

Opusc.
184

*Al chiarissimo Prof. Cognelli di Roma
in segno di amicizia
e stima
l'autore*

LA CODIFICAZIONE CIVILE

IDEE MODERNE CHE AD ESSA SI RIFERISCONO



DISCORSO

LETTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Il giorno 3 Novembre 1886

IN OCCASIONE DELLA SOLENNE INAUGURAZIONE DEGLI STUDI

DA

FRANCESCO FILOMUSI GUELFÌ

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO CIVILE

GIÀ PROFESSORE ORDINARIO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO



ROMA

TIPOGRAFIA FRATELLI PALLOTTA

Via dell' Umiltà N. 85.

1887

SIGNORI

Quando nel 1865 apparve il Codice civile, esso fu salutato con gioia. L'unità nel diritto privato sembrò un necessario complemento ed un rafforzamento dell'unità della patria, politicamente e giuridicamente costituita. Il vantaggio di un'unica legislazione sembrò agli italiani così grande, che fu considerata poco men che contraria al patriottismo, qualche censura, la quale parve piuttosto conseguenza di un attaccamento ai vecchi ordini, che frutto di una critica scientifica e serena. Onore ai compilatori del Codice civile italiano: essi ebbero la coscienza della missione nazionale del Codice civile e dell'opera loro. Non pretesero di avere fatta opera perfetta: ma sentirono che la loro opera, quale poteva essere compiuta da loro ed in quel tempo, era opera gloriosa. Il Pisanelli esclamava che il Codice civile non sarà piccola gloria alla patria risorta ¹⁾. Ed egli aveva ragione: la maggioranza dei giuristi italiani, che presero a studiare il Codice civile, fu ad esso larga di lodi; nè son mancati lusinghieri giudizi da parte degli stranieri ²⁾. Ma più tardi si è venuta a formare man mano la convinzione che le condizioni della scienza del diritto in Italia non erano tali, quali si sarebbero potute aspettare in seguito alla rigene-

razione della patria, all'impulso che doveva venire anche dal fatto di una nuova legislazione. Quali le cause? Chi ne trovo la causa nel servilismo alle dottrine ed agli autori francesi; chi nel difetto di metodo, chi nella stessa mancanza di originalità nel Codice. Quindi un invocare di rimedii, attendendosi il rinvigorismento degli studii giuridici nel campo del diritto civile, chi da un più profondo studio del diritto romano, chi da una riforma nel metodo 3). Io mi affretto a dichiarare che ho diviso e divido tali aspirazioni: la nostra scienza del diritto ha per base fondamentale il diritto romano: questo bisogna seguire nelle successive evoluzioni e trasformazioni sino agli istituti giuridici odierni 4), e con ciò si dà anche soddisfazione alla giusta esigenza dell'elemento storico nella dottrina del diritto vigente 5). Ed è giusta anche l'aspirazione alla riforma del metodo di trattazione 6); ma tal riforma non si limita solo alla concezione sistematica del diritto: oltre che questa dee essere lungamente ponderata, e tratta dal carattere stesso e dai principii della nostra legislazione positiva 7); la concezione affrettata ed immatura di un sistema di diritto non basta a preparare un'epoca più vigorosa della nostra scienza. Per ultimo si è aggiunto il pensiero che il Codice civile abbia bisogno di riforme; ma qui la classe dei riformatori, che è ancora in verità piccola, può distinguersi in due: v'ha chi si contenta di additare i difetti del Codice civile nelle singole parti, e di additarne le correzioni, salvo rimanendo le basi fondamentali ed i principii direttivi della nostra codificazione; e v'ha chi si aspetta un rinnovamento della scienza del diritto non da un rinvigorismento solo degli studii del diritto romano e degli studii storici, non dall'accettazione del metodo sistematico, ma dallo studio filosofico a base positiva della società: dal quale studio un nuovo ordine giuridico dovrebbe subentrare, e come prodotto ultimo

un nuovo Codice ⁸⁾. Così si vien ora parlando di una *tendenza sociale*, la quale dovrà menare ad un Codice di diritto privato sociale nella sua struttura assai più complesso ed organico di quel che siano i tipi storici della codificazione civile, e specialmente il tipo francese, al quale il nostro Codice è modellato. Prendendo a tema di questo discorso la *codificazione* civile e le idee *moderne* che ad essa si riferiscono, mi propongo di apprezzare questa tendenza in armonia di altre tendenze, che non mi son parse sinora valutate in rapporto al concetto ed ai limiti di un Codice civile.

Il concetto della codificazione non si può scindere da vedute filosofiche. Questo ci è dimostrato dalla storia. Fra le cause storiche, che menarono alla codificazione nel campo del diritto civile, non ultima è stata la scuola famosa del diritto naturale. Già lo stesso concetto proprio di questa scuola, il concetto del *jus naturae*, come un diritto universale ed astratto, doveva far sorgere l'idea di un diritto positivo, che si accostasse il più che fosse possibile a quel modello. Questo pensiero di un diritto unico, tendente ad unificare i vari diritti in lotta, rivela già nell'opera classica di Ugone Grozio ⁹⁾. La tendenza ai codici si rafforzò nella scuola posteriore del diritto naturale: la codificazione fu affermata come necessaria dal Leibnitz ¹⁰⁾, e fu preparata più da vicino in Germania dalla scuola di Wolfio: il sistema del Codice prussiano porta l'impronta della scuola del diritto naturale ¹¹⁾. Ma il concetto del Codice nel secolo XVIII segue l'idea dominante del diritto di quel tempo e l'idea dello Stato, dei suoi compiti e dei suoi fini. Diritto e Stato sono nozioni inseparabili. La scuola del diritto naturale specchio fedelmente le idee del tempo; e gli

avvenimenti, ai quali die luogo la celebre rivoluzione francese, furono la causa di un ordinamento giuridico, che trovo la sua filosofia nella scuola del diritto naturale. Ma in tutti i fatti storici vi e sempre qualche cosa che trascende la rigidezza delle teorie: i codici concepiti sotto l' inpero di vecchi sistemi son sopravvissuti. Essi si sono accordati con nuove teorie; ma non si che qualche cosa delle vecchie non rimanesse in loro.

Ora la scuola del diritto naturale contrassegnasi per la concezione di un diritto e di uno Stato, eminentemente individualisti. Le teorie caratteristiche della scuola del diritto naturale sono dominate dall'idea prevalente dell'individuo. Tale la famosa teoria dei diritti innati ¹²), tale la teoria del contratto sociale ¹³). Il movimento storico, che condusse alla rivoluzione francese, segui L'idea politica della libertà, di una liberta strettamente giuridica, basata sul presupposto che l'individuo non avesse d'altro bisogno che di garentia della sua attivita per raggiungere i fini suoi. Si disciolsero tutte le organizzazioni di classi e di ceti: il diritto dell' individuo si contrappose al diritto dello Stato. Tempo piu favorevole di quello per la concezione di una separazione tra il diritto pubblico ed il diritto privato non poteva esservi: tutto il diritto si ordina a due scopi, l' individuo e si ha il diritto privato, lo Stato e si ha il diritto pubblico. Non si formula veramente con chiarezza che il diritto e il limite all'attività dello Stato: non si dice che lo Stato deve essere uno *Stato di diritto*; ma la celebre dichiarazione dei diritti dell' uomo contiene in germe questo pensiero. Ed il germe del concetto di uno *Stato di diritto* trovasi pure nella scuola del diritto naturale, nella definizione dello Stato data da Ugo Grozio ¹⁴), e nella teoria di Pufendorffio ¹⁵). A questo concetto doveva menare anche l'idea di uno Stato libero nel senso moderno, che contraddistinguesi dal

libero Stato antico per ciò, che in questo la libertà concepiscesi solo come partecipazione alle funzioni dello Stato, mentre nello Stato moderno oltre a tale partecipazione richiedesi anche il riconoscimento e la garentia di una sfera di attività autonoma, che costituisce la sfera dei diritti individuali o delle libertà individuali.

