia della teorica dei generi, aver ricondotto il giudizio critico all'esame dell'opera d'arte per determinare che cosa esprima e quale movimento di spirito rappresenti, — così è merito della filosofia della pratica mostrare la vanità della mera classificazione e condurre il giudizio pratico su provvedimenti e istituti giuridici considerati secondo le condizioni dei tempi e dei luoghi, respingendo l'assurda commisurazione a modelli trascendenti, a pretesi tipi immutabili.

Noi dunque, come non cercheremo di fissare i concetti di teocrazia, di giurisdizionalismo, di separatismo, — così non ci arroverremo per risolvere la questione se in Italia ci sia o non ci sia la separazione, — né lamenteremo l'ineleganza e l'ibridismo delle relazioni tra Stato e Chiesa oggi vigenti in Italia; — le esporremo come esse sono, il più compiutamente, il più esattamente possibile; — cercheremo la soluzione delle questioni pratiche appunto nella pratica, giudicando secondo i bisogni e l'utilità e difenderemo o combatteremo gli istituti come razionali o irrazionali nelle circostanze storiche date e non già perché conformi o difformi alla vera idea di quegli istituti.

Io conchiudo così per il trionfo dell'empiria. È vero anche per la giurisprudenza il detto del principe di Bismarck: « *Die Politik ist keine exakte Wissenschaft, wie die Herren Professoren sich einbilden* ».

Ma, s'intende, per far trionfare l'empiria bisogna sapere quali ne sieno i limiti e distinguersela dalla filosofia, sicché dirò anch'io, come il Feuerbach, esser necessario che il giurista possenga oltre a conoscenze empiriche, anche coltura filosofica; ma questo, non già perché, — come credeva il Feuerbach, — filosofia ed empiria sieno strettamente congiunte nella scienza giuridica, — sibbene perché il giurista, come ogni empirico, deve conoscere la limitatezza della propria disciplina e così, consapevole del suo compito particolare,

star pago a' suoi schemi e alle sue classi, non arrogarsi di filosofare co' suoi *generalia* che non sono *universalia* e rinunciare ai tentativi assurdi di razionalizzare l'empirico, di risolvere filosoficamente questioni individuali, storiche, contingenti.

## NOTE

### I.

*Religious liberty* by F. RUFFINI transl. by J. P. HEYES with a preface by J. B. BURY, (Williams & Norgate, London, 1912), pp. VIII sgg. e 489 sgg.

### II.

La concezione della Chiesa come libera associazione di cristiani risale agli Anabattisti, i quali però concepiscono la Chiesa come separata dallo Stato e ad esso nemica (TROELTSCH, *Protestantisches Christentum und Kirche in der Neuzeit* in HINNEBERG's *Kultur der Gegenwart* T. I, Abt. IV, Teubner, Leipzig, 1906, p. 298), concezione alla quale si avvicinò il Calvinismo quando non riuscì a far trionfare il suo ideale primario della teocrazia (RIEKER, *Staat und Kirche nach lutherischer, reformierter, moderner Anschauung* in *Hist. Vierteljahrschrift* N. F. III, pp. 379 sgg.). L'idea originaria fu poi accolta e svolta nel mondo Anglo-olandese per opera del Browne e dei Congregazionalisti e costituì il fondamento dell'opera teorica e pratica del Williams e del Locke, ma venne sostanzialmente modificata in quanto, specie da questi ultimi, le chiese sono considerate come società nello Stato (RUFFINI, *La libertà religiosa*, I, *Storia dell'idea*, Torino, 1901, pp. 110 sgg. e 290 sgg.; ROTHENBÜCHER, *Die Trennung von Staat und Kirche*, München, Beck, 1908, pp. 28 sgg.). Questo punto ebbe pieno svolgimento nella scuola del diritto naturale, che concepisce la Chiesa non più come istituzione divina, ma come associazione nello Stato, parificata a tutte le altre associazioni e come queste soggetta alla supremazia dello Stato. Sul fondamento di questa concezione poggiano, come è noto, i due sistemi del territorialismo e del collegialismo, l'ultimo dei quali insiste sul carattere di libera associazione

spettante alla Chiesa e limita il potere dello Stato alla vigilanza (RUFFINI, pp. 232 sgg.). Si collega direttamente alla scuola del diritto naturale ed al collegialismo il Mejer, secondo il quale la forma fondamentale della *Freikirche* o chiesa separata dallo Stato è l'associazione (*Lehrbuch des Deutschen Kirchenrechts*<sup>3</sup>, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1869, pp. 223 sgg.; *Ist das Recht einer freien Vereinskirche Recht im juristischen Sinne?* in *Zeitschrift f. Kirchenrecht*, XI, p. 280).

