

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

8  

---

2017



JOVENE EDITORE

**Direttore:** Mario Caravale

**Direzione e redazione:** Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

**Comitato direttivo:** Paolo Ridola - Giuseppe Santoro Passarelli - Enrico del Prato Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo Andrea Di Porto - Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

**Comitato scientifico:** Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

**Redazione:** Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

**Amministrazione:** JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) - email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Abbonamento:** € 35,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:** **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

**Direttore responsabile:** Mario Caravale

**ISSN 0390-6760**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.**

Stampato in Italia Printed in Italy

# PROLUSIONI

1. Nessun argomento vale tanto a mostrare la natura eminentemente pratica del diritto, e la sua piena e perfetta aderenza alla vita, quanto questo: che non v'ha interferenza tra gli uomini, non v'ha possibile controversia, sia pure complicata ed impreveduta, che non ammetta ed esiga una soluzione giuridica certa. Le dubbiezze e incertezze possono persistere a lungo nel campo teorico: ogni ramo dello scibile, e la Giurisprudenza stessa come scienza teorica, offre esempi di questioni discusse per secoli, e tuttora nondimeno insolute e forse insolubili; ma alla domanda: *Quid iuris?* Qual è il confine del mio diritto e di quello altrui? Deve, in qualsiasi caso concreto, poter darsi un risposta, non infallibile certo, ma praticamente definitiva<sup>2</sup>.

A questa esigenza della ragione pratica si è conformato il nostro vigente ordinamento giuridico, che, come è noto, vieta al magistrato

<sup>1</sup> Prolusione al corso di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma, letta il 13 dicembre 1920. Questa revisione del testo è curata da Beatrice Leucadito.

<sup>2</sup> Ciò non accade per «megalomania giuridica» («*juristischer Grössenwahn*»), come è sembrato al Kantorowicz (GNARUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, 17), ma per la necessità pratica che ha ciascuno di *coordinare in un certo modo* il proprio contegno con quello altrui. In ciò consiste essenzialmente il diritto; e un diritto che, pur risolvendo alcuni casi della vita, si dimostrasse incapace di risolvere gli altri, si annullerebbe *ipso facto* da sé medesimo, poiché verrebbe meno alla sua funzione, che è appunto di costituire un ordine tra gli esseri conviventi (*hominis ad hominem proportio*). Solo in questo senso *pratico* il giurista è costretto sempre a pervenire a una conclusione, rispetto a ogni questione propostagli: un limite tra il lecito e l'illecito, tra l'esigibile e il non exigibile *deve* essere trovato, senza di che un tale limite sarà segnato in qualche modo nel fatto, *rebus ipsis dictantibus et humanis necessitatibus*; e il giurista dovrà finire col riconoscerlo. – Se il biologo, il filologo, lo storico confessano di non sapere risolvere tutti i problemi che spettano alle rispettive scienze, ciò non è già perché essi siano più modesti di qualsiasi giurista (come accenna il Kantorowicz, l. cit.), bensì perché i limiti e le dubbiezze del sapere teoretico non sospendono il corso della vita. Quando invece, come nella Giurisprudenza, si tratta di regolare effettivamente le azioni umane, la scienza si fonde in certo modo col corso, necessariamente continuo, di queste azioni, e però non può non accompagnarle coi suoi giudizi, i quali hanno però soltanto un valore *pratico*. Ciò è tanto vero, che nel campo teoretico la Giurisprudenza ha anch'essa le sue questioni insolute, i suoi problemi secolari, e pur sulle *res judicatae* può dottrinalmente discutersi *ad infinitum*; ma intanto, ad ogni nuova controversia, se anche involga punti scientificamente poco chiariti, non può non farsi luogo a una certa sentenza, praticamente definitiva.

di denegare il giudizio «per qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione o insufficienza della legge», disponendo, per il caso di trasgressione, acconce sanzioni civili e penali (Cod. proc. civ., art. 783, n. 2; Cod. pen., art. 178). E poiché è manifestamente impossibile alle menti umane di antivedere e regolare con apposite norme tutti gl'innumerabili casi futuri – «*multa enim nova producit natura*»<sup>3</sup>, – il legislatore stesso ha indicato le fonti, alle quali il giudice deve ricorrere qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, e cioè, in primo luogo l'analogia; indi, ove neanche questa soccorra, i principî generali del diritto<sup>4</sup>.

Gl'interpreti odierni sono concordi, quasi senza eccezione, nel dichiarare che per «principî generali del diritto» non si debbono intendere i principî del diritto naturale<sup>5</sup>. Si considera comunemente

<sup>3</sup> Dig. Prooem., § 18. – «*Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur*» (fr. 10 D. 1, 3).

<sup>4</sup> «Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principî generali di diritto» (*Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, art. 3 cap.). – Conviene sempre tener presente che queste Disposizioni, benché connesse anche per l'origine col Codice Civile, al quale sono anteposte, non si riferiscono solo ad esso, né al solo diritto privato, ma a tutte quante le leggi.

<sup>5</sup> Altre interpretazioni, secondo le quali per «principî generali di diritto» dovrebbe intendersi il diritto romano, o il diritto comune, sono state confutate già molte volte con argomenti, che ormai possono dirsi definitivi. Ciò non toglie che al diritto romano si riconosca con ragione un certo valore (non per la sua autorità formale, ma per il suo intrinseco contenuto) nella determinazione di cotesti principî. – Cfr., sulle accennate questioni: PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I (4<sup>a</sup> ed., Firenze, 1903), XLII e ss., 81 e s.; BORSARI, *Commentario al Codice civile italiano*, vol. I (Torino, 1871), 74 e ss.; SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino, 1880), 24; SAREDO, *Trattato delle leggi* (Firenze, 1886), 426 e ss.; FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi* (Napoli, 1886-1887), P. II, 572 e ss.; F.S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi* (Torino, 1888), 10 e ss., 979 e ss.; FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica* (7<sup>a</sup> ed., Napoli, 1917), 150 e s.; DEL GIUDICE, *Enciclopedia giuridica* (2<sup>a</sup> ed., Milano, 1896), 31 e ss.; FADDA e BENZA, Note al *diritto delle Pandette* del Windscheid, vol. I, P. I (Torino, 1902), 124 e ss.; BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano* (Torino, 1897), 49 e s.; LANDUCCI, *Trattato di diritto civile italiano* (annesso alla versione del corso di diritto civile francese di Aubry e Rau, vol. I, Torino, 1900), 692 e ss.; CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I (Torino, 1904), 51 e s.; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I (2<sup>a</sup> ed., Torino, 1912), 24 e s.; GABBA, *Introdu-*

come un vanto della moderna Giurisprudenza l'aver abbattuto l'antica scuola del diritto naturale, per fare luogo ad una visione esclusivamente storica o positiva del fenomeno giuridico, secondo gl'insegnamenti fondamentali della *historische Rechtsschule* alemana, depurati ancora, in processo di tempo, di qualche loro elemento romantico e metafisico. Vero è che, come è saputo, il primo intento di quella scuola era stato precisamente di opporsi all'idea della codificazione, di modo che, sotto questo aspetto almeno, il suo vantato trionfo assomiglia a una vittoria di Pirro; vero inoltre che i nuovi codici accolsero e fecero propri in gran parte i principî dell'individualismo razionale, nel quale era culminata la speculazione giusnaturalistica dell'età precedente; tanto che non a torto un maestro delle storiche discipline, il Gierke, notava il singolare fenomeno delle «vittorie materiali» («*materielle Siege*») che il diritto naturale, dopo la sua formale caduta riportò per opera della scuola avversaria<sup>6</sup>. Ciononostante la repulsa del diritto naturale è stimata oggi ancora comunemente un indispensabile atto di fede, e quasi un dovere di buona creanza per il giurista; del che abbiamo una riprova appunto nella frettolosa risolutezza colla quale, interpretando la formula suaccennata, si suole escludere innanzi tutto ch'essa contenga un'allusione a tale diritto, come se si trattasse allontanare un ingiurioso sospetto.

Una qualche maggiore ponderazione non parrebbe tuttavia fuori di luogo, sia di fronte al latissimo senso delle parole «principî generali di diritto», sia anche di fronte ai lavori preparatori del Codice nostro e di quello Albertino, dal quale quella formula è, come si sa, derivata. Laddove il Codice civile austriaco aveva fatto espresso

*zione al diritto civile internazionale italiano* (in Atti della R. Accad. dei Lincei, 16 aprile 1905, Roma, 1906), 20 e ss.; BRUNETTI, *Il delitto civile* (Firenze, 1906), 109 e ss.; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano* (2<sup>a</sup> ed., Roma, 1917), 84 e ss.; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano* (3<sup>a</sup> ed., Milano, 1914), 47 e s.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Parte generale (2<sup>a</sup> ed. Milano, 1915), 86 e s.; DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile* (Milano, 1914), 119 e s., 186 e s.; BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore* (nella riv.: *Il Diritto Commerciale*, S. II, vol. VIII, Torino, 1916, P. I, 262 e ss.); GROPPALI, *I principî generali del diritto e l'interpretazione della legge* (in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo*, Milano, 1918); STOLFI, *Diritto Civile*, vol. I (Torino, 1919), 612 e ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I (Roma, 1921), 228 e ss.

<sup>6</sup> GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht* (Frankfurt, 1883), 24.

richiamo ai «principî del diritto naturale»<sup>7</sup>, il Codice civile Albertino si riferì ai «principî generali di diritto»<sup>8</sup>; ma l'argomento *a contrario*, che parrebbe potersi derivare da tale differenza, è smentito – oltre che dall'assenza di una reale contraddizione tra le due formule – dal fatto che nessuna negazione del diritto naturale fu pronunciata durante la discussione che condusse all'accoglimento delle nuova dicitura. Il progetto del Codice Albertino aveva adottato gli stessi termini usati già dal Codice austriaco, dichiarando che i casi dubbiosi dovessero essere decisi *secondo i principî del diritto naturale*; e benché tale formula nella elaborazione del progetto suscitasse obiezioni da varie parti, deve notarsi che le obiezioni non movevano da alcuna avversione sostanziale al concetto, ma tendevano solo ad ovviare al pericolo di una sua troppo incerta interpretazione. Quasi tutte le altre formule allora proposte («principî di ragione», «principî dell'equità», «principî di equità naturale», «principî di ragione naturale», ecc.) avevano però la medesima latitudine, e diciam pure lo stesso carattere giusnaturalistico, di quella cui volevano sostituirsi<sup>9</sup>; tanto che alla Commissione riuscì facile di respingerle, mantenendo la prima<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> «... Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi *secondo i principî del diritto naturale*, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate» (Cod. civile austriaco, § 7).

<sup>8</sup> «... Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi *secondo i principî generali di diritto*, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso» (Cod. civile Albertino, art. 15).

<sup>9</sup> Ciò appare evidente dalle dilucidazioni che gli stessi proponenti ne diedero. La Camera dei Conti, p. es. proponeva la sostituzione delle parole *ragione naturale* a quelle di *diritto naturale* «per sembrarle che le prime accennassero con maggiore precisione quanto gli autori del progetto avevano avuto in mira, cioè quel fonte di regole, che hanno la loro origine nella natura umana, ed a cui gli uomini debbono subordinare le loro azioni antecedentemente ad ogni legge positiva dagli uomini promulgata». Tra le varie proposte del Senato di Piemonte fu sì anche quella di menzionare piuttosto il *diritto comune*, ma, ciò – si noti – per l'espreso motivo che esso «tutto è fondato sul diritto naturale e delle genti». Il Senato medesimo proponeva, del resto, anche le parole principî di ragione, «la quale è immutabile e sempre sicura guida». Il Senato di Savoia avrebbe preferito la formula principî dell'equità, solo per il timore che l'accenno al diritto naturale «*ne précise pas assez la source où les juges doivent puiser les lumières que la loi leur refuse*»; intendendo però esso pure di designare, non già qualche cosa di relativo a un particolare sistema giuridico, ma «*les véritables fondements du droit en général*». V. i *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, vol. I (Genova, 1833), 28 e ss.

<sup>10</sup> «Vaga ed incerta per la sua generalità» – osservava la Commissione – «è certamente la parola *diritto naturale*, se si desume dalla definizione lasciatane da Giustiniano:

La spiegazione data poi dal Ministro Guardasigilli, cioè che accennando ai *principi del diritto naturale* erasi inteso di designare «il complesso di quelle massime di sana morale che sono da tutti riconosciute», conteneva bensì un'evidente improprietà di linguaggio in quanto trasferiva senz'altro la morale nell'ambito del diritto; ma dimostrava ancora una volta quale intenzione, non certamente positivista, animasse su questo punto gli autori del codice. Né l'intenzione poté mutare all'ultimo istante, quando si accolse, col consenso dello stesso Guardasigilli, la proposta di usare piuttosto le parole «principi generali di diritto»<sup>11</sup>; le quali parole passarono poi, senza contrasti né discussioni notabili, nelle Disposizioni premesse al Codice ora in vigore<sup>12</sup>.

Anche avendo riguardo semplicemente al proprio significato delle parole, è difficile persuadersi che per «principi generali di diritto» si debba intendere, per esempio, soltanto «principi generali di diritto italiano», come si è di recente proposto<sup>13</sup>. Una limitazione etnica così fatta esula interamente, ci sembra, dallo spirito non meno che dalla lettera della legge stessa: la quale, nel richiamarsi in modo sì lato ai principi, non poteva avere di mira una sistema di diritto nazionale, del resto allora appena in formazione, bensì manifestamente si riferiva alle supreme verità del diritto *in genere*, vale a dire a quegli elementi logici ed etici del diritto, che per essere razionali ed umani sono virtualmente comuni ai diversi popoli. L'asserire che i

*quod natura omnia animalia docuit*; ma non così se si considera per diritto naturale, come lo è in effetto, la ragione morale tra l'uomo e le cose; quindi i principii dell'etica sono quelli che costituiscono l'essenza del diritto della natura» V. i *Motivi*, cit., 29.

<sup>11</sup> V. i *Motivi*, cit., 30 – Anche FADDA e BENZA, pur sostenendo per parte loro un diverso concetto, riconoscono che «i compilatori del Codice Albertino volevano porre il *diritto naturale* come fonte complementare: e, a veder loro, lo posero» (*op. cit.*, 127). Che così sia veramente, e non valga, quindi l'argomento *a contrario* comunemente invocato (e accennato prima dai medesimi autori, *op. cit.*, 126), può rilevarsi anche da questa spiegazione di uno degli interpreti più autorevoli di quel Codice: «*Principii generali di diritto* si chiamano quelle regole, che l'umana ragione deduce dalla natura delle cose e dalle reciproche loro relazioni. Or bene ogni diritto positivo, anche senza un'espressa dichiarazione del legislatore, trova il vero suo compimento nel diritto naturale, che riunisce in grado sommo il doppio carattere di unità e di universalità» (PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1861, vol. I, 65).

<sup>12</sup> V. il Verbale n. 52 della Commissione di Coordinamento (nell'ed. del Gianzana del Cod. civ., vol. III, 477 e ss.). – Cfr., sulle accennate vicende legislative, SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., 979 e ss.; FIORE, *Delle disposizioni generali ecc.*, I. cit.

<sup>13</sup> FADDA e BENZA, *op. cit.*, 128.



principî *generali* di diritto siano validi solamente *per ogni singolo popolo*, cioè che esistano tante serie di principî generali quanti sono i sistemi particolari, se pure non è a dirittura una *contradictio in adjecto*, non corrisponde certamente a quella credenza in una *ratio juris* di carattere universale, che dai Romani in poi, checché si dica in contrario, è patrimonio comune della nostra coscienza giuridica, e senza dubbio ispirò anche gli autori del nostro Codice<sup>14</sup>.

2. Secondo la dottrina predominante, il metodo per rintracciare i principî generali di diritto consisterebbe in ciò, che dalle singole disposizioni di legge si risalirebbe, per via di astrazione, a determinazioni più comprensive; procedendo in questa «generalizzazione crescente» fino a che occorra per comprendere nella sfera del diritto positivo il caso dubbio<sup>15</sup>. Questo metodo può sembrar forse sugge-

<sup>14</sup> Non si comprende per qual ragione dovremmo ripudiare la semplice verità, che appunto nei nostri tempi è stata vie maggiormente confermata e lumeggiata sotto ogni aspetto, dopo esser stata intuita fin da ARISTOTELE e asserita dai giuristi romani: «*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur*» ecc. (fr. 9 D. I, 1; § 1 Inst. I, 2). Il nostro popolo avrebbe dunque un diritto soltanto proprio? E non sarebbe questa mancanza di elementi giuridici universali una singolare inferiorità, tanto più inverosimile in un popolo che è appunto l'erede della sapienza romana?