Le tracce della scuola del diritto naturale si riscontrano in parecchie disposizioni particolari dei codici; ma soprattutto e a ricordare il falso concetto che quella scuola aveva del Codice. Già si è notato che essa concepiva un *ius naturae* assoluto ed immutabile, del quale il diritto positivo non doveva essere che una realizzazione. Tale concetto si rivela evidente anche negli ordini sovrani, che precedettero la compilazione dei progetti. Così in Prussia nell'ordine di Federico Guglielmo I, che nel 1738 dava l'incarico a Samuele Cocceio, un dottissimo ed elevato rappresentante dell'indirizzo della scuola del diritto naturale del suo tempo, di elaborare un *diritto territoriale stabile ed eterno*. Nell'ordinanza del 31 dicembre 1746, diretta allo stesso Cocceio, Federico il Grande diceva: *che si preparasse un diritto territoriale tedesco universale, fondato sulla ragione....., che stabilisse un diritto certo*¹⁶). Ed in conformità dell'idea della scuola del diritto naturale, che considerava il diritto romano come la *ratio scripta*, o come una specie di *ius naturale realisatum* (secondo una espressione barbara, ma significativa) si crede che la codificazione in massima delle regole del diritto romano, come erano allora interpretate, rispondesse a quell'alta esigenza di un diritto naturale, trasfuso nel Codice, o di un diritto fondato sulla ragione. Dopo l'elaborazione di vari progetti, che qui non è mestieri ricordare, fu pubblicato nel 1794 il Codice prussiano¹⁷). Critiche severe non son mancate ad esso, sia in rapporto al sistema, sia in rapporto ai singoli istituti. Il Beth-

mann-Holweg, un giurista insigne, le ha notate, e tra l'altre ha notato un dannoso effetto che esso produsse, cioè una certa scissione tra l'alta teoria scientifica del diritto comune tedesco e la pratica¹⁸); scissione alla quale han cercato di porre un riparo scrittori più recenti di alto valore, come il Foerster ed il Dernburg. Ma a prescindere dal difetto del sistema, a prescindere dal difettoso concetto della codificazione che s'ebbero i suoi compilatori, il Codice prussiano rimane come uno dei tipi storici della codificazione, ed è noto come la sua vita orinai si appressa ad una vita secolare.

Anche nel Codice austriaco, pubblicato nell'anno 1811, si rivela la tendenza della scuola del diritto naturale. I lavori di preparazione incominciarono sotto il Regno di Maria Teresa. Nell'ordine di convocazione della prima commissione (a. 1753) accanto all'affermazione della esigenza pratica di dare ai paesi austriaci un diritto *eguale e stabile*, accanto alla raccomandazione di mantenere per quanto fosse possibile inalterato il diritto già in uso, di porre in accordo i varii diritti provinciali mercè il diritto comune, si aggiungeva che per emendare ed in rapporto all'insieme si avesse *riguardo all'universale diritto della ragione*. Senza ricordare le vicende dei varii progetti, dell'ultimo, che divenne poi il Codice austriaco, ebbe gran parte, come relatore della commissione, un celebre scrittore di diritto naturale, lo Zeiller. Il Codice austriaco ha parecchi difetti comuni col Codice prussiano, ma in grado molto minore. Si tenne in generale fermo alle tradizioni romaniste, come erano interpretate in quel tempo; ma in qualche punto se ne distacco, accostandosi al concetto del diritto tedesco, e cito p. es. il sistema delle successioni *ab intestato*, fondato non sulla Nov. 118, ma sul così detto sistema germanico della parentela¹⁹).

Finalmente il Codice francese del 1804 ha per molti punti

un carattere affatto speciale. Anche esso porta l'impronta quì e là delle teorie del diritto naturale, ma dall'altro canto ha un carattere eminentemente pratico, il quale fu l'effetto dell'esigenza storica più vicina, che ne determinò la compilazione e la pubblicazione. Imperciocchè egli è noto il dualismo esistente in Francia dei paesi di diritto non scritto, cioè di diritto consuetudinario a base germanica, e dei paesi di diritto scritto, a base del diritto romano. Tal dualismo non poteva perdurare di fronte al principio dell'eguaglianza giuridica, proclamata dalla rivoluzione. I tentativi di codificazione non riuscirono all'epoca repubblicana, ma il Codice civile compì sotto l'impulso vigoroso di Napoleone I. L'idea fondamentale fu di dare un diritto eguale alla Francia, tenendo conto delle nuove idee moderne, frutto della rivoluzione francese, ed unificando i due principali elementi storici del diritto francese, cioè il diritto consuetudinario ed il diritto romano. La fusione fu in molti punti felice, in molti punti non riuscì, ma non è meraviglia per opera sì grandiosa.

Al principio adunque del nostro secolo l'idea della codificazione, sviluppata nei precedenti secoli (XVII e XVIII), divenne quindi nei grandi Stati civili dell'Europa continentale un fatto compiuto. E qui è il luogo di ricordare la controversia, a tutti nota, tra due celebri giureconsulti tedeschi, il Thibaut ed il Savigny. La controversia si accese nel 1814. La guerra della Germania contro la Francia, considerata come guerra di liberazione nazionale, aveva sviluppato il sentimento patriottico, ed a questo sentimento rannodossi il desiderio, del quale fecesi organo il Thibaut, sostenendo la necessità di un Codice comune tedesco ²⁰). Il Thibaut rappresentò vivamente la confusione dei diritti esistenti nei vari Stati e nelle varie provincie tedesche. Esagerò forse insistendo su una contraddizione

tra lo spirito tedesco ed il diritto comune a base romana; non ebbe nemmeno egli un'idea esatta di ciò che debba essere un Codice, e si rivela nel suo scritto una certa tendenza razionalista; ma ormai si è concordi nel riconoscere che egli ebbe piena coscienza dell'ufficio della codificazione per sviluppare lo spirito nazionale nell'ordine della pratica e della scienza del diritto. Ma dall'altro lato la polemica del Savigny ²¹⁾ contro la codificazione comune in Germania non era infondata. Il Savigny combatteva l'indirizzo astratto della scienza del diritto, quale a suo tempo era prevalente nella filosofia del diritto e nel diritto romano. L'unità nazionale dello spirito giuridico germanico non doveva essere opera del pensiero riflesso di un legislatore, ma del pensiero scientifico. In molti punti il Savigny aveva ragione nella critica dei difetti dei codici, in molti punti esagerò anch'egli; ma dal punto di vista speciale germanico egli aveva ragione nel temere che una codificazione universale del diritto avrebbe arrestato lo sviluppo scientifico, che è stato nel nostro secolo veramente meraviglioso, e non soltanto nei rapporti del diritto romano, ma anche in quelli del diritto germanico ²²⁾. Ma fondato il nuovo impero tedesco il movimento per un Codice unico della Germania è ricominciato, e non si aspetterà certo molto per averlo ³⁾.

Il fatto storico che s'impone alla osservazione dello studioso e che i tre codici menzionati hanno oramai una lunga durata. Quello che ha subite maggiori modificazioni è il Codice prussiano; meno ne hanno subite il Codice austriaco ed il Codice francese. E rispetto al Codice francese si è fatta già da altri l'osservazione che esso ha saputo resistere a cinque rivoluzioni politiche ²⁴⁾: e questo è un fatto storico di grande valore. E questo Codice è quello, il quale meno didattico e meno casistico degli altri, si adatta meglio alle profonde varia-

zioni, che la scienza ha subite nelle sue idee fondamentali e nel suo metodo. I particolari per le pruove qui abbondano; ma io son costretto a trasandarle. Notero soltanto le variazioni fondamentali nella concezione del diritto e dello Stato, le quali a mio parere non sono estranee alla concezione di un Codice civile.

E quanto al diritto il vecchio concetto di un *ius naturae* astratto, assoluto, immutabile, perfetto, direttamente appreso dalla ragione, e su di essa fondato, nel tempo odierno non ha quasi piu sostenitori. Ora parlasi tutto al più, e secondo me giustamente, delle esigenze razionali del diritto, o delle esigenze della ragione sul diritto ²⁵). Il diritto ha per suo contenuto il giusto, che secondo la vecchia concezione classica del mondo greco, eternamente vera, implica un rapporto, una proporzione ²⁶), o secondo l'espressione di un geniale giurista e filosofo odierno, il Jhering, implica il concetto dell'equilibrio ²⁷). Ma questo rapporto nella sua concreta esistenza e dato dalle condizioni naturali e storiche, in cui un popolo si trova, e sentito come bisogno attinente alle varie forme, in cui si esplica l'umana attivita, e trova, in una maniera spontanea o consapevole e riflessa, la propria forma in una norma coattiva dell'azione, che e così garentia del fine da compiere, dell'azione che lo compie, del bisogno che nell'uomo ha una espressione psicologica. È un campo di ricerca attraente, ma estraneo al subietto, il vedere come psicologicamente si associi all'azione il concetto del diritto, l'esigenza di una norma, la necessita di una garentia; e trasportando questa ricerca dal campo della psicologia individuale in quello della psicologia sociale, come si formi socialmente l'idea giuridica, che informa la norma positiva del diritto, e ciò nel doppio campo della produzione del diritto, cioè nel campo del diritto consuetudinario

ed in quello della legge. Ma prescindendo da questa ricerca, egli è chiaro che coi concetti odierni sul diritto, che ora predominano, cambia il concetto dell'ufficio che si compie dal legislatore nella formazione della legge. Questa non può essere il frutto di un'astratta ricerca su un giusto ideale che si possa realizzare. E se e profondamente cangiato il punto di vista della scuola del diritto naturale in rapporto alla legge in generale, orinai nella formazione di un Codice non si penserebbe più a tradurre in esso i precetti del diritto romano, come la realizzazione del diritto naturale, o la *ratio scripta*.