VON MOHL, *Politik*, I, (Tübingen, Laupp, 1862), pp. 171-292; FRIEDBERG, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche u. die Garantien gegen ihre Verletzung*, (Tübingen, Laupp, 1872); ZELLER, *Staat und Kirche*, (Leipzig, Fues, 1873); SOHM, *Das Verhältniss von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt* in *Zeitschrift für Kirchenrecht*, XI, pp. 157-184; NIPPOLD, *Die Theorie der Trennung von Kirche und Staat geschichtlich beleuchtet*, (Bern, Wyss, 1881); HINSCHIUS, *Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche* in MARQUARDSEN'S *Handbuch des öffentlichen Rechts* I, 1 (Freiburg i. B. 1887) pp. 221 sgg.; STUTZ, *Kirchenrecht* in HOLTZENDORFF'S *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*<sup>4</sup>, II, (Leipzig, 1904), p. 906; OTTO MAYER, *Staat und Kirche* in HERZOG'S *Realencyclopädie f. prot. Theologie und Kirche*<sup>5</sup>, XVIII, pp. 707-727. Vedi anche: SAEGMUELLER, *Die Trennung von Kirche und Staat*, (Mainz, Kirchheim, 1907); il S. dà il concetto generale o contenuto essenziale della separazione, a cui perviene, come identico a quello del Hinschius (p. 10, n. 1), ma egli cerca di ottenerlo partendo dalle legislazioni positive degli stati dove esiste la separazione (pp. 2 e 9).

Alla scuola che ritiene essenziale per la separazione il principio che le chiese sieno considerate nello Stato come associazioni sottoposte al diritto comune si potrebbero ricondurre tutti gli scrittori italiani, se in qualche categoria si volessero far rientrare gli scritti su la separazione comparsi in Italia a cominciare dalla metà del secolo passato. Ma occorre appena avvertire che nessun Italiano cerca l'essenza del separatismo, nessuno si propone di trovare, per dirlo alla tedesca, il concetto scientifico di separazione e di determinare le conseguenze logiche da esso derivanti. Certamente più d'uno è intinto di giusnaturalismo e pretende di risolvere la questione delle relazioni tra Stato e Chiesa in maniera universale, e, mentre da un lato il MAMIANI (*Teorica della religione e dello Stato*, Firenze, Le Monnier, 1868) enumera i principi della separazione giuridica nella quale i culti e le associazioni religiose si pongono nella mera tutela del diritto comune senza privilegi ed eccezioni, e considera questo sistema come il solo coerente in ogni sua