<sup>15</sup> V. p. es.: PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., vol. I, XLVI e s., XLIX e s., 81 e s. (e VENZI, in *Note aggiunte* ib., 90); SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., 24: «Conviene partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal genere tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con ARISTOTELE (*Eth. Nic.* V, 10) “come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto”»; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., 84: «La regola del caso simile, quella della materia analoga ed il principio generale di diritto sono i vari gradi di astrazione, a cui dobbiamo elevare, generalizzando, per comprendere nella sfera del diritto positivo il caso dubbio. In questa operazione l'interprete deve muovere da un punto fermo in un elemento di diritto positivo»; FADDA e BENSA, *op. e l. cit.*; ASCOLI e CAMMEO, Note al CROME, *Parte generale del diritto francese moderno* (Milano, 1906), 41; ecc. – A proposito del richiamo ad ARISTOTELE, che ricorre in vari autori, giova avvertire che Aristotele non dice che il giudice debba argomentare dalle disposizioni delle leggi per risalire ai principî generali; anzi considera piuttosto il caso inverso, cioè che la legge appaia al giudice, rispetto a un determinato caso, troppo generica. Egli suggerisce allora il criterio dell'equità come un correttivo del giusto legale, cioè come una specie di giustizia distinta da quella della legge, e tale che possa adoprarsi a modificarla meglio («τό επιεικές δίκαιον μὲν ἔστιν οὐ τὸ κατὰ δὲ ἀλλ'επανόρθωμα νομίμου δίκαιου»; *Eth. Nicom.*, V, 10 [14], 1137 b; cfr. anche passo seguente). Il concetto aristotelico attribuisce

rito dallo stesso legislatore, per ciò che questi invita anzi tutto l'interprete a ricercare se, in relazione a una data controversia, v'abbia una precisa disposizione di legge; indi, per l'ipotesi negativa, gl'ingiunge di aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; e solamente in fine, cioè quando anche questa seconda ipotesi non si avveri, lo rimanda i principî generali di diritto. È però facile scorgere che con ciò il legislatore non ha veramente inteso d'insegnar come e donde si debbano ricavare i principî generali di diritto, ma solo di definire l'ordine di applicazione di essi, cioè le condizioni del loro entrare in vigore. In nessun caso può essere consentito al giudice di contravvenire a precise norme di legge: il riaffermare ciò, come ha fatto il legislatore, significa semplicemente ribadire il concetto fondamentale dei nostri ordinamenti giuridici, per cui la funzione giudiziaria è subordinata alla legislativa. Il pericolo della cosiddetta «*aequitas cerebrina*»<sup>16</sup>, cioè dell'arbitrio del giudice in quanto si eserciti anche a scapito della legge, è stato eliminato fino dal sorgere del moderno Stato di diritto; e se qualche odierna dottrina sotto lo specioso pretesto della «libertà» del giudice o della Giurisprudenza, tende a ripristinare codesto arbitrio, tale dottrina, sostanzialmente regressiva e, ad onta del nome, illiberale, merita di essere respinta come avversa non solo alla citata norma di legge, ma a tutte le basi razionali del sistema vigente<sup>17</sup>.

dunque al giudice, per mezzo dell'equità, un potere creativo, o modificatore della legge, diverso da quello attribuitogli nei moderni sistemi, ispirati al principio della divisione dei poteri; e però non ci sembra che possa offrire un argomento a sostegno della tesi indicata.

<sup>16</sup> «Nihil periculosius dici potest et perniciosius, quam si iudici cuilibet liceat aequitatem pro arbitrio sibi fingere, et legibus illudere praetextu huius aequitatis, quam ideo non male *cerebrinam* quidam vocarunt». A. FABER, *Jurisprudentiae Papinianae scientia*, Tit. I, Princ. II, Matio II; cfr. ib., III, VII (ed. Lugduni), 1658, 4 e 6).

<sup>17</sup> Cfr., sulla «scuola del diritto libero»: L. COVELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge* (S. Maria C. V., 1908); DEGNI, *L'interpretazione della legge* (2ª ed., Napoli, 1909), §§ 78-86, 89-96; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (Milano, 1910); F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice* (estr. dalla *Riv. di dir. civ.*, Milano, 1911); ID., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., vol. I, 232 ess. V. anche CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (3ª ed., Napoli, 1913), 75 e ss.; ID., *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (Napoli, 1912), 7 e s. – Una critica anticipata di quella scuola fu fatta in brevi parole dal MONTESQUIEU: «S'ils [les jugemens] étoient une opinion particulière du juge, on vivoit dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte» (*Esprit des lois*, L. XI, Ch. VI).

Altra cosa è l'analogia, la quale il legislatore medesimo ha introdotto come mezzo potente di integrazione delle norme di legge, fatta solo eccezione per alcune materie (art. 4 Disposiz. prelimin.).

Mercé dell'analogia, l'applicabilità della legge si estende oltre il novero dei casi preveduti in origine, purché si tratti di casi ad essi simili o affini, e la *ratio legis* valga egualmente per gli uni come per gli altri. Solo una concezione eccessivamente rigida e angusta del diritto (della quale troviamo esempio in certi sistemi giuridici primitivi, corretti però ben tosto dal loro stesso sviluppo storico<sup>18</sup>) potrebbe vietare di riconoscere la «forza di espansione logica» che è insita nella legge, per ciò che essa è pure pensiero, e il pensiero è dialettico di sua natura. Bensì, l'estensione analogica trova il suo limite razionale in ciò che n'è il fondamento, ossia nel significato e nello spirito proprio delle norme su cui si regge: essa deve pertanto arrestarsi là, dove procedendo farebbe luogo alla creazione di una norma sostanzialmente nuova e diversa.

Importa bene considerare che l'argomentare analogico non si può estendere indefinitamente, essendo legato di sua natura ai termini dai quali procede e tra i quali si svolge: cioè l'affinità di fatto e l'identità di ragione. Spostare *ad libitum* cotesti termini, allentare il vincolo che li unisce, per potervi inserire qualsiasi caso, come se in essi fosse propriamente compreso, non è lecito né rispetto alla logica, né rispetto al diritto: in specie data quella norma di legge che, assegnando all'analogia il proprio ufficio, considera espressamente l'ipotesi che «il caso rimanga tuttavia dubbio», cioè che l'analogia non basti a risolverlo. Invano si è cercato di superare la difficoltà distinguendo tra *analogia legis* e *analogia juris*, e intendendo questa in un senso molto più ampio<sup>19</sup>. Già secondo la comune dottrina dei logici,

<sup>18</sup> Si pensi, p. es., al sistema romano nel periodo delle XII Tavole, e alle successive trasformazioni di esso, specialmente per l'opera del pretore.

<sup>19</sup> La distinzione tra *analogia legis* e *analogia juris*, di origine interamente moderna (cfr. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I Bd. Leipzig, 1885, 216 e s.), e non molto felice anche nella forma. (Poiché *lex* e *jus* non sono termini antitetici), è così spiegata dall'UNGHER: «L'analogia consiste nel dipartirsi da un elemento già sussistente, che viene ampliato ed esteso a un caso non contemplato. Questo elemento può essere una singola legge (analogia di legge), oppure i principî di tutto il diritto positivo (analogia di diritto) (UNGHER, *Sistema del diritto privato generale austriaco*, vol. I, § 10, Zara, 1877, 54; cfr. la 5<sup>a</sup> ed. ted., Leipzig, 1892, 60 e s.). Questa dottrina è seguita dal GIANTURCO (*Sistema, di diritto civile italiano*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1910, 122), dal SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., 84), ecc. Ma essa non è intesa sempre egualmente. Talvolta la

che fa capo ad Aristotele, l'analogia si distingue propriamente dall'induzione per ciò, che non va dal particolare al generale, ma *dal particolare al particolare coordinato*<sup>20</sup>. Non può quindi, a rigore, costruirsi una verità generale per mezzo di analogia<sup>21</sup>. Il legislatore, a sua volta, dice bensì che, ove l'analogia non soccorra, si dovranno applicare i principî generali di diritto, ma non dice punto che questi si debbano ritrovare per un procedimento analogico; anzi dice implicitamente il contrario.

Certamente, nell'applicare una data norma a casi differenti da quelli in essa immediatamente compresi, si viene a riconoscere che la ragione insita nella norma vale per una sfera più ampia di quella originariamente assegnatale. Ma l'estensione che così si ottiene è pur sempre limitata e particolare, cioè relativa a quel certo ordine di rapporti, che corrisponde alla ragione della norma in questione. Né la

distinzione tra le due forme di analogia si fa corrispondere a quella tra «casi simili» e «materie analoghe», di cui nell'art. 3 Dispos. prelim.; tal altra si riconosce che ambedue queste specie rientrano parimente nel concetto di «*analogia legis*» o analogia vera e propria, e si indica allora l'«*analogia juris*» come il mezzo per scoprire i principî generali di diritto, o anche come l'argomentazione da questi principî. Il PACIFICI MAZZONI parla in questo senso di «analogia generale» in antitesi ad «analogia speciale» (*Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., vol. I, XLIX: «L'interpretazione per analogia genera, cioè per argomento dai principî generali di legge, ricerca il pensiero legislativo non espresso né incluso in veruna disposizione precisa di legge, sibbene compreso in essi principî generali»). Ma ciò rappresenta un vero abuso del concetto di analogia. Dell'abuso non è però da far carico al nostro legislatore; e non è certamente esatta l'affermazione (p. es. del GIANTURCO, *op. cit.*, 122, n. 2) che «l'art. 3 delle Disposizioni preliminari distingue l'*analogia di legge* dall'*analogia di diritto*».

<sup>20</sup> Cfr., anche per i richiami delle teorie aristoteliche, UEBERWEG, *System der Logik und Geschichte der logischen Lehren* (5. Aufl., Bonn, 1882), § 131; MASCI, *Elementi di Filosofia*, vol. I, *Logica* (2ª ed., Napoli, 1910), 332 e ss.

<sup>21</sup> Osserviamo che la nota definizione isidoriana dell'analogia si mantiene correttamente nei termini sopra indicati, e non accenna ad alcuna generalità: «*Analogia graece, latine similitum comparatio sive proportio nominatur. Cuius haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur, ut incerta certis probentur*» (ISIDORUS, *Etymologiae* L. 1, C. 28). Ricordiamo altresì che dove oggi impropriamente si parla di «generalizzazione analogica» o anche di «analogia generale» (v. sopra, 42, n. 3), i giuristi romani usavano le frasi: «*producere ad consequentias*», «in argumentam trahere», «procedere ad similia», ecc. (cfr., FERRINI, *Pandette*, 3ª ed., Milano, 1908, 37), le quali espressioni dimostrano come essi avessero un più esatto concetto di analogia, che di sua natura tende soltanto al particolare (a un *nuovo* o ulteriore particolare). Vero è che i giuristi romani non avevano bisogno di sforzare tale concetto, poiché riconoscevano apertamente, in fuori di esso, i principî generali come fondati sul diritto naturale o sulla «*naturalis ratio*».

cosa cambia se, invece di una norma, si consideri a tale stregua una serie di norme<sup>22</sup>.

La stessa esperienza giuridica, del resto, e segnatamente la pratica giudiziale, mostra che dalle singole norme formulate dal legislatore, quantunque ingegnosamente combinate e tratte a significato molto più largo di quello letterale, non può sempre ricavarsi una massima capace di risolvere i nuovi casi che la vita nel suo continuo fluire presenta<sup>23</sup>. Se la funzione del giudice è nondimeno sempre possibile sulla base della legge, ciò accade perché la legge medesima ha fatto luogo, oltre che all'interpretazione analogica, ai principî generali di diritto, dando ad essi, con questa formula così largamente comprensiva, un riconoscimento distinto e una vera e propria sanzione d'ordine positivo<sup>24</sup>. Circoscrivere però tali principî alle stesse

<sup>22</sup> Giustamente pertanto il LEIBNIZ, nell'assegnare il debito posto all'analogia, non la considerava come unico mezzo per sopperire al silenzio della legge, ma le poneva accanto il diritto naturale: «Patet in iis casibus, de quibus lex se non declaravit, secundum jus naturae esse judicandum... Confugiendum tamen nonnunquam ad alias leges civiles *similes*, vel ex verbis, vel mente legislatoris... Cum igitur duo sint principia decidendi: jus naturae et lex similis; et a materia una ad aliam valere argumentum, quoties siluit legislator, non aliunde constet, quam ex similitudine rationis, ratio autem legis pendeat ex Politicae illa parte, quae dicitur nomothetica; apparet Jurisconsulti in dicasterio sedentis duos oculos esse *scientiam juris naturalis, et scientiam nomotheticam*» (*Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, § 71; in *Opera*, ed. Dutens, T. IV, P. III, Genevae, 1768, 211 e s.).

<sup>23</sup> Nel riconoscere ciò convengono ormai anche scrittori che non appartengono certamente alla scuola del «diritto libero». V. in questo senso GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, cit., 20 e ss.; DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., 134, e gli scritti ivi indicati. L'insufficienza dell'analogia, è messa in luce anche dallo STAMMLER, in relazione alla sua teoria del «diritto retto» (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, 272 e s.), e, sotto un altro aspetto, dal GENY che osserva non senza ironia: «L'extension par analogie parait bien constituer le point extreme de l'audace, permise à l'interprétation proprement dite, dans un système qui prétend ne s'inspirer que des textes législatifs» (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 30; cfr. 502 e ss.). V. pure VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique* (Bruxelles, 1907). Notevole è che L'UNGER, il quale dapprima aveva sostenuto che l'analogia è perfettamente sufficiente a risolvere ogni possibile caso (*System*, cit., 71 dell'ed. ted.), si è poi scostato da questo concetto nel corso della stessa sua opera (p. 159), e l'ha espressamente abbandonato in scritti successivi. Cfr. WURZEL, *Das juristische Denken* (Wien, 1904), 25; GIANTURCO, *op. cit.*, 122 n.

<sup>24</sup> Di qui la possibilità, comunemente ammessa, di ricorrere in Cassazione per la mancata applicazione giudiziale dei principî generali di diritto, sulla base appunto dell'art. 3 delle Disposiz. Prelimin. – Da ciò, che i principî generali di diritto hanno un valore giuridico positivo deriva anche un'altra importante conseguenza: cioè che la loro

norme particolari già formulate e volere che essi ricavino esclusivamente da queste, significa introdurre di nuovo l'inconveniente, che il legislatore ha voluto rimuovere, e togliere ai principî generali la loro propria virtù integratrice.

3. Una sola esigenza, se ben si guardi, ha posto il legislatore rispetto alla relazione che deve esistere tra i principî generali e le norme particolari di diritto: cioè che tra gli uni e le altre non sia alcuna disarmonia o incongruenza. È escluso *a priori* che da un principio generale possano trarsi applicazioni in contrasto con una norma particolare. Questa esigenza si fonda essenzialmente sulla natura del sistema giuridico, il quale deve formare una compagine unica ed omogenea, un vero organismo logico, tale da offrire una direttiva certa, non equivoca e tanto meno contraddittoria, per ogni possibile relazione di convivenza. L'intrinseca congruenza delle varie parti componenti il sistema deve essere saggiata e confermata ad ogni momento, raffrontando le singole norme tra loro, e rispetto ai principî generali coi quali esse si connettono; solo in tal modo è dato al giurista di cogliere l'intimo spirito del sistema, e di seguirlo nelle applicazioni particolari, evitando gli errori che facilmente deriverebbero dalla considerazione astratta di questa o di quella norma<sup>25</sup>. Il giurista, e in ispecie il giudice, deve – per quanto possibile – dominare e quasi rivivere l'intero sistema, sentirne la spirituale unità, dalle premesse lontane e tacite fino alle minime statuizioni, come se del tutto egli fosse autore, e in lui parlasse la legge stessa: in questo senso possiamo far nostro l'alto ideale, al quale si ispirava Aristotele, definendo il giudice come il *giusto vivente* (δικαιον ἔμψυχον<sup>26</sup>).

violazione (non meno che quella delle norme speciali) costituisce una *injuria*, e quindi una «colpa», sì che determina l'obbligo del risarcimento del danno, giusta l'art. 1151 C. civ. Del che vedremo qualche applicazione più innanzi.

<sup>25</sup> La bella sentenza di Celso (fr. 24 D. I, 3): «Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere» vale non solo nel suo senso letterale, ma anche intendendo per *lex* l'intero ordinamento giuridico. Dell'ossequio a questa esigenza metodologica diedero appunto mirabile esempio i giuristi romani. V. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (3. Aufl., Heidelberg, 1840), 29; cfr. dello stesso, *System des heutigen römischen Rechts*, I Bd. (Berlin, 1840), § 46, 290 e ss. Sulla necessità di considerare anche le parti latenti (non formulate) dell'ordinamento giuridico, v. JHERING, *Geist des römischen Rechts* (5. Aufl. Leipzig, 1891-98), I Th., § 3; cfr. II Th., II Abth., §§ 40 e 41.