Rapporto allo Stato quale profonda differenza tra il concetto dominante all'epoca della formazione dei codici, e quello odierno! Quante nuove questioni, quanti nuovi problemi sono nati! Come sono profondamente variati i concetti fondamentali del diritto pubblico, e quale diverso apprezzamento vien fatto degli istituti storici, abbattuti dalla rivoluzione francese! Solo ad enumerare incompiutamente tutto ciò bisognerebbe un libro. Ma anche qui fermiamoci ai concetti fondamentali.

Innanzitutto generalmente rifiutata è l'ipotesi del *contratto sociale*. Eppure questo concetto, che trovò la più completa espressione in Rousseau, ebbe una grande influenza nella concezione dell'ordinamento costituzionale in Francia. Ed allo *Stato di contratto* subentro una concezione più elevata, il così detto concetto dello *Stato di diritto*. E questo il concetto di Kant, di Fichte e della loro scuola. L'essenziale di questo concetto sta, come è notissimo, nel concepire lo Stato nella pura funzione del diritto, nel concepire il diritto come solo scopo dello Stato, e secondo il concetto di Kant che definì il diritto: *l'insieme delle condizioni, per cui è possibile che l'arbitrio di ciascuno coesista con l'arbitrio di tutti secondo una legge universale di libertà* ²⁸), lo Stato nella funzione del diritto garantisce la coesistenza degli indivi-

dui. Il concetto, che ora dicesi meccanico dello Stato, qui si rappresenta come l'insieme degli individui. E tale è difatti lo Stato nella sobria definizione di Kant: *lo Stato è una moltitudine di uomini sotto in legge del diritto* ²⁹⁾. Sviluppandosi questo concetto si concepì il diritto come puro limite di libertà: anzi il diritto è dato dal limite della libertà dell'individuo di fronte al limite della libertà dell'altro, le due libertà reciprocamente si limitano, ed in questo limite reciproco è il diritto. In questa concezione il problema dei limiti dell'attività dello Stato si rappresenta in una maniera assai semplice. Il diritto dell'individuo è il limite solo all'attività dello Stato: la coazione del diritto deve intervenire, quando la libertà dell'individuo offenda la libertà dell'altro. Il dualismo tra individuo e Stato in questa concezione, e la credenza ottimista nella potenza dell'individuo condussero a concetti falsi sulla missione dello Stato, la quale doveva essere la più ristretta possibile di fronte alla più larga libertà dell'individuo. Una fede cieca all'azione individuale, un sospetto continuo contro l'azione dello Stato: queste erano le caratteristiche estreme di questa teoria. Vero è che nella Storia un tale ideale di Stato non è stato mai realizzato e non può realizzarsi, che anche negli scrittori che seguirono quell'indirizzo, come in Fichte ³⁰⁾, vi sono correzioni e temperamenti. Che anzi Fichte, elevandosi negli ultimi tempi alle elevate aspirazioni nazionali, concepì nello Stato una sfera di attività larghissima, che contraddice al concetto puro di uno Stato di diritto, o *Stato gendarme*, come oggi suol dirsi ³¹⁾. Ma al concetto dello Stato di diritto subentrò ben presto un nuovo concetto, pel quale contribuirono in varie direzioni, la scuola storica pel concetto organico del popolo ³²⁾, come una realtà ed individualità vivente, e la scuola filosofica, e specialmente Schelling ³³⁾ ed Hegel ³⁴⁾, pel loro concetto del così detto *Stato etico*.

E qui non è luogo di ricercare e minutamente esporre quanta influenza abbia avuta la scuola di Hegel per la elaborazione dei concetti fondamentali della scienza del diritto e dello Stato. Io potrei citare una serie di illustri scrittori di diritto positivo, che han tratto dall'Hegel le basi filosofiche per la costruzione di teorie giuridiche e politiche, e persino nel diritto civile, e non solo nelle teorie generali, ma anche nella determinazione del concetto fondamentale di istituti positivi, come p. es. nella materia del possesso e della prescrizione; ma me ne astengo.

Tornando al subbietto, un'altra concezione odierna è qui da ricordare in rapporto allo Stato, cioè quella del socialismo. Questa concezione è anch'essa contrapposta al concetto puro kantiano e del vecchio liberalismo. Lo Stato nel senso socialista assume aspetto essenzialmente economico. Esso più non si rappresenta nella pura funzione negativa di rimuovere ostacoli alla libera attività individuale, di *lasciar fare e passare* secondo la nota formula: non si rappresenta come puro istituto di garanzia e di sicurezza. Esso deve essere, secondo il concetto del Lassalle, il *distributore dei mezzi sociali*. La funzione del benessere in questa concezione è data non nella pura formula negativa, ma in un indirizzo positivo: lo Stato deve prestare le condizioni per lo sviluppo dell'attività individuale: una attività senza condizioni di svolgimento non è libera: la libertà nel senso socialista ha tutt'altro contenuto che la pura libertà formale, politica e giuridica, proclamata e riconosciuta dalla rivoluzione francese, proprio nel momento, nel quale elaboravansi i codici. La generale critica dei concetti fondamentali del socialismo qui non può farsi. V'ha certo un abisso tra certe teorie ed aspirazioni estreme ed altre teorie ed aspirazioni più temperate. Tra il vecchio ottimismo della teoria individualista ed il nuovo ottimismo di certi socialisti, che

si aspettano un nuovo ordine di felicità da una riforma sociale *ab imis fundamentis*, v' ha gradi intermedi. La fede cieca ai dogmi della vecchia scuola liberista (è da confessarsi schiettamente) e profondamente scossa da una critica vigorosa fatta da forti pensatori della scuola socialista; ma dall'altro lato non pare che la ricostruzione delle nuove teorie sia così felice, come in parte la distruzione delle vecchie. Si lotta ancora vigorosamente nel campo delle teorie, come si lotta nel campo pratico tra le antiche istituzioni sociali e le nuove aspirazioni, che vorrebbero soppiantarle con nuovi ordini. Lo studioso imparziale dei fenomeni sociali rimane fortemente impressionato della critica fatta dai socialisti alle teorie fondamentali della proprietà ed agli attuali ordinamenti di essa, ma dall'altro lato non lo soccorre la fede alla bontà dei rimedii da essi proposti per un nuovo ordinamento. La nozione dello Stato, come risulta dai concetti fondamentali del socialismo, riesce all'assorbimento di ogni attività individuale ed all'oltrappotenza dello Stato. Si è affermato come un nuovo bisogno del tempo odierno lo *Stato di diritto*. Io prescindo qui dall'occasione più prossima, in cui tal concetto fu invocato in Germania, e specialmente da Gneist³⁵): ma accanto a tutte le influenze che tal concetto è destinato ad esercitare nella vita e nell'organismo dello Stato, e tra queste la massima, dell'organizzazione di una giustizia amministrativa imparziale³⁶), esso è a mio parere destinato a por riparo ad una oltrappotente ingerenza dello Stato.

Ma questo concetto più moderno dello *Stato di diritto* non ha nella mente di una schiera numerosa di giuristi lo stesso significato dello *Stato di diritto* kantiano. Dappoiché in questo lo Stato ha per sola funzione la sicurezza, la garanzia, il diritto, nel nuovo concetto lo Stato, pur promovendo in un modo universale tutti i fini della società umana, trova nel di-

ritto la forina ed il limite della sua azione; dappoiche trascende il compito dello Stato cio che non può essere realizzato nella forina del diritto. In questo concetto vi è l'esigenza di una limitazione all'estensione dell'attività dello Stato, quale è concepita dai socialisti. Ora pur non entrando nei particolari del nuovo concetto dello *Stato di diritto*, mi è d'uopo fermarmi alquanto sulla nozione generale, poichè da questa e dal ricordo di varii problemi, che vi si connettono, risultano a mio parere parecchie osservazioni impostanti relative ai limiti ed al concetto di un Codice civile.