parte e dedotto a filo di raziocinio (p. 89), dall'altro il VERA (*Cavour et l'église libre dans l'état libre*, Paris, Germer Baillièrè, 1874) argomenta dalla natura assoluta della religione e dello Stato per sostenere che questo è strettamente legato a quella secondo un rapporto di subordinazione (p. 78). Nondimeno si può dire che nel trentennio che corse dal 1848 (primi articoli del Conte di Cavour sul *Risorgimento*) al 1878 (pubblicazione dello *Stato e Chiesa* di MARCO MINGHETTI) sia perché la questione che si dibatteva era politica ed urgente, sia perché era in gioco una condizione di cose nuova ed affatto particolare, sia anche perché il problema era studiato in scritti politici e polemici e non in trattazioni scolastiche, — la separazione venne sempre presentata senza troppo impaccio di tipi e di sistemi, come un programma pratico e concreto. E non era certo uomo da guardare ad astrazioni ed era schietto antigiusnaturalista Camillo di Cavour, che con le formule: separazione assoluta, — libertà della Chiesa, — libera Chiesa in libero Stato, — non voleva se non riassumere un programma positivo, informato al suo fondamentale principio pratico di libertà, programma spiegato attivamente dal 1848 al 1861 e disegnato nelle linee essenziali nel concordato Pantaleoni e nel Capitolato (cfr.: SCHIAPPOLI, *La politica ecclesiastica del Conte di Cavour* ecc., Macerata, Bianchini, 1898). Né altrimenti fu intesa la formula della separazione assoluta dagli interpreti immediati e più fedeli del pensiero del Conte di Cavour: basti ricordare il BOGGIO, il quale nel famoso libro *La Chiesa e lo Stato in Piemonte* (Torino, 1854), ch'è tutto una battaglia in prò della separazione, ne espone il contenuto fondandosi sui principi nuovi introdotti dallo Statuto e dalle leggi del 1850 e del 1852 e su proposte dedotte in parte da ordinamenti stranieri (vol. I, p. XXII; vol. II, pp. 101 sgg.) e la difende dalla accusa di essere ottima in principio, ma di attuazione impossibile, dicendo assurda la distinzione tra la teoria e la pratica, perché « i principi non sono in sostanza che la formula sintetica di un dato ordine di idee, destinate a servir di sistema e di guida nello svolgimento e nella applicazione di queste » (vol. I, p. XLIX). — Scomparso il Conte di Cavour prima che il suo disegno fosse effettuato, e divenuta la formula per fautori ed avversari l'incubo tormentoso di dieci anni di cotidianie dispute politico-ecclesiastiche, — è bensì vero che si cominciò a perderne di vista il contenuto e il significato primitivo e se ne sostituirono altri e qualcuno finì col dimenticarne affatto il carattere pratico, — ma per i prosecutori della politica cavouriana essa restò quel ch'era stata per il suo autore e fu, — come disse benissimo il Vera (op. cit., p. 9), — « un fatto genera-

lizzato », cioè prima l'ordinamento belga e nord-americano, e più tardi l'ordinamento irlandese. Il Borgatti e lo Scialoja intendono la libertà della Chiesa come rinuncia dello Stato alle ingerenze preventive ed amministrative nell'esercizio del culto e in tutto quel che concerne i provvedimenti interni della società religiosa, vogliono considerata la comunione dei fedeli come una libera associazione e gli istituti elementari della Chiesa come persone giuridiche, vogliono considerati i canoni come statuti particolari della Chiesa, da poter essere invocati, per gli effetti civili, dai membri di essa davanti ai tribunali civili (Progetto di legge *sulla libertà della Chiesa ecc.*, *Atti del Parl., Cam. d. Dep. Leg. IX*, sess. 2<sup>a</sup>, 1866-67, p. 218; SCIALOJA, *La Chiesa, lo Stato, e la liquidazione dell'asse ecclesiastico* in *Nuova Ant.*, V, pp. 756 sgg.); il Mamiani, non ostante la pseudo-filosofia, accenna ai vari sistemi (teocrazia, diritto regio, concordati) (op. cit., p. 89) come ad ordinamenti storici e disegna il sistema della libertà della Chiesa e le proposte di estensione del diritto comune (op. cit., pp. 274 sgg.) sostanzialmente come si attuarono in parte nel secondo titolo della legge delle guarentigie, che sebbene imperfetto e incompleto il Mamiani considerava soddisfacente inizio dello « esplicamento perfetto del diritto comune » (Relazione dell'Ufficio Centrale, *Atti, Senato, Leg. XI*, 1<sup>a</sup> sess. 1870-71, p. 489); il BONGHI, buon conoscitore di legislazioni straniere, espone largamente la dottrina e la pratica inglese per mostrare quale autonomia sia da concedersi alla Chiesa (*Le Chiese libere* in *Nuova Antologia*, XV, pp. 747 sgg.); relatore della legge delle guarentigie, non nasconde la sua avversione contro alle prerogative del Pontefice e della Santa Sede che considera contraddittorie al sistema di libertà della Chiesa cattolica, che s'intende soltanto, se « le condizioni alle quali questa è messa in atto sono tali che ogni altra associazione, creata nello Stato per ragioni di comune azione religiosa e morale, possa effettuarlo in se medesima », ma tuttavia consente alla « combinazione pratica » con la quale si pone il principio della libertà della Chiesa (Relazione, *Atti, Camera d. Dep.*, Leg. XI, sess. 1870-71, pp. 347 e 350); entrata in vigore la legge delle guarentigie, discutendosi quella sulle corporazioni religiose nella provincia di Roma, egli fa uno schizzo delle « possibili combinazioni dello Stato e della Chiesa attraverso la storia » e, giunto alla separazione, distingue i significati della parola che può voler dire: che lo Stato, svestendo la Chiesa di ogni carattere di potestà pubblica, la costituisce e riconosce coi caratteri giuridici di una società privata e presta a questa Chiesa la tutela delle sue leggi sin dove e come la richiedono gli statuti della Chiesa riconosciuti da