<sup>26</sup> *Eth. Nicom.*, V, 4 (7), 1132 a. Cfr. CICERONE, *De legibus*, L. III, C. I: «Vere dici potest, magistratum esse legem loquentem; legem autem mutum magistratum». Simil-

Ma questo requisito formale – l'omogeneità del sistema, ovvero l'assenza in esso di contraddizioni, tra il generale e il particolare – non significa che il primo termine si debba necessariamente attingere dal secondo, e sia rispetto ad esso un *consecutium*. La connessione logica, voluta dalla natura dell'ordinamento giuridico può, astrattamente, affermarsi sì discendendo dalle determinazioni generali a quelle particolari, come risalendo da queste a quelle. Non v'è ragione di escludere che i due metodi possano anche esercitarsi a vicenda sulla medesima realtà, servendo l'uso alterno di essi, fino a un certo segno, di riscontro reciproco. Se, come scrisse il Bruno, è «una e medesima scala, per la quale la natura discende alla produzione delle cose, e l'intelletto ascende alla cognizione di quelle; e l'uno e l'altra da l'unità procede all'unità, passando per la moltitudine dei mezzi»<sup>27</sup>, ciò tanto più deve avverarsi a proposito del diritto, che è produzione, oltre che cognizione, dello spirito umano. La riflessione scientifica può ben ripercorrere a ritroso il cammino percorso dal medesimo spirito nella sua spontaneità creatrice. Ma questo procedimento riflesso, che implica pur sempre il concorso degli elementi generatori dell'esperienza, non deve trarci in inganno sul valore dei diversi momenti, e sul posto che ad essi compete nella gerarchia originaria e nella logica del sistema. Il vero è che la conoscenza particolare o specifica (ad es. di un certo tipo di contratto) suppone di sua natura una corrispondente cognizione più ampia (ad es. la nozione generale del contratto); e se anche la precede nel tempo, le è nondimeno logicamente subordinata, e ad essa rimanda come alla sua naturale premessa<sup>28</sup>. Così le regole par-

mente, ma con intenzione più restrittiva, MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L. XI, Ch. VI: «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi». – Affermando che il giudice deve penetrare lo spirito delle leggi per modo da fondere con esso il suo stesso spirito, si viene realmente a significare che le leggi si rinnovano e, per così dire, rinascono di continuo mentre si applicano. La ragione delle leggi si concepisce in tal modo come davvero vivente, e però staccata dalla individualità empirica dei lor primi autori. È ormai noto (e fu dimostrato specialmente da KOHLER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. Recht d. Gegenwart*, Bd, XIII, Wien, 1885) che il significato logico delle leggi, indi anche la loro virtù plasmatrice dei rapporti sociali, può andare e va generalmente ben oltre la consapevolezza e la previsione di coloro che le formarono. Ciò corrisponde a una delle più profonde intuizioni del nostro Vico.

<sup>27</sup> G. BRUNO, *De la causa, principio e uno*, Dial, V (ed. del GENTILE, *op. ital.*, vol. I, 247).

<sup>28</sup> Qui, come in ogni caso, il particolare è conoscibile solo in funzione di un universale che lo trascende. «Ogni nostra conoscenza di fatti», possiamo dire col MASCI,

ticolari di diritto non sono veramente intellegibili se non si pongano in relazione coi principî dai quali discendono<sup>29</sup>; sebbene questi possano anche non essere, e il più delle volte non siano, formulati nei Codici. Di qui la necessità, anche per la retta pratica giudiziale, di una profonda elaborazione scientifica del diritto, cioè di una sua costruzione logica e sistematica, nella quale le idee direttive e i principî informatori dell'intero sistema prendono naturalmente il primo posto, in confronto delle particolari disposizioni.

Lo studio di queste può soltanto dare occasione al riconoscimento di quei principî, per l'accennato procedimento retrospettivo, in quanto appunto i principî stessi abbiano già precedentemente informato di sé le singole norme; le quali però li rispecchiano solo in parte.

Il nesso reciproco tra il generale e il particolare non distrugge, pertanto, l'effettiva gerarchia dei valori logici, e non significa la convertibilità o equivalenza meccanica dei due termini. Se astrattamente, come dicemmo, si può supporre la pienezza e continuità della serie, che conduce dal generale al particolare – nella quale ipotesi solamente la serie si potrebbe senza danno invertire, conducendo sempre a una cognizione intiera –, effettivamente i casi particolari dell'esperienza giuridica rappresentano solo sparsi frammenti, capaci, al più, di avviare una ricostruzione ideale del tutto, ma non certo di compierla. Per ciò è necessario l'intervento della ragione, la quale, nella ricerca dei principî generali del diritto, trova bensì un certo sussidio nel riscontro delle norme particolari, ma deve pur riferirsi, in ultima analisi, alla viva fonte che ha in sé medesima; poiché appunto dall'essere del soggetto procedono originalmente i principî

«sta sotto il presupposto, o meglio sotto la condizione logica generale, che ogni singolo evento, ogni fatto particolare, ogni determinazione particolare della realtà, sia un caso particolare di una legge generale, sia l'applicazione di un principio» (*Logica*, cit., 317). Senza tale ammissione, verrebbe meno la ragione di ogni ricerca scientifica, anche di natura empirica od induttiva.

<sup>29</sup> Cfr., in questo senso, P.J.A. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft* (Landshut, 1804), 68 e ss.: «Das Besondere muss durch das Allgemeine, das Allgemeine durch das Allgemeinste begründet, in ihm ethalten, als nothwendige Wahrheit von ihm abgeleitet seyn. Nur so erhebt sich auch die Jurisprudenz zur Wissenschaft; ohne dieses ist sie nichts als eine Last für das Gedächtniss, ein trauriger abschreckender Schutthaufen roher und zertrümmerter Materialien», ecc.



della verità giuridica in generale, che si rifrangono poi in varia guisa e misura nelle figure concrete dell'esperienza.

Come dai principî generali non possono ricavarsi *a priori*, per semplice deduzione, tutte le determinazioni particolari dell'ordinamento giuridico, che hanno pure elementi empirici e contingenti; così dalle sole determinazioni particolari non può inferirsi la cognizione adeguata di quei principî, che nella loro generalità superano virtualmente ogni singola applicazione<sup>30</sup>.

L'istanza di un estremo razionalismo che pretendesse di desumere solo da puri principî la concreta molteplicità delle regole di diritto, sarebbe certamente respinta da qualsiasi giurista; ma altrettanto erronea sarebbe l'istanza di un estremo empirismo che presumesse di costruire a posteriori, per mezzo delle singole norme, i principî che ne sono la premessa e la base. Tanto meno sarebbe legittima tale istanza, anche sotto l'aspetto giuridico positivo, essendo dato un sistema che, come il nostro, fa appello per la sua integrazione all'elemento razionale non formulato, ed espressamente lo riconosce nella sua generalità.

4. Nel determinare i principî generali del diritto il pensiero individuale non è, per altro, abbandonato a se stesso, ne può esercitarsi a suo arbitrio. Un primo freno alla «*raison raisonnante*» – un freno, che è, al tempo stesso, un aiuto – è costituito, come vedemmo, dal nesso imprescindibile del sistema, ossia dal riguardo dovuto a tutto ciò che nel sistema medesimo è espresso. Qui cade in acconcio osservare che gli ordinamenti giuridici più progrediti, e in ispecie quelli che, come il nostro, hanno accolto l'idea della codificazione, e posto a base dei codici una serie di determinazioni ancor più ampie e profonde, quali sono le guarentigie costituzionali, offrono un quadro assai diverso da quelli delle età primitive, nelle quali tutta la produzione giuridica ha un carattere frammentario e, per così dire, casuistico. Accanto alla congerie delle leggi speciali e delle disposizioni relative a casi e rapporti strettamente determinati, si hanno nella nostra legislazione, segnatamente nello Statuto ed in parte anche nelle

<sup>30</sup> Su questa impossibilità, cfr. le considerazioni del FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, cit. ... Vd. pure in senso analogo, THIBAUT, *Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze* (in *Versuche ueb. Einz. Theile d. Theorie des Rechts*, I Bd., 2. Ausg., Jena, 1817), spec. 153 e ss.

Disposizioni preliminari al Codice Civile, ed in altre leggi, affermazioni di carattere generale, che riflettono in più o meri larga misura l'elaborazione razionale compiuta intorno al diritto dalle scuole filosofiche antecedenti.

Se dunque spetta al giurista il non lieve ufficio di rintracciare i principî fondamentali dell'intero sistema, in quanto siano sepolti e impliciti, come remotissimi presupposti, nelle norme particolari, o da esse in qualche maniera richiesti come loro logico complemento; accade pur ch'egli trovi tali principî in parte già formulati, se non nel loro puro e pieno concetto, almeno in alcuni dei loro aspetti o momenti, per opera dello stesso legislatore.

Con ciò non si vuol certamente dire che il sistema nostro vigente, o un altro qualsiasi, accolga in sé per intero, ed esprima in modo adeguato, la razionalità del diritto in genere; nel qual caso esso non sarebbe soltanto un sistema giuridico positivo, ma insieme una filosofia del diritto «tutta spiegata». Si vuol dire, bensì, che questa filosofia non è estranea ad alcun sistema vigente, e tanto meno a quelli che corrispondono a un più alto grado di sviluppamento dello spirito umano; che anzi vi si incorpora in parte, e vi si riflette per modo, che solo in forza di un preconcepto si può negarne la presenza e la luce. Si vuol dire che l'elemento razionale ed il positivo nel diritto, se non coincidono in tutto, non sono però necessariamente in contrasto. «*Auctoritatem cum ratione omnino pugnare non posse*» era già l'insegnamento del Vico<sup>31</sup>, che giustamente si richiamava per tal concetto alla tradizione romana. Supposto un assoluto contrasto fra il certo, che deriva dall'autorità, e il vero, che deriva dalla ragione, non si avrebbero leggi, ma mostri di leggi: «*non leges essent, sed monstra legum*»<sup>32</sup>. Il diritto positivo ha pur esso, nel fondo, una certa razionalità: che se non è a dirittura la «*ratio naturalis*», – è almeno come spiegava il Vico medesimo – una «*ratio civitatis*», espressione parziale di quella<sup>33</sup>.

È ufficio della critica il valutare le leggi positive a paragone dell'assoluta idea del diritto, o del giusto naturale; senza che possa mai

<sup>31</sup> VICO, *De uno universi juris principio et fine uno*, Cap. LXXXIIL. Cfr. *Scienza nuova*, (2<sup>a</sup> ed.), L. I, *Degli elementi*, Degn. IX, X, CXI, CXIII, CXIV.

<sup>32</sup> VICO, *De uno universi juris principio et fine uno*, l. cit.

<sup>33</sup> «*Ratio civilis quum dictet publicam utilitatem, hoc ipso pars rationis naturalis est: non tota autem ratio est*». VICO, *op. e l. cit.*

imputarsi a cotesta idea la difettosa rispondenza che essa trovi nell'ordine positivo. Meno ancora però sarebbe plausibile l'imputare all'idea la sua effettuazione, quasi che l'idealità scomparisse nell'atto del tradursi in fenomeno. Per dire più chiaramente: il diritto naturale non cessa di essere tale, e non perde l'intrinseco suo valore, per ciò che esso sia talvolta anche positivo. La sua ricognizione diviene allora di competenza pur del giurista in istretto senso, del *pragmaticus legum*, oltreché del *philosophus legum* (per servirci ancora di frasi vicchiane); e l'interprete assolverebbe male il suo compito se, per semplice pregiudizio, dichiarasse di mera invenzione legislativa ciò che si fonda anzi tutto e sostanzialmente sulla ragion naturale. Non esitiamo a dire che, così procedendo, ossia rifiutando *a priori* di riconoscere i diversi gradi di verità giuridica che s'incontrano nelle leggi positive, la moderna scienza interpretativa si porrebbe – e spesso, purtroppo, si pone – in condizione di reale inferiorità rispetto alla Giurisprudenza romana, della quale sono ben note le dottrine in questa materia. Una tale visione della verità del sistema vigente, secondo la propria gerarchia filosofica, presuppone senza dubbio un riferimento a quelle dottrine razionali intorno al diritto, che sono state formate come criterio superiore agli ordini positivi; a quelle dottrine, in una parola, che fanno capo al concetto della natura (teleologicamente considerata), come fondamento intrinseco del diritto. Esse, pur con divergenze ed oscillazioni (per vero assai minori di quello che da molti si pensa), costituiscono un vero corpo, maturato organicamente mercé delle progressive elaborazioni di molti secoli, e fornito di una propria coerenza interiore, che rinsalda l'unità delle singole parti, anche apparentemente diverse. Le oscillazioni e le divergenze, del resto, derivano quasi sempre, anziché da un dissenso fondamentale intorno ai principî, dall'arduo e continuo lavoro che è necessario per porre in relazione i principî stessi colle mutevoli circostanze, cui debbono applicarsi nel corso storico<sup>34</sup>. L'idea del diritto

<sup>34</sup> «Principia communia legis naturae non eodem modo applicari possunt omnibus, propter multam varietatem rerum humanarum: et ex hoc provenit diversitas legis positivae apud diversos». TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theol.*, 1.<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>. Quaest. 95, Art. 2. – Tra i moderni giuristi che accolgono sostanzialmente questo concetto, rinunciando a un vieto argomento contro il diritto naturale, ricordiamo ad es. il PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I (5. éd., Paris, 1908), 3: «Les législations positives, bien que très différentes les unes des autres, sont en général conformes au droit naturel». Cfr. ciò

naturale è veramente di quelle, che accompagnano l'umanità nel suo svolgimento; e se pure, come non di rado è accaduto, e massime ai tempi nostri, alcune scuole facciano professione di escluderla o di ignorarla, essa si riafferma potentemente nella vita. Vano è perciò, oltre che incongruo, il tentativo di ripudiarla; e tanto più vano e incongruo, quando si tratta di interpretare un sistema legislativo che, come il nostro, è stato formato, direttamente e indirettamente, sotto l'impero di quell'idea. Del che noi abbiamo la prova, non tanto nei lavori preparatori, dei quali non vorremmo esagerar l'importanza ai fini dell'interpretazione<sup>35</sup>, quanto nel fatto che la nostra legislazione deriva in massima parte, per il diritto privato, dal diritto romano, svoltosi tutto intorno all'idea della *naturalis ratio*<sup>36</sup>, e per il diritto pubblico, dai sistemi costituzionali d'Inghilterra e di Francia, che hanno per documenti fondamentali i *bills of rights* e le *Déclarations des droits*, espressioni tipiche e genuine della scuola del *jus naturae*<sup>37</sup>. Qualunque giudizio l'interprete voglia fare in cuor suo di questa grandiosa tradizione dottrinale, e della sua presente vitalità, che pur si manifesta inesausta per molli segni, non potrà tuttavia disconoscere la reale esistenza, e la vigorosa efficacia nel tempo, che corrisponde alla formazione del nostro attuale sistema<sup>38</sup>.

che, pur con maggior propensione al relativismo, osserva il DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1911), 19, 28, 45.

<sup>35</sup> Sulla dibattuta questione dell'importanza dei lavori preparatori, v. specialmente KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., 11 e ss. dell'estr., e gli scritti ivi indicati; FADDA e BENZA, *op. cit.*, 119 e ss.; DEGNI, *op. cit.*, 251 e ss., ecc.

<sup>36</sup> Cfr. a questo proposito: VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, (Leipzig, 1856-1876), specialm. I Bd., 327 e ss.; HILDEBRAND, *Geschichte und System der Rechts- und Staatphilosophie* I Bd. (Leipzig, 1860), 603 e ss.; LEIST, *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts* (Jena, 1877), 8 e ss.; LASSON, *System der Rechtsphilosophie* (Berlin, 1882), 73 e ss.; e, per un esame analitico delle fonti, GRANDENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio* (Königsberg, 1900), 13 e ss.

<sup>37</sup> Coteste derivazioni, che qui basta solo accennare, non sono meno reali né meno importanti per ciò, che sono avvenute con determinate modificazioni e per vari tramiti. Ognun sa, per esempio, che il diritto romano ci è pervenuto attraverso il diritto comune, che aveva già informato anche i codici moderni anteriori ai nostri; e che lo Statuto fondamentale del Regno ha avuto per modelli immediati le Carte costituzionali francesi del 1814 e del 1830, e quella belga del 1831, le quali avevano tratto a lor volta gli elementi essenziali dalle Dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino.

<sup>38</sup> Cfr. su ciò le considerazioni di FILOMUSI GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (Roma, 1887), 7 e ss.