Suolsi riferire a Stahl ed a Mohl³⁷⁾ la concezione del nuovo concetto dello *Stato di diritto*; ina lo sviluppo di esso devesi a due insigni scrittori di diritto pubblico, cioe a Stein ed a Gneist, e ad essi rannodasi una schiera di illustri scrittori. Pei fini di questo discorso a me basta riportare la formula del concetto dello *Stato di diritto*, come è data da Stahl, e che è anche riferita da Gneist³⁸⁾. « Lo Stato deve essere
« *Stato di diritto*: questo è il motto d'ordine ed in verità e
« l'impulso del nuovo tempo. Lo Stato deve determinare esat-
« tamente ed inviolabilmente assicurare nella forma del diritto
« tanto le vie ed i limiti della sua attività, quanto la libera
« sfera dei suoi cittadini, e non deve realizzare le idee etiche
« direttamente, oltre a quanto appartiene alla sfera del diritto.
« Questo è il concetto dello *Stato di diritto*, e non che lo
« Stato attui solo l'ordine giuridico, senza scopi amministra-
« tivi, ovvero che assicuri soltanto il diritto dei singoli. *Stato*
« *di diritto* non designa lo scopo ed il contenuto dello Stato,
« ma solo ia forma ed il carattere con cui lo scopo si rea-
« lizza³⁹⁾. •â Un tale concetto dello *Stato di diritto* può accor-
darsi col concetto fondamentale dello *Stato etico*, ed anche col concetto d'uno *Stato di benessere*, ma ne contiene il comple-

tamento e la correzione contro una ingerenza invadente oltre misura nella sfera della libertà dell'individuo, che esige anche esso un campo autonomo, entro il quale sono altre leggi intime, che sfuggono alla forma esteriore e coattiva, che è uno dei caratteri predominanti della legge giuridica.

Il problema dei limiti dell'attività dello Stato è uno dei più difficili problemi, che s'impongono alla scienza moderna. Il problema è diventato anche più difficile per le condizioni odierne della società e per le tendenze, che vi si manifestano; ed è più difficile ancora per chi, elevandosi sulla concezione del vecchio concetto dello Stato di diritto, concepisce altri fini, oltre quelli del diritto nel senso di garanzia e di sicurezza. Io mi contento di enunciare questa difficoltà senza un ulteriore sviluppo; e solo è a notare che essa non può avere nella pratica una soluzione assoluta, ma è sottoposta alla relatività storica. Tuttavia noto parecchi aspetti sotto il quale il problema si è manifestato. Secondo il vecchio concetto dello Stato di diritto lo Stato ha per sola funzione il diritto: deve quindi garantire la libertà dei singoli individui, e può solo entrare là dove l'individuo sconfinava dalla sfera della propria libertà ed invade l'altrui; in altri termini, e sempre usando il linguaggio kantiano, deve garantire le condizioni di coesistenza. Ma poiché il diritto è norma coattiva ed è funzione dello Stato, il quale si manifesta come supremo potere e sovrano (*suprema potestas*), bisogna trovare le condizioni giuridiche di questo potere. A questa esigenza rannodasi la vecchia teoria costituzionale. La garanzia che lo Stato si mantenga nei suoi limiti sta nella divisione dei poteri: il *potere* deve arrestare il potere⁴⁰). Dai primi fondatori del costituzionalismo, che avevano dinanzi lo Stato organato a Monarchia assoluta, nella quale il potere dello Stato si personifica nel Re, la limitazione dell'attività dello Stato

concepivasi come limitazione del potere regio. Vero e che questa tendenza del costituzionalismo, la quale si suole designare come una tendenza negativa, fu più tardi completata da una nuova tendenza, cioè il *Self-governement*, l'autonomia dei corpi locali ⁴¹), rispondente ad una doppia esigenza, l'una anch'essa negativa, in quanto diretta, rafforzando il potere locale, a limitare il potere centrale, l'altra positiva, trovando nei corpi locali una forma di organizzazione dell'attività sociale. Ma prescindendo da ciò, egli è certo che il costituzionalismo pretese di avere esso data la nozione di un vero *Stato di diritto*, e che questo nel senso vero fosse lo Stato costituzionale. Il presupposto filosofico, su cui si organizza la teoria costituzionale più antica, è falso. Lo Stato è costruito partendosi dall'individuo, dall'io astratto, come dice Gneist ⁴²): esso pone di fronte al diritto dello Stato, poteri assoluti, inalienabili, imprescrittibili, quali i così detti diritti innati. Ma anche qui è a riconoscere che il problema dei limiti al potere dello Stato è semplificato, poiché questi diritti umani, consacrati dalle celebri dichiarazioni dei diritti e ripetuti nelle carte costituzionali di Europa, prestano il modo di tracciare in un modo abbastanza preciso la serie dei limiti nell'attività dello Stato, il quale sorpassandoli, o in qualsiasi modo disconoscendoli, opera in un modo ingiusto. E come ho già notato, là dove lo Stato è concepito come la pura somma d'individui, e si pongono di fronte individuo e Stato, come due indipendenti entità, v'ha anche una condizione favorevole per una distinzione abbastanza precisa tra il diritto privato ed il diritto pubblico, e tutto l'organismo del diritto privato, dato nel suo concetto dalla tradizione storica, sviluppata sulla base del diritto romano, e anche un limite all'attività dello Stato, in quanto il diritto privato, diretto alla soddisfazione dei fini dell'individuo, trova nell'esigenza

stessa del rispetto alla personalità individuale la ragione della pretesa che il pubblico potere dello Stato non lo violi ed infranga. Alla determinazione dei limiti all'attività dello Stato soccorre anche la teoria economica col presupposto delle leggi economiche naturali: che debbono essere lasciate libere nel loro corso; di qui la larga serie dei fatti economici, sottratti al potere pubblico nella doppia sfera della legislazione e dell'amministrazione, ed imposti anche essi come limiti all'attività dello Stato accanto ai diritti personali dell'individuo, o ai diritti di libertà individuale, come sono designati nella teoria costituzionale.

Ma una difficoltà nuova e subentrata in vari dei rapporti accennati per il concetto moderno della società. Questa presentasi come forma di attività umana posta in mezzo tra l'individuo e lo Stato. Il concetto della società non è concepibile in una teoria meccanica dello Stato, cioè dove questo si rappresenta come la pura somma d'individui. Io non seguo la teoria, che fa derivare lo Stato dalla pura società⁴³), ma parmi indiscutibile che nella società si trovi uno degli elementi, che ne fanno cogliere l'essenza, e, per dirla logicamente, che nel concetto della società si abbia un momento del concetto dello Stato⁴⁴). Concependo un vasto campo di fini e di interessi dell'umana attività, taluni di questi fini ed interessi si presentano come compiti assegnati all'individuo, altri sono tali nella loro natura che non possono essere raggiunti, se non in quanto più uomini si raggruppano. Così nell'unico fine da compiere, nel bisogno identico sentito come effetto di esso, costituiscono naturali vincoli, che danno l'idea di un gruppo sociale. Svariati sono questi vincoli: altri sono dati dall'ambiente fisico, altri dall'ambiente morale. Ed importante è il notare che il fine unico da compiere dal gruppo determina un interesse unico ed un

unico bisogno da soddisfare, il quale alla sua volta crea sentimenti caratteristici di ogni gruppo sociale, che sottoposti a riflessione danno anche una speciale forma alla coscienza sociale di un dato gruppo. Qualunque concetto si voglia avere intorno alla natura del diritto, leggermente si dovrà giungere a fare rientrare più o meno nella sfera di esso rapporti sociali di tal natura, riferentisi cioè a dati gruppi sociali, e sviluppanziti sulla base di un vasto centro d'interesse, che come tale è un interesse sociale. Ma a prescindere dal considerare l'influenza che una data teoria giuridica può avere per la determinazione di un maggiore o minore regolamento giuridico nella sfera dei rapporti sociali, nel campo del diritto pubblico si è posto nettamente il problema, se la società sia o no un concetto giuridico ⁴⁵). Nella impossibilità di esaminare con una certa ampiezza questa questione, noto solo due punti, sotto i quali a me essa si presenta. Primo: la società è un soggetto proprio di diritti, come lo Stato e l'individuo, e collocato di mezzo ad essi? Secondo: i rapporti dei gruppi sociali nel senso designato, hanno una natura speciale che li differenzia essenzialmente dai rapporti individuali da un lato, dai rapporti di Stato o politici dall'altro? Quanto al primo punto, presupposto che la società nel suo concetto è l'insieme o l'ordine o il sistema dei gruppi sociali, essa in quel momento viene a fondersi con lo Stato, perché solo lo Stato dà l'individualità o la personalità alla società civile, in quanto ne è la costituzione giuridica. Se però non si guardi la società nel suo insieme, ma negli elementi o gruppi che la compongono, tali gruppi sono o non sono soggetti di diritto? hanno una ragionevole esigenza per esserlo? Fortemente controversa è la natura delle persone giuridiche; quanto a me accetto l'opinione che esse non sono pure finzioni, ma date naturalmente dai compiti, che sorpassando

le forze dell'individuo, reclamano l'organamento, l'associazione, l'aggruppamento ⁴⁶). Ed è noto che tra le persone giuridiche date dal diritto antico, come le corporazioni e le fondazioni, nel diritto moderno presentansi persone giuridiche di una natura affatto speciale, quali p. es. le società commerciali, le società di mutuo soccorso, le società cooperative ecc. Ora la nozione della persona giuridica, identica nell'uniformità astratta del concetto giuridico, identica nella più universale ragione sociale, si differenzia per le forme, che assume, rispondenti ai diversi scopi sociali. E quando la personalità giuridica coincide con un corpo sociale, con una persona sociale (poiché il concetto della personalità sociale nel senso sociologico e più largo del concetto della persona giuridica) essa assume tale speciale natura, che può considerarsi come la forma, in cui, date certe condizioni, i gruppi sociali trovano la loro espressione in un proprio soggetto di diritto. La società dunque, che nel suo insieme ha la sua personalità giuridica nello Stato, nei suoi elementi ordinati a gruppi trova la sua personalità sotto la forma di persona giuridica, *universitas*, corpi morali, enti collettivi, secondo l'espressione usata dai nostri Codici ⁴⁷).