esso; — oppure che lo Stato ignora la Chiesa, non le dà modo di costituire nessuna istituzione giuridica e perpetua, le consente di essere perfettamente libera come associazione; ma dice che queste formule insieme ancora con quella giurisdizionalista sono mescolate nel nostro diritto pubblico ecclesiastico riguardo al quale è bene parlar di principi, al plurale, « perché di principi ne ha parecchi » (*Atti, Camera dei Dep. Leg. XI, sess. 2ª, tornata 14 maggio 1873, p. 6251*). Quando comparve il libro del Minghetti l'origine della formula doveva già essere ben dimenticata se il FIORENTINO, presentandolo ed esaltandolo (*Rivista europea, anno VIII, vol. IV, p. 1030*), poteva dire che il Minghetti accettando la formula si studia di darle un valore preciso, togliendola da quella indeterminatezza, per la quale lo Zeller non aveva dubitato di chiamarla una *Zauberformel*, — poteva osservare che « espressa nei termini generici, in cui era stata la prima volta concepita implicava bensì una separazione tra lo Stato e la Chiesa, ma di quale separazione intendeva, era naturale non apparisse », in quanto « ci si poteva sottintendere una separazione recisa, netta, tagliente, come se i due organismi s'ignorassero a vicenda », — e poteva sentire il bisogno di mettere in rilievo che il Minghetti rifiuta esplicitamente siffatta separazione e riesce alla separazione relativa in virtù della quale lo Stato riconosce l'esistenza dell'ente collettivo, ma insieme ne determina le condizioni e ne definisce i limiti. Certo non il Minghetti aveva dimenticato il disegno del Conte di Cavour, ma è vero però ch'egli si indugia a combattere il sistema che vorrebbe l'associazione religiosa riunione temporanea, eslege, e quasi ignorata dallo Stato (pp. 98 sgg.), — il sistema della cosiddetta separazione assoluta, che non ha niente a vedere con quello cavouriano ed è tale una scioccheria, che non si comprende come abbia potuto diventare un tipo di relazioni tra Stato e Chiesa, — e disegna, ma senza nessuna originalità, la separazione relativa. La quale è, a parole, dedotta logicamente dall'indole dello Stato e della Chiesa e dai caratteri loro (p. 81) e contiene in realtà un complesso di proposte dedotte in parte dai soliti ordinamenti stranieri, una delineazione di leggi positive (vedi specialmente pp. 73-161). — Sopite le battaglie politiche, passata la questione del separatismo dal Parlamento alla scuola, rifiorendo gli studi di diritto ecclesiastico, — il concetto della separazione e della libertà della Chiesa perdette la elasticità di formula politica e si irrigidì nello schema giuridico. Ma la dottrina italiana non sottilizzò nella costruzione del tipo e accettò quello tradizionale o ponendolo come fondamento della esposizione dei rapporti tra lo Stato e

la Chiesa in Italia, come fece lo SCADUTO (*Santa Sede in Dig. it.* vol. XXI, p. I, pp. 605 sgg., *Dir. eccl. vig. in It.*<sup>2</sup>, Torino, 1892-94, II, pp. 722 sgg.) o collocandolo nella esposizione generale delle relazioni tra Stato e Chiesa, ma sempre mettendo in rilievo le peculiari condizioni italiane, come fecero il RUFFINI (Note al FRIEDBERG, *Trattato del dir. eccl.* Torino, 1893, pp. 123 sgg. e 159 sgg.) e lo SCHIAPPOLI (*Manuale del dir. eccl.*, Torino, 1902, pp. 112 sgg.). Del resto anche questi scrittori studiano la questione del separatismo piuttosto dal lato politico, che non dal lato teorico-sistematico; esclusivamente dal punto di vista storico e politico, non da quello dogmatico si pone LUIGI LUZZATTI (*La libertà di coscienza e di scienza*, Treves, Milano, 1909; vedi specialmente pp. 1-72 e 239-259).