Onde la necessità di non trascurarne lo studio, sotto pena di rinunciare all'intelligenza esatta e verace dello stesso sistema. Questo studio, che integra quello delle norme particolari, del quale abbiamo fatto cenno dianzi, costituisce anch'esso un freno e, in pari tempo, un ausilio al pensiero individuale, nell'opera di ricostruzione del diritto vigente. Esso aiuta, anzi tutto, a ritrovare la fonte di quella parte dei principî generali del diritto, che il legislatore ha avuto occasione di raccogliere e formulare, pur senza darne un'espressione compiuta; indi anche di quelli non formulati, ma nondimeno esistenti virtualmente nell'ambito del sistema, e quasi sepolti nella congerie delle singole norme, che ne rappresentano applicazioni più o meno conseguenti. Il nesso tra le dottrine generali intorno al diritto, dominanti nel pensiero di un certo tempo, e le statuizioni legislative maturate nel tempo medesimo, potrà essere più o meno semplice e più o meno facile da scoprire: ma non può mancare, se è vero che *questo mondo civile certamente è stato fatto dagli uomini, e però i suoi principî si debbono ritrovare nella nostra medesima mente umana*<sup>39</sup>; se è vero, in altre parole, che lo stesso spirito umano genera il diritto e come fenomeno e come idea. È ovvio che l'opera dell'interprete, in quanto mira a comprendere ed integrare un sistema storicamente determinato, non può essere *cerebrina*, o arbitrariamente individuale: non può consistere nell'affermazione di un diritto naturale «che ciascuno si foggia a suo talento», contro il quale la logica dei giuristi avrebbe ben ragione di protestare. Il conveniente appoggio e riscontro nell'indagine dei principî ci è dato bensì da quel corpo di dottrine generali intorno al diritto, che non è l'opera artificiosa di un singolo pensatore, ma corrisponde a una vera e solida tradizione scientifica, intimamente connessa colla genesi delle stesse leggi vigenti. Né questo necessario riguardo alla tradizione dottrinale impedisce le ulteriori elaborazioni degli elementi che ne costituiscono la compagine; anzi vale ad agevolarle, in quanto ci indica, per mezzo dei capisaldi ormai assicurati, il piano nel quale debbono muoversi i progressivi sviluppi.

5. Non certo per esaurire l'alto argomento, ma soltanto per delubarlo, vorremmo qui accennare ad alcuni tratti essenziali delle teorie giusnaturalistiche, che hanno riscontro nella nostra vigente legislazione. Ci riferiamo, conforme al già detto, non a singolari opinioni

<sup>39</sup> VICO, *Scienza nuova* (1<sup>a</sup> ed.), L. I, C. XI; (2<sup>a</sup> ed.), L. I, *De' principî*.

di questo o di quel filosofo, né alle peculiarità dell'uno o dell'altro sistema speculativo; ma a quei *motivi di vero*, che costituiscono il fondo comune e per così dire la quintessenza di tali teorie, riguardate nella continuità del loro storico svolgimento. Il progresso che in questo siamo usi a scorgere, è consistito assai più nel chiarimento graduale dei principî o *motivi* intuiti già fino dagli albori della meditazione filosofica sul diritto, che nella scoperta di nuovi. Solo in questo senso, pertanto, giova aver riguardo principalmente alle fasi più progredite delle teorie giusnaturalistiche: cioè in quanto esse esprimono in modo più esatto e più consapevole le intuizioni già proprie sostanzialmente delle anteriori<sup>40</sup>.

Un pensiero preliminare è implicito in tutte le dottrine del *jus naturae*: cioè che il diritto corrisponde a un'umana necessità, ed è inseparabile dalla vita stessa dell'uomo. *Ubi homo, ibi jus*. Dovunque sia traccia di vita umana, è indefettibilmente, almeno in germe, un ordinamento giuridico. Un giudizio sul dritto e il torto deve potersi pronunciare in qualsiasi caso di relazione *hominis ad hominem*.

<sup>40</sup> S'intende da ciò che col nome di teorie giusnaturalistiche, o di scuola del *jus naturae*, ci riferiamo anche alle teorie ed alla scuola che in più stretto senso si chiamano del «diritto razionale» o del «*Vernunftrecht*». Una separazione netta tra questi termini non sarebbe possibile storicamente, né si giustificerebbe logicamente. L'elemento razionale fu sempre, benché in vari modi, considerato anche dai più antichi cultori del *jus naturae*. Lasciando di esaminare l'uso della formula *recta ratio* (che corrisponde all'ὀρθός λόγος degli Stoici) per designare appunto la *lex naturae* (v. p. es. CICERONE, *De republica*, III, 17 [LAGTANTIUS, *Instit. div.*, IV, 8]), come pure la dottrina tomistica per la quale «*lex est aliquid rationis*» (*Summa Theol.*, 1.<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>, Quaest. 90, art. 1), e «*lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura*» (ib., Quaest. 91, art. 2); ricordiamo che di un «*jus rationale*» parlava ad es. il WINKLER, uno dei precursori del Grozio (*Principiorum juris libri V*, L. I, C. IX e L. II, C. V); mentre per il GROZIO stesso «*Jus naturale est dictatum rectae rationis*» (*De jure belli no pacis*, L. I, C. I, § X, 1), e per il LEIBNIZ «*Jus naturale est quod ex sola ratione naturali sciri potest*» (*Observationes de principiis juris*, § 3). D'altra parte poi, anche il KANT e i suoi seguaci, assertori del «*Vernunftrecht*», non abbandonarono punto l'idea né il nome del diritto naturale o «*Naturrecht*», pure intendendo di trattarlo con metodo critico, e quindi più propriamente razionale (cfr. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2. Aufl., p. XLIV: «*Naturrecht, das auf lauter Principien a priori beruht*»; e tra i seguaci, p. es.: ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrecht*, 2. Aufl., Stuttgart, 1840, I Bd., 65, 72, ecc., ove si parla indifferentemente di «*Natur- oder Vernunftrecht*»; BAROLI, *Diritto naturale privato e pubblico*, Cremona, 1837, vol. I, 5, ove si accenna pure alla denominazione di «*diritto della ragione, ossia razionale*» come equivalente a quella usata nel titolo dell'opera). È noto che il nome classico di «*diritto naturale*» fu conservato, più di recente, anche dal ROSMINI, dall'AHRENS, dal TRENDELENBURG, ecc.

La qualità di soggetto di diritto non dipende per l'uomo da una concessione estrinseca ed arbitraria di chicchessia, ma gli deriva immediatamente dal suo stesso essere d'uomo; tanto che nemmeno l'individuo medesimo avrebbe il potere di alienare cotesta qualità, o di rinunciarvi<sup>41</sup>. In questo senso, la legge che attribuisce a ciascuno la qualità giuridica di persona, se anche non sia sancita nell'ordine positivo, è una legge *naturale*. Essere giuridicamente persona significa valer come tale di fronte ad altri; la giuridicità consiste appunto in questa correlazione tra più soggetti. Nessuna affermazione di diritto è possibile senza la nozione di un limite corrispondente. Ammettere che questo limite possa essere segnato ad arbitrio, contrasterebbe coll'assunto fondamentale sopra accennato, poiché implicherebbe la possibilità di annullare praticamente il diritto della persona<sup>42</sup>.

Le scuole del diritto naturale si studiarono, pertanto, di definire razionalmente cotesto limite; e il risultamento di tale studio si compendia in due capitali principî. Il primo di essi è la massima della egual libertà, o, della coesistenza degli arbitri; che significa la necessità per ciascuno di limitare la propria condotta secondo l'idea della sua compatibilità con quella degli altri in un ordine universale. Si afferma con ciò quel concetto della eguaglianza giuridica tra gli uomini, che è già implicito nella nozione del diritto di personalità spettante a ciascuno; poiché appunto l'eguaglianza, come fu felicemente notato dal Romagnosi, non è altro che la ripetizione in tutti della stessa quantità di diritto o meglio della sua identica inviolabilità<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> L'affermazione più energica di questo principio fu fatta dal ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L. I, Ch. IV.

<sup>42</sup> Una classica riprova di ciò ci è data dai sistemi di HOBBS e SPINOZA, ove l'ipotesi di un diritto naturale illimitato si dimostra equivalente alla negazione del diritto medesimo. V. HOBBS, *De Cive*, Cap. I, § 11: «Effectus ejus juris [in omnia] idem paene est, ac si nullum omnino jus exstiterit»; SPINOZA, *Ethica*, P. IV, Prop. XXXVII, Schol. II: «In statu naturali nihil fit, quod justam, aut injustum possit dici»; ecc. – I sistemi di questi due autori debbon essere propriamente considerati come *esperimenti logici negativi*, in relazione alle loro premesse. Gran parte delle successive elaborazioni del *jus naturae* si è svolta appunto in forma di polemica contro tali sistemi (e in specie contro quello dell'HOBBS); i quali così hanno dato occasione, indirettamente, a un nuovo approfondimento della materia.

<sup>43</sup> V. ROMAGNOSI, *Che cosa è eguaglianza?* (in Op., ediz. del De Giorgi, vol. III), § 641; *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, §§ 225-233; *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, §§ 300-337 (Cap. XXII-XXIV); *Instituzioni di civile Filosofia ossia di Giurisprudenza teorica*, §§ 1635-1657. – Cfr. anche SPEDALIERI, *De' diritti dell'uomo*, L. I, C. VII, §§ 6-13.

Il secondo principio, che dà al concetto della egual libertà un valore *dinamico* anziché *statico*, consiste in ciò, che ogni limitazione del diritto della persona può essere stabilita solo per *legge*: intendendo per legge solo l'espressione della volontà generale. Si afferma con ciò la razionale esigenza che il potere pubblico si fondi sul virtuale consenso di tutti e, più propriamente, sul diritto, che appartiene a ciascuno in egual misura, di concorrere alla formazione delle norme per tutti obbligatorie. Solo in tal modo può conciliarsi l'idea della libertà originaria dell'individuo con quella della coordinazione sociale e politica, che implica per necessità una limitazione degli arbitri e un permanente ossequio alla legge comune. La stessa libertà si esercita in fatto nel segnare il suo proprio limite; e l'obbedire alla legge consentita è riaffermazione, non negazione di libertà<sup>44</sup>.

Tale è il significato profondo della dottrina del contratto sociale, che nella sua vera sostanza sta a base della concezione dello Stato legittimo o di diritto.

Seguono da ciò, come corollari immediati o espressioni diverse delle medesimo verità, i principi fondamentali di tutto l'ordinamento giuridico: il principio della sovranità della legge, intesa la legge non come arbitrario comando, ma come sintesi del diritto di tutti o «registro delle nostre medesime volontà» (per ripetere la formula del Rousseau); il principio della eguaglianza di tutti dinanzi alla legge, cioè della eguale subordinazione di ognuno rispetto ad essa; in fine, il principio della «divisione dei poteri»<sup>45</sup>, che tende ancora ad assicurare la supremazia della legge in confronto delle altre attività, giudiziaria e amministrativa, dello Stato.

Ora è agevole scorgere che tutti i concetti fin qui accennati, come propri delle teorie giusnaturalistiche, sono penetrati sostanzialmente nella nostra legislazione positiva. Si può anche notare che la tesi preliminare di quelle teorie, secondo la quale il diritto è inscindibile dalla specie umana in qualsiasi sua maniera di vita, ha avuto piena conferma dalla moderna scienza, pure sotto l'aspetto empirico

<sup>44</sup> Cfr. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, specialm. L. I, Ch. VIII e L. II, Ch. VI. Superfluo ricordare lo svolgimento che cotesto pensiero ebbe poi nel sistema del Kant, non solo rispetto al diritto, ma anche alla morale.

<sup>45</sup> Seguiamo la denominazione comune, e storicamente ormai consacrata, benché con maggiore esattezza (attesa l'essenziale unità del potere pubblico) potrebbe dirsi: distinzione delle attività dello Stato.



e positivo<sup>46</sup>. Variano, per altro entro certi limiti, le specie di azioni umane, alle quali rispettivamente si applicano le qualificazioni di dritto e torto; ma le qualificazioni stesse non possono mai mancare, e ogni controversia tra uomini conviventi deve essere risolvibile *sub specie juris*. Così per la nostra legislazione – già lo accennammo – il postulato che il giudice debba sentenziare in qualsiasi caso, se non secondo una precisa disposizione di legge, sì almeno in virtù dell'analogia, o in fine secondo i principî generali di diritto, è esso stesso un principio generale di diritto. Parimenti, il concetto che l'uomo è giuridicamente persona, non per ciò che appartenga a un determinato consorzio politico, ma perché uomo, è stato accolto come uno dei capisaldi del vigente sistema: che è giunto fino a cancellare la distinzione tra cittadino e straniero per ciò che spetta ai diritti civili (art. 3 C. civ.<sup>47</sup>).

<sup>46</sup> Una fase assolutamente *pregiuridica* dell'umanità, cioè priva di qualsiasi valutazione secondo il diritto, non si è potuta mai ritrovare, per quanto le indagini etnografiche si siano spinte sin presso ai confini della preistoria. Cfr. p. es. WESTERMARCK, *The origin and developpement of the moral ideas*, specialm. vol. I (London, 1906), 124: «We have no knowledge of a savage people without customs.... Various data prove that the lower races have some feeling of justice». Nel medesimo senso si era già espresso lo SPENCER, *The data of Ethics* (6. ed., London, 1890), specialm. § 60, 164: «Though primitive man have no words for either happiness or justice; yet even among them an approach to the conception of justice is traceable», ecc. V. in molteplici dati raccolti dallo stesso SPENCER, *The principles of sociology* (in *Bibl. dell'Economista*, S. III, vol. VIII); dal POST, *Der Ursprung des Rechts* (Oldenburg, 1876), *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entroickelungsgeschichte* (ib., 1884), *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (ib., 1894-95; *Giurisprudenza einologica*, Milano, 1906-08); dal LETOURNEAU (*L'évolution juridique dans les diverses races humaines* (Paris, 1891), ecc.; pur dovendosi fare molte riserve sulle opinioni di questi autori quanto alla natura del diritto in genere. – Nel fatto universale sopra accennato è implicita anche una critica della teoria del materialista storico, o del determinismo economico, che potrebbe, come è noto, ad ammettere la preesistenza di un *assetto economico* della società, in confronto di quello *giuridico*. Le indagini obiettive dimostrano che tale preesistenza non si verifica in alcun caso, né potrebbe verificarsi, poiché l'uno e l'altro assetto hanno del pari condizioni d'indole psicologica, che fanno sì che essi nascano necessariamente ad un tempo.

<sup>47</sup> S'intende che il semplice riconoscimento della personalità giuridica dello straniero non implicherebbe per sé tale piena equiparazione, la quale potrebbe anche essere subordinata a certe condizioni, come quella della residenza e della reciprocità, Cfr. GABBA, *Sistema di diritto civile italiano*, cit., 9 e s.; GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, cit., § 28; FEDOZZI, *Gli insegnamenti della guerra circa il trattamento degli stranieri*, in «*Scientia*», vol. XVIII, A. IX (1915).

Notabile è il fatto che la parola straniero non significa qui soltanto il cittadino d'un altro Stato, ma anche l'«apolide», ossia colui che non appartiene ad alcuno Stato, p. es. avendo perduto la propria cittadinanza d'origine senza acquistarne in pari tempo una nuova. È difficile non isorgere in ciò un effetto della dottrina del *jus naturae*, o, se così piaccia meglio, una conferma della sua intrinseca verità: di quella verità, che già si fece valere per vie indirette, anche quando il suo riconoscimento positivo soggiaceva alle maggiori eccezioni e limitazioni. Non solo la qualità di soggetto di diritto è presupposta dalla nostra legislazione in ogni uomo, come propria naturalmente di esso; non solo è riconosciuta tra gli uomini, in questo senso, una fondamentale eguaglianza; ma la condizione del cittadino rispetto allo Stato è definita in modo da coinvolgere, come principî generali di diritto, quelli che sono appunto i postulati fondamentali della scuola del *jus naturae*. La soggezione dell'individuo al potere pubblico non è invero, nel nostro sistema, incondizionata, ma è determinata rigorosamente dai requisiti della legittimità, del potere stesso. Questo, per effetto di un'*autolimitazione*, che non è se non un necessario riconoscimento di una superiore esigenza della ragione, può esercitarsi solo in forma di legge, o in conformità di una legge: nella universalità di cotesta forma, e nella conseguente parità di tutti rispetto ad essa, è una garentia del diritto naturale di ogni individuo. Che siffatto diritto preesista logicamente, e permanga nell'organizzazione giuridica positiva come suo fulcro e spirito animatore, appare sopra tutto da ciò, che la libertà costituisce sempre la regola, e le restrizioni, al contrario, debbono essere positivamente giustificate; che al cittadino è riconosciuta come immanente la facoltà di non sottostare se non agli ordini ed ai poteri, che siano fondati sopra una legge<sup>48</sup>; mentre la stessa attività legislativa è concepita a sua volta come emanazione o «funzione» di un diritto spettante a tutti i cittadini egualmente<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Il principio sopra accennato della «divisione dei poteri», o distinzione delle attività dello Stato, ha appunto per iscopo di avvalorare questa facoltà, rendendola praticamente esperibile.