E quanto al secondo punto, quanto al rapporto sociale nel senso indicato, o alla materia del diritto, si differenzia esso dai rapporti di diritto privato e di diritto pubblico, cosicché questi rapporti entrino come un terzo termine nella distinzione tradizionale del diritto pubblico e del diritto privato? Astrattamente considerato il problema, non dubito di rispondere affermativamente. Le meravigliose forme di associazione moderna sorte dall'impulso dei bisogni delle infime classi, e specialmente delle classi operaie, danno origine a numerosi rapporti personali ed economici, che mal si adattano nella categoria storica del diritto privato e del diritto pubblico. Ma quando si procede alla clas-

sificazione, per la logica esigenza, che è una delle caratteristiche del diritto, quei rapporti possono presentarsi dal lato formale, ed in un certo modo, come un misto di diritto privato e di diritto pubblico. Cosicchè se dal lato astratto, e nella concezione organica del diritto, ai tre organi fondamentali del diritto, individuo, società e Stato, risponde nella scienza la tripla partizione di diritto individuale, diritto sociale e diritto di Stato o pubblico ⁴⁸), dal lato pratico la categoria del diritto sociale, posta di mezzo alle categorie tradizionali del diritto pubblico e del diritto privato, non appare chiara e ben definita. Osservando nell'insieme gli obietti della così detta legislazione sociale, così sviluppata in Inghilterra ⁴⁹), e che ora in Italia fa capolino in modesti tentativi ⁵⁰), vedesi che essa rannodasi ad una funzione di Stato, all'azione amministrativa, alla così detta amministrazione sociale, e riferiscesi per questo lato ad un ramo fondamentale assai importante e sviluppato del diritto pubblico moderno, cioè al diritto amministrativo. Ed è in questa sfera della legislazione che s'impone la questione già cenata dei limiti all'attività dello Stato, la quale ha destata tanta opposizione in Herbert Spencer, che è ora veramente il più schietto rappresentante dell'individualismo.

E citando Herbert Spencer, sorge naturale l'osservare che questo illustre scrittore, senza alcun dubbio uno dei più insigni rappresentanti dell'indirizzo sociologico, è avverso a qualunque ingerenza dello Stato, rammodernando con altre parole il concetto antico dello Stato di diritto, e giustificando sotto certi rispetti la teoria dei diritti naturali, i così detti diritti innati della vecchia scuola ⁵¹). Mentre molti suoi seguaci credono che la larga attività dello Stato nei fenomeni sociali sia una conseguenza diretta della sociologia. Non manca in Italia chi si aspetta una totale riforma della legislazione dall'odierno in-

diritto sociologico. E chi può negare che lo studio e l'osservazione dei fatti sociali, che o son già regolati dalla legge, o che pretendono di esserlo, o che vogliono essere regolati, sia di suprema importanza? E qui non discuto dei metodi di studio: i quali possono tutti essere un mezzo adatto a costruzioni scientifiche: anche l'analogia, così spesso abusata, tra i fatti e fenomeni sociali ed i fenomeni naturali può essere adatta a rivelare lati nuovi dei rapporti; ma la sociologia rispetto al diritto deve stare al suo posto. Essa è un nome nuovo dato alla filosofia del diritto, e dee serbarsi nei limiti a questa segnati per l'influenza rispetto alla legislazione ed alla scienza del diritto. Dappoiché lo studio filosofico del diritto, dicasi pure lo studio sociologico del diritto, rivela le ragioni del diritto, presenta un sistema di esigenze razionali rispetto al diritto; ma le ragioni del diritto non sono il diritto nella sua concreta e reale natura.

Ho tentato di presentare un quadro delle idee moderne intorno al diritto, alla società ed allo Stato, senza pretendere che esso sia completo; perchè a me è parso che spesso si trascurano rispetto al problema generale della legislazione ed alle specie della codificazione le influenze che tutte possono avere nel loro complesso, e si prendono a considerare talune di esse separatamente. La tendenza sociale nella legislazione è un fenomeno comune a tutte le nazioni civili di Europa, e non può essere disconosciuta. Essa è intuita dai legislatori, riconosciuta da peisatori di scuole opposte; il che è una prova che si erra nel considerare isolatamente i fatti sociali, come effetti di preconcetti teoretici di scuola, che se ne credono causa. E che la tendenza sociale abbia la sua influenza sui codici, io non nego certamente. Ma senza dividere le teorie individualiste dello Spencer, alle quali sono da lungo tempo avverso⁵²), credo che bisogna tenersi egualmente lontani dalle eccessive pretese so-

cialiste, che menerebbero ad uno stato oltrepotente, rinnovando, secondo l'espressione dello Spencer, una nuova forma di schiavitù, sopprimendo dalla sorgente ogni iniziativa della libera attività individuale. Cosicché io mi penso che si debba star fermi al moderno concetto dello *Stato* di diritto, apprezzando questa tendenza, come una tendenza storica correttiva e temperatrice della tendenza sociale. Lo Stato di diritto, nella sua più generale concezione, e lo Stato giuridicamente costituito, che funziona giuridicamente, e che trova nel diritto i limiti dell'attività propria⁵³). Cosicché nella realizzazione dello Stato di diritto e soprattutto importante che l'organismo costituzionale ed amministrativo dello Stato sia determinato con esattezza giuridica, e sia esattamente stabilita la sfera giuridica dell'attività dei pubblici funzionari, sin garentito ad ogni singolo il proprio diritto contro le possibili violazioni. Ma se i limiti all'amministrazione sono imposti dalla legge, e se la garentia del diritto dei singoli contro le violazioni dei pubblici funzionari deve trovarsi nel giudizio, chi impone i limiti alla legislazione? Limiti giuridici al potere supremo dello Stato nella sfera suprema della legislazione non possono segnarsi: ma s' impongono limiti etici, cioè le esigenze razionali della giustizia, quale è pensata e riconosciuta nella coscienza di un dato popolo in un determinato momento storico. Limiti etici sono le idee acquisite nella coscienza moderna dopo una lunga lotta storica, quali le così dette libertà individuali, riconosciute, formulate e garentite dalle costituzioni moderne. E limiti etici sono anche i diritti quesiti, in quanto è precetto di giustizia e di politica legislativa che le riforme giuridiche, che perturbano posizioni giuridiche ed economiche, legittimamente acquisite, siano prudentemente attuate, e dove esse riescano a violare diritti legittimi attinenti al patrimonio, stabiliscano anche

un conveniente indennizzo. Ed è questo il contrassegno specialmente della politica inglese, paragonata non senza ragione nel suo processo storico a quella dell'antica Roma. Ed un altro limite si ha finalmente nel concetto tradizionale del diritto privato.

A questo concetto tradizionale del diritto privato ligasi la concezione ultima, alla quale è giunta la scienza del diritto nel sistema delle materie, che ne formano l'obbietto. Ora il concetto del diritto privato e la sua distinzione dal diritto pubblico, sconosciuta ai greci, rannodansi al concetto classico del diritto romano; e quantunque la scienza non sia ancora giunta a precisare una definizione esatta del diritto pubblico e del diritto privato, e può dubitarsi se essa vi giungerà mai, pure nei varii tentativi per segnare la differenza tra queste due forme fondamentali del diritto e sempre a base il concetto classico e tradizionale del diritto romano. A questo concetto classico e tradizionale si accostano i due tipi di codici, già ricordati al principio di questo discorso, cioè il Codice francese ed il Codice austriaco. E fermandomi al codice francese, dal quale il nostro Codice deriva, se se ne toglie la parte, che riguarda l'acquisto e la perdita della cittadinanza, che è veramente materia propria di diritto pubblico, e che potrebbe benissimo essere messa fuori dal Codice civile ⁵⁴), gl'istituti trattati sono precisamente quelli, che concordemente ora vengono trattati e classificati nei sistemi moderni di diritto privato. E non si fraintenda il mio pensiero, inducendo che io creda possibile una precisa distinzione nelle materie giuridiche dal punto di vista formale del diritto pubblico e del diritto privato. Imperciocchè io credo che tutto il diritto privato si sviluppa sulla base del diritto pubblico, intero in un senso più largo di quel che siasi l'organizzazione propria dell'esercizio della sovranità dello Stato.