### III.

KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, I, (Freiburg i. B., Mohr, 1894), pp. 294 sgg.; *Kirchenrecht in HINNEBERG'S Kultur der Gegenwart* T. II, Abt. VIII, (Leipzig, Teubner, 1906), pp. 285 sgg.; ROTHENBÜCHER, *Die Trennung von Staat und Kirche*, pp. 433 sgg.; *Die Trennung von Staat und Kirche als kirchenpolitisches Problem in Zeitschrift für Politik*, II, pp. 572 sgg.; KAHL, *Aphorismen zur Trennung von Staat und Kirche*, (Berlin, Schade, 1908); FRIEDRICH, Recensione di ROTHENBÜCHER, *Die Trennung v. St. u. K.* in *Z. f. Politik*, II, pp. 119 sgg.; *Der Ausbau des Protestantismus zur Weltkirche*, ibidem, III, pp. 242 sgg.; NEUNDÖRFER, *Der ältere deutsche Liberalismus und die Forderung der Trennung von Staat und Kirche*, (Mainz, Kirchheim, 1909, anche in *Arch. f. kath. Kirchenrecht*, vol. 89, pp. 270 sgg., 393 sgg.).

È singolare che mentre il Rothenbücher cerca e crede di aver trovato la definizione del sistema separatista, lo STUTZ (*Der neuste Stand des deutschen Bischofswahlrechtes*, Stuttgart, Enke, 1909, p. 91 n. 3) attribuisca a merito di lui aver mostrato più chiaramente di quanto prima non fosse che non esiste un diritto comune o, se si vuole, un diritto naturale o normale della separazione, al quale il diritto separatista particolare qua e là soltanto si avvicini o del quale altrove superi i limiti, — ma che piuttosto in tempi diversi, sotto diversi presupposti nazionali politici e d'altra specie si è giunti a diverse forme dell'idea separatista che si distinguono l'una dall'altra non solo per maggiore o minore compiutezza, ma anche per

diversità essenziali. In questo modo è stato giudicato il tentativo del Rothenbücher anche dal BÖCKENHOFF (*Katholische Kirche und moderner Staat*, Köln, Bachem, 1911, pp. 113 sgg.), il quale dice che la comparazione non può condurre a un concetto normale di separazione; a questo si può soltanto pervenire per una via che sta in mezzo tra il metodo costruttivo puramente concettuale e il metodo storico comparativo; sarebbe il metodo del Kahl, — un metodo empirico-logico, — col quale il Böckenhoff dice di aver cercato di determinare « *den Begriff und das Wesen der Trennung von Kirche und Staat in ihrer reinen und konsequenten Durchführung, die allerdings nirgends in der Welt bisher verwirklicht ist* » (p. 121).

### III.

TROELTSCH, *Die Trennung von Staat und Kirche, der staatliche Religionsunterricht und die theologischen Fakultäten*, (Tübingen, Mohr, 1907), p. 29.

### V.

Per la critica delle invasioni della filosofia nella descrittiva pratica: CROCE, *Filosofia della pratica, Economica ed etica* (Bari, Laterza, 1909) pp. 73 sgg.; per la critica della teoria del diritto naturale, pp. 240 sgg.

### VI.

CROCE, *Logica*<sup>2</sup>, (Bari, Laterza, 1909); chiarimenti e illustrazioni sui pseudoconcetti anche negli altri volumi della *Filosofia dello spirito: Estetica*<sup>4</sup> (Bari, Laterza, 1912) e *Filosofia della pratica* cit., e in *Critica* passim. Si vedano le analisi dei pseudoconcetti psicologici di romanticismo in *Critica*, IV, pp. 241 sgg. e di umorismo in *Problemi di estetica*, (Bari, Laterza, 1910), pp. 275-286; per accenni particolari ai concetti giuridici: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, (Napoli, Giannini, 1907) specialmente pp. 39 sg.

VII.