<sup>49</sup> Questo concetto ha la sua base positiva, per il diritto nostro, nello Statuto, che non accenna esplicitamente al diritto di suffragio, ma lo comprende tra i «diritti politici», attribuiti «egualmente» a tutti i cittadini (art. 24). La determinazione di quel diritto fu rimessa a un'apposita legge (cfr. art. 39), nella quale il principio della universalità, prima imperfettamente attuato, fu con successive riforme introdotto vie più larga-

6. Si è sostenuto di recente, che ogni sistema giuridico positivo, e così anche il nostro contiene implicitamente, oltre tutte le disposizioni particolari, una norma complementare, diretta ad escludere qualunque limitazione per tutti i casi non particolarmente considerati<sup>50</sup>. Questa norma generale esclusiva avrebbe un carattere interamente *sui generis*, diverso anche da quello dei «principî generali di diritto», almeno come sono intesi comunemente: poiché essa non potrebbe ricavarsi (come si pretende di questi) per via di successive generalizzazioni dalle disposizioni particolari di legge<sup>51</sup>.

È significativo che, sia pure per incidenza e in occasione di una speciale ricerca, si sia giunti così a riconoscere l'insufficienza della dottrina comune intorno ai principî generali di diritto. Senonché, come questa dottrina, così anche quella tesi ci sembra che richieda un'ulteriore disamina.

Non bisogna dimenticare, anzi tutto, che il concetto della giuridica impossibilità di far sottostare il singolo a restrizioni non fondate su leggi non è proprio di qualsivoglia ordinamento giuridico, ma soltanto di alcuni, che, come il nostro, hanno assunto la forma di «Stato di diritto». Tale concetto fu, come notammo, uno dei principî direttivi della scuola dei *jus naturae* o meglio uno dei termini finali dell'evoluzione secolare di essa; i quali apparvero in piena luce quando, pervenuti ormai a un alto grado di elaborazione teoretica, e diventati preponderanti nella coscienza pubblica, entrarono a far parto delle moderne costituzioni degli Stati civili. Il concetto opposto, cioè che l'arbitrio individuale sia limitabile dagli organi dello Stato anche fuori delle forme e dei casi contemplati dalle leggi, non è però soltanto ammissibile come ipotesi, ma si è verificato storicamente; e si può qui anche soggiungere, che un siffatto regime sarebbe in parte ripristinato, qualora prevalesse la novissima tesi del cosiddetto «diritto libero».

Noi consideriamo oggi come particolarmente essenziale che il principio dell'esclusiva autorità della legge, in confronto anche degli

mente. Ma già nel sostanziale riconoscimento della volontà popolare come fattore del potere legislativo sia, giuridicamente e storicamente, il grande significato dello Statuto, nonostante le manchevolezze delle sue formule.

<sup>50</sup> Tale è la tesi di D. DONATI (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., specialm. Cap. II); tesi simile, benché non identica, a quella sostenuta già dallo ZITELMANN (*Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, 19) e da altri.

<sup>51</sup> Cfr. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., 166-171.

organi dello Stato, sia tenuto fermo nel diritto penale; nella quale materia, come è saputo, il legislatore nostro ha escluso perfino la applicabilità dell'analogia<sup>52</sup>. Le massime: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* hanno avuto così, nel nostro diritto, piena e rigorosa attuazione. Ma conviene qui pure tener presente che tali massime furono estranee al diritto antico, e furono propuginate come esigenze razionali in antitesi appunto a sistemi che ammettevano l'irrogazione di pene ad arbitrio dei superiori<sup>53</sup>.

Ciò ci induce ancora a pensare che quel principio non sia, come si è sostenuto, un complemento logico necessario di qualsiasi ordinamento giuridico; bensì un principio sostanziale e concreto, che può essere, o non essere, accolto in un dato sistema, ma che, quando sia

<sup>52</sup> Art. 4 Disposiz. prelim, al C. civ.; cfr. art. 1 C. pen.: «Nessuno è può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

<sup>53</sup> Contrariamente il DONATI, *op. cit.*, 36: «La norma che è esplicitamente dichiarata in quasi tutte le legislazioni penali: nulla poena sine lege, non rappresenta in realtà una norma che esista solo in quanto sia espressa, ma rappresenta il complemento logico necessario di ogni complesso di disposizioni particolari». – Che il diritto romano, ad es., non escludesse l'uso dell'analogia in materia penale, risulta tra altro dal fr. 7 § 3 D. 48, 4: «... tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est». Nello stesso diritto si hanno anche casi di punizioni «extra ordinem» e per retroattività della legge. Ad una pena inflitta senza previa legge accenna p. es. ULPIANO in fr. 1 § 2 D. 1, 4. Cfr. FERBINI, *Diritto penale romano* (Milano, 1899), 32, 39 e s. Simili osservazioni possono farsi anche per l'epoca successiva: nella quale, come nota il CALISSE, «non son tenuti come reati que' fatti soltanto che sono stati in precedenza dichiarati tali dalla legge: ma avviene invece che un fatto, riconosciuto degno di repressione, a questa senz'altro soggiaccia, facendosi, quando occorra, per esso la disposizione punitiva, con efficacia pienamente retroattiva» (CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal sec. VI al XIX*, Firenze, 1865, 3; cfr. 299). La scuola del *jus naturae*, in un primo tempo, sostenne la possibilità di infliggere pene secondo la legge naturale, anche in mancanza di una legge positiva; v. p. es. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, L. VIII, C. III, § 16. Successivamente però la scuola medesima riconobbe il pericolo insito in questa tesi, per ciò che appunto la legge naturale esige che i diritti dell'individuo non siano lasciati in balia degli organi giudiziari ed esecutivi. La previa ed espressa disposizione di legge fu richiesta per tanto dai giusnaturalisti, che prepararono l'avvento del costituzionalismo, come la condizione prima dell'ammissibilità di qualsiasi pena. Questo concetto fu accolto nella legislazione della rivoluzione francese. V. la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), art. 8: «... Nul ne peut être uni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée». Similmente, in genere, le legislazioni posteriori. Non sono mancate tuttavia anche ai tempi nostri proposte (per vero non molto convincenti) di riammettere l'uso dell'analogia nel diritto penale: v. specialm. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., 27 e s.

accolto, non rimane *in margine* ad esso, bensì ne costituisce un elemento intrinseco, che vuol essere armonizzato e temperato cogli altri «principî generali» del sistema medesimo.

Che così sia realmente, ci è confermato se guardiamo più da vicino il sistema nostro. Questo ha, senza dubbio, accolto il concetto, eminentemente giusnaturalistico, che la legge vincola del pari i cittadini e gli organi dello Stato, e costituisce perciò non soltanto un obbligo, bensì anche un limite e quindi una protezione per quelli di fronte a questi. Tale concetto, che dà allo Stato il carattere di «Stato di diritto», e permette in genere di affermare la esclusiva sovranità della legge, non si presenta però sempre in eguale aspetto, né ha lo stesso valore per tutte le specie di rapporti compresi nell'ordinamento giuridico. Poiché esso tende sostanzialmente ad assicurare la libertà del singolo contro i possibili abusi del potere pubblico, è logico che esso sia, come è in fatto, più rigidamente affermato nelle materie, che concernono appunto quella libertà in relazione all'*imperium* dello Stato, come accade tipicamente nelle leggi penali<sup>54</sup>.

Ma eguale applicabilità quel concetto non ha né può avere in altre materie, nelle quali non la semplice libertà politicamente intesa deve essere garantita, bensì dev'essere ritrovata – con tutti i mezzi che l'ordinamento giuridico consente – una giusta correlazione in più voleri individuali, o un dato volere dev'essere valutato nella sua

<sup>54</sup> Per eguale ragione, l'art. 4 delle Disposizioni preliminari stabilisce il divieto dell'applicazione analogica, oltre che per le leggi penali, anche per quelle «che restringono il libero esercizio dei diritti». Poiché ogni legge, in un certo senso, restringe il libero esercizio dei diritti, è chiaro (e l'ha avvertito il DONATI, *op. cit.*, 172) che quella formula non può essere intesa letteralmente (nel qual caso sarebbe da essa soppresso qualsiasi ricorso all'analogia); ma si riferisce effettivamente alle leggi che implicano un'attività del potere amministrativo, e vuole precludere a questo potere il diritto di limitare la libertà dei singoli, fuori dei casi particolarmente considerati dalla legge. Tale interpretazione corrisponde appunto al concetto che veniamo svolgendo nel testo. – Quanto all'ultimo caso di divieto dell'estensione analogica, cioè rispetto alle leggi che «formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi» (art. cit.), esso si riduce a un semplice chiarimento di logica ermeneutica elementare. Nel fissare con una regola un'eccezione ad un'altra regola, il legislatore si è riferito a questa, e non può quindi non avere considerato il limite dell'eccezione medesima; l'andar oltre coll'aggiunta di altre eccezioni sarebbe perciò manifestamente un contravvenire alla precisa volontà del legislatore, espressa nella regola principale. In questo senso, già BACONE aveva osservato: «Exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis» (*De dignitate et augmentis scientiarum*, L. VIII, C. III: *De justitia universalis sive de fontibus juris*, Aph. XVII).

efficacia rispetto ad altri, o un certo rapporto di fatto dev'essere definito, sempre nei riguardi di più soggetti, secondo la sua reale natura. Per problemi siffatti, dei quali la scienza e la pratica del diritto ci offrono innumerevoli esempi, e che costituiscono anzi intiere parti del diritto<sup>55</sup>, quel concetto è per sé insufficiente; e sarebbe a dirittura erroneo se s'intendesse nel senso, che ogni disposizione di legge implichi una negazione, per tutto ciò che non sia compreso nei termini della disposizione medesima. L'adagio: «*Lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*» è stato riconosciuto infido e pericoloso nella sua generalità dagli stessi pratici del diritto, e nessun interprete fonderebbe ormai sovr'esso soltanto una qualsiasi dimostrazione; tanto meno esso potrebbe assumersi a canone universale per interpretare il significato di tutto l'ordinamento giuridico.

Dove non si tratti di stabilire il limite del diritto individuale in confronto al potere pubblico, la legge medesima, pur rimanendo inviolabile, ammette di dover essere superata o meglio integrata, col ricorso non solo all'analogia, ma anche ai principî generali del diritto; tra i quali ha il primo luogo quello che afferma il rispetto dovuto alla libertà, come espressione del valore assoluto della personalità umana. Ora si noti che, fuori del rapporto accennato, lo stesso principio della tutela della libertà assume un senso diverso e assai più complesso: non soltanto negativo o esclusivo, ma anche, se così possiamo dire, plastico o costruttivo. Al lume di esso, anche là ove difettino precise disposizioni di legge, la personalità umana deve poter essere seguita in tutte le concrete sue esplicazioni, con riguardo alle possibili interferenze tra soggetto e soggetto, per segnare la coordinazione corrispondente; nel che ha eziandio applicazione quel criterio dell'eguaglianza, che è pure, come vedemmo, un principio generale di diritto. Nello stabilire siffatta coordinazione intersubiettiva è perfettamente ammissibile che si determinino anche vere e proprie limitazioni dell'arbitrio individuale, non espresse nella legge, e tuttavia giuridicamente valide, perché appunto fondate nei principî generali cui la legge si riferisce.

<sup>55</sup> Ci riferiamo, come s'intende, ai rapporti tipici del diritto privato, prescindendo dagli elementi di carattere pubblico, che essi pure contengono («*Jus privatum sub tutela juris publici latet*»; BACONE, 1. cit., Aph. III). Ma non intendiamo di trattare qui per incidenza il problema della distinzione del diritto in pubblico e privato, che attende ancora una vera elaborazione filosofica.

Consideriamo un qualsiasi caso concreto. Nessuna disposizione di legge nel diritto nostro vieta, per esempio, a un pittore o a un fotografo di ritrarre l'immagine di chicchessia, ed anche di divulgarla; né un tale divieto potrebbe ricavarsi da altre disposizioni per mezzo di analogia. Se fosse vero il criterio sopra citato, per il quale in tutti i casi non contemplati dalla legge la soluzione giuridica consisterebbe nell'*escludere qualunque limitazione*, la detta attività dovrebbe dunque giudicarsi compresa senza alcun limite nella sfera del diritto individuale. Ma il più generale e vero principio, che abbraccia, non solo negativamente, l'essenza della personalità umana, quel principio che è il grande sottinteso del nostro sistema giuridico, obbliga ad un esame più profondo e, vorremmo dire, più sostanziale dell'accennato rapporto. Alla volontà dell'artista di ritrarre e di divulgare l'immagine altrui deve pure paragonarsi la volontà di colui, cui può non piacere la divulgazione delle proprie sembianze. Il giurista non può dunque appagarsi di riconoscere la mancanza di una legge in tale materia; dal che consegue soltanto l'inammissibilità di una restrizione d'ordine pubblico, per es. di natura penale. Il giurista deve ancora trovare una soluzione che segni il limite nel contrasto degli opposti voleri. Né ciò può fare altrimenti che risalendo al principio generale del rispetto della personalità umana, e ponendo in relazione con esso quella particolare estrinsecazione della personalità che consiste nella fisionomia propria di ciascuno. Sorge di qui la figura giuridica del «diritto sulla propria immagine» che si viene elaborando dai nostri giuristi, non senza pratiche applicazioni<sup>56</sup>, e che suppone un fondamento di ragione nel diritto nostro, oltre gli espressi termini della legge.

S'intende che, pure in questo caso, l'affermazione del rispetto della personalità non può disgiungersi da quella dell'altro principio

<sup>56</sup> V., sulle varie questioni in tale argomento: FADDA e BENZA, *op. cit.*, vol. I, 654 e ss.; KOHLER, *Das Eigenbild im Recht* (Berlin, 1903); RICCA-BARBERIS, *Il diritto alla propria figura* (in *Riv. di dir. commerciale*, A. I, 1903, fasc. III; e *ib.*, A. II, fasc. VI); *Id.*, *Sul contenuto del diritto a nome e del diritto all'immagine* (estr. dalla «Corte d'Appello», Napoli 1905); L. FERRARA, *Intorno al diritto sulla propria immagine* (in *Giurisprudenza ital.*, vol. LV, 1903, P. IV, P. 279 e ss.); PIOLA-CASELLI (in *Foro ital.*, vol. XXIX, 1904, P. I, 633 e ss.); BELOTTI (in *Giurisprudenza ital.*, vol. LVII, 1905, P. I, sez. II, 231 e ss.); DUSI, *Cenni intorno al diritto alla propria immagine dal punto di vista sistematico e legislativo* (in *Studi Senesi - Scritti in onore di L. Moriani*, vol. II, Torino, 1906, 209 e ss.); F. FERRARA, *Trattato di diritto civile ital.*, cit., 408 e ss.; ecc.

logicamente complementare, che esige la coordinazione dei soggetti giuridicamente eguali in un regime di possibile convivenza. Così, anche per ciò che spetta alla propria immagine, deve essere tollerata da ognuno quella ragionevole ed equa comunicazione con altri, che non vulnera l'essenza stessa della persona, anzi la riafferma nella sua natura sociale. Una proibizione assoluta di ogni percezione e rappresentazione visiva o grafica sarebbe concepibile solo se il soggetto volesse, e potesse, vivere in uno stato di solitudine altrettanto assoluta; laddove la reale sua partecipazione a concrete e molteplici relazioni di convivenza implica già, di fatto, un consenso a quelle comunicazioni ed irradiazioni obiettive della persona, che ne sono la naturale e logica conseguenza. Fino a che punto, pertanto, e sotto quali condizioni possa farsi valere il «diritto sulla propria immagine», che spetta in massima a ogni soggetto; e quali siano, inversamente, i limiti del «lecito giuridico» di ciascuno nel conoscere, ritrarre e comunicare le altrui sembianze, può stabilirsi solo avendo riguardo, oltre che ai principî fondamentali testé accennati, a tutte le circostanze, che concorrono a determinare in concreto i singoli casi. Ma qui non accade di addentrarci in tale disamina; ci basti l'aver accennato, a modo di esempio, che anche in siffatta materia i capisaldi debbono essere dati dai principî generali del diritto, quantunque legislativamente non formulati.

7. Dal principio del rispetto dovuto alla personalità umana – principio giusnaturalistico, che il nostro sistema ha accettato pur senza farne espressa menzione – seguono parimente altri diritti, anch'essi non formulati e nondimeno efficaci nell'ordine positivo. Non conviene dissimulare che tutta cotesta parte del sistema giuridico, benché di primaria importanza, è stata fin qui lasciata al quanto nell'ombra, come dalla legislazione civile, così anche dalla dottrina che ad essa fa capo<sup>57</sup>. Elementi preziosi offrirebbero tuttavia, anche per

<sup>57</sup> Questo difetto di elaborazione scientifica non si nota solo fra noi: v. per es. le osservazioni del GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin, 1889), 34 e s.; cfr. anche KOHLER, *Das Eigenbild im Recht*, cit., 5: «Man sollte es für kaum glaublich halten, dass das erste und beiligste Recht, das Recht an der Persönlichkeit, bis in die neuere Zeit der Anerkennung der Wissenschaft des bürgerlichen Recht entbehrte». – E manifesta la sproporzione che esiste nel nostro Codice Civile (come in genere nelle codificazioni moderne) tra la parte grandissima dedicata alla proprietà e quella, oltremodo scarsa, che concerne i beni non patrimoniali, quali sono i diritti essenziali della persona.



ciò, gl'insegnamenti della scuola del *jus naturae*, e ad essi sarebbe, non che lecito, doveroso ispirarsi per integrare la manchevole lettera della legge.