E qui non è il luogo di sviluppare una distinzione, che credo fondamentale nella scienza, cioè di un diritto pubblico in largo senso e di un diritto pubblico in senso stretto⁵⁵). Il diritto pubblico in largo senso investe tutti gli istituti di diritto privato, e quindi esso non può non ritrovarsi nel Codice civile; ma ora non è questione di concezione scientifica, ma del concetto di una codificazione civile, e nei rapporti di questa io opino che bisogna stare al concetto tradizionale del diritto privato, che si trova trasfuso nel Codice francese, e nel nostro Codice, che è ad esso esemplato.

Così sarà possibile che il concetto tradizionale del diritto privato ed il Codice civile continuino ad essere la rocca ferma del diritto individuale. Ed è per questo lato che io raccosto il concetto del moderno Stato di *diritto* con la questione della codificazione civile. Nelle materie del diritto privato, contenute nel Codice civile, che si riferiscono principalmente alla sfera di autonomia individuale, lo Stato ha un limite tradizionale della sua attività, e ciò specialmente nella sfera amministrativa. E con ciò non s'intende rinnegare un più ampio sviluppo della legislazione sociale, la quale procedendo dapprima per singole leggi, potrà in seguito elevarsi anche ad una sintesi, come una specie di codificazione, che stia accanto al codice di diritto privato, e che con esso si armonizzi.

Le riforme legislative non avvengono solo sotto l'influenza di speciali sistemi: nella lotta di sistemi scientifici niuno ha diritto di imporsi al legislatore. Le esigenze sociali e storiche possono trovare una diversa spiegazione da vedute sistematiche della scienza: queste possono affrettare le riforme legislative, che ad esse soddisfino; ma quando quelle esigenze determinano la forma positiva del diritto, esse hanno avuto un riconoscimento ben più solenne, poiché, come idee nazionali e forze

sociali, sono state riconosciute nel campo proprio dell'elaborazione del diritto positivo, che è la coscienza del popolo. E quando vi è lotta di scuole e di tendenze opposte, sul terreno pratico il legislatore si attiene alle tradizioni esistenti, al diritto costituito, poichè il diritto positivo è eminentemente conservatore. E se ciò vale in una certa misura in tutti i varii rami del diritto, tal precetto s'impone prevalentemente nel campo del diritto privato, e ciò sia come interna esigenza di questo ramo del diritto, sia come effetto della tendenza all'ordinamento di uno *Stato* di diritto nel moderno senso della parola.

In conclusione a me pare che bisogna star fermi al concetto tradizionale delle materie, che fan parte del Codice civile: che anzi anche l'aspirazione più modesta, che non sia una nuova concezione sistematica di un così detto codice di diritto privato sociale ⁵⁶), la fusione dei due rami fondamentali del diritto privato, cioè il diritto civile ed il diritto commerciale, non è desiderabile ⁵⁷). È bene che nella legislazione di diritto privato vi sia un punto fermo, che più resista ai cangiamenti, alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni, ed è noto che il diritto commerciale per la sua stessa natura è più mobile, poichè veramente in quel ramo del diritto la vita moderna ha create e va creando ogni giorno nuove forme di rapporti, che esigono la garentia nella formula positiva della legge.

Opinando però che il codice civile sia mantenuto nel suo concetto tradizionale, io non nego che esso qua e là apparisca difettoso, che alla scienza incomba di preparare le riforme; in conseguenza e da salutare con gioia il risveglio negli studii del diritto civile, salutando ed apprezzando i tentativi nei varii indirizzi, i quali han tutti il loro pregio, e solo debbono mantenersi in una certa misura. Al progresso della scienza del

diritto contribuisce e l'opera dell'interprete, che giovandosi dell'elemento storico del diritto e dell'elemento razionale tenta elevarsi al vero pensiero della legge e si sforza di precisare le teorie giuridiche in una costruzione scientifica, e l'opera di chi elevandosi sulla nuda esegesi, sforzasi di rannodare a sistema la svariata serie delle regole di diritto privato, e l'opera del giurista filosofo, che, apprezzando le esigenze sociali dell'epoca moderna, addita le influenze che esse debbono avere nella legislazione e nella scienza. E se a me pare che il Codice civile nelle sue linee generali debba rimanere invariato, non credo che la scienza nella trattazione del diritto privato debba seguirlo pedissequamente. La concezione scientifica del sistema del diritto civile non è ligata al sistema legislativo, ed il giurista può riannodare all'esposizione fondamentale degli istituti, la serie dei rapporti che ad essi si connettono, attinenti alla legislazione sociale ed a qualunque altro ramo della vita giuridica.

SIGNORI

Noi viviamo in un tempo, nel quale manifestasi una tendenza all'organizzazione delle classi sociali, quali organi delle funzioni vitali della società civile. Quale che sia la forma di questa organizzazione, noi che abbiamo l'onore di rappresentare nell'Università l'alta cultura nazionale, dobbiamo avere la coscienza degli obblighi che la funzione stessa ci impone. E questi obblighi sono gravi e svariati: incombono a noi Professori, come a voi, giovani egregi, ai quali ora mi si permetta, che io diriga la parola. Voi siete nati in un tempo

ben piu felice di quello, nel quale noi nascemmo, ci istruimmo e ci educammo. Avete l'unita della patria, liberi ordinamenti, non una perfetta organizzazione degli alti studii, ma certo largo materiale e molteplici condizioni di sviluppo intellettuale. Senza la boria di primati, ma anche senza la deprimente sfiducia alle proprie forze nazionali, noi dobbiamo parteciuare al gran movimento civile europeo in tutte le sfere ed in tutte le direzioni; nelle armi, nella politica, nell'economia e nella scienza. E la patria confida in voi, nel vostro ingegno ed in un forte e perseverante volere, senza del quale non si combattono nè si vincono le ardue battaglie della vita e della scienza.

NOTE

1) Discorso di GIUSEPPE PISANELLI in difesa dei Signori *Margarita*, Napoli 1876, pag. 80.

2) Vedi specialmente HUC, *Le code civil italien et le code Napoleon*.

3) La questione del metodo è stata trattata recentemente con calore da giovani e valenti professori italiani. Vedi BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano*, Bologna 1881, GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la quistione del metodo in Italia nel Filangieri* dispensa di dicembre 1881, CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, Roma 1881.

4) Vedi la mia monografia, *L'usufrutto successivo e la sostituzione fedecommissaria nel loro rapporto e sviluppo storico*, inserita nella *Giurisprudenza italiana* Vol. XXX, Torino 1878. Il diritto romano si coltiva con grande amore nelle Università italiane, e lo studio di esso ha esercitato ed esercita una benefica influenza nei tentativi che si van facendo di un rinnovamento anche negli studii del diritto civile odierno. Conf. la mia *Enciclopedia giuridica* p. 34, 35. 3.^a ed. Napoli 1885.

5) Vedi SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Palermo 1885. Del resto anche prima di questo scritto si era rilevata la necessita per la scienza del diritto civile di un più profondo studio del diritto intermedio. Con questo indirizzo sono stati fatti alcuni lavori di diritto civile dal Prof. De Crescenzo, dal Prof. V. Scialoia, e da me. Ora una schiera di giovani giuristi segue questo metodo: cito il Chironi, il Polacco, il Gianturco, ecc. Ma ci badi a non esagerare l'esigenza della ricerca storica: l'elemento storico è mezzo e non fine di una trattazione sul diritto vigente.

6) Nella mia prima edizione dell'Enciclopedia giuridica (a. 1873) io faceva voti, perchè nella esposizione del diritto vigente italiano si usasse anche la forma sistematica. Vedi § 19 in fine. Il primo che abbia trattato il diritto odierno sistematicamente sotto l'impero del vigente Codice è stato DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile comparato*. Il PACIFICI MAZZONI,

che nelle sue istituzioni di diritto civile aveva prima seguito l'ordine del Codice, nella terza edizione si propose di ordinarle a sistema scientifico, e pubblico il primo volume egli stesso, discorrendo con gran senno del sistema nella introduzione. Il lavoro; rimasto interrotto per l'imatura morte dell'autore, e stato continuato dai suoi discepoli Avv. Coen ed Anau. Infine sono qui da ricordare le *Istituzioni di diritto civile* del Prof. GIANTURCO, delle quali è completa la Parte generale, ma la Parte speciale si arresta al matrimonio.