Tra gli innumerevoli tentativi di costruzione di concetti giuridici si può ricordare come esempio tipico, anche per singolari accenni metodologici: ROSIN, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Kritische Begriffsstudien*, (Separat-Abdruck aus den HIRTH's *Annalen des Deutschen Reiches*, 1883).

FEUERBACH, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, (Landshut, Attenkofer, 1804), pp. 64 sgg.; VON STEIN, *Die deutsche Rechtswissenschaft in GRÜNHUT's Zeitschrift für d. privat. u. öff. Recht der Gegenwart*, I, pp. 536 sgg.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, (Freiburg i. B., Mohr, 1894), pp. 1 sgg.; STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle a. d. S., 1911). Vedi anche dello STAMMLER: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, (Leipzig, Veit, 1906), pp. 161-183; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, (Berlin, Guttentag, 1902), pp. 3 sgg.; *Eigentum und Besitz in Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, III, (Jena, Fischer, 1900), p. 302 e una significativa dissertazione della sua scuola: HABRUCKER, *Rechtsempirie und Rechtstheorie* (Halle a. S., Kaemmerer, 1906).

Il programma della filosofia del diritto positivo è contenuto nel celebre articolo del MERKEL, *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben* in GRÜNHUT's *Zeitschrift*, I, pp. 1 sgg., 401 sgg. (anche in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Strassburg, Trübner, 1899, pp. 291-323); tra i più vivaci rappresentanti della scuola è da ricordare il BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I (Leipzig, Duncker und Humblot, 1892); in particolare sui concetti giuridici e sul miscuglio positivistico col concetto di diritto, vedi pp. 63 sgg. — Segue un indirizzo diverso, ma concorda con gli *Allgemeine-Rechtslehrer* nella tesi fondamentale dell'identificazione della filosofia del diritto con la scienza giuridica, lo SCHUPPE, (*Die Methoden der Rechtsphilosophie in Zeitschrift f. vgl. RW.*, V, pp. 209-274 e *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie in Jahrbuch d. internationalen Vereinigung f. vgl. RW. u. Volkswirtschaftslehre*, I, 1, pp. 215-257), del quale è specialmente da mettere in rilievo la tesi della determinabilità filosofica del contenuto dei concetti giuridici, cioè addirittura delle norme positive, ch'egli pretende dedurre dal concetto filosofico di diritto; vedi applica-

zioni di questo procedimento in *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, loc. cit., pp. 243 sgg. — Respinge la sostituzione della scienza giuridica positiva alla filosofia idealistica del diritto il PACHMANN (*Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1882, pp. 18-28), il quale poi difende l'autonomia della giurisprudenza come scienza di fronte alla sociologia giuridica (pp. 40 sgg.); anch'egli ritiene che la scienza giuridica debba fondarsi sul concetto di diritto, che definisce « misura della libertà umana nella vita comune » e considera quindi la giurisprudenza una logica di grandezze simile alla matematica; essa non è punto esposizione sistematica dei principi di un determinato diritto positivo, ma teoria pura del diritto, formata di regole (esempi: « *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* »; « *dominium plurium in solidum esse non potest* »; principio della irretroattività della legge) e di definizioni e concetti giuridici (obbligazione, diritto reale, ecc.), che non sono dogmi di un dato diritto positivo, comandi o divieti del legislatore, ma principi logici, immutabili e invariabili, che possono applicarsi a tutti i fenomeni giuridici, la cui necessaria mutabilità è indifferente per la scienza giuridica (pp. 65-80). — (Sull'immutabilità delle regole: « *lex posterior derogat priori* » ecc. cfr.: BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin, Rothschild, 1910, pp. 269 sg.). — La costruzione filosofica della dottrina generale del diritto è sostenuta dal RAVÀ, (*Per una dottrina generale del diritto*, Roma, Loescher, 1911), che la concepisce come elaborazione dei concetti comuni a tutti i rami del diritto, che « non sono a loro volta che gli elementi costitutivi del concetto generale del diritto, ... le note del concetto del diritto ».

JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II Theil, II Abth.<sup>4</sup>, (Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1883), §§ 37-41, pp. 309-389; RÜMELIN, *Juristische Begriffsbildung*, (Leipzig, Duncker & Humblot, 1878); JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup> (Berlin, Häring, 1905), pp. 24 sgg.; *System der subjektiven öffentlichen Rechte*<sup>3</sup>, (Tübingen, Mohr, 1905), pp. 12 sgg.