Del tutto oscura è, per esempio, nella nostra legislazione la nozione del diritto sul proprio corpo, il quale diritto è riconosciuto e protetto solo indirettamente, per mezzo delle guarentigie generali d'ordine pubblico, delle leggi penali che concernono i «*delitti contro la persona*», e in fine della legge civile che impone il risarcimento del danno in conseguenza di ogni fatto colposo. L'insufficienza di un tale riconoscimento generico e indiretto, sì per i fini scientifici come per la risoluzione dei casi pratici, è resa manifesta da ciò, che ancora da molti si nega l'esistenza di un diritto sul proprio corpo, mentre fra coloro medesimi che l'ammettono sono vivi i dissensi sulla natura e sulle conseguenze di esso.

A noi non par dubbio che – salva sempre la distinzione tra il diritto fondamentale della personalità e questa sua determinata estrinsecazione – ogni uomo, in quanto libero e non schiavo, ha una *potestas in se ipsum*, come insegnava già il Wolf<sup>58</sup>, indi anche un *jus in actiones suas*<sup>59</sup>, vale a dire un diritto alla libera esplicazione della sua attività fisica, in confronto di chicchessia<sup>60</sup>. Questo diritto di signoria sul proprio essere fisico e sulle energie insite in esso appartiene alla categoria dei diritti assoluti (*erga omnes*); ma trova i suoi limiti razionali, oltreché nell'ordine giuridico in generale, nella qualità specifica del suo obietto, che esclude una disponibilità identica a quella che il

Cotesta sproporzione (non corretta se non per alcuni punti con successive leggi speciali) può essere rilevata indipendentemente da quei particolari intenti politici, che ispirarono per es. le critiche del MENER (Il *diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894) e d'altri.

<sup>58</sup> WOLF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, P. I, § 135.

<sup>59</sup> *Ibid.*, § 137; cfr. § 138.

<sup>60</sup> Di qui il «diritto di lavoro» (o «diritto alla libertà di lavoro»), da non confondersi col preteso «diritto al lavoro», in quanto il primo significa la legittima pretesione, fondata sulla naturale libertà di ciascuno, di non esser turbato nel volontario esercizio della propria attività produttiva, mentre il secondo esprime un'esigenza che altri procacci i mezzi e il compenso per cotesto esercizio; cosa che non può dedursi dalla pura ragione. – Cfr., su questo preteso diritto, SINGER, *Das Recht auf Arbeit in geschichtlicher Darstellung* (Jena, 1895); GARNIER, *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale* (Paris, 1840); RITCHIE, *Natural Rights* (London, 1903), 230 e s.; W. JETHRO BROWN, *The underlying principles of modern legislation* (London, 1917), 255 e ss.

*dominus* ha sulle cose esterne<sup>61</sup>. L'immediatezza e intimità della relazione che lega la persona alle membra sue eleva bensì infinitamente il valore di questo oggetto, ma lo pone per ciò stesso *extra commercium*, ossia lo rende non alienabile, e gli toglie quel carattere patrimoniale, che contraddistingue le cose che sono oggetto di proprietà.

Adunque, né può il corpo confondersi col soggetto stesso del diritto, nel qual caso, come fu molte volte osservato, non potrebbe concepirsi un diritto sopra di esso; né può, all'incontro, equipararsi in tutto alle cose esterne, per la sua speciale natura, che si riflette necessariamente anche nel diritto. Il tentativo di spiegare il diritto sul proprio corpo riducendolo al diritto di proprietà si fonda, del resto, su un'illusione: cioè sull'ingenua credenza che il rapporto tra il proprietario e la cosa sua sia qualche cosa di più semplice, e per se stesso evidente, che non quell'altro rapporto, per il quale ognuno di noi si sente naturalmente signore del proprio corpo. Il vero è, al contrario, che noi possiamo spiegarci l'intima essenza del diritto di proprietà solo per una sorta di analogia, modellata su quella prima e naturale certezza, dell'appartenenza immediata del nostro corpo a noi stessi; tanto che non sapremmo meglio chiarire il concetto di proprietà, che definendola come un tale rapporto tra una persona e una cosa, per il quale altri non può di suo arbitrio agire su quella cosa senza ledere la persona<sup>62</sup>.

Se però la dogmatica giuridica, trascurando la costruzione del diritto sul proprio corpo, ha dedicato al diritto di proprietà un'attenzione di gran lunga preponderante, ciò non è avvenuto soltanto per la maggiore complessità dei rapporti ai quali la proprietà dà

<sup>61</sup> La nota sentenza di ULPIANO, che nega appunto la *proprietà* del corpo («*Dominus membrorum suorum nemo videtur*», fr. 13 D. IX, 2), non deve però intendersi come negazione di un qualsiasi diritto su questo oggetto. Anche il WOLF, del resto, riferendosi ai doveri che limitano l'uso del proprio corpo, esclude che l'uomo abbia su di esso un vero e proprio *dominium* (*op. cit.*, §§ 351 e ss.). Egli mira con ciò specialmente a provare l'illegittimità del suicidio; nel qual proposito appare per altro la debolezza del suo criterio di distinzione tra diritto e morale.

<sup>62</sup> V., per questo concetto, KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, I Th., I Hauptst., § 1 (2. Aufl., 55); cfr. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- u. öff. Recht* (Halle, 1797-98), I Th., 179 e ss. – Analogamente, non si chiarirebbe punto il rapporto tra l'uomo e le sue azioni ricorrendo al principio della causalità; poiché questo stesso principio, applicabile al mondo esterno, si concepisce appunto in grazia di quell'altro nesso, primo e più intimo ed immediato, che lega l'uomo alle azioni sue.

luogo in ragione delle sue varie specie e dei suoi vari modi d'acquisto e di trasmissione; ma anche per la tendenza consueta del nostro spirito a obliare i propri principî nel riguardarne le conseguenze e derivazioni. Anche nelle materie giuridiche, come in ogni parte dello scibile, spetta però alla riflessione critica e filosofica questo ufficio, di rivendicare e mettere in luce i presupposti e i principî anche sottintesi, che facilmente scompaiono sotto il peso delle sovrastrutture del mondo empirico, e sembrano talvolta quasi perduti. Tale lavoro non risponde soltanto a un'esigenza astrattamente teoretica, che diremmo di giustizia conoscitiva; ma è necessario per assicurare le direttive occorrenti anche per gli argomenti particolari e i problemi pratici; dove di tratto in tratto, e quando meno si pensa, si rivela imperiosamente l'urgenza di risalire a una nozione o a un principio di carattere generale, per sciogliere un certo nodo o interpretare la natura essenziale di un certo fatto. Così vedemmo, ad esempio, i giuristi anche men proclivi alle indagini metafisiche obbligati ad approfondire il concetto di «cosa» per risolvere se sia o no possibile il furto di energia elettrica. E, per tornare al nostro argomento, la questione della validità delle disposizioni concernenti il proprio cadavere, ed altri somiglianti, hanno costretto i giuristi a risalire al concetto del diritto sul proprio corpo; che però, nel silenzio della legge, non può fondarsi altrimenti che in un principio generale.

Analoghi esempi potremmo trarre da altri diritti, che sono altrettante estrinsecazioni del diritto fondamentale della persona. Questa non è protetta dal diritto soltanto nella sua materiale esistenza, ma anche nel suo essere spirituale; poiché effettivamente il diritto adegua nella sua intrinseca realtà l'umana natura, dalla quale procede. Non meno che l'integrità corporale, è oggetto di un naturale diritto l'integrità morale della persona; non meno che l'attività fisica, l'attività del pensiero. Accanto al «diritto sul proprio corpo», e «diritto alla libertà di lavoro», vediamo sorgere pertanto, anche nell'ordine positivo, il «diritto all'onore» e il «diritto alla libertà di pensiero». Al «diritto sulla propria immagine», del quale dicemmo testé, fa riscontro in un certo senso il «diritto al nome» ambedue privi di apposite norme legislative, ma non perciò men forniti di consistenza giuridica e di effettiva validità nel nostro sistema. Il diritto al nome si connette pur esso coll'esigenza fondamentale del rispetto della personalità di ciascuno; la quale esigenza sarebbe appunto violata, qua-

lora altri si attribuisse arbitrariamente quei segni che, come il nome, lo stemma e simili, contraddistinguono la nostra individualità. Non diverso fondamento ha altresì la figura del «diritto sulle opere dell'ingegno», o «diritto d'autore»: che, in quanto comprende la reale disponibilità del prodotto, quasi staccato dalla persona, si risolve bensì in una sorta di proprietà (la cosiddetta proprietà immateriale), ma ha pure, nella radice, un elemento personalissimo, onde si avvicina piuttosto al diritto al nome e agli altri analoghi.

Si avverta poi che, anche fuori di coteste dirette estrinsecazioni, il concetto del valore assoluto della persona si manifesta in tutto il diritto, riflettendosi pure in disposizioni particolari, da esso apparentemente remote. Quello che anticamente si disse «*favor libertatis*» con riguardo ad uno speciale ordine di rapporti, si può intendere più latamente come un principio che vale per tutto il sistema giuridico, e lo penetra in ogni parte. Per quanto numerosi, i vincoli giuridici, dai quali l'individuo può essere stretto, la sua immunità da vincoli, come regola, si presume». Nel dubbio, le pattuizioni debbono interpretarsi nel senso meno gravoso per l'obbligato (art. 1137 C. civ.). L'integrità morale è presupposta in ciascuno, come fondamento dell'obbligo reciproco del rispetto: «*Quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium*». «*In dubio, pro reo*». Considerata la proprietà come esplicazione del potere naturale della persona, anch'essa si presume esente da pesi; e ciò si osserva specialmente in materia di servitù: «*Quodlibet praedium praesumitur esse a servitute liberumt usque dum probetur contrarium*». Dove esistono oneri reali, specialmente se con carattere di perpetuità, si tende a ridurli al minimo o a favorirne l'affrancazione: così, per es., è riservata all'enfiteuta la facoltà inderogabile di redimere dal canone il fondo enfiteutico (ari. 1564 C. civ.). Attraverso la libertà dei fondi, si favorisce e tutela, qui pure, quella delle persone.

8. La difficoltà di seguire rettamente il detto principio si sperimenta sopra tutto in una sua applicazione» che ne sembra piuttosto, al primo aspetto, una negazione: cioè la «libertà di obbligarsi». Nessun dubbio che questa libertà deriva logicamente dal potere che ogni individuo ha sopra di sé, ed è, anzi, una delle supreme espressioni di tal potere; ma è chiaro altresì che il suo esercizio, in quanto appunto sia giuridicamente valido ed efficace, ha per conseguenza una restri-

zione dell'arbitrio dell'individuo. La soluzione di questa antinomia fu indicata già dalle teorie giusnaturalistiche, per vero non nelle loro fasi iniziali, bensì in quelle filosoficamente più progredite. L'ammettere, come si tentò pure da qualche autore, che i patti per diritto naturale siano efficaci solo fino a che duri la volontà o l'interesse di mantenerli<sup>63</sup>, salva bensì, in apparenza, la libertà empiricamente intesa, ma equivale manifestamente a negare l'obiettiva validità dei patti medesimi, e conduce quindi, in ultima analisi, a spogliare la personalità umana di uno dei suoi diritti più elevati e socialmente più produttivi. D'altra parte, l'ammettere (come si è parimenti tentato, in ossequio allo stesso concetto empirico della libertà) che ogni individuo possa di suo moto contrarre qualsiasi vincolo, e disporre senza alcun limite non solo delle cose esteriori che gli appartengono, ma anche dei diritti essenziali della persona<sup>64</sup>, significa disconoscere la caratteristica propria di questi diritti, ponendoli in balia dell'arbitrio, laddove essi si fondano soltanto sulla natura umana, dalla quale non possono separarsi. L'una e l'altra dottrina, fra loro antitetiche, terminano così rinnegando di fatto quello stesso principio della natural libertà, che pure vorrebbero sostenere nel modo più rigoroso.

La correzione dell'errore comune alle due opposte dottrine, e la sintesi superiore della parte di vero che in esse si cela, sta in quel concetto della *volontà razionale*, che è bensì nell'apparenza più angusto del mero e indistinto arbitrio, ma ha una consistenza di gran lunga maggiore, poiché corrisponde alle radici stesse del nostro essere. Non ogni atto del volere empirico può invero servire di fondamento ad un patto; che anzi, essendo la volontà umana «*ambulatoria usque ad vitae supremum exitum*»<sup>65</sup>, essa, empiricamente considerata, si esaurisce di volta in volta nel proprio oggetto, e non giunge a costituire per se stessa una legge. La virtù obbligatoria, ossia la capacità di costituire una legge, deriva alla volontà da quel ripiegamento sopra di sé, che si compie per mezzo della ragione, e che permette alla

<sup>63</sup> «Nemo contrahit, nec pactis stare tenetur, nisi spe alicuius boni, vel sollicitudine alicuius mali: quod fundamentum si tollatur, pactum ex sese tollitur» (SPINOZA, *Tract. theol. polit.*, C. XVI). – Cfr. HOBBS, *De cive*, C. II, § XI.

<sup>64</sup> V. p. es. l'argomentazione di GROZIO: «Licet homini cuique se in privatam servitutem cui velit addicere», ecc. (*De jure belli ac pacis*, L. I, C. III, § VIII, 1). Cfr. la confutazione fattane dal ROUSSEAU, *Du Contract social*, L. I, Ch. IV.

<sup>65</sup> ULPIANO, fr. 4 D. XXXIV, 4.

volontà stessa di affermarsi come espressione di carattere assoluto (o *noumenico*) della persona. Solo quando sia superato in tal guisa l'ordine empirico, gli atti futuri possono essere dominati dalla deliberazione presente. Quindi è che non ogni essere vivente, quantunque fornito di volontà in lato senso, può obbligarsi validamente, ma solo un essere ragionevole; e la ragionevolezza deve qui riscontrarsi in atto, e non in mera potenza. Si richiede, pertanto, una personalità sviluppata e pervenuta a pienezza di consapevole riflessione, immune da impedimenti estrinseci o intrinseci, che ne turbino comechessia la facoltà di elezione o il proprio uso del raziocinio.

Oltre che questo requisito *a parte subjecti*, è necessario considerare anche un altro *a parte objecti*, che si connette del resto, col primo. Non su ogni oggetto si può contrarre, pur volendo, una obbligazione, ma solo su ciò che non leda il carattere assoluto della persona, sia nel soggetto medesimo che si obbliga, sia in altri. Il contenuto dell'obbligazione volontariamente assunta non può essere in contrasto coi fondamenti dell'ordine giuridico in generale, incardinato appunto sulla tutela dei fini propri della natura umana.

La capacità di obbligarsi non sussiste dunque *sic et simpliciter*, bensì subordinatamente a cotesti limiti, subiettivi e obietivi, l'osservanza dei quali fa sì che l'atto di colui che si vincola sia esplicazione e non negazione di libertà. In questo senso si può asserire che la validità dei patti liberamente consentiti è un principio generale di diritto; né solo del diritto privato (cfr. art. 1123 C. civ.), ma anche del pubblico, e sì nei rapporti del diritto interno, come in quelli internazionali. Non è da dissimulare per altro che, pure ammesso e definito teoricamente questo principio, permangono difficoltà non lievi nell'applicarlo alle diverse materie e ai diversi casi. Talvolta (p. es. in argomento di patti costituzionali) sorgono incertezze sulla natura e sulla continuità giuridica del soggetto che avrebbe assunto l'obbligazione; tal'altra (specialmente rispetto ai trattati internazionali) l'interpretazione della volontà di obbligarsi apre l'adito a gravi dispute, in quanto che questa volontà si presume da molti tacitamente subordinata alla persistenza di certe condizioni di fatto, cadute le quali, la stessa obbligazione cadrebbe (clausola *rebus sic stantibus*): argomento pericoloso, del quale è troppo facile l'abusare, e che, abusato, conduce direttamente all'abolizione della validità di qualsiasi patto. Ma, quando pure la sussistenza e il contenuto del patto non siano

dubbi, altre difficoltà posson sorgere nell'accertarne la validità in relazione ai requisiti sopra accennati. Per citar solo un esempio: è certo che, per diritto naturale come per la nostra legislazione, sarebbe nullo un patto di dedizione in servitù, che pur si ammetteva in diritto barbarico<sup>66</sup>; e giustamente, secondo lo stesso concetto, il nostro Codice Civile ha sancito la nullità del patto col quale alcuno obblighi la propria opera all'altrui servizio altrimenti che a tempo o per una determinata impresa (art. 1628). Ma *quid juris* nel caso che alcuno si obblighi, poniamo, a non esercitare una certa attività o professione per qualche tempo e in un dato luogo, o anche in qualsiasi luogo e per tutta la vita? La questione è sorta in concreto, come si sa, per le cosiddette «clausole di concorrenza»; e autorevolmente si è sostenuta l'invalidità di coteste clausole, appunto in virtù del principio generale di diritto, che rende inalienabile la libertà dell'essere umano. Senonché questa libertà comprende anche, come vedemmo, la libertà di obbligarsi; e il problema risorge allora sostanzialmente come problema di limiti, poiché non v'ha dubbio che un obbligo di non fare è, in massima, tanto valido quanto uno di fare, e altrettanto compatibile col principio della essenziale libertà del soggetto. Occorre bensì esaminare se la restrizione apportata da quelle clausole all'attività produttiva non sia tale, da sopprimere nel soggetto la possibilità di esplicare la sua natura e di affermare col lavoro la sua personalità; nel qual caso la nullità del patto dovrebbe essere pronunciata. Tale esame deve di necessità farsi caso per caso; ma, in genere, si riconoscerà inammissibile un vincolo che si estenda oltre un certo spazio ed un certo tempo, e comprenda più che una parte relativamente ristretta della possibile attività del soggetto.