7) Sotto un certo punto di vista non sono ingiustificate le difficoltà, che rileva un altro egregio professore italiano, il Melucci, per l'organizzazione sistematica del diritto civile italiano. Vedi MELUCCI, *Metodo e questioni di diritto civile*, Torino 1884, p. 15. Ma queste difficoltà non sono insuperabili. È chiaro poi che trattandosi di metodo sistematico s'intende la concezione di un ordine, che si allontani dall'ordine del Codice. Questo è il significato tradizionale del metodo sistematico in contrapposto del metodo, che segue l'ordine legale. Il Cogliolo, combattendo il Melucci per le sue idee sulla trattazione del diritto odierno, dice che la questione non è ben posta, poiché anche il Codice ha il suo sistema. Ciò è elementare, e niuno lo ignora; ma non è in questo senso che si è discusso del metodo sistematico da che si è formata la concezione di un sistema di diritto che si allontani dall'ordine di un dato diritto positivo. Vedi COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, p. 87, Torino 1885.

8) Vedi VADALA-PAPALE, *Il codice civile italiano e la scienza*, Napoli 1881, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, Trani 1883 (Estratto dalla Rivista della Giurisprudenza di Trani a. VIII. Fascicolo VIII), *La scienza del diritto civile*, Catania 1885. A questo indirizzo si rannoda il CIYBALI, *La nuova fase del diritto civile*, Torino 1885, lavoro notevole, che qui non posso sottoporre ad una minuta revisione.

9) GROT. *De i. b. ac. p. Prol.* § 30.

10) Specialmente negli scritti: *De naevis et emendatione jurisprudentiae romanae, Ratio corporis juris reconcinandi.*

11) Il sistema seguito dal Codice prussiano fonda sul così detto principio dei *diritti subiettivi*. L'uomo come soggetto di diritto presentasi in un duplice rapporto: come individuo e come membro di una comunanza sociale o politica. Di qui la distinzione del codice in due parti: nella prima trattasi della persona come soggetto di diritti patrimoniali, nella seconda trattasi della persona nei rapporti della famiglia, della società e dei ceti, e nei rapporti dell'organismo dello Stato. Vedi pel giudizio di questo sistema, BEHREND, *Die neueren Privatrechts-Kodifikationen* (HOLTZENDORFF *Encyclopädie* p. 367, 4.^a edizione, Leipzig 1882), FÖRSTER, *Preussisches Privatrecht* I. § 7, DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, § 7.

12) Sullo sviluppo storico del concetto dei diritti innati vedi la mia *Enciclopedia giuridica*, p. 29. Le prime tracce di *diritti naturali*, fondati sopra uno *status naturae* ed un *ius naturae*, si hanno già nei retori e nei sofisti greci, *Schol. ARIST. Rhét.*, l. 13, *Pol.* I. 2, 3. Vedi ONCKEN, *Die Staatslehre des Aristoteles* II. p. 33, Leipzig 1875. Conf. MIRAGLIA, *Il concetto storico dei diritti innati*, Napoli 1881.

13) Anche il concetto di un contratto sociale ha i suoi precedenti nella teoria dei sofisti greci. PLAT. *De Rep.* p. 358 e., 359 a. ARIST. *Pol.* III. 5, II. Esso è accennato anche in qualcuno dei così detti precursori della scuola del diritto naturale (ALBERTO BOLOGNETO m. 1585). Vedi KALTENBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius* p. 178, Leipzig 1848; ma trova il suo sviluppo da Grozio a Rousseau, e perdura sotto certi rispetti in Kant ed in Fichte. Vedine le prove nella mia *Enciclopedia giuridica*, p. 231 e seguenti.

14) GROTIUS. *De i. o. ac.* p. I, 1, 14: *Est autem civitas coetus perfectus liberorum hominum, IURIS FRUENDI et communis utilitatis causa sociatus.*

15) PUF. *De iure nat. et gen.* lib. VII: Cap. II, § 13. *Unde civitatis haec commodissima videtur definitio, quod sit persona moralis composita, cuius voluntas, ex plurium pactis implicita et unita, pro voluntate omnium habetur, ut singulorum viribus et facultatibus ad PACEM et SECURITATEM communem uti possit.* Conf. VII, l. §§ 7 e seguenti.

16) Vedi BEHREND o. c. p. 365, DERNBURG o. c. §§ 4, 5, FÖRSTER o. c. § 1. BETHMANN HOLLWEG, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, p. 18 e seguenti, Bonn 1876.

17) Conf. le opere citate nella nota precedente. L'elaborazione del progetto che ebbe la sanzione legislativa fu l'opera di una commissione di sette membri, presieduta dal Gran cancelliere CRAMER, ma della quale fu l'anima il JUAREZ. Vedi le opere citate. Conf. anche FISCHER, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, p. 2, Berlin 1886.

18) BETHMANN HOLLWEG o. c. p. 26. Conf. inoltre le opere citate del Forster e del Dernburg.

19) Sulla storia della codificazione in Austria conf. BEHEREND o. c. p. 369 e seguenti, UNGER, *System des Oesterr. Allgemeinen Privatrechts*, p. 5 e seguenti. Conf. BETHMANN-HOLLWEG o. c. p. 28 e seguenti.

20) THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines Allgemeinen Burgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814.

21) SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

22) Conf. STAHL, *Philosophie des Rechts*, I. p. 584 3.^a edizione, Leipzig 1856.

23) Conf. per le notizie BEHREND o. c. in HOLTZENDORFF, *Ency.* p. 378 e seguenti. Conf. lo scritto già citato di BETHMANN-HOLLWEG *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*. GNEIST, *Rechtsstaat*, 2.^a ediz. Berlin 1879 p. 323 dice: « È certo che la nostra unita giuridica troverà in un codice civile il suo coronamento ». Vedi anche WINDSCHEID, Prefazione alla quarta edizione del suo eccellente libro sulle Pandette.

24) BETHMANN-HOLLWEG o. c. p. 30.

25) Per le mie idee intorno al concetto del diritto, vedi *Enciclopedia giuridica* p. 7. Io ammetto una *idea suprema ed assoluta* del diritto; ma il diritto non è solo idea, deve avere la sua realizzazione. E in questa sua realizzazione che si ha il diritto vero e concreto. Intorno alla relazione tra il concetto del *diritto naturale* e del *diritto positivo*, vedi il mio scritto *Del concetto del diritto naturale e del diritto positivo nella storia della filosofia del diritto*, Napoli 1874.

26) Sull'idea del giusto in Platone, vedi la mia *Dottrina dello Stato nell'antichità greca* p. 23. Napoli 1873 Il τὰ αὐτοῦ πράττειν (*l'attuazione del proprio compito nella propria sfera*) implica un rapporto tra le varie parti organiche della Psiche e dello Stato. Più esplicito ARISTOTILE *Eth. Nic.* V. 3. Si ricordi la duplice distinzione della giustizia in *aritmetica* e *geometrica* secondo la duplice proporzione cioè la *proporzione aritmetica* e la *geometrica* (ἀναλογία ἀριθμητική, ἀναλογία γεωμετρική). Vedi *Dottrina dello Stato* p. 35. Dante definì il diritto: *ius est realis et personalis hominis ad hominem* ΠΡΟΠΟΚΤΙΟ, *quae servata hominum servat societatem, corrupta corrumpit*. MON. Lib. II, Cap. 5. Vico disse: *Ius est in natura utile* ΑΕΤΕΚΝΟ COMMENSU AEQUALE. De u. u. i. p. et f. u. § 44.

27) JHERING, *Zweck im Rechte*, p. 357, 358. Vol. I. Leipzig 1877.

28) KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung* §§ B. C.

29) KANT, o. c. II. § 45. « *Stato giuridico* » dice Kant in altro luogo « è quel rapporto degli uomini tra loro, che contiene le condizioni sotto le quali ciascuno può essere partecipe del suo diritto » Kunt o. c. I, 3. §. 41.

30) *Rapporto giuridico*, secondo FICHTE, e quel rapporto tra due essenze razionali, mediante il quale ciascuna di esse deve limitare la sua libertà pel concetto della possibilità dell'altrui libertà, sotto la condizione che l'altro limiti in egual modo la libertà sua. FICHTE, *Grundlage des Naturrecht I*, p. 49. Jena 1796. Il reciproco riconoscimento dei diritti deve essere assicurato da un'alta forza, che si costituisce nello Stato. Ciò avviene mercè il *patto d'unione*. FICHTE o. c. II, p. 17, 18. Vedi la mia *Enciclopedia giuridica* 3.^a ed. p. 236.