L'insegnamento del Sigwart non è stato fruttuoso per i giuristi, i quali avrebbero dovuto meditare su quel punto della Logica, messo in rilievo dallo STÖERK (*Zur Methodik des öffentlichen Rechts* in GRÜNHUT'S *Zeitschrift*, XII, p. 189), dove il Sigwart distingue dalle definizioni analitiche e sintetiche le semplici spiegazioni di parole, che non si possono definire per mezzo di note concettuali, e così esemplifica: « *Der grösste Scharfsinn wird keine einfache Definition des Wortes « Volk » ausfindig*

*machen können, die im selben Sinne auf alle Fälle zuträfe, in denen der Sprachgebrauch von » Volk » redet; Wörter wie Kirche, Theokratie, Cäsareopapismus sind keine Zeichen von Begriffen, sondern Bezeichnungen bestimmter historischen Erscheinungen nach hervorstehenden Zügen, also Namen von Einzelnen; über ihren Begriff wird man immer streiten können » (Logik<sup>2</sup>, Tübingen, Mohr, 1904, pp. 386 sg.).*

ELTZBACHER, *Ueber Rechtsbegriffe*, (Berlin, Guttentag, 1899); RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung f. d. Strafrechtssystem*, (Berlin, Guttentag, 1903), pp. 1-67; SALOMON, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, (Heidelberg, Winter, 1907).

WUNDT, *Logik*, II, *Methodenlehre*, II. Abt., *Logik der Geisteswissenschaften*, (Stuttgart, Enke, 1895), pp. 533 sgg.; LASK, *Rechtsphilosophie in Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*, Festschrift f. Kuno Fischer hgg. von W. Windelband, II, (Heidelberg, Winter, 1905), p. 46.

Per la concezione della giurisprudenza come appartenente al gruppo delle scienze dello spirito, contrapposto al gruppo delle scienze della natura: DILTHEY, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, I, (Leipzig, Duncker & Humblot, 1883); — come appartenente al gruppo delle scienze della cultura contrapposto a quello delle scienze della natura, ma sistematica, non individualizzante e d'altra parte non generalizzante come le scienze naturali: RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, (Tübingen und Leipzig, Mohr, 1902), pp. 591 sgg. e *Geschichtsphilosophie in Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*, cit., II, p. 88, che considera la struttura logica della giurisprudenza, al pari di quella di altre scienze sistematiche della cultura, ad esempio, della linguistica e della economia politica uno dei più difficili e interessanti problemi della metodologia; — come scienza naturale in senso positivistico: BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*<sup>4</sup>, (Milano, Soc. ed. libraria, 1907), pp. 15 sgg.; — cfr.: RAVÀ, *La classificazione delle scienze e le discipline sociali*, (Roma, Loescher, 1904) e *Il valore della storia di fronte alle scienze naturali e per la concezione del mondo*, (Roma, Loescher, 1909). — Tra gli innumerevoli classificatori delle scienze si occupa di proposito della posizione della giurisprudenza nel sistema delle scienze il LEHMANN, *Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz* (Marburg, Elwert, 1897), il quale correda il suo discorso con una sterminata stupefacente « *tabellarische Uebersicht über die Gliederung der Wissenschaften* », dove si può

trovare, chi abbia voglia, tempo e pazienza, che la scienza del diritto appartiene alle scienze reali dello spirito, che studiano la sfera della volontà nella vita della società, cioè alle scienze sociali.

Per il carattere astratto dei concetti giuridici, semplici riassunti di norme positive: HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*<sup>2</sup>, (Berlin, 1840), Introduzione, specialmente § 3, pp. 26 sgg.

Per l'intrasferibilità dei concetti giuridici da uno ad un altro ordinamento e per gli esempi addotti: DILTHEY, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, cit., pp. 89 sgg.; cfr.: STERN, *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, (Berlin, Guttentag, 1904), pp. 8 sg.