Né potremmo ragionevolmente dolerci della troppa generalità di tali criteri; poiché è nell'indole propria dei principî giuridici di segnare soltanto le direttive concettuali, lasciando all'opera dell'interprete, in confronto alle varie particolarità dei singoli casi, l'adattamento definitivo e concreto. Solo un'erronea concezione della Giurisprudenza potrebbe volere nei suoi criteri quella meccanica rigidità, che convertirebbe il giudice in un automa, e del *summum jus*, secondo l'antico adagio, farebbe una *summa injuria*. Da una apparente maggior determinatezza di essi criteri deriverebbe, non già una

<sup>66</sup> Cfr. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, vol. III (Firenze, 1891), 14 e s.

più perfetta loro corrispondenza con tutte le fattispecie, ma una maggiore difficoltà di seguirne lo spirito, in relazione alla realtà sempre nuova e sempre diversa. L'organismo giuridico si rinnova, ossia vive, appunto per il fecondo contatto tra la generalità dei principî razionali e gl'innumerevoli dati dell'empiria. Se quelli sarebbero vuoti senza di questi, all'incontro questi sarebbero ciechi senza di quelli; ed è perciò tanto dannoso alla teoria il disdegno della materia dell'esperienza, quanto alla pratica il disdegno di quei principî che, nonostante il loro carattere generale, o piuttosto in grazia di esso, servono di scorta e di lume nelle ambagi della molteplice realtà.

9. Poche considerazioni ci sia concesso di aggiungere, per raccogliere le fila del già troppo lungo discorso.

La scuola del diritto naturale ha inteso e intende essenzialmente di sostenere la non arbitrarietà del diritto, ossia l'esistenza di un necessario rapporto tra la sostanza intrinseca delle cose e le rispettive regole di diritto. Anche il principio, sul quale specialmente ci siamo soffermati, del diritto innato e assoluto della persona risponde a questo intendimento fondamentale: poiché con esso si afferma appunto che la reale natura dell'uomo implica un elemento di trascendenza, una insopprimibile, e perciò inalienabile, facoltà di superare l'ordine fenomenico e di ritrovare in sé la sua determinazione: in una parola, l'autonomia. Il diritto non può non riconoscere questo «fatto», né rifiutarsi di trarlo alle conseguenti sue applicazioni.

Secondo lo stesso criterio metodologico, è aperto l'adito alla ricerca del diritto corrispondente a ogni specie di realtà, in quanto involga relazioni tra persona e persona. Tale ricerca, che si compie per mezzo della ragione («*ex ratiocinatione animi tranquilli*» come diceva il Tomasio<sup>67</sup>), ha però il suo ovvio termine di riscontro nelle norme giuridiche positive, le quali rappresentano già, nel fatto, un tentativo di soluzione dello stesso problema. In molti casi, e segnatamente quando si tratta di riconoscere necessità puramente logiche o esigenze immediate del nostro essere, i dettami del *jus naturae* o della *naturalis ratio* si discoprono, a un tempo, come elementi del diritto positivo, e precisamente come il sostrato di esso, che si conserva e tramanda attraverso le sue mutazioni. Che, per esempio, nessuno

<sup>67</sup> THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, L. I, C. V, § 29.



possa trasferire ad altri più diritto di quel che abbia egli stesso<sup>68</sup>; che alla forza sia lecito opporre la forza, e però contro l'aggressione ognuno abbia facoltà di difendersi<sup>69</sup>; che in ogni cosa i vantaggi debbano appartenere a colui cui appartengono gli svantaggi<sup>70</sup>; che nessuno possa arricchirsi indebitamente a danno di altri<sup>71</sup>; questi e altrettali criteri, desunti dalla ragione giuridica naturale, e in tal senso affermati già dai giuristi romani, denotano pure principî informativi delle leggi vigenti, sia che queste li formulino espressamente, sia che li presuppongano come massime implicite o sottintese, tolte le quali molte disposizioni particolari perderebbero il loro senso.

La necessità di ricorrere a siffatti criteri, e in genere alla ragion giuridica naturale, è mantenuta viva dall'inevitabile incompiutezza d'ogni diritto positivo; tanto che da un tale ricorso non si potrebbe prescindere, se anche mancasse, come manca in altre legislazioni (ad es. nel Codice Napoleone e nel Codice civile germanico) un formale richiamo, quale ci è offerto dall'art. 3 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile. Quella fondamentale esigenza, che ispira le teorie giusnaturalistiche, e che si appella in lato senso *equità* – considerare tutti gli elementi della realtà, per determinare l'equilibrio o la proporzione corrispondente nei rapporti tra persona e persona – non può essere ripudiata dalla positiva legislazione; la quale, dopo aver cercato di sopperire essa stessa, alla sua maniera, a tale esigenza, deve pur ammettere in fine che essa si faccia valere direttamente, attraverso la sola coscienza del giudice, in tutti i casi non contemplati da precise disposizioni, né risolubili almeno analogicamente per loro mezzo. Notevole è che, in determinate materie, lo stesso legislatore deliberatamente si astiene dal fissare una norma, confessando di rimettersi a quel criterio di ragion naturale, che è presupposto come fondamento intrinseco del diritto. Un esempio di ciò ci offre l'art. 463 del Codice Civile, che dichiara: «Il diritto d'accessione, quando

<sup>68</sup> «Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet» (ULPIANO, fr. 54 D. L, 17).

<sup>69</sup> «Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur» (ULPIANO, fr. 1 § 27 D. XLIII, 16). – «Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere» (GAIO, fr. 4 pr. D. IX, 2).

<sup>70</sup> «Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda» (PAOLO, fr. 10 D. L, 17).

<sup>71</sup> «Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore» (POMPONIO, fr. 206 D. L, 17).

ha per oggetto cose mobili appartenenti a diversi proprietari, è regolato dai principî dell'equità naturale». Simili richiami si contengono ancora, come è noto, in molti altri casi, sia nello stesso Codice (v. specialmente gli art. 578, 1124, 1652, 1718), sia in altre leggi. Né vale, a diminuirne il significato, il dire che in tutti cotesti casi il più lato potere del giudice deriva dalla volontà del legislatore; poiché la stessa osservazione può farsi anche rispetto all'art. 3 delle Disposizioni preliminari; e ciò prova soltanto che il legislatore ha avuto coscienza della necessaria manchevolezza delle sue determinazioni, ossia dei limiti propri della positività del diritto, in confronto all'inesauribile suo germinare dalla natura.

Ma l'integrazione delle norme legislative non è sempre egualmente agevole, perché non sempre il diritto positivo si muove nelle direttive segnate dalla ragione giuridica naturale, così da porsi con questa in un semplice rapporto di specie a genere, o di conseguenza a premessa (per *determinazione* o per *conclusione*, secondo il linguaggio tomistico<sup>72</sup>). Le norme positivamente sancite possono anche non corrispondere in tutto ai principî desunti dalla ragione, e contraddire ad essi per qualche parte, o modificarli o restringerli in varia guisa. Ove si verifichi un tale contrasto, non è dubbio che nel ricostruire il sistema giuridico positivo, e in ispecie nell'applicarlo giudizialmente, l'interprete deve attenersi alle leggi così come sono, e non quali secondo i puri principî dovrebbero essere. Un diverso metodo condurrebbe inevitabilmente ad infrangere l'unità del sistema, confondendo a ogni tratto il *jus conditum* col *condendum* la funzione del giudice con quella del legislatore, e togliendo, quindi, al diritto positivo quella certezza che ad esso, in quanto tale, non può non appartenere<sup>73</sup>. Gli stessi giuristi romani, quantunque non intendessero collo stesso nostro rigore la distinzione tra la funzione legislativa e la giudiziaria, ebbero, in fondo, questo concetto; e all'occasione seppero ben dichiarare: «*Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta*

<sup>72</sup> «A lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium», ecc. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Teol.*, 1<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>, Quaest. 95, Art. 2. Sulle possibili deviazioni della legge positiva dalla naturale, e sulla obbligatorietà delle leggi ingiuste, cfr. *ib.*, Quaest. 96, Art. 4.

<sup>73</sup> «Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit». BACONE, *op. cit.*, Aph. VIII. - Cfr. sopra, 12 e s.

*est*»<sup>74</sup>. Così, ad esempio, il sapere che per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi e uguali – «*quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt*»<sup>75</sup> – non impedì alla romana giurisprudenza di riconoscere, nell'ordine positivo, la distinzione «*contra naturam*» tra liberi e schiavi, e di elaborare tecnicamente l'istituto della schiavitù.

Ciò non significa tuttavia che, anche in casi siffatti, i principî del diritto naturale rimangano senza verun effetto nell'ordine positivo. Essi, ove siano rettamente dedotti dalla ragione, rispondono a un'intima realtà, che può restare latente sotto l'involucro di formule o meccanismi fattizi, ma è però eternamente viva e operosa. Una illustrazione perspicua di ciò ci offre lo stesso esempio testé citato: chi non sa che la personalità giuridica dello schiavo ebbe nel diritto romano un riconoscimento parziale e indiretto, ma tanto più significativo in confronto della sua dogmatica negazione? Non solo si ammise che lo schiavo potesse far voti e partecipare ai *collegia funeraticia*, ed in somma si riconobbe la sua personalità nei diritto sacro; non solo furono giuridicamente considerati anche tra gli schiavi i legami di sangue, in quanto potessero derivarne impedimenti alle nozze pur dopo l'avvenuta manomissione; ma si riconobbe che lo schiavo era di fatto (*naturaliter*) capace di dichiarare una volontà, e perciò di compiere negozi giuridici, di obbligarsi e di acquistare diritti; onde la possibilità di relazioni di dare e avere tra lo schiavo e il padrone, e perfino la possibilità per lo schiavo di acquistare la libertà, pagandone egli medesimo il prezzo col suo *peculio* («*suis nummis*»<sup>76</sup>). Così, nell'aperto dissidio fra il diritto naturale ed il positivo, vediamo questo accettare temperamenti, che preludono storicamente al trionfo di quello.

Ma, prescindendo pure dai casi estremi di antitesi sostanziali, che non possono essere frequenti in ispecie nei regimi più progrediti, v'ha nondimeno un motivo di discrepanza pressoché inabolibile tra i

<sup>74</sup> ULPIANO, fr. 12 § 1 D. XL, 9.

<sup>75</sup> ULPIANO, fr. 32 D. L, 17; cfr. fr. 4 D. I, 1 (ID.); fr. 4 § 1 D. I, 5 (FIORENTINO); fr. 64 D. XII, 6 (TRIFONINO); fr. 2 D. XL, 11 (MARCIANO); § 2 Inst. I, 3.

<sup>76</sup> Ciò mentre teoricamente il padrone avrebbe potuto trattenere insieme schiavo e peculio. Cfr. FERRINI, *op. cit.*, §§ 42-45; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (5<sup>a</sup> ed., Milano, 1912), 40. Non a torto pertanto il JHERING sintetizzava l'istituto della schiavitù con queste parole: «Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Person in sich barg und schützte» (*Geist des römischen Rechts*, cit., II Th., I Abth., § 32, 170).

principi del diritto naturale e le norme giuridiche positive: per ciò che queste tendono a fissarsi in formule rigide, atte a rappresentare schematicamente o per medie la realtà mentre quelli hanno riguardo direttamente alla realtà stessa, ed esprimono le esigenze attuali che scaturiscono dall'intima natura di ogni rapporto. Il legislatore (l'osservava già bene lo Scialoja) non può rinunciare a quell'«organismo di presunzioni, finzioni e formalità propriamente dette, che rende più sicura e più agevole l'applicazione del diritto»; non può, per esempio, lasciare che il giudice esamini col suo solo criterio, di volta in volta, il grado di maturità psichica di ogni individuo, per determinarne la capacità di obbligarsi; ma pone esso stesso il limite della maggiore età, come fisso e valido per tutti, nonostante che lo sviluppo delle facoltà naturali sia più o meno rapido nei diversi individui. Il bisogno di obiettiva certezza, che è proprio di ogni ordinamento giuridico positivo, induce a tale sorta di costruzioni, che si sovrappongono e sostituiscono in qualche modo alla realtà originaria.

Segue da ciò che la validità legale di un atto può non coincidere esattamente coll'esistenza naturale di esso. La tendenza del progresso giuridico è bensì indubitabilmente nel senso di avvicinare il più possibile questi due termini, riducendo al minimo i requisiti formali *ad substantiam* e le prescrizioni di rito: tipica è, in questo senso, l'evoluzione compiuta dal diritto romano, specialmente nel campo della procedura civile<sup>77</sup>. In generale, può dirsi che nel diritto lo spirito viene prevalendo sempre più sulla lettera; ed è una vittoria dello spirito, per esempio, la massima, accolta nel nostro Codice Civile, per la quale i contratti debbono essere eseguiti «di buona fede», ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano «secondo l'equità», oltre che secondo l'uso o la legge (art. 1124); e parimente, nella stessa materia, la massima per cui «nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anziché stare al senso letterale delle parole» (art. 1131); le quali massime, notiamo per incidenza, sono per se stessa una concreta confutazione di quell'erronea dottrina, che escluderebbe dalla valutazione giuridica l'elemento interiore o psichico delle azioni umane.

<sup>77</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904), 199 e ss.

In quanto però il diritto positivo conservi (ne potrà forse mai spogliarsene interamente) requisiti di forme o condizioni estrinseche rigorosamente determinate, la parte di realtà che ne esorbita rimane sotto l'impero della ragione giuridica naturale; e ciò non è senza importanza per lo stesso ordine positivo. Vi sono rapporti di vita che, svolgendosi tra diversi soggetti, e implicando una determinata correlazione dei loro arbitri, hanno indole giuridica, sebbene difettino di alcuno degli elementi positivamente richiesti per la loro validità. Poiché tali rapporti sono reali, e sorgono in relazione a quelle stesse esigenze, che hanno il riconoscimento e il presidio delle norme giuridiche positive, non possono essere da queste semplicemente ignorati, né collocati senz'altro nella categoria dell'illecito; debbono, dunque, essere in qualche modo riconosciuti nella loro esistenza e negli effetti che naturalmente ne seguono. Si avverte qui il perpetuo lavoro e la perpetua crisi del diritto positivo, che mentre abbisogna per sostenersi di una dogmatica impalcatura, è tratto poi dalla natura medesima delle cose a trascendere in certo modo i suoi stessi dogmi, per ricongiungersi in una più ampia sfera di verità a quei principî donde è sortito, e che permangono in sé inesauribili.

Consideriamo, ad esempio, l'obbligazione contrattuale assunta (per una causa lecita e con pieno discernimento) da una persona di età minore, quantunque prossima alla maggiore. Tale obbligazione è, per regola (art. 1106 C. civ.), nulla; ma nondimeno essa esiste e costituisce un vincolo, che la ragione giuridica naturale non può negare, e che si mostra anche praticamente efficace. Niuno ignora che contratti di questa specie avvengono con grande frequenza, e quasi non si distinguono nell'esperienza dagli altri, adempiendo la funzione medesima che è propria in genere dei contratti, senza che alcuno, per l'ordinario, abbia motivo di invalidarli. Or qual è l'atteggiamento del diritto positivo di fronte ad essi? Per il diritto romano, come è saputo, obbligazioni contratte da persone civilmente incapaci costituivano casi tipici di *obligationes naturales*; e pur ora, nonostante ogni differenza di costruzione, non ci sembra possibile abbandonare del tutto il concetto fondamentale, su cui poggiava la dottrina romana. La distinzione tra la nullità relativa e l'inesistenza dei negozi giuridici è capitale per il nostro diritto, e si fonda appunto sul riconoscimento di ciò, che la mancanza di certi requisiti o l'inosservanza di certe formalità non distrugge la reale esistenza di un atto sostanzialmente compiuto, né gli toglie il suo naturale significato.