31) FICHTE, *Das System der Rechtslehre aus Vorlesungen* p. 539, 540. Bonn 1834. Conf. la mia *Enciclopedia Giuridica* p. 236, 237. Sul concetto dello *Stato di diritto*, come è posto da Kant e dalla sua scuola, credo utili ancora delle osservazioni. Si è notato che i precedenti della teoria di uno Stato di diritto si avevano già in Grozio ed in Pufendorfio: lo *Stato di diritto* kantiano si sviluppa, non abbandonandosi del tutto il concetto di un contratto sociale, KANT, *Met. Anfangs. d. Rechtslehre* II, § 47. Ma il *contratto* nel sistema di Kant ha tutt'altro significato che il *contratto* nell'ipotesi del Rousseau. L'entrare nello Stato non è arbitrario; ma è una *necessità razionale*, e Kant considera come una inutile ricerca quella di vedere se realmente un contratto (*pactum subiectionis civilis*) sia avvenuto, come fatto, per un dato popolo. KANT, o. c. II, § 49. L'idea del contratto si ha anche in Fichte. FICHTE, *Grundlage* e. p. 17, 18 e seguenti, p. 97. Vedi sop. not. 29. Conf. *Enciclopedia giuridica* p. 236. Ma il carattere dello *Stato di diritto* nel senso kantiano sta nella concezione del diritto, come lo scopo dello Stato. E perciò che esso teoricamente contrapponesi alla concezione dello Stato in Leibnitz e Wolfio, i quali lo riponevano in generale nel *perfezionamento sociale*. Questo principio abbozzato appena dal Leibnitz fu sviluppato da Wolfio in un ideale di Stato, che, curando il benessere universale della società, riusciva ad invadere ogni sfera della vita. Ad uno Stato, che si proponga un tale scopo, la felicità, il benessere, fu dato il nome di *Stato di polizia*, che è lo Stato delle monarchie assolute. La teoria di Wolfio risponde alla posizione dello Stato dei suoi tempi, ed essa ebbe favorevole accoglienza in Europa. In questo senso contrapponesi con ragione lo *Stato di diritto* nel senso kantiano al così detto *Stato di polizia*. Infatti Kant dice: « Scopo dello Stato non è la felicità, ma il più grande « accordo della costituzione coi principii del diritto ». *Met. Anf. der Rechtsl.* II, § 49 in fine. Per i seguaci dello *Stato di diritto* il nome di *Stato di polizia* divenne un nome avvilitivo di partito, come nota il TRENDLENBURG, *Naturrecht* § 151. Infatti riscontra WELCKER v. *Staatsverfassung* nel dizionario di ROTTECK e WELCKER vol. XII, p. 367.

32) SAVIGNY, *Syst. des Röm. Rechts* I, p. 22.

33) Su Schelling conf. STAHL, *Geschichte der Rechtsphilosophie* p. 403 seg., GEYER, *Ges. und Syst. der Rechtsphilosophie* p. 69 e seg. Innsbruck 1863.

34) HEGEL, *Philosophie des Rechts* p. 257. Berlin 1821.

35) S'invoca lo *Stato di diritto* in seguito al conflitto tra il governo prussiano ed il Parlamento, conflitto sorto a proposito dell'aumento dell'esercito, dopo il cambiamento di ministero dell'anno 1858. Vedi GNEIST, *Kochsstat* p. 215 e seg.

36) GNEIST o. c. p. 217 e seg. In Italia il problema della *giustizia nell'amministrazione* in relazione alla retta funzione di un governo parla-

mentare e stato posto chiaramente da un illustre uomo di Stato, il deputato SPAVENTA, nel suo stupendo discorso tenuto all'associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880.

37) Riscontra MOHL, *Polizeiwissenschaft, Einleitung, Litteratur der Staatswissenschaft*, I, 297, e seg., *Encyclopädie der Staatswissenschaften* p. 44. Conf. anche del Mohl l'articolo pubblicato nel dizionario di Rotteck e Welcker v. *Polizei* Vol. X. Che il concetto dello Stato di diritto in Mohl rappresenta un progresso rispetto al concetto kantiano, e notato anche dal TRENDELENBURG, *Naturrecht* § 131. Anm.

38) GNEIST, *Rechtsstaat* p. 33.

39) STAHL, *Rechtsphilosophie* III, p. 37. Heidelberg 1856.

40) MONTESQUIEU, *Esprit des loix* lib. XI, cap. 4.

41) Riscontra SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege* p. 36 e seg. Tübingen 1880.

42) GNEIST, *Rechtsstaat* p. 1.

43) BÄHR, *Rechtsstaat* p. 17.

44) Conf. la mia *Enciclopedia giuridica* p. 206 testo e nota 1. 3.^a edizione Napoli 1883.

45) ROSLER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* vol. I, § 2 pone il concetto giuridico della società a base del così detto diritto amministrativo sociale. Al contrario e da altri negato che la società sin un concetto giuridico, un subietto di diritto. Vedi G. MEYER *Lehrb. des deutsch. Staatsrechts* p. 4. Leipzig 1878. LABAND, *Staatsrecht* p. 101 n. 1.

46) Vedi la mia *Enciclopedia giuridica* § 31

47) Cod. civ. art. 2, Cod. comm. art. 77, 235, 239. La recente legge del 13 aprile 1886 pel conseguimento della personalità giuridica da parte delle società operaie di mutuo soccorso usa l'espressione *personalità giuridica* (art. 1), ed anche quella di *corpo morale* ed *enti collettivi* (art. 11, 12).

48) Vedi *Enciclopedia giuridica* § 23.

49) Vedi HERBERT SPENCER, *L'individuo e lo Stato* (trad. ital.) p. j e seg. Firenze 1885.

50) Dei pochi progetti presentati al Parlamento italiano sotto il nome di *leggi sociali*, due sono riusciti, dopo varie vicende, a divenire leggi dello Stato in questo stesso anno (1886), cioè la legge sul lavoro dei fanciulli dell' 11 febbraio 1886, e la legge sulla Personalità giuridica delle società di mutuo soccorso del 15 aprile 1886. Il disegno di legge sulla istitu-

zione dei Probi-viri, presentato dal ministro Berti alla camera dei deputati (30 maggio 1883), quello sulla istituzione di una cassa nazionale delle pensioni per gli operai, presentato in due progetti, l'uno del Berti (19 febbraio 1883), l'altro del Grimaldi (1 giugno 1885), non sono stati mai discussi in Parlamento. Un progetto di legge sulla responsabilita civile dei padroni, imprenditori ed altri committenti per i casi d'infortunio, fu presentato prima per iniziativa dei deputati Minghetti, Luzzatti, Villari e Sonnino (9 giugno 1880). Il ministro Berti presento un nuovo progetto alla camera il 19 febbraio 1883. Successe il progetto della Commissione parlamentare (Relatore Chimirri). Dalla discussione parlamentare, in seguito ad emendamenti del ministro Grimaldi al progetto Berti, fu approvato un progetto di legge (15 giugno 1885), che fu presentato al Senato il 17 giugno 1885 dallo stesso Grimaldi. L'ufficio centrale del Senato porto radicali innovazioni al progetto. (Vedi Relazione *Vitelleschi* 2 aprile 1886). Il progetto gia approvato nella camera dei deputati incontro nella discussione forti opposizioni, e l'approvazione ne è stata sospesa.

51) Vedi il libro gia citato di SPENCER, *Individuo e Stato*. Sul concetto dei *diritti naturali* specialmente p. 140.

52) Per le mie idee sullo Stato rimando di nuovo alla mia *Enciclopedia giuridica*; vedi specialmente §§ 83, 86 ed 87 in fine. Chieggo scusa al lettore per questi frequenti rimandi ad un mio scritto.

53) Come ho di sopra cennato p. XVI, lo *Stato di diritto* nel senso moderno non è lo Stato che ha per solo scopo il diritto: oltre allo scopo del *diritto*, lo Stato ha anche quello del *benessere* e della *cultura*. Ma lo Stato assumendo questi scopi, promovendo anzi in un modo universale tutti i fini della societa umana, assume nella sua funzione la forma del diritto. Su questi concetti vedi *Enciclopedia giuridica* pag. 222, 223, 243.

54) Cio è implicitamente riconosciuto nella *Relazione della Commissione del Senato* sul Codice civile (Rel. VEGLIANI).

55) Vedi la mia *Enciclopedia giuridica* § 23.

56) Vedi VADALA-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, e specialmente dello stesso autore, *La scienza del diritto civile* p. 45 e seguenti, CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile* p. 26 e seguenti, p. 352 e seguenti.

57) CIMBALI o. c. p. 358.