Per la tecnica della costruzione dei concetti giuridici: JHERING, *Geist des röm. Rechts*, cit., II, 2, §§ 37-41; *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*<sup>3</sup> (Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1904), dove è spiegata la più vivace reazione contro al costruzionismo concettualistico nel diritto privato, (cfr. STAMMLER, *Die Zukunftsaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft* in HINNEBERG's *Kultur der Gegenwart*, T. II, Abt. VIII, p. 499); RÜMELIN, *Juristische Begriffsbildung*, cit.; *Zur Lehre von der Theilung der Rechte* in JHERING's *Jahrbücher f. die Dogmatik*, N. F. XVI, pp. 448 sgg.; BRUGI, *Introd. encicl. alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 153 sgg.

Per la critica della dottrina generale del diritto dal punto di vista della scienza giuridica: SCHÜTZE, *Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft, und zu deren Allgemeiner Rechtslehre insbesondere* in GRÜNHUT's *Zeitschrift*, VI, pp. 1-26 e PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, (Pisa, Spoerri, 1895), pp. 18 sgg., 139 sgg.

In particolare per la critica della dottrina generale del diritto pubblico e contro al concettualismo pubblicistico: STOERK, *Zur Methodik des öff. Rechts*, cit., in GRÜNHUT's *Zeitschrift*, XII, pp. 80-204. — È singolare che il Merkel e la sua scuola inorridissero all'idea di una scienza del diritto positivo d'un singolo stato e non si avvedessero che la loro filosofia non era concettualmente nulla di diverso dalla disciplina alla quale toglievano sdegnosamente il nome di scienza. Tanto più inesplicabile è che il Jellinek, il quale descrive con tanta cura il procedimento empirico, astrattivo della dottrina generale dello Stato (*Allgemeine Staatslehre*, pp. 28 sgg.), condanni il tentativo del Preuss di una « *deutsche Staatskonstruktion* » e dica, con orrido miscuglio di concetti, che tale tentativo sta scientificamente su la stessa linea « *mit dem Unternehmen, eine französische Ethik oder eine englische Anatomie zu schaffen* » (*System der subjektiven öff. Rechte*, p. 20),

ripetendo così la confusione del Pachmann, il quale lamentava la diffusione dell'errore che non vi sia una sola scienza del diritto civile, ma che ce ne sieno parecchie, cioè tante, quanti sono i codici e le legislazioni positive, o tante, quanti i diversi popoli o stati, sicché si arrivi perfino ad una diversità della scienza secondo la diversità della nazionalità e osservava severamente: « *Wenn jemand sich beikommen liesse, Aehnliches von der Chemie oder Botanik zu sagen, zu behaupten, dass es nicht eine Botanik gäbe, sondern mehrere, als: eine französische Botanik, eine russische u. dgl., so würde man ihn einfach einen Ignoranten nennen, und dennoch lässt man eine solche Ungeheurlichkeit hinsichtlich der Rechtswissenschaft zu* » (op. cit., p. 70).

Per il carattere storico del concetto di persona giuridica: BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, pp. 222 sgg.

Per la relazione tra filosofia e scienze naturali, l'identificazione del problema delle forme della conoscenza con quello delle forme del sapere e l'annullamento della cosiddetta classificazione delle scienze: CROCE, *Logica*, P. II, pp. 173 sgg.; sulle scienze naturali pp. 229 sgg.; cfr. anche la recensione del libro del RAVÀ, *La classificazione delle scienze e le discipline sociali in Critica*, II, 309.

La distinzione del HEGEL (*Philosophie des Rechts*, § 62, pp. 97 sg.) è ricordata e criticata dal CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto*, ecc., pag. 39.

## VIII.

Per il carattere pratico e l'importanza dei pseudo-giudizi individuali: CROCE, *Logica*, pp. 125 sgg.; per la critica della teoria dei generi artistici e letterari: *Estetica*, pp. 42 sgg.; per i giudizi pratici: *Filosofia della pratica*, pp. 62 sgg.

Il detto di Bismarck è ricordato dal CROCE, *Intorno alla storia degli studi politici e sociali in Critica*, III, p. 167.

FEUERBACH, *Ueber Philosophie und Empirie*, ecc. cit., pp. 95 sgg.

Sui limiti tra filosofia ed empiria: CROCE, *Logica*, p. 245 e *Filosofia della pratica*, p. 99.