Un'obbligazione della specie accennata non è una vana apparenza, ne rappresenta alcunché di illecito, che il diritto debba reprimere; essa ha dunque anche un'esistenza giuridica, e non può non ricevere dal diritto una certa tutela, sia pure parziale e indiretta; come in fatto vediamo. Mentre un simulacro di obbligazione, contratta per es. da un pazzo incapace naturalmente di consentire, non ammette ratificazione o conferma (*quod non est, confirmari nequit*) né offre una base per un rapporto di garanzia, l'una e l'altra cosa sono possibili nel caso prima accennato (cfr. art. 1309 e 1899 cap. C. civ.). Sopra tutto, un'obbligazione esistente, ma soltanto annullabile come quella dianzi indicata, resta valida ed efficace, secondo 1a stessa legge positiva, fino a che non sia impugnata da quella parte, che sola ha tal facoltà; non potendo la persona capace di obbligarsi opporre l'incapacità del minore, con cui ha contrattato (art. 1107 C. civ.). Il riguardo dovuto alla presunta incapacità del minore dev'essere conciliato con quello pure dovuto, per principio generale, alla buona fede; e però l'obbligazione non si può impugnare da quel minore, che con raggiri o mezzi dolosi ha occultato di essere tale (art. 1305 C. civ.). Come *ultima ratio* in caso di annullamento, resta poi salva l'azione *de in rem verso* o di indebito arricchimento verso il minore, secondo un altro principio generale già ricordato (cfr. art. 1307 C. civ.). Il complesso di queste disposizioni mostra abbastanza che il nostro diritto positivo non disconosce del tutto il *vinculum aequitatis*, che può sussistere naturalmente anche fuori delle condizioni prescritte per la validità dei contratti; e mostra anche che l'aver il legislatore fissato tali condizioni semplifica bensì sotto un certo aspetto il lavoro del giudice, ma non lo elimina: potendo occorrere appunto di stabilire se, per esempio, in mancanza della capacità legale, esista tuttavia nel minore una «capacità di fatto», tale da doversi reputare esistente, benché relativamente nulla, una sua obbligazione contrattuale. Che poi una siffatta realtà non conforme ai requisiti fissati dal diritto positivo, possa nondimeno essere valutata per certi effetti nell'ambito del diritto medesimo; ciò prova che è viva in questo, e si manifesta attraverso le sue stesse limitazioni, quell'esigenza della ragione giuridica naturale, fuor della quale non solo i principî generali, ma anche le singole norme vigenti non s'intenderebbero rettamente.

10. Il nostro Codice Civile accenna alle obbligazioni naturali, come è ben noto, solo a proposito della ripetizione dell'indebito (art.

1237 C. civ.); ma non dà una definizione di esse, né un elenco delle loro possibili specie, né un'indicazione dei loro effetti, salvo che nel rispetto accennato. Onde è sembrato ad alcuni che tale concetto abbia in sé qualche cosa di «misterioso»; e, per la difficoltà di metterlo in armonia cogli altri concetti del diritto positivo, si è giunti anche a sostenere che esso non abbia consistenza di verità nel nostro sistema, ma rappresenti una vuota reminiscenza delle teorie giusnaturalistiche. Con che però si è caduti, per singolar coincidenza, in un errore che è appunto caratteristico del giusnaturalismo meno evoluto, e che questo ha ben corretto nel corso della sua storia; cioè si è semplicemente negato un elemento del diritto positivo, per ciò che esso non corrisponde ad un preconcetto dei suoi interpreti. L'esistenza di obbligazioni naturali, a fianco delle civili, nel sistema del diritto vigente non può essere messa in dubbio, senza sostituire arbitrariamente un proprio pensiero a quello espresso *apertis verbis* dal legislatore, contravvenendo pure alla norma (art. 3 Disposiz. prelim.) che impone di attribuire alle parole della legge il proprio significato.

A noi sembra del resto che l'indeterminatezza, nella quale il legislatore ha lasciato il concetto delle obbligazioni naturali, si giustifichi almeno in parte per l'indole del concetto medesimo, e per la funzione che gli è assegnata nell'organismo del diritto vigente. La vita di questo organismo ha per condizione, come dicemmo, una certa possibilità di rinnovamento, che è agevolata dalla presenza in esso di «organi respiratori», secondo la felice immagine del Polacco, ossia di concetti capaci di assumere, nell'unità del proprio significato, un contenuto empiricamente variabile. Tali concetti, che altri ha chiamato «concetti valvole», o anche «organi di adeguazione», servono appunto a mantenere il necessario equilibrio (non statico ma dinamico) tra il sistema giuridico e gli elementi che lo circondano. Come il nostro legislatore non ha definito, ad esempio, il concetto di «buoni costumi» o quello di «ordine pubblico», ma si è ad essi richiamato *sic et simpliciter*, lasciando loro volutamente una certa elasticità, così non a caso esso ha affermato soltanto in genere che esiste un'altra categoria di obbligazioni, oltre quelle civili: una categoria di obbligazioni le quali, pur non dando luogo per l'una o l'altra ragione tecnica ad una esigibilità giudiziale, hanno nondimeno una certa base in un rapporto bilaterale, ove i due soggetti si contrappongono a guisa di debitore e di creditore, sì che l'adempimento volontario

del «debito» assume tra le due parti il significato di un pagamento» e come tale è reputato anche dal diritto.

La funzione, ragguagliatrice od equitativa, che è propria di questa categoria nel nostro sistema, risulta così dalla stessa latitudine, colla quale il legislatore l'ha ammessa, senza fissarne specificamente i requisiti né i limiti; lasciando, dunque, al criterio del giudice di ponderare quegli elementi che, in un rapporto tra più persone, possono costituire tra esse un vincolo e un debito giuridicamente apprezzabile, benché sfornito di azione.

Se, pertanto, non è accettabile la tesi che nega resistenza di obbligazioni naturali nel nostro diritto, neanche si può ammettere quella che restringe tale esistenza ad un solo caso, ovvero a quei due, per i quali il legislatore ha con particolari disposizioni concessa la *soluti retentio* senza l'azione corrispondente. Poiché l'uno di tali casi – quello che concerne gl'interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta (art. 1830 C. civ.) – pur dando luogo per altre ragioni alla *soluti retentio* non ha la struttura di un rapporto di obbligazione qualsiasi, resterebbe, come unico caso di obbligazione naturale nel nostro diritto, quello dei debiti di giuoco o scommessa (art. 1802 e 1804 C. civ.). Ma in verità, secondo più ovvii canoni di ermeneutica, non si scorge qual ragione avrebbe un'enunciazione di carattere generale, come quella dell'art. 1237 cap., se essa comprendesse solo quel caso, per il quale esiste una disposizione particolare (art. 1804) allo stesso effetto. Anche per questa considerazione d'indole positiva, ci sembra assai meglio fondata la dottrina che ammette altre figure di obbligazioni naturali, ancora più tipiche, se così ci è lecito dire, che quella dei debiti di giuoco o scommessa: la quale ultima figura per gli specialissimi suoi caratteri richiedeva, ed ha avuto in fatto, una propria e distinta disciplina legislativa. Tali sono, ad esempio, il caso del debito prescritto (rimanendo naturale l'obbligazione, che ha cessato di esser civile dopo la prescrizione estintiva dell'azione); il caso della parte di debito rimessa per concordato, trattandosi di commercianti; ed altri ancora, che qui sarebbe superfluo di noverare.

Ciò che importa è tener presente che la categoria giuridica delle obbligazioni naturali non costituisce alcunché di chiuso, ma può sempre comprendere nuove forme, legittimamente riconoscibili quando ne ricorrano gli elementi. Il rapporto di obbligazione – giova



ripeterlo – deve avere anzi tutto un fondamento nel fatto, e deve essere di natura giuridica, ossia collegare più persone in tal guisa, che non esista solo da una parte un dovere (poiché allora non si uscirebbe dal mero campo della morale), ma esista pure, dall'altra parte, una pretesione correlativa. Questa pretesione poi non dev'essere meramente subiettiva od astratta (nel qual caso non si potrebbe attribuirle alcuna efficacia rispetto al sistema giuridico positivo), ma deve avere nel sistema medesimo un principio di riconoscimento. Essa deve, in somma, corrispondere a un'esigenza riconosciuta valida *in massima* nel diritto vigente, benché per effetto di una disposizione particolare (ossia più ristretta, logicamente, di quella massima) le sia tolta in quel caso l'esperibilità giudiziale.

È chiaro in fatti che le obbligazioni, di cui parla l'art. 1237 cap., non possono essere né quelle civili in istretto senso, cioè munite d'azione, né quelle puramente morali, il cui adempimento spontaneo cadrebbe sotto le ben diverse norme di sostanza e di forma che reggono le donazioni (cfr. l'art. 1051). Né basta per la distinzione l'aggiungere, come si è proposto, che deve trattarsi di doveri morali «di carattere patrimoniale», poiché la patrimonialità si riferisce al contenuto dell'obbligo, e al modo di soddisfarlo, non già al fondamento dell'obbligo stesso; che, se deriva da un mero sentimento di liberalità, anziché da un rapporto obiettivo e bilaterale nel senso anzidetto, non può esplicarsi in un «pagamento» ma soltanto appunto in forma di donazione.

Le obbligazioni naturali debbono pertanto essere giuridiche, ma in un senso più lato e generico, e se vuoi dicasi pur virtuale, in confronto di quelle strettamente civili ossia in tutto positive; e non si vede donde si possa attingere cotesta più alta e indifferenziata nozione della giuridicità, valida ed apprezzabile per determinati effetti anche nel sistema vigente, se non risalendo ai principî generali che, mentre emanano dalla ragione giuridica naturale, rappresentano a un tempo le direttive fondamentali del sistema medesimo.

È, per esempio, un principio generale di diritto la validità dei patti liberamente consentiti; mentre una norma particolare ammette che all'azione da essi nascente possa opporsi la prescrizione per decorso del tempo. Se però un'obbligazione contrattuale sia stata frustrata con questo mezzo, il debito realmente non soddisfatto serba tuttavia l'impronta giuridica; e supposto che poscia il debitore lo adempia, sarebbe incongruo il considerare l'adempimento come una

donazione, e volerlo sottoposto ai requisiti e alle conseguenze, che tale impropria considerazione trarrebbe seco.

È pure un principio generale – coerente con quello che esclude l'indebito arricchimento – quello che vuole che nei contratti bilaterali (o di obbligazione reciproca) si osservi un'equa proporzione tra le due parti; e sebbene questo principio sia limitato razionalmente e praticamente dall'altro che afferma la validità dei contratti in genere, ha tuttavia una manifestazione caratteristica nel caso della lesione enorme. Or si supponga che in una vendita di cose mobili, ove la nostra legge non concede l'azione per causa di lesione, o anche in una vendita d'immobili, ove la lesione non sorpassi il limite legale della metà del giusto prezzo (art. 1529 C. civ.), il compratore consapevole di un suo ingiusto vantaggio paghi volontariamente la differenza, o parte della differenza, tra il prezzo convenuto ed il giusto. Dovrà ravvisarsi, in un caso siffatto, una donazione, e conseguentemente richiedersi per la validità l'atto pubblico (art. 1056) e farsi luogo alla revocabilità (art. 1078 e ss.) e alla ridicibilità (art. 1091 e ss.) e via dicendo? O non si dovrà piuttosto considerare quel pagamento supplementare come un soddisfacimento di obbligazione naturale? A noi non par dubbio che questa seconda soluzione (che ha per sé l'autorità del Polacco) sia la più vera e conforme allo spirito del sistema. Ricorrono qui appunto, come in altri analoghi casi, che facilmente si potrebbero configurare, le condizioni per l'entrata in vigore dei principî generali di diritto, all'effetto di segnare la distinzione tra le obbligazioni naturali, che hanno in questi principî la loro base, e ciò che non è, neanche in senso latissimo, obbligazione per il diritto.

11. Questi accenni sommari, coi quali non abbiám certamente inteso, e già lo dicemmo, di svolgere appieno il complesso argomento, bastano forse a mostrare le funzioni caratteristiche dei principî generali del diritto, in quanto appartengono ad un concreto organismo giuridico. Essi, pur avendo un carattere di idealità e assolutezza, onde superano virtualmente il sistema determinato al quale aderiscono, non possono valere *contro* le norme speciali che lo compongono, né infrangerle in alcun caso; ma valgono bensì *sopra* e *dentro* coteste norme, per ciò che ne rappresentano la più alta ragione e lo spirito animatore. Dove vi ha rispondenza (e questo è il caso, per dir così, fisiologico) tra ciò che si deduce razionalmente dalla natura intrinseca delle cose e le espresse disposizioni legislative, dove, in al-

tre parole, il diritto naturale si è trasfuso nel positivo, i principî generali vivono ed operano nelle stesse norme speciali, e il ricorso ad essi può sembrare persino superfluo; ma effettivamente, anche in tal caso, rimane ferma la gerarchia, onde ai principî spetta logicamente la priorità e la supremazia sulle conseguenze, e queste sono intelligibili appieno solo in grazia di quelli. Così, non soltanto l'elaborazione scientifica, ma pur la pratica giudiziale obbliga, per svolgersi retamente, ad un ripensamento della *ratio legis*, e ad un'ascesa di grado in grado fino alle supreme ragioni del diritto in genere, in confronto alla sempre nuova, realtà dei fatti cui la legge deve applicarsi. Dove poi le norme speciali fanno difetto, o perché la legislazione abbia ommesso di contemplare certi tipi di contingenze, o perché, pur avendoli preveduti, si sia astenuta deliberatamente dal regolarli, si rende più manifesta la necessità di ricorrere a quei principî di ragion giuridica naturale, che costituiscono i capisaldi per la definizione di ogni rapporto umano e sociale. Di questa necessità ha reso testimonianza solenne il nostro legislatore, riconoscendo appunto nei principî generali di diritto il supremo mezzo d'integrazione delle sue proprie disposizioni. Che se, in fine, la concreta struttura del diritto positivo porta talvolta a restrizioni od alterazioni di cotesti principî, non perciò essi perdono del tutto il loro valore, pure nell'ordine positivo: bensì hanno ancora un'applicazione indiretta o mediata, in quanto valgono a definire quella *giuridicità naturale*, che è riconosciuta per certi effetti dalle leggi medesime, in antitesi, o piuttosto a complemento, della giuridicità positiva.

Tutto ciò si verifica rispetto al diritto vigente, considerato nella sua propria unità sistemica; che se poi da tal considerazione passiamo ad una più ampia, che potremmo dire di Filosofia della storia del diritto, il valore di quei principî ci appare ancora maggiore; poiché essi ci rappresentano, oltre che un elemento fondamentale di un sistema determinato, una forza viva, che domina tutti i sistemi, e preme sulla struttura loro, e li spinge a modificarsi ed evolversi, secondo i motivi eterni della giustizia impliciti nell'umana natura.

Se è vera, come niuno vorrà negare, la sentenza di Celso – «*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»<sup>78</sup> –, il giurista, a differenza dal leguleio, non può appagarsi di ciò che nelle

<sup>78</sup> CELSO, fr. 17 D. I, 3.

leggi sta scritto, ma deve pure considerarne l'intrinseco fondamento. Conoscere le singole norme non basta, se non si pon mente allo spirito che le muove, e che ha la sua prima radice nel nostro medesimo spirito. La particolarità delle leggi rimanda alla universalità del diritto; e il pensiero dell'universale è Filosofia. Giurisprudenza e Filosofia non possono perciò andare disgiunte; e come nessun sistema filosofico (la storia del pensiero lo mostra) fu mai veramente compiuto, che non comprendesse in sé anche i primi principî del diritto, così tutti i grandi giuristi (anche ciò ci dimostra la storia) furono pure in qualche modo filosofi: «*veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*»<sup>79</sup>. Una Giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desunse dalla favola antica, simile ad una testa senza cervello<sup>80</sup>; e nulla sarebbe invero più arido e sterile, che lo studio delle norme particolari qua o là vigenti, se da quella materia empirica non fosse dato di risalire ai principî, donde le norme stesse procedono, e che hanno la propria sede nella ragione. Non dunque solo dai Codici, o, diciamo con Cicerone, «non dall'editto del Pretore, né dalle XII Tavole, ma dall'intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto»<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> ULPIANO, fr. 1 § 1 D. I, 1.

<sup>80</sup> KANT, *Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., XXXII: «Eine blos empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus Fabel) ein Kopf, der schön seyn mag, nur Schade! Dass er kein Gehirn hat».

<sup>81</sup> CICERONE, *De legibus*, L. I, C. V: «Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas».