

AUGUSTO THON

NORMA GIURIDICA
E
DIRITTO SOGGETTIVO

(Rechtsnorm und subjectives Recht)

PRIMA TRADUZIONE
CON UNO STUDIO INTRODUTTIVO ED ANNOTAZIONI



CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. A. MILANI
PADOVA 1939-XVII

Proprietà letteraria

PRINTED IN ITALY

PADOVA — OFFICINE GRAFICHE — « STEDIV » 1939-XVII (219)

L'opera scientifica di Augusto Thon.

I.

Uno dei nostri più fini critici scriveva, tempo fa, che i centenari dovrebbero servire, meglio che a magnificare la gloria dei grandi, i quali, anche senza il richiamo di tali ricorrenze, vivono nella memoria dei posteri, a rinfrescare la fama di personaggi di minore statura, la cui opera meriti di essere tuttavia ricordata. Quest'arguta osservazione, che PIETRO PANCRAZI faceva a proposito degli uomini di lettere, si può ripetere anche pei cultori del diritto.

Non rammento (per fare un solo esempio) se, nel 1918, — quando in Germania, anzi in tutta Europa, si aveva altro a cui pensare, — sia stato celebrato, se non con qualche articolo di rivista (cfr. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1918, col. 480-82) il centenario della nascita di RODOLFO VON IHERING. Ma ardisco affermare che anche adesso, ad oltre vent'anni di distanza da quella data, ed a ben più di quaranta dalla morte di lui, non ci può essere, in nessun paese, giurista che si rispetti, il quale non conosca il geniale pensiero e — quand'anche non creda di poterne seguire l'una o l'altra veduta, — non onori la fama dell'Autore del *Geist des Römischen Rechts* e dello *Zweck im Recht*.

Il nome di AUGUSTO THON non ha, certo, una risonanza così vasta, nemmeno nel mondo giuridico. Ragion di più, secondo me, per approfittare del centenario della sua nascita, — anche se non saremo in molti a rammentarci ch'egli vide la luce nel 1839, — allo scopo di richiamare l'attenzione degli studiosi di diritto sopra la sua tuttora notevole opera scientifica. Su questo libro, in particolare, che oggi esce in veste italiana, e che, a parer mio (e di tanti altri, incomparabilmente più autorevoli di me), è degno di essere ancora letto e meditato da quanti abbiano in pregio la severità del metodo giuridico, ed intendano come l'imparare

a conoscere ed a discutere teorie, se pure non tutte accettabili nella sostanza, tutte meritevoli d'essere sottoposte al vaglio della critica, costituisca un ottimo addestramento del pensiero scientifico.

Io tradussi questo volume alcuni anni or sono, non dirò proprio per sollazzo, ma, appunto, per mio esercizio, sia giuridico, nel senso ora accennato, sia linguistico, per domare, cioè, con la necessità di precisare per iscritto il significato d'ogni parola, tecnica e comune, la mia scarsissima disposizione ad apprendere gl'idiomi stranieri. Ma, forse, non mi sarei mai deciso a trarre fuori dal cassetto questa mia traduzione, per mantenere, finalmente, dopo un'accurata revisione, la vecchia promessa fatta all'animoso editore di lasciarla pubblicare, se a ciò non mi avesse dato l'ultima spinta la ricorrenza centenaria della nascita di AUGUSTO THON.

Movente meramente estrinseco, d'accordo. Ma, pur sempre, occasione per ricordare anche alle nuove generazioni di giuristi il nome ed i meriti d'uno scrittore, poco fecondo sì, ma che, specialissimamente per quest'opera, molti della mia e della precedente generazione, nel suo paese ed anche altrove, hanno considerato e considerano un Maestro della teoria generale del diritto. Occasione opportuna, per rimettere in circolazione un'opera come questa, che da un cultore di studi giuridici, filosofici e psicologici, HANS FRIEDRICH REICHEL, fu detto poter essere annoverata «fra le poche opere classiche della scienza giuridica di tutti i popoli e tempi, fra le poche opere giuridiche che anche la filosofia non può trascurare» (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, col. 1075-76). Vero è che tale giudizio, allo stesso devoto traduttore può sembrare, forse, un tantino iperbolico; ma è pur certo che, anche se questo libro, èdito a Weimar (Hermann Böhlau; oggi Hermann Böhlau's Nachfolger) nel 1878, non è più stato ripubblicato, nè mai tradotto in altra lingua, ciò non dimostra minimamente ch'esso meritasse di cadere in un rapido oblio. A sfatare, in chi per caso la nutrisse, tale errata supposizione, basterebbero i seguenti fatti: la grande considerazione in cui tennero quest'opera insigni giuristi, sia in Germania, sia fuori, come il WINDSCHEID ed il CHIOVENDA, che spesso la rammentano nei loro scritti, o, per fare un solo altro nome, il compianto CAMMEO, il quale soleva raccomandarne il grande valore formativo per la mentalità giuridica; le citazioni, che ancora oggi, a tanta distanza di tempo, se ne vedono in lavori tedeschi e stranieri; la ricerca, che si continua a fare di questo volume esauritissimo nell'unica edizione ch'ebbe, ciò ch'è dimostrato dai prezzi molto elevati che gli si attribuiscono nei cataloghi antiquari, quando se ne incontra la menzione.

II.

Prima di parlare in generale dell'opera scientifica del THON, ed in particolare di alcune teorie sostenute in questo libro che presento tradotto al pubblico, dirò, in pochi cenni, della sua vita. Vita di studioso, di professore di diritto dalla giovinezza alla morte, che non presenta avvenimenti degni di rilievo, e si può pertanto compendiarne in rapidi dati di carriera, oltre che nei titoli dei suoi lavori.

Di quanti tra questi sono riuscito a trovare (non posso escludere assolutamente che, malgrado le mie diligenti ricerche, e le notizie fornitemi di Germania, qualcuno me ne sia sfuggito), nonchè delle due, certamente, più ampie e notevoli critiche di questo volume, quelle di CARLO BINDING e di ADOLFO MERKEL, dò subito indicazione precisa in nota (1). Ciò mi permetterà di procedere più spedito nel corso di questa

(1) SCRITTI DI AUGUSTO THON:

1) *Zur Lehre von den in factum actiones*. «*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*», II. B., 2. Heft, pp. 239-310 (Weimar, H. Böhlau, 1863; estr. in 16° di pp. 74).

2) *Das Jus Offerendi des besseren Pfandgläubigers nach Römischen Rechte*. Eine civilistische Abhandlung geschrieben zur Erlangung der Erlaubniss an der Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg Vorlesungen zu halten. 16°, pp. 62. Heidelberg, Bangel u. Schmitt, 1863.

3) *Zu §. 345 des Strafgesetzbuchs*. Ein Rechtsfall. «*Der Gerichtssaal*» (Stuttgart), B. XXVI (1874), pp. 109-17.

4) *Rechtsnorm und subjectives Recht*. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. 8°, pp. XVII-374. Weimar, Hermann Böhlau, 1878.

5) *Der Rechtsbegriff*. Im Anschluss an das Werk: «*Der Zweck im Recht*» von Rudolph v. IHERING, I. Band, 1877. (GRÜNHUT'S) «*Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart*» (Wien), VII. B. (1880), pp. 231-63.

6) *Die rechtsverfolgende Einrede* (IHERING'S) «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*» (Jena), XXVIII. B. (N. F., XVI.), 1889, pp. 37-84.

7) H. G. HEUMANN, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*. VII. u. VIII. Auflage herausgegeben von A. THON. Jena, Gustav Fischer, 1891 e 1895.

8) *Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte*. «*Archiv für die civilistische Praxis*» (Freiburg i. B.), 80. B. (N.F., 30. B.), 1. Heft, pp. 63-102 (1893). Il saggio, con lievi mutazioni, è tratto dalla «*Festgabe*» della Facoltà di Jena per B. W. LEIST (1891), la quale pare non fosse in commercio.

9) *Von dem Begriffe der Verursachung, wie der Jurist sich desselben in Lehre und Rechtsprechung bedient*. (Come si dirà, a suo luogo, nel testo, questo è il titolo, sotto il quale suole essere citato tale scritto del THON. Ma, per esattezza

mia Introduzione, con l'ovvia avvertenza che il richiamo in parentesi dei varii scritti in essa citati si riferisce agli estratti od ai periodici, minutamente ricordati qui a piè di pagina.

Parecchie di queste notizie bibliografiche (che ho riscontrate e completate con indagini personali, ed approfondite, naturalmente, con la lettura di tutti gli scritti dei quali mi varrò), e quasi tutte le notizie biografiche (oltre quelle facilmente reperibili in vecchie annate del *Wer ist's?*, e le poche altre complementari che ho racimolate qua e là) sono state cortesemente fornite, a séguito d'una richiesta rivolta al Preside della Facoltà Giuridica di Jena, dal Prof. Dr. JUSTUS WILHELM HEDEMANN, che, degno successore del THON a quell'Università, v'insegnava fino al suo recente passaggio a Berlino.

Il THON, nato a Weimar il 18 febbraio 1839, era figlio del Dr. Gustavo, Ministro di Stato del piccolo, ma illustre nella storia della cultura, Granducato di Sassonia-Weimar. Al padre egli dedicava « con cuore riconoscente » la sua maggiore opera, la *Rechtsnorm*, nel 1878. I due nomi di battesimo ch'ebbe il THON, — quello di AUGUSTO, il solo

bibliografica, si deve avvertire che l'opuscolo *non porta in copertina nessun accenno* al contenuto scientifico del discorso, ma è intitolato semplicemente: *Festrede gehalten in der Universitätskirche zu Jena zur Akademischen Preisvertheilung am 16. Juni 1894 von Dr. AUGUST THON, Professor der Rechte, d. Z. Prorektor.* 8°, pp. 43 (la parte scientifica a pp. 3-32, poi notizie universitarie, le note al testo scientifico a pp. 37-43). Jena, G. Neuenhahn, 1894.

10) Recensione di: OSKAR BÜLOW: *Das Geständnisrecht* (Freiburg i. B., 1899). « *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess* » (Berlin), B. XXVII (1900), pp. 366-75.

11) *Der Normenadressat*. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre. « *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* » (Jena), 50. B. (II. F., 14.), 1906, pp. 1-54.

12) *Eventualaufrechnung*. « *Jherings Jahrbücher* », 60. B. (II. F., 24.), 1912, pp. 365-406.

Le principali recensioni dell'opera: *Rechtsnorm und subjectives Recht* — che, per la loro ampiezza, potrebbero chiamarsi vere note critiche, — sono, come si avvertiva nel testo, quelle, apparse poco dopo il detto volume, di:

— (KARL) BINDING, nella rubrica: *Zur Literatur der allgemeinen Rechtslehre*, in « *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* » (München), N. F., B. II. (der ganzen Folge, XXI. B.), 1879, pp. 542-82;

— ADOLF MERKEL: *Rechtsnorm und subjectives Recht* mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. THON, (GRÜNHUT'S) « *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart* » (Wien), VI. B. (1879), pp. 367-96; ristampato in « *Hinterlassene Fragmente und gesammelte Abhandlungen* » dell'A., II. Theil, 1. Hälfte (Strassburg, Trübner, 1899), pp. 373-99.

con cui egli firmò tutti i suoi scritti, era preceduto, secondo le notizie comunicate da Jena, da quello di CRISTIANO, — tali due nomi, dico, mi fanno ritenere ch'egli appartenesse alla famiglia d'un giurista omònimo del secolo XVIII^o, il quale nel 1775 pubblicava a Jena uno scritto: *De effectu fori concursus creditorum*.

AUGUSTO THON seguì gli studi giuridici dal 1857 al 1861, in più d'una Università: a Heidelberg, a Gottinga, a Jena. Durante questo periodo prestò per breve tempo servizio militare, quando — com'egli stesso annotò, — le prospettive di guerra del 1859 lo determinarono a lasciare l'Università e ad arruolarsi volontario nelle truppe del Granducato; ma poco appresso, seguita la smobilitazione, il THON si congedò e ritornò ai suoi studi.

Un tema, messo a concorso nel 1861 dalla Facoltà di Jena, — « *expnatur de successione in locum creditoris pignoratitii secundum jus romanum* » — concorso, ch'egli vinse con grande onore, offerse al Nostro l'argomento della dissertazione per la laurea, che ottenne molto brillantemente nel medesimo anno. Cotesto primo lavoro scientifico non fu mai integralmente pubblicato. Ma, come si rileva da un'avvertenza all'inizio del secondo degli scritti stampati, che di lui si conoscano, — *Das Jus Offerendi ecc.*, — quest'ultimo saggio, col quale l'Autore otteneva nel 1863 la libera docenza all'Università di Heidelberg, non era che una parte del lavoro premiato a Jena due anni avanti.

Nel frattempo egli si era avvicinato anche alla pratica forense, superando nel 1862 e nel 1863 i due esami di uditore giudiziario e di assessore. Tali contatti con la pratica del diritto, che gli servirono di correttivo alle astrazioni eccessive di cui già allora incominciava a compiacersi la dogmatica, e che gli permisero di saggiare al cimento della viva esperienza la portata di teorie proprie ed altrui, tali contatti, dico, il THON li tenne durante tutta la sua carriera scientifica. Nel 1866 era nominato assessore al Tribunale distrettuale di Eisenach, nel 1871 procuratore imperiale (Staatsanwalt) ivi, e subito dopo primo procuratore (Erster Staatsanwalt) a Weimar. Ma, anche appresso, già professore ordinario a Jena, il THON fu nominato consigliere accademico presso la Corte d'Appello di Turingia (Akademischer Rat bei dem Gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandsgericht), allora quando, disciolta la vecchia Corte d'Appello, era stato istituito tale nuovo « Oberlandsgericht » sotto il segno del giovane Impero Germanico: per anni il THON presiedette ivi la prima commissione esaminatrice per la pratica forense, così che — come scrive il suo successore nella cattedra, — a centinaia i gio-

vani giuristi di Turingia, che uscivano dall'Università per entrare nell'arringo professionale, sono passati per le sue mani.

Ma il grande amore del THON, la sua vera vita, il campo dov'egli colse le maggiori soddisfazioni, — massima fra tutte, io credo, com'è per chi abbia vocazione schietta per l'insegnamento, la devozione dei discepoli, — fu la scuola; palestra, quando sia scuola universitaria non è intesa, di severe, ma libere dottrine scientifiche.

V'era, a Heidelberg, quando anch'egli vi prendeva la docenza, un gruppo di giovani giuristi di grande valore: in questo gruppo, al quale apparteneva anche il Nostro, emergevano CARLO BINDING e PAOLO LABAND. Press'a poco coetanei del THON (il primo aveva due anni di meno, il secondo un anno di più), iniziavano anch'essi la carriera accademica in quello stesso tempo: THON, come s'è detto, aveva la docenza nel 1863, BINDING nel '64, LABAND l'aveva ottenuta nel '61. Ma anche questi due ultimi, che, come ogni giurista sa, dovevano stampare così vasta orma, il primo nel diritto penale, il secondo nel diritto pubblico generale, portando la dogmatica contemporanea ad alti fastigi, avevano iniziato i loro studi giuridici con indagini romanistiche e storiche, dando, come il THON, alla propria cultura scientifica solide basi e larghi orizzonti.

Vedrà il lettore, fin dalla *Prefazione* scritta dal THON, come questi si riconoscesse debitore ai primi due volumi delle *Normen* del BINDING (i soli pubblicati avanti la *Rechtsnorm*) dell'impulso a compiere le sue indagini di teoria generale, e come in parte con lui convenisse, ma sovente anche dovesse opporsi alle sue vedute. Dal canto suo, il BINDING, pochi mesi dopo la pubblicazione di tale opera, come si accennava dianzi, le dedicava un lungo scritto nella *Kritische Vierteljahrsschrift*, sottoponendola, come si vedrà in seguito, ad una critica accurata, ma tagliente. In qual modo il THON abbia giudicato la minuta analisi compiuta dall'antico compagno di studi, io non so: non mi consta, infatti, che, pubblicamente almeno, egli ne abbia discusso le obiezioni. Ma so che il BINDING, a proposito d'un irritato, altezzoso giudizio su lo scritto del THON, che si era permesso di dare il KOHLER (*Jherings Jahrbücher*, XVI, pp. 325-26), — il quale, di dieci anni più giovane, era allora agli inizi della carriera, — aveva detto, in una nota breve e sdegnosa del suo articolo, che « con tale ingiusto giudizio quegli faceva torto a sè stesso » (p. 544, n.). E so che, malgrado la sua netta presa di posizione contro i principi fondamentali dell'amico di giovinezza, anche il BINDING trovava il libro del THON sotto ogni aspetto notevole, e ne lodava senza riserve l'ardore per la verità, l'obiettività ed il senso di misura, la larghezza di vedute e

la finezza nell'osservare i più vari fenomeni del mondo del diritto (p. 544). E questo anche sò, od almeno mi par certo, che il progresso della conoscenza si avvantaggia, assai più che da superficiali elogi e consensi, da un dissenso che sia fondato su la buona fede ed approfondito con lealtà e con intelligenza.

Dal 1873 al 1878 il THON fu professore a Rostock di materie romanistiche. Ed ivi (dove aveva insegnato in passato anche IHERING, e dove, nel 1878, aveva a colleghi di Facoltà uomini come il pandettista e storico FRANZ BERNHÖFT, il pubblicista BRIE, il penalista CARL BIRKMEYER) scrisse la *Rechtsnorm*.

Dal 1878 fino alla morte, cioè per più di trent'anni, il THON insegnò nella cara Università della sua piccola patria, a Jena. Università non grande, non affollata, — da un elenco del semestre estivo del 1889, per esempio, rilevo che gli studenti erano, tutt'insieme, poco più di 650, e nella Facoltà di Giurisprudenza sorpassavano di poco il centinaio, — ma Ateneo aristocratico e rinomatissimo per il valore dei docenti: nel semestre anzidetto, per esempio, oltre il THON, che ne era il Preside, insegnavano nella Facoltà Giuridica altri sette professori, fra i quali RICHARD LÖNING, CARL KNIEP, ed il venerando WILHELM LEIST.

Chiamò a succedere al MÜTHER su la cattedra di Pandette, il THON, oltre insegnare materie romanistiche e privatistiche, — nella studentesca era particolarmente apprezzata la sua esegesi delle Pandette, ch'egli accompagnava con continui richiami al moderno diritto civile, — ebbe a tenere corsi anche di altre discipline, non proprio affini. Com'è noto, nelle Facoltà germaniche non c'era (non so se l'usanza continui) la specializzazione che c'è altrove: un professore di diritto, come genericamente si chiamava, poteva insegnare un semestre diritto civile o penale od industriale, ed un altro semestre filosofia del diritto od enciclopedia giuridica. Sistema, che può presentare, di certo, qualche inconveniente, ma che tuttavia offre al docente il modo, o meglio gl'impone il dovere, di procurarsi un'aggiornata informazione in più campi del territorio giuridico, col probabile risultato di riuscire almeno a misurare la vastità di quest'ultimo, ed a coltivare specificamente l'uno o l'altro di quelli con larghezza di metodi e d'idee.

Al THON, per esempio, appena chiamato a Jena, era stata affidata altresì la cura dei rami criminalistici; ed anche se presto se ne potè liberare, in qualche suo lavoro, come si vedrà fra breve, v'è più che una traccia di tale interesse scientifico, che, forse, le esigenze didattiche promossero od almeno favorirono. Ma l'insegnamento, che l'Autore della *Rechtsnorm* sempre maggiormente predilesse fra i vari ch'egli do-

vette via via impartire, fu quello d'« Introduzione alla scienza del diritto », chiamato anche, com'è noto, « Enciclopedia giuridica ». Fu detto da taluno (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, col. 501) che in tale corso, il quale doveva addestrare i novellini nel loro primo semestre di studi universitari, il THON seguiva un metodo deduttivo, molto astratto. Ma da una testimonianza sicura risulta che coteste lezioni, le quali furono tenute per decenni, solevano essere frequentate, oltre che dai giovanissimi, anche da studenti più anziani, i quali vi trovavano un mezzo efficace per irrobustire i fondamenti del pensiero giuridico.

A prescindere dalle onorificenze, fra le più alte della Turingia, conferite al THON, e dagli onori accademici ch'egli ebbe, — per tre o quatt'anni fu rettore dell'Università (il titolo di rettore spettava al Granduca di Sassonia-Weimar in persona), e nel 1911, per festeggiare il cinquantenario della laurea, i colleghi gli offrirono un volume di notevoli scritti scientifici, — è testimonianza generale, ripetuta, calorosa, che il Nostro adorava la gioventù e ne era adorato. Pochi giorni dopo la sua morte, — avvenuta a Jena il 28 marzo 1912, cioè quando egli aveva compiuto da poche settimane il 73° anno, un giornale locale (*Jenaische Zeitung*, 7 aprile 1912, N. 82) scriveva che, come docente, egli aveva dato di gran lunga il meglio di sè stesso, poichè alla « cupida legum iuventus » egli aveva offerto, non soltanto le sue ricche forze ed il suo sperimentato sapere, ma, quel ch'è più, tutta la bontà del suo cuore, così che, ancora più che un giurista, egli doveva essere salutato come un educatore di uomini.

Grande elogio per un Maestro; elogio, cui faceva eco la *Deutsche Juristen-Zeitung* (XVII, 15 apr. 1912, col. 501). Anche se, com'era stato osservato l'anno avanti in quest'ultimo periodico (1° sett. 1911, col. 1075), a tale assidua ed espansiva attività didattica, che trovava nella gioventù tanto fervido consenso, AUGUSTO THON abbia sacrificato, non la finezza, ma la dovizia della sua produzione scientifica.

III.

La letteratura giuridica, infatti, non ricorda del THON che un solo volume, se pure classico: questo che ora, dopo tanti anni dalla sua unica edizione, si ripresenta al pubblico, per la prima volta tradotto in altra lingua. Ed oltre tale scritto di più lunga lena, ed un paio di articoli dedicati alla teoria generale del diritto, alla quale tanti ulteriori contributi avrebbe potuto apportare l'Autore, sol ch'egli fosse rimasto vigile in

campo a cimentare le sue vedute di fronte a molte altre che via via furono espresse, in Germania ed altrove, intorno ai problemi giuridici fondamentali, che anch'egli si era posti, oltre questi tre lavori, dico, di assai diversa estensione ed importanza, i ragguagli altrui e le mie personali indagini non hanno potuto raggranellare — come il lettore avrà già veduto, — se non l'indicazione di pochi altri scritti di modesta mole.

Dei tre lavori ai quali alludevo or ora, cioè delle principali idee sostenute, sia in questo libro su la norma giuridica ed il diritto soggettivo, sia nella critica a IHERING e nello scritto sul destinatario delle norme, dirò più oltre, un po' meno sommariamente, perchè, secondo a me pare, l'importanza dell'opera scientifica di AUGUSTO THON si raccomanda soprattutto ad alcune vedute di teoria generale, le quali presentano ancora un notevole interesse per noi. Degli altri scritti giuridici, dedicati a particolari questioni di diritto romano, civile, penale, processuale, basterà ricordare qui, abbastanza succintamente, i principali risultati.

Ma, prima di parlare delle conclusioni dell'uno o dell'altro di tali scritti, sia lecito di fare due considerazioni preliminari.

L'una riguarda la vastità e serietà della cultura giuridica del THON. Qualità attestate, sia dalle tante discipline privatistiche e pubblicistiche, delle quali ebbe mai più che una superficiale informazione, sia dagli ardui argomenti ch'egli ha affrontati e dal modo col quale, anche a prescindere dalle opinioni sostenute, egli lavorava. Ora se, come si diceva poco addietro, lo stimolo ad approfondire differenti materie, ed alcuni dei loro problemi in modo particolare, può ritrovarsi anche nella necessità di alternare insegnamenti non tutti affini, la severità del metodo è dovuta, oltre e più che a quel felice temperamento scientifico, che anche i critici delle sue idee non poterono non riconoscere nel THON, all'educazione giuridica ch'egli, e non pochi altri della sua forte generazione, attinsero ad una grande scuola, della quale dovevano essere i degni continuatori.

Tale scuola (a questa si vuol riferire la seconda delle mie accennate osservazioni generali e preliminari) non trascurava la storia, — chè anzi i maggiori maestri ed antecessori della generazione, che lavorò nella seconda metà del secolo scorso, accompagnando il sorgere ed il fiorire dell'Impero Germanico, appartenevano proprio a quella che si era intitolata « scuola storica », — ma, dopo avere educato i discepoli a prudenti indagini analitiche e storiche, li preparava a costruire, su tale solido fondamento, una dogmatica giuridica, il cui senso di sicurezza e, starci per aggiungere, di euforia non era, forse, se non una delle tante manifestazioni dello spirito d'un popolo, che si sentiva ormai padrone del

proprio destino. Vero è che, dando un altro esempio del nazionale eccesso di fiducia, anche alcuni di quei giuristi scambiarono talvolta per note logiche del diritto e per verità definitive quelli che erano soltanto i caratteri, fortemente rilevati, ma pur sempre transeunti, d'un particolare ordinamento giuridico. Ma è pur certo che, se pure tale iperbolica sopravvalutazione potè avvenire per determinate teorie, non piccola parte della dogmatica giuridica che si costruì, oltre che dai maestri, dai primi discepoli della scuola storica, ha un valore che, se non si oserà dire permanente, si potrà riconoscere duraturo, ed ha, ad ogni modo, il pregio — che hanno anche le meno accettabili vedute del THON, — di avere fornito, con le proprie meditate ipotesi di lavoro, un incitamento a nuove indagini ed a feconde discussioni scientifiche, di avere eretto impalcature non improvvisate, da potersi, da doversi abbattere più tardi, ma che, intanto, avranno servito ad elevare edifici non troppo presto caduchi.

Questi meriti, ch'è onestà riconoscere, se non forse a tutti i giuristi tedeschi di quell'epoca, almeno ai migliori degli epigoni della scuola storica (SAVIGNY moriva nel 1861), la cui attività si può, *grosso modo*, delimitare dal 1850 o '60 allo scoppio della guerra mondiale, tali meriti, dico, trovano secondo me la loro spiegazione, non soltanto in attitudini individuali di forti e talora eccelsi ingegni, ma altresì in una disciplina comune di lavoro consacrato alla scienza ed alla scuola, ed in un severo metodo giuridico. Metodo, al quale tutti o quasi tutti i giuristi di quell'epoca, — anche se evocatori d'un antico spirito germanico e d'istituzioni autòctone preesistenti e resistenti agl'influssi della «recezione», anche se costruttori d'una dogmatica, pubblicistica oltre che privatistica, che voleva avere caratteri propri, e perfino d'una teoria generale del diritto, più o meno ancorata al vigente diritto tedesco, — si erano addestrati con lo studio assiduo, paziente, perseverante d'un classico modello: il diritto romano, che quella grande scuola, senza trascurarne i fattori storici o l'indagine esegetica, aveva così efficacemente contribuito a considerare sotto l'aspetto paradigmatico del sistema.

Dei richiami a precetti ed istituti romanistici, dei quali abbonda la *Rechtsnorm* del THON, farà presto ad avvedersi il lettore. D'un utile strumento di lavoro il professore di Jena — che, come si è veduto, tenne costantemente, con amore e successo, insieme ad altri insegnamenti, cattedra romanistica, — curò il perfezionamento: dopo avere sorvegliato, infatti, anche la sesta edizione (1884) del *Manuale alfabetico delle fonti del diritto romano* (Handlexicon su den Quellen des römischen Rechts) di H. G. HEUMANN, ebbe dall'editore l'incarico di occuparsi di altre succes-

sive edizioni (1891, 1895). Il volume, ben noto ai romanisti, consta d'una lunga serie di termini in ordine alfabetico: termini per lo più giuridici, o, quando non esclusivamente tecnici (p. es. *bellum, dignus, Italia, mens, pietas, ratio, schola, tempus, voluntas*, ecc. ecc.), considerati soprattutto sotto l'aspetto del diritto, con ampi riferimenti alle fonti. Il THON, per rispetto al defunto compilatore (un dotto magistrato di Eisenach) ed alla fama già consolidata dell'opera, conservando a questa la sua forma originaria, ne precisò e completò le citazioni, ed ampliò o mutò, o addirittura rifiuse, un gran numero di voci, in particolare quelle di contenuto specificamente giuridico.

Ma il Nostro diede alla letteratura romanistica anche qualche altro, più personale contributo. Il primo lavoro ch'egli scrisse, nel 1861, — come s'è veduto dianzi, nei cenni biografici, — fu sopra un tema di diritto romano. Ma due anni appresso ne pubblicò, come pure s'è accennato, soltanto una parte, d'impostazione ed anche di contenuto, sì, in gran parte romanistici, però con fini privatistici in genere.

Tale saggio era stato preceduto da un altro, quasi interamente romanistico (solo nell'ultimo paragrafo v'è un breve parallelo fra il processo romano ed il diritto odierno), che il THON pubblicò, in quello stesso anno 1863, nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. In questo scritto — che ancor oggi si cita dagli specialisti, — l'Autore si occupa della dibattuta questione delle *in factum actiones*. Io, che specialista non sono, mi limiterò a ricordare, molto spesso traducendo o riassumendo parole proprie del THON, i risultati ai quali è giunto in questo lavoro (cfr. spec. pp. 68-69).

Anzitutto egli ha creduto di poter stabilire la peculiarità delle *formulae in factum* — in antitesi a quelle *in ius — conceptae* in ciò, che le prime attribuivano al *judex* soltanto la questione circa la verità d'un fatto, non quella circa l'esistenza d'un diritto. Ne arguiva che, — non potendo un fatto essere considerato, per un fatto successivo, come non mai accaduto, — per offrire al *judex* la possibilità, malgrado la verità dei fatti addotti nella *intentio*, di sottrarsi al comando di condannare, tutti i momenti sopravvenuti, che avrebbero resa non equa la *condemnatio*, dovessero venire sempre inseriti nella formula sotto forma di eccezioni. Combatteva il SAVIGNY, il quale aveva cercato di evitare tali deduzioni col supporre che ogni *in factum actio*, in virtù della sua natura pretoria, avrebbe lasciato il più libero campo alla discrezionalità del giudice, rispondendogli che tale supposizione non soltanto contraddirebbe alla stretta redazione delle formole ma altresì all'intrinseca essenza ed allo scopo delle *in factum*

actiones, e che la natura pretoria di tali azioni, ben lungi dal renderle più libere, escludeva piuttosto interamente la discrezionalità del giudice. Dopo aver cercato di dimostrare che anche i Romani erano consapevoli di questi generali principii, saggiava la verità della sua teoria col considerare, a guisa d'esempio, la *formula hypothecaria*, dimostrando che la *solutio*, la quale esclude l'azione ipotecaria, del pari che la *satisfactio*, dovevano essere addotte sotto forma di un'*exceptio*, e combattendo al riguardo la teoria dominante, secondo la quale i detti negozi avrebbero dovuto bensì essere adottati nella formula, ma come parte dell'*intentio* dell'attore. Esaminava poi le azioni pretorie dal *constitutum* e dal *depositum*, e terminava applicando i principii dimostrati al diritto moderno, non senza tener conto, però, della grande differenza fra il processo romano e quello odierno, non ammettendo quest'ultimo la partizione delle azioni *in factum* ed *in ius conceptae*, e non conoscendo che *actiones in factum* (cfr. p. 70).

Il secondo scritto del THON, pubblicato su la fine di quel medesimo anno 1863, — ma, se fors'anche ritoccato, composto avanti quello testè riassunto, — scritto, come s'è già detto, suggerito dal tema messo a concorso dalla Facoltà di Jena, premiato da questa, che servì al THON per prendere quivi la laurea, e la docenza a Heidelberg, benchè d'impostazione romanistica (dei sei paragrafi, tre sono dedicati a discussioni di passi fontali), era tuttavia intitolato dall'Autore « un saggio civilistico », e, come pure si è osservato, stralciava soltanto una parte dalla trattazione di due anni avanti, evidentemente quella che il giovane Autore riteneva la più importante o la meglio elaborata. La questione, ch'egli esaminava in cotesto lavoro (*Das Jus Offerendi des besessenen Pfandgläubigers nach Römischen Rechte*) è quella, molto dibattuta, se il diritto di surroga (*offerendae pecuniae facultas*, *ius offerendae pecuniae*, *ius offerendi*) accordato, secondo le fonti romane, al creditore pignoratizio di grado inferiore verso quello che lo precede (verso il creditore « migliore »), spetti viceversa anche a quest'ultimo verso l'altro, cioè verso quello di grado inferiore. Discussa la teoria dominante, che fa risalire al NEGUSANTIUS, il THON, combattendo con molto rispetto il BACHOFEN, ritiene che un passo delle *receptae sententiae* di PAOLO dimostri che il *ius offerendi* spettava in diritto romano anche al primo creditore pignoratizio (cfr. p. 32), e, se i Romani non riconoscono nessuna graduazione dei creditori per quanto riguarda il *ius offerendi*, crede che ciò autorizzi a concludere che tale diritto spettasse a ciascuno dei creditori verso l'altro senza distinzione della propria situazione e che nessuno di essi avesse in ciò un titolo di preferenza sopra gli altri

(cfr. spec. p. 56), scopo del *ius offerendi* essendo (cfr. p. 61) la conferma del diritto di pegno, e tale scopo potendo essere perseguito da qualsiasi dei creditori pignoratizi che, a prescindere dal grado, non avesse la possibilità di provare la priorità del proprio diritto (v. il richiamo di tale lavoro nella *Rechtsnorm*, Cap. VII, nota 26).

A tali lavori d'ispirazione romanistica e di stampo privatistico in genere si possono accostare, nella produzione scientifica del THON, altri due o tre saggi che, o sono interamente civilistici, o, — se anche suggeriti da quesiti che tramezzano fra il diritto processuale e quello materiale, — rivelano però una prevalente propensione dell'Autore per quest'ultimo. Alludo ad uno scritto su la responsabilità dell'offerente per il ritiro della propria offerta, pubblicato due volte poco prima della fine del secolo scorso, ed all'ultimo (ma che, per verità, non mi sembra il più senile) dei lavori del Nostro, — quello su la compensazione eventuale, — pubblicato nel 1912, l'anno stesso della sua morte, ed al quale aveva dato lo spunto un'osservazione, che il THON aveva avuto agio di fare nel recensire un lavoro processualistico del BILLOW.

Quello intitolato *die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte*, come si è avvertito nella nota bibliografica, era stato pubblicato nel 1891 in una *Festgabe* (credo, fuori commercio) della Facoltà di Jena per l'illustre B. W. LEIST; con lievi mutazioni, come avverte l'Autore, fu ripubblicato nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, d'onde traggio le citazioni. Il THON vuole studiare la natura, il fondamento giuridico e la misura della responsabilità dell'offerente che ritiri la propria offerta, in base alla quale il destinatario di questa avesse sostenuto spese e quindi sofferto i relativi danni. Egli prende le mosse dalle indagini memorande (*epochemachenden*) dello IHERING (p. 63) sopra la *culpa in contrahendo*, e da quelle attinge anche i due arguti esempi: del cliente, il quale fissa le stanze presso un albergatore, che a causa di ciò rimanda altri ospiti, e poi disdice le stanze fissate; e del viaggiatore, il quale invita ad andarlo a prendere in un luogo distante un vetturino, che, per tenere freschi i cavalli (lo scritto, si rammenti, risale a poco meno di mezzo secolo fa), rifiuta altre occasioni di noleggio, ma sul momento di partire riceve dal committente un contrordine.

Il THON, dopo aver sottilmente esaminato, sia la questione pregiudiziale, se, negli esempi addotti, albergatore e vetturino avessero già accettato le offerte dei primi clienti, rifiutando quelle dei successivi (ed egli sta per la negativa, dicendo che il rifiuto di altre proposte non costituisce accettazione della prima, bensì soltanto un'azione preparatoria all'adempimento dell'obbligazione), sia le varie opinioni sul modo di

apprezzare e di determinare il risarcimento che per certo incombe all'offerente (arbitrio del giudice, esigenza di buona fede, azione contrattuale, *actio doli*, promessa di garanzia, mandato), ritiene che la pretesa dell'attore, cioè del destinatario dell'offerta poi ritirata da chi gliel'aveva diretta, non possa fondarsi se non sopra un'attività unilaterale del primo. E crede di poter dimostrare, malgrado le difficoltà che a prima vista si presenterebbero, come a sostegno della propria pretesa l'attore possa invocare l'*actio negotiorum gestorum contraria*, ricordando l'estesa applicazione che l'*actio* stessa ebbe anche in diritto romano, e trovandone tutti i requisiti anche negli esempi addotti: gestione di *negotium alienum*, *utilitas*, *animus recipiendi*. Quanto alla misura dell'indennizzo, pare al THON che il destinatario dell'offerta poi ritirata, cioè l'attore, non possa mai pretendere più di quanto avrebbe ottenuto con l'adempimento del contratto. «L'ammontare dell'interesse (che sarebbe stato soddisfatto con l') dell'adempimento costituisce il massimo ed insuperabile confine per il computo dell'interesse contrattuale negativo» (pp. 96-97); e qui si distingue la responsabilità per non aver concluso il contratto dall'obbligo di risarcire il danno, che sorge p. es. dalla malafede dell'un contraente. I soli sacrifici, che l'attore, nei ricordati casi, può richiedere, sono quelli ch'egli ha fatti anche nell'interesse dell'offerente, — l'aver tenute vuote le stanze dell'albergo la sera in cui erano fissate per quest'ultimo; l'aver fatto riposare i cavalli la vigilia del giorno in cui dovevano fare il lungo viaggio pel quale era stata fatta l'offerta, — ma non i sacrifici fatti solo nel proprio interesse. Il sussumere i singoli casi sotto il medesimo principio non è sempre facile, ma, secondo il THON, non è difficile stabilire il principio: «indennizzo per i sacrifici sopportati anche nell'interesse altrui, nessun indennizzo per quelli sopportati nel proprio interesse» (p. 100).

Anche in questo saggio, come in qualcuno dei precedenti, v'erano sporadici accenni, ma non più, al diritto processuale. Dove, invece, dall'intreccio di quest'ultimo col diritto materiale il THON ha tratto lo spunto per un problema di diritto privato, è stato negli altri due lavori, che ricordavo dianzi. Bisogna, infatti, risalire ad una lunga ed accurata recensione, che il nostro Autore dedicava fin dal 1900, nella *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, alla *Confessione* (Das Geständnisrecht) di OSKAR BÜLOW, che porta la data dell'anno avanti, per trovare il primo germe d'un'idea, che il THON svilupperà, dodici anni appresso, nell'ul-

timo che si conosca dei suoi lavori, quello su la *Compensazione eventuale* (Eventualaufrechnung).

Ma in quella recensione del BÜLOW vi sono, a parer mio, altre cose notevoli. Come, p. es., gli accenni alla questione del momento della volontà nei negozi giuridici, ed all'altra connessa questione dei contratti formali, a proposito della quale ricorda, sia quanto aveva detto egli stesso nella *Rechtsnorm* (p. 364 testo ted., 349 di questa trad.) intorno alla parola magica delle favole, che, anche pronunciata senza intenzione, èvoa lo spirito, sia le critiche mosse a tale detto, che recentemente si tornava spesso a citare, oltre che dal BÜLOW, anche dal BIERLING e da altri (cfr. p. 371 della rivista, ov'è pubbl. la recens. ora cit.). E, nel parlare sempre della dichiarazione e del volere nei negozi giuridici, accenna alla volontà negoziale di produrre effetti, ed anche effetti giuridici, ma limitati ad obbligazioni e sanzioni entro la cerchia d'una determinata società, senza che lo Stato abbia ad immischiarsene (di tale «staatlicher Einmischung», e per escluderla, parla almeno due volte a p. 372). Quando i membri d'una società convengono di versare una piccola multa nella cassa sociale se uno qualsiasi di essi contravvenga a certe norme della società stessa, se, putacaso, ritardi a cena, «sarebbe doppiamente erroneo, il denegare assolutamente carattere giuridico a tali convenzioni, e l'elevare tosto la loro osservanza a dovere morale». Col quale esempio, e con altri che qui devo omettere per brevità, il THON tocca, sia pure per incidenza, il grave problema teorico, su cui si dirà qualche cosa più avanti in questa stessa Introduzione, ed a cui — come vedrà il lettore di questo libro, — il nostro Autore aveva accennato anche nella Prefazione della *Rechtsnorm*, cioè il problema della socialità, o della non esclusiva statualità, del diritto.

Per venire, dopo questa digressione, al tema della compensazione eventuale, il THON ne parlava, recensendo il BÜLOW, a proposito della tesi di questo, che la singola azione processuale di parte che serve di base alla sentenza non ha in generale efficacia giuridica autonoma. E diceva: «la giustezza di questa tesi dovrebbe specialmente sperimentarsi nel porre le basi della compensazione eventuale, problema, che non trova ancora riposo, ma rispetto al quale per vero la parola risoltrice non è stata ancora detta; a parer mio così la considerazione privatistica come quella processualistica hanno la loro giustificazione a seconda delle circostanze» (p. 374). Nella pagina appresso accennava, poi, alla discussione, se nell'«eventuale» ci sia nulla di «condizionato», se la condizione sia propriamente tale, o sia soltanto una *condicio iuris*.

Nel riprendere tale spunto alcuni anni dopo, osserva che il § 388

del nuovo Codice Civile Germanico dice che la compensazione segue per mezzo d'una dichiarazione di fronte alla controparte, e prosegue che la medesima è inefficace quando sia sottoposta a condizione od a termine. Se la compensazione eventuale, addotta nel processo, dovesse intendersi come una compensazione condizionata, ciò sarebbe in contrasto con l'accennata norma civilistica. Ma il THON osserva: «L'istanza di prendere in considerazione eventualmente la compensazione..... come ogni istanza nel procedimento non si rivolge all'avversario. Anch'essa si rivolge unicamente al giudice. Il convenuto, per mezzo dell'aggiunta «eventualmente» e di altri termini qualsiasi di egual senso, ha per iscopo che il Tribunale stabilisca che la compensazione non sia da considerarsi come già seguita e tosto da prendersi in considerazione. Essa deve piuttosto essere rimessa al giudice perchè se ne serva soltanto per una futura eventualità» (pp. 387-88). Compensazione «eventuale» non significa compensazione condizionata; stragiudiziale o giudiziale che sia, essa non può avere tale carattere. «È vero che l'istanza rivolta al tribunale comprende soltanto l'autorizzazione condizionata a tener conto, in conformità alla sentenza, del controcredito del convenuto. Ma è quest'autorizzazione, non la compensazione in sè stessa, ch'è legata ad una condizione» (p. 392). L'assunzione di prove su l'esistenza del credito è necessaria soltanto nel caso che il convenuto non dia il suo espresso o tacito consenso a che si faccia a meno di assumere tali prove. Sembra al THON che, conciliando in questo punto di vista intermedio le due opposte teorie, del rigetto dell'azione e dell'ammissione della prova, si sostenga una veduta, che è teoricamente giustificabile e conduce nella sua pratica applicazione a risultati utili, conformi al sentimento giuridico, e tali da evitare le difficoltà e le disuguaglianze alle quali conducono le teorie diverse (cfr. p. 397).

IV.

Problemi ed argomenti processuali hanno più volte interessato il THON, il quale s'è compiaciuto, sia di occuparsene ex professo, come s'è veduto dianzi nell'accennare alla sua recensione del BÜLOW, sia di toccare dei nessi fra il diritto materiale e quello formale, come s'è veduto non soltanto a proposito degli scritti civilistici, quello su la responsabilità dell'offerente, e l'ultimo ricordato, su la compensazione eventuale, ma anche a proposito di scritti più tecnicamente romanistici, come il primo pubblicato, su le *actiones in factum*. Di quest'interesse persistente

del Nostro pei fenomeni processuali, o pei riflessi processuali dei rapporti privatistici, altra e più specifica prova è offerta da un lungo articolo sopra una categoria di eccezioni, ch'egli ha proposto di considerare a sè stanti e per le quali ha coniato l'appellativo di *rechtsverfolgend*, espressione che, dopo molti dubbi, ho tradotta con quella di «riconvenzionali» proposta dal MORTARA per certa categoria di eccezioni del nostro diritto, ma intesa specialmente nel significato recentemente chiarito dalla Corte di Cassazione (ved. le ragioni delle mie incertezze e della locuzione finalmente adottata nella mia nota *i* al Cap. V). La categoria e l'appellativo proposti dal THON trovarono presso qualche altro giurista favore e rilievo, e, ad ogni modo, sollevarono discussioni di qualche importanza pel progresso degli studi.

L'argomento l'aveva già incominciato ad interessare fin da quando scriveva questo libro. Nel Capitolo V della *Rechtsnorm*, infatti, era già delineata la nuova categoria di eccezioni, là dove (a p. 267 del testo ted., p. 255 di questa trad.) si diceva che «alle eccezioni negatorie (impeditivae ed estintivae) si aggiungono le eccezioni «riconvenzionali». Undici anni dopo aver pubblicato la *Rechtsnorm* egli ritornava su l'argomento, come si diceva, con un apposito saggio pubblicato negli *Annali* che, già diretti dallo IHERING, non si dicevano ancora, propriamente, *Iherings Jahrbücher*.

L'A. precisa lo scopo di questo suo nuovo studio, diretto a sottoporre a rinnovato esame il concetto delle accennate eccezioni, col dire ch'esso si propone in primo luogo di mostrare che principii riconosciuti del nuovo diritto tedesco rendevano necessaria l'ammissione di una categoria particolare di eccezioni accanto a quelle negatorie, in secondo luogo che l'intrinseca natura di tali eccezioni giustificava la denominazione di «riconvenzionali», ma in terzo ed ultimo luogo che tale gruppo non coincide affatto con quello delle eccezioni romane (p. 41). Senza star a seguire passo passo il Nostro in tutta la sua diffusa dimostrazione, basterà sottolinearne alcuni punti fondamentali.

A traverso una disamina analitica di alcune eccezioni negatorie l'A. determina i caratteri pei quali da esse si possono, e si devono, distinguere quelle ch'egli chiama le eccezioni «riconvenzionali»; alla lettera, «perseguenti il diritto», o, com'egli stesso avverte, perseguenti una pretesa (*anspruchsverfolgende Einreden*) propria del convenuto, in quanto alla pretesa dell'attore oppongono una contropretesa (*Gegenanspruch*) del convenuto. Di queste eccezioni, il THON — pur ricordandone anche altre, come p. es. l'eccezione di ritenzione, i c. d. *beneficia dei malleadori*, ecc., ma escludendo invece l'*exceptio spoli*, ch'egli pre-

cedentemente vi comprendeva, perchè non più ammessa dal diritto vigente (in Germania), e notando la posizione ibrida dell'eccezione di prescrizione (v. pp. 65-68), — di queste *rechtsverfolgenden Einreden*, dico, il THON mette particolarmente in luce l'eccezione d'impugnativa (*Anfechtungseinrede*), quella di compensazione (*Aufrechnungseinrede*), l'*exceptio non adimpleti contractus*. Annoverare tali eccezioni fra le «negatorie» (*rechtsverneinende*), e, tenendo presente la tradizionale distinzione di queste in eccezioni «impeditive ed estintive» (*rechtshindernde u. rechtsvernichtende*), classificare le «*rechtsverfolgende Einreden*» fra queste ultime, sembra improprio al THON, perchè ciò che il convenuto impugna con queste ultime non è un qualsiasi «diritto» dell'attore; ciò ch'è decisivo è che viene denegata la sua attuale richiesta, la pretesa dell'attore (*das jetzige Begehren, der Anspruch des Klägers*, pp. 49-50).

Sarebbe erroneo, tuttavia, il credere che, con la denominazione e la categoria da lui proposte, il THON volesse alludere al perseguire, al dar la caccia — starei per dire, — alla pretesa, o al diritto, dell'attore. No: più che ad un attacco, che il convenuto faccia, con le accennate eccezioni, al diritto o pretesa altrui, il THON pensa alla difesa dall'attacco a lui mosso con l'azione, difesa che il convenuto appresta perseguendo il proprio diritto, la propria pretesa. Non si tratta di ottenere la condanna dell'attore, spiega ad un certo punto (p. 50) il THON: per ottenere tale risultato il convenuto non potrebbe se non intentare un'azione contraria; con l'eccezione «riconvenzionale» il convenuto mira a difendersi dall'azione altrui. E più oltre, per spiegare come alla categoria di eccezioni ch'egli caldeggia convenga la denominazione da lui proposta, insiste col dire che tale nome è appropriato, «perchè si tratta in ogni caso di una contropretesa se anche sollevata soltanto a scopo di difesa» (p. 55), ed ha cura di spiegare che, dove non c'è contropretesa da perseguire, non è il caso di parlare di eccezioni «riconvenzionali», per preservare il carattere omogeneo di questa sua empirica categoria processuale, carattere che la distingue dalla tradizionale categoria delle eccezioni negatorie.

Per comodità degli specialisti di diritto processuale, — taluno dei quali sarà, forse, invogliato ad andar a leggere l'articolo del nostro Autore, — avanti di lasciare l'argomento credo opportuno di tradurre alla lettera ciò che il THON scrive riassumendo alcuni dei suoi più importanti risultati, all'inizio del § VI, prima di trattare, nello stesso e nei due successivi, altre questioni, taluna già accennata in iscorcio, processualistiche e romanistiche (prescrizione delle pretese e delle ec-

cezioni opposte, differenze fra le eccezioni «riconvenzionali» e le *exceptiones* del diritto romano, con speciale riferimento all'*exceptio SCi Velleiani*). Dice, dunque, il THON:

«La caratteristica della «eccezione riconvenzionale» è da trovarsi in ciò, che il convenuto in via di eccezione possa sollevare una contropretesa, la quale è pregiudiziale e quindi, se fondata, conduce ad un rigetto dell'azione od almeno (come nel caso dell'eccezione di non adempito contratto) ad una modificata condanna. Non è sufficiente che l'eccezione del convenuto scaturisca da un «diritto» dello stesso (IV); d'altra parte è indifferente che l'eccezione abbia per conseguenza un rigetto temporaneo o definitivo dell'azione ed appartenga pertanto alle eccezioni dilatorie oppure alle perentorie (V). Ma quel che è necessario è che il convenuto si possa tutelare soltanto nel corso del processo, quindi in via di eccezione: se l'eguale potestà di tutela è attribuita ad una dichiarazione stragiudiziale, non vi è nessun motivo per parlare ancora di eccezione (III)» (p. 65).

Con l'ultimo lavoro, al quale si è qui accennato, si è già entrati nel terreno del diritto pubblico, a questo appartenendo per fermo il diritto processuale, secondo una veduta accettata anche dal THON, e che non pare, nemmeno a chi scrive, sia opportuno tentar di sradicare. Ma non v'ha dubbio che, tanto per l'intrinseca natura del diritto processuale civile, quanto per la specifica educazione scientifica del nostro Autore, come la trattazione di argomenti romanistici e civilistici gli aveva offerto occasione di fare qualche proficua scorreria nel limitrofo terreno processualistico, viceversa anche quando — come nella recensione della *Confessione* del BÜLOW e nell'articolo ultimamente ricordato, — egli indagava problemi di diritto formale, non nascondeva il suo interesse, se non prevalente, per lo meno eguale, per le questioni di diritto privato e d'interpretazione di testi romanistici, che a quei problemi si presentavano connesse.

Un altro campo del diritto pubblico, che, invece, per tradizione suol considerarsi lontano (anche troppo) dal diritto privato, e del quale il THON si dimostra pure assai esperto, pur senza lasciarvi larghe orme personali, è quello del diritto penale. Probabilmente, contribuirono al suo interessamento altresì per tale disciplina le sue, pur brevi, esperienze giudiziarie, e le esigenze didattiche, che — come si è accennato per l'addietro, — lo costrinsero ad insegnare, se anche per poco tempo, materie criminalistiche. Forse a ciò contribuirono eziandio i suoi contatti giovanili col BINDING, e, più tardi, quelli col BURKMEYER, ch'ebbe collega a Rostock, e col LÖNING a Jena: alcune teorie, non soltanto del

primo, come ognuno sa penalista eminente fra tutti, ma anche degli altri due, egli si compiace di discutere, e sappiamo, dai cenni biografici apparsi quando morì (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 15 apr. 1912, cit., col. 501), che uno dei tratti salienti della sua figura, oltre il grande amore per la gioventù studiosa, era «la sua fine comprensione per il pensiero di tutti i suoi colleghi». Ma, anche se tutto ciò non avesse influito sul nostro A., io credo che il suo interessamento per il diritto penale, di cui vi sono abbastanza frequenti tracce nella *Rechtsnorm* (v., per fare un solo esempio, le considerazioni sul delitto colposo nel Cap. II, specialmente nella lunga nota 20), e di cui sono documento i due brevi lavori che sto per esaminare, sarebbe a sufficienza spiegato dalla sua notoria propensione, se non per la filosofia giuridica propriamente detta, per l'insegnamento dell'enciclopedia giuridica e per la trattazione scientifica oltre che didattica di quei problemi di teoria generale, ai quali sono particolarmente affini tanti quesiti, appunto, del diritto penale, in cui la funzione delle norme e delle sanzioni apparisce nella sua più tragica evidenza.

Veramente, non è un problema di filosofia del diritto criminale nè di alta dogmatica, bensì un modesto caso pratico, quello che il THON, ancora professore a Rostock, comunicava nel 1874 ai lettori del «Gerichtssaal» (*Zu §. 345 des Strafgesetzbuchs*), sebbene la discussione cui egli lo sottopone involga notevoli questioni di diritto penale, ed anche amministrativo. Perchè si trattava di questo: un ragazzo non ancora dodicenne aveva distrutto il nido d'un codiroso; un giudice e sindaco comunale (Stadtrichter u. Stadtsyndicus) lo fece tradurre al Municipio, lo interrogò, sentì testimonii, dichiarò il fanciullo «reo confesso» (geständig und überführt) e, in base ad un'ordinanza del 1806, senza por tempo in mezzo gli fece dare da un donzello comunale dodici colpi di bastone. Il padre del ragazzo si querelò contro il sindaco e, aperta istruttoria per illegale esecuzione d'una pena (wegen rechtswidriger Strafvollstreckung), questi, riconosciuto colpevole di violazione del §. 345 al. 2 del vigente Codice Penale, fu condannato in prima istanza ad un mese di prigione, in seconda istanza ad una multa. (Sia detto fra parentesi: non so se il THON si ricordasse di tale caso, ch'egli aveva esaminato qualche anno avanti, quando, nel 1880, verso la fine della lunga critica cui egli sottopose il 1° volume dello *Zweck im Recht* dello IHERING, si chiedeva se anche il divieto di snidare uccelli canori, consacrato dal Codice Penale, avesse proprio per iscopo di assicurare, secondo la teoria dello IHERING, le «condizioni vitali» (Lebensbedingungen) d'una società). Ma so che nel breve arti-

colo che sto esaminando il Nostro si limita a considerazioni di stretto diritto, concludendo che ciò che costituiva la colpevolezza del funzionario non era l'aver irrogato od applicato quella lieve pena, bensì lo aver fatto eseguire la condanna prima che fosse trascorso il termine, che sia il diritto comune sia il diritto territoriale concedevano per appellare dal suo giudizio.

Molto maggiore ala ha l'altro argomento criminalistico, affrontato dal THON in un discorso pronunciato nel 1894, quand'egli era rettore (retto, come sappiamo, era il Granduca) dell'Università di Jena. Il discorso, che vedo ancora sovente citato dai penalisti, tratta del concetto di causalità, come lo usa il giurista in teoria ed in pratica. Ma, se questo è l'argomento fondamentale del breve discorso, chiunque abbia veduto l'opuscolo sa che il frontespizio, genericamente accademico (Festrede gehalten ecc. ecc.), non ne fa nemmeno menzione, e che esso titolo (*Von dem Begriffe der Verursachung, wie der Jurist sich desselben in Lehre und Rechtsprechung bedient*), col quale è elencato negli schedari e nei cataloghi, e ripetuto nelle citazioni, è enunciato dall'oratore nel corso del suo dire.

Argomento, questo della causalità, che sorpassa, non pure l'ambito del diritto criminale, ma quello dell'intero campo giuridico. A quest'ultimo, ma però ad esso tutt'intero, sembra alludere il THON quando, proponendo il tema ai suoi uditori, limita la portata del concetto all'uso che ne fa, com'egli dice, «il giurista», senza specificare ulteriormente in quale dei campi del vasto territorio giuridico questi ne faccia applicazione. Ma poichè, dopo aver detto che il concetto di causa è uno solo nei vari rami del diritto, in civile come in penale, ed avere anche espresso la speranza di poter dimostrare altrove la pratica esperibilità del suo concetto di causa anche nel campo civilistico (p. 12), — intenzione che, per quanto io ne so, non fu mai attuata, — il THON, nel rammentato discorso, si limita al diritto penale, come quello nel quale quel concetto aveva dato luogo a particolari controversie, io accenno qui a tale lavoro, anzichè trattarne più oltre, insieme con gli altri suoi scritti di teoria generale.

Senza starlo a riassumere partitamente, mi limiterò a ricordare che, nonostante qualche citazione (p. es. del MULL, ch'egli assèvera, p. 4, aver trovato numerosi seguaci fra i giuristi tedeschi), e qualche richiamo fugacissimo a tradizionali questioni filosofiche (p. es. al problema della conoscenza od a quello della libertà del volere), richiamo, che direi negativo piuttosto che positivo, perchè da tali questioni l'A. vuole prescindere, il THON impianta la sua trattazione su fondamenti,

ch'egli trae, non dirò nemmeno dalla scienza psicologica, ma piuttosto dall'esperienza comune. Questa, quando noi percepiamo due fenomeni uno dopo l'altro, ci fa pensare a causa ed effetto: «il post hoc diventa per noi propter hoc, noi parliamo di causa ed effetto». Ma, anche se noi sappiamo che il fenomeno che chiamiamo causa non è isolato, che la causa d'ogni fenomeno è la totalità dei suoi antecedenti, il giurista non si può accontentare di ciò. Ed è precisamente dal punto di vista del giurista, come si osservava, che l'oratore vuole considerare il problema della causalità. Dalla totalità degli antecedenti tocca molto sovente al giurista di dover separare la condizione, che per lui, cioè per i suoi fini pratici, deve valere come causa, e particolarmente di dover rintracciare l'uomo, il cui comportamento debba esser considerato la causa d'un mutamento che si è prodotto; se, in presenza d'un assassinio, si dovessero considerare cause dello stesso non soltanto colui che l'ha commesso, ma i suoi genitori, i suoi antenati, ed insieme tutti quelli che hanno contribuito ad inventare, confezionare, procurare l'arma od i suoi accessori, avremmo un concetto di causalità evidentemente inservibile per il diritto (cfr. p. 5).

Discute l'A., nel testo, e più nelle note che l'accompagnano, le vedute di numerosi criminalisti, da ANSELMO VON FEUERBACH, ricordato, anche come conterraneo, con grande onore (non si dimentichi che tale studio su la causalità è costituito da un discorso accademico pronunciato nella Chiesa dell'Università di Jena in una solenne occasione), fino al von BAR, al TRENDELENBURG, al BINDING, al von BURI, al BIRKMEYER. Ed esamina, o sfiora, molte questioni che, oltre a dar luogo a gravi dibattiti teorici, avevano ed hanno importantissime ripercussioni nella pratica giudiziaria. Così, il problema delle relazioni fra causalità e colpa, sul quale insiste fin da principio (v. p. 6) e ritorna anche verso la fine (v. p. 27), i concetti di tentativo e di pericolo (pp. 13 e segg.), discussi abbastanza a lungo, i limiti fra prestazione di aiuto (Beihilfe) e correatità (Mitthäterschaft) (pp. 29 e segg.).

Le sue tesi principali su la questione generale della causalità pare a me sieno quelle ch'egli esprime col dire: «cercare la causa significa compiere una prognosi retrospettiva» (p. 10), e «la mutazione, la quale ne porta dietro a sé un'altra come conseguenza naturale, è per noi, in relazione con questa, la sua causa» (pp. 11-12). Ma, per limitare l'attenzione all'aspetto giuridico del multilaterale problema, cioè a quell'aspetto che maggiormente interessa, così il THON, come, non v'ha dubbio, i lettori di queste pagine, e, d'altra parte, per mettere sotto gli occhi di questi ultimi le precise parole, con le quali il nostro

A. conclude il lavoro ch'è fra i suoi più rammentati, credo opportuno di tradurre alla lettera le righe, nelle quali egli riassume le sue considerazioni.

Prima di passare dalla parte scientifica del suo discorso alla cronaca accademica, che, come prorettore, aveva l'obbligo di riferire, egli così esponeva i risultati, ai quali era giunto:

«Per l'ordinamento giuridico (*letteralmente*: agli occhi dell'ordinamento giuridico) causa (*letteralmente*: chi ha dato causa ad ... : Verursacher) d'un evento accaduto è da considerarsi colui, che ha posto una condizione di esso, la quale già racchiudeva in sé la probabilità di quell'evento».

«Se quindi il causare un evento è vietato, il divieto colpisce il porre una condizione di tal genere. Ma in quel caso (a'sdann) è vietato in genere il produrre (das Herbeiführen) una tale probabilità — quindi, se dev'essere prevenuta la violazione d'un bene, (è vietato) il mettere in pericolo esso bene».

«Al concetto di azione pericolosa vietata (cioè penalmente vietata) è da ricondursi anche il tentativo d'un reato. Inoltre il verificarsi d'un pericolo offre la misura per distinguere, sia il tentativo dall'azione preparatoria, sia anche (*per distinguere*) il tentativo punibile dai conati esenti da pena perchè non pericolosi».

«Parimenti anche la distinzione fra correatità e prestazione di aiuto è da ricondursi in ultima analisi alla questione, se l'azione del soggetto partecipe (Theilnehmer) racchiudeva in sé un (*mettere in*) pericolo per sé stante il bene attaccato oppure soltanto l'aiuto al (*mettere in*) pericolo per mezzo d'un altro».

«Ma in tutti i casi la sussistenza d'un (*mettere in*) pericolo è da determinarsi secondo la misura del nostro umano giudizio (Einsicht), tenendo presenti tutte le circostanze, mettendo dunque nel conto anche l'eventuale volere colpevole del (*soggetto*) agente» (pp. 31-32).

V.

Per venire, finalmente, ai problemi di teoria generale del diritto, nella quale disciplina, secondo me, il THON ha lasciato un'orma più durevole, in ispecie con la sua opera maggiore, dico subito che, poichè questa si presenta qui tradotta, mi pare proprio superfluo riassumerla, sia pure per sommi capi, come ho fatto per gli altri suoi lavori meno noti e, alcuni almeno, più difficilmente reperibili. D'altra parte, come

osservava il BINDING nella critica di questo libro (cfr. p. 548), per discutere ognuna delle importanti questioni ch'esso tocca bisognerebbe scrivere un altro volume.

Per i limiti e gli scopi di questa Introduzione basterà richiamare sinteticamente l'attenzione dei lettori sopra quelle teorie del nostro Autore a proposito di alcuni capitali problemi del diritto, considerato dal punto di vista scientifico (se non ancora, o non sempre, filosofico), le quali teorie, o presentino particolare importanza, o, quand'anche non appariscano accettabili, abbiano dato luogo a discussioni feconde pei nostri studi. E poichè ritornano in sostanza sopra l'uno o sopra l'altro di tali problemi, in parte confermando, in parte correggendo le opinioni del volume, anche i soli altri due fra i minori scritti del THON, che si possono ascrivere fra quelli di teoria generale, in luogo di riassumerli, mi limiterò a rammentare via via le più notevoli vedute espresse anche in tali scritti: i quali sono la ricordata, lunga analisi critica dedicata al 1° volume dello *Zweck im Recht* dello IHERING, apparsa nel 1880, cioè subito dopo ch'egli aveva pubblicato la propria *Rechtsnormen*, ed un articolo del 1906, il penultimo che io conosca di lui, *Der Normadressat*, il quale, per quanto tuttora citato con onore, a me, per vero, non sembra scevro di note evidenti di senilità, dalle quali, invece, a parer mio, apparisce esente il successivo scritto, di carattere tecnico, quello su la compensazione eventuale, già ricordato qui, che fu, alla vigilia della morte, l'ultimo, abbastanza vivace guizzo del suo ingegno.

AUGUSTO THON è considerato, a ragione, come uno dei sostenitori del così detto «imperativismo» delle norme giuridiche, cioè di quella dottrina, che nel diritto ravvisa essenzialmente un comando, o (il che logicamente non è se non l'aspetto negativo del medesimo concetto) un divieto, rivolto ai destinatari delle norme stesse. Basterebbe, per caratterizzare come imperativismo puro la teoria del THON, l'insegnamento espresso fin dalle prime pagine della *Rechtsnorm* (con le sole parole, si noti, di tutto il volume, alle quali si sia dato particolarissimo rilievo tipografico): l'intero diritto di una società non è altro che un complesso d'imperativi (p. 8 testo, 17 trad.). Insegnamento ribadito più volte quasi negli identici termini (cfr., p. es., pp. 19, 69, 108 testo; rispettivamente, 26, 65, 113 trad.).

Ma, pur senza voler smentire il giudizio, sostanzialmente esatto, il quale, oramai per lunga tradizione, ha attribuito al THON il carattere indelebile — stavo per scrivere: il marchio, — di campione fra i più decisi e recisi dell'imperativismo, sia lecito, tuttavia, sollecitare l'attenzione degli studiosi intorno a due altre teorie, alle quali il nostro

Autore è rimasto fedele e su le quali è ritornato con maggiore frequenza e predilezione: quella relativa ai destinatari delle norme, e quella su la socialità del diritto. L'una e l'altra delle quali, non dirò che attēnuino il suo imperativismo, ma tuttavia dimostrano come il THON fosse, se non sempre un rigido consequenziario, un giurista attento ai richiami della realtà sociale.

Il problema dei destinatari delle norme — problema che, come si accenna pure in una mia nota a questa traduzione (v. p. 70), è divenuto più tardi di moda anche nel nostro paese (mi sia permesso di ricordare, in parentesi, l'arguzia d'un giurista mio amico, il quale diceva qualche anno fa che oramai ... si sarebbe dovuta applicare una multa a chi avesse osato riprenderne la trattazione!) — tale questione, dico, ai tempi del THON non ancora abusata, non poteva non presentare un interesse di primo piano per un imperativista convinto com'era il nostro Autore. Perchè, infatti, quando tutto il diritto d'una società si faccia consistere in imperativi, s'impone la domanda: a chi s'indirizzano tali imperativi?

Va tosto avvertito che il THON non considera come destinatari propri delle norme — od almeno, non di tutte le norme, — quegli organi della volontà sociale, i quali, per loro specifico ufficio, sono tenuti ad applicare al caso singolo il diritto obbiettivo, espressione di quella volontà (se anche in forma generale ed astratta). Non pure — per limitare le osservazioni al diritto statuale, — i funzionari ed agenti del potere esecutivo, che, in ultima analisi, devono procedere all'attuazione dell'individuato comando, ma nemmeno il giudice, che deve *iudicare*, deducendo quel comando dalla norma, può chiamarsi destinatario in senso proprio di questa medesima norma. Bensì, tutt'al più, di quell'«obbligo generale in bianco» (di cui si parla alla fine della nota 26 del 1° Capitolo), che consiste nel dovere, inerente al suo ufficio, di far rispettare la legge, dovere complementare ad un diritto soggettivo, il quale evidentemente non appartiene alla persona del giudice, bensì a quella dello Stato che l'ha investito di tale augusta funzione. Vero è che le singole norme, che il giudice è tenuto a far osservare, dichiarandone nei singoli casi l'imperatività, traendo cioè da esse il comando specifico della loro esecuzione, danno «carne e sangue» a quell'obbligo in bianco. Ma, anche a prescindere dal rammentare pure qui che il THON nel suo discorso del 1894 su la causalità dichiarava di abbandonare la combattutissima opinione da lui espressa in quella nota della sua opera maggiore (v. la mia nota *n* al Cap. I), pare a me si possa dire con sicurezza che neppure in tale opera egli sostenesse la veduta,

oppugnata più decisamente e lungamente nello scritto (del 1906) « Der Normenadressat » (cfr. *ivi*, pp. 12-22), che tutti i precetti del diritto avessero, in sostanza, per loro propri destinatari, non i soggetti di diritto in generale, bensì soltanto coloro che fossero tenuti a dichiararli ed a farli applicare, in particolare i giudici. Come se, in parole povere, il legislatore, col comando — poniamo, — di non rubare, non si rivolgesse alla generalità dei soggetti, per trattenerli dal furto, corroborando con la sanzione giuridica un precetto morale, bensì soltanto ai magistrati, tenuti a far rispettare le norme, e magari ai carabinieri ed agli agenti di custodia, tenuti ad arrestare il ladro ed a fargli espiare la pena.

Ma non giova spendere troppe altre parole su la distinzione fra le norme giuridiche che non possono non avere per destinatari propri tutti i soggetti di diritto, e quelle altre norme, pure giuridiche, ma di mera organizzazione interna della società (o dello Stato), le quali hanno, sì, per loro propri destinatari i magistrati e gli altri organi della società medesima (o dello Stato), ma solo in quanto disciplinano particolarmente il loro ufficio: figura giuridica, questa di *officium*, preliminarmente ad ogni altro rapporto, che non sia quello fra l'ordinamento giuridico e chi sia investito dell'ufficio medesimo, e che, come tale, merita a parer nostro una sua, dogmatica, autonomia. Giova piuttosto soffermarsi un istante sopra un altro lato del problema dei destinatari, sul quale il THON è ritornato a diverse riprese. Cioè, la questione, se possano dirsi destinatari delle norme giuridiche anche gl'incapaci di volere.

Già nella *Rechtsnorm* il THON discuteva con una certa ampiezza il quesito. Infatti, dopo avervi accennato sul principio del Cap. II (v. pp. 76-77 testo, 83-84 trad.), là dove diceva che avrebbe qualcosa di seducente il ragionamento, che l'ordinamento giuridico indirizza i suoi precetti soltanto a quelle persone, le quali di volta in volta hanno la capacità d'intendere tali comandi, più oltre, sempre nel medesimo Capitolo vi ritornava in due appositi paragrafi (5 e 6), combattendo la teoria di MERKEL e di BINDING, che le norme non avrebbero per destinatari gl'irresponsabili.

Il ragionamento del THON, per quanto non sempre limpidamente espresso, è, nella sua sostanza, abbastanza semplice. Il divieto di commettere un'illeceità è indirizzato a tutti, anche agl'irresponsabili (cfr. § 5, pp. 87-89 testo, 92-93 trad.): tanto vero che, mentre verserebbe certamente nell'illecito colui che impedisse, anche ad un irresponsabile, p. es. ad un cretino o ad un pazzo, di andare per una strada per la quale a costui è lecito d'incamminarsi, a chicchessia — anche al terzo

disinteressato, e non soltanto al funzionario che vi sia tenuto per dovere d'ufficio, — è lecito d'impedire a chiunque altro, anche ad un irresponsabile, di entrare o di uscire da un cascinale dichiarato infetto per epizoozia, cioè di compiere un'azione a tutti vietata. (Nella lunga nota 36 — pp. 89-90 testo, 93-94 trad. — si esamina poi la questione, se sia la punibilità dell'aggressore, o non sia invece la situazione minacciata dell'agredito, che renda legittima la difesa; questione, che presenta importanti riflessi anche pratici, soprattutto perchè, per ammettere la discriminante della legittima difesa, la legge *ivi* ed allora vigente richiedeva che l'attacco « antiggiuridico » fosse diretto, o contro colui che se ne difendeva, o contro un suo congiunto: così che, dice il THON, l'amico che, per difendere l'amico assalito da persona che quegli sapesse pazzo, uccidesse quest'ultima, si sarebbe dovuto punire per assassinio od almeno per omicidio, perchè l'agredito non era nè l'uccisore nè un suo congiunto, e l'aggressore essendo irresponsabile non poteva considerarsi destinatario della norma, e quindi il suo atto non poteva dirsi « antiggiuridico »). Continua il THON (cfr. § 6, pp. 90-95 testo, 94-98 trad.), combattendo sia il MERKEL, pel quale l'azione dell'irresponsabile, anche se lesiva d'un interesse altrui, doveva porsi su la stessa linea d'un avvenimento di natura, sia il BINDING, il quale, concorde bensì col MERKEL nel ritenere che un precetto giuridico, comando o divieto, non abbia per destinatari se non quelli che di volta in volta hanno la capacità di uniformarvisi, distingueva tuttavia fra le conseguenze del torto recato dall'irresponsabile, pena e risarcimento del danno, la prima avendo a suo necessario presupposto la colpevolezza, presupposto che non sarebbe invece necessario per l'obbligazione del risarcimento. Il THON, il quale (come vedrà l'attento lettore) dedica appunto una delle parti più magistrali della sua trattazione alla distinzione fra le diverse conseguenze giuridiche del torto, ed esclude egli pure energicamente che la pena possa essere inflitta ad irresponsabili, trae, invece, dal fatto che obbligazioni incombono anche ad essi (non soltanto quella di risarcire un danno causato dagli stessi, ma, p. es., quella di pagare un debito fatto dal padre, la quale si trasmette al figlio anche se pazzo), il THON, dico, da ciò trae la conseguenza « che le norme valgono tanto per l'incapace quanto per il capace di agire » (p. 95 testo, 98 trad.).

Il MERKEL ed il BINDING, insieme combattuti dal Nostro su questo punto, furono, come si è già rammentato, se non forse i soli, i più solleciti ed attenti critici della *Rechtsnorm*. Ma ADOLFO MERKEL, nella sua recensione, assai ampia, su questo problema non faceva che ribadire il proprio principio, dicendo che « evidentemente non ha senso parlare

di comandi rivolti ad un tale, del quale sappiamo che non li può intendere e seguire», ed aggiungeva: «io non capisco come gli avversari possano credere di avere infirmato quest'argomento» (*Grünhuts Z.*, p. 383; *Gesamm. Abhandl.*, p. 387). Anche CARLO BINDING si sbarazzava delle obiezioni del THON a proposito dei destinatari delle norme con un cenno nella nota dell'ultima pagina della sua lunga critica (p. 582), protestando contro il principio dell'amico ed avversario, che le norme abbiano per destinatari anche gl'incapaci.

Su la questione, come si diceva, il THON ritornava da vecchio, nello scritto del 1906, specificamente dedicato al «destinatario delle norme». Problema, egli notava, ch'era tornato sul tappeto, dopo che all'interessamento ch'esso aveva destato decenni addietro era succeduto un lungo silenzio. Senza star a riassumere il diffuso, e per verità prolisso lavoro, basti ricordarne qualche punto. Fin dal principio, nel porre alcuni capisaldi, l'Autore dice che capacità di diritti e capacità di doveri coincidono, e che destinatari dell'imperativo sono l'uomo e la persona giuridica. Di alcune norme è specificato il destinatario; se non che, quando la norma dice «chi...», «chi è questo "chi", ?», domanda il THON (p. 3).

Ma, omettendo qui per brevità di ricordare la disamina delle due questioni: se le norme sieno veri imperativi, oppure imperativi ipotetici, e se esse abbiano per destinatari i soggetti di diritto in generale, cioè il popolo, oppure gli organi statuali, in specie il giudice, la quale disamina offre al nostro Autore l'occasione di sottoporre a critica le note teorie di ERNST ZITELMANN e di MAX ERNST MAYER, giova piuttosto ricordare la cortesissima polemica con ALEXANDER HOLD von FERNECK (pp. 22 segg.), che si professava anch'egli imperativista, ma sosteneva che destinatari propri delle norme potessero dirsi soltanto i soggetti responsabili, non i bambini, non il lattante. THON, in tale discussione, conferma la sua nota tesi, che destinatari delle norme sieno anche gl'irresponsabili, osservando, fra altro, contro FERNECK, che il richiamo da questo fatto del § 55 del Codice Penale Germanico, — non potersi procedere penalmente contro il minore di dodici anni, — non giova alla propria tesi, bensì alla tesi contraria: poichè, se è bensì vietato di procedere penalmente contro quei giovanissimi delinquenti, ciò dimostra tuttavia che delinquenti erano, cioè che il loro contegno non era giuridicamente irrilevante ma era contrario alla norma, e quindi che la norma s'indirizzava anche ad essi. L'antigiuridicità è, infatti, generale momento costitutivo d'ogni delitto: un male poteva essere arrecato anche da una bestia, ma al legislatore non saltava in mente di dire che non si poteva procedere contro le bestie, perchè in tal caso non vi era antigiu-

ridicità. Cita, poi, le considerazioni del MERKEL, dianzi ricordate anche qui, contro la sua *Rechtsnorm*, obiettando a questo, seguito dal BINDING e dal FERNECK, che, se non ha senso il comandare a chi non può intendere il comando, e se è vero, come diceva BINDING, che il padrone non può voler dare ordini al servitore che dorme, lo stesso dormiente non è tuttavia liberato dai suoi debiti, anche se può sognare di esserlo. La legge è un comando generale, come il comando dato dal capitano è indirizzato all'intera compagnia, anche se in essa vi possa essere qualche soldato che non capisca cosa voglia dire «a destra, a sinistra» (p. 37). FERNECK, per difendere la teoria imperativistica, per sanare la dissonanza evidente tra il fatto che le leggi sono comandi, cioè tentativi di motivazione del volere, ed il fatto che vi sono soggetti incapaci di sentire tale influenza delle norme, parla di destinatari impropri. THON crede che l'apparente dissonanza si possa togliere con tutt'altra considerazione: quella, cioè, dello scopo del diritto.

Lo scopo d'ogni statuizione giuridica è la tutela d'interessi: nessuna legge, perchè ciò sarebbe stolto e contrario al suo scopo, può escludere gli stessi suoi impropri destinatari dal dovere dell'obbedienza. «Non è l'obbedire — aveva detto fin dall'inizio della *Rechtsnorm*, parlando dell'ordinamento giuridico (p. 4 del testo, 13 trad.), — che gli sta a cuore, bensì le sue conseguenze». E, con un esempio che gli era caro, tratto dalla leggenda di Guglielmo Tell (cfr. Cap. I, nota 13; Cap. II, p. 98 testo, 100 trad.), osservava più di una volta che mai, o soltanto per eccezione, la norma avrebbe, come il cappello di Gessler, il solo scopo di mettere alla prova l'obbedienza dei soggetti. Nel suo scritto di quasi trent'anni dopo, ritornando su l'argomento, confermava che la norma «vuol servire reali interessi, non è affar suo esercitare una disciplina del volere» (p. 39). Se l'imperativo primario non è obbedito, — dice il rigoroso imperativista ch'è il THON, — il diritto agisce con nuovi comandi, non identici, ma rivolti al medesimo scopo; comandi indirizzati per lo più ad altri destinatari, agli uni od agli altri organi statuali, che applicheranno coattivamente la legge, la quale, per una o per un'altra ragione, non fosse stata spontaneamente osservata. Ma «il logico presupposto per la condanna e l'esecuzione» è l'essere obbligati dalla norma statale, e quando condanna ed esecuzione seguono contro qualcuno, ciò significa che la norma aveva costui per destinatario (v. p. 41). Così il THON sperava che si potesse trovare la parola di soluzione dell'annoso problema; ma, evidentemente invecchiato, si perdeva in un lungo discorso, invece d'insistere su la linea, appena trovata, con la distinzione fra le norme primarie che avrebbero per desti-

natarî tutti i soggetti di diritto, responsabili ed irresponsabili, e le norme, a dir così, secondarie o vicarie, le quali servirebbero, quasi direi, da succedaneo alle altre, che non fossero spontaneamente obbedite, norme vicarie (strumentali), che, per mezzo dei loro destinatari immediati (se pure impropri), gli organi dell'ordinamento giuridico incaricati di applicarle, mirerebbero al medesimo scopo delle altre, la tutela degli'interessi protetti, appunto, dal diritto obbiettivo.

Si potrebbe osservare che con queste considerazioni, se anche in sè esatte, il THON abbandonava il terreno puramente formale per passare su quello teleologico. Felice inconseguenza? Il critico rigoroso può deplorare la confusione, per verità frequente nel THON, dei due punti di vista, quello della natura logica delle norme, e quello, invece, del loro scopo sociale; ma, col tener conto anche di questo, il nostro Autore rimaneva aderente alla realtà della vita.

Certo è che, quando si mira soprattutto al fine che le norme si propongono, e, anche se non si sostenga che ogni norma giuridica abbia per suo scopo quello d'influire sul volere dei soggetti, si dica che tutte, primarie e secondarie, tendono ad un medesimo fine, quello di assicurare gli'interessi della collettività, il punto di vista formale è già abbandonato. Per restarvi fedeli bisognava accontentarsi d'una rigida, anche se frigida, analisi della norma come qualifica obbiettiva delle attività ch'essa intende valutare, sia che cadano sotto la sua considerazione quelle dei soggetti in genere, sia, invece, quelle dei soli strumenti della sua applicazione.

Ora, pare a me — e non soltanto a me, — che il c. d. problema dei destinatari sia un problema il quale, dal punto di vista formale, sia mal posto, anzi non possa nemmeno essere posto. Perchè tale problema implica, evidentemente, quello dello scopo delle norme, — ciò che ha ben veduto il nostro Autore, — ma, come fu notato con acutezza (cfr. CAMMARATA: *Sulla c. d. coattività delle norme giuridiche*; Milano, 1932; p. 9), «fra teleologismo e formalismo, nell'interpretazione dell'esperienza giuridica, non vi è possibilità logica di conciliazione». Se si prescinde dal contenuto e dallo scopo delle norme giuridiche, se, cioè, si vuol rimanere sul terreno rigorosamente formale, ci si avvede che il carattere, appunto, formale della norma si riduce a quello d'una qualificazione di comportamenti: in sè e per sè, cioè in quel complesso di caratteri che ne costituiscono l'essenza formale, essa non può essere che una pietra di paragone per saggiare il lecito dall'illecito (*tertium non datur*), anche se poi più precisamente si debba distinguere fra le varie note di ciò ch'è lecito e fra le varie sanzioni comminate contro l'illecito.

Che se, invece, si consideri la norma sotto l'aspetto della sua imperatività, qualunque possa essere poi il più particolare punto di vista che si adotti nell'esaminare la norma stessa sotto questo profilo, — sia quello della sua applicabilità, sia quello della sua obbligatorietà, — magari senza avvedersene si scivola, come si osservava dianzi di passata, dal terreno formale su quello del contenuto e dello scopo che la norma si propone. Anche questo è un punto di vista, più ancora che rispettabile, importante, magari anzi più importante che non sia quello formalistico. Ma, se la filosofia giuridica ha da compiere una critica della dogmatica, deve, quanto meno, appurare i diversi aspetti sotto i quali furono considerati, e si possono scientificamente considerare, i vari problemi.

Orbene: quando si dice che il diritto obbiettivo si applica, in generale (eccezion fatta, cioè, per quelle limitazioni ch'esso si pone da sè stesso, col richiedere, p. es., per infliggere certe pene di carattere personale, la responsabilità dei soggetti di diritto), contro tutti questi, anche contro coloro che sono incapaci di volere e quindi di prestarvi spontanea obbedienza, — è l'opinione, come abbiamo veduto, del nostro Autore, — si dice, anche a mio avviso, cosa giustissima. Ma, almeno secondo il mio modesto parere, l'applicabilità della norma (p. es. nel caso della *ignorantia iuris*) non ha un nesso strettissimo col concetto giuridico di obbligo, inteso (sono parole del CARNELUTTI: *Sistema del dir. process. civ.*, I, Padova, Cedam, 1936; n. II, p. 25) come «*subordinazione di un interesse mediante un vincolo imposto alla volontà*». Perchè, secondo me, queste ultime parole, se pure a loro perfetto posto quando si parla di obbligo, non potrebbero essere, invece, adoperate a proposito dell'applicazione della legge contro soggetti incapaci di volere. La sanzione, almeno a parer mio, anzichè vincolare la volontà del soggetto nel cui confronto si applica, attua piuttosto, nei confronti di tutti, quindi anche degli'incapaci di volere, costretti a sottostarvi, la volontà della legge. La volontà del soggetto, ch'è tenuto ad obbedire alla norma, non può mai dirsi, tuttavia, con puntuale precisione psicologica e logica, vincolata da questa, appunto perchè la norma giuridica è sempre eteronoma (cfr. anche questo vol., Cap. I, § 4, pp. 9-10 testo, 20 trad.). Volere, infatti, non si può, a rigor di termini, se non il comportamento proprio. Ma anche la norma è un'espressione di volontà, della volontà del legislatore, in quanto interprete (genuino o sedicente, qui poco importa) della società. Espressione di volontà in forma generale e condizionata; ma pur sempre volontà, che, se pur formulata in maniera astratta, non può mai avere un contenuto astratto: anzi, ha il concretissimo contenuto della sua applicazione, qualora se ne presentino le presupposte

condizioni. Ora, questa applicazione si verifica, evidentemente, a traverso il ministero degli organi che hanno per loro ufficio il dichiarare e l'attuare il volere del legislatore nel caso concreto, cioè il trarre dalla norma, ch'è un comando in forma generale ed astratta, il comando concreto della sentenza. *Ministri legum* i giudici, che dichiarano tale volere del legislatore, e non destinatari delle norme create da questo, perchè la volontà di essi giudici è meramente strumentale rispetto a quella del legislatore. Ma che cosa vuole il legislatore? Vuole che il diritto obiettivo sia osservato; e, quando non lo sia spontaneamente, che, almeno nella grandissima maggioranza dei casi, sia osservato coattivamente, e cioè sia raggiunto lo scopo che la legge stessa (la quale, come ogni manifestazione di volontà, mira ad un fine) si proponeva.

Ma è evidente che, quando si parla, sia dell'applicazione delle norme, sia e più dello scopo ch'esse si propongono, si oltrepassa il punto di vista formale, l'analisi logica delle loro note, e si fa del teleologismo. Dalla critica logica e gnoseologica si passa, insomma, ad un'indagine di sociologia e di politica del diritto.

VI.

Ancora più evidente apparisce tale passaggio quando THON parla, e nel volume e più specialmente nell'articolo consacrato poco appresso alla critica dello IHERING, della forza ideale del diritto, della sua efficacia, e, particolarmente, dell'attitudine della norma giuridica ad influire sul volere dei consociati o, come THON preferisce continuare a dire malgrado le critiche di WACH, dei «soggetti alla norma» («Normunterworfenen»: cfr. *Rechtsbegriff*, p. 246, nota 11). Il diritto, anzi, è «motivazione» (s'intende, del volere dei soggetti); questa determinazione sembra al THON corrispondere all'essenza della cosa più della scialba e non bene afferrabile «Anerkennung» del BIERLING (un autore di cui, tuttavia, egli mostrava di apprezzare il valore: cfr. *Rechtsnorm*, Cap. IV, nota 99^a).

«Il diritto — dice il THON, — cessa di essere tale, quando non agisce più come motivo». In ciò egli riconosce quell'efficienza (*Wirksamkeit*) del diritto, che MERKEL (*Grünhuts Z.*, p. 373; *Gesamm. Abhandl.*, p. 378), con una critica di cui egli ammette la fondatezza, gli rimproverava di non avere sufficientemente accentuata nella *Rechtsnorm*. Perchè il diritto esista e sussista, basta che abbia efficacia sopra il volere, se non di ogni singolo soggetto, di quella

«grande massa, che noi siamo soliti chiamare la collettività» (v. *Rechtsbegriff*, p. 247, e nota 13 ivi).

Ma, quando l'essenza del diritto si ravvisi nella «motivazione» del volere, e non soltanto non si esiga come necessario il momento della coazione, anzi si neghi esplicitamente ch'essa sia nota indispensabile del concetto (cfr. spec. *Rechtsbegriff*, pp. 244-52) si porta un argomento di più in favore della tesi della socialità del diritto. Ed è, infatti, quello che fa THON nella critica a IHERING, riaffermando nel modo più esplicito tale tesi, ch'egli aveva già chiaramente accennata fin dalla Prefazione alla *Rechtsnorm* (cfr. pp. X-XI testo, 5 trad.; ved. anche Cap. I, nota 3, e Cap. IV, p. 190 testo, 185 trad., e nota 99^a; ed altresì le mie due note: *d* alla Pref., p. 9, e *b* al Cap. I, p. 67).

BINDING, invece, pur temperando la concezione imperativistica di THON con osservazioni, la cui fondatezza e nobiltà illustrerò brevemente più avanti, si rivela, in sostanza, un statualista deciso (cfr., p. es., pp. 562-63 della sua cit. crit. al Nostro). E, in verità, sembra strano non lo sia anche THON, imperativista assai più reciso che BINDING non sia. Sembra strano, dico: perchè, chi sostenga che tutto il diritto non è che un complesso d'imperativi, parrebbe dovesse avere costantemente davanti agli occhi un'immagine, o meglio un simbolo, dello Stato, ch'è senza dubbio la comunità giuridica meglio organizzata, non solo per emanare, ma per far rispettare i propri imperativi. Laddove il diritto delle altre comunità, o non ha un'imperatività nel significato proprio di questa parola, o, quanto meno, non ha sempre i mezzi per la sua attuazione.

Vero è che la teoria della socialità del diritto, nella complessiva opera scientifica del THON, ha più ampi sviluppi nell'articolo di critica a IHERING, cioè dopo ch'egli aveva avuto agio di meditare, sia intorno alle obiezioni fattegli da MERKEL rispetto all'essenza ed all'effetto del diritto, sia intorno alle geniali, anche se avverse, teorie di IHERING. Ma vero è pure che della socialità il THON, come si ricordava dianzi, si era fatto paladino fin dalla Prefazione alla *Rechtsnorm* (scritta, però, come suole accadere, certamente dopo il volume), nella quale prefazione egli aveva già avuto occasione di polemizzare con IHERING, preannunciando alcuni dei motivi, sviluppati nel lungo saggio critico pubblicato poco dopo. Ed a questa veduta della socialità egli rimase poi costantemente fedele, come lo provano gli spunti che di essa si trovano vent'anni appresso, in uno scritto dove meno ci si aspetterebbe di trovarli, cioè nell'ampia recensione, apparsa nel 1900, del lavoro processualistico del Bülow su la confessione (v. il N. 10 dell'elenco bibliografico al § II di quest'Introduzione).

Ivi, infatti, come si è di già rammentato anche qui addietro, THON accennava (p. 372) al carattere giuridico, e non morale, di quelle convenzioni, obbligazioni e sanzioni, che vigono fra i membri d'un determinato gruppo sociale. Oltre l'esempio, già ricordato, delle multe imposte a quei membri d'una compagnia d'amici che giungano tardi a cena, il THON fa il caso d'una signora, che abbia accettato di partecipare ad un minuetto «in una società chiusa» (in einer geschlossenen Gesellschaft) ed all'ultima ora senza ragione sia stata esclusa: certo, egli afferma, qui siamo in presenza d'una violazione di diritto, anche se riparabile soltanto con mezzi sociali (mit gesellschaftlichen Mitteln), cioè senza «ingerenza statale», com'egli dice, ripetendo le precise parole su la «staatlicher Einmischung», usate poco addietro.

Come mai, nel trattare un argomento così strettamente tecnico, qual'è quello del valore della confessione, il nostro Autore ci aveva inserito tale spunto, a primo aspetto tanto eterogeneo, su la socialità del diritto? Basti, pei fini di questo richiamo, ricordare di passata che il THON aveva trovato modo di parlare di tale argomento nel discutere del momento della volontà nei negozi giuridici. Anche se, a tenore dell'intenzione dei contraenti, convenzioni della natura di quelle ricordate non saranno — dice il nostro Autore, — «negozi giuridici nel senso dell'ordinamento giuridico statale», sono tuttavia da considerarsi convenzioni (accordi: Vereinbarungen) di natura giuridica, se pure, per volontà dei membri della consociazione, di portata limitata al loro gruppo (*letteralmente*: circolo di diritto: Rechtskreis) e coercibili soltanto coi mezzi di esso, in caso estremo con l'esclusione dal gruppo stesso.

Superfluo insistere su la natura di tali «negozi», la cui validità «giuridica» sarebbe limitata all'ambito d'un gruppo sociale, senza che lo Stato abbia ad intervenire per garantirla. Quello che importa è il notare come l'idea della socialità del diritto, una volta sorta nella mente del THON, vi sia rimasta tenacemente radicata.

Ma torniamo, dopo questa digressione, al saggio sul *Rechtsbegriff*, nel quale la tesi della socialità è connessa con quella dell'efficacia delle norme sopra la volontà dei consociati.

Quando l'essenza del diritto si riponga, non già nella sua forza coattiva o materiale, ma in quella forza ideale, cui si accenna anche nella *Rechtsnorm* (cfr. spec. pp. 6-7 testo, 15-16 trad.), ma che è chiarita più specificamente in tale saggio (cfr. *Rechtsbegriff*, spec. pp. 244-52), come attitudine a dirigere il volere, apparisce plausibile che anche un imperativista come il THON sostenesse, anzichè la statualità, la socialità

del diritto. La sostenesse, dico, sia istituendo un breve esame comparativo fra le varie specie di norme, sia, alcune pagine avanti, col ribadire le idee brevemente accennate nella prefazione alla *Rechtsnorm*. Cioè, osservando che ogni società umana, la quale riconosca una certa norma della vita in comune, — o, più esattamente, presso la quale l'esigenza della grande maggioranza, che noi chiamiamo collettività, dà il motivo che decide della condotta di questa, — è una società giuridica. La norma regolatrice della sua vita in comune è il suo diritto. Vi sono, dunque, tanti ordinamenti, tanti gruppi giuridici (*letteralmente*: tanti circoli: soviel Rechtskreise), quante società di uomini vi sono. Ogni associazione nello Stato, vietata del pari che permessa, ha il suo proprio diritto. Non giova a nulla negare il fatto: esso diventa sensibile nei suoi effetti. Lo Stato si può comportare diversamente di fronte a cotesti ordinamenti giuridici autonomi: riconoscerli, annettercene il diritto, permettere la società a non vietare ai membri di essa ciò che invece la norma interna di quella loro impone (duelli studenteschi), od anche vietare la società perchè gl'imperativi di questa contrastano coi suoi: ma la storia insegna che, in caso di conflitto, non sempre vince nella coscienza dei soggetti l'imperativo dello Stato (v. pp. 242-43). Abbiamo, dunque, uno sviluppo alquanto più ricco della paginetta della prefazione alla *Rechtsnorm*, con gli argomenti ribaditi ed anche con qualche esempio ripetuto, come quello della condanna a morte, decretata ed eseguita dalla società segreta, che è conforme al diritto di quest'ultima, mentre, per lo Stato, sarà un assassinio.

Ritorna poco oltre su la questione, ma sempre con occhio di sociologo, o tutt'al più di psicologo, di studioso, insomma, di fatti *a parte obiecti*, ma non ancora di critico di cotesti fatti, che in essi ravvisi un momento dell'universale, una condizione, e non una mera manifestazione che potrebbe anche essere contingente, della vita spirituale e sociale. Eppure, se c'era problema, a proposito del quale questo critico dello *Scopo nel diritto* di IHERING, questo ammiratore della *Ragione nel diritto* di FELIX DAHN, poteva sentire l'anèlito ad elevarsi dalla constatazione dei fenomeni sociali ad una più alta e più intima penetrazione dello spirito umano, creatore e non semplice spettatore dei fenomeni stessi, tale era proprio il quesito, — che THON sfiora, ma non approfondisce, — relativo alle varie norme, che l'uomo impone alla propria condotta.

Vero è però che questo giurista, il quale sapeva essere anche un sociologo, fa osservazioni, a parer mio, penetranti intorno alla stretta parentela fra le norme giuridiche e le norme del costume, od almeno

una specie di queste. Il costume, secondo THON, può presentarsi sotto un duplice aspetto: un aspetto, a dir così, più spontaneo, che si manifesta nell'eguaglianza meramente di fatto delle abitudini di vita d'un gruppo d'uomini, la quale deriva dalla situazione affine o dalla somiglianza delle condizioni; ma anche un altro aspetto, cioè quell'abitudine di vita, che viene seguita, non soltanto per intimi impulsi, bensì anche perchè corrisponde ad esigenze sociali. Quest'ultimo aspetto del costume, a mente del THON, è apparentato col diritto, così strettamente anzi che talvolta non si sa se ascrivere il singolo caso all'uno od all'altro settore, poichè dal costume, così inteso, facilmente sorge un diritto consuetudinario. Quando, infatti, l'opinione che la società aspetti un certo comportamento si consolida e si rafforza per modo che tale contegno dalla società venga preteso ed alla stessa sia dovuto, e quando tale opinione si tramuti in un motivo per la pratica, allora, con l'aggiungersi di quest'*opinio necessitatis*, il costume si trasforma in consuetudine giuridica.

Fin qui il THON (*Rechtsbegriff*, pp. 249-250), di cui ho riportato quasi alla lettera le considerazioni, che a me sembrano persuasive ed acute. Ma quando, poco prima e poco dopo, dalle norme giuridiche vere e proprie e da cotesse norme del costume, le quali, dunque, non sarebbero se non norme di diritto *in fieri*, egli vuol distinguere le norme religiose e morali, mi pare che il nostro Autore non vada — non so se perchè egli non sappia, o perchè non voglia andare, — oltre la superficie delle cose. Il precetto religioso — egli dice, — esige obbedienza nel nome di Dio; con esso si richiede sottomissione alla volontà divina: ivi è la differenza fra un precetto della religione ed un precetto del diritto. Quanto al comando della morale, esso è comando della coscienza individuale: anzi non c'è che un solo comando morale, quello di agire secondo la migliore scienza e coscienza (cfr. pp. 249, 251). La stretta unione fra la norma religiosa e la norma morale, per cui quest'ultima, più o meno consaputamente, si basa sopra un fondamento fideistico, o gli sfugge, o non se ne vuole occupare (accenna, invece, di passata, alla trasformazione di norme religiose in norme giuridiche). Nè dimostra di prestare sufficiente interesse alla relazione — così importante e delicata, sia sotto l'aspetto psicologico, sia sotto quello gnoseologico, — tra diritto e morale. E, s'egli sa vedere — lo spiegava già nella *Rechtsnorm* (cfr. spec. p. 6, 29, 149 testo, rispettiv. 15-16, 33, 153 trad.), — come la stessa esistenza d'una norma giuridica, sia o non sia fornita di sanzione, abbia una notevole influenza su la formazione del sentimento giuridico dei consociati, così da esercitare su la coscienza della grande maggio-

ranza di essi un'efficace motivazione (*controspinta*, avrebbe detto il nostro ROMAGNOLI), il THON, per quanto così deciso teorico dell'imperativismo, non ha saputo, a parer mio, *ficcar lo viso* sufficientemente al fondo del diritto obbiettivo.

E tanto meno — il che reca minor meraviglia, — del diritto soggettivo.

VII.

Ma, con ciò, passiamo all'ultimo dei punti, che si volevan toccare in questa breve scorsa a traverso la teoria generale del THON. L'ultimo punto, ch'è forse il più importante, ma certo è il più discutibile ed il più discusso per la sua originalità.

Anche chi non accetti la dottrina del THON — ed io pure mi dichiaro ad essa nettamente avverso, come, fin da quando egli la espose, tali si professarono, p. es., sia il BINDING sia il MERKEL, — può trovare, tuttavia, più efficaci stimoli a nuove riflessioni in questa teoria sul diritto soggettivo che non in tante vedute banali. Constatando che tali, per fermo, non erano le dottrine del THON, il BINDING scriveva: « Il grado (*letteralmente*: il contenuto: Feingehalt) di finezza di libri scientifici non corrisponde senz'altro al loro grado di verità (*Wahrheitsgehalt*), (anche la banalità è pur troppo verità!); il loro pregio si commisura piuttosto al valore del loro autore ed alla ricchezza della vena di progresso scientifico, che scaturisce da tali opere » (p. 544).

Ma un'altra osservazione, se pure incidentale, del BINDING (cfr. p. 565), merita di essere ricordata a proposito del problema, che ora si vuole qui brevemente discutere: e cioè che, nel libro del THON, in cui fin dal titolo si fa menzione del diritto soggettivo, questo concetto non è poi trattato ex professo. Come si poteva « con quelle monoteone norme » (sono ancora parole del BINDING, pp. 556-57) costruire i diritti soggettivi? Mentre, nel parlare dei destinatari delle norme, e della socialità del diritto, il formalista ed imperativista THON ha saputo, secondo me, veder giusto, forse con qualche infedeltà al suo metodo ma con un perspicace realismo scientifico, per quanto riguarda il diritto soggettivo, invece, egli è stato più rigidamente consequenziario, ma assai meno felice osservatore.

Dalle premesse, ch'egli aveva poste, il THON non poteva arrivare se non alla conseguenza, che vi sono soltanto doveri, e che non vi sono diritti soggettivi: i diritti soggettivi del THON, infatti, non sono tali.

Così, precisamente, suona il titolo d'un intero paragrafo (III. *Thons subjective Rechte sind keine Rechte*) della lunga critica, dalla quale anche testè si mutuavano espressioni e giudizi, ed alla quale, per la fama del giurista che l'ha scritta e per l'acuta disamina ch'essa contiene, si farà parecchie altre volte richiamo (cfr. BINDING, pp. 564-82).

Che cos'è, dunque, il diritto soggettivo pel THON? Due punti meritano particolare attenzione a questo proposito, connessi l'uno all'altro: il contenuto di esso diritto soggettivo; e la sua relazione con la trasgressione del diritto obbiettivo, cioè la concezione della pretesa.

Quando si dice, come dice appunto il THON contro IHERING, che nel diritto non si tratta già di separare la scorza protettiva (die schützende Schale) dal nocciolo (Kern), perchè soltanto quella, e non questo, appartiene al diritto (v. p. 219 testo, 207 trad.), si capisce come il nostro Autore su questo punto volesse rimanere fedele al suo rigido formalismo. Ora, a me pure può piacere il distinguere fra i vari aspetti, sotto i quali, anche a parte obiecti, si può considerare la realtà, perchè soltanto dalla divisione del lavoro scientifico si può sperare un incremento della conoscenza, la quale si avvantaggia delle fini analisi assai più che di certe sintesi confusionarie. Io pure posso approvare e sforzarmi di seguire una netta distinzione fra il punto di vista giuridico e quello economico, cioè fra la qualifica d'un comportamento rispetto alla norma che impone un altrui comportamento complementare, ed il fine che si propone il comportamento stesso, cioè l'interesse che muove il soggetto. Ma dal dir questo al trascurare, come mi pare faccia il THON nel suo volume, quello stesso contenuto formale costituito, appunto, dal complesso di note che formano il concetto del diritto soggettivo, ci corre, e molto.

Dallo scopo, economico, l'appagamento d'un interesse, teniamo pur separato il contenuto proprio del diritto soggettivo, che, a sua volta, non può non essere giuridico: ma, logicamente, tale contenuto non può risultare se non dalla totalità delle note che ne costituiscono il concetto. Il guscio della noce non è il gheriglio, d'accordo (cfr. la mia nota I al Cap. IV); ma anche il guscio è ben qualche cosa, perchè consiste nelle varie membrane protettive del frutto. Che se, invece, si voglia costruire il diritto soggettivo, come fa il THON, a prescindere — non dirò dal vero e proprio godimento, che può rappresentare appunto lo scopo od aspetto economico del fenomeno, — ma altresì dalla pretesa, perchè questa presuppone la trasgressione della norma, cioè del diritto obbiettivo sotto la cui tutela tutti i diritti soggettivi riposano, e dalla facoltà, perchè questa non sarebbe una liceità, bensì una pote-

stà giuridica, richiedente un'attività del titolare, si finirà per dare del diritto soggettivo un concetto logicamente vacuo, perchè non soltanto, opportunamente, depurato di contenuto materiale, e come tale extragiuridico, ma svuotato addirittura di quegli elementi formali che, appunto perchè tali, ne costituiscono il contenuto giuridico.

A me sembra che, se il diritto soggettivo può avere ancora una funzione ed un significato nella dogmatica (come, certamente, li ha tuttora nell'esperienza pratica), esso non possa non apparire come la sintesi di due componenti, di due note, formali anch'esse, da non confondersi cioè nè col substrato materiale del fenomeno nè con lo scopo ch'esso si propone, ma entrambe indispensabili: la facoltà e la pretesa.

La facoltà è, a parer mio, una nota formale del concetto di diritto soggettivo, perchè non è da confondersi nè col godimento nè con la potestà. Non col primo (cfr. il Cap. VI di questo vol., passim), perchè, esso sì, designa, o lo scopo, o, quanto meno, il contenuto materiale del fenomeno del diritto soggettivo. Quest'ultimo, in tanto è, appunto, diritto, in quanto è quel fenomeno, o meglio quell'aspetto del fenomeno sociale, sotto il quale esso è considerato, non come appagamento di bisogni, bensì come reciproca delimitazione di tutele, come relazione fra soggetti. Godimento, interesse, utilità, sono concetti economici, perchè rappresentano un altro lato del fenomeno sociale, la relazione, non fra un soggetto e gli altri soggetti, bensì fra il soggetto e l'oggetto, o, più esattamente, fra il bisogno ed il bene atto a soddisfarlo. La facoltà non è il godimento, bensì il poter godere, il permesso del godimento, che, per il solito principio del primato logico del diritto obbiettivo sopra ogni situazione giuridica soggettiva, non può provenire che dalla norma. La quale impone all'altro od agli altri soggetti del rapporto un contegno complementare; o quell'attività, dal cui esercizio dipenda il soddisfacimento del bisogno del dominus del rapporto, quel bene ch'è l'oggetto del rapporto medesimo; o, quanto meno, quell'astensione od omissione di turbativa, ch'è la condizione per il libero uso di quella facoltà tutelata.

Ma la facoltà, appunto perchè tale, non implica necessariamente un'attività del soggetto; essa consiste soltanto nell'autorizzazione (Befugnis, come dicono appunto i Tedeschi) ad agire, ed anche a non agire, a comportarsi, cioè, con assoluta discrezionalità, o libertà, entro i limiti fissati dalla norma al soggetto attivo del rapporto. Per questo, la facoltà s'identifica, senza residui, col *licere*; per questo, essa designa una situazione nel rapporto giuridico; per questo, essa rappresenta l'aspetto che vorrei dire più spiccatamente soggettivo della situazione

del *dominus* del rapporto; per questo, infine, la stessa non si può nè si deve confondere, come fa il THON (ved. spec. il Cap. VII della *Rechtsnorm*, passim), con la potestà.

Quest'ultima raffigura, invece, una situazione, ch'è bensì giuridica e soggettiva com'è la facoltà, ma non è già un mero *licere*, una situazione nel rapporto, bensì, essendo un *posse*, come lo indica la sua stessa denominazione italiana, è una situazione preliminare al rapporto. Perchè, se anche essa non sia da confondersi coi suoi effetti, è, tuttavia, l'autorizzazione a produrre tali effetti giuridici, a creare, se pure entro la cornice della norma giuridica che regola la produzione di essi effetti, un *quid novi* nel mondo dell'esperienza giuridica concreta, cioè, appunto, uno di cotesti specifici rapporti, o, quanto meno, una nuova individuata situazione atta a produrne. Se il negozio giuridico si dovesse caratterizzare — come pretende il THON (cfr. p. 350 testo, 338 trad.) ed anche qualche altro, più o meno consapevolmente su le sue tracce, — soltanto come «esercizio d'una facoltà (Ausübung einer Befugnis)», il concetto di quest'importantissimo istituto dell'esperienza e della dogmatica, nel quale si celebra appunto il trionfo dell'iniziativa individuale, sarebbe depauperato della sua nota fondamentale: della sua caratteristica, cioè, di essere una potestà e non una mera liceità, un'autorizzazione data al soggetto dal diritto obbiettivo, non soltanto di agire e di non agire, discrezionalmente, nei limiti consentiti dalla legge, ma bensì di produrre determinati effetti giuridici, in particolare di annodare con altri, in forza della propria volontà, quelle specifiche relazioni che, se hanno nella norma la propria fonte mediata, trovano in tale dichiarazione di volontà la propria sorgente immediata.

Oltre la facoltà — ch'è dunque, a parer mio, situazione, entro il rapporto giuridico, di mero, e non sempre attivo, *licere* tutelato dal diritto obbiettivo, e va distinta dal *posse*, situazione necessariamente attiva, preliminare al rapporto, — v'è, fin dal concreto inizio di ogni diritto soggettivo, un altro suo componente, un'altra nota formale, che ne integra l'essenza logica. Nota, anzi, nella quale maggiormente spicca quel carattere di alterità, o di intersoggettività, ch'è proprio del concetto del diritto, perchè deriva da quel principio gnoseologico, che s'identifica con tale aspetto dello spirito umano, cioè con tale, imprescindibile, criterio dell'operare. Se la facoltà rappresenta, come si diceva dianzi, l'aspetto propriamente soggettivo del fenomeno, l'aspetto intersoggettivo di esso è rappresentato, fin dall'inizio, dalla pretesa.

Vero è che, a dir così, in taluni diritti soggettivi ha maggior peso

l'uno, in altri l'altro di tali due componenti. Nel diritto di proprietà, e nei c. d. diritti assoluti in generale, prevale la facoltà; nei diritti di obbligazione, la pretesa. Su questo fondamento, anzi, empirico perchè quantitativo, mi pare si possa persuasivamente stabilire un criterio per la distinzione, empirica anch'essa, fra tali scientifiche, cioè obbiettive (e quindi empiriche) categorie della dogmatica.

È noto che, per il THON, invece, la pretesa sorgerebbe «soltanto con l'avverarsi d'una illiceità», e cioè avrebbe «costantemente un'illiceità per presupposto» (p. 250 testo, 241 trad.). È questa, forse, insieme con la teoria dell'imperatività, una delle vedute più famose del THON. Concezione, questa della pretesa, con la quale è intimamente connessa la teoria del diritto soggettivo, che sarebbe fondato appunto, «per mezzo della promessa di eventuali pretese», e consisterebbe «nella prospettiva delle stesse». «O — continua il nostro Autore, — più esattamente, esso (*diritto*) sorge, per il (*soggetto*) tutelato dalle norme, dalla disposizione del diritto obbiettivo, secondo la quale, nel caso di trasgressione delle norme stesse, viene assicurato ad esso (*soggetto*) un mezzo, la pretesa, allo scopo di realizzare ciò ch'era stato comandato o di rimuovere ciò ch'era stato vietato» (p. 218 testo, p. 206-7 trad.).

Queste, due delle più conosciute, e delle più discutibili, formule del THON su la pretesa e il diritto soggettivo. Ma, come vedrà l'attento lettore del volume, esse non fanno che dare un'espressione forse tal poco più concisa del consueto ad uno dei *motivi* conduttori, fondamentali, più e più volte ripetuti nel corso della trattazione.

Del pari che tanti altri, io pure mi devo risolutamente opporre anche qui — come in diverse note apposte ai vari Capitoli, in particolare al Capitolo V, — a questa veduta.

Certo, se tutto si riducesse ad una mera questione di terminologia, se pel THON la pretesa s'identificasse — come, in verità, apparirebbe da alcune delle sue considerazioni — col diritto di agire per rimuovere il torto, si potrebbe, sotto un certo aspetto, magari convenire con lui, perchè, salvo rari casi (si pensi alle c. d. azioni di accertamento), a nessun titolare d'un qualsiasi diritto soggettivo verrà in mente di agire prima che il proprio diritto (e cioè il precetto di diritto obbiettivo che lo tutela) venga offeso o quanto meno messo in pericolo. E potrebbe anche sembrare non più che una piacevole arguzia quella del BINDING, il quale nella sua critica (cfr. p. 566) chiedeva al THON se, a tenore

della teoria da questo professata, il fortunato individuo, il quale fosse morto senza che nessuno avesse aggredito i suoi beni, non fosse dunque mai divenuto titolare d'un diritto di proprietà. Al che il THON avrebbe potuto replicare che precisamente egli aveva scritto «che il diritto soggettivo non è identico alla pretesa; esso può essere presente ed è il più delle volte presente ancor prima che una pretesa sia sorta» (p. 218 testo, 206 trad.); e che, se egli credeva la illiceità condizione imprescindibile per il sorgere della pretesa, poichè nella sola promessa e prospettiva di eventuali pretese egli ravvisava il fondamento del diritto soggettivo, voleva significare con ciò che quest'ultimo non nasce ad un parto con la pretesa medesima.

Ma proprio il cercare, e l'additare, l'essenza del diritto soggettivo in questa, che non è se non una delle sue conseguenze, cioè nella possibilità d'invocare la tutela delle norme pel caso della trasgressione di queste, e della lesione di quello, a me sembra ne impoverisca a dismisura il concetto. A parer mio, cotesta del THON non è se non una concezione che starei per dire processuale del diritto soggettivo, la quale riduce questo, in ogni altro momento, un'ombra vana fuor che nell'aspetto. E, come si vedrà subito, poco più che un'ombra nello stesso momento contenzioso.

Se, infatti, dal fenomeno del diritto soggettivo, anche nello stato pacifico, si rescinda, non dirò la nota del godimento (che, come si osservava, è nota economica e non giuridica), ma ben anche quella della facoltà, la quale, come pure si osservava dianzi, non è che la possibilità di godere, cioè di usare a proprio talento di quanto costituisce il contenuto, positivo e negativo, attivo ed omissivo, del proprio diritto, cioè della propria libertà garantita dalle norme, e se poi, fino alla trasgressione attuata od almeno minacciata di queste, se ne rescinda anche la pretesa, cioè l'altro aspetto sotto il quale le norme tutelano tale libertà di fronte agli altri soggetti, quindi l'aspetto più importante, perchè si manifesta come la proiezione o l'individuazione della tutela apprestata dal diritto obbiettivo, — a che cosa si riduce il diritto soggettivo? A nulla; a nulla, almeno nello stato pacifico, perchè esso diritto soggettivo altro non sarebbe se non una condizione di aspettativa — di aspettativa, intendasi, della sua eventuale violazione, pei rimedi giuridici ch'essa autorizza ad invocare.

Ma a nulla si ridurrebbe, in sostanza, il diritto soggettivo sostanziale anche nello stato litigioso, perchè allora esso scomparirebbe sotto lo scudo protettivo del generale diritto pubblico, o meglio della potestà, di agire. Non dimentico, bensì, che il THON, per quanto ammira-

tore e cultore del diritto romano, nel quale egli pure ravvisava il fondamento necessario dell'educazione giuridica, per quanto abbia lodato il WINDSCHEID per il parallelo da lui «felicitemente condotto ... fra pretesa ed actio» (p. 160 testo, 162 trad.), si è saputo guardare dall'identificare, nella dogmatica moderna, i diritti soggettivi, e le stesse pretese, con le azioni. Proprio egli ha ripetutamente (cfr. pp. 150, 221, 282-87 testo; rispettivam. pp. 153, 209, 266-70 trad.) osservato che l'attribuzione della tutela, e della conseguente pretesa, è indipendente dalla volontà dell'avente diritto, laddove il far valere una pretesa richiede, evidentemente, una determinazione di essa volontà. Ma precisamente quanto egli obietta a WINDSCHEID ed a IHERING intorno al poter godere, od invece al poter perseguire giuridicamente il proprio diritto (cfr. pp. 221-22 testo, 209-10 trad.), escludendo il primo dall'essenza del diritto e riducendo tale essenza al secondo, dimostra che, se nello stato pacifico il diritto soggettivo viene, a dir così vanificato, anche nello stato litigioso esso diritto materiale o sostanziale scompare, sopraffatto dalla potestà di agire, cioè dall'azione, comunque poi la stessa debba essere intesa dall'odierna dogmatica.

Poche altre considerazioni avanti di lasciare quest'importante problema.

A proposito della teoria del THON, or ora discussa, che il diritto soggettivo, insomma, non manifesta la sua vera natura se non in funzione del torto, il BINDING, dopo aver detto, un po' troppo alla spiccia, che pel nostro Autore «il torto soggettivo è la sorgente di ogni diritto soggettivo», il quale ultimo non è se non «diritto alla negazione del torto, prima del quale esso non sussiste», in una nota del suo tante volte citato articolo critico su la *Rechtsnorm* (v. p. 565, e n.), ricorda che in modo alquanto diverso la pensava SCHOPENHAUER, pel quale, com'è noto, il concetto del torto sarebbe il concetto positivo, ed il diritto sarebbe soltanto la negazione del torto. Non so se e quanto il THON, che non era un filosofo, nè, a quel che pare, un conoscitore profondo della filosofia, nemmeno di quella moderna e contemporanea, possa avere attinto, magari polemicamente, dalla dottrina pessimistica dello SCHOPENHAUER. A me la concezione del diritto soggettivo del THON, con la connessa teoria della pretesa, richiama piuttosto una più generale veduta d'un pensatore, che certamente il Nostro conosceva ed apprezzava: **GIORGIO HEGEL**. A me pare, infatti, che quando s'identifici il diritto soggettivo con un'aspettativa di pretese, e la nascita di queste ultime si faccia coincidere con la violazione della norma tutelatrice di esso diritto soggettivo,

quest'ultimo apparisca, per dirla hegelianamente, null'altro che la negazione di quella negazione del diritto obbiettivo, che si avvera con la illiceità o trasgressione delle norme, dopo la quale soltanto sorgerebbe la pretesa.

Io professo, modestamente, un'altra veduta della pretesa. Per me essa rappresenta, come dicevo dianzi, un aspetto, o una nota, del concetto di diritto soggettivo, cioè di ogni *licere*; anzi, l'aspetto più importante, perchè la pretesa non è, a parer mio, se non la proiezione della tutela del diritto obbiettivo a quella situazione, predominante, nel rapporto giuridico. Questo, il concetto di rapporto giuridico, come io sostengo da molto tempo, — mi compiacchio di mettere in rilievo qui che anche ADOLFO MERKEL era di quest'opinione (cfr. *Grünhuts Z.*, pp. 372, 387; *Gesamm. Abhandl.*, rispettiv. pp. 378, 391), — è il concetto giuridico fondamentale, il concetto chiave di volta di ogni ordinamento giuridico, perchè in esso s'individua quel principio gnoseologico del diritto, ch'è appunto la valutazione di ogni comportamento nel suo aspetto intersoggettivo.

Fin qui non giungeva il BINDING nella sua rammentata critica. Ma egli pure accentuava la necessità di salvare, contro le deformazioni subite da esso nella teoria del THON, il concetto del diritto soggettivo. E, se pure sotto l'aspetto teleologico, e non esclusivamente formale, mostrava come il diritto, appunto per raggiungere i suoi scopi, abbisogni non soltanto d'imperativi, o di norme, ma anche, e soprattutto, di libertà. Ecco le memorabili parole di KARL BINDING, con le quali mi piace di chiudere questo paragrafo: « Il diritto è un ordinamento dell'umana libertà. La libertà come *licere* è per il legislatore altrettanto indispensabile per i suoi fini quanto la limitazione della libertà, il *debere*, — il diritto soggettivo quanto il dovere soggettivo. Non isorgere nel diritto nient'altro che norme, significa bollarlo come un insopportabile strumento di coercizione e trovare il suo unico compito in una sempre progressiva diminuzione del movimento liberale. Una tale teoria non è degna del diritto, è, anzi, perfino pericolosa alla sua esistenza. Se ogni nuova legge aggiunge nuovi doveri a quelli già ereditati, dove rimane allora per l'uomo l'aria necessaria per respirare nel mondo giuridico, e l'aria per muoversi in esso, dove rimane il *diritto*, se domina soltanto il dovere ? » (p. 554).

VIII.

Tronchiamo pur qui la citazione dal BINDING. E limitiamoci ad os-

servare che, in tutt'altro senso da quello, in cui parlava, poco più oltre, dello spirito rivoluzionario, che non potrebbe non essere alimentato da un ordinamento giuridico, in cui i doveri, secondo la concezione difesa in questo libro, vantassero o sembrassero vantare una falsa prevalenza sui diritti, questo critico chiamava la *Rechtsnorm* del THON « un libro completamente rivoluzionario » (p. 543). Ma, anche a prescindere da ogni significato politico della parola, — se mai, sotto quest'aspetto, la tesi imperativistica del THON poteva procurare a costui, da parte del BINDING, la taccia di reazionario, — anche se si rimanga sul terreno puramente scientifico, a me pare che questo volume non meriti *ni cet excès d'honneur, ni cete indignité*.

Meriterebbe, forse, *cet excès d'honneur*, se l'Autore fosse riuscito nel proposito, che il BINDING gli attribuisce, di mettere addirittura sossopra tutte le precedenti vedute sul diritto obbiettivo e sui diritti soggettivi. Ma lo stesso critico osservava (*ibid.*) che erano già nell'aria alcune delle idee, ridotte soltanto a più rigido sistema dal THON. Probabilmente, la concezione, che meno piaceva, di quelle sostenute in questo volume, all'antico compagno di studi, era quella del diritto soggettivo: chi crede ai diritti soggettivi — egli ribadiva verso la fine del suo articolo (cfr. p. 581), — terrà per completamente inammissibile la teoria del THON, della esclusiva esistenza della norma. Lo stesso BINDING, però, quasi volesse, magari involontariamente, purgare la dottrina dell'amico sia della *indignité*, politica, di poter essere tacciata di veduta rivoluzionaria a rovescio, sia della *indignité*, scientifica, di poter essere gabellata per una stramberia futuristica, diceva poi anche (cfr. pp. 557 e segg.) che THON, come LENEL, ricadeva, nientemente, nel vecchio giusnaturalismo, per i frequenti accenni che si trovano nella *Rechtsnorm* (cfr. pp. 17-19, 187, 222, 292, 293 testo; rispettiv. pp. 24-25, 183, 209, 282-83 trad.) alla « libertà naturale », con la quale i soggetti sarebbero entrati nell'era della signoria del diritto positivo, così che il venir meno della norma significherebbe il ripristino di essa libertà.

Non staremo qui a discutere se e quanto, malgrado questi accenni, sia fondato tale appunto di giusnaturalismo; appunto il quale, rivolto al deciso teorico dell'imperativismo, che — come s'è veduto nel paragrafo precedente, — aveva finito quasi per annullare il concetto del diritto soggettivo, potrà sembrare perfino strano a quanti lettori, per avversi che sieno al diritto naturale, non dimentichino gli storici nessi fra certe correnti del medesimo ed il pensiero liberale. Nè staremo a domandarci se il THON avesse veramente l'intento, scientificamente rivoluzionario, di far piazza pulita di gran parte delle

precedenti dottrine. Ma ci chiederemo piuttosto, a conclusione di questa scorsa preliminare a traverso l'opera del THON, su quali titoli si fondi soprattutto la fama di questo suo maggior lavoro.

Gli stessi suoi primi critici — uno dei quali, in ispecie, tutt'altro che indulgente, — non lesinarono elogi a qualche veduta particolare: BINDING, giudice severo come s'è veduto, riteneva molto apprezzabile l'indagine sopra le differenti specie delle c. d. «conseguenze giuridiche» (*aggiungi*: del torto: p. 582, n.); MERKEL lodava, fra altro, la veduta sul delitto colposo (*Grünhuts Z.*, p. 383; *Gesamm. Abhandl.*, p. 387). Ma l'uno e l'altro riconoscevano altresì che, qualunque potesse essere la fondatezza delle varie teorie sostenute dal THON, e delle stesse tesi principali da lui difese, l'opera si raccomandava per generali e complessivi suoi meriti.

Quali? BINDING parla della «intuizione d'una buona testa scientifica», la quale si è affaticata a raccogliere i fatti che rispondessero a quelle intuizioni, ma ravvisa il «lato debole» dell'opera nella mancanza d'una «indagine metodica» (cfr. p. 548). Io credo avesse molto maggiore ragione MERKEL, quando scriveva che si legge l'opera di THON con una soddisfazione indipendente dal consenso coi suoi risultati, proprio a causa della elaborazione dei pensieri esposti e della ponderatezza scientifica per ogni dove dimostrata (*Grünhuts Z.*, p. 368; *Gesamm. Abhandl.*, p. 374).

Un merito, insomma, essenzialmente metodologico, a mente di quest'ultimo critico. Ma di quale metodo si tratta? A prescindere da considerazioni di carattere più particolarmente logico, — osservava, p. es., lo stesso MERKEL che l'interesse che moveva il THON era essenzialmente formale, e che il gusto dell'analisi prevaleva in lui, come nella maggioranza dei teorici del diritto, sul desiderio di vedute sintetiche (*Grünhuts Z.*, pp. 368-69; *Gesamm. Abhandl.*, p. 374), e pare a me che anche in quest'opera predomini quel metodo astratto e deduttivo, che, come si ricordava in principio, si notò poi come caratteristica del suo insegnamento (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, col. 501), — a prescindere, dico, da una discussione di questa natura, che ci condurrebbe troppo per le lunghe, basti qui osservare che il metodo seguito dal THON è un metodo severamente giuridico, che il punto di vista dal quale egli guarda i fatti e gl'istituti è quello dello scienziato, non del filosofo, del diritto.

Tutta la sua preparazione, come si è veduto nei precedenti paragrafi, era quella d'un giurista, educatosi alla grande scuola pandettistica, ed esercitatosi nell'applicazione della dogmatica, essenzialmente privatistica, ai vari rami del diritto. La sua cultura doveva essere quasi esclu-

sivamente giuridica: basti, per persuadersene, sfogliare le pagine della *Rechtsnorm*, per vedere come, ad eccezione forse del solo HEGEL, che cita con esattezza, e di cui dimostra diretta conoscenza, di altri filosofi — anche se si chiamassero PLATONE ed ARISTOTELE, GROZIO o SPINOZA (cfr., p. es., pp. 14, 20 testo, rispettiv. 22, 26 trad.; Cap. VI, n. 15), — fa richiami sbadati e di seconda mano, senza darsi nemmeno la cura di precisare i pensieri ch'egli ricorda nel volume, pensieri, bensì, quasi tutti noti ad ogni persona colta, ma di cui stupisce di non trovare il riferimento bibliografico in uno scrittore di solito così accurato com'è il Nostro. Questo non è che un sintomo, direi, della scarsa propensione del THON per gli studi filosofici. Ma non è il solo. Poichè, qua e là, — p. es. a proposito del fine della pena, o della volontà nei delitti, sia nella *Rechtsnorm*, sia nel dianzi rammentato discorso accademico su la causalità, oppure del fondamento della socialità del diritto, sia nella prefazione a questo libro, sia nella più diffusa critica a IHERING, — si può osservare, starei per dire, una certa impazienza per molti specifici problemi della filosofia.

Io non mi associerò, per questo, allo sgarbato appunto fattogli dal KOHLER (rintuzzato, come s'è veduto, dallo stesso BINDING, pur critico alquanto aspro del Nostro), il quale KOHLER, punto sul vivo da un paio di note della *Rechtsnorm* (cfr. Cap. VII, n. 59 e più spec. n. 70), con giovanile intemperanza arrivò a dire che il libro del THON, a malgrado di singole osservazioni penetranti, nell'insieme superficiale e fondamentalmente errato, mostra «dove si giunga, quando la scienza giuridica volta il dorso alla filosofia e cerca di risolvere i più importanti problemi filosofici di propria testa» (*J.Jahrbücher*, XVI, 1878, p. 326). Ma, se anche è vero che la *Rechtsnorm* merita di essere annoverata fra le opere classiche della scienza giuridica, e se è verissimo — come aggiungeva nel 1911 (lo si è già rammentato) un entusiastico ammiratore del Nostro (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, col. 1076) — che questa è una di quelle opere, che la stessa filosofia non può trascurare, per quanto l'A. aspirasse a ricostruire almeno i muri maestri d'una teoria generale del diritto, e non soltanto ad abbattere le dottrine allora maggiormente in fama, io non credo tuttavia che il THON avesse più alta ambizione, cioè quella di professare una nuova filosofia del diritto propriamente detta. Anche su questo punto mi pare avesse ragione il MERKEL, che, credendo per suo conto che la parte generale della scienza giuridica sia da identificarsi con la filosofia del diritto, notava come per il THON, invece, le questioni trattate in questo libro, benchè escano dai quadri delle singole scienze giuridiche, sieno pertinenti soltanto alla teoria generale (cfr. *Grünhuts*

Z., p. 368; *Gesamm. Abhandl.*, pp. 372-73). La quale, se s'intenda così, come una sintesi, e non una vera critica, dei concetti fondamentali dei diversi rami della giurisprudenza, meglio si dovrebbe denominare, direi io, dogmatica generale.

Ad ogni modo, quale fosse l'aspirazione personale del Nostro: si proponesse soltanto di spianare la via per nuove costruzioni, oppure di tentarne egli stesso, volesse far opera di puro dogmatico o pretendesse di fare della filosofia, almeno in qualche pagina di questo volume e dei due saggi d'impostazione più vasta, quello su *IHERING* e l'altro sul destinatario delle norme, — la questione potrebbe avere qualche importanza soltanto per la psicologia e la biografia dell'Autore. Ne ha assai minore per la scienza.

Se si guardi il problema da questo più elevato angolo visuale, pare anche a me, come parve al *BINDING* (cfr. p. 543), che, con la trattazione dei gravi e generali problemi giuridici affrontati in questo libro, il *THON* abbia gettato tali fondamenta, che, se ben solide, avrebbero potuto sopportare l'intera nuova costruzione di un'«esatta filosofia giuridica». Avesse il Nostro, come suppone il *BINDING* (forse, non senza una punta di malizia), tali ambizioni costruttive, o ne avesse di più modeste, filosofico di certo non è l'edificio di teoria generale quale apparisce in questo volume. E filosofico non poteva riuscire tale edificio, appunto perchè, come ha notato in un suo inciso (certo, non senza una punta di malizia) il medesimo critico, le fondamenta poste dal *THON* non avevano sufficiente portata per siffatta costruzione.

Nessun dubbio, almeno a parer mio, che sia l'esperienza giuridica il comune obbietto, così della scienza propriamente detta, come anche della filosofia. Ma diverso è il metodo col quale l'una e l'altra devono studiare tale esperienza, differente il punto di vista, sotto il quale esse la considerano: *a parte obiecti*, la scienza, nei vari suoi rami, per darne una rappresentazione analitica e sistematica, che ne determini i concetti, gl'istituti, le relazioni con altri aspetti della realtà; *a parte subiecti*, la filosofia, per indagarne criticamente la genesi e la portata ideale, cioè le necessarie condizioni formali e l'umano significato e valore.

Grande merito del *THON* è quello di aver dato di tale esperienza, se pure soltanto nel settore della conoscenza dogmatica, e non anche di quella comune o di quella storica, una severa ed originale, se non sempre persuasiva, ricostruzione. Ma, giurista e non filosofo, come s'è osservato più volte, egli ha guardato tale esperienza soltanto dall'esterno, non ne è giunto al cuore, non ne ha cercato l'intima origine nello spirito umano. L'avesse fatto, sarebbe penetrato assai più a fondo nello

svolgere quella teoria della socialità del diritto, — di cui pure egli dev'essere ricordato tra i più fermi assertori, — perchè avrebbe trovato la caratteristica essenziale del diritto nella valutazione dei comportamenti in termini intersoggettivi, e di tale valutazione avrebbe scorto la genesi psicologica nell'assidua comparazione fra l'*ego* e l'*alter*, che accompagna ogni fase ed ogni aspetto della vita sociale, ed in tale forma di apprezzamento e di conoscenza delle relazioni del soggetto con gli altri soggetti, principio gnoseologico del diritto, avrebbe riconosciuto un aspetto imprescindibile dello spirito umano. Conseguentemente, avrebbe dato delle norme giuridiche, e delle loro analogie e differenze dalle altre norme regolatrici della pratica, un'analisi più fine di quella che, come s'è veduto, egli ha empiricamente abbozzata; ed avrebbe veduto — come pure videro il *MERKEL* ed altri teorici del diritto, se pure, anch'essi, piuttosto con felice intuito di giuristi che non con spirito filosofico, — come il concetto giuridico fondamentale non sia quello di norma, bensì quello di rapporto giuridico, in cui quel principio gnoseologico, principio pertanto universale e formale, trova la sua individuale, concreta attuazione. Ma, soprattutto, — e per tacere d'altri punti e problemi, pur di vitale importanza, ch'egli tocca e, più o meno a lungo, discute, come i concetti di tutela, d'illiceità, di sanzione, di colpa, di facoltà, di negozio, e via discorrendo, — anche esaminando il solo lato formale del fenomeno giuridico, la *Schale* com'egli diceva, senza analizzarne il nocciolo, il *Kern*, sovente economico e ad ogni modo altrimenti sociale, avrebbe saputo fornirci una rappresentazione fedele e completa della viva essenza del diritto soggettivo, anzichè accentuarne, fino a farne diventare la nota fondamentale, quella che non è se non una sua normale conseguenza, la possibilità di mettere in moto l'apparato delle norme secondarie nel caso d'una sua violazione o minaccia.

Tutto questo il *THON* non ha fatto. E per ciò il suo libro, contributo di notevolissima importanza, e di un contrassegno fortemente personale, ad una ricostruzione dogmatica dell'ordinamento giuridico, o, se si vuole, ad una teoria generale del diritto intesa in senso meramente obbiettivo o scientifico, non può ancora dirsi un libro di filosofia del diritto.

Ma tutto questo, ed altro ancora, può e deve fare, secondo me, una teoria generale del diritto per elaborare, non una mera ricostruzione rappresentativa della fenomenologia giuridica, bensì una critica della dogmatica, cioè, come diceva *KARL BINDING*, un'«esatta» filosofia del diritto. Questa filosofia, per essere tale, deve, appunto, aver per suo solido fondamento quell'esperienza giuridica, ch'è studiata analiticamente, nei suoi differenti settori, dalle singole scienze giuridiche, ma deve consi-

derare essa esperienza, a dir così, dal di dentro e non dal di fuori, cioè come una fenomenologia, ch'è creazione ed espressione dello spirito umano. Il quale, nel rispecchiarsi in tale sua opera (*verum ipsum factum*) e nel riflettere su di essa, contribuisce alla conoscenza di sè medesimo.

IX.

Qualche altra parola, soltanto, a proposito di questa traduzione.

Che il tedesco sia una lingua difficile per noi, abituati a parlare idiomi derivati dal ceppo latino, mi pare sia una constatazione ovvia e generale; la quale, dunque, non possa essermi suggerita unicamente da quella mia scarsa disposizione per le lingue straniere, che ho confessata fin dal principio di queste pagine. E credo di non dire una malignità (o, almeno, non una grossa malignità), se suppongo sia accaduto talvolta che il lettore d'un libro tedesco, anche se fosse uno scienziato, abbia consumato il fôsforo che aveva disponibile in quel momento nel cercar d'intendere quello che l'autore avesse voluto dire, e non glie ne sia rimasto poi a sufficienza per sottoporre ad un esame critico quanto era riuscito a comprendere. Questo spiega — se pur non giustifica — la pedissequa accettazione di teorie, professate in libri ed opuscoli tedeschi, che, nel paese in cui furono pubblicati, caddero in rapido e meritato oblio.

È troppo evidente che quest'ultima osservazione non vuol essere riferita all'opera del THON. La quale si presenta qui, per la prima volta, tradotta in una lingua diversa da quella in cui, molti decenni or sono, fu scritta, non pure per la sua importanza storica, ma altresì, e soprattutto, per la persistente importanza dogmatica, che giuristi di fama indiscussa, come si è accennato per l'addietro, attribuiscono tuttora alle opinioni, per quanto discutibili, quivi espresse, e, sopra ogni altra cosa, al suo valore educativo per la mentalità giuridica.

Il traduttore s'è accinto alla sua modesta, ma non breve e non lieve fatica, memore, appunto, dei suggerimenti di Maestri e colleghi insigni, ch'egli ebbe la ventura di frequentare fin dalla propria lontana gioventù. Ed ora, nel licenziare per le stampe il volume, esprime la fiducia che anche le più fresche generazioni di giuristi, pur sapendo distinguere ciò che in esso è morto da ciò che c'è di vivo e può essere ancora vitale, in queste pagine abbiano ad imparare, più che altro, quella severità di metodo, senza la quale la dogmatica di qualsiasi sistema ed ordinamento non può che rimanere campata in aria.

Sul punto di terminare queste pagine introduttive, vòglionsi ripetere le più vive grazie, anche a nome dell'editore, alla Casa Hermann Böhlaus Nachfolger di Weimar per il permesso, agevolmente accordato, di tradurre il volume; alla Facoltà Giuridica di Jena, ed in particolare, come si disse, al Prof. Dr. JUSTUS WILHELM HEDEMANN, che succedette ivi al THON ed ora insegna a Berlino, per le notizie bio-bibliografiche di lui, cortesissimamente comunicate; ed al Prof. HEDEMANN, altresì, per avere acconsentito a prestare ed a lasciar qui riprodurre il ritratto del giurista, della cui nascita quest'anno cade il centenario.

Altri ringraziamenti il traduttore vuol rivolgere qui, pubblicamente, ai due amici tedeschi, entrambi valenti studiosi, che lo aiutarono a risolvere qualche dubbio linguistico, ed uno dei quali ebbe anche a chiarirgli qualche nozione di diritto germanico, ed a prestargli la propria cooperazione nel correggere le bozze. Com'ebbero più volte a riconoscere questi medesimi amici tedeschi, la lingua e lo stile del THON non soltanto appaiono spesso invecchiati, ma sovente sono tutt'altro che agevoli da comprendersi.

Il proposito del traduttore è stato quello di rimanere aderente il più possibile al testo, affinché il lettore avesse sotto gli occhi la genuina espressione del pensiero, più o meno limpido ch'esso fosse, dell'Autore, anziché un'interpretazione che, per eccessivo amor di chiarezza, potesse correre il rischio di essere arbitraria. Non di rado vi è, in parentesi, la parola o magari la frase tedesca, in ispecie quando l'una o l'altra fosse stata tradotta con un significato non sempre identico a quello usato in altri casi, oppure con una certa libertà, non potendo la lingua o la costruzione italiana rendere appunto l'espressione adoperata dall'Autore. Per rendere più facili i confronti e la consultazione del testo, è segnata a margine via via la pagina dell'edizione tedesca (del 1878), l'unica che sia stata fatta del volume, oggi divenuto assai raro.

In principio dei diversi Capitoli è stampato il sommario degli stessi. E, all'inizio d'ogni paragrafo, ne è ripetuto il titolo. Sembra al traduttore che ciò possa talpoco agevolare la lettura dell'opera: nel testo tedesco, invece, i titoli dei paragrafi sono stampati una sola volta, nell'Indice, che segue immediatamente la Prefazione (pp. XII-XVII). È questa, si può dire, la sola — e, come si vede, assai piccola, — differenza fra l'edizione tedesca e questa traduzione.

Per non distrarre il lettore dal pensiero dell'Autore le note del traduttore sono raggruppate alla fine di ogni Capitolo, coi richiami a margine dei punti ai quali esse si riferiscono. Le andrà a leggere chi ne avrà voglia. Tali sobrie note, che comprendono, tutte insieme, una cinquan-

tina di pagine, o contengono semplici chiarimenti circa la traduzione od altre avvertenze di carattere meramente estrinseco, oppure si limitano, nella maggior parte dei casi, a brevi commenti, relativi, anzichè ad argomenti di diritto positivo (i più, oramai, sorpassati dai tempi), a concetti e problemi giuridici di carattere generale. Sarebbe stata una fatica immensa, ed in gran parte inutile, l'aggiornare i riferimenti fatti dall'Autore alle norme del diritto allora vigente nel suo paese, o l'istituire, via via, un confronto delle medesime con le disposizioni del nostro diritto di allora e di oggi. Perchè, come s'è accennato più volte in questa stessa Introduzione, e come vedrà ogni lettore, quest'opera è di carattere elevatamente dogmatico, e quindi formativo del giurista, anzichè di natura meramente esegetica od informativa; e l'interesse, ch'essa tuttora presenta, si raccomanda, pertanto, assai più che al richiamo di punti particolari di diritto positivo, all'impostazione ed all'esame dei più gravi problemi di teoria generale del diritto.

Il traduttore.

PREFAZIONE

(dell'Autore)

Lo scopo principale di queste indagini è quello di sottoporre ad un rinnovato esame il concetto del diritto soggettivo. Partendo dal principio, che l'intero diritto d'una società consiste nelle norme di questa, io ho cercato di determinare in qual punto il diritto oggettivo diventi in pari tempo il diritto del singolo. Dopo una discussione sopra l'essenza della norma e delle conseguenze giuridiche della sua trasgressione (Capitoli I e II), occorre prima di tutto sottoporre ad un'adeguata analisi la relazione fra il singolo ed il contenuto delle norme. Risultato di tale analisi è stato il determinare una distinzione (eine Differenzierung) nel contenuto di ciò che noi oggi comprendiamo sotto la comune designazione di diritto soggettivo. Io cerco di provare (ich versuche den Nachweis) che oggi con quest'unica espressione abbracciamo quattro concetti differenti e da distinguersi nettamente, dei quali soltanto uno, l'aspettativa di pretese, merita in verità d'essere designato come « diritto » (Capitoli III e IV), mentre, invece, la tutela delle norme per sè sola non fonda nessun diritto soggettivo, il godimento dei beni protetti da norme non appartiene in genere al diritto (Capitolo VI), e finalmente la facoltà, come un potere giuridico (als rechtliches Können), è da distinguersi dal diritto soggettivo (Capitolo VII). Se però quest'ultimo era da determinarsi come l'aspettativa di pretese, anche lo stesso concetto di pretesa doveva (Capitolo V) essere sottoposto ad esame (a).

Io non sostengo che una distinzione cosiffatta corrisponda all'odierna dottrina. Al contrario, io mi dovrò pronunciare fin troppo sovente contro opinioni generalmente dominanti. Ancor meno assumerei di provare che i detti concetti, nell'ambito che io darei loro, si sieno oggiora rispecchiati anche nella concezione romana. Ciò che io cerco di dimostrare, — e sarai felice di poterci riuscire, — è soltanto che i fenomeni della nostra vita odierna spingono di necessità ad (adottare) una costruzione del diritto

nel modo come io la tento. Il mio lavoro riguarda il diritto del tempo presente. Quasi esclusivamente io mi attengo quindi al diritto oggi vigente, come pure di preferenza prendo esempi e citazioni dalle leggi dell'Impero Germanico (*b*). Nessuno mi moverà rimprovero se fin d'ora io mi riferisco alle nuove leggi giudiziarie (auf die neuen Justizgesetze).

Anche se le questioni trattate qui appresso sono di natura generale, pur tuttavia la maniera in cui si cercherà di risolverle sarà molte volte di pregiudiziale e decisiva importanza anche per la decisione del singolo caso. Così (*per esempio*) queste indagini conducevano sovente a note controversie forensi, una cui soluzione si è potuta indi tentare dal punto di vista (*che qui si è*) raggiunto. Per ragioni estrinseche mi sono dovuto astenere, invece, dal fare per adesso una particolare applicazione della distinzione fra tutela giuridica, diritto, pretesa, facoltà e godimento, a singole dottrine, come p. es. a quella della rinuncia oppure alla dottrina della trasmissione del diritto. Inoltre, ho accuratamente evitato, nel corso dell'esposizione, di toccare il problema della persona giuridica. Ho fatto ciò per non complicare la risoluzione del mio più immediato quesito con l'esame d'una ulteriore dibattutissima materia (vielumstrittenen Materie) — sebbene proprio nel più complicato meccanismo della persona giuridica la distinzione fra interesse tutelato, godimento, pretesa e facoltà avrebbe potuto particolarmente far buona prova.

Dell'impulso a queste indagini io vado debitore soprattutto all'opera del BINDING (*Le norme — Die Normen — I, 1872; II, 1877*), i cui risultati io mi sono industriato di utilizzare nel terreno civilistico. Tanto più mi preme di dichiarare ciò pubblicamente e cordialmente, in quanto, nel corso dell'esposizione, sovente mi sono dovuto opporre al BINDING, e, naturalmente, più largo spazio è toccato alla polemica che non (*all'espressione del*) al consenso. Inoltre, anche durante l'elaborazione di queste indagini è apparsa una serie di opere, le quali trattano in parte le medesime questioni ed alcune delle quali giungono in questo od in quel punto ad analoghi risultati. Io mi sono studiato, dovunque trovassi concordanze e vedute consimili, di registrarle coscienziosamente e di accoglierle. Poichè se la concezione dominante del diritto, come io credo, abbisogna d'una revisione in molte parti, con un attacco isolato e perciò unilaterale si potrà forse riuscire a smuovere una dottrina, ma difficilmente si riuscirà a farla progredire. Per far sì che questa realmente proceda, anche in avvenire occorrerà che ci si affatichi in parecchi ed in ispecie che ci si sforzi contemporaneamente da varie parti.

Purtroppo non mi è stato possibile di utilizzare per il mio lavoro

anche l'opera di R. v. IHERING, *Lo scopo nel diritto* (der Zweck im Recht) (I, 1877). Essa mi è pervenuta quando alla stampa di questo libro mancavano solo gli ultimi fogli. Il compito, che io mi sono proposto, è (*però*) essenzialmente diverso da quello dell'or citata opera. A me importava di mettere in luce la costruzione logica e l'insieme del sistema giuridico, se pur sempre con riguardo allo scopo ed alla destinazione delle singole parti. IHERING, invece, dirige la propria attenzione subito ed essenzialmente a questi scopi. Mentre il mio compito era quello di mettere a nudo il duro scheletro del diritto ed oltre a ciò di esaminare soltanto la capacità di movimento (die Bewegungsfähigkeit) delle singole parti, l'opera di IHERING, invece, vale per i muscoli e nervi, per l'apparato motorio in sé. Tuttavia, a malgrado di questa differente delimitazione, le nostre indagini si incontrano più volte sui territori di confine. E mentre leggevo IHERING, mi pareva spesso di avere cercato a lungo e faticosamente nello spirito una melodia mezzo obliata, la quale improvvisamente risonasse al mio orecchio distinta, piena, possente (*c*). Ma tuttavia in più di un punto balzava vivo il contrasto. Vi sono, in ispecie, tre principii, contro i quali io mi vorrei fin d'ora brevissimamente pronunciare.

Il primo punto riguarda una questione, la quale, rispetto all'insieme delle mie conclusioni, non ha, a dir vero, se non secondaria importanza: la questione circa lo scopo ed il così detto fondamento giuridico della pena. Per IHERING (pp. 480, 481) si deve ricorrere alla minaccia d'una pena dovunque « la società non possa fare a meno di essa (ohne sie nicht auskommen kann)... La punizione della singola azione non è se non la conseguenza necessaria della minaccia penale una volta che la si sia fatta; senza la sua applicazione, la minaccia sarebbe priva di efficacia ». Si conceda l'una cosa e l'altra: la minaccia penale ha lo scopo (se anche non l'unico scopo) di trattenere dalla violazione delle norme — e questo rimarrebbe un vano tentativo, qualora alla minaccia non tenesse mai dietro una esecuzione. Tuttavia a me sembra che con ciò non sia stata ancora offerta la giustificazione etica del mezzo, del quale l'ordinamento giuridico si serve per preservare con la pena i suoi interessi. L'interesse della società come scopo della minaccia penale non può giustificare di fronte alla nostra coscienza la punizione del delitto compiuto. Perché deve il delinquente essere votato alla società (der Gesellschaft verfallen sein), così che questa possa servirsi del suo patimento per dare una maggior forza per il futuro alle sue minacce penali? Per giustificare ciò è necessario che anche il delinquente a noi sembri meritevole di pena proprio a causa della trasgressione in cui egli è incorso.

p. VIII

p. IX

Quanto poco, in verità, ciò disconosca IHERING, si rileva dalla sua stessa dimostrazione precedente (pp. 420 segg.). Per azioni delittuose straordinarie, la cui possibilità non sia stata sufficientemente prevista dal catalogo delle nostre leggi penali, si domanda qui l'ammissibilità d'una pena straordinaria, oltrepassante i limiti della legge, per infliggere la quale pena sarebbe opportuna l'istituzione d'una speciale « Corte di giustizia ». Una tale punizione oltrepassa però manifestamente lo scopo di assicurare i beni della società contro futuri attacchi. A tale compito basterebbe perfettamente la pronta emanazione d'una nuova legge penale supplementare: Se ciò nonostante anche qui viene richiesta la più dura punizione del singolo colpevole, ciò può avere soltanto lo scopo, che IHERING qui anche espressamente accentua: « sottoporlo alla meritata pena ».

p. X

D'importanza incomparabilmente maggiore per il fondamento delle mie deduzioni sono gli altri due principii. IHERING tiene ferma anche in questa nuova opera la concezione dominante, secondo la quale il godimento di beni giuridicamente protetti sarebbe di per sé (selbst) un esercizio di diritto. Contro questa (*dottrina*) è diretta l'intera dimostrazione del mio Capitolo VI. Se, come io credo, la dottrina dominante riposa sopra un errore, tale errore poi è assai ricco di conseguenze. Da esso (*errore*), appunto, discendono come conseguenze i medesimi ondeggiamenti nella determinazione del concetto del diritto, sui quali io dovevo richiamare l'attenzione fin dalla fine del mio quarto Capitolo (pp. 218 segg., *del testo tedesco*). Così IHERING definisce ora il diritto (p. 434) come « la garanzia delle condizioni di vita della società in forma coattiva » e di nuovo più oltre (p. 499): « diritto è l'insieme delle condizioni di vita della società garantite mercè una coazione esteriore, cioè per mezzo del potere statale ». Ma la garanzia delle condizioni di vita è concettualmente qualcosa di diverso dall'insieme di queste condizioni di vita. Per parte mia considererei come giusta solo la prima definizione — senza poter aderire però neppur qui all'aggiunta: « in forma coattiva ».

Ciò conduce al terzo punto, ch'è il più importante. La divergenza delle opinioni a tale proposito è così grande, che qui essa può essere solo accennata, ma non approfondita. IHERING ravvisa l'essenza del diritto nella coazione (pp. 318 segg.). E poichè lo Stato sarebbe « l'unico titolare (der einzige Inhaber) del potere coattivo della società », lo Stato viene considerato anche come « l'unica sorgente del diritto » (pp. 316, 317). Anzi, anche nello Stato non ci sarebbe per i giuristi « nessun

altro criterio (del diritto) all'infuori del riconoscimento e dell'attuazione di esso per mezzo del giudice » (p. 320).

A me, invece, sembra anzitutto che ogni norma, la quale sia considerata da una società umana come obbligatoria per il reciproco consegna dei consociati, sia una norma giuridica, e che lo Stato quindi non sia l'unico creatore del diritto. Certo, come IHERING giustamente osserva, si deve allora parlare anche del diritto d'una società vietata dallo Stato. Ma io non arretro nemmeno di fronte a questa conseguenza (*d*). Ogni manuale di diritto canonico tratta della costituzione della primitiva Chiesa cristiana e pone quindi il diritto di questa in un tempo, nel quale essa (*Chiesa*) dal punto di vista statale era ancora un'associazione proibita. Va da sé che lo Stato non rispetterà il diritto di associazioni proibite — e non si farà esecutore delle loro norme, nè riconoscerà come esercizio di diritto i mezzi coattivi e le pene vigenti nell'interno dell'associazione stessa. La pena di morte, inflitta in conformità agli statuti da un membro d'una società segreta ad un compagno traditore, sarà agli occhi dello Stato un mero assassinio punibile. Ma tutto questo non esclude che dal punto di vista della singola associazione si debba parlare d'un diritto di questa. Che esso viva, lo dimostra la sua efficacia: la sua forza sopra gli spiriti.

p. XI

Anche se noi ci vogliamo limitare al diritto statale, mi sembra troppo angusto esigere come « il criterio assoluto di qualsivoglia reale precetto giuridico », « che in ultima istanza sempre vi sia dietro ad esso un'autorità, che all'occorrenza lo applichi coattivamente » (p. 337). A me sembra dimostrino il contrario gl'imperativi, che negli Stati monarchici hanno per destinatario l'organo supremo del potere statale e la cui trasgressione in linea di principio rimane priva di conseguenze — il contrario, (*inoltre, mi pare lo dica il fatto*) che la pena, la quale tien dietro alla trasgressione d'una norma, non può essere considerata come coazione di quest'ultima, — il contrario, finalmente e soprattutto, (*il fatto*) che anche la coazione, in quanto appartiene al diritto, è a sua volta da ridursi nuovamente a norme. Non il fatto del costringere costituisce l'essenza del diritto, bensì l'averne il potere ed il dovere (nicht das Zwingen ist Sache des Rechts, sondern das Zwingendürfen und Zwingensollen) (v. oltre pp. 7 segg., *del testo tedesco*).

Inoltre, a me parrebbe di nuovo troppo angusto parlare d'un diritto soltanto là, dove vi sia un giudice preposto alla coazione. I comandi, che IHERING cita a p. 451: « tu devi pagare le imposte allo Stato, tu devi prestare il servizio militare » sono norme statuali, ed

p. XII anche realizzabili coattivamente — ma non è il tribunale che sia competente a darvi esecuzione (v. oltre, pp. 44, 49, *del testo tedesco*).

Dell'opera testè apparsa del DEGENKOLB, *Coazione alla contestazione della lite e norma processuale* (Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877) ho potuto vedere i primi quattordici fogli di stampa già durante la pubblicazione del mio libro, e da p. 235 (*naturalm., v. la p. relat. del testo ted.*), almeno in certa misura, me ne sono potuto giovare — grazie alla grande gentilezza dell'Autore, il quale, sebbene io personalmente non lo conoscessi, ad una mia richiesta relativa alla pubblicazione della sua opera ch'era già stata citata dal SOHM, ha posto a mia disposizione ciò che allora (metà novembre dell'anno scorso) era già stampato.

Sia detta parimenti anche in questo luogo una parola di cordiale ringraziamento al mio amico e collega di qui, Prof. S. BRUE, per i molteplici, amichevoli contributi dati al mio lavoro.

Rostock, il 16 gennaio 1878.

L'AUTORE.

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Spunti di terminologia*) — Fin d'ora giova dire una parola circa la terminologia, adottata in questa traduzione. Ho tradotto *A n s p r u c h* con *pretesa* (si vedrà poi, specialmente a proposito del Cap. V, come il THON abbia della pretesa una concezione, indubbiamente suggestiva, ma che a me sembra troppo ristretta). *A n w a r t s c h a f t a u f A n s p r u c h e* si traduce, per conseguenza, come: *aspettativa di pretese*. *G e n u s s* si traduce con *godimento* (se ne vedrà la trattazione al Cap. VI). Il termine *B e f u g n i s s* è tradotto con *facoltà* (e talora con *potestà*); ma, per dare il senso di *rechtliches Können*, poiché non mi pareva ben chiaro dire: *potere giuridico*, ho preferito usare l'espressione latina: *posse*, con la quale da un lato si accentua la distinzione dal semplice *licere*, dall'altro mi sembra si chiarisca a sufficienza che tale potestà o facoltà non è meramente di fatto, ma, oltre che fornita di tutela dal diritto, è da questo resa produttiva di particolari conseguenze. Per gli altri termini usati nel testo tedesco, ed in questa traduzione, si vedrà più avanti.

a p. VI testo
ted., 1 trad.

b) (*Teoria generale del diritto e diritto vigente*) — Il THON dichiara lealmente, come si vede, che per queste sue indagini di *teoria generale del diritto* (non si dimentichi che così suona il sottotitolo del volume) egli si attiene, essenzialmente; alla legislazione vigente, ed in particolare alle leggi germaniche del tempo. (Si vedrà, tuttavia, nel corso del lavoro, quanto spesso egli, ch'era anche un dotto romanista, ricorra ad esempi ed istituti del diritto romano). Senza discutere qui — chè non sarebbe la sede adatta, — la questione metodologica generale, quale sia l'obbietto, o meglio il fondamento di fatto, d'indagini di tal genere, bastino due succinti rilievi.

a p. VI testo
ted., 2 trad.

Vero che non pochi lavori della materia — non pure nella letteratura giuridica germanica, ma altresì inglese ed italiana (si rammentino, fra i tanti, gli scritti, p. es., del BINDING, del SALMOND, del GOODHART, del BRUNETTI), — si sono basati principalmente sul diritto vigente nel loro Stato. Il che, se, da un lato, è giustificabile con ragioni psicologiche, spiega, d'altro lato, il favore con cui tali lavori furono accolti dai dogmatici del diritto, i quali in cotesti scritti non pure

trovarono preziosi insegnamenti per la costruzione sistemata delle singole scienze giuridiche, ma credettero di trovare addirittura i fondamenti filosofici della conoscenza scientifica del diritto, e di questo o di quel principio od istituto giuridico.

Vero è, però, che una teoria generale del diritto, la quale aspiri ad essere, non pure una dogmatica generale dell'uno o dell'altro ordinamento, ma una filosofia del diritto fondata sopra una critica dell'esperienza giuridica, o, quanto meno, quella parte o sezione tanto importante di essa disciplina, la quale elabora una critica della conoscenza dogmatica del diritto, non può accontentarsi di prendere per base delle proprie indagini il diritto vigente in un solo ordinamento, anche se, per i motivi psicologici dianzi accennati, esso diritto statale contemporaneo fornisca al ricercatore la maggior messe di esempi e di citazioni in appoggio delle sue riflessioni critiche. Almeno tendenzialmente, il teorico generale, che aspiri ad essere un filosofo, del diritto, — non foss'altro per quel mutuo ausilio che si possono e si devono dare la conoscenza dogmatica e la conoscenza storica del diritto, — cercherà di estendere l'orizzonte delle sue vedute al di là dei confini del proprio Stato e del proprio tempo. L'ideale, cui deve tendere il filosofo del diritto, — anche se, appunto perchè ideale o concetto-limite delle proprie indagini, non lo possa mai pienamente raggiungere, — è quello di assumere come contenuto delle sue ricerche di teoria generale dell'esperienza giuridica, ed in specie come elementi dei problemi critici della conoscenza dogmatica del diritto, ch'egli deve, se non altro, impostare, i dati di quella scienza del diritto universale comparato, che, del resto, è anch'essa in via di lenta e prudente elaborazione.

a p. VIII testo
ted., 3 trad.

c) (IHERING, *Lo scopo nel diritto; dinamica e statica*) — Le espressioni, con le quali il THON allude qui all'opera dello IHERING, *Der Zweck im Recht*, che allora incominciava ad uscire, su la quale egli stesso doveva tornare fra breve (v. *Introduzione*), e che, com'è noto, sebbene arricchita d'un secondo volume, rimase incompiuta per la morte del geniale scrittore, — espressioni, che hanno un calore inconsueto allo stile del nostro A., — sollevano, a parer mio, un problema di portata ancora più generale che non abbiano le tre questioni, a proposito delle quali il THON manifesta il proprio dissenso dallo IHERING. Il THON, come si legge nel testo, scrive che le proprie indagini e quelle dello IHERING s'incontrano più volte « sui territorii di confine », e, se io non erro, esprime quasi un senso di nostalgia (viene in mente la lirica di HEINE: *ich weiss nicht was soll es bedeuten . . .*) per la « melodia mezzo obliata » (*nach einer halb verlorenen Melodie*), che gli risuona all'orecchio nel leggere certe pagine di quel brillantissimo scrittore di diritto, ch'era lo IHERING.

Tutto questo che significa? Significa — sempre se io non m'inganno (ma qualche riga precedente del nostro A. mi rafforza nella mia opinione), — che il THON sapeva scorgere i limiti delle sue ricerche, e, più generalmente, della teoria generale del diritto, com'egli la intendeva. Mentre RODOLFO VON IHERING, dopo avere, nella classica opera *Lo spirito del diritto romano*, posto anche taluni fondamenti, da tenersi tuttora in grandissima considerazione, per la costruzione sistemata dell'ordinamento giuridico, nel successivo suo lavoro aveva affrontato più decisamente e consapevolmente il problema della *dinamica*, cioè dell'evoluzione del diritto, il THON avvertiva che nel libro, ch'egli licenziava alle stampe, si era limitato alla *statica* del diritto. O, se si vuole un'altra metafora (suggerita proprio da alcune

espressioni del THON), lo IHERING s'era arditamente avviato verso gli studi della fisiologia del diritto, laddove il THON s'era limitato prudentemente a ricerche di anatomia. Indagini, come il lettore vedrà, precise ed ancora oggi preziose. Ma che non esauriscono lo studio del problema della vita, cioè delle funzioni e delle continue trasformazioni di quest'organismo ch'è un sistema giuridico, o, ch'è poi lo stesso, dei compiti che al diritto spettano nella vita della società.

Può una teoria generale del diritto addentrarsi anche in tali indagini? Se la s'intende in senso stretto, cioè, non pure come dogmatica generale, ma altresì come critica della conoscenza dogmatica, io credo che no; perchè la precisione di tale forma di conoscenza giuridica è condizionata, appunto, dal sistema cui l'apprezzamento giuridico deve, di necessità, essere ricondotto; e lo studio d'un sistema nelle sue parti è, appunto, compito della statica — o, se si vuole, dell'anatomia, — del diritto. Ma una teoria generale intesa in senso più lato, come critica di tutta la conoscenza o l'esperienza giuridica, ch'è quanto dire (almeno a parer mio) come filosofia del diritto, deve andare al di là dei problemi della costruzione del sistema, deve indagare anche il diritto vivente, deve saper passare dall'anatomia alla fisiologia, dalla statica alla dinamica. O, quanto meno, per evitare di tramutarsi in sociologia, con lo studiare essa stessa, *a parte obiecti*, le tendenze dell'evoluzione giuridica, per rimanere nel proprio specifico terreno gnoseologico o critico, deve pur elaborare una critica, oltre che della conoscenza dogmatica (ch'è conoscenza statica) del diritto, anche della conoscenza storica, di quella, cioè, che cerca di appurare, appunto *a parte obiecti*, la dinamica del diritto, che è quanto dire l'efficienza dei suoi fattori evolutivi.

d) (*Socialità del diritto*) — Si veda con quanta chiarezza il THON prenda partito per la tesi, che poi fu chiamata della *socialità* (il che equivale a dire, della non esclusiva statualità) del diritto. In tutto il resto dell'opera si cercherebbe invano un'affermazione così recisa in favore della detta tesi. Ma basterebbe questo spunto (sul quale ritornerà poi nell'art. critico su IHERING, ricordato nell'*Introd.*) a far annoverare anche il nostro A. fra i suoi decisi fautori. Nella letteratura germanica, talpoco posteriore a questo libro del THON, e con perfetta indipendenza di vedute, merita di essere rammentato tra i difensori della tesi della socialità OTTO GIERKE: vèdasi la sua esplicita ammissione che anche « un popolo senza Stato, una comunità religiosa senza Chiesa, la società internazionale, una classe o un'altra frazione del popolo riunita senza alcuna costituzione può dar vita a diritto consuetudinario » (*Deutsches Privatrecht*; Leipzig, Duncker u. Humblot, 1895; § 20, I. B., p. 166). Più recentemente l'ha propugnata con vigore, in Italia, SANTI ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, I: Pisa, Spoerri, 1917). E sia concesso di ricordare che anche il trad. di questo libro, dopo averla difesa, approfondendo uno spunto di BENEDETTO CROCE, fin dal 1914 (A. LEVI: *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, Formiggini, 1914; v. spec. §§ 13, 16, 24, 27), anzi fin dal 1911 (*La société et l'ordre juridique*, Paris, Doin, 1911; v. spec. § 17), l'ha costantemente riaffermata (v. in specie *Ubi societas ibi ius*, in « *Saggi di teoria del diritto* », Bologna, Zanichelli, 1924; ed *Istituzioni di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, I vol., ristampa, 1937, pp. 70-80).

a p. X testo
ted., 6 trad.

La norma e le conseguenze giuridiche della sua trasgressione.

SOMMARIO: 1. La norma. - 2. Norme, la cui trasgressione non produce conseguenze giuridiche. - 3. Anche le conseguenze giuridiche della trasgressione d'una norma consistono soltanto nell'entrare in vigore di nuovi imperativi o nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti. - 4. Nullità di negozi giuridici disapprovati. - 5. Prevenzione della trasgressione della norma. - 6. Conseguenze giuridiche della trasgressione della norma. Primo gruppo: precetti giuridici che hanno per scopo la punizione. Concetto e fondamento giuridico della pena. - 7. Decadenza e pena privata. - 8. Valore attuale delle pene private. La teoria di WINDSCHEID. - 9. Decadenze a scopo di risarcimento. - 10. Secondo gruppo: precetti giuridici che hanno per scopo la compensazione. Prima forma: coazione all'adempimento. - 11. Adempimento non è risarcimento. HASSZ e SCHLOSSMANN. - 12. Coazione all'adempimento per un divieto trasgredito. - 13. Seconda forma: risarcimento. - 14. Concetto del danno e del risarcimento. - 15. Mezzi del risarcimento. - 16. Actiones poenales e rem persequentes. - 17. Complicazioni di pena e risarcimento. - 18. Terza forma: garanzia. - 19. Risultato.

1. (*La norma*). — Da HEGEL (1) in poi si usa definire il diritto in senso obbiettivo come la volontà generale. Ed infatti tale determinazione « ne coglie l'essenza, sotto l'aspetto formale, in cosiffatta maniera che non se ne potrebbe pensare altra più espressiva e più breve » (2). Sia che il diritto d'una comunità e particolarmente quello dello Stato (3) abbia trovato la sua espressione nella legge, sia ch'esso si manifesti

(1) HEGEL, *Filosofia del diritto* (Philos. des Rechts), § 82 supplemento (a). Lascio per altro impregiudicata la questione, se effettivamente la « volontà generale » di HEGEL sia da considerarsi come volere della comunità; cfr. §§ 29, 34, 81 ivi.

(2) IHERING, *Spirito del diritto romano* (Geist des röm. Rechts.), III, 3^a ed., p. 318.

(3) Per ragioni pratiche io mi limiterò, in queste indagini, a considerare il diritto della massima comunità giuridica, lo Stato (b).

p. 2 nel modo di vivere della comunità, il diritto esprime sempre il volere di quest'ultima (4). E tale volere si rivolge poi alla volontà dei singoli (5). Per mezzo del diritto l'ordinamento giuridico (nel senso dei fattori generatori del diritto) tende a dare a coloro che sono soggetti alle sue statuizioni un impulso verso un determinato contegno, consista poi tale desiderato contegno in un'azione oppure in un'omissione. Tale impulso viene esercitato per mezzo di precetti di contenuto ora positivo ora negativo. Comandi e divieti lasciano intatta la libertà naturale di colui, al quale gli uni e gli altri si rivolgono (6). Di fatto gli uni e gli altri possono essere disobbediti: solo che l'omissione o l'azione è allora contraria al diritto, è un'infrazione della norma od un'illiceità (7) (f). Un precetto giuridico (ogni precetto giuridico per sè stante) ha per base un « tu devi » o « tu non devi » (nel senso di: « ciò non ti è lecito ») — un iubere od un vetare, come già CICERONE osserva in maniera calzante (8).

(4) Nella legge (c) (il diritto esprime) il volere di quelle persone, la cui volontà (formulata e manifestata in una certa guisa) deve valere, a tenore del diritto del singolo Stato, come volere di questo Stato. La potestà degli organi legislativi, di far valere la loro volontà come volontà dello Stato, non si può, invero, far dipendere in ultima istanza se non da un precetto di diritto consuetudinario (d). In questo senso la legge è soltanto una fonte mediata di diritto. Cfr. ora anche BIERLING, *Per la critica dei concetti giuridici fondamentali* (zur Kritik der juristischen Grundbegriffe), I (1877), p. 96.

(5) Tali singoli possono essere o persone private oppure altri organi statuali all'infuori dell'organo legislativo. Dobbiamo qui lasciare ancora impregiudicata la questione, entro quali limiti la manifestazione di volere della comunità rispetto ad un proprio comportamento futuro apparisca non soltanto come una dichiarazione di un suo proponimento, ma presciva ad essa un obbligo e quindi sia creatrice di diritto.

(6) Diversamente dalla legge naturale, il cui « avverarsi dipende da necessità ». BRINZ, *Pandette* (Pandekten), 2^a ed., I, p. 91 (e).

(7) Senza approfondire la questione, se al concetto di illiceità (*letter.: torto: Unrecht*) sia implicita una colpevolezza da parte dell'obligato, — ciò che dovrà essere discusso nel Capitolo II.

(8) pro Flacco VII § 15 « iuberi vetarique... »; de legibus II c. 4 § 8 « ...legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia... aut cogentis aut vetantis... ad iubendum et ad deterrendum idonea »; 9 « iussa ac vetita populorum ». Quando MODESTINO nella l. 7 de legibus 1,3: « legis virtus haec est imperare vetare permettere punire » annovera fra le funzioni della legge, oltre il comandare ed il vietare, anche il permettere ed il punire, dice cosa inesatta. Poichè il punire designa solo lo scopo di certi precetti giuridici, non il loro contenuto — a prescindere da ciò che la pena presuppone pur sempre una trasgressione della norma, cioè l'infrazione d'un comando o d'un divieto. Intorno al permettere cfr. però Capitolo VII § 9 (g). Più esattamente lo

Quand'anche i comandi e divieti del diritto possano non avere tale aspetto esteriore e possano essere qualificati solo mediatamente, per mezzo delle conseguenze minacciate per la loro violazione (9), tuttavia vi è concettualmente in ogni statuizione giuridica un imperativo, un praeceptum legis (10), o, come oggi si vuol dire, una norma.

Coi suoi imperativi l'ordinamento giuridico si rivolge unicamente ad uomini. Come ogni diritto deriva da uomini (11), così anche ai suoi precetti uomini soltanto sono sottoposti (12). E sono gl'interessi della società e pertanto interessi umani quelli, a tutelare i quali mirano i divieti, a promuovere i quali mirano i comandi. Nè l'ordinamento giuridico emana i suoi precetti alla cieca e senza scopo; e neppure è suo fine (13) quello di mettere alla prova l'obbedienza dei soggetti di diritto. Non è l'obbedire che gli sta a cuore, bensì le sue conseguenze. Esso (*ordinamento*) tende ad evitare ciò che è vietato, a conseguire ciò ch'è imposto. I suoi precetti sono soltanto un mezzo per tale scopo. Questo esso desidera: questo, cioè, esso stima conforme al proprio inte-

stesso MODESTINO nella l. 52 § 6 de obl. et act. 44,7 designa l'antitesi degli obblighi giuridici in tal guisa: « quae... fieri praecipuntur, vel fieri prohibentur ».

(9) Così era nelle actiones honorariae, concedendo le quali solo mediatamente era creato un diritto ed un obbligo ad esso complementare; così nelle nostre attuali leggi penali, le quali, parimenti, contengono la norma, di cui mirano a colpire la violazione, nella loro prima parte, determinante la fattispecie. Cfr. BINDING, *Le norme e la loro trasgressione* (die Normen und ihre Uebertretung), I, (1872), pp. 29 segg. BRINZ, op. cit., p. 209.

(10) l. 37 § 1 de minoribus 4,4 — l. 52 § 5 de obl. et act 44,7 — l. 41 de poenis 48, 19 — c. 9 C. de legibus 1, 14: « Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognitio vel inhibita declinent vel permissa sectentur ».

(11) Si può prescindere qui dall'indagare se anche in società animali non si trovino consuetudini, le quali denotino (*l'esistenza di*) un certo ordinamento giuridico (cioè un ordinamento che riposi sopra un sentimento di obbligazione). Alcuni indizii in proposito ci offrono specialmente alcune società d'insetti, nella maniera più sorprendente quella delle formiche che fanno schiavi. Ciò nonostante non vi è, in ogni caso, nessuna comunione giuridica fra l'uomo e la bestia, così che possono trascurarsi eventuali tracce d'un diritto delle bestie.

(12) HOELDER, *Rivista di Tubinga per la scienza generale dello Stato* (Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft) XXVI (1870), p. 663: « Se lo Stato è forza ed è anzi una forza cui è essenziale agire sul volere, oggetto di questa forza nello Stato sono gli uomini ed essi soltanto ».

(13) Almeno non lo è di regola. Di una singola legge, come nella favola del cappello di Gessler, si può pensare che il suo unico scopo sia quello di mettere a prova e di rafforzare l'obbedienza.

resse — l'interesse della società determina la statuizione del diritto (14) (h). Ciò non esclude che sovente possano essere anzitutto tutelati e promossi particolari interessi dei singoli; così che qui in fatto l'interesse della generalità solo mediatamente viene in considerazione (15). Anzi, non è neppure escluso che la società umana mossa da un sentimento di protezione per le bestie assuma in certa guisa anche la tutela di esse e con ciò intenzionalmente e consapevolmente promuova il benessere delle stesse (16). Ma questo dimostra ancora una volta che gl'interessi della società, ai quali serve il diritto, non sono sempre da concepirsi come interessi materiali. Come ogni norma deve scaturire dall'idea, vivente nella società, di ciò che sia giusto, così si può anche pensare che tutto l'interesse della collettività all'attuazione dei propri precetti riposi unicamente su l'appagamento dell'impulso di giustizia (Gerechtigkeitstrieb), che ha fatto sorgere quegli stessi precetti (17) (i).

p. 5

2. (Norme, la cui trasgressione non produce conseguenze giuridiche).

— Dagli imperativi propriamente detti sono da separarsi concettualmente le conseguenze, che da parte dell'ordinamento giuridico sono minacciate per una trasgressione degli stessi. Ma ancor prima che possano essere prese in considerazione le diverse conseguenze giuridiche della violazione della norma, sembra opportuno prevenire subito alcuni possibili equivoci. In primo luogo, il supporre che l'essenza del diritto od almeno il suo unico valore pratico sia da ravvisarsi nelle conseguenze giuridiche, che il torto si porti dietro. In secondo luogo, la veduta che tali conseguenze giuridiche possano consistere in qualcosa di diverso dall'entrare in vigore di altri imperativi oppure dal venir meno di essi. E finalmente, la speciosa credenza che l'ordinamento giuridico

(14) O, quanto meno, lo dovrebbe determinare. Di fatto, però, può una legge danneggiare notevolmente gl'interessi della comunità, e ciò può accadere persino intenzionalmente nel caso che i fattori (gli organi) legislativi avessero dimenticato i loro doveri.

(15) Su gli scambievoli rapporti fra gl'interessi della società e quelli dei singoli cfr. Cap. III § 3.

(16) Così per il divieto di maltrattare le bestie. La sentenza di BRINZ, op. cit., p. 90: « il diritto è una legge, che ha l'uomo a soggetto, ad oggetto, a scopo e ad autore » dev'essere dunque in qualche modo limitata. Certo è però che la tutela non viene accordata alle bestie sotto l'aspetto d'un diritto loro garantito; cfr. Cap. VII § 7 in fine.

(17) Così (dicasi) degli imperativi, indirizzati agli organi della giustizia penale, di procedere contro il delinquente.

si accontenti di proclamare i suoi precetti e poscia di aspettare fino ad una trasgressione degli stessi per poter allora reagire contro la violazione già avvenuta della norma.

Di quando in quando si trova l'affermazione (18), che gl'imperativi, i quali devono determinare la condotta degli uomini in una certa guisa, in genere non appartengono al diritto, bensì soltanto alla morale. Così p. es. la norma « tu non devi rubare » non sarebbe un divieto del diritto, bensì un « comandamento della morale ». Solamente la pena, che colpisca il ladro, solamente la coazione che contro di lui si eserciti a scopo di restituzione della refurtiva o di risarcimento del danno, apparterebbero al diritto. Tale opinione (j) si sgrètola tosto che venga addotta la prova, che anche tali conseguenze della trasgressione della norma, attribuite al diritto, non consistono poi se non nell'entrare in vigore di nuovi imperativi e nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti. Bandire le norme dal territorio del diritto significa dunque mettere in forse la stessa esistenza del diritto in generale.

p. 6

Ma la medesima prova può servire per correggere un'altra opinione molto diffusa. Sovente, infatti, le norme sono bensì riconosciute come norme di diritto, — ma il loro valore pratico, la loro forza e (il loro) significato sono messi in dubbio quando la loro trasgressione rimanga priva di conseguenze giuridiche. Si sorride allora di questo diritto impotente, che non riposa se non sopra un comando. Ora sarà subito dimostrato che una qualsiasi attribuzione di diritti (soggettivi - Berechtigung), perfino quella che è fornita della più energica coazione ad una pena e ad un risarcimento per caso della sua violazione, riposa, in fondo, soltanto sopra un complesso d'imperativi, dei quali il successivo ha sempre per condizione la disubbidienza del precedente, ma l'ultimo, quando sia trasgredito, rimane in ogni caso privo di conseguenze. L'intero sistema giuridico consta, pertanto, di norme. Ora se si vuole far poco conto della norma come tale, e sia: ma, allora, all'intero diritto si attribuirà scarso valore. Poiché è impossibile che una norma di per sé impotente acquisti energia solo per ciò che nel caso della sua trasgressione ad essa si connetta un'altra norma impotente.

Il disprezzo della nuda norma si fonda sopra un fare troppo poco conto (Unterschätzung) della forza ideale (k), che il volere della società esercita su ognuno di coloro che ci vivono. Anche se nessuna conseguenza

(18) Specialmente presso COHNFELDT, *La teoria dell'interesse* (die Lehre vom Interesse) (1865) p. 28. Cfr. Capitolo VII § II.

p. 7 giuridica sia legata alla trasgressione della norma, tuttavia il solo fatto della sua esistenza è spesso praticamente d' inestimabile valore. In prova di ciò non devono essere adottati precetti del diritto internazionale. Poiché senza dubbio questi sono oggi ancora imperfetti. Ma ciò non soltanto perchè non è predeterminata una conseguenza della loro trasgressione, nè una giurisdizione, la quale possa porre in esecuzione eventuali conseguenze. La debolezza del diritto internazionale dipende prima di tutto da ciò, che il comune sentimento degli Stati non s'è ancora, nemmeno approssimativamente, irrobustito come il comune sentimento dei singoli nello Stato — e per ciò una disobbedienza al volere comune non suscita qui (*nella società internazionale*) nè così sicuramente nè così intensamente il comune risentimento (1). Possono invece ben servire di prova le norme del diritto pubblico interno, delle quali proprio le fondamentali rimangono spesso, nel caso della loro trasgressione, senza alcuna conseguenza giuridica. Anzi, in istati monarchici l'organo supremo del potere statale è per principio irresponsabile. Tutte quelle norme, che impongono a lui obbligazioni, non possono essere, pertanto, null'altro che nude norme (19). Ma non per questo può essere denegato il loro valore. Tale valore consiste in tutto il peso della volontà generale, che (*espresso*) nella norma s' indirizza alla volontà di chi la deve osservare (20). La coazione non è affatto un elemento essenziale nel concetto del diritto (21).

3. (*Anche le conseguenze giuridiche della trasgressione d'una norma consistono soltanto nell'entrare in vigore di nuovi imperativi o nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti*). — Di conseguenze giuridiche della illiceità si parla per lo più in maniera, che lascia intendere una certa propensione a non annoverare anche queste medesime conseguenze fra le norme, bensì a separarle concettualmente dalle stesse. In contrapposto a ciò dev'essere affermato con tutta risolutezza che anche le conseguenze giuridiche

(19) Così avviene precisamente nell'Impero Germanico rispetto all'Imperatore. «Il solo membro della Confederazione (Bundes mitglied), il quale è al tempo stesso organo della sovranità imperiale» (LABAND, *Il diritto pubblico dell'Impero Tedesco* [das Staatsrecht des deutschen Reiches] p. 214) non è responsabile, ma sottostà secondo la costituzione dell'Impero ad obblighi giuridici. Cfr. Cap. III, nota 36.

(20) Con ragione fa osservare BEKKER, *Azioni* (Aktionen) I, p. 11, che anche ogni diritto consuetudinario è dapprincipio una mera norma.

(21) BIERLING, op. cit., pp. 140 e segg.

della trasgressione della norma, sia che si propongano per iscopo la punizione del trasgressore, sia che servano ad altri fini, non consistono se non nell'entrare in vigore di nuovi imperativi oppure nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti. L'intero diritto di una società non è altro che un complesso d'imperativi (m), i quali sono l'uno all'altro così strettamente inanellati che la disobbedienza agli uni costituisce sovente il presupposto di ciò che da altri è comandato.

Un esempio servirà di chiarimento. Il divieto: «tu non devi uccidere» si rivolge a tutti coloro che sono soggetti alla norma. Se esso divieto è intenzionalmente trasgredito da uno di questi ultimi, la dottrina giuridica che è tuttora in vigore oggidì pretende che conseguenza dell'assassinio sia che l'assassino lo paghi con la vita. Ma l'esecuzione capitale del colpevole non è niente affatto la conseguenza giuridica dell'assassinio (22). Quanto poco era in potere della legge d'impedire il delitto, tanto poco può essa all'assassinio annodare senz'altro la morte del suo autore. La legge può soltanto agire allo scopo che la pena stabilita colpisca il delinquente. A tal fine si offrono due vie all'ordinamento giuridico. Anzitutto esso può privare il delinquente, in generale, della tutela, della quale fino allora faceva parte la sua persona. Gli imperativi, i quali fin qui proteggevano la vita di lui come quella degli altri, d'ora in poi a causa del suo atto vengono meno. La sua vita viene abbandonata alla discrezione di chicchessia: chi lo ammazza, non agisce all'incontro di nessun divieto. In tal guisa era privo di ogni tutela giuridica l' homo sacer nell'antica Roma (23), il proscritto (Friedlos) nell'antico diritto germanico (24), chi fosse incorso nel bando supremo (*dell'Impero*) (der Oberacht Verfallene) nel Medioevo (25). Ma ripugna al sentimento

(22) L'esecuzione capitale è un procedimento di fatto, che si può pensare inflitto anche ad un incolpevole, mentre il colpevole vi si sottrae. Conseguenza giuridica dell'assassinio è soltanto che l'assassino debba essere, ma non che egli sia giustiziato.

(23) LIVIUS III, 55: «...eum ius fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur».

(24) Il quale perciò era wargus cioè (*esposto ad essere*) cacciato (ausgestossen) come il lupo.

(25) Formula di proscrizione di Arrigo VII, 1309: «...noi vietiamo a chiunque di esservi amico e permettiamo a chiunque di esservi nemico» («wir verbieten sie ieren freunden und erlauben sie ieren veinden»).

giuridico più evoluto di lasciare il delinquente, qualunque sia il suo crimine, alla mercè di chicchessia. D'altra parte la pena della morte deve raggiungere sicuramente l'assassino e non dipendere dal beneplacito dei singoli. Perciò gl'imperativi che tutelano il delinquente non sono più soppressi per chicchessia; gli stessi cessano di aver vigore oggi solo per determinati organi statuali. Ma a questi ultimi è attribuito, insieme con la liceità, anche il dovere di agire contro l'assassino: di arrestare l'indiziato, di condannare il riconosciuto colpevole, d'infliggere la pena al condannato. Un assassinio che sia stato commesso risveglia, dunque, al giorno d'oggi gl'imperativi, i quali s'indirizzano agli organi che sono preposti alla giustizia penale (26) ed hanno per

p. 10

(26) BINDING, *Norme* (Normen) I, pp. 1-14, contesta che la legge penale — nella quale io, d'accordo con lui, ravviso non la norma, la quale non dev'essere violata, bensì soltanto la minaccia di pena pel caso della sua violazione, — obblighi il giudice e gli organi esecutivi; con la legge penale, piuttosto, lo Stato imporrebbe soltanto a sè stesso un'obbligazione di punire. All'obiezione già sollevata contro di ciò (cfr. specialmente BIERLING, *Notizie scientifiche di Götting* (Göttingische gelehrte Anzeigen), 1873, pp. 402 ss., come pure v. BAR, *Rivista crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift), 1873, Vol. XV, p. 562, e WACH, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), 1873, Vol. XXV, p. 436) mi devo associare anch'io. Proprio secondo la dottrina di BINDING i precetti del diritto possono avere per destinatari soltanto uomini e soltanto da questi essere trasgrediti. Per quale uomo nello Stato vale, dunque, il comando: il ladro dev'essere punito con la prigione? Se l'intero potere statale, in particolare la legislazione, l'amministrazione della giustizia penale e l'esecuzione della pena, fosse riunito nella mano d'un solo uomo, allora nell'emanazione d'una legge penale si potrebbe trovare soltanto l'espressione d'un proponimento di punire in certi casi in un determinato modo. Il legislatore non si sarebbe, però, obbligato di fronte a nessuno a mettere in esecuzione il suo proponimento. Né il delinquente, in particolare, avrebbe acquistato un diritto alla pena, nè l'offeso un diritto alla punizione del delinquente. La cosa non cambia anche se effettivamente il potere statale spetta ad organi diversi. Certo, può il meccanismo più complicato dell'organizzazione statale rendere possibile che il potere legislativo imponga obblighi ad altri organi statuali. Così anche per quanto riguarda la giustizia penale a traverso il potere legislativo possono essere imposti doveri agli organi più diversi: al potere governativo, di provvedere alla nomina di giudici istruttori, di pubblici ministeri, di giudici penali e di agenti esecutivi; ai giudici, di condannare un uomo ad una determinata pena, in base a determinate premesse, la cui sussistenza dev'essere da essi vagliata secondo il loro migliore convincimento; all'organo esecutivo, di dare esecuzione alla sentenza passata in giudicato. Anche per tutti questi organi statuali, dunque, vale la legge penale. Ma in particolare per il giudice penale. Anzi, soltanto questi si trova in condizione di potere osservare o trasgredire il vero e proprio precetto penale. Poichè egli da solo ed indipendentemente (*da altri*) deve decidere intorno alla qualità e misura della

isopo di perseguire e punire l'assassino. Di fronte al procedere di cotesti organi, conforme al loro dovere, cadono in pari tempo gl'imperativi, i quali proteggevano libertà e vita dell'assassino, prima ch'egli commettesse il fatto, contro chiunque, e dopo il fatto stesso (*lo proteggono*) ancora contro chiunque non sia autorizzato (*a procedere nei suoi confronti*). Tale liceità e dovere degli organi statuali è la conseguenza giuridica dell'assassinio. Se i detti funzionari non si attengono ai comandi loro indirizzati, tale (*loro*) trasgressione altro non fa, a sua volta, se non chiamare in vita nuovi imperativi: in particolare (27), comandi alle superiori autorità di procedere disciplinarmente contro il funzionario che abbia mancato al proprio dovere. E finalmente la catena si chiude con un imperativo (28), la cui inosservanza rimane senza ulteriore conseguenza giuridica. La prima trasgressione d'una norma è dunque la condizione, pel verificarsi della quale l'ordinamento giuridico ha emanato bensì, da un lato, ulteriori comandi, ma ha altresì ordinato la revoca di comandi fino allora in vigore.

p. 11

pena. Soltanto il giudice può violare la norma, condannando il ladro a sei anni di carcere, l'assassino all'ergastolo. Ora si può certamente consentire con BINDING (*quando scrive*): «un giudice, il quale, deliberatamente, trascuri di prendere a base della sua sentenza una legge in vigore, viola non tanto la legge da lui trascurata, or quella contro l'assassinio, or quella contro l'alto tradimento, ... bensì sempre il medesimo dovere: quello di fondarsi sul diritto vigente nei propri giudicati». Ma lo stesso può dirsi, soltanto in misura ancora maggiore, degli organi investiti «della giurisdizione penale in un senso più largo» (io direi: dell'amministrazione della giustizia penale). Se questi trasgrediscono i loro doveri, se il ministro p. es. non provvede tempestivamente alla «nomina del pubblico ministero», anch'egli trasgredisce, in verità, non ora la legge penale contro l'assassinio ed ora quella contro l'alto tradimento, bensì sempre solo i doveri della sua carica ministeriale. La difficoltà sparisce, se si consideri più profondamente la natura dei precetti penali. Questi non sono imperativi a sè stanti, bensì principi giuridici esplicativi (begriffsentwickelnde Rechtssätze) i quali, in quanto sono rivolti al giudice, hanno per isopo di scomporre la quantità sconosciuta del diritto, secondo il quale egli deve giudicare, in singole quantità conosciute. L'imperativo generale (*rivolto*) al giudice penale, di dar sentenza conforme al diritto vigente, sarebbe privo di contenuto senza tali singole leggi penali. Esse soltanto danno carne e sangue a quell'obbligo generale in bianco. Il giudice viola il suo dovere generale di giudice col trascurare il particolare comando suppletivo, datogli per mezzo di ciascuna legge penale (n).

(27) Può anche essere che l'omissione colpevole di procedere penalmente faccia incorrere in un procedimento penale il (*funzionario*) dimentico del proprio dovere (dem Pflichtvergessenen).

(28) Per lo più rivolto all'organo supremo del potere statale.

Non altrimenti va la cosa, quando la trasgressione della norma richiama come sua conseguenza non una pena pubblica, bensì soltanto una pretesa privata. Anche la pretesa privata non consiste in sostanza, come sarà dimostrato più oltre (29), se non in ciò che all'interessato (dem Berechtigten) è d'ora in poi permesso ciò che prima gli era vietato, cioè nel venir meno d'imperativi. Ma prima di tutto, nel destarsi di nuovi imperativi, indirizzati agli organi statuali preposti al processo civile, di prestare aiuto, entro determinati limiti, alla richiesta dell'interessato (o).

4. (Nullità di negozi giuridici disapprovati). — L'ordinamento giuridico desidera che accada ciò ch'esso comanda, che non accada ciò ch'esso vieta. I suoi imperativi non sono per esso (ordinamento) se non mezzo a scopo, un tentativo per raggiungere ciò ch'esso ha comandato. E tali mezzi sono imperfetti a causa di ciò, che la volontà di chi è soggetto alla norma rimane libera e può opporre (la sua) disobbedienza ai comandi. p. 12 Ove, dunque, l'ordinamento giuridico possa raggiungere l'effetto desiderato per altra strada senza incomodo (ohne Beschwerde) e con maggiore sicurezza, avrà ogni buon motivo (alle Veranlassung) di preferire quest'altra via, che conduce comodamente e sicuramente allo scopo.

In una tale felice situazione si trova l'ordinamento giuridico in tutti i casi, nei quali si tratta soltanto d'impedire il prodursi di certi effetti giuridici. Come sarà dimostrato nell'ultimo Capitolo, il negozio giuridico è da considerarsi come una faccenda del diritto (als Geschäft des Rechtes) (p): come quell'azione umana, al verificarsi della quale l'ordinamento giuridico ha predisposto che entrino in vigore o cessino di aver vigore determinati imperativi — un'azione, che è considerata il mezzo per provocare quelle conseguenze giuridiche ed è rimessa alla libera discrezionalità (zu beliebiger Benutzung) dei soggetti capaci di esso negozio. Ora, se l'ordinamento giuridico desidera che, quando concorrono certe altre premesse, malgrado il verificarsi dell'azione, l'effetto giuridico, il quale di solito è legato a questa, non si avveri, non ha bisogno se non di dichiararlo. Il prodursi di effetti giuridici è allora un' impossibilità. Non v'è d'uopo allora di nessun divieto. Non è necessario un « tu non devi », là dove l'ordinamento giuridico raggiunge lo stesso risultato, e lo raggiunge ancor più sicuramente, con un « tu non puoi ». Con quest'ultima espressione è tolta di mezzo fin da principio la capacità di produrre il risultato non desiderato.

(29) Capitolo V.

Scegliamo (alcuni) esempi — e precisamente (esempi) tali, che in essi non si faccia richiamo a mutamenti durevoli, percettibili in genere dai sensi (30). Il marito ha impegnato con pactum hypothecarium un fondo dotale. Una donna presta malleveria per un debito altrui. Il marito rinuncia ad un credito a titolo di donazione verso la propria moglie. Un credito non cedibile viene ceduto. In tutti questi casi le dichiarazioni (di volontà) rimangono senza nessun effetto giuridico. Qui non tanto sorge un negozio giuridico vietato, quanto un negozio giuridicamente nullo: un'azione, che riveste soltanto l'apparenza d'un negozio giuridico, poichè la stessa (azione) sotto altri presupposti è certamente idonea a produrre effetti giuridici, ma con quelle concrete premesse non lo è. La facoltà d'ipotecare è sottratta al marito, quella di prestar malleveria alle donne, quella di farsi donazioni ai coniugi, quella di far cessione al creditore.

L'espressione « tu non puoi » basta perfettamente, se si tratta soltanto d'impedire l'effetto giuridico d'un negozio. Tale espressione non racchiude nessun imperativo e non è quindi un precetto giuridico per se stante (31). Solo quando per un qualsiasi motivo (32) all'ordinamento giuridico importa, non soltanto di denegare l'efficacia giuridica di un'azione, ma altresì d'impedire l'azione medesima, è necessario un divieto di quest'ultima. Il « tu non devi » si riferisce allora all'azione fisica, la quale senza il « tu non puoi » sarebbe in pari tempo un negozio giuridico. Tale divieto può essere trasgredito ed alla trasgressione possono essere connesse conseguenze giuridiche ed in particolare pene (33). p. 14

Viceversa, l'ordinamento giuridico può proibire in certi casi l'azione, che ha considerata come un negozio giuridico, e ciò nonostante riconoscere alla stessa, quando fosse stata compiuta malgrado tale divieto, il carattere di negozio giuridico e con ciò la (relativa) efficacia. La formola

(30) Se in base ad un negozio giuridico nullo sono avvenuti anche mutamenti di fatto — p. es. il marito ha dato il fondo dotale in possesso al creditore — allora certamente non è sufficiente la nullità del negozio. Si avverano, piuttosto, allora quelle conseguenze giuridiche, che l'attuale situazione di fatto (— la quale, in mancanza d'un negozio giuridico valido, su cui poter fondarsi, è una situazione anti-giuridica —) di per se sola è atta a provocare.

(31) Il significato di tali precetti giuridici sarà chiarito nel Capitolo VII § 9.

(32) P. es. per non lasciar sussistere alcuna oscurità ed incertezza dei rapporti giuridici.

(33) Qui rientrano tutte le così dette leges plus quam perfectae — p. es. il divieto della bigamia o della cessione d'un credito al tutore del debitore ecc. ecc.

suona allora: « tu puoi, ma non devi » (34). La trasgressione di quest'ultimo divieto può portare con sé conseguenze giuridiche della più diversa specie — per esempio pene (35) oppure una pretesa del danneggiato all'annullamento, per ministero del giudice, degli effetti giuridici del negozio giuridico (36) (q).

5. (*Prevenzione della trasgressione della norma*). — Se l'ordinamento giuridico ha in sua mano tanto da rendere assolutamente impossibili spostamenti sgraditi dentro la sfera ideale del diritto, gli manca però un'eguale forza contro non desiderati mutamenti nel mondo materiale. Esso ordinamento può vietare l'assassinio, ma con questo non lo rende impossibile. Tuttavia la società non si accontenta di emanare le sue norme, e, solo nel caso che non sieno osservate, di reagire contro chi sia dimentico del proprio dovere. Dove lo possa, la società cerca di agire anticipatamente contro (*im Voraus entgegenzuwirken*) (*prevenire l'*) l'eventuale disobbedienza. E ciò anzitutto in quel modo, che secondo PLATONE ed ARISTOTELE rappresenta il solo compito dello Stato ideale: istruendo ed educando i singoli e destando il sentimento del diritto e della legalità. Ma, altresì, con l'opporli direttamente all'azione contraria ai divieti. A certi organi statuali essa (*società*) (r) impone il dovere di non lasciare che accada ciò ch'è contrario alle norme e, in quanto possa essere necessario, di opporre la forza al tentativo di trasgressione delle norme. Così, gli organi di polizia devono possibilmente impedire illiceità di ogni specie penalmente punibili, i doganieri devono impedire in ispecial modo le contravvenzioni contro le leggi doganali (37), le guardie campestri le violazioni delle norme di polizia rurale, le « guardie » (« Wächter ») e le « sentinelle » (« Wachen ») (38) che sia forzato lo sbarramento. Questi comandi (*privolzi*) agli organi statuali di non tollerare il vietato servono al medesimo fine che questi ultimi divieti: cioè allo scopo di impedire che avvenga ciò che non è desiderato.

Singoli organi statuali hanno addirittura il dovere di opporsi alla

(34) Intorno a questa combinazione di un giuridico *posse* con un *non licere* (*von rechtlichem Können und Nichtdürfen*) cfr. Capitolo VII § 8.

(35) La disposizione è allora una *lex minus quam perfecta* — p. es. la disposizione penale per aver contravvenuto (*alle norme su l'*) all'anno di lutto con un secondo matrimonio.

(36) Cioè impugnabilità del negozio giuridico.

(37) §§ 19, 20 della legge doganale federale del 1° luglio 1869.

(38) §§ 20, 23 della istruzione (*Instruction*) su la legge dell'Impero del 7 aprile 1869, concernente misure contro l'epizoozia.

tentata trasgressione di certi divieti. Ma non è poi, quanto meno, vietato a nessuno di opporsi ad un illecito mutamento dell'attuale stato di fatto. L'impedimento d'una illiceità non può essere esso stesso un'illeceità.

Nelle nostre fonti è generalmente riconosciuto il « vim vi repellere licere » (39). Una difesa è concessa non soltanto a colui, che patisca un attacco ai suoi proprii beni (40). Anche ogni terzo di per sé disinteressato (*an sich Unbeteiligte*) può stornare (*abwenden*) l'illecito attacco al bene d'un altro. Che un impedire cosiffatto non diventi punibile neppure allora quando per legittima difesa venga lesa un bene giuridicamente protetto dell'aggressore, lo dice espressamente il nostro Codice penale (41). Ma si può sostenere, ancora, che il mero impedire qualcosa di vietato (42) non soltanto non sia punibile, ma non sia affatto illecito (43) (s) e per ciò non dia luogo ad alcun obbligo civile di risarcimento.

Ciò nonostante, il principio è apparentemente soggetto ad una certa limitazione. Quelle norme giuridiche, le quali sono destinate a proteggere speciali beni (44) dei singoli, per lo più vietano una lesione di questi soltanto nel caso che l'interessato non consenta egli stesso all'azione (*a lui*) dannosa. Il consenso del soggetto tutelato (t) toglie quindi di regola all'azione il carattere della illiceità (45). Se un terzo impedisse la violazione d'un bene, di cui lo stesso soggetto tutelato avesse fatto gettito (*preisgegeben*), si verrebbe a contrastare un'azione che non sarebbe anti-

(39) l. 1 § 27 cfr. con l. 3 § 9 de vi 43,16 — l. 45 § 4 ad legem Aquiliam 9, 2: « vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt ».

(40) l. 3 de iust. et iure 1,1: « ... ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit iure fecisse existimetur ».

(41) § 53 del Codice penale.

(42) Cioè unicamente il trattenero l'aggressore (*die Abhaltung des Angreifers*) dal commettere la trasgressione della norma senza ulteriore lesione della sua persona o di altri suoi beni giuridicamente protetti.

(43) l. 50 de adq. rer. dom. 41,1: « ... immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat... » c. 1 C. quando liceat 3,27: (« permissa cuiusque licentia... »). Anche la qualifica di « imperiosa » (« gebietend ») data alla legittima difesa nel § 53 del Codice penale (« ... quando l'azione era imposta [durch Notwehr geboten] da legittima difesa... ») sembra contenere un permesso di seguire l'impulso alla legittima difesa. Non vi contraddice la l. 4 § 7 si servitus vind. 8,5. Ivi si tratta di un caso, in cui un soggetto non autorizzato (*ein Unberechtigter*) aveva posto un divieto in base ad un suo proprio supposto diritto.

(44) In qual senso sia usata quest'espressione si può rilevare dal Capitolo III § 3.

(45) Cfr. Capitolo III § 4.

giuridica, si invece permessa. Un tale impedimento potrebbe obiettivamente non apparire in genere come legittima difesa (46).

p. 17 Il principio sopra enunciato subisce però anche da un'altra parte un'effettiva modificazione. Per ragioni di opportunità (*economia: Zweckmässigkeit*) il nostro diritto ha introdotto anche una tutela giuridica provvisoria. Con ciò certamente è data anche la possibilità che questa tutela provvisoria spetti a chi in definitiva non ne avrebbe il diritto. Così il possessore d'una cosa è provvisoriamente difeso contro ogni turbativa del suo possesso, anche se la stessa provenga dal proprietario, al quale il possessore rifiuti illecitamente di restituire la cosa. Basta che egli sia possessore; tale circostanza gli assicura fino a nuovo ordine un diritto contro chicchessia (47). Chi si trova in una tale situazione tutelata, è frattanto libero nelle sue azioni (v). Anche se da ultimo possa risultare che egli ha detenuto illecitamente ed illecitamente adoperato una cosa altrui, ogni arbitrario pregiudizio alla sua libertà di agire riguardo alla cosa è frattanto vietato.

Sarebbe, tuttavia, inesatto di parlare di un diritto della legittima difesa. Ogni volta che questa sia concessa, è con ciò restituita a chi si difende solo la naturale libertà del proprio agire (48). Il divieto, che altrimenti renderebbe illecito l'atto d'impedire (*die Behinderung*), in considerazione della qualità dell'impedito (*ciò del soggetto che col suo agire ha provocato la legittima difesa*) vien tolto. L'azione difensiva non è antiggiuridica. Se in questo senso la si voglia chiamare un'azione autorizzata (*berechtigete*), certo non vi è nulla da dire in contrario. Senonchè « autorizzato » significa soltanto non vietato o permesso. E non tutto ciò ch'è permesso può essere ricondotto ad un diritto (v). La legittima

(46) Quando MEYER, *Diritto penale* (Strafrecht) § 53, p. 252, insegna: « Come si può respingere da sé stessi illeciti attacchi, tanto più si può respingere tali attacchi che minaccino altri, non soltanto col prestare loro aiuto nella difesa, ma anche senza la loro volontà, perfino, a rigore, assumerne la difesa contro il loro volere », quest'ultima asserzione è da limitarsi ai casi, nei quali o l'attacco malgrado il consenso del soggetto difeso rimane eccezionalmente antiggiuridico (così per l'attacco alla vita, § 216 del Codice penale), oppure l'assalito non sia in grado di consentire né all'attacco né alla difesa.

(47) Conformemente a ciò può applicarsi la legittima difesa anche a tutela del possessore: OPPENHOFF, *Codice penale* (Strafgesetzbuch), 6^a ed., § 53 n. 8.

(48) l. 1 § 27 de vi 43, 16: « idque ius naturalis ratio permittit se defendere ». CICERO pro MILONE 11,30: « ... hoc et ratio doctis et necessitas barbaris et mos gentibus et feris etiam beluis natura ipsa praescripsit, ut omnem semper vim, quacumque ope possent, a corpore, a capite, a vita sua propulsarent... ».

difesa solo allora diverrebbe un diritto, quando essa fosse non solo permessa, bensì garantita (*gewährleistet*) dall'ordinamento giuridico: quando la volontà generale avesse dato alla difesa del singolo una base ancora più solida con l'imporre in modo particolare all'agredito di tollerare la legittima difesa. Ma un tale imperativo non si troverà mai. E se si volesse concepire la legittima difesa come un diritto, la stessa non sarebbe spettata agli schiavi che non erano soggetti di diritto. Che una legittima difesa fosse anche ad essi concessa sia per la loro propria sia per l'altrui sicurezza, non si deduce soltanto dalla natura della cosa. Ciò deriva anche positivamente dal fatto che la legittima difesa per gli schiavi è addirittura elevata per certi casi a dovere giuridico (49). Ed è poi inammissibile che il diritto di legittima difesa spetti eventualmente al padrone e soltanto l'esercizio dello stesso agli schiavi. A prescindere dalle interne debolezze di questa costruzione, la stessa naufraga per ciò solo che, (*se pure*) in via eccezionale, agli schiavi spetta addirittura il dovere di difendere l'agredito contro il loro stesso padrone (50). In questo caso la comandata difesa deve da un lato essere loro permessa, e può d'altro lato non essere divenuta un loro diritto: non un diritto loro proprio, poiché essi in generale non hanno alcun diritto, e non un diritto del loro padrone, perchè è impossibile che un diritto si capovolga nel suo esercizio contro chi ne è il portatore (*il titolare*).

p. 10

6. (*Conseguenze giuridiche della trasgressione della norma. Primo gruppo: precetti giuridici che hanno per iscopo la punizione. Concetto e fondamento giuridico della pena*). — Ma non sempre riesce d'impedire direttamente con la forza che si perpetrì ciò ch'è vietato (*die Ausführung des Verbotenen*). Il divieto è sovente trasgredito (51) e pur sovente rimane inadempito il comando. Per tali casi a nulla serve di conside-

(49) l. 1 § 18 de SCo. Siliano 29,5 — l. 1 § 28, l. 19 eodem. Cfr. anche l. 17 § 8 de iniuriis 47, 10.

(50) l. 3 § 2 de SCo. Siliano 29, 5: « Si maritus uxorem noctu intra cubiculum secum cubantem necaverit..., servi si exaudissent et opem non tulissent, plectendi erunt, non tantum si proprii essent mulieris, sed etiam si mariti ».

(51) È appena necessario osservare che in ogni caso in cui il tentativo di ledere un bene giuridicamente protetto, e quindi anche di metterlo in pericolo, è vietato, — della qual cosa la minaccia penale del tentativo offre un sicuro, se pur non l'unico contrassegno, — già tale tentativo racchiude un'illecità e la stessa è consumata anche quando il portare a compimento la trasgressione (cioè la violazione del divieto di lesione) poteva essere impedito.

rare con arte dialettica come nulla la commessa illiceità o di dimostrare il non valore d'ogni torto. L' illiceità è stata, tuttavia, consumata e l'azione antiggiuridica è per l'appunto reale quanto lo è quella conforme al diritto. In pari tempo, con la trasgressione del divieto, è stato anche leso o quanto meno messo in pericolo il bene, alla cui tutela mirava col suo divieto l'ordinamento giuridico; e con l' inosservanza del comando è rimasto insoddisfatto l' interesse, a promuovere il quale mirava il comando (52). Poichè l'ordinamento giuridico vuole che tale illiceità non rimanga senza una conseguenza giuridica (ed esso per lo più avrà ogni buon motivo per ciò), lo stesso (*ordinamento*) dal punto di vista formale non può raggiungere tale scopo se non col prescrivere nuovi imperativi in caso d'illiceità o col revocarne di già esistenti. L'intero diritto, infatti, come è già stato dimostrato, consiste unicamente in norme. Se tutte le conseguenze giuridiche della illiceità sono, pertanto, in quest'unico punto esteriormente eguali, in ordine ai differenti scopi che l'ordinamento giuridico persegue nel proporsi si possono distinguere due grandi gruppi principali di conseguenze giuridiche.

p. 20

L'uno di tali fini è la punizione del trasgressore della norma. La comunità giuridica si propone per l'appunto d' infliggere un male d'una qualsiasi natura a chi ha disprezzato i suoi precetti. Sotto qualsiasi veste si presenti la pena, secondo l' intenzione della comunità essa dev'essere sempre un male, che l'azione antiggiuridica tiri addosso al suo autore: secondo la calzante definizione del Grozio, *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Indagare perchè la società intenzionalmente voglia fare del male ad un uomo, perchè le sia lecito di voler ciò, sarebbe una discussione che ci porterebbe qui troppo per le lunghe. Ci si conceda di spendere alcune parole soltanto intorno all'ultimo punto, il così detto fondamento giuridico della pena.

Il fondamento giuridico della singola pena è unicamente la legge penale. Questa obbliga il giudice a condannare ad una pena quando sia commessa una certa azione. Se il giudice fa ciò, egli è giuridicamente coperto dal comando a lui indirizzato (*durch das ihm gewordene Gebot gedeckt*). Se non lo fa, agisce antiggiuridicamente, — anche se sia tuttavia possibile che tale illiceità in certe particolari circostanze possa essere giustificata di fronte alla sua propria coscienza e magari di fronte alla co-

(52) Intorno alla demarcazione qui posta tra il concetto di «bene» e quello più esteso d'«interesse» cfr. Cap. IV, nota 11; ed intorno alla colpa, Cap. II, nota 20.

scienza degli altri membri della società (53). Illiceità ed immoralità non sono affatto concetti coincidenti (*sind keine sich deckende Begriffe*). Intorno a quella decidono le vigenti norme giuridiche, intorno a questa soltanto la coscienza umana (*w*). Ma, del resto, il fondamento giuridico della legge penale non è diverso da quello di una qualsiasi legge: vale a dire, il precetto giuridico che conferisce al (*potere*) legislativo la forza giuridica di realizzare il diritto, cioè di emanare e revocare norme. Il (*potere*) legislativo nell'emanare leggi non è limitato a scopi determinati. Per la validità giuridica della legge penale è quindi indifferente (*il fatto*) che essa ha per iscopo la punizione di un uomo. Un ulteriore fondamento giuridico della legge penale non esiste. Ciò che viene poi in questione è mera faccenda dell'etica. E cioè, la questione: come possono rispondere i fattori legislativi di fronte alla loro coscienza ed a quella della nazione dell'uso ch'essi fanno della forza giuridica loro spettante di legiferare, per emanare il comando d' infliggere intenzionalmente un male, anche se solo in certi casi, a quel prossimo, che in ogni altro caso hanno il compito di proteggere? Io sono proprio d'opinione che nessuna soluzione di tale questione potrà realmente appagare, la quale o disconosca il fatto che ogni pena viene inflitta come un male e quindi è impossibile che lo sia nell' interesse proprio del colpevole — oppure non ammetta che anche il maggiore interesse possibile degli altri alla punizione del delinquente non sia però sufficiente a giustificare quest'ultima. Non ogni legge, la quale voglia promuovere il pubblico bene, è solo per questo scopo giustificata davanti alla coscienza morale. Io altrimenti non saprei perchè, come si ammazza la bestia infetta allo scoppiare dell'epizoozia, non si dovrebbe pure uccidere senza riguardo al primo manifestarsi d'una malattia epidemica il primo individuo che ne fosse colpito (e, forse, per maggior sicurezza, insieme con le persone secolui conviventi). Così pure si promoverebbe evidentemente il benessere materiale della società con la confisca del patrimonio di parecchi milionari, con la vivisezione dei malati in casi scientificamente interessanti, con la soppressione d' individui decrepiti e socialmente inutili. Se ogni Stato civilizzato (54) aborre da misure di siffatta specie, ciò prova che il bene della grande maggioranza (che noi chiamiamo il bene della

p. 21

p. 22

(53) Come p. es. per la non applicazione delle severe pene della Carolina negli ultimi tempi in cui era in vigore il diritto penale comune.

(54) Presso popoli completamente barbari si trova infatti il costume dell'uccisione di persone decrepite — e razzie sopra i beni accumulati dei singoli avvengono ancora in Stati mezzo civilizzati.

società) posto come scopo non giustifica, di fronte alle nostre concezioni etiche, un qualsiasi mezzo (*idoneo*) pel raggiungimento di un tale fine. Anche il mezzo prescelto, affinché apparisca giusto fin da principio ed in avvenire, deve poter essere giustificato (*muss . . . bestehen können*) davanti alla coscienza morale del tempo passato e dell'attuale. Così anche la punizione del delinquente, la quale a primo aspetto, come un male intenzionalmente arrecato, sembra immorale, dev'essere intimamente (*innerlich*) giustificata per la (*sua*) connessione col delitto; che tale punizione serva in qualche modo al benessere degli altri, non basta alla sua giustificazione etica. Anche la soluzione formale di questa difficile questione, che BINDING ha cercato di dare (55), non può appagare. A suo avviso ogni colpevole illiceità è « suscettibile di pena » (*straffähig*) (56). Il torto suscettibile di essere punito (*das straffähige Unrecht*) diventa, mercè la legge penale, torto punibile (*strafbares Unrecht*); il legislatore crea il delitto. « E da parte sua non sarebbe mai ingiusto di perseguire anche il minimo torto con conseguenze penali ». Se lo Stato non fa d'ogni torto suscettibile di pena un torto punibile, se il suo diritto di minacciare pene non sempre diviene un dovere, ciò accade perchè « esercitare il diritto di punire . . . è un sensibile peso (*eine empfindliche Last*) » (57) e perchè « lo Stato deve assumersi un male solo quando per mezzo di questo ne allontana da sè uno di maggiore ». Per conseguenza

p. 23

(55) *Norme* (Normen) I, pp. 172 segg. Contro BINDING specialmente WACH, op. cit., pp. 457-460.

(56) Io ammetto che BINDING, quando parla di « azione suscettibile di pena » (« *Straffähigkeit* ») voglia intendere ciò che io chiamo « azione meritevole di pena » (« *Strafwürdigkeit* »): (*intenda, cioè*) il consenso, che una minaccia di pena trova nella nostra coscienza. Tuttavia ciò non è pienamente chiaro. In particolare potrebbe suscitare dubbii il passo a p. 436 del Saggio cit. nella nota 58: « formalmente la competenza dello Stato a vietare azioni ed a perseguire penalmente delitti è illimitata ». Ma non si contesta la competenza formale dello Stato, ed inoltre neppure la si limita alla illiceità colpevole. Anche un torto incolpevole p u è validamente minacciare di pena lo Stato, e l'ha fatto sovente per il passato. Ciò che si discute è, quando il legislatore anche moralmente possa e debba fare ciò, che giuridicamente gli è consentito.

(57) Ciò non si verifica per tutte quante le pene. La pena privata della decenza p. es. non addossa il minimo peso allo Stato. Ed anche certe pene pubbliche, come una pena pecuniaria ed una prestazione di lavoro nelle foreste (*Forstarbeit*), possono anche rendere qualche cosa allo Stato, specialmente se possono essere poste in essere senz'uopo di organi esecutivi della giustizia penale. Tale argomentazione conduce a questo, che lo Stato in generale abbia da scegliere solo i mezzi penali che gli sieno del minor possibile aggravio, ma che allora debba abbondare nel minacciare pene.

il dovere di punire per lo Stato è fondato soltanto (in quanto una permanente impunità indebolirebbe l'autorità d'una legge al di là di ciò che la stessa potrebbe sopportare) (58). Fin qui BINDING. Solo che, anche se è esatto, che a noi potrebbe apparire ingiusto, e cioè dестerebbe in noi un interno disagio di specie determinata, se lo Stato volesse punire quando non fosse stata commessa nessuna illiceità o quando la stessa non potesse essere ricondotta alla colpevolezza del (*soggetto*) punito (59), pur tuttavia una colpevole illiceità non è l'unico presupposto per la giustizia della pena. Al legislatore dovrebbe altrimenti attribuirsi un'influenza tutta particolare sulla coscienza comune. Egli ha il potere giuridico di emanare una norma. Che il suo comando possa imporre (*aufgeben*) a chi è soggetto alla norma (*il compimento di*) un'azione, la quale secondo il giudizio generale, ed anzi perfino secondo quello del legislatore, racchiuderebbe un'immoralità, BINDING non lo vorrà contestare. In tal caso l'intenzionale inosservanza del comando è certo una colpevole anti-giuridicità, un torto in senso giuridico, ma non è però nessun torto dal punto di vista morale. Ma allora vien meno ogni fondamento per tenere per giusta la punizione di quest' illiceità. Al contrario: se era già ingiusto emanare il comando, sarebbe aggiungere ingiustizia ad ingiustizia (*letteralm.*: un ammasso d'ingiustizia: *eine Häufung von Ungerechtigkeit*) l'infiggere anche una pena per l'inosservanza d'un comando ingiusto (60). Il fatto che una certa condotta racchiuda un'in-

p. 24

(58) BINDING, *Il problema della pena*; « Riv. del Grünhut » (*das Problem der Strafe*; Grünhuts Zeitschrift), IV (1877), pp. 429 ss.

(59) La teoria qui difesa, secondo la quale la qualità materiale dell'azione, e non il trovarsi essa in contrasto con una norma giuridica, sveglia la nostra disapprovazione e con ciò giustifica ai nostri occhi ch'essa (*azione*) meriti una pena, può forse condurre a questo dubbio: perchè poi la giustizia voglia che per la sua punibilità sia richiesto un precedente divieto giuridico oltre che una precedente minaccia penale. Sarebbe ben possibile colpire più tardi con una pena, anche con una legge speciale, l'azione degna d'essere punita. Nè sarebbe sostenibile l'opinione che la giustizia richiedesse ancora un altro espresso avvertimento del malfattore. Altrimenti, la ignoranza, vuoti della norma, vuoti della legge penale, sarebbe un motivo d'impunità, ciò che io almeno risolutamente contesto. Ma la giustizia richiede anche una preventiva notifica della decisione di voler punire una certa azione, che è con ciò stesso vietata, affinché sia data la garanzia che la legge penale sia emanata senza considerazione di persone, senza favore o disfavore verso il singolo malfattore, e non già nell'eccitazione, che l'avvenuto misfatto solleva.

(60) Se, per es., l'ordine dato, da Traiano in poi, ai Cristiani di sacrificare all'imperatore conteneva una coazione della coscienza e per ciò un'immoralità: era giusta una punizione di coloro che si rifiutavano al comando? Se si risponde

p. 25. tenzionale antiggiuridicità non vincola il nostro giudizio su la qualità morale dell'azione fino a farcela sembrare senz'altro meritevole d'una pena (x). No, l'azione in sè stessa, il ledere intenzionalmente oppure il mettere in pericolo un altrui (61) bene oppure il trascurare intenzionalmente un altrui interesse, questo è ciò che noi moralmente biasimiamo e per ciò teniamo per meritevole di pena. È il motivo, che ha provocato la norma (62), cioè la non desiderabilità dell'azione e non già l'antigiuridicità in essa racchiusa, ciò che determina in noi, quando vi sia una colpa del soggetto agente, il giudizio essere la stessa meritevole di pena (63). Perchè poi in tal caso l'aggiunta intenzionale di un male, che altrimenti noi teniamo per immorale, ci appaia compatibile con la giustizia, ed anzi da questa comandata, è cosa il cui fondamento non può essere stabilito in breve spazio (y). Solo approfondite ricerche potrebbero mostrare come l'idea della giustizia di un castigo inflitto al misfatto dalla comunità si sia sviluppata nel corso dei secoli da inizi in parte assai impuri e sia rimasta (*legata a tali inizi*).

p. 26. A tenor di giustizia, dunque, soltanto la trasgressione colpevole di tale imperativo giuridico, che determina una pretesa conforme alle concezioni morali del tempo, può venire minacciata di pena dall'ordina-

affermativamente a tale domanda, sono con ciò giustificate, una volta per tutte, le persecuzioni religiose di ogni tempo e tutti gli orrori dell'Inquisizione. Era anzi comandato ai perseguitati di abiurare alla loro fede: se deliberatamente non lo avessero fatto, secondo il diritto li avrebbe colpiti una pena. Ed anche contro la qualità della punizione ben poco ci sarebbe da obiettare. Lo scarso successo della persecuzione dei Cristiani dimostra almeno che la legge, per mantenere la propria autorità, doveva ricorrere ai mezzi estremi.

(61) Il bene (*leso*) può essere anche in pari tempo un bene proprio del soggetto. Quando p. es. taluno con un'automutilazione deliberatamente si rende inabile a prestare il servizio militare, noi lo disprezziamo e consideriamo la sua azione degna di essere punita, non perchè egli abbia privato sè stesso di un dito, ma perchè egli ha privato lo Stato di un soldato.

(62) Il caso abituale qui supposto, che la norma corrispondesse alla coscienza morale del suo tempo.

(63) Io ammetto però espressamente che molto sovente la norma dapprima illumina o precisi la coscienza della massa, così che ad essa oggimai ciò che è illecito apparisce in primo luogo come immorale. La forza della legge sopra i sentimenti è così grande, che per innumerevoli persone ciò che è giuridicamente comandato o vietato, senz'uopo di altro esame vale tosto anche come dovere morale — almeno, se si tratta del contegno degli altri. Tuttavia anche in tali casi non è il disobbedire contro la norma ciò che apparisce degno di pena in quell'azione, bensì la sua (reale o supposta) riprensibilità morale (*sittliche Verwerflichkeit*), riprensibilità che la norma ha dato ragione di accettare.

mento giuridico. Ma anche per ciò che riguarda la qualità e quantità della pena la nostra coscienza richiede che sussista un rapporto fra il male dell'azione (64) ed il male della pena, tale rapporto, cioè, che faccia apparire quest'ultima come una giusta retribuzione. Del resto esclusivamente l'interesse della società decide se la pena, che giustamente potrebbe essere minacciata, debba effettivamente essere minacciata dalla legislazione. Così può accadere che il bisogno di una più vigorosa tutela di certi interessi consigli di tornare a metterli sotto la protezione della legge penale (65). E viceversa qua e là è revocata la minaccia di una pena nonostante che resti in vigore la norma, alla cui violazione essa era legata (66). I confini fra torto esente da pena e torto passibile di pena non sono punto fissi. Tutti i tentativi di determinare tali confini, una volta per tutte, secondo certe categorie del torto, a mio parere sono fin qui completamente falliti (67).

(64) Nel suo lato esteriore ed interiore — lesione d'interessi e colpa.

(65) Così per singole specie di rottura di contratto (in particolare la lesione del contratto di servizio e di società [die Verletzung des Gesinde- und Gesellenvertrags], LOENING, *La rottura di contratto* [der Vertragsbruch] I (1876, § 56, pp. 458 ss.) esistevano pene secondo il diritto del Medio Evo, oggi, almeno secondo il diritto dell'Impero, non è comminata nessuna pena, ed autorevoli voci parlano in favore della reintroduzione di pene.

(66) Così p. es. il diritto penale dell'Impero non riconosce più la minaccia d'una pena pubblica per la ragion fattasi (*Selbsthilfe*) sebbene quegli stessi casi di ragion fattasi, che prima erano punibili a tenore di singole legislazioni territoriali (*Landesgesetzgebungen*), ancor oggi siano pur sempre vietati.

(67) Riguardo alle precedenti teorie sono da confrontarsi le penetranti critiche di MERKEL, *Dissertazioni criminalistiche* (Kriminalistische Abhandlungen) 1867, pp. 4 ss., e BINDING, *Norme* (Normen) I, pp. 142-157, 176-179. Anche il tentativo recentemente ripreso da HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal) XXVIII (1876), pp. 401 ss., di distinguere il torto colpevole impunito da quello punibile, riposa su presupposti insostenibili. HAELSCHNER, anzitutto, prende le mosse a questo proposito dal « fatto », « che vi sono soltanto casi di danno patrimoniale colpevole, nei quali la legge, senza irrogare una pena, si accontenta di togliere di mezzo il torto nelle sue conseguenze dannose per le situazioni patrimoniali, laddove tutti gli altri casi di torto colpevole hanno per conseguenza una pena, sia essa una pena criminale oppure una qualsiasi altra rettificazione del volere colpevole che porti con sè il carattere generale della pena ». Ma tale preteso « fatto » riposa sopra una falsa osservazione. Già precedentemente HEINZE (v. *Manuale* [Handbunch] di HOLTZENDORFF, I, p. 301) ha obiettato a HAELSCHNER: « ogni azione di paternità o di divorzio può dimostrare l'arbitrarietà di questa limitazione ». E se l'azione di paternità debba forse essere intesa come una mera azione di accertamento (als blosse Klage auf Feststellung), e solo quella di divorzio come « rettificazione del colpevole volere », pure le pretese del marito che la mo-

p. 27

Devo ancora prevenire un altro possibile equivoco. Io ritengo per fermo che soltanto la disapprovazione morale, che noi costantemente opponiamo ad una condotta d'una certa specie, sia il fondamento della sua punibilità e per ciò della giustizia d'una minaccia penale contro la stessa. Ma tuttavia sol che un'azione pel diritto positivo (giustamente od ingiustamente) sia colpita da pena, il giudice nel singolo caso deve unicamente inquire intorno alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e colpevolezza in senso giuridico. Dal punto di vista del diritto positivo il delitto non è altro se non un' illiceità minacciata di pena. Quando il giudice abbia appurato l'esistenza d'un reato, egli è giuridicamente ob-

bligato a pronuciare la condanna penale, quand'anche egli sia convinto che nella fattispecie l'azione del prevenuto corrispondesse all'impulso della sua coscienza e quindi non fosse per esso un'immoralità. Quest'ultimo punto io l'ammetto esplicitamente; la coscienza del singolo è giudice sovrano del bene o del male delle sue azioni (68) (z). Se, ciò nondimeno, il giudice è obbligato a condannare, con ciò si dimostra che egli deve appurare soltanto l'esistenza delle premesse, dalle quali è fatto dipendere il comando di condannare, e non anche la giustizia dei motivi, i quali possono aver motivato, nel singolo caso, il comando. Se egli non condanna, perchè anch'egli cede all'impulso della sua coscienza di fronte ad un'azione che per lui non è moralmente da riprovarsi, dal canto suo egli agisce antiggiuridicamente, e lo colpiranno le conseguenze giuridiche di quest' illiceità — a meno che eventualmente anche quelli stessi, ai quali spetta di reprimere la violazione di doveri giudiziari, non si sbarazzino del loro obbligo (sich ihrer Verpflichtung entschlagen). Il comando giuridico esercita già di per sè solo una notevole influenza sopra i sentimenti dei soggetti alla norma. Ma la sua forza cresce enormemente, se sa porsi all'unisono con quello, che l'intima voce dell'uomo gli richiede.

glie segua il suo domicilio, del figlio maggiorenne che il padre dia il suo consenso al divorzio, sono unicamente dirette all'adempimento dell'obbligazione incombente alla moglie e rispettivamente al padre. Anche per un inadempimento colpevole (*di tali obbligazioni*) vi è così poco da parlare di pena o di rettificazione, come per ogni azione per (*ottenere*) l'adempimento d'una promessa. Anche in un secondo punto HAELSCHNER persiste nella sua precedente opinione a mio avviso erronea, — e contro questo punto, veramente, anche la critica di BINDING, pp. 144-146, non è stata felice, così che HAELSCHNER aveva trovato un difensore in WACH, loc. cit., p. 454. Sostiene HAELSCHNER: « Quegli stessi casi di torto colpevole, i quali, considerati dal punto di vista della nostra attuale civiltà (Cultur) ed educazione giuridica, hanno soltanto conseguenze giuridiche privatistiche e non penali, concordano in ciò, che essi presuppongono un comportamento colpevole, negativo del volere di fronte al diritto » (p. 422). Quest'è vero, quando si tratta dell'inadempimento di un comando, p. es. della non restituzione d'un prestito; qui il contegno colpevole è veramente di mera qualità negativa. (Contro la differente opinione di BINDING ved. sotto, a nota 101). Ma però non sono questi certamente gli unici casi di torto colpevole con conseguenze giuridiche soltanto privatistiche. Interi gruppi di un torto così fatto sono qui sfuggiti a HAELSCHNER ed a WACH. Colui, che attraverso un fondo altrui o che fa sul proprio fondo una costruzione, che il vicino non è tenuto a tollerare in forza d'un diritto di servitù oppure sul fondamento d'un diritto di obbligazione di contenuto negativo oppure per le disposizioni legislative su l'acqua pluvia o sopra un altro fondamento, agisce contro un comando o contro un divieto del diritto? E quand'anche per certo solo di quest'ultimo si possa parlare, queste qui sono azioni in tutto positive, e, se siano state colpevolmente compiute, sono azioni colpevoli che non sono seguite da altre conseguenze giuridiche all'infuori della coazione civilistica all'adempimento per mezzo dell'actio negatoria e dell'azione contrattuale e dell'actio pluviae arcendae actio. — Il lavoro di LOENING, il quale è fondato sopra una ricerca interamente esatta, mostra infine (cfr. p. 530) di voler dare tutto il peso alla differenza, giustamente compresa, fra rottura del diritto e mora (Rechtsbruch und Rechtsverzug). Solo che io non vedo ancora perchè anche in ogni mora non possa essere accentuata la rettura del diritto, la impossibilità di riparare l'avvenuta violazione del diritto (das Nichtwiederherstellbare der geschehenen Normwidrigkeit).

p. 28

bligato a pronuciare la condanna penale, quand'anche egli sia convinto che nella fattispecie l'azione del prevenuto corrispondesse all'impulso della sua coscienza e quindi non fosse per esso un'immoralità. Quest'ultimo punto io l'ammetto esplicitamente; la coscienza del singolo è giudice sovrano del bene o del male delle sue azioni (68) (z). Se, ciò nondimeno, il giudice è obbligato a condannare, con ciò si dimostra che egli deve appurare soltanto l'esistenza delle premesse, dalle quali è fatto dipendere il comando di condannare, e non anche la giustizia dei motivi, i quali possono aver motivato, nel singolo caso, il comando. Se egli non condanna, perchè anch'egli cede all'impulso della sua coscienza di fronte ad un'azione che per lui non è moralmente da riprovarsi, dal canto suo egli agisce antiggiuridicamente, e lo colpiranno le conseguenze giuridiche di quest' illiceità — a meno che eventualmente anche quelli stessi, ai quali spetta di reprimere la violazione di doveri giudiziari, non si sbarazzino del loro obbligo (sich ihrer Verpflichtung entschlagen). Il comando giuridico esercita già di per sè solo una notevole influenza sopra i sentimenti dei soggetti alla norma. Ma la sua forza cresce enormemente, se sa porsi all'unisono con quello, che l'intima voce dell'uomo gli richiede.

p. 29

7. (*Decadenza e pena privata*). — Per il concetto della pena è indifferente, di quale specie sia il male, che deve colpire il trasgressore della norma. Persegue lo scopo della punizione ogni conseguenza giuridica d'un' illiceità, la quale è connessa a quest'ultima come a sua causa, affinché l'autore (*di essa*) patisca un male. È per l'appunto indifferente per il concetto della pena, in quale guisa l'ordinamento giuridico connetta il male della pena alla trasgressione della norma. Dal punto di vista formale, l'ordinamento giuridico può fare ciò, in generale, solo con l'emancipare nuovi imperativi e col revocare (*imperativi*) precedenti. Ciò nondimeno fra questi soli mezzi possibili si può pur avvertire una differenza, secondo che essi raggiungano il fine comune della punizione, ora solo in modo indiretto ed incerto, ora in modo diretto e sicuro. È possibile, ed è questa al giorno d'oggi la via consueta, che l'ordinamento giuridico emani pel caso della trasgressione della norma nuovi imperativi, che non contengono neppur essi la pena, ma vogliono soltanto produrre la punizione del delinquente: imperativi agli organi incaricati della giustizia

(68) Io accetto completamente il concetto di BINDING (*Rivista, Zeitschrift*, p. 423): « Un dovere di obbedienza è impensabile sul terreno dell'etica ».

p. 30 penale (69), di privare il colpevole, dopo un determinato procedimento, di certi beni, come la vita, la libertà, oppure beni materiali (70), oppure anche certi diritti e facoltà (71). La punizione del colpevole qui dipende da ciò, che gli organi statuali vogliano e possano adempiere il loro dovere. Ma è possibile che l'ordinamento giuridico elevi la pena a conseguenza necessaria dell'azione, così che, quando sia consumata la trasgressione della norma, la pena tosto ed immediatamente colpisca il colpevole. È vero che qui l'ordinamento giuridico è limitato nei suoi mezzi di punire. Esso non può far sì che con un fatto che gli è sgradito (mit einer ihr missliebigen That) tosto accada anche un'ulteriore mutazione di fatto (eine weitere thatsächliche Veränderung eintritt). Esso (ordinamento giuridico) può soltanto predeterminare una mutazione di diritto (eine Rechtsveränderung) per il caso della violazione della norma, sia poi che infligga al colpevole come pena del fatto la perdita d'un singolo diritto (72) o di una singola facoltà (73), oppure la perdita della capacità di acquistare certi diritti in generale (74), o finalmente la perdita dell'intera capacità giuridica, anzi di ogni tutela di diritto (75). In tali casi noi parliamo di decadenza (Verwir-

p. 31

(69) Fin dove giungono questi imperativi, vengono in pari tempo revocate le norme a tutela del soggetto (colpevole, dell'autore: des Täters).

(70) I beni materiali insieme coi diritti del colpevole a queste cose.

(71) In quest'ultimo caso sarà poi superflua una particolare esecuzione; la sentenza passata in giudicato qui toglie il diritto.

(72) P. es. (la perdita) del diritto di credito (Forderungsrecht) secondo il decretum divi Marci, della pretesa alla paga (al salario dei marinai: auf die Heuer) secondo i §§ 82, 105 alinea 1 del Regolamento su la gente di mare del 27 dicembre 1872, della pretesa ai diritti di salvataggio (auf Bergelohn) secondo il § 20 del Regolamento su i naufragi (Strandungsordnung) del 17 maggio 1874, della proprietà secondo la c. 7 C. unde vi 8, 4 o secondo il § 76 del Regolamento su la gente di mare; cfr. anche nota 84.

(73) Così (la perdita) della potestà di diritto pubblico di postulare (ll. 6, 8 de postulando 3, 1) e della potestà di diritto privato di libere nozze (l. 42 §§ 1 ss. de ritu nupt. 23, 2) nei casi della così detta infamia immediata.

(74) Così secondo il diritto romano viene tolta, per la maggior parte, la capacità di acquistare diritti per successione ereditaria alla donna, la quale ha trasgredito l'anno di lutto; così pure secondo il diritto canonico la capacità a certi impieghi (ed ai diritti ad essi connessi) nei casi della excommunicatio latae sententiae.

(75) Cfr. sopra note 23-25. È paradossale ed inesatto ciò che asserisce BINDIG (Rivista, Zeitschrift, p. 427), che la proscrizione (die Friedlosigkeit) non sia stata una pena. Se la privazione d'un singolo diritto può essere una pena, non è certo minore la privazione di ogni capacità giuridica. È esatto soltanto che l'uccisione

kung). La peculiarità della quale è, che essa consiste esclusivamente in una diminuzione di diritto e che la pena si attua immediatamente con l'azione punibile. Qui trova applicazione il motto: le leggi puniscono e non il giudice (Die Gesetze strafen und nicht der Richter). La questione, se l'azione punibile sia stata commessa, rimane dapprima impregiudicata. Il tempo di risolverla viene poi, quando nel caso singolo si tratta (di giudicare) se (tuttora) persista o sia (già stato) perduto il diritto che si pretende decaduto.

È possibile che al colpevole sieno sottratti, per decadenza, anche pubblici diritti e potestà. La infamia immediata del diritto romano, la excommunicatio latae sententiae del diritto canonico offrono esempi storici (aa) di ciò, per tacere delle pene processuali alquanto problematiche dell'attuale processo ordinario. Ma per lo più la decadenza si manifesta nel campo del diritto privato. E in verità sarei incline ad ammettere che le nostre attuali pene private sieno tutte quante decadenze. Esse consistono nella privazione d'un diritto privato o nella determinazione di un'obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma — e ciò non a vantaggio (76) della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà per lo più colui che dal delitto è stato leso. Ora queste pene private sono attuate immediatamente col delitto. Per quelle che consistono nella privazione d'un diritto privato, ciò è anche incontestato. Chi contravviene al decretum divi Marci, perde nel momento stesso della trasgressione il suo diritto di credito — per l'appunto come perde la sua proprietà colui che di suo arbitrio e con violenza sottrae la cosa sua a chi ne aveva il possesso. Ma anche le actiones poenales dei Romani e le nostre attuali «azioni penali» («Strafklagen»), quante siano quelle di esse che ancora possediamo, si devono considerare sotto questo punto di vista. Io vedo nelle medesime, non pretese ad (all'inflizione di) una pena, bensì pretese a certe prestazioni (per lo più di pagamento di danaro), che sono date all'offeso come pena del colpevole. A mio avviso, la pena consiste, non nell'adempimento della pretesa, bensì nell'imposizione della prestazione obbliga-

p. 32

del proscritto non apparisce poi come pena dello stesso. Egli è divenuto penalmente incapace (strafunfähig), poichè a lui come al lupo è sottratta ogni protezione giuridica: ma la sua pena è appunto tale privazione (di tutela).

(76) Il precetto giuridico è emanato non a scopo di tale protezione, bensì a scopo di punire — ma è stato ulteriormente determinato chi debba guadagnare a traverso la punizione.

toria di doverla adempiere (in der Auferlegung der obligatorischen Verpflichtung, erfüllen zu müssen). In favore di tale teoria parla il carattere originario di tali pretese, come tali che erano accordate certo a causa del delitto, ma avevano per fine un « prezzo della colpa » (riscatto: « Sühngeld ») od una « somma di tacitazione » (indennità: « Abfindungssumme ») (77); ed altresì (parla in favore di tale teoria) la circostanza, che ad ogni terzo era concesso di estinguere il debito; nè parla contro di ciò la non ereditarietà passiva di tali pretese, la quale per l'appunto si trova nelle actiones rei persecutoriae ex delicto. Se si acceda a tale opinione, anche queste pene private cadranno sotto il punto di vista della decadenza. Al colpevole sarebbe addossato, col suo fatto, un obbligo privatistico come pena. Solo quando si faccia valere quest'ultimo (obbligo), il fatto (del colpevole) verrà (preso) in considerazione come il presupposto giuridico della pretesa dell'attore (78).

p. 33

8. (Valore attuale delle pene private. La teoria di WINDSCHEID). — Si può fare tuttavia la questione, se queste pene private — in quanto fosse da ammettersi in genere il loro vigore in diritto comune, — abbiano o non abbiano ancora oggigiorno effetto accanto al Codice penale dell'Impero.

Secondo WINDSCHEID, le pene private della ragione fattasi (Selbsthülfe) devono considerarsi abrogate dal diritto penale dell'Impero (79), laddove il persistente vigore di diverse altre pene private

(77) IHERING, *Spirito (del Dir. Romano ecc. — Geist)*, I, pp. 125-131. NEUNER, *Rapporti di diritto privato (Privatrechtsverhältnisse)* p. 200 Not. 1.

(78) Questo punto, lo ammetto, molto discutibile è di scarsa importanza per il diritto odierno, il quale conosce solo pochi diritti di azione concessi allo scopo di ottenere la punizione del debitore. Dovrebbero eventualmente menzionarsi qui il dovere di natura obbligatoria di prestare il controvalore di una cosa (die obligatorische Verpflichtung zur Leistung des Werthes einer Sache) per colui, che arbitrariamente ha fatto valere una presunta proprietà su di essa (c. 7 C. unde vi 8, 4), come in specie quello (quel dovere) del donatario ingrato alla restituzione del donato. Che quest'ultima obbligazione sia imposta all'ingrato come punizione dello stesso, lo mettono in rilievo a buon diritto KIERULFF, *Teoria (Theorie)*, p. 228 nota e BRUNZ, *Pandette (Pandekten)*, 1^a ed., I, pp. 514, 518. Contra, i dubbi di SAVIGNY, *Dir. delle obbligazioni (Obligationenrecht)*, II, p. 327. Cfr. dello stesso, *Sistema (System)*, IV, p. 231.

(79) *Pandette*, § 123, N. 4 a. (4^a ed., p. 359). Concordemente, BRUNS nella *Enciclopedia* di v. HOLTZENDORFF, 2^a ed., p. 347; 3^a ed., p. 370. Contro, con ragione, BRUNZ, *Pandette*, I, 2^a ed., p. 268.

non è messo in dubbio (80). A fondamento dell'abrogazione delle surricordate pene private viene addotto (quanto segue):

« Il Codice penale dell'Impero non minaccia di pena... la ragion fattasi, e secondo la legge introduttiva (Einführungsgesetz) § 2 al. 1 il Codice penale dell'Impero esclude il Diritto penale territoriale (das Landesstrafrecht) là dove tocca materie che sono oggetto del Codice penale dell'Impero. Ora è vero che non si trova nel Codice penale dell'Impero una rubrica generale che comprenda la ragion fattasi; ma lo stesso (Codice) contiene una serie di disposizioni (così p. es. §§ 113, 123, 124, 137, 201, 249, 303) per le quali le forme più gravi del farsi ragione da sè (Eigenmacht) sono colpite da pena: quindi questa materia è regolata. Non si potrà dire nemmeno che per « diritto penale territoriale » siano da intendersi soltanto le disposizioni che comminano una pena pubblica; una tale interpretazione sarebbe arbitraria ».

p. 34

È tale la portata di quest'argomentazione, da imporre un esame più approfondito.

Non dovrà contestarsi che le pene pubbliche, le quali erano comminate alla ragion fattasi dalle legislazioni territoriali del Württemberg, del Baden, del Braunschweig, della Turingia e della Sassonia, sieno state abrogate dal Codice penale dell'Impero (81). Ma la cosa è

(80) Così la perdita del diritto di agire (actio — secondo WINDSCHEID del credito), nel caso che uno investito della tutela sottaccia deliberatamente (de industria) un suo diritto di credito verso il pupillo, secondo la Nov. 72 c. 4 — WINDSCHEID § 434 N. 18. Così la perdita del diritto di credito, che da parte di chi ne avrebbe il diritto si tenti di cedere al tutore del debitore, secondo la Nov. 72 c. 5 — WINDSCHEID, § 335 N. 21, 22. Ancora, la perdita del beneficio giuridico della divisione (Teilung) e dell'escussione (Vorausklage) per il mallevadore, che ha dolosamente negato la malleveria (WINDSCHEID, § 478 N. 8, 479 N. 8) come del beneficio giuridico dello stretto necessario (Notbedarf) per il socio che neghi la società (WINDSCHEID, § 263 N. 7). Parimenti la perdita per la madre del diritto di revocare donazioni per ingratitudine, se la medesima si abbandona ad un tenore di vita immorale, secondo c. 7 § 4. C. de revoc. don. 8, 55 (WINDSCHEID, § 367 N. 20). Nè, quanto meno dal diritto penale dell'Impero, si trae alcun argomento contro la persistente validità delle pene patrimoniali per colposo divorzio, nuovo matrimonio e violazione dell'anno di lutto (WINDSCHEID, § 510 N. 1 §§ 511, 512; cfr. anche §§ 263 e 326).

(81) Vero è che non sarebbe probante la circostanza che nei citati paragrafi

p. 85 diversa quanto alle pene private di diritto comune. Una distinzione fra queste e quelle non è arbitraria, bensì necessaria. Il potere legislativo della precedente Confederazione Germanica del Nord non aveva né autorità né volontà di introdurre modificazioni sul terreno del diritto privato (82). Secondo l'art. 4 num. 13 della Costituzione era sottoposta alla competenza della Confederazione «la legislazione comune relativa al diritto delle obbligazioni, al diritto penale, al diritto commerciale e cambiario ed alla procedura giudiziaria». Da questo confronto risulta che per diritto penale non s'intendeva il contenuto di tutte le norme, per la cui trasgressione era minacciata in genere una pena. Soltanto il comando (Anordnung) di pubbliche pene costituisce il diritto penale; così si è determinato per tradizione tale concetto. Come poi le pene private non nelle codificazioni del diritto penale, bensì sono comminate nei codici civili, del pari le pene processuali sono minacciate nelle leggi processuali. Solo il regolamento (die Ordnung) delle pubbliche pene cadeva perciò, anche a mente della Costituzione, sotto la competenza della legislazione federale (84).

le «più gravi forme di ragion fattasi» sono minacciate di pena — la resistenza contro l'autorità (Widerstand gegen die Staatsgewalt), la rapina (Raub) e la violazione di domicilio (Hausfriedensbruch) pare a me abbiano solo poco di comune con la ragion fattasi, e nulla di comune con questa il danneggiamento di cose (Sachbeschädigung), il duello (Zweikampf), e la violazione del bando (Entziehen der Verstrickung); più logico sarebbe far richiamo (weit cher könnte auf..... Bezug genommen werden) al § 240 del Codice penale dell'Impero, poichè il delitto di violenza (das Vergehen der Nötigung) comprende insieme per certo un caso di vietata ragion fattasi (l. 12 § 2 quod metus causa, 4, 2). Ma è tuttavia (argomento) decisivo che logicamente non si sia presentato un bisogno di lasciare la minaccia della ragion fattasi alle legislazioni territoriali, e tanto più sicuramente è da ritenersi che pertanto il silenzio del Codice penale dell'Impero si deve interpretare come espressione della volontà che la ragion fattasi non debba sottostare ad una pena pubblica, in quanto la proposta di colpire con una pena la ragion fattasi come un delitto fu fatta nella Commissione parlamentare, ma fu respinta. Cfr. HERNZ, *Il rapporto del diritto penale dell'Impero col diritto penale territoriale* (das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrechts), p. 37.

(82) Ad eccezione dello speciale territorio del diritto delle obbligazioni.

(83) Le pene private hanno, come acutamente osserva SAVIGNY, *Diritto delle obbligazioni*, II, p. 301, «una duplice natura ed appartengono effettivamente ad entrambi i campi del diritto: al diritto penale per il loro fondamento ed il loro scopo, al diritto privato per la loro forma e la loro efficacia». Cfr. anche IHERING, *Momento della colpa* (Schuldmoment), p. 3: «Il concetto della pena nel mondo moderno si è venuto sempre più ritirando dal campo del diritto civile a quello del diritto penale».

(84) Così evidentemente la minaccia di pene in connessione col diritto delle

p. 86 La teoria opposta sarebbe di portata incalcolabile. Secondo il § 6 della Legge introduttiva «dal 1° Gennaio 1871 (1872) in poi... possono essere inflitti solo i mezzi punitivi contenuti nel Codice penale per la Confederazione Germanica del Nord (per l'Impero Germanico)» (85). Ora se la legislazione penale dell'Impero Germanico non si riferisce unicamente al diritto penale pubblico, per il § 6 della Legge introduttiva sarebbero anche abrogate tutte le norme rimaste fino allora in vigore, le quali minacciano specie di pena diverse da quelle ammesse nel Codice penale dell'Impero. Ma con ciò sarebbero annullate d'un colpo le conseguenze giuridiche di una grande quantità di norme, del cui persistente vigore ancora nessuno ha dubitato. Sarebbero tolti di mezzo tutti gli svantaggi (Nachtheile) processuali, connessi come pena ad un contegno contrario alle norme, ed altresì tolte senz'altro di mezzo tutte quante le decadenze (Verwirkungen) del diritto privato (86). Poichè la decadenza come specie di pena è estranea al Codice penale. Questo ammette soltanto pene inflitte da o quanto meno collegate ad (87) una sentenza giudiziaria (nur Strafen verhängt oder doch vermittelt durch richterliches Erkennen), ma non ne ammette come conseguenza immediata di una qualsiasi illecità. E se anche nella sentenza del giudice è ammessa la «confisca» («Einziehung») di singoli «oggetti» (88) come pure una «declaratoria di devaluzione» di «ciò ch'è stato ricevuto» (dal funzionario infedele)

obbligazioni, col diritto commerciale e cambiario e con la procedura giudiziaria. Di questo potere ha fatto uso la legislazione federale p. es. nell'art. 537 del Codice di Commercio: «Se egli (il marinaio — der Schiffsmann) agisce contro questa norma, non soltanto è responsabile per i danni che da ciò provengono, ma inoltre sarà privato della paga maturatasi fino a quel momento». Cfr. Art. 544 al. 2 e sopra nota 72. Di dubbia natura è l'art. 56 al. 3. e l'art. 97 al. 1, nè c'entrano con questo la pena disciplinare dell'art. 26 ed altre simili. Ci si potrebbe chiedere: se il diritto penale non appartenesse agli affari di comune importanza, si potrebbe dubitare della competenza dell'Impero di minacciare pene private col regolamento del diritto delle obbligazioni?

(85) Non v'è bisogno di dimostrare che con ciò dev'essere escluso dalle pubbliche pene non soltanto la condanna (das Erkennen), ma in generale ogni comminatoria (jedes Androhen), che il Codice penale non riconosce.

(86) Almeno in quanto le stesse debbano essere concepite come pene. Cfr. supra § 9.

(87) Cfr. p. es. § 31 del Cod. penale dell'Impero.

(88) § 40 del Cod. penale dell'Impero, cfr. coi §§ 152, 295, 360, 367, 369 ivi.

p. 37 (eine «Verfallen-Erklärung» des «Empfangenen») (89), nè la decadenza d'un diritto di credito o d'un diritto reale o d'una facoltà singola, nè l'imporre a mò di pena un'obbligazione privatistica sono da ricondurre sotto il concetto della «confisca d'un oggetto» (90) o della «declaratoria di devoluzione» di «ciò ch'è stato ricevuto». Ed è anche inammissibile il concepire la stessa decadenza d'un diritto di credito solo come forma speciale d'una pena pecuniaria, non foss'altro per questa ragione che non ogni credito ha per oggetto una somma di danaro (91).

Se si accogliesse la teoria di WINDSCHIED, che il Codice penale dell'Impero si riferisce anche alle pene private, le pene private della ragion fàttasi sarebbero certamente abrogate. Ma non già perchè le stesse siano state tacitamente soppresse, bensì per una ragione più generale, perchè cioè una pena di decadenza nel significato sopra chiarito non vi è più in genere nel Codice penale dell'Impero. Ma allora si sarebbe dovuto negare altresì il perdurare della maggior parte delle altre pene private considerate ancora come vigenti, la cui conservazione accanto alle disposizioni del diritto penale dell'Impero incontra già di per sè difficoltà in parte assai più gravi (ohnehin zum Theil weit grösseren Bedenken unterliegt) (92).

(89) § 335 del Cod. pen. dell'Impero. Cfr. anche § 16 al. 2 della legge dell'Impero su la stampa del 7 maggio 1874.

(90) Per oggetti sono da intendersi solo cose corporali. OPPENHOFF, op. cit. § 40 del Cod. pen. N. 6. La confisca di diritti minacciata come pena in precedenti leggi territoriali o dell'Impero è quindi abrogata dal § 6 della Legge introd. OPPENHOFF al § 6 NN. 9, 10. In posteriori leggi dell'Impero ricomparisce certamente una declaratoria di decadenza (ein Verlustigerklärung): così rispetto all'appartenenza allo Stato a norma del § 1 della legge imper. del 4 maggio 1874 relativa all'impedimento di esercizio non autorizzato di uffici ecclesiastici — così pure riguardo alla facilitazioni del ritardo di leva o dell'esenzione dal servizio militare (in Ansehung der Vergünstigungen zur Zurückstellung oder Befreiung vom Militärdienst) secondo il § 33 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874. Riguardo al Regolamento su l'industria (Gewerbeordnung) cfr. nota 169.

(91) Di altra opinione HEINZE, op. cit., p. 98.

(92) Così specialmente il persistere delle pene private a tenore della Nov. 72 accanto al § 266 del Codice penale dell'Impero. Questo stabilisce: «Per infedeltà saranno... puniti: tutori, curatori, se dolosamente agiscono a danno delle persone affidate alla loro sorveglianza». Ma entrambi i casi, che a tenore della Nov. 72 c. 4 e c. 5 portano con sè pene private, appariscono come casi d'infedeltà: tanto l'omessa dichiarazione d'un credito verso il pupillo al momento dell'assunzione della tutela («quod de industria contra hanc legem id dissimulaverit»), come il farsi cedere un credito («...manifestum enim est, si in talem cogitationem

Ma questa teoria va troppo in là. Non soltanto l'argomento tratto dalla Costituzione le contraddice. Anche un'interpretazione spregiudicata condurrà ad un altro risultato. Il citato § 2 della Legge introduttiva in verità non dice null'altro se non quello che, anche senza di esso, si sarebbe dovuto ammettere, e che si raccomandava per una più espressa accentuazione solo per riguardo alla relazione più complessa fra il diritto penale della Confederazione e quello degli Stati: cioè, che la nuova legge prevale al diritto più antico ed abroga quest'ultimo, anche se ciò non è espressamente dichiarato, ma solo indirettamente apparisce voluto (93). Il Codice penale per la Confederazione Germanica del Nord ed oggimai quello per l'Impero Germanico non vuole e non può altrimenti intromettersi nel diritto dei singoli Stati se non allo stesso modo che se avesse operato come un Codice territoriale di un qualsiasi singolo Stato confederato (94). Come era ammesso finora che, accanto alla Carolina ed accanto a quelle stesse legislazioni penali territoriali, le quali minacciavano parimenti di pena i diritti caratterizzati sopra come «più gravi forme della ragion fàttasi», ma non facevano menzione della ragion fàttasi come di un particolare delitto, conservassero ancora durevole vigore le pene private di diritto comune della ragion fàttasi, così al silenzio del Codice penale dell'Impero non è da attribuirsi un maggiore significato. Le pene private della ragion fàttasi, dove sieno ancora in vigore per diritto comune o per diritto territoriale, non sono toccate dal Codice penale (95). E lo stesso è da dirsi a proposito di tutte le restanti pene private, in quanto al loro posto non sieno state sancite pene di diritto pubblico. Solo dalla minaccia di una pena pubblica per una medesima azione, la precedente pena privata della stessa (azione) poteva essere indirettamente abrogata (b b).

9. (Decadenza a scopo di risarcimento). — Ma non è senz'altro sicuro che, dovunque c'imbattiamo nella perdita d'un diritto come

veniat, eum omnia ad interitum quidem animae suae, sed ad rerum suarum utilitatem facturum » « ... quod dolo machinatum est ... ».

(93) Cfr. anche HEINZE, op. cit., pp. 27, 30.

(94) A prescindere dalle questioni immediatamente connesse col territorio in cui è in vigore la legge (Geltungsbereich), territorio inteso come interno ed estero ecc. — questioni, che qui non vengono in considerazione.

(95) A prescindere dal caso considerato sopra a nota 81, in cui a termini del § 240 del Codice penale dell'Impero si aveva una pena pubblica.

conseguenza della trasgressione d'una norma, questa perdita sia una vera decadenza, e cioè sia imposta a titolo di pena. Può anche darsi che l'ordinamento giuridico connetta la perdita d'un diritto o d'una potestà immediatamente ad una trasgressione d'una norma, e tuttavia non allo scopo di punirne l'autore. È anche possibile che la privazione del diritto sia la forma, nella quale debba venir preso in considerazione, in una maniera fissata una volta per tutte, l'interesse d'un altro, di colui che dalla trasgressione della norma abbia avuto una lesione od un pericolo. La questione può a causa di ciò divenire di eminente importanza, perchè una qualsiasi pena per giustizia potrebbe essere comminata solo per una colpevole illiceità — e quindi si deve anche supporre che ogni decadenza imposta come pena abbia per presupposto una trasgressione d'una norma, la quale sia da imputarsi come colpa a colui, il cui diritto si fa decadere. Affinchè, al contrario, si faccia luogo alla protezione dell'interesse, come sarà dimostrato nel prossimo Capitolo, non è affatto un presupposto assoluto che la trasgressione della norma possa essere fatta risalire ad una colpa dell'agente. Occorre indagare più da presso l'intenzione di ogni singola legge (*per vedere*) in quale caso la privazione d'un diritto debba essere (*considerata*) come decadenza e pena, in quale altro solo come protezione d'interesse. Io sarei incline, per esempio, ad ammettere solo una tutela d'interessi nel caso della privazione dell'enfiteusi (96), come nel caso della decaduta concessione della miniera dopo che per quattro volte non sia stata pagata l'imposta trimestrale (sowie im Falle des Freiwerdens der Grube nach viermaliger Nichtentrichtung der Quatembegelder) (97). Queste ed analoghe privazioni di diritti mi sembra, se posso dir così, che abbiano il carattere di pene convenzionali ammesse dalla legge ed abbiano unicamente per iscopo una sufficiente garanzia dell'interessato (97^a). Istruttive a tale proposito sono anche le disposizioni del Codice di Commercio, art. 220 al. 2 ed art. 222 num. 2. Qui, per vero, affinchè «gli azionisti morosi sieno privati in favore della società dei loro diritti provenienti dalla sottoscrizione delle azioni e degli acconti versati», vien fatto richiamo al contenuto del contratto di società. Ma il carattere di questa perdita di diritto non sarebbe mutato, se il Codice di Commercio l'avesse imposta in

p. 40

(96) c. 2 C. de iure emphyteutico 4, 66.

(97) GERBER, *Diritto privato germanico* (deutsches Privatrecht), § 97, nota 10.(97^a) Riguardo al trattamento delle pene convenzionali cfr. l. 77 de v. obl. 45, I.

via assoluta o quanto meno sussidiaria, in mancanza di disposizioni contrarie nel contratto di società.

10. (Secondo gruppo: precetti giuridici che hanno per scopo la compensazione. Prima forma: coazione all'adempimento). — L'ordinamento giuridico non si deve tuttavia limitare alla punizione della trasgressione della norma. Non giova alla comunità di volgere il suo occhio irritato soltanto a ciò che è irrevocabile, all'azione contraria al divieto o ad un'omissione contraria al comando. Essa (comunità) si deve anche continuare a preoccupare dei beni ed altri interessi, che i suoi imperativi avevano lo scopo di proteggere e promuovere. L'avvenuta trasgressione della norma non è per l'ordinamento giuridico un buon motivo perchè s'intiepidisca la sua sollecitudine per i beni ed interessi da esso (ordinamento) protetti. Ma riguardo alla ulteriore tutela da accordarsi dobbiamo distinguere fra la trasgressione di comandi e divieti.

Se un comando non è obbedito al momento nel quale dapprima lo si doveva obbedire, nella maggior parte dei casi tuttavia l'interesse alla sua osservanza non è ancora spento. Se p. es. il debitore non restituisce il denaro prestatogli nel giorno in cui doveva essere rimesso al creditore, non per questo è svanito l'interesse di quest'ultimo alla restituzione. Il creditore aspetta pur sempre il denaro ed il debitore è pur sempre obbligato al pagamento dello stesso. Di regola il comando sopravvive alla violazione della norma. Se l'ordinamento giuridico comanda al debitore di pagare ad un certo giorno, non lo libera certo dall'obbligazione di pagare dopo trascorso quel giorno. Egli deve riparare ciò che ha trascurato (*di fare*). E tutto è riparabile, meno la tempestività (die Rechtzeitigkeit) dell'adempimento. Quest'ultima è senza dubbio irrimediabilmente perduta dopo che è scaduto il giorno del pagamento. Riguardo a questa (*tempestività*), quindi, null'altro può esser fatto, se non che l'ordinamento giuridico, in luogo dell'impossibile adempimento, imponga al debitore un'altra obbligazione. Di un tale dovere di risarcimento non è però qui ancora il caso di parlare.

Ma la illecita inosservanza del comando ha dimostrato come l'impulso, che il comando cercava d'imprimere alla volontà del debitore in ordine al raggiungimento del desiderato scopo, non fosse sufficiente per l'avverarsi di quest'ultimo. Vi si opponesse cattiva volontà del debitore, oppure incolpevole impossibilità dell'adempimento, certo è che non si è avverato il desiderato (evento), pel cui raggiungimento il comando non era se non il mezzo. Ora se all'ordinamento giuridico

p. 41

p. 42 importa sul serio di raggiungere tale scopo, non rinunzierà esso al suo proposito perchè il primo tentativo è fallito. Rinforzerà, piuttosto, i mezzi cooperanti a tale fine: richiamare vecchi imperativi ed emanarne di nuovi, l'una cosa e l'altra allo scopo, che ciò ch'è stato comandato tuttavia si adempia — sia poi (*che ciò debba avvenire*) per opera dello stesso obbligato, sia senza o perfino contro il suo volere (cc). L'intero complesso di nuovi imperativi, in connessione col richiamo di precedenti, noi lo possiamo caratterizzare, in considerazione dello scopo al quale mirano tali conseguenze giuridiche della illiceità, come *coazione all'adempimento* (Erfüllungszwang). Per mezzo di questa si deve avverare la situazione, al cui conseguimento il primo comando non obbedito si è dimostrato un mezzo insufficiente. La coazione all'adempimento trova il suo motivo nell'illiceità inosservanza del comando, ma il suo scopo è proprio quello stesso che si proponeva quest'ultimo: il conseguimento di quanto è desiderato. Per questo è ancora indifferente pel concetto della coazione all'adempimento, come fin d'ora si può osservare, che la stessa (*coazione*) debba spingere l'obbligato all'osservanza del comando (98) oppure, in luogo dell'obbligato, realizzare ciò che è preteso (99).

p. 43 Un sopravvivere del comando alla propria inosservanza del pari che una coazione all'adempimento quale conseguenza giuridica dell'illecito ritardo (*mora: normwidrige Verzögerung*) si trovano così sul terreno privatistico come su quello pubblicistico. Sopra tutto (100) la totalità delle obbligazioni di contenuto positivo (e quindi la grande maggioranza delle obbligazioni in generale) consiste in comandi,

(98) Il nuovo mezzo cerca allora solo di accrescere la forza dell'antico ed opera indirettamente per lo scopo principale — p. es. la disposizione di pene disciplinari allo scopo di far osservare il comando di denuncia secondo gli art. 26, 45, 89, 129, 135, 154, 155, 171, 179, 212, 218, 233, 243, 247 num. 4, 251 del Codice di Commercio oppure allo scopo di far intraprendere un'azione dovuta secondo il § 774 del Codice di procedura civile.

(99) Il nuovo mezzo opera allora in modo diretto ed autonomo pel conseguimento del fine principale — p. es. la disposizione di traduzione forzata di colui che non si conforma al comando di presentarsi pel suo interrogatorio, a termini del § 133 del Codice di procedura penale, oppure la confisca della cosa immobile dovuta a termini del § 769 del Codice di procedura civile.

(100) Ma però non del tutto: si pensi, nel campo del diritto di famiglia, ai comandi, indirizzati ai fidanzati, di contrarre il matrimonio; al padre, quando non vi sia un giustificato motivo di diniego, di accordare al figlio il consenso al matrimonio.

che l'ordinamento giuridico indirizza al debitore (101). E di gran lunga i più di tali comandi non si estinguono niente affatto col loro inadempimento. Essi continuano ad esistere, e l'avvenuta trasgressione della norma offre in pari tempo il fondamento giuridico affinché nel creditore sorga oramai anche una pretesa (ein Anspruch), come mezzo per provocare la coazione all'adempimento (102). Non meno frequentemente si trovano comandi che permangono e coazione all'adempimento sul terreno del diritto pubblico. Ne trarremo solo alcuni esempi da leggi dell'Impero. La testimonianza ricusata senza motivo deve essere prestata anche più tardi — ed affinché ciò avvenga, l'impulso contro l'obbligato è rafforzato (103). — L'obbligato al servizio militare si deve presentare davanti alla commissione di le-

p. 44

(101) Contro MERKEL sostiene BINDING, *Norme*, I, p. 145, « che il debitore lede il creditore non con un omettere, bensì con un fare. Il debitore, col non adempiere quello che il creditore ha da pretendere, (rende) questo parzialmente paralizzato nella sua forza patrimoniale: egli sottrae a lui porzioni di patrimonio, delle quali il creditore ha diritto di disporre. Egli è attivo da capo a piedi (durch und durch) e viola il comando (die Forderung): non laedel». Ma ciò tuttavia riposa sopra un evidente equivoco fra la trasgressione della norma e le sue cattive conseguenze economiche. Io domando: chi riceve un prestito è destinatario di un comando oppure di un divieto? Io credo fermamente, che lo sia di un comando, e cioè di quello della restituzione. Egli non deve omettere, bensì fare qualche cosa. Se egli non osserva il comando, certo il creditore può sensibilmente soffrirne. Ma il caso è del tutto identico, sia che il debitore non paghi per maliziosa volontà oppure per dimenticanza, sia ch'egli non paghi perchè mortalmente malato oppure perchè è già morto. Il documento del creditore non offre dunque nessuna prova dell'attività del debitore; altrimenti perfino il morto stesso dovrebbe essere « attivo da capo a piedi (durch und durch) »! Ma quando BINDING conclude in favore dell'esistenza di un divieto per ciò che al debitore s'indirizza « il comando: non laedel », e quando HAELSCHNER (*Sala d'udienza — Gerichtssaal*) XXVIII (1876, p. 423) obietta, che il « comando » che è stato offeso sarebbe piuttosto quello del suum cuique tribue, questa controversia dimostra nuovamente quanto poco si sia guadagnato con l'allegare così fatti precetti generali. Con eguale ragione (o più esattamente con egual torto) tutti quanti i delitti, l'assassinio e l'omicidio ed il furto ecc. potrebbero essere ricondotti ad un delitto omissivo — cioè all'inosservanza dell'unico precetto: vive honeste! (dd).

(102) Cfr. nel diritto dell'Impero p. es. il § 29 del Regolamento su la gente di mare del 27 dicembre 1872: « il capitano può far trattenere coattivamente, a mezzo della capitaneria di porto, per l'adempimento del suo dovere il marinaio, che, dopo essersi arruolato, si rifiuta di assumere o di continuare il servizio » (art. 532 del Codice di Commercio).

(103) § 355 al. 2 del Codice di procedura civile.

va. Se egli ripetutamente non si presenta, dev'essere coattivamente arruolato nell'esercito (104). — «Il... redattore di una pubblicazione periodica è obbligato... ad accogliere, su richiesta, una rettifica dei fatti esposti nella stessa». Se ciò viene ricusato e «l'ingiustificato rifiuto avvenga in buona fede, quando vi sia assoluzione da pena e dalle spese dev'essere ordinata soltanto la ritardata pubblicazione» (105). — Il capitano mercantile è in certe circostanze obbligato ad imbarcare gente di mare bisognosa d'aiuto. «All'adempimento (di quest'obbligo) il capitano può essere costretto con la forza dalla capitaneria di porto» (106). — Riguardo alle prestazioni di guerra è prescritto (107): «I Comuni sono autorizzati, per l'adempimento delle prestazioni richieste, a sottoporre a prestazioni in natura ed a servizi di ogni specie coloro che sono obbligati a partecipare agli oneri municipali, in ispecie... anche ad usare i fondi e gli edifici situati nel territorio comunale e, in caso di necessità, a prenderne possesso con la forza». — «Se viene ordinato l'armamento di fortificazioni permanenti, i possessori dei fondi che si trovino dentro la zona sono obbligati... ad ottemperare all'ingiunzione del Comando di abbattere... costruzioni... edilizie. Se a quest'ordine non si obbedisce nel termine fissato, i possessori dei rispettivi fondi possono essere costretti a far ciò per mezzo di misure amministrative di coercizione» (108).

p. 45

II. (*Adempimento non è risarcimento*. HASSE e SCHLOSSMANN). — Gli esempi addotti, a mio avviso, arrecano in pari tempo la prova più espressiva contro una teoria, la quale aveva già trovato un difensore in HASSE (109), e, in una forma alquanto mutata, (*ne ha*) recentemen-

(104) §§ 10, 33 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874.

(105) §§ 11, 19 della legge su la stampa del 7 maggio 1874.

(106) § 1 della legge dell'Impero del 27 dicembre 1872.

(107) § 6 della legge su le prestazioni di guerra del 13 giugno 1873; cfr. anche §§ 4 e 18 *ivi*.

(108) § 43 della legge relativa alle limitazioni della proprietà fondiaria in prossimità di fortificazioni del 21 dicembre 1871.

(109) G. HASSE, *Su l'essenza dell'actio*; «Museo Renano» (Ueber das Wesen der actio; Rheinisches Museum), VI (1833), pp. 13 segg., 18, 21, 22. HASSE limita le sue considerazioni alle obbligazioni. Ma ciò che deve valere *ivi*, dovrebbe conseguentemente essere esteso a tutti i comandi, anzi a tutte le norme in generale, poichè l'argomentazione di HASSE sarebbe in tutti i casi egualmente applicabile. Contro HASSE in ispecie DEMELIUS, *Ricerche* (Untersuchungen), I (1856), pp. 139 segg. e ZIEBARTH, *L'esecuzione reale* (Die Realexecution), (1866), pp. 31 segg.

te (*trovato*) un altro in SCHLOSSMANN (110). La coazione non si conformerebbe mai a ciò che originariamente è dovuto. Con l'inservanza del comando il torto sarebbe già consumato, l'adempimento del comando sarebbe divenuto per sempre impossibile. Non ci sarebbe quindi null'altro da fare, che imporre oramai a colui che era originariamente obbligato, in luogo dell'impossibile adempimento, un risarcimento (Entschädigung) e dare a questo risarcimento una forma più simile che sia possibile al mancato adempimento.

p. 46

Si dimentica, a questo proposito, che il comando indirizzato all'obbligato di regola rimane in vigore malgrado la temporanea inservanza dello stesso. Non è (*da qualificarsi*) risarcimento quello del debitore, il quale restituisce il prestito il primo giorno dopo la scadenza (111). Egli adempie al comando, che già ieri lo colpiva, ma che ancor oggi lo colpisce (112). Ciò si rileva anche dalla forma (aus der Fassung) dell'azione, che deve esperire il debitore in caso di non pagamento. La formula romana aveva per fine un dare oportere e quindi, come MÜLLER (113) giustamente rileva, si fondava su ciò «che il diritto originario... malgrado la violazione persista». Parimenti la nostra odierna azione per restituzione di mutuo non deve dimostrare null'altro se non il fatto della dazione della somma mutuata, ed una circostanza, dalla quale si deduca che l'adempimento dell'obbligazione dipen-

(110) SCHLOSSMANN, *Il contratto* (Der Vertrag) 1876, pp. 287 segg., specialmente pp. 295, 311, 315, 325. SCHLOSSMANN va ancora più in là, in quanto che egli non riconosce in generale alcun diritto all'adempimento, ma fa nascere l'obbligazione soltanto dall'inadempimento della pattuita prestazione. Contro tale opinione a mio avviso infondata vedi Cap. IV a nota 147. Anche BINDING, *Norme*, I, pp. 207 segg., non distingue adempimento e risarcimento (Erfüllung und Entschädigung) e parla di dovere di indennizzo e di risarcimento del danno e di riparazione (Entschädigungspflicht und Schadenersatz und Reparation) là dove si tratta soltanto di adempimento della norma primaria (um Erfüllung der primären Norm); cfr. p. es. p. 229 N. 380, pp. 231, 232. In connessione con ciò (è) il fatto che HAELSCHNER e BINDING contrappongono continuamente alla pena il risarcimento, alla coazione penale la coazione al risarcimento.

(111) Lo stesso concetto di «indennizzare» («Entschädigen») o di «risarcire» («Ersetzen») sta tuttavia ad indicare, che vien prestata qualche altra cosa in luogo dell'originaria.

(112) l. 137 § 3 de V. O. 45, 1 «transactio tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se datum sponndit, si quandoque tradit».

(113) MÜLLER, *Per la dottrina dell'actio romana* (Zur Lehre von der römischen actio), 1857, p. 42.

dente da tale fatto avrebbe dovuto aver luogo. E vien domandata la condanna del debitore alla restituzione della somma mutuata, non al risarcimento. Così si può agire il 2 Gennaio per la restituzione di un prestito che era stato fatto nell'anno precedente e doveva essere restituito il 1° Gennaio. Non è nemmeno necessario allegare che il convenuto non lo ha restituito. Ancor meno (*necessario*) addurre che il convenuto sia in mora nel pagamento, e, avendo egli conseguentemente reso impossibile tale pagamento per sua colpa, che si domandi oramai un risarcimento. E questo è un punto, giunti al quale si vede, a proposito di questa dottrina, che l'essere essa innaturale non basta a renderla innocua. Il solo fatto che sia divenuto impossibile l'adempimento (*das Unmöglichwerden*) non obbliga al risarcimento (114); SCHLOSSMANN stesso richiede inoltre espressamente che vi sia una colpa. Per conseguenza soltanto l'aver colpevolmente causato l'impossibilità di un rimborso nel giorno della scadenza costituirebbe il fondamento di una pretesa al risarcimento nel mutuante. Ma se il mutuario fosse di già morto al 31 Dicembre, in tal caso egli non poteva certo cadere in colpa il 1° gennaio; tanto meno (*lo poteva*) il suo erede, il quale solo in Febbraio adiva (*l'eredità*). La conseguenza sarebbe che l'adempimento sarebbe divenuto impossibile, se pure incolpevolmente, e che pertanto la richiesta d'un adempimento dovrebbe essere rigettata allo stesso modo che quella d'un risarcimento.

12. (*Coazione all'adempimento per un divieto trasgredito*). — Una coazione all'adempimento sembra doversi escludere là dove è stato trasgredito un divieto. L'illiceità è già consumata, e nessuna forza al mondo può far sì che ciò che è avvenuto sia non avvenuto. È vero che anche il divieto può continuare a sussistere malgrado la violazione una volta consumata (115), ma esso s'indirizza poi solo contro una ripetizione della illiceità (116). Un divieto non può aver per effetto che si tolga di mezzo ciò che è già accaduto.

(114) Fa valere a buon diritto quest'argomento DEMELIUS, p. 144, contro HASSE.

(115) l. 133 de verb. obl. 45, 1: « Si sic stipulatus sim: « neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes? » et ego, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur ».

(116) La rinnovata attività antiggiuridica potrebbe poi essere impedita; cfr. supra § 5. A ciò si riferisce il § 15 del Regolamento industriale del 21 giugno 1869:

Nel fatto vi è un gran numero di divieti, per la cui trasgressione manca una qualsiasi coazione all'adempimento. Se un uomo è stato ucciso o mutilato, nulla può restituire il bene annientato della vita o dell'incolumità corporale. E parimenti ogni distruzione di un bene materiale racchiude una perdita irrecuperabile. All'infuori del colpire penalmente il fatto, qui non rimane altro che soddisfare in qualche modo l'interesse offeso con l'imporre un dovere di risarcimento.

Ma non ogni trasgressione di un divieto racchiude in sé una distruzione del bene giuridicamente protetto. Rispetto ai divieti di pericolo (*Gefährdungsverbote*) ciò è chiaro senz'altro. La trasgressione qui ha messo in pericolo il bene, ma il pericolo è scomparso, ed il bene quindi ne è uscito illeso. L'interesse del proprietario non richiede qui un indennizzo di nessuna specie (117). Ma anche la trasgressione di un divieto di lesione non porta sempre con sé un insanabile mutamento. Sovente può essere rimossa la nuova condizione di cose che è stata posta in essere contro la norma, e quella che sussisteva prima (*può essere*) di nuovo ripristinata. Dove ciò è possibile, lo stesso interesse statale, che ispirò il divieto, richiederà adesso che sia rimossa la situazione contraria alla norma. Noi possiamo anche qui designare come coazione all'adempimento la somma di tutti i precetti giuridici, che sono destinati a servire a questo scopo. Certo essi non mirano ad una tardiva osservanza del divieto; l'azione contraria alla norma non può essere annullata. Ma tuttavia essi tendono a produrre una condizione di cose, quale sarebbe stata l'attuale, se il divieto non fosse stato trasgredito. Mercè la coazione (*erzwungen*) non si raggiunge il (*l'osservanza del*) divieto, bensì il ripristino della situazione, per cui mantenimento il divieto era soltanto un mezzo e precisamente un mezzo non sufficiente. Il divieto e le conseguenze giuridiche della sua trasgressione servono quindi al medesimo scopo finale — e tale scopo noi abbiamo in vista, quando qui parliamo di adempimento.

La coazione all'adempimento può qui presentarsi sotto diverse forme. Per lo più si presenterà come un comando all'autore (*del fatto illecito*) di ripristinare la condizione di cose illecitamente mutata. Chi contro un divieto ha eretto una costruzione, sarà per ciò obbligato a

« la continuazione dell'industria può essere impedita dalla polizia, se un'industria, per incominciare la quale sia necessaria una particolare autorizzazione, sia stata intrapresa senza tale autorizzazione ».

(117) A prescindere per intanto da un'eventuale garanzia contro future illiceità.

demolirla (118). Nel caso della inadempienza di questo comando potrebbe entrare in gioco nel modo sopra citato una coazione all'adempimento: sia col rafforzare gli impulsi contro l'obbligato, sia col porre in essere di fatto ciò che è desiderato, senza o perfino contro la volontà dello stesso (119). Ma può anche essersi fatta astrazione da ogni comando ed essersi proceduto all'immediata rimozione dello stato di cose effettuati contro il diritto. Quest'è giuridicamente reso possibile da ciò che, o alla parte lesa (dem Verletzten) (120), oppure a determinati organi statuali (121), è accordato un procedimento (ein Vorgehen) contro colui, il quale è interessato alla continuazione dell'attuale condizione di cose e sarebbe giuridicamente protetto contro un tale procedimento, se non si trattasse di rimuovere (col *medesimo*) le conseguenze di un'illiceità (122).

(118) Con mezzi di diritto pubblico o privato. Quanto ai primi, cfr. p. es. il § 32 della legge dell'Impero del 21 dicembre 1871: «In quanto il Comando (*militare* — die Kommandantur) abbia giudicato inammissibili le costruzioni, il proprietario entro il termine da stabilirsi dal Comandante è obbligato ad abbatterle; in caso di necessità ciò sarà eseguito a richiesta del Comando per mezzo di agenti di polizia a spese del proprietario». Cfr. anche § 147, in fine, del Regolamento industriale. Con mezzi privatistici p. es. con l'actio confessoria nella lesione di una servitus altius non tollendi oppure con l'interdictum demolitorium nel caso che si sia costruito contro un divieto.

(119) In tal guisa si dà esecuzione ad una pretesa di diritto pubblico p. es. a norma del § 117 del Regolamento industriale: «il licenziamento di apprendisti assunti o trattenuti senza autorizzazione può essere coattivamente imposto in via di esecuzione di polizia» — ad una pretesa di diritto privato p. es. nel caso del § 771 del Codice di procedura civile.

(120) Così il proprietario di un fondo rustico, sul quale un altro contro il divieto legislativo ha fatto una costruzione che alteri lo scolo dell'acqua piovana, non è personalmente obbligato a rimuoverla, ma bensì a «patientiam praestare» (l. 5 de aqua et aq. pl. a. 39, 3; l. 4 § 2; l. 6 § 7 cod.) — vale a dire, il vicino, il quale vuol rimuovere la costruzione, non commette con ciò illiceità e non può in ciò essere impedito.

(121) Sia col dare esecuzione ad una pretesa di diritto privato, sia col far valere un diritto pubblico — quest'ultimo p. es. col rimandare indietro la cosa introdotta illecitamente (bei der Zurückschaffung des verbotswidrig Eingeführten) o (col rimandare) al di là dei confini uomini che abbiano rotto il blocco a termini del § 139 della legge federale doganale del 1° luglio 1869 e del § 8 dell'Istruzione per la legge dell'Impero del 7 aprile 1869. Che gli organi statuali in tali casi siano anche obbligati al procedimento, dipende dalla loro funzione: cfr. Cap. III § 7.

(122) Sono quindi in un certo ambito rimossi gli imperativi che lo proteggono. A rincalzo, può anche colpirlo un particolare divieto, (*quello*) di non frapporre nessun ostacolo a chi sia autorizzato alla rimozione.

13. (*Seconda forma: risarcimento*). — Bisogna prescindere da una coazione all'adempimento, là dove, nè per mezzo di colui che vi sarebbe obbligato nè per mezzo di altri, non si possa ottenere che si ricuperi ciò che è stato omissso (*di fare*) o che si ripristini lo stato di cose illecitamente mutato. Se ciò che era stato comandato non può più in nessun modo essere ottenuto, anche l'ordinamento giuridico si deve piegare davanti alla forza di tale fatto (*ee*). A questo proposito è indifferente, che l'impossibilità dipenda da cause fisiche (123) oppure da ragioni giuridiche (124); è pure indifferente, che l'azione stessa che era stata comandata sia di fatto tuttora possibile, ma non (*lo sia*) più come osservanza del comando, perchè quest'ultimo si riferiva solo ad un momento determinato e già trascorso, oppure a rapporti determinati, che sono mutati nel frattempo (125). Ed anche se il comando rimane tuttora in vigore ed il suo adempimento tuttora possibile, in ogni caso la tempestività dell'adempimento, una volta che sia mancata, non si può recuperare. Parimenti, con l'azione illecita può essere stato causato un mutamento, che non può essere più eliminato da forza umana (126). Ma anche se è possibile una reintegrazione, ciò ch'è accaduto non si può più cancellare, e rimane il fatto, che nel frattempo sussisteva una condizione di cose che era stata prodotta antiggiuridicamente (127). E finalmente, l'azione antiggiuridica non può prima di tutto considerarsi come nemmen avvenuta, nè si può spegnere il ricordo della stessa, così che essa continua ad operare nella coscienza dell'offeso, anche se non ha lasciato dietro a sè conseguenze, che siano sensibilmente percettibili (128).

Ma anche in siffatti casi (129) l'ordinamento giuridico non è co-

(123) P. es. l'impossibilità di restituire una cosa dovuta, a causa del perimento della stessa.

(124) P. es. l'impossibilità di mantenere una promessa di matrimonio, a causa di un matrimonio contratto con altra persona.

(125) Se p. es. in una controversia civile la testimonianza era stata ricusata e l'attore aveva lasciato cadere la sua pretesa. Oppure se un baule era stato promesso per un viaggio ed il viaggio era terminato prima della consegna del baule.

(126) P. es. la mutilazione d'un uomo o la distruzione d'una cosa altrui.

(127) P. es. la privazione di libertà d'un uomo dopo la sua liberazione, il danneggiamento d'una cosa altrui dopo la sua riparazione.

(128) Come p. es. l'adulterio.

(129) NEUNER, op. cit., pp. 168, 169, 175, 197 segg., parla qui d'uno sciupare (Verbringen) il bene in contrasto con un usurparlo (Vorenthalten).

stretto a limitarsi (ist nicht beschränkt) soltanto alla punizione del delitto. Oltre a ciò, esso si può sempre occupare degl'interessi lesi. Il soddisfacimento che originariamente era ad essi destinato, non può certo più procurarlo (agli stessi). Ma tuttavia può cercare in un'altra guisa di render loro giustizia. In luogo dell'adempimento (che ormai è) impossibile, esso (ordinamento) preferisce il risarcimento (che è tuttora) possibile.

Un indennizzo (letteralm.: surrogato: Ersatz) sarà facile da darsi, quando l'interesse leso consente una valutazione in danaro. Ma il concetto dell'indennizzo non è limitato ad una compensazione (Ausgleichung) con un pagamento in danaro dei danni valutabili in danaro. Come (la) punizione e (l') adempimento anche (il) risarcimento è lo scopo comune di certi precetti giuridici. Cioè di tutti quelli, i quali sono legati ad una illiceità come conseguenza giuridica della stessa, ma non a scopo di punizione del trasgressore della norma e neppure a scopo di realizzazione del fatto o della situazione, alla cui produzione od al cui mantenimento mirava il comando od il divieto trasgredito, bensì al fine di procurare a colui che sia stato leso dalla trasgressione della norma una soddisfazione in altra forma in luogo di ciò che ha perduto (ff).

14. (Concetto del danno e del risarcimento). — Se, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, si parla del risarcimento come dello scopo di certi precetti giuridici e precisamente in contrasto con lo scopo della punizione o con quello dell'adempimento, tale contrapposizione costringe a pensare a questo proposito solo a quei precetti giuridici aventi per fine un indennizzo, i quali sono le conseguenze di una commessa illiceità. È necessario distinguere tali precetti giuridici da altri, apparentemente affini e sovente confusi con essi.

« Il concetto del danno è in sé e per sé un concetto giuridicamente del tutto indifferente » (130). Se il termine vuol designare la perdita di un bene, tale perdita rimane però, sotto l'aspetto giuridico, del tutto insignificante, se il bene perduto non era un bene giuridico cioè non (era un bene) tutelato dall'ordinamento giuridico (131). Ma anche se

(130) KELLER, Pandette, § 249.

(131) Esempio: s'inaridisce una cascata (non appartenente a nessuno) ed in

un bene giuridico — io suppongo in primo luogo: per caso — sia stato distrutto, l'ordinamento giuridico ha semplicemente da accettare questo fatto. E quest'ultimo acquisterà rilievo giuridico solo in quanto all'annientamento del bene sia connesso il richiamo degl'imperativi, che erano di fondamento alla tutela giuridica del bene. Su ciò senza dubbio deve esprimersi l'ordinamento giuridico, poichè soltanto il bene è annientato, e non la cosa (132). La materia non si distrugge mai; quella che muta è soltanto la sua apparenza sensibile (gg). Ma l'ordinamento giuridico deve determinare quale mutamento dell'apparenza debba portare con sé una perdita della protezione giuridica (133). È chiaro, che in questi casi non si tratta dell'ordine d'un risarcimento. Ma altrettanto poco sarà possibile di parlare d'un ordine siffatto, se l'ordinamento giuridico si studia, « per mezzo di disposizioni legislative, di risolvere il possibile dubbio, quale sia da considerarsi il patrimonio colpito dal danno, chi abbia da sopportare il rischio » (134). Così il principio: « il compratore sopporta il rischio » vuole prevenire il dubbio, se per avventura la perdita del bene venduto, ed il connesso estinguersi, da un lato, della proprietà del venditore, e, dall'altro lato, del diritto di credito del compratore, porti come conseguenza per il venditore anche il venir meno del suo diritto di credito (135). Con questo principio non è affatto concesso un risarcimento al venditore. A lui rimane soltanto, ciò che di già gli apparteneva: il suo diritto di credito contro il compratore. Piuttosto, se la decisione era presa in senso opposto, sarebbe più corretto parlare di un risarcimento del compratore. Poichè il compratore, per non aver ricevuto la cosa comperata, era liberato dalla prestazione che altrimenti gli incombeva. Il danno che lo colpiva (der ihn treffende Nachtheil) era preso come cagione di un ulteriore precetto giuridico,

conseguenza di ciò viene a mancare (senza verbo: cioè: s'inaridisce anche) il concorso dei forestieri dell'albergo costruito nelle vicinanze. Economicamente l'albergo è colpito da un danno, ma nè egli nè un altro ha perduto un diritto. Lo stesso è da dirsi nel caso che, senza nessun mutamento materiale d'una cosa, il valore di scambio della medesima diminuisca in conseguenza d'un mutamento del giudizio di altri sul grado della sua utilità.

(132) Esattamente SCHLOSSMANN, op. cit., p. 293.

(133) E, notoriamente, esso (ordinamento giuridico) disciplina la perdita giuridica, in un modo per la proprietà e per le servitù prediali, ed in altro modo per l'usufrutto: l. 9 pr. si servitus 8, 5.

(134) HÄLSCHNER, Sala d'udienza (Gerichtssaal), XXVIII (1876), p. 407.

(135) Contro BINDING (Norme, I, p. 211), il quale anche in tali precetti giuridici scorge l'ordine d'un risarcimento di danno, cfr. HÄLSCHNER, op. cit.

avente per iscopo una compensazione (eine Ausgleichung) (136). È troppo stretto il concetto del risarcimento del danno, quando HAELSCHNER (137) lo limita così: « Si può parlare di risarcimento del danno solo quando qualcuno deve rispondere all'altro di un danno, che questo medesimo dovrebbe sopportare, se il danneggiamento fosse incolpevole anziché colpevole ». Vero è che non si potrebbe contro HAELSCHNER fare appello ai contratti, i quali a tenore del loro contenuto sono indirizzati a tener indenne (Schadloshaltung) uno dei contraenti. Se qui un'obbligazione di risarcimento incombe ad una delle parti, è tuttavia soltanto l'intenzione delle parti che mira al risarcimento e non (*l'intenzione*) dell'ordinamento giuridico (*hh*). Quest'ultimo vuole soltanto l'adempimento della valida promessa. Non è il fatto che questa, a tenore del suo contenuto, miri a tenere indenne il creditore, il motivo, per l'ordinamento giuridico, d'imporre il proprio comando di adempierla. Ma è proprio l'ordinamento giuridico, che si propone per iscopo un indennizzo, là dove in considerazione di un danno, che ha colpito l'uno, ad un secondo viene per legge imposta un'obbligazione di risarcirlo. Questo accade bensì non di rado anche quando all'obbligato non possa essere imputata la minima colpa, anzi nemmeno un comportamento, obbiettivamente illecito. Offrono esempi (*di ciò*) tutti quei casi, nei quali taluno a tenore di legge deve rispondere per una colpa altrui (137). E se per inammissibile ipotesi si voleva qui fondare l'obbligazione sopra la presunzione d'una illiceità colposa propria (*dell'obbligato*), anche questo possibile ripiego viene a mancare in altri casi. Poiché di quando in quando taluno è obbligato ad una prestazione di fronte ad un altro solo in causa di ciò che quest'altro ha sofferto un danno — anche se tale danno è stato prodotto per mero caso. L'obbligo

p. 55

(136) Che questo non si presenti sotto forma dell'attribuzione d'una pretesa al compratore, è indifferente per il concetto del risarcimento. Con ragione osserva v. BAR, *Fondamenti del diritto penale* (Grundlagen des Strafrechts), 1869, p. 41 n. 37: « Il danno viene risarcito, se il diritto prende una particolare disposizione (Veranstellung), ... affinché colui, che in primo luogo risente il danno, possa rifarsi a spese d'un altro ». Ma questa « disposizione » non ha bisogno di tradursi, come crede v. BAR, in un'azione » (« Klage »); essa può consistere anche in una norma giuridica che mandi tosto ad effetto il rifacimento (den Ausgleich).

(137) op. cit. p. 407 Nota *.

(137.) Così secondo il § 2 della legge del 7 giugno 1871, concernente l'obbligo di risarcire il danno per le uccisioni (Tödtungen) e lesioni corporali, provocate dall'esercizio di ferrovie, miniere ecc. Secondo il § 1 non è sempre richiesta una colpa altrui.

di diritto pubblico del capitano marittimo di prendere con sé gente di mare bisognosa d'aiuto (138), quella di diritto privato del compratore di rescindere per la così detta *laesio enormis* su domanda del venditore il contratto di compravendita (139), possono servire di esempi a tale proposito (140). Ma in verità, il riunire i più eterogenei precetti giuridici unicamente sotto il punto di vista che il motivo comune della loro emanazione è stato la compensazione d'un danno altrui, non presenterebbe il minimo interesse sistematico. Per il sistema (*cioè: sotto l'aspetto sistematico*) acquista veramente rilievo il risarcimento del danno solo quando lo stesso sia collocato come un terzo termine accanto alla pena ed all'adempimento: come lo scopo comune di quegli stessi precetti giuridici, i quali si connettono ad un'illiceità, per procurare alla parte lesa sotto'altra forma una soddisfazione approssimativa in luogo di ciò che è irrecuperabile (anstatt des Entgangenen).

p. 56

15. (*Mezzi del risarcimento*). — Per raggiungere lo scopo cui da ultimo si è accennato l'ordinamento giuridico ha diversi mezzi a sua disposizione.

In primo luogo, esso può togliere al trasgressore della norma un diritto od una potestà, per procurare in tal guisa all'offeso un certo risarcimento (einen gewissen Ersatz). Appartengono a tale specie i casi sopra discussi della decadenza (Verwirkung) nel più lato senso della parola: privazioni di diritti come conseguenza di una illiceità, inflitte non per punizione dell'autore (*dell'illecito*), bensì per risarcimento dell'offeso. Nel momento stesso della violazione della norma è assicurato giuridicamente anche il risarcimento: la perdita del diritto o della potestà viene immediatamente connessa al comportamento illecito.

Assai più frequentemente dall'ordinamento giuridico viene presa un'altra strada. Al trasgressore non viene tolto nessun diritto, ch'egli

(138) § 1 della legge dell'Impero del 27 dicembre 1872. Non si nasce, ma si diviene marinai bisognosi di aiuto. Il concetto presuppone dunque un danno subito. Un ulteriore esempio offre la legge sul domicilio di soccorso del 6 giugno 1870, §§ 28 segg., nelle sue disposizioni sul pubblico soccorso dei bisognosi e la restituzione delle spese incontrate a tale scopo.

(139) Nel caso che egli non preferisca di elevare il prezzo di acquisto fino al valore della cosa acquistata. La differenza fra valore e prezzo può essere rimasta ignota al compratore, così che è già escluso per ciò ogni pensiero di colpa.

(140) In tali casi lo scopo del precetto giuridico è un risarcimento, ma il precetto stesso è un comando, dalla cui inosservanza sorge una coazione all'adempimento.

aveva, bensì viene imposta una nuova obbligazione a scopo di risarcimento dell'offeso. Tale (*obbligazione*) può essere ed il più delle volte sarà di natura privatistica, di modo che sorge nel contempo per la parte lesa un diritto privato all'adempimento della stessa. Ma è concepibile che tale obbligazione sia anche di natura meramente pubblicistica (141).

p. 57

Se al trasgressore della norma viene imposta un'obbligazione privatistica per espiazione dell'interesse offeso, è tuttavia da tenere per fermo, che il risarcimento dell'offeso consiste giuridicamente nell'imposizione (*Begründung*) di quest'obbligazione, non nell'adempimento (*Erfüllung*) della stessa. Allo scopo di risarcirlo viene assicurato all'offeso il diritto privato. Il farne (*poi*) uso, è lasciato in sua facoltà; all'ordinamento giuridico basta di accordargliene la forza. Se la pretesa tutelata, anche a tenore del suo contenuto, si limita al pagamento di tanto danaro, quanto sia quello che serve di misura pel danno prodotto, questo danno anche in seguito sarà giuridicamente rilevante come misura per l'altezza dell'obbligazione (142). Ma pel concetto del risarcimento nel senso sopra chiarito è essenziale soltanto, che lo stesso precetto giuridico (e qui dunque l'imposizione dell'obbligo) tragga origine dallo scopo di procurare un risarcimento.

Se il danno ammette una valutazione in danaro, il più delle volte anche l'obbligazione consisterà in una prestazione pecuniaria. È questa la forma più frequente, ma non la sola di risarcimento. Non di rado

p. 58

(141) Io non trovo alcun sicuro esempio che la violazione di un'obbligazione privatistica a scopo di risarcimento della parte lesa provochi un'obbligazione pubblicistica del trasgressore. Ma sono rare anche obbligazioni pubblicistiche di risarcimento di danno a causa di violazione di un'obbligazione pubblicistica. Se un interesse della comunità, a tutela del quale le compete un diritto pubblico, sia stato irrimediabilmente offeso, il più delle volte l'ordinamento giuridico si limita alla punizione dell'autore colpevole, senza infliggergli un'obbligazione di risarcimento. Un caso, in cui tuttavia questo accadeva, era stabilito nella disposizione di un precedente diritto particolare, secondo la quale colui, che si era reso inabile al servizio militare, era obbligato a porre un uomo che lo sostituisse.

(142) Sotto quest'aspetto il danno aveva rilievo sovente anche in obbligazioni, le quali indubbiamente erano imposte a scopo di punizione dell'autore, in quanto l'ammontare dell'obbligazione (o, secondo la concezione abituale, della pena) anche qui veniva spesso misurato alla stregua del danno dell'offeso. L'unico esempio dell'actio furti prova che questa funzione del danno non ha nulla di comune con la questione, per quale scopo l'ordinamento giuridico abbia introdotto l'obbligazione.

danni misurabili in danaro sono da compensarsi in altro modo (143). E viceversa danni, i quali in generale non consentono o consentono solo difficilmente una valutazione in danaro, secondo l'intenzione dell'ordinamento giuridico trovano qualche rimedio in ciò che all'offeso viene accordata contro l'offensore una pretesa ad una somma di danaro misurata per legge o da determinarsi discrezionalmente dal giudice entro certi limiti. Così chi è stato tenuto prigioniero ha una pretesa ad un compenso, la sedotta ad una somma per la deflorazione e ad una riparazione, chi è stato insultato, sia ad un'ammenda, sia ad un indennizzo (144). Ma finalmente capita che nè il danno possa essere misurato in danaro, nè l'obbligazione si risolva in una prestazione pecuniaria. Qui si presentano specialmente i casi, nei quali all'offeso per risarcimento d'un'ingiuria patita è assicurata la pretesa allo scioglimento di un rapporto di diritto familiare, in particolare all'un coniuge, per adulterio o per ingiustificato abbandono dell'altro, la pretesa allo scioglimento del matrimonio.

Già da lungo tempo è ben conosciuto (145) che l'obbligazione imposta per risarcimento è da distinguersi concettualmente da quelle, la cui trasgressione produce l'obbligo del risarcimento. Il divieto: « tu non devi distruggere l'altrui proprietà » è indirizzato ad ognuno dei soggetti alla norma (146). Ma se ciò ch'era (*generalmente*) vietato nel singolo caso è accaduto, è al trasgressore che incombe oramai una nuova obbligazione: quella di prestare risarcimento per il bene distrutto. È questo un precetto secondario, che ha a suo presupposto la (colpevole) trasgressione della norma primaria. Nel caso del non adempimento questo, come anche altri precetti, può essere realizzato coi mezzi consueti della coazione all'adempimento. Se la realizzazione qui si concreta come una « coazione al risarcimento », ciò accade soltanto a causa della sua funzione economica. Giuridicamente parlando, tale denominazione non è affatto esatta. Poichè in verità si tratta soltanto di una

p. 59

(143) P. es. con la rescissione di un negozio giuridico, come sovente nell'actio quod metus causa o nell'actio Pauliana.

(144) Su questi ed analoghi casi cfr. Cap. IV a nota 9. Alla seconda categoria appartengono anche le ammende delle leggi dell'Impero.

(145) SAVIGNY, *Sistema*, V, p. 286 num. 1. — WINDSCHEID, *L'actio*, p. 24. — UNGER, *Sistema del diritto privato austriaco* (System des österr. Privatrechts), II § 109 nota 4, IV ed., p. 328.

(146) Se d'ora in poi parlo d'una norma che è indirizzata a chicchessia, lo faccio unicamente per brevità ed intendo sempre per « chicchessia » soltanto i soggetti a questa norma.

coazione all'adempimento, la quale ha di mira il raggiungimento di ciò che è comandato a scopo di risarcimento.

16. (*Actiones poenales e rem persequentes*). — In luogo di distinguere pena, adempimento e risarcimento a seconda dei diversi scopi, che l'ordinamento giuridico ha in vista nell'emanare quelle norme di diritto, che esso riconnette ad una illiceità come conseguenza giuridica della stessa, è entrato nell'uso, ad imitazione della nota partizione romana delle azioni, di considerare la menzionata diversità degli scopi soltanto come una diversità delle pretese o, prima, delle azioni (147), e conseguentemente di parlare, da un lato, di azioni penali, dall'altro, di azioni di manutenzione e di risarcimento (*erhaltende und Ersatzklagen*).

In primo luogo il contrapposto si estende all'intero territorio delle azioni. Lo si restringerebbe, col comprendervi solo il campo delle *actiones in personam* (148). Ma lo si restringe anche col limitarlo alle azioni del diritto patrimoniale (149). Quest'ultimo punto è essenziale per l'intero modo d'intendere la cosa. Per SAVIGNY è il « risultato » (« Erfolg ») delle azioni quello che offre il principio della partizione (150). La peculiarità delle *actiones poenales* deve ravvisarsi in ciò, che esse con l'esito vittorioso arricchiscono l'attore, laddove le *actiones rem persequentes* gli conservano soltanto ciò ch'egli aveva. Con ragione è stata addotta in contrario l'obiezione che, però, anche la pretesa nascente da promessa di donazione o da legato è reipersecutoria (151), e ciò nondimeno anche con questo mezzo viene procurato all'attore ciò

(147) Contra, giustamente, WINDSCHEID, *L'actio*, p. 23.

(148) SAVIGNY, *Sistema*, § 210 N. 2, V vol., p. 37; ma cfr. p. 54, l. 35 pr. de obl. et a., 44, 7.

(149) SAVIGNY, *ivi*: « la ... partizione ... si riferisce esclusivamente alle azioni concernenti il patrimonio ». Parimenti ARNDTS, *Pandette*, § 98. Contra, BRINZ, *Pandette*, II ed., I, p. 279 § 85 note 9°, 10, riferendosi all'*interdictum de liberis exhibendis*, il quale secondo la l. 2 § 2 de *interdictis* 43, 1, appartiene agli interdetti, che « rei persecutionem continent ».

(150) Vero è che SAVIGNY inoltre mette in rapporto la partizione « con l'intima essenza delle azioni, col loro oggetto, scopo ». Solo che nel corso dell'esposizione tutto il peso viene attribuito all'influenza che l'esito dell'azione esercita sul patrimonio delle parti in lotta.

(151) La pretesa dal legato persino nel caso, si quis omnia causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, cfr. l. 12 § 1 h. t. 29, 4: « magis est enim rei persecutionem quam poenam continere ».

che per l'addietro egli non possedeva nel suo patrimonio (152). E se anche si vuol contestare quest'ultimo punto, in quanto « il diritto di credito che ha a suo fondamento la donazione, lo si considera già come parte costitutiva del patrimonio », questo è tuttavia per gli stessi avversari un argomento pericoloso. Poichè « in questo senso ... anche l'*actio poenalis* è un'*actio*, quae rem persequitur; anch'essa fa valere un diritto di credito già acquisito ». Ciascun'*actio* va ben considerata come *ius persequendi iudicio*, quod sibi debetur.

Nè ci si approssima di più all'ultimo fondamento della partizione, se si pone il carattere differenziale nell'oggetto della pretesa (153). Quale oggetto viene « intesa l'attività (die Handlung), alla quale il diritto di credito obbliga il debitore » (154). Ma se poi l'oggetto del diritto di credito è esattamente lo stesso in tutti i casi, nei quali il creditore domanda il pagamento di una determinata somma di danaro — il fondamento del suo credito potrebbe essere di qualunque natura, un negozio giuridico, un delitto od un altro fatto giuridico. Nè la prestazione pecuniaria nè l'obbligo di una tale prestazione lasciano vedere senz'altro se abbiano o no il carattere di pena. Si deve di bel nuovo abbandonare l'oggetto dell'obbligazione e indagare il fondamento del suo costituirsi. (*Una*) pena può scaturire soltanto da un delitto. Ma viceversa non ogni conseguenza giuridica di un'illiceità è (*una*) pena. Non basta dunque che si indichi un delitto come il fondamento costitutivo di un'obbligazione, perchè si possa designare la specifica pretesa alla realizzazione di quella (*obbligazione*) come un'*actio poenalis* (155). Ad un risultato si arriva soltanto se ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento giuridico e ci si accerta della ragione per la quale esso ordinamento ha imposto l'obbligazione. Se ne risulta un male al soggetto (*che vi deve sottostare*), l'obbligazione è inflitta a titolo di pena e la pretesa dell'interessato chiamasi *actio poenalis*. Se nè risulta un bene per l'offeso, l'obbligazione è imposta a scopo di tutela

(152) WINDSCHEID, *L'actio*, p. 23 — dal quale scritto sono prese anche le parole citate (*nel testo*), — BRINZ, *op. cit.*

(153) WINDSCHEID, *op. cit.*: « Il principio romano: vi sono *actiones poenales* per noi non ha ... altro significato se non questo: vi sono obbligazioni, il cui oggetto è una pena ».

(154) WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 252.

(155) l. 4 § 6; l. 7 de alienatione iud. mut. c. 4, 7: « Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet ... pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari ».

p. 62 dell'interessato e la sua pretesa è un'actio, quae rem persequitur (156). Il fondamento per la detta partizione delle azioni riposa dunque su lo scopo, che l'ordinamento giuridico persegue con l'imporre l'obbligazione, per la cui attuazione è stabilita l'actio (157). Ma con ciò si vuol dire, che questa partizione non offre se non un caso di applicazione d'una contrapposizione, che si estende ben al di là del terreno delle azioni. La contrapposizione fra pena, adempimento e risarcimento governa tutte quante le conseguenze giuridiche della illiceità.

17. (*Complicazioni di pena e risarcimento*). — Altrettanto facile riesce distinguere astrattamente (*conceptualmente: begrifflich*) fra le conseguenze giuridiche dell'illiceità, a seconda che i precetti giuridici connessi alla trasgressione abbiano per iscopo la punizione del disobbediente, o, di nuovo, il raggiungimento di quello cui già si mirava per mezzo della norma trasgredita, o, finalmente, un risarcimento dell'offeso: ed altrettanto difficile è sovente il dire, di un precetto giuridico determinato, se esso appartenga all'una od all'altra categoria. Qua è là si vedono una coazione all'osservanza di un divieto ed una coazione al risarcimento da potersi scambiare l'una con l'altra (*auf das Täuschendste ähnlich*). Ed ancora più sovente si rassomigliano, da sbarliarsi (*zum Verwecheln*), pena e risarcimento (158). E quest'ultima cosa si spiega con ragioni intrinseche. Se per la qualità di un precetto giuridico è decisiva solo la intenzione, che animava l'ordinamento giuridico nel porlo, è possibile che si presentino complicazioni di pena e

(156) Egregiamente BRINZ, op. cit., p. 280: « Senza delitto non v'è azione penale: ma non ogni azione accordata in conseguenza di un delitto è già di per sé un'azione penale; essa deve altresì essere posta per ragione di pena » — solo che io, in luogo di azione, chiamerei obbligazione quella, alla cui attuazione serve l'azione (la pretesa). Non altrettanto esattamente a p. 278: « L'azione penale mira pertanto ad un male ecc. ». Che significa: « mira »? Se non ciò si allude all'oggetto dell'azione, io mi sono di già espresso contro di ciò. Ma se la parola deve designare l'intenzione dell'attore, questa (*intenzione*) non è rivolta a null'altro che ad una prestazione di ciò che l'ordinamento giuridico secondo il proprio parere gli aggiudica. P e r c h è sia accordato a lui un diritto, questo è ciò che distingue pena e risarcimento.

(157) Evidentemente non è escluso con ciò che questo scopo eserciti anche un'influenza su gli ulteriori destini dell'obbligazione e delle sue conseguenze. Così certamente le actiones poenales avevano la loro speciale teoria.

(158) Un caso, nel quale vengono in questione adempimento, risarcimento o pena, è dato nella l. 22 de op. nov. nunt. 39, 1.

risarcimento, e precisamente in una duplice guisa. Anzitutto in questo modo, che l'ordinamento giuridico mira in prima linea ad una punizione, ma però nello stesso tempo persegue lo scopo accessorio (*Nebenzweck*) di procurare una certa soddisfazione all'offeso (159). Una pena deve colpire il colpevole: ma come pena (*letter.: afflizione penale - Strafübel*) è scelta una conseguenza giuridica, la quale in pari tempo torna a vantaggio dell'offeso (160). Così si spiega che specialmente nel più antico diritto romano l'obbligazione rivolta a compensare un danno pecuniario sovente apparisce come (*una*) pena. Secondo l'antica concezione romana pena e risarcimento non presentavano minimamente una contrapposizione (161). E a causa del delitto e per conseguenza come pena la lex Aquilia imponeva al danneggiatore colpevole di una proprietà altrui l'obbligazione del risarcimento. Secondo il suo scopo, tale disposizione conteneva una pena; secondo il suo risultato, un risarcimento. Ma, veramente, anche questo risultato era voluto dall'ordinamento giuridico e quindi sotto il primo scopo della punizione si nascondeva il secondo del risarcimento (162). E solo per quel tanto che l'obbligazione comprendeva in più dell'intera compensazione del danno arrecato, la disposizione si poteva ricondurre unicamente allo scopo

(159) Significativa per una tale veduta è la l. 3 de litigiosis 44, 6: « Rem de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur. sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est ».

(160) P. es. privazione di diritto come pena di vietata ragion fattasi oppure imposizione di un'obbligazione nei casi delle actiones poenales.

(161) KIERULFF, *Teoria*, pp. 223, 229 Nota *: « Noi sosteniamo in contrario, che il risarcimento del danno non è come tale un concetto giuridico indipendente, bensì una forma accidentale, nella quale può presentarsi una pena oppure un'obbligazione contrattuale ecc. Il concetto della pena si può determinare soltanto a seconda del suo fondamento giuridico (*ratio*) ». NEUNER, *Rapporti di diritto privato* (*Privatrechtsverhältnisse*), p. 200. IHERING, *Momento della colpa* (*Schuldmoment*), pp. 44, 66. SCHLOSSMANN, *Il contratto* (*Vertrag*), pp. 42, 315.

(162) Così si spiega che ULPIANO considera come « poenalis » l'actio legis Aquiliae nella l. 23 § 8 ad leg. Aq. 9, 2, laddove PAOLO nella l. 34 § 2 de obl. et act. 44, 7 parifica la stessa all'actio commodati: « utraque enim actiones rei persecutionem continent ». Cfr. anche l. 7 § 1 de iniuriis 47, 10. Parimenti anche l'actio furti col suo pro fure damnum decidere oportere persegue, in qualità di pena, un duplice risarcimento di danno. Quegli ha l'actio furti, « cuius interfuit non subripi » (l. 10 de furtis 47, 2) ed anche solo « quatenus eius interest » (l. 91 cod.). Con un mutamento della persona dell'interessato (*des Interessenten*) muta anche la persona dell'autorizzato (*di chi ha la facoltà: des Berechtigten*) (l. 12 pr. cod.).

della punizione e qui per conseguenza si parlava di una mera pena (163). Viceversa, può l'ordinamento giuridico mirare in primo luogo ad un risarcimento dell'offeso. Quand'esso ordinamento va in cerca di quel qualsiasi soggetto, cui possa addossare la prestazione del risarcimento, in primo luogo penserà a colui che con la sua azione antiggiuridica ha causato il danno. Se non che, di fronte al contrario interesse dell'autore (*del danno*), il più delle volte l'ordinamento giuridico tiene per giustificata l'obbligazione imposta allo stesso solo quando questi colpevolmente abbia causato il danno. Ed anche riguardo all'ulteriore questione, se il risarcimento debba commisurarsi in maniera stretta ed avara (*karg und spärlich*) oppure con più larga mano (*oder mit voller Hand*) od in modo ricco e generoso (*oder reich und verschwenderisch*), l'ordinamento giuridico anche qui si determinerà secondo la minore o maggiore colpa dell'obbligato. Esso ordinamento cercherà di stabilire un equilibrio fra colpa e risarcimento del danno (164). Ora è di tutta evidenza che dappertutto dove l'ordinamento giuridico fa dipendere sia l'imposizione di un'obbligazione (165) sia la maggior misura della stessa da una colpa dell'obbligato, l'interesse dell'offeso non ha ancora di per sé sola piena efficacia per l'ordinamento giuridico. Il riguardo verso l'offeso non indurrebbe l'ordinamento giuridico ad emanare i suoi precetti, se la colpa del danneggiatore non facesse metter da parte il riguardo verso il medesimo. Ma anche in questo si deve ravvisare un elemento della pena. Questa consiste nel non tenere in nessun conto gl'interessi (*dell'autore del danno*); altrimenti, ne sarebbe impedita l'imposizione del dovere di risarcimento. Vero è che quest'ultimo (*dovere*) non viene imposto di per sé all'obbligato a scopo di punizione. Ma la disapprovazione del fatto da parte dell'ordinamento giuridico ha per effetto che questo non desiste da tale imposizione. E quanto più grande è la colpa, tanto più il fatto viene disapprovato, così che finalmente la considerazione degl'interessi dell'autore (*del danno*) non trattiene l'ordinamento giuridico dal tutelare di fronte a questo nella maniera più generosa gl'interessi dell'offeso.

Si potrebbe per conseguenza essere inclini anche ad invertire, in un certo senso, la massima: « senza colpa non v'è pena », ed a dire: dovunque una colpa costituisca il presupposto di una conseguenza giuri-

(163) § 19 l. de actionibus 4, 6.

(164) IHERING, *Momento della colpa* (Schuldmoment), pp. 54 ss.

(165) Più generalmente: un precetto giuridico avente per scopo un risarcimento.

dica, in quest'ultima si palesa una punizione dell'azione colpevole. Ma veramente allora sarebbero designate tutte insieme come punizione cose eterogenee. Se la disapprovazione dell'azione colpevole e l'impulso a ripagarla di uguale moneta (*sie zu vergelten*) sono stati il motivo determinante per l'emanazione di un precetto giuridico, allora veramente tale precetto serve allo scopo della punizione. Ma se il motivo determinante era il risarcimento d'un interesse leso e quella disapprovazione solo la ragione perchè questo motivo non fosse paralizzato da un altro, vantaggioso al danneggiatore (166), allora il precetto giuridico medesimo ha di mira soltanto un risarcimento (zi). È la questione, se pena oppure risarcimento, sarebbe di pratica importanza in specie a tenore della concezione dominante delle actiones poenales. Ogni pena presuppone per giustizia non soltanto una illiceità colpevole, bensì anche una responsabilità di colui al quale essa deve essere inflitta. Se dunque l'actio poenalis anziché ad un risarcimento « mirasse ad una pena » (« auf Strafe ginge »), essa dovrebbe essere promossa ed eseguita soltanto contro un (*soggetto*) responsabile. Se si ammette, al contrario, che il delitto porta bensì con sé una pena, ma la pena consiste nel costituire il fondamento dell'obbligazione (*in Begründung der Verpflichtung*), vien meno quella necessità. La pena è allora con l'azione colpevole in pari tempo meritata e messa in esecuzione (*verdient und vollstreckt*) — e l'inadempimento dell'obbligazione imposta a titolo di pena (*strafhalber*) potrebbe ridestare (*wachrufen*) solo i precetti giuridici, che mirano all'adempimento di questa.

18. (*Terza forma: garanzia*). — Di una forma particolare di risarcimento si deve finalmente fare ancora menzione. Se fin qui non la si è nominata, ciò è stato perchè certamente si può essere in dubbio se il fenomeno cui si deve ora accennare rappresenti in fatto una specie di risarcimento o non sia piuttosto da collocare come una terza forma indipendente di composizione (*Ausgleichung*) accanto all'adempimento ed al risarcimento. È questa la garanzia contro un torto futuro (*die Sicherung gegen künftiges Unrecht*) come fine comune d'una serie di ulteriori conseguenze giuridiche di un'avvenuta illiceità.

(166) La colpa costituisce dunque la ragione della disapprovazione, ma quest'ultima non costituisce la ragione dell'emanazione del precetto giuridico, bensì piuttosto la condicio sine qua non del fatto, che ad un altro motivo vien dato seguito con l'emanazione del precetto di diritto.

Il danno causato da una condotta antiggiuridica si può pensare che consista, sia unitamente (*con altri*), sia (*considerato*) da solo, in ciò che all'offeso è tolta la sicurezza per il futuro dei suoi beni giuridicamente protetti. Anche se con l'attentato antiggiuridico non gli è stato sottratto nessun bene palpabile (*greifbar*), egli può aver perduto il bene ideale della tranquillità e quindi la possibilità di un pacifico godimento di singoli beni giuridici. Se colui che è stato attaccato (*der Angegriffene*) deve temere un nuovo pericolo per l'avvenire, tale ansiosa previsione rappresenta un male, che può essere sentito altrettanto profondamente quanto la perdita di un bene palpabile. L'ordinamento giuridico non è senza mezzi anche di fronte a questo danno ideale. Esso (*ordinamento*) lo può rimuovere col rendere difficile, se non impossibile, il ricorrere d'una nuova illiceità. Tutti i precetti giuridici, invero, i quali sono connessi ad una illiceità allo scopo di opporsi al ricorrere d'una futura illiceità, perseguono lo scopo di un siffatto risarcimento ideale — essi servono allo scopo della garanzia.

Anche qui, di nuovo, i mezzi dell'ordinamento giuridico sono di svariata natura. Ora (*l'ordinamento giuridico*) toglie al trasgressore della norma il diritto o la potestà, la cui esistenza aveva offerto di fatto l'occasione a quella illiceità, così che un futuro abuso d'ora in poi non può più aver luogo. E precisamente la perdita del diritto o è immediatamente connessa al fatto (167) oppure deve essere pronunziata solo da organi statuali previo un procedimento (168). Ora il trasgressore è colpito da nuovi divieti, che devono togliere perfino l'occasione di agire di nuovo contro la norma trasgredita (169), laddove in altri casi

(167) Così a tenore della c. 6 C. de spectaculis 11, 40 al padre è tolta, quando ne abusi, la patria potestà — non forse come pena, ma per garanzia del figlio. Cfr. Cap. IV, nota 104.

(168) P. es. a tenore del § 26 della legge dell'Impero concernente l'indagine sui sinistri marittimi del 27 luglio 1877: «Su proposta del Commissario imperiale, se risulta che un capitano marittimo o pilota tedesco abbia colposamente prodotto il sinistro o sue conseguenze per mancanza di tali requisiti che sono richiesti per l'esercizio del suo ufficio, può con la sentenza essergli tolta in pari tempo l'autorizzazione a coprire l'ufficio stesso». Un'autorizzazione giuridica può essere qui tolta in quanto il capitano od il pilota viene riconosciuto incapace di certi negozi giuridici, p. es. quella di ingaggiarsi (*sich verdingen*) come capitano o pilota. In quanto ad essi sia vietata l'azione fisica del governare la nave (*die natürliche Handlung des Steuerns*) ecc., si presenta il caso della Nota 169.

(169) Così a certe persone, che sono punite per determinati reati, può essere vietato, a tenore del § 35 del Regolamento su l'industria, l'esercizio di certe industrie. Anche la «perdita della facoltà di occupare mano d'opera giovanile»,

viene soltanto aggravato l'antico divieto con una minaccia penale per il caso della sua trasgressione (170). Ora vengono imposte al trasgressore della norma obbligazioni di contenuto positivo, dopo l'adempimento delle quali l'agire di nuovo contro la norma già violata importerebbe per lui maggiori svantaggi (171). Ora finalmente determinati organi statuali vengono obbligati, se anche per lo più solo dopo una preventiva decisione del giudice, ad intervenire immediatamente ed a distruggere o togliere di mezzo certi oggetti, la cui presenza potrebbe far temere una nuova illiceità (172).

19. (*Risultato*). — Riepiloghiamo brevemente il risultato di questo Capitolo. Il diritto d'una comunità è la sua volontà, per mezzo della quale essa cerca di determinare la condotta di coloro che essa pensa sottomessi a questo volere. Tutto il diritto consiste in imperativi. Non è poi essenziale per il concetto del diritto che sieno connesse conseguenze giuridiche per la disobbedienza. Ma dove ciò accade, anche queste conseguenze appartengono al diritto e possono quindi consistere solo in ciò,

ivi menzionata nel § 150 al. 2, è da considerarsi meno come privazione d'una potestà giuridica (si potrebbe, se mai, pensare alla facoltà di concludere contratti di lavoro) che non come il nuovo divieto di valersi effettivamente di mano d'opera giovanile.

(170) Così secondo il § 775 al. 2 del Codice di procedura civile.

(171) L'adempimento viene poi imposto per mezzo di una pretesa pubblicistica o privatistica. Un esempio della prima specie l'offriva la Carolina negli art. CLXXVI e CXCIV: «Per prevenire un tale futuro, ingiusto danno e malanno, a norma del giudizio degli scabini sia tenuta in prigione la persona non fededegna maliziosa, fin tanto che a giudizio dello stesso tribunale non dia una sufficiente cauzione, garanzia e deposito per una tale ingiusta, violenta azione». Anche l'obbligazione di prestare la promessa con giuramento rientra almeno in parte in questo caso. Un esempio della seconda specie l'offriva la pretesa alla costituzione della cautio de non amplius turbando a norma del § 162 del Recessus Imperii Novissimus (J. Reichsabschieds).

(172) Così a tenore del § 21 della legge imperiale concernente il diritto di autore su opere letterarie dell'11 giugno 1870 «gli esemplari disponibili della ristampa ed i meccanismi destinati esclusivamente alla illecita riproduzione sono soggetti a confisca». La confisca non è una pena, poichè essa «ha luogo anche se l'organizzatore o l'autore della ristampa non ha agito nè dolosamente nè colposamente; essa segue anche contro gli eredi del medesimo». Parimenti deve seguire la distruzione dei marchi rispettivamente d'imballaggio o di merci secondo il § 17 della legge dell'impero su la protezione dei marchi del 30 novembre 1874. Cfr. anche §§ 40-42, 152, 295, 360 in fine, 367 in fine, 369 in fine, del Codice penale.

che per il caso della trasgressione d'una norma o sono dati ulteriori comandi oppure sono revocati comandi di già dati. Se tutte quante le conseguenze giuridiche hanno questo di comune, esse si distinguono però essenzialmente quanto allo scopo, che l'ordinamento giuridico ha in vista nel determinarle. Sotto quest'aspetto sono da separarsi l'una dall'altra due categorie, delle quali la seconda a sua volta si suddivide in due — se non in tre — sottodistinzioni. L'una categoria comprende tutte quante le conseguenze giuridiche, che sono connesse alla illiceità a scopo di punizione del trasgressore della norma. L'intenzione di infliggere un male al trasgressore a causa della trasgressione stessa caratterizza questo gruppo. Le conseguenze giuridiche della seconda categoria, al contrario, hanno la tendenza non già ad infliggere un nuovo male, bensì, in quanto sia possibile, a guarire un male esistente. Esse hanno per mira comune la compensazione (die Ausgleichung) del male prodotto con la trasgressione della norma. O col far sì che, se pure con ritardo, sia raggiunto lo scopo cui mirava l'imperativo non osservato — oppure in tal guisa, che colui che è stato leso dalla illiceità riceva in altro modo un indennizzo — o che, quanto meno, si prevenga in misura più efficace (*letter.: rafforzata: verstärkt*) una futura illiceità, e così sia tolta di mezzo od almeno diminuita l'apprensione di un rinnovato torto. La compensazione abbraccia per conseguenza (l') adempimento, (il) risarcimento e (la) garanzia.

p. 70

(173) O piuttosto la volontà di singoli, che secondo il volere della società deve valere come volontà di quest'ultima; cfr. nota 4.

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Una citazione di HEGEL*). L'A., senza approfondire la teoria hegeliana — come del resto avverte egli stesso, — si limita a mettere in rilievo l'espressione, che si legge nel Zusatz zu § 82 della *Filosofia del diritto*: « Das Recht an sich, der allgemeine Wille... » (HEGEL: *Grundlinien der Philos. des Rechts* hrsggb. von Georg Lasson; Leipzig, Meiner, 1911; *Zusätze aus Hegels Vorlesungen, zusammengestellt von Eduard Gans*, p. 307). Come si è osservato nell'*Introd.*, e come l'attento lettore potrà constatare, HEGEL è uno dei pochissimi filosofi, forse il solo, che THON mostra di conoscere direttamente. (a nota 1)

b) (*Ancova su la socialità del diritto*). Si avverta come l'A., sia nel testo, col parlare del diritto d'una società o, più esattamente, « d'una comunità » (einer Gemeinschaft), sia ancor più in questa nota, col sottolineare che soltanto per ragioni pratiche si limiterà a trattare in questo volume del diritto « della massima comunità giuridica, lo Stato » (der obersten Rechtsgemeinschaft, des Staats), venga a ribadire l'opinione, già espressa nella Prefazione e messa in luce anche in una di queste note, che il diritto non sia un fenomeno esclusivamente statale, ma, più generalmente, sociale, che, cioè, come suona il vecchio aforismo, preso ad insegna della tesi della c. d. socialità del diritto: ubi societas ibi ius. (a nota 3)

c) (*Avvertenza*). Una volta per tutte, è bene avvertire fin d'ora che sovente l'A. continua nelle note la costruzione del periodo incominciato nel testo. (a nota 4)

d) (*Fondamento consuetudinario della potestà degli organi legislativi*). Il lettore italiano non può a meno di notare che anche VITTORIO SCIALOJA, poco dopo il THON, cioè nel 1882, recensendo nell'« Archivio Giuridico » uno scritto giovanile di MAFFEO PANTALEONI, prendeva posizione contro l'opinione del MAINE su la precedenza delle θεμιστες di fronte alla stessa consuetudine, ed osservava come il potere di giudicare, spettante al re o ad un'altra qualunque autorità d'una società primitiva, presuppone nella società stessa l'esistenza d'un diritto pubblico, per embrionale che fosse, il quale diritto « ha certamente il carattere di diritto consuetudinario. La sentenza emanata dal re (continuava lo SCIALOJA) ha dunque il carattere di legge speciale, in forza appunto di tale diritto consuetudinario. Perciò non si può dire assolutamente che la sentenza preceda il diritto consuetudinario in genere » (« Saggio intorno ad una questione di diritto preistorico » di Maffeo Pantaleoni; ora in *Scritti giurid.* di V. SCIALOJA, Vol. III: Diritto privato, Prima parte; Roma, Anon. Rom. Editor., 1932; pp. 31-34; le parole cit. a p. 33). (a nota 4)

(a nota 6)

e) (*Legge naturale e legge giuridica*). Senza approfondire il valore gnoseologico della distinzione fra legge naturale e legge in senso giuridico, e senza nemmeno delibare il problema storico, quale dei due concetti si sia affermato per primo con netti caratteri, basti osservare qui che — anche se una corrente della moderna epistemologia inclina a mettere in dubbio, dopo le recenti scoperte della fisica, il carattere rigidamente deterministico di alcune, almeno, delle c. d. leggi naturali; — queste, designino una necessità od una semplice probabilità dell'accadere, hanno pur sempre un valore di rappresentazione economica dell'esperienza, laddove ogni norma giuridica ha scolpito in sé il carattere deontologico, tende, cioè, ad influire su la condotta umana, senza che il comportamento da essa prescritto ne possa trarre un carattere di necessità e nemmeno di probabilità nel senso statistico o fenomenologico.

a p. 2 testo
ted., 12 trad.

f) (*Illiceità*). Il testo dice: «Normwidrigkeit oder Unrecht». Ho creduto opportuno di tradurre il primo termine, anziché con una sola parola (si sarebbe potuto dire, p. es., antigiuridicità), con un'espressione più complessa, nella quale, però, ci fosse quell'esplicito accenno alla norma, che mi sembrava importante e più aderente al pensiero dell'Autore. Il termine: *Unrecht* poteva essere reso, letteralmente, col vocabolo: torto. Quello che qui ho adottato: illiceità, mi sembra di significato tecnicamente più preciso, e quindi più evidente per i giuristi.

(a nota 8)

g) (*Norme permissive: rinvio*). L'A. rimanda, per una (breve) discussione sul concetto di *permittere*, ch'è in contrasto con la sua rigida teoria imperativistica del diritto, al Cap. VII, § 9. Ed anch'io rinvio a più oltre per succinte osservazioni in argomento.

a p. 4 testo
ted., 14 trad.

h) (*Statuizione del diritto*). Sono stato molto in forse come tradurre: *Rechtsetzung*. Mi sono deciso per: statuizione del diritto. Se io non m'inganno, il pensiero dell'A. va inteso così: l'interesse della società determina il contenuto normativo dei suoi precetti giuridici, o, quanto meno (v. nota 14), lo dovrebbe determinare; cioè, anche se di fatto non sempre avviene così, sia in linea generale, sia, e più, come precetto politico, l'interesse della società ispira il legislatore nel determinare ciò ch'egli impone ai soggetti come precetto di diritto.

a p. 5 testo
ted., 14 trad.

i) (*Impulso di giustizia e diritto positivo*). Benchè l'A. — a differenza, p. es., dal suo contemporaneo IHERING, — abbia dato, fra i primi, una trattazione, nel suo complesso (come si vedrà), rigorosamente formale del diritto, vedasi com'egli fin dal principio sia costretto a fare appello a considerazioni, sociologiche se non filosofiche, sul sentimento, od impulso, di giustizia (*Gerechtigkeitstrieb*), per spiegare il carattere deontologico delle norme giuridiche, e la stessa funzione statuale dell'attuazione del diritto. Con ciò non si vuol dire che la teoria generale del diritto, intesa, sia in senso stretto, come una critica della conoscenza dogmatica del diritto positivo, sia in senso lato, come critica di tutta la conoscenza ed esperienza giuridica, debba prendere le mosse da una dottrina del sentimento morale di giustizia, o tanto meno accogliere l'opinione della necessaria concordanza fra l'espressione, pur mutevole, di tale sentimento, e gli istituti dell'ordinamento giuridico. Nè si vuol dire senz'altro che il THON professasse tale opinione. Si vuol dire, soltanto, che, per quanto sia formale il metodo che si voglia seguire nella costruzione d'una teoria generale del diritto, comunque intesa, non si può spiegare a

pieno il carattere ed il fondamento deontologico dei precetti di qualsivoglia ordinamento giuridico senza tener conto, quanto meno, del fenomeno psico-sociologico, che sta a base dell'azione legislativa e dell'obbedienza spontanea o coatta, dei soggetti alle norme giuridiche. E di quest'esigenza per la fondazione della teoria del diritto apparisce, appunto, consapevole il nostro Autore.

j) (*Precetto e sanzione*). Che alcuni precetti del diritto, sia nella forma positiva del comando (p. es., somministra gli alimenti a congiunti bisognosi), sia nella forma negativa del divieto (p. es., non rubare), abbiano un nucleo, ch'è anche morale, è difficile il contestare. Ma — ed in questo ha ragione il THON — quando l'ordinamento giuridico li ha fatti propri, sono indubbiamente norme anche giuridiche. Nè si può sostenere che giuridica sia soltanto la sanzione. Tale sanzione — come si propone appunto di dimostrare il nostro A., — non consiste, a sua volta, se non nell'entrare in vigore di nuovi imperativi, e nel venir meno di altri vigenti imperativi. Ed anche se, eventualmente, sanzione non vi sia, non per questo cessano di essere giuridici i precetti, che un ordinamento abbia imposti ai propri soggetti, non per questo ridivengono soltanto morali quelli, che l'ordinamento stesso possa avere mutuati da tale sistema di norme, che, come io credo, rimonta ad un altro criterio dell'operare. Perchè il diritto, come dice esplicitamente il THON (v. nota seguente), non riposa soltanto sopra l'efficacia delle sue sanzioni, ma altresì sopra l'efficienza che ha sui consociati la forza ideale delle proprie norme.

a p. 5 testo
ted., 15 trad.

k) (*La forza ideale delle norme giuridiche*). Vedasi quanto chiaramente e decisamente quest'energico, ma equilibrato fautore della c. d. teoria imperativistica del diritto, ch'è il THON, ricorra, per spiegare il fondamento dell'obbligatorietà di tutte quelle norme giuridiche che sono prive di sanzione, alla loro «forza ideale», cioè ad un'imperatività che non riposa sopra il sorgere di altri imperativi strettamente giuridici nel caso d'una loro trasgressione, bensì sopra l'unico fattore, psico-sociologico, della loro obbedienza spontanea da parte dei consociati, la cui sola coloritura giuridica (a dir così) si potrebbe ravvisare nel fatto che quelle norme sono fatte proprie dal diritto. Poche righe avanti il nostro A. aveva scritto, come il lettore rammenterà, che la stessa esistenza del diritto in generale (*überhaupt*) sarebbe messa in forse, qualora dal suo territorio si bandissero le norme (i precetti), per limitarlo alle sole sanzioni. Su quest'argomento cfr. anche il successivo scritto del THON: *Der Rechtsbegriff* (critica al I° vol. dello *Zweck im Recht* di IHERING, in «Grünhut's Zeitschrift», VII, 1880, spec. pp. 244-52 (e su tale scritto del THON v. l'*Introd.*).

a p. 6 testo
ted., 15 trad.

l) (*La buona fede nel diritto internazionale*). Per dimostrare la lebolezza (die Schwäche) del diritto internazionale, l'A. adopera un bisticcio, ch'è intraducibile alla lettera in italiano: egli dice che, in questo campo, «eine Nichtbefolgung des allgemeinen Willens ... weder so sicher noch so intensiv den allgemeinen Unwillen hervorruft». Ho sottolineato io le espressioni, che il THON adopera con evidente significato di contrapposizione fra il comune volere ed il comune — come dire letteralmente? — ... malvolere, che negli Stati dovrebbe sorgere, ed invece non sorge, quando uno dei consociati trasgredisce quel volere comune, di cui le norme vigenti in ogni consociazione si presume sieno l'espressione. Se il fine d'ogni ordinamento giuridico è la conser-

a p. 7 testo
ted., 16 trad.

vazione del suo ordine pubblico, — qualunque abbia ad esserne il contenuto, — il fondamento sul quale, in ultima analisi, riposa il diritto, ed in specie quello d'una consociazione, come la società internazionale, il quale diritto è, per sua natura, destituito di sanzioni propriamente giuridiche, non può essere che la buona fede dei soggetti dell'ordinamento stesso. La «buona fede», dico, intesa nella sua accezione che si potrebbe chiamare «attiva» (non è questa, evidentemente, la sola delle accezioni, in cui tale espressione è intesa nel diritto privato), cioè come volontà d'osservare i patti liberamente conclusi, e, più generalmente, di adempiere i propri impegni, di rispettare le norme che regolano la vita della consociazione, di concorrere al fine cui mira l'ordinamento giuridico della medesima.

a p. 8 testo
ted., 17 trad.

m) (*La celebre formula imperativistica del THON*). Le parole, che l'A. stesso, in via del tutto eccezionale, ha fatto stampare in neretto, costituiscono quella che si può dire la celebre formula, sovente citata, in cui è l'essenza della sua dottrina imperativistica del diritto: *das gesamte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex von Imperativen*. Ma — a prescindere da quant'altro dice il THON stesso a chiarimento della sua veduta, e da quanto di più importante, almeno a parer mio, via via sarà commentato in queste note — si vogliono qui sottolineare due cose.

La prima, che, anche a questo punto dove il THON intende evidentemente dare la massima accentuazione al suo imperativismo, egli, fedele alla dottrina della «socialità», già messa in luce, parla del diritto «d'una società» (anzi, letteralmente, d'una «comunità»), e non del solo diritto dello Stato.

Vuol essere, inoltre, rammentato che, per quanto il nostro A. sappia sempre dimostrarsi un logico giurista, egli aveva troppo buon senso per non intendere che l'obbligatorietà — starei quasi per dire, l'imperatività — degli stessi imperativi giuridici riposa in ultima istanza sopra fondamenti psico-sociali, il diritto essendo uno soltanto dei componenti o fattori (se pure il massimo, od il più caratteristico) del fenomeno sociale, la «forza specifica» della società, come diceva l'ARDIGÒ.

(a nota 28)

n) (*A proposito dei destinatari delle norme*). Il THON, in un suo famoso discorso accademico pronunciato sedici anni appresso (*Von dem Begriffe der Verursachung ecc.*; v. *Introd.*), pur professandosi ancora fedele alla concezione qui difesa a p. 10 del testo, relativa all'obbligo degli organi statuali di pronunciare la condanna (anche se questa debba rimanere ineseguibile), coglieva volentieri l'occasione per dichiarare che anch'egli ormai riteneva insostenibile «die viel angegriffene Aufstellung Anm. 26 a. E.» (v. scritto cit., nota 18; pp. 41-42). E, nel penultimo dei lavori che di lui si conosca (*Der Normenadressat*, «*Ihering's Jahrbücher*», vol. 50., 1906; v., ancora *Introd.*) ritornava su questo problema dei destinatari delle norme giuridiche. Che, qualche tempo addietro, è stato anche in Italia un problema di moda (cfr., p. es., G. BATTAGLINI: *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*; Roma, Loescher, 1910. G. BRUNETTI: *Norme e regole finali nel diritto*; Torino, U.T.E.T., 1913). Ho già avuto ripetute occasioni di esprimere, altrove, il mio avviso in proposito. Senza discutere il quesito, forse fin troppo dibattuto, basti osservare che se, a primo aspetto, può apparire innegabile, e fin troppo ovvio, che le stesse norme penali, per essere applicate, abbisognano del ministero dei giudici, così che può dirsi, in certo senso, ch'essi ne sieno i destina-

tari, d'altro lato, poichè i precetti nelle stesse contenuti — non uccidere, non rubare, ecc., — s'indirizzano a tutti i soggetti di diritto, e non ai giudici in quanto tali, questi, appunto perchè ministri legum, potranno dirsi, tutt'al più, destinatari impropri delle norme ch'essi sono tenuti ad applicare. Destinatari propri, se mai, i giudici, e gli altri organi dello Stato, e d'ogni altra comunità organizzata, potranno dirsi di quelle sole norme giuridiche, che fanno loro obbligo specifico di adempiere le funzioni del loro ufficio. Tali norme, interne, di organizzazione, non impongono, però, a cotesti loro destinatari se non quell'obbligo generale in bianco (*jene allgemeine Verpflichtung in blanco*), di cui parla il THON su la fine della nota 26.

o) (*Der Berechtigte*). Il termine: *berechtigt* letteralmente significa: autorizzato. Nel testo si dice che il soggetto autorizzato dal diritto ad agire lo potrà fare quando, appunto, vengano meno gl'imperativi che prima glielo vietavano, potrà, cioè, mettere in moto quei nuovi imperativi, che impongono agli organi statuali quell'obbligo (cui si accennava anche nella nota precedente) di prestargli aiuto contro la violazione del diritto (obiettivo) e quindi anche del suo diritto. Col tradurre *der Berechtigte* con: interessato, si accentua piuttosto l'accezione economica che non quella giuridica del vocabolo. Ma, a parer mio, il senso rimane il medesimo.

a p. 11 testo
ted., 20 trad.

p) (*Negozio giuridico*). Con un bisticcio, mal traducibile in italiano, l'A. parla del *negozio giuridico* (*Rechtsgeschäft*) come d'un *negozio del diritto* (*als Geschäft des Rechtes*), cioè come di affare, faccenda, ch'è tutta propria dell'ordinamento giuridico. È questo, infatti, il quale, alla dichiarazione di volontà, che, come tale, mira a fini pratici, attribuisce determinati effetti giuridici, od eventualmente le impedisce di raggiungerli. Se non che, in tale ultimo caso, come osserva giustamente il THON, quella dichiarazione di volontà, — da cui, o meglio dalle cui conseguenze, l'ordinamento giuridico si difende, direttamente, con un «tu non puoi», — non dovrà più considerarsi come un vero e proprio negozio giuridico. Ma su ciò si ritornerà nel Cap. VII.

a p. 13 testo
ted., 20 trad.

q) (*Licere e posse, loro possibili interferenze: rinvio*). Anche su tale argomento, cioè su quelle che io chiamo le possibili interferenze fra *licere* e *posse*, — vale a dire su quell'interessante fenomeno giuridico che si presenta quando una dichiarazione di volontà è considerata dal diritto produttiva di normali conseguenze giuridiche, anche se il contegno di chi l'ha posta in essere fosse illecito e, come tale, colpito da sanzione, — ritorneremo più avanti.

a p. 14 testo
ted., 22 trad.

r) (*Società e ordinamento giuridico*). A p. 14, all'inizio del § 5, l'A., dopo aver parlato dell'ordinamento giuridico (*die Rechtsordnung*), che, pur rendendo impossibile l'avverarsi di certi fenomeni giuridici, non può, invece, evitare certi mutamenti di fatto, e, p. es., può vietare l'omicidio, ma non impedire ch'esso avvenga, passa a parlare della società (*die Gemeinschaft*), la quale non si accontenta di emanare norme, e di aspettare, per reagire, ch'esse sieno trasgredite, ma cerca, potendolo, di prevenire la trasgressione. Al principio della p. 15, l'A., quando parla dell'opporsi direttamente all'azione illecita, dei doveri imposti agli organi statuali, adopera, come soggetto, il pronome *sie*, il quale conviene tanto a «*Gemeinschaft*» (società), quanto a «*Rechtsordnung*» (ordinamento giuridico),

a p. 15 testo
ted., 22 trad.

termine che in tedesco è femminile. Secondo il senso starebbe forse meglio riferire a quest'ultimo, all'ordinamento giuridico, le dette attività. Ma, secondo la costruzione del periodo, pare più logico che il pronome *si* e *si* riferisca all'ultimo sostantivo femminile adoperato dal THON, cioè a « *Gemeinschaft* », società. Del resto, — in specie per chi adotti, come lo stesso THON, la veduta della socialità del diritto, — le due espressioni si possono considerare quasi come sinonime, ancorchè quella di « *ordinamento giuridico* », per il suo significato tecnicamente più preciso, faccia un richiamo più diretto all'organizzazione dei mezzi apprestati dal diritto per la prevenzione e la repressione dell'illecito.

a p. 16 testo
ted., 23 trad.

s) (*Avvertenza*). Nel testo, per un'omissione tipografica, manca il richiamo della nota 43. Ma io credo che tale richiamo vada fatto precisamente a questo punto.

a p. 16 testo
ted., 23 trad.

t) (*Consenso dell'offeso*). Con le sue brevi osservazioni il THON fa allusione ad un problema, che la successiva teoria del diritto, in specie quella penalistica, ha approfondito. Ved. per tutti, nella nostra letteratura giuridica, il cospicuo vol. di F. GRISPIGNI: *Il consenso dell'offeso*; Roma, Athenaeum, 1924.

a p. 17 testo
ted. 24 trad.

u) (*Tutela del possesso*). Se non mi fossi imposto la massima sobrietà in queste note, per non aggravare di troppo la mole del volume, a questo punto avrei ceduto alla tentazione di dilungarmi su l'attraente argomento della tutela del possesso e del suo fondamento. Nessun dubbio che, come diceva sovente VITTORIO SCIALOJA, anche il ladro va difeso in possessorio. Il che pone, appunto, interessanti problemi relativi, sia al carattere tecnico che ha il diritto, sia al fine specifico che si propone ogni ordinamento giuridico, considerato anche sotto l'aspetto meramente fenomenologico e statico. Senza potermi diffondere a dimostrare le ragioni di ciò che io ardisco asserire, pare a me che la tutela, se pur provvisoria, del possesso qualunque esso sia, costituisca una prova assai persuasiva della tesi ch'io difendo, essere l'ordine pubblico tale fine specifica di ogni ordinamento giuridico, considerato nell'anzidetta accezione.

a p. 18 testo
ted., 24 trad.

v) (*Legittima difesa e diritto*). Che la legittima difesa non costituisca un diritto soggettivo propriamente detto, cioè un fascio od insieme di facoltà attribuite ad un soggetto, alle quali corrispondano prestazioni complementari in altri soggetti, è, secondo il mio parere, efficacemente dimostrato dai pur sobri argomenti logici e storici addotti dal THON. Ai quali si potrebbe aggiungere, soltanto, che la legittima difesa non è, appunto, se non una scriminante di tale atto, puntualmente considerato, che di per sè sarebbe illecito perchè lesivo di altrui interessi normalmente protetti dal diritto, ma che invece è purificato, a dir così, di questa sua qualifica giuridica per le circostanze nelle quali è stato compiuto. Nel caso della legittima difesa si ha, se io non erro, un'evidente conferma della teoria del THON, del venir meno d'un imperativo giuridico, e della sua conseguente tutela, in quelle particolari circostanze.

a p. 20 testo
ted., 27 trad.

w) (*Illiceità ed immoralità*). Il severo teorico generale del diritto, ch'è il THON, ha ragione di distinguere il criterio giuridico dal criterio morale, con tutte le conseguenze che da tale distinzione derivano, sia nell'ordine logico, sia, e più, nell'ordine pratico. Ma — come risulta evidente proprio da questo paragrafo, oltre che da molti altri punti della trattazione, — l'A., come s'è già avuto occa-

sione di notare, ha troppo buon senso per non scorgere la limitazione dell'angolo visuale strettamente giuridico, per non comprendere, e far comprendere al lettore, che la considerazione etica, politica, sociologica, almen dei massimi problemi del diritto, è complementare, e non antitetica, alla considerazione tecnicamente giuridica dei medesimi.

x) (*Senso di legalità e senso di giustizia*). Tutto quanto il THON osserva in questo paragrafo conferma quello che si è voluto mettere in rilievo anche nella nota precedente: e cioè com'egli, appunto perchè sa tener distinto il criterio rigorosamente giuridico da quello morale, sappia poi anche vedere, con limpido occhio, come altro sia il senso di legalità ed altro il senso di giustizia. Il giudice non può non applicare la legge; i consociati, eccezione fatta per i momenti, appunto, eccezionali cioè rivoluzionari, non possono non inchinarsi di fronte alla maestà della legge, la cui osservanza è condizione indispensabile per la conservazione di quell'ordine pubblico, ch'è, come si diceva anche dianzi, il fine specifico d'ogni ordinamento giuridico. Ma questo non significa affatto confondere ciò ch'è conforme alla legge con ciò ch'è conforme alla giustizia. Senso di legalità e senso di giustizia, o, come pure si potrebbero chiamare con proprietà di linguaggio, senso giuridico (strettamente inteso) e senso morale, confusi agli albori della vita individuale e sociale in un comune indistinto, si vanno via via sviluppando da tale comune indistinto, rappresentato dal costume, con caratteri, se non opposti, diversi. Il senso giuridico, pur racchiudendo una valutazione, e quindi, per definizione, un giudizio deontologico dei fatti ed atti umani, ha una positiva pietra di paragone a cui saggiarli: la legge vigente. Il senso di giustizia valuta, invece, tutti i fatti umani, e, fra essi, le stesse leggi vigenti, alla stregua d'un ideale, la cui intima sorgente non può essere che fideistica.

a p. 24 testo
ted., 30 trad.

y) (*Il fondamento della pena*). Come dice giustamente il nostro A., tale problema non può essere risolto in breve spazio. Ma badiasi che non si tratta del problema del fondamento strettamente giuridico della pena. Bensì, di quello del suo fondamento etico. Problema filosofico; anzi — se è vero che l'etica a sua volta non può non poggiare sopra una base fideistica, — problema propriamente metafisico, connesso con quello del male in genere, perchè vuol trovare la giustificazione dello specifico male ch'è la pena, col quale si reagisce al male del delitto. Se, per giustificare il magistero penale, si trascenda la sfera meramente sociologica, non si può, infatti, non sfociare addirittura nella teodicea.

a p. 25 testo
ted., 30 trad.

z) (*Coscienza e criterio morale*). Non si creda che il THON, col fare della coscienza del singolo il supremo giudice della moralità della propria condotta, cada nell'estremo individualismo scettico. Egli non fa che considerare il problema dal punto di vista della psicologia. Sotto tale aspetto egli constata — ed io sono d'accordo con lui, — che, qualunque sia la fonte delle idealità morali, la coscienza d'ogni uomo giudica, alla stregua di esse, della propria condotta. Per ciò, anche da questo aspetto oltre che per altri più delicati argomenti, il giudizio morale può dirsi, secondo l'etimologia stessa del termine, un giudizio autonomo (o, più esattamente, una valutazione autonomotetica).

a p. 28 testo
ted., 33 trad.

aa) (*Infamia immediata ed excommunicatio latae sententiae*). Il BONFANTE (*Istituzioni di Dir. Romano*, 9° ed.; Milano, Vallardi, 1932; § 17, p. 60) scrive:

a p. 31 testo
ted., 35 trad.

«I commentatori usano chiamare infamia immediata quella che deriva da un fatto non altrimenti punito, mediata quella stabilita da una condanna». Quanto all' *excommunicatio latae sententiae* ved. ora, p. es. il can. 2343, § 1, del Cod. Iur. Can., che dice « Qui violentam manus in personam Romanam Pontificis iniecerit: — 1° Excommunicationem contrahit latae sententiae Sedi Apostolicae specialissimo modo reservatam; et est ipso facto vitandus; — 2° Est ipso iure infamis; — 3° Clericus est degradandus ».

a p. 39 testo
ted., 41 trad.

bb (*Ragion fittasi, difesa privata, pene private*). Su questi argomenti, in particolare sui primi due, è da vedersi la nota ω di FADDA e BEnSA al § 123 del *Dir. delle Pandette* del WINDSCHEID (ora Vol. IV; Torino, U.T.E.T., 1926; pp. 703-6). Superfluo proprio l'osservarlo: al modesto traduttore di questo libro non poteva mai nemmeno passare per il capo il troppo ambizioso proposito di emulare quegli insigni Maestri, i quali, nell'annotare il WINDSCHEID, ne hanno pressochè raddoppiato la mole, scrivendo su molti punti vere monografie.

Nel sobrio commento, che qui si va facendo via via ad alcuni punti dell'opera del THON, — senza pretendere neppure d'aggiornarla con un apparato bibliografico, che dovrebbe essere troppo ampio, o con raffronti tra le disposizioni di legge citate dall'A. e quelle ora vigenti in Germania od in Italia, — si vuole soltanto accentuare quello che, secondo il sommesso avviso del traduttore, può presentare un'importanza particolare, e specialmente attuale, per la teoria generale del diritto.

A proposito dell'argomento trattato nel precedente ed in questo paragrafo, ci si accontenta di osservare come il THON, preoccupato di studiare il problema generale, cui è dedicato questo suo I Capitolo, della norma giuridica e delle conseguenze giuridiche della sua trasgressione, cerchi di mettere in luce il fondamento comune delle varie sanzioni dell'illecito: pena propriamente detta, pena privata, decadenza. Quanto al quesito, affrontato in questo paragrafo, esso, evidentemente, aveva una grande importanza pratica in Germania nel momento in cui il THON scriveva; la sua portata, per quanto riguarda la teoria generale del diritto, si limita ai due, se pur notevoli, aspetti, sotto i quali il quesito stesso può essere considerato in via, appunto, generale: le relazioni fra il diritto d'uno Stato federale ed il diritto obbiettivo precedentemente in vigore nei singoli Stati federati; la persistenza di pene private per tutte quelle illecità, che non abbiano acquistato un rilievo tale da giustificare particolari sanzioni di diritto penale. Su la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, fondata appunto su le relative sanzioni, v. infra, Cap. III, spec. § 5.

a p. 42 testo
ted., 44 trad.

cc (*Il valore del diritto*). Che il valore del diritto consista soltanto nel ridurre a ragione chi fosse recalcitrante ai suoi precetti, cioè nel poter raggiungere eventualmente con la forza quanto non si fosse potuto ottenere per la semplice coazione psicologica delle sue norme sopra il volere dei soggetti, sarebbe opinione, anche a parer mio, esagerata, e certamente contraria a quella sostenuta dal nostro A. (v. retro nel testo, ed anche la mia nota *k*). L'efficienza del diritto non si affida esclusivamente alle sue sanzioni, le quali, come pure si è veduto, non accompagnano ogni suo precetto, e ad un certo punto necessariamente si arrestano. Ogni ordinamento giuridico, per sussistere, ha bisogno di poter contare, nella maggioranza dei casi, sopra l'obbedienza spontanea (sia poi, o non sia anche volonterosa) dei soggetti. Ciò non toglie, però, che uno dei caratteri i quali differenziano,

se non tutte, la gran massa delle norme giuridiche da quelle morali, è da ravvisarsi nel fatto che le prime, anche quando non sieno obbedite dai soggetti, mirano a raggiungere anche contro il volere degli stessi l'effetto desiderato. Ed apparisce assai verisimile che l'esperienza di quella, che il THON qui chiama la «coazione all'adempimento», fissandosi ereditariamente nella coscienza sociale, diventi uno dei coefficienti psicologici più importanti della spontanea obbedienza, nella grande maggioranza dei casi (e dei soggetti), agli imperativi giuridici.

dd (*Il concetto di comportamento*). Apparisce assai persuasivo, a mio parere, ciò che il THON scrive circa la distinzione, logicamente necessaria, tra qualifica giuridica ed aspetto economico d'un fatto, e delle sue conseguenze. Quanto alla contrapposizione tra azione ed omissione del soggetto di diritto, comandata dagli imperativi giuridici, basti notare qui che, se la stessa può avere importanza in taluni rami del diritto, — p. es. nel diritto penale, dove, appunto, la questione è particolarmente discussa (v., p. es., E. MASSARI: *Il momento esecutivo del reato*; Pisa, Mariotti, 1923; spec. num. 15 e segg.), — c'è un concetto unitario, quello di «comportamento», ch'è atto a comprendere ogni specie di attività e di omissioni, cioè quella totalità della condotta soggettiva, suscettibile d'ogni valutazione che si possa esercitare su di essa, quindi anche di quella giuridica.

(a nota 101)

ee (*Il diritto ed il fatto*). Poichè quod factum est infectum fieri nequit, neppure il diritto può considerare come non avvenuto ciò ch'è avvenuto (se non, in certi casi, fittiziamente, cioè appunto con le c. d. *fictiones iuris*: si pensi, p. es., alla *fictio legis Corneliae*). Come l'A. dice poche righe appresso, con ovvio buon senso, quello che, però, non si potrà mai ottenere sarà, quanto meno, la tempestività (*Rechtzeitigkeit*) dell'adempimento d'un comando trasgredito. La forza del diritto, quando agisce direttamente sui consociati come movente che li induca ad obbedire ai propri precetti, non può dirsi giuridica se non formalmente. Perché a ben guardare si vede che, o si osserva un precetto giuridico perchè il suo nodciolo, a dir così, è anche etico, oppure perchè la conservazione del diritto apparisca un bene degno d'essere servito anche a costo di qualsiasi sacrificio personale (si pensi a Socrate, il quale preferì morire obbedendo alle leggi della patria anzichè salvarsi col trasgredirle): ed in entrambi tali casi il movente dell'osservanza del diritto dovrà dirsi propriamente etico. Oppure si osservano i precetti del diritto per evitarne le sanzioni, ed in tale caso il movente dovrà chiamarsi meramente economico. In genere, si può dire che il diritto conta sopra una combinazione di tali motivi per l'obbedienza ai propri precetti. Che se questi sieno trasgrediti, la forza del diritto si manifesta, bensì, nel suo aspetto specifico; ma, per la sua intrinseca natura ch'è (direbbe il nostro A.) esclusivamente imperativistica, non può cancellare dalla fenomenologia dell'accaduto ciò che, nella realtà, si è prodotto contro il suo, disobbedito, volere; non può se non provvedere, con nuovi precetti, a riparare lo strappo avvenuto, a dir così, nella maglia dei suoi imperativi, — e, quando non riesca più ad ottenere l'adempimento se pur tardivo dell'obbligo, il ripristino della situazione illecitamente mutata, non ha a sua disposizione se non quei mezzi di punizione del soggetto colpevole, e, o, di risarcimento del soggetto leso nei suoi beni giuridicamente protetti, che il THON in questo Capitolo analizza.

a p. 50 testo
ted., 51 trad.

a p. 52 testo
ted., 52 trad.

ff) (*Concetto economico-giuridico di risarcimento*). Per ben comprendere quanto il THON dice qui, ed anche nel successivo paragrafo, bisogna tener sempre presente la sua veduta fondamentale su la natura del diritto: l'intero diritto non è che un complesso d'imperativi. L'avvenuta illiceità (trasgressione di precetti, che potremo chiamare primari) non può se non provocare il destarsi d'altri imperativi. Alcuni dei quali non hanno per iscopo se non quello di procurare al soggetto leso dalla trasgressione della norma una soddisfazione in altra forma (eine Befriedigung in anderer Gestalt). Tale soddisfazione è rappresentata, appunto, dal risarcimento (Ersatz). Col quale termine (e coi suoi sinonimi: p. es., indennizzo, Entschädigung) si allude al contenuto, sia economico, sia giuridico, del concetto da esso designato. Economicamente, infatti, il risarcimento non rappresenta se non un surrogato (si noti che l'espressione tedesca *Ersatz* ha anche questo preciso significato economico) del bene, o della quantità di bene, che la illiceità ha leso; giuridicamente, il risarcimento non è, appunto, che il mezzo apprestato dall'ordinamento giuridico per indennizzare il soggetto leso, cioè per riparare il danno a lui recato dalla trasgressione della norma.

a p. 53 testo
ted., 53 trad.

gg) (*Concetto di bene giuridico*). Alle concise osservazioni del THON, alle quali si richiama questa nota, si può aggiungere che ciò ch'è precisamente oggetto della tutela del diritto, e dei diritti soggettivi, o per meglio dire dei rapporti giuridici, in quanto punto d'incrocio delle pretese e delle complementari prestazioni, è sempre un bene, meglio che una cosa. La cosa può essere il substrato materiale di certi rapporti e diritti; può essere, anzi, ad un tempo il substrato od oggetto materiale di svariati diritti di contenuto diverso: p. es., di proprietà (nuda), di usufrutto, di servitù. Ma oggetto in senso proprio d'un diritto, soggettivamente inteso, — e quindi anche della tutela giuridica che lo garantisce, e del rapporto, sul quale la garanzia specificamente si esercita con l'imporre un comportamento complementare ad altri soggetti, — è sempre il termine d'un'utilità che il soggetto può trarre, sia da energie proprie od altrui, sia da quelle porzioni di materia, che, senza che questa si distrugga, possono cambiare, come dice il THON, apparenza sensibile. Oggetto del diritto, dunque, è un bene, col quale termine e concetto si vuol fare allusione al punto di vista giuridico, che, come del resto quello economico, considera la realtà, anche la realtà materiale, in relazione coi bisogni dei soggetti; i quali, economicamente, se ne servono a soddisfazione dei loro bisogni, e, giuridicamente, sono tutelati nelle loro legittime attività dirette a tale scopo.

a p. 54 testo
ted., 54 trad.

hh) (*Contratto di assicurazione*). Se io non comprendo male il pensiero del THON, il quale a questo punto si esprime, per verità, in maniera alquanto involuta, a me sembra che qui egli voglia fare allusione al contenuto specifico dei contratti d'assicurazione. I quali, secondo l'intenzione delle parti (di regola, un privato, ed una società o, come anche dicesi, compagnia, che esercita tale industria), mirano, appunto, a tenere indenne l'assicurato, in corrispettivo d'un premio annuo a suo carico, di danni che gli possano provenire da fenomeni naturali (come la caduta della grandine, una inondazione, un incendio da fulmine), da fatti di terzi (furto), e perfino da fatti propri (danni che l'assicurato debba risarcire ad altri per effetto di responsabilità civile: p. es., un automobilista, un proprietario d'immobili che rovinino, o di bestie). In tutti questi casi, dice il THON, il rifacimento del danno costituisce l'oggetto stesso del contratto. È, dunque, la volontà negoziale, che si

propone questo specifico scopo. La volontà dell'ordinamento giuridico, espressa nel diritto obbiettivo, una sola cosa impone in questi, come in tutti gli altri negozi: e cioè, che sia adempiuta la promessa validamente fatta. È evidente che il caso è diverso, come avverte il THON, quando l'ordinamento giuridico impone esso direttamente ad un soggetto l'obbligo di risarcire un altro del danno che questi abbia subito. Qui non è più la volontà negoziale, che faccia oggetto d'una particolare industria, quella assicurativa, il tenere indenne un soggetto (il quale paga a questo scopo una determinata somma) dei danni che in svariati campi egli possa subire. È, invece, la volontà stessa dell'ordinamento giuridico, cioè della legge, che sposta da un patrimonio ad un altro, da un soggetto ad un altro, il sacrificio proveniente da un determinato evento, non sempre colpevolmente prodotto.

ii) (*Chiarimento*). Anche qui lo stile del nostro A. è piuttosto involuto. Se bene intendo il suo pensiero, egli vuol dire che l'ordinamento giuridico, il quale offre una tutela, per principio imparziale, a tutti i suoi soggetti, prima di aggiungere al male dell'avvenuta trasgressione d'una norma il male ch'è la pena, prima di spostare da un soggetto all'altro il sacrificio d'un danno subito, si assicura della colpevolezza dell'autore del danno prodotto. La reazione morale contro tale colpevolezza, ch'è in ragione diretta della sua gravità, costituisce la giustificazione comune della pena e del risarcimento. I quali istituti giuridici trovano, tuttavia, la loro essenziale differenziazione in ciò: che il precetto che commina la pena ha per suo motivo determinante quello di far subire al colpevole un male per il male da lui fatto; quello che impone il risarcimento ha, invece, per motivo determinante lo spostare il male prodotto da colui che l'ha subito a colui che l'ha prodotto, e la disapprovazione dell'azione di quest'ultimo è soltanto la ragione perchè la tutela degl'interessi del danneggiato prevalga su quella del danneggiatore.

a p. 66 testo
ted., 63 trad.

II.

Torto incolpevole (a).

SOMMARIO: 1. Stato attuale della questione. - 2. Le conseguenze giuridiche della trasgressione di una norma in parte susseguono ad un torto incolpevole, in parte no, — secondo i fini, ai quali l'ordinamento giuridico mira per mezzo di esse. - 3. Ogni punizione presuppone una colpa ed una responsabilità del trasgressore della norma. Dolus e culpa. - 4. La nullità di negozii giuridici riprovati non ha un eguale presupposto. - 5. Altrettanto poco (*abbisogna di tale presupposto*) il permesso d'impedire un'illiceità. - 6. Critica della teoria di MERKEL e di BINDING, che le norme non hanno per destinatari gl'irresponsabili. - 7. Coazione all'adempimento contro irresponsabili. Il suo scopo finale non è rivolto a piegare il volere. - 8. Nè ha a suo presupposto una colpa dell'obbligato. - 9. Prova fontale. - 10. Coazione all'adempimento rispetto a norme, emanate a scopo di risarcimento o garanzia.

1. (*Stato attuale della questione*). — Nel primo Capitolo si è cercato di distinguere le possibili conseguenze giuridiche di un'illiceità a seconda degli scopi, che l'ordinamento giuridico persegue nel determinare le stesse. È rimasta però ancora indiscussa la questione se, per l'entrata in vigore delle conseguenze giuridiche connesse ad un'illiceità, sia sufficiente che un contegno umano si manifesti obbiettivamente antiggiuridico (*objectiv normwidrig*), o se non sia forse da richiedersi inoltre, che il contegno antiggiuridico possa essere imputato a colpa dell'autore, — in altre parole, se accanto al torto colpevole ci sia un altro torto, si designi poi quest'ultimo come il (*torto*) «ingenuo» (das «unbefangene») (b) (1) o come il (*torto*) «oggettivo» (2) «non voluto» (3)

p. 71

(1) HEGEL, *Filosofia del diritto* (Philosophie des Rechts), § 84.

(2) IHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano* (das Schuldmoment im römischen Privatrecht) (1867), pp. 5 ss.

(3) TRENDELENBURG, *Diritto naturale* (Naturrecht), II ed. (1868), p. 121.

p. 72 o «senza colpa» (4). Tale questione attualmente può considerarsi come non ancora chiusa. Il trattarne sembra tanto più necessario in quanto le considerazioni, in sostanza giuste, svolte già da un decennio da NEUNER (5), se non sono rimaste inosservate, pure hanno trovato poco seguito almeno da parte dei criminalisti (6).

Fino dall'anno seguente, infatti, contro NEUNER scese in lizza MERKEL (7), sostenendo il principio che ogni torto, a rigor di concetto, contenga in sé una colpa. Torto sarebbe la violazione dei comandi e divieti del diritto. Ma questi imperativi sarebbero rivolti alla volontà di uomini responsabili e quindi potrebbero essere offesi soltanto in forza del loro volere. Ciò che non potesse essere attribuito «al volere intelligibile» dell'uomo, sarebbe un evento di natura; l'individuo da colpirsi apparirebbe qui non come un essere pensante e volente, conscio della propria responsabilità (sich verantwortlich wissendes), bensì unicamente come un esponente (Repräsentant) di una somma di forze naturali. Chi, a causa della lesione di beni posti sotto una garanzia giuridica, volesse agire giuridicamente contro individui inimputabili, dovrebbe conseguentemente farlo anche contro bestie, e perfino contro cose inanimate. Le azioni di esseri che hanno perduto la ragione (vernunftbe-raubter Wesen) sarebbero in tutto pari a quelle di esseri che ne sono (naturalmente) privi (vernunftloser Wesen) (8).

p. 73 Alle vedute di MERKEL si oppose immediatamente IHERING (9), in

(4) HAELSCHNER, *La teoria del torto e le sue diverse forme* (die Lehre vom Unrecht und seine verschiedenen Formen); *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), XXI (1869), p. 24.

(5) NEUNER, *Essenza e specie dei rapporti di diritto privato* (Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse), (1868), p. 176 e specialmente pp. 207 e ss.

(6) Concorda tuttavia con NEUNER il v. BAR, *I fondamenti del diritto penale* (die Grundlagen des Strafrechts), (1869), § 9, pp. 32 ss.

(7) MERKEL, *Dissertazioni criminalistiche* (Kriminalistische Abhandlungen), (1867), pp. 43, 46, 47, 51.

(8) MERKEL deve giungere a questi principii a causa di ciò, che per lui tanto il torto quanto ogni conseguenza giuridica dello stesso costituiscono un concetto unitario. Pena e risarcimento secondo la sua veduta perseguono un solo e medesimo scopo: quello di togliere il dissidio fra la volontà singola dell'offensore e la volontà collettiva; però alla coazione penale a tal riguardo spetterebbe per sua natura solo un posto sussidiario di fronte alla coazione al risarcimento; pp. 57, 63. Questa deduzione, a prescindere da altre ragioni, naufraga contro questo (scoglio), che sovente entrambe le conseguenze giuridiche sono connesse ad una sola, medesima illiceità.

(9) IHERING, op. cit., pp. 5, 6.

quanto egli persiste nell'opinione della possibilità d'un torto oggettivo cioè incolpevole — d'un torto, il quale dunque escluda «il momento della colpeabilità, ma non quello del volere umano». Quest'ultimo momento distinguerebbe l'agire umano anche incolpevole dall'operare della forza di natura. Contro un torto oggettivo ci sarebbe un rimedio giuridico, contro la forza di natura no.

In ciò concorda essenzialmente anche HAELSCHNER (10). Poichè, sebbene rifiuti il torto oggettivo, egli intende con ciò, scostandosi da IHERING, il (torto) involontario. Un (torto) siffatto non potrebbe obbligare né ad una pena né ad un risarcimento. Anche la coazione al risarcimento — con la quale espressione HAELSCHNER comprende tutto ciò, che io ho designato come compensazione (Ausgleichung) (11) — si dirigerebbe «come la pena... contro il volere» ed avrebbe per iscopo «di cancellare l'opposizione fra il volere particolare ed il diritto in sé e di ripristinare il normale rapporto tra i due». Ma un uomo potrebbe trovarsi nel torto anche senza colpa. E cioè quando un soggetto responsabile per un errore scusabile voglia oggettivamente cose illecite. Ma questo illecito avrebbe bisogno «per essere tolto di mezzo, di non altro, se non del chiarimento e della rimozione dell'errore dal quale esso ebbe origine» (12). A questo servirebbe il giudizio del tribunale. Anche se tale scopo non si raggiungesse, per tal guisa tuttavia il torto fino allora incolpevole si muterebbe in (torto) colpevole e sarebbe ormai giustificata e resa necessaria una coazione al risarcimento.

Si cerca di dare una soluzione alla nostra questione anche nello scritto di HEYSSLER (13). Malgrado singole osservazioni fini e calzanti (14), l'autore non giunge tuttavia a nessun risultato soddisfacente. La ragione sta specialmente in ciò, che HEYSSLER in ogni illiceità colpevole vede non soltanto un'azione suscettibile di pena (straf-fähige That) — ciò che sarebbe giusto con la limitazione precedente-

(10) HAELSCHNER, op. cit., pp. 20, 21 ss. Il principio dello scopo della coazione al risarcimento è abbandonato recentemente nel saggio cit. alla nota 12, pp. 406, 407. Cfr. sotto, nota 51.

(11) Ivi, p. 26.

(12) HAELSCHNER, *Ancora il torto e le sue diverse forme* (Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen), *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), XXVIII (1876), p. 404.

(13) HEYSSLER, *Il torto civile e le sue forme* (das Civilunrecht und seine Formen), (1870), pp. 12, 20, 21.

(14) Fra queste annovererei in specie parecchio di ciò che si legge nelle note a p. 18 N. 10, p. 25 N. 12, p. 55 N. 27.

mente fissata, — bensì tosto anche un delitto, cioè, secondo la sua stessa determinazione, un «torto punibile» (ein «strafbares Unrecht»). E se ne deduce, che «dove e quando il torto semplicemente imputato a colpa, vien ricondotto al volere come a sua causa libera e quindi responsabile, ... non più di torto civile, bensì di delitto» si debba parlare. È vero che HEYSSLER non si può nascondere il fatto che vi è anche un torto civile colposo, il quale non «si trasforma in delitto». Per far fronte all'obiezione che di qua deriverebbe, il medesimo giunge così all'assioma veramente mostruoso di un «torto affetto da colpa, ma tuttavia da una colpa di cui non si è responsabili». E di qui risulta «una distinzione, entro al concetto di torto civile, in torto civile c o l p e v o l e ed i n c o l p e v o l e».

Contro IHERING, HAELSCHNER e HEYSSLER, BINDING nella sua opera sovente citata (15) sta attaccato con la massima energia al principio: «ogni torto è un'illeceità colpevole». Un torto incolpevole non vi sarebbe; ciò che si chiamerebbe il torto oggettivo, sarebbe un mero caso. p. 75 Un'unica differenza vi sarebbe fra il manifestarsi della forza di natura ed il caso dell'azione umana incolpevole: (laddove) la forza naturale non potrebbe mai, l'uomo invece ben potrebbe cadere (poi) in c o l p a di fronte alla precedente lesione oggettiva di diritto. La colpa, però, non nascerebbe ancora pel fatto della domanda da parte dell'offeso; nemmeno l'inizio del procedimento porrebbe necessariamente in colpa il convenuto fino allora incolpevole. Ma fino a quando quest'ultima cosa non si verificasse, non vi sarebbe nemmeno un dovere giuridico. Un dovere giuridico solo allora sorgerebbe, quando il trasgressore del diritto (da trasgressore) per caso si trasformasse in trasgressore colpevole. Solo a chi fosse tale la sentenza imporrebbe l'obbligo della restituzione. La sentenza civile di condanna solo in un caso simile costituirebbe il fondamento dell'obbligazione ed in pari tempo trarrebbe da quest'atto la conseguenza a carico del condannato.

Le vedute di MERKEL e di HEYSSLER differiscono dunque il più possibile l'una dall'altra. Esse rappresentano i due poli, fra i quali si muovono le opinioni di IHERING, HAELSCHNER e BINDING. Io non ravviserei, invece, un'importante differenza pratica fra le posizioni di queste ultime dottrine. Tutt'e tre ammettono un rimedio giuridico solo contro il capace di volere (16), ma, sotto questo presupposto, (lo ammet-

(15) BINDING, *Le norme* (die Normen), I (1872), pp. 135-141.

(16) Io prescindo qui dal fatto che HAELSCHNER veramente ammette azioni civili anche contro irresponsabili; questo, infatti, deriva solo da ciò che i loro cura-

tono) anche contro l'autore incolpevole d'una situazione oggettivamente antiggiuridica. Tuttavia, laddove IHERING in tal caso già prima del giudizio parla di un «torto oggettivo», HAELSCHNER trova che è più giusto parlare di un «torto incolpevole». E BINDING protesta contro ogni ammissione d'un torto da parte dell'incolpevole, ma ammette tuttavia azioni civili contro di lui, in sèguito alle quali può scaturire dal giudizio una colpa e quindi un torto ed un'obbligazione.

p. 76

2. (Le conseguenze giuridiche della trasgressione di una norma in parte susseguono ad un torto incolpevole, in parte no — secondo i fini ai quali l'ordinamento giuridico mira per mezzo di esse). — Già da questa breve scorsa risulta chiaro che è imbarazzante prendere le mosse dal concetto di torto. Per quanto dall'una parte (17) si insista (nel dire) che il concetto sarebbe assolutamente neutro e, prescindendo dalla colpevolezza od incolpevolezza dell'autore, potrebbe designare unicamente il contegno oggettivamente antiggiuridico, altrettanto è sicuro, tuttavia, che in un altro e più usuale significato il termine «torto», come la romana «iniuria» (18), al medesimo tempo racchiude in sè il concetto di colpevolezza; così che per lo meno non è opportuno appoggiarsi su questa equivoca parola. Sembra, piuttosto, meglio atto allo scopo il ricercare se le conseguenze giuridiche legate alla trasgressione delle norme tengano dietro solo ad una violazione colpevole, oppure possano colpire anche (soggetti) incolpevoli. Se noi dovessimo adottare quest'ultima tesi, almeno relativamente ad una parte di tali conseguenze giuridiche, il risultato pratico farebbe testimonianza di ciò cui si mira con l'ammettere un torto oggettivo. Se sia conveniente il designare come torto un tale contegno antiggiuridico incolpevole, è questione che può rimanere impreggiudicata; è sufficiente che il contegno incolpevole — del pari che quello colpevole — porti con sè conseguenze giuridiche dell'antigiuridicità.

A prima vista sembra certamente ingiustificato, che anche la trasgressione incolpevole di una norma possa essere colpita da una qualsiasi conseguenza giuridica. Ha qualche cosa di seducente il ragionare così (19): l'ordinamento giuridico indirizza i suoi precetti solo a

p. 77

tori possono essere chiamati in colpa in loro vece. *Sala d'udienza* (Gerichtssaal). XXVIII, p. 403 nota *). Ritorno più avanti su questo punto.

(17) IHERING, op. cit., p. 6.

(18) P. es. l. 5 § 2 ad legem Aq. 9, 2: «...impubes..... si sit iam iniuria capax».

(19) MERKEL, op. cit., p. 43. BINDING, op. cit., p. 135. Contro MERKEL bene v. BAR, op. cit., p. 43.

quelle tali persone, che di volta in volta hanno la capacità d'intendere tali comandi. L'ordinamento giuridico infatti si rivolge al volere dei suoi soggetti, con l'intento di dirigere tale volere. Come si può dunque parlare in genere d'una violazione di queste norme, quando senza colpa il comando non sia stato obbedito? Come potrebbero, in un tale caso, le conseguenze connesse alla trasgressione essere inflitte ad un incolpevole? O persino ad un tale soggetto, cui l'ordinamento giuridico stesso denega la responsabilità?

Senza dubbio è esatto che l'ordinamento giuridico non può aspettarsi di determinare coi suoi imperativi il comportamento di uomini destituiti di ragione. E nemmeno può (*esso ordinamento*) mai irritarsi (*zürnen*) qualora una persona di tal fatta commetta illecità. Ma è un'altra questione, se per conseguenza (*l'ordinamento*) possa rinunciare anche a tutte le conseguenze giuridiche, che gli sembra giusto connettere alla trasgressione delle sue norme. Se allo scoppiare d'un incendio le pompe si precipitano per le strade d'una città popolosa, non si può fare assegnamento che il segnale di allarme sia udito anche da orecchi sordi. E tuttavia lo stesso pericolo minaccia anche i sordi. Certamente una lesione di coloro, che non odono il segnale, non è mai intenzionale, ma è sempre un avvenimento non desiderato, se pure difficile da evitarsi: le conseguenze giuridiche della illecità, al contrario, vengono scientemente ed intenzionalmente decretate dall'ordinamento giuridico. Ma da questa differenza deriva soltanto che tutte le conseguenze giuridiche, che l'ordinamento giuridico minaccia a causa della qualificazione dell'azione, nel caso di una trasgressione incolpevole devono rimanere inapplicate (*unterbleiben müssen*). Se, invece, certe conseguenze giuridiche sono decretate non per causare male al trasgressore, bensì per tutelare interessi altrui, che possano essere preservati anche di fronte ad un incolpevole: in tal caso non si comprende perchè l'incolpevolezza del trasgressore debba tener lontane le conseguenze giuridiche, non aventi, per niente affatto, a loro presupposto una sua colpa. La ricerca dunque deve essere rivolta a (*determinare*) ciò, quali conseguenze giuridiche presuppongano una colpevolezza del trasgressore, e quali no.

3. (*Ogni punizione presuppone una colpa ed una responsabilità del*

trasgressore della norma. Dolus e culpa). — In quanto è stato osservato da ultimo è di già manifesto che una specie delle possibili conseguenze giuridiche certamente non possa mai essere comminata ad un'antigiuridicità incolpevole. Non mai l'incolpevole dev'essere colpito da pena, sia questa una pena pubblica od una pena così detta privata. Lo scopo di ogni pena infatti è quello d'infliggere un male al trasgressore della norma, per riparare il disagio che la società prova in conseguenza dell'azione antigiuridica. Essa (*società*) punisce, non già perchè in generale sia stato messo in pericolo o lesa un bene protetto dall'ordinamento giuridico, bensì perchè ciò avvenne delittuosamente, (*perchè*) avvenne allora quando la società si doveva aspettare l'osservanza dei suoi imperativi, quando non soltanto è stato commesso alcun che di antigiuridico, ma ciò è stato causato intenzionalmente. Noi chiamiamo colpevolezza (20) un determinarsi ad un contegno che costituisca la

(20) Anche nel delitto colposo — nonostante l'opposizione che recentemente va aumentando, in ispecie da parte dei civilisti (cfr. p. es. le osservazioni di LOTMAR, *Su la causa* (Ueber causa), (1875), p. 8, e di SCHLOSSMANN, *Il contratto* (Der Vertrag), (1876), p. 323) — io ravviserei un vizio del volere, anzi addirittura una volontà positiva del vietato. Il delitto colposo, a mio parere, consiste nella trasgressione intenzionale di un divieto di azioni pericolose, le quali sono minacciate di pena non già di per sè stesse, bensì soltanto sotto la condizione del sopravvenire di certe conseguenze — per lo più sotto la condizione, che dall'essere stato messo in pericolo un bene giuridicamente protetto sia derivata una lesione di quest'ultimo. Prendiamo un esempio di omicidio colposo. Chi pone un bicchiere di acqua avvelenata, senza l'intenzione che un uomo ne beva, in un luogo dov'esso può essere facilmente ingerito da un terzo e così può portare alla distruzione d'una vita umana, mette con ciò in pericolo una vita umana ed agisce quindi già illecitamente. È impossibile che solo il fatto posteriore del bere l'acqua costituisca retroattivamente il fondamento dell'antigiuridicità. Poichè evidentemente il fatto del bere avviene in circostanze, che colui il quale era stato negligente non potrebbe più impedire con la migliore volontà. Ma ciò che è inevitabile, l'ordinamento giuridico non ha la possibilità nè materiale nè ideale di vietarlo (Unabwendbares aber kann und darf die Rechtsordnung nicht verbieten). Sarebbe privo di senso anche un divieto sotto la condizione che questo o quell'evento più tardi si avveri; piuttosto è incondizionatamente vietata l'azione pericolosa. Questo appare anche da ciò che assolutamente la medesima azione in connessione con la volontà diretta a produrre la morte può essere considerata e punita come un tentato omicidio. La punibilità in questo caso è segno sicuro che l'azione pericolosa è già di per sè sola antigiuridica. Ed infatti nel (*l'azione di*) porre il bicchiere è un positivo volere di ciò ch'è vietato. Non deve dirsi con ciò che l'azione debba essere stata compiuta proprio per la sua pericolosità. Non è requisito necessario una specifica volontà del pericolo. Anzi, una volontà di tale natura eleverebbe facilmente un'antigiuridicità altrimenti ancora impunibile ad illecità punibile; sia

- p. 79 fattispecie di un'antigiuridicità. Se spetta alla coscienza pubblica il decidere, nel legiferare, a quali illiceità sia da connettersi una pena, è tuttavia un precetto corrente di giustizia che la pena, quando sia minac-
- p. 80

ad un tentativo punibile, sia ad uno specifico delitto (p. es. § 324 del Codice penale dell'Impero). Basta, piuttosto, che l'azione obbiertivamente pericolosa e per ciò vietata sia voluta; in tal caso devesi ammettere di regola che il suo autore come essere razionalmente pensante abbia riconosciuto anche la pericolosità della sua azione. Se le circostanze dimostrano il contrario, perchè l'autore p. es. non conosceva la qualità della sostanza frammischiata, è tuttavia ancora possibile di ammettere una negligenza, ma solo per discendere di un grado. Poichè è già vietata ogni azione pericolosa (jede Gefährdung), può già apparire come illecito (perchè pericoloso) lasciar liberamente ed apertamente esposte, senza previo esame (ungeprüft), sostanze, che possono essere veleni. Ma non è da far carico all'autore di non aver sottoposto ad un'analisi la sostanza. L'ordinamento giuridico non prescrive affatto l'analisi di sostanze sconosciute. L'antigiuridicità consisterebbe piuttosto in ciò, che si sieno manipolate tali sostanze sconosciute, e quindi anche qui nella volontà dell'illecito. Così sarebbe da costruire il caso di cui il combinato disposto dei §§ 326 e 324 del Codice penale dell'Impero, così il caso del falso giuramento colposamente prestato. L'antigiuridicità cesserebbe solo quando ragionevolmente non si potesse più parlare di pericolosità. Così di regola non è più pericoloso e per ciò non è neppure più vietato di esporre liberamente sostanze non sottoposte ad analisi, ma però acquistate come innocue. Il fatto perde insomma il suo carattere di punibilità non a causa del venir meno dell'intenzione (della colpeabilità), bensì per mancanza d'una norma che lo proibisca.

Fin dove giunge il divieto, nulla impedirebbe di minacciare di pena ogni trasgressione intenzionale dello stesso. In fatto l'ordinamento giuridico sottopone particolarmente ad una pena anche singoli casi di pericolosità. Talora, in modo che nessuna ulteriore conseguenza in genere, anzi neppure l'aver messo effettivamente in pericolo nel caso concreto una vita umana, è un presupposto della pena: qui, come nel § 367 N. 5 del Codice pen. dell'Imp., è vietata non l'azione che metta in pericolo, bensì già l'azione in sè stessa pericolosa (nicht die gefährdende, sondern schon die gefährliche Handlung verboten). In altri casi, se non una volontà del pericolo, rientra tuttavia nella fattispecie una volontà dell'azione che possa produrre il pericolo (§ 324 del Cod. pen. dell'Imp.). In altri casi ancora un'azione, non soltanto vietata, ma anche punibile, che in sè racchiude un pericolo per la vita umana, è punita maggiormente se in seguito ad essa è avvenuta la morte di colui che era messo in pericolo (§§ 178, 220, 226, 229, 239, 251, 307 N. 1, 315 del Cod. pen. dell'Imp.). Accade finalmente, che un'azione pericolosa solo perchè tale sia colpita da pena (§§ 312, 321, 323 del Cod. pen. dell'Impero). Negli ultimi casi accennati si può difficilmente mettere in dubbio che la trasgressione di queste leggi penali costituisca un delitto doloso. E tuttavia essi si distinguono dai così detti delitti colposi solo per ciò che in questi l'azione illecita di per sè sola non cade sotto una pena, ma vi cade solo sotto la condizione che la pericolosità abbia portato ad un certo effetto (quelli che mettevano in pericolo

ciata, si applichi solo per una trasgressione colpevole. Noi a buon diritto abbiamo in orrore che il giudice penale condanni un incolpevole. Il nostro orrore si rivolgerebbe contro la legislazione, che volesse costringere il giudice a fare una cosa simile (21).

Con la massima «nessuna pena senza colpevolezza» («keine Stra-

la vita umana, p. es., alla distruzione d'una vita). Se questo è esatto, con ciò sarebbe risolto il problema del delitto colposo. La peculiarità di quest'ultimo consisterebbe, non già nella specie della colpeabilità, bensì piuttosto nel contenuto della norma trasgredita, che sarebbe un divieto di pericolosità, ma soprattutto nella connessione solo condizionata fra pena ed antigiuridicità.

Ciò che s'è detto può essere provato con qualsiasi esempio, quindi anche col noto esempio, addotto da SCHLOSSMANN. Il guardiano che si è addormentato accanto alla stufa non incorre in un'antigiuridicità solo in quell'attimo in cui scoppia l'incendio. In quel momento egli dorme ed un dormiente non è responsabile di alcun che. L'antigiuridicità ha una sorgente anteriore. Essa consiste nell'essersi egli addormentato. Non già nel volere il sonno, che in generale non viene ad un diretto richiamo. Ma bensì nel fare e quindi nel volere tutte quelle cose, che nel caso concreto hanno attirato il sonno. Per conseguenza, secondo le ipotesi di SCHLOSSMANN, nella lettura del libro noioso e nell'immergersi in fantasticherie. Ognuna delle cento specie di azioni, la quale può portare al sonno (sonno che, essendone la conseguenza, dimostra che [una di tali azioni] è stata compiuta), racchiude una pericolosità antigiuridica in relazione con l'assunto dovere di vigilare (c). Solo che quest'antigiuridicità non è punibile di per sè sola, e nemmeno se ha portato al sonno. In altre circostanze, tuttavia, può presentarsi anche quest'ultimo caso: si pensi al sonno della sentinella. Nel nostro esempio è punibile l'antigiuridicità solo quando abbia causato l'incendio.

S'intende che questi cenni non possono penetrare a fondo la difficile teoria dei delitti colposi (d). Essi devono soltanto difendere l'opinione del (sostenuta nel) testo contro un biasimo di negligenza, che potesse esser tratto dalla comune concezione. Essi (tali cenni) erano già scritti quando mi perveniva il secondo volume delle Norme di BINDING. Apprendo da questo che la spiegazione qui tentata è già stata data precedentemente da STUEBEL, ciò che purtroppo mi era sfuggito. Ma la critica di BINDING, così calzante, è stranamente muta proprio rispetto all'opinione di STUEBEL (pp. 148-150). D'altra parte la dottrina propria di BINDING non ha avuto il potere di convincermi. Poichè, intanto, io non so attribuire alla volontà la larga estensione, richiesta dalla teoria di BINDING (p. 112: «Noi vogliamo..... con le cause tutte le loro conseguenze non previamente esaminate, poichè noi in genere non possiamo volere altrimenti, che includendo (nell'atto del volere) le (sue) conseguenze...», cfr. contra anche GEYER nella Rivista critica trimestr. [krit. Vierteljahrsschrift], XVIII (1877) pp. 441 ss.). Ed inoltre io vedo la punibilità di un'azione non tanto nella opposizione in cui essa si trova con la norma, bensì piuttosto nel suo contenuto materiale, nel mettere in pericolo o nel ledere interessi altrui; cfr. Cap. I nota 59. Così mi sono deciso a lasciare immutate le precedenti considerazioni.

(21) Esattamente BINDING, op. cit., I, p. 167.

p. 82 fe ohne Schuld») è posta la più essenziale esigenza per infliggere giustamente la pena. Essa è sufficiente per (*quelle*) pene, che sono tosto ed immediatamente connesse alla trasgressione (22). Qui la pena è in un solo e medesimo istante meritata, inflitta ed espiata. Solo mediatamente può costituire ancora l'oggetto d'una futura decisione, se nella pena si sia incorsi e con ciò (*la stessa*) sia già stata attuata (ob die Strafe verwirkt und damit eingetreten sei) (23). Se non che, questa punizione (*connessa*) con l'azione stessa rappresenta assolutamente l'eccezione. Tali casi sono oggi in numero impercettibile. La nostra coscienza giuridica richiede maggiori guarentigie. Essa per lo più non permette che una pena sia irrogata se non in virtù d'un giudicato e dopo un procedimento, che offra bastante sicurezza per una sufficiente difesa dell'imputato. A questo fine si distinguono nel tempo imputazione, condanna ed esecuzione. Prima della condanna abbiamo davanti a noi solo (*soggetti*) passibili di pena (Strafbare); dopo la condanna, (*soggetti*) tenuti ad una pena (Strafpflichtige); soltanto dopo l'esecuzione abbiamo (*soggetti*) effettivamente puniti (wirklich Bestrafte). Ma in conseguenza di ciò sono da determinarsi ancora ulteriori esigenze.

Intanto e prima di tutto, che soltanto il colpevole sia personalmente punito. Egli, e non un incolpevole, deve sentire il male. Se viene a patirlo un incolpevole, questo dev'essere soltanto un effetto riflesso (Reflexwirkung) forse inevitabile, ma certo causato senza intenzione (24). Per ciò ogni punizione deve cessare con la morte del colpevole. Una successione nella punibilità e nell'obbligo di sottostare ad una pena è altrettanto inammissibile quanto un insulto (ein Unglimpf) contro il cadavere; anche questo (*insulto*) lo risentirebbero solo i congiunti. L'una e l'altra cosa sono oggi riconosciute in linea di massima. Solo un'unica inconseguenza è rimasta ancora in vigore (25). Ma questo (f) discende anche da ciò, che lo Stato è obbligato ad addossare la

(22) V. sopra Cap. I, § 7.

(23) Se p. es. il creditore agisce per (*ottenere*) l'adempimento ed il debitore in via di eccezione allega un'estinzione del credito in seguito a vietata ragion fattasi. Qui la sentenza che respinge (*la domanda del*) l'attore in base all'eccezione non infligge la pena, ma piuttosto si fonda su la situazione giuridica quale si è formata, col fatto del creditore, a titolo di pena di quest'ultimo (e).

(24) Se p. es. vien tolta la vita o la libertà a chi è il sostegno d'una famiglia.

(25) § 30 del Cod. pen. dell'Impero: «Può mettersi in esecuzione... una pena pecuniaria contro l'asse ereditario, se la condanna era divenuta esecutiva durante la vita del condannato». Eppure la pena non è la condanna, bensì la privazione della somma di danaro.

pena alla persona del colpevole, e che esso non potrebbe ammettere un'espiazione di pena a traverso terzi; nè il pagamento delle pene pecuniarie fa eccezione (26).

Inoltre non basta per la punizione del reo (zur Bestrafung des Schuldigen) che egli abbia dato causa e sia colpevole (*della trasgressione*) (Verursachung und Verschulden). Perchè si possa pronunciare una condanna, il reo dev'essere attualmente responsabile. Due considerazioni rendono necessario ciò. In primo luogo, perchè all'irresponsabile non può essere assicurata la possibilità d'una fruttuosa difesa. Come colui che è materialmente assente non dev'essere giudicato nei casi più gravi (26^o), così non lo dev'esseré neppure chi è spiritualmente assente. In secondo luogo, contro la condanna milita la stessa ragione, che deve addursi subito anche contro l'esecuzione. Poichè la condanna implica già una parte dell'esecuzione. Non solo in quanto certe pene entrano immediatamente in vigore con la forza esecutiva del giudizio (27), così che qui condanna ed esecuzione coincidono. Ma altresì per ciò che la condizione dell'imputato nella società umana già per la condanna subisce una perdita, la quale, anche se non sia inflitta come tale dall'ordinamento giuridico, è di fatto una pena.

Finalmente si deve richiedere ancora una terza cosa. Il colpevole deve rimanere in condizione di responsabilità durante tutto il periodo dell'espiazione della pena. Ciò è oggi ammesso (28) in linea di principio, ma, a mio parere, rimane inesplicito da ogni punto di vista che non sia quello della giustizia retributiva. In forza di questa il colpevole deve risentire un male, ma in pari tempo riconoscerlo come la retribuzione a lui inflitta per la sua azione colpevole, (*male*) inflittogli dalla società umana, nella quale egli vive ed il cui ordinamento egli ha infranto. Egli non deve, quindi, nemmeno essere privo del sentire la connessione fra il male e la sua colpa. Come crudeltà inutile, e non come giustizia, ci apparirebbe il decapitare o l'incarcerare un delinquente mentecatto. Ma la stessa considerazione vieta altresì che gli sieno tolti, con l'esecuzione di pene pecuniarie, i mezzi per un migliore sostentamento.

(26) BINDING, op. cit., I, p. 167 nota 285. Nelle actiones poenales dei Romani ciò era certamente diverso, per la ragione addotta nel Cap. I alla nota 77.

(26^o) Cod. di proced. penale §§ 319, 327.

(27) P. es. §§ 31, 33, 35 del Cod. pen. dell'Impero.

(28) § 485 al. 2 e § 487 del Cod. di proced. pen. — Cfr. anche HEINZE nel *Manuale di dir. pen. germanico* (Handbuch des deutschen Strafrechts) di v. HOLTZENDORFF, II, p. 593.

Il risultato è: nessuna punibilità senza colpevolezza (*keine Strafbarkeit ohne Schuld*), nessuna condanna penale nè esecuzione penale contro un irresponsabile (*kein Strafurtheil und keine Strafvollstreckung gegen einen Unzurechnungsfähigen*).

4. (*La nullità di negozi giuridici riprovati non ha un eguale presupposto* [v. § preced.]). — Sarebbe inammissibile applicare senz'altro tali principii ad ogni sorta di possibili conseguenze giuridiche. Pena ed indennizzo (*Ausgleichung*) perseguono fini diversi. È quindi possibile che anche le premesse per il loro verificarsi sieno da determinarsi diversamente. Ma avanti di decidere circa questa possibilità, dobbiamo intanto prendere a considerare due fenomeni, nei quali si presentano questioni connesse e la cui conoscenza e determinazione è per ciò importante per le indagini che seguono.

Noi abbiamo già veduto per l'addietro che l'ordinamento giuridico non si limita a vietare con le sue norme ciò che non è desiderato. Dove lo può fare, esso ordinamento impedisce addirittura che avvenga ciò che non è desiderato. Ma questo gli è possibile in ispecial modo di fronte a negozii giuridici disapprovati. Qui esso ha la forza di frustrare da bel principio il risultato che si aveva di mira. Per lo più di ciò si potrà anche accontentare. Il tentativo di un negozio giuridico, al quale esso non attribuisce nessuna efficacia giuridica, gli sarà di regola indifferente. Per lo più, quindi, esso (*ordinamento*) neppure lo vietterà. Tuttavia può anche accadere che l'ordinamento giuridico disapprovi già il tentativo e per ciò lo interdica, anzi che minacci con una pena la trasgressione colpevole di questo divieto. Tale pena è allora la conseguenza giuridica del torto colpevole, che consiste nel tentativo del negozio giuridico. La nullità del negozio, invece, non è mai la conseguenza giuridica di un'illiceità (29). Essa significa la inammissi-

(29) Ciò vale in egual maniera anche là, dove non già qualsiasi tentativo di un determinato negozio giuridico rimane senza efficacia di diritto, ma soltanto quello che abbia tratto origine da una determinata intenzione. Così nella *manumissio in fraudem creditorum* secondo la *lex Aelia Sentia* (pr. I. qui quibus I, 6) la nullità del negozio è pronunziata solo per quelle manomissioni pregiudicivevoli che siano state intraprese con l'intenzione di defraudare i creditori. Il precetto giuridico, che quindi non è autonomo, non suona qui: « tu non devi manomettere in fraudem », bensì « una manomissione in fraudem non può avere effetto » e solo a titolo di complemento si aggiunge il vero imperativo: « tu non devi nemmeno tentare ciò ».

sibilità di effetti giuridici, malgrado il tentativo, vietato o non vietato, di realizzarli, per conseguenza la persistenza della situazione, che sarebbe rimasta anche senza questo tentativo. La volontà del privato s'infrange qui contro il volere avverso dell'ordinamento giuridico (g).

Di qui discende che la nullità del negozio giuridico (30) si verifica nello stesso modo, *quand'anche* il tentativo di questo sia provenuto da un incolpevole, anzi perfino da un irresponsabile. Il marito non deve ipotecare il fondo dotale. Il tentativo d'ipotecarlo non si può certamente impedire, ma quest'atto, che deve aver di mira soltanto un'invisibile conseguenza giuridica e non la consegue, rimane un inizio del tutto ozioso. Nè il negozio diventa più efficace per ciò che il marito del pari che il suo contraente versassero in un errore scusabile rispetto alla qualità del fondo. E tuttavia un tale errore esclude ogni colpa. Anzi, neppure allora il fondo dotale viene ipotecato, quando il marito fosse irresponsabile. Certamente qui si presenta facile l'obiezione: il negozio di un irresponsabile non è, in generale, un negozio in senso giuridico. Questo è indubbiamente esatto, ma ciò non arca se non una nuova prova (*di quanto si vuol dimostrare*). Come l'incapace di agire non può in generale imprendere nessun negozio giuridico, così il marito non può imprendere questo particolare negozio. Non soltanto non lo deve compiere, ma non ne ha la capacità. Anzi, si può porre in generale la questione se, accanto al « questo non può essere ipotecato », non vi sia inoltre un vero imperativo, un « tu non devi ». Per gli incapaci di agire (31) un tale divieto non è certamente emanato. *Quand'anche* io non ammettessi che ogni imperativo della legislazione voglia a tutta prima valere soltanto per (*soggetti*) responsabili, sarebbe tuttavia irragionevole che l'ordinamento giuridico emanasse una norma unicamente per quelli, che non fossero in grado di comprenderla. Qui il precetto giuridico suona sicuramente soltanto (*così*): « il pazzo ecc. non può imprendere nessun negozio giuridico ». Ma questo, cui manca l'imperativo, non è un precetto giuridico autonomo. Tornerò più avanti (32) sul significato di siffatti precetti che non sono autonomi.

(30) Eccezione fatta per i casi della nota 29, poichè qui presupposto della nullità è un'intenzione determinata dell'agente e quindi una volontà, anzi per lo più una volontà del vietato.

(31) Incapacità di agire nel senso più stretto, cioè nel senso d'incapacità negoziale coincide per lo più con l'irresponsabilità — quanto meno, ogni irresponsabile è altresì incapace di negozii, anche se non viceversa. Io suppongo quindi nel testo il caso usuale, che l'incapace di agire sia anche irresponsabile.

(32) Capitolo VII § 9.

È una questione d'interpretazione se, per altri negozi dichiarati nulli, accanto al «ciò non si può» ci sia anche un «tu non devi». Se l'intero negozio è sconosciuto all'ordinamento giuridico oppure non è riconosciuto in una certa forma, ivi sicuramente non ha ragion d'essere un imperativo. Nessuna norma prescriveva nell'età classica ai Romani: «non dovete far testamento in presenza di tre soli testimonii» oppure: «non vi dovete valere di una mera convenzione, ma bensì della forma della stipulazione». All'ordinamento giuridico bastava perfettamente d'ignorare l'ultima volontà che non fosse stata espressa in forma di mancipazione oppure il nudum pactum. In simili casi le dichiarazioni (*di volontà*) sono per vero vuote e senza frutto, ma non illeciti tentativi di raggiungere effetti giuridici. Ma è pur possibile che lo stesso tentativo sia sgradito all'ordinamento giuridico e per questo sia da esso vietato. Un segno sicuro di ciò lo si ha se esso tentativo viene minacciato di pena (33). Allora il precetto non suona soltanto: «il negozio non può essere intrapreso», ma (*si esprime*) oltracciò nell'imperativo: «tu non devi neppure tentarlo». Sia poi il tentativo vietato oppure no, in ogni caso la nullità dell'atto (34) pronunciata dall'ordinamento giuridico è indipendente dalla colpevolezza od incolpevolezza dell'agente. Per certo, essa (*nullità*) non è neppure una conseguenza dell'illiceità.

5. (*Altrettanto poco* [abbisogna di tale presupposto: v. §§ preced.] *il permesso d'impedire un'illiceità*). — L'ordinamento giuridico può in ogni momento impedire che effetti giuridici si raggiungano per mezzo d'una dichiarazione (*di volontà*) indirizzata a tale scopo, — per dire più esattamente, effetti giuridici si avverano in generale solo quando l'ordinamento giuridico li ammetta. Ma il diritto, se può, indubbiamente, vietare la dichiarazione stessa, come ogni altra azione umana, non può renderne impossibile l'avverarsi. Gli organi statuali, che ne hanno l'obbligo, hanno (*anche*) il potere d'impedire l'avverarsi di azioni vietate, in un numero relativamente piccolo di casi, — (*cioè*) soltanto là dove una forza riesce a fermarne il progetto e dove questa forza è altresì disponibile a giusto tempo ed in giusto luogo.

Ma quando quest'ultima cosa si avvera, fa lo stesso che la illiceità sia per essere consumata da parte di un soggetto conscio della propria

(33) Vedi sopra esempi al Cap. I nota 33.

(34) Di nuovo con la limitazione della nota 30.

colpevolezza oppure (*da parte*) di uno completamente incolpevole. Se possibile, sono da impedirsi anche trasgressioni del tutto incolpevoli. Dopo decretato l'isolamento di un cascinale, in cui è scoppiata l'epizootia, le guardie devono opporsi all'entrata ed all'uscita di chichessia. Non fa nessuna differenza se chi viene e chi va sia responsabile o no. Senza dubbio le guardie hanno eguale dovere anche di fronte alle bestie. Si potrebbe, pertanto, pensare che l'imperativo sia indirizzato soltanto alle guardie: «Voi non dovete permettere che nulla esca od entri» — e che solo a rincalzo di questo comando sia emanato il divieto rivolto ad uomini responsabili: «Voi non dovete nè uscire nè entrare». La possibilità di concepire così la cosa svanisce, tuttavia, tosto che mutiamo in qualche cosa l'esempio ora fatto. Supponiamo che, in luogo d'un funzionario pel quale sia un dovere d'ufficio l'impedire trasgressioni, oppure in luogo d'un soggetto minacciato nella sua propria sfera di beni, vi sia un terzo completamente disinteressato. Se cotesto tale impedisce ad un irresponsabile di violare il blocco imposto, certamente non commette un'illiceità. Anche qui tuttavia è facile a indovinarsi l'obiezione: lo stesso vale di fronte a bestie. Solo che qui si può constatare una differenza. In generale non si può incorrere in un'illiceità in confronto di bestie (35). Non è mai vietato p. es., di cacciar via dalla pubblica strada delle cornacchie. Se, invece, s'impedisce ad un bimbo o ad un cretino di andare per una strada, per la quale non è vietato ch'egli s'incammini, colui che glielo impedisca incorre già in un'illiceità, per la quale egli può essere tenuto responsabile civilmente, anzi fors'anche penalmente. Ma che cosa può far apparire il medesimo atto d'impedire (*Hinderung*) come permesso in caso che sia stato ordinato uno sbarramento (*Absperrung*), e come vietato senza cotesto sbarramento, se il divieto di violare lo sbarramento non vale in genere di fronte all'irresponsabile, e quindi nel primo come nel secondo caso in egual maniera il suo libero andare e venire non è vietato? Il diverso modo di disciplinare i due casi significa necessariamente, a parer mio, che nel primo caso l'atto d'impedire è permesso perchè esso previene un'illiceità, ma per conseguenza (*significa*) altresì che il divieto è indirizzato a tutti, anche agli uomini irresponsabili (36).

(35) Non entra qui in discussione fino a qual punto possano essere lesi i diritti di altri uomini per mezzo di azioni su bestie.

(36) I medesimi argomenti saranno decisivi anche rispetto alla questione, se l'uccisione d'un irresponsabile, la quale in determinate circostanze fosse necessaria

p. 90 6. (*Critica della teoria di MERKEL e di BINDING, che le norme non hanno per destinatari gl'irresponsabili*). — Vengo ora al caso che la norma sia stata effettivamente trasgredita e con ciò (*sia stato*) leso l'interesse, che a traverso la norma doveva essere tutelato. In pari tempo suppongo che la trasgressione sia avvenuta del tutto incolpevolmente oppure, per escludere fin da principio la questione su la possibilità d'una colpa, che essa (*trasgressione*) fosse causata da un irresponsabile.

Quelli, i quali con MERKEL e BINDING limitano gl'imperativi della legislazione soltanto ad uomini capaci di volere, devono conseguen-

per difendersi contro un attacco dello stesso, sia permessa come legittima difesa o vada soltanto esente da pena (*straflos*) come un'azione commessa in istato di necessità. Per quest'ultima opinione si pronuncia attualmente la dottrina dominante — cfr. MEYER, *Manuale del dir. pen. germanico* (Lehrbuch des deutschen Strafrechtes) § 53 Nota 6 p. 252 e gli autori ivi cit.; anche OPPENHOFF, *Codice penale* (Strafgesetzbuch) § 53 n. 6, ha abbandonato dalla 4^a ed. la sua anteriore opinione, che vi fosse legittima difesa. Tuttavia io resterei fedele a quest'ultima veduta. In primo luogo, non è indifferente per l'agredito se egli possa dire a sè stesso di avere commesso un'illeceità e solo di essere rimasto impunito, oppure se egli si sappia immune da ogni trasgressione di norma. Oltre a ciò, se si volesse ammettere solo uno stato di necessità, allora egli sarebbe punibile quando avesse avuto la possibilità di rimuoverlo in altro modo. Ma la questione diventa dal punto di vista pratico incomparabilmente più importante per i terzi. Chi uccide l'aggressore, per salvare, in questo che sia l'unico modo possibile, la vita d'un altro, p. es. del suo amico aggredito, di regola agisce in istato di legittima difesa e non commette nessuna illiceità. Ma secondo la teoria degli avversarii egli diverrebbe in sommo grado punibile, tosto che l'attacco, a sua cognizione, provenisse da un pazzo. Poichè la legittima difesa è discriminante solo per quelle azioni, che si sieno commesse per salvare la vita propria o quella di un congiunto. L'amico salvatore sarebbe dunque nell'ultimo caso da punirsi per assassinio od almeno per omicidio. Ma questo a me sembra un risultato del tutto inammissibile. Io non so capire come la medesima azione sia una volta lasciata impunita ed altra volta punita col carcere, a seconda che l'aggressore fosse in sè oppure no. È dunque la punibilità dell'aggressore, che rende legittima la difesa, oppure la situazione minacciata dell'agredito? (*h*). E se è quest'ultima, come può lo stato mentale dell'aggressore decidere dell'impunità o della punibilità del difensore, benchè nè la condizione sua propria nè la situazione dell'agredito non sieno messe in pericolo nè più nè meno? Evidentemente ciò che trae fuori di strada gli avversarii è la qualifica dell'attacco come di un attacco «antigiuridico» («*rechtswidrig*») secondo la definizione della legittima difesa nel nostro Codice penale. Ma se non si restringono le norme ai responsabili, anche l'attacco d'un pazzo rimane antigiuridico. Del resto a mio avviso sarebbe sufficiente, come presupposto della legittima difesa, che l'attacco non fosse conforme al diritto. E conforme al diritto, cioè positivamente autorizzato, lo è, per fermo, tanto poco l'attacco del pazzo — quanto quello di una bestia. Per l'opinione qui difesa si pronuncia anche il v. BAR, op. cit., p. 44.

temente ammettere: nessuna norma legava l'irresponsabile, nessuna norma dunque è trasgredita, nessuna specie di «conseguenza giuridica» di una illiceità deve quindi sopravvenire. La lesione dell'interesse è fors'anche per la collettività un avvenimento importuno e deplorabile, ma non un'azione vietata. Ognuno cerchi di cautelarsi contro la lesione per parte d'irresponsabili, come è lasciato ad ognuno di proteggersi contro il vento ed il temporale, contro il danno che possan produrre i topi ed altrettale molestia. Se non lo fa, sopporta il danno. L'ordinamento giuridico non è stato leso, esso non ha nessun motivo per prestargli aiuto.

Questa conseguenza è dedotta in pieno da MERKEL. Per lui l'azione del mentecatto (37) sta su la stessa linea del manifestarsi della forza di natura. Cerchi ciascuno di difendersene come ne ha la possibilità e la capacità: l'ordinamento giuridico assume la sua tutela soltanto di fronte ad esseri ragionevoli e colpevoli.

Già precedentemente io ho dichiarato che, fino a quando la lesione di beni giuridicamente protetti è soltanto minacciata, son d'accordo che non è vietato al soggetto, il quale in tal modo sia messo in pericolo, di proteggere i suoi beni con la propria forza — e che a questo proposito è certamente indifferente (38), che la lesione sia minacciata da cose inanimate oppure che ci sia un attacco, e questo a sua volta provenga da una bestia oppure da un uomo, da un pazzo, da un incolpevole o da una persona consapevole della propria colpa. Ma la situazione si presenta tosto altrimenti, se non si tratta più di una (*mera*) difesa. Allorchè sia stato mutato lo stato di fatto, se ciò sia accaduto anche contro il diritto, si manifesta la differenza fra un uomo ed una bestia (*che abbia prodotto il mutamento*). Se il lupo ha rubato il mio agnello, mi è lecito aiutarmi come posso. Mi sono permesse tanto la forza quanto l'astuzia, io posso andar a riprendere la bestia rubata e per di più (*posso prendere*) l'altra bestia che l'aveva rubata. Il diritto non è con me, ma non è neppure contro di me. Altrimenti (*va la cosa*), quando un uomo sia stato la causa se pure incolpevole della mutazione del possesso (39). Di fronte a questo l'autodifesa (*Selbsthülfe*) è vietata,

(37) Al quale (*al mentecatto*) MERKEL con ragione eguaglia il capace di volere, ma incolpevole.

(38) Cioè per la difesa in sè stessa, non per la misura ed i mezzi della medesima.

(39) Per ovviare all'obiezione tratta dalla l. 1 § 3 de adq. v. a. p. 41, 2 «*furiosus...* non potest incipere possidere», io suppongo il caso, che la perdita del pos-

vietata in pari maniera, tanto se il possessore della cosa mia versi oramai in mala fede o sia incolpevole precisamente come (*lo era*) prima, oppure se, privato della ragione, un « chiarimento » (« Aufklärung ») nel senso di HAELSCHNER non sia assolutamente più ammissibile. Anche colui che è preso da pazzia rimane un uomo. Egli, come ogni nato da donna, è un membro della società statale, e lui pure come ogni altro l'ordinamento giuridico copre col suo scudo protettivo. Io sto di fronte a lui con le mani legate. Un atto di forza contro la sua persona mi è vietato, vietato anzi penalmente. Chi pretende qualche cosa da un suo simile deve invocare l'assistenza dello Stato. È ciò equo e giusto, allora quando quest'assistenza giudiziaria non mi viene assicurata, anzi non può essermi assicurata perchè manca del suo presupposto, la trasgressione di una norma? Di fronte alla bestia feroce io posso usare in caso di attacco della mia propria forza, di fronte al pazzo no: ma il sostitutivo dell'autodifesa, la giustificazione della sua esclusione, l'assistenza dello Stato dovrebbe essermi rifiutata?

può essere tuttavia positivamente fornita la prova, che in realtà le norme valgono anche per l'irresponsabile. Ciò si evince da un solo fatto incontestabile e giammai contestato: che l'ordinamento giuridico riconosce obbligazioni degli irresponsabili (1). Queste possono sorgere nella maniera più varia — possono sorgere anche senza che si fosse potuto parlare di una precedente colpa. Se, p. es., un tale, quando ancora era padrone del suo senno, abbia assunto un mutuo, pagabile nel termine d'un anno, egli non si trovava neppure un istante in colpa se prima dello scadere dell'anno si sia ammalato di mente. La sua responsabilità incominciava di certo subito all'atto di ricevere il prestito. Poichè subito a lui si rivolgeva la norma: « tu devi mantenere ciò che hai promesso, quindi restituire il prestito allo scadere dell'anno ». Ma questa norma a tenore del suo contenuto non può essere trasgredita se non alla scadenza del termine e solo allora può sorgere la questione della colpevolezza. Senza colpevolezza, anzi senza la possibilità d'imputare una colpa, qui tuttavia è riconosciuta un'obbligazione. E se ci si formalizza per il fatto che l'obbligato stesso aveva pur assunto una volta l'obbligazione, si configuri il caso talpoco diversamente. Si prenda un pazzo, il quale in forza di legge (ungefragt) sia divenuto erede di suo padre ed abbia

sesso provenisse da un capace di volere, il quale versava in un errore scusabile, e che il soggetto fosse diventato irresponsabile prima del chiarimento del suo errore.

così ereditato un debito, la cui scadenza sopravvenisse solo più tardi. Oppure si prendano finalmente i casi, nei quali l'obbligazione non sorgesse che contro l'irresponsabile (40). Indubbiamente qui si presenta un'obbligazione senza la traccia di una colpevolezza. Ma se l'ordinamento giuridico riconosce chicchessia per obbligato, che cos'altro significa ciò se non che a questo è rivolto un comando od un divieto? Forse c'è anche qualcosa di più nel concetto. Forse vi è insieme racchiusa la promessa della tutela giuridica per il caso che l'imperativo non dovesse essere osservato, cioè l'attribuzione d'una pretesa: tale questione può lasciarsi qui impregiudicata. Ma una norma, un « tu devi » o « tu non devi », a tenore di concetto è racchiusa in ogni obbligazione.

È istruttivo il vedere come il sentimento di ciò che è giusto si apra la strada anche là, dove si sono prese le mosse da un principio contrario. Come MERKEL anche BINDING (41) sostiene che un divieto od un comando giuridico si indirizzerebbe soltanto a quelli, che di volta in volta hanno la capacità di conformarvisi; la legge « non legherebbe quelli, i quali, nel momento in cui devono operare (42), sono incapaci di agire ». Con perfetta consequenzialità continua quindi (ad insegnare) BINDING: « Il caso, anche se fatto persona, non ha doveri giuridici. Un dovere giuridico di restituire la cosa al proprietario si presenta solo allora quando il trasgressore si trasforma in trasgressore colpevole, e solo a cotesto la sentenza (43) impone l'obbligo della restituzione ». Ciò nonostante BINDING là, dove contro MERKEL egli fonda magistralmente la distinzione fra la pena ed il (così da lui detto) risarcimento del danno, le due « conseguenze giuridiche » della trasgressione della norma, con disinvoltura si esprime: « assenza di colpa è fondamento necessario di esclusione per la pena, non per l'obbligazione del risarcimento del danno », « l'obbligazione e del risarcimento del danno non può considerarsi radicata nell'azione colpevole come tale, altrimenti essa dovrebbe estinguersi insieme con la

(40) l. 46 de O. et A. 44, 7: «Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur» — ll. 10, 11 de op. novi n. 39, 1.

(41) Op. cit., I, pp. 135, 136, 141.

(42) Anche nel mancato pagamento di un debito BINDING vede un'illiceità commissiva (eine Schädigung durch Thun). Poichè il debitore è « attivo da capo a piedi e lede il comando: non laede! » p. 146. Cfr. Cap. I, nota 101.

(43) Poichè BINDING ammette a p. 136 azioni anche contro incolpevoli (quindi già prima sussiste un'obbligazione degli stessi), dove ed in quanto gli stessi possono essere posti in colpa da una sentenza. Su tale dissonanza io ritorno a nota 52.

colpa e non potrebbe sorgere senza colpa» (44). Per conseguenza anche BINDING ammette un'obbligazione, la quale sorge prima di ogni colpevolezza, e con ciò una norma, la quale già in tale momento si rivolge a soggetti incolpevoli. Ancora più apertamente viene in luce la contraddizione nelle considerazioni del secondo volume. Con eguale risolutezza afferma qui BINDING: «Dalle norme possono essere legati ... quelli soltanto, i quali sono capaci di compiere normalmente le proprie azioni. Chi è incapace di far ciò non è soggetto alla legge» (44^a). La conseguenza, allora, dovrebbe essere che gli incapaci di agire non potrebbero mai essere obbligati in senso giuridico. Poiché «il dovere giuridico d'un uomo di agire in un modo determinato (44^b) significa per lui null'altro se non un'imposizione (eine Auflage) di conformare le sue azioni ad una volontà estranea, cioè a quella della legge». Quindi nessuna norma e conseguentemente nessun dovere giuridico potrebbe essere imposto (treffen) al fanciullo ed al pazzo. E tuttavia immediatamente prima era detto: «in linea di principio non vi è nulla in contrario al riconoscere come soggetti di diritti e di doveri non soltanto uomini incapaci di agire, bensì anche non uomini» (44^c). Contro il soggetto di diritto (*incapace*) non c'è nulla da dire; ma tanto più, invece, date le premesse di BINDING, (*c'è da dire*) contro il soggetto di dovere, incapace di agire. Come può sorgere un'obbligazione in senso giuridico altrimenti che a traverso un imperativo giuridico? E come può tale obbligazione essere imposta all'incapace di agire, se nessuna norma lo colpisce? (44^d). È evidente, secondo me, che proprio quest'ultima presupposizione è insostenibile e che il principio incontestabile e riconosciuto anche da BINDING della capacità di doveri di persone incapaci di agire prova nel modo più sicuro, che le norme valgono tanto per l'incapace quanto per il capace di agire.

(44) Op. cit., p. 168. Perfino del bonae fidei possessor si dice qui in particolare che egli sia «obbligato al pieno risarcimento del danno», laddove a p. 141 era opposto il più energico diniego all'opinione che l'obbligazione sussistesse prima della condanna e quindi prima della mutazione della bona fides in mala fides!

(44^a) *Norme*, II, p. 54.

(44^b) E «con ogni divieto o comando il diritto costringe l'uomo ad una limitazione del suo arbitrio». *Norme*, I, p. 32.

(44^c) *Norme*, II, p. 48.

(44^d) Si potrebbe pensare che le norme colpissero non le persone incapaci di agire, ma in loro vece i loro legali rappresentanti. Non il pupillo sarebbe dunque

7. (*Coazione all'adempimento contro irresponsabili. Il suo scopo finale non è rivolto a piegare il volere*). — Se le norme perseguono lo scopo di tutelare interessi umani contro una lesione, sia colpevole, sia incolpevole, arrecata da uomini, l'ordinamento giuridico potrà però difficilmente contare sopra un'obbedienza ai suoi imperativi da parte di irresponsabili. Di fronte a questi esso ordinamento meno che mai si potrà accontentare di avere emanato i suoi comandi e divieti. Se mai, proprio qui, perchè la tutela della norma non debba essere illusoria, alla trasgressione della stessa dev'essere connessa una conseguenza pratica. Dei due grandi gruppi di possibili conseguenze giuridiche della trasgressione della norma, l'una, quella che mira ad una pena, è esclusa. Solo il risarcimento resta in questione, ed anzitutto la sua più particolare figura, la coazione all'adempimento.

Qui è da far fronte subito ad un dubbio di massima. Viene insegnato (45) che qualsivoglia coazione, e quindi anche quella all'adempimento, si rivolgerebbe contro la volontà dell' (*autore dell'*) illecito. Soltanto contro questa si reagirebbe anche nella coazione dell'adempimento; lo scopo di una qualsivoglia coazione giuridica sarebbe, infatti, quello di

obbligato, bensì soltanto il suo tutore — seppure un'obbligazione di quest'ultimo potesse giungere fino al punto di fare qualcosa in luogo del pupillo, p. es. di pagare col proprio patrimonio. L'insostenibilità di una tale costruzione sarà dimostrata dall'ulteriore esposizione; anche BINDING non concepisce così la cosa. Egli dice (II, p. 49) a questo proposito, che la capacità di agire «può essere presa a prestito (*assunta*: entliehen) dal rappresentante..... per procacciare diritti..... a persone incapaci di agire..... e per adempiere ai loro obblighi». E in un altro luogo (II, p. 52) egli distingue i doveri «in due gruppi: gli uni (*quelli del primo gruppo*) dicono,o l'obbligato ha per sé stesso il dovere, oppure, quand'egli non sia in grado di adempierlo, il suo dovere spetta ad un non obbligato capace di agire».

(45) MERKEL, op. cit., pp. 58, 59. «Se il torto in tutte le sue forme racchiude un dissidio fra quello e questo volere» (cioè fra il volere individuale ed il collettivo), «la coazione giuridica che combatte il torto deve in tutte le sue forme essenzialmente mirare a togliere di mezzo questo dissidio». Dello stesso parere WAHLBERG nel *Manuale del diritto penale* (Handbuch des Strafrechts) di v. HOLTZENDORFF, II, p. 432, e precedentemente HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), XXI, p. 26. Anche IHERING, il quale si è dichiarato contro la volontà come momento del diritto soggettivo con grande, anzi a parer mio fin troppo grande, energia, trova tuttavia (*Momento della colpa* — Schuldmoment, p. 6) che sono necessarie contro-misure giuridiche solo per questa ragione, perchè un «volere umano» si contrappone (*a quello del*) al titolare del diritto (dem Berechtigten).

p. 97 togliere di mezzo il dissidio fra volontà singola e volontà collettiva. Se questo fosse esatto, come ogni pena, anche la coazione all'adempimento sarebbe per vero esclusa contro l'irresponsabile. Non avrebbe senso il voler influire sul volere di colui, al quale l'ordinamento giuridico stesso denega la capacità di volere. Ma il principio è insostenibile. Noti fenomeni della nostra vita giuridica stanno in contrasto insolubile con esso. Se dipendesse dall'ordinamento giuridico di piegare il volere ricalcitante, rimarrebbe inesplicato come esso (*ordinamento*) possa esigere dal creditore l'accettazione da parte di un terzo di ciò che gli è dovuto, sebbene in tal caso la volontà ricalcitante del debitore rimanga del tutto intera (*ungebrochen*). Inesplicato sarebbe poi perchè la pretesa venga a cadere quando il titolare di essa abbia ottenuto il suo in altra maniera oppure se anche solo abbia perduto un interesse sufficiente all'adempimento (46). Inesplicato rimarrebbe, finalmente, il procedimento dell'esecuzione. I mezzi coattivi, che si dirigono contro il volere del condannato, come (*la*) minaccia di pene pecuniarie e di cattura, sarebbero allora i soli corretti. Non soltanto sussidiariamente essi dovrebbero trovare applicazione, cioè in quei casi, nei quali ciò che si aspirava ad ottenere per mezzo del disprezzato imperativo possa essere realizzato solamente ed unicamente per mezzo della volontà del debitore, bensì in via generale ed esclusiva. A che confiscare al condannato la cosa dell'attore, a che pignorare e soddisfarsi col ricavato, a che un surrogato delle dichiarazioni incombenti al condannato e di ulteriori suoi comportamenti per mezzo di una pronuncia giudiziale (47) o per mezzo di azioni di terzi, quando tutti questi mezzi lasciano la volontà del debitore interiormente indòmita? Questi fenomeni dimostrano che la coazione all'adempimento persegue un altro scopo da quello di spezzare la volontà ricalcitante. La norma medesima non è posta, come il cappello di Gessler, solo per mettere alla prova l'obbedienza di coloro che le sono soggetti. Ci sono interessi riconosciuti dalla collettività come degni di protezione, a preservare od a promuovere i quali mirava il divieto od il comando. Se questa speranza si è manifestata vana, proprio a causa del medesimo interesse subentra la coazione all'adempimento. Quest'ultima però non persegue un fine altro da quello della norma trasgredita: il raggiungimento della situazione, a produrre od

(46) HARTMANN, *L'obbligazione* (die Obligation), (1875), pp. 54 ss.

(47) V. sotto, nota 54.

p. 98

a conservare la quale mirava il comando o divieto. L'inosservanza della norma è soltanto il motivo a causa del quale si è ricorsi ad ulteriori e più forti mezzi. Sarebbe del tutto erroneo il pensare che all'ordinamento giuridico importasse proprio l'obbedienza. La norma come l'obbedienza alla norma sono per esso soltanto mezzo a scopo; esso ordinamento ha di mira la situazione, che dovrebbe averarsi con l'obbedienza ai suoi imperativi (7). Ma se scopo della coazione all'adempimento è l'interesse, che già doveva essere soddisfatto per mezzo della norma ed oramai deve essere protetto proprio contro la volontà ricalcitante del trasgressore, risulta chiaro che la natura come l'esistenza di questa volontà dev'essere indifferente. Se la stessa riluttanza non può impedire una tutela dell'interesse, evidentemente neppur potrebbe ostacolare quest'ultima un mero non volere. Ma allora non vi è nulla che faccia ostacolo ad un'esecuzione contro l'irresponsabile. Non vi è, per lo meno, là dove l'azione di chi è soggetto alla norma non è l'unico mezzo per produrre la desiderata situazione. Dove si avveri quest'ultimo caso (48), naturalmente un'esecuzione non deve aver luogo. Tuttavia casi simili non sono che eccezioni. Del resto una coazione all'adempimento anche contro irresponsabili ha luogo così sul terreno del diritto pubblico (49) come su quello del diritto privato. Solo che, evidentemente, qui sono anche esclusi quei mezzi, che devono esercitare una pressione sul volere dell'irresponsabile (49^o). Che il rimedio non segua arbitrariamente, ma, fin dove ciò è possibile, (*segua*) nelle forme vigenti anche per i responsabili e ad ogni modo in forme giuridicamente prescritte, cioè come rimedio giuridico, è una conseguenza del riconoscere il mentecatto come un uomo ed una personalità giuridica. Questo riconoscimento ha per effet-

p. 99

(48) Come nell'obbligo di testimoniare o nella coazione a fine di concludere un matrimonio. Nel primo caso è esclusa per natura una rappresentanza altrui, nell'ultimo è esclusa per disposizione di legge. Cfr. Codice di proced. civile, § 779.

(49) Così, a tenore del § 32 della legge dell'Impero del 21 dic. 1871 relativa alle limitazioni della proprietà fondiaria in vicinanza di fortezze, la prescritta rimozione di costruzioni contrarie a tale disposizione deve effettuarsi eventualmente a mezzo di agenti di polizia — certamente anche quando la costruzione risalgia ad un irresponsabile. Così a tenore del § 8 dell'Istruzione per la legge dell'Impero del 7 aprile 1869 devono « essere ricondotti per la via più breve al di là del confine uomini e cose » — cioè, indubbiamente, anche uomini incapaci di volere. Così sono riscosse le imposte anche di fronte a soggetti incapaci di agire.

(49^o) Cap. I, nota 98; cfr. con note 99, 120 ss. — Esattamente LOENING, *Rottura di contratto* (Vertragsbruch), (1876), p. 531.

to che non sia permesso un intervento ad arbitrio sia dello stesso interessato sia degli organi esecutivi.

8. (*La coazione all'adempimento non ha a suo presupposto una colpa dell'obbligato*). — Sempre più largamente viene riconosciuto che la coazione all'adempimento non ha per scopo una sommissione della volontà, bensì una tutela di un interesse. Così da BINDING (50) e recentemente anche da HAELSCHNER (51). Ma entrambi riluttano tuttavia davanti alla mera deduzione delle conseguenze. BINDING ammette, sì, azioni contro incolpevoli, ma solo per questa ragione, che gli stessi possono essere posti in colpa per mezzo della condanna; solo a traverso il giudizio sorgerebbe la loro obbligazione (52). Dove manchi la possibilità di porre in colpa l'avversario, ogni coazione giuridica deve per conseguenza fallire. E pure HAELSCHNER insegna ancora recentemente (53): « Il torto, e con esso un diritto di azione, incomincia solo quando sia non voluto in maniera imputabile, se anche incolpevole, ciò che è fondato in diritto ». Questo torto incolpevole sarebbe a traverso la condanna o dichiarazione per tale oppure trasformato in torto colpevole.

Io non voglio sottolineare l'unilateralità di questa veduta, secondo la quale ogni coazione all'adempimento avrebbe per presupposto un giudizio. Ma io devo ben contestare che, dove segue una condanna, sia solo la colpevolezza che la stessa porta seco a fondare il « dovere giuridico » od a giustificare la coazione all'adempimento. A questa veduta contrasta il fatto che, solo che la cosa vi si presti, la condanna stessa provvede all'esecuzione. Se il convenuto apparisce obbligato al rilascio di una dichiarazione di volontà, a tale dichiarazione tosto si supplisce con la sentenza (54). Nel momento stesso, nel quale il condannato potrebbe cadere in colpa, la condanna è già bell'è eseguita. L'esecuzione

(50) Op. cit., I, p. 168.

(51) *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), XXVIII, pp. 406, 407.

(52) Pp. 135-141. Come BINDING giunga fino a riconoscere un diritto di azione prima che sia sorta l'obbligazione del convenuto, quindi una conseguenza giuridica di un'illiceità prima ancora di quest'ultima, rimane oscuro. E del pari come il giudice possa fondare solo con la sua sentenza un dovere giuridico non ancora esistente. Normalmente la sentenza ha soltanto da dichiarare che sussiste un'obbligazione, che questa anzi già sussisteva al tempo dell'inizio dell'azione (zur Zeit der Klagerhebung).

(53) Scritto cit., p. 404.

(54) Cod. di procedura civile § 779.

non ha bisogno dunque di aspettare la colpa del convenuto; quest'ultima non conta fra i suoi presupposti.

Ma specialmente di fronte agl'irresponsabili la combattuta teoria ci lascierebbe completamente in asso. Qui manca ogni possibilità di costituire in colpa mercè un chiarimento l'obbligato incolpevole. È vero che si propone una scappatoia. Il presupposto del diritto di azione sarebbe qui, « che il volere del suo giuridico rappresentante (*ciòè: del rappresentante dell'obbligato*) fissa e determina come giuridicamente sussistente la situazione anti-giuridica » (55). In altre parole, la volontà del tutore giustificerebbe l'azione, la condanna metterebbe in colpa il tutore e questa colpa renderebbe possibile l'esecuzione sul patrimonio del pupillo (55ⁿ).

Apparisce subito sorprendente come mai colui che è sotto tutela debba giungere a pagare col proprio patrimonio la colpa del suo rappresentante. Evidentemente non si potrà a questo proposito richiamarsi all'aforismo giuridico: « dolus tutoris pueri neque nocere neque prodesse debere » (56). Esso significa che il pupillo, se per certo non deve avvantaggiarsi dall'illecito procedere del suo tutore, non deve

(55) HAELSCHNER, *scritto cit.*, p. 403.

(55ⁿ) Sarebbe del resto troppo stretto (*una veduta troppo angusta*), se si volesse statuire una coazione all'adempimento contro irresponsabili eventualmente solo a scopo di preservare interessi patrimoniali. Assolutamente tutto ciò che deve essere raggiunto mercè un comando o tenuto lontano mercè un divieto è coercibile anche di fronte all'irresponsabile, a patto che la coazione possa aver luogo anche contro responsabili e precisamente in una forma, la quale prescinda dall'attività propria dell'obbligato. Se p. es. l'irresponsabile è obbligato a rilasciare una qualsiasi dichiarazione di volontà, — egli ha, p. es., recusato senza motivo, quando era ancora in possesso delle sue facoltà, il suo consenso paterno al matrimonio del figlio, — poichè qui la sentenza del magistrato vale come dichiarazione, si può avere citazione e sentenza anche contro l'incapace di volere rappresentato dal suo tutore. Cfr. anche l. 30 §§ 5-7 de fideic. libertatibus 40, 5. Così mi parrebbe doversi ammettere senza esitazione che in un processo di divorzio contro il convenuto incolpato di adulterio, nel caso che questi fosse impazzito dopo l'avvenuta confessione del fatto dedotto contro di lui (*ammissione da parte sua: nach erfolgtem Zugeständniss der Klage*) oppure dopo espletata la prova, cionondimeno possa aversi la sentenza di scioglimento del matrimonio. Poichè il divorzio deve assicurare l'interesse della parte attrice (der Klägerschaft), e non vedo come qui la pazzia del convenuto possa costituire un ostacolo. Qua e là, infatti, a tenore del diritto speciale (*di uno degli Stati confederati germanici: nach Particularrecht*) la pazzia inguaribile di uno degli sposi offre perfino un motivo legale per l'altra parte per chiedere il divorzio. Cfr. anche l. 22 § 7 soluto matr.^o 24, 3.

(56) l. 3 quando ex facto 26, 9 — l. 3 § 1 de tributaria actione 14, 4.

nemmeno venirne pregiudicato. Ma in che consisterebbe qui l'arricchimento? Se il tutore non avesse sostenuto il processo, secondo la veduta degli avversari per mancanza di una colpevolezza non si sarebbe potuti arrivare a nessuna coazione all'adempimento. Il tutore non poteva servir meglio il pupillo che col ricusarsi tanto più decisamente di assumere la causa quanto peggio le cose andassero pel pupillo medesimo. Non nell'interesse del pupillo, bensì in quello del suo avversario si sarebbe di fatto costituito il curatore. Egli sarebbe là per questo, per far la parte della necessaria interposta persona, poichè secondo l'opinione combattuta un soggetto purchessia deve assolutamente cadere in colpa affinchè possa aversi una coazione giuridica. Lui (*il curatore*) sceglierebbe l'ordinamento giuridico per farlo diventare colpevole — ma poi non a lui, bensì al suo pupillo infligge l'esecuzione.

p. 103 9. (*Prova fontale*). — Una veduta di questo genere è sconosciuta alle nostre fonti. Sempre il tutore deve agire nell'interesse del pupillo. A questo scopo egli deve scrupolosamente esaminare se la pretesa sollevata contro il suo pupillo sia giustificata. Se egli trova questo, deve tacitare senza processo l'interessato (57). Ma in caso contrario egli deve assumere la difesa del suo pupillo (58), ciò che per (*gli*) incapaci di agire non può avvenire se non con l'assumere egli stesso la causa (59). Se si arriva ad una condanna e se secondo un più recente diritto l'actio iudicati e l'esecuzione vien rivolta contro il patrimonio del pupillo (60), ciò non significa che l'esecuzione sia stata resa possibile soltanto per la colpevolezza del tutore, bensì (*significa*) che la difesa del tutore non è riuscita a stornare la coazione all'adempimento. La difesa non ha nociuto al pupillo, ma soltanto non gli ha giovato. Ciò apparisce nella maniera più evidente, se noi confrontiamo con questo il caso, in cui il pupillo rimane indifeso. Certamente già in diritto romano quest'ultima evenienza non si presenta tanto facilmente (60^a). Poichè in mancanza di un tutore vengono interpellati anche parenti

(57) l. 10 de administratione 26, 7.

(58) l. 30 eod.: «tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat» — c. 8 pr. § 4 C. de periculo tutorum 5, 37 (*k*).

(59) l. 1 § 2 de administratione 26, 7.

(60) l. 2 pr. eod. — l. 7 quando ex facto 26, 9 — l. 4 § 1 de re iudicata 42, 1.

(60^a) A tenore dei §§ 54, 55 del Cod. di procedura civile dell'Impero il caso non può assolutamente più presentarsi.

ed affini ed altre prossime persone se sieno pronte alla difesa (61). Se tuttavia non si trova nessuno, l'interessato non rimane però privo di tutela. Vero è che non si potrà ottenere una sentenza contro un pazzo (62). Poichè nè questi può assumere la causa (63) nè essere anche solo chiamato davanti al tribunale (64). Ma il pazzo viene considerato come indifeso e a favore dei suoi creditori (65) segue non soltanto una immissione nel possesso, bensì anche una vendita del suo bene (66). Il diritto romano ammette dunque una piena coazione all'adempimento anche di fronte all'irresponsabile, senza bisogno della colpevolezza di un terzo.

p. 104

10. (*Coazione all'adempimento rispetto a norme secondarie, emanate a scopo di risarcimento o garanzia*). — Noi siamo giunti al seguente risultato. I comandi e divieti del diritto non hanno per destinatari soltanto uomini capaci di volere. Sono ad essi parimenti soggetti gl'irresponsabili. Il contegno di questi ultimi deve dunque considerarsi come illecito, appena sia in contrasto con gl'imperativi dell'ordinamento giuridico. Ad una tale anti-giuridicità possono poi connettersi ulteriori conseguenze giuridiche. Vero è che tutti i precetti giuridici, i quali hanno per iscopo una punizione del trasgressore, rimangono giustamente esclusi di fronte all'irresponsabile. Ma trovano però applicazione le conseguenze giuridiche che mirano all'adempimento, se pur solo in quanto il risultato cui si mira per mezzo delle norme possa essere raggiunto anche senza il volere di chi è soggetto alle norme stesse. Ammesso questo presupposto, però, non è da farsi alcuna distinzione di

(61) l. 5 pr. § 1 quibus ex causis in poss. 42, 4.

(62) l. 9 de re iudicata 42, 1.

(63) l. 1 § 2 de administratione 26, 7.

(64) l. 4 pr. de in ius vocando 2, 4. Cfr. anche c. 2 pr. C. de annali exceptione 7, 40.

(65) Ma sono da intendersi per tali anche quelli che perseguono una pretesa reale: l. 6 § 16 quibus ex causis 42, 4.

(66) l. 5 § 1, l. 7 §§ 9-11 eodem. Del pari aveva luogo un'esecuzione forzata contro il patrimonio di persone giuridiche non difese: l. 8 quod cuiuscumque universitatis 3, 4. Contro impuberi non rappresentati seguiva (*la*) immissione in primo luogo soltanto a scopo di garanzia (l. 3 pr. quibus ex causis 42, 4 — l. 28 i. f. de rebus auctoritate 42, 5 — l. 15 § 29 de damno infecto 39, 2 Paul. S. R. V. 5^o § 1) e solo dopo raggiunta la pubertà (*la*) vendita e tacitazione (l. 5 §§ 2, 3 quibus ex causis 42, 4 — l. 33 § 1 de rebus auctoritate 42, 5). Tuttavia per il creditore ereditario già prima si poteva ottenere (*la*) vendita del bene ereditato (l. 3 pr. quibus ex causis 42, 4 — l. 6 pr. de rebus 42, 5).

principio se ciò che è comandato o vietato, della cui coattiva realizzazione si tratta, abbia il contenuto di una norma primaria oppure solo quello di una norma secondaria, la quale sorge dalla violazione di una norma primaria. È vietato a chicchessia di rubare; ma il ladro deve prestare risarcimento. Ora il risarcimento, lo scopo della norma secondaria, è realizzato poi coattivamente, anche se il ladro stesso è divenuto irresponsabile oppure se da lui abbiano ereditato irresponsabili (67). Certo, in applicazione di quanto si è sopra osservato, una coazione all'adempimento rimane esclusa, qualora ciò che è comandato dalla norma secondaria possa essere ottenuto proprio soltanto mercè l'azione dell'obbligato. Per ciò doveva cessare a mo' d'esempio la pretesa di diritto pubblico alla prestazione della promessa giurata (*di rinunciare alla vendetta: auf Leistung der Urfehde*) oppure quella privatistica alla prestazione di una cautio de non amplius turbando, se chi vi si doveva obbligare era divenuto pazzo (68).

Dalla questione ultimamente toccata è nettamente da separarsi l'altra, se in generale il fatto antiggiuridico di un irresponsabile sia idoneo a destare (*l'applicazione delle*) le norme secondarie connesse alla illiceità, oppure se sia tale solo l'attività, anzi propriamente solo l'attività colpevole di un soggetto responsabile. A quest'ultima questione non può essere data una risposta univoca. Sarebbe prima necessario di esaminare ogni singola norma secondaria in ispecie alla stregua dei suoi presupposti. In generale si può dire soltanto che le obbligazioni secondarie connesse ad un'illiceità, aventi per iscopo un risarcimento od una garanzia, di regola hanno a loro presupposto una trasgressione *colpevole*. In particolare, il fundamentalissimo di tutti gli obblighi di risarcimento, quello per lesione di un'altrui proprietà, è connesso esclusivamente alla trasgressione colpevole della norma primaria. Il principio: « non il danno, bensì la colpa obbliga al risarcimento » (69) è ancor oggi in vigore. Io potrei tuttavia non con-

(67) l. 2 de conduct. furt. 13, 1. « Conditione ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii exstiterunt, quamvis cum eis agi non possit ». — Evidentemente ciò che si è detto non esclude che molte di queste norme secondarie abbiano una loro peculiarità e che il dovere fondato su di esse possa per esempio aver fine con la morte dell'obbligato.

(68) Inoltre rimanevano privi di scopo (*il*) voto (Gelübde) e (*la*) costituzione di cauzione, poichè l'uno e l'altra erano richiesti affinché la loro prestazione avesse efficacia su le future risoluzioni di colui che li aveva prestati.

(69) IHERING, *Momento della colpa* (Schuldmoment), p. 40.

venire incondizionatamente nel cantar le lodi di questo principio. Potrei bensì considerare tale principio come un anello storicamente necessario dell'evoluzione, come una reazione contro la più grezza concezione giuridica di un'epoca anteriore, la quale non esitava ad infliggere addirittura pene ad incolpevoli (70). Solo che, a mio giudizio, la reazione è andata troppo in là, ed io sarei in dubbio se il (*detto*) principio sia in realtà pienamente consono al nostro attuale sentimento di giustizia (71). Ciò nondimeno devo rinunciare per adesso al tentativo

(70) La pena doveva oramai colpire solo (*coloro che erano*) ancora colpevoli, e quindi anche il dovere di risarcimento, che spesso ai Romani appariva come una pena. Cfr. Cap. I, nota 161. Per questo si dice nella l. 60 de rei vind. 6, 1: « Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, imputum est »; l. 61 i. f. de adm. et per. tut. 26, 7: « imputum autem puto admittendum, quod per furem alicuius accidit ».

(71) Che non ogni danneggiamento arrecato ad altri possa obbligare il danneggiatore al risarcimento, si capisce facilmente di per sé. Se due persone correndo per strada cozzano l'una contro l'altra, solo una ben ingenua concezione potrebbe disconoscere che sia impossibile consentire a colui, il cui bene sia stato danneggiato, una pretesa al risarcimento contro colui che è rimasto illeso. Eppure, la conseguenza sarebbe che chi l'ha scampata felicemente dovrebbe da ultimo sopportare il danno e, viceversa, che chi dapprima fu danneggiato in fin dei conti non sopporterebbe alcuna perdita; la fortuna del primo diverrebbe in verità la sua sfortuna. Qui, ancora, tutt'e due insieme sono causa del danneggiamento. Ma in modo diverso mi pare stia la cosa nel caso che al danneggiato non si possa imputare assolutamente nessuna colpa, e nemmeno al danneggiatore, ma ciò soltanto perchè al tempo del fatto egli versava in una condizione di irresponsabilità. Se nell'albergo un ospite, travagliato da cattivi sogni, balza su nel sonno ed ancora in piena incoscienza fracassa vasellame e specchi; se un bambino al mercato ruzzando fanciullamente dà addosso alle pentole esposte; se un passante, còlto per istrada da un improvviso svenimento, precipita addosso ad una pila di cose fragili o, preso da delirio, apposta le frantumate, nè gli astanti nè gli interessati dubiteranno, secondo me, circa l'obbligo di risarcimento che incombe al soggetto incolpevole. Io mi appello fiduciosamente al giudizio dei profani, se ad essi ciò sembra giusto ed equo, quand'anche il giurista in simili casi debba respingere la pretesa al risarcimento, sebbene l'ospite (*dell'albergo*), il passante ed il fanciullo posseggano una fortuna sufficiente per coprire il danno arrecato senza cadere essi stessi in bisogno. Sembra inoltre a me che sia da rilevarsi un'inconsequenza di fronte ad altre decisioni del diritto. Se cose inanimate hanno causato un danno, il danneggiato potrebbe rifiutarsi di restituire al proprietario (ll. 6, 7 § 2; l. 9 §§ 1-3 de damno inf. 39, 2), indifferentemente se questi sia o non sia responsabile. Del pari, quest'ultima circostanza non importa una differenza circa l'obbligo di risarcimento da parte del proprietario nel caso che una bestia abbia recato danno. In tali casi dunque l'irresponsabile risponde con parti del suo patrimonio, sebbene nè si possa parlare sul serio di una

p. 107 di formulare i presupposti, sotto i quali, a mio parere, potrebbe giustamente essere ammesso un obbligo di risarcimento anche per un danneggiamento incolpevole.

sua colpa nè di una colpa di cose inanimate o di bestie (l. 1 § 3 si quadrupes 9, 1 «nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret»; cfr. però l. 1 § 11 cod. e su ciò VANGEROW, *Pandette* § 689 nota, e circa il «vitium loci» BEKKER, *Azioni*, I, p. 194). Non è dunque nè equo nè logico che l'irresponsabile rimanga pienamente libero da obbligo di risarcimento, se la sua propria forza corporea ha causato il danno. Anche i tentativi falliti di fondare in diritto positivo l'obbligo di risarcimento dell'irresponsabile (presso VANGEROW, op. cit., § 571 nota 2) sono quanto meno indizi del bisogno di una statuizione in questo senso (für das Bedürfniss einer derartigen Satzung).

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (Il termine «Unrecht»). Il sostantivo *Unrecht*, che, insieme con l'aggettivo *schuldlos*, dà il titolo a questo Capitolo, si può tradurre, sia: *torto*, sia, come nel corso del Cap. precedente: *illiceità* (parola con la quale, però, ho tradotto più sovente l'espressione: *Normwidrigkeit*). Qui ho preferito adottare la traduzione più aderente al significato etimologico (*Un-recht*: non-[conforme al]-diritto), perchè, unito alla qualifica di *incolpevole* (*schuldlos*, etimologicamente: scevro di colpa), mi è sembrato che il termine *torto* meglio potesse alludere a situazioni anche solo oggettivamente disformi dalle norme giuridiche, laddove, se io non m'inganno, il termine (ed il concetto) di *illiceità* parrebbe contenere un più esplicito richiamo all'aspetto anche soggettivo della situazione anti-giuridica (ed in particolare, s'intende, al contegno di chi tale situazione abbia prodotta); così che parlare d'illiceità — anzichè di torto — incolpevole potrebbe suonare come una *contradictio in adiecto*.

a p. 71 testo
ted., 79 trad.

b) (*Unbefangenes Unrecht*). Preferisco tradurre «unbefangenes Unrecht»: *torto ingenuo*, come ha tradotto B. CROCE dall'*Enciclop. delle scienze filos.* di HEGEL (§ 497, Bari, Laterza, 1907, p. 435), anzichè: *torto semplice*, come ha tradotto F. MESSINEO dalla hegeliana *Filos. del diritto* (§ 84, Bari, Laterza, 1913, p. 86), che pure è il luogo di HEGEL, qui cit. dall'A.: e ciò perchè, trattandosi di *torto*, il qualificarlo *ingenuo*, secondo l'espressione adottata dal CROCE, pare a me richiami con maggior evidenza l'incolpevolezza di chi l'abbia posto in essere; un *torto denominato semplice* potrebbe apparire, forse, una *species* più propriamente tecnica del *genus torto*.

a p. 71 testo
ted., 79 trad.

c) (*Chiarimento*). Ho cercato di rendere così il senso della proposizione, che letteralmente non mi pareva traducibile o, quanto meno, non poteva, secondo me, riuscire chiara. Il testo tedesco dice: «Jede der hundertlei Handlungen, welche zum Schlafe führen kann und auf deren Begangenschaft aus dem Schlafe ein Schluss zu ziehen ist, enthält im Zusammenhalt mit der übernommenen Wachtspflicht eine normwidrige Gefährdung» (ho spaziato io le parole, delle quali ho adottato una trad. un po' libera).

(a nota 20)

d) (*Su la volontà nei reati colposi*). L'A dice che, coi suoi cenni, non presume di aver penetrato a fondo la difficile teoria dei delitti colposi. Nè pretendo minimamente di farlo io, e nemmeno di dare la più modesta scorsa all'abbondante let-

(a nota 20)

teratura in argomento, che si è avuta in questi sessant'anni dopo il volume del THON.

Per la dottrina germanica si può vedere il vol. di E. MEZGER: *Dir. Penale*, trad. ital., Padova, Cedam, 1935, spec. § 46, pp. 367 e segg. — Per la dottrina italiana, oltre i noti trattati di diritto penale (p. es., MANZINI, FLORIAN, MAGGIORE ecc.), la monografia di A. DEL GIUDICE: *Il delitto colposo*, Ferrara, Taddei, 1918.

Quanto al problema specifico, e specificamente grave, del momento della volontà nei reati colposi, si può osservare che, come qualcuno ha già notato in linea generale, è, bensì, ovvio che anche in tali reati si voglia ricercare quest'elemento dai seguaci della teoria imperativistica (ed è superfluo il rammentare che il nostro A. è di questa uno dei più decisi sostenitori). Ma ha poi ragione il THON quando, al principio della sua lunga nota, nonostante le sottili demarcazioni ch'egli pone fra la volontà del pericolo, ch'è già inizio ed indizio di dolo, e quel tanto di volontà che occorre perchè si parli di reato colposo, ravvisa tale volontarietà nella trasgressione intenzionale d'un divieto di azioni pericolose, o meglio di comportamenti pericolosi, comportamenti minacciati di pena non di per sé, ma per le conseguenze antiggiuridiche che ne possono derivare? A me pare che, proprio quando THON fa sue le ipotesi di SCHLOSSMANN, del guardiano che si è addormentato o per la lettura del libro noioso o per essersi lasciato andare a fantasticare, assai meglio che d'una trasgressione intenzionale d'un divieto di (tali) azioni o comportamenti pericolosi, si possa parlare di «inerzia della volontà», concetto «il quale costituisce la chiave di volta» per risolvere questo problema «d'indole schiettamente giuridica» della volontarietà nel reato colposo: «l'inerzia (è stato detto, e, secondo me, detto bene) non è semplicemente assenza di volontà, ma mancanza di una attività psichica che era possibile» (F. ANTOISEI: *La volontà nel reato*, «Riv. Penale», 1932, Vol. III N. S., P. I., pp. 233-64; le parole cit. a pp. 252, 253). Ecco, pure secondo il mio modesto parere, quel tanto di «volontà» di azioni od omissioni, ch'è richiesto anche dal nostro Cod. Pen. (cfr. art. 42, 43) perchè si possa parlare di reato colposo. Ed è facile comprendere come anche qui la sanzione penale del reato colposo, nel senso romagnosiano di «controspinta», si possa intendere quale elemento corroborante della volontà, atto a combattere quella sua «inerzia», d'onde può derivare il torto punibile.

(a nota 23)

e) (*Chiarimento*). Se capisco bene, l'A. vuol dire questo. Ci sono pene, che il soggetto merita e subisce immediatamente col proprio comportamento antiggiuridico. Solo mediamente può tornare in discussione il problema, se il soggetto abbia meritato, e quindi giustamente subito, la pena. P. es., un creditore perde il suo credito quando si sia fatta ragione da sé. La perdita del credito è la pena in cui incorre per la propria illiceità. Quand'egli agisca contro il debitore per ottenere l'adempimento dell'obbligazione, e il debitore opponga al creditore l'eccezione della ragion fattasi, la sentenza che respinge la domanda dell'attore sul fondamento dell'eccezione oppostagli dal convenuto, non infligge, essa, la pena della perdita del credito, ma non fa che constatare che in tale meritata pena quegli era incorso per il proprio comportamento antiggiuridico, cioè per essersi fatta (più esattamente, forse, per aver tentato di farsi) ragione da sé stesso.

a p. 83 testo
ted., 88 trad.

f) (*Chiarimento*). L'A., allude evidentemente, non all'«inconseguenza», cui aveva fatto allora richiamo e che è spiegata nella nota 25, bensì al principio

dell'intrasmissibilità agli eredi della pena pecuniaria (salvo il caso, rilevato nella detta nota come un'«inconseguenza», che la condanna pecuniaria fosse già divenuta esecutiva durante la vita dell'imputato).

g) (*Tentativo di negozio: rinvio*). Del negozio giuridico l'A. tratta più esplicitamente nel Cap. VII, ed allora se ne riparerà anche in queste note. Qui basti sottolineare, di passata, un'osservazione del THON, del resto assai nota ed apprezzata nella letteratura giuridica, non foss'altro per le felici espressioni da lui adoperate: tentativo di negozio giuridico (Versuch zu einem Rechtsgeschäfte). Proprio in ragione dell'importanza che l'ordinamento annette al negozio giuridico, — che, quando sia valido, se non è fonte, pur tuttavia può dirsi una forma di diritto obbiettivo, — l'ordinamento stesso si difende, generalmente, da quei negozi che, per qualsiasi ragione, esso non voglia ammettere. Come se ne difende? In un modo molto semplice: negando effetti giuridici a quelle dichiarazioni di volontà. È questa una diretta difesa, che il diritto obbiettivo attua contro un tentativo, appunto, di dar vita ad una sua forma od espressione, e ciò indipendentemente dal comportamento del soggetto, che abbia tentato di porre in essere il negozio, il quale comportamento, se illecito, potrà essere passibile di altre sanzioni, ma potrà benissimo essere lecito, senza che questo impedisca la sanzione di nullità comminata contro l'atto. La quale non senza una profonda ragione viene chiamata, nel linguaggio tecnico, sanzione. È, infatti, la sanzione che colpisce l'atto, e lo disconosce assolutamente, o quanto meno lo rende caduco, laddove le altre sanzioni, penali o civili, colpiscono il comportamento.

a p. 85 testo
ted., 91 trad.

h) (*Sul concetto di legittima difesa*). Di tutta la lunga nota del THON il punto più interessante mi sembra proprio questo: la domanda, ch'egli si pone, se quello che rende legittima la difesa — cioè il fondamento della legittima difesa, — si debba ricercare soltanto nella situazione, in cui l'attacco pone l'agredito, od invece anche in ciò, che l'aggressore sia un soggetto responsabile, e, come tale, punibile. Quello che fuorvia gli avversari — continua l'A., — è il fatto che il Cod. Penale, per ammettere la legittima difesa, parla d'un attacco «antigiuridico»; e, secondo una concezione eccessivamente ristretta e, direi, consequenzialista delle norme, l'irresponsabile, non potendo essere (psicologicamente) destinatario di esse, non potrebbe neppure trasgredirle. Se si ponga poi mente all'esempio, addotto poco prima dal THON, — dell'amico che, non potendo altrimenti difendere la vita dell'amico agredito, ne uccide l'aggressore, pur consapevole che quest'ultimo è un pazzo, — si avranno tutti gli elementi del quesito, che il nostro A. qui sfiora, a proposito delle ancor più ampie questioni toccate nel testo, se le norme giuridiche abbiano o non abbiano vigore per soggetti irresponsabili, e se, per prevenire legittimamente la trasgressione d'una norma (illiceità), sieno presupposto necessario la colpa e la responsabilità del trasgressore.

(a nota 36)

i) (*Obbligazioni degli irresponsabili*). Senza approfondire l'argomento, basti osservare come il cenno, che di esso fa qui il THON, e soprattutto la prova ch'egli ne vuol trarre in favore della sua opinione, — le norme giuridiche avere per destinatari anche gli incapaci di volere, — dimostrino ancora una volta quanto spesso e volentieri il nostro A. sconfinasse dal campo formale della dogmatica in quel teologismo, che, prendendo di mira il fine più che la struttura dell'ordinamento giuridico, è, insomma, il terreno della politica del diritto. Solo ponendosi su questo

a p. 92 testo
ted., 96 trad.

terreno, infatti, hanno senso i problemi, se le norme possano obbligare soggetti incapaci d'intenderle, perchè l'ignoranza della legge non iscusì, ed altri simili. Vero che il diritto obiettivo, coi suoi precetti e con le sue sanzioni, tende ad imprimere una certa direzione alla volontà dei soggetti e contribuisce a formare quella che ben fu detta la «fibra legale» del popolo: ma queste sono considerazioni, vuoi di psicologia, vuoi di sociologia giuridica. La critica della dogmatica, secondo il mio modesto avviso, non può, a questo proposito, se non limitarsi ad osservare che ogni norma giuridica, per il contenuto di volontà ch'essa racchiude, come ogni altro volere tende alla propria realizzazione, vale a dire a conservare od a produrre determinate situazioni, cioè, a traverso la qualifica di certi comportamenti, ad addossare all'uno od all'altro soggetto le conseguenze di determinati eventi.

a p. 98 testo tedesco., 101 traduttore.

j) (*Obbedienza alla norma*). Anche a proposito dei rilievi fatti dall'A. circa la norma e l'obbedienza alla norma, concepite come mezzi per scopi ulteriori, si può confermare quanto si diceva nella precedente di queste note. Solo che qui, più esplicitamente che altrove, il THON mostra di avere piena consapevolezza del valore strumentale del diritto. Valore strumentale, per comprendere il quale, tuttavia, è necessario oltrepassare il punto di vista puramente formale, cioè strettamente dogmatico, ed adottare una visione teleologica del diritto, cioè, lato s e n s u, sociologica o politica.

(a nota 58)

k) (*Precisazione d'una citazione delle fonti*). La seconda citazione è errata: infatti la rubrica del tit. 37 del lib. 5 del Codice è: de administratione tutorum etc., e non: de periculo tutorum etc. (ch'è la rubrica del successivo tit. 38, il quale non consta che di 6 costituzioni). Inoltre la c. 8 C. 5, 37 consta d'un solo passo. Probabilmente l'A. voleva alludere a: c. 28 pr., § 4 C. de administr. tutorum 5, 37.

III.

Diritti pubblici e privati.

SOMMARIO: 1. Una delimitazione dei diritti pubblici e privati non può essere eseguita sul fondamento di una diversità nella formazione o nel generale contenuto delle norme. - 2. Neppure a seconda delle persone, alle quali le norme si rivolgono. - 3. Altrettanto poco (*può farsi*) a seconda degl'interessi, alla cui tutela mirano le norme. Contro BRUNS. - 4. E nemmeno il torto privato è un torto mediato. Critica delle opinioni di HAELSCHNER e LENEL. - 5. Il carattere differenziale consiste nelle conseguenze giuridiche, che la trasgressione di una norma porta dietro a sè. Soltanto la possibilità di una specifica conseguenza giuridica (la pretesa) conferisce un diritto soggettivo, la qualità della pretesa decide fra un diritto pubblico ed uno privato. - 6. Tuttavia lo scopo pel quale è conferita la pretesa (pena o risarcimento) non è da utilizzarsi per la partizione. - 7. E neppure la circostanza, che l'avanzare la pretesa sia insieme un dovere. Vi sono diritti pubblici che non sono accompagnati, come tali, da prestazioni. Contro BRINZ. - 8. Determinazione del concetto di diritto privato. La sua caratteristica è la pretesa privata. - 9. Delimitazione dai diritti pubblici. - 10. Delitti perseguibili a querela di parte. - 11. Diritti privati dello Stato. - 12. Obblighi dello Stato. - 13. Risultato. - 14. Diritto privato e diritto patrimoniale non coincidono.

Tutto il diritto d'una comunità consiste in imperativi; il diritto obiettivo è la volontà generale. Su questo fondamento è da cercar di determinare ulteriormente ciò che siamo soliti denotare come il diritto del singolo o il diritto soggettivo (*a*). In questa indagine occorrerà prima di tutto sottoporre ad una rigorosa analisi i singoli diritti privati. I diritti privati infatti rappresentano i più compiuti e più marcati diritti soggettivi. Ma avanti che io mi accinga a determinare i singoli diritti privati, sembra opportuno, prima ancora, salvo precisare ulteriormente il concetto dello stesso diritto soggettivo, di distinguere l'uno dall'altro i due gruppi di quest'ultimo, i diritti pubblici ed i privati.

p. 108

1. (*Una delimitazione dei diritti pubblici e privati non può essere eseguita sul fondamento d'una diversità nella formazione o nel generale*

contenuto delle norme). — Per una delimitazione dei diritti pubblici e privati l'essenza delle norme in sè stesse non ci dà nessun aiuto. Una norma qualsiasi esprime il volere della società giuridica, sia che questo volere si trovi espresso in una legge oppure si rilevi dal suo realizzarsi nella vita. Inoltre, questo volere è sempre indirizzato ad un certo comportamento esteriore di quelli, che sono sottoposti alla norma; ogni norma racchiude un imperativo. Formazione e contenuto generale sono dunque per ogni norma gli stessi. È perfettamente esatto quanto dice BINDING (1): «ogni norma . . . è di natura pubblicistica, ogni violazione di norma (è) una violazione del diritto pubblico» (b).

2. (*Neppure* — v. § preced. — *a seconda delle persone alle quali le norme si rivolgono*). — Altrettanto poco decisiva per la qualità del diritto in questione è la persona, alla quale l'imperativo si rivolge. Non tutte le norme, che obbligano il singolo, fondano un diritto privato, non tutte quelle, che obbligano un rappresentante della cosa pubblica (des Gemeinwesens), fondano un diritto pubblico. I comandi di presentarsi a prestare il servizio militare e di restituire un prestito ricevuto, i divieti del contrabbando e della ritenzione di proprietà altrui possono tutti quanti riguardare una persona privata, benchè poi il primo di ciascuno dei due imperativi fondi un diritto pubblico, il secondo (*di ciascuno di essi fondi*) un diritto privato. Così pure la seguente esposizione offrirà esempi di prestazioni privatistiche della cosa pubblica.

3. (*Altrettanto poco* [può farsi: v. §§ preced.] *a seconda degli interessi, alla cui tutela mirano le norme*). — Viceversa, la partizione in diritto pubblico e privato, in conformità alle massime del diritto romano (2), viene sovente fatta dipendere da ciò, che gl'imperativi sieno stati posti a vantaggio della comunità o dei singoli. Il diritto pubblico sarebbe posto a garanzia degl'interessi pubblici, il privato a quella dei singoli. Il criterio decisivo dovrebbe quindi trovarsi negli scopi, che l'ordinamento giuridico persegue emanando le proprie norme (3).

(1) *Norme*, I, p. 144.

(2) ULPIANO, l. 1 § 2 de iustitia et iure I, 1 (§ 4 I. eod. I, 1): «publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim».

(3) Così BRUNS nell'*Enciclopedia* di v. HOLTZENDORFF, 3^a ed., p. 340: «Il principio (*della distinzione*) può trovarsi soltanto nel contenuto e scopo del diritto

Ma anche questo tentativo non regge ad un esame più approfondito. Non è possibile di contrapporre in tal modo, gli uni agli altri, gl'interessi della comunità e (*quelli*) dei singoli.

Innanzitutto ogni norma persegue lo scopo di promuovere il bene della società (4). Gli organi legislativi in particolare sono addirittura obbligati a proferire il loro giudizio, secondo scienza e coscienza, su ciò che dev'essere diritto, unicamente nell'interesse della comunità. Sotto quest'aspetto non v'è la minima differenza fra le norme, che fondano un diritto pubblico, e quelle, che fondano un diritto privato. Alla proprietà stessa, che noi decisamente annoveriamo fra i diritti privati, la tutela statutale non viene già accordata in favore della persona del suo singolo titolare. Non per riguardo a Tizio od a Caio viene protetta dall'ordinamento giuridico la loro proprietà; per il comune interesse viene costituito l'istituto giuridico della proprietà, poichè il godimento esclusivo dei beni materiali da parte dei singoli è della massima importanza per il progresso della civiltà e quindi per l'intera comunità (c), e la proprietà ha per iscopo di rendere possibile e di assicurare tale godimento. Esprimono tali pensieri le singole carte costituzionali, quando garantiscono l'inviolabilità della proprietà (5), od anche PAOLO quando inizia la trattazione del diritto privato della dote con le parole: «rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt» (6).

Viceversa l'interesse della comunità coinciderà poi coi veri inte-

obbiettivo come del soggettivo; la definizione romana, che il diritto privato «ad utilitatem singulorum spectat», il pubblico «ad statum reipublicae» è la sola esatta ed anche pienamente sufficiente: utilitas singulorum è l'interesse particolare dei singoli come tali, il loro interesse privato, status reipublicae la condizione e gl'interessi dello Stato e della collettività». Analogamente NEUNER, *Rapporti di diritto privato* (Privatrechtsverhältnisse), pp. 1, 9, 130: «Il diritto privato ha per contenuto, in contrapposto al diritto pubblico, l'ordinamento giuridico (die rechtliche Ordnung: cioè, la disciplina giuridica) di quei beni od interessi della vita privata, i quali, come elementi della vita comune, sono esteriormente tutelabili nel loro soggetto da parte di terze persone, sono esteriormente tutelabili per mezzo della cosa pubblica, ed hanno per conseguenza la possibilità ed il bisogno d'una disciplina giuridica».

(4) Esattamente MERKEL, *Dissertazioni criminalistiche* (Kriminalistische Abhandlungen), p. 62; concorde con lui HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), 1869, p. 112.

(5) Carta costituzionale per lo Stato Prussiano, art. 9.

(6) l. 2 de iure dotium 23, 3.

ressi dei singoli. Poichè la società consta d'individui; essa non è qualcosa di diverso da questi. Per tale riguardo tutti i precetti giuridici sono posti nell'interesse degli individui, senza che vi sia differenza fra diritto pubblico e privato. Ma per vero qui si può distinguere una partecipazione immediata dei singoli ed una più remota. Certi beni giuridicamente protetti sono comuni a tutti i membri dello Stato, per guisa ch'essi non potrebbero essere sottratti all'uno e lasciati all'altro. Un attacco contro il territorio dello Stato minaccia il bene dell'integrità dello Stato in egual modo per tutti coloro che vi appartengono; l'uccisione del sovrano toglie a qualsiasi cittadino il proprio capo statale. Questi sono beni, i quali hanno per necessario presupposto una vita in comune nello Stato. Altri (*beni*), invece, come (*la*) vita (*la*) libertà e (*il*) possesso, possono venir concepiti anche senza una comunità di uomini e sono quindi in senso eminente beni dei singoli. Ogni volta ch'essi sieno danneggiati, è lesa in particolare anche l'interesse del loro singolo titolare. Sarebbe pertanto possibile distinguere dal diritto pubblico tutte quelle norme, le quali — se anche poste nell'interesse generale — sono tuttavia destinate a proteggere beni di tal fatta dei singoli (7), e designarle come diritto privato, poichè esse in modo speciale ad utilitatem singulorum spectant. Ma allora le norme, le quali hanno per iscopo la tutela della vita, della libertà, dell'integrità del corpo, dell'onore in generale e dell'onore sessuale della donna in particolare, dovrebbero in egual maniera distinguersi dal diritto pubblico e cadere nel terreno del diritto privato, come i divieti, che fondano la tutela della proprietà e del possesso. Poichè dal punto di vista dell'interesse individuale non potrebb'essere affermata una differenza fra le dette norme. Sarebbe arbitrario il dire che al singolo importi in modo speciale che non gli sia tolto il possesso, ma non già che gli sia tolta la vita, la libertà, la salute. Una così larga determinazione del diritto privato, tuttavia, sarebbe in assoluto contrasto con la nostra concezione del diritto. Noi non siamo abituati a vedere nell'assassinio, nello stupro, nel ratto soltanto lesioni d'un diritto privato.

L'opinione contraria dovrebbe far buona prova particolarmente là ove una legge sia emanata espressamente nell'interesse di singole classi di persone o addirittura di singole persone; una legge siffatta dovrebbe sempre ed infallentemente fondare un diritto privato delle stesse (8).

* (7) Per brevità li designerò come beni speciali ed interessi speciali (Specialgüter und Specialinteressen).

(8) Così le «norme giuridiche, le quali sono emanate nell'esclusivo interesse

Ora, dazii protettivi e divieti d'importazione spesso si propongono espressamente il fine di venire in aiuto a singoli rami d'industria, anzi si può anche pensare ch'essi mirino alla protezione d'una determinata azienda. Se a tale proposito IHERING osserva: «lo Stato emana la legge in realtà nel proprio interesse, il quale, tuttavia, qui va a braccetto ... con quello degli industriali» (9), ciò non è nè più nè meno vero che per qualunque altra norma. Il dazio protettivo viene introdotto assolutamente come una qualunque altra legge soltanto nell'interesse della collettività (od almeno così dovrebbe essere) — solo che l'interesse della cosa pubblica qui viene solo mediatamente assicurato, cioè promovendo gl'interessi d'una singola industria, importante per la collettività. E tuttavia nessuno vorrà sostenere che dalla legge doganale nasca un diritto privato per la detta industria — nemmeno allora quando, come scopo della legge, fosse stata espressamente menzionata la protezione d'una singola impresa (10). Fin d'ora noi possiamo dire: un interesse privato, a favore del quale sia stabilita la tutela, non fa ancora di quest'ultima un diritto privato: soltanto il modo, come questa tutela sia assicurata, è decisivo per la qualifica della stessa. Anzi, noi non siamo assolutamente in grado di determinare l'appartenenza d'una norma al diritto pubblico oppure al privato, quando abbiamo soltanto la norma davanti agli occhi. Così, il divieto il quale fonda la tutela dei marchi di fabbrica (11): «tu non devi adoperare un marco di fabbrica, che da un industriale sia stato depositato nel registro commer-

dell'accusato» — § 378 del Codice di procedura penale — avrebbero introdotto un diritto privato dell'accusato.

(9) *Spirito* (Geist), III, § 61, p. 328, 3^a ed., p. 339. Osservo tuttavia che IHERING solo nell'espressione sembra aderire all'opinione avversaria. Poichè subito dopo egli molto esattamente designa come il criterio dei diritti privati l'auto-protezione dell'interesse (den Selbstschutz des Interesses), l'azione; io direi piuttosto: la pretesa privatistica.

(10) Si rammenti p. es. come da ultimo nelle sedute parlamentari dell'aprile 1877 relative al progetto di legge concernente la riscossione d'un dazio compensativo, la tutela della produzione nazionale del ferro ed in specie quella delle industrie alsaziane di fronte alla concorrenza francese favorita dagli «acquit - à - caution» fu designata come scopo della legge. Se si volesse contestare che la proposta di legge aveva per iscopo «singulorum utilitatem», io non saprei più quale legge corrisponderebbe a tale esigenza.

(11) Cfr. § 13 della legge dell'Impero su la tutela dei marchi del 30 novembre 1874.

ciali nel modo prescritto per la registrazione» può ascriversi tanto al diritto pubblico che al privato. Soltanto le conseguenze giuridiche, che sono connesse alla trasgressione della norma, rendono possibile di caratterizzare quest'ultima (12).

p. 115

4. (E nemmeno il torto privato è un torto mediato. Critica delle opinioni di HAELSCHNER e LENEL). — Da parecchi si concede che, veramente, soltanto il modo nel quale da parte della comunità giuridica verrebbe accordata tutela agli speciali interessi individuali li farebbe apparire come il diritto privato dei singoli. Solo che il carattere differenziale viene falsamente posto nel fatto, che la norma, su la quale si fonderebbe un diritto privato (13), in contrasto con tutte le altre, le quali sarebbero poste incondizionatamente, farebbe dipendere i proprii comandi dal *volere dell'interessato*. Certo, anche il diritto privato riposerebbe, con ciò, su la volontà generale; ma gl'imperativi della comunità giuridica avrebbero per iscopo di conformarsi alla volontà di un singolo. Un torto privatistico consisterebbe certamente, come ogni torto, in un comportamento contrario alla volontà generale — ma la caratteristica dello stesso sarebbe da ricercarsi in ciò, che esso si metterebbe in pari tempo in contrasto col *volere del soggetto privato di diritto*, poichè la norma richiede che questo *volere* sia obbedito (da die

(12) Un ulteriore istruttivo esempio l'offre la disposizione di alcuni regolamenti comunali, a tenore della quale le case non devono essere dipinte in bianco nella parte-esposta al sole. È evidente che ciò non è comandato per superiori ragioni di benessere generale, che qui non è in questione la sanità cittadina, ma soltanto la salute degli occhi delle persone abitanti dirimpetto. Eppure questi ultimi non ne traggono alcun diritto privato, nel caso che la città abbia riservato a sè stessa di procedere contro i contravventori. Oppure si cfr. l. 2 § 24 ne quid in loco publ. 43, 8: «Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus». — Del resto può di quando in quando essere attribuito proprio un diritto privato all'uno per rispetto all'interesse privato di un altro. Così l'actio negotiorum gestorum contraria a tenore della l. 1 de neg. gestis 3, 5 e della l. 5 pr. i. f. de O. et A. 44, 7 per rispetto all'interesse del dominus negotii; lo stesso accade con la limitazione della legandi potestas a tenore del pr. I. de lege Falc. 2, 22 «idque ipsorum testatorum gratia provisum est», con quella della in integrum restitutio a tenore della l. 24 § 1 de minoribus 4, 4, anzi perfino con la restrizione della potestà del proprietario sopra i suoi schiavi a tenore del § 2 I. de his qui sui 1, 8: «dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam... denegetur his, qui iuste deprecantur».

(13) Sia lecito di designare d'ora in avanti per brevità come norme privatistiche quelle che fondano un diritto privato.

Norm eine Befolgung dieses Willens verlangt). In altre parole, il torto privato sarebbe soltanto un torto mediato.

Questa teoria, la quale in passato era abbastanza diffusa ed era stata difesa specialmente da HAELSCHNER (14), ma poi in BINDING, che dapprima ne era stato seguace, aveva trovato un avversario deciso (15), nonostante l'energico attacco mosso contr'essa viene da ultimo difesa nuovamente da HAELSCHNER (16) ed altresì da LENEL (17). Di fronte ad essa, bisogna accentuare con tutta risolutezza l'impossibilità di distinguere le varie norme sotto quest'aspetto. La maggior parte degli imperativi privatistici si esprime non meno incondizionatamente che la maggior parte di tutte le altre norme (18).

p. 116

Prima, però, bisogna chiarire un fenomeno, che a primo aspetto sembra suffragare l'opinione avversaria. In numero di gran lunga pre-

(14) *Sala d'udienza* (Gerichtssaal) XXI (1869), pp. 11-36, 81-114; specialmente pp. 89, 94: «Mentre... il torto civile contraddice al diritto solo mediamente in quanto quest'ultimo ha la sua essenza nel *volere della persona*, che crea e regola le condizioni patrimoniali, il torto criminale racchiude un' *immediata* contraddizione al diritto, all'ordinamento giuridico».

(15) *Norme I*, p. 142 N. 247 pp. 149-157.

(16) *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), XXVIII (1876) p. 423. «Trattandosi (nel mero torto civile) di questo, che non viene eseguito ciò che l'interessato può pretendere in base alla norma giuridica, la volontà anti-giuridica si trova in contrasto con la norma di diritto solo mediamente, a traverso il (vermittelst: *per mezzo del*) *volere dell'interessato*...». P. 427: «Nella trasgressione penale (si tratta) di una disobbedienza contraddicente all'immediata pretesa della legge, nel mero torto civile d'una disobbedienza contro ciò... che l'interessato ha diritto di pretendere in base alla legge». Subito qui io vorrei obiettare, che nel primo passo citato ciò, «che l'interessato può pretendere in base alla norma giuridica» (e si potrebbe pur dire, dunque, ciò ch'egli ha il diritto di pretendere), s'identifica immediatamente con la reale richiesta dell'interessato, con ciò ch'egli effettivamente pretende.

(17) *Su l'origine e l'efficacia delle eccezioni* (Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen) (1876), pp. 3, 5.

(18) Io sono ben lungi dal voler contestare che norme privatistiche esprimano qua e là il loro comando solo per il caso che chi ne abbia il diritto abbia manifestato una certa pretesa. Io nego soltanto che questo sia il caso per ogni norma ed anche solo per la maggior parte delle norme privatistiche ed inoltre che in ciò vi sia qualcosa di peculiare al diritto privato. Anche il dovere pubblicistico che ha il giudice di condannare il debitore, il conservatore delle ipoteche di accendere o di cancellare iscrizioni ipotecarie, il giudice istruttore di perseguire il delitto a querela di parte, dipende dalla richiesta dell'attore, del proprietario, del creditore ipotecario o della parte lesa.

valente, le norme, le quali hanno per iscopo la tutela di beni particolari dei singoli, vietano una lesione di tali beni solo in quanto il titolare di essi non consenta egli stesso nella lesione. Il danneggiamento di cose altrui col consenso del proprietario è così poco antiggiuridico quanto la privazione di libertà o la lesione personale d'un consenziente (19). La norma mira soltanto a che non sieno lesi i beni materiali, la libertà, l'integrità personale d'un altro senza l'assenso di costui. Per conseguenza il titolare di questi beni può spogliare col suo consenso l'azione (*altrui*) dell'antigiuridicità, di cui altrimenti sarebbe rivestita. Tuttavia tale principio si dimostra interamente diverso da ciò che sostengono gli avversari. In verità nei casi addotti l'illiceità viene esclusa per mezzo del positivo consenso dell'interessato, secondo l'opinione degli avversari il torto civile sorgerebbe soltanto per mezzo della richiesta della parte lesa (2). Mentre il consenso è un momento, che toglie l'antigiuridicità all'azione, secondo l'opinione combattuta il torto civile può avere inizio solo quando l'interessato dichiara di sentirsi leso. Ma, anzitutto, non è affatto limitata al terreno privatistico l'efficacia, che manifesta il nostro principio. Il danneggiamento volontario di una cosa altrui col consenso del proprietario non racchiude, in genere, un'antigiuridicità. Tale danneggiamento, quindi, non porta dietro a sé nessuna delle conseguenze giuridiche d'un'illiceità, né una pretesa privata del proprietario né una pena pubblica. L'addotto fenomeno, lo si vede, non ha proprio la minima connessione con la teoria qui combattuta.

Il consenso dell'interessato ha di consueto il potere di togliere alla lesione dei suoi interessi la qualità d'un'illiceità, — ma ciò non avviene soltanto sul terreno del diritto privato, bensì in generale per tutto il diritto. Al contrario, è completamente da contestare che gli imperativi privatistici sempre prescrivano soltanto l'appagamento di questa o di quella richiesta dell'interessato e pertanto non possano essere trasgrediti se non quando non si sia soddisfatta la legittima richiesta. Né i precetti né i divieti del diritto privato, di regola, sono condizionati in tal guisa. Vero è che il precetto « tu devi restituire il prestito ricevuto al termine convenuto », tal quale come il divieto « tu non devi detenere l'altrui proprietà », può essere messo in disparte per mezzo del consenso del

(19) Maggiori chiarimenti su ciò saranno dati nel Capitolo IV alle note 1-4, 52-55.

titolare del diritto alla non restituzione od alla detenzione della cosa. Ma sarebbe un errore l'assorbire, con LENEL, nel precetto o divieto la richiesta dell'interessato come un presupposto, al quale sia connesso l'imperativo. Il dovere giuridico della restituzione del prestito e del rilascio della cosa altrui è indipendente dalla richiesta dell'interessato. La prova più sicura di ciò è, che la pretesa alla restituzione del prestito incomincia a prescrivarsi nel giorno, nel quale esso dovrebbe essere pagato; parimenti la pretesa al rilascio della proprietà (*incomincia a prescrivarsi*) nel giorno, nel quale la cosa è venuta in altrui possesso. La prescrizione incomincia anche prima che il mutuante od il proprietario abbiano reclamato il danaro o la cosa; non è neppure necessario che questi conoscano le circostanze di fatto ed il sussistere della loro pretesa. Quest'ultima dunque è esistente già prima della richiesta di restituzione; si dice anzi che essa consista nel diritto di richiederla (im Forderndürfen). Ma, come dovrà essere dimostrato nel quinto Capitolo, la pretesa è il mezzo per rimuovere un'illiceità; essa, dunque, presuppone sempre una trasgressione di norme. In fatto nessuno potrebbe mai sostenere che colui, il quale ha sottratto ed adoperato una cosa altrui, non sia mai stato in nessun modo obbligato al risarcimento del danno, se la pretesa al risarcimento si prescrive avanti che il derubato avesse notizia della perdita subita. E si sarebbe invece costretti a giungere a tale conseguenza, se l'obbligazione del ladro (e con ciò la possibilità di commettere un torto con l'inadempimento della stessa) dovesse sorgere soltanto con la richiesta della parte lesa.

Con tutto rigore BINDING ha già sviluppato le conseguenze, alle quali conduce la teoria avversaria. In confronto del dormiente, dell'assente non si potrebbe in nessun modo incorrere in un torto civile. Il pazzo ed il bambino, parimenti, sarebbero del tutto privi di tutela giuridica privatistica. Poiché le norme domanderebbero soltanto che si prestasse obbedienza al volere di tali persone e la capacità di volere proprio ad esse è denegata. In certo qual modo si potrebbe, invero, provvedere, col sostituire alla volontà degli interessati quella dei loro rappresentanti. Ma a prescindere da ciò che ad ogni modo poi fino alla nomina d'un tutore l'incapace di volere non si troverebbe sotto la protezione delle norme privatistiche, anche dopo la nomina d'un rappresentante il pupillo sarebbe pur sempre abbandonato alla mercè del proprio tutore. Se questo medesimo si appropriasse dei beni del proprio pupillo, o se assistesse, senza opporvisi, all'usurpazione del bene pupillare da parte d'un terzo, (*in tali casi*) la norma tutelatrice della proprietà non sarebbe trasgredita. Poiché nessuno, per mezzo della propria richiesta, avrebbe fatto

divenire antiggiuridica l'azione altrimenti indifferente. Ed anche se dovesse esser possibile, nell'uno come nell'altro caso, chiedere conto di ciò al tutore per essere egli venuto meno ai doveri del proprio ufficio, pur tuttavia il terzo, in mancanza d'una richiesta dell'interessato o del suo rappresentante, non sarebbe incorso in illiceità di nessuna specie. Quanto meno, non in un torto civile. Si può lasciare qui impregiudicata la questione, se sia possibile di trovare un illecito penale nell'azione, la quale non racchiuda nessuna illiceità sotto l'aspetto privatistico.

Certamente, LENEL mostra di non voler andare così in là. Egli non ritiene necessaria un'espresa richiesta; può bastare all'uopo anche una (*richiesta*) « tacita » (20). Disgraziatamente, non è meglio specificato che cosa debba intendersi come una tacita richiesta. Ma è possibile che per tal mezzo si debba venire in aiuto anche al dormiente ed all'assente, e perfino all'incapace di volere. Se così è, la richiesta dell'interessato è di fatto abbandonata come requisito delle norme privatistiche (21). La richiesta allora diventa fittizia: sia o non sia dessa avanzata, la norma colpisce egualmente l'obbligato. Ma allora LENEL non potrebbe più essere annoverato fra i sostenitori della dottrina qui combattuta (22).

5. (*Il carattere differenziale consiste nelle conseguenze giuridiche, che la trasgressione di una norma porta dietro a sé. Soltanto la possi-*

(20) « Il precetto mira a questo, che l'obbligato compia od ometta una certa azione a richiesta (espresa o tacita) dell'interessato », p. 5.

(21) Potrebbe allora essere considerato già come « tacita richiesta » quel particolare interesse di ciascuno, su la base del quale egli, se potesse volere, logicamente fonderebbe la richiesta. In tale teoria vi sarebbe soltanto una variante del punto di vista già discusso al § 3. Ad ogni modo essa non potrebbe bastare quale base per una distinzione del diritto pubblico e privato. Certamente ciascuno nutre silenziosamente tanto la pretesa di non essere ammazzo né derubato, quanto il desiderio di riavere la cosa eventualmente rubatagli. E tuttavia soltanto l'obbligazione del ladro di restituire la cosa rubata dev'essere considerata come privatistica.

(22) Neppure WACH appartiene ad essi, per quanto egli (*Sala d'udienza — Gerichtssaal, XXV, 1873, pp. 450 ss.*) prenda a difendere HAELSCHNER contro BINDING. Egli insegna: « concettualmente il torto civile cioè la lesione del bene patrimoniale (? — *il punto interrog. è nel testo ted.*), in quanto essa (*lesione*) produce conseguenze civili, deve... essere considerata come una lesione della signoria del volere individuale (*qual'è*) delimitata dal diritto, (*se anche*) non necessariamente del volere che di fatto si opponga..... perciò una reazione contro il torto può nascere soltanto dal volere dell'offeso ». Io mi posso dichiarare d'accordo con quest'ultimo principio, se pur facendo riserva contro la conclusione. Anch'io ravvi-

bilità di una specifica conseguenza giuridica (la pretesa) conferisce un diritto soggettivo, la qualità della pretesa decide fra un diritto pubblico ed uno privato). — Falliscono, dunque, tutti i tentativi di pervenire ad una distinzione, se questa si voglia effettuare su la base della genesi delle norme oppure a seconda delle persone, alle quali le stesse s'indirizzano, o degl'interessi, ch'esse hanno lo scopo di proteggere, od infine in base al contenuto, secondo che le norme si esprimano in forma assoluta oppure comandino di assecondare il volere d'un singolo. Così non rimane che ricercare il momento di distinzione nelle conseguenze giuridiche, che la trasgressione della norma porta dietro a sé (e).

Se si parte da questo punto di vista, apparisce subito che quegli imperativi, la cui trasgressione non porta con sé in generale una conseguenza giuridica, si staccano fin dal principio dalla (*restante*) massa da spartirsi. Essi racchiudono il volere della società e sono pertanto, come tutte le norme, di natura giuridico-pubblicistica. Solo che non fondano ciò che noi chiamiamo un diritto (*Berechtigung*) soggettivo, nè un diritto della collettività nè quello d'un individuo. A queste appartengono in primo luogo le vere *leges imperfectae*, gl'imperativi, la cui trasgressione è certo possibile, ma rimane senza alcuna conseguenza giuridica. Ma a queste appartengono inoltre le *leges perfectae*: tutti quei precetti giuridici, i quali statuiscano la nullità d'un negozio giuridico in questo od in quel caso. Poichè in quanto questi (*precetti*) — ciò ch'è il loro più immediato scopo e contenuto — tolgono, sotto determinati presupposti, una facoltà altrimenti garantita, essi non contengono in genere nessun imperativo e per ciò non costituiscono nessun precetto giuridico per sé stante (23). Solo allora divengono reali imperativi quando, mentre è tolta l'efficacia giuridica al negozio, viene anche colpita da un divieto l'azione fisica, la quale senza quella prima disposizione sarebbe stata un negozio giuridico, ma oramai rappresenta soltanto il tentativo d'un negozio giuridico. Ma tale divieto di per sé

so la caratteristica del diritto privato in ciò, che qui la reazione contro il torto, cioè la coattività della norma privatistica, è rimessa a chi ne è tutelato. Che WACH designi come « signoria del volere » (*Willensherrschaft*) ciò che io chiamerei possibilità d'un godimento, si spiega col fatto, che WACH divide la generale veduta, secondo la quale il godimento dei beni giuridicamente protetti rientra nel diritto (*soggettivo*). Vedi contra il Cap. VI.

(23) Il significato di tali precetti dovrà essere approfondito nel Cap. VII, § 9.

p. 122

considerato è una *lex imperfecta*; la sua trasgressione rimane senza conseguenza giuridica. Il principio che il fondo dotale non può essere alienato dal marito non garantisce affatto un diritto a chicchessia; esso sottrae soltanto al marito la facoltà giuridica dell'alienazione altrimenti spettante al proprietario. Se oltre a ciò il precetto volesse impedire — ciò che qui lascio impregiudicato — che il marito alienasse anche meramente di fatto, questa sarebbe una *lex imperfecta*, perchè non è connessa nessuna conseguenza giuridica alla sua trasgressione (24). Per conseguenza anche questo principio conterrebbe solo una pura norma, dalla quale non deriverebbe nè un diritto (*soggettivo*) pubblico nè un diritto privato.

Ma non cadono sotto la partizione, di norme che fondano diritti privati e diritti pubblici, nemmeno quelle norme, alla cui trasgressione sono bensì connesse conseguenze giuridiche, però solo in guisa che la conseguenza giuridica si realizza anche immediatamente con la trasgressione. Qui s'incontrano in particolare i casi già sopra discussi di decadenza (25). Il *decretum divi Marci* vieta al creditore di sodisfarsi da sé stesso e, se egli abbia trasgredito tale divieto, a titolo di pena gli toglie il suo diritto di credito. Tale disposizione opera sopra un terreno privatistico, essa statuisce una pena privata, ma senza garantire con ciò un diritto privato. Il debitore non acquista nessun diritto privato alla pena privata. Il dovere conseguente all'obbligazione (*das obligatorische Soll*), che prima gl'incombeva, sotto la detta presupposizione gli è levato di dosso (f); come pena del creditore si estingue la prestazione del debitore, ma a quest'ultimo non viene affatto attribuito un diritto. Non altrimenti (*accade*), se si sia contravvenuto alla c. 7 C. unde vi 8, 4. Il proprietario che si sia fatto ragione da sé (*der eigenmächtige Eigentümer*) perde il suo diritto su la cosa, lo acquista chi ha patito la violenza. Il soggetto tutelato (*der Geschützte*) acquista dunque qui certamente un diritto privato, ma non un diritto alla pena, bensì il diritto privato di proprietà a titolo di pena dell'altro (26). Disposizioni

p. 123

(24) In particolare non è da considerarsi come una conseguenza giuridica di questa trasgressione la pretesa di revindicare del marito. La stessa discende piuttosto dalla violazione del divieto di tenere in possesso una cosa altrui, ed appartiene pertanto al marito anche se a questo (oltre ad essergli tolta la potestà giuridica di alienare) non fosse stato ancora vietato in modo speciale il fatto di alienare (*die thatsächliche Weggabe*).

(25) Capitolo I, § 7.

(26) Anzi, secondo quanto è già stato osservato (Capitolo I, nota 77), si possono considerare perfino le pretese personali ad una pena privata come pretese,

di tale natura non potranno cadere, nemmeno esse, sotto la nostra partizione. Poichè anch'esse sono unicamente diritto obbiettivo, e racchiudono il volere della comunità giuridica, che si realizza senz'altro di per sé stesso.

Rimangono, dunque, da esaminarsi ulteriormente soltanto quelle norme, alla cui trasgressione è connessa una conseguenza giuridica, la quale non si attua di per sé, ma per la cui realizzazione è richiesto invece un intervento (*ein Einschreiten*) da parte di qualcuno. La facoltà d'intervenire (*die Befugnis zum Einschreiten*), la designerò frattanto, e salvo una più precisa determinazione del concetto, come *pretesa* (*Anspruch*).

6. (*Tuttavia lo scopo pel quale è conferita la pretesa (pena o risarcimento) non è da utilizzarsi per la partizione*). — Si potrebbe pensare a questo punto di effettuare la partizione in pretese di diritto pubblico e privato a seconda degli scopi, che l'ordinamento giuridico persegue con l'accordare le pretese, e per conseguenza ascrivere la pretesa ad una pena sempre al diritto pubblico, quella al risarcimento sempre al diritto privato. Contro il primo punto non ci sarebbe nulla da obbiettare, se si condivida la sopra citata opinione della così detta pretesa ad una pena privata. Tanto più, però, (*ci sarebbe da dire*) contro la seconda parte della tesi. Ma da ambe le parti la detta partizione condurrebbe ad erronei risultati, se si tiene fede alla concezione tradizionale delle *actiones poenales*.

Si sostiene di quando in quando e specialmente da BINDING (27), che la pena sarebbe sempre prestata allo Stato (*stets dem Staate gebüsst werde*). Se con ciò si vuol dire qualcosa di più di questo, che la norma, la quale fonda l'obbligo di prestare la pena, promana dalla comunità giuridica, — come del resto ogni altra norma, — la massima

p. 124

le quali sono bensì garantite alla parte lesa a titolo di pena di chi ha agito contr'essa, ma, come anche altre pretese obbligatorie, mirano ad una prestazione di natura determinata, per lo più ad una prestazione pecuniaria. Anche qui la pena consisterebbe dunque nell'obbligazione privatistica al pagamento — e tale pena parimenti si sarebbe realizzata subito con l'azione punibile.

(27) *Norme*, I, p. 169. «La pena come tale non viene prestata in favore d'un privato, nè in genere in favore d'un soggetto di diritto; essa viene prestata sempre alla fonte del diritto, in particolare allo Stato, anche nei casi della pena privata». Cfr. p. 219. Anche NEUNER, op. cit., pp. 202, 205, giunge allo stesso risultato, ma soltanto «secondo lo spirito del tempo attuale».

è insostenibile. L'actio poenalis dei Romani, nella quale pur anche BINDING scorge una mera azione penale (28), può insegnarci il contrario. Essa va in perfetto parallelismo con l'azione di risarcimento (*nascenie*) dal delitto. Pretesa ad una pena e pretesa ad un risarcimento sono attribuite all'offeso dall'ordinamento giuridico, l'avanzare l'una e l'altra (*pretesa*) è rimesso a lui, entrambe rimangono valide nel corso del processo civile, ad entrambe le pretese l'interessato può rinunciare o su entrambe transigere, pena e risarcimento infine devono essere pagati all'offeso e sono riscossi da lui o a suo favore più tardi in via esecutiva. Se nonostante tutto ciò si sostiene il principio, che tuttavia anche qui la pena sarebbe prestata allo Stato, il quale non farebbe che rimetterla all'offeso (*der sie nur dem Verletzten überlasse*), ed il risarcimento invece sarebbe concesso all'offeso in forza d'un suo proprio diritto, io proprio non so su che si vuol fondare quest'opinione (29). Certamente al giorno d'oggi abbiamo soltanto poche, ma ancora pur sempre alcune pretese, le quali sono altrettanto decisamente accordate a scopo di pena del debitore come (*sono*) di natura privatistica (30). Straordinariamente copiose sono, invece, pretese di diritto pubblico, le quali hanno per iscopo soltanto un tardivo adempimento della norma trasgredita. Già precedentemente abbiamo incontrato esempi in proposito (31).

p. 125

7. (E neppure [può utilizzarsi per la partizione] la circostanza, che l'avanzare la pretesa sia insieme un dovere. Vi sono diritti pubblici che non sono accompagnati, come tali, da prestazioni. Contro BRINZ). — Un'altra strada (che si potrebbe seguire) sarebbe quella di fissare il carattere differenziale nella specie e nel modo, in cui il volere della comunità giuridica si comporta rispetto alla pretesa da far valere: se quest'ultima viene meramente abbandonata all'arbitrio dell'interessato oppure se l'avanzare la pretesa è insieme un dovere del titolare.

(28) Ivi, p. 212, nota 352.

(29) Dall'argomentazione di BINDING segue soltanto, che per il risarcimento del danno il soggetto, cui dev'essere prestato, è sicuramente determinato per mezzo del danno, mentre per la prestazione della pena manca una tale determinazione del soggetto che ne ha il diritto. Ma non segue da ciò, che lo Stato sia sempre il titolare della pretesa alla pena: esso può a scopo di punizione obbligare il debitore ad una prestazione privatistica verso un altro.

(30) Capitolo I, nota 78.

(31) Capitolo I, note 103-108.

Puri diritti privati, a mente di BRINZ, « noi chiamiamo quei diritti, i quali non sono null'altro che diritti ». « Dovunque, invece, entro un diritto vi sia un dovere, come per esempio nella potestà patria e tutoria, vien meno l'egoismo del diritto e con ciò il diritto privato » (32). I diritti pubblici « spettano bensì tutti ai singoli, in parte ad un solo oppure a pochi (*membri*) della società, ma (*non spettano*) a nessuno come un privilegio, come un diritto particolare oppure, (*attribuitogli*) in suo esclusivo favore; poichè ciò andrebbe contro il carattere di eguaglianza della società come pure contro il concetto d'un vero diritto pubblico; piuttosto questi (*diritti pubblici*) si hanno per tutti, in servizio dell'interesse ch'è comune a tutti » (33).

Ben si può distinguere, se un'attività viene giuridicamente in considerazione soltanto come libero esercizio d'un diritto od in pari tempo anche come adempimento d'un dovere giuridico — se essa, per usare espressioni di HAELSCHNER (34), « è soltanto un *l i c e r e* (*ein nur Berechtigtes*) od insieme anche un *d e b e r e* giuridico (*ein rechtlich Pflichtmässiges*), in quanto, cioè, al titolare l'esercizio del suo diritto incombe come un dovere giuridico ». E può inoltre convenirsi che ogni esercizio d'un diritto da parte d'un organo statale racchiude in pari tempo l'adempimento d'un dovere. Qui sempre coincidono diritto e dovere. Che sia così, lo si può verificare, a partire dai più bassi organi dello Stato su su fino ai più altolocati. Al carnefice è lecito di togliere la vita ad un altro uomo soltanto se il giustiziarlo sia insieme un suo dovere — parimenti, l'arrestare non è rimesso all'arbitrio dell'agente di polizia. Funzionari del potere giudiziario ed amministrativo sono tutt'insieme autorizzati ed obbligati alle loro funzioni e lo stesso vale pei membri del potere legislativo (35). Anzi, persino i diritti del monarca come organo supremo della vita statale sono insieme doveri del medesimo — quanto meno in monarchie non assolute (36). Ora,

p. 126

(32) *Pandette*, 1^a edizione, I, § 22, p. 48. Cfr. in argomento anche HOELDER, *L'essenza dello Stato* (*das Wesen des Staats*), nella « Rivista per la scienza generale dello Stato » (*Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*), XXVI (1870), pp. 670 e ss., nella cui esposizione tuttavia verità ed errore sono mescolati in modo singolare.(33) *Pandette*, 2^a ediz., I, § 68, pp. 219, 220; cfr. anche § 24, p. 108.(34) *Sala d'udienza* (*Gerichtssaal*), XXI (1869), pp. 83, 84.(35) L'obbligo dei membri di assemblee legislative per vero riposa per lo più sopra una *lex imperfecta*: un obbligo senza conseguenze giuridiche nel caso della sua trasgressione, analogamente agli obblighi del monarca.

(36) Anche nell'Impero Germanico si manifesta il fenomeno, che i diritti del-

p. 197 il comando giuridico può essere determinato con la massima precisione circa il come ed il quando ed il dove, come nel primo dei citati casi; oppure, come nel secondo esempio, una tale determinazione è impossibile e l'obbligo dell'impiegato si riferisce soltanto all'agire secondo il suo migliore e coscienzioso apprezzamento (37): in entrambi i casi è egualmente presupposto un comando. Ma riposa sopra un equivoco il trovare la caratteristica dei diritti pubblici in questa combinazione di dovere e diritto. Non già perchè sono diritti quelli, che i citati organi esercitano, è connesso con questi diritti un obbligo. Il fondamento di quest'ultimo consiste in ciò, che i detti (*organi*) esercitano, non diritti propri, bensì diritti altrui, cioè quelli, che noi attribuiamo alla collettività. La posizione dei detti (*organi*) come rappresentanti dello Stato ha per conseguenza l'obbligo loro. Ciò apparisce evidente nei seguenti fenomeni. Colui che, secondo il diritto del singolo Stato, è investito d'ufficio una volta per tutte della rappresentanza giudiziaria del fisco oppure ne è incaricato anche soltanto in un caso singolo, ha allora da agire in conformità al dovere. A seconda del suo rapporto verso lo Stato gli incombe l'obbligo pubblicistico o privatistico di far valere le pretese private dello Stato. Parimenti il tutore è autorizzato ed obbligato nell'interesse del pupillo ad esercitare quanto meglio egli possa i diritti privati e le pretese private di quest'ultimo. Il suo obbligo è

X
L'Imperatore Germanico spesso vengono elevati espressamente a doveri giuridici. Cfr. p. es. gli art. 12, 14, 25, 26 della Costituzione dell'Impero: «Spetta all'Imperatore di convocare il Bundesrath ed il Reichstag...» (*Le due Camere*). «La convocazione del Bundesrath (*Consiglio dell'Impero federale*) deve (muss) seguire, tosto che» — «In caso di scioglimento della Camera dei Deputati (Reichstag) devono seguire entro 60 giorni le elezioni ed entro 90 giorni... la Camera (*deve*) essere convocata».

(37) Cioè così, come la comunità giuridica desidera e si aspetta da lui, cosicchè sovente egli avrà anche da tenere in considerazione interessi di singoli: p. es. per la dispensa dall'ufficio di scabino secondo il § 54 della legge su l'ordinamento giudiziario (*dovrà tenere in considerazione*) gli interessi dello scabino, per l'indagine dell'attitudine del tutore (*ad esercitare l'ufficio*) gli interessi del pupillo, per il rimando a nuova leva di coscritti secondo i §§ 19, 20 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874 gli interessi dell'obbligato (*al servizio militare*) o dei suoi congiunti ecc.

insieme di natura pubblicistica e privatistica (38); per questo lo si può certamente ascrivere in parte anche al diritto pubblico. Ma finalmente vi sono anche casi d'un obbligo meramente privatistico di far valere meri diritti privati. Per tacere di altri fenomeni (Constellationen) (39), abbiamo di ciò un esempio conosciuto e frequente nel mandato generale. Quali che sieno le facoltà che la procura del suo committente concede al mandatario, questi non può usarne a suo arbitrio (40). Egli è obbligato privatisticamente verso il suo mandante ad usare il proprio potere giuridico secondo il suo migliore accorgimento (nach seiner besten Ansicht) nell'interesse di questo. Anche qui non sussiste pel mandatario nessun diritto verso i terzi (nach aussen), col quale non si colleghi in pari tempo un obbligo di fronte al mandante.

Se, da un lato, troviamo anche sul terreno privatistico diritto e dovere talvolta appaiati, conosciamo d'altro lato numerosi diritti pubblici, al cui esercizio non è insito in nessun modo un dovere giuridico. Ma noi dobbiamo prescindere qui da quei diritti, che sono accordati ad un organo della comunità giuridica come rappresentante di quest'ultima. La pienezza di potere (die Machtfülle) del rappresentante gli viene sempre garantita a causa dei suoi doveri (41). Vengono qui in considerazione solamente quei diritti pubblici, i quali spettano a chi può esercitarli in nome proprio. Non si può ancora designare quale diritto la possibilità di proporre un'azione anche se fondata o di avanzare istanze ad una pubblica autorità: p. es. pel rilascio d'una patente o per l'autorizzazione d'impiantare un'industria, per la registrazione d'un marco di fabbrica, per il rimando e l'esenzione dal servizio militare, per dar corso alla pubblicazione di matrimonio, o finalmente per perseguire un delitto a querela di parte (42). L'obbligo pubblicistico del

(38) Il lato pubblicistico dell'obbligo si dimostra in ciò che per la trascuranza nell'adempiere lo può seguire d'ufficio la rimozione del tutore.

(39) Cfr. p. es. l. 75 § 4 de leg. I (*cioè, D. XXX*).

(40) Non ne ha il diritto, — se egli ne abbia la possibilità, è un'altra questione. Liceità e possibilità giuridica sono concetti distinti. Anche il potere giuridico di cui è investito il funzionario va talora più in là del suo licere (g).

(41) Non è escluso tuttavia che all'organo dello Stato, certo solo perchè e fino a quando è tale, ma sostanzialmente in suo proprio favore, sia attribuito un diritto pubblico. Neppure a questi diritti dovrebbe di necessità corrispondere un obbligo di esercitarli. Così accade effettivamente della facoltà attribuita alla Camera (Reichstag) a tenore del § 197 del Codice penale dell'Impero di concedere l'autorizzazione a perseguire penalmente un'offesa.

(42) In tutti i citati casi a mio parere si potrà parlare soltanto d'una facoltà di diritto pubblico — soltanto l'esercizio della facoltà genera il diritto pubblico.

giudice di procedere in base alla querela, o dell'ufficio dei brevetti, dell'autorità amministrativa, del tribunale di commercio, della commissione di leva, dell'ufficiale dello stato civile e del pubblico ministero, di dar corso a fondate richieste, è proprio a causa di questo contenuto dipendente da una precedente richiesta. Solo con la richiesta sorge l'obbligo, solo con l'obbligo il diritto del presentatore della richiesta al suo adempimento. Ma dopo la presentazione d'una tale fondata richiesta è indubbiamente da riconoscersi un diritto del richiedente, il quale diritto, se non sarà stato adempiuto l'obbligo, è da esercitarsi in via di reclamo (43). È difficile porre in dubbio che la querela denegatae vel protractae iustitiae di diritto comune, il reclamo contro l'ufficio dei brevetti (44), il ricorso contro l'autorità amministrativa (45) o contro il tribunale di commercio, la revisione contro le decisioni della commissione di leva e l'appello contro i giudizi della commissione superiore di leva (46), i reclami contro l'ufficiale di stato civile (47) o contro la decisione del pubblico ministero (48), (è difficile, dicesi, di porre in dubbio che tutti questi) possano annoverarsi fra i mezzi giuridici del diritto pubblico (49). I mezzi per la coazione ad un obbligo di diritto pubblico spettano essi stessi al diritto pubblico. Se è così, abbiamo oramai bastanti esempi di pretese pubblicistiche, alle quali non corrisponde nessun obbligo giuridico per il loro esercizio (h). O forse che quelle persone, le quali « possono rinunciare ad essere chiamate all'ufficio di sca-

p. 130

(43) Cfr. p. es. § 3 della legge sui brevetti (Patentgesetz) del 25 maggio 1877: « Al rilascio del brevetto ha diritto colui, che per primo... ha notificato l'invenzione ».

(44) §§ 15, 16 della legge sui brevetti.

(45) § 20 del Regolamento industriale del 21 giugno 1869.

(46) § 30 num. 7, 8, cfr. § 19 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874.

(47) § 1 della legge su la tenuta dei registri dello stato civile (über die Beurkundung des Personenstandes) del 6 febbraio 1875.

(48) § 170 del Codice di proced. penale dell'Impero. I mezzi giuridici, che spettano all'imputato contro decisioni giurisdizionali nel processo penale, li ho di proposito sottaciuti, poichè qui potrebbero nascere difficoltà per altro verso contro la qualifica degli stessi come diritti dell'imputato.

(49) Cfr. anche § 19 del Regolamento industriale: « Eccezioni, che riposano su particolari titoli di diritto privato, sono da sottoporsi alla decisione del giudice.... Altre eccezioni invece.... devono essere discusse. Terminata questa prova segue la discussione e la decisione.... § 20. Contro il giudizio è ammesso ricorso alle autorità immediatamente superiori.... ».

bino» (50), hanno acquistato con ciò un diritto privato? E se si scorre in questa disposizione solo la costituzione d'un diritto pubblico (51), esiste poi un obbligo qualsiasi di esercitarlo? A me sembrerebbe del tutto incontestabile che non soltanto (vi sono) alcuni, ma esistono numerosi diritti pubblici, i quali sono meri diritti del loro titolare, vale a dire non coincidono con un obbligo del medesimo (52).

p. 131

8. (Determinazione del concetto di diritto privato. La sua caratteristica è la pretesa privata). — Tentiamo oramai una determinazione del concetto di « diritto privato ». È importante non perdere il contatto con le teorie già discusse, anche se combattute come insostenibili. Poichè ognuna di esse racchiude tuttavia in sè un nocciolo di vero.

Prendiamo le mosse da quelle norme, le quali hanno per destinarli i singoli soggetti (alle norme stesse), senza far distinzione se questi siano in pari tempo organi statuali o no (53). Anche se queste norme sono sempre un'emanazione (Ausfluss) della volontà generale — § 1 — e parimenti (sono) da emanarsi soltanto nell'interesse generale — § 3 —, non è tuttavia in nessun modo escluso, ch'esse siano immediatamente destinate a tutelare speciali interessi di singoli. Solo norme di quest'ultima specie fonderanno un diritto privato — anche se BRUNS vada a questo proposito troppo in là, poichè egli in ciò soltanto ravvisa già il carattere decisivo. Ma anche queste norme di regola si esprimono incondizionatamente. A colui ch'è soggetto alla norma è imposto o vietato un certo comportamento nell'interesse d'un altro privato, indipendentemente dalla richiesta di colui che per tal guisa è tutelato nei suoi interessi (§ 4). Se alla trasgressione della norma non è connessa nessuna conseguenza giuridica, è impossibile un'ulteriore caratterizzazione

(50) § 35 cfr. con § 53 della legge su l'ordinamento giudiziario.

(51) Più esattamente: (la costituzione) di una facoltà pubblicistica alla rinuncia, dopo il cui esercizio (Geltendmachung) sorge il dovere del giudice di esaminare il motivo della rinuncia, senza che tuttavia, ove il giudice venga meno al proprio dovere, venga assicurato all'interessato un mezzo giuridico (pretesa) in contrario.

(52) Dopo ciò io devo almeno protestare (letteralmente: contraddire: widersprechen), quando BIERLING, *Concetti giuridici fondamentali* (jurist. Grundbegriffe), I, p. 156, sostiene: « Il principio che i diritti pubblici sono in pari tempo doveri, si può ben considerare come un luogo comune (una dottrina generalmente accettata: ein Gemeingut) dell'odierna scienza giuridica ».

(53) Per brevità designerò questi come « singoli » (« Einzelne ») o « privati » (« Private »).

p. 132 della stessa norma (§ 5). Ma questo accade di rado. Per lo più la trasgressione dell'una norma dà vita a nuovi precetti giuridici. (*E ciò*) o (*anzitutto*) in modo che all'obbligo originario, oramai forse privo di significato, si accompagni un ulteriore obbligo del trasgressore (54). La contravvenzione contro il primo imperativo è dunque la condizione preliminare per l'entrata in vigore d'una norma secondaria, la quale impone al trasgressore un obbligo di altra specie (eine anderweite Verpflichtung). Tale trasformazione accade per forza di legge (von Rechtswegen); un diritto privato alla stessa non esiste, anche se il nuovo obbligo sia imposto di nuovo a vantaggio del primo tutelato oppure a vantaggio d'un'altra persona privata (55). Per la nostra considerazione quindi non ha interesse in tal caso che la situazione giuridica, la quale viene prodotta dalla norma secondaria. Oppure la trasgressione fa nascere conseguenze giuridiche, ma che sono anche realizzate subito con la trasgressione. Lo scopo della disposizione (der Bestimmung) (56) è qui anche immediatamente raggiunto. Non sussiste neppur qui un diritto privato all'effettuazione della conseguenza giuridica, anche se questa possa proprio consistere nell'attribuzione d'un diritto privato (§ 5). Oppure finalmente la trasgressione d'una norma originaria o secondaria chiama in vita precetti giuridici, i quali, sia a scopo di punizione dell'agente colpevole, sia a scopo di rimozione dell'illiceità persistente, vogliono render possibile una reazione contro il torto. In tali casi per il raggiungimento di quegli scopi si richiede un'ulteriore attività umana. E questo è il punto, in cui diritto privato e diritto pubblico

p. 133

(54) Così all'obbligo di contenuto negativo (*derivante*) dalla norma « tu non devi danneggiare la proprietà altrui », in caso di trasgressione non incolpevole si accompagna l'obbligo di contenuto positivo: « tu devi prestare il risarcimento al possessore ». È indifferente a questo riguardo per quale fine l'ordinamento giuridico imponga l'obbligo secondario, se per indennizzare nel modo migliore la parte lesa (zu thunlichster Schadloshaltung des Verletzten) oppure a scopo di punizione del soggetto colpevole. La trasgressione della norma: « tu non devi commettere nessun furtum » si portava dietro l'obbligo: « tu devi rifare all'offeso il suo interesse al doppio od al quadruplo ». Questa norma secondaria era posta a scopo di punizione del ladro, ma la pena tuttavia s'infliggeva per il fatto ch'egli (geschah... dadurch, dass...) era obbligato per diritto privato di fronte alla parte lesa.

(55) Per esempio a vantaggio di chi ha diritto agli alimenti in caso di uccisione di chi è tenuto a prestarglieli; § 3 della legge imperiale del 7 giugno 1871.

(56) È poi equivalente, che (*tale*) scopo sia la punizione del trasgressore oppure la tutela della parte lesa; cfr. Cap. I, pp. 30, 39.

si separano. Diventa diritto privato la tutela accordata dalle norme agli interessi d'un singolo contro singoli, per ciò che al (*soggetto*) tutelato, nel caso di trasgressione della norma, vien dato dall'ordinamento giuridico un mezzo per la rimozione della illiceità e (*tale mezzo viene*) rimesso al suo uso discrezionale. La pretesa privata è il contrassegno del diritto privato (57).

Nei casi citati lo Stato ha soltanto un interesse mediato all'adempimento dei propri imperativi. Immediatamente questi ultimi mirano a proteggere (kommen... zu Gute) gli interessi particolari dei singoli. Oltre a ciò il soggetto tutelato può col proprio consenso togliere al comportamento, che altrimenti sarebbe illecito, il suo carattere d'illiceità, cosicchè ad altri riesce spesso difficile di determinare con sicurezza (*la*) liceità od illiceità d'un certo comportamento. È perciò più rispondente allo scopo che sia rimesso all'energia propria dell'interessato il tradurre in atto, col suo procedere, l'ulteriore tutela a lui accordata contro il comportamento illecito. La richiesta del soggetto tutelato, contro la cui utilizzazione nel precisare il concetto della norma privatistica io mi ero dovuto pronunciare più addietro, a questo punto acquista invece importanza. Solo che non si deve, con HAELSCHNER e LENEL, considerare già la norma privatistica come collocata al seguito della richiesta dell'interessato. Soltanto dopo la trasgressione della norma la richiesta dell'interessato (58) diviene rilevante, specialmente (59) come il mezzo per porre in moto la coazione della comunità giuridica (2).

p. 134

9. (*Delimitazione dai diritti pubblici*). — Noi chiamiamo dunque norme che fondano un diritto privato o più brevemente norme privatistiche (privatrechtliche) quelle, la cui trasgressione dà origine (her-

(57) Questo è lo stesso pensiero, che IHERING (v. sopra, nota 9) esprime col definire il diritto privato « come autotutela dell'interesse ». Cfr. anche WACH (v. sopra nota 22) ed AHRENS nella *Enciclop.* del v. HOLTZENDORFF, 3^a ed., pp. 48, 49: « (è) il diritto privato l'insieme (das Ganze) delle norme giuridiche, a tenore delle quali tutti i membri dell'ordinamento statale e sociale possono mirare ai loro scopi particolari (ihre Sonderzwecke) come ad un loro particolare benessere (als ihr Sonderwohl), autodeterminandosi da sè e per sè (in Selbstbestimmung durch sich und für sich) ».

(58) Oppure del suo legale rappresentante.

(59) Poichè la pretesa ha veramente anche un altro contenuto, come sarà dimostrato nel Capitolo V, § 2.

vorruff) ad una pretesa privata per il (*soggetto*) leso nei suoi interessi. In contrapposto a queste appartengono solamente al diritto pubblico tutte quelle norme, la cui violazione fonda una pretesa di diritto pubblico. E questa si presenta sempre allora quando un organo statale ha il diritto ed il dovere di procedere di ufficio. Sono da ascrivere al diritto pubblico tutte quelle norme, la cui violazione può essere punita unicamente (60) con una pena pubblica. È indifferente a tale proposito se questi imperativi sieno destinati a proteggere beni comuni a tutti, come il divieto dell'alto tradimento e della sedizione, oppure beni particolari del singolo, come (*la*) vita e (*la*) libertà. Il divieto: «tu non devi uccidere» è altrettanto indipendente dalla richiesta di chi ne è protetto, come il comando agli organi statuali di procedere contro la persona sospetta, di condannare chi sia riconosciuto reo, di giustificare il condannato, è indipendente dalla richiesta della parte lesa o dei suoi congiunti ed eredi. Dall'emanazione di quel primo divieto fino all'istante in cui è stata eseguita la pena capitale, tutti gl'imperativi giuridici erano indipendenti dal volere di un singolo. Anche se la tutela proteggeva un interesse privato al massimo grado, essa non era tuttavia accordata nella forma d'un diritto privato.

p. 135

Attribuiscono poi unicamente un diritto pubblico quelle norme, per la cui violazione deve sopravvenire d'ufficio una coazione all'adempimento. Anche qui può darsi che gl'imperativi statuali sieno stabiliti per proteggere e per promuovere beni ed interessi comuni a tutti, oppure spettanti ad una pluralità di persone, oppure beni ed interessi particolari di singoli. Il primo caso per esempio si presenta con gl'imperativi che hanno per fine la sicurezza dello Stato: col comando di prestare il servizio militare (61) e col divieto di costruire edifici in prossimità delle fortificazioni (62) — il secondo caso col divieto di esercitare

(60) In quanto la violazione d'una norma, come p. es. quella che vieta il furto, dia luogo in pari tempo ad una coazione penale di diritto pubblico e (mediatamente) ad una pretesa privata al risarcimento, la stessa appartiene tanto al diritto pubblico come al diritto privato.

(61) § 33 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874: «Se tale omissione (del presentarsi alla leva) succede di mala fede o ripetutamente, le autorità preposte alla leva (die Ersatzbehörde) possono... far arruolare tali (*soggetti*) immediatamente nell'esercito come renitenti (als unsichere Heerespflichtige)».

(62) § 32 della legge sul perimetro delle fortezze (des Rayon — Gesetzes) del 21 dicembre 1871: «Quando a giudizio del comando le costruzioni siano ritenute inammissibili, il possessore è tenuto a rimuoverle entro un termine da determinarsi dal comandante; in caso di necessità tale rimozione segue a richiesta del comando per mezzo di agenti di polizia a spese del possessore». Cfr. ivi § 43.

un'industria senza la particolare autorizzazione richiesta (63) — il terzo, finalmente, col comando di prestare soccorso a marinai in istato di bisogno (64) e col divieto di privare un uomo della sua libertà personale. Ma tutte le ricordate norme concordano in questo, che, se non sono osservate spontaneamente, dev'essere ordinata d'ufficio una coazione statale contro chi è obbligato ad osservarle. Anche se, dunque, per alcune di esse siano indubbiamente in gioco interessi privati, pur tuttavia la tutela prestata a questi interessi viene tosto messa in esecuzione da parte dello Stato. Non rimane quindi nessun posto (*letteralmente: nessuno spazio: kein Raum*) per un diritto privato.

p. 136

10. (*Delitti perseguibili a querela di parte*). — Un posto, in un certo senso, mediano sembrano occupare quelle norme, la cui trasgressione porta sì dietro a sé una pena pubblica, però soltanto dietro autorizzazione o su querela della parte lesa. E tuttavia non si può parlare in nessuno di questi casi di un diritto privato della parte lesa alla punizione.

In qualche caso (*hin und wieder*) già il motivo, pel quale deve aspettarsi la querela dell'offeso prima di perseguire penalmente l'autore, esclude si possa pensare che col diritto di querela sia stato dato un diritto ad una punizione. Vale a dire, dove il delitto non è perseguito senza preventiva querela a causa di ciò, che un procedimento contro l'autore (*del medesimo*) potrebbe recare ancora più sensibile pregiudizio agli stessi interessi della parte lesa. Così in specie in caso di seduzione e di ratto, così in caso di fraudolenta istigazione al concubito od a contrarre un matrimonio nullo (65). L'esigenza d'una querela penale deve qui assicurare innanzi tutto alla parte lesa la possibilità di impedire col suo silenzio ogni procedimento penale, e gli inconvenienti per sé medesima, con lo stesso collegati. Se si vuol parlare qui d'un diritto della parte lesa, questo non dovrebbe tanto essere chiamato un diritto ad una punizione quanto piuttosto un diritto a che non abbia luogo (*auf das Unterbleiben*) un procedimento penale.

(63) § 15 del Regolamento industriale del 21 giugno 1869: «La prosecuzione dell'esercizio può essere impedita dalla polizia, se un'industria, per il cui inizio è richiesta una particolare autorizzazione, sia stata iniziata senza tale autorizzazione».

(64) § 1 della legge del 27 dicembre 1872: «Ogni nave mercantile germanica... è obbligata ad assumere (*arruolare*) marinai germanici, che all'estero si trovino in istato di bisogno. L'adempimento di queste obbligazioni può essere coattivamente imposto al capitano dall'ufficio della gente di mare (*vom Seemannsamt*)».

(65) §§ 182, 236, 237, 170, 179 del Codice penale dell'Impero.

Certo, in altri casi questa spiegazione viene meno. L'esigenza d'una querela penale per un'ingiuria oppure per una lieve lesione personale o per un danneggiamento alle cose riposa chiaramente sopra un'altra considerazione. Forse qui la querela deve soltanto far venire in luce che l'offesa era più intensa, avvertita come tale anche dalla parte lesa. Del resto in questi come nei casi dianzi accennati la ragione per la quale debba aspettarsi una querela può consistere in una od in un'altra considerazione od anche in parecchie insieme: in ogni caso il diritto di querela a tenore del suo contenuto non è mai un diritto privato. Il colpevole non è affatto obbligato verso la parte lesa (66). È lo Stato soltanto, che lo punisce. Questo si dimostra col fatto che gli organi statuali quanto alla misura della pena sono indipendenti dalla richiesta della parte lesa (67). Così pure il peso, ma parimenti anche l'eventuale vantaggio dell'esecuzione della pena, spetta unicamente allo Stato (68). Ciò che la parte lesa può fare, è soltanto questo: in primo luogo, impedire col suo silenzio il procedimento penale; in secondo luogo, viceversa, con la presentazione della querela penale, attuare il presupposto per l'intervento dell'autorità (69); finalmente, ancora, toglier di mezzo nuovamente tale presupposto, se un recesso dalla querela le è legalmente permesso. Ma queste facoltà sono di natura pubblicistica, anche se appartengono ad una persona privata. Poichè dal loro esercizio o non esercizio dipende, se gli imperativi condizionali di procedere penalmente rivolti agli organi statuali sieno o non sieno fatti risvegliare. Ma i presupposti per il diritto ed il dovere di punire degli organi statuali appartengono essi stessi al diritto pubblico.

Il così detto diritto di querela ed il così detto diritto di autorizzazione (*a procedere*: das sogenannte Recht der Ermächtigung) in primo

(66) Qui evidentemente si prescinde dalla pretesa privata ad un risarcimento e ad una riparazione pecuniaria (Busse).

(67) Mentre invece l'organo statale, il quale dà esecuzione ad una pretesa privata, poichè non fa che prestar man forte alla richiesta dell'interessato, deve tenersi entro i limiti di tale richiesta.

(68) Ciò non esclude che lo Stato faccia entrare la pena pecuniaria riscossa in un'altra cassa qualsiasi.

(69) Anche quando il perseguire il delitto è abbandonato all'azione privata della parte lesa (§§ 414 ss. del Cod. di proced. penale), il colpevole non è tenuto a nulla verso di essa. Solo che qui intentare e condurre l'azione privata, invece che limitarsi alla denuncia, è il presupposto per la condanna penale, che è poi eseguita d'ufficio.

luogo non conferiscono al loro titolare nessun diritto, ma soltanto un posse giuridico (nur rechtliche Macht) (70): la possibilità, mercè l'azione fisica della presentazione della querela e dell'autorizzazione, di attuare discrezionalmente (nach Belieben) il presupposto per quegli imperativi. Infatti l'autorizzazione non è null'altro che questo. Diverso, invece, è il caso per quanto ha tratto alla querela (fondatamente) presentata. Essa attribuisce immediatamente al presentatore della stessa un diritto pubblico, a che i competenti organi statuali oramai procedano penalmente. Questo diritto si manifesta nel mezzo giuridico del reclamo, che è accordato (71) al presentatore della querela in caso di violazione di quell'obbligo al fine di ottenerne coattivamente l'adempimento.

II. (*Diritti privati dello Stato*). — Il diritto privato consisterebbe, dunque, nella somma di quegli obblighi imposti ai singoli dall'ordinamento giuridico, il cui coattivo adempimento, se non vengano spontaneamente prestati, è rimesso al singolo interessato. E viceversa un diritto pubblico sarebbe costituito in virtù di ogni norma, la cui trasgressione lo Stato stesso si sarebbe riservato di rimuovere o di punire. Non è che una mera questione di organizzazione amministrativa, quale organo statale sia incaricato di rimuovere l'antigiuridicità o di perseguirla penalmente. Siano poi i tribunali obbligati a procedere d'ufficio, come nel processo inquisitorio di diritto comune oppure tocchi alla procura dello Stato (Staatsanwaltschaft) il sollevare l'accusa (die Anklageerhebung) — o sia, come nel diritto inglese, la Camera dei Comuni, la quale trascini il ministro a rispondere davanti alla Camera dei Lords — o finalmente, come nel processo penale romano, qualsiasi cittadino abbia la facoltà di accusare: in tutti i casi, tuttavia, è soltanto lo Stato, dal quale emana il procedimento penale ed il quale destina ad eseguire la sua volontà ora soltanto il tribunale, ora anche il pubblico ministero oppure la rappresentanza politica oppure uno dei suoi cittadini. Poichè anche il semplice cittadino, in quanto sollevava una pubblica accusa, diveniva un organo dello Stato (7).

La conseguenza di ciò sarebbe, che allo Stato in generale potrebbero spettare solo diritti pubblici e nessun diritto privato. Ed in fatto sa-

(70) Su questa distinzione si dovrà ritornare con maggiori particolari nel Cap. VII §§ 5 e ss.

(71) § 170 del Cod. di procedura penale.

rebbe concepibile che lo Stato costringesse unilateralmente con tutta la sua forza (*all'adempimento di*) tutti gli obblighi, ai quali esso è particolarmente interessato. Come la presentazione alla leva militare o le prestazioni per scopi bellici (72), così lo Stato potrebbe esigere immediatamente e coattivamente anche tutto ciò che contrattualmente gli fosse stato promesso. In tal caso certamente non vi sarebbe più da parlare d'un diritto privato dello Stato; non vi sarebbe allora nessuna distinzione fra gli obblighi dei singoli di fronte allo Stato. Solo che ciò non sarebbe adeguato allo scopo (*zweckmässig*). Lo Stato ha il medesimo bisogno di scambio economico (*Vermögensverkehr*) coi singoli, come questi fra loro. Non senza difficoltà chichessia si deciderebbe ad entrare spontaneamente in un rapporto di obbligazione con lo Stato, se si sapesse soggetto senz'altro, in caso di possibili errori, all'opinione dell'altra parte interessata. È, inoltre, scervo di pericolo il trattare diversamente diritti che spettano in modo particolare allo Stato, e diritti che spettano ad esso come a chichessia. Quelli appartengono allo Stato per render possibile il raggiungimento dei suoi più particolari scopi; essi sono quindi anche da perseguirsi dal medesimo con tutta l'energia. Questi servono solo indirettamente agli scopi dello Stato (73). Il ritardo, anzi nel peggiore dei casi la stessa mancanza del loro adempimento sono per lo Stato meno pericolosi. Lo Stato quindi farà bene a trattare come diritti privati, anche quando a lui spettano, quelli che possono spettare (*anche*) a singoli, e sono loro diritti privati. Esso (*Stato*) per conseguenza parificherà in linea di principio (74) alle pretese private le pretese a lui provenienti in caso di inadempimento e le sottoporrà agli stessi principii giuridici, che valgono per la nascita, l'esercizio e l'estinzione di queste pretese private (*k*). Una sanzione estrinseca (*l*) ciò trova anche nel fatto che lo Stato nel diritto moderno deve far valere queste sue pretese private davanti ai tribunali civili: e precisamente come parte

p. 140

(72) §§ 4, 6, 18 della legge su le prestazioni in caso di guerra (*Kriegsleistung*) del 13 giugno 1873.

(73) Non appartiene p. es. agli scopi dello Stato che l'affitto esigibile d'un bene demaniale sia riscosso e neppure ch'esso (*Stato*) in generale sia proprietario d'un bene demaniale. Solo mediamente il reddito dei beni demaniali servirà ai fini dello Stato. Certo che quanto più importante è per lo Stato la sorgente d'un'entrata, tanto meno esso sarà disposto a sottoporre il diritto a queste rendite (p. es. ad imposte e dogana) a principii privatistici — tanto più che i detti diritti anche per quanto riguarda la loro origine non riposano sopra un titolo privatistico.

(74) Prescindendo però dai molteplici privilegi fiscali.

davanti ad un potere, il quale in forza dell'inamovibilità dei suoi singoli membri e delle rimanenti apposite guarentigie apparisce indipendente persino in confronto del massimo volere statale. Come il privato, lo Stato persegue le proprie pretese private davanti ai tribunali nella ordinaria via giudiziaria, a suo rischio, a sue spese, se pure soltanto nell'interesse fiscale.

12. (*Obblighi dello Stato*). — Non ai singoli soltanto lo Stato impone obblighi con le sue leggi. Esso può emanare norme giuridiche anche per il suo proprio agire. Certo una limitazione di tal fatta della propria libertà di agire porta ad una relazione foggata in modo essenzialmente diverso. Gli obblighi dei singoli sono determinati dal volere dello Stato ed è pur sempre lo Stato, che viene a capo del loro adempimento, sia immediatamente, sia in conformità alla richiesta del privato che ne ha il diritto. Ma qui l'obbligante e l'obbligato sono una sola persona. Una legge, che lo Stato dà a sè stesso, contiene in primo luogo solo la notificazione della risoluzione di agire d'ora in avanti in un certo modo in questa od in quella circostanza. Solamente la partizione delle differenti funzioni statuali fra organi diversi, in particolare la separazione del potere legislativo dall'esecutivo, rendono possibile il fatto che questa risoluzione di volontà, concepita e manifestata da determinati organi dello Stato, contiene in pari tempo un imperativo per l'altra parte cui spetta di metterla in esecuzione. Ma la relazione di questi imperativi coi singoli è di natura interamente diversa. Molti comandi fondano soltanto un dovere degli organi esecutivi di fronte alla collettività. Così gl'imperativi alle persone incaricate della giustizia penale di procedere contro i colpevoli. Con tali imperativi non è legato nè un diritto del colpevole alla pena nè un diritto della parte lesa alla punizione di quello. Nella legge penale lo Stato ha soltanto proclamato di essere risoluto a punire in una certa maniera il trasgressore di certe norme — e mercè l'organizzazione amministrativa sono designate in pari tempo determinate persone, alle quali spetta l'esecuzione. L'impedire, il censurare, il punire l'eventuale trascuranza di quest'obbligo è di nuovo soltanto (*una*) mansione di altri organi statuali. E se questi ultimi possono anche essere di fatto aiutati in questo loro compito da denunce in forma di reclami di singoli, il dovere di sorveglianza spetta tuttavia ad essi di ufficio. In tali casi, dunque, viene in questione soltanto un pubblico obbligo di fronte allo Stato delle singole persone rivestite di funzioni statuali.

p. 141

p. 142

Ma nella norma, che lo Stato pone per sè stesso, vi può essere più che la notificazione d'una risoluzione. Essa (*norma*) in pari tempo nell'interesse dei singoli può dare a questi la promessa d'un certo comportamento statale. Se tale garanzia suona in modo che il singolo può contare sopra l'adempimento della stessa, e la medesima è stata data con tale intenzione, lo Stato si obbliga con questa norma verso colui, per il quale vale la garanzia. Costui ottiene un diritto di fronte allo Stato. Vero è che per lo più un tale diritto sarà un diritto imperfetto. Perchè, mentre nel diritto privato del singolo la forza dello Stato ad ambedue sovrastante presta vigore (Nachdruck) al diritto, qui il singolo sta col suo diritto di fronte all'intero potere statale (Staatsgewalt). Se questo, mentre quella norma è in vigore, non vuole mantenere l'obbligo assunto, un tale comportamento è fuor di dubbio anti-giuridico, ma è esclusa una coazione all'adempimento. È tuttavia cura dello Stato per lo più (75) che il diritto del singolo già non naufraghi cozzando contro la mora od il rifiuto degli organi preposti anzitutto all'esecuzione. Esso (*Stato*) dà all'interessato contro l'illecito procedere di questi funzionari il mezzo giuridico del reclamo — e solo quando la più alta autorità a ciò preposta non riconosce l'obbligazione statale, sono precluse ulteriori strade all'interessato. In tali casi v'è un diritto del singolo contro lo Stato e nel caso della lesione una pretesa del singolo: ma ambedue sono di natura pubblicistica. La precedente esposizione ha già offerto esempi in proposito (76).

p. 143

Ma lo Stato può dare e per lo più (77) darà anche maggiori garanzie per l'adempimento di alcuni dei suoi obblighi. Le stesse considerazioni, le quali fanno apparire opportuno ch'esso (*Stato*) tratti alla stessa stregua delle pretese private pretese a lui spettanti, condurranno anche al risultato ch'esso riconosca pretese private verso di sè. Nei casi, nei quali spetterebbe al singolo una pretesa privata qualora l'obbligato fosse un singolo, anche

(75) Però non sempre: cfr. p. es. § 53 della legge su l'ordinamento giudiziario.

(76) V. sopra note 43 e ss.

(77) È tuttavia concepibile anche il contrario — cfr. RÜTTIMANN, *Il diritto pubblico della Confederazione Nordamericana* (das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht) § 295: «È nel Nord-America principio ben stabilito che uno Stato in conseguenza della sua sovranità non può senza il suo consenso essere chiamato in giudizio. Il consenso è accordato dal poter legislativo. Ma ciò accade solo eccezionalmente». V. anche ivi § 346.

la sua pretesa verso lo Stato sarà trattata come una pretesa privata (78). E di nuovo un contrassegno estrinseco di ciò si ha nel fatto che l'amministrazione statale per quanto riguarda tali pretese si sottopone alla decisione dei tribunali civili: fa decidere dunque dei suoi obblighi una forza, la quale è sì istituita da parte dello Stato stesso, ma nelle sue funzioni è situata in posizione indipendente di fronte al potere esecutivo (*m*).

13. (*Risultato*). — Siamo giunti alla conclusione di quest'indagine. Come risultato si hanno i seguenti principii.

La tutela giuridica accordata ad una persona fonda un diritto privato della stessa sotto il presupposto che ad essa sia concessa una pretesa privata allo scopo di attuare gl'imperativi che tutelano i suoi interessi. Un diritto privato di tal fatta spetta anzitutto al singolo contro il singolo. Ma in quei medesimi casi, nei quali fra privati sarebbe sorta una pretesa privata, la comunità giuridica, particolarmente lo Stato, attribuisce anche a sè medesimo verso i singoli ed ai singoli verso sè medesimo una pretesa privata e riconosce quindi diritti privati per e contro la comunità. E così può anche aversi infine un diritto privato fra più comunità (79).

p. 144

Tutte le norme, le quali fondano diritti privati di tale natura, noi le possiamo designare come norme privatistiche — tutte le facoltà (Befugnisse), le quali sono date per fondare od estinguere (zur Begründung oder Aufhebung) diritti privati (80), (*noi le possiamo designare*) come facoltà privatistiche. Tutte le altre norme sono di natura pubblicistica. Queste o non fondano proprio nessun diritto soggettivo, oppure ne accordano qualcuno, ma quel diritto (*soggettivo*) è allora un diritto

(78) Ma certamente non ogni obbligo privatistico d'un singolo si può concepire anche come un obbligo dello Stato. Così p. es. vengono meno tutte le pretese private, che si fondano sopra un rapporto familiare fra autorizzati (*a farle valere*) ed obbligati. Viceversa quelle pretese (*nascenti*) da obblighi che possono colpire soltanto lui, lo Stato le può ciononostante innalzare a pretese private, e con ciò in specie (*le può*) sottoporre ai tribunali civili.

(79) È istruttivo a tale riguardo l'art. 76 della Costituzione dell'Impero: «Divergenze (Streitigkeiten) fra diversi Stati confederati, in quanto le stesse non siano di natura privatistica e quindi da decidersi dalle competenti autorità giudiziarie, su richiesta d'una delle parti sono decise dal Consiglio federale (Bundesrath)».

(80) Il concetto di facoltà (Befugnis) sarà più adeguatamente determinato nel Capitolo VII.

pubblico, per la violazione del quale spetta al titolare, se mai (*gli spettati*) una pretesa, una pretesa pubblicistica. Tutte le facoltà, infine, di porre i presupposti di fatto per il sorgere od il venir meno di diritti pubblici, le avremo da chiamare facoltà di diritto pubblico (81).

p. 145

14. (*Diritto privato e diritto patrimoniale non coincidono*). — Dallo svolgimento ora esposto del (*concetto di*) diritto privato, apparisce che questo non coincide affatto col concetto di diritto patrimoniale (*Vermögensrecht*). Poichè, intanto, vi sono diritti pubblici, i quali mirano unicamente ad un incremento patrimoniale del titolare e sono pertanto meri diritti patrimoniali (82). E d'altra parte abbiamo meri diritti privati a prestazioni, che non sono nè di danaro nè traducibili in danaro (83). Al (*volere del*) singolo, infatti, non è rimessa, per essere realizzata, la tutela giuridica unicamente di suoi interessi patrimoniali. Anche le norme, le quali sono statuite per tutelare gl'interessi della vita familiare, nella loro maggioranza non sono coercibili d'ufficio. Per lo più anche qui il procedere contro la violazione della norma è rimesso all'iniziativa del più prossimo interessato. Lo Stato si limita anche qui alla parte secondaria, di prestare man forte alla richiesta del (*soggetto*) autorizzato. Ma tali diritti e pretese appartengono sicuramente alla sfera del diritto privato. Io non vedo come, per esempio, il diritto del fidanzato alla conclusione del matrimonio (*auf Eheschluss*) (84) possa essere sottratto al campo del diritto privato; e parimenti la pretesa del padre alla restituzione dei

(81) P. es. le facoltà di presentare o di recedere da una querela penale oppure di accordare l'autorizzazione a procedere penalmente (v. sopra § 10), come anche le facoltà enumerate sopra alle note 42, 51.

(82) Così il diritto dello Stato alla riscossione d'imposte. Coi c. d. dazii fiscali (*Finanzzöllen*) anche la legge doganale non si propone altro scopo all'infuori di quello di aprire una sorgente di entrata per lo Stato.

(83) Ciò è negato da molti. In ispecie da HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (*Gerichtssaal*), XXI (1869), p. 84: « il diritto civile disciplina la relazione della persona con la cosa, come oggetto patrimoniale, ed il rapporto reciproco fra persone rispetto al patrimonio », e XXVIII (1876), p. 422. Parimenti WACH (v. sopra nota 22), WAHLBERG nel *Manuale di diritto penale* (*Handbuch des Strafrechts*) di v. HOLTZENDORFF, II, p. 432, e BRINZ, *Pandette*, 1^a ediz., I, p. 49: « Così i meri diritti privati sono diritti patrimoniali »; tuttavia quest'ultimo ha un poco modificato la sua opinione nella 2^a edizione, pp. 219 e ss. Cfr. anche SCHLOSSMANN, *Contratto* (*Vertrag*) p. 208, e da ultimo SOHM nella *Rivista* di GRÜNHUT (*Grünhut's Zeitschrift*), IV (1877), p. 457.

(84) Cfr. Cap. IV, nota 102.

sui figli (85) oppure la pretesa del figlio maggiorenne contro il padre, il quale gli nega senza sufficienti motivi il proprio consenso al suo matrimonio (86). Sono qui, infatti, per ogni dove interessi particolari di singoli, che trovano protezione giuridica e proprio in modo che viene rimesso all'interessato il procurare l'attuazione della promessa tutela. Anche la via per ottenerla è quella del processo civile (87). E quando BRINZ vuole trovare la caratteristica del diritto pubblico in ciò, ch'esso sia sempre connesso con un obbligo (*del titolare medesimo*), anche questo preteso criterio almeno nel primo e nell'ultimo dei citati casi non si potrebbe certamente applicare (*n*). Poichè difficilmente si vorrà ammettere che sia un dovere quello del fidanzato e del figlio di chiamare in giudizio promessa sposa e genitori, appena si abbia motivo e diritto d'iniziare la causa. Diritto privato è, come già lo indica il nome, ogni diritto che sia lasciato far valere al singolo contro il singolo: un valore pecuniario dello stesso od un valore pecuniario della situazione, a produrre la quale mira in ultima istanza il diritto, non è nota necessaria di tale concetto (*gehört nicht zu seinem Begriffe*).

p. 146

(85) *Interdictum de liberis exhibendis* — Cap. IV, nota 99.

(86) § 32 della legge dell'Impero del 6 febbraio 1875.

(87) È arbitrario ciò che all'opposto sostiene HAELSCHNER, l. cit., p. 81 (e su le sue orme, WAHLBERG): « Oggetto (*Gegenstand*) del processo civile è in tutti i casi un valore patrimoniale, ed il più immediato oggetto (*Object*) del torto civile è per ciò in ogni caso un diritto patrimoniale ». Vi sono numerosi processi civili, nei quali non viene in nessun modo in questione un valore patrimoniale. Si pensi p. es. nuovamente alle azioni del figlio di famiglia per l'emancipazione, del padre contro moglie e figlio per la reintegrazione del domicilio (*auf Domicilfolge*), degli sposi l'un contro l'altro per la ripresa della vita coniugale (*auf Herstellung des ehelichen Lebens*) — oppure ad azioni perchè non si porti più il nome di famiglia dell'attore (*Klagen auf Unterlassung der Führung des klägerischen Familiennamens*) (Capitolo IV, nota 13). Se io non faccio menzione delle azioni di annullamento di matrimonio e di divorzio, gli è perchè qui il pubblico interesse allo scioglimento d'un matrimonio nullo ed alla continuazione d'un matrimonio valido certamente influisce in qualche modo su l'ordinario corso del giudizio.

NOTE DEL TRADUTTORE

a p. 108 testo
tedesco, 113
trad.

a) (*Diritto obiettivo e diritto soggettivo*). Si rammenti, non soltanto ciò che l'Autore ha scritto nel I Capitolo, ma ciò che si legge proprio nelle prime righe della sua Prefazione. Come ogni altro moderno giurista, anche THON parte dal principio del primato logico del diritto obiettivo in confronto di ogni situazione giuridica soggettiva. Lo stesso diritto soggettivo, di qualunque specie e contenuto, per il giurista (se non per quei filosofi, i quali, fors'anche perchè adusati alla concezione della realtà *a parte subiecti*, hanno proceduto all'inverso), non si può spiegare nè giustificare che sul fondamento — come dice energicamente THON, — del diritto obiettivo.

a p. 109 testo
tedesco, 114
trad.

b) (*Carattere pubblicistico del diritto obiettivo*). Anche questo principio di THON (e di BINDING), ch'è divenuto un comune insegnamento della teoria generale del diritto, è assai agevole da spiegarsi. Vero che molti rapporti privatistici trovano la fonte immediata della loro disciplina in negozi giuridici, cioè in dichiarazioni di volontà dei singoli soggetti di diritto. Ma, anche se l'obbligazione quivi dipende direttamente dal negozio, la violazione della stessa norma negoziale è, anzitutto, trasgressione della norma generale (scritta o non scritta) di diritto obiettivo, che impone ai soggetti di tener fede ai patti. Anzi, ogni obbligazione, per quanto il contenuto possa esserne strettamente privatistico, non è, in fondo, che una specificazione della generale obbligazione pubblicistica, che incombe ad ogni soggetto di diritto, di obbedire alle leggi. E la legge, cioè l'insieme di tutte quelle norme che sono, non pur forme (come sono anche i negozi), ma f o n t i di diritto obiettivo, la legge, perchè espressione della comunità giuridica, ha, per questo, indelebile natura pubblicistica.

a p. 111 testo
tedesco, 115
trad.

c) (*La proprietà come funzione sociale*). Quanto l'Autore dice qui intorno allo scopo collettivo, che si propongono le stesse norme le quali proteggono interessi privati, come in ispecie quelli della proprietà individuale, può apparire superato dalle teorie dei nuovi tempi, che sempre più espressamente dichiarano essere la stessa proprietà privata una «funzione sociale». A prescindere da ogni discussione di natura politica, si vuole rammentare, a proposito di questo paragrafo, come la teoria generale del diritto, col sostenere i principj ricordati anche nelle due note precedenti ed altri analoghi, abbia, se pure ponendosi da un punto di vista rigorosamente tecnico, percorso certe moderne concezioni sociali, che, in ogni regime contemporaneo, tendono ad affermare la prevalenza degli interessi collettivi in con-

fronto con quelli individuali. Ma si veda poi anche, nelle considerazioni che THON fa subito dopo, com'egli, col suo consueto buon senso ed in conformità allo spirito dei suoi tempi, non concepisca la comunità, o lo Stato, quale un mostruoso Leviathan, ma anzi quale il complesso dei singoli che compongono la società, sollecita pertanto dei loro veri interessi.

d) (*Consenso ed iniziativa della parte lesa*). Che il consenso dell'offeso valga — almeno in molti casi, — a spogliare del carattere d'illiceità l'azione altrui, la quale, essendo lesiva d'un suo interesse protetto dal diritto, sarebbe, altrimenti, antiggiuridica, è un fenomeno, che non si limita al diritto privato, ma ha portata assai più generale (poichè lo si può trovare in diritto penale, amministrativo, ecc.). Ed è fenomeno già accennato dall'Autore anche nel I cap. (v. pure la mia nota 2, apposta a tale Capitolo). Ma THON ha perfettamente ragione nell'osservare, al punto cui si riferisce questa nota, e nel seguito del paragrafo, che altra cosa è il constatare tale fenomeno, ed altra è l'esigere, come requisito dell'illiceità civile, una iniziativa della parte lesa, quasi che l'ignoranza del torto subito o l'incapacità di reagirvi spogliasse, come l'effettivo consenso, del carattere antiggiuridico la lesione d'un bene, anche se tutelato soltanto in via privatistica. Non è, dunque, qui, cioè su questo fondamento, della esigenza di reazione da parte dell'interessato per il torto subito, che si può stabilire il carattere differenziale dei diritti soggettivi privati da quelli pubblici.

a p. 117 testo
tedesco, 120
trad.

e) (*Criterio di distinzione dei diritti pubblici dai privati*). Nessun dubbio che il criterio proposto dal THON, — cioè, come si vede meglio nel seguito del Capitolo, quello di badare alle conseguenze giuridiche della trasgressione della norma, — è un criterio empirico. Ma, poichè qui siamo sul terreno dell'esperienza giuridica, considerata a parte obiecti, è vano affaticarsi a cercare impossibili fondamenti logici alla distinzione fra i due campi del diritto pubblico e del diritto privato. Tutti i giuristi sanno quanto incerti sieno i confini fra i due, o, per dire più esattamente, come il confine tenda a spostarsi, ed il campo del diritto privato, le cui lesioni non ammettano appunto se non sanzioni privatistiche, vada diventando sempre meno ampio, mano mano che l'interesse generale prevale su gl'interessi dei singoli. Il criterio, proposto dal THON, che può dirsi formale, perchè prescinde dal contenuto dei diritti, e pragmatico, perchè si appunta su le pratiche conseguenze delle sanzioni, con le quali essi diritti sono garantiti dall'ordinamento giuridico (la sanzione essendo, come la tutela, momento del diritto obiettivo), è, come si diceva, un criterio consaputamente empirico; ma, se io non m'inganno, dei tanti escogitati per distinguere i fenomeni del diritto pubblico e privato, che non sono suscettibili se non d'una demarcazione approssimativa, è uno dei criteri più semplici e più persuasivi.

a p. 121 testo
tedesco, 123
trad.

f) (*Chiarimento linguistico*). Il testo dice: «Das obligatorische Soll, das vordem ihn traf, wird unter der gedachten Voraussetzung von ihm genommen». Ho spaziato io le tre ultime parole, perchè a queste soltanto si vuol riferire il mio chiarimento. Dal dovere, che incombeva al debitore, questi è liberato, quando il creditore abbia voluto farsi ragione da sè. Poichè, in questo caso di pena privata in cui incorre il creditore, il debitore viene esentato dal peso dell'obbligazione cui altrimenti sarebbe stato tenuto, come soggetto passivo del

a p. 123 testo
tedesco, 124
trad.

rapporto in cui si trovava col creditore, ho creduto di dover tradurre: « von ihm genommen » con: « gli è levato di dosso », trattandosi, non di qualche cosa che gli si tolga, cioè d'una privazione, ma, al contrario, d'una liberazione dall'« obbligatorische Soll », cui, normalmente, egli sarebbe stato tenuto.

(a nota 40)

g) (*Liceità e possibilità giuridica*). Nonostante l'identità delle espressioni usate, — *rechtliches Dürfen und rechtliches Können*, — non ho creduto di poter tradurre qui, come in altri luoghi, la seconda come *posse*, in antitesi con la prima come *licere*. Perché, se non m'inganno, col *rechtlichen Dürfen*, cui si allude due volte in questa nota 40, l'A. intende, bensì, parlare di ciò che il soggetto ha la liceità, cioè il diritto, di fare, vale a dire di ciò ch'egli può fare legittimamente; quando parla, invece, come del suo contrapposto, d'un *rechtlichen Können*, a mio avviso non adopera qui l'espressione nel significato, rigorosamente tecnico, del *posse* giuridico, cioè d'una di quelle situazioni (*status*, negozio, ufficio) preliminari al rapporto, nelle quali il soggetto si trova di fronte, anziché ad un altro soggetto, all'ordinamento giuridico. Il *rechtlichen Können*, sempre se io non m'inganno, è inteso qui dall'A. come espressione sinòнима della *rechtlichen Macht*, ch'è adoperata nella riga successiva, e che io ho tradotto con « potere giuridico ». Tanto il mandatario generale, di cui si discorre nel testo, quanto il funzionario, di cui si parla alla fine della nota che al testo si riferisce, hanno, di fronte ai terzi, la forza, il potere o la possibilità giuridica di compiere atti, che, esorbitando dalla natura del mandato o dell'ufficio, l'uno e l'altro non avrebbero il diritto, cioè la liceità, di compiere.

a p. 130 testo tedesco, 130 trad.

h) (*Diritti, doveri, ed uffici*). Giustissimo mi sembra quanto dice THON circa l'esistenza di diritti di natura pubblicistica, ai quali non corrisponde nessun dovere di esercitarli. Ma pare ch'egli non abbia, a questo proposito, tenuto conto a sufficienza d'una distinzione, che, a mio avviso, qui s'impondeva, fra i veri e propri diritti pubblici e gli uffici. I primi sono situazioni di preminenza in un rapporto, come tali sono situazioni di *licere* (e non di *debere*), che spettano evidentemente anche ai singoli e che, almeno quanto al loro esercizio, hanno insito un elemento di libertà o di discrezionalità, il quale esclude la loro identità col *debere*, ch'è, anzi, la situazione antitetica, quella del soggetto passivo del rapporto. I secondi, invece, gli uffici, qualunque sia la natura, pubblicistica od anche privatistica, del loro contenuto, sono, nella loro essenza, situazioni preliminari al rapporto: sono — se s'intenda il termine in un'accezione lata, — *status*; situazioni di *esse*, non ancora di *habere* nè di *debere*; situazioni le quali, anche se quasi sempre presuppongano un negozio, perchè *ab initio sunt voluntatis*, designano un'investitura del diritto obbiettivo o dell'ordinamento giuridico, prima che una relazione con altri soggetti. La natura di questi uffici — di funzionario, di tutore, di padre, ecc. — a primo aspetto può parere ibrida, perchè l'esercizio dell'ufficio comporta diritti e doveri, diritti il cui esercizio è obbligatorio. Ma il preteso ibridismo di tale fenomeno giuridico scompare, quando lo si analizzi partitamente: cioè, come situazione di ufficio, preliminare ai rapporti nei quali si scompone il suo esercizio, situazione della quale il soggetto è investito, appunto, dall'ordinamento giuridico; e come situazione, vuoi di *dominus*, vuoi di soggetto passivo, nei distinti rapporti, nei quali l'esercizio del-

l'ufficio si esplica. Il funzionario, di fronte al pubblico, può apparire bensì come il *dominus* di certi rapporti; ma, come del resto osserva benissimo anche il nostro A., il diritto, ch'egli esercita, non è suo, bensì quello della comunità ch'egli rappresenta, in forza dell'investitura dell'ufficio da parte dell'ordinamento giuridico. Nei rapporti, interni, fra tale ordinamento ed il funzionario, — rapporti conseguenti anch'essi all'investitura dell'ufficio, — il funzionario, per quanto si riferisce agli obblighi di esercizio dell'ufficio stesso, è, evidentemente, soggetto passivo. — Si può prescindere qui, perchè complicherebbero l'argomento, dai problemi relativi all'elemento della discrezionalità nell'esercizio dell'ufficio, ed alla distinzione, nell'esercizio stesso, fra attività discrezionale ed attività vincolata.

i) (*Pretesa privata e violazione di norme privatistiche*). Che, per distinguere i diritti pubblici dai privati, si debba badare essenzialmente alle conseguenze giuridiche della trasgressione delle norme che li fondano e li tutelano, è, come si avvertiva anche dianzi in queste note, un criterio, se pure naturalmente empirico, plausibile e suggestivo. E sembra pure da accogliersi, a parer mio, l'obbiezione, che THON muove a HAELSCHNER ed a LENEL, che non si debba risalire alla natura delle norme per cogliere tale carattere differenziale. Quello che a me, invece, pare contestabile, nella teoria di THON, è che la pretesa nasca soltanto con la violazione della norma, che l'essenza della pretesa privatistica si voglia trovare soltanto nella facoltà di mettere in moto gli organi statuali (posto il divieto di farsi ragione da sé) per ottenere, o l'adempimento della prestazione, od il risarcimento del danno. Osservo, solo di passata, che tale facoltà — quando non si voglia ravvisare nel suo esercizio (come io, invece, inclinerei a credere) un *posse*, anziché un *licere*, cioè un negozio (pubblicistico), anziché un diritto, — che tale facoltà, dico, posta a scudo di ogni altro diritto soggettivo, si addimostri pur sempre come l'esercizio d'un diritto di natura pubblicistica, e non privatistica. Per chi, invece, crede, come io credo, che la pretesa nasca insieme col diritto soggettivo, anzi ne rappresenti l'aspetto esteriore, non essendo, a dir così, se non la proiezione della tutela del diritto obbiettivo a quella data situazione soggettiva, è evidente che l'essenza di tale concetto di pretesa non va ricercata soltanto nell'« aspettativa » di quella (ulteriore) tutela, che l'ordinamento giuridico accorderà al soggetto nel caso di violazione delle norme, ma bensì nella situazione di *dominus*, nella quale il soggetto si trova nei rapporti con altri soggetti, tenuti ad una prestazione complementare. E sarà pretesa privata, quando privata sarà la natura di tale prestazione, quando cioè il succedaneo del suo adempimento consisterà semplicemente nel risarcimento del danno, e sarà rimesso all'arbitrio del soggetto il far uso del mezzo giuridico rivolto a procurargli o l'adempimento od il suo surrogato. E sarà pretesa pubblica negli altri casi.

a p. 134 testo tedesco, 133 trad.

j) (*La volontà statale nel processo penale*). Védasi con quanta energia THON sostenga come, in tutti i casi nei quali sia in gioco la trasgressione di ogni norma pubblicistica, da rimuoversi penalmente, sia sempre la volontà dello Stato la sola efficiente, chiunque sia autorizzato ad esprimerla. Anche il semplice cittadino, — dice THON, — quando sollevava una pubblica accusa, come in diritto penale romano, diveniva « organo dello Stato », in quanto era un portatore, come si esprimono talora i Tedeschi, della sua volontà, cioè del volere della comunità

a p. 139 testo tedesco, 137 trad.

(che, come tale, è volere di tutti i cittadini), comunità ch'è tutta intera interessata alla repressione penale della trasgressione d'una norma pubblicistica.

ap. 140 testo
tedesco, 138
trad.

h) (*Lo Stato come soggetto di diritti privati*). Ma vèdasi pure — si può dire, seguitando le considerazioni accennate nella nota precedente, — come THON, nonostante la strenua difesa che, come altri teorici generali del diritto, egli fa della prevalenza degl'interessi collettivi su quelli individuali, imbevuto com'era, del pari che quasi tutti i giuristi della sua e della successiva generazione, dei principi del c. d. Stato di diritto, non èsiti un istante a considerare lo Stato stesso alla stregua d'ogni altro soggetto di diritto, ogni qual volta non sieno in gioco gl'interessi della collettività. Nessun dubbio che sia la politica, e non il diritto, a determinare, di volta in volta, il contenuto e la portata di tali interessi. Determinazione, pertanto, variabile; come, del resto, è empirico, cioè meramente approssimativo, il criterio, accennato anche dal nostro A. (v., p. es., nota 73), col quale lo Stato regolerà, p. es., i mezzi per esplicare le proprie attività. Ed è pure empirica, non potendo fondarsi su basi rigorosamente logiche, così la distinzione fra i c. d. poteri dello Stato, come, e più, fra le varie branche dell'attività la t o s e n s u amministrativa dello Stato, p. es. fra l'attività finanziaria, intesa quale attività meramente strumentale, e quella propriamente amministrativa, diretta all'immediato soddisfacimento dei pubblici bisogni.

ap. 140 testo
tedesco, 138
trad.

l) (*Chiarimento*). L'espressione, usata qui dall'A., — *eine äussere Sanction*, da me tradotta alla lettera: una sanzione estrinseca, — è, certamente, adoperata in un significato, che non ha nulla a che fare con quello tecnico-giuridico del termine: sanzione. Se io non m'inganno, l'A. usa tale vocabolo, con una metafora attinta al mondo del diritto, nel senso di: determinazione di conseguenze relative ad una certa premessa. Vuol dire, cioè, che il fatto, posto come premessa, — avere lo Stato anche diritti e pretese di natura privatistica, — importa, come conseguenza estrinseca (*äussere Sanction*), ch'esso pure, quando voglia far valere tali pretese, deve adire, come parte, la giurisdizione civile. La riprova dell'esattezza di questa (del resto, assai facile) interpretazione, la si ha nell'ultimo período del successivo § 12, nel quale — parlandosi, anzichè delle pretese, delle prestazioni privatistiche dello Stato, — si dice, quasi riecheggiando quant'era detto a questo punto, che di nuovo (*wiederum*) un contrassegno estrinseco di ciò (*ein äusseres Kennzeichen dafür*) è il fatto che anche lo Stato sottopone alla giurisdizione civile la decisione di tali prestazioni che da esso sono pretese.

ap. 143 testo
tedesco, 141
trad.

m) (*Ancora dello Stato di diritto*). Intitolo così questa nota, perchè si rianoda alle parole, con le quali s'è iniziata la nota h). Solo che, nell'intero paragrafo, cui ora mi riferisco, THON afferma con risolutezza ancora maggiore la subordinazione dello Stato alle norme ch'esso medesimo ha poste. E ciò s'intende, perchè, mentre prima parlava dei diritti privati dello Stato, qui parla dei suoi obblighi, sia nel campo privatistico, sia come soggetto giuridico in generale. Condizione affinchè si possa presentare in piena luce tale fenomeno giuridico è la separazione dei poteri statuali, com'è ovvio e come qui di passata osserva anche il nostro Autore. Il quale accenna a qualcuno degli aspetti strettamente giuridici del fenomeno stesso, — quali sieno i destinatari degl'imperativi, coi quali lo Stato

impone un certo comportamento a sè stesso, quando si possa parlare di diritti verso lo Stato, ecc. — ma non sfiora nemmeno le questioni della genesi storica e della portata politica della concezione dello Stato di diritto. Altrove io dicevo che questo ha a suo fondamento un principio politico, che diventa la sua norma istituzionale: vale a dire, che, fra la libertà individuale e la discrezionalità del potere esecutivo e dei suoi organi, quella debba prevalere a questa (cfr. A. LEVI: *Istituzioni di teoria gener. del dir.*, Padova, Cedam, 2° ed., 1937, Vol. I, Cap. VII, § 4): tutte le altre norme, che regolano specificamente i rapporti fra lo Stato e gl'individui, le relazioni fra i vari organi dello Stato, i diritti e i doveri di questo rispetto agli altri soggetti di diritto, non sono, forse, se non applicazioni di quella norma istituzionale, la quale sta alla base di questo tipo di ordinamento giuridico.

n) (*Chiarimento*). Può ingenerare confusione, qui, dove si parla precisamente di diritti privati, tale richiamo alla teoria di BRINZ, combattuta nel § 7, che al diritto soggettivo pubblico sarebbe connesso un obbligo del titolare. Se io non erro, THON vuol dire che, perfino se si adottasse tale criterio di BRINZ, da lui non condiviso, circa la caratteristica differenziale dei diritti pubblici da quelli privati, nei casi che l'A. ha ultimamente adottati — quanto meno nel 1° e nel 3° (la riserva riguarda la patria potestà) — si dovrebbe concludere che qui siamo nel campo del diritto privato, perchè nell'esercizio di quei diritti non è certo racchiuso un dovere.

ap. 146 testo
tedesco, 143
trad.

IV.

I singoli diritti privati.

SOMMARIO: 1. La tutela giuridica di beni personali. Analisi della stessa. Il diritto privato della personalità. - 2. La tutela giuridica di beni reali. - 3. Reiezione della teoria di pretese contro chicchessia. - 4. Concetto e caratteristiche della proprietà. - 5. La tutela della proprietà consiste nel divieto del godimento di cose altrui, non nel divieto d'impedire il godimento del proprietario. - 6. Il concetto del diritto reale e l'attacco di SCHLOSSMANN contro di esso. - 7. La tutela delle norme di per sé non garantisce ancora nessun diritto soggettivo. - 8. La proprietà diventa un diritto soggettivo solo in quanto l'ordinamento giuridico conferisce al proprietario pretese allo scopo di realizzare i divieti che lo tutelano. - 9. Gli altri diritti reali e particolarmente il diritto di pegno. - 10. I diritti di famiglia. - 11. L'obbligazione. La concezione di essa in HARTMANN e SOHM. Il concetto di tensione è infruttuoso per la costruzione dell'obbligazione. - 12. L'obbligazione di contenuto negativo è un divieto, non un comando. - 13. Contro WINDSCHEID. - 14. Definizione dell'obbligazione. - 15. Il momento dello scopo nel concetto di obbligazione. - 16. L'opinione di BRINZ. - 17. Generale dovere civile secondo NEUNER. - 18. Fonti dell'obbligazione. BINDING e SCHLOSSMANN. - 19. Il concetto del diritto ereditario. - 20. Risultati. Il concetto del diritto soggettivo privato. - 21. Le definizioni di IHERING e WINDSCHEID.

L'esattezza della definizione dei diritti privati, che si è tentata nel Capitolo precedente, è ora da sottoporsi ad un'ulteriore prova, assoggettando i più importanti di questi diritti ad un esame più approfondito del loro contenuto. E bisogna che quest'analisi si estenda ordinatamente alle categorie dei diritti personali, dei diritti reali, dei diritti concernenti la vita familiare e dei diritti di obbligazione. p. 147

1. (*La tutela giuridica di beni personali. Analisi della stessa. Il diritto privato della personalità*). — Un gruppo di norme tutela il bene della vita, della libertà, dell'incolumità personale, psichica, morale, del comune onore civile ed in particolare dell'onore sessuale della donna, — questi ed altri beni, che sono attribuiti all'uomo fin dalla sua nascita.

Anzi, già lo sviluppo del frutto delle viscere viene tutelato da norme nel seno della madre.

p. 148 Fino a che i detti beni trovano garanzia soltanto per mezzo di divieti statuali, questa tutela è di natura meramente pubblicistica. Questa viene attribuita al titolare del bene a prescindere del tutto dalla sua volontà. Sotto questa tutela stanno del pari bambini e pazzi, come persone capaci di agire. Appunto per questo una tale tutela può essere accordata anche a nascituri. La tutela per mezzo di norme statuali è unicamente volontà dello Stato.

p. 149 Ci siamo già per l'addietro imbattuti in una difficoltà (1). Vi sono norme, le quali vietano non già ogni lesione d'un bene, bensì soltanto una lesione del medesimo (*che avvenga*) senza consenso del suo titolare. Noi non abbiamo più alcun divieto contro il comune concubito extraconiugale, contro il ratto d'una donna maggiorenne, nubile, consenziente nel lasciarsi portar via, contro la privazione di libertà di chi senza interruzione (*fortdauernd*) vi consenta. Ma non per questo è ammesso che la tutela della castità o della libertà sia fatta dipendere dal volere dei singoli; solo che (*la stessa*) ad essi non è attribuita contro il loro volere (2). L'ordinamento giuridico per lo più non sentirà nessuna inclinazione a proteggere beni, il cui titolare ne fa buon mercato e con ciò mostra di non annettervi valore (3). Ciò nondimeno in ogni caso (4) il massimo bene umano, la cui perdita in pari tempo non potrebb'essere risarcita, è tutelato di fronte ai terzi perfino contro il volere di chi ne è il titolare. La norma «tu non devi uccidere» suona in forma del tutto

(1) Capitolo III, alla nota 19.

(2) Vedi tuttavia infra, a nota 52.

(3) Non sono da scambiare con tali casi quelli, nei quali la trasgressione d'una norma od almeno la trasgressione d'una determinata legge penale richiede per proprio presupposto di fatto (*zu ihrem Thatbestande*), che un'azione sia avvenuta non soltanto senza il volere, ma per l'appunto contro il volere della parte lesa. Un caso della detta specie è la violenza carnale in contrapposto col delitto contro il § 176 num. 2 del Codice penale dell'Impero.

(4) Riguardo ad opinioni, che vanno anche oltre, secondo le quali in specie anche la lesione personale d'un consenziente sarebbe vietata e precisamente vietata con pena completa (così che l'uccisione dietro seria richiesta a seconda del § 216 del Codice penale dell'Impero sarebbe da punirsi solo col carcere non inferiore a tre anni, ed invece l'amputazione su richiesta (*del paziente*) di un'importante parte del corpo operata da un ciarlatano a seconda dei §§ 224, 225 con la reclusione (*Zuchthaus*) da 2 a 10 anni), cfr. OPPENHOFF, *Codice penale* (*Strafgesetzbuch*), 6^a ediz., § 223, NN. 1^a, 2 — SCHAPER nel *Manuale* di v. HOLTZENDORFF, II, p. 130, nota 5.

generale e vieta perfino la uccisione di colui, il quale espressamente e seriamente ne faccia richiesta (a).

È difficile apprezzare adeguatamente la tutela, che il solo esistere delle norme assicura ai beni della persona (5). Nella loro grande maggioranza gli uomini godono i più di questi beni dalla giovinezza fino al termine della vita, senza mai provare una lesione degli stessi. Certo non si può calcolare fino a qual punto tale fatto trovi il suo fondamento nella libera moralità dei conviventi, i quali anche senza un comando statale sono disposti a rispettare i beni dei loro simili. Tanto meno si può determinare fin dove, non già il pensiero d'un divieto statale, bensì soltanto lo sgomento delle conseguenze giuridiche della trasgressione trattiene da quest'ultima. Ma anche se dobbiamo a questi motivi ed in specie al primo una parte considerevole della pace giuridica, di cui godiamo, non è tuttavia da dimenticare quale influenza reciprocamente esercitino gl'imperativi dell'ordinamento giuridico sopra l'evoluzione della moralità, come questa sia stata, se non proprio creata, quanto meno allevata, educata, consolidata per mezzo di quei comandi (b) e divieti. In nessun modo la tutela pubblicistica, che il solo esistere delle norme assicura ai beni dei singoli, deve essere del tutto passata sotto silenzio, come accade così di frequente. Oltre a ciò si aggiunge ancora un ulteriore motivo. Sul volere statale riposa unicamente anche quella tutela, che viene accordata ai beni dei singoli, col minacciare una qualsiasi conseguenza giuridica al trasgressore delle norme che li tutelano. Sia poi alla trasgressione della norma connessa una pena pubblica oppure una decadenza od una pretesa privata di qualsivoglia contenuto: in ogni caso la tutela assicurata per mezzo della minaccia d'una conseguenza giuridica è sempre di natura pubblicistica. Anche la pretesa privata il singolo la riceve, conferitagli dall'ordinamento giuridico senza che glielo si domandi. È rimesso al suo volere solamente di usarne, ma non di averla. Chi dunque si astiene dal ledere un bene del suo simile in considerazione d'una delle conseguenze giuridiche minacciate, è stato a ciò determinato dal contenuto del diritto obbiettivo, non da un diritto privato.

Quindi i singoli sono tutelati, per quanto riguarda i detti beni, sia per mezzo delle norme, come per mezzo delle conseguenze connesse alla trasgressione di queste: un loro diritto tuttavia non è cotesta

(5) Ciò che è detto (*qui*) vale in eguale maniera anche per altri beni.

p. 151 tutela loro attribuita soltanto in vista dell'oggetto garantito. Anche se per l'avvenuta lesione d'un bene lo Stato infligge d'ufficio la pena minacciata, si tratta soltanto dell'adempimento d'un obbligo statale — per dir più esattamente, dell'adempimento d'un obbligo, ch'è stato imposto a tutti gli organi statuali incaricati della giustizia penale dai fattori legislativi (6). Ma si dovrebbe ripetere la stessa cosa, qualora lo Stato prendesse interamente in sua mano la coazione all'adempimento od al risarcimento. Se lo Stato, senz'aspettare la richiesta della parte lesa, anzi forse contro il desiderio di questa, procurasse libertà alla persona sequestrata, soddisfazione alla donna sverginata, indennizzo all'oltraggiato, riparazione all'offeso: tale procedimento sarebbe certamente stabilito a tutela degl'interessi del singolo, ma la tutela non sarebbe conferita a quest'ultimo nella forma d'un diritto a lui garantito. La tutela della personalità diventa un diritto di questa, e precisamente un suo diritto privato, solo allora quando dalla violazione delle norme protettrici sorge nell'offeso una pretesa privata alla rimozione dell'illiceità.

Ma ciò accade raramente. Dalla trasgressione della norma: «tu non devi distruggere il frutto delle viscere» non deriva in nessun modo una pretesa privata per il medesimo. Questo (*il feto*) in conseguenza del delitto non si è maturato fino a raggiungere la personalità e pertanto nè ha potuto avere una pretesa di per sè stesso nè l'ha potuta trasferire ad altri. Altrettanto poco si potrebbero annoverare come pretese private quelle che sono state date (*attribuite*) per un'illecita lesione di beni personali, ma non per rimuovere questa lesione, bensì per risarcire il danno patrimoniale da essa in pari tempo causato. Così l'actio legis Aquiliae (7) e l'actio de pauperie (8) per lesione d'un uomo, come pure la pretesa, che trova il suo fondamento nella legge imperiale del 7 giugno 1871, concernente l'obbligazione al risarcimento del danno per le morti e le lesioni personali prodotte dall'esercizio di ferrovie e miniere. In questi casi non è la trasgressione della norma: «tu non devi uccidere», bensì dell'altra: «tu non devi danneggiare un bene altrui, e nemmeno lo devi danneggiare con l'uccidere od il danneggiare il suo proprietario», quella che porta qui dietro a sè l'obbligazione del risarcimento. Ma anche se questa fosse un prodotto della trasgressione della nor-

(6) Cfr. Capitolo I, nota 26.

(7) l. 13 pr. ad leg. Aq. 9, 2.

(8) l. 3 si quadrupes 9, 1.

ma: «tu non devi uccidere», la pretesa avrebbe tuttavia di mira non l'osservanza di questa norma, bensì l'osservanza della norma condizionata: «se nondimeno uccidi, tu devi risarcire il danno». In nessun caso costesa pretesa serve immediatamente alla tutela della persona, piuttosto (*serve*) soltanto alla coazione del comportamento corrispondente alla seconda norma condizionata. Per quest'ultimo motivo non c'entrano qui (*gehören auch... nicht hierher*) nemmeno le pretese, che pure a primo aspetto appariscono come stabilite per la tutela d'un bene personale, fino a quando esse hanno a loro presupposto soltanto la lesione d'una persona, e non anche insieme una lesione patrimoniale da ciò causata: come l'actio iniuriarum aestimatoria, la pretesa di chi è stato colposamente leso ad un indennizzo (*pecunia doloris* - Schmerzensgeld) (9), di chi è stato privato della sua libertà ad un guidrigildo (*Sachsenbusse*), della donna sverginata ad un indennizzo per la deflorazione (*auf Deflorationsgelder*) e ad una soddisfazione, come pure in parte — cioè quando possa essere ottenuto per tal via più d'un risarcimento della patita lesione patrimoniale — la pretesa ad una multa a tenore dei §§ 231, 188 del Codice penale dell'Impero. Anche la pretesa assicurata al marinaio, a tenore del § 46 del Regolamento su la gente di mare del 27 dicembre 1872, ad «un risarcimento corrispondente alle sofferte privazioni» rientra in questa categoria.

Se si lascian da parte tutte insieme le dette pretese, perchè solamente una loro minaccia da parte dell'ordinamento giuridico (*cioè, la minaccia, da parte dell'ordinamento giuridico, che possano esser fatte valere*), ma non un loro esercizio (*Geltendmachung*) da parte del singolo assicura una tutela di beni personali, rimangono solo poche e per di più alquanto problematiche pretese, le quali sono rivolte direttamente alla coazione d'una norma emanata a tutela della persona (10).

(9) WINDSCHEID, *Pandette*, § 455 note 30, 31, II vol., p. 706, e su ciò SEUFFERT, *Archivio*, XXXI, 230, 231. — Sentenze del Tribunale superiore d'appello (*Oberappellationsgericht*) di Oldenburg 1874 e della Corte superiore (*obere Gerichtshof*) per la Baviera 1875. Contrà, SEUFFERT, XXXII, 239 (sentenza del Tribunale superiore d'appello di Lubecca 1873) sul fondamento, a mio avviso errato, che la pretesa ad un'indennità (*pecunia doloris: auf Schmerzensgeld*) sia una conseguenza penale (*Strafffolge*) della lesione personale e quindi (*sia stata*) abolita dal Codice penale.

(10) Che al (*soggetto*) tutelato dalle norme non spetta già avanti la lesione una pretesa contro chicchessia all'omissione d'una lesione, sarà dimostrato nel discutere del diritto di proprietà — là, dove tale teoria particolarmente è dominante. Ma l'insostenibilità della stessa risulta però specialmente pei beni personali.

p. 153 Una pretesa privatistica di chi è stato privato della sua libertà a che sia messo termine alla illiceità (*da lui patita*) avrebbe scarso valore pratico: oltre a ciò si dovrebbe qui procedere d'ufficio (11). Parimenti la tutela contro la diffamazione (*die Ehrenkränkung*), che si sia commessa, e tuttora persista, con uno scritto od un'illustrazione (*Abbildung*), segue, o generalmente d'ufficio (12), o se anche prima, qualora sia stata presentata la querela per la punizione, però indipendentemente dalla richiesta dell'offeso. Gl'interdetti proibitivi a tutela dell'uso di vie ed acque pubbliche sarebbero da ricordarsi qui, se non apparisse, dal paragone con altri interdetti affini, che quello che dev'essere tutelato contro i nocuenti è il godimento (se pur limitato) della cosa e non il godimento del bene personale di libera locomozione. Potrebbe invece annoverarsi fra le pretese privatistiche, che sono stabilite per realizzare immediatamente la tutela d'un bene personale, la pretesa a smettere di portare il nome di famiglia dell'attore (*der Anspruch auf Unterlassung der Führung des klägerischen Namens*) (13) ecc.

Comunque sia: le pretese privatistiche ad una tutela di beni personali sono ad ogni modo estremamente poche di numero e di evanescente importanza di fronte alla tutela altrimenti assicurata dall'ordinamento giuridico a cotesti beni. Se a cagione di queste pretese si voglia parlare d'un diritto privato della personalità (14), non vi è nulla da obiettare (15). Solo non si dimentichi,

Oppure vuoi forse concedere al feto una pretesa contro « tutto il mondo » a non esser fatto abortire?

(11) Com'era un'azione popolare anche l'*interdictum de homine libero exhibendo*: l. 3 § 9 de homine libero exh. 43, 29.

(12) §§ 41, 42 del Codice penale dell'Impero e su ciò OPPENHOFF al § 42 Num. 1. Cfr. anche l. 37 pr. de iniuriis 47, 10: « Constitutionibus cavetur ea, quae infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tolli de medio ».

(13) Cfr. SEUFFERT, *Archivio*, XIX, 114; XVII, 3; sentenze dei Tribunali superiori di appello di Celle 1841 e di Monaco 1863. Vedi però GERBER, *Diritto privato germanico* (*Deutsches Privatrecht*), § 34 nota 1. IHERING, *Spirito* (*Geist*), III, nota 464, 3^a ediz., p. 340.

(14) ARNDTS, *Pandette*, § 24 n. 2 ed il passo ivi richiamato *Annuario critico* (*Krit. Jahrbuch*), VII, p. 299. IHERING, *Spirito* (*Geist*), III, § 61 nota 482. — WAECHTER, *Manuale* (*Handbuch*), II, § 45, il quale designa il nostro diritto della personalità come « diritto personale ». — NEUNER, *Rapporti di diritto privato* (*Privatrechtsverhältnisse*), pp. 16 ss., confonde il diritto della personalità col bene della personalità.

(15) Le ragioni che si trovano in SAVIGNY, *Sistema*, I, pp. 335-337, non toccano la determinazione qui tentata del diritto della personalità. Se UNGER, *Sistema del diritto privato austriaco* (*System des österr. Privatrechts*), I, § 60, polemicizza

che esclusivamente queste poche pretese possono offrire un fondato motivo ad una denominazione di tale specie, laddove la tutela altrimenti accordata alla personalità riposa soltanto su la volontà statale ed è quindi di natura pubblicistica. Ed è anche meglio evitare in questo caso l'espressione « diritto su la propria persona » (« *Recht an eigner Person* ») (16). Il conservare tale espressione (*seine Beibehaltung*) richiamerebbe, se non altre (17), pur sempre l'erronea idea, che il godimento di quei beni personali sia un « diritto ». Che così non sia dovrà essere dimostrato nel Capitolo VI.

2. (*La tutela giuridica di beni reali*). — Anche il pieno godimento (*Vollgenuss*) (18) d'una cosa corporale è un bene, la cui lesione per usurpazioni di godimento da parte di terzi è vietata da norme. Ciò segue in favore di colui, alla cui discrezione l'ordinamento giuridico vuol rimettere il pieno godimento della cosa ed è questa la persona, rispetto alla quale si sono adempiti i presupposti, che siamo soliti designare come acquisto della proprietà. Noi chiamiamo la persona così tutelata il proprietario della cosa.

Fin dove l'esistenza delle norme ed il sentimento giuridico, che da essa è creato o corroborato, servono a tener lontana un'usurpazione di godimento da parte di terzi, tale tutela spetta al proprietario interamente senza sua cooperazione (19). Così si spiega a sufficienza — ciò che presenta una costante difficoltà nelle usuali determinazioni del concetto — che anche ad incapaci di volere sia attribuito un diritto di pro-

con ragione contro le usuali concezioni del diritto della personalità, tuttavia, col rifiutare l'intero concetto, va, dal suo stesso punto di vista, troppo in là. Alla nota 14 egli dice infatti dell'*actio iniuriarum*: « Quest'azione tutela per mezzo d'una pena (pubblica o privata) la personalità ». Se questo fosse vero, dovrebbe per ciò essere ammesso anche un diritto privato della personalità, del quale l'azione privatistica sarebbe un'espressione. Dall'esistenza d'un'azione si deve concludere per l'esistenza d'un diritto.

(16) WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 38, 39.

(17) Così la teoria oggi abbandonata, che l'uomo abbia sè stesso in proprietà — VANGEROW, *Pandette*, § 34 n. 1 — o che vi sia un « diritto alla propria persona », « il quale spetta alla persona e del quale essa stessa è oggetto » — PRUCHTA, *Pandette*, §§ 46, 114.

(18) In qual senso qui ed in sèguito si parli d'un pieno godimento della cosa, si potrà desumere dalla nota 31.

(19) Ma non contro il suo volere. Anche qui il non-consenso del proprietario al nocumento (*arrecatogli*) è presupposto della illiceità di quest'ultimo. Cfr. però circa l'espressione « contro il suo volere », più avanti, nota 52.

prietà: cioè una tutela per mezzo della volontà statale contro usurpazioni di godimento di terzi. Veramente non sarebbe data con ciò alcuna ragione per chiamare questa tutela un diritto privato. E nemmeno per il fatto che il proprietario in conseguenza della stessa consegue la maggiore possibilità d'un esclusivo godimento. Poichè il godimento d'un bene non è di per sè nè un « diritto » nè il « contenuto » o l'« esercizio » dello stesso. Altrettanto poco fa della tutela un diritto privato la circostanza che l'ordinamento giuridico concede di trasferire questa tutela per mezzo d'un negozio giuridico. Tale facoltà di trasferimento non è (*neppur essa*) contenuto del diritto di proprietà, nè il suo esercizio un esercizio di quest'ultimo; anzi, il diritto di proprietà è piuttosto l'oggetto del trasferimento. Questi due principii qui possono e devono soltanto essere stabiliti; il loro approfondimento si riserva per due ultimi Capitoli.

p. 156

Inoltre, non ognuna delle conseguenze giuridiche connesse alla trasgressione della norma può far apparire la proprietà come un diritto privato. Ciò risulta subito chiaro riguardo a quelle pene pubbliche, per mezzo delle quali lo Stato fa scontare (*büssen*) lesioni della proprietà. Ma anche se lo Stato attuasse la norma: « tu non devi usurpare al proprietario un bene che non ti spetta » senza la richiesta di chi ne è tutelato, anche se esso (*Stato*) spontaneamente (*aus eigenem Antriebe*) impedisse per il futuro la pretesione di partecipare al godimento da parte d'un terzo non autorizzato: sarebbe questo certamente un importante aumento della tutela assicurata al proprietario, ma neppure questa tutela si potrebbe chiamare un diritto del proprietario. Il suo interesse sarebbe assicurato, ma non per via di un mezzo che si potesse parimenti chiamare suo. La proprietà diventa un diritto privato solo allora quando dalle trasgressioni delle norme poste a sua tutela nasce nel proprietario una pretesa alla rimozione di quella illiceità. Solo le pretese private del proprietario all'ulteriore omissione (*auf fernere Unterlassung*) dell'usurpazione di un godimento totale o parziale, le quali, perseguite per via giudiziaria, trovano la loro espressione nella *rei vindicatio* e nell'*actio negatoria*, elevano la proprietà ad un diritto privato.

3. (*Reiezione della teoria di pretese contro chicchessia*). — Specialmente a proposito della proprietà (20) s'incontra ripetutamente l'opi-

(20) Circa la stessa questione riguardo ai beni personali cfr. nota 10.

nione (21), che già prima della violazione d'una norma a tutela della proprietà sia sorta una pretesa in colui che è tutelato. Con l'acquisto della proprietà spetterebbe tosto al titolare una pretesa « che nessuno si ponga di fatto in contrasto... col suo volere di proprietario ». Questa pretesa sarebbe bensì « sodisfatta » fino a tanto che fosse « esistente l'effettiva situazione richiesta dalla medesima ». In caso contrario « la pretesa della proprietà si tramuta in una pretesa contro l'agente alla rimozione della lesione recata con questa al diritto di proprietà e rispettivamente delle sue conseguenze ». Ammettere una siffatta pretesa contro chicchessia è, tuttavia, altrettanto ozioso quanto ingannevole (22).

Innanzitutto una pretesa così fatta mancherebbe d'ogni consistenza. Fino a che le norme le quali tutelano la proprietà non sono violate, non ha nessun significato l'attribuire una pretesa al proprietario. Infatti si concede che quest'ultima sia fino allora sodisfatta — praticamente torna lo stesso che taluno non abbia nessuna pretesa, oppure che abbia una pretesa sodisfatta. La pretesa dovrebbe dar la prova della propria forza e del suo significato appena rimane insodisfatta. Allora è venuto il momento per provocare la sua efficacia, quando si deve mostrare se e quale valore spetti alla pretesa. E che ne sarà in tale caso di quella « pretesa »? Di fronte a quelli, che la rispettano, essa rimane la stessa — ma di fronte a colui, che la fa rimanere insodisfatta, e che ora dovrebbe sentirne il peso, di fronte a questo la nostra pretesa « si muta » istantaneamente in una di diverso contenuto. Quella pretesa inconsistente scompare, e ne compare un'altra, nuova, oramai piena di significato. Si vede, se si riconosce solo quest'ultima, che non si perde nulla, se non qualcosa che porta bensì il nome di « pretesa » ma che manca di qualsiasi realtà (23).

p. 157

p. 158

(21) Specialmente in WINDSCHEID, *Pandette*, I, 4^a ed., § 43, num. 2 — § 192 — § 107 — pp. 102, 610, 306, dalla cui esposizione sono presi i passi citati. Concordemente H. BÜRCKEL, *Giornale crit. trimestrale* (Krit. Vierteljahrsschrift), XI, p. 232. Cfr. anche WINDSCHEID, *L'actio, Difesa* (die actio, Abwehr) (1857), pp. 28, 37. Tale opinione viene divisa anche da alcuni, che divergono dal WINDSCHEID nella concezione di ciò che sia pretesa; cfr. MÜTHER, *Per la dottrina dell'actio romana* (zur Lehre von der Römischen Actio) (1857), pp. 49, 67, e recentemente di NUOVO LENEL, *Su l'origine e la portata delle eccezioni* (Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen) (1876), pp. 5, 11.

(22) Esattamente già NEUNER, *Rapporti di diritto privato* (Privatrechtsverhältnisse), pp. 158, 171, sebbene in parte con ragioni insostenibili. Cfr. sotto alle note 132 ss. Vedi anche BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., § 79, p. 253.

(23) In specie non è necessario di attribuire al proprietario una pretesa contro chicchessia affinché egli possa sviare da sè illeciti attacchi. La difesa è per-

Oppur deve quella pretesa essere concessa al fine di « poter pretendere » (zum Zwecke des « Ansprechens »)? Nel prossimo Capitolo io dovrò dimostrare che veramente anche la mera facoltà di esigere e reclamare (das blosse Fordern - und Verlangendürfen) costituisce una parte (se anche praticamente la meno importante) del contenuto d'una pretesa. Ma qui l'ordinamento giuridico non attribuisce certamente quella pretesa al proprietario affinché egli accampi di fronte ad un terzo qualsiasi la domanda: non ledere la mia proprietà! Una tale richiesta non può certamente ritenersi proibita. Non più e non meno che se il proprietario dica qualcos'altro, che non gli è vietato di dire. Egli può anche ammonire: non ledere la proprietà dei miei vicini! — a fondamento della quale richiesta non vi è certo una pretesa. Ma nell'uno come nell'altro caso egli stia bene attento a non divenire, con la manifestazione non motivata o reiterata della sua richiesta, non soltanto molesto, ma addirittura punibile. Assai facilmente un ammonimento del genere (*di quelli rammentati dianzi*) potrà divenire un'ingiuria.

Ma guardiamocela (sehen wir uns) cotesta « pretesa » ancora un po' più da vicino. Essa dev'essere diretta « verso chicchessia », « verso tutti i simili », anzi « verso tutto il mondo » (24). Un proprietario qualsiasi avrebbe quindi pretese verso ogni membro anche d'una nazione straniera, per quanto lontana. I selvaggi medesimi, i quali non hanno ancora tra loro nessun vincolo statale e non posseggono per sé un ordinamento giuridico, sarebbero soggetti a coteste pretese dei proprietari di paesi stranieri. E non soltanto (*accadrebbe*) ciò, ma altresì ogni giorno ed ogni ora essi darebbero soddisfazione a quelle pretese. Qui però sorge il dubbio: come può il singolo ordinamento giuridico acquistare tanta forza da assicurare ai suoi membri pretese verso tutto il mondo? Si dovranno lasciar cadere senz'altro le pretese verso quegli altri uomini, che non sono sottoposti al medesimo ordinamento giuridico. Ma allora avremmo tale insoddisfacente ibridismo di rapporti: verso stranieri il proprietario non avrebbe nessuna « pretesa », ma ne avrebbe però verso chiunque dei soggetti al medesimo ordine giuridico (gegen jeden seiner Rechtsgenossen). Una cosa parimenti inattuabile (eine gleiche Undurchführbarkeit) ne risulterebbe sotto

messa a chiunque, senza che si debba ricorrere in proposito ad una pretesa. La prova di questo è che essa è concessa anche ad un terzo, disinteressato, al quale tuttavia è difficile voler attribuire una pretesa contro chicchessia alla non-lesione di un'altrui proprietà.

(24) Cfr. le citazioni a nota 21.

un altro aspetto. Vi sono rapporti, nei quali, pur essendo proibita da norme ogni usurpazione di godimento da parte di terzi, tale divieto non è però in favore d'una persona fin d'ora determinata. Sono proibite usurpazioni su l'eredità giacente; tale divieto agisce in favore del futuro erede. Ma il futuro titolare, proprio perchè egli diverrà tale solo in avvenire, non ha al presente ancora nessun diritto agli oggetti dell'eredità. È pertanto impossibile attribuirgli una pretesa contro chicchessia alla cessazione dell'usurpazione. Ma in questo caso, in mancanza d'una persona, cui si possa attribuire la pretesa, ci si dovrà accontentare d'una mera tutela per mezzo di norme.

Non si può ravvisare uno scopo di quella « pretesa ». Estese come dovrebbero essere « pretese » di tal fatta, non sono neanche più possibili. Si dovrebbe ritenere che l'ammissione d'una tale problematica esistenza servisse quanto meno ad una configurazione più unitaria (zur einheitlicheren Gestaltung) della dottrina della pretesa. Ma ben lungi da ciò essa produce soltanto inconvenienti d'ogni specie. Alla questione della prescrizione di questa « pretesa » si può sfuggire con l'ammettere in mancanza di meglio un appagamento continuo (fortwährende Befriedigung) della stessa. Ma si potrà riconoscere una credibilità di coteste pretese ad una non-lesione? O l'ammissibilità d'una rinuncia alle stesse come alle altre pretese? Per farla breve, si vuole e si può applicare l'intera dottrina delle pretese anche a cotesti fantasmi (auch auf diese Scheinexistenzen)? E ciò su cui, oltre a questo, si chiude un occhio (und was man ferner damit in den Kauf nimmt) è una contraddizione con la propria dottrina. Non è soltanto da un'altra parte (*dagli avversari della combattuta dottrina*) che si osserva a buon diritto, che la nostra pretesa presuppone come l'actio romana un avversario determinato (24^a). Anche lo stesso WINDSCHEID insegna (25):

« che tutti i diritti reali... con la loro violazione acquistano (*l'aspetto di*) un rapporto personale, che fino allora non avevano, prendendo forma d'un diritto di credito o... d'una pretesa verso l'autore della lesione (gegen den Verletzer) »,

(24^a) BRINZ, l. cit., pp. 247, 248, 251, 253.

(25) *Actio*, p. 223. — L'accentuazione della parola pretesa rende impossibile di mettere l'accento alle parole « contro l'autore della lesione ». In generale, la dottrina delle « pretese verso chicchessia » non è ancora accolta nell'opera citata; cfr. ivi pp. 5, 14. Solo più tardi (*l'actio, Difesa* — die Actio, Abwehr, pp. 28, 38) WINDSCHEID ammette senza necessità l'esistenza di tali pretese.

ed in altro luogo (26):

«io ho scelto l'espressione: pretesa giuridica, pretesa, per designare la direzione personale del diritto, in forza della quale qualche cosa viene richiesta ad una persona determinata».

p. 161 Alla fine il parallelo così felicemente condotto da WINDSCHEID fra pretesa ed actio è abbandonato senza necessità col riconoscimento di tali pretese contro chicchessia. Poichè non v'è bisogno di rilevare che ai Romani era interamente estraneo il pensiero d'un'actio del proprietario verso tutti i suoi simili (26°).

Per tutte queste ragioni non avremo nulla da perdere, ma anzi molto da guadagnare, se qui ed altrove rinunzieremo alla dottrina delle pretese verso chicchessia.

4. (*Concetto e caratteristiche della proprietà*). — Per conseguenza noi giungiamo ai seguenti principii. Proprietario d'una cosa è colui, il quale è protetto da norme contro il godimento (27) della cosa da parte di terze

(26) *Difesa* (Abwehr), p. 7, nota 1. — E neppure la « pretesa verso chicchessia » è considerata soltanto una pretesa, non una pretesa giuridica. Infatti a p. 28 ivi, la stessa è espressamente designata come pretesa giuridica.

(26°) Che LENEL divida il punto di vista qui combattuto è tanto più sorprendente in quanto egli (p. 9) — andando magari troppo in là — proclama « come senza eccezioni il principio: « dove non v'è actio, non v'è nemmeno pretesa ».

(27) Godimento (Genuss) preso nel senso più largo, così che non soltanto l'uti frui, ma sia con ciò colpito anche il rifiuto di consegna (das Vorenthalten) come ogni operazione (Einwirkung) su la cosa. Il termine (Genuss), io spero, non susciterà alcuna difficoltà. Io lo scelgo per far risaltare subito lo scopo economico del divieto: affinché il proprietario possa godere a suo piacere, è vietato agli altri ogni godimento che gli sia di nocumento. Per questo io lo preferisco al termine più incolore « operazione » (Einwirkung). Sarà pur lecito di designare come attività di godimento (als Genusshandlung) tutto ciò che si può chiamare operazione; così in ispecie un danneggiare o distruggere la cosa. Chi beve una birra altrui, la gode non meno che se egli vuota un suo proprio bicchiere. Ma parimenti (cioè, *compie un atto di godimento*) anche colui che a bella posta rompe il bicchiere. Se ogni distruzione d'un bene può per conseguenza racchiudere per chi la compie un godimento, essa può essere anche obbiettivamente designata come un'azione di godimento, pure se nel caso singolo non abbia soggettivamente apportato nessun godimento all'autore. Del resto qui si tratta solo di scegliere un termine acconcio. Se il vocabolo operazione (Einwirkung) dovesse apparire più appropriato, prego di sostituirlo di qui in avanti.

persone in un ambito (*che è*) relativamente il più ampio possibile. Proprietà nel senso di diritto di proprietà designa la tutela così assicurata.

Due momenti sono caratteristici per la proprietà e distinguono la stessa dai rimanenti diritti reali. In primo luogo, la maniera comprensiva (*die umfassende Art*), nella quale il proprietario viene tutelato contro il godimento di terze persone. La proprietà non ha certo per conseguenza, che ogni godimento della cosa altrui sia interdetto a coloro cui non appartiene. Prescindendo pur anche da tali forme di godimento, che non pregiudichino in genere gl'interessi del proprietario (28), quest'ultimo è tuttavia tenuto a sopportare certe attività di godimento, anche se queste vengano in collisione coi suoi interessi (29). La proprietà non garantisce dunque una tutela illimitata. Ma non garantisce in nessun caso una tutela minore che un qualsiasi altro diritto reale.

(28) Esempio: il godimento della veduta della casa ben costruita del vicino o della prospettiva sul fondo del vicino — casi chiamati da von IHERING « effetti riflessi di fatto » (« Reflexwirkungen factischer Art ») (*Ann. per la dogmat.* - *Jahrb. für Dogmatik*, X, p. 250). Il proprietario li può frustrare con un mutamento del proprio fondo, ma, fino a che sono possibili, non li può vietare. Che qui si tratti di un godimento del fondo del vicino, apparisce da ciò, che lo stesso (*godimento*) può essere assicurato mercè l'imposizione d'una servitù — ed una servitù viene designata quasi generalmente come un diritto di godimento. Cfr. anche c. 12 § 2 C. de aed. priv. 8, 10.

(29) Oltre le limitazioni in conseguenza di rapporti di vicinato potrebbe p. es. citarsi a questo proposito la disposizione del § 4 I. de rer. div. 2, 1: « riparum quoque usus publicus est itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuique liberum est » — l. 5 de div. rer. 1, 8; l. 15 de adq. rer. dom. 41, 1. — Quando BEKKER, *Ann. per il dir. com.* (*Jahrb. für gem. Recht*), V, p. 201, designa questi e simili casi come « limitazioni dell'azione negatoria », o questa è un'espressione, che non corrisponde allo stato delle cose, oppure a fondamento della stessa vi è un pensiero erroneo. Non soltanto vien meno l'obbligo del barcaiolo di non occupare il terreno della riva (limitazione dell'actio negatoria): ma al proprietario (ed a terze persone) incombe anche l'obbligo di non porre alcun ostacolo all'uso della riva — l. 1 pr. §§ 14, 19 de fluminibus 43, 12; l. 1 pr. ut in flum. p. 43, 14. Ma anche per questo, tale caso è notevolmente diverso da quello, nel quale solo la rei vindicatio cessa — WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 169 num. 12; cfr. anche Nota 2 (pp. 526, 518). Qui è soltanto tolta di mezzo l'obbligazione, complementare al diritto di proprietà, che incombe al possessore, della restituzione — là è anche fondata un'obbligazione del proprietario (e di altri).

p. 163 Poichè anche un enfiteuta ed un usufruttuario hanno da sopportare come il proprietario cotesta partecipazione di terzi al godimento (30). Per mezzo di disposizioni di tal fatta il livello generale della facoltà dei singoli — in ispecie quanto alla proprietà fondiaria — è abbassato a profitto dell'uso comune. Il proprietario certamente ne perde, ma non più nè meno di qualsiasi altro titolare d'un diritto reale. L'ordinamento giuridico potrebbe accrescere per ragioni d'opportunità tali limitazioni del godimento esclusivo, senza che noi dovessimo rinunziare per questo al concetto di proprietà (31) (c).

p. 164 Il secondo momento caratteristico consiste in ciò che segue. Dal divieto di godimento, divieto ch'è a profitto del proprietario, non soltanto, come si è accennato, possono essere eccettuate singole forme di godimento in generale, ma può darsi che il godimento vietato agli altri sia, sul fondamento di fatti determinati, — un negozio giuridico oppure un'immediata disposizione di legge, — concesso in un ambito maggiore o minore a certe persone. Anzi più ancora: in tali casi non soltanto il divieto non colpisce le persone che ne sono liberate, ma il proprietario è obbligato dal canto suo, come ogni terza persona, ad astenersi a profitto delle stesse da certe attività di godimento. Si parla allora d'una limitazione della proprietà per mezzo di diritti reali — ed in conseguenza degli stessi il valore economico della proprietà può venire con-

(30) Il principio diviene appena più dubbio per ciò che alcuni interdetti relativi a questo, p. es. quello de glande legenda, letteralmente nominano solo il proprietario come obbligato — cfr. p. es. l. 1 § 5 de arbor. caed. 43, 17 con la l. 1 § 25 de aqua 43, 20; v. anche l. 3 § 7 de rivis 43, 21, l. 1 § 3 de fonte 43, 22, l. 3 § 5 de itinere 43, 19. Sotto tale presupposto io devo riconoscere la giustezza degli sviluppi di BEKKER, *Azioni*, II, pp. 364, 368 C. malgrado la risposta di WINDSCHEID, l. cit., p. 519; qui vi è certamente un diritto reale, che nel diritto romano ha trovato protezione soltanto per mezzo di un'actio in personam. Quello che per me è decisivo è il divieto (*rivolto*) ad una quantità indeterminata (*ai soggetti*) allo scopo di render possibile un godimento se pur limitato d'una cosa corporale. Con questo è dato anche, ciò che WINDSCHEID non trova, « il centro », « nel quale le pretese contro la persona trovano il loro punto di riferimento e dal quale irraggiano ».

(31) Solo in questo senso è da intendersi, che al proprietario è attribuito il pieno godimento della propria cosa. « L'errore logico », che GAREIS (*Riv. di HARTMANN per la legislazione e la pratica* — HARTMANN'S Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis, III (1877), p. 149) considera addirittura necessario nella determinazione del concetto di proprietà, è, io credo, evitato nella definizione sopra tentata.

siderevolmente diminuito ed essere molto più piccolo che quello del diritto reale che lo limita. Ma sotto l'aspetto giuridico la posizione del proprietario si distingue pur sempre come preminente rispetto a quella del soggetto avente altrimenti diritto: cioè nel rapporto coi terzi. Questi (*ultimi*) di fronte al titolare del ius in re aliena sono tenuti soltanto all'omissione di certe attività di godimento. Così a profitto del titolare d'una servitus ne altius tollatur è vietato a tutti i restanti soggetti di diritto soltanto di sopraelevare, ma non (*è vietata*) un'altra forma di godimento (32), neppure la presa di possesso del fondo servente — una servitù di passaggio non viene lesa per ciò che un altro percorre lo stesso sentiero (33) — ed anche l'usufruttuario non potrebbe sentirsi leso quanto meno per l'attività miglioratrice (*del fondo, spiegata da*) di un terzo. Per contro, di fronte al proprietario tutte le attività di godimento di terze persone sono sempre vietate, anche se la proprietà possa essere gravata dall'una o dall'altra servitù. Anche alla proprietà più limitata corrisponde (*è complementare*) dunque l'obbligo d'un numero indeterminato di persone e certo con un contenuto più ampio di quello che generalmente inerisce all'obbligo ch'è conseguenza d'un diritto reale che limiti (*la proprietà stessa*) (34). Solo l'enfiteuta ed il superficiario sono tutelati nello stesso ambito come il proprietario (35). Ma con questo sfuma anche la possibilità di stabilire una differenza fra la situazione giuridica di questi ultimi aventi diritto e del proprietario di fronte a terze persone (36). Non sono che i loro speciali obblighi di fronte al proprietario, che, per le conseguenze che importano, differenziano la loro situazione giuridica da quella di quest'ultimo (37) (d).

(32) l. 17 § 1, l. 20 § 6, l. 21 de serv. pr. urb. 8, 2.

(33) l. 15 communia 8, 4.

(34) Giustamente LENEL, op. cit., p. 13 nota 2, il quale pure, se trova sorprendente la trascuranza consueta di questo principio, dal canto suo trascura il passo (*cit.*) in BRUNS, *Enciclop.* del v. HOLZENDORFF, 2^a ed., p. 361, 3^a ed., p. 385.

(35) IHERING, *Saggi* (Abhandlungen), 1844, pp. 134, 138. WINDSCHEID, *Pandette*, § 219, nota 11, § 223, nota 9. — BRINZ, *Pandette*, § 203, nota 29.

(36) Al terzo è vietata di fronte all'enfiteuta ed al superficiario ogni azione, ch'è vietata di fronte al proprietario. — Di fronte ai terzi è poi vietato all'enfiteuta ed al superficiario se anche tutto ciò, però soltanto ciò, ch'è vietato al proprietario.

(37) Se si paragona, come ciò apparisce in VANGEROW, *Pandette*, § 302 Nota, la posizione dell'enfiteuta con quella del proprietario libero da pesi, la differenza è evidente — poichè il primo non deve deteriorare (*il fondo*). Ma questo paragone non prova nulla. La differenza si dovrebbe dimostrare nella posizione

Soltanto una conseguenza (*letteralmente: emanazione: Ausfluss*) del secondo momento ora caratterizzato per la proprietà, ma non una sua nuova peculiarità, è la sua così detta elasticità. Il proprietario viene tutelato contro il godimento di terzi, fino a quando a questi ultimi non spetta un diritto particolare, in conseguenza del quale da un lato ad essi non è vietato un certo godimento e dall'altro lato incombe al proprietario l'obbligo di astenersi da un certo godimento. La conseguenza è che, col venir meno del diritto particolare, in primo luogo, ogni godimento, anche per le persone fino allora esenti dal divieto, viene di nuovo vietato, ed in secondo luogo, che l'obbligo del proprietario viene di nuovo a cadere. Questa elasticità è estranea ai diritti reali limitati, a causa del loro contenuto. A profitto dei loro titolari soltanto certe forme di godimento sono vietate ad altri — fra questi altri, al proprietario tal quale come ad ogni terzo. Se il proprietario perde il diritto rimastogli, non cambia per nulla con ciò il diritto reale limitato. Lo stesso non aveva, infatti, di fronte al proprietario un contenuto diverso che di fronte ai terzi; è dunque anche del tutto indifferente che il proprietario cessi di essere tale. Ma anche qui apparisce che enfiteusi e superficie sono più vicine alla proprietà che alle servitù. A profitto dell'enfiteuta e del superficario è vietato ai terzi tutto ciò, ch'è vietato di fronte al proprietario; il proprietario stesso è colpito dal medesimo obbligo, che incombe a terze persone anche di fronte a lui. Se vien meno la proprietà, di fronte ai titolari dei due ricordati diritti reali (*enfiteusi e superficie*) sta il numero indeterminato degli altri precisamente come prima con lo stesso obbligo comprensivo, laddove gli obblighi speciali di essi titolari di fronte al proprietario si sono estinti. A partire da quest'istante la loro situazione giuridica non può veramente essere distinta da quella del proprietario.

5. (*La tutela della proprietà consiste nel divieto del godimento di cose altrui, non nel divieto d'impedire il godimento del proprietario*). — Il proprietario viene tutelato da norme contro il godimento della cosa propria da parte di terze persone. In luogo di ciò il principio viene per lo più inteso così: è vietato a terze persone d'impedire al proprietario il godimento della cosa propria. Per la teoria dominante, la quale considera la facoltà di godere (*das Genießendürfen*) come contenuto, l'effettivo godimento come esercizio del diritto di proprietà, l'ultima for-

giuridica del proprietario e dell'enfiteuta di fronte ai terzi durante l'esistenza dell'enfiteusi. Ed una tale differenza io non la trovo.

mulazione si presenta come una conseguenza (38). La formula allora suonerebbe: «il proprietario ha il diritto di godere e nessun terzo ha il diritto d'impedirglielo». Ma anche quelli, i quali con piena ragione obiettano in contrario che lo scopo del diritto — qui un pieno godimento della cosa da parte del proprietario — sarebbe considerato come contenuto del diritto, sono però rimasti fermi alla seconda parte della formula e concepiscono così l'imperativo in egual maniera: nessuno ha il diritto d'impedire al proprietario il suo godimento (39). Ma la seguente considerazione dimostrerà che la formula è da concepirsi più esattamente così: nessuno ha il diritto di godere una cosa altrui senza consenso del proprietario. Chi usurpa una cosa, che non gli appartiene, al proprietario (*della cosa stessa*), agisce anti-giuridicamente. Qui per vero non si può distinguere se (*l'antigiuridicità si consumi*) anche solo col possesso della cosa, oppure con l'ivi compreso impedimento del proprietario. Poiché un godimento proprio ed un impedimento del godimento altrui qui come sovente (40) coincidono. Più difficile diventa già la cosa, se noi pensiamo assente il proprietario. Egli non è in condizione di poter usare la cosa propria. Racchiude la presa di possesso (*anche*) allora un impedimento dell'altrui godimento?

(38) WINDSCHEID, *Pandette*, § 198 a Nota 1, combina i due divieti, quello dell'operazione propria e quello dell'impedimento del proprietario — corrispondenti al «lato negativo» ed al «lato positivo della proprietà» § 167. Sotto quest'ultimo riguardo concordi ARNDTS, *Pandette* § 130; KELLER, *Pandette* § 112 in fine; BRUNS, loc. cit., p. 361.

(39) Così specialmente LENEL, op. cit., p. 14, il quale definisce la proprietà «come il diritto, il cui titolare ha contro chicchessia ... la pretesa all'omissione di ogni turbativa del suo potere di disposizione sopra la cosa ed il corrispondente potere coattivo» (*den Anspruch auf Unterlassung jeder Störung seiner Verfügung über die Sache und die entsprechende Zwangsbefugnis hat*). PARMENTI SCHLOSSMANN, *Il contratto* (*der Vertrag*), 1876, p. 251: «Poiché io ho il diritto di proprietà, io sono autorizzato a possedere la cosa mia, ad usarne, ad alienarla ecc., e per questo sono protetto dallo Stato nell'imprendere ognuna di queste azioni contro ogni disturbatore (*Störer*)». SCHLOSSMANN polemizza solo contro il «poiché» (*das «Weil»*) cioè contro il designare il diritto di proprietà come fonte (*als Quelle*) delle dette facoltà — ma non contro queste ultime e la loro tutela contro (*le*) turbative; cfr. p. 249, 255, 265, 267.

(40) Esempi d'un tale impedimento di fatto per mezzo di proprie attività di godimento offrono: l. 29 § 1 ad leg. Aq. 9, 2; l. 13 § 1; l. 20 pr. de serv. pr. r. 8, 3; l. 4 § 5; l. 9 pr., l. 10 § 1; l. 14 § 1; l. 17 § 1 si servitus 8, 5; l. 14 de op. n. n. 39, 1; l. 1 § 4 de rem. 43, 25; l. 2 de arb. caed. 43, 27; l. 6 § 2 arb. furt. c. 47, 7. I luoghi (*citati*) parlano in parte dell'impedimento di fatto del titolare d'una servitù, ma non sono meno probanti per questo.

- p. 168 Anche questo potrebbe essere ammesso qualora nel perdurare del possesso si volesse trovare il godimento e nell'allontanamento della cosa una turbativa dello stesso. Ma come (*si potrebbe ammettere*) se la cosa perduta da lungo tempo dal proprietario sia trovata da un terzo e sottratta? Anche in questo caso il proprietario è leso nel suo potere di disposizione fin dal momento della presa di possesso (41) oppure ciò che qui è vietato è piuttosto il tenere la cosa come propria? Parimenti è vietato di aprirsi il cammino sopra un fondo altrui — e non soltanto allora quando con ciò il proprietario viene leso nel suo godimento. Un impedimento del godimento o della disponibilità si potrà difficilmente ammettere quando il proprietario era assente oppure giaceva malato e solo dopo alcun tempo si accorgeva del passaggio pel suo fondo. Per conseguenza non in ogni godimento vietato si trova un impedimento del proprietario. Viceversa, vi sono impedimenti, i quali non racchiudono una trasgressione delle norme che tutelano la proprietà. Oppure colui, che illecitamente sequestra (*einsperrt*) un altro e con ciò (*gli*) impedisce, delle sue mille cose, di usarne anche una sola, lede il diritto di proprietà rispetto a tutte coteste cose di colui ch'è stato privato della sua libertà? E quale pretesa spetta qui alla parte lesa? Non si obbietti: la privazione della libertà avrebbe avuto l'impedimento solo come conseguenza, ma non come scopo. Il principio, che siano vietate solo lesioni intenzionali del diritto di proprietà, sarebbe insostenibile. Ma si prenda proprio il caso che sia seguito il sequestro (*di persona*: die Einsperrung) in un luogo per l'apposito scopo che il proprietario non potesse recarsi in un altro luogo e quivi usare la sua proprietà. Se l'autore del sequestro non avesse propriamente operato sopra la cosa (*ohne eigene Einwirkung des Behindernden auf die Sache*), non ci sarebbe che una trasgressione delle norme a tutela della persona (42), ma non una violazione delle
- p. 169

(41) In quest'istante — non solo quando il proprietario viene a sapere ciò od ha inutilmente richiesto il rilascio — viene consumata l'illiceità, alla cui rimozione serve la rei vindicatio. È possibile che una appropriazione indebita (*eine Unterschlagung*) segua soltanto più tardi.

(42) l. 25 de act. e. v. 19, 1: «... iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur» — l. 13 § 7 de iniuriis 47, 10: «... iniuriarum me posse agere... si quis re mea uti me non permittat». — l. 24 eod.: «Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, iniuriarum experiri potest». — Quando nella l. 3 § 2 uti poss. 43, 17 si dice: «videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione», si rileva dalle parole precedenti che l'impedimento era arrecato da una propria usurpazione di godimento; cfr. anche l. 11 de vi 43, 16.

norme a tutela della proprietà. Solo allora quell'impedimento del proprietario racchiude una trasgressione delle norme a tutela della proprietà, quand'esso si presenti per mezzo d'un'operazione su la cosa oppure in vista della cosa, così che nell'impedimento del proprietario vi sia insieme una propria usurpazione di godimento da parte dell'autore della lesione (43). Così è da intendere il prohibere, del quale fanno menzione le fonti come motivo della negatoria actio e dell'interdictum uti possidetis (44). Esso non contiene una rimozione (*eine Abhaltung*) del proprietario dalla cosa, bensì una rimozione della cosa dal proprietario. La libertà del proprietario rimane intatta, solo la cosa viene sottratta al suo godimento.

È dunque più corretto di trovare la tutela del proprietario non (*già*) nel divieto del suo impedimento, bensì nel divieto d'un godimento altrui. Come si potrebbe altrimenti parlare d'una tutela della proprietà allorquando non c'è al momento un titolare del godimento (*un soggetto autorizzato al godimento* — *ein zum Genuss Befugter*), e, più ancora, come nel caso dell'eredità giacente, un intero patrimonio (*ein ganzer Sachenkreis*) viene sottratto dalle norme al godimento dei terzi a profitto d'un futuro proprietario? Chi pone l'obbligo dei terzi in ciò, che il proprietario non debba essere disturbato nel proprio potere di disposizione della cosa, in questo caso deve temporaneamente negare qualsiasi obbligo; poichè non c'è un proprietario, il quale possa essere impedito.

p. 170

(43) Questo si vede specialmente nella formulazione dell'actio negatoria, la quale sempre combatte la legittimazione del godimento avversario: «ut quis intendat, ius non esse adversario utendi fruendi cundi agendi aquamve ducendi» § 2 l. de act. 4, 6.

(44) Praticamente la cosa è andata in questo modo, che in caso d'impedimento di fatto del godimento per l'esistenza di costruzioni durature spetta (nota 40) al proprietario solo la negatoria actio, in caso di singole azioni di godimento da parte dell'avversario spetta al proprietario che sia possessore anche l'interdictum uti possidetis. Che il prohibere come motivo di quest'ultimo possa sussistere parimenti in una mera azione di godimento, si rileva specialmente dalla l. 8 § 5 i. f. si servitus 8, 5. Secondo questo (*passo*) il prodursi di un insolito fumo fonderebbe l'interdetto «si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti». Cfr. l. 52 § 1 de a. v. a. p. 41, 2; l. 3 §§ 2, 4 uti possidetis 43, 17; l. 11 de vi 43, 16. D'altra parte anche una prohibitio in senso tecnico ed una operis novi nuntiatio possono naturalmente dare motivo al proprietario di agire negativamente: l. 15 de serv. pr. u. 8, 2; l. 4 § 7; l. 6 §§ 1, 7 si servitus 8, 5; l. 15 de op. n. n. 39, 1. Poichè un'eccezione ed una interdizione (*Bannlegung*) assicurano a chi fa il divieto il mantenimento della condizione attuale del fondo ed hanno per effetto che al proprietario è giuridicamente vietato un determinato uso della cosa propria fino ad ulteriore decisione.

Se dunque il divieto fosse rivolto soltanto contro la turbativa del proprietario, l'eredità sarebbe abbandonata senza tutela all'usurpazione dei terzi.

6. (*Il concetto del diritto reale e l'attacco di SCHLOSSMANN contro di esso*). — La tutela della proprietà, in quanto essa viene garantita per mezzo delle norme come per mezzo della minaccia di conseguenze giuridiche contro il trasgressore delle medesime, è unicamente volontà statale. Ma anche questa tutela è ben tutela giuridica; è ben in grazia di questa tutela che la proprietà è un istituto giuridico.

Questo principio è da accentuarsi con tutta energia. Per quanto esso apparisca irrecusabile, troppo spesso è tuttavia misconosciuto. Nella maniera più sorprendente, da ultimo, da SCHLOSSMANN (45) nel suo attacco contro il diritto reale. SCHLOSSMANN così riassume il suo risultato:

p. 171

«quando si parla di diritti reali, non si tratta di null'altro che d'una fattispecie (Thatbestand), che assicurerà la vittoria ad una determinata persona interessata ad una cosa nel caso d'una collisione con altri, chiunque le stia contro come avversario; il diritto reale sta soltanto a rappresentare la sorgente comune di tutte le pretese che si possano pensare relative ad una cosa contro i terzi. Non già il diritto reale, ma soltanto queste pretese.... possono acquistare realtà, quando possano farsi valere davanti al magistrato ed essere realizzate coattivamente».

Quanto più fondata è la polemica di SCHLOSSMANN contro la concezione comune del diritto di proprietà e quanto più difficile è il poterla respingere dal punto di vista della dottrina dominante, tanto più urgente (*urgentemente imposto: dringender ist geboten*) è il provare la debolezza propria di questa critica meramente distruttiva. Essa riposa su la totale trascuranza della norma esistente già prima della «collisione con altri» e della tutela per tal mezzo operata. Che qualcuno sia divenuto proprietario significa che d'ora in poi è vietato a tutti gli altri soggetti a quest'ordinamento giuridico il godimento od almeno un certo godimento della cosa senza consenso del proprietario. Questo generale divieto è del tutto indipendente dalla fattispecie cui l'ordinamento giuridico concreto conetterà l'acquisto della proprietà. Il contenuto

(45) loc. cit., pp. 257 - 267.

del diritto di proprietà non cambia per questo, che l'una comunità giuridica richiede per l'acquisto dello stesso nei rapporti inter vivos una precedente consegna della cosa, ed una seconda al contrario ritiene sufficiente allo scopo la mera volontà di cessione. Non è quindi da esaminarsi fino a qual punto l'allegazione del diritto francese (46) contro l'ammissione d'un diritto reale costituito in un modo particolare (besonders gearteteten) possa provare. Tanto poco quanto l'acquisto della proprietà viene in questione il modo con cui la stessa si perde, per determinare il contenuto della stessa. Si tratta soltanto di ciò, che cosa sia il diritto di proprietà, fino a quando esso sussista. Se, per conseguenza, l'ordinamento giuridico determina (ausspricht) un'estinzione della proprietà, cioè una revoca (Rücknahme) del proprio generale divieto (47) sotto l'una o l'altra condizione, per la definizione di ciò che la proprietà sia ciò è del tutto indifferente (48). Per questo non è possibile invocare eventualmente contro il concetto del diritto reale le disposizioni del Codice di Commercio su l'agevolato acquisto della proprietà e su la perdita che conseguentemente sopravviene del diritto precedente (49). Al contrario il contenuto del diritto di proprietà subisce certamente un'alterazione, ma non tale da costringere a rinunciare alla determinazione del concetto dello stesso (come della tutela relativamente la più comprensiva contro il godimento d'una cosa da parte dei non autorizzati), dove l'ordinamento giuridico per singole situazioni revoca o limita il suo imperativo nonostante un persistere del diritto di proprietà e quindi nonostante un mantenimento del divieto generale. Un caso della prima spe-

p. 172

p. 173

(46) loc. cit., p. 264. Nel citato art. 1583 del Code Civil non sono tuttavia da trascurarsi le parole «à l'égard du vendeur»; cfr. anche art. 1141. La «immediata relazione della persona con la cosa» veduta dalla dottrina dominante in ogni diritto reale — se anche sia una rappresentazione non chiara — non si riferisce ai presupposti dell'acquisto del diritto reale (anche il diritto romano conosce numerosi casi di acquisto della proprietà senza bisogno di possesso), bensì alle conseguenze del diritto acquistato. L'attacco di SCHLOSSMANN è dunque fallito in questa direzione.

(47) È indifferente che tosto entri con ciò in vigore un nuovo divieto a profitto d'un altro (traditio, usucapio ecc.) oppure no (derelictio, il fatto che un animale selvaggio diventi libero ecc.).

(48) Anche il possesso è in conseguenza della veduta qui sostenuta un diritto reale, poichè a profitto del possessore da parte dell'ordinamento giuridico è rivolto alla massa indifferenziata un divieto di ciò che si chiama una turbativa di possesso (Besitzstörung). Eppure qui il diritto reale dura solo fino a quando il possesso stesso persiste.

(49) Codice di Commercio, art. 306, 307.

cie si trova nell'inammissibilità della revindicazione di materiale adoperato per costruzione (eingebauten Materials) (50); parimenti nell'esclusione della revindicazione d'una cambiale ed altro titolo all'ordine contro il possessore autorizzato (den legitimirten Besitzer) dello stesso, in quanto quest'ultimo abbia acquistato il titolo in buona fede e senza colpa lata (50^a). Un caso della seconda specie si presenterebbe là, dove al proprietario viene riconosciuta una pretesa su la cosa propria solo dietro restituzione del prezzo pagato per essa dal possessore (51). Le differenze dell'acquisto e della perdita della proprietà addotte da SCHLOSSMANN non toccano l'essenza della stessa; le diversità dei singoli ordinamenti giuridici nella determinazione del contenuto della proprietà non possono scuotere il concetto della proprietà e quello del diritto reale in generale. Questo concetto riposa su ciò, che è emanato un divieto generale a profitto del titolare — e quindi che il diritto reale è un diritto assoluto — e che questo divieto si rivolge contro il godimento, specificato in un modo od in un altro, di una cosa. Fondamento sufficiente (è questo), per distinguere il diritto reale una volta per tutte dai diritti di obbligazione, ma anche dagli imperativi che suonano del pari in modo assoluto a tutela dei beni personali — per non parlare ancora qui dei diritti di famiglia. Questa non è per niente affatto solo «una questione terminologica». Si tratta di stabilire la differenza concettuale fra diritti assoluti e relativi, nella cui prima categoria il diritto reale entra come una sottospecie. Questi concetti possono ancora essere suscettibili e bisognevoli di chiarimento e di approfondimento. Solo che non mi sembra (si faccia) nessun progresso se, in luogo di tentare (di esporre) una nuova veduta, venga gettata da parte l'intera distinzione e con ciò un prodotto d'un lavoro spirituale vecchio di millenni. Non soltanto al giurista, ma a chiunque vive in una comunità giuridica è necessario di conoscere le

p. 174

(50) Nel caso che qui non si debba ammettere una temporanea perdita di proprietà. — Analogamente si presentava il caso nel più antico diritto romano, quando alla rei vindicatio si contrapponeva una praescriptio temporis — egualmente dopo l'introduzione della prescrizione trentennale, ma prima della c. 8 § 1 C. de praescript. XXX a. 7, 39, quando la revindicazione si prescriveva e la cosa non era usucapita. Una siffatta tutela del possessore per mezzo di una mera denegazione della rei vindicatio è tuttavia estremamente precaria e l'intero rapporto incerto (letter.: malsano: ungesund). La posteriore evoluzione, la quale aggiudicò la proprietà al possessore, era dunque pienamente normale.

(50^a) Regolamento cambiario art. 74; Codice di Commercio art. 305.

(51) Code Civil art. 2280, 2279.

norme. Non è indifferente per lui se egli rimane nei confini del non vietato oppure trasgredisce le leggi del suo paese. Nè egli deve consolarsi pel fatto che, nel caso peggiore, (gli) capiterà una pena oppure una coazione al risarcimento. L'ordinamento giuridico mira anzitutto ad una spontanea osservanza dei suoi comandi e richiede che ci s'informi degli stessi. Dall'esposizione di SCHLOSSMANN non risulta neppure che esistano tali imperativi. Per lui l'intero diritto si riduce ad una serie di pretese. Ma non si vede nemmeno, se queste discendano da un diritto assoluto o relativo, reale o personale. Quando SCHLOSSMANN così esprime la formula della revindicazione:

«Secondo il diritto vigente, è considerato giusto che, se alcuno ha comperato una cosa ed in accordo col venditore ne ha preso possesso, colui che a lui la sottragga senza un fondamento giustificativo, sia tenuto a restituirla ecc.»

da ciò si può certamente, con l'omissione o la mutazione di poche parole, dar forma ad un'azione (derivante) da un negozio di compravendita come ad un'azione di furto. Il possessore, il compratore, il ladro, sono tenuti tutti quanti alla restituzione. Solo che da queste formule non si potrebbe riconoscere la più piccola differenza fra i precetti giuridici, la cui trasgressione fa sorgere immediatamente o mediamente le dette azioni. Negare a cagion di ciò le differenze medesime sarebbe un errore. Si dovrebbe allora sostenere che sarebbe proprio del tutto indifferente alla comunità giuridica se una cosa fosse (indebitamente) ritenuta (vorenthalten) oppure (nascostamente) sottratta (entwendet) al proprietario. Solo, sarebbe giusto, quando ciò accadesse, costringere l'autore (del fatto) alla restituzione (della cosa).

p. 175

7. (La tutela delle norme di per sé non garantisce ancora nessun diritto soggettivo). — La tutela del proprietario per mezzo di norme è di già una tutela giuridica, la proprietà — in quanto ciò (tale concetto) designa questa tutela — (è) una creazione del diritto, un istituto giuridico. Ma la proprietà non è ancora per questo un diritto del proprietario; non è ancora un suo diritto privato.

Senza cooperazione del proprietario la tutela gli viene accordata. Anzi, si potrebbe dire persino: contro il suo stesso volere. Nessuno potrebbe rinunciare a questa tutela con una dichiarazione generale, ch'egli rifiuti la tutela statale riguardo a ciò, che sia suo proprio. Fino

a tanto ch'egli voglia godere le cose, le quali per disposizione dell'ordinamento giuridico stanno in sua proprietà, gli spetta anche la tutela delle norme. Chi considera l'istituto della proprietà come un furto alla collettività e non soltanto professa in teoria tale principio, ma è del volere che anche le conseguenze dello stesso principio si facciano valere contro di sé, rimane sempre allo stesso modo, per quanto riguarda il suo bene, sotto l'identica tutela statutale. Ciò che il singolo può (*fare*), è soltanto: nel caso speciale togliere col proprio consenso il carattere d'illiceità al godimento della cosa sua da parte d'un terzo (52). Questo è quel che discende dal contenuto del divieto statutale. Lo stesso non suona illimitatamente: «nessuno può godere una cosa altrui». Esso aggiunge: «senza consenso del proprietario». In forza di quest'aggiunta si può dunque dire in breve: la tutela non spetta al proprietario contro il suo volere (53). Solo che ciò non è preciso. Poichè la formula non suona tuttavia in questo senso: «il godimento è vietato, se il proprietario non contradice al divieto». Essa suona piuttosto: «il godimento senza consenso del proprietario è vietato». Il divieto stesso è dunque emanato incondizionatamente; solo che una trasgressione diviene impossibile per mezzo del consenso del proprietario.

Intanto, è sufficiente sia ammesso che la tutela delle norme segue anche senza il volere del proprietario. Almeno questo non dovrebbe essere disconosciuto. Io suppongo perciò, che nella formulazione del concetto di proprietà in WINDSCHEID: «un altro non deve disporre contro la sua volontà» (cioè, contro la volontà del proprietario), la parola «contro» deve stare in luogo dell'espressione più appropriata «senza». In caso diverso nessun atto di disposizione (*Verfügung*) sarebbe illecito, del quale il proprietario non venisse a conoscere alcun che; ed allora sarebbe vietata solo la rapina (*der Raub*), ma non il furto occulto (*der heimliche Diebstahl*); il dormiente sarebbe senza tutela, e parimenti colui, il quale avesse acquistato la proprietà d'una cosa senza averne la consapevolezza. Sarebbe una finzione il volersi aiutare in tali casi col supporre una volontà anticipatamente formata e continuante ad operare. Non ogni uomo ha la volontà di

(52) l. 46 § 8 de furtis 47, 2 Ulpiano: «Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim cum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus». Gai. III § 198. § 8 I. de obl. quae ex del. 4, 1. c. 20 C. de furtis 6, 2. l. 63 i. f. de don. i. v. et ux. 24, 1; l. 43 § 10 de furtis 47, 2.

(53) Anch'io mi son servito più addietro di questa espressione.

non tollerare nessuna specie d'uso di una qualsiasi delle cose proprie da parte d'un altro qualsivoglia soggetto nè ora nè in seguito — e se egli nutre questo volere, dove il medesimo è manifestato? Sarebbe una seconda e peggiore finzione, secondo la proposta di LENEL (54), il parlare d'una tacita pretensione (*Verlangen*), la quale sarebbe trasgredita dall'agente. Questi stessi espedienti poi verrebbero a fallire riguardo a quei proprietari, ai quali l'ordinamento giuridico denega ogni capacità di volere (55); per tacere interamente delle persone giuridiche.

Una tutela giuridica, che spetta ad una persona contro od almeno senza il suo volere, non la si può designare come un suo diritto. Altrimenti si dovrebbe parlare d'un diritto della selvaggina a non essere cacciata nel tempo di caccia proibita, oppure d'un diritto delle bestie a non essere maltrattate. Quest'ultima disposizione almeno è nata da un sentimento di zoofilia ed è emanata mediatamente nell'interesse degli animali. (E) una loro tutela, ma non un loro diritto — come per i colombi di San Marco (56) (e). Altrimenti si arriverebbe passo passo alle immaginazioni (*zu Gebilden*), che BEKKER (57) progetta per l'avvenire. Ancora, se la tutela segue non contro, ma però senza la volontà del tutelato, quest'ultimo è interamente passivo. Vero è ch'egli potrebbe col suo consenso spogliare il fatto della illiceità che altrimenti gli è inerente. Ma l'inizio ed il perdurare della norma, il contenuto del divieto protettivo, la minaccia di conseguenze giuridiche per il caso della trasgressione, e finalmente l'efficacia di queste disposizioni giuridiche sono momenti, che sono indipendenti dal consenso o dal dissenso del (*soggetto che ne è*) tutelato.

8. (*La proprietà diventa un diritto soggettivo solo in quanto l'ordinamento giuridico conferisce al proprietario pretese alla scopo di realiz-*

(54) Loc. cit., p. 5: «Questo comando mira a ciò, che l'obbligato per una (espressa o tacita) pretensione del titolare del diritto impreda od ometta una certa attività Considerato da parte dell'obbligato il precetto si chiama un suo dovere giuridico, considerato da parte del titolare del diritto una sua pretesa (*Anspruch*) Quanto sopra vale evidentemente non soltanto per il diritto soggettivo nei rapporti obbligatori, ma parimenti nei rapporti reali e di famiglia (*nicht bloss für die obligatorische, sondern ebenso für die sachen- und familienrechtliche Befugnis*). Il proprietario p. es. ha verso chicchessia la pretesa ad un'omissione di ogni attacco contro la sua disponibilità sopra la cosa».

(55) Cfr. Cap. III § 4 in fine.

(56) BRUNS, op. cit., p. 330.

(57) BEKKER, *Annuario per la dogmatica* (*Jahrbuch für die Dogmatik*), XII, p. 27.

zare i divieti che lo tutelano). — La proprietà diventa un diritto del (soggetto) tutelato, solo in quanto l'ordinamento giuridico garantisce una pretesa al (soggetto) tutelato (sorgente) da una violazione della norma. Perchè una pretesa sia fatta valere è necessaria la volontà del suo titolare (58). La tutela per mezzo d'una pretesa, che si faccia valere e mandare ad effetto (durch Erhebung und Durchführung des Anspruchs), è dunque non più meramente una tutela statale, ma insieme un'autotutela (ein Selbstschutz) dell'interessato.

Ma pretese del proprietario sono soltanto quelle, che sono dirette all'applicazione coattiva (auf Erzwingung) degli imperativi a tutela del godimento della cosa. Particolarmente la rei vindicatio come la pretesa, la quale deve ottenere coattivamente l'osservanza del divieto statale di godimento di fronte al detentore della cosa. Ma anche la negatoria actio persegue l'identico scopo. Se persiste l'usurpazione del godimento, la negatoria è diretta a rimuovere l'illiceità (59). Se, al contrario, l'usurpazione del godimento era di natura transitoria, ma però tale da farne temere una ripetizione, la prima usurpazione è sufficiente motivo per la parte lesa, ad avanzare una pretesa all'omissione d'un pregiudizio ulteriore. Fra le usurpazioni di godimento del passato e quelle che lo possono minacciare in futuro viene annodato un legame ideale, così che si prospetta non tanto una rinnovazione, quanto una continuazione dell'illiceità, la cui rimozione è lo scopo della pretesa. Certo è possibile anche un'altra concezione. Si potrebbe dire: la prima usurpazione è la condizione preliminare d'una seconda norma, la quale obbliga l'agente ad una prestazione di garanzia; alla coattività di quest'obbligazione secondaria serve la negatoria actio. Ragioni preponderanti sembrano tuttavia parlare per la prima formulazione. L'ordinamento giuridico emette soltanto l'unico divieto: tu non devi usurpare il godimento d'una cosa altrui — ed assicura in caso contrario al proprietario una pretesa alla rimozione dell'illiceità. La sicurezza contro quest'ultima per mezzo d'una minaccia giudiziale di pena (60) non diverrebbe per ciò contenuto d'una seconda obbligazione condizionata, ma piuttosto (sarebbe) solo un mezzo di esecuzione del primo divieto. In

(58) Oppure la volontà d'un'altra persona, che l'ordinamento giuridico fa valere come volontà del titolare della pretesa in base ad un rapporto di rappresentanza.

(59) l. 14 pr., l. 15 i. f., l. 17 § 2 si servitus 8, 5; cfr. anche i passi a nota 40.

(60) Cod. di proced. civile, § 775.

p. 179

favore (di quest'opinione) parla anzitutto la circostanza, che la negatoria presuppone la sua proprietà da parte dell'attore. Essa tutela l'attuale proprietario, non colui che è lesa dalla prima usurpazione di godimento (61). Dall'opposto punto di vista dovrebbe inoltre ogni singolo attacco apparire come una nuova lesione e fondare una nuova pretesa ad un'ulteriore sicurezza — mentre sembra più giusto statuire soltanto un'unica pretesa all'omissione di un'ulteriore illiceità. Vero è che la stessa (pretesa) può di regola basarsi nuovamente sopra ogni singolo attacco (62). Se però i singoli danneggiamenti si presentano come la conseguenza naturale di una sola azione precedente, allora per coerenza si deve soltanto sopporre un'unica illiceità continuata e datare la pretesa alla rimozione della stessa dalla prima usurpazione di godimento (63). Così si spiega finalmente, che un'effettiva usurpazione di godimento non è nè sempre sufficiente nè sempre necessaria per fondare su di essa una negatoria actio. Essa non è sufficiente, quando le circostanze del caso escludono l'apprensione d'una ripetizione dell'illiceità (64). Essa non è necessaria, nel caso che ulteriori circostanze facciano supporre verosimile (che ci sia) una futura usurpazione di godimento e quindi che sia messo in pericolo il proprietario (65).

Nella sua purezza la pretesa reale, come da lungo tempo è rico-

p. 180

(61) All'unisono con questo era anche la formulazione della negatoria actio nel processo romano: « Si paret N^o ius non esse invito A^o per fundum eundi agendi ». — Ma però quel fondamento non è decisivo. Poichè anche se si concepisce la negatoria come una pretesa all'adempimento del dovere di sicurezza derivante dalla precedente usurpazione di godimento, è tuttavia soltanto l'attuale proprietario, il quale è messo in pericolo e pertanto ha bisogno di sicurezza. In generale io confesso che la questione proposta a me sembra molto disputabile.

(62) SEUFFERT, *Archivio*, XVIII, 11 e le sentenze ivi citate.

(63) Ivi, XXXI, 106. (Tribunale superiore di Stuttgart 1875): immissione di fumo (Rauchzufuhr) da un camino usato per più di trent'anni.

(64) Non si potrà agire con la negatoria contro il viaggiatore, che in viaggio sia passato per una sola volta sopra un fondo altrui.

(65) l. 5 § 6 si usufr. p. 7, 6; l. 15 de op. n. n. 39, 1. Da quest'ultimo passo si vede però che, quando il convenuto non voleva litigare, non si aveva una sentenza sopra il diritto in contestazione, ma bensì si provvedeva soltanto con l'imporre una cauzione (durch Cautionsauflage); cfr. BEKKER, *Azioni*, I, p. 214 nota 19; p. 217. — Riguardo alla connessa questione su l'ammissibilità dell'interdictum uti possidetis per una mera messa in pericolo del possesso cfr. BRUNS, *Le azioni possessorie* (die Besitzklagen) (1874), pp. 48 ss., 61, 63. — Per l'ammissibilità d'una negatoria actio da ultimo il Tribunale superiore di appello di Jena presso SEUFFERT, *Archivio*, XXXI, n. 205.

nosciuto (66), mira soltanto a che non sia compiuta un'ulteriore appropriazione di godimento. La rei vindicatio (*mira*), dunque, a che sia rilasciata la cosa, la negatoria a che ci si astenga da un'ulteriore usurpazione. In quanto per mezzo della rei vindicatio (67) può essere richiesto anche un risarcimento per un'illecita alienazione (68) la pretesa reale adempie insieme una funzione ulteriore. Essa serve a questo riguardo alla rimozione d'una seconda illiceità, consistente nella trasgressione d'una norma condizionatamente emanata, proprio come gli ulteriori mezzi giuridici dei quali parleremo subito.

Non sono destinate alla tutela della proprietà quelle pretese, le quali non sono legate alla trasgressione delle norme che proteggono direttamente la proprietà, bensì alla trasgressione d'un'altra norma emanata condizionalmente. La norma « tu non devi danneggiare una proprietà altrui » è senza dubbio destinata alla tutela del proprietario. Dalla sua trasgressione sorge però una norma ulteriore: « tu devi prestare un risarcimento alla parte lesa » e l'actio legis Aquiliae serve alla coazione di quest'obbligazione secondaria. La conseguenza è, che pretese di questo genere spettano a colui, che era proprietario al tempo della lesione (69). Esse non servono dunque alla tutela della proprietà attuale. Con più diritto possono essere annoverate fra le azioni (*sorgenti*) dalla proprietà quelle azioni, le quali sono destinate a proteggere il pieno godimento d'una cosa contro pregiudizii incombenti, come la pretesa ad una cautio damni infecti, l'acquae pluviae arcedae actio ed altre ancora (70).

(66) BEKKER, *Annuario del diritto comune germanico* (Jahrbuch d. g. d. Rechts), IV (1860), pp. 185 ss. — IHERING, *Spirito* (Geist), III (1865), p. 178, 3^a ed. p. 185, e *Momento della colpa* (Schuldmoment) (1867), pp. 24 ss., 50. — BEKKER, *Azioni*, I (1871), p. 218. — Perciò anche: « in rem actionem pati non compellimur » l. 80 de r. v. 6, 1.

(67) Intorno alla negatoria actio WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 198 N. 5.

(68) Cfr. Cap. I, nota 129.

(69) Per dire più esattamente: a colui, pel quale vige la protezione al tempo della lesione. Quindi, per una lesione di una res hereditaria, al futuro erede: l. 43 ad leg. Aq. 9, 2. — Cfr. l. 27 § 2 de rei v. 6, 1; l. 5 § 4 — l. 8 de servo corr^o 11, 3 — l. 56 de obl. et act. 44, 7. La condictio furtiva presupponeva in più, oltre la proprietà al tempo del delitto, che la stessa non fosse stata volontariamente abbandonata dal derubato: l. 10 §§ 2, 3; l. 11; l. 12 pr. § 1; l. 14 pr. de cond. furt. 13, 1; l. 56 de obl. et act. 44, 7.

(70) BRINZ, *Pandette*, I, § 166, 172 ss. (2); pp. 646 ss., 670 ss.

9. (*Gli altri diritti reali e particolarmente il diritto di pegno*). — Le precedenti discussioni intorno al concetto del diritto reale ed in specie della proprietà lascieranno capire a sufficienza come debbano essere concepiti a mio giudizio i restanti diritti reali. Gli istituti giuridici dell'enfiteusi e della superficie sono già stati toccati di volo; così pure, il diritto del possesso e delle servitù. Per lo scopo di queste indagini ciò può bastare. Non si tratta qui di distinguere l'uno dall'altro i singoli diritti e di illustrarli nei loro caratteri specifici, quanto piuttosto di indicare anche in essi l'elemento comune a tutti i diritti.

Soltanto sul diritto di pegno sono da spendere ancora alcune parole. Ma solo allo scopo di svolgere la mia teoria del diritto reale anche di fronte a quest'interessantissima figura. Io devo rinunciare ad una più particolareggiata trattazione del concetto del diritto di pegno e ad un approfondimento dei principii qui posti. Una presa di posizione anche solo in confronto dei più notevoli tentativi più recenti di costruzione condurrebbe troppo lontano dallo scopo di queste ricerche.

Un diritto reale è, a mio avviso, il diritto di pegno (f), perchè, a tutela del creditore pignoratizio, una certa quantità di norme vieta a terze persone certe specie di godimento (71) della cosa materiale pignorata (72). Un diritto privato (è il *diritto di pegno*), in quanto, per ottenere in ogni caso l'osservanza coattiva (Erzwingung) d'una di que-

(71) Non soltanto il godimento per detenzione. A favore del creditore pignoratizio è p. es. vietata anche la lesione della cosa pignorata, come risulta da ciò che al creditore pignoratizio spetta l'actio legis Aquiliae — l. 27 de pign. 20, 1 — ll. 17, 30 § 1 ad leg. Aq. 9, 2.

(72) Concordo con EXNER, *Critica del concetto di diritto di pegno* (Kritik des Pfandrechtsbegriffs) (1873), pp. 189, 191, in ciò, che il diritto di pegno si riferisce soltanto a cose materiali. Un « diritto sopra un diritto » sembra anche a me. — EXNER, pp. 11 ss. — essere un concetto insostenibile. Solo che non si può, come pur fa EXNER, identificare diritto e facoltà (Befugnis). Contro una « facoltà sul diritto » (« Befugnis am Rechte »), cioè la facoltà di disporre (*di*) sopra un diritto (= tutela concessa dalle norme, e le relative conseguenze giuridiche), non c'è nulla da obiettare; fin qui esattamente ancora WINDSCHEID, *Pandette*, § 227 N. 7 in fine, I, p. 732. È indifferente a questo proposito se diritto e facoltà spettino o no alla medesima persona. Quando l'ordinamento giuridico accorda p. es. al creditore pignoratizio il diritto di vendere, ciò significa che lo stesso (*ordinamento*) dichiara che, con l'alienazione da parte del creditore pignoratizio, esso attribuisca ormai al compratore del pegno la tutela fin qui accordata a chi aveva dato il pegno. Sta dunque in mano del creditore pignoratizio di disporre con risultato giuridico, per mezzo della vendita, della tutela di diritto del pignorante. Anche qui non si giunge a veder chiaro, fino a che non ci si risolva a distinguere l'uno dall'altro, in linea di principio, diritto e facoltà.

ste norme — per la rimozione del godimento consistente nella detenzione — sorge pel creditore pignoratorio una pretesa privata, l'actio hypothecaria. Il potere di vendita concesso al creditore pignoratorio non appartiene, invece, al contenuto del diritto reale di pegno. Esso è, come dimostra anche l'evoluzione storica, un potere indipendente dal diritto reale — non un diritto, bensì un posse (ein Können). Col trasferimento della facoltà di vendita, spettante al proprietario, al creditore pignoratorio (73), l'ordinamento giuridico assicura a quest'ultimo un potere giuridico (rechtliche Macht), non una tutela giuridica (nicht rechtlichen Schutz). Nessun imperativo lo copre, per quanto egli possa evocare imperativi con l'esercizio la sua facoltà di vendita.

Certo la facoltà di vendita è quasi sempre connessa con la datio in pignus (Verpfändung) e poichè essa (facoltà) permette al creditore pignoratorio di ottenere non soltanto sicurtà ma appagamento, essa è per lui di maggior pregio che non sia la tutela che altrimenti gli sarebbe fatta avere. Economicamente, quest'ultima serve solo come il mezzo per assicurare al creditore pignoratorio l'esercizio della sua facoltà di vendita. Se a causa di ciò si voglia comprendere la facoltà di vendita nella definizione del diritto di pegno, e con ciò si voglia parlare poi di diritti di pegno solo quando coincidono tutela reale e facoltà di vendita, è una questione di terminologia. Ad ogni modo si dovrebbe sempre rimanere consapevoli del dualismo delle due « autorizzazioni » (« Berechtigungen ») (74). Sono pensabili casi, nei quali sussiste soltanto un diritto reale e non una facoltà di vendita, sono pensabili casi, nei quali sussiste solo quest'ultima. Una disposizione di diritto positivo vieta per vero alle parti di dar vita mediante espresso accordo ad un diritto reale di pegno senza facoltà di vendita del creditore pignoratorio (75). Al contrario, non vi sarebbe

(73) Io mi rifiuterei di ammettere una successione nella facoltà di vendita, e parlerei piuttosto di un'autorizzazione (Ermächtigung).

(74) BACHOFEN, *Il diritto romano di pegno* (das röm. Pfandrecht) (1847), pp. 139, 273. A mio avviso BACHOFEN erra solo in quanto vuol vedere distinta tutela e facoltà nel diritto di pegno e non anche nella proprietà e negli altri diritti; cfr. pp. 97 ss. La distinzione è per ogni dove necessaria, anche nel diritto di pegno, sebbene qui tutela e facoltà sieno intimamente connesse l'una con l'altra. La contraria costruzione (die Gegenführung) di DERNBURG, *Il diritto di pegno* (das Pfandrecht), I (1860), p. 93 è dunque relativamente fondata.

(75) l. 4 i. f. de pign. act. 13, 7. Cfr. su « questo passo sotto vari aspetti scabrosi » anche EXNER, l. cit., p. 27. Il diritto reale, il quale per l'addietro dava al creditore una specifica (se pur limitata) garanzia per mezzo della possibilità con ciò assicurata della ritenzione della cosa, non è dunque ora veramente se non mezzo a scopo: il mezzo per procurarsi la cosa a scopo di vendita della stessa.

ragione per non voler ammettere un diritto reale là, dove al creditore si dovesse procurare garanzia col pegno di cose, le quali mancano di valore di scambio e quindi non possono essere vendute — come nei casi, in cui siano stati dati in pegno certificati (Zeugnisse), carte di legittimazione (Legitimationspapiere), corrispondenza ed altri manoscritti senza un più generale valore. Sarebbe arbitrario, a mio avviso, in un caso di tal fatta togliere ogni efficacia giuridica al contratto di pegno oppure, nel caso ch'esso seguisse con abbandono degli oggetti pignorati, limitare l'efficacia dello stesso contro l'espressa volontà delle parti ad una facoltà di detenzione del creditore (76) — oppure anche tutt'al più ammettere la trasmissione della tutela possessoria, ma negare il passaggio della tutela del diritto reale di pegno al creditore. Come motivo potrebbe solo essere addotto, che gli oggetti pignorati sieno apertamente invendibili (77). Ma da ciò discende soltanto, che al creditore per la natura della cosa è tolta la speranza di essere soddisfatto dalla vendita del pegno, ma non anche ch'egli debba essere privato d'una possibile garanzia conforme alla qualità dell'oggetto (78).

Viceversa può esserci una facoltà di vendita senza un diritto reale di pegno. Quest'ultimo non sorge, se il debitore scientemente ha dato in pegno una cosa altrui (79) — assolutamente, anche secondo il diritto commerciale, allora quando il mutuante versasse parimenti in

Dove è voluto il mezzo, anche il fine deve intendersi come voluto. Una garanzia per mezzo d'una mera concessione d'un diritto reale, la quale fin qui dava questo come accessorio a quelli connessi con una facoltà di vendita, è quindi inammissibile. Ma può ancor oggi la mera detenzione e parimenti anche il possesso giuridico d'una cosa senza concessione della facoltà di vendita essere dato per garanzia al creditore.

(76) EXNER, l. cit., p. 28.

(77) Si considerino anche gl'imbarazzi, che altrimenti sorgerebbero per il caso, che muti la qualità di valore dell'oggetto: ciò che dapprima era senza valore per lo scambio acquista un valore di scambio, ciò che dapprima era alienabile diventa inalienabile.

(78) Il caso non si presenta in modo diverso nel pegno di danaro: l. 34 § 2 de pign. 20, 1; l. 7 § 1 qui potiores 20, 4. Anche qui è esclusa una vendita dell'oggetto dato in pegno « in ragione della natura della cosa ». WINDSCHEID, *Pandette*, § 226^a N. 2. Ulteriori analogie presentano i casi del pignus romano senza diritto di vendita. Secondo la teoria, che nega al successivo creditore pignoratorio la facoltà di vendita — DERNBURG, *Il diritto di pegno* (das Pfandrecht), II (1864), pp. 482 ss. — qui sarebbe data parimenti una tutela in forma d'un diritto reale senza attuale potere di vendita.

(79) l. 2 de pigneraticia actione 13, 7.

p. 186 mala fede (80). Vero è che in tal caso non può esser parola secondo il diritto romano neppure di una facoltà di alienazione del creditore. Egli potrebbe soltanto trasferire al compratore il diritto del mutuuario su la cosa ed un tale (*diritto*) per l'appunto non compete al mutuuario (81). Ma per il diritto odierno la cosa va diversamente. Oggi spetta talora anche al mutuante di mala fede il potere di costituire, a traverso un'alienazione e trasmissione del pegno, una proprietà per un acquirente di buona fede (82). Il mutuante di mala fede non ha mai quindi un diritto reale; ma viceversa non sempre gli è sottratta la facoltà di vendere.

10. (*I diritti di famiglia*). — La vita in comune della famiglia è un altro bene, a proteggere il quale da lesioni è stabilita una serie di norme. Ma nella natura di tale protezione si è a poco a poco effettuata una trasformazione degna di nota. La concezione romana antica attribuiva la famiglia al paterfamilias proprio come la cosa al proprietario. Come questi, il paterfamilias era tutelato nei rapporti esteriori da divieti contro lesioni dei terzi, ed ai divieti era conferito vigore dalla assicurazione di mezzi giuridici. Il figlio di famiglia non poteva essere tolto al paterfamilias; sottrazione, seduzione, lesione del medesimo erano in egual modo proibite. Alla rimozione della prima delle dette illiceità provvedevano revindicazione (83) ed interdetto (84), alla punizione delle altre per risarcire il danno patrimoniale causato dalle stesse le *actiones furti* (85), *de servo corrupto utilis* (86), *legis Aqu-*

(80) Art. 306, 307 del Codice di Commercio. La buona fede (*Redlichkeit*) del mutuante (*Pfandnehmer*: creditore pignoratizio) a tenore del diritto commerciale, anche con la mala fede (*Unredlichkeit*) del mutuuario (*Verpfänder*) può portare ad un diritto di pegno pienamente valevole, laddove il diritto romano in un acquisto di buona fede del mutuuario prestava al mutuante una situazione giuridica corrispondente al diritto publiciano del suo autore, senza riguardo alla bona o mala fides del mutuante stesso — II, 18, 21 § 1 de pign. 20, 1. Nel testo è quindi supposta una reciproca mala fede del mutuuario e del mutuante.

(81) l. 12 § 1 de distr. pign. 20, 5.

(82) Secondo i citati articoli del Codice di Commercio l'alienazione e la consegna d'una cosa mobile (sia sotto certi presupposti sia incondizionatamente) procura la proprietà all'acquirente di buona fede. Non si vede nessuna ragione per cui il principio non dovesse trovare applicazione, quando la vendita seguisse da parte d'un creditore pignoratizio.

(83) l. 1 § 2 de rei vind. 6, 1 e su ciò BEKKER, *Azioni*, I, p. 204 nota 4.

(84) l. 1. pr. de liberis exhibendis item ducendis 43, 30.

(85) GAI. III, 199 — l. 14 § 13 cfr. con l. 38 pr. § 1 de furtis 47, 2.

(86) l. 14 § 1 cfr. con l. 9 § 3, l. 11 § 9 de servo corrupto 11, 3.

liae (87), de pauperie (88) ed altre. Ma proprio contro le persone sottoposte alla potestà veniva meno questa tutela. Gl'imperativi dell'ordinamento giuridico potevano valere anche per i figli di famiglia. Ma il paterfamilias non aveva un mezzo giuridico per la coazione del comportamento comandato. Ogni actio era per principio esclusa (89). Il paterfamilias rimaneva di fronte ai suoi, come il proprietario di fronte alle cose proprie, limitato al suo potere naturale (90). Poco, invero, gli era giuridicamente vietato, in origine forse nulla. Ma l'aiuto dello Stato non gli era accordato (91). S'intende che neppure al soggetto sottoposto alla potestà spettavano pretese contro il paterfamilias. Solo nell'epoca imperiale a poco a poco si è rimediato ad urgenti necessità. Ed anche allora solo in via di eccezione e per lo più extra ordinem per mezzo d'un intervento d'ufficio dell'autorità in occasione del caso concreto (92).

La nostra concezione giuridica si è mutata su questo punto. Come già sul terreno del diritto romano classico l'obbligazione da un diritto del creditore alla (an der) persona del debitore si è andato trasformando in un diritto rivolto verso (gegen) il debitore (93), così il diritto del paterfamilias alla persona di colui ch'era soggetto al (suo) potere (an der Person des Gewaltunterworfenen) ha preso per noi la forma d'un diritto verso lo stesso. Alle terze persone tal quale come prima rimane vietato il recar pregiudizio alla vita familiare anche se in conseguenza della trasformazione della figura giuridica del rapporto i mezzi giuridici dovevano mutarsi in maniera corrispondente (94).

(87) l. 5 § 3, ll. 6, 7 pr. ad leg. Aq. 9, 2.

(88) l. 3 si quadrupes 9, 1.

(89) l. 4 de iudiciis 5, 1 « *Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus ...* »; l. 3 § 3 de lib. exh. 43, 30: « *Hoc autem interdictum competit non adversus ipsum filium* »; l. 5 eod.

(90) l. 6 § 3 de SC^o Silaniano 29, 5: « *ipse enim in familiam suam potest animadvertere* ». c. 6 § 2 de bonis quae lib. 6, 61: « *... si hoc fecerint patria potestas in eos exercenda est ...* ».

(91) c. 3 C. de patria potestate 8, 48 « *castigare iure patriae potestatis non prohiberis* ». Però poteva il paterfamilias consegnare il ragazzo all'autorità statale per la punizione: l. 9 § 3 de off^o proc. 1, 16, c. 3 C. cit. — I figli di famiglia, poi, non meno degli schiavi, non erano sottratti alla giustizia penale dello Stato: c. un. C. de emendat. prop. 9, 15.

(92) l. 5 pr. sq. de agnosc. et al. lib. 25, 3; c. 5 C. de patria pot. 8, 48 (alimenti), l. 19 de ritu nupt. 23, 2 (dote), l. 92 de cond. 35, 1, l. 16 § 3 de cur. fur. 27, 10 (emancipazione).

(93) G. HARTMANN, *L'obbligazione* (1875), p. 31.

(94) Una revindica del figlio di famiglia oramai non può più darsi.

Ma si aggiungono a tali pretese quelle del paterfamilias verso i suoi. Il titolare del potere non rimane limitato alla sua forza naturale ed (*alla sua*) autorità. L'ordinamento giuridico stesso prende di quando in quando la sua tutela emanando divieti e comandi ai soggetti al potere ed assicurando una corrispondente assistenza giuridica. In egual modo sono riconosciute ai singoli membri della famiglia pretese verso il titolare del potere, come anche reciprocamente fra essi: alla madre verso i figli, ai figli verso la madre.

Con ciò i diritti di famiglia emergono dalla loro precedente parentela giuridica. Se nell'antica Roma il potere del paterfamilias sopra i suoi nasceva da un unico tronco — il potere sopra la casa — e la parentela che univa fra loro i singoli rami germogliati da questo tronco era evidente: al giorno d'oggi invece è difficile il determinare, che cosa all'incontro differenzi i diritti di famiglia dalle obbligazioni. Non è in nessun modo « il valore pecuniario », che ogni prestazione obbligatoria deve racchiudere in sé; con ragione un tale requisito è da WINDSCHEID (95) negato anche per l'obbligazione. Neppure è la « determinatezza e limitatezza » (96) della prestazione obbligatoria. Io non saprei perchè l'obbligo degli alimenti per ragioni di parentela dovesse essere meno determinato o limitato di quello fondato sopra un generale impegno di passare gli alimenti (97). La caratteristica è piuttosto da ricercarsi in qualcosa d'altro. Mentre l'obbligazione consiste soltanto in un obbligo del debitore (98), il diritto di famiglia (ciò che vien sempre trascurato), in quanto esso si assume la protezione della vita di famiglia verso l'esterno, è di natura assoluta nello stesso modo che il diritto della persona ed il diritto reale. La lesione del bene protetto è vietata a chicchessia, tal quale come la lesione della persona e del godimento della cosa. Il divieto dell'adulterio suona (*come un divieto*) generale: identicamente quelli della bigamia, della soppres-

(95) *Pandette* § 251 N. 3.

(96) KELLER, *Pandette*, § 219.

(97) Per giunta si supponga che riguardo alla misura degli alimenti promessi per contratto sia stato espressamente determinato ch'essa debba essere in tale quantità, come se il debitore fosse il padre del promissario. Allora o gli alimenti per ragione di parentela sono indeterminati e per conseguenza lo sono anche quelli per ragione di contratto — oppure (ciò ch'è più esatto) gli uni e gli altri sono « determinati e limitati ». Oppure si prenda il precetto « tu non devi commettere adulterio » e la pretesa al divorzio per trasgressione dello stesso (*precetto*) — che cosa vi è qui d'indeterminato o d'illimitato?

(98) Cfr. più sotto a note 132 e segg.

sione di status personale, del ratto d'infante, del ratto d'una minorene. Anche dalla trasgressione di questi divieti sorgono per lo più pene pubbliche, per quanto abbiamo ancora oggi pretese privatistiche contro il rifiuto di consegna della moglie (98*) e del figlio (99). La tutela giuridica della vita familiare ha bisogno dunque di essere messa in particolare rilievo. Ad essa si connettono le reciproche obbligazioni dei membri della famiglia, alcune delle quali non si potrebbero distinguere da prestazioni obbligatorie. Ma una loro concezione unitaria è un bisogno pratico per questo, che esse si riferiscono tutte quante a rapporti della vita di famiglia, i quali per il loro scopo e significato prendono da chi ne è il soggetto (*letteralmente: dai loro portatori = Träger*) molto di più (g) di quanto non trovi tutela nel diritto dello Stato (99*). La situazione subordinata, appena accessoria degli obblighi giuridici di fronte alla più ricca conformazione del rapporto nella vita, giustifica che già nella denominazione di questi obblighi si accenni al rapporto della vita, del quale anch'essi sono insieme fondamenti (100).

Analogamente deve valere anche qui ciò che si è prima osservato. Non diventa diritto privato la tutela della vita familiare se non fin dove ed in quanto sussistano pretese privatistiche alla diretta coazione delle norme. Oltre le precedentemente menzionate (101) appartengono p. es. a queste: la pretesa dei fidanzati alla celebrazione del matrimonio, in quanto una tale pretesa trovi riconoscimento giuridico (102); la pretesa del padre di famiglia verso moglie e figlio a che condividano il suo domicilio (102*); la pretesa reciproca agli alimenti; la pretesa del figlio maggiorenne verso padre e madre a che diano il loro

(98*) l. 2 de lib. exhib. 43, 30; c. 11 C. de nuptiis 5, 4.

(99) l. 1 pr. eod. (padre); cc. 2, 3 C. de lib. exhib. 8, 8 (madre).

(99*) Non si vuole con ciò muovere obiezione alla notevolissima teoria di BIERLING, *Per la critica dei concetti giuridici fondamentali* (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe) (1877) pp. 89 segg., secondo la quale anche il rapporto (*giuridico*) della vita di famiglia diviene tale solo per il fatto che i membri della stessa riconoscano certe norme come decisive per il loro reciproco comportamento. Per parte mia, tuttavia, parlo soltanto delle norme statualmente poste e rispettivamente riconosciute.

(100) Cfr. BÜRKELE, l. cit., pp. 205-210.

(101) Note 98*, 99.

(102) c. 10 X de spons. 4, 1 — SEUFFERT, *Archivio* XXVII, 37 e le sentenze ivi citate. § 779 capov. 2 del Codice di procedura civile.

(102*) SEUFFERT, *Archivio* XXXII, 146 (causa del marito contro la moglie per continuazione di vita matrimoniale (auf eheliche Folge).

consenso al matrimonio (103). Ma non pretese, che servono alla realizzazione di obbligazioni, le quali sorgono soltanto dalla lesione della vita di famiglia, come la pretesa al divorzio oppure quella all'emancipazione per abuso della patria potestà (104). E nemmeno, finalmente, quelle pretese che hanno per iscopo un risarcimento del danno patrimoniale causato insieme con la trasgressione d'una norma, come le summenzionate actiones legis Aquiliae e de servo corrupto.

II. (*L'obbligazione. La concezione di essa in HARTMANN e SOHM. Il concetto di tensione è infruttuoso per la costruzione dell'obbligazione*). — Fra gli obblighi reciproci dei membri della famiglia e le prestazioni obbligatorie non c'è una differenza intrinseca. Ciò sarà dimostrato ora che finalmente potremo tentare di determinare l'essenza dell'obbligazione.

Nella sua luminosa indagine intorno allo scopo ed alla sostanza dell'obbligazione HARTMANN (105) è giunto al seguente risultato:

p. 192

«Quali momenti immediati del concetto di obligatio appaiono i due seguenti. In primo luogo, quale mezzo giuridico, una forza in qualche modo esistente sotto una sanzione e garanzia giuridica di fronte ad una persona estranea ed alla sua sfera patrimoniale come tale, e rispettivamente la costrizione corrispondente (die entsprechende Gebundenheit). In secondo luogo, quale fondamento, un interesse privato determinatamente limitato del creditore, nel cui appagamento ed acquetamento quella costrizione trova scopo e fine (Zweck und Ziel findet).

«Secondo tale suo concetto l'obligatio mira e tende, per quanto breve possa pensarsi il lasso di tempo intercorrente, pur sempre a qualcosa che sta nel futuro.

«Proprietà, servitù ecc. non possono, secondo il loro concetto, quali diritti reali, essere adempiute, perchè esse non sono una mera tensione (Spannung) ad un determinato sco-

(103) § 32 della legge dell'Impero del 6 febbraio 1875.

(104) l. 5 si a parente 37, 12. La c. 6 C. de spectaculis 11, 40 contiene un caso di decadenza della patria potestà, non dà dunque solamente una pretesa all'esd-nero della stessa. Quando NEUNER, l. cit., p. 39, sostiene che «in simili casi non è già protetto un diritto civile fin qui esistente, ma viene costituito ex novo un diritto civile», ciò per l'odierno diritto deve risolutamente respingersi — cfr. anche BÜRKELE, l. cit., pp. 204 segg.

(105) G. HARTMANN, *L'obbligazione*, pp. 31, 44, 139; cfr. anche pp. 28, 37, 117.

po giuridico finale. Mentre, invece, una qualsiasi obbligazione in linea di diritto consiste soltanto nella tensione giuridicamente sanzionata verso una solutio; mentre un qualsivoglia diritto di credito tende, per quanto forse in un avvenire ancora lontano, ad essere una qualche volta soddisfatto col pagamento».

Quant'è significativa la critica, cui HARTMANN sottopone le precedenti determinazioni del concetto di obbligazione, altrettanto poco sostenibile apparisce la sua idea fondamentale. Non è esatto, quanto meno non è esatto nel senso pensato da HARTMANN (106), che ogni obbligazione — in contrapposto specialmente col diritto reale — consista in una «tensione», che mira ad un appagamento e «si scarica» («entladet») nell'adempimento. Contro questa concezione, che in modo conseguente viene sostenuta a traverso l'intera opera, mi devo anzitutto pronunciare.

Il concetto di tensione, com'è risaputo, è stato già prima utilizzato, per distinguere un gruppo di diritti nella loro individualità da altri diritti. Con tutta l'energia specialmente SOHM (107) ha accentuato un supposto contrasto, che sarebbe da ravvisarsi entro i diritti patrimoniali. Diritti su un oggetto (an einem Objecte) si contrapporrebbero ai diritti verso (auf) un oggetto. «Là un immediato aumento di potere (Machterweiterung) ; qui nessun potere affatto, soltanto una pretesa Là il diritto nella situazione normale in quiete (in Ruhe), il soggetto soddisfatto, l'actio solo un effetto tra i molti del diritto, in un primo tempo (un effetto) ancora in ombra; qui fin dal principio conflitto, tensione, la volontà del soggetto non soddisfatta, bensì lottante per sodisfarsi, l'actio contenuto ed in un primo tempo unico effetto del diritto». Il primo gruppo sarebbe formato dai diritti reali, il secondo dai diritti di credito. Frammezzo starebbe il diritto di pegno: (che sarebbe) come il diritto di credito, un diritto ad (auf) un valore patrimoniale, ma in pari tempo un diritto sopra (an) un oggetto — consistendo «tutt'insieme nella tensione a quello (verso quello: auf jenen) e nella forza sopra questo».

Che al diritto di pegno non sia inerente una tensione siffatta, è

(106) (*Per comprendere*) in qual senso si possa vedere in ogni obbligazione, anzi generalmente in ogni diritto, una tensione, cfr. nota 114.

(107) SOHM, *La teoria del subpignus* (Die Lehre vom subpignus) (1864), pp. 9-13.

p. 193

p. 194

oramai ammesso da HARTMANN (108). A questa erronea supposizione poteva fornire pretesto l'osservazione che al creditore pignoratorio la tutela reale verso l'esterno giova ancora poco, che piuttosto il suo diritto acquista pieno valore solo con la facoltà, connessa allo stesso, di disporre, per il suo appagamento, del diritto sopra la cosa di colui che l'aveva data in pegno mercè la vendita di essa. Ma il maggior valore della facoltà di vendita di fronte alla tutela reale è un momento economico, non giuridico — un momento, il quale può presentarsi inoltre anche in altri diritti reali, specialmente nella proprietà. Che cos'ha l'industriale di utile immediato dai suoi prodotti e dalla loro tutela reale? Se egli non potesse vendere, avrebbe poco vantaggio. Solo la possibilità di realizzare il suo prodotto in conseguenza del riconoscimento giuridico della vendita — dunque la sua facoltà di alienare — dà valore al suo bene ed alla tutela giuridica dello stesso. Si supponga che un industriale abbia in magazzino della dinamite in grandi partite, e che l'ordinamento giuridico gli vieti di mettere in circolazione esplosivi: che cos'avrebbe il proprietario dal suo bene e dalla tutela giuridica dello stesso? Qui per lo meno «il soggetto» non sarebbe per certo «sodisfatto». La medesima tensione economica si mostra anche nella proprietà di cose consumabili. Come nel caso precedente (era) la facoltà di trasferimento giuridico, qui ciò che dà pieno valore al bene ed alla sua tutela è soltanto la comune attività del consumo, la sua possibilità. Ma nessuno pensa per ciò di comprendere questo momento economico della tensione nel concetto del diritto di proprietà.

p. 195

Ma il concetto di tensione è infruttuoso poi anche per la costruzione dell'obbligazione. «Il diritto di pegno», dice HARTMANN riferendosi ad EXNER, «raggiunge il suo scopo, di fornire al creditore garanzia e la coscienza di questa garanzia, in sé stesso, con la sua mera esistenza. La finale valorizzazione dell'oggetto del pegno, racchiusa in esso come una possibilità giuridica, per soddisfazione del creditore, è l'estremo non desiderato caso di necessità; caso che non viene perseguito come tale per mezzo del diritto di pegno, e «senza il quale la maggior parte dei diritti di pegno raggiungono pienamente il loro scopo nella vita». Perfettamente esatto. Ma con la fideiussione le cose vanno forse, anche in piccola parte, altrimenti? Quando una cassa di anticipazioni (ein Vorschussverein), secondo i propri statuti,

(108) L. cit., p. 139. — Anche EXNER, l. cit., pp. 48, 50 segg., si pronuncia contro SOHM ed il suo principio di partizione, ma senza respingere il concetto di tensione.

accorda un prestito solo con la costituzione di due mallevadori, lo scopo di procurare al mutuante garanzia e la coscienza di questa garanzia non è già forse raggiunto per il sussistere della responsabilità dei mallevadori, e la non restituzione del prestito e la chiamata in garanzia dei mallevadori, (che) allora (diviene) necessaria, non è il caso estremo, deprecato, infrequente? Nondimeno è celato qui (non nel presente, ma però nel futuro) il momento (motivo), che ha trascinato ad ammettere una tensione come peculiarità d'ogni obbligazione. Ma proprio questo nocciolo d'una tensione sparisce in casi simili al seguente. Due vicini convengono che la casa dell'uno non debba e non possa essere sopraelevata. Secondo l'intenzione delle parti ed inoltre secondo la veduta (che si segue) sopra la costituzione delle servitù si potrà essere dubbiosi se non ciò si sia costituita una servitù oppure si sia soltanto istituita una prestazione di carattere obbligatorio. Certo, ciò che non è indifferente, anche per il rapporto reciproco dei due vicini (109), è che si ammetta l'una cosa oppure l'altra. Ma ciò ch'è impossibile, è il formulare una distinzione su questa base, che con l'ammettere un diritto reale si presenti fin d'ora una situazione di appagamento, con l'ammettere invece un'obbligazione personale (vi sia) una tensione verso il futuro. Il contenuto dell'obbligo è anzi nei due casi perfettamente il medesimo: il proprietario non può costruire. Che, sussistendo un diritto reale, l'identico divieto colpisca in pari tempo la massa indeterminata, è, per il contenuto dello stesso (diritto), indifferente di fronte al singolo. E quando il proprietario osservi il divieto, il vicino gode la veduta in maniera eguale sia nell'uno sia nell'altro caso. Non (è) la servitù (che) viene adempiuta, bensì (è adempiuto) il divieto che fonda la servitù — supposto che si possa ancora parlare di adempimento (Erfüllung) per un'omissione (si sia poi obbligati a rimanere inattivi in forza d'un diritto reale, oppure in forza d'un diritto personale). Ma se il divieto viene offeso, in entrambi i casi segue una coazione all'adempimento. Che il medesimo possa essere richiesto per mezzo di azioni diverse, che nell'un caso competa l'azione personale, nell'altro l'operis novi nuntiatio e la confessoria actio, ciò non riguarda la nostra questione. A me sembra che non sia se non una mera finzione, in base ai diversi modi d'intendere la convenzione (Beredung), nell'un caso il volere che al promissario non spetti che una tratta sul futuro, nell'altro caso invece il considerarlo subito come soddisfatto.

p. 196

(109) Il diritto reale vien meno p. es. per una usucapione di libertà (durch Freiheitsersitzung), l'obbligazione personale no. Ciò contro SCHLOSSMANN.

12. (*L'obbligazione di contenuto negativo è un divieto, non un comando*). — Forse si riesce meglio a combattere l'errore che sempre più si va diffondendo (110), se si giunge a scoprire anche qui la sorgente dello stesso. La contrapposizione fra diritti con tensione verso il futuro e diritti senza la stessa non è imaginaria. Falso è soltanto voler identificare la contrapposizione con (*la distinzione fra*) diritto di credito e diritto reale. I diritti reali — ma non soltanto questi — appartengono senza eccezione alla seconda categoria; i diritti di obbligazione appartengono per la maggior parte alla prima, ma in parte anche alla seconda. La contrapposizione, dunque, non ha nulla a che vedere col concetto di obbligazione. Essa corrisponde alle due specie d'imperativi costitutivi di diritto (*der rechtschaffenden Imperative*), la contrapposizione fra divieto e comando.

Ogni divieto dell'ordinamento giuridico ha lo scopo di proteggere la condizione presente contro uno spiacevole mutamento. Che tale condizione risponda, o no, a tutti i desiderii dell'ordinamento giuridico, è irrilevante — è sufficiente che l'azione vietata potesse ad ogni modo produrre una situazione ancora più sgradevole. Per mezzo di ogni divieto, quindi, viene tutelato un bene — anche se il bene sia soltanto qualcosa di relativo. Viceversa l'ordinamento giuridico, quando comanda, desidera una mutazione. La situazione dopo l'esecuzione del comando è ad esso (*ordinamento giuridico*) più gradita: altrimenti non emanerebbe il comando. In paragone con la situazione presente quella futura gli sembra desiderabile, un bene al quale tendere. Il comando quindi serve a procurare un (relativo) bene. La prospettiva d'un bene può certamente divenire essa stessa un bene a cagione della sicurezza di questa prospettiva (111): ma in primo luogo essa è soltanto un interesse. Quindi il

(110) Cfr., oltre SOHM e HARTMANN, specialmente NEUNER, l. cit., p. 69; EXNER, l. cit., pp. 49, 53, e recentissimamente di nuovo SOHM, *Il concetto del diritto di credito* (*der Begriff des Forderungsrechts*) nella Rivista del GRÜNHUT (in GRÜNHUT's Zeitschrift), IV (1877), p. 473: «I diritti reali sono diritti privati in istato di quiete (in sich ruhende), i diritti di credito sono diritti privati all'opera (arbeitende), che operano cioè per un compito da adempiersi nel futuro». Rispetto alla nuova teoria del SOHM cfr. Capitolo V, §§ 5-7.

(111) Il diritto di credito è un bene, che non soltanto ha (in quanto è cedibile) un valore di scambio, bensì anche un valore di uso — come p. es. si dimostra quando da un terzo viene accordato credito al creditore in considerazione del (suo) diritto di credito (*verso un altro*) (wenn von einem Dritten im Hinblick auf das Forderungsrecht dem Gläubiger Credit gewährt wird).

divieto ha per iscopo di conservare un bene all'interessato, il comando (*ha per iscopo*) di procurarglielo (112). Quello tutela un bene presente, questo un vantaggio ipotetico, un interesse (113).

Un qualsiasi imperativo vuole determinare il comportamento futuro dei soggetti di diritto e quindi influire sul futuro. Per questo si può dire, che assolutamente ad ogni diritto inerisce una certa tensione verso il futuro, gli corrisponda un «tu devi» oppure un «non ti è lecito» (114). Ma in un senso ancora diverso viene data alla luce una tensione in conseguenza d'un comando. Il divieto vuol conservare la condizione attuale; per esso basterebbe una generale inattività. Il comando, invece, vuole determinare l'obbligato a divenire attivo; esso richiede ed aspetta un'azione e fonda quindi una tensione verso di essa. Là si ha osservanza fin tanto che non si agisce contro il divieto; qui (*si ha*) inosservanza, finchè non segue l'azione (115).

Oramai apparisce chiaro perchè alla proprietà ed agli altri diritti reali non inerisce una tensione. Gli imperativi che tutelano il godimento delle cose sono esclusivamente divieti; un godimento altrui viene proibito a vantaggio del titolare. Lo stesso avviene con la tutela esteriore dei beni personali e di quelli della vita familiare. È sufficiente qui che nessuno trasgredisca i divieti. Nei diritti reciproci dei membri della famiglia apparisce già una diversità (116). Parzialmente la tutela giuridica consiste anche qui in divieti. La norma «tu non devi commettere adulterio» tutela il bene dell'esclusività della società coniugale. Altri doveri giuridici, invece, sono fondati per mezzo di comandi.

(112) Sia che l'attività dovuta sia di per sè il bene (p. es. l'esecuzione d'un pezzo di musica) oppure sia soltanto un mezzo per ottenere un bene (p. es. dare, tradere ecc.).

(113) Per questo concetto dell'interesse cfr. COHNFELDT, *La teoria dell'interesse* (die Lehre vom Interesse) (1865) p. 57, il quale lo determina come «tutto ciò, che alcuno potrebbe avere dall'avverarsi o dal non avverarsi d'un certo avvenimento». L'interesse è concetto più ampio rispetto a quello del bene.

(114) A ciò mirava l'osservazione alla nota 106.

(115) Non si deve dire con questo, che all'ordinamento giuridico importi sempre l'azione e l'azione dell'obbligato. Anche l'azione è per esso soltanto un mezzo ad uno scopo e può quindi l'ordinamento giuridico lasciar cadere il suo comando col raggiungimento dello scopo ottenuto in altro modo. Però non rimane meno vero che l'obbligazione consiste soltanto in questo dovere del debitore.

(116) Anche HARTMANN, p. 42, richiama l'attenzione su la stessa, ma senza dare la soluzione.

p. 199 Il diritto al divorzio, agli alimenti, a condividere il domicilio ecc. tutela un interesse, non un bene già esistente. Qui vi è tensione, là non v'è.

Anche per le obbligazioni si manifesta l'impossibilità d'una trattazione unitaria. Nella grande maggioranza dei casi esse rivolgono certamente un comando al debitore. Per queste il concetto di tensione si dimostrerebbe fruttuoso. Ma anche qui soltanto nel caso che il comando richieda un agire attuale. Nel caso sopra discusso con la prestazione della garanzia incombe un obbligo ai mallevadori. Il «tu devi» dell'ordinamento giuridico ha trovato la sua concreta applicazione, la responsabilità è nata. Ma il comando non ha per contenuto un agire attuale. Un tale (*agire*) viene anzi comandato solo per certe eventualità. Perciò la tensione all'adempimento frattanto si fa ancora interamente da parte. Prima di tutto è da attendere se quelle condizioni si verificheranno. Ma nel frattempo il creditore è soddisfatto con la certezza che per il caso di mancato rimborso la responsabilità fin d'ora esistente dei mallevadori diventerà un debito, che dev'essere pagato.

Nella determinazione del concetto d'obbligazione, dietro alla quantità soverchiante per numero ed importanza dei comandi obbligatori non dev'essere però trascurato anche il piccolo residuo di obbligazioni negative, che la nostra vita giuridica presenta. Queste si accontentano di vietare al debitore nell'interesse del creditore questa o quell'attività. In esse svanisce ogni possibilità di trovare, in contrapposto coi diritti reali, una tensione verso il futuro. Ma con ciò è provato, che una tensione è estranea al concetto dell'obbligazione.

p. 200 13. (*Contro WINDSCHEID*) (*h*). — Le argomentazioni esposte da ultimo rimarrebbero senza fondamento, se si potesse dimostrare come una qualsiasi obbligazione contenga un comando al debitore. Da HARTMANN una tale teoria è espressamente rigettata (117). Ma però si trovano per la stessa altri ed importanti sostenitori. Il tentativo di costruire i diritti di credito di un'omissione come diritti di credito d'una rinunzia al diritto di agire non ha certamente trovato nessun consenso (118). Invece il pensiero che l'obbligazione negativa come la posi-

(117) L. cit., pp. 117, 118. Ma destano dubbi le parole iniziali della nota 2.

(118) Costruzioni siffatte contengono non soltanto «innaturali contorsioni di rapporti giuridici semplici» — UNGER, *Sistema del dir. priv. austriaco* (Syst. des österr. Privatrechts) § 129 nota 31^a in fine — bensì vere impossibilità. Un diritto ad un'attività, alla quale si potrebbe rinunciare, non c'è. E, se mai, per conseguenza, bisognerebbe costruire poi le obbligazioni positive come diritti di credito ad una rinunzia del diritto ad un'omissione.

tiva sia rivolta ad una determinazione della volontà, cioè ad «una determinazione all'inazione», è ancor oggi difesa. Per conseguenza, in ogni obbligazione vi sarebbe un comando: ora d'un'azione, ora d'un'omissione (119).

Ma contro ciò è da sollevare obiezione. L'ordinamento giuridico coi suoi imperativi si propone per iscopo di soddisfare interessi reali: non è compito suo quello di esercitare una disciplina del volere (Willenszucht zu üben). Certamente esso si rivolge al volere dei soggetti alle norme coi suoi imperativi. Coi suoi comandi, chiedendo che sieno adempiuti: come potrebbe altrimenti contare su la (*loro*) osservanza? Eppure anche qui il volere dell'obbligato viene utilizzato soltanto come il mezzo più immediato e gradito per mettere in moto ciò ch'è preteso. Ma dietro il «tu hai il dovere» («Du sollst») c'è subito un «tu sarai costretto» («Du musst»), quando il primo manchi per qualsivoglia ragione. Una prova di ciò sono le obbligazioni degli incapaci di volere e la loro esecuzione. I divieti si rivolgono parimenti alla volontà. Ma essi richiedono soltanto che ciò ch'è vietato non sia fatto, e non anche che il non fare sia voluto (*i*). L'ordinamento giuridico non ricerca, se avvenga per l'una o per l'altra ragione che alcuno ometta di trasgredire il divieto; ad esso (*ordinamento*) basta che l'azione non abbia luogo. Come può esso (*ordinamento*) porre ragionevolmente anche l'esigenza che chicchessia si determini onora consapevolmente all'omissione dei centupli divieti, che tutelano altre persone e cose e tutti gli altri beni giuridici? Si arriverebbe allora, a voler essere conseguenti, perfino a concepire come delitti omissivi l'assassinio, il furto, in breve tutti i reati. Ma si è pur disposti ad ammettere, pare, i divieti generali come tali; solo nelle obbligazioni ogni apparente divieto conterrebbe in verità un comando di omissione. Ma perchè fare un'eccezione qui? Come insegna la storia (120), l'obbligo personale negativo spesso è solo il succedaneo per

(119) WINDSCHEID, *Pandette*, § 252 N. 1^a. Se dopo ciò rimanesse ancora un dubbio, sarebbe rimosso dalle parole del § 251 num. 1: «... essi (i diritti di credito) comandano, che una persona nell'interesse d'un'altra determini in un certo modo il suo volere ad un comportamento esteriore, che essa agisca in un certo modo». Cfr. anche § 262, dove il «contenuto giuridico» d'un diritto di credito viene determinato così, «che il creditore in forza del diritto di credito ha un comando giuridico rivolto al debitore, tendente a ciò che questi gli faccia una certa prestazione». Cfr. HASSE, *Museo Renano* (Rheinisches Museum), VI (1834) p. 18.

(120) GAL. II, 31. — l. 2 §§ 5, 6; l. 38 § 12; l. 49 § 1; l. 75 § 7; l. 85 § 3; l. 111; l. 131 pr. de V. O. 45, 1. — È invece questione d'interpretazione, se è soltanto promessa un'omissione od insieme un'azione: cioè un procurare. (ein Sorgetragen) che anche altri non facciano lo stesso; l. 50 pr., l. 83 pr., l. 49 § 2 eod.

p. 202

un diritto reale non ottenibile, solo il meno che può essere preteso in cambio dell'impossibile più. Ma allora perchè accrescere intensivamente l'obbligo del debitore e, bene inteso, accrescerlo fino all'insostenibile? Se egli riceve un comando, se l'ordinamento giuridico gli ordina di determinarsi all'omissione, egli è ognora e sempre in obbligo (*in debito: schuldig*) di questo comportamento. Come agisce illecitamente ognuno, che trascura di osservare un altro comando, perchè era eventualmente addormentato od altrimenti intento ad una faccenda, che gli aveva fatto uscir di mente il comando: così per il medesimo motivo commetterebbe un'illeceità il debitore, il quale anche solo temporaneamente si dimenticasse di determinarsi all'omissione. Il compito dell'ordinamento giuridico, la logica naturale, la consequenzialità di fronte alla costruzione dei diritti assoluti, l'equità infine, richiedono che anche l'imperativo dell'obbligazione negativa sia concepito come un divieto dell'azione, non come un comando dell'omissione.

14. (*Definizione dell'obbligazione*). — L'obbligazione, a mio avviso, si dovrebbe designare come una prestazione (*Verpflichtung*) imposta dall'ordinamento giuridico a singole persone — stabilita, come ogni tutela giuridica, a protezione d'un interesse. L'obbligazione diventa un diritto privato, in quanto viene garantita all'interessato una pretesa privata alla coazione della prestazione nel caso del suo inadempimento.

p. 203

Che questa definizione sia assai vaga non si disconosce. Ma l'indeterminabilità della prestazione (*Verpflichtung*) sarebbe proprio la caratteristica dell'obbligazione. Le obbligazioni costituiscono il grande fondo di riserva (*Restbestand*) delle prestazioni di diritto privato, il residuo che rimane dopo la sottrazione di quelle, le quali hanno il loro fondamento nella tutela assoluta d'un bene. Come alle obbligazioni, da parte loro, accanto alle fonti da negozi giuridici e da comportamento illecito, è propria una quantità di fonti, che non possono più essere raccolte sotto un solo titolo ed alle quali pertanto fu dato il contrassegno *ex variis causarum figuris*: analogamente tutte le obbligazioni si comportano di fronte alle restanti prestazioni privatistiche. Il diritto reale serve al godimento della cosa mercè un divieto alla massa indeterminata; del pari il diritto della personalità al godimento dei beni personali come il diritto di famiglia a quello della vita familiare. Dappertutto vi è qui un bene determinato, di cui l'ordinamento giuridico

p. 204

assume la tutela. I singoli divieti si pongono come una muraglia protettiva intorno a quest'unico bene. Ma le restanti prestazioni, che l'ordinamento giuridico impone (121), non si possono più raggruppare intorno al bene od interesse, ch'esse sono destinate a proteggere. Gli interessi sono qui di troppo diversa specie; anzi, più ancora, essi sono generalmente indeterminabili. Poichè l'attuale diritto promette la sua protezione illimitatamente a qualsiasi accordo, il cui adempimento possa soddisfare in generale un interesse del promissario (122). Si spiega quindi da un lato perchè i comandi, che hanno per destinatari reciproci i membri della famiglia, tradizionalmente siano distinti dalle obbligazioni. Ciò avviene (123) e può avvenire, perchè in fatto si trova per essi (*comandi*) un nucleo comune nell'interesse della vita familiare, al quale essi tutti quanti servono immediatamente o mediatamente. Analoga è la ragione, per cui le speciali prestazioni, che l'ordinamento giuridico impone allo scopo di regolare l'eredità, non si possono esporre almeno nel diritto delle obbligazioni — benchè anche queste prestazioni, come per esempio quella dell'erede al pagamento dei legati, non si possano distinguere intrinsecamente dalle restanti obbligazioni ed alcune delle stesse proprio presso i Romani già portassero il nome di *obligationes*. D'altro lato così si spiega il fenomeno che noi parliamo subito di obbligazioni, tosto che accanto al divieto generale, che costituisce il contenuto del diritto reale, se anche nella più stretta e costante unione con esso, sorge una speciale prestazione per una qualsivoglia singola persona. Noi parliamo a buon diritto d'un'obbligazione del proprietario del fondo gravato d'una *servitus oneris ferendi* a riparare il muro, delle prestazioni obbligatorie del titolare dell'usufrutto di fronte al proprietario, di «elementi obbligatorii» (124), che si aggiungono al generale divieto di usurpazione d'una cosa altrui, in quanto il possessore della stessa non soltanto apparisce obbligato al rilascio della cosa, bensì ad un positivo restituere nel comprensivo significato del vocabolo. Ma per questo, finalmente, anche ogni singola prestazione, che in caso d'inadempimento può essere coattivamente ottenuta per mezzo d'una pretesa privatistica, dev'essere annoverata fra le obbligazioni. Io non

(121) A prescindere ancora per intanto dal diritto ereditario.

(122) Cioè un interesse, che l'ordinamento giuridico riconosce come tale. Ciò che s'identifica con quello, che si designa pur anche come «interesse vero» o «ragionevole» o «degno di tutela».

(123) Oltre che per altri meno plausibili motivi.

(124) IHERING, *Spirito* (*Geist*), III, p. 178; 3^a ed., p. 185.

p. 205

vedo nessuna ragione per separare dalle obbligazioni i casi contestati da HARTMANN (125), solo che si avveri la citata presupposizione (126). Anche se i Romani andavano più a rilente nell'attribuire il nome di obligatio, non è questa tuttavia una ragione perchè noi neghiamo il nome di obbligazioni a prestazioni e pretese privatistiche, che non si possono intrinsecamente distinguere dalle altre obbligazioni (7) e che quindi resterebbero prive di qualsiasi nome di specie.

15. (*Il momento dello scopo nel concetto di obbligazione*). — Il momento dello scopo non va messo in maggior rilievo nel concetto di obbligazione che in quello di qualsivoglia altro diritto. Ogni comando ha per iscopo l'appagamento d'un interesse, ogni divieto il godimento d'un bene, o, per parlare più esattamente, la possibilità di un appagamento, la possibilità d'un godimento. Il divieto generale d'un godimento altrui è emanato affinché il proprietario abbia la facoltà di godere la cosa sua nella maniera che più gli piace. Se il proprietario faccia uso della facoltà per tal mezzo assicurata-gli, anzi se anche soltanto esista per lui la possibilità d'un godimento, cioè l'ordinamento giuridico abbandona al corso naturale delle cose. Così anche le obbligazioni positive hanno per mira il costituire, mercè l'adempimento, soltanto la possibilità d'un godimento per il creditore (127).

(125) L. cit., pp. 141 segg. — Oggidì io annovererei fra le prestazioni obbligatorie particolarmente quella del chiamato all'eredità di adire l'eredità medesima, poichè la stessa (*prestazione, o meglio: la pretesa corrispondente*) può essere fatta valere mercè un'azione ordinaria del fedecommessario a titolo universale; cfr. WINDSCHEID, *Pandette*, III, § 664 nota 7 e per il diritto romano Paolo S. R. IV, 4 § 3. Del pari la pretesa alla cautio damni infecti (se non fra le azioni del proprietario ecc., cfr. sopra nota 70) oggi è da annoverarsi fra le pretese obbligatorie.

(126) Sono per conseguenza da escludersi quei casi, nei quali in generale non sussiste nessuna coazione all'adempimento, bensì una realizzazione in forma d'un precetto giuridico — HARTMANN, p. 144 nota 5. Inoltre quei casi, nei quali una coazione segue soltanto d'ufficio, anche se occasionata da una denuncia od istanza. Dei casi, che per il diritto romano dovrebbero citarsi a questo proposito (Веккер, *Azioni*, II, p. 68 nota 33), molti si sono per noi trasformati. In parte da essi si sono sviluppate comuni obbligazioni privatistiche (cfr. nota 125), in parte, al posto della coazione d'autorità all'assunzione d'un'obbligazione, quest'ultima spesso è diventata essa stessa un'obbligazione legale — così per la cautio usufructuaria, per l'obbligo di collazione (contra, WINDSCHEID, *Pandette*, III, § 610, NN. 25, 26), ma non per la cautio damni infecti (BURCKHARD, *La cautio damni infecti*, p. 640).

(127) Io prenderei di mira la possibilità di un godimento in contrasto col reale godimento, piuttosto che la diversità, non bene concepibile a mio avviso, fra un interesse effettivo ed un interesse obbiettivo, come si fa da HARTMANN, p. 53.

Il compratore deve ricevere la cosa comperata; se egli nel singolo caso la voglia e la possa usare, ciò è indifferente per l'ordinamento giuridico. Anche il cieco ha il diritto di pagarsi l'ingresso ad una galleria di quadri, ed il sordo ad una sala da concerti. Solo quando venga meno ogni possibilità d'un godimento degno di tutela, viene ritirata anche la tutela giuridica: nelle obbligazioni come nei diritti reali (128).

p. 206

16. (*L'opinione di BRINZ*). — Io non potrei nemmeno ammettere come una peculiarità dell'obbligazione una speciale rispondenza (Haftung) del debitore con la sua persona od almeno con la pertinenza della stessa, il patrimonio (129). Certamente, la teoria dei mezzi coi quali gl'imperativi dell'ordinamento giuridico possano finalmente essere posti in esecuzione contro il volere recalcitrante dell'obbligato, è praticamente della massima importanza ed anche interessantissima nella sua evoluzione storica. Ma non è da utilizzarsi per la distinzione dei singoli diritti. Nel momento esecutivo (bei der Vollstreckung) i singoli comandi e divieti si contrappongono non per quanto riguarda i diritti ch'essi fondano, bensì unicamente per il loro contenuto. Fra i divieti (*che stanno a fondamento*) del diritto reale, per esempio, e quelli dell'obbligazione negativa, per quanto riguarda l'esecuzione, non c'è affatto una differenza di principio. La servitus itineris viene portata ad esecuzione contro violazioni da parte del proprietario del fondo servente esattamente come un'obbligazione assunta in via personale che abbia il medesimo contenuto (130). Del pari anche l'esecuzione a fine del rilascio d'una cosa o dello sgombero d'una casa è da adempiersi, senza che faccia nessuna differenza se il rilascio o lo sgombero sia richiesto sul fondamento

p. 207

(128) Riguardo alle obbligazioni HARTMANN, pp. 53 segg., col quale io del tutto concordo nel (caso) particolare. Per le cose, riguardo alle quali effettivamente sussiste la possibilità d'un godimento, non è facile che questo apparisca indegno d'essere comunque protetto e che a causa di ciò venga tolta la tutela giuridica reale. A titolo di esempio ciò accade, tuttavia, secondo la concezione romana, relativamente ai libri magicæ artis ed ai venena mala: Paulus S. R. V, 23 § 18. l. 4 § 1 fam. etc. 10, 2; l. 3 pr. § 1 ad leg. Corn. de sic. 48, 8. Più sovente, invece, quando di fatto un godimento della cosa è presentemente impossibile e difficilmente sia da aspettarlo anche per l'avvenire, vien tosto decretata anche la perdita del diritto reale: così quando animali selvatici acchiappati hanno riacquisito la loro naturale libertà o quando un fiume prende un altro corso. §§ 15, 23 I. de rerum div. 2, 1. Cfr. anche l. 44 de adq. r. d. 41, 1.

(129) BRINZ, *Il concetto di obligatio* (der Begriff oblig.) nella Rivista del GRÜNHUT (in Gr. Zeitschrift) I (1874), pp. 1 segg., spec. p. 18.

(130) § 775 del Codice di proced. civile.

d'un diritto reale oppure obbligatorio (131). La maggiore o minore rispondenza dell'obbligato non distingue dunque l'una specie di prestazioni dalle altre.

17. (*Generale dovere civile secondo NEUNER*). — Noi abbiamo designato l'obbligazione come la speciale prestazione di singole persone. In contrasto con ciò viene ritenuto specialmente da NEUNER (132), che a tutti i rapporti giuridici, a quelli obbligatori non meno che ai reali, risponda un generale dovere civile (eine allgemeine Bürgerpflicht) avente per contenuto il riconoscere il rapporto giuridico ed il non lederlo.

Un generale dovere civile di questa specie sarebbe qualcosa di estremamente singolare. L'ordinamento giuridico non può altrimenti assicurare la tutela della persona, dei beni materiali, della vita familiare se non innanzi tutto con divieti generali — non col comando del «riconoscimento», bensì col divieto della lesione. Ma è difficile concepire come l'ordinamento giuridico, oltre (*imporre*) un dovere come contenuto dell'obbligazione, potrebbe giungere ad emanare un imperativo generale, che questo dovere sia riconosciuto e non sia lesa. Per essere conseguenti, al diritto del creditore al riconoscimento della sua obbligazione dovrebbe corrispondere di nuovo un generale dovere civile al riconoscimento di questo diritto, al diritto a quest'ultimo (*cioè, a tale riconoscimento generale*) di nuovo un altro dovere di tutti gli altri, e così all'infinito senza nessuno scopo.

L'esistenza del generale dovere civile si potrebbe inferire dalle sue conseguenze pratiche. Esso si mostrerebbe p. es. (133) in ciò,

(131) § 771 ivi.

(132) Op. cit., pp. 70-72, 134, 149, 151, 152, 166. NEUNER ha trovato consenso in BÜRKELE, op. cit., p. 230, ed in BREMER, *Diritto di pegno ed oggetti del pegno* (Pfandrecht und Pfandobjecte) (1867) pp. 16 segg., 93. Anche WINDSCHEID dapprima aveva difeso la stessa opinione (*L'actio*, p. 19; *Tutela* (Abwehr) p. 39), ma vedi ora *Pandette* § 43 N. 8. Esattamente anche MÜLLER, op. cit., p. 58; UNGER, op. cit., I, § 62, 8^a ed., p. 540.

(133) Quando NEUNER adduce inoltre quale contrassegno della prestazione di riconoscimento (als Zeichen der Anerkennungsverpflichtung), «che un atto di cessione a me fatta ... di un credito deve essermi riconosciuto da ogni terzo», sembra che a questo proposito egli abbia in vista una lite pregiudiziale fra diversi pretesi cessionarii. L'ammissibilità della stessa (vedi in favore la decisione del Tribunale superiore di commercio dell'Impero (1872) in SEUFFERT, *Archivio* XXVIII, 216; contro, quella della Corte suprema di Baviera (1874) e del Tribunale superiore d'appello di Jena (1875), ivi XXXI, 4, 304) è, però, senza influenza circa l'ammissione d'un generale dovere civile — cfr. SEUFFERT, *Archivio* XXXI, 5.

«che nel fallimento del mio debitore anche gli altri creditori del medesimo dovrebbero riconoscere il mio credito e lasciarlo sussistere accanto ai loro». Certo quest'ultima conclusione è esatta. Dappertutto dove l'ordinamento giuridico ammette un diritto di credito, non gioverà per nulla a terze persone il porre un veto in contrario. Ma per questo non v'è bisogno d'un generale dovere civile di riconoscimento; è sufficiente la volontà dell'ordinamento giuridico (134). Nel medesimo senso la massa dei creditori dovrà «riconoscere» se un precedente debitore del fallito prova un pagamento. Non sarà di nessun giovamento ai creditori l'ammettere il fatto, ma il contestarne la rilevanza. Eppure qui non è in questione l'esistenza d'un diritto, bensì la non esistenza dello stesso. La pretesa obbligazione del riconoscimento si riduce quindi al principio di tutta evidenza, che l'ordinamento giuridico lascia che fatti giuridicamente rilevanti abbiano il loro effetto indipendentemente da ciò che l'uno o l'altro contesti la rilevanza degli stessi.

Avrebbe maggiore importanza, se un generale dovere civile alla non-lesione di diritti obbligatori potesse essere dimostrato. Un tale obbligo lo deve certamente ammettere chi sostiene un obbligo del riconoscimento. Poichè a chi non deve contestare il mio diritto (135), dev'essere vietato anche il più, la lesione del diritto stesso (136).

Anche colui, la cui qualità di debitore altri sostenga, può pregiudizialmente far confermare l'inesistenza del suo debito e tuttavia il non essere debitore non costituisce nessun rapporto giuridico, ma piuttosto la negazione di esso — così che neppure NEUNER ammetterebbe qui un generale dovere civile al riconoscimento della inesistenza del debito.

(134) È inutile e può trarre in inganno il costruire di bel nuovo una prestazione di riconoscimento, ogni volta che qualcosa avviene conformemente al diritto.

(135) Si dovrà forse concepire così il postulato certamente equivoco ed oscuro di un «dovere di riconoscimento».

(136) Il diritto obbligatorio, come ogni altro, non può essere lesa direttamente. Il dovere (das Soll), che costituisce il contenuto dell'obbligazione (der Obligation), è volontà statale e non si può prendersela con la volontà dello Stato (und dem Staatswillen ist nicht beizukommen). Ma esso dovere indirettamente può essere mandato in rovina — per esempio col distruggere l'oggetto dovuto oppure anche con l'uccidere il debitore che solo con la sua persona poteva rispondere. Anche un frustrare temporaneamente l'obbligazione è possibile ad un terzo, p. es. con l'usurpare la cosa dovuta. — Del resto il comando del riconoscimento dovrebbe comprendere anche un divieto, quello di non offendere l'interesse, che dev'essere tutelato mercè l'obbligazione. A chi può parere plausibile, che quegli, il quale contesta a parole il diritto del fittaiuolo (des Pächters), possa essere perseguito per cagione di «non riconoscimento», laddove quegli, che caccia fuori il fittaiuolo dalla sua fattoria (aus seiner Pacht), a tenore del diritto romano non può da questo essere citato in giudizio? L. I § 10, 22, 23 de vi 43, 16.

Ma anche da NEUNER viene concesso che il fatto che un terzo renda impossibile, anche intenzionalmente, l'adempimento, di regola non obbliga costui (*il terzo*) verso il creditore. Non l'obbliga, cioè, allora quando il debitore abbia acquistato una pretesa contro l'autore, (*pretesa*) che egli stesso è obbligato a far valere oppure a cedere al creditore (137). Perchè in tal caso la diretta attuazione (*Realisirung*) di quel preteso generale dovere civile debba cessare, io non riesco ad intendere (138). Ma sia pure. In ogni caso ciò deve andare altrimenti, «quando un terzo rende impossibile al debitore l'adempimento della sua obbligazione con l'effetto che questi per tal mezzo sia liberato di fronte al suo creditore». Cerchi pure NEUNER di difendere il (*sua*) principio; a mio avviso, in questa (*sua*) generalità esso è insostenibile. Ma come? Se io ho una lepre appesa alla finestra ed il mio vicino promette al suo inquilino di comperare da me l'animale e di donarglielo, il promittente diventa libero (*si libera dalla sua obbligazione*), quand'io mangi la lepre od in altro modo la distrugga. E se io faccia questo sapendo che la lepre è divenuta oggetto d'un'obbligazione e col proposito di frustrare l'obbligazione, io devo diventare responsabile di fronte al debitore? Mi aspetto l'obbiezione: il mangiare la lepre non era anti-giuridico. Ma intanto questa ulteriore esigenza non era richiesta, ed in secondo luogo, e soprattutto, appunto ogni azione, la quale frustrasse l'obbligazione, sarebbe già a cagione di questo effetto anti-giuridico, se fosse esatto il principio del generale dovere civile di fronte a rapporti obbligatori. Se per conseguenza si pone come ulteriore presupposto per il dovere di risarcimento l'annientamento (*die Zerstörung*) d'un'obbligazione in forza d'un'azione già anti-giuridica per altra ragione, si abbandona con questo il principio (*qui*) combattuto. Si arriva allora alla teoria completamente diversa, che ogni azione anti-giuridica intenzionale obbliga l'autore al risarcimento del danno che ne è sorto — anche quando il danno consistesse nella perdita d'un diritto di credito (139).

(137) l. 35 § 4 de contr. empt. 18, 1 — l. 21 i. f. de her. vend. 18, 4 — l. 24 § 4 i. f., l. 33 locati 19, 2.

(138) Poichè essa (*diretta attuazione*) compete p. es. al titolare della servitù, benchè NEUNER anche qui statuisca solo l'identico generale dovere civile del riconoscimento e della non - lesione del rapporto giuridico. Il dovere particolare del debitore può tuttavia non togliere di mezzo il generale dovere degli altri, nel caso che quest'ultimo esista.

(139) Così si spiegano anche i passi, ai quali NEUNER si riferisce: l. 18 § 5; l. 19 de dolo 4, 3. Del resto entrambi i passi non contengono alcun diritto pratico.

18. (*Fonti dell'obbligazione*. BINDING E SCHLOSSMANN). — Con fine tocco i Romani hanno distinto le obbligazioni, secondo le loro fonti, in obbligazioni da contratti ed obbligazioni da delitti. Solo che sarebbe stato più esatto, in luogo dei contratti, se pure essi costituiscono il gruppo di gran lunga più importante dei fatti non delittuosi, designare questi ultimi tutti insieme. I diritti di credito (*nascenti*) da delitti hanno la peculiarità, che qui l'obbligo sorge dalla trasgressione colpevole d'un'altra norma. La prima norma per esempio suona: «tu non devi rubare». La seconda suona condizionalmente: «se tu hai rubato, tu devi subito prestare pieno risarcimento — in caso diverso al derubato spetta una pretesa a ciò». Nè a scopo di pena viene accordata la pretesa — poichè questa (*pretesa*) costringe soltanto all'adempimento della norma secondaria — nè viene emanata la stessa seconda norma, la quale fonda la prestazione obbligatoria. Soltanto, poichè presupposto di questa è un delitto, in quanto il trasgressore della prima norma è egli stesso anche il debitore (140), il risarcimento è valutato a piena misura (*reich und voll*) per il creditore e senza riguardo contro il debitore. Gli obblighi da fatti non delittuosi, invece, sono indipendenti dalla trasgressione d'una norma primaria. Gli imperativi: «tu devi mantenere ciò che hai (validamente) promesso» oppure «tu devi prestare gli alimenti al tuo figliuolo» non vogliono ostacolare nè la promessa nè la procreazione. Non è illecito nè il promettere una prestazione nè il divenire padre. Ma l'obbligo incomincia con la promessa e con la paternità; ed un'illiceità nasce tosto che non si sia corrisposto al contenuto dell'obbligazione. Nell'istante ora detto sorge per l'interessato una pretesa all'adempimento.

La giustificazione (*die Berechtigung*) d'una partizione delle obbligazioni in nascenti da contratti (141) e da delitti è stata da ultimo contestata in vario modo. Da un lato si è sostenuta l'impossibilità di ricondurre una qualsiasi obbligazione, che si propone per iscopo non una pena bensì un risarcimento, ad un delitto. Dall'altro lato, viceversa, si è

La l. 18 § 5 si spiega dal punto di vista della *stricti iuris obligatio*, cfr. l. 13 § 12 de act. e. v. 19, 1 e per la l. 19 cit. cfr. già l. 95 § 1 de solut. 46, 3, ll. 88, 91 § 4 de v. o. 45, 1. — È obbligato al risarcimento anche colui, che anti-giuridicamente ed intenzionalmente distrugge una quietanza e con ciò mette l'antecedente debitore nella condizione di dover pagare di nuovo: l. 27 § 2, l. 83 § 3 de furtis 47, 2; l. 8 § 1 quod metus c. 4, 2. Ma nessuno è per questo indotto a statuire un generale dovere civile, avente per contenuto il riconoscere ed il non - ledere la non - esistenza (*das Nichtvorhandensein*) di una prestazione obbligatoria.

(140) D'altra parte si spiega così il limitato trapasso agli eredi.

(141) Più esattamente: da fatti non delittuosi, i quali si suddividono in

p. 213 cercato di fondare sopra una colpevolezza anche tutte le obbligazioni negoziali. Noi dobbiamo far fronte da entrambe le parti. La prima opinione è difesa da BINDING (142). Per lui le nostre obbligazioni da delitto sono obbligazioni da quasi - contratti, riposanti sopra un'autosottomissione (auf einer Selbstunterwerfung) del delinquente all'obbligazione di risarcimento del danno. Questa teoria, la quale non discende neppure come necessaria conseguenza dalle premesse dello scrittore (143), e come è intrinsecamente insostenibile (144) così è in contrasto con positive statuizioni del nostro diritto (145), pare essere stata attualmente abbandonata dal suo autore (146). Difensore della seconda teoria è SCHLOSSMANN. Per lui, al contrario, anche i contratti sono «fattispecie di delitti» («delictische Thatbestände»), poichè anche in essi si potrebbe, «per adoperare l'usuale modo di esprimersi, nell'indebitarsi (in dem Verschulden) trovare il «fondamento dell'obbligazione» (147). È facile dimostrare la catena di errori, che ha condotto da ultimo a quest'assioma. In primo luogo ed anzitutto SCHLOSSMANN chiude gli occhi davanti all'osservazione, che un'obbligazione ha un'esistenza ben reale come un imperativo dell'ordinamento giuridico. Per SCHLOSSMANN l'obbligazione è un nulla,

negozii giuridici ed i rimanenti fatti.

(142) BINDING, op. cit., I, pp. 221-223.

(143) WACH, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal) XXV (1873), pp. 460-463.

(144) HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal) XXVIII (1876), p. 409: «È assurdo aspettarsi una logica conseguenza da un arbitrio anti-giuridico (widerrechtl. Willkür — cioè, da un volere anti-giuridicamente arbitrario) e volergli dimostrare ch'esso, insieme col torto, ha voluto anche in pari tempo le sue conseguenze giuridiche, e per questo si può altrettanto poco fondare l'obbligo di risarcimento quanto la pena su la volontà del colpevole, sopra una specie d'accordo di quest'ultimo col titolare del credito e col potere punitivo dello Stato».

(145) Essa (teoria) naufraga, dal punto di vista del diritto positivo, per ciò che sono richiesti differenti presupposti di natura personale per l'obbligo derivante da delitto e per quello (derivante, invece) da contratto e quasi-contratto. Così (i) minori di età responsabili e del pari (i) pròdighi possono bensì obbligarsi per un delitto, ma non per un negozio giuridico — l. 5 § 2 ad leg. Aq. 9, 2; ll. 23, 24 de furtis 47, 2; l. 13 § 1, l. 14 de dolo 4, 3, ed altri passi ancora. Cfr. BINDING, op. cit., II, pp. 87, 281.

(146) BINDING, op. cit., II, p. VI: «È poi un'espressione assai insoddisfacente per un pensiero a mio avviso giusto, che il fondamento dell'obbligazione di risarcimento del danno sia il quasi-contratto».

(147) SCHLOSSMANN, *Il contratto* (der Vertrag), pp. 328, 325; cfr. anche pp. 295, 315, 327, 341.

e la questione com'essa nasca nemmeno da proporsi sul serio (148). «Un'obbligazione non nasce mai, bensì (nasce) soltanto in noi il giudizio, che qualcuno sia in debito (schuldig), ed è indubitato che un tale giudizio non può formarsi in noi, se ciò che è stato promesso è mantenuto». Per conseguenza sarebbe «il venir meno della prestazione (das Unterbleiben der Leistung) ... effettivo presupposto dell'essere obbligati (der Obligirung)» (149). Qui c'è un evidente scambio fra obbligazione e pretesa; quella può essere già esistente, senza che di questa ancora sia da parlare (150). Questo, il primo sbaglio, nel quale per verità incorrono anche altri. A questo segue un secondo fatale errore. Forse balenava davanti a SCHLOSSMANN l'esatto pensiero, che ogni pretesa abbia per iscopo di togliere di mezzo un'illiceità e quindi abbia questa per presupposto. Ma SCHLOSSMANN va molto più in là: ogni obbligazione (151), sia che inizi la sua esistenza dapprincipio con un negozio giuridico o l'inizi subito con un delitto, presupporrebbe sempre una colpa dell'obbligato, un delitto del medesimo. Le obligationes ex re sarebbero eliminate; del pari i contratti formali, i quali «obbligano unicamente per una statuizione positiva» (152) ed a proposito dei quali veniamo sbalorditi con l'osservazione, che il «debito (Schuld) da questi risultante non è nè debito da delitto nè da negozio, bensì un debito astratto (153)». Nei contratti materialmente individualizzati, al contrario, soltanto l'essere in colpa (das Verschulden) deve fondare un'obbligazione e quindi una coazione al risarcimento. Che questa veduta sia inesatta, ho cercato di spiegarlo nel secondo Capitolo. Azione (Klage) ed esecuzione (Execution) possono scaturire da contratti, senza che da parte del convenuto ci sia stata anche per un solo istante una colpevolezza. Si pensi ad un mutuo, da rimborsarsi al termine d'un anno, il cui debitore subito dopo averlo contratto fosse impazzito. Ogni possibilità d'una colpevolezza è quindi venuta meno — ma non (è venuto

(148) Ivi, pp. 273, 272.

(149) Ivi, p. 326. — Quando SCHLOSSMANN qui (p. 275) ed altrove (p. es., p. 266) riconduce la questione dell'esistenza d'un diritto alla questione, se «sia giusto» che lo Stato costringa alcuno ad una prestazione, ed inoltre in ultima istanza fa decidere per il sì o per il no il soggettivo sentimento giuridico del giudice (pp. 193 segg.), a me sembra che ciò conduca ad una completa abdicazione della scienza giuridica.

(150) Maggiori particolari su ciò nel seguente Capitolo.

(151) Più esattamente: pretesa obbligatoria.

(152) P. 328.

(153) P. 42.

p. 215 *meno*) l'interesse del creditore alla restituzione. E poichè, anche se il mutuatario è ammalato, non per questo l'interesse del mutuante cessa di essere degno e bisognoso di tutela (und da die Krankheit des Empfängers auch dem Interesse des Verleihers weder Schutzwürdigkeit noch Schutzbedürftigkeit entzogen hat), sopravviene una coazione all'adempimento contro l'incolpevole.

19. (*Il concetto del diritto ereditario*). — Da ultimo deve ancora toccare con tutta brevità il concetto del diritto ereditario. Il (*contenuto*) più disparato viene abbracciato con tale espressione. Ora essa designa la mera possibilità di una futura eredità — come quando noi durante la vita di due congiunti parliamo del loro reciproco diritto ereditario. Nell'espressione composta (*in der Verbindung*) «diritto di successione legittima», accenna alla tutela, che viene accordata all'interesse di certe persone all'eredità d'un altro, col sottrarre a quest'ultimo o la potestà giuridica (154) di disporre liberamente per testamento del suo patrimonio (155), o, anche lasciandogli la potestà giuridica di disporre liberamente, con l'imporgli però il dovere di prendere in considerazione in un modo od in un altro gli interessati — in caso contrario agli istituiti eredi incombe un obbligo (156), per il cui coattivo adempimento spetta agli interessati una pretesa. L'espressione (*diritto ereditario*) significa inoltre, in quanto con ciò debba essere designata la posizione giuridica del (*erede*) chiamato (*des Berufenen*), la facoltà spettante ad un tale, di divenire, mercè la dichiarazione della sua volontà, erede d'un altro. E finalmente, quando ciò debba designare la situazione di colui ch'è divenuto erede, di nuovo (*il significato può essere*) duplice. In primo luogo (*l'espressione può designare*) il fondamento giuridico per cui ogni tutela giuridica ereditaria del *de cuius* oramai spetta al nuovo interes-

(154) Oppure come io chiamerei la stessa: la facoltà (*die Befugnis*).

(155) Così che il testamento fatto contro tali disposizioni è nullo: come per la preterizione d'un figlio di famiglia (*Haussohn*) secondo il *ius civile* e per una offesa contro la Nov. 115 secondo il sistema delle nullità. Sarebbe del tutto erroneo di parlare in tali casi d'una pretesa alla vocazione ereditaria (o ad una diseredazione). La tutela non viene qui accordata agli eredi legittimi in guisa che ad essi sia assicurata una «pretesa». La volontà statutale lavora qui con altri mezzi: sottraendo la potestà giuridica di agire contro di sè medesima.

(156) Sia esso d'integrare la porzione legittima sia di dover sopportare la revocazione (*die Umstossung*) del testamento. Anche qui la veduta esatta è offuscata quando si parla d'una pretesa alla legittima come d'una pretesa contro il *de cuius* alla devoluzione della legittima. Una tale (*pretesa*) non esiste.

sato. Ma inoltre (*può significare*) una particolare tutela assoluta dell'erede contro chicchessia. Nessuno potrebbe sottrarre all'erede alcun che di appartenente all'eredità sotto il pretesto di essere egli stesso erede oppure senza un qualche motivo di giustificazione. L'eredità come massa gode dunque a profitto dell'erede d'una tutela giuridica analoga a quella delle singole cose a profitto del proprietario. In questo senso il diritto ereditario rientra fra i diritti assoluti; in un certo ambito esso appartiene in pari tempo ai diritti reali (157) (*k*).

20. (*Risultati. Il concetto del diritto soggettivo privato*). — Dopo queste considerazioni particolari io spero si riesca oramai a chiarire il concetto del diritto soggettivo privato.

Dovunque si attribuisca ad una persona uno dei diritti dei quali si è parlato, troviamo anzitutto un bene od un interesse della stessa, che l'ordinamento giuridico prende sotto la propria tutela. In quanto quest'ultima viene assicurata per mezzo dell'esistenza degli imperativi statuali come anche per mezzo della minaccia di conseguenze giuridiche per il caso della trasgressione (*degli imperativi stessi*) o finalmente per mezzo dell'esecuzione d'ufficio delle conseguenze giuridiche, l'interessato per quanto riguarda questa tutela è meramente passivo. Suo è l'interesse tutelato, del pari che il vantaggio della tutela — ma a quest'ultima in sè stessa egli è completamente estraneo. Non c'è dunque ancora nessun motivo di designare la volontà statutale che lo tutela come un suo diritto. Ciò si può soltanto nel caso che l'interessato stesso venga insieme chiamato all'attuazione della tutela. Ora noi troviamo che al soggetto tutelato è accordato di regola d'influire in una triplice maniera sopra la tutela a lui assicurata. Anzitutto in questo modo, che egli col suo consenso può spogliare un agire altrimenti vietato del suo carattere illecito (158). Ma per questo mezzo viene impedita soltanto l'entrata (*in vigore*) della tutela giuridica, non ne viene influenzato il contenuto o l'effettuazione. L'interessato può soltanto, col suo consenso all'azione altrimenti vietata, escludere l'applicazione della norma tute-

p. 217

(157) In quanto il divieto si riferisce all'usurpazione degli oggetti ereditarii materiali — come esso sta a fondamento in parte anche della *hereditatis petitio* ed esclusivamente dell'*interdictum quorum bonorum*. Questo divieto non è una mera ripetizione del generale divieto emanato a profitto del proprietario e dei titolari di altro diritto reale (*und der sonst dinglich Berechtigten*) con particolare applicazione agli eredi: poichè il divieto si riferisce anche a quelle cose dell'eredità, riguardo alle quali il *de cuius* mancava d'una tutela reale.

(158) Cfr. sopra note 2, 19, 52, 53.

latrice nel singolo caso e con ciò frustrare la tutela giuridica. Ma dove quest'ultima entra in vigore, rimane interamente la stessa. Un secondo aspetto della possibilità da parte dell'interessato d'influenzare la tutela giuridica consiste in ciò, che ad esso, in caso di diritti rinunziabili o trasmissibili, è concesso di rinunciare all'intera tutela giuridica o di collegarla ad un'altra persona. Dove è assicurata una tale facoltà, la tutela è l'oggetto del potere di disposizione. L'interessato ha un potere (*letteramente: una forza: Macht über*) sopra la tutela, cioè sopra la cessazione della stessa, o sopra la sua connessione con un altro soggetto. Ma anche con questa facoltà di disposizione la natura della tutela non viene toccata. Contenuto della tutela e potere di disposizione sopra la tutela concettualmente devono essere sempre separati (159). Il secondo (*cioè, il potere di disposizione*) è una facoltà che sta al di fuori del concetto della tutela. Esso (*potere*) può essere accordato, esso può anche mancare, senza che da ciò dipenda l'esistenza o l'inesistenza del diritto soggettivo. Ci sono infatti diritti, che non sono trasmissibili, ed altri, che (*parimenti*) non sono tali, almeno sotto certe condizioni. Per conseguenza solo il terzo momento rimane come contrassegno del diritto soggettivo. Ciò soltanto fa della tutela un diritto del tutelato, che questi sia chiamato ad attuare la tutela medesima. La natura e qualità della realizzazione distingue una mera tutela d'interessi dal diritto soggettivo. Ogni tutela d'interessi viene elevata a diritto soggettivo, in quanto l'ordinamento giuridico abbandoni la coercibilità delle proprie norme all'iniziativa dell'interessato e solo a questo punto prometta di prestargli aiuto. Il diritto soggettivo non è identico alla pretesa; esso può essere presente ed è il più delle volte presente ancor prima che una pretesa sia sorta. Ma soltanto la garanzia da parte dell'ordinamento giuridico di un'eventuale pretesa eleva fin d'ora la situazione tutelata dalle norme a diritto del (*soggetto*) tutelato. Il diritto soggettivo viene fondato per mezzo della promessa di eventuali pretese; esso consiste nella prospettiva delle stesse (*es besteht in der Aussicht auf solche*). O più esattamente, esso (*diritto*) sorge, per il (*soggetto*) tutelato dalle norme, dalla disposizione del diritto obiettivo, secondo la quale, nel caso di trasgressione delle norme stesse, viene assicurato ad esso (*soggetto*) un mezzo, la pretesa, allo scopo di

(159) Si approfondirà questo punto nell'ultimo Capitolo.

realizzare ciò ch'era stato comandato o di rimuovere ciò ch'era stato vietato (*behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen*).

21. (*Le definizioni di IHERING e WINDSCHEID*). — La determinazione tentata qui del concetto del diritto soggettivo ha intrinsecamente la più prossima parentela con quella, ch'è stata sostenuta da IHERING (160). Io consento con lui, che lo scopo pratico del diritto (è) « un'utilità, un vantaggio, un guadagno, il quale dev'essere assicurato dal diritto ». Solo che io penso, che lo scopo del diritto — chiamato da IHERING il momento sostanziale del diritto — non rientra nella determinazione del concetto dello stesso. Nel diritto non debesi distinguere la scorza protettiva (*die schützende Schale*) — la tutela giuridica — ed il nocciolo (*der Kern*) — l'interesse —: no, soltanto la scorza costituisce il diritto, il nocciolo non appartiene più ad esso (1). Il diritto è soltanto un mezzo, non mai uno scopo di per sè stesso (*nie Selbstzweck*) — cioè il mezzo o più esattamente un mezzo per rendere possibile un godimento presente o futuro. Quest'ultimo appartiene al concetto del diritto tanto poco quanto appartiene alla siepe (*zum Gartenzaun*) il giardino, il cui esclusivo godimento la siepe deve parimenti assicurare al proprietario. Per questo anche nella tanto discussa definizione « i diritti sono interessi giuridicamente protetti » a mio parere è necessaria una trasposizione. Un diritto non è un interesse che viene protetto, bensì è esso medesimo il mezzo di protezione (*das Schutzmittel*) d'un interesse. Allora si manifesta anche un'armonia fra questo e la sentenza ulteriore (*und dem weiteren Worte*): « il diritto è la sicurezza giuridica del godimento..., autotutela dell'interesse ». Ciò ch'è un interesse, non può essere una sicurezza od un'autotutela dello stesso — e, viceversa, l'autotutela non è l'interesse (161). La cantina protetta per mezzo d'un lucchetto ed il lucchetto, che procura la protezione, non sono identici. La differenza delle due definizioni non avrebbe meritato una menzione, se la prima apparisse soltanto come una formulazione meno rigorosa. Ma da tutti gli sviluppi di IHERING risulta che precisamente alla prima formula viene dato peso. Essa deve esprimere il pensiero, che il godimento del bene protetto sia un godimento od un esercizio del diritto, che il diritto non soltanto renda possibile

p. 219

(160) *Spirito* (Geist) III, §§ 60, 61.

(161) Cfr. anche SCHLOSSMANN, op. cit., p. 246.

p. 220

(*ermögliche*) bensì assicurati (*gewähre*) un godimento. Ma proprio qui a mio avviso si nasconde un errore, il quale è tanto più pericoloso in quanto quel pensiero ha un'immensa portata. Contr'esso in ispecie è diretto il sesto Capitolo. A questo riguardo io concordo con WINDSCHEID (162) nelle sue osservazioni contro IHERING. La salvaguardia (*die Wahrung*) di interessi privati è soltanto il motivo, che determinerà il potere legislativo a fondare diritti soggettivi; «la definizione del diritto è indipendente da ciò». Ma quando WINDSCHEID inoltra obbietta: «il diritto non tutela mai un interesse come tale (163)...; esso tutela sempre soltanto la volontà diretta ad avere il bene» — si potrebbe a proposito di ciò rispondere anzitutto con un richiamo a soggetti di diritto incapaci di volere. Noi infatti attribuiamo già a questi dei diritti privati, ancora prima che sia stato dato ad essi un rappresentante, il quale persegue le loro eventuali pretese. Ma è questo un punto, che io mi debbo riserbare per un'ulteriore considerazione. Contro WINDSCHEID parla però decisamente (*il fatto*), che anche quando realmente manchi una volontà rivolta ad avere il bene, anzi di quando in quando perfino in presenza d'una volontà opposta (164), sussiste tuttavia il diritto e la tutela con questo accordata. Il marito rimane proprietario del fondo dotale alienato anche allora quando egli non lo vuole riavere; la usurpazione, l'uso, il danneggiamento dello stesso sono, precisamente come prima, proibiti ad ogni terzo a profitto del marito. Parimenti il debitore, il cui creditore non vuole accettare ciò che gli è dovuto, fino al deposito (*della cosa dovuta*: *bis zur Deposition*) rimane sempre debitore e pertanto obbligato. Ma se i divieti ed i comandi a profitto del proprietario e del creditore rimangono in vigore nonostante la mancanza d'una volontà diretta ad avere il bene, non può essere quest'ultima (*cioè, la volontà*), che viene tutelata dall'ordinamento giuridico. Qui si vede che è l'interesse, forse disconosciuto dall'interessato, quello cui l'ordinamento giuridico procura la sua tutela. Esso (*ordinamento*) assicurerà all'interessato la possibilità d'un godimento, col cercar di determinare coi proprii imperativi la volontà della persona obbligata, proprio nell'identico modo, sia che l'interessato temporaneamente disdegni il bene sia che no.

p. 221

(162) *Pandette* § 37 N. 3; (4) I, p. 92.

(163) WINDSCHEID aggiunge: «cioè l'apprezzamento d'un bene». Ma riguardo al concetto d'interesse cfr. sopra, nota 113.

(164) Cioè da per tutto dove la volontà che disdegni il bene non è stata esternata in una maniera, che l'ordinamento giuridico considera come rinunzia.

Questo conduce alla definizione propria di WINDSCHEID. Secondo lui ed altri (165) il diritto consiste in un poter volere (*Wollendürfen*: *liceità di volere, cioè: in un volere lecito, o lecitamente*). Se con questo si deve designare l'intero effetto (*die gesammte Wirkung*) d'un'attribuzione di diritto, l'espressione è troppo ristretta. Essa non comprende la tutela, che assicurano già gl'imperativi dell'ordinamento giuridico, i quali fondano il diritto, come (*l'assicura*) la minaccia di conseguenze giuridiche pel caso della loro trasgressione. Poichè per tale tutela non v'è bisogno della volontà dell'interessato; essa (*tutela*) viene accordata al (*soggetto*) tutelato in modo del tutto indipendente dal volere o dalla possibilità di volere (*Wollenkönnen*) di lui (*m*). Ma se il «poter volere» (*das «Wollendürfen»*) dovesse designare soltanto la partecipazione (*den Antheil*) del privato alla propria tutela giuridica, vale a dire ciò che della tutela giuridica a lui assicurata fa in pari tempo un suo diritto — dunque, secondo la precedente dilucidazione, la pretesa, secondo IHERING (troppo strettamente) l'azione (*die Klage*), — allora non ci sarebbe molto da obbiettare contro questa definizione. Poichè per far valere la pretesa senza dubbio occorre una determinazione di volontà da parte dell'interessato; avere una pretesa significa al tempo stesso poter volere. Solo che la liceità (*il potere*: *das Dürfen*) non sarebbe tuttavia un segno caratteristico (*nur wäre das Dürfen immerhin nicht bezeichnend*). La mera permissione (*Erlaubtsein*) d'un volere (166) non eleva ancora l'estrinsecazione di volontà ad esercizio di diritto, ma soltanto (*la fa divenir tale*) la prestazione di garanzia dello stesso (*esercizio*) da parte dell'ordinamento giuridico, la cooperazione che quest'ultimo promette all'interessato (167). Fra la manifestazione di volontà vietata e quella giuridicamente tutelata sta il campo infinitamente vasto del lecito (*des Erlaubten*) o, per dir più esattamente, del non vietato: il campo della libertà naturale (*n*), non limitata da nessun precetto di diritto. Il poter volere designerebbe soltanto il non vietato, non la tutela dell'agire. Ma evidentemente anche da WINDSCHEID non si è pensato meramente al potere di perseguire giuridicamente (*an die Rechtsverfolgung*). Per lui, come per IHERING e per l'intera dottrina, è esercizio di diritto ogni godimento del bene protetto, il poter volere (*das Wollendürfen*) non soltanto (è) un (*poter*) perseguire giuridi-

p. 222

(165) Vedi i ragguagli in BINDING, op. cit., II, pp. 50 e segg. nota 76.

(166) «Sarebbe più esatto parlare d'un poter fare o d'un poter agire». BINDING, op. cit., II, p. 50 nota 75; anche SCHLOSSMANN, op. cit., p. 244.

(167) Così, esattamente, già EXNER, op. cit., p. 16.

camente (nicht nur Rechtsverfolgung), bensì soprattutto un poter godere (sondern vornehmlich Genießendürfen). Ma in questo senso l'esattezza della definizione è interamente da contestarsi. La polemica contro questa (*definizione*) coinciderà con quella contro la detta opinione. Ad essa sarà dedicato il Capitolo che terrà dietro al seguente (cioè, il Capitolo VI).

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Uccisione del consenziente*). — Sul principio giuridico dell'indisponibilità della propria vita, e sui problemi, sociali ed etici ancor prima che giuridici, ad esso connessi, — dei diritti su la propria persona, dell'aiuto al suicidio, della coppia suicida e della responsabilità del superstite, del concorso dell'offeso, dell'eutanasia, ecc. ecc. — la letteratura è così abbondante, che il nudo cenno dei titoli degli scritti, che potrei citare in proposito, esorbiterebbe dall'economia di queste note. Mi limiterò a ricordare che il nostro vigente Codice Penale si occupa dell'«omicidio del consenziente» all'art. 579 e dell'«istigazione o aiuto al suicidio» all'art. successivo (il primo comma dell'art. 579 suona: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni»). Su l'argomento specifico si può consultare qualsiasi moderno trattato, o manuale, della materia; p. es. MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, Vol. II (Bologna, Zanichelli, 1934), pp. 454-58; sul problema più generale del consenso dell'avente diritto, e su ciò che può, o non può, essere oggetto di tale consenso, v. la stessa opera, Vol. I (2ª ediz., 1937), pp. 286-95, ed aa. ivi cit. — Oltre il vol. del GRISPIGNI (*Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924), già ricordato in altra di queste mie note, merita poi di essere rammentata, per una vivace discussione di questi problemi, la monografia di ENRICO FERRI: *L'omicidio - suicidio; responsabilità giuridica*, spec. Cap. I (Il diritto e il dovere di vivere) e II (Il consenso alla propria uccisione e l'uccisione del consenziente), 5ª ed., insieme con: *L'omicida* (Torino, Utet, 1925; pp. 458 e segg.).

a p. 149 testo tedesco, 153 trad.

b) (*Sanzioni giuridiche e moralità*). — A proposito di ciò che dice a questo punto l'A. si rammenti che l'ARDIGÒ prendeva a motto della *Sociologia* (*Opere filos.*, IV; Padova, Draghi, varie ed., la 1ª del 1886), nella quale, com'è noto, vuole indagare la formazione naturale della giustizia, «forza specifica della società», le parole di ERACLITO, che «non ci sarebbe l'idea della giustizia, se non fossero i supplizi». È quanto dire che il diritto, cioè l'ordinamento giuridico, necessaria ed immanente disciplina sociale (*ubi societas, ibi ius*), precede il fiorire della vera e propria moralità, la quale, anzichè limitarsi a vietare il male per timore delle sanzioni, — ciò di cui, in sostanza, può accontentarsi il diritto, — impone di fare il bene, anche indipendentemente da qualsiasi ricompensa. L'obbligazione morale non è, forse, nella sua genesi psicologica, se non un'obbligazione giuridica atrofizzata, vale a dire destituita della pretesa, che in ogni rapporto giuridico è complementare alla prestazione. Se così è, ciò spiega, sì, la connessione, ma anche la distinzione fra moralità e diritto, e l'importanza, accennata da THOM, dei comandi e divieti giuridici per la stessa evoluzione della morale.

a p. 149 testo tedesco, 153 trad.

a p. 163 testo
tedesco, 164
trad.

c) (*Sul concetto giuridico di proprietà*). — Giustamente dice THON che, per quante limitazioni possano essere imposte alla proprietà, non per questo al concetto della stessa si deve rinunciare. Ciò va inteso nel suo significato propriamente giuridico, cioè formale. I limiti, infatti, riguardano il contenuto delle facoltà comprese in esso concetto. Ma quand'esso si determini — come esattamente lo determina THON, — non già come un diritto che assicuri una «tutela illimitata», bensì come il diritto su la cosa, cioè in relazione ai terzi, che non garantisca in nessun caso una tutela minore che un qualsiasi altro diritto reale, pare a me se ne scolpisca il carattere essenziale ed immanente. Anche a prescindere dall'ovvia considerazione che le cose, o meglio i beni coi quali si possano appagare i bisogni dei consociati, in qualsiasi ordinamento giuridico — eccezion fatta per le *res nullius*, fino a quando uno non se le approprii, — apparterranno pur sempre ad un soggetto, se non individuale, collettivo, per comprendere il concetto giuridico di proprietà (che abbraccia, evidentemente, le cose mobili, oltre che quelle immobili) nel suo carattere formale, nel suo valore d'istituto giuridico immanente, bastino queste assai ovvie considerazioni.

Ragioni politiche, come ispirano, del resto, ogni altra riforma legislativa, possono consigliare di restringere al minimo l'ambito delle facoltà concesse ad un qualsiasi titolare d'una qualsiasi forma di proprietà: si può pensare, ad es., ad un regime, che consenta ai singoli di godere le sole cose consumabili, oppure che sottragga qualsiasi bene alle disposizioni *mortis causa*, e via discorrendo: ebbene, anche in regimi di tal fatta l'istituto giuridico della proprietà, per quanto limitato nel suo contenuto, non si potrebbe dire scomparso, perchè resterebbe pur sempre a designare quel diritto, o meglio quel fascio di facoltà soggettive, che al titolare del bene assicura, di fronte ai terzi, la tutela più vasta, in relazione ad ogni altra relativa a quel bene, che in quel regime sia concepibile. E così concepita la proprietà, — nel suo nudo schema giuridico, — si può aggiungere che sta precisamente a designare quella proiezione della tutela (ch'è nota del diritto obiettivo) alla situazione del soggetto di fronte ai terzi, che ha per oggetto la più ampia facoltà (per comprendere anche il suo aspetto potenziale) di utilizzazione dei beni atti ad appagare i bisogni umani. Tale oggetto, in cui essa tutela giuridica incide su l'economia, sta pur anche a designare un'espressione di quella congiunzione al soggetto di tutto quanto è suo, per cui il ROSMINI, p. es., ravvisava nella proprietà, intesa nella sua più lata accezione, «il carattere generale, che contraddistingue un'attività in quanto ella è subbietto di diritto». Se la proprietà, anche come specifico istituto giuridico, s'intende con riferimento a tale più vasta accezione del termine e del concetto, cioè come attributo immanente della personalità, per quanto varia possa esserne la disciplina concreta, per quanto limitato il contenuto delle facoltà concesse a chiunque ne sia il titolare, è chiaro che nessun regime politico e nessun ordinamento giuridico ne potranno fare senza.

a p. 165 testo
tedesco, 164
trad.

d) (*Diritti dell'enfiteuta e diritti del proprietario*). — Per tacere della superficie, istituto che non ha certo l'importanza nè storica nè dogmatica dell'enfiteusi, a me pare che, a proposito di quest'ultima, nei suoi confronti con la proprietà, veda bene il THON. Posto che, come si è veduto, egli configura quest'ultima essenzialmente in relazione coi terzi, ne veniva come logica conseguenza che sotto questo rispetto egli facesse un parallelo fra i diritti dell'enfiteuta e quelli del proprietario. E poichè, com'egli giustamente osserva, di fronte ai terzi la tutela dell'uno come dell'altro ha il medesimo am-

bito, ecco che il THON ha ragione di dire che, da questo punto di vista, viene meno la possibilità di stabilire una differenza fra i due. Rimane, a determinare la diversa situazione giuridica, il rapporto fra loro. Ma chi, al di là delle costruzioni della dogmatica, rivolga l'occhio alla pratica esperienza del diritto, ben sa a cosa si riduca per l'enfiteuta l'obbligo di migliorare il fondo (cfr. il nostro C. Civ., art. 1556). E, dato che la facoltà che l'enfiteuta ha di affrancarlo prevale sul diritto, che il conducente avrebbe di chiederne la devoluzione (cfr. art. 1564, 1565 ivi) ci si può domandare se, in realtà, l'effettivo proprietario del fondo non sia il primo anzichè il secondo; se, nell'enfiteusi, non si tratti, in sostanza, di un *ius in re aliena*, che spetti, non all'enfiteuta sul fondo del concedente, bensì viceversa; e se, infine, tale *ius* del concedente, pur essendo di natura reale, cioè seguendo il fondo nelle mani di chicchessia, non si riduca al diritto di pretendere l'annua determinata prestazione in danaro o in derate» (ivi, art. 1556).

e) (*Diritti degli uomini e tutela giuridica indiretta delle bestie*). — Proprio ciò che il THON dice al punto cui si riferisce questa nota, là dove ricorda la tutela dei colombi di San Marco e di altre bestie, può aiutare, secondo il mio modesto avviso, a combattere la sua teoria della pretesa come sorgente soltanto dalla violazione delle norme. (Teoria, che sarà più ampiamente svolta nel Capitolo seguente, ma di cui ci sono già in questo Capitolo numerosi spunti). Indubbiamente, anche alle bestie — quanto meno a certe bestie, — spetta una tutela giuridica indiretta, ma il bene giuridico che per tal modo è protetto — insegnano alcuni dogmatici e filosofi del diritto, — è, soltanto, l'umano sentimento di pietà per le bestie. Perchè? Perchè non vi è rapporto giuridico fra l'uomo e la bestia, ma quest'ultima, come la cosa inanimata, non può essere se non oggetto di diritti e di rapporti. E perchè non vi è tale rapporto giuridico? A prescindere da ogni altra ragione, psicologica, filosofica ecc., non attinta, cioè, alla fonte della pura dogmatica, c'è un motivo, a dir così, tecnico, e cioè che la bestia non può nè mai potrà avanzare pretese giuridiche. Vero che la pretesa non è l'azione. Ma, appunto per questo, perchè l'azione (salvo casi eccezionali, come le c. d. azioni d'accertamento) generalmente presuppone la lesione e mira a rimediarsi, la pretesa, invece, che non è, a parer mio, se non l'individuazione della tutela, è il momento preminente e costitutivo d'ogni diritto soggettivo, il quale sussiste indipendentemente dalla lesione, e così pure dalla capacità di esercitare il diritto e dalla stessa consapevolezza che il soggetto abbia d'esserne investito. Senza pretesa — che non ha bisogno di attuarsi per esistere, per far parte del patrimonio giuridico del soggetto, perchè risulta dalla mera proiezione della tutela alla situazione del titolare del diritto soggettivo, — quest'ultimo, almeno a parer mio, non è concepibile.

a p. 177 testo
tedesco, 176
trad.

f) (*Diritti reali di garanzia*). — Anch'io, come i traduttori del WINDSCHEID, traduco *Pfandrecht* con: diritto di pegno, senz'altro. Ed invero l'A. in tutto il paragrafo parla generalmente di cose mobili, e di diritti di garanzia su le medesime, cioè del pegno propriamente detto. Ma è da rammentarsi che col termine generico *Pfandrecht* il linguaggio giuridico tedesco comprende anche l'ipoteca. Si ricordino le lucide formulazioni e distinzioni del Codice Civile Austriaco: § 447: «Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur

a p. 183 testo
tedesco, 179
trad.

bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen. Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, heisst überhaupt ein Pfand.» — § 448: « Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Ist sie beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in enger Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heisst sie eine Hypothek oder ein Grundpfand ».

a p. 190 testo tedesco, 185 trad.

g) (*Diritti di famiglia*). — Con l'accenno del testo, cui si riferisce questa nota, il THON sembra intravedere la possibilità di concepire la famiglia come una istituzione a sè, cioè — per usare un'espressione di SANTI ROMANO, — un « microcosmo giuridico ». Ma il nostro A., il quale pure è (come si è veduto e messo in luce per l'addietro) un fautore della tesi della socialità del diritto, a questo punto non arriva fino alla conclusione sopraccennata, che pur parrebbe logica. A prescindere da ciò, il lettore moderno non potrà non osservare quanto sia ristretta la visione, quasi esclusivamente privatistica, dei diritti di famiglia, esposta dal THON in tutto questo breve paragrafo. Per apprezzare il progresso compiuto in argomento dal pensiero giuridico, pur fedele al maggior rigore dogmatico, si veda il noto lavoro del CICU: *Il diritto di famiglia* (Roma, Athenaeum, 1915).

a p. 199 testo tedesco, 192 trad.

h) (*Avvertenza*). — A questo punto incomincia nel testo il § 13, il cui titolo è, evidentemente: Gegen WINDSCHEID, come si legge nell'Indice. Nel quale, però (v. p. XV dell'ed. ted.), per un errore di stampa il numero di questo paragrafo è saltato, ed il suo titolo apparisce unito a quello del paragrafo precedente.

a p. 201 testo tedesco, 193 trad.

i) (*Divieto e volontà*). — Vero è che, se gl'imperativi giuridici hanno per destinatari i soggetti, cioè tendono, con la contropinta delle sanzioni, a provocare o ad impedire certe attività, i comportamenti attivi od omissivi, sui quali influiscono, in quanto coscienti, non possono concepirsi se non come volontari. Ed è anche vero che la forma, in cui è espresso l'imperativo, ha un'importanza relativa: giacchè il comando di agire può anche esprimersi sotto forma di divieto di non agire, ed il divieto di agire sotto forma di comando di non agire: il velle ed il nolle sono, l'uno e l'altro, manifestazioni del volere. Se non che, — ed a questo mi pare si possa ridurre la giustezza dell'osservazione dell'A., — la volontà ha sempre rilievo giuridico nel comando, poichè essa deve essere messa in moto per produrre quell'attività dalla cui omissione deriverebbe una lesione alla sfera d'un soggetto, mentre l'osservanza del divieto non richiede un'attività del volere, ma semplicemente un'omissione, non importa se inconsapevole, dell'agire, il quale ultimo, appunto perchè giuridicamente vietato, sarebbe illecito. Illecito significa pur sempre giuridicamente rilevante: ha rilievo giuridico, dunque, il contravvenire al divieto, cioè la volontà di non osservarlo; la mera osservanza del divieto, anche se s'identifichi con una omissione obbligatoria (e non semplicemente lecita), appunto perchè non implica necessariamente un'attività del volere, non dà a questo un rilievo giuridico.

a p. 205 testo tedesco, 196 trad.

j) (*Latitudine del concetto di obbligazione*). — Mi è grato rammentare, a proposito di quest'osservazione del THON, ciò che, mettendo in rilievo « l'ampiezza del tema » delle obbligazioni, insegnava uno dei miei più cari Maestri, VITTORIO POLACCO: « Ecco... questa pianta rigogliosa delle obbligazioni estendere le sue radici in ogni altra zona del Diritto civile, onde fu detto giustamente che

la teoria delle obbligazioni è in Giurisprudenza ciò che la teoria del valore è in Economia politica: il problema centrale al quale ci si trova da ogni parte ricondotti » (*Le oblig. nel dir. civ. ital.*, I; II ed.; Roma, Athenaeum, 1914; p. 19).

k) (*Diritto ereditario*). — L'A. dice, sul principio del paragrafo, che del concetto del diritto ereditario vuol toccare « con tutta brevità ». E, trattandosi d'un lavoro monografico in cui egli vuole sviluppare una tesi, o piuttosto una serie di tesi, non gli si può muovere appunto. Sia lecito, soltanto, osservare che l'istituto giuridico della successione ereditaria, anche a rimanere nel solo campo privatistico, comprende un fascio di rapporti, che rimontano tutti, come a loro causa estrinseca, al fatto della morte d'un soggetto. Precisamente per la svariata natura di tali rapporti, e per le loro relazioni con gli altri istituti, — diritti di famiglia, diritti reali, diritti di obbligazione, — non si può farne una categoria a parte, cui mancherebbe, eccezion fatta per l'origine comune nel fatto del venir meno della persona ch'era il soggetto attivo o passivo di tali rapporti, un netto carattere differenziale. Ma l'importanza pratica, attribuita in ogni ordinamento civile alla disciplina, così del negozio testamentario, come dei tanti *status* e rapporti che hanno relazione col fenomeno giuridico della successione ereditaria, fa sì che questa debba considerarsi come un istituto a sè del diritto privato.

a p. 216 testo tedesco, 205 trad.

l) (*Il carattere formale del diritto e la teoria di IHERING*). — Non si poteva, forse, con metafora più appropriata di quella cui ricorre THON nel punto al quale si riferisce questa nota, cogliere il carattere meramente formale del diritto rispetto ad ogni altro modo di considerare e valutare i beni della vita. « Im Recht ist nicht die schützende Schale — der Rechtsschutz — und der Kern — das Interesse — zu unterscheiden, nein, lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm ». Pur professando la massima considerazione per quel geniale giurista, ch'era IHERING, e pur mostrando di apprezzare al suo giusto valore l'energico richiamo che egli aveva fatto dello scopo pratico del diritto, THON ha ragione, secondo me, di osservare che, se l'interesse designa lo scopo, appunto per questo trascende l'ambito concettuale del diritto. Interesse è, infatti, concetto economico, in quanto designa, a dir così, una relazione fra un soggetto ed una cosa, o più esattamente un bene (qualunque esso sia), che quello ritenga atto ad appagare un suo bisogno: in altre parole, l'apprezzamento circa un'utilità (ofelimità) — essa pure della più svariata natura: possesso, consumo, alienazione ecc., — ch'egli possa trarre da un bene. Il diritto, per quanto serve agli scopi della vita (di qui i suoi legami con l'economia, e con la morale; di qui anche — se si vuole, — l'opportunità di non trasportare una teoria del diritto, per pura che sia, ad altitudini tali da farle perdere la visione della vita), il diritto, dicesi, non si deve confondere col suo scopo; ma, quando lo si consideri in sè e per sè, si manifesta come una disciplina intersoggettiva e formale dei comportamenti che, se consapevoli, tendono a quel fine, cioè a soddisfare i bisogni per mezzo dei beni. Disciplina intersoggettiva, in quanto (*realis et personalis hominis ad hominem proportio*, secondo le precise parole dell'ALIGHIERI) è delimitazione dei rispettivi campi, nei quali i soggetti possono liberamente svolgere le loro attività. Disciplina formale, in quanto il diritto prescinde, sia, in genere, dalla natura e dall'entità dei beni coi quali i soggetti tendono ad appagare i loro bisogni, sia anche (purchè ciò, s'intende, non esorbiti dalla rispettiva sfera di competenza, cioè non leda altrui) dallo scopo che il soggetto persegua, vale a dire dall'interesse ch'egli annetta a quel qualsiasi bene

a p. 219 testo tedesco, 207 trad.

di cui si serva. Il diritto obbiettivo è il sistema delle norme che disciplinano la rispettiva competenza dei soggetti; il diritto soggettivo è — non l'interesse che il soggetto annette ad un bene, — bensì soltanto, come dice THON, la « scorza protettiva » (die schützende Schale) di esso interesse. Contro la metafora usata dal THON, per cui il diritto sarebbe « eine Schale ohne Kern », — e più, naturalmente, contro il concetto in essa racchiuso, — è da cfr. la critica del BINDING a questo libro, spec. pp. 578, 581 (v. *Introduzione*).

a p. 221 testo
tedesco, 209
trad.

m) (*Volontà e diritto soggettivo*). — A proposito della critica, che THON muove qui a WINDSCHEID, cioè alla sua nota teoria del diritto soggettivo come un « Wollendürfen », basti ricordare qui che lo stesso WINDSCHEID, ritornando nelle successive edizioni delle sue *Pandette* su la propria veduta, ne trasformava profondamente il senso, passando addirittura, come io ho sostenuto altrove, da una ad un'altra fase del suo pensiero. E di questa sua mutazione sostanziale — nonostante che la sua definizione del diritto rimanesse verbalmente la stessa, — egli diceva di essere debitore all'« eccellente libro di THON » (del quale, però, citava poco sopra, non questo punto, bensì le pp. 115 segg.). Ammise, dunque, da ultimo lo stesso WINDSCHEID che, per caratterizzare il diritto soggettivo, si dovesse partire dal principio, « che la volontà imperante nel diritto soggettivo è soltanto la volontà dell'ordinamento giuridico, non la volontà del titolare » (§ 37, nota 3; trad. FADDA e BENSÀ, Torino, Unione, I, p. 109 n.).

a p. 222 testo
tedesco, 209
trad.

n) (*Liceità semplici e libertà naturale*). — Equiparare il campo « infinitamente vasto del lecito o, per dir più esattamente, del non vietato » (das unendlich weite Feld des Erlaubten oder genauer gesagt des Nichtverbotenen) con quello della « libertà naturale, non limitata da nessun precetto di diritto » (das Feld der natürlichen, durch keinen Rechtssatz beschränkten Freiheit) potrebbe indurre in un equivoco, che dev'essere prevenuto. Se è vero che il diritto è una guisa dello spirito, cioè un criterio imprescindibile del comportarsi, ne segue, per logica necessità, che nessuna attività, anzi nessun comportamento può essere, a parlar propriamente, indifferente per il diritto. Ma indifferente ed irrilevante sono termini, che non hanno esattamente il medesimo significato. Ciò che il diritto considera illecito è sempre rilevante per esso, in quanto l'illecito è vietato, cioè colpito da una sanzione che, quanto meno, lo qualifica come tale, quand'anche non lo colpisca in altro modo più decisivo, come generalmente avviene, con l'annettervi, cioè, particolari conseguenze. Ciò che il diritto, invece, considera lecito, può essere rilevante e può essere irrilevante. Nel campo delle liceità rilevanti avremo particolari tutele, come nel caso dei veri e propri diritti soggettivi, qualificati o nominati, o, come nel caso dei negozi giuridici, con l'attribuzione d'una particolare efficacia alla manifestazione, o meglio dichiarazione, della volontà soggettiva. Ma l'identificare il campo della mera liceità, o liceità irrilevante, con quello della « libertà naturale » non può voler significare che questo campo, in cui, se non vi sono particolari tutele, non vi sono divieti, sia indifferente per l'ordinamento giuridico. Perché questo, appunto per la disciplina intersoggettiva ch'esso impone, non può non tutelare implicitamente il comportamento assolutamente discrezionale d'ogni soggetto in quel campo ch'è suo, nel quale, cioè, egli non incontra, nè comandi che gl'impongano di agire in un certo modo, nè divieti che gl'inibiscano una qualsiasi attività. E lo tutela, infatti, da ogni lesione, od invasione altrui in quel suo proprio terreno, accordando al

soggetto una pretesa, o, come pensa THON, tosto che tale illiceità sia consumata, o, come credo io, altresì a che questo non avvenga.

Se tale campo delle liceità irrilevanti o, come io preferisco chiamarle, liceità semplici, rientri, come penso io, nella gamma delle situazioni soggettive che, per essere almeno implicitamente tutelate dal diritto obbiettivo, possono chiamarsi, latissimo *sensu*, diritti soggettivi, o se, invece, questa denominazione debba riservarsi solo a certe situazioni di liceità rilevanti, può essere, in fondo, una questione di terminologia. Quello che importa, a parer mio, è l'aver idee chiare su la natura, pur sempre giuridica, di esse liceità semplici.

Su l'argomento, e contro la concezione del THON di una « natürliche Freiheit », cfr. la critica di BINDING, pp. 557 e segg. (v. *Introduzione*).

V.

La pretesa.

SOMMARIO: 1. La concessione della pretesa sotto l'aspetto formale. - 2. Attribuzione della pretesa per mezzo di ritiro d'imperativi. Perseguimento del diritto per mezzo d'un procedimento privato. - 3. Attribuzione della pretesa per mezzo di emanazione di nuovi imperativi condizionati. Perseguimento del diritto davanti ad organi statuali. - 4. Possibili obiezioni contro la concessione fra diritto ed assistenza giudiziaria. - 5. La teoria di SOHM. - 6. Diritto ad una condanna? - 7. Il diritto privato ed in particolare l'obbligazione secondo la concezione di SOHM. - 8. Connessione fra actio e diritto. - 9. Illiceità come presupposto della pretesa. - 10. Illiceità come presupposto della prescrizione della pretesa. - 11. Il diritto di azione è accordato subito con la fondazione della pretesa. Contro WINDSCHEID. - 12. La possibilità di produrre una fondata eccezione annulla la pretesa avversaria. La pretesa soggetta ad eccezione è non una pretesa impedita, bensì (una pretesa) non mai nata oppure estinta. - 13. La pretesa sotto forma di eccezione. Categoria delle eccezioni « riconvenzionali ». - In particolare la exceptio non adimpleti contractus. - 14. L'eccezione di compensazione secondo SCHWANERT ed EISELE. - 15. Ulteriori esempi. L'impugnazione nella difensiva. - 16. Eccepibilità non è impugnabilità. - 17. Non ogni contestazione sul fondamento di un diritto da contrapporsi è un addurre un'eccezione « riconvenzionale ». - 18. Prescrizione della pretesa. - 19. Pretese di persone prive di volere.

Secondo il risultato del precedente Capitolo la caratteristica del diritto soggettivo privato è da ricercarsi in ciò, che al (*soggetto*) tutelato dalle norme in caso di trasgressione delle stesse viene promessa una pretesa privata allo scopo di realizzare il fine dalle stesse perseguito. In forza delle pretese attuali o di quelle che ne possano risultare in avvenire la tutela delle norme diventa un diritto del (*soggetto*) tutelato. Ma il concetto stesso di pretesa non è ancora niente affatto ben determinato (*ein fester*) ed occorre pertanto (*compiere*) ancora una più specifica indagine per determinare quali fenomeni della vita giuridica noi brevemente designiamo con la denominazione di « pretesa ».

1. (*La concessione della pretesa sotto l'aspetto formale*). — È l'ordinamento giuridico, che accorda così la tutela delle norme come anche la pretesa. Quest'ultima è quindi anch'essa un prodotto dei fattori che creano il diritto; i precetti, che stanno a fondamento della pretesa, sono parti costitutive del diritto obbiettivo (2). Da ciò, in connessione con quello che sul principio di queste ricerche è stato detto sopra l'essenza dell'intero diritto, deriva un'importante conseguenza. Anche quello, che noi designiamo come pretesa, può nascere soltanto da ciò, che l'ordinamento giuridico fa dipendere dalla fattispecie (von dem Thatbestande), alla quale esso (*ordinamento*) conetterà una pretesa, sia l'entrata in vigore d'imperativi ulteriori sia il ritiro d'imperativi precedenti. Anche la pretesa, formalmente considerata, può consistere unicamente (*einzig und allein*) nel far venire in vita norme nuove o nel far venir meno norme esistenti (1). Affinchè noi possiamo scorgere la concessione d'una pretesa nel presentarsi d'una siffatta mutazione entro gl'imperativi dell'ordinamento giuridico, si devono però richiedere altre condizioni. In primo luogo, la mutazione deve perseguire lo stesso scopo finale della norma, alla cui trasgressione essa è connessa (2). Ed in secondo luogo essa deve perseguire tale scopo in modo da non allargare nè la libertà di agire nè la potestà giuridica di colui, che noi designiamo come titolare della pretesa (3). Entrambi i punti nel corso dell'esposizione troveranno più precisa dimostrazione.

2. (*Attribuzione della pretesa per mezzo di ritiro d'imperativi. Perseguimento del diritto per mezzo d'un procedimento privato*). — L'esistenza d'una pretesa in primo luogo può manifestarsi in ciò, che certi imperativi, particolarmente divieti (4), i quali prima d'allora colpivano il

(1) Queste due possibilità devono in pari tempo comprendere anche la terza: vale a dire, l'entrata (*in vigore*) di nuovi imperativi connessa (*verbunden*) col venir meno di quelli che erano stati in vigore fin qui.

(2) Lo stesso scopo finale: poichè la norma vuole in primo luogo l'obbedienza, ma per mezzo dell'obbedienza il prodursi della situazione desiderata. Per la pretesa è inessenziale ch'essa persegua l'obbedienza, essenziale invece ch'essa persegua il prodursi di quella situazione.

(3) O di una persona, che giuridicamente è tenuta come rappresentante del titolare della pretesa.

(4) Ma non sempre. Così nel così detto diritto di ritenzione c'è il ritiro d'un comando (della tradizione, della restituzione o d'un'altra attività), espresso per il caso che l'obbligato dichiarò di voler ritenere, per costringere così ad una prestazione a lui dovuta; cfr. §§ 13, 15.

(*soggetto*) tutelato dalle norme, in avvenire non vogliono più limitarne l'agire. Al (*soggetto*) autorizzato viene permesso ciò che al (*soggetto*) non autorizzato era vietato. L'ordinamento giuridico conferisce in questo caso una pretesa col ritirare certi imperativi, i quali fin qui colpivano il titolare della pretesa. E ciò fa allo scopo che quest'ultimo sia libero di raggiungere, per mezzo del suo modo di procedere oramai non vietato, ciò cui, se pure indarno, mirava la norma che lo tutela.

Agli albori dell'evoluzione giuridica era questo il modo preferito, se non l'unico, di accordare la pretesa. A questa forma appartiene anzitutto il perseguimento del diritto (*Rechtsverfolgung*) sotto forma di auto-tutela permessa. Al titolare del diritto (*dem Berechtigten*) viene permesso un procedimento contro il soggetto della prestazione (*gegen den Pflchtigen*), che gli sarebbe stato vietato, se l'avversario non fosse a lui obbligato. E tale procedere è a lui liberamente accordato affinché egli possa per questa via raggiungere ciò che l'ordinamento giuridico invano aveva cercato di procurargli per mezzo dell'obbligo imposto all'avversario (5). Alla stessa forma di concessione della pretesa apparteneva il medioevale diritto di faida (*Fehderecht*) (6). Anche qui entro certi limiti era permesso al titolare del diritto, allo scopo di perseguire ciò che gli spettava, un procedimento contro (*la*) persona e (*il*) bene dell'obbligato e dei suoi dipendenti, (*procedimento*) che in altri casi era proibito come rottura di pace pubblica (*als Landfriedensbruch*) e minacciato di pena. Nell'odierno diritto, invece, questa forma di attribuzione di pretesa è quasi interamente scomparsa. Forse essa è da riconoscersi ancora nel germanico diritto di sequestro (*Pfändungsrecht*). Per il rimanente la pretesa accorda oggigiorno al suo titolare appena un modo di agire, che fin qui era vietato, di fronte all'obbligato. Soltanto nel pretendere in sé stesso, nella liceità del mettere in mora e dell'esigere (*nur in dem Ansprechen selbst, in dem Mahnen- und Fordern-Dürfen*), si mostra ancora sotto scialbo aspetto un avanzo di questa forma di conferimento di pretesa (7).

(5) In (*caso di*) una più sottile elaborazione possono aggiungersi in appoggio anche ulteriori imperativi, i quali vietano all'obbligato — eventualmente sotto (*minaccia di una*) pena — il ricorso all'auto-tutela (*eine Abwehr der Selbsthilfe*).

(6) WAECHTER, *Appendici* (*Beilagen*) (1877), IV. 26, pp. 89 ss.

(7) In quanto la messa in mora (*Mahnung*) è un negozio giuridico, cioè il mezzo per conseguire effetti giuridici, essa cade, bensì, sotto un altro punto di vista. Ma in quanto al creditore (come a chiunque sia protetto da un comando) è permessa l'azione del mettere in mora e dell'esigere (*die Handlung des Mah-*

3. (*Attribuzione della pretesa per mezzo di emanazione di nuovi imperativi condizionati. Perseguimento del diritto davanti ad organi statuali*). — D'un valore incomparabilmente maggiore per l'interessato è, tuttavia, l'altra strada, che l'ordinamento giuridico può seguire ed oggi di regola segue per accordare una pretesa. Tale strada consiste in questo, che sono emanati nuovi imperativi — imperativi a determinati organi statuali, per lo più ai tribunali, secondo i quali gli stessi su domanda (auf Anrufen) dell'interessato procedono in una certa maniera contro l'obbligato e alla fine devono ripristinare se del caso con mezzi coattivi la situazione, che l'ordinamento giuridico voleva raggiungere per mezzo del suo comando oppure mantenere per mezzo del suo divieto (8). In altre parole, a colui che è tutelato dalle norme deve, a sua richiesta, essere accordato un aiuto statale. La sua istanza è il presupposto per l'entrata (*in vigore*) di questi nuovi imperativi.

p. 227

Il fenomeno ora accennato suole per lo più essere riassunto in questo modo, che si parla di un diritto d'azione (Klagrecht) del (*soggetto*) leso e si chiarisce poi quest'ultimo come una liceità di agire (Klagendürfen). Con questo non si coglie l'essenza della cosa. In primo luogo la presentazione dell'azione (die Klagerhebung), anche se è la consueta, non è però l'unica e necessaria forma, nella quale la richiesta dell'interessato deve esplicarsi. Ma anche a prescindere da ciò e se noi per adesso ci vogliamo limitare all'istanza da presentarsi per mezzo dell'azione, l'espressione «liceità di agire» (Klagendürfen) è ciononostante poco rispondente alla cosa. Essa significa soltanto, che al (*soggetto*) leso non sia vietato di agire. Ma non sta qui il carattere differenziale fra l'autorizzazione e la non autorizzazione (Berechtigung und Nichtberechtigung). L'azione fisica della presentazione dell'azione (Klagerhebung) può muovere anche da un (*soggetto*) non autorizzato

nens und Fordens), si presenta qui la concessione d'una pretesa. Perché la medesima azione da parte d'un non creditore è vietata, ciò di cui il mezzo di tutela di colui ch'è stato così perseguito, la provocatio ex lege diffamari, offre il più espressivo documento. A torto, dunque, SOHM, nella Rivista del GRÜNHUT (GRÜNHUT'S ZEITSCHRIFT IV (1877), p. 461 nota 4, nega ogni connessione fra il diritto di credito ed il diritto di esigere.

(8) Così secondo il diritto odierno — laddove nel processo formulare romano la condanna aveva sempre una portata pecuniaria (die Verurteilung stets auf Geld ging) e quindi non sempre constatava l'originario obbligo del convenuto, bensì sovente l'obbligo secondario di pagamento di denaro, che gl'incombeva nel caso ch'egli non avesse adempiuto prima del giudizio l'obbligo primario.

(von einem Unbefugten). Ed ancora non ogni presentazione d'un'azione effettivamente infondata (9) può essere considerata come un'attività vietata. Ma anche se si potesse trovare una norma giuridica, la quale proibisce ogni domanda obiettivamente infondata, non si sarebbe trovato con ciò se non un carattere, che differenzerebbe la situazione del (*soggetto*) autorizzato e quella del non autorizzato. Poiché a quello sarebbe permesso ciò che a questo sarebbe vietato. Ma ciò non sarebbe niente affatto l'unica ed essenziale differenza. Se il giudice avesse la libertà di procedere a sua discrezione a proposito delle azioni a lui presentate, se a lui fosse permesso di cestinare ugualmente a piacer suo (nach Gefallen ... gleicherweise in den Papierkorb zu werfen) citazioni fondate ed infondate, a ben poco servirebbe al (*soggetto*) autorizzato la sola liceità d'agire (Klagendürfen) (10). Nel fatto che al giudice incombono obblighi e che questi obblighi sono diversi, secondo che l'azione risulta fondata od infondata, in questo sta il momento differenziale. Il giudice deve procedere in base all'azione fondata (auf die begründete Klage ausfertigen), condannare il convenuto (se si avverano certi ulteriori presupposti) e finalmente su istanza dell'attore far compiere l'esecuzione. E viceversa egli è obbligato a respingere l'azione infondata. Nel primo caso, quindi, la presentazione dell'azione costituisce il presupposto giuridico per far venire in vita quegli imperativi, che ordinano al giudice di procedere contro il convenuto. (*Il fatto*) che il (*soggetto*) autorizzato ha in propria mano il (*potere di*) dar corso per mezzo della sua richiesta ai detti imperativi, è in questo caso il (*momento*) caratteristico della sua pretesa. La libertà del suo agire non ha fatto nessun guadagno o soltanto un guadagno irrilevante; poiché la sua liceità (Dürfen: *il campo della sua libertà*) non si è accresciuta punto od assai poco. Ma il suo posse (Können), la sua potestà giuridica (rechtliche Macht) ha avuto un incremento considerevole e per i suoi interessi straordinariamente importante.

p. 228

(9) A prescindere da quelle azioni, le quali secondo la convinzione propria dei loro presentatori (*letter.: autori: Urheber*) sono infondate: nota 25.

(10) Ancora sarebbe praticamente equivalente, se soltanto la presentazione di un'azione fondata (die Einreichung einer begründeten Klage) fosse un'attività (Handlung) permessa, ed invece la presentazione di un'azione infondata un'attività vietata ma esente da pena (straflos).

4. (Possibili obiezioni contro la connessione fra diritto ed assistenza giudiziaria). — In questa sua seconda più spiccata (vornehmlichsten) forma — che io per adesso avrò sola sott'occhio — la pretesa significa la forza prestata dall'ordinamento giuridico di porre (setzen) la condizione preliminare per l'entrata (in vigore) degl'imperativi, i quali impongono a determinati organi statuali (per lo più all'autorità giudiziaria) di ordinare la prestazione di un rimedio giudiziario — cioè un procedimento contro gli obbligati a fine di produrre o di ripristinare la situazione, a raggiungere od a mantenere la quale mirava il comando o divieto trasgredito.

Un'obiezione di peso si avanza tuttavia contro questa concezione della pretesa. La vita quotidiana mostra che a colui che è leso dall'illeceità non sempre riesce di far valere anche presso l'autorità giudiziaria (bei den Gerichten) il suo buon diritto. E viceversa può venir fatto di quando in quando anche a chi non ha il diritto di procurarsi un aiuto (rimedio) giudiziario. Da questo sembrerebbe che nel processo civile condanna ed esecuzione fossero indipendenti dal sussistere d'un diritto da parte di chi intenta l'azione (auf Seiten der Klägerschaft). Se anche solo per eccezione il diritto non trova nessuna tutela, mentre ciò che non ha alcun diritto (das Unberechtigte) sa conquistarsi un riconoscimento, sembra essere data così la prova che diritto e tutela giudiziaria non stanno affatto in intima connessione. Il diritto non si mostra quindi nè come l'unica leva nè come la leva sempre acconcia a porre in movimento l'assistenza giudiziaria.

Certo la detta obiezione è facile da vincersi fin tanto ch'essa si appoggia sul fatto che il giudice può giudicare ingiustamente e che per questo motivo è possibile che un diritto esistente sia disconosciuto e sia considerato come sussistente un diritto che non esiste. In simili casi il giudice non giudica come egli dovrebbe — ed è poi lo stesso che ciò accada per mala fede oppure per errore e per ignoranza. Gl'imperativi di tutelare la domanda fondata come di respingere quella infondata sono stati emanati pel giudice. Se egli manca al suo dovere (genügt er nicht seiner Pflicht), ciò non ha nessuna importanza per la nostra questione, per la determinazione della pretesa. Poichè l'essenza della pretesa non è da porsi in ciò, che questa procuri ognora ed effettivamente al suo titolare un aiuto giudiziario dietro sua richiesta. La pretesa non è niente affatto un mezzo infallibile per ottenere assistenza giudiziaria; come potrebbe poi l'ordinamento giuridico apprestare un mezzo siffatto? La pretesa consiste piuttosto unicamente nella potestà di dar la sveglia

(in der Macht zur Wachrufung) agl'imperativi, che comandano al giudice di prestare assistenza giudiziaria (b). Se a questo comando da parte del giudice non è stato dato sèguito, ciò non muta nulla al fatto che il comando pur tuttavia è stato emanato (11). Nell'identico modo è possibile che il giudice penale non adempia il suo dovere, quando egli assolve il delinquente oppure infligge una pena all'innocente. E pur tuttavia qui non sarà mai messo in dubbio che delitto e pena stanno in connessione. Poichè secondo il volere dell'ordinamento giuridico una pena deve colpire il delinquente, ma anche deve colpire soltanto il delinquente.

Molto maggior peso ha l'addotta obiezione, quand'essa si richiama al fatto del pari innegabile, che sovente è lo stesso ordinamento giuridico, il quale ordina al giudice di respingere la domanda del soggetto autorizzato (des Berechtigten: *del titolare del diritto*) malgrado un diritto esistente e di accogliere la domanda infondata malgrado un diritto inesistente. Così il giudice è obbligato ad assolvere il convenuto dalla prestazione richiestagli (*dall'azione*: von der Klage zu entbinden), nel caso che l'attore non possa fornire la prova di questa — e viceversa il giudice deve condannare ed ordinare l'esecuzione, nel caso che il convenuto ammetta senza sollevare eccezione (einwandlos) i fatti allegati da parte dell'attore in appoggio della domanda giudiziale (falls der Beklagte die Klägerischerseits vorgebrachten, das Klaggesuch rechtfertigenden Thatsachen einwandlos zugesteht). E tuttavia, obbiettivamente considerato, nel primo caso può esserci un diritto dell'attore e nell'ultimo no. Se dunque il giudice, sebbene proceda senza disobbedire ai comandi a lui dati, anzi in perfetta conformità agli stessi, ciò nonostante in certi casi deve rigettare un diritto esistente ed ammettere un diritto

(11) L'ordinamento giuridico comanda al giudice non soltanto di giudicare, bensì anche di giudicare conformemente al diritto. A questo il giudice è stato obbligato con l'assunzione del suo ufficio. Se egli giudica in modo diverso, agisce antiggiuridicamente. Se ciò accade per dolo o per colpa lata, gl'incombe la prestazione di carattere obbligatorio (so trifft ihm die obligatorische Pflicht) di risarcire la parte lesa; inoltre nel primo caso egli è da colpirsi con una pena pubblica. — (Il fatto) che l'ordinamento giuridico annette effetti giuridici anche a sentenze materialmente ingiustificate, è indifferente per la presente questione. Pur non dovendo il giudice giudicare ingiustamente, è tuttavia possibile che egli lo faccia (wenn der Richter auch nicht ungerecht erkennen darf, so vermag er es doch zu thun). La sua sentenza è una sentenza e quindi si tira dietro le conseguenze giuridiche connesse dall'ordinamento giuridico a sentenze giudiziarie, anche se il giudicato sembra ingiusto all'uno od all'altro o magari a tutti compreso colui che l'ha pronunciato.

inesistente, ciò sembra dimostrare irrefutabilmente che la sussistenza d'una pretesa ed il dovere del giudice di garantirle assistenza giuridica non-coincidono.

Indaghiamo intanto il primo dei detti casi possibili. Può accadere che la richiesta dell'avente diritto (des Berechtigten) non possa venir presa in considerazione. Le ragioni di ciò possono essere della più diversa natura. Così p. es. perchè l'avente diritto si è rivolto al tribunale incompetente oppure perchè egli, nella causa in cui sia necessario l'intervento d'un procuratore (im Anwaltsprocesse), ha proposto personalmente la sua richiesta, oppure ha fatto la domanda verbalmente laddove egli avrebbe dovuto presentare una domanda scritta. Che qui sia da respingersi la domanda dell'attore, sebbene gli appartenga una pretesa, non è da contestare. Ma qui apparisce chiaro anche il motivo del necessario rigetto. Anche se l'attore è protetto da una norma e se a lui è dato anche un mezzo per ottenere l'adempimento coattivo, una pretesa, tale mezzo non consiste però in una richiesta qualsiasi, da farsi in un luogo ed in un modo qualsiasi (in jedwedem, irgendwo und irgendwie zu stellenden Verlangen). Come non è prestato aiuto al titolare d'una pretesa, il quale non fa in genere nessuna richiesta, così non gli giova un'istanza non corrispondente al diritto (*obbiettivo*). Il mezzo per il raggiungimento dell'assistenza giudiziaria, come è prestato dall'ordinamento giuridico, è determinato da questo anche in modo specifico. Esso consiste nel caso sopraccennato anzitutto nella presentazione d'una citazione scritta ad un tribunale competente per mezzo d'un procuratore legale autorizzato. Se il titolare della pretesa sceglie un'altra forma, dev'essere respinta la sua domanda — non già malgrado la pretesa presentata, bensì a causa della pretesa non (*debitamente*) presentata (aber nicht trotz erhobenen, sondern wegen nicht erhobenen Anspruchs).
 p. 232 La sua pretesa consiste nella possibilità, assicurategli dall'ordinamento giuridico, di obbligare il giudice a garantirgli assistenza giuridica. Egli non ha fatto nessun uso di questa possibilità, se egli non abbia eseguito l'azione fisica, dal cui avverarsi sono fatti dipendere gl'imperativi che valgono per il giudice. — Ma non va altrimenti la cosa, quando l'attore propone una domanda di assistenza giudiziaria, senza motivarla in fatto, — oppure quando, viceversa, egli espone fatti, i quali giustificerebbero una certa richiesta, ma senza proporre la medesima. Non altrimenti infine (*va la cosa*), quando egli nel corso del processo non adduce ciò che ha da addurre affinché il giudice sia obbligato alla condanna e finalmente all'esecuzione: quando

p. es. egli non prova ciò che deve provare oppure confessa ciò ch'egli non dovrebbe concedere, ammesso ch'egli voglia vincere. Non basta che un attore proponga davanti al magistrato competente in debita forma la sua domanda e la giustifichi sufficientemente. Se egli vuole raggiungere lo scopo, non deve dopo iniziata la causa starsene in quiete, forse supponendo che il giudice debba già approfondire la verità della sua richiesta e l'infondatezza delle eventuali eccezioni del convenuto e da ultimo fargli l'improvvisata di offrirgli l'oggetto dell'esecuzione. Di continuo a lui (*attore*) incombono ulteriori doveri processuali (12). Se egli lascia correre e lascia che dietro presentazione d'un'eccezione del convenuto sia emessa contro di lui una sentenza in contumacia; oppure imprudentemente conviene in un'eccezione; oppure non può provare ciò che gl'incombe di provare (13): il suo tentativo di azione sarà certamente respinto (14). Ma ancor questa volta (*lo sarà*), non già malgrado ch'egli abbia presentato una pretesa fondata, bensì perchè egli non ha fatto ciò (15). A lui era indicato il modo col quale egli poteva obbligare il giudice a prestargli assistenza giudiziaria. Se egli non ha

p. 233

(12) Si può del resto lasciare impregiudicato, se questi così detti doveri processuali sono tutti effettivi doveri — cioè se effettivamente l'ordinamento giuridico comanda che l'attore provi ecc. La maggioranza delle attività in questione a me sembra essere soltanto il presupposto giuridico per l'assistenza giudiziaria da garantirsi, senza che la sua iniziativa venga elevata a dovere giuridico. Se l'attore tralascia la sua iniziativa, certamente egli non agisce com'egli deve agire per dar corso agli imperativi, i quali comandano al giudice di prestare un'assistenza giuridica — ma egli non trasgredisce nessun dovere giuridico (c).

(13) Se egli non può provare, il caso è simile a quello in cui egli non possa agire (klagen) — perchè p. es. egli non può scrivere oppure non trova un procuratore oppure non conosce il tribunale competente. Se egli non vuole provare, il caso è identico a quello in cui egli non voglia agire.

(14) È insignificante per la questione che stiamo esaminando che nei citati casi la sentenza di rigetto (das zurückweisende Urtheil) esercita bensì un'influenza su la pretesa, perchè l'attore perde la medesima. Ciò non prova tuttavia che la pretesa era stata avanzata. Come il titolare (*del diritto*) perde la sua pretesa per prescrizione, sebbene (o piuttosto perchè) egli non ha fatto nessun uso della stessa, così egli perde la sua pretesa anche per consunzione, sebbene (ed ancora perchè) egli ha scelto un falso mezzo.

(15) Se invece si voglia designare già come un far valere la pretesa (als Anspruchserhebung) il tentativo ben fondato di azione (verso la qual cosa inclina l'uso del nostro linguaggio), ciò che si è detto muterebbe solo di poco. La pretesa allora sarebbe il mezzo di procurarsi assistenza giudiziaria, sotto certi ulteriori presupposti determinati dall'ordinamento giuridico, in ispecie sotto quello (*cioè: sotto il presupposto*) di darne eventualmente la prova.

fatto uso del mezzo a lui accordato, sia poi ch'egli non l'abbia voluto, sia che non l'abbia potuto, per certo non gli sarà data nessun'assistenza giudiziaria. Poichè la sua pretesa consiste nella possibilità — ma non già come pare a lui, bensì secondo quanto prescrive l'ordinamento giuridico, — di obbligare il giudice ad assicurare assistenza giudiziaria. Ma di questa possibilità nei citati casi l'attore non ha fatto uso. Se così si concepisce la cosa (ed io credo che così si possa fare), allora scompare interamente quell'apparente contraddizione. Una pretesa fondata, dunque, non è in nessun caso da respingersi. Se il titolare del diritto fa ciò, che egli deve fare per ottenere assistenza giudiziaria, ed anche il giudice adempie ai suoi doveri, deve competere l'assistenza giudiziaria al titolare del diritto. Questa (*assistenza*) è dunque per fermo condizionata dal sussistere della pretesa e dall'avanzare (von der Erhebung) la (*pretesa*) stessa. Ma una richiesta di assistenza giudiziaria, la quale per la sua forma o contenuto o per l'ulteriore procedere dell'attore non risponde sufficientemente alle esigenze dell'ordinamento giuridico, non è da considerarsi come l'avanzare una pretesa fondata. L'opinione contraria riposerebbe sopra un'erronea identificazione fra pretesa e tutela giuridica (Normenschutz) oppure fra pretesa e richiesta di assistenza giudiziaria (Rechtshülfeverlangen).

Per la mia tesi è pienamente sufficiente se sono riuscito a provare che la concessione d'una pretesa (16) da parte dell'ordinamento giuridico significa costantemente assicurare un mezzo di obbligare, con un certo procedimento — in specie con la presentazione di una domanda giudiziale e con l'eventuale prova della stessa — un organo statuale, in particolare il giudice, alla prestazione di un'assistenza giudiziaria. Che il giudice sia obbligato a quest'ultima soltanto perchè sia stata avanzata una pretesa, io non credo. Io concedo che il giudice possa venire a trovarsi nella condizione (in die Lage kommen) di dover condannare il convenuto senza la sussistenza d'un diritto e quindi d'una pretesa da parte dell'attore (17). Non è qui il luogo di

(16) Naturalmente pur sempre solo in rapporto alla seconda forma della pretesa discussa nel § 3.

(17) Chi p. es. non ha ricevuto nessun prestito, non è neppure obbligato ad una restituzione. Non a lui si rivolge il comando di restituire un prestito e nessun altro soggetto ha quindi una pretesa nel caso di non pagamento. Un'azione, la quale si fonda falsamente sopra un prestito concesso, non ha dunque per contenuto l'avanzare una pretesa. Ciò nonostante il convenuto deve venire condannato nel caso ch'egli ammetta i fatti allegati nella citazione. E se egli è validamente condannato, ormai in ogni caso lo colpisce una norma (se non lo si

ricercare quali considerazioni abbiano spinto l'ordinamento giuridico ad (*emettere*) una disposizione di tal fatta. L'essenza della pretesa non è da un tale fatto minimamente toccata.

5. (*La teoria di SOHM*). — L'ammissione d'un nesso fra diritto (*soggettivo*) privato ed assistenza giudiziaria in questi ultimi tempi ha incontrato la più vivace opposizione. Facendo seguito ai nuovi risultati, ai quali giunge DEGENKOLB nelle sue ingegnose ricerche da poco apparse (18), SOHM propone le (*seguenti*) tesi certo di gran lunga più radicali e, io crederei, in parte assai arrischiate (19):

«...Il diritto di credito (non comprende) in sè nessun diritto di coazione contro il debitore.Altrettanto diffusa è l'opinione, la quale intende l'actio nel senso materiale, il «diritto di agire» come una parte integrante del diritto (*soggettivo*) privato, oppure come una mera manifestazione (Erscheinungsform) del diritto privato, ed altrettanto è certo che tale opinione riposa sopra un errore.».

«Il «diritto di agire» (actio nel senso materiale) può essere pensato in una duplice maniera, in una maniera chiara ed in una maniera oscura».

«Nella maniera chiara ha pensato l'actio BEKKER. Il suo «actione teneri», che per lui è identico all'«obligatum esse», cioè all'esistenza d'un diritto di credito, significa per lui... il dovere d'una difesa giudiziale (die Einlassungspflicht), il dovere di rispondere all'azione proposta e di difendersi. ...Ma è chiaro, che cotesto dovere d'una difesa giudiziale non cade sotto il punto di vista privatistico nè per la concezione romana nè

voglia considerare obbligato fin dal momento in cui ha fatto la sua ammissione senza opporre eccezioni): cioè, la norma di adempiere (cioè: l'obbligo impostogli dal) il giudicato. In pari tempo l'attore ha una pretesa alla coattività di questa norma, (*pretesa, cioè*) la quale si estrinseca nella possibilità giuridica di obbligare il giudice per mezzo d'una domanda di esecuzione alla esecuzione coattiva.

(18) DEGENKOLB, *Coazione alla contestazione della lite e norma relativa alla sentenza* (Einlassungszwang und Urteilsnorm), 1877. Intorno al rapporto temporale fra quest'opera ed il saggio di SOHM cfr. la mia Prefazione.

(19) SOHM, *Il concetto del diritto di credito* (der Begriff des Forderungsrechts), nella Rivista del GRÜNERT, IV (1877), pp. 457 ss. I passi citati si trovano alle pp. 462, 464-470.

per quella odierna. Il dovere del *judicium suscipere*, il quale è stabilito di fronte ad ogni richiesta di azione anche materialmente fondata... colpisce il convenuto come soggetto al potere statale in forza d'un precetto pubblicistico, non come debitore del suo avversario. ...Il dovere della contestazione (*del-la lite: die Pflicht zur Einlassung*) serve non all'egoismo dell'attore, bensì all'etica dell'ordinamento giuridico. ...».

«Abitualmente il diritto di azione («*jus perseguendi in judicio quod sibi debetur*») è concepito in un'altra, oscura maniera. Il diritto di azione in senso materiale suole essere presentato non semplicemente come il diritto processuale di proporre azione, bensì come il diritto materiale a proporre un'azione che abbia successo (*erfolgreich*). Per diritto di agire s'intende il diritto ad una condanna. Tale rappresentazione è una (*rappresentazione*) oscura, perchè per diritto di agire non s'intende il diritto di agire, cioè non un diritto ad una propria attività, bensì un diritto ad un'attività altrui, all'attività giudiziale. Ma un diritto all'attività giudiziaria della condanna non è dappertutto spettante all'attore... Prima di tutto il diritto ad una condanna in generale non è una conseguenza del diritto privato eventualmente spettante all'attore, perchè il sussistere del diritto privato in contestazione non è neanche una condizione, tanto meno dunque una causa della condanna. Più ancora, la materiale autorizzazione (*Berechtigung*) dell'attore non è nè necessaria... nè sufficiente... per la condanna del convenuto... Il dovere del giudice di condannare ha le sue proprie condizioni, e precisamente processuali, cioè pubblicistiche, e precisamente soltanto pubblicistiche. ...Il diritto di agire non è uno sviluppo (*Entfaltung*) del diritto materiale, perchè il diritto di azione come diritto ad una difesa giudiziale del pari che come diritto ad una condanna è indipendente dal diritto privato.»

p. 237

Altrettanto poco racchiude «in sè il diritto privato... un diritto all'esecuzione. ...Quello che viene esercitato nell'esecuzione, non è ... il diritto privato; l'esecuzione significa piuttosto la impossibilità di esercitare il diritto privato. Ciò che si attua nell'esecuzione, è la superiore energia del diritto pubblico. ... Le attività del potere giudiziario, sia che costringano il debitore al compimento (*zur Erbringung*) dell'attività, sia che surrogino l'attività del debitore, considerate sotto l'aspetto del diritto

privato, stanno in contrapposto (*Widerspruch*) col diritto del creditore ... ».

Questa nuova teoria, la cui essenzialissima motivazione io ho creduto di non poter rendere più adeguatamente che con le parole stesse di SOHM, mi costringe ad una più lunga sosta. È infatti di fondamentale importanza per la determinazione del concetto del diritto soggettivo (e specialmente del diritto soggettivo privato) il consentire o meno nella dimostrazione di SOHM. Il contrasto fra cotesta concezione e quella qui difesa difficilmente potrebbe pensarsi più grande e più reciso. Mentre per me la tutela delle norme non diventa un diritto del (*soggetto*) tutelato se non quando è a disposizione di questo (*soggetto*) una pretesa allo scopo di conseguire l'applicazione della norma che serve al suo interesse, e la pretesa stessa (20) a sua volta mi apparisce come la forza garantita dall'ordinamento giuridico di assicurarsi mercè un procedimento d'una specie determinata l'aiuto della società: SOHM, invece, elimina dal concetto del diritto soggettivo privato precisamente ciò che io ritengo come il criterio del diritto soggettivo e ciò che per la dottrina finora accolta così come per la veduta precedente proprio di SOHM (21) costituiva almeno un lato dello stesso (*diritto*), cioè la possibilità di procurarsi una tutela giuridica, in breve ciò che si denomina ora *actio* ora diritto di agire ora pretesa.

p. 238

In un punto debbo tuttavia aderire senza riserve alle osservazioni di SOHM. Gli imperativi, che obbligano il giudice all'apertura del processo (dunque, secondo il diritto processuale comune ancor oggi vigente (22), in primo luogo alla spedizione della citazione), sono indipendenti dall'esistenza d'un diritto materiale per parte dell'attore. Per dar corso a questi imperativi è sufficiente almeno nel processo ordinario che l'attore esponga fatti, i quali, presupposta la loro verità, possano giustificare la richiesta presentata. Qui è dunque non il diritto esistente, bensì soltanto il diritto affermato, che deve determinare il giudice ad iniziare il procedimento. E parimenti anche il

(20) A prescindere ancor qui da quell'unica forma della pretesa constatata nel § 2.

(21) SOHM, *La teoria del subpignus* (die Lehre vom subpignus) (1864), p. 11.

(22) D'ora in avanti l'obbligo del tribunale di determinare il termine — o più propriamente, quello del cancelliere (des Gerichtsschreibers) di produrre la citazione, e quello del presidente del tribunale di fissare il termine: §§ 193, 233, 458 del Codice di proced. civile.

p. 239 dovere di difesa giudiziale (23) del convenuto non è condizionato dall'esistenza d'un diritto materiale da parte dell'attore. Se dunque per diritto d'azione s'intende la potestà (Befugniss), mercè l'azione fisica del proporre l'azione, di obbligare il giudice alla prima spedizione della lite (zu der ersten Ausfertigung auf die Klage) e per mezzo dell'imposizione del giudice (*di obbligare*) inoltre il convenuto alla contestazione della lite: un cosiffatto diritto d'azione non appartiene in fatto unicamente a colui, che anche materialmente è il titolare del diritto. Così inteso il diritto d'azione racchiude una potestà, la quale serve bensì al diritto materiale (24) secondo il suo generale scopo legislativo, ma non anche ogni volta nella sua applicazione. Verò è che si potrà pur sempre distinguere il proporre un'azione fondata dall'intentare una frivola. Poichè per entrambe le parti nel processo dev'essere stabilito il dovere giuridico d'una soggettiva veracità (25). E quindi sarà illecito il proporre un'azione sul fondamento di fatti inventati. La potestà di obbligare il giudice ad un primo intervento appartiene anche all'azione imaginaria; solo che la presentazione d'un'azione cosiffatta conterrebbe subito un'illiceità. Ma questa stessa differenza scompare, se noi paragoniamo un'azione obbiettivamente fondata con una la quale sia proposta sul fondamento di fatti non veri, ma però in buona fede. Fra queste non sussiste a primo aspetto la minima differenza: entrambe provocano in modo non illecito il dovere del giudice al primo intervento.

p. 240

(23) Io credo che anche secondo le vedute del più moderno processo (*diritto processuale*) si possa parlare di un obbligo del convenuto di assumere la lite. DEGENKOLB, *op. cit.*, pp. 15 ss. In altre parole, è data al convenuto non soltanto la possibilità, col negare i fatti della citazione, di costringere l'attore alla prova, con la quale prova il convenuto sarebbe da precludere sia riguardo alle sue eccezioni come anche riguardo al suo diniego dell'azione. Il convenuto è piuttosto obbligato giuridicamente ad una risposta (soggettivamente veritiera) all'azione. Se egli non obbedisce al precetto di assumere la lite, certamente al dì d'oggi non lo colpisce più una pena (anche la pena eventuale od elettiva del DEGENKOLB, pp. 19, 21, sembra a me essere impossibile a costruirsi). Neppure sarà il convenuto eventualmente costretto alla assunzione della lite. Ma però il possibile interesse dell'attore alla risposta all'azione conforme a verità è assicurato semplicemente dal precetto giuridico che i fatti dedotti in citazione debbano ormai valere come ammessi. Cfr. ap. I. § 9, p. 39 (*naturalmente, del testo tedesco*).

(24) DEGENKOLB, *op. cit.*, pp. 9, 31, 34, 37, 39, 40: «... accordare un'azione... significa: metterla a disposizione della pretesa asserita, non della pretesa esistente, poichè altrimenti essa perde in fondo ogni senso, perchè perde ogni scopo».

(25) Così persuasivamente DEGENKOLB, *op. cit.*, pp. 42 ss.

L'obbligo del giudice d'introdurre il processo come di proseguire il procedimento è già fondato con l'affermazione d'un diritto da parte dell'attore. Ma quest'attività giudiziaria non è ancora da denominarsi assistenza giudiziaria rigorosamente intesa: costituisce soltanto la preparazione di essa (26). E questo è il momento, che SOHM, secondo io penso, non considera a sufficienza. L'attività con cui il giudice guida il processo non racchiude ancora nessuna coazione all'adempimento. Una coazione siffatta incomincia soltanto nella e con la sentenza definitiva (27), la quale condanna il convenuto. Ma questo non è in nessun modo un sentenziare in favore del diritto meramente asserito. Se il convenuto ha negato i fatti della citazione od anche ha risposto soltanto con un non sapere (28), l'attore, prima di ottenere

p. 241

(26) Anche nel processo penale il Pubblico Ministero non deve aspettare ad intervenire fino a quando egli si sia formata la piena convinzione della colpevolezza d'un uomo. Il sospetto d'un delitto commesso, che possa essere risvegliato dalla denuncia d'un terzo incensurato è sufficiente per dare agli organi statuali competenti diritto e dovere dell'inizio della procedura. E pure già questo primo procedimento può sensibilmente colpire e danneggiare l'innocente caduto in sospetto. Essere incolpato d'un delitto per lo più rappresenta un male per il prevenuto. Ma ciò non diventa mai una pena in senso giuridico, poichè l'ordinamento giuridico non infligge il male allo scopo che questo sia sentito come tale. L'intera istruttoria fino alla sentenza deve lasciare ancora impregiudicata la questione se egli possa e debba essere punito. — Ma anche la stessa pena, si potrebbe dire, non è da eseguirsi sul (an) delinquente. Da punirsi è chi è stato condannato legittimamente, da condannarsi chi è stato dichiarato reo dai giurati, il verdetto di colpevolezza è da pronunciarsi contro il prevenuto, che più di 7 giurati hanno ritenuto per reo convinto in seguito al generale risultato delle prove ad essi prodotte, in istato di accusa era infine da mettersi chi fosse gravato da sufficienti sospetti: nessuno di questi atti singolarmente preso si rivolge contro il delinquente come tale. Ed è ben possibile, che nel singolo caso il colpevole esca impunito, ed anche possibile che di tanto in tanto un innocente sia punito. La volontà del legislatore dovendo essere attuata da uomini, non è del tutto da escludersi un errore di questi medesimi. Ma sarebbe il più sconsigliato dei pensieri se a causa di questi possibili errori ci si vedesse costretti a considerare il processo penale come un'istituzione destinata soltanto nel suo complesso alla punizione dei malfattori, ma a negare ogni intrinseca connessione fra le singole punizioni ed i delitti.

(27) Non solo in quanto la sentenza non oppugnabile in certi casi comprende di già in sè e racchiude l'esecuzione (cfr. § 779 del Codice di proced. civile): bensì perchè in ogni condanna sta la pronuncia che il convenuto sia obbligato ad attenersi ad una norma, e perchè questa pronuncia mira di già a dare un nuovo impulso al volere del convenuto. Solo quando anche questo impulso non fruttava nulla (oppure non può fruttare nulla), si ricorre ad ulteriori mezzi.

(28) Se il convenuto ammette i fatti dedotti in citazione, vale quanto si è detto sopra a p. 234 (*naturalmente, del testo tedesco*).

assistenza giudiziaria, deve provare il fondamento della sua azione. E poichè la prova viene recata al tribunale, ma il giudice è un organo statale, ciò significa che lo Stato, prima di assicurare un'assistenza giudiziaria, deve preventivamente acquistare nei suoi organi destinati a questo scopo la convinzione del sussistere del diritto materiale. Ma con ciò viene di nuovo ristabilita la connessione fra diritto ed assistenza giudiziaria, la quale veramente era interrotta all'inizio del procedimento. Dovunque a giudizio dello Stato sia fatto valere un diritto materiale, deve prestarsi assistenza giudiziaria. Il principio sarebbe ancora più facile da dimostrarsi, se al giudice fosse lasciata piena libertà di formare a suo piacimento la propria convinzione della sussistenza od insussistenza d'un diritto dell'attore (29). Ma, certamente, non potrebbe «nessun diritto processuale tollerare un'assoluta anarchia di prove, cioè la rinuncia alla disciplina (Normierung) inalienabilmente spettantegli del rapporto processuale» (30). Anche se al giudice sia lasciata in generale la valutazione della prova prodotta, nessun diritto bene ordinato potrà mancare d'una regolazione legislativa dell'onere della prova, d'una limitazione dei termini per produrre le prove, d'una determinazione delle singole presunzioni (Beweisvermutungen). E con ognuno di siffatti principi viene certamente trasformato il mezzo dell'avente diritto di procurarsi assistenza giudiziaria. In luogo che sia abbandonato a lui il convincere il giudice com'egli meglio possa, gli è detto oramai ciò ch'egli ha da fare affinché il giudice possa e debba considerare la prova come fornita. È sempre posto a disposizione dell'avente diritto un mezzo, con l'uso del quale egli si può assicurare l'adempimento coattivo. Che egli effettivamente non sempre sia in grado di poter usare di questo mezzo, ciò nulla muta al fatto che l'ordinamento giuridico gli assicura tale mezzo — e che glielo assicura proprio a causa del suo diritto materiale.

p. 242

Ma quando finalmente SOHM anche nell'esecuzione d'una sentenza (materialmente giustificata) scorge un procedimento, nel quale sa-

(29) Difatti o il giudice, in conformità al suo dovere, si forma una convinzione e ne fa la base della sua sentenza: ed allora il giudicato così formato secondo la convinzione dello Stato (cioè dell'organo statale che ha tale compito) è conforme al diritto materiale. Oppure il giudice non fa ciò: ed allora egli agisce contro la norma — e la possibilità d'un simile caso non altera minimamente il principio, che il giudice sia obbligato a prestare aiuto al diritto materiale. Cfr. sopra p. 229 (naturalmente, del testo tedesco).

(30) DEGENKOLB, op. cit., p. 11.

rebbe operosa unicamente l'energia del diritto pubblico, ed il quale procedimento quindi non sarebbe mai esecuzione, cioè realizzazione del diritto privato, col quale ultimo le attività giudiziarie di esecuzione starebbero piuttosto addirittura in antitesi, ancor meno io potrei seguire queste argomentazioni (31). Io non vedo come si possa porre in un contrasto di tal fatta diritto privato e procedimento statale. La volontà generale, soprattutto la legge, fonda anche il diritto privato. Avere un diritto di credito significa, che un altro (*soggetto*) in forza d'un precetto giuridico sia obbligato (32) ad un determinato contegno verso l'avente diritto. Quando poi quest'obbligo a traverso la condanna ed a traverso intimazioni dell'autorità nell'istanza esecutiva è reso più sensibile, in ciò vi sarà un accrescimento o, per parlare più propriamente, una conferma ed una intimazione dell'obbligo, ma non un contrasto con quest'ultimo. La condanna giudiziaria sentenza che un comando dell'ordinamento giuridico colpisca il convenuto, ed in tal guisa rinnova l'imperativo generale in forma particolare di fronte al convenuto. E parimenti le imposizioni nell'istanza esecutiva si aggiungono, ma in maniera più decisa. Vi possono ben essere comandi diversi, ma tutti sono rivolti al medesimo scopo. E se eguale ne è dunque il contenuto, io non vedo dove debba esservi il contrasto. Ma se finalmente si fa astrazione dall'azione del debitore e se alla situazione, a produrre la quale il comando mirava anzitutto per mezzo dell'azione dell'obbligato, si sia oramai rimediato per altra via (33): neppure queste attività coattive dell'autorità giudiziaria sono in contrasto col diritto privato, ch'esse vogliono tutelare. Poichè fin dal principio dovevasi produrre per l'avente diritto solo quella situazione, che appariva corrispondere ai suoi interessi; l'azione del debitore era per

p. 243

p. 244

(31) Contro SOHM anche DEGENKOLB, op. cit., pp. 119, 123 n. 1, p. 126.

(32) Così secondo l'opinione dominante. Per parte mia io richiedo (erfordere ich), affinché l'obbligo dell'uno sia in pari tempo di fondamento al diritto d'un altro, che a quest'ultimo sia assicurato un mezzo al fine di realizzare quell'imperativo (una pretesa). Anche quando così si concepisce il diritto soggettivo (qui il diritto privato), condanna ed esecuzione non sono con esso in contrasto. Entrambe sono dipendenti dalla richiesta dell'avente diritto — quella dev'essere stata domandata nella citazione, questa nella istanza d'esecuzione. Al contrario, il diritto proprio del soggetto tutelato dalla norma si mostra precisamente in ciò, che egli a scopo di produrre la situazione che la norma aveva di mira può far giocare a suo agio gl'imperativi rivolti al tribunale e (*può*) di nuovo interromperne il corso.

(33) Sia con l'azione di organi statuali (p. es. §§ 769-772 del Codice di proced. civ.) oppure con l'azione di terze persone private (§ 773 ivi).

l'ordinamento giuridico solo il mezzo più idoneo a questo scopo. Per questo anche all'infuori del processo si estingue l'obbligo del debitore, se il creditore in un modo qualunque ottenga ciò che gli spetta.

6. (*Diritto ad una condanna?*). — La teoria qui propugnata della pretesa, come di un mezzo accordato dall'ordinamento giuridico di procurarsi assistenza giudiziaria (*d*), non è tocca minimamente (bleibt völlig unberührt) dalla questione, se al titolare d'un diritto privato possa essere attribuito un « diritto ad una condanna » (34). A me basta sia riconosciuto che al soggetto del diritto privato sia accordato il potere (*Macht*) di ottenere a suo favore una condanna (*altrui*). Questo potere non è in nessun modo identico con un diritto ad una condanna (35). Si amplierebbe fino ad (*attribuire*) un cosiffatto (*diritto*) l'obbligo incombente al giudice di prestare assistenza giudiziaria solo quando fosse d'altra parte promesso all'attore un mezzo per ottenere coattivamente l'adempimento di quel dovere (*proprio*) del giudice. Vero è che, in parte almeno, la cosa va così (es ist dies übrigens zum Theil wenigstens der Fall). All'attore spetta in fatto un diritto pubblico verso il giudice e conformemente a ciò una pretesa pubblicistica. Con la querela denegatae vel protractae iustitiae egli può costringere intanto agli atti introduttivi e finalmente anche a dare sentenza. Ma certo non (*può costringere*) a (*dare*) una sentenza a lui favorevole. Poichè la norma, che ha per destinatario il giudice (*die an den Richter ergeht*), comanda a questo soltanto di formarsi conscienziosamente una convinzione giuridica e poi di giudicare conformemente alla stessa. Il come (*das Wie*) dar sentenza è pertanto rimesso in primo luogo al giudice. Se però questi fa un cattivo uso del suo potere con una sentenza falsa, colui che ne è pregiudicato non è neppure di fronte a questa privo di

(34) Alla definizione data da LENEL, *Intorno all'origine ed efficacia delle eccezioni* (Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen) (1876), p. 32: « L'actio è il diritto privato ad una condanna, che il iudex riconosce ed attua con la condanna », contro la quale si pronuncia SOHM, neppure io potrei accedere. Contro LENEL cfr. anche BRINZ, Riv. crit. trimestr. (Kritische Vierteljahrsschrift) XVII (1876) p. 572 e DEGENKOLB, op. cit., p. 38.

(35) Tanto poco, quanto la facoltà d'iniziare un procedimento penale contiene in sè un diritto ad una pena — v. sopra p. 138 (*naturalm., del testo tedesco*). Anche la pretesa nel suo aspetto qui esaminato è una facoltà (Befugniss), la quale però tanto essenzialmente si differenzia da altre facoltà (cfr. Cap. VII, §§ 5 segg.) per il suo scopo e per tutta la sua teoria, da richiedere una particolare designazione, quella di « pretesa ».

tutela. Vero è che il produrre appello, come SOHM sottolinea (36), non è un'azione contro il giudice. Esso è la facoltà accordata dall'ordinamento giuridico di provocare una rinnovata disamina e decisione. Ma l'azione civile contro i magistrati (*die Syndicatsklage*) prova che quel giudice, il quale ha giudicato in modo contrario al suo dovere, è obbligato a risarcire il danno alla parte che ne è stata danneggiata. E questa obbligazione secondaria è di bel nuovo sicuro indizio che il giudice risponde (*haftet*) anche di fronte alle parti per un conscienzioso giudizio.

7. (*Il diritto privato ed in particolare l'obbligazione secondo la concezione di SOHM*). — SOHM cerca di eliminare dal concetto del diritto privato proprio quello, che per me conta come l'(*elemento*) essenziale (*das Wesentliche*) di qualsiasi diritto soggettivo. Si può quindi ammettere a priori (*von vornherein lässt sich daher annehmen*), che ciò che secondo l'opinione di SOHM rimane in definitiva come il diritto del singolo, dal mio punto di vista non può presentarsi che come un nulla privo di contenuto.

La prova di ciò è facile a darsi. Come diritti privati SOHM lascia sussistere solo i diritti reali e quelli di credito (37). Ai primi secondo SOHM rimane tuttavia ancora un contenuto: il godimento del bene reale (38). Che questo non possa essere considerato nè come diritto nè

(36) Op. cit., p. 467: « Un diritto all'attività giudiziaria del condannare non compete in nessun luogo all'attore, perchè il giudice è obbligato ad un giudizio giusto non verso la parte (altrimenti l'appello dovrebbe essere un'azione contro il giudice) bensì soltanto verso la collettività in forza d'un diritto pubblico ».

(37) Contra v. sopra Cap. III § 14 pp. 144 segg. (*naturalm., del testo ted.*).

(38) Contro la connessione fra diritto di credito ed assistenza giudiziaria SOHM, a p. 469, porta in campo anche il principio: « Nessuno ha un *ius quaesitum* a ciò che venga usata contro il suo debitore proprio una determinata specie di coazione, oppure in generale (*che venga usata*) una coazione. Ma poichè tutti i veri diritti sono iura *quesita* cioè indipendenti dal rimanere in vigore del principio giuridico che li costituisce, così ne segue in pari tempo che in generale non esiste un efficace diritto ad una coazione a profitto del creditore ... ». Quest'argomento, che non colpisce la mia concezione della pretesa (nota 35), è invece estremamente pericoloso per la teoria propria di SOHM relativa ai diritti reali. Egli definisce a p. 457: « Il diritto reale è il diritto di esercitare un'influenza (*einwirken*) agendo sopra una cosa determinata ». Per conseguenza non potrebbe essere emanata nessuna legge, la quale limitasse in qualche modo il « diritto » presente del proprietario. Ogni nuovo divieto di usare o di adoperare la cosa,

come esercizio di diritto, io cercherò di dimostrare in modo particolare nel prossimo Capitolo. Ma ad ogni modo per il diritto di credito svanisce ogni possibile contenuto. E rispetto ad esso anche SOHM giunge al risultato, «che il diritto di credito significa il diritto ad una libera, futura azione altrui, di valore patrimoniale...», una definizione, la quale deve esprimere particolarmente anche «la impotenza» («die Ohnmacht»), nella quale SOHM scorge «l'essenza del diritto di credito» (39). Io però vorrei andare ancora un po' più avanti. Io non saprei, proprio, che cosa in simili circostanze ci autorizza a parlare d'un diritto. Ogni mezzo di coazione viene da SOHM espressamente escluso; anche (il) sollecitare e (il) pretendere (*l'adempimento della prestazione*: auch Mahnen und Fordern) per lui non è contenuto del diritto. D'altra parte il potere del creditore di disporre mediante rinuncia o cessione del proprio diritto di credito non può naturalmente essere identico a quest'ultimo. Così non rimane più che la nuda norma, il «tu devi» o «tu non devi» dell'ordinamento giuridico, emanata nell'interesse d'un altro, che noi solo per questo potremmo chiamare l'avente diritto (den Berechtigten) o creditore. Ora io per certo sono meno di chiunque altro proclive a disconoscere valore e significato alla norma (40). Io contesto soltanto, che il precetto giuridico tutelatore fondi senza più un diritto del (soggetto) tutelato. Altrimenti noi potremmo e dovremmo p. es. designare come creditori anche gli uccelli, a cui vantaggio eventualmente un'ordinanza municipale ordini di spargere del becchime (e). Il diritto di credito dev'essere qualcosa di diverso dalla mera tutela apprestata dalle norme. Ma non si troverebbe per esso nessun contenuto. Esso sarebbe non già un diritto impotente, ma piuttosto, per dir vero, un nulla (41).

p. es. il divieto di sopraelevazione o un divieto di esportazione, lederebbe il già acquisito diritto del proprietario. — Conseguentemente si arriverebbe a ciò, che ogni nuova norma colpirebbe diritti già acquisiti e per conseguenza non potrebbe (per lo meno non potrebbe senza danno) essere emanata. Poichè un divieto qualsiasi toglie il così detto «diritto al fare», un comando qualsiasi (*toglie*) il così detto «diritto all'omettere». Dal mio punto di vista con la nuova norma viene limitato solo il godimento di beni reali, o, nei casi ultimamente ricordati, il godimento della libertà personale, ma non viene sottratto un «diritto».

(39) Pp. 474, 472.

(40) Sopra, p. 149 (*naturalm., del testo tedesco*).

(41) Secondo SOHM, p. 458, l'obbligazione si differenzia da tutti gli altri

8. (*Connessione fra actio e diritto*). — La teoria di SOHM porta seco ancora un'ulteriore conseguenza. Se dal diritto di credito non si può pervenire all'actio, non c'è neppure nessuna via che conduca dall'actio al diritto di credito. Ma allora è da abbandonare anche un'opinione, la quale per i Romani in egual maniera come d'allora in poi per noi era considerata evidente. Allora è un errore il vedere nella nuova produzione di un'actio da parte del pretore la creazione d'un diritto (pretorio). In ispecial modo, l'actio in personam nuovamente proposta non avrebbe allora fondato un diritto (pretorio) di credito. Poichè l'accordare un'actio «quando si pensi in modo chiaro» («auf die klare Weise gedacht») significherebbe che colui, al quale essa sia attribuita, può costringere un altro all'accettazione passiva dell'azione (42). Ma

doveri per ciò, «che essa è trasmissibile per eredità (vererblich), cioè che essa, ed essa soltanto, rappresenta ... una quota patrimoniale passiva». Anche questo tentativo, di rivendicare una peculiarità al diritto di credito, non resiste ad un esame più approfondito. In primo luogo non tutti i doveri obbligatori sono trasmissibili ereditariamente. Una serie di questi, come il dovere proveniente dal mandato, dalla società, dalla convenzione di lavoro (Arbeiter-Verdingung), è (in contrapposto con l'obbligo secondario al risarcimento sorgente dalla trasgressione di quelle norme) di natura interamente personale. Altri (*doveri*) ancora sono legati ad una certa situazione e colpiscono l'erede solo allora quando la situazione obbligatoria si ripete nella sua persona. In simili casi la prestazione obbligatoria (die obligatorische Verpflichtung) va in modo del tutto parallelo con quella (*derivante*) da un diritto reale offeso, come p. es. con l'obbligo (*derivante*) dal possesso di una cosa altrui. In altri e, lo concedo, nella maggior parte dei casi finalmente il dovere obbligatorio trapassa veramente agli eredi. Ma se ciò va altrimenti negli obblighi costitutivi del diritto reale, questo deriva soltanto da ciò che l'eredità d'un dovere, il quale colpisce egualmente chicchessia, non ha nessun senso. E parimenti gli obblighi complementari ai diritti di famiglia o sono assoluti e colpiscono pertanto chicchessia — oppure sono di natura eminentemente personale e pertanto intrasmissibili. Cfr. pp. 188 e segg. (*naturalm., del testo ted.*).

(42) BEKKER, *Azioni*, I (1871), pp. 5, 15. Concorde MÜTHER, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift) XV (1873), p. 435; alquanto diversamente prima: *Per la teoria dell'actio romana* (Zur Lehre von der Römischen Actio) (1857), pp. 40, 45, dove l'actio era determinata come la pubblicistica (pretesa alla concessione d'una formula). Contro MÜTHER cfr. WINDSCHEID, *Difesa* (Abwehr), pp. 23, 38; contro BEKKER v. WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 44, N. 5, p. 108: «quando le fonti parlano dell'actio come d'una porzione di patrimonio, esse intendono con ciò un diritto non soltanto ad essere ascoltati dal giudice, bensì anche ad essere esauditi dal giudice (nicht bloss auf richterliche Anhörung, sondern auch auf richterliche Erhörung)». LENEL, op. cit., pp. 29 segg. Su la contraddizione, nella quale

questa coazione è del tutto indipendente dalla verità della deduzione, su la base della quale è richiesta la formula. Il pretore ha promesso di amministrare giustizia (*Gericht zu erteilen*) su la produzione di certi fatti, non su la verifica di essi (43). Egli poi con l'introdurre l'actio non avrebbe accordato a nessuno un diritto materiale ed in ispecial modo un diritto di credito. Oppure se si volesse qualificare proprio quest'aspettativa del iudicium come il diritto materiale (44), allora si romperebbe ancora più completamente con le tradizioni da allora vigenti. Allora ogni soggetto capace di diritto (*jeder Rechtsfähige*) (44^a) sarebbe stato non soltanto nella condizione di acquistare i diritti pretorii, ma egli li avrebbe effettivamente avuti tutti in ogni tempo contro ogni soggetto capace di doveri (*gegen jeden Pflichtfähigen*) (44^b). Poichè chiunque possedesse, sia il senso giuridico, sia la sfrontatezza di avanzare con buona o cattiva coscienza la necessaria richiesta al pretore, era in grado con ciò di arrivare ad un iudicium. Così il pretore per mezzo di ogni actio novamente introdotta in forza della sua potestà di magistrato avrebbe d'un colpo dispensato per ogni dove nuovi diritti. Un creditore qualsiasi, anzi perfino il non creditore, avrebbe p. es. per l'introduzione della formula del costituito (*der Constitutsformel*) acquistato un « diritto di credito » contro chicchessia — inoltre un diritto di pegno su tutti i beni (*an dem Hab und Gut*) di

BEKKER è incorso con sè stesso nel successivo sviluppo della sua esposizione, hanno già richiamato l'attenzione DEGENKOLB, op. cit., p. 40 nota 2, p. 13 nota 2, e SOHM, p. 465, n. 16.

(43) Come poi il pretore, quando dava iudicium, « con più esatta formulazione considerava come condizione solo l'asserzione, non l'esistenza del fatto portante alla condanna »: DEGENKOLB, op. cit., p. 38 — l. 1 § 1 de dolo 4,3: « Quae dolo malo facta esse dicentur, ... iudicium dabo ». l. 2 § 1 de capite minutis 4,5: « Qui quaeve capite deminuti esse dicentur, in eos easve iudicium dabo ». l. 1 pr. de his, qui effuderint 9,3: « Si homo liber perisse dicetur, ... iudicium dabo », l. 1 pr. de calumn. 3,6; l. 1 § 1 de minoribus 4, 4; l. 1 § 1 ex quibus causis 4, 6; l. 1 pr. si quadrupes 9, 1; l. 1 pr. de servo corrupto 11, 3; l. 1 pr. de aleatoribus 11, 5; l. 2 § 2 de religiosis 11, 7 ecc. ecc.

(44) L'identità asserita da BEKKER fra obligatum esse ed actione teneri (*Azioni*, pp. 4 segg.) dovrebbe, secondo la sua concezione dell'actio (nota 42) rispetto a tutte le obbligazioni (anche civilistiche), spingere alle sopra dette conseguenze. Si capisce che BEKKER non le trae; anzi, in altro luogo (*Riv. per la storia del diritto: Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IX, 1870, p. 381 nota 2) proprio egli mette in guardia da un analogo errore.

(44^a) O tuttavia quanto meno chiunque possedesse il ius postulandi.

(44^b) O tuttavia quanto meno contro chiunque potesse essere chiamato in giudizio.

tutti i cittadini con la proposizione dell'actio hypothecaria. Io credo che queste, secondo a me sembrano, inevitabili conseguenze mostrino a sufficienza l'insostenibilità di quest'ultima alternativa. Infatti la cosa sta altrimenti. Per mezzo d'ogni nuova actio pretoria fu statuito indirettamente un nuovo diritto: (*fiat*) cioè comandata o vietata l'attività, alla cui omissione o commissione l'actio era connessa. Colui, cui quest'ultima era aggiudicata, otteneva con ciò anche un diritto privato soggettivo contro il colpito da quella norma (45). Ma l'actio non era promessa ad ognuno che (anche sul fondamento di non vere asserzioni) era in grado di giungere ad un iudicium. Anzi i Romani conferiscono l'actio soltanto a colui, al quale il pretore ha accordato il mezzo di arrivare a traverso il processo ad ottenere, se del caso, la condanna (46). Ma questo mezzo è dato soltanto a colui, nella cui persona ci sono tutti i presupposti positivi e negativi, dalla cui esistenza è da far dipendere il comando della condanna (47).

9. (*Illiceità come presupposto della pretesa*). — L'analisi della pretesa nei suoi elementi offre oramai anche la prova d'un principio, la cui esattezza è stata fin qui presupposta, ma non dimostrata. È questo il principio, che la pretesa per l'avente diritto (*dem Berechtigten ... erwächst*) sorge soltanto con l'avverarsi d'una illiceità (*einer Norm-übertretung*). Costantemente la pretesa ha un'illiceità per presupposto. Essa è infatti il mezzo accordato al (*soggetto*) leso (*nel suo diritto: dem Verletzten*) per rimuovere la situazione antigiuridica (*den normwidrigen Zustand zu beseitigen*).

Il principio vale in generale, per entrambe le forme della pretesa. Sia permesso al titolare del diritto (*dem Berechtigten*) un procedimento (*suo*) proprio, che prima gli era vietato; oppure gli sia accordata dall'ordinamento giuridico la forza di procacciarsi assistenza di diritto in via giudiziaria (*sich auf dem Wege Rechtens Hülfe zu erholen*): in entrambi i casi il titolare del diritto dev'essere posto nella situazione di procurarsi ciò che gli spetta. Ma egli può (*è autorizzato a: ist befugt*) ottenere un mutamento del presente stato di fatto solo quando tale stato di fatto non corrisponde al diritto: quando, dunque, vi sia

(45) WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 44 N. 5: « si aveva un diritto, perchè si aveva un'actio, ma non già un'actio, perchè (*si aveva*) un diritto ».

(46) O ad una pronuncia a lui favorevole.

(47) Questo mi sembra il nocciolo di vero nella definizione di LENEL; nota 34.

un'illiceità, quando un comando non sia stato osservato od un divieto sia stato trasgredito. Prima d'allora non v'è luogo per una pretesa.

Ciò che si è detto può essere dimostrato con un semplice esempio. Il mutuuario è di già obbligato, ancora prima che sia venuto il giorno della restituzione. Già lo colpisce la norma di pagare in futuro al tempo prescritto. Da questa norma è tutelato l'interesse del mutuante alla restituzione della somma prestata. E poichè la futura coazione di ciò che è comandato è rimessa all'iniziativa del mutuante, noi parliamo già fin d'ora d'un diritto del (*soggetto*) tutelato. Ma per il momento al titolare del diritto non spetta una pretesa. Per ora l'ordinamento giuridico non gli accorda nè una più ampia libertà di agire nè un potere giuridico (48). Il titolare del diritto non può nè pretendere (*il pagamento: fordern*) nè agire in giudizio (*klagen*). Un'azione (*giudiziaria: Klage*) anticipata dovrebbe per il momento venire respinta. E se la pretesa significa «il diritto di pretendere, il diritto di richiedere qualche cosa ad un altro» (49), al mutuante per il momento non spetta ancora un tale diritto. Ancora egli non ha nulla da richiedere al suo debitore. Se talora già qui noi parliamo d'una pretesa, noi identifichiamo, in un modo da non approvarsi (in nicht zu billigender Weise), la tutela delle norme od il diritto del mutuante cioè la sua prospettiva d'una futura pretesa con questa medesima (50). Il linguaggio giuridico non è così ricco di espressioni tecnicamente utilizzabili da permetterci di designare la medesima situazione con due nomi, ai quali per giunta secondo il nostro sentimento linguistico (*Sprachgefühl*) spetta un significato diverso. Ed inoltre ci verrebbe poi a mancare un'espressione più appropriata per designare la situazione in cui si trova l'avente diritto cui sia in fatto permesso di pretendere dal suo avversario l'adempimento dell'obbligazione (51). Poichè l'espressione «diritto di azione» («Klagrecht») non esaurisce il con-

(48) Io prescindo qui dalla potestà giuridica a lui spettante di disporre fin d'ora d'un suo diritto a termine (*betagtes Recht*), perchè io non considero questa potestà come un'emanazione (*Ausfluss*) del suo diritto di credito. Cfr. Cap. VII § 1.

(49) WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 43, p. 101.

(50) Così LENEL, op. cit., p. 5, chiama pretesa il comando statale «considerato dalla parte dell'avente diritto», ma poi espressamente distingue da essa (*pretesa*) la possibilità del perseguire giudiziariamente (*actio*) come «potere di coazione» («*Zwangsbefugnis*»). Analogamente DEGENKOLB, op. cit., p. 56.

(51) Sul significato del termine «pretesa» cfr. specialmente NEUNER, *Rapporti giuridici privati* (*Privatrechtsverhältnisse*), p. 156, e gli scritti ivi citati.

retto della pretesa; la pretesa può manifestarsi anche in un'altra maniera come nella liceità d'agire (im *Klagendürfen*) e nel potere di agire (*Klagenkönnen*). È quindi in pari tempo linguisticamente più proprio e meglio rispondente allo scopo il limitare la designazione di «pretesa» al caso, nel quale effettivamente sia nato il «diritto a pretendere». Ammettiamo pure che nel frattempo si possa già parlare d'una pretesa aggiornata. L'aggiunta «aggiornata» («*betagt*») fa però riconoscere che per il momento non è ancora data nessuna pretesa (52). Non è ancora venuto il giorno, il quale secondo la calzante teoria romana è considerato come il giorno di nascita della pretesa (53).

In modo del tutto conforme si presenta la situazione rispetto ai diritti assoluti, i quali — come tutti i diritti reali, i diritti della persona ed in parte i diritti di famiglia — sono statuiti per tutelare beni già esistenti contro attacchi da parte della massa indeterminata. Prendiamo, per tutti, la proprietà. Fino a quando il proprietario si trova nel pacifico possesso della cosa sua, non è sorta per lui nessuna pretesa. Spontaneamente (*ungebetenerweise*) le norme stesse gli accordano la

(52) In specie non è data una pretesa ad una garanzia (*auf Sicherung*). La questione ritorna a proposito del diritto condizionato (*bei dem bedingten Rechte*). A questo proposito io non posso accedere, quanto meno in questa formulazione, al principio di WENDT, *Il diritto condizionato di credito* (*das bedingte Forderungsrecht*) (1873), p. 11: «Il contenuto del diritto condizionato è la pretesa ad una garanzia» (*auf Sicherung*). Certamente il diritto condizionato (e del pari quello a termine) è già attualmente qualche cosa. Il suo significato consiste nella tutela giuridica già fin d'ora accordata. Ma però il diritto condizionato non dà senz'altro una pretesa ad una prestazione di garanzia. Oltre a ciò vi si deve aggiungere l'esistenza di un pericolo dell'interesse giuridicamente protetto. Allora certamente sorge l'obbligazione attuale alla prestazione di garanzia, ed alla realizzazione di questo comando serve la pretesa ad una garanzia. Che l'obbligazione di prestare garanzia, anche se essa serve al medesimo scopo che l'obbligazione principale, sia però un'obbligazione a sè stante, con particolari presupposti e con un contenuto particolare, lo provano nel modo più chiaro le disposizioni del regolamento cambiario, art. 25-29, sul regresso per garanzia.

(53) Anche qui non potrei senza necessità tralasciare il parallelo fra pretesa ed *actio*, se pure a me sembra essere il primo concetto il più largo. Che poi non sia accordata ancora nessun'*actio* al (*soggetto*) tutelato dalle norme nei diritti a termine e condizionati, è conosciuto; cfr. § 2 I. de verb. obl. 3, 15; l. 9 pr. de reb. cr. 12, 1 ecc., e rispetto a tali proroghe (*Befristungen*), che porta con sè naturalmente il contenuto della promessa, l. 2 § 6 quod certo loco 13, 4; ll. 14, 41 § 1; ll. 60, 72 § 2; l. 73 pr., l. 98 § 1; l. 99 § 1 de verb. obl. 45, 1; l. 49 § 2 de fideiussoribus 46, 1. Per conseguenza non corre per il momento ancora nessuna prescrizione: c. 7 § 4 C. de praescr. XXX a. 7, 39.

loro tutela ed apparisce chiaro che quest'ultima per il momento è sufficiente. Per ora non v'è bisogno dell'iniziativa (des Vorgehens) dell'avente diritto. Per il momento egli non può nè pretendere nè agire (weder fordern noch klagen). Si conferma dunque anche da questo punto di vista ciò che dianzi si era cercato di dimostrare anche con altre ragioni: la inesistenza d'una pretesa contro chicchessia all'omissione di eventuali lesioni (54). Anzi, non vi sarebbe nessun motivo di parlare, anzichè soltanto della tutela delle norme, d'un diritto del (soggetto) tutelato, se non fosse stato rimesso all'iniziativa dell'interessato il potere di causare (die Herbeiführung) la coazione all'adempimento per il caso della trasgressione della norma (55). In vista delle sue possibili pretese noi parliamo fin d'ora del suo diritto. Ma la pretesa stessa sorge soltanto allora quando la norma tutelatrice è stata trasgredita. A partire dall'istante nel quale un terzo si è immesso nel possesso della cosa, subito spetta al proprietario la revindica. Da quel medesimo istante incomincia subito la sua prescrizione.

10. (Illiceità come presupposto della prescrizione della pretesa). — Un'illiceità è il presupposto normale (regelmässige) (56) d'una pretesa. Solo quando una tale (illiceità) si produce, l'ordinamento giuridico ha un fondato motivo di ricorrere a nuovi mezzi allo scopo di rimuovere la stessa. Soltanto allora l'avente diritto viene sciolto dai singoli vincoli, che fino allora legavano la sua condotta di fronte all'obbligato — e solo da allora sorge per gli organi statuali il dovere di prestare assistenza giuridica, dietro sua richiesta, all'avente diritto (56^a). Su questo

(54) Cap. IV, § 3, pp. 156 segg. (naturalm., del testo ted.).

(55) Esattamente DEGENKOLB, op. cit., p. 87: « Il diritto soggettivo strettamente inteso non si estende se non fin dove (si estende) l'indifferenza del potere statale di fronte al prodursi del risultato che gli corrisponde ». Solo che io vedo l'espressione dell'indifferenza non già nella norma in sè stessa, bensì soltanto nel lasciar che si produca la illiceità, contro la quale lo Stato interverrà solo a richiesta del soggetto leso (e soltanto quando ed in quanto egli lo richieda).

(56) Una certa situazione eccezionale occupano le pretese (ed i diritti d'azione) discussi nella nota 72.

(56^a) Nessuna obiezione contro a ciò è da inferire dal principio, che azioni intempestivamente prodotte hanno tuttavia per conseguenza la condanna del convenuto, nel caso che la illiceità nel frattempo si sia prodotta. Qui c'è soltanto il riconoscimento che l'effettiva assistenza giudiziaria incomincia appena con la sentenza; l. 9 § 5 de pign. 13, 7: « Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi ».

fondamento si potrà trovare una soluzione soddisfacente per una vecchia questione. Vale a dire per la questione, se la pretesa (oppure l'actio oppure il diritto di agire) abbia o non abbia a presupposto della sua esistenza e quindi della sua prescrizione un'illiceità. Tale questione è da risolvere incondizionatamente in modo affermativo, nel senso che l'esistenza della pretesa è dipendente dalla trasgressione d'una norma (57). E ben a ragione si può designare questa come una lesione giuridica (Rechtsverletzung), cioè come una lesione del diritto obiettivo (eine Verletzung des objectiven Rechts) (57). Ma con pari risolutezza la questione è da risolversi negativamente, quando per lesione giuridica s'intenda un conflitto (Widerstreit) col diritto del singolo e per (ammettere) questo (conflitto) si richieda di bel nuovo un conte-

(57) L'opinione qui sostenuta concorda quasi interamente nel risultato e nel fondamento con quella affacciata da DEMELIUS, Ricerche (Untersuchungen) (1856), pp. 158 segg. Alla replica di UNGER, Sistema, II, § 109 nota 11, § 116 note 8, 10, pp. 334, 378, 379, la quale si dirige in specie contro la « obbiettiva lesione giuridica », io non ho bisogno di rispondere di più in considerazione di tutte le mie precedenti dichiarazioni. Per vero è proprio colpa di DEMELIUS, se la sua dottrina non ha trovato dappertutto il consenso che meritava. Poichè egli stesso non le è rimasto in tutto e per tutto fedele, in particolare non (le è rimasto fedele) in quel punto, che UNGER riprende e con pieno diritto attacca. Questo riguarda la soluzione (adottata) a p. 182, dove DEMELIUS fa che l'actio derivante da un depositum (naturalmente) a termine (betagt) in favore del depositante sussista e se ne inizi la prescrizione immediatamente con la consegna (Hingabe), anche se « il depositario debba custodire fino alla scadenza (del dies) ». Qui UNGER domanda a buon diritto: « il depositario, il quale custodisce la cosa conformemente al suo dovere e non ha niente affatto il dovere di restituirla prima che venga il dies, deve malgrado tutto ciò trovarsi in una situazione d'illiceità? ». Inoltre il principio condurrebbe anche praticamente ai più gravi rigori, almeno là dove sono introdotte prescrizioni brevi (eventualmente quadriennali). Poichè quand'uno consegna ad un altro le cose sue affinché possano essere custodite durante un viaggio di cinque anni, nel tempo vicino al suo ritorno egli sarebbe privato della pretesa alla restituzione. Il principio è del tutto incompatibile con la teoria propria di DEMELIUS. Il dovere (derivante) dal depositum sicuramente non è ancora sorto là dove al depositario non è ancora affatto lecita la restituzione. Ciò che vi è di proprio nel rapporto è soltanto che il depositante ancora prima può ridomandare la cosa e con ciò mutare il dovere di custodia del depositario in un dovere di restituzione. l. 1 §§ 45, 46 depos. 16, 3. Se egli fa ciò, oramai il depositario è colpito dal dovere della restituzione ed anche spetta oramai al depositante l'actio depositi. Per tale teoria parla l'analogia del precarium; cfr. da un lato l. 2 § 2, l. 12 pr., l. 15 pr. de precario 43, 26 e dall'altro lato l. 8 § 7 eodem. Vedi anche l. 13 § 2, l. 22 pr., l. 24 de operis lib. 38, 1.

(57^a) (f) Contro l'espressione « lesione giuridica » (« Rechtsverletzung ») vedi però BINDING, Norme, I, p. 184.

gno che sia in contrasto col volere dell'avente diritto (58) — sia poi questo (*contegno*) un rifiuto della prestazione dovuta su richiesta dell'avente diritto (59), sia anche soltanto l'inadempimento di fatto della prestazione dovuta « contro l'aspettativa » dell'avente diritto « fondata su la natura del rapporto giuridico » (60). La trasgressione della norma è sufficiente per il sorgere della pretesa. C'è così poco bisogno d'un particolare conflitto con la richiesta (*Verlangen*) od anche soltanto con l'aspettativa (*Erwartung*) dell'avente diritto, che in questo la pretesa sorge ancor prima ch'egli abbia avuto anche solo notizia della trasgressione della norma. (61) (g).

p. 257

II. (*Il diritto d'azione è accordato subito con la fondazione della pretesa. Contro WINDSCHEID*). — Pretesa e diritto d'azione non sono concetti interamente coincidenti. Poichè quel termine — come io vorrei che fosse inteso, — designa la possibilità d'un appropriato procedimento giuridico in genere e quindi comprende tutti i mezzi forniti dall'ordinamento giuridico a tale scopo. Il « diritto d'azione » (« *Klagrecht* »), invece, mette in rilievo uno solo di questi mezzi: certo, il più forte ed il più importante di tutti, quello, altresì, che l'ordinamento giuridico quasi sempre presta al titolare d'un diritto privato — ma che tuttavia

(58) Intorno al concetto di « lesione giuridica privatistica » (« *Privatrechtsverletzung* ») ed alle sue differenti accezioni cfr. specialmente UNGER, op. cit., § 109, pp. 326-335. WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 122, p. 353, definisce: « Leso è un diritto, quando lo stato di fatto non corrisponde al medesimo contro il volere del titolare ». Contro (*wider*) il « contro il volere » cfr. sopra, pp. 175 segg. (*naturalm., del testo tedesco*).

(59) Come la lesione giuridica era stata intesa prima; contra, G. THON, *Su la prescrizione d'un credito fondato su intimidazione* (*Ueber die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung*), Riv. per il dir. civ. ed il processo (*Zeitschrift für Civilrecht und Process*), VIII (1835), pp. 36 segg.

(60) Così SAVIGNY, *Sistema*, V, pp. 285, 292. Contra, DEMELIUS, op. cit., pp. 157 segg.; UNGER, op. cit., p. 379, nota 10.

(61) Il rapporto fra norma, trasgressione della norma, e pretesa, è esposto con straordinaria chiarezza da MARCIANO in l. 40 de solut. 46, 3: « Si pro me quis solverit creditorum meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pignoratitia. item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit ». Tosto che siano dati i presupposti della norma, il suo comando colpisce i soggetti del dovere (debent). Se questi tosto non vi si conformano (alioquin), sorge (nascitur) per l'interessato la pretesa (actio, interdictum) come mezzo di coazione (ut possit) — e ciò a prescindere del tutto dalla sua consapevolezza e volontà (licet ignorante me).

può talvolta mancare al diritto privato e quindi anche al contenuto della pretesa. Il diritto d'azione è il precipuo nella cerchia dei mezzi giuridici, ognuno dei quali pur merita il nome di pretesa. Ma dove il diritto soggettivo è di quella natura che al suo titolare (*portatore: Träger*) presta il mezzo dell'azione, ivi, nello stesso istante nel quale è fondata la pretesa, è dato insieme anche il diritto d'azione.

Quest'ultimo punto è specialmente contestato da WINDSCHEID. Laddove alla nostra pretesa come all'actio romana « il momento della lesione del diritto sarebbe interamente estraneo », non si potrebbe « parlare di un'azione cioè di un querelarsi davanti al giudice prima d'aver patito un torto » (62). Anzi, il diritto d'agire presupporrebbe non soltanto una lesione di diritto, bensì eziandio « che nella o dopo la lesione di diritto sia venuta alla luce una volontà dell'autore della lesione contraria alla volontà conforme al diritto » (*alla volontà autorizzata: gegen den berechtigten Willen*) (63).

Da entrambi i lati questa teoria si discosta da quella qui difesa. Poichè da un lato io credo che per l'esistenza della pretesa (o dell'actio) (64) si richieda la violazione d'una norma (*eine Normwidrigkeit*), d'altro lato mi basta una cosiffatta lesione del diritto obbiettivo per far sorgere tosto il diritto di azione dell'avente diritto. Ma io devo ancora brevemente dimostrare quest'ultimo punto.

Anzitutto il contrario non discende in nessun modo dall'essenza dell'azione. Mi sembra erroneo di vedere in questa (e precisamente in contrasto con l'actio romana) una querela per un torto patito (65).

p. 258

(62) *Pandette*, I, § 44 in fine N. 4, p. 106.

(63) Ivi, § 122, p. 354. Cfr. anche *L'Actio*, p. 222: « La lesione della mia proprietà non genera per me un diritto di azione, bensì un diritto di pretendere la rimozione della lesione, e questo diritto di credito (*Forderungsrecht*), in quanto il suo appagamento viene ricusato, prende l'aspetto di (*si sviluppa in: gestaltet sich dadurch zum*) diritto di azione ». *L'Actio, Difesa* (*Abwehr*), p. 29. — Io comprendo WINDSCHEID solo nel senso che la pretesa deve trasformarsi in diritto d'azione, bensì deve sotto i detti presupposti acquistare inoltre la qualità dell'esperibilità giudiziaria (*der Klagbarkeit*). Ma la pretesa rimane esattamente la medesima, come si vede da ciò che la sua prescrizione non viene interrotta dalla messa in mora (*durch die Mahnung*).

(64) Naturalmente io parlo sempre soltanto delle azioni, pretese e diritti di azione fondati in concreto, non dei così detti diritti « astratti » od « eventuali », coi quali si designa solo l'aspettativa (*die Anwartschaft*) degli stessi.

(65) WINDSCHEID, per dimostrare che nel concetto romano di actio ci sarebbe la rappresentazione della trattativa (*der Verhandlung*), nel nostro concetto di azione ci sarebbe la rappresentazione della doglianza (*des Sichbeschwerens*), si

Sempre e per ogni dove, anche là dov'essa mira ad un risarcimento o ad una garanzia (66), essa (*azione*) domanda l'adempimento d'un dovere che anche ora incombe al convenuto. «Non il male commesso in passato contro l'attore, bensì ciò che il presente gli deve quanto al godimento del diritto, costituisce il centro di gravità dell'azione» (67). Certo la condizione di cose attuale deve non corrispondere al diritto, se si deve richiedere una mutazione della stessa. Ma un di più, e particolarmente un torto del convenuto commesso nel passato, questo l'azione concettualmente non lo presuppone. Un appagamento dell'attore è il solo scopo, l'insoddisfazione dello stesso (*Unbefriedigtsein desselben*) è quindi anche un motivo sufficiente per l'azione.

Inoltre non si potrebbe capire perchè solo il precedente infruttuoso tentativo dell'avente diritto di giungere con le buone ad avere il suo darebbe fondamento al suo diritto d'azione. Fino a che un comando non è adempiuto oppure sussiste una situazione vietata, la condizione di fatto non è corrispondente alla norma. Forse si potrebbe ritenere che all'obbiettivo illecità dovesse anche aggiungersi l'illecità soggettiva da parte dell'obbligato. Ma nè la messa in mora può sempre porre in colpa l'avversario nè c'è bisogno generalmente di quest'ultima, come si rileva da ciò che l'assistenza giudiziaria viene assicurata anche contro soggetti incapaci (*Schuldunfähige*).

E se si volesse richiedere, con *WINDSCHEID*, per il sorgere del diritto d'azione, una precedente infruttuosa messa in mora (*Mahnung*), si dovrebbe conseguentemente richiedere a ragione dell'azione (*zum Grunde der Klage*) altresì l'affermazione d'un'avvenuta richiesta diretta al convenuto. Allora il giudice dovrebbe respingere come non ancora sussistente (tal quale come l'azione proposta intempestivamente) altresì quella azione, la quale non si potesse richiamare ad una già avvenuta

riferisce al contrasto della frase romana e della nostra: *agere cum aliquo ed agere contro un altro*. La diversità dell'espressione è certamente molto notevole. Ma essa potrebbe spiegarsi già a prima vista (*schon äusserlich*) con ciò che il processo romano incominciava con la *in ius vocatio* e quindi subito con una trattativa bilaterale, laddove il nostro processo germanico prende inizio dall'appello unilaterale al magistrato. D'ora in avanti potremo anche dire di bel nuovo: andare in giudizio con qualcuno (*mit Jemand in's Gericht gehen*). *LENEL*, op. cit., p. 15. — Sopra i motivi eventualmente più profondi della diversità cfr. *DEGENKOLB*, op. cit., pp. 97, 125.

(66) Sopra, pp. 57, 59, 68 (*naturalm., del testo tedesco*).

(67) *DEGENKOLB*, op. cit., p. 46.

(68) Cap. II, pp. 102 segg. (*naturalm., del testo tedesco*).

messa in mora. Ed invece si ammette unanimemente che la clausola monitoria non appartiene alla ragione dell'azione e pertanto può senza danno omettersi (69).

Ma finalmente la teoria avversaria conduce a conflitti insolubili dovunque, per mezzo dell'azione, dev'essere realizzata un'obbligazione, che il convenuto può completamente adempiere soltanto nel processo. Prendiamo, per tacer d'altre (70), l'azione di divorzio. Se anche qui il diritto di agire dovesse nascere soltanto quando sia «venuta in luce un'opposizione dell'autore della lesione (*des Verletzenden*) contro la volontà tutelata», il diritto di azione non sorgerebbe proprio mai. Poichè non è in potere del coniuge colpevole di sciogliere il matrimonio su richiesta della parte lesa. L'obbligo a quello imposto dall'ordinamento giuridico consiste in ciò, di lasciare che il matrimonio sia sciolto per sentenza di tribunale. Quest'obbligo egli non lo può in genere soddisfare fino alla fine in via stragiudiziale. Egli deve ancora nel processo col suo contegno, specialmente con una risposta obbiettivamente veritiera alla citazione (71), accondiscendere alla fondata richiesta dell'attore. In altre parole, la parte colpevole è obbligata (72)

(69) Che il convenuto, il quale «col suo contegno non abbia dato motivo alla instaurazione della lite» (Codice di proced. civile, § 89), con l'immediata sottomissione rimanga dispensato dalle spese processuali, prova soltanto che non vi è alcun motivo per condannare il convenuto in tal caso al risarcimento delle particolari spese del mezzo scelto dall'attore per esperire il diritto, ma non che questo mezzo (se anche in primo luogo a sue spese) non appartenesse all'attore. — Quando *WINDSCHEID* a p. 354 insegna, che in tale caso «l'azione sia da respingersi come infondata e l'attore sia da condannarsi alle spese», la prima asserzione non corrisponde nè alla dottrina (*WETZEL*, *Sistema* §§ 46, 14; 2^a ed., pp. 513, 103; 3^a ed., pp. 568, 117) nè alla pratica del processo (nota 74) — ma l'ultima quanto meno sposta l'esatto angolo visuale, essendo il convenuto non soltanto tenuto al risarcimento di fronte all'attore e le spese del giudizio quindi essendo da sopportarsi dall'attore come proponente la lite (*als Extrahent*).

(70) Circa le azioni di riconoscimento o di accertamento (*Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*) cfr. ora specialmente *DEGENKOLB*, op. cit., pp. 139 segg. (specialmente pp. 145, 153, 162, 163 segg., 175, 177 segg., 220) — circa le azioni di divisione (*Theilungsklagen*) lo stesso, pp. 63, 67 segg. Poichè io posso aderire ai risultati di *DEGENKOLB* quasi in tutto, per intanto ho semplicemente cancellato le mie osservazioni su le *actiones praeiudiciales*.

(71) Intorno al rapporto fra il dovere processuale d'una dichiarazione soggettivamente veritiera ed il dovere di diritto materiale d'una positiva affermazione della proposizione obbiettivamente fondata dell'azione cfr. *DEGENKOLB*, op. cit., p. 59.

(72) *DEGENKOLB*, op. cit., pp. 63, 102: «La tendenza dell'azione di riconosci-

p. 260

p. 261

nell'interesse della parte lesa ad una cooperazione (Mithelfen) affinché essa parte lesa giunga ad una sentenza conforme allo stato di fatto, che accondiscenda alla sua richiesta. Non può quindi all'azione di divorzio precedere con buon risultato nessuna richiesta dell'attore di essere soddisfatto stragiudizialmente. Fin da principio tale azione è l'unico mezzo, dato alla parte lesa, per giungere allo scioglimento del matrimonio — sia poi che a ciò si giunga con la cooperazione del convenuto e quindi col contemporaneo adempimento del dovere che gli incombe, sia contro la sua resistenza e passando sopra la sua cooperazione (mit Ueberspringen seiner Beihilfe).

Così dunque anche la teoria (73) come la pratica (74) sempre più inclinano verso la veduta che il diritto di azione sia sorto immediatamente con la pretesa (h) — cioè nell'istante, nel quale lo stato di fatto esistente non corrisponde al diritto obbiettivo e quindi può esserne chiesto un mutamento.

12. (La possibilità di produrre una fondata eccezione annulla la pretesa avversaria. La pretesa soggetta ad eccezione è, non una pretesa impedita, bensì una pretesa non mai nata oppure estinta). — Dalla tentata determinazione del concetto di «pretesa» segue un'ulteriore conseguenza. Noi non possiamo parlare d'una pretesa là dove l'attuale condizione di cose sussiste di diritto (zu Recht besteht) e pertanto non può chiedersi con successo un mutamento della stessa. E neppure ha alcun che da chiedere quegli, il quale potrebbe bensì addurre per sé fatti, i quali bastano secondo le regole del processo al fondamento d'un'azione, ma la cui azione però può di nuovo venire ad elidersi quando si adducano fatti ulteriori. La possibilità di produrre una fondata eccezione annulla la pretesa avversaria.

Ciò vale per tutte le eccezioni, supposto unicamente ch'esse riposino soltanto sopra una allegazione di fatti (75). Se il debitore ha pa-

mento ad un accertamento giudiziario mostra un passar sopra all'attività delle parti od almeno un loro relativo indietreggiare di fronte all'aiuto, che sta in prima linea, del tribunale». Lo stesso è a dirsi anche relativamente all'azione di divorzio.

(73) Cfr. p. es. ARNDTS, *Pandette*, § 107; BRINZ, *Pandette*, 2^a ed. §§ 92, 92^a e nella Rivista (*Zeitschrift*) del GRÜNHUT, I, p. 38; BRUNS, nell'*Enciclopedia* del v. HOLTZENDORFF, 2^a ed., p. 348, 3^a ed., p. 371; NEUNER, op. cit., p. 159; UNGER, op. cit., § 116, p. 378 e specialmente § 123 sotto I, 6, p. 463; WETZELL, op. cit., § 16, p. 127 (3^a ed., p. 149).

(74) SEUFFERT, *Archivio*, XXVIII, 101; XXXI, 5 e le sentenze ivi citate.

(75) In contrasto con le obiezioni da discutersi nel § 13.

gato ciò che doveva, con ciò generalmente è venuto a finire il suo obbligo. Il comando, che fino a qui gli incombeva, è da lui osservato con l'adempimento. E nello stesso tempo col venir meno del dovere viene tolto al creditore il mezzo, che prima d'allora egli aveva in prospettiva o di già gli spettava per l'eventuale coattività del comando. Lo stesso vale, quando il creditore ha condonato in valido modo giuridico il debito — oppure quando è sopravvenuto un altro fatto qualsiasi, che l'ordinamento giuridico considera come causa di revoca del comando o divieto. Ed a questo proposito è del tutto equivalente che questa causa di revoca fosse riconosciuta anticamente in Roma come un istituto di diritto civile oppure derivasse unicamente dal diritto pretorio. Per conseguenza è indifferente anche pel nostro attuale diritto, che al tempo del processo formulare il fatto (*produttivo*) di revoca (die Aufhebungsthatsache) già sotto il punto di vista del ius civile togliesse l'actio (76) al soggetto fino allora tutelato oppure soltanto sul fondamento d'una disposizione pretoria, ad osservare la quale il iudex di fronte ad una formula in ius concepta potesse essere autorizzato ed obbligato solo per mezzo dell'inserzione d'una exceptio (77). Una distinzione dei fatti efficaci a produrre la perdita del diritto ipso iure ed ope exceptionis per il nostro diritto odierno non ha più nessun significato.

Con piena convinzione io mi unisco agli avversarii della teoria della pretesa meramente impedita (bloss gehemmten) o resa inefficace (oder unwirksam gemachten) (78). La pretesa da elidersi con un'ex-

(76) L'actio nel senso di diritto materiale, cioè, secondo quanto sopra si è osservato, il mezzo per ottenere (un comando di condanna e per mezzo di esso per ottenere) una condanna.

(77) Sia che questa fosse un'exceptio espressamente introdotta o (un'exceptio) cosiffatta, che il iudex (come nelle bonae fidei actiones) aveva « da considerare come accordata una volta per sempre » — cfr. LENEL, op. cit., pp. 86, 98. — Io non posso qui entrare nella questione, come la difesa del convenuto dovesse comportarsi di fronte ad un'actio con la formula in factum concepta: cfr. *Riv. per la storia del diritto* (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*), II, pp. 239 segg.

(78) Letteratura in LENEL, op. cit., p. 100 — ai sostenitori di quella teoria ivi cit. è da aggiungersi ancora: BRUNS, *Enciclopedia*, 2^a ediz., p. 352; 3^a ediz., p. 375, ed ora di nuovo KARLOWA, *Il negozio giuridico* (das Rechtsgeschäft) (1877), pp. 156 segg. Quest'ultimo vuol distinguere: « i motivi di difesa operanti ipso iure contraddicono direttamente all'asserzione giuridica dell'attore Le eccezioni invece non sono dirette contro la verità di quella intentio, esse devono soltanto impedire l'efficacia della stessa cioè il petitum. Il giudice dovrà pertanto giudicare dell'esistenza del diritto, e cioè che all'attore compete il diritto asserito, ed invece che sia da respingere la sua richiesta di condanna del convenuto ». Cerca il KAR-

ceptio romana nella maggioranza dei casi non è più affatto una pretesa, e non solamente una pretesa impedita oppure soggetta a contestazione (79). Come il diritto soggettivo di origine pretoria non significa per noi in nessun modo un diritto di second'ordine o di minore efficacia, così anche il diritto, il quale si è estinto in base ad una causa di abolizione pretoria, non cessa di esistere meno che il diritto perduto secondo il ius civile. Anzi, il concetto stesso del diritto impedito (*des gehemmten Rechts*), nel modo almeno come si suole presentarlo, è in sé tutto una contraddizione (80). L'ordinamento giuridico ha la scelta o di lasciar sussistere per certi casi i suoi imperativi oppure di toglierli di mezzo. Ma non può dire: «tu devi ed in pari tempo tu non devi — tu devi, perchè sei obbligato per il diritto civile romano, tu non devi, perchè un precetto pretorio ti libera». Esso (*ordinamento giuridico*) si deve decidere, a quale pensiero giuridico vuol dare la preferenza. Un «tu devi, ma puoi farne a meno» («Du sollst, aber Du brauchst nicht»)

LOWA vanamente di togliere di mezzo la contraddizione che qui si annida. Io per me non intendo come il giudice può giustificare ciò, di riconoscere la pretesa dell'attore insomma come giustificata e tuttavia di respingerla.

(79) Se ogni diritto soggetto ad eccezione dovesse essere annoverato fra quelli soggetti ad impugnativa, non ci sarebbe certo la più piccola cosa da dire contro la sua distinzione dal diritto estinto. Poiché l'obbligo sussisterebbe fino alla contestazione; cfr. p. 273 (*naturalmente, del testo tedesco*). In fatto qua e là si trova una tale teoria. Anche nell'esposizione del WINDSCHEID ve n'è quanto meno una reminiscenza (*klingt sie wenigstens an*), poichè la possibilità di eccezioni (*die Exceptionsmäßigkeit*) viene considerata come un «caso d'impugnabilità» (*Pandette*, § 82, N. 37). Ma è impossibile di trattare tutte le exceptiones come semplici mezzi di impugnazione. La loro efficacia liberatrice apparisce «quand'anche non dal primo istante in cui si fanno valere processualmente, tuttavia per l'esistenza del loro fondamento»: BRINZ, *Pandette*, 2^a ediz., I, § 108, p. 377. Cfr. l. 39 § 1, l. 40 de rei vind. 6, 1. Così in specie la pretesa soggetta ad eccezione, solo che fosse impugnabile, soggiacerebbe a prescrizione. Poichè il suo farsi valere (*Geltendmachung*) non sarebbe in nessun modo impossibile, come WINDSCHEID ammette, § 109, p. 315. Solo il suo adempimento (*Durchführung*) naufragherebbe nel caso, che il soggetto contro il quale la pretesa è fatta valere faccia uso d'una sua exceptio (*dass der in Anspruch Genommene von seiner exceptio Gebrauch macht*). — Secondo la teoria qui difesa la pretesa soggetta ad eccezione non si prescrive per ciò che in generale non esiste.

(80) LENEL, op. cit., pp. 101 segg.

(81), ricorda infatti il bisticcio delle sentinelle (*den Streit der Wächter*) nella commedia di SHAKESPEARE (82).

Anche la spettanza d'una exceptio dilatoria annulla, fin tanto che sussiste, la pretesa avversaria (83). Un *pactum de non petendo*, concluso per un tempo determinato, fa apparire da quel momento la situazione (84), come se il credito fin da principio fosse stato un credito a termine (85). Non si comprende poi perchè al termine tosto apposto al negozio, spettando ad esso efficacia per la maggioranza dei negozii già per ius civile (86), anche nel nostro diritto (*auch bei uns*) debba attribuirsi la forza di soffocare (*non lasciare che si produca*) per intanto la pretesa indipendentemente dal volere dell'obbligato — laddove un termine aggiunto successivamente (*eine nachträgliche Befristung*), poichè non riconosciuto dal diritto civile, deve lasciare sussistere la pretesa in sé stessa

(81) WINDSCHEID, *Actio*, p. 182: «Il diritto ... ha detto al creditore: tu puoi qui mettere in valore (*zur Geltung bringen*) la tua volontà di fronte al debitore, ma allo stesso tempo (*ha detto*) al debitore: tu puoi non obbedire a questo volere». In un altro luogo, p. 225, l'exceptio viene però giustamente (*treffend*) considerata come «la esclusione dell'actio per un certo caso ... Se infatti l'actio non è il diritto d'agire, bensì la pretesa, anche l'exceptio non è la difesa contro il diritto d'agire, bensì l'espressione della revoca del riconoscimento giuridico della pretesa per un certo caso».

(82) *Molto rumore per nulla*: «Se t'imbatti nel principe di notte, tu puoi ordinarli di restare». «No, anima mia, egli non può proprio fare ciò». «... egli può ordinare a lui di restare: ma s'intende, quando il principe ne ha voglia».

(83) Sempre sotto il presupposto della nota 75:

(84) Di diritto materiale. Il rapporto processuale (onere dell'allegazione e della prova: *Behauptungs- und Beweislast*) è indubbiamente un altro a causa di ciò che la pretesa è sussistita fino al *pactum de non petendo*. BEKKER, *Azioni*, II, pp. 290, 291.

(85) Cfr. anche il paragone d'un «*pactum, quod in tempus certum collatum est*» con un *debitum «ex die»* in l. 56 de cond. ind. 12,6.

(86) Non p. es. per la costituzione di servitù; l. 4 pr. de serv. 8,1: «*Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus constitui possunt: sed tamen, si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti*». Qui stavano a disposizione della volontà negoziale, poichè essa non trovava nessuna protezione nel diritto civile, soltanto i mezzi del diritto pretorio. Questa ragione storica, non il contenuto specifico dell'accordo (*der Beredung*), ammetteva, in luogo d'un'efficacia ipso iure, un'efficacia ope exceptionis. Oppur doveva effettivamente alcuno, nel caso che il diritto romano avesse deciso altrimenti, scandalizzarsi per ciò che ad un accordo, il quale secondo la sua natura avrebbe potuto possedere soltanto la forza di «impedire» («hemmen») un diritto o di renderlo «inefficace» («unwirksam»), sia stata aggiunta una forza giuridica di annientamento?

p. 266 e solo renderla ineseguibile (87). La exceptio dilatoria annulla frattanto actio e pretesa — ma non la responsabilità dell'obbligato. Questo è un punto, che LENEL a torto contesta (88). Il « tu devi » dell'ordinamento giuridico colpisce pur sempre il debitore. Soltanto il contenuto del comando si è mutato: in luogo d'un'attività immediata gli è comandata un'azione futura (89). Ma in pari tempo in forza di questa responsabilità già ora sussistente gli vengono imposti subito obblighi di natura ben positiva (90).

13. (La pretesa sotto forma di eccezione. Categoria delle eccezioni «riconvenzionali») (1). In particolare la exceptio non adimpleti contractus. — Una distinzione dei fatti estintivi (Aufhebungshatsachen) riconosciuti in diritto civile (e perciò operanti ipso iure) e di quelli pretorii (rilevabili solo ope exceptionis) non è più da farsi per il nostro diritto odierno. Crolla con ciò l'usuale partizione delle nostre attuali eccezioni in motivi di difesa operanti ipso iure ed eccezioni (in senso stretto). Parimenti, in una tripartizione in «eccezioni negatorie, perentorie ed eccipienti» (91), la terza categoria ha perduto in questa forma ogni giustificazione. Ma con ciò non è detto in nessun modo che sia svanita anche ogni materiale distinzione per entro alle nostre attuali eccezioni o che sia limitata soltanto alla partizione in eccezioni impediendi e perentorie. La più decisa opposizione dev'essere fatta al principio di LENEL: «v'è soltanto una specie di difesa di diritto materiale: (la) negazione dell'esistenza della pretesa avanzata» (93). In fatto

(87) Cfr. anche EISELE, *Compensazione* (Compensation), (1876), p. 335.

(88) Op. cit., p. 105 nota 1, p. 109.

(89) In modo perfettamente esatto la situazione di fatto viene precisata da BRINZ, op. cit., p. 378.

(90) Cfr. sopra, pp. 199, 213 (naturalmente, del testo tedesco) — come ivi tosto apparisce che la distruzione d'una cosa dovuta anche a termine racchiude un'illiquidità.

(91) WETZELL, op. cit., § 17, pp. 137, 140 (3^a ediz., pp. 158, 162) — il quale distingue di nuovo fatti impediendi e perentorii e parimenti eccezioni impediendi e perentorie.

(92) BURCKHARD, *Le presunzioni civilistiche* (die civilistischen Präsumtionen), (1866), p. 136.

(93) Op. cit., p. 137. LENEL è del tutto radicale: la compensazione e quindi anche la liberazione di entrambe le parti secondo lui si effettua per il mero contrapporsi dei reciproci crediti (p. 145), egli rigetta incondizionatamente il concetto dell'impugnazione nella difensiva (p. 136), l'exceptio non adimpleti contractus è per lui una mera negazione della pretesa dell'attore (p. 110), del pari che l'exceptio metus e redhibitionis (p. 136).

il nostro odierno diritto (94) conosce due specie di difesa, che sono interamente diverse l'una dall'altra: difesa per mezzo d'una negazione della pretesa dell'attore e difesa per mezzo di proposizione d'una contro-pretesa — quella agisce per mezzo dell'adduzione di fatti che negano o annullano il diritto, questa si appoggia ad una pretesa del convenuto contro l'attore. Alle eccezioni negatorie (impeditive ed estintive) si aggiungono inoltre le eccezioni «riconvenzionali» (treten noch die rechtsverfolgenden Einreden hinzu).

Un semplice esempio può tosto spiegare il senso di questa tesi. Subito dopo la conclusione d'un negozio di compra-vendita (eines Kaufgeschäfts) sono sorti due obblighi ed entrambi sono da adempiersi subito, supposto che nessuno di essi od espressamente od a seconda delle circostanze del caso sia aggiornato. Al fine di realizzare questi obblighi è accordata ad ognuna delle parti (ad ogni avversario: jedem Gegner) una pretesa ed anche questa sorge subito per entrambe le parti: la pretesa alla merce acquistata non prima del pagamento del prezzo. Segno di ciò è che secondo la ben fondata dottrina oggi dominante entrambe le pretese incominciano subito a prescriversi (95). Il dovere del venditore ed il dovere del compratore sono fin da principio inseparabili l'uno dall'altro. L'ordinamento giuridico non dice al venditore: «fino a che il compratore non abbia pagato, tu non hai alcun dovere di consegnare». Altrimenti esso (ordinamento) verrebbe nel frattempo a negare un qualsiasi obbligo. Il suo comando colpisce subito il venditore. Ma certamente del pari anche l'avversario: a tutt'e due è data una potestà, all'uno contro l'altro. Solo che questa potestà non è limitata unicamente ad un reciproco diritto di agire. Il convenuto può perseguire la sua contraria pretesa anche in via di eccezione. L'eccezione di ritenzione non significa che il convenuto oppugni il proprio obbligo. Quest'ultimo sussiste di diritto e non viene a cadere per il

(94) Prescindendo dalle eccezioni processuali e dagli appunti processuali (Processmängelungen), che concernono solo la condotta processuale dell'attore.

(95) UNGER, op. cit., II, § 120, nota 7, pp. 410, 411. WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 109 N. 3, p. 316. — La spiegazione recentemente venuta in voga di questo principio, che un'eccezione contraria non impedisca la prescrizione della pretesa, quando il creditore avrebbe dovuto togliere di mezzo l'eccezione, dà a mio avviso una falsa espressione al pensiero esatto. Uno specifico dovere di rimuovere l'eccezione non esiste: vi è bensì il dovere di adempiere ciò che si è promesso, il quale incombe al venditore come al compratore, e ciò indipendentemente dall'adempimento o dall'inadempimento dell'obbligo avversario.

fatto che anche all'attore incombe un obbligo d'un contenuto del tutto diverso. Ma ben ottiene il convenuto, con la sua *exceptio non adimpleti contractus*, che il giudice esàmini anche la consistenza della contropretesa. E se questi trovi entrambe le pretese fondate, in base a questo risultato egli non ha certamente da pronunciare una reciproca condanna (96). Ma altrettanto poco si deve respingere secondo il diritto odierno la domanda giudiziale (*das Klaggesuch*). Piuttosto il convenuto dev'essere condannato secondo la domanda dell'attore, in cambio dell'adempimento (*della sua prestazione*) da parte di questo (97). Ma in ciò sta un riconoscimento della forza difensiva dell'addotta contropretesa. Poiché all'attore viene accordata assistenza giudiziaria solo in cambio d'un appagamento del convenuto.

p. 269

L'*exceptio non adimpleti contractus* significa addurre una contropretesa, non già denegare la pretesa avversaria. Contro questa si rivolge il convenuto, non già perchè egli contesti la sua esistenza, bensì perchè egli domanda protezione pel suo proprio diritto. E l'assistenza giudiziaria per questo è a lui attribuita per mezzo (del provvisorio rigetto dell'azione o secondo la più moderna pratica per mezzo) della limitazione della condanna. Per questo la detta eccezione non è semplicemente un'allegazione, ma in pari tempo un atto di volontà (*Willensaction*), non è semplicemente un'esposizione di fatti (*Thatshenerzählen*), bensì in pari tempo una istanza giudiziaria (*Rechtshülfe gesuch*). La prova di ciò è facile a darsi. Se l'eccezione contenesse soltanto un'allegazione, di essa potrebbe far le veci la deduzione propria dell'attore (so könnte sie durch das eigene Vorbringen des Klägers ersetzt werden). Se il venditore agisce in base a fatti, che fanno apparire fondata la sua pretesa, la sua azione sarà ciò non di meno da rigettarsi, quando dalla sua esposizione risulta che l'attore sia pagato, oppure ch'egli abbia condonato o prorogato il debito al convenuto, oppure che sussiste un altro fatto qualsiasi, al quale l'ordinamento giuridico connette l'inesistenza o la decadenza del diritto di credito. È indifferente a questo proposito che il fatto che impedisce od annulla il diritto nel processo formulare romano operasse ipso iure oppure *op exceptionis* (98). Ma è tutt'altra cosa quando l'azione fa riconoscere che

p. 270

(96) Poiché il convenuto ha voluto utilizzare la sua contropretesa solo in via defensionale, senza proporre una riconvenzione.

(97) SEUFFERT, *Archivio*, XVIII, 180; XXIII, 176.

(98) Ciò viene contestato da WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 488 N. 4, p. 832.

al convenuto spetta una contropretesa. Qui il giudice non può respingere d'ufficio l'azione (99). Poiché il fatto, che il convenuto ha parimenti una pretesa, non toglie all'attore la sua propria. E se il giudice a causa della prima (*la pretesa*) volesse respingere l'azione, ciò significherebbe, venire in aiuto di ufficio al diritto privato contro l'essenza di questo. La volontà del convenuto è la leva necessaria per mettere in movimento quell'aiuto giudiziario.

14. (*L'eccezione di compensazione secondo SCHWANERT ed EISELE*). — Ancora più chiaramente si presenta il rapporto fra pretesa e contropretesa nella compensazione. Secondo le indagini di SCHWANERT e di EISELE, i cui risultati per l'odierno diritto sostanzialmente concordi io accetto con piacere, il fatto, che due o più crediti si contrappongano fra le stesse persone, non estingue nè tocca (*tilgt oder afficirt*) minimamente

«Non infirmabile semplicemente per via di eccezione, così che quindi il giudice deve rigettare d'ufficio l'azione». Allora il diritto soggetto ad eccezione sarebbe ancora per certo un diritto, se anche un diritto contestabile; ma cfr. nota 79. — Nell'esempio seguente: azione da fideiussione per un prestito sotto ammissione (*unter Einräumung*): 1. di seguito pagamento (*erfolgter Zahlung*), 2. di dilazione, 3. di compensazione conforme a contratto (l. 19 § 3 de probat. 22, 3), 4. di prestazione di giuramento stragiudiziale, 5. di sentenza di rigetto passata in giudicato (*rechtskräftiger Aberkennung*), 6. dei fatti che giustificano l'*exceptio SC¹ Velleiani* o 7. Macedoniani, 8. d'un controcredito compensabile, 9. d'un'eccezione di escussione, a mio avviso sarebbe da rigettarsi nei casi 1-7, da ammettersi nei casi 8 e 9. Poiché le ammissioni 1-5 fanno apparire l'obbligo del convenuto come caduto, l'ammissione 6 come non sorto, laddove il mezzo scelto nel (*caso*) 7 di procedimento giudiziario in via di azione si mostra come inammissibile. Le ammissioni dei casi 8 e 9 invece fanno riconoscere soltanto che il convenuto ha qualcosa da pretendere anche dall'attore.

(99) *Contra*, WETZELL, l. cit., § 19 Nota 8, p. 150 (3^a ed., p. 172) § 45 al N. 3, p. 489; ma cfr. § 17 al N. 24, p. 143 (3^a ed., p. 165). Però a me sembra che contenga un'intima contraddizione, da un lato accordare al contraente malgrado l'*exceptio non adimpleti contractus* un diritto di agire (pretesa), come si rileva dalla sua prescrizione, e d'altro lato respingere la sua azione, quand'egli racconta in modo verosimile il fatto esistente (*den obwaltenden Thatbestand*).

(100) SCHWANERT, *La compensazione* (*die Compensation*) (1870), p. 60. EISELE, *La compensazione* (1876), pp. 211 segg., pp. 259 segg. La nuova formula, che BRINZ (*Riv. crit. trimestr.*: *Krit. Vjschrift*, XIX (1877), p. 342) propone: «Ognuno è obligatus per il suo debito, ma altresì non v'è nessuno tenuto a rispondere in forza del debito dell'altro», mi sembra essere nè logicamente ineccepibile (*einwandfrei*) nè praticamente soddisfacente — non soddisfacente in specie nei casi, nei quali a più crediti di già fondati si contrapponga un solo contro-credito per un importo minore.

p. 271

i reciproci diritti (100). Ad ognuno dei creditori appartiene dunque precisamente come prima una pretesa esperibile, così che naturalmente corre per questa anche la prescrizione (101). La coesistenza dei due crediti compensabili concede soltanto ad ognuna delle parti la facoltà di chiedere una compensazione (Aufrechnung) all'altra parte. Questa domanda, la quale del resto anche di per sé soltanto opera analogamente all'offerta di pagamento (102), fonda dapprima l'obbligo dell'altra parte alla compensazione e con questo (fonda) per l'offerente un diritto ed una pretesa a ciò (alla compensazione). L'esistenza d'un contro-credito compensabile non impedisce dunque la presentazione dell'azione. L'azione è perfettamente fondata, anche allora, quando il suo proprio contenuto fa conoscere l'esistenza d'un contro-credito compensabile. Anche l'addurre l'eccezione di compensazione non contiene ancora una compensazione (103). Essa (adduzione) significa una richiesta di compensazione per il caso che la pretesa dell'attore dovesse essere riconosciuta fondata, ed è quindi da intendersi come una richiesta al giudice di proclamare se del caso, nella sentenza, l'obbligo dell'attore di consentire alla compensazione, e con ciò in pari tempo di darvi esecuzione. L'eccezione contiene dunque anzitutto una disposizione e poi una richiesta di assistenza giudiziaria. E se il giudice trova fondata la pretesa dell'attore come la richiesta di compensazione del convenuto, egli deve proclamare questo suo risultato conformemente alla cognizione (che ne ha acquistata) e con ciò attuare la compensazione. In pari tempo, in conseguenza di ciò il convenuto oramai liberato in quanto è seguita la compensazione, dovrà essere assolto dalla domanda (104).

p. 272

15. (Ulteriori esempi. L'impugnazione nella difensiva). — L'eccezione di compensazione e l'exceptio non adimpleti contractus non sono le sole eccezioni «riconvenzionali». Dovunque il convenuto, se pure soltanto a scopo di difesa, possa affacciare con effetto giuridico

(101) WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 350, N. 2, p. 324. SCHWANERT, op. cit., p. 62. EISELE, op. cit., p. 333.

(102) SCHWANERT, p. 69. EISELE, p. 252.

(103) SCHWANERT, p. 66. EISELE, p. 250. Con ciò si rimuove l'obiezione di LENEL, p. 146; la l. 7 § 1 de comp. 16, 2: «Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio» prova senza dubbio, che la richiesta di compensazione non racchiude ancora una compensazione, ma non prova più di così.

(104) Egregiamente SCHWANERT, op. cit., pp. 64, 65. EISELE, op. cit., p. 381.

una pretesa all'adempimento d'un obbligo incombente all'attore, questo mezzo di perseguire il diritto è da ascrivere a quella categoria.

A questa (categoria) appartiene in particolare l'eccezione di ritenzione, la quale è da costruirsi (105) analogamente all'eccezione del contratto non adempiuto. Parimenti l'exceptio spolii ed i benefici di legge dei mallevadori. In questi casi il convenuto non nega la sua obbligazione (106). Piuttosto egli adduce che anche all'attore incombe un comando d'un altro contenuto, ed il diritto che gliene (cioè da tale comando) deriva lo fa valere in via di eccezione allo scopo di non dover sottostare al suo obbligo fino a quando quegli non abbia adempiuto l'obbligo proprio (107).

D'altra parte, in conformità alla loro struttura processuale, sono strettamente apparentate all'eccezione di compensazione tutte quelle eccezioni, le quali tentano di rimuovere l'azione (ben) fondata al tempo della sua produzione ed ancora più in là, col far valere un obbligo dell'attore, pel cui riconoscimento ed esecuzione deve essere certamente denegata la pretesa dell'attore. In primo luogo a questa categoria appartengono i casi, nei quali il convenuto fa uso in via di eccezione della sua facoltà di chiedere una risoluzione del negozio, di cui l'azione richiede l'adempimento. Per mezzo dell'exceptio redhibitoria (108) p.

p. 273

(105) Non si dovrebbe contestare che a fondamento del così detto diritto di ritenzione sta un credito, e cioè (un credito) a quella prestazione, per la cui (indiretta) coazione può essere ritenuto. Cfr. in particolare GOLDSCHMIDT, *Diritto commerciale* (Handelsrecht), I, 2^a parte (1868) § 94 Num 2, p. 972. Se il credito corrisponde all'uso d'una cosa, esso si rivolge «verso chiunque sia giuridicamente nella situazione di sottrarre al possessore con la cosa anche l'elemento di godimento che vi è annesso»: GOLDSCHMIDT, p. 973. Ma il diritto di ritenzione non è per ciò in nessun modo, come BEKKER (*Azioni*, II, p. 369) opina, un diritto reale. La facoltà di ritenzione in generale non è un diritto, bensì un mezzo di perseguire il diritto (j) — ma il credito, che dev'essere con ciò coattivamente soddisfatto (erzwungen), non si rivolge alla massa indeterminata. — Del tutto diversa è la questione se la detenzione nel proprio interesse oggidi possa essere chiamata un diritto reale; cfr. su ciò Cap. VI, nota 72.

(106) Per questo l'adempimento non è una indebiti solutio: l. 51 de conduct. ind. 12, 6.

(107) GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 981: «Il diritto di ritenzione protegge non contro la condanna, bensì contro la condanna incondizionata, e per questo contro la esecuzione». Per gli allegati alla Nota 1 ancora WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 351, num. 3, p. 332; e SEUFFERT, *Archivio*, XVI, 195; XXIII, 176; XXVIII, 192. — Le eccezioni sorgenti dal beneficium ordinis e divisionis, invece, conducono attualmente ad un rigetto dell'attore.

(108) l. 59 de Aed. Ed. 21, 1.

es. e parimenti per mezzo dell'eccezione per lesione oltre la metà viene chiesto da parte del convenuto (beklagtischerseits) all'attore la rinnovazione degli effetti giuridici della compravendita (108^a) e quindi la liberazione del convenuto dall'obbligo che attualmente gli incombe. Questa pretesa diventa idonea alla difesa a causa di ciò, che il giudice, come nella compensazione, deve appurare la consistenza giuridica dell'istanza di eccezione, e, nel caso ch'egli la trovi fondata, deve pronunciare e con ciò in pari tempo attuare l'obbligo dell'attore. E quando questo sia fatto, la liberazione del convenuto rimane la sola conseguenza possibile. — Ma in un modo del tutto analogo sono da costruirsi poi anche le eccezioni, per mezzo delle quali il convenuto allo scopo della sua difesa persegue l'impugnativa del negozio, la cui consistenza giuridica costituisce il fondamento dell'azione. Esse domandano la dichiarazione d'invalidità (*del negozio*) per mezzo d'una pronuncia giudiziale e adducono l'obbligo dell'attore di cooperare ad ottenere una sentenza cosiffatta (109). È del pari ingiustificato il contestare l'impugnativa (die Anfechtung) quale mezzo giuridico difensivo (110) come rigettare l'intero concetto di questa (111). Se la possibilità d'impugnativa (die Anfechtbarkeit) consiste in ciò, che a qualcuno (e per lo più alla parte lesa) è dato il potere (die Macht) di far dichiarare invalido per mezzo d'una pronuncia giudiziale il negozio fino allora valido e pienamente efficiente, allora devesi anche ben distinguere un'impugnativa in via di eccezione da una denegazione della pretesa dell'attore. Poiché la dichiarazione di voler impugnare non è ancora sufficiente ad annullare gli effetti del negozio (112). Essa (*dichiarazione*), sollevata in via di eccezione, non può aver maggiore efficacia che se fosse contenuta nell'azione. Tanto poco come il proporre un'azione fa seguire

p. 274

(108^a) Che l'istanza qui debba essere prodotta e l'allegazione dei fatti che ne sono a fondamento non sia sufficiente (in quanto dal modo di produrla non s'induca il volere del convenuto) riconosce espressamente la sentenza cit. da SEUFFERT, *Archivio*, XIII, 184.

(109) Cfr. sopra p. 261 (*naturalmente, del testo tedesco*).

(110) Così LENEL, *op. cit.*, p. 136.

(111) Così SCHLOSSMANN, *La teoria della coazione* (die Lehre vom Zwange) (1874), §§ 2, 3, pp. 7 segg., 20 segg.

(112) Io (*qui*) non ammetto il caso addotto dal WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 82, p. 218 come « pensabile »: che, cioè, l'impugnativa « possa realizzarsi per via d'una semplice dichiarazione di colui, il quale si trova gravato dall'effetto giuridico verificatosi ». In tal caso si potrebbe a malapena parlare ancora di un'impugnativa. Al contrario la querela nullitatis del processo e del diritto matrimoniale mi apparisce come una vera impugnativa.

la rescissione, altrettanto poco il sollevare un'eccezione può rendere subito eseguibile una rescissione. In entrambi i casi questo può fare soltanto la pronuncia giudiziale. Non prima di questa il negozio diviene invalido (113). Ed allora la liberazione (die Entbindung) del convenuto dall'azione sollevata (*contro di lui*) risulta come una conseguenza necessaria (114).

16. (*Eccepibilità non è impugnabilità*). — L'eccezione d'impugnativa è un'eccezione « riconvenzionale » e come tale non ha nulla in comune dal punto di vista del diritto materiale con la negazione della pretesa dell'attore, la quale solo processualmente assume l'aspetto di eccezione. Per questo sarebbe perfettamente giusto il separare anche oggi tutte le eccezioni romane dalle eccezioni negatorie, qualora l'exceptio dovesse in realtà essere concepita come un mezzo d'impugnativa. La pretesa sollevata in via di azione sussisterebbe poi per intanto di pien diritto malgrado la spettanza dell'exceptio. La eccepibilità della stessa (*pretesa*) avrebbe soltanto il significato, che il convenuto sarebbe in possesso di un mezzo per far cadere la pretesa dell'attore (115). La teoria di SAVIGNY, secondo la quale la exceptio come « contestazione per mezzo d'un diritto contrapposto » è da opporsi alla negativa assoluta e relativa (116), conterrebbe allora un nocciolo di esattezza. Solo che questo « diritto contrapposto » non sarebbe da porsi fuor di relazione col diritto dell'attore; esso consisterebbe piuttosto soltanto nella facoltà d'impugnativa. Così è infatti da ARNDTS modificata la teoria di SAVIGNY (117). E questa concezione dell'exceptio si può oppugnare solo con la prova che la eccepibilità non significa per certo dappertutto mera impugnabilità, che piuttosto nella maggioranza dei casi, nei quali un'exceptio romana è fondata, già questo fatto (cioè la spettanza di essa, non soltanto l'allegarla oppure l'espe-

p. 275

(113) Senza pregiudizio della questione, se d'ora in poi debba considerarsi che l'efficacia del negozio sia venuta a mancare solo da ora oppure fin da quando il negozio diventava impugnabile o invece da quando aveva luogo l'impugnativa.

(114) Per quanto concerne l'impugnativa nella difensiva cfr. BRINZ, *Pandette*, 1^a ed., §§ 376, 378, pp. 1635, 1660; 2^a ed., § 108, p. 377. BIRKMEYER, *Le eccezioni nel bonae fidei iudicium* (die Exceptionen im b.f.i.) (1874), pp. 31, 301 segg.

(115) Sia già con la sola dichiarazione di volontà da ravvisarsi nel far valere l'eccezione, sia soltanto col causare la sentenza giudiziaria che riconosca l'impugnabilità della pretesa dell'attore e che attui con ciò l'annullamento della stessa.

(116) SAVIGNY, *Sistema*, V, pp. 153 segg.

(117) ARNDTS, *Pandette*, § 101 nota 2.

p. 276 rirla nel processo) rimuove la pretesa dell'attore (118). D'altra parte deve ammettersi, che qua e là l'exceptio dei Romani era il mezzo processuale per far valere una mera impugnativa. In questi casi essa sarà ancor oggi da ascrivere alle eccezioni «riconvenzionali». Si può quindi affermare solo questo: la circostanza, che ad una difesa nel diritto romano era data la forma dell'exceptio, non può utilizzarsi da sola per la classificazione delle odierne specie di difesa (119).

17. (Non ogni contestazione sul fondamento d'un diritto da contrapporsi è un addurre un'eccezione «riconvenzionale»). — Io spero che mi sia riuscito di giustificare in linea di principio la distinzione delle due specie di difesa: il denegare la pretesa dell'attore per mezzo di allegazione di fatti impedienti o denegatorii del diritto da una parte, ed il far valere una contropretesa pregiudiziale dall'altra. Non avrei, infine, che da prevenire ancora un possibile equivoco. Non tutte le eccezioni, che per lo scopo defensionale fanno ricorso ad un controdiritto del convenuto, sono da ascrivere alla categoria delle eccezioni «riconvenzionali». Tosto che l'allegazione del diritto del convenuto abbia il significato, che a causa di quest'ultimo la pretesa dell'attore (temporaneamente oppure senza limitazione di tempo) non sia fondata, la difesa appartiene puramente alla categoria delle eccezioni negatorie. È questo un punto, che di solito è trascurato anche da coloro, che per il resto accolgono la veduta qui difesa e non fanno valere ogni exceptio romana senz'altro anche per il nostro diritto attuale come una particolare specie di difesa (120). Eppure la differenza fra

p. 277

(118) BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., § 108, p. 377.

(119) Sotto questo riguardo io aderisco interamente alle osservazioni di EISELE, *Il fondamento materiale dell'exceptio* (die materielle Grundlage der Exceptio) (1871), p. 124 e *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vjschrift), XVI (1874), pp. 510, 511.

(120) Così da KRUEGER, *Rivista per la storia del diritto* (Zeitschrift für Rechtsgeschichte), VII (1868), p. 222, il quale trova una differenza egualmente plausibile e fondata, se contro la rei vindicatio viene eccepita (?) usucapione o (?) usufrutto, e se il convenuto produce contro l'azione contrattuale (ii) pagamento o (la) compensazione. Così ancora da BEKKER, *Azioni*, II, pp. 288, 300. Questi sostiene tre specie di eccezioni: «A) la pretesa sollevata contro di me non ha acquistato esistenza; B) essa si è di nuovo estinta dopo essere diventata eventualmente esistente; C) essa, posto che sia ancora esistente, in questo modo almeno non è perseguibile». A quest'ultima categoria BEKKER ascrive anche i casi, nei quali all'azione di per sé fondata «è d'ostacolo un diritto del convenuto» e nomina qui accanto all'eccezione di compensazione e di ritenzione la exceptio iniusti dominii. — Cfr. anche BIRKMEYER, op. cit., pp. 41, 303.

le surricordate eccezioni «riconvenzionali» e la negativa per mezzo di un'allegazione di diritto a me sembra essere pienamente dimostrabile. Se il convenuto invoca p. es. di fronte alla revindica dell'attore un diritto reale, che (come l'usufrutto (121), il pegno (122) o la superficie (123)) gli permette la detenzione della cosa — oppure se si riferisca ad una convenzione obbligatoria, p. es. ad un contratto di affitto, in base al quale la cosa deve essergli lasciata da parte dell'attore (124): egli non solleva con ciò una contropretesa, ma piuttosto contesta l'obbligo della consegna della cosa, che l'azione afferma e fa valere. Ciò discende dalle seguenti considerazioni. L'ordinamento giuridico non può dire al tempo stesso: «tu non devi detenere la proprietà altrui, se anche ti spetta un diritto a possederla — ma ti è lecito detenerla se hai un tale diritto». Se (*l'ordinamento giuridico*) vuole quest'ultima cosa, deve negare in genere il dovere di restituzione e conformemente togliere il proprio divieto di detenzione per tali casi. La conseguenza è che per il proprietario non sorge nessuna pretesa alla restituzione contro l'usufruttuario e l'affittuario durante l'usufrutto e rispettivamente durante l'affitto — e che pertanto nè la revindica nè l'actio locati in questo frattempo si prescrivono (125). — Ma noi attribuiamo inoltre in tali casi al convenuto un diritto di detenzione vale a dire un'aspettativa di pretese, per il caso che la cosa gli venga presa. Ma se egli di fronte alla revindica adduce in via di eccezione fatti che fondino il suo diritto, ciò non ha qui il significato che egli avanzi una pretesa contro l'attore. Se egli è già in possesso della cosa, a qual fine può mirare la sua pretesa? Quei fatti servono qui soltanto allo scopo

p. 278

(121) La questione, se nel processo romano l'usufrutto poteva esser fatto valere per mezzo di eccezione di fronte alla rei vindicatio — contra, KRUEGER, op. cit., p. 222; LENEL, op. cit., p. 101 Not. 1; pro anche FRANCKE, *Commentario de hered. petitione*, I (1864), p. 189 — non tocca in nessun caso il nostro attuale diritto.

(122) l. II § 2 de pign. 20, 1. — c. 10 § 2 C. de act. pign. 4, 24. — Nov. 18 c. 10.

(123) l. I § 4 de superfic. 43, 18.

(124) Così in ogni caso secondo il diritto odierno. Una «exceptio rei locatae» ammette già pel diritto romano FRANCKE, op. cit. — Cfr. Cap. VI a nota 51.

(125) UNGER, op. cit., II, § 116 nota 15, § 120 nota 7^a, pp. 384, 411. c. 7 § 7 C. de praescriptione XXX a. 7, 39: «Nulla scilicet danda licentia conductori dicendi ex quocumque temporum curriculo non debere se domino volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere eam reddere».

di combattere il dovere della restituzione, che potrebbe inferirsi dai fatti addotti dalla parte altrui. In altre parole, i fatti, ai quali si richiama un convenuto, non vengono qui considerati, rigorosamente parlando, nella loro funzione positiva cioè produttiva di diritto, bensì soltanto nel loro significato negativo cioè derogativo di dovere e denegativo d'una pretesa (126).

p. 279

Per gli stessi motivi io ascriverei fra le eccezioni negatorie, e non fra quelle «riconvenzionali», le eccezioni, per mezzo delle quali secondo i passi sovente citati di ULPIANO (127) ci si può opporre per particolari motivi agl'interdetti del paterfamilias. Ed altresì le eccezioni accordate contro altri interdetti, sebbene stia manifestamente a fondamento di parecchie di queste un «contro-diritto» del convenuto (128). Poichè, come io considero la cosa, per caratterizzare le eccezioni «riconvenzionali» è decisivo, non che i fatti, ai quali si può richiamare il convenuto, fondino in pari tempo un diritto di questo (129), bensì soltanto che al convenuto anche da parte sua spetti una (ancora inappagata) p r e t e s a contro l'attore, ch'egli possa far valere a scopo della sua difesa.

p. 280

18. (*Prescrizioni della pretesa*). — Tutti i mezzi di perseguire il diritto sono mezzi del pretendere e cadono sotto il concetto comprensivo di pretesa. Un'altra questione, che qui non è da discutersi, è se gl'istituti giuridici, che noi siamo soliti riferire alla «pretesa», concernono in egual maniera tutte le forme di perseguire il diritto. In particolare tale questione diventa critica rispetto alla prescrizione. È manifestamente impossibile riferire quest'ultima soltanto al diritto di azione. Poichè come ora

(126) Io evito l'espressione «denegativo d'un diritto» («rechtsverneinend»), perchè non viene denegato un diritto dell'attore (cioè la sua tutela giuridica e la sua aspettativa di pretese d'altra natura), ma soltanto l'addotta pretesa. Non diversamente che quando l'affittuario di fronte all'azione per il penultimo trimestre d'affitto adduce il pagamento oppure una proroga: anche qui non è messo in contestazione il diritto di natura obbligatoria dell'attore, ma bensì la concreta pretesa.

(127) l. 1 § 3, 5; l. 3 § 2, 5 de libr. exh. 43, 30. KRÜGER, op. cit., p. 225. BIRKMEYER, op. cit., p. 303.

(128) Cfr. p. es. l. 1 § 16 de fluminibus 43, 12: «... ita excipieñdum ait: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit». l. 1 § 10 de op. novi nunt. 39, 1. l. 3 § 2, 3 quod vi aut clam 43, 24.

(129) Così che il convenuto verrebbe ad avere una pretesa (e quindi per lo più anche un diritto d'azione) alla rimozione dell'attuale situazione, se egli non si trovasse proprio nella fortunata situazione d'essere in tempo soddisfatto.

viene per lo più riconosciuto, la prescrizione almeno in alcuni casi può opporsi anche al perseguire il diritto in via di eccezione (130). Viceversa, tutti i mezzi di perseguire il diritto (131) vengono poi sottratti per mezzo della prescrizione, ma soltanto a colui, il quale fra essi possedeva anche il diritto di azione e trascurava di farne uso. Per ciò noi potremo forse dire per il diritto odierno; solo la pretesa azionabile (der klagbare Anspruch) soggiace alla prescrizione -- ma in questa guisa, che dopo ch'essa si è presentata non soltanto il diritto di agire, bensì l'intera pretesa è spenta (132). Non è da esaminarsi qui se questo principio si raccomandi anche in via legislativa, oppure se non piuttosto la prescrizione dovrebbe estendersi a tutti i mezzi di perseguire il diritto. All'ovvia obiezione, che sia iniquo di sottrarre i mezzi di perseguire il diritto anche in casi, nei quali essi non davano al loro possessore la possibilità d'una propria iniziativa ed in specie non

p. 281

(130) l. 9 § 4 de iureiurando 12, 2, il quale passo ammette la prescrizione della in integrum restitutio domandata in via di replica; Codice di Commercio art. 349 al. 3. La l. 30 § 6 de peculio 15, 1 non si riferisce a ciò: SAVIGNY, *Sistema*, V, pp. 432 segg. — Cfr. in generale BÜCHEL, *Discussioni civilistiche* (Civilrechtl. Erörterungen), I (1832), pp. 7 segg.; UNGER, op. cit., II, § 125, pp. 510 segg. Naturalmente la prescrizione si riferisce soltanto ad eccezioni «riconvenzionali». Eccezioni negatorie mettono in contestazione o il diritto oppure la pretesa od il diritto di agire dell'attore. L'ammissibilità di tali allegazioni non si prescrive — nemmeno allora quando i fatti, sul fondamento dei quali viene contestata la pretesa dell'attore, accordano in pari tempo un diritto al convenuto (§ 17). Anche dopo 40 anni si contrappone alla rei vindicatio l'eccezione dell'usufrutto — indifferentemente se l'usufruttuario durante questo tempo ha sempre detenuto la cosa, oppure se egli ha avuto un'actio confessoria e l'ha lasciata prescrivere, presupposto soltanto che il suo generale usufrutto non si sia estinto per via d'un intero non usus. Il contrario si dovrebbe ammettere soltanto quando si partisse da ciò che dopo la prescrizione della pretesa sia stata revocata anche la norma, alla cui attuazione era data quella pretesa. Ma questo mi sembra essere indimostrabile. Se dopo aver ricevuto la garanzia d'un godimento per 50 anni il comodatario lascia prescrivere l'actio commodati per la consegna della cosa e poscia perviene in possesso di quest'ultima, a mio avviso alla revindica del comodante si contrappone pur sempre fino al compimento del periodo dei 50 anni l'eccezione proveniente dal contratto di comodato (come eccezione che oppugna l'obbligo): arg. c. 5 C. de exceptionibus 8, 35 e su questo passo BÜCHEL, op. cit., pp. 16, 17 (il quale si pronuncia altrimenti per il diritto odierno) e SAVIGNY, op. cit., p. 433.

(131) Ma non, secondo me, la stessa tutela giuridica; nota 130.

(132) BRINZ, *Pandette*, 1^a ed., I, § 48, p. 167: (si) «dovrebbe ... dire: nella e con l'actio (una volta esistente) si prescrive anche la pretesione (die Anforderung) (petitio in generale)».

(gli davano) la possibilità di proporre azione (133), si potrebbe ovviare o col riconoscere la messa in mora (Mahnung) come causa d'interruzione della prescrizione o con l'estendere la facoltà di protesta (Protestbefugnis) data in altri casi d'impedimento. Il persistere degli effetti più deboli senza limitazione e quindi molto al di là del tempo, il cui scorrere ha cagionato la rovina della pretesa fin da principio più forte, sembra a me che contenga quanto meno una ineleganza iuris (135).

p. 282

19. (*Pretese di persone prive di volere*). — A tenore delle precedenti ricerche il diritto soggettivo consiste nell'aspettativa di pretese. Affinchè noi possiamo attribuire un diritto ad alcuno, deve essere dipendente dalla sua volontà la coazione all'adempimento contro il trasgressore d'una norma che tutela un suo interesse. Poichè le pretese in tutte le loro forme — come permesso di autotutela, come così detto diritto di azione, come spettanza di un'eccezione «riconvenzionale» ecc. — hanno sempre e costantemente come presupposto, affinchè possano essere avanzate, un volere, più propriamente un agire. Ma così sorge da ultimo la questione: come si accorda con ciò il fatto, che noi attribuiamo diritti e pretese anche agli incapaci di volere?

Ci s'imbatte sovente nella spiegazione, che a tali persone manchi solo il volere «attuale», ma non «il volere potenziale» — oppure che esse, anche se in concreto sieno sempre prive di volere (willenlos),

(133) l. 5 § 6 de doli exc. 44, 4.

(134) c. 2 C. de annali exc. 7, 40.

(135) Esempi: 1) La pretesa azionabile si estingue (secondo l'opinione dominante) interamente per mezzo della prescrizione e quindi non può più fondare nemmeno un diritto di ritenzione — non lo può almeno allora quando il (passato) creditore ottiene la detenzione della cosa tosto dopo lo spirare del tempo per la prescrizione. Al contrario ogni miglioramento della cosa (jede Verwendung auf die Sache), che fin da principio avrebbe dato solo la facoltà di ritenzione e non un diritto di azione, garantirebbe tuttavia la prima (cioè, la ritenzione) anche poi, se la cosa in un qualsiasi tempo posteriore dovesse venire nelle mani di chi l'ha migliorata (des Verwenders) o dei suoi aventi causa (seiner Rechtsnachfolger). 2) Se alcuno fa in un medesimo giorno ad un minore, ad un figlio di famiglia e ad una persona maggiorenne pienamente capace (gewaltfreien Person) un prestito, pagabile allo scader d'un anno, senza curarsi d'allora in poi in nessun modo della cosa, dopo 31 anni la pretesa contro l'ultimo dei mutuatari è interamente estinta, ma invece sussisterebbe ancora la naturalis obligatio dei primi due — e ciò proprio perchè essi da principio potevano obbligarsi con minore efficacia.

pure in abstracto abbiano l'attitudine a volere (willensfähig seien). A me questa sembra una soluzione, che difficilmente può soddisfare in linea dialettica; oltre a ciò, ci lascia completamente in asso quanto ad una più seria ricerca intorno ai fondamenti del fatto innanzi addotto. Poichè, a prescindere dalla sua debolezza logica (136), questa formula lascia inspiegato perchè poi una potenza della volontà sia un presupposto della capacità giuridica. «Perchè viene... richiesta una attitudine del volere, quando questa non ha bisogno di venire a svolgimento e pur tuttavia la capacità giuridica entra in vigore?» (137). Noi dobbiamo dunque cercare un'altra spiegazione.

p. 283

Prima di tutto io non sono dell'opinione, che bambini e pazzi sieno privi di volere in senso naturale. I fenomeni, che noi, qualunque sia poi il loro fondamento, consideriamo come manifestazioni di volontà e riconduciamo ad una forza di volere, si trovano in ogni essere umano e fin anche nelle bestie (138). Solo che per il diritto non vengono (prese) in considerazione le manifestazioni di volontà delle bestie, dei bambini e dei pazzi. È un precetto giuridico, quello che (se anche per evidenti ragioni) costringe ad ignorare l'attuale volontà di questi esseri viventi. Poichè dovunque l'ordinamento giuridico ponga un'attività come presupposto d'un mutamento di diritto, tale attività è soltanto quella d'un uomo e precisamente d'un uomo ragionevole, uscito dalla puerizia.

(136) Si può bensì parlare d'una capacità, che ancora non è stata sperimentata, perchè fino ad ora non si incontravano le circostanze, nelle quali essa si potesse manifestare — p. es. della capacità di alcuno all'ascensione d'un monte, ancor prima ch'egli lo ascendesse, della sua capacità a confezionare un testamento ancor prima ch'egli l'abbia fatto. Ma una capacità, la quale secondo le (attuali ed immutabili) leggi della natura oppure secondo le (attuali, se anche mutevoli) leggi dell'ordinamento giuridico non potrebbe mai sperimentarsi come tale, è una contraddizione in se stessa ed in vero un'incapacità. Se il bambino, dunque, fino a che è un bambino, il pazzo, fin tanto che è tale, sono costantemente privi di volere attuale, sono anche incapaci di volere potenziale (k) — accada poi questo per legge di natura o soltanto agli occhi del diritto.

(137) BINDING, *Norme*, II, p. 51, N. 76.

(138) La constatazione di questo attuale volere in senso naturale potrebbe però essere il motivo, pel quale (in contrapposto alle cose) viene attribuito pur anche agli uomini mentecatti un volere come potenza. Poichè un demente incurabile, per quanto un'umana previsione giunge, non ha la più piccola speranza di guarigione e con ciò di (acquistare) una capacità di volere in senso giuridico. Certo un miracolo lo potrebbe guarire — ma un miracolo potrebbe anche resuscitare i morti oppure della cosa inanimata fare un uomo ragionevole.

Malgrado la loro attuale volontà bambini e pazzi sono dunque privi di volere in senso giuridico. Non è in contraddizione con questo, che ciò nonostante anche ad essi spetti la tutela delle norme. Poichè la tutela giuridica segue senza cooperazione del (*soggetto*) tutelato. Se dunque ciò non dipende dal suo volere, anche il suo poter volere (*Wollenkönnen*) dev'essere indifferente. E non è neppure l'eventuale attitudine del volere delle persone incapaci di agire, non la speranza ch'esse un giorno possano divenire capaci di volere, quello che determina l'ordinamento giuridico a circondare anche questi esseri della sua protezione. Non già in considerazione del loro futuro sviluppo, che nel migliore dei casi rimane dubbio, viene tosto accordata ai neonati la tutela delle norme. Poichè questa rimane per essi fino al termine della loro vita, anche se non si sviluppano mai spiritualmente oppure rimbecchiscono e precisamente in modo inguaribile in anni più tardi. Tale tutela è loro attribuita, perchè essi attualmente vivono e con ciò posseggono sensazioni, bisogni, interessi — e perchè essi poi sono uomini, gl'interessi dei quali precisamente come quelli degli altri loro simili la società umana prende in considerazione e vuole vedere rispettati anche dagli altri (139).

Tanto poco è in contrasto con l'incapacità di volere degli interessati la loro tutela giuridica quanto poco lo è il conferimento di diritti. Secondo il modo come io concepisco il diritto soggettivo, esso consiste nella prospettiva di pretese. E quest'aspettativa può essere aperta anche a persone, che non possano temporaneamente fare nessun uso di ciò ch'è prospettato (*letteralmente: posto in prospettiva = von dem in Aussicht Gestellten*). Non c'è nessuna ragione per rifiutare agli irresponsabili il momento della tutela consistente nel conferimento di pretese future (140).

Vi è però una difficoltà in ciò, che anche attuali pretese sono attribuite a coloro che giuridicamente sono privi di volere (1). Vero è che anche qui non si troverà una contraddizione dal punto di vista logico. È possibile pensare che l'ordinamento giuridico con una mano accordi a tutti un mezzo giuridico ed in pari tempo tuttavia con l'altra mano impedisca a certe persone l'uso dello stesso. Ma una amara ironia sembra certamente nascondersi in una tale attribuzione (*di mezzi giuridici: Zuteilung*). Quando l'ordinamento giuridico presta la capacità cambiaria a tutte le persone, che possono obbligarsi contrat-

(139) Vedi il bel passo di IHERING, *Spirito* (Geist), III, p. 312, 3^a ed., p. 322.

(140) Sopra, pp. 149, 150 (*naturalmente, del testo tedesco*).

tualmente, e non esclude quelle che non sanno scrivere, non è tuttavia esso (*ordinamento*) che toglie agl'illetterati la possibilità di scrivere. Al contrario, l'incapacità di volere di certe persone è la emanazione (*der Ausfluss*) d'un precetto giuridico. E ciononostante l'ordinamento giuridico accorda alle stesse persone mezzi, il cui uso richiederebbe un'azione del volere in senso giuridico. Questo chiamasi certamente, come pare, distribuire armi per la difesa anche ai deboli di corpo ed ai paralizzati ed in pari tempo legare a queste persone le mani affinché in nessun caso possano far uso delle loro armi.

Rappresentiamoci le diverse vie, che in generale si aprono all'ordinamento giuridico. Forse si vede a questo proposito, che il sentiero che esso ha battuto, anche se da principio sembra strano da seguirsi, tuttavia è il migliore ed il più sicuro fra tutti quelli possibili. Potevasi anzitutto pensare che l'ordinamento giuridico limitasse espressamente la pretesa ai capaci di agire. Allora si sarebbe certamente evitata quella disarmonia: gl'incapaci di volere, che anche indipendentemente da ciò non potrebbero fare nessun uso dei mezzi di perseguire il diritto, sarebbero allora anche espressamente esclusi da questi. Ma allora sarebbe stato costituito in maniera non equa un diritto (*obiettivo*) eccezionale in loro danno, e praticamente per essi non ci sarebbe stato nulla (*di mutato*). — Oppure sarebbe possibile che anche in altro modo lo Stato venisse in aiuto agl'interessi degli incapaci di volere. Esso medesimo potrebbe prendere in mano la coazione all'adempimento riguardo alle norme vigenti per loro vantaggio. Quello, che attualmente è un diritto privato di quelle persone, sarebbe con ciò dichiarato un diritto pubblico della comunità. Solo che la comunità in tal caso si addosserebbe un peso d'affari quasi incalcolabile, e nonostante ciò gl'interessi, che devono essere protetti, per i già adottati motivi (141) sarebbero solo inadeguatamente serviti. — Si potrebbe anche pensare che l'ordinamento giuridico abbandonasse a chiunque volesse farsene carico il perseguire la coazione all'adempimento. Ma la via delle *actiones populares* sarà per le nostre attuali condizioni di vita poco raccomandabile. Non sempre si troveranno persone, le quali, là dove ciò sarebbe necessario, volontariamente si assumano il peso di perseguire il diritto, senza avere un proprio interesse alla cosa, e senza (*avere*) l'obbligo di agire nell'interesse altrui. — Così, dunque, il cammino che il nostro ordinamento giuridico (*letteralmente: diritto*

(141) Sopra, p. 139 (*naturalmente, del testo tedesco*).

: unser Recht) di fatto percorre sembra essere il più conforme allo scopo. Esso accorda bensì le pretese, come ai capaci di volere, così anche agli stessi incapaci di volere; ma in pari tempo provvede anche per una rappresentanza di questi ultimi. Dal ruolo originario (Urliste) dei capaci di agire (142) viene preso un nome ed il portatore di questo viene investito della facoltà di agire per l'incapace di volere con lo stesso effetto giuridico, come se quest'ultimo fosse capace di volere ed avesse agito in persona. È il tutore quegli la cui libertà di agire e potestà giuridica guadagna con ogni pretesa del suo pupillo. Solo che questa pienezza di poteri (Machtfülle) gli viene accordata non già nel suo proprio interesse, bensì a vantaggio del suo pupillo. Per far riconoscere a prima vista questo rapporto di rappresentanza d'interessi, la pretesa, che il tutore ha da far valere, viene designata come pretesa del pupillo. A quest'ultimo personalmente ed immediatamente il mezzo di perseguire il diritto non giova per nulla. Ma è altresì senza danno che a lui sia attribuita la pretesa. Quanto meno allora quando l'ordinamento giuridico si risolve a lasciare giacente (*sospesa*) la prescrizione della pretesa fino a tanto che il suo titolare è un pupillo privo di tutela (ein vormundloser Curande) (143).

L'attribuire pretese al (*soggetto*) privo di volere non significa quindi in nessun modo un prendere in ischerzo le pretese stesse. In connessione con la rappresentanza che a lui è prescritta, è questo piuttosto il mezzo per soddisfare i suoi interessi in egual modo che quelli dei (*soggetti*) capaci di agire.

(142) BINDING, op. cit., II, p. 49: « I (*soggetti*) capaci di agire costituiscono il ruolo originario (bilden die Urliste) di coloro, che sono destinati ad appagare il bisogno infinitamente grande di azioni per tutti i soggetti di diritto ».

(143) Come ciò è stabilito dal diritto positivo riguardo alle pretese degli impuberi e (a prescindere dalla prescrizione trentennale) riguardo alle pretese dei minori — qui anche nel caso, che vi sia una tutela.

p. 287

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Pretesa e diritto obiettivo*). Sia che si ammetta col THON, che la pretesa debba avere per presupposto una trasgressione delle norme ed abbisogni d'una manifestazione di volontà dell'interessato, sia che la si consideri nient'altro che un momento di qualsivoglia diritto soggettivo, nata quindi con esso, e non con la violazione delle norme che lo tutelano, e sussistente (fino alla prescrizione) anche se il titolare non la faccia valere, certo è però che, quando si adotti una concezione positiva dell'ordinamento giuridico, non si potrà ammettere che una qualsiasi pretesa giuridica sia indipendente dal diritto obiettivo. Dal principio del primato logico di quest'ultimo discende, inoppugnabile, la conseguenza che qualsivoglia situazione soggettiva, quindi anche quella di pretesa, comunque la si voglia poi intendere, non può consistere in una mera iniziativa d'un soggetto, ma dipende ed è condizionata da precetti dell'ordinamento giuridico.

a p. 223 testo tedesco, 220 trad.

b) (*Ancora sui giudici come destinatari di norme giuridiche*). Ritorno brevemente sopra un argomento, di cui ho già fatto cenno anche qui (v. nota n al Cap. I). Se degli imperativi giuridici in generale i giudici, in quanto tali, non possono dirsi destinatari, ma tutt'al più, destinatari impropri, — o come altro si voglia, — perchè essi, come *ministri legum*, rispetto a tali imperativi che il legislatore ha emanati appunto in via generale, cioè per tutti i soggetti di diritto, non hanno se non il dovere di farne applicazione al caso particolare, nessun dubbio ch'essi abbiano invece questo specifico dovere, ch'è inerente al loro officium. Ma cotesti particolari imperativi, di applicare la legge, cioè di prestare nel dato caso l'assistenza giudiziaria, e di prestarla in quel dato modo, col dar corso all'azione proposta, col vagliare le domande le eccezioni le prove addotte, col condannare chi abbia trasgredito il diritto obiettivo, sono — a dir così, — norme interne, di organizzazione dell'ordinamento; norme, si potrebbe dire, strumentali, affinché sussista e persista esso ordinamento, e non vanno confuse con le altre norme che hanno per destinatari tutti, in genere, i soggetti di diritto i quali vengano a trovarsi nelle condizioni previste dalle stesse norme, regolatrici di quei rapporti, il cui sistema costituisce l'ordinamento giuridico.

a p. 229 testo tedesco, 225 trad.

c) (*Doveri processuali delle parti?*). Mi pare abbia ragione THON quando, pur senza voler approfondire la questione, lascia intendere in sostanza ch'egli non crede si possa parlare di doveri processuali delle parti, di dar la prova delle loro richieste ecc. ecc., non potendosi dire che ciò sia loro comandato da precetti dell'ordinamento giuridico, ma soltanto che ciò sia presupposto, o condizione, perchè abbia corso l'assistenza giudiziaria che quello garantisce. Poichè il con-

a nota 12.

retto di attività le quali non sono imposte da norme giuridiche ma soltanto richieste da queste come presupposti affinché si avveri un certo effetto, va, in buona logica giuridica, indubbiamente tenuto distinto dal concetto dei veri e propri doveri giuridici, pare opportuno che anche il linguaggio tecnico adoperi termini differenti per designare le diverse situazioni soggettive. Per caratterizzare le situazioni processuali, alle quali qui si è accennato (ed in altri settori del diritto se ne troverebbero di analoghe), si può adottare il termine di *ò n e r e*, non nuovo, già usato anche all'estero (v. pure qui, nota 84), ma di cui fu felicemente proposto un uso più largo e generale, in ispecie dal CARNELUTTI (cfr. *Lezioni di dir. process. civ.*, n. 127 e segg.; vol. II, rist. litogr., Padova, Cedam, 1930; pp. 315 e segg.; ed ora *Sistema del dir. process. civ.*, n. 21: ivi è detto: «ò n e r e è una facoltà, il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse»; nn. 158 e segg. sugli «ò n e r i processuali»; vol. I, Padova, Cedam, 1936, pp. 55, 409 e segg.).

a p. 244 testo tedesco, 236 trad.

d) (*Pretesa ed azione*). Il «mezzo accordato dall'ordinamento giuridico di procurarsi assistenza giudiziaria» (ein von der Rechtsordnung gewährtes Mittel, sich Rechtshilfe zu verschaffen) può dirsi proprio la pretesa, o non è, piuttosto, l'azione? So bene quale sia la concezione, che THON propugna della pretesa, ch'egli non identifica sic et simpliciter col diritto soggettivo o con quello ch'è il suo più caratteristico aspetto (intersoggettivo), e per il cui manifestarsi egli richiede come presupposto una patita illiceità (v. *infra* § 9). Ma quand'egli stesso dice (v. nota 35) che la pretesa, pur presentandosi con caratteri suoi particolari in questa (empirica) categoria giuridica, è pur sempre una facoltà (eine Befugnis), il cui esercizio è, dunque, rimesso al soggetto, ed abbisogna d'una sua iniziativa, ed ha per iscopo di procurare l'assistenza giudiziaria al titolare del diritto, allude proprio alla pretesa, o non confonde questa con l'azione? Il vero è, od a me sembra, che la pretesa non si può staccare dal diritto soggettivo, il quale ne rimarrebbe mutilato, perchè momento od aspetto integrante di esso, e, come tale, spettante fin da principio a chi sia di esso diritto investito, anche se incapace di farlo valere. L'azione, invece, considerata nei suoi requisiti logici, non è necessariamente legata al diritto soggettivo; se lo fosse, importerebbe, di fronte al giudice, il diritto soggettivo pubblico alla sentenza favorevole, mentre la stessa magistrata, per quanto succinta, analisi del nostro A. esclude tale conseguenza. Pare a me che l'azione, essendo, essa sì, rimessa alla discrezione del soggetto, per ottenere un fine garantito dall'ordinamento giuridico, cioè una pronuncia giudiziale, possa persuasivamente essere costruita dalla dogmatica — anzichè come un diritto soggettivo, — come un negozio, di diritto pubblico. Per dar vita a tale negozio non è necessario essere investiti del diritto materiale di cui si chiede il riconoscimento, ma è sufficiente un *fumus boni iuris*: sarà la sentenza, che dirà se all'attore spetta o non spetta il diritto, e conseguentemente la pretesa ad una complementare prestazione di cui domanda l'adempimento. Certo, l'azione si può concepire anche come diritto soggettivo; ma, come tale, non è, a mio avviso, se non un aspetto di quel generalissimo diritto della personalità, ch'è il diritto alla tutela giuridica, centro — com'è stato detto, — della personalità stessa. Se s'intenda l'azione come negozio, la lite temeraria dovrà per conseguenza concepirsi, a seconda dei casi, come un negozio senza causa o con causa illecita.

e) (*Ancora i colombi di San Marco*). Sebbene THON non parli, nel punto cui si riferisce questa nota, — come aveva parlato nel precedente Capitolo (p. 177 testo ted., 175 trad.), — dei «colombi di San Marco», ma, più genericamente, di «Vögel ...», zu deren Frommen ... eine städtische Verordnung das Streuen von Futter gebietet), pure l'osservazione analoga, fatta dal nostro A. nei due Capitoli, richiama un analogo, brevissimo appunto. Nel Cap. IV THON osservava che la tutela giuridica, la quale pure è accordata ad animali inferiori, non può essere designata come un loro diritto. Qui egli precisa che l'ordinanza municipale, la quale disponga che sia sparso del becchime per nutrirne degli uccelli (ecco perchè a me sono tornati in mente i colombi di San Marco) non crea in essi un diritto di credito. D'accordo! Ma — come si è già osservato (v. nota e al preced. Cap.) — di diritto degli animali inferiori non si può parlare, perchè manca ad essi la personalità giuridica, così che i vantaggi ch'essi traggono da disposizioni giuridiche in loro favore non costituiscono se non effetti riflessi d'una indiretta tutela giuridica. Quando, invece, si tratti di situazioni di soggetti di diritto, investiti dall'ordinamento giuridico di cosiffatta tutela che quelli se ne possano direttamente valere ogni volta che sia trasgredita la norma d'onde deriva tale tutela, si dovrà parlare di veri e propri diritti soggettivi. Il THON che, com'è naturale, si dichiara meno proclive di qualsiasi altro «a disconoscere valore e significato alla norma», non contesta certamente ciò. Contesta, soltanto, nel paragrafo cui si riferisce questa nota, che sia esatta la veduta di SOHM sui diritti soggettivi, perchè, se se ne tolga la pretesa, non resta più nulla d'essenziale: ed in ciò io sono d'accordo con lui. Ma se anche THON ammette che la possibilità di far valere una pretesa è la nota caratteristica, l'essenza di ogni diritto soggettivo, perchè aspettare a vedere la pretesa solo dopo che sia trasgredita la norma, dalla cui tutela la situazione soggettiva acquista importanza e dignità di diritto soggettivo? Evidentemente, se questo mezzo di far valere il diritto soggettivo non fosse già stato accordato fin dall'inizio al soggetto che dall'ordinamento giuridico ne era stato investito, egli non avrebbe la possibilità di farlo valere. Ed allora non è più logico, e più semplice, riconoscere che la pretesa — se si vuole, si aggiunga pure: in potenza, per distinguerla dalla pretesa in atto, quale si presenta allorchè il soggetto si serve del mezzo garantito dall'ordinamento, — è momento immanente di ogni diritto soggettivo?

a p. 247 testo tedesco, 238 trad.

f) (*Avvertenza*). Si avverta che nel testo tedesco anche questa nota, come la precedente, è contrassegnata col numero 57. Per distinguere l'una dall'altra, in questa edizione la si è numerata 57^a.

a nota 57^a

g) (*Quando sorga la pretesa*). Come si vede dal testo, THON, pur sostenendo vigorosamente, e con vari argomenti, alcuni per verità assai notevoli, che presupposto della pretesa debba essere sempre la trasgressione della norma, finisce per ammettere che questa, se è condizione necessaria, ne sia però anche condizione sufficiente. Affinchè il titolare del diritto soggettivo, che, a traverso la trasgressione della norma, viene leso, sia investito della pretesa, non soltanto non è necessario ch'egli la faccia valere, ma non occorre nemmeno ch'egli abbia notizia che la norma, d'onde gli derivava la tutela, sia stata trasgredita. A parere mio, questo conferma la veduta che la pretesa nasca ad un parto col diritto soggettivo, anzi ne sia, non la sorella gemella, ma addirittura un suo imprescindibile aspetto. Quando il titolare d'un diritto — po-

a p. 256 testo tedesco, 246 trad.

niamo, di un diritto di credito, — ne dispone, che cosa trasmette, essenzialmente, al suo avente causa? La possibilità di farlo valere. E' bensì vero che, in questo come in ogni altro caso, fino a che la pretesa non sia in qualsiasi modo disconosciuta, non vi sarà, normalmente, ragione di farla valere. Ma proprio il fatto che allora la si possa far valere dimostra, se io non erro, ch'essa già sussisteva, ch'era già entrata nel patrimonio giuridico del titolare del diritto, come cosa sua. Tale era diventata fin da quando il diritto obbiettivo (per il solito suo primato logico di fronte ad ogni situazione soggettiva) aveva investito d'una situazione siffatta il titolare del diritto e, conseguentemente, della pretesa.

h) (*Ancora pretesa ed azione*). Il § 11 di questo Capitolo precisa i punti del mio dissenso e consenso col THON a proposito della pretesa e dell'azione (v. anche retro, in partic. note d e g a questo Cap.). Per THON la pretesa non sorge se non quando sia avvenuta una trasgressione della norma, che tutela il diritto soggettivo; io ritengo invece, come ho già accennato più volte, che la pretesa sorga immediatamente col diritto soggettivo, e, poichè questo non può essere se non una situazione di cui il diritto obbiettivo (o, per usare la consueta sinèdoche, l'ordinamento giuridico) investe il titolare del medesimo, rappresenti appunto la proiezione, ad essa situazione, della tutela che il diritto obbiettivo le accorda o garantisce. Si potrebbe anche dire: il diritto di azione, che, come diritto a sè stante, potrebbe anche raffigurarsi come *species* del *genus* della pretesa generalmente concepita, o, meglio, come nota di quest'ultimo concetto. E con questo ci si accosterebbe al pensiero di THON. Il quale — dopo avere affermato, come s'è veduto, proprio al principio di questo paragrafo, che « *Anspruch und Klagrecht sind keine sich völlig deckenden Begriffe* », perchè il concetto di pretesa è concetto più ampio, l'azione non rappresentando se non uno, benchè il più forte ed il più importante (« *das stärkste... und wichtigste* »), dei mezzi giuridici compresi nel concetto di pretesa, — difende subito dopo, contro WINDSCHEID, la veduta che, quando il diritto soggettivo sia di tale natura che per la sua difesa l'ordinamento giuridico gli accordi il mezzo dell'azione, allora, nel medesimo istante in cui la pretesa è fondata, è accordato anche il diritto di agire. Quest'ultimo, tuttavia, è un diritto (soggettivo pubblico), il cui esercizio, non soltanto (come quello di ogni altro diritto) è rimesso alla discrezione del soggetto, ma *consiste esclusivamente* nella facoltà, o liceità, di *attuare un posse*, cioè di realizzare un'iniziativa rivolta a promuovere il procedimento davanti all'autorità giudiziaria. Ecco perchè, pur potendo ammettere anche un diritto di azione, — ma soltanto come specificazione del generalissimo diritto alla tutela giuridica, diritto della personalità spettante ad ogni soggetto di diritto e quindi (d'accordo, sostanzialmente, con THON) come uno degli aspetti della pretesa, — io ritengo più esatto e, fors'anche, dogmaticamente più fruttuoso il concepire l'azione come un *negozio* (di diritto pubblico). Ed ecco perchè io credo, invece, che la pretesa — la quale (ed anche in ciò concordo con THON) non è, insomma, che la facoltà di valersi della tutela del diritto obbiettivo, alla cui ombra, per usare la nota espressione di BACON, riposa il diritto dei singoli (chè così si deve intendere, a parer mio, la contrapposizione baconiana fra *ius publicum* e *ius privatum*), — che la pretesa, dico, debba concepirsi, contro l'opinione del THON, quale momento immanente d'ogni diritto soggettivo.

Momento immanente, cioè necessario (non contingente) e costante (che

a p. 261 testo tedesco, 250 trad.

accompagna il diritto soggettivo fin dal suo sorgere), e momento di preminente importanza tra i componenti di tale concetto: perchè rappresenta, appunto, quella individuazione della tutela di diritto obbiettivo, senza la quale il diritto soggettivo, positivamente concepito, non può sussistere. Ma è evidente che la pretesa, come io la intendo, è concepita in senso largo, quale facoltà (appunto per questo, anche potenziale) del soggetto di diritto di pretendere dal soggetto o dai soggetti passivi del rapporto il comportamento imposto dal diritto obbiettivo come complementare del proprio diritto soggettivo. Del resto, quando la pretesa si concepisca soltanto *in atto*, e richieda, come suoi presupposti, non pure la trasgressione delle norme tutelatrici del diritto soggettivo, ma altresì l'iniziativa del titolare di quest'ultimo, fra essa pretesa, quanto meno quand'essa si manifesti col ricorrere all'assistenza giudiziaria, e l'azione, non saprei scorgere un esatto carattere distintivo. Per me, che vedo pretesa e diritto soggettivo sorti insieme, sparisce ogni differenziazione fra i due concetti, la prima non essendo che nota del secondo; per THON, invece, nascono insieme pretesa ed azione, e la prima, se non è proprio nota di quest'ultimo concetto, è tuttavia il presupposto logico (logico, s'intende, non temporale, data la contemporaneità del loro sorgere) dell'azione.

i) (« *Rechtsverfolgende Einreden* »). Sono stato molto in forse come rendere in italiano tale espressione, anche dopo aver letto l'articolo del THON, dedicato di proposito all'argomento (*Die rechtsverfolgende Einrede*) undici anni dopo la *Rechtsnorm*, per difendere tale categoria di *Einreden*, da lui proposta e da lui così chiamata (v. *Introduzione*). Per evitare le locuzioni complesse: eccezioni persecutorie, o che perseguono, il diritto, avevo pensato di coniare il vocabolo « *giuspersecutorie* »; ma, anche a prescindere dalla mia scarsa simpatia per i neologismi, quando non appariscano assolutamente indispensabili, e dal suono per verità poco felice dell'espressione, ho temuto che questa facesse nascere nel lettore un'idea differente da quella che, nel proporre tale categoria di *Einreden*, aveva guidato il THON.

Il quale — come spiega specialmente nell'articolo dianzi citato, — pensava ad eccezioni, sollevate dal convenuto non già per dare la caccia al diritto, od alla pretesa sollevata dall'attore, bensì per perseguire una pretesa propria di esso convenuto. Anzichè « *rechtsverfolgende Einreden* » — dice ad un certo punto del detto articolo il THON (p. 50), — le avrei potute chiamare « *anspruchsverfolgende* ». Espressione, evidentemente, ancora più difficile da tradursi in italiano, se non si voglia ricorrere ad una frase complessa.

Mi era anche venuto in mente di adoperare, per tradurre « *rechtsverfolgende Einrede* », la locuzione: « *eccezione in senso proprio o sostanziale* », che il CHIOVENDA adopera per designare « quella particolare forma di difesa, che consiste in un diritto del convenuto, e precisamente in un *controdiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione* » (prefaz. al vol. della sig.na F. ESCOBEDO: *L'eccezione in senso sostanziale*; Milano, Soc. an. Istituto editor. scientif., 1927; p. III). Ma — per quanto alcune delle eccezioni sostanziali, o in senso sostanziale, studiate dalla sig.na Escobedo, coincidano con quelle chiamate « *rechtsverfolgende* » dal THON, — mi è sembrato che alla categoria costruita dal Nostro non convenisse quella denominazione. Sopra tutto perchè, anche a tacer d'altro, a me pare che il CHIOVENDA accentui, per tali eccezioni, la loro efficacia impeditiva od estintiva dell'azione, e la natura facoltativa o potestativa del diritto del convenuto

a p. 226 testo tedesco, 254 trad.

(cfr. p. VIII scritto cit.), anziché quello, ch'è pel THON il momento particolare delle sue « rechtsverfolgenden Einreden », cioè lo scopo, che si propone il convenuto nel sollevarle, di perseguire una propria pretesa.

Mi sono, finalmente, deciso ad adottare la locuzione proposta dal MORTARA (v. *Commentario del Cod. e delle Leggi di Proced. Civ.*; Milano, F. Vallardi; vol. II, IV ed., num. 66 e segg.) di eccezioni « riconvenzionali ». Non mi nascondo che neppure il concetto di eccezione « riconvenzionale », come lo sviluppa il MORTARA, risponde perfettamente a quello delle « rechtsverfolgenden Einreden » del THON; sopra tutto perchè pel MORTARA, se io non m'inganno, caratteristica propria dell'eccezione riconvenzionale sarebbe quella di rendere litigioso « un nuovo tema », « un tema diverso da quello proposto dall'attore » (cfr. n. 72, pp. 106, 107 ed. cit.). Ma, confortato dal consenso di qualche amico processualista, mi persuade ad adottare la detta traduzione, ancor più che ciò che leggo nel MORTARA, la seguente massima della Corte di Cassazione (6 aprile 1936, Tallon c. Viola, n. 1182): « Sono eccezioni riconvenzionali quelle che, senza escludere il diritto fatto valere dall'attore, lo paralizzano, deducendo un altro diritto, per effetto del quale il convenuto può opporsi alla sua attuazione; esse restano nell'ambito di una semplice difesa, tendente soltanto al rigetto della domanda avversaria, e non vanno confuse con la domanda riconvenzionale, nella quale si concreta una contropretesa non informata esclusivamente a scopo difensivo ». Mi posso sbagliare; ma sembra a me che ciò risponda proprio alla sostanza del concetto di « rechtsverfolgende Einrede », qual'è sviluppato dal THON.

Del resto, qui non si tratta, in fondo, che d'una questione di terminologia (una traduzione bisognava pur darla dell'espressione usata dal THON!). Metto, anzi, fra virgolette il termine « riconvenzionale », — che non è, alla lettera, quello del THON, — per indicare anche a prima vista ai lettori che l'ho adottato io, per rendere in qualche modo la parola, pure inconsueta nel linguaggio giuridico tedesco, adoperata dal nostro Autore.

Mi auguro che qualche giovane processualista — magari contraddicendo a quanto io, che non sono un tecnico del diritto processuale, ho osato dire in questa nota, — riprenda in esame l'argomento delle « rechtsverfolgenden Einreden » e della loro, maggiore o minore, somiglianza con le eccezioni « in senso sostanziale » e con quelle « riconvenzionali ».

a nota 105

f) (*Natura del c. d. ius retentionis*). Senza voler nè discutere nei suoi vari aspetti la questione, nè richiamare la letteratura in argomento, basti un semplice appunto per osservare come THON abbia qui ragione di dire (tanto più, secondo le sue vedute sul diritto soggettivo, e quelle sul godimento che saranno svolte nel Capitolo seguente) che « die Retentionsbefugnis ist überhaupt kein Recht, sondern ein Rechtsverfolgungsmittel ». Ma se tale garanzia d'un credito, per la sua disciplina giuridica ben diversa da quella del pegno e dell'ipoteca, deve differenziarsi da cotesti *iura in re aliena*, ha tuttavia cosiffatti caratteri, sia quanto all'oggetto, di natura reale, su cui si esercita il potere o la facoltà, sia quanto alla tutela verso i terzi dell'oggetto stesso, che ben si comprende come si sia parlato d'un *diritto* di ritenzione e come si sia potuta sostenere l'opinione (che anche a me sembra erronea) che tale c. d. diritto sia di natura reale.

k) (*Chiarimento*). Il testo tedesco dice: « Ist mithin das Kind, so lange es Kind, der Wahnsinnige, so lange er es ist, actuell immer und stets willenlos, so sind sie auch potentiell willensunfähig »: il contrapposto si appunta, dunque, sui due avverbi: « actuell » e « potentiell ». Ma poichè in italiano il dire « volere attualmente », oltre che essere una locuzione infelice, poteva prestarsi ad equivoci, ho preferito tradurre con un po' più di libertà il concetto dell'Autore. Il quale senza dubbio vuol significare che, per l'ordinamento giuridico, al bambino ed al pazzo, finchè sieno tali, come è denegata la facoltà stessa di volere in concreto, così dev'essere denegata anche la potenzialità, cioè la facoltà di volere in abstracto.

a nota 136.

l) (*Pretese degli incapaci di volere*). Mi posso ingannare: ma pare a me che l'artificiosità del ragionamento, con cui il nostro A. vuole spiegare le ragioni per le quali, pure essendo implicita nella pretesa un'iniziativa del volere del soggetto tutelato dalle norme, l'ordinamento giuridico attribuisce pretese anche agli incapaci di volere, sia una prova di più in favore della tesi opposta a quella propugnata con tanto vigore dal THON: cioè, in favore della tesi, che la pretesa non è che un momento del diritto soggettivo. Se è tale, si spiega perchè anche agli incapaci di volere sieno attribuite pretese, senza bisogno di ricorrere a tutti quegli sforzi logici che si vedono nel testo. Il fatto che, invece, per far valere pretese d'incapaci, per proporre azioni, occorre che gl'incapaci sieno rappresentati, dimostra che altro è la pretesa (momento od aspetto intersoggettivo di ogni diritto, e, come tale, anche potenziale) ed altro è l'azione, mezzo per promuovere l'applicazione del diritto obbiettivo al caso singolo.

.284 testo tedesco, 268 trad.

VI.

Godimento.

SOMMARIO: 1. Critica della teoria dominante. Il godimento di beni personali e reali viene soltanto protetto, non già accordato dal diritto. — 2. Permettere non è compito del diritto. — 3. Godimento da parte di uomini incapaci di volere e privi di diritti. — 4. Posizione del diritto di fronte a modi immorali di godimento. — 5. Il dogma del diritto reale come di un'immediata signoria su la cosa. Significato del principio. — 6. Conseguenza della teoria dominante. L'acquisto dei frutti del conduttore. — 7. Rapporto del locatario col locatore e con terze persone riguardo alla cosa locata. La teoria di ZIEBARTH e di SOHM. È la detenzione nel proprio interesse un diritto reale? — 8. L'evoluzione della superficie a diritto reale. — 9. Conseguenza. Difficoltà contro la medesima, derivata dal modo di esprimersi delle fonti. — 10. Il significato dell'effettivo godimento per il diritto.

Nei Capitoli precedenti ho cercato di dimostrare i seguenti principii. L'ordinamento giuridico crea diritto unicamente con l'emanare comandi e divieti. I primi mirano ad una modificazione nei precedenti rapporti, gli ultimi hanno per iscopo la loro conservazione. I primi vogliono procurare al (*soggetto*) tutelato la possibilità d'un godimento futuro, gli ultimi (*vogliono*) proteggere la possibilità d'un godimento dello stato di cose esistente. I primi tutelano un interesse, i secondi un bene (*a*). Ma l'ordinamento giuridico opera unicamente coi suoi imperativi. Poichè su imperativi oppure sul ritiro (*Zurücknahme*) di essi riposa anche l'intero apparato per rendere coattiva la norma e rispettivamente per punire la sua trasgressione. Conseguentemente — e con ciò facciamo un passo avanti, — l'ordinamento giuridico non ha nulla a che fare col godimento, che i suoi divieti mirano a rendere possibile. Il godimento del bene giuridicamente protetto non rientra mai nel contenuto del diritto.

p. 288

1. (*Critica della teoria dominante. Il godimento di beni personali e reali viene soltanto protetto, non già accordato dal diritto*). — A questa

p. 289 concezione si oppone recisamente quasi (1) tutta l'odierna dottrina. Per essa contenuto del diritto è la possibilità di godere, il godimento lecito dei beni personali quindi (2) esercizio del diritto di personalità, quello della cosa (2) esercizio della proprietà o d'un altro diritto reale.

Prendiamo, per tutti, WINDSCHEID. « (Dire) che una cosa è propria di qualcuno, significa che il suo volere è decisivo per essa nella totalità dei suoi rapporti ». In forza del concetto di proprietà, spetterebbe quindi al proprietario la facoltà di disporre e di usare della cosa; un esercizio di questa facoltà, un disporre, usare, possedere, distruggere la cosa sarebbe quindi esercizio del diritto di proprietà (2). Parimenti si dice per quanto si riferisce ai diritti, « che hanno per oggetto la propria persona dell'autorizzato » (3):

« Il volere d'un uomo può essere pensato come norma decisiva per la propria persona anzitutto dal lato della sua esistenza corporea. Da questo lato spetta all'uomo un diritto alla vita ed alle funzioni, nelle quali la vita del corpo si estrinseca In sé stesso poi il volere dell'uomo può essere pensato come norma decisiva per la propria persona anche dal lato della sua esistenza spirituale. Si giunge così ad ammettere un diritto ad una estrinsecazione (Bethätigung) dello spirito nelle sue diverse funzioni. Ma, a sua volta, questo diritto, in parte almeno, non è né contestabile né vulnerabile, così il diritto ad una estrinsecazione del potere di pensare e di sentire ».

p. 290 Esaminiamo un po' più da vicino quest'ultimo preteso diritto. Come ogni diritto soggettivo, esso dovrebbe potersi ricondurre ad una norma giuridica, ad una legge oppure ad una consuetudine. Ma qui è da esclu-

(1) Solo in LENEL, *Intorno all'origine ed all'efficacia delle eccezioni* (über Ursprung und Wirkung der Exceptionen), pp. 9 segg., io trovo riconosciuto ed espresso con piena chiarezza che lo scopo del diritto sia da distinguersi dal contenuto del diritto soggettivo. Per vero già NEUNER, *Rapporti di diritto privato* (Privatrechtsverhältnisse), pp. 11, 18, 154, aveva rilevato che « l'uso, che l'interessato farà del bene della vita a lui giuridicamente riconosciuto, non (starebbe) di per sé sotto la signoria del diritto », ma più tardi nella trattazione della proprietà, pp. 53 segg., questo giusto pensiero era di nuovo abbandonato. Anche SCHLOSSMANN, *Il contratto* (der Vertrag), nonostante alcune giuste osservazioni (pp. 258, 259), più sovente ricade di nuovo nella dottrina qui combattuta (pp. 249, 251, 255). Però di già egregiamente KIERULFF, *Teoria* (Theorie), pp. 154, 308 segg.

(2) WINDSCHEID, *Pandette* (Pandekten), §§ 167, 149 N. 5; I, pp. 513, 447.

(3) *Ivi*, § 39, p. 94.

dersi il pensare ad un diritto consuetudinario. La sua formazione presuppone da parte dei (soggetti) agenti un esercizio fondato su la convinzione della sua necessità giuridica. Ma da parte dei futuri obbligati non si può parlare d'una necessità giuridica là dove un agire in altro modo era per essi impossibile già per legge di natura. Rimarrebbe con ciò soltanto una legge come possibile fonte di quel diritto. Ma una legge cosiffatta difficilmente potrà essere addotta. Perché le leggi non hanno accordato né questo né nessun altro diritto di godimento.

Immaginiamoci, in base ad un singolo esempio, come procede una legislazione e come si distingue lo stato di fatto prima e dopo di essa. Allorquando il popolo ebraico ricevette la propria legge sul monte Sinai, era ormai proclamata per mezzo del divieto: « tu non devi uccidere ! » l'inviolabilità della persona. Se fino allora, come noi vogliamo supporre, il popolo scampato dall'Egitto era stato ancora senza un diritto (b), e se pertanto fino allora all'uccisione d'uno dei suoi membri non si opponeva quanto meno nessuna legge esteriormente obbligatoria, da allora l'uccisione era vietata da un precetto giuridico, la vita dei singoli per mezzo di questo divieto e delle conseguenze minacciate per la sua trasgressione era posta sotto la tutela della comunità. Ma il godimento della propria vita non era con ciò per i singoli in nessun modo cambiato. Se prima essi avevano respirato, lavorato, mangiato, bevuto, dormito, anche dopo essi continuavano a fare esattamente lo stesso. Né cotesto respirare, lavorare, mangiare, bere e dormire era divenuto un diritto, mentre prima non lo era. Soltanto una garanzia era stata data, mercé l'unico divieto dell'uccisione, a tali manifestazioni della vita. Le quali rimanevano, invariate, quello che erano: attività indifferenti per il diritto (4) (c).

(4) Evidentemente, non quando le singole manifestazioni della vita erano vietate da altre leggi: p. es. il lavoro, quando era imposta l'osservanza del Sabato, il mangiare quand'era imposto il digiuno. È interessante vedere come ora GAREIS, *Le sfere privatistiche nel moderno Stato di cultura* (Rivista di HARTMANN per la legislazione e la pratica, III (1877), p. 145 (die Privatrechtssphären im modernen Culturstaate; HARTMANN's Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis) riconosce questo cammino delle legislazioni, e tuttavia non vi scorge che una « via più lunga » (« Umweg ») (d): « ... la statuizione di diritti soggettivi positivi risulta anzitutto storicamente da una via più lunga, in questo senso, che il lato negativo o negatorio viene messo in prima linea, il diritto apparisce come tutelato da ciò che certe attività degli altri, dei non legittimati, vengono vietate; il diritto del « legittimato » risulta dunque da ciò, che esistono di fronte ad esso « soggetti non legittimati », le cui sfere giuridiche sono limitate ». Ma se noi chiediamo dove poi al legittimato è stato riconosciuto tardivamente un diritto positivo, il quale a confessione

La cosa non va altrimenti presso di noi. Il diritto della personalità consiste, come noi abbiamo veduto, nella totalità dei divieti oggi molto più numerosi, i quali hanno per iscopo comune l'inviolabilità dei beni personali. Ciò diventa diritto del (*soggetto*) tutelato quando gli sia accordata, allo scopo di rendere cogenti quelle norme, una pretesa. Ma le singole manifestazioni della vita neppur oggi concernono per nulla il diritto. L'ordinamento giuridico non ha bisogno nemmeno di permetterle; basta ch'esso non le vieti. Imaginiamoci per un istante che qualsivoglia ordinamento giuridico sia al mondo abbia emesso l'uno accanto all'altro questi due precetti, anzitutto: «nessuno deve uccidere o ledere un altro», ed oltracciò quest'altro: «ognuno può disporre come vuole della propria esistenza corporea e spirituale» — quest'ultimo sarebbe un precetto del tutto privo di scopo ed ozioso. Ciò ben si vedrebbe se all'ordinamento giuridico piacesse di revocare la seconda disposizione, conservando espressamente la prima. Chiunque, infatti, vivrebbe e compirebbe tutte le funzioni della vita precisamente come prima. Ch'egli avesse precedentemente l'esplicito permesso dell'ordinamento giuridico per far ciò e che oggimai egli manchi di tale permesso, è cosa che può essergli proprio indifferente. Per lui basta, che fisicamente egli possa (*fare*) ciò, e che giuridicamente ciò non gli sia vietato.

2. (*Permettere non è compito del diritto*). — Concepire il godimento in sé stesso dei beni giuridicamente protetti di nuovo o come un diritto o come esercizio d'un diritto, è per conseguenza superfluo ed inutile. Ciò nonostante potrebb'essere che l'ammettere un cosiffatto diritto racchiudesse una finzione, se anche non necessaria, tuttavia comoda e del tutto innocua. Ma questo non è affatto il caso. Inconvenienti d'ogni genere sono piuttosto le inevitabili conseguenze di tale ammissione.

Prima di tutto la dottrina oppugnata contraddice alla più intima essenza del diritto. L'ordinamento giuridico cerca di determinare il volere dei destinatari delle norme per mezzo di comandi e divieti — un mero permettere non è mai affare del diritto (5). La naturale libertà

di GAREIS non era «richiesto da pratici bisogni», ci si rimanda alla spiegazione che ne danno i manuali.

(5) Neppure quando l'ordinamento giuridico accorda facoltà (*Befugnisse*) p. es. di contrarre matrimonio, di trasmettere la proprietà, di obbligarsi, di far testamento, con una sola espressione di (*compiere*) negozi giuridici. Come anche queste apparenti concessioni sbocchino in imperativi, io dovrò dimostrare nel seguente Capitolo.

dell'uomo giuridicamente sussiste per ogni dove, fino a quando non sia posto ad essa un limite dall'ordinamento giuridico. Ciò che non è vietato, proprio per questo è permesso (e). Un esplicito permesso avrebbe senso là soltanto dove anteriormente c'era un divieto (f). Ma allora esso significherebbe il ritiro di quel divieto, non sarebbe con ciò una statuizione di diritto, bensì una revoca di diritto (*keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung*) (6). L'ammettere un «tu puoi adoperare le tue forze corporee e spirituali, usare, abusare, distruggere le cose tue» starebbe dunque in contraddizione coi fondamentali principi del diritto. Ma v'è di più. Se si volesse dedurre da un cosiffatto «tu puoi» un diritto soggettivo del singolo, l'ordinamento giuridico dovrebbe non soltanto permettere, ma anche garantire l'attività permessa. Almeno dovrebbero ammettere ciò quelli che nel diritto, in luogo d'una mera liceità, riconoscono in maniera del tutto corretta una garanzia di aiuto (7). Ma allora il singolo, per tutto quello per cui gli è attribuito un diritto, sarebbe autorizzato a rivolgersi per aiuto alla comunità. Lo Stato dovrebbe aiutare il cavaliere inesperto, dietro sua richiesta, a salire sul proprio cavallo, la comunità dovrebbe cooperare a cercare il cane fuggito. Salta agli occhi che la cosa non sta così. L'ordinamento giuridico di regola non si cura nè del godimento dei beni, nè del se nè del come del godimento. Còmpito suo è quello di toglier di mezzo (*hinwegräumen*) gli ostacoli per l'eventuale godimento, che altre persone frappongono indebitamente al (*godimento*) medesimo. Ed esso (*ordinamento*) adempie questo còmpito, col proclamare l'inviolabilità dell'altrui persona e dell'altrui cosa per mezzo dei suoi divieti.

3. (*Godimento da parte di uomini incapaci di volere e privi di diritti*). — Le difficoltà crescono quando si cerchi di trarre le applicazioni dalla opinione avversaria (*bei dem Versuche der Durchführung der*

(6) Egregiamente HAELSCHNER, *Sala d'udienza* (*Gerichtssaal*), XXI (1869), pp. 82, 83. Esattamente già anche SAVIGNY, *Sistema*, I, p. 58. Ciò che THÖL, *Introd. al dir. priv. german.* (*Einleitung in das deutsche Privatrecht*) (1851), p. 103, allega contro SAVIGNY, — che il permesso giuridico avrebbe un significato a causa di ciò, che «(sarebbe) sovente difficile da sapersi, tutto ciò che io possa fare, e tutto ciò che io possa astenermi dal fare» (*was Alles ich thun, und was Alles ich unterlassen darf*) — a mio avviso non è convincente. La dichiarazione del potere legislativo, che qualcosa non sia vietato, nè instaura un diritto, nè, quand'essa corrisponde a ciò ch'è in realtà, revoca un precetto giuridico; essa piuttosto racchiude soltanto un ammaestramento (*eine Belehrung*).

(7) Cfr. sopra, p. 222 (*naturalmente, dell'ed. tedesca*).

gegnerischen Ansicht). Se c'è « un diritto alla vita ed alle funzioni, nelle quali la vita si estrinseca », e se inoltre la proprietà comprende la facoltà di disporre e di usare della cosa, ogni estrinsecazione della vita e del pari ogni operazione su la cosa propria è un'attività di esercizio del diritto (Rechtsausübungshandlung). E se poi il diritto deve consistere nel poter volere (im Wollendürfen), l'esercizio del diritto si presenterebbe come un farsi valere del contenuto di volontà permesso dal diritto (als Geltendmachung des durch das Recht gestatteten Willensinhalts) (8).

A questo punto ci troviamo di fronte a due fenomeni particolari. Anche gl'infanti ed i pazzi sono capaci di diritto. Con la loro nascita essi hanno un diritto della personalità, col verificarsi d'un fatto acquisitivo (*hanno*) anche una proprietà. In forza del primo diritto, per conseguenza, sarebbe ad essi lecito (dürften sie) di respirare, di muoversi, di sentire (empfinden), in forza della loro proprietà (*sarebbe ad essi lecito*) di usare, consumare, distruggere le cose loro. Essi hanno tale « diritto », cioè ad essi è lecito (sie dürfen) di volere tutto questo; ma essi non possono volere in senso giuridico, poichè l'ordinamento giuridico denega (abspricht) ad essi la capacità di volere. Ad intendere strettamente la cosa dovrebb'essere il tutore ad essere legittimato all'esercizio anche di questi loro « diritti » (9). Ma il tutore non può mica respirare, muoversi, sentire per il pupillo; vero è ch'egli potrebbe usare e consumare in nome del pupillo la proprietà di questo, ma questo non sarebbe certo nell'interesse del pupillo. Infatti non si giunge a questa conclusione (diese Konsequenz wird denn auch nicht gezogen). Ci si accontenta di ciò che i soggetti sottoposti a tutela (die Bevormundete) personalmente vivano e mangino e bevano. Ma benchè ad essi si attribuisca un « diritto » a queste attività, il loro agire tuttavia non è qui esercizio di diritto (10). Essi hanno un « diritto » di vivere e di godere

p. 295

(8) WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 121, 149 N. 5; I, pp. 349, 447.

(9) Poichè il « tutore è legittimato a far valere i diritti del pupillo » — *ivi*, § 440. WINDSCHEID (§ 37 N. 2) domanda con ragione: « IHERING non fa alcuna difficoltà che in luogo dell'incapace di volere, in suo nome, un altro stia in giudizio (klage): non accederà egli alla nostra definizione che, allorchando è richiesta una reale volontà per l'attuazione del diritto, un altro possa volere in nome dell'interessato? ».

(10) Quando WACH, *Sala d'udienza* (Gerichtssaal), 1873, p. 450, dice: « Il pazzo esercita il suo diritto di proprietà, quando egli consuma il pane che gli appartiene. Egli non commette illecità, quando danneggia oggetti del proprio patrimonio »: quest'ultima opinione è perfettamente esatta, ma un'azione non vietata non è ancora esercizio d'un diritto.

la loro proprietà — essi vivono e godono la loro proprietà — ma qui non come esercizio del loro diritto. Il loro vivere, il loro mangiare e bere è altra cosa da quella degli uomini capaci di volere: per questi ultimi ciò è esercizio di diritto, per essi non lo è (11).

Un'ulteriore disarmonia scaturirebbe dalla dottrina avversaria almeno per il diritto romano. Poichè gli schiavi erano in generale privi di diritti, non si vorrà nemmeno riconoscere ad essi un « diritto di esistere » (12). Le manifestazioni della loro vita, sebbene indistinguibili da quelle degli uomini liberi, non sarebbero dunque state per sicuro attività di esercizio d'un diritto. Non si può nemmeno innalzarle a tali (*cioè, ad attività di esercizio d'un diritto*), col ravvisare eventualmente in esse un esercizio del diritto, che il proprietario aveva alla vita dei propri schiavi. Agli schiavi era bensì riconosciuta una capacità negoziale nell'interesse dei loro padroni, ma non la capacità di esercitare i diritti dei loro padroni. Inoltre anche questa scappatoia verrebbe meno per i servi sine domino. Per gli schiavi si è dunque costretti a concludere che quelle stesse attività, le quali pei liberi dovrebbero essere esercizi di diritti, non sono da considerarsi se non ciò che effettivamente sono: come attività di godimento giuridicamente non vietate (13), ma, appunto

p. 296

(11) All'errore di ragionamento (den Fehler in die Rechnung ...) conduce qui non la teoria del diritto come un potere di volere, bensì soltanto quella del godimento come un diritto. Ciò si vede dal fatto che BINDING — il quale segue la definizione del diritto di IHERING, *cf. Norme*, I, pp. 154 segg.; II, p. 51 — giunge all'identico risultato. Per lui è « attività di esercizio di diritto », « quand'io vado a spasso per un'ora sul mio cavallo » (II, p. 47, nota 69)). Poichè poi l'esercizio del diritto è da lui (pp. 46, 45) ascritto alle « azioni giuridicamente rilevanti » ed è richiesta una capacità di agire per intraprenderle, BINDING deve giungere al principio, che l'atto del fanciullo che monta il proprio cavallo è tutt'altra cosa da quello dell'adulto. Anzi, se quest'ultimo nel cavalcare si addormenta — « i peggiori nemici della capacità di agire di uomini normali ... sono il sonno ecc. », p. 86 — la cavalcata da esercizio di diritto si muta in un'azione comune, per ritramutarsi di nuovo in quello (*cioè, in esercizio di diritto*) col destarsi del cavaliere. Io mi domando invano, che cosa renda giuridicamente più rilevante l'atto di cavalcare del proprietario quand'è sveglio che non quello dello stesso quando si sia addormentato. A siffatte infruttuose distinzioni costringe l'oppugnata teoria.

(12) BRUNS nell'*Enciclopedia* di von HOLTZENDORFF, 3^a ed., p. 353.

(13) Le attività degli schiavi e quelle degli animali si differenziano in ciò, che le prime, e non le ultime, possono essere giuridicamente vietate o comandate. Poichè gli schiavi, benchè incapaci di diritti (rechtsunfähig), sono tuttavia capaci di doveri giuridici (rechtspflichtfähig): A. SCHMIDT, *Della capacità per delitto degli schiavi secondo il diritto romano* (von der Deliktsfähigkeit der Sklaven nach röm. Rechte) (1873), p. 6; BINDING, *op. cit.*, II, p. 48, nota 71.

per questo, giuridicamente irrilevanti. Se non si vuole ciò, se anche qui si parla d'un diritto di vivere e del suo esercizio, ci s'incammina per una strada sdruciolevoles, su la quale non v'è più possibilità di fermarsi. Poichè ne viene per diritta conseguenza, il dover attribuire, non soltanto per fantasia poetica (14), ma con tutta serietà, anche alle bestie un diritto di vivere (15).

4. (*Posizione del diritto di fronte a modi immorali di godimento*).

— Ma con questo non sono esauriti gl'inconvenienti della teoria dominante. Adottandola, si giungerebbe a questo, od a considerare ogni azione non vietata come un esercizio di diritto e per conseguenza a parlare d'una somma enorme di diritti, dall'ammettere i quali rifugge il nostro sentimento (16), oppure a cadere in distinzioni vacue ed oziose (17). Ma specialmente il rapporto dell'ordinamento giuridico con la legge morale sarebbe pericolosamente intorbidato. Vero è che singole manifestazioni della vita e specie di godimento delle cose (*Sachgenussarten*) sarebbero pur sempre giuridicamente vietate. Il divieto, che secondo la nostra teoria limita solamente la naturale libertà preesistente, dal punto di vista della dottrina dominante potrebbe essere inteso in pari tempo come un ritiro del permesso, quindi come una soppressione del « diritto ». Così per esempio il divieto della prostituzione professionale od il divieto di tormentare anche le proprie bestie in maniera da sollevare scandalo potrebbe, sì, conciliarsi con entrambe le teorie. Ma presenterebbero un'insuperabile difficoltà per la dottrina dominante tutte le azioni le quali, senza essere giuridicamente vietate, sono disapprovate e stigmatiz-

(14) « Questo diritto alla libera vita, — questo dono della maggiore dolcezza, — che Dio ha dato perfino alla fiera, — all'uccello, al pesce ed al ruscello ». CALDERON, *La vita (è) un sogno*.

(15) Così secondo SPINOZA « i pesci avrebbero diritto di nuotare, i pesci grandi il diritto di divorare i più piccoli » — citato da AHRENS nell'*Enciclopedia di von HOLTZENDORFF*, 3^a ed., p. 23 (g).

(16) Così ARNDTS, *Pandette*, § 24 n. 2 trova non necessario di trattare nel sistema di diritto privato « del diritto di dormire a piacimento, di lavorare o di andare a spasso ecc. »; ma la qualità di diritto (*di siffatti comportamenti*) non viene messa in dubbio. Cfr. anche BRINZ, *Pandette*, 1^a ed., § 22: « il diritto di giocare alla palla nel Campo di Marte ». Se ogni azione non vietata fosse esercizio di diritto, allora ogni mattina col destarsi s'incomincerebbe ad esercitare il diritto di alzarsi, oppure ad esercitare il diritto di rimanere ancora a letto — e tutte le mille triviali faccende, che la vita quotidiana porta con sè, sarebbero per i soggetti capaci di agire innalzate ad esercizi di diritto.

(17) SCHLOSSMANN, op. cit., p. 244.

zate dal nostro sentimento morale. Secondo la teoria avversaria infatti i modi non vietati di godimento son pur sempre diritti. Ora, non è vietato da un precetto giuridico di usare la propria libertà anche in un modo del tutto indegno: essere ignavo, quando la legge morale pretende attività, essere impudico quand'essa richiede purezza di costume (*Reinheit*). Parimenti, al proprietario per lo più non è giuridicamente vietato di disporre di ciò ch'è suo in un modo moralmente irresponsabile: di gozzovigliare (*schlemmen*) e di scialacquare (*prassen*), di essere avaro (*kargen*) e spilorcio (*geizen*). Se, dunque, ogni attività non vietata di godimento fosse un esercizio di diritto, si dovrebbe ammettere anche un diritto alla scioperataggine, un diritto ad azioni licenziose, un diritto al suicidio (18) — non meno che un diritto del proprietario alla gozzoviglia ed allo scialacquo, all'avarizia ed alla spilorceria (19). Per tal modo diritto e morale sono posti in un dissidio non necessario. Questo scompare immediatamente, tosto che si tenga distinto il godimento del bene giuridicamente protetto dal contenuto del diritto. Quando l'ordinamento giuridico accorda coi suoi divieti protezione alla persona ed alla proprietà dei singoli, lo fa certamente perchè essi possano liberamente utilizzare ed adoperare le proprie forze corporee e spirituali e la loro proprietà. Rendere possibile un godimento è scopo di ogni di-

p. 298

(18) Supposto che il suicidio non sia giuridicamente vietato — ciò di cui l'impunità del tentativo non offre naturalmente un contrassegno così sicuro, quanto (*l'offriva*) per l'addietro la punibilità del tentativo per il divieto (*del suicidio stesso*). Che l'ammissione d'un diritto su la propria persona nel senso oppugnato « conduca per consequenziale sviluppo al riconoscimento d'un diritto al suicidio » è stato giustamente riconosciuto da SAVIGNY, *Sistema*, I, p. 336. Quando WINDSCHEID, op. cit., § 39 N. 1, osserva in contrario: « Nient'affatto: da ciò discende soltanto che il suicida non fa nessun torto alle persone che gli stanno di fronte », ciò è in sè pienamente vero, ma difficile da accordarsi col suo proprio punto di partenza. Perchè, o è ogni azione non vietata emanazione d'un diritto (*Ausfluss eines Rechts*), ed allora è tale anche il suicidio (non vietato); oppure si trova in quest'ultimo soltanto un agire non illecito: ed allora anche ogni altra azione non vietata, da esercizio di diritto dev'essere fatta decadere ad una mera attività non illecita (*h*). Come WINDSCHEID anche NEUNER, op. cit., p. 17. Contro quest'ultimo, inesatto obbiettivamente, ma in sè conseguente BÜRKELE, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift), XI, p. 198.

(19) A quali pericolose conseguenze l'erronea ammissione d'un diritto al godimento possa facilmente portare anche in altri campi, mostra felicemente HAELSCHNER, op. cit., p. 83: « Tosto che l'attività lecita, (*come*) il mangiare ed il lavorare, sia divenuta un diritto a mangiare, a lavorare, si è vicini a concludere, che l'avente diritto si cerchi il soggetto obbligato, che quegli faccia valere di fronte allo Stato il proprio diritto al nutrimento, al lavoro ».

p. 299

ritto soggettivo. Ma non si deve nemmeno dire che il diritto ha per iscopo di rendere possibile ogni godimento. Anche all'ordinamento giuridico è grato soltanto un uso savio e morale dei beni; questo soltanto esso voleva rendere possibile con l'accordare la propria tutela. Ma quando esso (*ordinamento*) per tale scopo statuisce l'inviolabilità dell'altrui persona e della cosa altrui, non è escluso che in luogo d'un ragionevole godimento segua un uso abusivo del bene. Quanto poco l'ordinamento giuridico desidera ciò od ha ciò per iscopo, ed altrettanto poco esso sarà in condizione d'impedirlo. Giammai potranno tutti i comandi della morale essere innalzati a precetti giuridici. L'ambito di ciò ch'è giuridicamente vietato sarà sempre più stretto dell'ambito di ciò ch'è moralmente vietato. L'ordinamento giuridico si dovrà dunque accontentare di vietare i più vistosi eccessi di godimento (die größten Genusauschreitungen). Se il singolo si mantiene entro i limiti del non vietato, la comunità non ha nessun motivo per intervenire. Le attività possono poi essere anche ben immorali, come gli esempi già fatti dimostrano. Lo Stato tollera allora l'immoralità consistente nell'abuso, ma non se ne fa complice col garantire un diritto alla medesima.

p. 300

Il bisogno di vietare un uso abusivo dei beni giuridicamente protetti sarà diverso secondo le condizioni dei tempi. Così in circostanze usuali può essere lasciata al proprietario piena signoria su la cosa propria. L'egoismo dei singoli sarà qui il correttivo, che tiene lontano il troppo frequente apparire di un uso dissennato e pertanto abusivo del bene. Se tuttavia questo ne segue, se p. es., il proprietario fa scannare tutti i suoi cavalli, gettare in acqua le sue provviste di grano, egli non esercita con ciò nessun diritto, e neppure l'ordinamento giuridico non gli ha accordato la tutela della proprietà per tale scopo, — ma poichè lo stesso non ha nemmeno vietato un tale modo di agire, lo deve tollerare. Se, invece, qualcuno in tempo di guerra volesse accoppiare i proprii cavalli, durante una carestia distruggere senza necessità ammassi di grano, l'ordinamento giuridico avrebbe allora piena ragione di opporsi ad un siffatto abuso con la pronta emanazione d'un divieto. Non sarebbe offeso con ciò un diritto legittimamente acquisito. Un diritto alla distruzione, che molti attribuiscono al proprietario e soltanto a questo (20), senza il quale anzi, secondo l'avviso di alcuni (21),

(20) SINTENIS, *Diritto civile* (Civilrecht), § 47. ARNDTS, *Pandette*, § 130. Cfr. anche VANGEROW, *Pandette*, § 295 n. 1. WINDSCHEID, op. cit., § 149, N. 5.

(21) AHRENS nell'*Enciclopedia* di v. HOLTZENDORFF, 3^a ed., pp. 52, 53.

la proprietà cesserebbe d'essere proprietà, non esiste. Soltanto, al proprietario non è abitualmente vietato di distruggere la cosa propria (22). Ma (*ciò*) nello stesso modo in cui non è vietato a chicchessia di tirare alle cornacchie o di uccidere le zanzare o di distruggere insetti nocivi — benchè al distruttore della vita di questi animali non spettasse nè prima nè dopo il suo atto un diritto sopra i medesimi (23). (*Sono tutte queste*) azioni non vietate — appartenenti di nuovo al campo infinitamente vasto, il quale sta tra l'agire giuridicamente vietato e l'agire giuridicamente protetto, il campo, sul quale l'attività dell'uomo non è vietata in modo solenne (nicht gebannt und verstrickt ist), ma dove non gode neppure dell'aiuto della comunità giuridica. A questo terreno intermedio appartiene parimenti ogni godimento non vietato d'un bene giuridicamente protetto. Chiamarlo un diritto, non è nè necessario nè esatto (2).

5. (*Il dogma del diritto reale come di un'immediata signoria su la cosa. Significato del principio*). — Il più forte baluardo, la dottrina dominante crederà di trovarlo nella natura del diritto reale e specialmente in quella della proprietà. Qui infatti è dogma incrollabile, che il diritto reale conferisca al suo titolare una immediata signoria su la cosa, laddove nei rapporti obbligatori il creditore costantemente avrebbe a che fare soltanto con la persona del suo debitore (24).

p. 301

Cerchiamo anzitutto di stabilire il significato del principio. Evidentemente esso non vuol dire, che all'acquisto d'un diritto reale debba sempre precedere un effettivo possesso della cosa (*un effettivo avere la cosa*: ein factisches Haben der Sache). Già in diritto romano poteva p. es. il legatario acquistare la proprietà sopra una cosa, ch'egli non aveva giammai veduta. Non l'acquisto del diritto reale vien fatto dipendere da un rapporto immediato con la cosa; quest'ultimo deve piuttosto es-

(22) Più esattamente un suo bene reale. Cfr. le giuste osservazioni in SCHLOSSMANN, op. cit., p. 293.

(23) È escluso il pensare ad un'occupazione, poichè il soggetto agente non aveva mai l'intenzione di tenere per sè gli animali vivi o morti. Ciò ch'egli voleva ed eseguiva era soltanto l'uccisione d'un essere vivente, il quale nè prima nè dopo apparteneva a qualcuno.

(24) Avversari di questa teoria da ultimo si sono manifestati LENEL, op. cit., pp. 11, 12; SCHLOSSMANN, op. cit., pp. 262 ss. — Si è, invece, nuovamente dichiarato a favore della veduta dominante con tutta risolutezza SOHM, *Il concetto del diritto di credito*, nella « Riv. del GRÜNHUT » (der Begriff des Forderungsrechts, GRÜNHUT's Zeitschrift), IV (1877), pp. 459 ss.

sere, sia conseguenza sia contrassegno d'ogni diritto reale. È compatibile quindi con la dottrina dominante, se un ordinamento giuridico fa sorgere tosto con l'acquisto un diritto reale, laddove il medesimo negozio per altri diritti fonda soltanto una prestazione di natura obbligatoria del venditore (25). Dovrebbe però mostrarsi pure l'immediata signoria del proprietario su la cosa sua, se essa deve costituire il carattere essenziale del diritto reale (26), in ogni caso subito dopo lo acquisto del diritto reale. Ma io non saprei in che modo l'acquirente, se diventi tosto proprietario con la conclusione della compravendita, venga a trovarsi in un rapporto diverso da quello in cui si trova, rispetto alla cosa, s'egli acquista soltanto una pretesa di carattere obbligatorio verso il venditore. O, forse, la situazione del proprietario del fondo, nel cui terreno un altro ha trovato un tesoro, rispetto alla metà a lui spettante del tesoro è di fatto un'altra, a seconda che si risolve nell'uno o nell'altro senso la dibattuta questione, se gli spetti una comproprietà oppure soltanto un diritto di credito? A me pare che i due casi sieno perfettamente eguali in ciò, che il proprietario del fondo per il momento non ha e non possiede (*nicht beherrscht*) la sua parte, se anche egli desidera di averla; che a lui dapprima è vietato (26^a) di portar via a suo arbitrio ciò che si è trovato (*eigenmächtige Wegnahme des Gefundenen*) e che poi deve citare il ritrovatore per la consegna (*auf Herausgabe*). Che quanto al rimanente i casi sieno diversi, non lo voglio minimamente negare. Se attribuiamo al proprietario del fondo solo un diritto di credito, la sua tutela è limitata al dovere di natura obbligatoria del ritrovatore; se lo riconosciamo come comproprietario del tesoro, la sua tutela giuridica si estende in forza del generale divieto di operare su la cosa altrui (*auf die fremde Sache einzuwirken*) senza consenso del proprietario. Ma è impossibile indicare questa differenza, con l'attribuirgli nell'ultimo caso un'immediata signoria sopra la cosa, nel primo soltanto la signoria di fronte alla persona del ritrovatore.

Col porre quel principio sembra che si pensi ad un'altra situazione

(25) La dimostrazione di SCHLOSSMANN, op. cit., p. 264, è quindi incerta, fin tanto ch'essa si basa su l'osservazione di siffatte differenze della legislazione. Cfr. sopra, pp. 170 ss. (*naturalm., dell'ed. ted.*).

(26) WAECHTER, *Diritto privato del Württemberg* (würtemb. Privatrecht), § 46, pp. 292, 294, 296. UNGER, *Sistema*, I, § 61, pp. 514, 527; § 62, pp. 539, 546.

(26^a) Perfino vietato da una pena quand'anche premesse e pene qui fossero diverse.

di cose. Ci si rappresenta il proprietario come un possessore di fatto e si paragona ora la sua situazione giuridica con quella d'un titolare d'un diritto soltanto obbligatorio (*mit der eines nur obligatorisch Be-rechtigten*). Quando poi si pensa quest'ultimo come ancora insoddisfatto — come lo è p. es. l'acquirente prima della consegna della cosa, — la diversità è evidente. Al proprietario è sicuramente permesso quasi ogni uso della cosa sua, al compratore è vietato di prenderla senza consenso del venditore. Il primo può disporre della cosa a suo piacere, l'ultimo non ha che un suo diritto di credito verso il venditore. Là immediato godimento della cosa, qui speranza (*Erhoffung*) d'un godimento futuro, per mezzo della interveniente prestazione del debitore. In questo confronto però si spostano i termini del paragone. Si vuol contrapporre il diritto reale al diritto delle obbligazioni, e si pone come ulteriore presupposto, là uno stato di fatto che corrisponde al diritto, e qui uno stato di fatto contrario al diritto. Le differenze, che da ciò derivano, non si possono poi senz'altro ricondurre a diversità dei diritti (27).

Per vedere chiaro, noi ci dovremo figurare omogenei i rapporti da tutt'e due le parti. Noi supponiamo dunque che il proprietario sia in possesso della cosa sua, il locatario nella detenzione della casa presa in affitto. Qui si deve indicare se una diversità sussiste, se in fatto il titolare del diritto reale abbia a che fare con la cosa stessa, il locatario soltanto con la persona del locatore (28). Di bel nuovo io non vedo come l'abitare di fatto una casa possa essere in generale qualcosa di diverso, se l'abitatore sia proprietario, usufruttuario od anche soltanto locatario della casa. Tutt'e tre usano i locali, in tutt'e tre è altresì la volontà direttamente indirizzata ad usare la cosa. Il locatario sarebbe a mal partito (*wäre übel daran*), se egli dovesse contare soltanto su la persona del locatore e (*contare*) su la cosa unicamente per mezzo della continua interveniente prestazione di quello; a peggior

(27) Così io intendo BRINZ, *Pandette*, § 129, p. 468, secondo il quale nell'immediatezza del diritto reale deve trovarsi una certa indipendenza e prontezza di legittimazione in quanto « nel diritto reale si hanno di già le cose, che devono costituire il nostro patrimonio, laddove nell'altra forma di patrimonio (i crediti) esse si devono prima ottenere ». A ciò corrispondeva anche la designazione usata per il passato dei diritti reali come diritti *su* (a n) le cose in contrapposto ai diritti di credito come diritti *alle* (a u f) cose; la quale ultima designazione però era proprio inesatta, poichè non ogni diritto di obbligazione è diretto a fondare un diritto reale od anche soltanto (*un diritto*) ad una prestazione di cose.

(28) NEUNER, op. cit., pp. 53, 153. SOHM, op. cit., p. 459.

partito si troverebbe il comodatario, il quale si fosse fatto prestare eventualmente una borsa da viaggio per usarla in un suo viaggio. Non si obietti: i confini del loro godimento non vietato non sono gli stessi: il proprietario può fare assai più che il locatario. Non c'è dubbio che i confini del loro così detto diritto di uso sono differenti. Ma per caratterizzare ciò che ai due non è vietato, questo momento non può servire. Il proprietario è altresì meno limitato che non l'usufruttuario e pur tuttavia entrambi sono titolari di diritti reali: del pari all'un locatario, secondo il contenuto del contratto, può essere concessa una situazione di molto maggior libertà che ad un altro. Noi parliamo dunque soltanto di quel godimento, che a tutte le tre persone è lecito (*non vietato*: unverwehrt). Ma questo è per tutte lo stesso: il proprietario non abita nella casa propria in maniera più immediata che il locatario in quella che ha in affitto (29).

p. 305

6. (*Conseguenze della teoria dominante. L'acquisto dei frutti del conduttore*). — Se fosse esatto che il titolare d'un diritto di obbligazione (der obligatorisch Berechtigte) dovesse unicamente rivolgersi alla persona del suo debitore e soltanto per mezzo della persistente prestazione di questo potesse divenire partecipe del godimento della cosa, ne risulterebbe una conseguenza della maggiore importanza pratica. Col venir meno della intermedia volontà del debitore oppure ad ogni modo con la dichiarata mutazione della stessa sarebbe sottratta al creditore la base del suo « diritto ». Un godimento continuato della cosa da quel momento in poi sarebbe antiggiuridico. Al creditore rimarrebbe lecito (*non proibito*: unbenommen) di citare il suo debitore per un'ulteriore garanzia del godimento come per un indennizzo a causa del permesso sottrattogli in spregio del contratto: ma fino a quando la volontà del debitore (30) non fosse infranta per mezzo

(29) Ancora più significativo sarebbe stato il confronto fra un compratore, il quale ha acquistato dal proprietario e con ciò è diventato egli stesso proprietario, ed un siffatto (*acquirente*), verso il quale il venditore non proprietario è obbligato solo per la cessazione dell'habere licere. Qui non vi è una diversità né esteriore nell'abitare né interiore nel volere e opinare del compratore. Io ho rinunciato tuttavia a quest'esempio, perchè il compratore è certamente possessore e come tale, almeno a mia opinione, ha un diritto reale su la cosa.

(30) Oppure in caso estremo fino a quando la volontà del debitore è surrogata dalla pronuncia del giudice — a proposito di che può rimanere impregiudicato, se una tale sostituzione della volontà del debitore si accordi con la concezione dominante dell'obbligazione come d'un diritto ad ottenere un'azione (*del debitore*).

del processo, ogni godimento rimarrebbe interdetto al creditore (31).

Tale conseguenza sembrano trarre infatti anche le fonti romane. Al conduttore viene sottratta, per unilaterale divieto anticontrattuale da parte del locatore, la possibilità di diventare, mercè la presa di possesso dei frutti, proprietario degli stessi (32). È proprio il caso, che si ama addurre, per contrassegnare la diversa specie della situazione giuridica d'un titolare di diritto reale e d'un diritto di obbligazione (33). E per certo è una diversità incontestabile. Un enfiteuta ed un usufruttuario sono, quanto all'acquisto di proprietà sui frutti, indipendenti dal volere del proprietario del fondo, per quanto diverso si presenti sotto altri aspetti il loro acquisto dei frutti. L'opposizione del proprietario del fondo non potrebbe impedire che i frutti tosto col loro prodursi tocchino come cose a sé stanti all'enfiteuta; altrettanto poco (*potrebbe impedire*) che l'usufruttuario col possesso acquisti anche la proprietà sui frutti (34). Ma a rigor di termini l'intero caso non entra in quest'ordine d'idee. Con l'acquisto dei frutti non si tratta d'un godimento effettivo d'una cosa senza mutamento della sua giuridica situazione. Piuttosto viene in questione un acquisto di diritto, un mutamento della proprietà sui frutti. Ora, i Romani hanno ricondotto l'acquisto di proprietà del conduttore ad una tradizione di frutti (35). Ma in questa è ricono-

p. 306

(31) Questa conseguenza è nel modo più reciso riconosciuta e tratta da ZIEBARTH, *L'esecuzione reale e l'obbligazione* (die Realexecution und die Obligation) (1866), pp. 45, 188: « ... non la cosa (viene) immediatamente sottoposta al diritto del locatario, bensì tale rimane la persona ed il suo volere, e se proprio questo volere antiggiuridicamente viene meno, il locatario non può di per sé immediatamente procurarsi soddisfazione dalla cosa, bensì deve costringere per via legale il volere dell'obbligato a ritornare entro le rotaie del diritto ».

(32) ULPIANO, l. 6 de donationibus 39, 5: « ... si quis a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer eum (sc. lapidem) sibi iure eximere si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat ... ». Cfr. anche note 35, 36.

(33) VANGEROW, *Pandette*, § 113 nota n. 3, a. — NEUNER, op. cit., p. 153. — EXNER, *Critica del concetto di diritto di pegno* (Kritik des Pfandrechtsbegriffes), p. 52. — SOHM, op. cit., p. 400.

(34) Che l'usufruttuario acquisti la proprietà soltanto con la percezione (*dei frutti*), ha il suo fondamento in ciò, che il suo diritto viene considerato come un ius utendi fruendi, e quindi un diritto, che a lui viene accordato allo scopo ch'egli eserciti una sua propria attività, e non (*allo scopo*) che i frutti gli cadano in grembo: l. 1 pr. quando dies 1, 3: « Quamquam ususfructus ex fruendo constat, id est factio aliquo eius qui fruitur et utitur ecc. ».

(35) l. 6 de donationibus 39, 5: « ... quodammodo traditione meus factus est (sc. lapis) ... quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate ».

sciuto che l'acquisto di possesso deve seguire col consenso del tradente. La precedente dichiarazione di quest'ultimo di per sè sola non basta; per lo meno ogni ulteriore mutamento di volere, anzi ogni venir meno del volere rende impossibile l'acquisto della proprietà (36). È questo un caso, nel quale, per usare espressioni di KÖPPEN (37), il negozio giuridico stesso è pendente fino all'adempimento della tradizione. Come nella vendita il venditore si obbliga bensì anche alla tradizione, ma la sua volontà di tradere deve persistere fino all'istante della presa di possesso, altrimenti il compratore che da parte sua s'impossessa non acquista nessuna proprietà (38), così anche nel rapporto di locazione si richiede un persistere della volontà di tradizione riguardo ai frutti. Infatti si equiparano spesso il locare ed il vendere fructus (39), come, del resto, anche il conduttore da parte sua ha il diritto di vendere i frutti pendenti (40). Per questo anche nel rapporto di locazione è richiesto un persistere della volontà di tradizione. Ogni divieto di raccolta rende impossibile l'acquisto di proprietà del conduttore; se questo è contrario al contratto ed ingiustificato, il conduttore potrebbe avanzare la sua pretesa personale all'adempimento ed all'indennizzo (41). Se questo principio di diritto romano corrisponde alla nostra odierna coscienza giuridica oppure se l'autorizzazione accordata al conduttore col conferimento della detenzione malgrado una posteriore revoca del locatore proprietario del fondo renda possibile a quello l'acquisto dei frutti, è una questione, che qui dev'essere soltanto proposta. La sua soluzione dipenderebbe forse dalla concezione di quell'autorizzazione. Ma tanto se la risposta sonasse affermativa quanto negativa, per la questio-

p. 308

l. 62 § 8 de furtis 47, 2: «... fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere». l. 16 pr. de praescr. v. 19, 5: «... quia mea facta est, cum voluntate tua exempta est». Vat. fr. 1: «... fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit».

(36) l. 55 de obl. et act. 44, 7: «In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest».

(37) KÖPPEN, *L'acquisto dei frutti del bonae fidei possessor* (der Fruchterwerb des b. f. p.), (1872), pp. 18-24.

(38) l. 5 de a. v. a. p. 41, 2: «... si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es».

(39) l. 8 §§ 1, 3 — l. 9 § 6 de rebus auctoritate iud. 42, 5 — l. 6 de donat, 39, 5.

(40) l. 62 § 8 de furtis 47, 2.

(41) l. 15 § 8 — l. 25 § 1 locati 19, 2.

ne che presentemente ci occupa essa è priva di significato. Le esigenze dell'acquisto di proprietà per mezzo di tradizione non decidono se nei rapporti obbligatori il soggetto autorizzato (*il soggetto del diritto*) stia generalmente solo in una relazione mediata con la cosa a lui rimessa.

7. (*Rapporto del locatario col locatore e con terze persone riguardo alla cosa locata. La teoria di ZIEBARTH e di SOHM. È la detenzione nel proprio interesse un diritto reale?*). — Noi ci dobbiamo dunque limitare a casi, nei quali in forza d'un diritto di obbligazione deve seguire il godimento di una cosa, senza che i diritti reali su quest'ultima risentano un cambiamento. Casi quotidiani di tale natura sono locazione di cose e comodato. Per essi si deve provare, se la dottrina avversaria trova conferma.

In modo speciale per la locazione anche la conseguenza, dianzi messa in rilievo, della dottrina dominante viene dedotta puramente ed integralmente da ZIEBARTH (42).

«Il locatore non dà la cosa una volta per sempre al locatario in diritto per sè stante, poichè ciò significherebbe costituire un diritto reale, bensì egli accorda la cosa di bel nuovo giorno per giorno, ora per ora; non c'è un solo atto di volontà, bensì una catena ininterrotta di atti di volontà, che ad ogni istante può essere strappata e la cui interruzione fa mancare al locatario il terreno sotto i piedi fino a quando per forza del giudice la catena sia riallacciata di nuovo».

«Il locatario non potrebbe nemmeno ritenere la cosa fino a quando egli avesse cercato di agire sul locatore per mezzo del processo e della sua forza morale, poichè fino allora egli riuscirebbe ad imporre il suo diritto sul volere senza il volere, quindi un altro diritto, quindi un torto».

Certo, questi principî sono posti soltanto per il diritto romano, non anche per il diritto odierno. Ma soltanto per la ragione che la

(42) op. cit., pp. 45, 50. Cfr. anche sopra, nota 31. Analogamente anche BRUNS, *Azioni possessorie* (Besitzklagen), (1874), p. 238, e recentemente SOHM, op. cit., p. 400: «Fra il locatario e la cosa sta in mezzo (mitten inne) la persona del locatore, la quale apporta (herbeiführt) e procura ininterrottamente la sotto-missione della cosa alla volontà del locatario. Il locatore rimane il padrone della cosa, e (sotto l'aspetto del diritto privato) è il suo libero volere (sein freier Wille), che procaccia al locatario in ogni istante l'uso della cosa».

p. 309

locazione, come ZIEBARTH cerca di sostenere, secondo la concezione giuridica tedesca sarebbe stata elevata a diritto reale. Se però il mero carattere obbligatorio della locazione rimanesse fermo, allora anche quelle conseguenze sarebbero inevitabili. E così ZIEBARTH giunge più oltre ai seguenti principî (43):

«I. - Secondo il diritto romano classico il locatore poteva spossessare il locatario... come mero detentore ad ogni momento per forza propria.

II. - Il possessore legittimo aveva per il medesimo scopo i suoi interdetti possessorii, contro i quali il detentore non poteva trarre dal contratto nessuna eccezione...

III. - Esattamente la stessa forza assoluta avevano perfino i rimedi petitorii (Rei vindicatio, Publiciana, Negatoria) del locatore, in maniera che anche contro essi nessuna delle menzionate eccezioni era ammissibile».

Ora, la mia posizione di fronte a questa teoria è la seguente. Anzitutto io sono propenso ad accettare come esatti i mentovati principii per il più antico diritto romano. Inoltre, io concordo pienamente con ZIEBARTH, che questi principii discendono come necessari (sich... mit Notwendigkeit ergeben), tosto che la differenza del diritto reale e del diritto personale si faccia consistere nella relazione del titolare con la cosa, immediata oppure mediata a traverso il volere del debitore. Sono ancora d'accordo che i detti principii al giorno d'oggi non sono in vigore (44). Ma invece di concludere da ciò, che la locazione presso di noi abbia cessato di essere un rapporto meramente obbligatorio, io sto fermo (45) al carattere obbligatorio della locazione e mi oppongo piuttosto alla premessa, della detta determinazione concettuale dell'obbligazione.

Per il più antico diritto romano io tengo per giusta l'esposizione di ZIEBARTH. Il locatore poteva in ogni tempo agire in possessorio come in petitorio per lo sgombero dell'alloggio dato in affitto. Ma quando egli, quantunque in violazione del contratto, otteneva la condanna del locatario, la ragione non consisteva in ciò, che i Romani del tem-

(43) pp. 11, 124.

(44) Al contrario SOHM, op. cit., p. 462, pretende anche la pratica validità per i suoi principii.

(45) Con una limitazione da discutersi più sotto: cfr. nota 72.

po più antico fossero particolarmente sensibili alla sconvenienza (Ungehörigkeit) d'un'eccezione di natura obbligatoria di fronte ad una pretesa (*sorgente*) da un diritto reale. La ragione consisteva piuttosto, come già da un'altra parte è stato giustamente messo in rilievo (46), nella rigidità del più antico processo, ch'era dominato dal principio: un processo, una questione. Se l'attore adduceva possesso o proprietà, questo suo diritto doveva essere affermato malgrado la locazione e l'affermazione portava con sé la condanna. Ma già il processo romano permetteva un incrocio di una domanda reale e di eccezioni sul fondamento di prestazioni obbligatorie (eine Kreuzung von sachenrechtlicher Intention und Exceptionen auf Grund obligatorischer Verpflichtungen).

Per il nostro diritto odierno il rapporto si presenterà così. Supponiamo che il proprietario d'una casa l'abbia data in affitto per 5 anni. Prima della consegna il proprietario è tutelato dai generali divieti, che colpiscono il locatario non meno che i terzi. Il proprietario stesso poi è il destinatario dello speciale comando di mantenere la sua promessa con la consegna della casa. Ma se l'abitazione è concessa, il locatore ha adempiuto la sua obbligazione. Possono bensì nell'ulteriore evoluzione del rapporto sorgere nuove prestazioni a suo carico, p. es. nel caso che si rendano necessarie riparazioni oppure nel caso che sia da prestare assistenza giuridica contro terzi (47). Ma a prescindere da tali possibilità l'obbligo del locatore è adempiuto. Non è esatto ch'egli debba nuovamente garantire la casa giorno per giorno ed ora per ora. Una siffatta esigenza d'una continua tensione di volontà sarebbe inammissibile ed inattuabile. Se ciò fosse richiesto sul serio, nessun uomo coscienzioso potrebbe mai dare in affitto (48). Ma se in pratica non si prende così alla lettera il comando (nimmt man es aber mit dem Gebote in der Praxis nicht so genau), a quale scopo dunque lo si pone in teoria? (wozu stellt man es dann theoretisch auf?). Anche per l'interesse del locatario ciò è del tutto ozioso. Fin tanto che questi occupa la casa, egli ha tutto ciò che può desiderare. Che il locatore in ogni istante pensi al rapporto contrattuale, o che temporaneamente egli dimentichi casa ed inquilino o diventi incapace di volere o muoia, e perfino che il locatore si penta di aver affittato la casa e sospiri di ria-

(46) DEGENKOLB, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift) IX (1867), pp. 212, 229.

(47) Cfr. nota 68.

(48) Cfr. sopra, pp. 199 segg. (*naturalmente, dell'ed. tedesca*).

verla: tutto questo può essere indifferente per il locatario. Egli ha il godimento di ciò che il contratto gli doveva garantire. Egli ha un alloggio: ciò che il locatore pensi o desideri al riguardo, non può nè giovare nè nuocere al locatario.

p. 312 Ma come vanno le cose, quando il locatore procede ad attuare la sua intenzione contraria al patto? Al locatario viene vietato di continuare ad abitare nella casa, anche se non è passato nemmeno un anno della locazione pattuita. È evidente che d'ora in poi non si potrà più parlare d'una «volontà interveniente» del locatore. Se il locatario in realtà avesse a che fare soltanto con la persona del suo debitore e non con la cosa, egli dovrebbe sgomberare al più presto possibile. Solo allora egli potrebbe intentare azione per l'adempimento ed il risarcimento. Ma io fiduciosamente mi richiamo, in contrario, alla realtà della vita. Nessun uomo anche il più coscienzioso — e dovesse pur essere un partigiano della teoria avversaria, — cederà ad una pretesa così ingiustificata. Malgrado il divieto egli rimarrà senza il minimo scrupolo (unbedenklich) nell'alloggio col sentimento del suo buon diritto. Egli si accontenterà della cosa (er wird sich an die Sache halten), che a tenore di contratto gli è stata consegnata, e — quand'anche da parte sua non provochi il locatore a intentargli azione (zur Klagerhebung provocirt) — aspetterà tranquillamente gli ulteriori passi dell'avversario.

p. 313 Al locatore si offrono ora tre possibilità, se egli vuole seguire la via del diritto. Egli può intentare azione in base al contratto per la restituzione, egli può far valere il suo diritto di proprietà, egli può ricorrere ai rimedi possessorii. Ch'egli non possa raggiungere lo scopo con l'actio locati, è riconosciuto anche da ZIEBARTH (49). Ma altrettanto poco gli gioverà la rei vindicatio. Il locatario non agisce illecitamente, s'egli abita ed usa la casa a lui consegnata. Il generale divieto, che tutela il proprietario, non colpisce più ora e durante il tempo del contratto il locatario. Durante questo tempo la revindica è quindi esclusa (50). Se tuttavia essa è sollevata, cade di fronte all'eccezione derivante dal contratto. Poichè, se non per diritto romano classico, tutta-

(49) P. 141. Contro il suo principio, perchè l'actio locati ha per conseguenza, secondo ZIEBARTH, un'esecuzione reale, e pertanto non può venire influenzata da una contropotesa obbligatoria; cfr. DEGENKOLB, op. cit., p. 224.

(50) Un segno di ciò è che durante questo tempo non si può parlare nemmeno d'una prescrizione della revindica. Cfr. Cap. V, nota 125.

via pel diritto odierno non è da dubitare che anche fatti tali, i quali liberano soltanto la persona del convenuto, possono essere opposti ad un'azione basata sul diritto reale (51).

Finalmente può il locatore ricorrere a rimedi possessorii. A lui spettano così l'interdictum uti possidetis come l'interdictum unde vi — il primo, in caso che il suo possesso sia messo in pericolo dal locatario (52), l'ultimo, per uno spossessamento (già) subito (bei vollendet Entsetzung). Ma come tale è considerato (il fatto) che il locatario contro la richiesta del locatore intenzionalmente non sgombri tosto l'alloggio (53). Solo che si domanda, se il locatore raggiungerà l'effetto con la sua pretesa, quando il locatario a giustificazione del suo rimanere nell'appartamento si richiama al contenuto del contratto di affitto. Decisiva in proposito è l'interpretazione delle parole finali della l. 12 de vi: «nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset». Dal punto di vista di MARCELLO (*esse parole*) non possono essere riferite al diritto contrattuale del locatario. Ma altrettanto poco ad un diritto di ritenzione del locatario a cagione di spese (54). Il frammento, del pari che il passo parallelo del medesimo autore (55), ha piuttosto davanti agli occhi un caso, dalle cui circostanze s'induce che il detentore non voleva ritenere ingiustamente (vorenthalten) il possesso — fosse poi perchè di fatto egli non era in condizione di poter restituire la cosa (56), fosse invece perchè egli versava in errore circa la volontà del possessore (57). D'altra parte a me sembra credibile, che ai passi in diritto giu-

p. 314

(51) GAIUS, IV, 117, ll. 9, 48, 65 de r. v. 6, 1 — l. 18 pr. fam. erc. 10, 2 — l. 4 §§ 29, 30 de doli m. exc. 44, 4; cfr. l. 4 pr. de serv. 8, 1 — l. 16 si servitus v. 8, 5.

(52) l. 3 § 3 uti poss. 43, 17.

(53) l. 12 de vi 43, 16 — l. 18 cod. «placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohiberit». Io non ritengo fondata l'ipotesi di WINDSCHEID (§ 400 N. 7) che qui «il locatario vuole possedere la cosa non in forza del suo diritto di locazione, bensì come cosa propria».

(54) Di diversa opinione DEGENKOLB, op. cit., p. 227. VANGEROW, *Pandette*, § 643, nota 2 in fine. Io non vedo però come il locatario debba essere giustificato, quando sul fondamento d'un credito più dubbio di indennità a causa di miglioramenti (wegen Verwendungen) trattiene la cosa, ma non già quand'egli si richiama in ciò ad una garanzia contrattuale.

(55) l. 20 de a. v. a. p. 41, 2.

(56) Questo a me sembra essere il caso supposto nella l. 20 cit.

(57) P. es. egli dubitava se il compratore fosse effettivamente tale. Così chiarisce lo Scolio 6 ai Bas. LX, 17, 18, la l. 12 dapprima cit.: «ἴσχυον ἀγορῶν αὐτοῦ εἶναι ἀγοραστὴν».

stiniano spetti un ulteriore significato (58). Anche un non voler restituire (ein Nichtzurückgebenwollen), se ciò è appena giustificato, rappresenterà d'ora in poi una iusta et probabilis causa. Per conseguenza una ritenzione a causa di spese del pari che una ritenzione in base al contratto di locazione non fondano più (*non sono più fondamento al...*: nicht mehr begründen) l'interdictum unde vi. In favore di ciò parla (*il fatto*), che al detentore nell'interesse proprio più tardi è data un'actio furti contro il possessore, che gli ha sottratto di nascosto (heimlich) la cosa a lui lasciata per contratto (59), in favore parla inoltre (*il fatto*), che già i Bizantini intendono così la iusta causa (60). Il carattere delittuoso dell'azione, che l'interdetto presuppone, viene meno, quando il convenuto può richiamarsi contro l'attore ad un suo diritto contrattuale. Analogamente si contrappone anche all'interdictum quod vi aut clam l'eccezione della permissione (61). In ogni caso per il diritto odierno sarebbe da accordare protezione al locatario, se a lui spetta un'actio spolii contro il locatore per (*il*) ricupero della detenzione perduta senza suo volere.

Se dunque il locatore non può riuscire per vie legali allo sgombero dell'alloggio, apparisce chiaro che non gli è nemmeno permesso di farsi ragione da sé (Eigenmacht) per questo scopo (62). Il locatario non agisce antiggiuridicamente, se egli rimane ad abitare — ma agisce bensì in tal modo il locatore, s'egli rompendo il contratto tenta di metter fuori il locatario (63). A questo dunque non è vietato di man-

(58) Per il diritto giustiniano anche ZIEBARTH, p. 164, ammette un diritto di ritenzione per la durata del tempo della locazione. Cfr. anche le citazioni ivi p. 129 come anche GLÜCK, *Pandette*, Vol. XVIII, p. 23, e BRÜCKNER, *La locazione di case* (die Wohnungsmiethe) (1877) § 13, nota 12, p. 44.

(59) l. 15 § 2 — l. 60 de furtis 47, 2: « interfuit eius ... per retentionem eas servare ... ». Io scorgo qui in paragone con la l. 21 pr. commodati 13, 6, un'evoluzione, che ha certamente per presupposto che il detentore avesse un potere di ritenzione anche contro un'azione possessoria.

(60) Il cit. Scolio continua: « ἢ ὡς μήπω τυχὸν πλωροθέντων τῶν τῆς μισθώσεως χρόνων ».

(61) l. 3 §§ 2, 3, 4 quod vi aut clam 43, 24.

(62) In generale il (precedente) possessore non potrebbe procedere con la forza contro la persona. Poiché la presa di possesso contro il volere del locatore senza un fondamento giustificativo è considerata come avvenuta vi, così che essa fonda l'interdictum unde vi, ma non come un attacco (ein Angriff), che faccia apparire la ragione fattasi (die Eigenmacht) del precedente possessore come una difesa (als Abwehr). Cfr. BRUNS, op. cit., pp. 149 segg., 210.

(63) c. 3 C. de locato 4, 65 « invitum te expelli non oportet ». Cfr. anche c.

tenersi nell'abitazione con la propria forza (durch eigene Kraft). La stessa difesa naturalmente è permessa anche di fronte all'attacco di terzi (auch dem Angriffe Dritter gegenüber...). Poiché o il terzo agisce d'accordo col locatore: ed allora l'illiceità di quest'ultimo colpisce anche (*si estende al*) l'autore dell'attacco. Oppure il terzo agisce di propria iniziativa, senza consenso del locatore: ed allora egli viola il divieto che tutela quest'ultimo (64) ed il locatario può opporre resistenza anche a questa illiceità.

Solo quando il locatario è soggiaciuto all'attacco, si palesa la differenza della sua posizione giuridica e di quella d'un titolare d'un diritto reale. Secondo il diritto romano il locatario non era protetto di fronte a terzi da divieti per sé stanti (65). Se egli era cacciato di casa, non gli spettava nessun rimedio giuridico contro chi lo cacciava (gegen den Dejicienten). Questi aveva violato il divieto che proteggeva il locatore (66), ma non un divieto emesso a favore del locatario (67). Quest'ultimo poteva dunque solo domandare al locatore che facesse valere o delegasse le sue pretese (68), oppure un risarcimento, quando il locatore ciò non volesse o non potesse (*fare*) (69). Ma è anche per questo, se l'odierno diritto attribuisce ai detentori l'actio spolii nel (*loro*) proprio interesse, che questa specie di detenzione come il possesso romano è salita (*letteralm.*: *cresciuta*: erwachsen) a diritto reale (70). Ciò che eleva la locazione a diritto reale non (*è il fatto*) che sia comparsa un'esecuzione reale contro il locatore; i mezzi dell'esecuzione non decidono su la qualità del diritto che viene attuato (71). Altrettan-

15 C. eod. e su ciò Basil. XX, 2, 77: « Οὐ οὐ ἐκβάλλεσθαι τὸν μισθωτὸν ἀπὸ τοῦ ἀγροῦ ».

(64) l. 1 § 22 — l. 20 de vi 43, 16.

(65) Cfr. tuttavia nota 72.

(66) l. 1 § 22 — l. 20 de vi 43, 16.

(67) l. 1 § 10 eod.: « ... poterit interdicto uti: non tamen si colonus ».

(68) l. 1 § 1 de superficiebus 43, 18: « si ipse eum prohibeat quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere ». l. 24 § 4 i. f. locati 19, 2. Il diritto imperiale accordava una certa agevolezza all'affittuario, in quanto egli dovesse essere legittimato ad agire per il locatore assente: c. 1 pr. C. si per vim 8, 5.

(69) l. 15 § 8 — l. 25 § 1 — l. 30 pr. — ll. 32, 33, 35 pr. i. f. locati 19, 2 — l. 120 § 2 de leg. I.

(70) BRUNS, op. cit., pp. 226 segg., 239, 243 — WINDSCHEID, op. cit., § 162, N. 8, I, p. 498.

(71) Sopra, p. 206 (*naturalmente, del testo tedesco*).

to poco (*il fatto*) che la relazione del locatario con la (*rispetto alla*) cosa sia divenuta qualcosa di più immediato: il locatario attuale non abita i locali affittatigli in modo diverso da quello dell'inquilino romano. Ma bensì (*è decisivo il fatto*), che al locatario è dato un rimedio giuridico contro ogni autore dello spoglio (gegen jeden Spolianten). Poichè questo manifesta che lo spoglio del locatario è vietato generalmente. Ma un divieto generale rivolto ad (*a tutti gli*) altri d'un certo godimento della cosa allo scopo di rendere possibile un certo godimento della cosa (*da parte*) del titolare del diritto (des Berechtigten) è la caratteristica d'un diritto reale (72) (j).

p. 317

(72) È una questione interessante, ma qui da accennarsi soltanto, se alla detenzione nel proprio interesse e particolarmente al rapporto di locazione-conduzione (dem Pachtverhältnisse) anche per diritto romano inerisca un momento di diritto reale. Decisivo sarebbe, se il detentore fosse protetto in modo autonomo (selbständig) contro l'azione di terzi su la cosa da divieti generali, che colpissero anche il proprietario. In specie si potrebbe pensare qui all'interdictum quod vi aut clam, che indubbiamente spetta anche al colonus: l. 27 § 14 ad leg. Aq. 9, 2 — l. 11 § 12 — l. 12 — l. 13 § 4 — l. 19 quod vi aut clam 43, 24. Ma per me è molto dubbio (sehr bedenklich) se lo stesso, come WINDSCHEID (§ 465 N. 6) sostiene, sia dato anche « contro il diritto di proprietà ». I passi non dicono che l'interdetto vale anche contro il proprietario; esso è accordato soltanto a causa di azioni di terzi, in quanto queste contravvengono in pari tempo al divieto giuridico emanato in favore del proprietario. In altre parole, l'affittuario (der Pächter) non gode di nessuna speciale tutela giuridica, egli non ha nessun diritto proprio, bensì egli può soltanto perseguire la violazione dell'altrui tutela giuridica, far valere in via di azione un diritto altrui — con che rimarrebbe indecisa la questione, fino a qual punto l'affittuario dopo la lesione sia indipendente dal proprietario. Del resto anche WINDSCHEID N. 18 non dà l'interdetto « al titolare della detenzione di natura obbligatoria (dem obligatorisch zur Detention Berechtigten) in forza d'un diritto proprio (kraft eigenen Rechts) » bensì « in forza del diritto del locatore » — con che, in verità, io non so mettere d'accordo la precedente osservazione. Anche BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., I § 174, p. 696 accorda all'affittuario l'interdetto perfino contro il proprietario del fondo, e IHERING, *Annali per la Dogmatica* (Jahrb. für Dogmatik), XV (1877), p. 407, (*l'accorda*) al locatario contro il suo locatore, il padrone di casa. Se, nondimeno, IHERING riferisce la l. 22 § 2 quod vi aut clam 43, 4, a reciproci atti violenti (Gewalthandlungen) del locatario e del locatore (cioè al caso, in cui quest'ultimo inchioda la porta ed il primo di suo arbitrio di nuovo abbia rimosso le tavole): questa spiegazione a me pare inammissibile, per questo, che la porta della casa affittata, dal punto di vista del locatario ed ancor più in relazione col locatore e padrone di casa, non può certo essere considerata come « ianua mea ». — Altrettanto poco io posso ammettere che l'actio legis Aquiliae, la quale viene accordata all'affittuario per danneggiamento dei frutti pendenti, ma non al comodatario (l. 27 § 14 — l. 11 § 9 ad leg. Aq. 9, 2), spetti anche contro il proprietario. Di diversa opinione WINDSCHEID, § 455 N. 18.

8. (*L'evoluzione della superficie a diritto reale*). — Un'ulteriore prova (*del fatto*), che ciò che fa risaltare il diritto reale in confronto del diritto di obbligazione è non già una relazione immediata del titolare del diritto con la cosa, bensì soltanto la generalità della tutela delle norme accordate al godimento della cosa, può esser tratta dall'evoluzione storica di due istituti giuridici, la superficie ed il diritto su l'ager vectigalis (73). Come non ignoravano i Romani, il diritto del superficiario è divenuto un diritto reale, solo quando il pretore promise di accordare a quello tutela giuridica anche di fronte ai terzi merce la in rem actio e l'interdetto (74). Prima d'allora il rapporto era stato meramente obbligatorio. Anche se, quanto al resto, in molti punti poteva presentarsi sotto l'aspetto di proprietà, al superficiario esso attribuiva solo un diritto verso il concedente ed i suoi successori. Ma ora apparisce (*chiaro*) che il porre nell'editto l'actio in rem non poteva influire su la relazione del superficiario con la cosa e d'un colpo (*trasformarla*) da una (*relazione*) mediata in una (*relazione*) immediata. È anche possibile che una quantità di superficiarii non avesse in genere o non avesse subito conoscenza della mutazione giuridica che ne era seguita. Eppure fin dall'istante nel quale l'editto prometteva ad essi la nuova pretesa ed ancor prima ch'essi avessero notizia di questa mutazione giuridica, essi erano divenuti titolari d'un diritto reale. Il loro diritto reale non può dunque essere stato dipendente da una repentina mutazione nel loro volere: il loro volere ed agire, esattamente come prima, rimaneva lo stesso, cioè, io penso, indirizzato all'abitazione della casa (75). Ciò, che differenziava la loro anteriore situazione da quella attuale, consisteva nell'aumentata protezione, che loro era accordata. Col promettere ad essi la sua tutela giuridica contro l'usurpazione ecc. del fondo da parte di terzi, il pretore emanava in pari tempo con ciò un

p. 318

p. 319

(73) Per brevità io parlerò soltanto del primo (*istituto*).

(74) l. 3 § 3 de op. n. n. 39, 1: « Si ego superficiarius sim an possim nuntiare? movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo ... nuntiatio debet mihi concedi ». l. 1 § 1 i. f. de superficiebus 43, 18. Cfr. anche l. 73 § 1 — ll. 74, 75 de r. v. 6, 1 — l. 1 § 1 si ager 6, 3 — l. 15 § 26 de damno inf. 39, 2.

(75) Contra, BRUNS, op. cit., p. 238: « Quindi il locatario e conduttore non ha nessun altro diritto e pertanto nessun altro volere, se non che il locatore gli presti l'uti frui della cosa ed egli (*locatario e conduttore*) eserciti quindi l'uso della cosa a mezzo (? : heraus? il punto interrogativo è nel testo ied.) della persona di quello (*del locatore*) ».

divieto di usurpazione ecc. alla massa indeterminata (*di soggetti*) (76). Se questo divieto aveva di già efficacia reale, per suo mezzo il superficiario aveva guadagnato subito un'augmentata sicurezza, ancor prima di sperimentare il nuovo precetto giuridico. Non il suo volere si era modificato, ma bensì la sua situazione giuridica.

Che il diritto reale del superficiario dati dall'introduzione della *utilis in rem actio*, viene anche generalmente riconosciuto. Osserva giustamente KELLER (77):

«In rapporti siffatti la convenienza conduce a munire il conduttore o locatario (*den Pächter oder Miether*) di armi giuridiche contro lesioni da parte di terze persone in maniera autonoma e senza l'interposizione del proprietario, cioè ad attribuirgli un diritto reale con l'*actio in rem* contro ogni autore della lesione (*gegen jeden Verletzer*)».

p. 320

Eppure afferma lo stesso KELLER (78), in accordo con la definizione della proprietà come il completo ed esclusivo diritto sopra una cosa, che sarebbe inesatto annoverare il diritto di revindica fra le facoltà comprese nella proprietà; poichè «(*il fatto*) che vi sia un'azione a sua tutela, non appartiene al suo contenuto». Là, dunque, il diritto reale della superficie è esattamente riconosciuto come coincidente con l'attribuzione della tutela reale, e qui invece il diritto reale della proprietà è posto nel godimento della cosa, ed il rimedio giuridico del proprietario (*è ritenuto*) come qualcosa non facente parte del concetto (*daneben Hergehendes ausgeschieden*) (79)!

(76) Certo è esatto, che il pretore solo con la proposizione dell'*actio* costituiva un diritto, che dunque l'impulso alla creazione del diritto proveniva dall'*actio*. Ma è anche altrettanto sicuro, che nella promessa dell'*actio* contro un determinato comportamento sta un divieto di questo contegno, all'ubbidienza del quale (*divieto*) l'*actio* deve proprio costringere. Concettualmente dunque anche qui l'imperativo pretorio precede la conseguenza giuridica della sua trasgressione, la concessione dell'*actio*. Analogamente vanno le cose quando al giorno d'oggi viene proclamato che un certo contegno fin qui non vietato dev'essere punito; nella minaccia di pene sta in pari tempo il divieto. Solo che questo modo di procedere della nostra legislazione non riposa su nessuna ragione intrinseca, laddove ciò aveva le sue ragioni quando il pretore comandava solo mediatamente con la promessa d'un'*actio*.

(77) *Pandette*, § 214, p. 421.

(78) *Ivi*, § 112, pp. 211, 212.

(79) Come la graduale evoluzione della superficies offre un esempio per la mu-

9. (*Conseguenza. Difficoltà contro la medesima, derivata dal modo di esprimersi delle fonti*). — Il godimento del bene giuridicamente protetto è scopo, non contenuto del diritto. Pei beni personali, dunque, soltanto la tutela, che viene accordata al bene verso l'esterno, costituisce il diritto della personalità, ma non l'uso, che il (*soggetto*) tutelato fa o trascura di fare delle sue forze corporee e spirituali. Parimenti per i beni della vita familiare. Per i diritti reali è sempre una cosa corporea il bene, cui a profitto del titolare è vietato ai terzi (*di recar*) pregiudizio. Anche qui l'uso della cosa da parte del titolare non ha nulla a che fare col contenuto del suo diritto.

p. 321

Ma al tentativo di bandire il godimento della cosa dal contenuto del diritto reale si oppone decisamente, come pare, specialmente per le servitù il linguaggio delle fonti. Nelle servitù prediali (*Grunddienstbarkeiten*) spesso già il loro nome tradizionale (*ihr hergebrachter Name*) designa come il diritto quello che per me sarebbe soltanto scopo del diritto; così per le servitutes tigni immittendi, proiciendi, fluminis immittendi ed altre ancora. Per alcune il contenuto della servitù viene determinato con la denominazione del godimento permesso della cosa. Così singole servitù campestri sono ricondotte ad un *ius agendi* vehendi e così via. Ancora, l'usufrutto, il prototipo delle servitù personali, non soltanto viene definito come il *ius utendi fruendi*, bensì nelle fonti sono esposti anche minuziosi chiarimenti per dire quale godimento della cosa servente appartenga all'*uti frui* e quale invece lo ecceda.

Per vero non è esclusa la possibilità, — io ammetterei anzi (*non essere esclusa*) una certa verisimiglianza, — che i Romani dividessero la veduta oggi dominante. Però il modo di esprimersi delle fonti non è decisivo a tale proposito. Le azioni non vietate di godimento dell'usufruttuario e degli altri titolari di servitù devono venir fissate e precisamente per un duplice scopo. Anzitutto, perchè soltanto da ciò che al titolare della servitù è permesso, discende, per gli altri uomini, da quali interferenze (*pregiudizi: Beinträchtigungen*) essi debbano aste-

tazione d'una tutela giuridica obbligatoria in una (*tutela*) reale allo scopo di rendere possibile e per la continuazione di un identico modo di godimento, così anche l'*actio hypothecaria* ha prestato al creditore ipotecario un diritto reale, ma qui soltanto allo scopo di ritenzione della cosa ipotecata, ma non per poterla godere in altra maniera. La ritenzione medesima rimaneva esattamente la stessa come prima — anche in precedenza essa (*ritenzione*) era diretta immediatamente alla cosa ed indipendentemente dal «volere (*facente da*) intermediatore» del debitore ipotecario (*des Verpfänders*).

nersi (80). Ma poi specialmente per quest'altro fine, che ogni (*modo di*) oltrepassare (jedes Ueberschreiten) il godimento permesso, poichè questo godimento ha luogo su cosa altrui, racchiude una violazione delle norme che proteggono il proprietario. In linea di principio è, a profitto di quest'ultimo, interdetto ai terzi ogni godimento della cosa. Così era necessario dire a quale limite cessa questo divieto per la presenza d'una servitù. L'enumerazione di ciò che appartiene all'uti frui costituisce in pari tempo la determinazione delle eccezioni, che il generale divieto tollera a profitto dell'usufruttuario. La libertà naturale dell'agire sotto questo riguardo (insoweit) viene, non tanto lasciata, quanto restituita al titolare della servitù (81).

10. (*Il significato dell'effettivo godimento per il diritto*). — Se il godimento d'un bene non è da considerarsi nè come un diritto nè come un esercizio di diritto, non è detto tuttavia con questo che lo stesso sia una cosa indifferente per l'ordinamento giuridico. Rendere possibile un godimento è scopo di ogni tutela accordata dall'ordinamento giuridico. Già la precedente esposizione traeva da ciò la conclusione che, col venir meno della possibilità d'un godimento qualsiasi od anche soltanto d'un godimento degno di tutela, l'ordinamento giuridico potrebbe sentirsi indotto a sottrarre anche la tutela giuridica (82).

Ma l'ordinamento giuridico può andare più in là e di fatto va più in là. Perfino alla continuazione della possibilità d'un ulteriore godimento esso (*ordinamento*) sottrae talora la propria tutela, se il godimento d'un bene durante un certo tempo è effettivamente venuto meno. L'ordinamento giuridico non vuole allora continuamente limitare la libertà degli altri per amore d'uno solo, il quale, ad arguire dal con-

(80) Esattamente LENEL, op. cit., p. 13: «Nessuno può conoscere i suoi doveri verso l'usufruttuario, s'egli non sa che cos'è uti frui»

(81) Per questo, le quante volte i Romani, come nella configurazione della formula, parlano con esattezza, anche il diritto viene designato non semplicemente come il ius utendi fruendi, ma con l'aggiunta invito domino.

(82) Capitolo IV, Nota 128. Perfino sul terreno del diritto di famiglia non è impensabile che, quando un rapporto non apparisca più degno d'essere protetto, allo stesso venga tolto il riconoscimento giuridico. Secondo la concezione del diritto canonico la vita matrimoniale fra persone affini non era degna di tutela, quindi non era matrimonio nel senso giuridico. E se gli sposi anche solo durante il matrimonio fossero venuti a trovarsi in un rapporto di affinità, era interdetto per l'avvenire la tutela giuridica fino allora accordata alla loro vita comune: motivo di nullità del matrimonio della così detta affinitas superveniens illegitima.

tegno tenuto fino allora, non tradurrà in atto la possibilità di godimento per lui disposta.

Quanto alla proprietà, veramente non ha di regola importanza per il diritto, se l'uso della cosa da parte del proprietario segua o non segua. Fin tanto che ad esso rimane per il futuro la possibilità d'un godimento, gli spetta anche la tutela giuridica. Soltanto per la proprietà fondiaria vigono di quando in quando disposizioni eccezionali. Lo sfruttamento della stessa (*proprietà*) è troppo importante per la comunità perchè possa essere abbandonato all'arbitrio del proprietario (*k*). Qui non soltanto un positivo abuso, bensì anche un non uso del bene avrà talora per conseguenza la perdita della tutela giuridica (83).

Meno favorevolmente disposti erano i Romani al persistere delle servitù. Qui è attuato il principio che il non usus per dieci, e rispettivamente per vent'anni, fa estinguere il diritto (84). Non usus è non godimento della cosa servente, un non aver luogo (ein Unterbleiben) di quell'uso, ad assicurare il quale mira la servitù. Sarebbe erroneo il ricondurre la perdita ad una rinunzia del titolare della servitù. Una volontà di rinunziare non è in nessun modo richiesta, la stessa volontà di non rinunziare non potrebbe impedire la perdita se vi fosse un non usus di fatto (85). Altrettanto poco si può consentire, se, (*come avviene*) per lo più, la perdita del diritto venga ricondotta ad un non uso dello stesso. La servitù si conserva (bleibt erhalten), purchè di fatto segua il godimento della cosa servente anche in casi, dove la stessa teoria dominante non può parlare di esercizio di diritto, senza rompere col concetto dell'esercizio di diritto come d'un'azione umana (86). E

(83) A questo si riferisce in specie la disposizione in c. 8 C. de omni agro deserto 11, 58, secondo la quale per la trascuranza d'un fondo, durata per un biennio, da parte del proprietario, gli viene tolta la proprietà ed attribuita al coltivatore (dem Bebauer). Ulteriormente Svetonio Vesp. c. 8: «vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit». Parimenti la disposizione, secondo la quale la quota di proprietà d'un edificio dev'essere espropriata a profitto del comproprietario, nel caso che a questo nello spazio di quattro mesi non siano rimborsate proporzionalmente (antheilig) le spese di riparazione: l. 52 § 10 pro socio 17, 2.

(84) A prescindere dai casi, nei quali è richiesta una usucapio libertatis.

(85) arg. l. 10 de vi 43, 16 — l. 14 pr. quemadm. serv. 8, 6 — l. 20 quibus modis us. 7, 4.

(86) l. 12 quemadmodum serv. 8, 6: «... et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur». Vatic. fr. 89.

viceversa non basta ogni attività d'esercizio di diritto entro il termine della prescrizione a prevenire la perdita della servitù (87).

Per diritto germanico entra qui la disposizione, secondo la quale per l'abbandono della miniera la miniera stessa ricade nella libera disponibilità del principe territoriale.

Gli esempi addotti possono bastare. Essi dimostrano che lo scopo del diritto, anche se non può essere scarbiato col suo contenuto, può essere tuttavia, a seconda del modo della sua attuazione, di decisiva importanza per la persistenza del diritto (1).

(87) La richiesta (das Anfordern) del titolare della servitù e, se ciò non conduce allo scopo, la promozione dell'azione (die Klagerhebung) da parte dello stesso sono pure, anche secondo la dottrina dominante, attività di esercizio del diritto — eppure la prima ancor oggi e l'inizio del processo almeno per diritto classico non interrompono la prescrizione: l. 8 § 4 si serv. v. 8, 5.

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Interesse e bene*). — Tanto nell'apprezzamento giuridico, quanto in quello economico, — poichè le cose non hanno, nè valore, nè protezione giuridica, indipendentemente dal loro riferimento al soggetto, — la distinzione, qui affermata dal THON, deve intendersi cum grano salis. Infatti, anche i beni, tutelati, secondo il nostro A., dai divieti, in tanto lo sono, in quanto la tutela medesima mira alla loro utilità per i soggetti, cioè all'interesse che questi ultimi abbiano al loro possesso, sfruttamento, proprietà e via discorrendo. Ma il carattere di demarcazione stabilito dal THON, — i comandi «schützen ein Interesse», i divieti «ein Gut», — può accettarsi, empiricamente ed approssimativamente, nel senso, del resto chiaro, che i primi, com'egli stesso dice, «erstreben eine Aenderung in den bisherigen Verhältnissen», cioè mirano a tutelare un interesse, inteso come una prospettiva di utilità, «die Möglichkeit eines künftigen Genusses», ed i secondi «bezwecken die Erhaltung» dei rapporti stessi, cioè hanno per iscopo la tutela d'un bene, inteso come un'utilità, anch'essa, però, sia effettiva, sia potenziale («die Möglichkeit eines Genusses des bisherigen Zustandes»), quella possibile utilità, cioè, che i soggetti, dal punto di vista giuridico, hanno la facoltà di trarre dal bene medesimo.

ap. 288 testo tedesco, 279 trad.

b) (*Condizione pre-giuridica d'una comunità?*). — Anche a prescindere, totalmente, dalla questione storica della condizione giuridica degli Ebrei prima della legislazione mosaica, — ciò che non ha importanza per l'osservazione, che si vuol fare a questo punto, — non si può a meno di notare che l'ammissione, sia pure ipotetica, del THON, della possibilità d'una vita associata «noch ohne Recht», contrasta con la tesi della socialità del diritto, che, come si è sottolineato fin dalle note alla Prefazione, il nostro A. sembra avere accettata senza restrizioni. Tesi, questa, che, quando si accolga in pieno, non ha soltanto una portata empirica o storica, vale a dire non significa soltanto che l'ordinamento giuridico è indipendente da un'organizzazione statuale (perchè, anche ammettendo ciò, si lascerebbe tuttavia aperto l'adito alla c. d. questione delle origini del diritto), ma, tale tesi, implica una veduta qualitativamente diversa, e più vasta, cioè una teoria filosofica che tocca, per dirla col Vico, la storia ideale eterna del diritto, cioè la sua stessa natura. Se è vero che *ubi societas, ibi ius*; se è vero, pertanto, che il diritto non è qualcosa di contingente, che ad un certo momento nasca e ad un altro momento possa anche scomparire in una società, senza che, per questo, la società stessa si dissolva; se è vero, invece, che il diritto costituisce l'essenza stessa, «la forza specifica» (secondo le ricordate parole dell'ARNDT) di ogni società, è evidente contraddictio in adiecto il parlare d'una società, o d'un popolo, «noch ohne Recht».

ap. 290 testo tedesco, 281 trad.

a p. 291 testo tedesco, 281 trad.

c) (*Comportamenti indifferenti per il diritto?*). — Senza ritornare qui sopra un punto già discusso anteriormente, basta che io riaffermi la mia opinione, recisamente contraria a quella professata dal THON. Per lui, tutti quei comportamenti che non hanno rilievo giuridico, che non sono espressamente comandati o vietati, rientrano nella mera libertà naturale del soggetto, come già aveva detto, o, come dice ora, sono « dem Rechte indifferente Handlungen ». Questo è, a mio modo di vedere, un restringere la portata del diritto in maniera incompatibile, ancor più che con la sua logica, col suo principio gnoseologico. Anche se si accetti la concezione imperativistica, di cui il THON è un così deciso rappresentante, anche se si dica, cioè, che il diritto non è che un complesso d'imperativi, certo è che da questi medesimi imperativi deriva una tutela per tutti quei comportamenti che si svolgono all'ombra degli stessi. Dovremo dire per questo che tali comportamenti — tutte le attività e le omissioni, non espressamente imposte o vietate, — sono *indifferenti* per il diritto? O non dovremo dire, piuttosto (con un sinonimo — se si vuole, — ma che, come tutti i sinonimi, rappresenta una diversa sfumatura del concetto, in questo caso importante pel suo preciso significato logico), che tali comportamenti, senza dubbio *tutelati* dal diritto, sono *irrilevanti* per esso? Sono, appunto, giuridicamente irrilevanti, perchè il diritto non li vuole nè imporre nè vietare, ma li abbandona all'assoluta discrezionalità del soggetto; ma, appunto per questo, il diritto li tutela, se pure indirettamente, cioè col vietare a chicchessia di frapporre ostacoli alla libertà del soggetto. Vi è, bensì, qualcosa d'indifferente per il diritto: ed è la scelta, che il soggetto può fare, fra l'uno e l'altro di tali comportamenti leciti. Ma questo è il momento *economico* del comportarsi, non il suo aspetto intersoggettivo, o giuridico.

a nota 4.

d) (*«Umweg»*). — Come si traduce *Umweg*? Se avessi dovuto tradurre in francese, anzichè in italiano, non avrei avuto esitazioni: avrei scritto «détour». Ma c'è modo di designare in italiano, con una sola parola, il contrario di «scorciatoia»? Poichè questo, se non m'inganno, — e non soltanto: via torta, o viziosa, — voleva significare, con «Umweg», il GAREIS, cit. a questo punto dal THON. Ho scelto l'espressione «la via più lunga», ricordando, lo confesso, la traduzione, dovuta ad uno scrittore toscano, d'una nota commedia francese (che s'intitola appunto «Le détour»).

a p. 292 testo tedesco, 283 trad.

e) (*Liceità semplici*). — Se è vero, come io credo, che il diritto non sia un mero fenomeno storico contingente, bensì una vera e propria guisa dello spirito umano, la quale nella storia trova pertanto la sua immanente manifestazione, e se è vero che, quanto meno, ogni comportamento è, a prescindere da più particolari determinazioni, o lecito o illecito, è evidente che io non posso accettare se non con una riserva molto esplicita l'opinione del THON circa la « natürliche Freiheit des Menschen ». E la riserva è questa: che anche ogni manifestazione di tale c. d. « naturale libertà » non è, perchè (date le premesse anche qui richiamate) non può essere, *indifferente* per il diritto. Ma dire ciò non significa, evidentemente, che ogni comportamento sia rilevante per il diritto. Rilevante è anzitutto ciò ch'è illecito, ed illecito (malgrado l'incongruenza terminologica) è, giuridicamente, ciò ch'è contrario al debere, il quale è qualcosa più del licere, perchè denota la situazione del soggetto passivo, non del soggetto attivo, del rapporto. Quanto alle situazioni di vero e proprio licere, inteso in senso tecnico, — cioè, distinto dal posse, che è, evidentemente, pur esso sempre rilevante, ma è situazione anteriore al rapporto,

— avranno rilievo giuridico quelle sole facoltà alle quali il diritto obbiettivo accorda una particolare tutela, manifestazioni esplicite dei diritti soggettivi, come tali specificamente riconosciuti dalle norme giuridiche (facoltà del proprietario, del creditore, dell'usufruttuario, dell'erede ecc. ecc.). E le altre? Tutte le altre — p. es. le facoltà del proprietario, alle quali il diritto obbiettivo non accenna, perchè non hanno rilievo, — sono soltanto implicitamente tutelate. Ma anche su la tutela giuridica bisogna intendersi; ed è facile intendersi quando si tenga presente il carattere specifico della valutazione giuridica. La tutela, per dire la cosa grosso modo, non significa garanzia d'aiuto nel senso, volutamente paradossale, in cui la designa poche righe appresso il THON, facendo l'esempio del cavaliere inesperto che dovrebbe poter chiedere allo Stato l'aiuto a salire sul proprio cavallo, ma, anche nel suo senso più pieno, significa soltanto garanzia per l'adempimento dell'altrui comportamento complementare, attivo od omissivo (astensione dall'illegittima interferenza nel campo riservato alla discrezionalità del soggetto). L'individuazione di essa tutela è, almeno a parer mio, come avvertivo precedentemente, la pretesa. E quando quest'ultimo elemento faccia difetto, — e ne vedremo presto un esempio (v. infra, nota h), — si avranno, tutt'al più, attività lecite perchè non vietate, ma non tali che possano considerarsi esercizio di veri e propri diritti soggettivi.

f) (*Un significato del permettere*). — Quanto è detto nel testo, al punto cui si riferisce questa nota, merita un altro chiarimento, che completa quello della nota precedente. Vero che — come insegnava due righe avanti il THON, — « was nicht verboten ist, ist ebendeswegen erlaubt ». Ma particolarmente vero — in specie per quanto ha tratto al diritto pubblico, — in quale ordinamento giuridico? In quello, che si vuol designare come « Stato di diritto » o « secondo il diritto ». Perchè le c. d. libertà civili — che io intendo come veri e propri diritti soggettivi pubblici, — sono, generalmente, statuite nelle carte costituzionali sotto forma permissiva? Perchè le attività che in esse rientrano, anche se non tutte antecedentemente vietate, erano, tuttavia, sottoposte nel loro esercizio, di volta in volta, ad autorizzazioni del potere, e, a discrezione dello stesso, soggette a limitazione ed a revoca. Con quel solenne riconoscimento costituzionale sono state elevate a diritti soggettivi, cioè protette una volta per tutte — s'intende, fino ad ulteriore divieto, o costituzionale, o quanto meno legislativo, — contro ogni provvedimento meramente discrezionale dell'amministrazione. Lo « Stato di diritto », com'è noto, è contrassegnato da queste particolari guarentigie della libertà, che consistono, essenzialmente, in un più rigoroso limite alla discrezionalità del potere, nel diritto pubblico del cittadino a non essere impedito, nemmeno dal potere, nell'esercizio di qualsivoglia attività che si mantenga nei limiti ad esso consentiti dal diritto obbiettivo.

a p. 292 testo tedesco, 283 trad.

g) (*Una citazione di SPINOZA*). — Il passo di SPINOZA, cui qui allude THON, è quello, notissimo, che si legge in principio del cap. XVI del *Tractatus theologico-politicus*. Ivi, dopo aver detto: « Per Jus et Institutum Naturae nihil aliud intelligo, quam regulas naturae uniuscujusque individui, secundum quas unumquodque naturaliter determinatum concipimus ad certo modo existendum et operandum », continua: « Ex gr. pisces a Natura determinati sunt ad natandum, magni ad minores comedendum; adeoque pisces summo naturali jure aqua potiuntur, et magni minores comedunt ». Stupisce — ma prova, in pari tempo, come il nostro A., c non avesse una specifica cultura filosofica, o, quanto meno, non sempre si curasse di risalire alle fonti, quando non si trattasse di passi romani o di altri scritti

a nota 15.

giuridici (v. *Introd.*), — che il THON avesse bisogno di citare di seconda mano le parole, pur tanto conosciute, di SPINOZA.

a nota 18.

h) (*Il suicidio di fronte al diritto*). — Senza voler qui approfondire la questione del suicidio, — politicamente e socialmente così grave, — basterà fare qualche succinta osservazione in argomento. Pare a me che WINDSCHIED partisse da un presupposto esatto, cioè appunto dal principio intersoggettivo, ch'è il criterio specifico del diritto, quando scriveva che « der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen kein Unrecht thut ». Ed è pure esatto, a parer mio, il dire — sempre, s'intende, parlando un linguaggio strettamente giuridico, — che, in quegli ordinamenti nei quali il suicidio non è vietato (notisi, fra parentesi, che le sanzioni contro il suicidio consumato non possono essere che o sanzioni di contenuto religioso, quand'anche di forma giuridica, p. es. il divieto di sepoltura in terreno consacrato, oppure sanzioni aberranti, p. es. la nullità del testamento fatto dal suicida), il suicidio medesimo rientra nel campo del lecito. Ma fin dove può dirsi tutelata contro le altrui intromissioni cotesta lecita attività del soggetto di diritto? Io non oserei certo sostenere che dovesse essere colpito da sanzioni, come illegittima invasione nel campo dell'altrui libertà, il soccorso prestato da chicchessia a persona, che avesse compiuto un tentativo di suicidio e magari cercasse di resistere al soccorritore. Anzi — quando leggo nell'art. 593, 2° comma, del nostro vigente Cod. Pen., che « chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità » è punito ecc. ecc., e, confrontando tale disposizione con l'art. 389 del Cod. precedente, vedo che il legislatore più recente ha tralasciato l'inciso « quando ciò non lo esponga a danno o pericolo personale », — da questo traggo la facile conclusione che, se l'omissione di soccorso in tali casi è un reato, il prestare soccorso a persona ferita o comunque in pericolo, dunque anche a chi apparisca aver compiuto un tentativo di suicidio, è, non soltanto un'attività lecita, ma giuridicamente (e non solo moralmente) doverosa, non pure per gli agenti dell'autorità, ma per chicchessia. Ed allora? Allora pare a me — sempre tenendo presente il criterio intersoggettivo, ch'è proprio dell'apprezzamento giuridico, — che la tutela di cotesta liceità del suicidio venga singolarmente a restringersi, che se il suicidio (ove non vi sieno divieti nell'ordinamento giuridico) rientri per fermo nelle attività lecite, esso rappresenti, tuttavia, anche di fronte al diritto obbiettivo, un abuso, anziché un uso normale, del diritto soggettivo di personalità, così che la disposizione che vieta come illecita l'omissione di soccorso, ed eleva quindi a dovere giuridico il prestare soccorso anche a chi, pur senza uscire dal campo della propria liceità, abbia attentato alla sua vita, discenda da quei fini di ordine pubblico, ai quali non può non mirare ogni ordinamento giuridico.

p. 300 testo tedesco, 289 trad.

i) (*Comportamenti non vietati e diritti soggettivi*). — Non mi pare di avere confuso diritto e morale nella nota precedente. In questa, ritornando sul generale argomento delle relazioni fra diritto e morale a proposito dello quesito del nostro A., — e cioè, se « jeder unverbundene Genuss eines rechtlich geschützten Guts » si debba chiamare diritto (soggettivo), — mi posso limitare a brevissime considerazioni. È certamente esatto quanto il THON aveva detto nella pagina precedente, che « der Bereich des rechtlich Verbotenen wird stets ein engerer sein als der des sittlich Untersagten »; è ragionevole il sostenere che « auch der Rechts-

ordnung ist nur ein verständiger und sittlicher Gebrauch der Güter erwünscht (pp. 298-99)»; ma è, ancora, tecnicamente preciso l'affermare che, tanto poco l'ordinamento giuridico desidera od ha per iscopo « eine missbräuchliche Benutzung des Gutes », ed altrettanto poco — quando (s'intende) esso non abbia emanato divieti per impedire quelle che possono chiamarsi col nostro A. « die größten Genussauschreitungen », — l'ordinamento sarà in grado d'impedire quell'abuso, che, non raggiungendo tali estremi, rientri nel campo delle attività non vietate. Ma, quando non si voglia soffermarsi sopra una mera questione di terminologia (poiché, in fondo, ad essa si ridurrebbe la denominazione di tali attività, se mere liceità oppure diritti soggettivi), quando dalle parole si voglia penetrare nell'essenza e determinare la portata dei concetti da esse espressi, pare a me che anche tale quesito della natura giuridica dei comportamenti meramente non vietati si possa persuasivamente risolvere col far richiamo al solito concetto fondamentale di rapporto giuridico ed al pur consueto criterio fondamentale, d'intersoggettività, ch'è proprio dell'apprezzamento giuridico. Per evitare la confusione, sempre teoreticamente pericolosa, fra diritto e morale, occorre rammentare che quest'ultima (non, a parlare propriamente, il diritto) non fa che comandare, perchè dall'imperativo morale non discende che il dovere, senza che ne sia tutelato un comportamento complementare, mentre il diritto, in tanto comanda (o vieta), in quanto tuteli una situazione complementare dell'altro soggetto del rapporto. Non c'è dubbio che la morale vieta una quantità di comportamenti, che il diritto tutela come leciti; quindi, il dovere (morale) del soggetto di astenersi da quei comportamenti, che, vietatigli dalla morale, non gli sono però vietati dal diritto. Ma non c'è neppure dubbio che il diritto, se tutela come esercizio di diritti soggettivi certi comportamenti, impone complementariamente agli altri soggetti del rapporto (qualunque esso sia, reale, di famiglia, inerente alla personalità, e via discorrendo) un dovere, quanto meno quello di astenersi da ogni attività che possa comunque impedire quell'esercizio di diritto. — Ma il punto sul quale occorre intendersi, il punto dove, a parer mio, è da ricercarsi la chiave del problema della distinzione fra le facoltà che rientrano nella sfera dei veri e propri diritti soggettivi e ne rappresentano un legittimo esercizio, ed attività che, pur non essendo vietate come illecite, non possono dirsi propriamente tutelate dal diritto, cioè protette mercè l'imposizione d'un dovere complementare agli altri soggetti del rapporto, è precisamente quello della portata del concetto di tutela giuridica. Quando non vi sia una norma che, esplicitamente od implicitamente, faccia divieto agli altri soggetti d'interferire, a dir così, nell'esercizio della liceità altrui (situazione del titolare del diritto soggettivo, del dominus del rapporto di cui esso rappresenta uno dei termini), non v'è la pretesa, ch'è l'altra, insieme con la facoltà, delle note necessarie, l'altro, come s'è veduto, dei componenti imprescindibili del concetto di diritto soggettivo: quest'ultimo, dunque, viene a cadere. Quando, per di più, non soltanto non v'è l'obbligo di astenersi dall'interferire nell'esercizio di un'attività (se anche non vietata) d'un soggetto, anzi — come s'è veduto nel caso del (tentato) suicidio, — l'altrui interferenza è, non pure lecita, ma giuridicamente doverosa, segno è che ci si trova in presenza di attività che, anche se lasciate impunito, a cagion di questo difetto di tutela, che consiste nella carenza di pretese al non impedimento, non possono per fermo ascrivarsi al vero e proprio esercizio di diritti soggettivi.

j) (*Natura della locazione*). — Qualunque sia la soluzione che si accetti dello specifico quesito, pare a me, come al nostro A., che l'opinione di ZIEBARTH, ricordata

a p. 317 testo tedesco, 303 trad.

più addietro (pp. 308-9 testo ted., 295 trad.), circa la volontà del locatore di accordare la casa di giorno in giorno, di ora in ora, sia così artificiosa che non valga la pena di prenderla in considerazione. Ha ragione, pertanto, il THON di sbrigarne senza ironia. Più seria è la questione della natura dell'istituto della locazione, — se, cioè, debba annoverarsi fra i rapporti reali o fra quelli d'obbligazione, — e quella, più generale, di cui essa non è se non una specificazione, del carattere differenziale fra gli uni e gli altri. E vero ch'esso consiste, come dice il THON, in conformità all'intera sua teoria, nella natura della pretesa, che tutela il rapporto e il diritto soggettivo che in esso s'inquadra? O non piuttosto tale differenza va ricercata, come io credo, se non nell'immediatezza della relazione con l'oggetto del rapporto, nel prevalere (cioè in una caratteristica, a dir così, quantitativa, e pertanto empirica) dell'uno o dell'altro dei momenti che, entrambi, compongono il diritto soggettivo, della facoltà nei diritti reali (e, in genere, assoluti), della pretesa nei diritti di obbligazione, con la conseguenza che, in questi ultimi, la prestazione del soggetto passivo s'identifica con l'oggetto stesso del rapporto? Se così è, il rapporto di locazione (si pensi, in particolare alla locazione di case, esempio fatto dal nostro A.) che ha per oggetto il godimento della casa ch'è accordata dal locatore al locatario, è un rapporto obbligatorio, non già nel senso stravagante di ZIEBARTH, che la volontà del locatore debba essere, in ogni istante, tesa a garantire quel godimento, bensì nel senso più ovvio e ragionevole che l'oggetto del rapporto s'identifica con la prestazione assunta dal locatore, di lasciar godere al locatario, per la durata dell'affitto, la casa alle condizioni stabilite. Certo è però che, di fronte ai terzi, il locatario è garantito da tutele così ampie, che eguagliano, o quanto meno accostano, la sua situazione a quella del titolare d'un diritto reale. Ma — e che perciò? La natura del diritto soggettivo deve, a parer mio, desumersi da quella del rapporto, puntualmente considerato, nel quale quel diritto s'inquadra. E la stessa generale considerazione può farsi circa l'evoluzione dello stesso rapporto fra locatario e locatore. Poichè le limitazioni di ordine pubblico, sempre più numerose e rigorose, che il diritto odierno impone al locatore di fronte all'inquilino, fanno sì che anche dove, formalmente, la locazione rimane fra i rapporti obbligatori, le facoltà e pretese accordate all'inquilino di fronte a chiunque sia il locatore, ed indipendentemente dal contenuto del contratto, vanno trasformando la situazione dell'inquilino stesso da quella di soggetto di pretesa e prestazioni conformi alla natura sinallagmatica del negozio fonte del rapporto, a quella di soggetto d'un ius in re aliena, la cui persistenza non è condizionata se non (come quella dell'enfiteuta) al pagamento d'un canone, che il diritto obbiettivo ha cura di mantenere, di fronte a chiunque sia il locatore, invariato fino all'abrogazione della disposizione legislativa in materia.

ap. 323 testo
tedesco, 307
trad.

k) (*Limiti obbiettivi al non uso della proprietà*). — Basta questo sommario accenno del THON per mettere in luce un fenomeno giuridico, che va acquistando sempre maggiore importanza, mano mano che nel diritto prevale, in contrapposto al decadere del c. d. momento individuale, il c. d. momento sociale. Sociologicamente inteso, ogni diritto soggettivo, lo stesso geloso diritto di proprietà, va sempre più considerato come una funzione sociale. A questo principio sociologico, e politico, si vanno sempre più ispirando le legislazioni. Se, per un altro dei consueti criteri direttivi, qui ogni tanto richiamati, — cioè quello della priorità logica del diritto obbiettivo in confronto di ogni situazione soggettiva, — pure la più eminente di queste, il vero e proprio diritto soggettivo, non può concepirsi, anche

formalmente, se non come tale facoltà e pretesa (o come tale insieme di facoltà e di pretese), cui l'ordinamento giuridico accordi la sua tutela con l'imporre all'altro od agli altri soggetti del rapporto, in cui essa situazione s'inquadra, un comportamento complementare, certo è che dal fine di ordine pubblico, cui mira ogni ordinamento giuridico, derivano sempre più stretti limiti alla discrezionalità assoluta ch'è la caratteristica della situazione di diritto soggettivo. Vale a dire che, per quegli scopi di solidarietà sociale dei quali si va sempre più arricchendo il contenuto di esso ordine pubblico, nuove norme vanno imponendo ai soggetti di diritto di usare positivamente delle facoltà ad essi garantite (e non già, di usarne o di non usarne a loro piacimento) e di farne tale uso che si conformi ad essi scopi. Con ciò, la nozione tecnica e formale di diritto soggettivo non va, come può credere taluno, scomparendo. Va, soltanto, restringendosi, per ragioni e fini sociali, il contenuto delle facoltà comprese, come io credo, in quella nozione.

l) (*Carattere strumentale del diritto, sia obbiettivo, sia soggettivo*). — Si può non convenire in tutto col THON circa il contenuto del diritto soggettivo: e si vedrà tosto, a proposito dell'ultimo Capitolo, come io, p. es., non mi senta di seguirlo nel concepire la facoltà (Befugniss) quale un posse anzichè quale un licere, e, pertanto, come io non sappia escludere la facoltà, e nemmeno la pretesa, dal contenuto di ogni diritto soggettivo, in tutte le sue fasi. Ma sembra a me che, sia con le considerazioni svolte in questo Capitolo, sia con alcune delle precedenti, il nostro A. abbia felicemente accentuato il carattere formale del diritto, contrapponendo tale suo carattere, essenziale, che ne designa la specifica funzione di garanzia dei rapporti, il cui sistema costituisce l'ordinamento giuridico o l'ossatura della vita sociale, allo scopo del diritto stesso. Lo scopo, appunto perchè tale, trascende il diritto: di qui deriva il suo carattere, precisamente, strumentale. E qual'è lo scopo del diritto, il fine per il cui raggiungimento esso è mezzo? Se il diritto va tenuto distinto dalla morale, secondo i principi gnoseologici ai quali i due criteri rimontano, se, pertanto, non sia esatto l'assegnare al diritto, inteso nella sua accezione fenomenologica e statica, come suo scopo specifico, essenziale, la giustizia, — che, a parer mio, non è soltanto un ideale, ma è l'ideale stesso, a perseguire il quale si affatica l'intera storia od esperienza umana, — sembra a me che il detto carattere strumentale del diritto, sia obbiettivo, sia soggettivo, si manifesti e si dimostri in ciò: che quello, o l'ordinamento giuridico di cui costituisce l'aspetto preminente, mira alla conservazione dell'ordine pubblico, cioè ha uno scopo politico; questo, il diritto soggettivo, mira a tale soddisfacimento dei bisogni qual'è garantito da quello al soggetto, cioè ha uno scopo che, nella più lata ma precisa accezione di questo termine, può dirsi economico. Uno scopo a sè stante, anche a parer mio, il diritto non lo può avere.

ap. 324 testo
tedesco, 308
trad.

VII.

Facoltà e negozio giuridico.

SOMMARIO: 1. La dottrina dominante. — 2. La facoltà di disporre d'un diritto non è mai contenuto di questo diritto. — 3. Prova di questo principio. Separazione del diritto e della facoltà di disporre. — 4. Continuazione. Disposizioni su l'intero patrimonio. — 5. La facoltà. Sua distinzione dalla tutela giuridica, dal diritto e dalla pretesa. — 6. La facoltà è un posse giuridico. — 7. Designazioni di questa. — 8. Posse, licere e debere. — 9. La facoltà come la possibilità di produrre il presupposto per l'entrata in vigore o per l'estinguersi di singoli imperativi. — 10. Esercizio d'una facoltà è negozio giuridico. La usuale determinazione del concetto di negozio giuridico e triplice difficoltà contro la stessa. — 11. Negozio giuridico e delitto. — 12. Significato del negozio giuridico. In particolare, la volontà negoziale. — 13. Coincidenza di delitto e negozio giuridico. — 14. Distinzione del negozio giuridico dai rimanenti fatti giuridici.

Nel quarto Capitolo si è cercato di definire il diritto soggettivo nel senso che esso consiste nella tutela accordata al singolo mercè i comandi e i divieti della comunità giuridica, la quale tutela diventa diritto del (*soggetto*) tutelato in quanto sia a lui promesso un mezzo giuridico allo scopo di attuazione (*behufs Realisirung*) degli imperativi. All'ovvia obiezione, conforme allo stato della dottrina dominante, che con ciò il contenuto del diritto non verrebbe in ogni caso esaurito, poichè p. es. l'uso della cosa da parte del proprietario oppure del soggetto d'un altro diritto reale (*oder sonstig dinglich Berechtigten*) non cade sotto il concetto della tutela delle norme e della coattività della stessa, si è cercato poi di rispondere nel sesto Capitolo con la dimostrazione (*Ausführung*), che il godimento del bene giuridicamente protetto nè a proposito della proprietà nè di qualsivoglia altro diritto appartiene al concetto dello stesso; il godimento è scopo, ma non contenuto del diritto. Se il godimento del bene si scinde per ciò dal concetto del diritto, sembra tuttavia (almeno in una quantità di diritti soggettivi) che si trovi un ulteriore elemento, il quale non è abbracciato dalla definizione che si è data del diritto, e che pertanto costringe ad allargare, se non a trasformare to-

p. 325

p. 326

talmente, la determinazione del concetto. Tale elemento è la facoltà (Befugniss) che nella maggioranza dei diritti patrimoniali è concessa al titolare (dem Träger) di questi, di disporre dei suoi diritti.

1. (*La dottrina dominante*). — Viene insegnato quasi dappertutto che la potestà (die Macht) del proprietario di cedere ad altri il suo diritto o di disporre altrimenti, apparterebbe al « contenuto » della proprietà, sarebbe (cioè) un elemento del concetto di questa (1). La proprietà quindi non si limiterebbe alla tutela giuridica accordata al proprietario, ma dovrebbe estendersi a questa potestà di alienazione; ogni alienazione di proprietà conterrebbe un esercizio di proprietà.

Sembra strano, anzitutto, che la facoltà di alienare (die Veräußerungsbefugniss) sia attribuita al contenuto del diritto, di regola nella proprietà, e di quando in quando nell'enfiteusi e nella superficie, ma assai più raramente in altri diritti alienabili (2). Anche coloro, i quali nell'attuale cessione scorgono con ragione una trasmissione del diritto di credito, non ascrivono tuttavia la facoltà di cessione al contenuto del diritto di credito. Contro ciò opporrebbe resistenza già il nostro sentimento linguistico (unser Sprachgefühl). Noi non possiamo designare la trasmissibilità del diritto di credito (die Uebertragbarkeit des Forderungs-

(1) Cfr. i trattati di PUCHTA, § 145; SINTENIS, § 47; WINDSCHEID, § 167; GERBER, § 76 cfr. con la rubrica (Ueberschrift) del § 81; più prudente ARNDTS, §§ 130, 132. Inoltre IHERING, *Spirito* (Geist), III, § 60 in fine; BRUNS nell'*Enciclopedia*, 3^a ed., p. 385. Quando AHRENS, ivi, p. 52, giunge fino ad annoverare il potere di disposizione (die Verfügung) fra i tre momenti, che costituiscono « l'intero contenuto della proprietà » e dei quali « nessuno, secondo la possibilità giuridica, (può) mancare, perchè altrimenti verrebbe meno un momento essenziale e quindi il concetto », quest'asserzione è da confutarsi col rimando al fondo dotale, il cui proprietario non ha mai la facoltà di alienazione. O si vuole ritenere (*che sussista*) anche qui una possibilità giuridica potenziale, la quale, a considerarla a fondo, consisterebbe nell'effettiva impossibilità giuridica di alienare? — La giusta osservazione in KELLER, *Pandette*, § 112: « che la proprietà sia un diritto alienabile, ... (è cosa che) non appartiene al suo contenuto ... » è in connessione con l'errata concezione della proprietà discussa sopra, a p. 320 (*naturalmente, del testo sed.*). Al contrario BREMER, *Diritto di pegno ed oggetti del pegno* (Pfandrecht und Pfandobjecte), p. 20, è rimasto sul giusto cammino.

(2) Soltanto BÜRKELE, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift), XI, p. 217, insegna coerentemente: « Dove il titolare può alienare, questa facoltà appartiene al contenuto del diritto ... ». Parimenti BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., p. 241: « Se soltanto il proprietario può ... alienare la proprietà, e parimenti solo il creditore cedere il credito, la proprietà ed il diritto di credito saranno proprio ciò, da cui discende la potestà di alienare e di cedere ... ».

rechts) come una parte del suo contenuto, la trasmissione in sè stessa (die Uebertragung selbst) come un esercizio del diritto di credito (3): il nome dice qui chiaramente, in che cosa il diritto unicamente consiste. La veduta ultimamente ricordata sarebbe poi addirittura pericolosa. Così, la teoria che l'esercizio della pretesa abbia per risultato un'interruzione della sua prescrizione, sarebbe poi, (*intesa*) in questa generalità, insostenibile. È impossibile che la cessione d'una pretesa interrompa la prescrizione di quest'ultima (4).

2. (*La facoltà di disporre d'un diritto non è mai contenuto di questo diritto*). — Esaminiamo ora, se sia possibile di ascrivere la facoltà di alienare al contenuto del diritto.

L'alienazione da parte del proprietario trasferisce la proprietà. Quest'ultima è dunque l'oggetto dell'alienazione. La forza (die Macht), quindi, che trasferisce la proprietà, non può essere un elemento di questa; essa deve risiedere al di fuori della proprietà. Ciò che viene trasmesso, non può essere in pari tempo ciò che trasmette. Io potrei lanciare una pietra un tratto in là: ma nessuno dirà che sia stata la pietra a darmi la forza di lanciarla. La forza preesisteva, la pietra offriva soltanto l'oggetto della sua applicazione. Un oggetto era certamente richiesto per il lancio; senza questo la forza non si sarebbe mai manifestata. Ed ancora doveva l'oggetto essere adatto; un macigno avrebbe imposto alla mia forza un ostacolo insormontabile. Ma dato il presupposto d'un oggetto adatto, è pur soltanto la forza che alberga nell'uomo quella che provoca il movimento della pietra. Il paralitico non potrebbe far ciò; a lui non è la pietra che manchi, ma la forza per lo slancio. Non altrimenti vanno le cose nella trasmissione dei diritti. Certo dev'essere dato un diritto, del quale si deve disporre; senza un oggetto della trasmissione non si può giungere a questa. Inoltre il diritto dev'essere alienabile; diritti inaliena-

(3) Io trovo ancora soltanto in BEKKER, *Annali per la Dogmatica* (Jahrb. für Dogmatik), XII, p. 32, menzionata la cessione come un « uso di diritto » (« Rechtsübung ») (= « esercizio di diritto », [« Rechtsausübung »], p. 33).

(4) Altrimenti va la questione, rispetto alla quale si trova un contrasto fra MARCIANO e GAIO da un lato (ll. 38, 39 de usufructu 7, 1) ed ULPIANO, che concorda con POMONIO, dall'altro (l. 29 pr. § 1 quibus modis us. 7, 4). Qui non si tratta d'un esercizio di diritto, bensì del godimento di fatto della cosa servente e se un tale (*godimento*) possa essere trovato già nella concessione remunerabile di questo godimento ad un terzo — una questione, alla quale a stretto rigore giuridico è più esatto rispondere negativamente con ULPIANO, poichè in tal caso non la cosa, « principalis res », viene goduta, bensì il mezzo per procurarsene il godimento.

bili oppongono ad ogni tentativo di trasmissione un ostacolo insormontabile foggato dall'ordinamento giuridico. Ma dato un diritto alienabile, esso può essere trasmesso dal suo titolare (Träger) — per mezzo della forza data a lui stesso, non della forza inerente al suo diritto. Tradizione e derelazione sono da giudicarsi sotto questo rispetto non altrimenti che l'occupazione. Quelle, affinché la proprietà trapassi o si estingua, presuppongono (*la*) proprietà da parte dell'agente; l'ultima, affinché (*la*) proprietà nasca, (*presuppone*) viceversa che la cosa sia nullius (Herrenlosigkeit der Sache: *letteralm.*: assenza di signoria su la cosa). Ma tanto poco diremo che l'assenza di signoria su la cosa attribuisca ad ognuno la forza d'impadronirsene, ed altrettanto poco esatto è il designare la facoltà di disporre (die Dispositionsbefugnis) come contenuto od elemento del diritto. I principî su l'occupazione spiegano come la proprietà, quelli su la derelazione, come la proprietà può essere abbandonata dal suo titolare, quelli su la tradizione infine danno spiegazione di tutt'e due le questioni insieme. Ma per determinare che cosa sia la proprietà, fintanto ch'essa sussiste, la natura del suo inizio e della sua fine è in egual maniera indifferente.

p. 329

3. (*Prova di questo principio. Separazione del diritto e della facoltà di disporre*). — La proprietà è il presupposto normale per l'efficacia giuridica di una disposizione su la stessa, ma non la fonte ed il fondamento di questo potere (dieser Macht). Ciò si fa vedere subito, allora che eccezionalmente diritto e potere di disposizione (Verfügungsmacht) si separano (auseinanderfallen) l'uno dall'altro.

«Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit» (5). Così al prodigo viene sottratta la disposizione sul suo patrimonio. Ciò nonostante gli rimangono intatti i suoi diritti; egli conserva la sua proprietà come i suoi diritti di credito e parimenti la capacità di acquistare ulteriori diritti. Ciò che gli viene tolto è soltanto la potestà giuridica di disporre del suo. Oppure viene eventualmente sottratto alla sua attuale proprietà una parte del suo contenuto? Ed in pari tempo, anticipatamente, (*una parte*) di ciò ch'egli acquisterà come proprietà in futuro? Che così non sia, viene riconosciuto rispetto ai crediti dalla dottrina dominante, poiché questa con ragione scinde la facoltà di disposizione dal contenuto del diritto di credito. Ma fra i poteri di disposizione della proprietà e

(5) GAIO, II, § 62.

quelli dei crediti nè vi è una distinzione intrinseca nè una tale (*distinzione*) vien fatta nelle fonti proprio nella nostra questione (6). Viceversa, il tutore ha facoltà, se pure oggidì soltanto ancora in molto limitata misura, di disporre del patrimonio del suo pupillo, senza essere con ciò neppure parzialmente proprietario del bene pupillare. Qui si potrà magari ammettere che il tutore abbia l'esercizio della proprietà del pupillo. Ma anche questa scappatoia viene a mancare nei casi, dove non si può più parlare di rappresentanza. Secondo il diritto commerciale «l'acquirente di buona fede acquista la proprietà, anche se l'alienante non era proprietario» — senza limitazioni pei titoli al portatore, per i restanti oggetti di scambio (bei sonstigen Waaren) soltanto sotto certe altre condizioni (7). Qui ci si trova di fronte ad una triplice alternativa. O si rimane fermi nel ricondurre il potere di disposizione della proprietà sempre a questa proprietà: ed allora il diritto del proprietario ha ulteriormente per contenuto, che anche ogni possessore di mala fede possa trasmettere la stessa. Oppure si teme questa conseguenza poco piacevole, incompatibile anche con le parole della legge (8): ed allora ci si deve decidere a scindere la potestà di disporre dalla proprietà. Certo si potrebbe poi ancora considerare il possesso dell'alienante come il diritto, che avrebbe per contenuto la potestà di prendere e di dare la proprietà (die Macht, Eigentum zu nehmen und zu geben). Ciò non di meno par difficile che si voglia pensare ad una tale esorbitante estensione del diritto di possesso. Ed allora non rimane che la terza opinione, a mio avviso la sola giusta, che la potestà di portare ad estinzione (zum Erlöschen zu bringen) la precedente proprietà mercè alienazione e consegna della cosa ad un acquirente di buona fede e di costituire nell'acquirente una nuova proprietà, non sia in generale l'emaneazione (der Ausfluss) d'un diritto su la cosa, bensì competa ad ognuno in maniera indipendente (selbstständig).

Forse si èsita ad ammettere qui ancora una potestà dell'alienante di trasmettere la proprietà. Si potrebbe dire, che al non proprietario sia

p. 330

p. 331

(6) Così GAIO (II, § 64) spiega il principio giuridico, che un pagamento al minore non produca la liberazione del solvente, come segue: «quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est».

(7) Cioè se questi «siano stati alienati e consegnati da un commerciante nella sua azienda commerciale (in dessen Handelsbetrieb)» e se «gli oggetti non erano stati rubati o perduti» (Cod. di Commercio, art. 306, 307).

(8) «La proprietà anteriormente costituita si estingue» (art. 306).

bensì non vietato di alienare la cosa altrui, — non altrimenti, come per comune diritto —: ma che (*il fatto che*) l'acquirente di buona fede acquisti la proprietà nonostante (*un*) difettoso diritto dell'alienante, segua soltanto in base alla legge, non in forza della potestà dell'alienante. E senza dubbio una certa diversità fra questa e la facoltà di tradizione di comune diritto è incontestabile. Essa (*diversità*) concerne lo scopo che il legislatore aveva in vista con la sua concessione. La facoltà di tradizione del proprietario è accordata, se non soltanto, tuttavia in ogni caso anche a profitto di quest'ultimo — i principii del codice di commercio hanno lo scopo unicamente di tutelare l'acquirente. Quella (*facoltà*) accresce intenzionalmente il valore della proprietà — il diritto commerciale ha di mira soltanto la sicurezza del commercio e le sue disposizioni soltanto per (*logica*) conseguenza tornano a vantaggio del possessore irregolare. Ma è sufficiente, ch'esse tornino a vantaggio di quello. Come il valore della cosa per il proprietario aumenta per il fatto ch'egli non è limitato (*solo*) al godimento della stessa, ma può stabilmente trasmettere ad altri questo (*godimento*) insieme con la sua tutela giuridica, e per tal modo procurarsi il valore di scambio della cosa e del suo diritto: così a tenore della disposizione del Codice di commercio cresce il valore del titolo al portatore per il suo possessore irregolare a causa di ciò ch'egli ormai è in condizione di ricavare con la vendita dello stesso il pieno valore in moneta che il titolo ha per il proprietario. Se l'ordinamento giuridico aveva di mira questo scopo, oppure se esso debba soltanto accettare la conseguenza (*che logicamente ne deriva*), ciò è indifferente per il risultato. Si può altresì designare ormai la potestà di alienare come potestà di procurare la proprietà. Certamente non è a libito dell'alienante se l'acquirente di buona fede deve acquistare oppur no la proprietà. Ma è altrettanto poco in potere del proprietario, se egli aliena la cosa, di fare a sua libito un proprietario dell'acquirente. Chi in nome proprio aliena e fa tradizione, trasmette con ciò necessariamente la proprietà che gli compete (9). In entrambi i casi l'acquirente acquista la proprietà in

p. 332

(9) Per questo si dice in l. 20 pr. de a. r. d. 41, 1: « Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert » — il quale passo fa intendere chiaramente, che la proprietà del tradente è solo il presupposto per la piena efficacia della tradizione. Parimenti in l. 11 § 2 de a. e. v. 19, 1: « Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum ». Basta pur anche la mera consegna della cosa per un congruo

forza della legge, la quale connette questa conseguenza giuridica all'attività di tradizione, qui del proprietario, là di qualsiasi possessore. Ma che il tradente con la sua alienazione, quindi con un atto volontario, possa provocare questa conseguenza giuridica, è una potestà di diritto, nell'un caso non meno che nell'altro.

Se ciò nonostante le disposizioni del diritto commerciale non dovessero essere considerate come pienamente probanti, abbiamo anche nel diritto romano casi, nei quali la potestà di trasmettere la proprietà apparisce separata da questa. Istruttivo al massimo è il privilegio del sovrano (*des Regenten*) e della sua consorte, di costituire, mercè alienazione anche di cose non appartenenti ad essi, proprietà nell'acquirente. Questa facoltà si può dimostrare non essere stata introdotta soltanto nell'interesse dell'acquirente (10), bensì specialmente anche per la considerazione e la dignità delle dette persone (11). Tale potestà spetta ad esse in forza di ciò che esse sono, non soltanto in forza d'un diritto su la cosa ch'esse trasferiscono. Se qui tale potestà giuridica si mostra come per se stante, e non accordata solo a traverso la proprietà su la cosa, v'è ancora minor ragione per considerare la proprietà nei restanti casi come la sorgente della facoltà di trasferimento.

p. 333

4. (*Continuazione. Disposizioni su l'intero patrimonio*). — L'autonomia del potere di disposizione di fronte al diritto, del quale si dispone, si mostra nel modo più evidente nella disposizione testamentaria d'una successione a titolo universale. Agli eredi nominati per testamento si trasmette l'intero patrimonio del defunto, in quanto l'ordinamento giuridico riconosce una continuazione (*Fortbestand*) dei diritti patrimo-

scopo, p. es. per perfezionare un negozio di compravendita, per trasmettere subito (quando non vi sieno altri obiettivi ostacoli) la proprietà; l. 31 de a. r. d. 41, 1: « (Nunquam) nuda traditio transfert dominium, (sed ita,) si venditio (aut aliqua iusta causa) praecesserit, propter quam traditio sequeretur », cfr. LOTMAR, *Su la causa (Ueber causa)* (1875), pp. 165-179. Così si spiega, ciò che con l'ammissione (*della scaria*) di un esercizio di diritto sarebbe un'anomalia, che, sussistendo i presupposti obiettivi, una difettosa conoscenza di questi sia innocua per l'efficacia del negozio giuridico: plus in re est quam in existimatione mentis, l. 9 § 4 de iuris et f. i. 22, 6; l. 4 § 1 de manum. v. 40, 2; l. 2 § 2 pro empt. 41, 4.

(10) La costituzione di ZENONE c. 2 C. de quadr. praescr. 7, 37, la quale per prima aveva attribuito questo privilegio al fisco, accentua certamente solo l'interesse dell'acquirente; parimenti § 14, I. de usucap. 2, 6: « bene prospexit his, qui a fisco ... aliquid accipiunt ».

(11) c. 3 § 4 C. cod.: « ita et hoc videatur imperiale esse privilegium »; cfr. anche pr. i. f. cod.

niali dopo la morte del loro titolare (ihres Trägers), in specie dunque la proprietà ed i crediti del defunto. Ora, che cosa attribuiva al testatore la potestà di disporre dei propri diritti ereditariamente trasmissibili? Forse, la proprietà delle cose, che si trovano nel suo asse ereditario (Nachlass)? Ma può darsi che il testatore, al tempo in cui egli dispose, non possedesse nulla di ciò, che più tardi lasciò in eredità. Non può essere che la proprietà su cose a lui prima appartenenti avesse per contenuto il diritto di disporre sopra un acquisto posteriore. Ma altrettanto poco la proprietà più tardi acquistata poteva prestare in precedenza una parte del suo contenuto al testatore (12). Oltre a ciò si può pensare, che al testatore, nè al tempo in cui dispose nè al tempo della sua morte, non appartenesse la proprietà nemmeno d'una singola cosa (13). Per gli stessi motivi possono non esservi neppure gli eventuali crediti, che accordano il diritto d'una disposizione testamentaria. Forse si dirà: non (sono) i singoli diritti (che) danno la facoltà di testare, ma bensì il complessivo patrimonio (14). Ma il patrimonio non è un diritto per se stante, con uno specifico contenuto — esso è la somma dei singoli diritti oppure, in un senso più largo, dei diritti ed obbligazioni del suo titolare. Ciò che i singoli diritti non possono accordare al loro titolare, non glielo potrebbe neppure dare il loro insieme (ihr Complex). Inoltre non è esatto, che il testatore al tempo della sua disposizione debba avere un patrimonio; è sufficiente ch'egli abbia la capacità patrimoniale (dass er vermögensfähig ist). Si può pensare che il testatore al tempo della disposizione testamentaria non abbia avuto neppure il più piccolo pezzetto di patrimonio (nicht das geringste Stück im Vermögen), e neanche debiti (15). E tuttavia la sua ultima vo-

(12) Non è la volontà persistente del testatore, cui la disposizione testamentaria è debitrice della sua validità, e che solo può essere espressa precedentemente anziché nell'ultimo istante della vita. È piuttosto la volontà al momento della disposizione, anche se la stessa possa poi essere in ogni momento ritirata. Ciò prova il persistente vigore del testamento di un (soggetto) poi divenuto demente.

(13) l. 3 § 1 de bon. poss. 37, 1: « denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait ».

(14) Come prova si potrebbe addurre, che nel diritto romano classico ai figli di famiglia privi di patrimonio non spettava il diritto di testare. Ciò si spiega col fatto, che certamente la facoltà di testare è destinata a portare seco una successione nel patrimonio e che pertanto, dove questo scopo viene meno a causa d'una mancanza di patrimonio, in linea di principio, dei figli di famiglia, anche il mezzo per mirare allo stesso (scopo) viene interdetto.

(15) Per quanto io non riuscirei a capire come i debiti, quali meri obblighi, potessero avere per contenuto il diritto di disporre degli stessi.

lontà sarebbe perfettamente valida. Vero è che rimane la questione su la consistenza giuridica del suo testamento senza un apprezzabile valore pratico (16), se prima della sua fine egli non acquisti nessun patrimonio. Ma se in seguito gli sia capitato un patrimonio, sianvi soltanto attività oppure attività e passività in pari tempo, o vi siano anche soltanto queste ultime (17): la precedente disposizione in proposito manifesta indubbiamente la sua efficacia e l'erede che accetta la successione avrà quindi tanto i crediti quanto i debiti. Si vede, che quel che contiene il diritto di disporre per testamento non è il patrimonio (man sieht, auch das Vermögen ist es nicht, welches das Recht zum Testieren enthält). Il noto principio della legge delle Dodici Tavole contiene la giusta soluzione (18). Il patrimonio è ciò del quale vien disposto, ma la potestà di disporre per testamento (die Macht aber, letztwillig darüber zu bestimmen) è concessa in guisa autonoma dall'ordinamento giuridico.

5. (La facoltà. Sua distinzione dalla tutela giuridica, dal diritto e dalla pretesa). — Le precedenti considerazioni hanno, io spero, fornito la prova, che la facoltà di disporre dei singoli diritti non può essere ascritta al contenuto di questi diritti. Con ciò sono difese anche da questo lato contro possibili attacchi le definizioni dei concetti dei singoli diritti date nel quarto Capitolo. Ma tosto sorge un'altra questione. Anche se le dette facoltà non appartengono al contenuto del diritto, al quale esse fin qui erano ascritte, hanno pur tuttavia un'esistenza (e, come io ammetto, una [esistenza] autonoma). Ed accanto a queste facoltà di disposizione la nostra vita giuridica mostra ancora un'innumerabile quantità di facoltà d'altra natura. Può dunque sembrare che il nostro prospetto dei diritti privati debba essere ancora notevolmente allargato. Accanto alla proprietà sembra debba essere ammesso ancora un particolare diritto di acquistare la proprietà, ed uno di disporre della proprietà esistente; anzi questi diritti si dovrebbero scompare ancora, per le diverse possibilità di acquistare la proprietà e di disporre, in altrettanti singoli diritti. Parimenti, accanto ai diritti di credito, si dovrebbe porre un diritto di acquistare tali diritti, forse anche un

(16) È possibile che la questione diventi rilevante a causa di disposizioni supplementari del testamento p. es. a causa di una nomina di tutore ivi fatta.

(17) l. 3 pr. de bon. poss. 37, 1: « nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur ».

(18) l. 120 de v. s. 50, 16.

diritto di obbligarsi, ma in ogni modo un diritto a cedere il credito e a disporne in altro modo — accanto al diritto matrimoniale, un diritto di sposarsi, accanto alla patria potestà un diritto, se non alla procreazione, almeno all'adozione ed all'emancipazione; e così via quasi all'infinito.

Ma subito al primo sguardo si mostra una differenza essenziale fra quelli in precedenza discussi e questi nuovi così detti diritti. Come noi abbiamo veduto, la proprietà consiste, da un lato, nei generali divieti (besteht ... einmal in den allgemeinen Verboten), i quali nella loro totalità fondano l'invulnerabilità della cosa per chicchessia fatta eccezione del proprietario — e (consiste) inoltre (un momento, questo, indispensabile ad imprimere alla proprietà il carattere di diritto soggettivo) nelle pretese promesse al proprietario per (ottenere) la coattività di quelle norme. Nessun divieto tutela, al contrario, l'occupazione d'una res nullius. Se il tentativo d'impadronirsi riesce, tanto meglio, l'occupante è divenuto così proprietario e come tale è d'ora in poi tutelato. Se il tentativo non riesce, perchè p. es. l'animale selvatico sfugge all'agguato oppure perchè un altro (lo) previene con la (sua) presa di possesso, chi ha teso l'agguato (der Nachsteller) non ha mai avuto una tutela giuridica, nè un diritto su l'animale (weder ein Recht an dem Thiere) nè un diritto ad impadronirsi dell'animale (noch ein Recht auf dasselbe). Nessun comando o divieto ha sorretto l'atto dell'occupazione, l'ordinamento giuridico ha soltanto tratto le conseguenze dell'atto medesimo (19). Sarebbe perfettamente

p. 337

(19) La cosa non va altrimenti, neppure quando l'autorizzazione all'occupazione (il diritto di occupare: die Occupationsberechtigung) è attribuita non a qualsiasi soggetto capace di agire, bensì soltanto a certi soggetti autorizzati alla caccia (nur gewissen Jagdberechtigten), p. es. al proprietario del fondo. In tal caso è soltanto vietata l'occupazione a tutti i terzi. Ma chi è autorizzato alla caccia (chi ha la licenza di caccia) non è di per sé posto in una condizione privilegiata (per l'occupazione: der Jagdberechtigte selbst aber ist nicht anders gestellt); tocca a lui di vedere come egli si possa impadronire dell'animale selvatico. Se, del resto, il divieto dell'occupazione, come oggidì viene ammesso generalmente, tolga in pari tempo la potestà giuridica all'occupazione (die rechtliche Macht zur Occupation) e quindi escluda l'acquisto di proprietà del cacciatore di frodo (des Wilderers), è un'altra questione che non è da discutersi qui. Da un lato, la costruzione, secondo la quale il proprietario del fondo deve acquistare la proprietà a traverso il cacciatore di frodo, è di certo estremamente ardua (allerdings äusserst gewaltsam). D'altra parte, la veduta secondo la quale l'animale cacciato di frodo (das gewilderte Thier) non appartiene a nessuno — alla quale torna GERBER nella 12^a ed. del *Dir. priv. Germanico* (deutsches Privatrecht) § 93 N. 1 — non è adeguata ai bisogni della vita. La conseguenza sarebbe, che non potrebbe essere commesso furto d'un animale cacciato di frodo e poi alienato dal cacciatore: perfino il toglierlo ad un po-

inutile (senza scopo: zwecklos) parlare d'una pretesa all'occupazione. Sarebbe un ingenerare confusione (es würde verwirren) l'adoperare l'espressione, che vi è un bisogno giuridico di determinare come termine tecnico, là dove non si presenta nemmeno uno dei presupposti d'una pretesa (20) (a).

6. (La facoltà è un posse giuridico [die Befugnis ist rechtliches Können]). — Già da questo solo esempio si vede che cos'è la caratteristica di questi nuovi così detti diritti. Con l'attribuzione degli stessi il titolare non viene posto sotto la tutela di nuove norme. Manca quindi il fondamento per ammettere un diritto privato nel senso in cui si è cercato precedentemente di determinarlo (21). L'ordinamento giuridico connette piuttosto a questa od a quell'azione del singolo questa o quell'efficacia giuridica — sia essa poi il chiamare in vita (22), sia essa il revocare (23), sia finalmente il mutare (24) un imperativo insieme

p. 338

steriore acquirente di buona fede sarebbe impunito, perchè la cosa come res nullius non sarebbe una cosa altrui. Io non troverei invece nessun inconveniente (ad ammettere) che si riconosca anche un acquisto di proprietà per mezzo d'un'occupazione vietata, qualora si attribuisca al soggetto autorizzato alla caccia una pretesa alla consegna dell'animale e rispettivamente al risarcimento — analogamente a ciò che accade quando viene frustrato il diritto (analog der Rechtsverteilung) col sottrarre i frutti d'un fondo locato, nel qual caso all'affittuario è attribuita secondo il diritto romano un'actio furti e secondo il diritto odierno una pretesa al risarcimento.

(20) Altrettanto poco si dovrebbe parlare d'una pretesa (o diritto) del proprietario ai (a u f die) frutti della cosa propria. Fino a quando i frutti sono ancora parti della cosa-madre, la tutela che protegge il proprietario rispetto ad essa cosa si estende anche ai frutti — e nell'istante della separazione a lui spetta la proprietà degli stessi. Non vi è nè bisogno nè posto per una pretesa ai frutti — in cui sarebbe compreso il pensiero, che il proprietario avesse ancora qualche cosa da aspettare o da domandare (erst noch etwas zu erwarten oder zu begehren).

(21) Giustamente UNGER, *Sistema*, I, § 60 N. 7: « non c'è un diritto privato di acquistare diritti; esiste soltanto una capacità a ciò (a tale acquisto) riconosciuta dal diritto ».

(22) Così unilateralmente nell'occupazione, nell'offerta unilaterale (Pollicitation), nella proposta (di contratto: Offerte) — bilateralmente nell'arrogazione, nella conclusione del matrimonio, nel contratto obbligatorio ecc. Nel penultimo negozio nominato in quanto oramai entrano in vigore gli imperativi che tutelano il rapporto del padre col figlio di famiglia e quello degli sposi.

(23) Così unilateralmente nella derelizione, bilateralmente nella remissione del debito; non del tutto unilateralmente l'emancipazione.

(24) Così nella tradizione, (nella) cessione, (nel) farsi adottare (Hingabe zur Adoption) ecc. Gli imperativi continuano a sussistere (bleiben bei Bestand), ma la

con le conseguenze giuridiche della sua trasgressione. Con ciò è prestato al singolo, dal cui agire ormai dipende questa efficacia giuridica, un posse di natura giuridica (ein Können rechtlicher Art) — la potestà (die Macht) di produrre col suo agire i presupposti per far entrare in vigore o per far venir meno imperativi statuali (25).

p. 339 È importante che non si dimentichi che questi così detti diritti non conferiscono al loro titolare né una tutela giuridica né una pretesa, bensì un'immediata potestà giuridica — più esattamente, che l'ordinamento giuridico connette senz'altro ad un certo esercizio del posse naturale d'una persona una determinata conseguenza giuridica. Dove non si veda questo, inevitabile conseguenza è il cadere in errori. Così il reciproco ius offerendi dei creditori pignoratizi contiene (26) una tale

persona del (soggetto) tutelato muta. Del resto le mutazioni si riconducono alla revoca d'un imperativo vigente fin qui ed all'entrata in vigore d'un nuovo. Per ciò d'ora in avanti lascerò da parte la mutazione.

(25) Cfr. BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., § 65.

(26) Nella mia dissertazione di docenza (Habilitationsschrift) io ho dimostrato che il diritto di riscatto deve aver luogo necessariamente per tutti i creditori pignoratizi senza distinzione della posizione. Io attribuisco a questo proposito decisiva importanza meno alla positiva testimonianza di PAOLO, R. S. II, tit. 13 § 8 — benchè a me sembri probante anche questa — che non piuttosto a ragioni intrinseche. Ed infatti il creditore ipotecario anteriore, nel caso ch'egli non potesse provare attualmente la sua priorità, sarebbe posto altrimenti in una situazione maggiormente sfornita di tutela che se in realtà egli fosse il creditore posteriore. Poichè con l'actio hypothecaria egli non si può in tal caso prevalere contro il successivo creditore pignoratizio che sia possessore: l. 12 pr. qui potiores 20, 4 — l. 19 de exc. rei iud. 44, 2. S'egli ora avesse poi il ius offerendi, potrebbe pagare il creditore in possesso (del pegno) e così per mezzo dell'azione ipotecaria costringere al rilascio della cosa od al pagamento della somma originariamente dovuta e della somma sborsata (der ausgelegten Summe). Ma se gli si contesta il ius offerendi, egli o non potrà avere la cosa (e con ciò la presupposizione per l'esercizio della sua facoltà di vendita), oppure, anche s'egli procede a soddisfare l'altro (zur Abfindung des Anderen), potrà bensì proporre la sua originaria azione ipotecaria con prospettiva di successo — poichè all'eccezione del diritto ipotecario si potrebbe d'ora in poi rispondere con la replica del pagamento (denn der Einrede des Pfandrechts würde nunmehr mit der Replik der Zahlung begegnet) — però l'offerta della somma originariamente dovutagli eliderebbe la sua azione e la (somma) spesa per il soddisfacimento (zur Abfindung) sarebbe perduta o quanto meno non garantita ipotecariamente. A ciò si aggiunga che, se il diritto di riscatto si limita al creditore successivo, esso dovrà per conseguenza essere negato anche al creditore pignoratizio di pari grado. Eppure questi non potrà prevalere con l'actio hypothecaria contro chi gli è di pari grado: l. 10 de p. et h. 20, 1. In questa debolezza del suo diritto egli è pari al creditore

potestà giuridica. L'un creditore pignoratizio può offrire all'altro la somma che a questo è dovuta. Se questo la prende, il riscatto è effettuato, e lo stesso avviene quando, in caso di rifiuto d'accettazione, la somma dovuta viene depositata (27). È dunque in potere (in der Hand) d'un qualunque creditore pignoratizio di produrre il riscatto dell'altro e di raggiungere gli effetti giuridici che gli sono connessi, si concepiscano poi questi nell'una o nell'altra maniera (28). Un diritto coattivo dell'offerente a far subire il riscatto (ein Zwangsrecht des Offerenten auf Leiden des Auskaufs), del quale di tanto in tanto si parla (29), non esiste e non ha bisogno di esistere. L'offerente ha più che una pretesa a far subire il riscatto: egli ha la potestà di ottenere il riscatto per suo proprio agire (30). Tutte le deduzioni, che da un preteso diritto a far subire coattivamente il riscatto vengono tratte per la risoluzione della questione, quale creditore pignoratizio abbia la precedenza su l'altro, quando entrambi vogliono in pari tempo prevenirsi l'un l'altro nel riscatto o prevenire un terzo creditore pignoratizio, cadono dunque tutte insieme. Non vi è in tali casi la benchè minima difficoltà. Colui che

p. 340

p. 341

pignoratizio meno protetto. Come tale però egli avrebbe il ius offerendi: ma così il suo diritto potiore finisce per essere a lui di danno! In tale situazione di cose non è necessario far richiamo ai vantaggi, che anche al creditore pignoratizio indubbiamente anteriore sorgono dal riscatto di un (un creditore) successivo sotto (certe) condizioni, in specie per la surroga nelle condizioni di vendita, forse migliori, stipulate dal (creditore) pagato — arg. l. 3 quae res pign. 20, 3 — c. 3 § 1 C. de iur. dom. imp. 8, 34.

(27) c. 1 C. qui potiores 8, 18. — Il deposito certamente non riposa soltanto su la potestà dell'offerente, bensì qui si unisce con questa l'obbligo del tribunale di accettare il deposito. Se il tribunale volesse sottrarsi a quest'obbligo, spetterebbe all'offerente una pretesa pubblica, da farsi valere in via di reclamo, eventualmente (geeigneten Falles) anche una pretesa privatistica ad un risarcimento. Così è parimenti per le notificazioni giudiziarie rispetto alla redazione del processo verbale (bei gerichtlichen Insinuationen hinsichtlich der Protokollaufnahme), per le trascrizioni rispetto all'iscrizione nei registri pubblici, anche per la conclusione del matrimonio rispetto alla pronuncia dell'ufficiale di stato civile.

(28) WINDSCHEID, op. cit., 233ⁿ N. 16.

(29) SCHMID, *Teorie fondamentali della cessione* (Grundlehren der Cession), I

(30) «...δ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει...» «secundus autem primo etiam invito offert» — Scolio Veronese a c. 5 C. qui potiores 8, 18; *Rivista per la scienza storica del diritto* (Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft), Vol. XV, p. 128 N. 306. Con ragione la Corte d'Appello di Cassel nel 1850 ha respinto un'azione (diretta) a far subire il riscatto come priva di scopo; SEUFFERT, *Archivio*, VI, 160.

per primo porta la somma dovuta ed offerta, sia per essere accettata, sia per essere depositata, ha operato con ciò il riscatto dell'altro. Credito e diritto di pegno del creditore riscattato sono allora portati ad estinzione e quindi è sparito nella persona di lui il presupposto così della facoltà di riscattare come di essere riscattato.

7. (*Designazioni di questa* [cioè della facoltà: Befugniss]). — Se per conseguenza le garanzie d'una potestà giuridica sono intrinsecamente differenti tanto dalla tutela prestata da norme quanto dall'attribuzione di pretese, si fa sentire anche un'urgente necessità di distinguere le stesse dai diritti e dalle pretese con una stabile ed invariabile denominazione. Altrettanto poco è costante la terminologia che hanno seguita (*in proposito*) i Romani quanto (*lo è quella che seguono*) i moderni. Accanto alla frequente e giusta designazione come potestas (31) o facultas (32) si trova anche la designazione licentia (33), facile da fraintendersi, come l'espressione più generale ius (34). Anzi, qua e là, tutte le quattro designazioni sono applicate

p. 342

(31) GAIUS, II, 62: « alienandae rei potestas ». pr. I. de lege Falcidia 2, 22: « legandi potestas ». l. 26 de contr. empt. 18, 1: « deminuendi potestas ». l. 11 pr. de divortii 24, 2: « divortii faciendi potestas ». l. 9 de curatoribus fur. 27, 10: « potestas ... eligendi ». l. 57 pr. de adq. v. o. h. 29, 2: « abstinendi potestas ». l. 21 de usu 33, 2: « potestas dandi ». l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: « ut ... legare volet, ius potestasque esto ». l. 33 de furtis 47, 2: « interceptiendi potestas ». l. 17 § 20 de iniuriis 47, 10: « procuratoris dandi potestatem ». l. 120 de v. s. 50, 16: « potestas ... heredis instituendi et legata et libertates dandi tutelae quoque constituendi ... ». c. 4 C. de his qui in prior. 8, 18: « offerendi pecuniam potestas ... » ecc. ecc.

(32) l. 6 de in int. rest. 4, 1: « abstinendi facultatem »; parimenti l. 2 de succ. ed. 38, 9. l. 14 § 1 quod met. causa 4, 2: « restituendi facultatem ». l. 1 § 16 si quadr. 9, 1: « noxae dedendae facultatem ». l. 2 de distr. pign. 20, 5: « offerendae pecuniae facultas ». l. 1 § 5, l. 6 §§ 1, 2 si quis omitta 29, 4: « facultatem et ab intestato succedendi ». l. 2 pr. si quis aliq. 29, 6: « facultas testamenti faciendi ». l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: « legandi facultatem ». l. 95 § 6 de sol. 46, 3: « facultas solvendi ». l. 17 § 4 de iniuriis 47, 10: « facultas praestare servum ». c. 6 C. qui testamenta 6, 22: « mutandi iudicii facultatem et, quemcunque voluerit, ... heredem scribendi ... ». c. 19 § 4 C. de testamentis 6, 23 « testandi facultas ... » ecc. ecc.

(33) pr. I. de lege Falcidia 2, 22: « legandi licentiam ». l. 14 § 4 quod metus, c. 4, 2: « licentiam restitutionem facere ». l. 12 § 7 soluto matr^o 24, 3: « licentiam nuntium mittere ». l. 33 de leg. I.: « licentiam altero electo ad alterum transire ... ». c. 29 § 1 C. de pactis 2, 3: « licentiam renuntiare ». c. 5 C. de incestis 5, 5: « uxorem ducendi licentiam ... » ecc.

(34) pr. I. de stipulatione serv. 3, 17: « ius stipulandi ». l. 28 § 2 de pactis 2, 14: « donandi ius ». l. 3 pr. de distr. pign. 20, 5: « ius offerendae pecuniae ». l. 6

in eguale maniera ad una sola ed identica facoltà (35). In tedesco la denominazione di potestà giuridica (rechtliche Macht) oppure di potere giuridico (rechtliches Können) per lo più corrisponderebbe alla cosa. Ma una designazione composta di due termini non si raccomanda tecnicamente. Inoltre l'espressione potestà (Macht) creerebbe facilmente equivoci, poichè anche il diritto soggettivo viene sovente definito come potestà (Macht). Ma la lingua tedesca possiede un termine, ch'è pienamente espressivo e, malgrado l'uso frequente che se ne fa (trotz seiner Gebräuchlichkeit), non è stato ancora adoperato (in Besitz genommen für) per un concetto determinato. Così esso apparisce ancora in certo modo come vacante. È il termine Befugniss (*che noi abbiamo tradotto come: facoltà*). Che questo, come vuole BRUNZ (36), designi nel linguaggio non il posse giuridico (das rechtliche Können), bensì il licere giuridico (das rechtliche Dürfen) — i quali concetti certamente sono del tutto diversi — io non saprei concedere (b). Già adesso il termine facoltà (Befugniss) viene assai generalmente (ganz allgemein) usato per designare i singoli casi di potestà giuridica. Facoltà di alienare (Veräußerungsbefugniss), facoltà di dare in pegno (Verpfändungs-befugniss), facoltà di cedere (Cessionsbefugniss) sono espressioni quotidiane. Importa ora soltanto di arginare con stabili confini l'uso dei termini diritto e facoltà (Recht und Befugniss), (*uso*) fin qui senza regola reciprocamente straripante (*dall'uno all'altro campo designati dai due termini*) per riservare quello (*il termine: diritto*) unicamente per la situazione tutelata da norme e fornita di aspettativa di pretese (und mit Anwartschaft auf Ansprüche ausgestatteten Zustand), questo (*il termine: facoltà*) per i casi di posse giuridico (für die Fälle rechtlichen Könnens). Quel che si perde, per tal modo, in maggior ricchezza di termini sinonimi, sarà abbondantemente guadagnato mercè il vantaggio d'una stabile e chiara terminologia.

p. 343

pr. qui testam. fac. 28, 1: « testamenti faciendi ius ». l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: « ut legare volet, ius ... esto ». l. 3 § 5 de bon. poss. 37, 1: « ius testandi » — ecc.

(35) Così il diritto di alienare del creditore pignoratizio viene designato talora come potestas — c. 8 C. qui potiores 8, 17; l. 4 de distr. pign. 20, 5 — talora come facultas — cc. 6, 11, 14, 16, 19 C. de distr. pign. 8, 27 — talora come licentia — c. 3 § 1 C. de iure dom. imp. 8, 33 — talora finalmente come ius: c. 1 pr. C. si vend. pign. 8, 29. Analogamente trovansi per un caso di azione giudiziaria (*perseguitamento in giudizio: Rechtsverfolgung*) usati come sinonimi i termini licentia, ius, facultas in l. 1 pr. § 1 de liber. causa 40, 12.

(36) op. cit. § 65 p. 211; 1^a ed. § 23, p. 49 — Contra anche WINDSCHEID, op. cit., § 37 N. 1.

8. (*Posse, licere e debere* [Können, Dürfen und Sollen]). — La facoltà è una potestà giuridica (die Befugnis ist rechtliche Macht) (37). Ma con questo non viene risolta affermativamente la questione, se l'uso di questa potestà sia sempre giuridicamente lecito. È possibile che l'ordinamento giuridico disapprovi, sotto determinati più particolari presupposti (unter bestimmten näheren Voraussetzungen), o perfino vieti con una pena, l'attività alla quale esso di regola promette di anettere conseguenze giuridiche. In quanto l'ordinamento giuridico enuncia che in queste particolari circostanze le conseguenze giuridiche non si produrranno, in tanto ritoglie nel medesimo tempo la facoltà. Così nessuno deve né può contrarre un doppio matrimonio (38), così il marito non può alienare il fondo dotale (39). E cioè oggi è di regola che l'ordinamento giuridico non faccia produrre nessun giuridico effetto al negozio che gli sia sgradito (40). Tuttavia si hanno ancora pur sempre non pochi casi, nei quali l'ordinamento giuridico lascia la facoltà al suo posto (belässt), anche se vieta di farne uso (41). L'attività è allora, come trasgressione del divieto, un delitto, come esercizio della facoltà rimasta nonostante il divieto, un negozio giuridico e provvisto degli effetti giuridici di questo. Ne offrono esempi tutte le *leges minus quam perfectae* (42). Parimenti rientrano sotto questa considerazione i negozi giuridici impugnabili (anfechtbare Rechtsgeschäfte) (43), come anche gl'impedimenti impedientia del diritto matrimoniale canonico. La facoltà può essere dunque accordata, ma l'uso della stessa essere vie-

p. 344

(37) Quindi potestas. Cfr. anche l. 13 § 10 de accept. 46, 4: «sed hi omnes debent novare (possunt enim) et sic accepto ferre».

(38) c. 2 C. de incestis 5, 5: «Neminem ... binas uxores habere posse vulgo patet ... quam rem competens iudex inultam esse non patietur».

(39) Sopra, pp. 85 segg. (*naturalmente, del testo tedesco*).

(40) Nel dubbio ogni negozio giuridico vietato al giorno d'oggi è nullo, la legge proibitiva una *lex perfecta*.

(41) È dato allora il potere (posse), ma non la liceità (licere). Ciò nondimeno anche il licere viene usato nel senso del posse (lecito) — cfr. nota 33; l. 137 § 6 de v. o. 45, 1, e su ciò RAVIT, *Arch. per la pratica civilistica* (Archiv für civil. Praxis), LVIII, p. 42; c. 1 C. quando liceat ab emptione discedere 4, 45 — anzi, di quando in quando, nel senso del posse riprovato (missbilligten Könnens): l. 144 pr., l. 197 de r. j. 50, 17; l. 42 pr. de ritu nupt. 23, 2.

(42) P. es. le disposizioni penali sul secondo matrimonio prima che sia trascorso il periodo del lutto.

(43) P. es. l'alienatio in fraudem creditorum.

tato (die Befugnis kann mithin vorhanden, aber der Gebrauch derselben verboten sein) (c).

Può, viceversa, l'ordinamento giuridico elevare l'esercizio della facoltà a dovere giuridico (d). Quasi ogni alienazione è l'attuazione d'un contratto obbligatorio rivolto a tale scopo, quindi l'adempimento d'una obbligazione giuridicamente fondata (44). La cessio necessaria, la conclusione del matrimonio in seguito ad una precedente promessa di matrimonio offrono ulteriori esempi di ciò. Ma sempre il dovere, che l'attività giuridica richiede (gebietet), è da separarsi concettualmente da questa medesima. Malgrado l'obbligo d'intraprendere quest'ultima, il verificarsi (der Eintritt) delle conseguenze giuridiche, che le sono proprie, dipende, precisamente come prima, dal fatto d'intraprenderla. È rimasta così all'obbligato la possibilità di non far che si attuino le (*quell-le*) conseguenze giuridiche. Solo quando l'ordinamento giuridico, quelle stesse conseguenze giuridiche, ch'esso promette di anettere all'attività, le annette, malgrado l'inesecuzione di questa, ad un altro fatto, e propriamente così come se l'attività avesse avuto luogo, col verificarsi di questo fatto l'esercizio della facoltà diventa non soltanto superfluo bensì giuridicamente impossibile. Con ciò è poi anche sottratta la facoltà stessa per il caso concreto (45).

p. 345

Il posse giuridico è dunque indipendente, per un verso dal non-licere giuridico, per l'altro verso dal debere giuridico (das rechtliche Können ist mithin unabhängig einerseits vom rechtlichen Nichtdürfen andernseits vom rechtlichen Sollen).

9. (*La facoltà come la possibilità di produrre il presupposto per*

(44) C'è dunque un diritto di credito e (nel caso che questo non apparisca sufficiente) una pretesa all'esercizio d'una facoltà — nello stesso modo non v'è da eccepire nulla contro un « diritto su diritti ». Cfr. Cap. IV, Nota 72, p. 182 (*del testo ted.*). Certo, nella vita la dinamica del diritto (die Rechtsbewegung) si comporrà per lo più alternativamente dei due elementi: facoltà e diritto. La vendita (facoltà) crea un obbligo del venditore (diritto) ad imprendere la tradizione (facoltà), questa costituisce la proprietà nel ricevente (diritto) — e così il moto circolare può ricominciare.

(45) Quando p. es. a tenore del § 779 del Codice di proced. civile dell'Impero (Reichscivilprozessordnung) la dichiarazione, al cui rilascio era stato condannato il debitore, per una condanna passata in giudicato s'intende come rilasciata, da quell'istante in poi la dichiarazione tardiva sarebbe per certo ancora possibile di fatto, ma giuridicamente priva di significato, quindi non apparirebbe come un'attività giuridica.

l'entrata in vigore o per l'estinguersi di singoli imperativi). — L'ammissione di particolari facoltà prestate dall'ordinamento giuridico contiene, a primo aspetto, un abbandono del principio, ch'è stato posto all'inizio di queste ricerche: che tutto il diritto consiste soltanto ed unicamente in imperativi della comunità giuridica. Poichè ai precetti giuridici, che si lasciano ricondurre a comandi o divieti, sembra che in seguito a ciò (*a tale ammissione*) se ne aggiunga una serie di altri, che non contengono nessun imperativo, che prestano piuttosto una potestà immediata, autorizzazioni (*Gewährungen*), come BRINZ (46) acconomicamente le designa, in conformità al permettere di MOSTRINO (47). E tuttavia io spero che il nostro primo punto di partenza si possa giustificare anche di fronte a questa difficoltà (*e*). È inesatto a parer mio di porre le autorizzazioni sopra una stessa linea coi comandi e divieti. Solo questi ultimi contengono (*enthalten*) il diritto. Le autorizzazioni non sono precetti giuridici a sè stanti. Esse determinano soltanto i presupposti per l'entrata in vigore o la fine di certi imperativi (48).

Facciamo un semplice esempio. Non c'è nessun principio giuridico a sè stante (*kein selbstständiger Satz*) del (*seguito*) contenuto: «tu puoi occupare una *res nullius*». Poichè anzitutto per ciò che riguarda il fatto dell'occupazione, questo (*fatto*) è indipendente da ogni autorizzazione. Essa (*occupazione*) può seguire senza questo principio giuridico, essa può nonostante il medesimo essere ineseguibile. Ma un particolare permesso della stessa non avrebbe nessun significato; è sufficiente che l'attività non sia vietata (49). La portata del principio sta dunque soltanto nelle conseguenze giuridiche, che sono connesse all'occupazione (*f*). Se l'ordinamento giuridico non riconoscesse come conseguenza dell'occupazione nè la proprietà nè il possesso nè un altro diritto, il principio sarebbe senza nessun significato; non sarebbe dunque più, in generale, un principio giuridico (50). Ma il principio si riferisce

(46) op. cit. p. 90: «Queste disposizioni vanno a finire tutte in comandi, divieti, autorizzazioni».

(47) l. 7 de leg. I, 3: «Legis virtus haec est: imperare, vetare, permettere, punire».

(48) Si capisce che quand'io parlo qui dell'entrata in vigore e della fine di certi imperativi, si deve intendere non inizio o revoca del principio giuridico in sè, bensì soltanto d'una sua concreta applicazione.

(49) Capitolo VI, pp. 292 segg. (*naturalmente, del testo tedesco*).

(50) Io prescindendo dalla possibilità, che il precetto debba contenere una speci-

p. 346

p. 347

al sorgere degli imperativi che costituiscono il diritto di proprietà. E di nuovo si presentano due possibilità. Se l'ordinamento giuridico statuisce un acquisto di proprietà unicamente (*lediglich*) per mezzo dell'occupazione, l'imperativo che costituisce la proprietà: «tu non devi godere una cosa altrui senza consenso del proprietario» sarebbe da intendersi più esattamente qui: «tu non devi godere la cosa, che un altro per primo abbia occupata, senza consenso dell'occupante». Il nostro precedente principio sarebbe dunque soltanto una spiegazione del detto imperativo. Considerato soltanto in sè lo si potrebbe chiamare un (*principio*) declaratorio (*könnte man ihn einen begriffsentwickelnden nennen*) (51). La seconda possibilità è, che l'ordinamento giuridico conosca

p. 348

facoltà garanzia contro futuri divieti dell'occupazione da parte della legislazione. In questo caso il suo significato sarebbe analogo a quello d'una libertà della stampa proclamata per legge, della libertà di fissare il domicilio (*Freizügigkeit*), della libera circolazione (*facoltà di ottenere il passaporto: Passfreiheit*), della libertà di matrimonio (*freien Verhelichung*) e di altri così detti diritti di libertà. Siffatte proclamazioni di libertà possono invero avere giuridicamente il loro significato — e lo acquistano in ispecie per essere state accolte nella Costituzione, perchè dopo d'allora l'emanazione d'un divieto revocante quella libertà può essere espressa soltanto nella forma prescritta per i mutamenti costituzionali (*g*).

(51) La partizione dei precetti giuridici in autorizzativi (*berechtigende*), denegativi (*verneinende*), declaratorii (*begriffsentwickelnde*) è a mio avviso infruttuosa. Contro quest'ultima categoria non c'è da ridire. Solo non ci si deve dimenticare del carattere non autonomo di questi principii giuridici: essi sono a ben considerarli soltanto parti d'un altro (*precetto*). Al contrario, la categoria dei principii denegativi è meglio che sia abbandonata. Il precetto giuridico denegativo non è un precetto giuridico, bensì la revoca e rispettivamente denegazione d'un tale (*precetto*) (cfr. anche Cap. VI, nota 6). Inoltre esso può facilmente essere tramutato in un precetto giuridico autorizzativo — il solo, ch'è effettivo precetto giuridico. Come esempio d'un precetto giuridico autorizzativo WINDSCHEID adduce (§ 27 N. 1): «a. Chi ha ricevuto una cosa in pegno (*als Faustpfand*), la può ritenere fin quando egli sia stato sodisfatto». Si potrebbe esprimere il precetto anche così: «Nessuno può reclamare una cosa, che abbia data in pegno, prima di aver sodisfatto il creditore». Allora non si sa se questo sia un precetto giuridico autorizzativo in un'altra forma (WINDSCHEID sotto c) oppure uno denegativo. Ed in fatto esso appartiene a questi ultimi. Se una cosa è stata data in pegno dal proprietario, ciò ha i seguenti effetti: 1) Cessa per il ricevente l'imperativo, che vieta la ritenzione d'una cosa altrui (il ricevente non ha bisogno di restituire, il dovere altrimenti fondato viene revocato, precetto giuridico *denegativo*). 2) Sorge la rispondenza (*die Haftung*) del ricevente per la futura restituzione come già ora per *dolus* e *culpa*. 3) Sorge la rispondenza del datore per *dolus* e *culpa*. 4) Sorge per il ricevente un diritto reale di pegno, il cui contenuto è già stato anteriormente discusso (Cap. IV, pp. 182 segg. [*naturalmente, del testo tedesco*]). Soltanto i precetti 2-4 sarebbero da ascrivere fra quelli autorizzativi.

già altre specie di acquisto della proprietà. Allora il riconoscimento dell'occupazione significa che gl'imperativi fin qui connessi ad un altro fatto, (*imperativi*) che noi chiamiamo proprietà, devono valere parimenti per l'occupazione d'una res nullius. Il nostro precedente principio su l'occupazione potrebbe essere poi anche chiamato un principio declaratorio, in quanto i concetti « altrui » e « proprietario » negli imperativi della proprietà hanno avuto ormai una nuova e più ampia applicazione. Ma in entrambi i casi l'occupazione costituisce là l'unico, qui uno dei possibili presupposti per l'entrata in vigore delle norme che costituiscono il diritto di proprietà.

Allo stesso modo, la cessazione di singoli imperativi può dipendere dall'esercizio d'una facoltà. Così la fine del diritto di proprietà (*può dipendere*) dalla derelizione. Che il proprietario possa (*kann*) derelinquere non significa ch'egli abbia un diritto (*darf*) di abbandonare la cosa. Ciò evidentemente non gli è vietato — secondo l'opinione dominante, perchè la proprietà, come la pienezza del diritto su la cosa, racchiude in sè anche questo diritto; secondo l'opinione mia, perchè il gettar via la cosa propria per l'appunto non è vietato. Ma senza un riconoscimento della facoltà di derelizione in tal caso rimarrebbe al proprietario il suo diritto. Così, invece, la revoca degl'imperativi è dichiarata fin dal principio per il caso che il proprietario dovesse intraprendere l'azione di derelizione.

E finalmente ancora un esempio per quella che noi chiamiamo trasmissione (*Uebertragung*) d'un diritto. Se un ordinamento giuridico in luogo della precedente intrasmissibilità d'un diritto di credito riconoscesse una trasmissione dello stesso, con ciò sarebbero mutati in pari tempo gli antichi imperativi. Mentre p. es. fino ad ora chi aveva ricevuto un prestito era obbligato a restituirlo al datore, d'ora in poi, per il caso della cessione, da un lato sarebbe revocato questo dovere, e dall'altro sarebbe introdotta una prestazione del medesimo contenuto a profitto del cessionario.

Lo stesso fenomeno si ripete costantemente per ogni facoltà. Ogni esercizio d'una di queste (*facoltà*) attua la condizione per il sorgere o per l'estinguersi di singoli imperativi (*h*). Qui si esaurisce il significato della facoltà, fin tanto che si tratti soltanto della sua concezione formale, della sua classificazione (*Einordnung*) logica nella totalità del sistema giuridico. Importa soltanto di determinare esattamente questi imperativi. Così il precetto: « un testamento deve esser fatto davanti a sette testimoni » e parimenti l'ulteriore: « i testimoni al testamento debbono essere persone maggiori di età, di sesso maschile e testes rogati (*sowie gebetene Zeugen*) » non racchiudono gl'imperativi: « tu devi, se

tu voglia fare un testamento, farlo davanti a sette testimoni » o « tu non devi ... prendere a testimoni del testamento persone minori, donne, non volontariamente partècipi (*keinen unfreiwilligen Testamentszeugen zuziehen*) ». Comandi di tal fatta sono estranei all'ordinamento giuridico. Gl'imperativi stanno molto più in fondo e più nascosti (*weit tiefer und versteckter*). Essi consistono, da un lato, in tutti i comandi e divieti, che sono emanati a profitto (*zu Gunsten*) dell'erede. In ispecie dunque nel divieto dell'usurpazione (*Vorenthaltung*) dell'eredità, ma anche nel comando al debitore del *de cuius* (*des Erblassers*) di pagare oramai all'erede ecc. Ma viceversa (*consistono*) anche nei comandi e divieti, che obbligano l'erede come tale. Questi imperativi però sarebbero sospesi in aria (*würden in der Luft schweben*), se in pari tempo la questione, chi sia erede, non trovasse risposta. Allo scopo di determinare tale (*risposta*) mirano entrambi i precetti giuridici non indipendenti dianzi citati; non questi soltanto, bensì, insieme con essi, una grande quantità di altri (*precetti*). Una prova dimostrerà che i detti imperativi costituiscono soltanto il reale fondamento di quei due precetti. Immaginiamoci che non ci fosse più diritto ereditario o quanto meno (*che non ci fosse*) successione testamentaria: in tal caso avrebbe tuttavia significato un precetto giuridico sopra i testamenti e sopra i testimoni degli stessi (52) ?

(52) Gl'imperativi, che ogni precetto giuridico racchiude, spesso non sono correttamente sviluppati. Così insegna con perfetta esattezza IHERING, *Spirito* (*Geist*), I, § 4, p. 43 (3^a ed., p. 52): « Ogni precetto giuridico connette ad una determinata *p r e m e s s a* (— se qualcuno ha fatto quest'e questo —) una determinata conseguenza (— deve accadere quest'e questo —) ». Ma quand'egli porta come esempio: « se una fideiussione è prestata, e precisamente da una donna deve ecc. ecc. » (la stessa essere inefficace), io non tengo quest'esempio per giusto. Se l'ordinamento giuridico avesse detto: « ogni uomo, che fa fideiussione, risponde di questa », nessuno certamente penserebbe che ci fosse un precetto giuridico relativo alle donne. Altrettanto poco come, accanto ad un imperativo, che dichiara essere l'uomo a 18 anni soggetto all'obbligo del servizio militare, ne dovremmo ammettere un secondo: « quando una donna ha 18 anni, non deve essere soggetta al servizio militare ». La donna non è mai tenuta a rispondere e non è mai soggetta al servizio militare, abbia o non abbia tentato (*versucht*) di prestare fideiussione oppure abbia o non abbia 18 anni. Ma solo la forma è diversa, se l'ordinamento giuridico dice: « chi fa fideiussione, ne risponde fatta eccezione per la donna, che non può fare fideiussione ». Quest'ultimo non è, come non è l'altro, un precetto giuridico, ma soltanto una limitazione del precedente — ovvero, la parziale abolizione (*die theilweise Aufhebung*) del medesimo, se questo era prima valevole generalmente.

10. (*Esercizio d'una facoltà è negozio giuridico. La usuale determinazione del concetto di negozio giuridico e triplice difficoltà contro la stessa*). — L'esercizio d'una facoltà è ciò, che noi chiamiamo negozio giuridico. A questo dunque, se noi consideriamo la struttura dei precetti giuridici anzitutto dal punto di vista meramente esteriore, spetta soltanto la funzione, di essere un presupposto per l'entrata in vigore o per la revoca di singoli imperativi. Il negozio giuridico, sul terreno privatistico in specie (53), è il presupposto per l'entrata in vigore o per la soppressione di siffatti imperativi posti dall'ordinamento giuridico, per la cui coattiva applicazione (zu deren Erzwingung) spetta al (*soggetto*) tutelato una pretesa privata. Ma ogni fatto giuridico esercita la medesima funzione. Come il negozio giuridico, anche l'agire illecito risveglia imperativi di tal fatta, e non meno (*di questi*) sovente anche un fatto, ch'è indipendente da un comportamento umano. Bisogna quindi delimitare ora da ambe le parti il negozio giuridico da questi fenomeni analoghi.

p. 351

Il comportamento illecito è anch'esso un presupposto per un grande numero di nuovi imperativi. Non solamente in quanto è la premessa per il venire in vita dei comandi, che sono rivolti agli organi statuali incaricati della coazione all'adempimento e (nel caso che la trasgressione racchiuda un illecito penale) della coazione penale. La trasgressione della norma piuttosto, come è stato precedentemente dimostrato, può essere anche la sorgente di nuovi imperativi, costituenti un diritto privato. Dalla trasgressione imputabile del divieto «tu non devi rubare» sorge tosto il comando secondario della prestazione del risarcimento, per il diritto romano oltre a ciò quello del pagamento d'una pena privata. Il furto è dunque un presupposto per il concretarsi delle norme, che fondano un diritto di natura obbligatoria ad un risarcimento, e, secondo un diritto precedente, ad una pena privata.

Ora, non si potrà mai venire a capo della distinzione fra delitto e negozio giuridico, fin tanto che si cerchi di determinare il primo dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, il secondo, invece, dal

(53) Io non posso qui entrare in un esame più approfondito dei pensieri peripatetici di BRINZ, *Pandette*, 2^a ed., I, § 66, p. 214, secondo i quali vengono annoverati fra i negozi giuridici anche quei negozi, «i quali sono posti o riconosciuti dal diritto stesso per la creazione e la revoca come anche per l'applicazione di sé medesimo».

punto di vista del (*soggetto*) agente. La usuale definizione del negozio giuridico, come la dà WINDSCHEID (54), suona:

«Negozio giuridico è la dichiarazione di volontà privata, indirizzata alla nascita, all'estinzione od alla modificazione di diritti».

p. 352

Per conseguenza sarebbe lo scopo, che l'agente (*il soggetto*: der Handelnde) aveva davanti agli occhi con la sua dichiarazione, a marcare (stempeln) l'azione come negozio giuridico. Ma a ciò si oppone una triplice difficoltà.

Anzitutto, (*e ciò*) sembra strano, in tal caso ogni dichiarazione indirizzata alla produzione di effetti giuridici sarebbe un negozio giuridico, anche se la stessa non avesse conseguenze giuridiche ed allo stato della legislazione non ne potesse mai avere. Chi nel giornale facesse invito ai suoi creditori di notificare i loro crediti nello spazio di otto giorni, altrimenti questi perderebbero vigore, intraprenderebbe con ciò un negozio giuridico. La dichiarazione più insensata diverrebbe, in ragione del suo scopo, un negozio giuridico, quantunque rimanesse pel diritto un atto interamente indifferente. Ma contrasta al nostro sentimento linguistico (unserm Sprachgefühl) di considerare come un negozio del diritto ciò che sul terreno di questo rimane interamente privo di significato. Né vi è per ciò nessun bisogno giuridico. La categoria del negozio giuridico sarebbe soltanto allargata, per scindersi in due sottospecie: negozi giuridici validi e nulli. Ma per l'appunto i negozi giuridici nulli non sono pel diritto negozi giuridici. Se ciò nonostante si parla di questi, ciò avviene, perchè si presentano molteplici attività, le quali mostrano una certa analogia con un negozio giuridico e rispetto alle quali è quindi utile (zweckdienlich) mettere tosto in rilievo con la loro denominazione la somiglianza coi negozi giuridici e designarle in pari tempo come una illusoria apparenza. A quale scopo richiedere per il negozio giuri-

p. 353

(54) WINDSCHEID, *Pandette*, § 69. Analogamente i trattati di ARNDTS, § 63, KELLER, § 49, PUCHTA, § 49; SAVIGNY, *Sistema*, III, p. 5; WAECHTER, *Dir. privato del Württemberg* (Württ. Privatrecht), II, p. 634; BRUNS, nell'*Enciclopedia*, III, § 20, 3^a ed., p. 364. Più ristretto THOEL, op. cit., § 34 Nota 1: «un'attività che vuole la costituzione (die Begründung) d'un diritto»; conforme a questo, WENDT, *Negozio giurid. condizionato* (bedingtes Rechtsgeschäft) (1872), p. 164. — Intorno alla storia del concetto: SCHALL, *La volontà di parte nel negozio giuridico* (der Parteiwille im Rechtsgeschäft) (1877), pp. 1 segg. — Circa la divergenza fra WINDSCHEID ed ARNDTS a proposito dell'espressione «dichiarazione di volontà privata» cfr. sotto, pp. 373, 374 (*naturalmente, del testo tedesco*).

dico inoltre una capacità di agire, cioè, come la definisce WINDSCHEID, «la capacità di agire con effetto giuridico» (55), se non appartiene al negozio giuridico l'effettiva produzione (diè wirkliche Hervorrufung) di effetti giuridici? A mia opinione nessuna dichiarazione è da designarsi come negozio giuridico, la quale non sia atta (56) a produrre subito oppure nel successivo corso delle cose effetti giuridici (57).

p. 354

Assai più importante è una seconda difficoltà, che qui però può essere solo accennata. Se è la volontà dell'agente, che produce gli effetti giuridici, ne segue necessariamente che anche questa volontà dev'essere esistente, e quindi le conseguenze giuridiche devono essere volute — e che, mancando la volontà, non vi è nessuna dichiarazione capace di produrre gli effetti giuridici, che sono soltanto il prodotto del volere. Ciò corrisponde anche pienamente alla teoria ora dominante (58). Ma

(55) *Pandette*, § 71. — Quando BINDING, *Norme*, II, p. 47, questa definizione, che anch'io ritengo esatta soltanto come definizione della capacità negoziale, l'attacca in via generale per ciò che essa « anziché accentuare il contenuto giuridicamente rilevante, accentua la rilevanza della conseguenza od effetto dell'azione », egli dimentica che l'azione giuridicamente vietata e quella giuridicamente imposta sono bensì rilevanti anche a prescindere dalle loro conseguenze giuridiche, ma ogni altra azione è giuridicamente indifferente fin tanto che essa non abbia, come il negozio giuridico, conseguenze giuridiche e diventa allora giuridicamente significativa in forza di queste conseguenze (?). Io domando: come, p. es., il dare validamente in pegno (die gültige Verpfändung) (negozio giuridico) ed il dare a pegno una cosa non impegnabile (azione non vietata ma negozio giuridico nullo) ed il mero intrattenersi (die blosse Unterhaltung) sopra un dare a pegno (über eine Verpfändung) (azione non vietata) devono giuridicamente distinguersi fra loro, se non per le conseguenze giuridiche, che sono connesse soltanto alla prima delle azioni menzionate?

(56) Ma non ogni azione, che abbia tale attitudine (die also geeignet ist), è un negozio giuridico.

(57) Per conseguenza, se l'ordinamento giuridico non annette conseguenze giuridiche alla mera azione, ma soltanto allora quando si aggiungono ulteriori fatti, io non designerei come negozio giuridico il fatto complessivo (Gesamthatbestand) — come fa KÖPPEN (*Annali per la dogmatica: Jahrbücher für Dogmatik*, XI, 181, pp. 144, 152, e *L'acquisto dei frutti del bonae fidei possessor: der Fruchterwerb des b. f. poss.*, 1872, p. 18) — ma soltanto quella parte di esso, che consiste nell'azione. Contro KÖPPEN cfr. anche SCHLOSSMANN, *La dottrina della coazione* (die Lehre vom Zwang), 1874, p. 15 N. 23; ZIMMERMANN, *La dottrina della negotiorum gestio per rappresentanza* (die Lehre von der stellvertretenden N. G.), 1876, p. 141 segg.; KARLOWA, op. cit., pp. 3, 7; EISELE, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift), XX (1878), p. 6.

(58) Perfino BRINZ, cui spetta il grande merito di avere per primo chiaramente raffigurato il negozio giuridico (cfr. nota 64), sostiene tuttavia tenacemente che

l'opposizione a tale dogma guadagna sempre più terreno (59) ed anch'io lo considererei insostenibile. Ma se la si vuol rompere col medesimo, ciò è possibile soltanto se si abbandona in pari tempo la concezione usuale del negozio giuridico.

E finalmente ancora una terza cosa. Se è negozio giuridico ogni dichiarazione di volontà indirizzata alla produzione di conseguenze giuridiche, non si può segnare un confine obbiettivo fra questo (cioè, il negozio) e il delitto. Se per avventura un delitto fosse stato commesso per (produre) le sue conseguenze giuridiche, esso diverrebbe tosto un negozio giuridico. Allora ci si troverebbe perplessi (rathlos) di fronte alla questione, se oramai fossero da applicarsi i principii sui negozi oppure quelli sui delitti — se a mo' d'esempio dovesse essere richiesta la capacità dell'agente a concludere negozi oppure a rispondere di delitti (Geschäfts- oder Zurechnungsfähigkeit des Handelnden). Nè ci si potrebbe acquietare con ciò, che un caso siffatto accadrà solo raramente (60). Basta la

p. 355

« l'intenzione dell'agente indirizzata alla produzione d'un effetto giuridico, questo (deve) essere lo scopo della sua azione, se l'azione dev'essere un negozio giuridico » (*Pandette*, 1^a ed., II, pp. 1392, cfr. pp. 1390, 1500 segg.). E per conseguenza è certamente esatto ciò che SCHALL, op. cit., p. 5 osserva, « che BRINZ ciò che ha dato con una mano tosto lo riprende con l'altra ». Anche IHERING con la sua definizione (*Spirito* (Geist), III, § 53, p. 125, 3^a ed., p. 132): « il negozio giuridico è la forma, nella quale la volontà soggettiva spiega la sua attività creatrice di diritto entro i limiti assegnatili dal diritto » sta sul terreno della dottrina dominante. Poichè IHERING considera il volere soggettivo come l'elemento creatore ed il diritto obbiettivo solo come il limite del primo.

(59) ROEVER, *Sul significato del volere* (Ueber die Bedeutung des Willens) (1874). BÄHR, *Ann. per la dogmat.* (Jahrb. für Dogmatik), XIV (1875), pp. 400 segg. LOTMAR, *Su la causa* (Ueber causa) (1875), pp. 15-17. HOELDER, *Riv. crit. trimestr.* (Krit. Vierteljahrsschrift), XVIII (1876), p. 176. SCHLOSSMANN, *Contratto* (Vertrag) (1876), p. 80 segg. SCHALL, *La volontà di parte nel negozio giuridico* (der Parteiwille im Rechtsgeschäft) (1877), in partic. p. 46. Cfr. anche KOHLER, *Studi su la riserva mentale e la simulazione* (*Annali per la dogmatica*) (Studien über Mentalreservation und Simulation; Jahrb. für Dogmatik XVI (1877), pp. 91 segg.), il quale però, invece di sciogliere il nodo, lo taglia, negando la possibilità d'una dissonanza fra l'interno volere e la dichiarazione di volontà. Contra, v. sotto, nota 70.

(60) BEKKER, *Annali per la dogmatica* (Jahrb. für Dogmatik), XII (1873), p. 32: « ... io definirei: azioni, che sono intraprese dagl'interessati a causa delle loro conseguenze giuridiche. Aggiungere, azioni « permesse », mi sembra superfluo, perchè un delitto non è facile che possa essere commesso a causa delle sue conseguenze giuridiche ». Un disordine compiuto nottetempo (ein nächtlicher Unfug) da studenti allo scopo d'imparare a conoscere i piaceri del carcere (studentesco: Carcer) sarebbe per conseguenza un negozio giuridico; parimenti l'ec-

possibilità del suo accadere, per far vedere l'errore nella determinazione del concetto di negozio giuridico (61).

p. 356 II. (*Negozio giuridico e delitto*). — Se, per determinare tanto il delitto quanto il negozio giuridico, ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, i due concetti si distinguono facilmente.

Il delitto racchiude necessariamente un comportamento illecito, quindi un (*comportamento*) tale, che sta in opposizione con un imperativo dell'ordinamento giuridico. Quand'esso non tragga dietro a sè conseguenze giuridiche — come ogni delitto, che non è minacciato di pena e che non lascia dietro a sè neppure un nocumento, che possa e debba venire appianato (62) — esso non è tuttavia un avvenimento indifferente per l'ordinamento giuridico. Il diritto, cioè l'intero peso (*die ganze Wucht*) della volontà generale, si oppone ad un tale comportamento. Non sono soltanto le sue conseguenze che lo rendono rilevante per il diritto: già mentre il delitto viene compiuto, è giuridicamente rilevante perchè è un delitto (63) (7). Praticamente ciò si mo-

cesso di un vagabondo, per trovare ricovero e nutrimento in un luogo di detenzione (im Haftloca). La definizione di WINDSCHEID è, bensì, al coperto contro ogni attacco su (*la base di*) questi esempi, poichè essa richiede una volontà indirizzata alla nascita ecc. di diritti (= diritti privati). Ma quando l'intenzione fosse rivolta a far nascere la pena privata connessa all'azione — il fatto di L. Veratius (Gell. N. A. XX, 1) potrebbe fornire un esempio — l'azione sarebbe un negozio giuridico anche secondo WINDSCHEID.

(61) A questa terza difficoltà crede di poter ovviare ZIMMERMANN, *La dottrina della Negotiorum Gestio per rappresentanza* (die Lehre von der stellvertretenden N. G.) (1876), p. 139, nota 164, con l'aggiunta delle parole « secondo la sua essenza » (« ihrem Wesen nach ») nel caratterizzare il concetto del negozio giuridico, definendolo: « un'azione intrapresa in un affare proprio o consimile (eine in eigener oder gleichartiger Angelegenheit vorgenommene Handlung), la quale secondo la sua essenza è rivolta alla produzione d'un effetto giuridico ». Ciò, a mio avviso, o non è pensato chiaramente o non è chiaramente espresso (entweder unklar gedacht oder unklar ausgedrückt).

(62) P. es. il tentativo da cui si sia desistito (der aufgegebene Versuch) secondo il § 46 del Codice Penale.

(63) Nel modo più energico ciò è disconosciuto da COHNFELDT, *La teoria dell'interesse* (die Lehre vom Interesse) (1865), p. 28: « Sono precetti della morale, non uccidere, non rubare ... Il diritto non si occupa di precetti di tal fatta! ... Il diritto non ha nessun carattere preventivo, ma opera per mezzo di pene ed interviene soltanto quando il delitto è stato commesso ». Parimenti LOTMAR, *Causa*, p. 10: « A seconda dell'effetto giuridico può il giurista come dogmatico distinguere queste (le estrinsecazioni giuridiche del volere) nelle specie di negozii

stra nel così detto diritto di legittima difesa (Recht der Nothwehr). A chicchessia è permesso d'impedire un'illiceità, mentre la stessa azione (*impeditiva*), se non serve a questo scopo, può essere vietata. Ed anche quando il delitto, ciò ch'è il caso consueto, trae dietro a sè conseguenze giuridiche, queste sopravvengono indipendentemente dalla volontà del delinquente. Il delitto le provoca contro l'autore. Anche senza che questi le desideri, esse sopravvengono; ma esse non saranno escluse per ciò che l'autore le desideri. Solo che l'ordinamento giuridico col configurare le pene come un male ha da provvedere a ciò, che uomini normalmente costituiti di regola non avranno nessun desiderio di esse.

Ben diverso è il negozio giuridico. Già esteriormente la differenza si mostra nella struttura dei precetti giuridici. Esso è bensì, come il delitto, il presupposto per certi nuovi imperativi, ma non il presupposto vietato di essi. La formula per il delitto e le sue conseguenze suona: « tu non devi; se ciò nonostante tu hai agito, allora deve (*sequire che...: so soll*) ecc. » oppure: « tu devi; se tu tralasci (*di fare*) ciò, allora deve (*sequire*) ». Quella per il negozio giuridico e le sue conseguenze incomincia subito con un « se ». Essa suona: « se tu hai fatto ciò, allora deve » oppure « non deve (*sequire*) ». Ma la distinzione trova un fondamento più profondo, se noi dall'apparenza esteriore cerchiamo di penetrare nell'essenza di questo presupposto — se noi cerchiamo di investigare la ragione la quale ha determinato l'ordinamento giuridico a far derivare conseguenze giuridiche da un'azione non vietata e non imposta. Che questo non accada alla cieca e per caso, è evidente. Piuttosto si potrebbe pensare di trovare qui forse una stringente ragione di giustizia o la conseguenza d'una logica inflessibile. Ma neppure questo sarebbe vero. Così l'ordinamento giuridico dice: se alcuno ha posto il suo nome sopra un pezzo di carta scritta (auf ein Schriftstück), il quale, accanto ad un altro determinato contenuto, porta la denominazione di cambiale, egli deve pagare la somma ivi segnata al legittimo possessore del foglio. Nessuno sosterrà che il dovere del pagamento sia un assoluto postulato di

giuridici e delitti, a seconda della natura del fatto, se sia o non sia qualcosa d'ingiusto, lo può soltanto il moralista e filosofo ». Un accenno a ciò anche in WINDSCHEID, *Pandette*, § 27 N. 1 in fine. Questa veduta, che rimanda i comandi e divieti dal terreno del diritto a quello della morale e rivendica per il diritto soltanto le conseguenze della loro trasgressione, non avrebbe potuto essere sostenuta, se si fosse fatta una ricerca più approfondita circa l'essenza di queste conseguenze. Cfr. Cap. I, § 3, pp. 7 segg. (*naturalmente, del testo tedesco*). Anzichè escludere l'imperativi dal diritto, (*bisogna dire*) piuttosto (*che*) l'intero diritto consta soltanto d'imperativi.

p. 358 giustizia o la conseguenza logica della firma apposta. Il diritto romano non conosceva il precetto e tuttavia non gli potremo rimproverare per questo un difetto, sia di senso di giustizia, sia di logica. Altrettanto poco il comando è stato fatto dipendere in modo del tutto arbitrario da quella condizione. Apparisce chiaro piuttosto, che l'ordinamento giuridico ha concesso il suo «tu devi» alla sottoscrizione della cambiale, perchè il sottoscrittore abbia modo di costituire a piacimento con questo mezzo e con l'emissione della cambiale la sua obbligazione cambiaria. E così accade per ogni negozio giuridico. Sotto forma di presupposto per l'entrata in vigore o per il venir meno di certi imperativi, il negozio giuridico è il mezzo offerto dall'ordinamento giuridico al singolo per questo scopo.

12. (*Significato del negozio giuridico. In particolare, la volontà negoziale*). — Con tutta chiarezza e rigore è già stato dimostrato da BRINZ come il negozio giuridico sia il mezzo accordato dall'ordinamento giuridico per produrre mutamenti giuridici (64). Se si segue tale concezione, spariscono le difficoltà sopra addotte.

In primo luogo, non ogni dichiarazione di volontà d'un uomo sarà un negozio giuridico, sol che abbia per iscopo una mutazione della situazione giuridica attuale. Soltanto quelle attività rimangono entro il concetto di negozio giuridico, che l'ordinamento giuridico riconosce come un mezzo idoneo per generare effetti giuridici (65).

p. 359 Inoltre, se il negozio giuridico è un mezzo indicato dall'ordinamento giuridico per la produzione di effetti giuridici, certo è pensabile, ma non è niente affatto necessario, che questo mezzo consista proprio nel desiderio (in dem Wunsche) (66) dell'agente che possano prodursi

(64) BRINZ, *Pandette*, 1^a ed., II (1871), § 312, pp. 1388 segg.: «Non una qualsiasi intenzione od il volere dell'agente, bensì, come già lo indica il nome, il volere del diritto dà ad un'azione il carattere d'un negozio giuridico ... il significato originario ed esatto della parola non (può) essere altro che questo, che i medesimi siano negozi creati dal diritto, oppure ammessi pei suoi scopi (zu seinen Zwecken angenommene Geschäfte)». 2^a ed., I (1873), § 66, pp. 214, 216.

(65) A questo riguardo esattamente anche UNGER, *Dir. priv. austriaco* (österr. Privatrecht), II, § 78, p. 40. KÖPPEN, op. cit., pp. 152 ed altri.

(66) Io evito l'espressione «volontà», perchè io vorrei limitare la stessa al desiderare (auf das Begehren), il quale (quando sia stato realizzato) trova la sua espressione nel fatto proprio del soggetto che desidera (des Begehrenden). Vero è che anche il desiderare (ancora irrealizzato) dev'essere designato come un volere:

quegli effetti giuridici. Le conseguenze giuridiche derivano sempre dall'ordinamento giuridico; esse consistono, infatti, soltanto nell'imperativo di questo. L'ordinamento giuridico è quindi pienamente libero di conmettere l'inizio o la fine delle sue norme a quale umano comportamento esso voglia. L'interesse generale deciderà della questione, a quale appello deve dare ascolto la comunità. Solo questo è chiaro, che non può essere connessa una mutazione giuridica al desiderio non manifestato. È impossibile che l'ordinamento giuridico faccia dipendere le sue norme da una circostanza, che rimanga inconoscibile per tutti gli altri. In ogni caso l'ordinamento giuridico dovrebbe richiedere una estrinsecazione del desiderio — la quale noi qualificiamo, quando essa segue di fronte ad un altro, come una dichiarazione del desiderio (67). Ma tosto ne risulta poi un altro inconveniente. Dichiarare un desiderio significa: destare in un altro, per mezzo di un'attività direttamente indirizzata a tale scopo (68), la rappresentazione, che il dichiarante nutre quel desiderio. Se in tal modo qualcosa viene dichiarato come desiderio, certo questa estrinsecazione è bensì una manifestazione di volontà (69) — ma soltanto la realizzazione della volontà di dichiarazione (70): Solo le parole, lo scrivere, i segni espressivi sono voluti.

p. 360

cioè dall'istante, in cui è compiuto lo stadio della riflessione (der Ueberlegung) e l'uomo ha formato in sé un motivo determinante per una futura azione (una decisione). Ma io vorrei sempre riferire il volere soltanto a ciò che l'uomo si figura come la parte sua propria dell'effetto che aveva di mira, rispettivamente a ciò che infine è il suo contributo a tal fine. Tutte le intenzioni che lo sorpassano sono, a rigor di termini, soltanto desideri (alle weitergehenden Absichten sind genau genommen nur Wünsche).

(67) Per brevità io parlerò anche in seguito soltanto di dichiarazioni siffatte, che non sono nient'altro che dichiarazioni, — cioè che sono fatte servire soltanto allo scopo di valere come dichiarazioni. Io prescindo quindi dalle così dette attività concludenti (*atte a manifestare il volere*: von sogenannten concludenten Handlungen).

(68) Identicamente se (*questo avvenga*) per mezzo d'un discorso o d'uno scritto oppure d'un altro segno intelligibile, p. es. l'issare la bandiera, che significa la richiesta d'un pilota.

(69) Almeno di regola — cioè fatta eccezione dei casi «di momentanea mancanza di sensi o di consapevolezza (Besinnungs- oder Bewusstlosigkeit) ...; la forza, dalla quale la lingua, la penna, la mano, qui è, si può dire, meccanicamente guidata, non può più essere detta volontà» BRINZ, *Pandette*, 1^a ed., II, § 313, p. 1393.

(70) HOELDER, op. cit., p. 176. — La differenza fra la volontà di dichiarare qualche cosa (la volontà di dichiarazione: dem Erklärungs-willen) e la volontà come oggetto della dichiarazione (la volontà di chia-

La manifestazione permette (*di trarre*) una conclusione relativa all'esistenza del desiderio nell'anima del dichiarante solo in tanto, in quanto un uomo che pensi ragionevolmente ed ami la verità, e sia anche sufficientemente familiare con la lingua o gli usi del luogo ecc., facendo una tale manifestazione, dovrebbe anche nutrire quel desiderio (71). A questo punto per l'ordinamento giuridico si offrono due vie. O esso pone l'uno e l'altra come presupposto per l'entrata in vigore delle conseguenze giu-

rata: dem erklärten Willen) di recente viene di nuovo completamente disconosciuta da KOHLER, op. cit., pp. 94, 95: « È assolutamente impossibile che un'azione di volere si contraddica consapevolmente, che essa porti alla luce consapevolmente una dichiarazione senza volontà ... come è parimenti impossibile che l'omicida allo stesso tempo tiri e non tiri il suo colpo ... ». Chi consapevolmente promette roo, quegli ha compiuto la decisiva azione del volere — Certo a colui, che dichiara ad un altro che vuole pagare roo e che glieli pagherà domani, dobbiamo attribuire un certo volere. La dichiarazione (come azione di volontà) costringe alla conclusione, che al tempo della sua emissione era presente un volere. Ma è un errore manifesto l'identificare questo volere con la risoluzione di pagare roo. Dalla dichiarazione (come volere realizzato) si può trarre una sicura conclusione soltanto circa il volere di fare la dichiarazione. Se ciò ch'è stato dichiarato sia in sé stesso vero, è un'altra questione — l'affermazione e la negazione della stessa sono egualmente pensabili. Come è possibile che qualcuno dichiara contrariamente al vero che ieri ha fatto un viaggio, così egli può dichiarare, nonostante la sua decisione di non uscire di casa, ch'egli domani ha la volontà di andare in viaggio. Ma del pari anche la dichiarazione di voler pagare domani roo è ben possibile che si accompagni con la ferma risoluzione di non pagare. Io non vedo come mai dopo ciò possa essere messa in forse la possibilità d'una siffatta consapevole contraddizione fra la volontà dichiarata e la realtà del volere.

(71) Quando HOELDER, op. cit., p. 176, osserva: « Ogni dichiarazione è un giudizio, ogni dichiarazione di volontà (è) un giudizio su l'esistenza d'un volere », cioè, a mia opinione, non è completamente esatto. Non ogni dichiarazione è un giudizio. Se qualcuno dichiara contro coscienza che A è B, egli non giudica che quell'individuo sia B. Ma di regola ogni dichiarazione deve ben apparire ad altri come un giudizio, ogni dichiarazione di volontà dunque come un giudizio su l'esistenza d'una volontà. Del resto questa differenza non ha importanza di nessuna specie per l'ulteriore costruzione. Poiché ciò che è decisivo è soltanto che il dichiarante intenzionalmente provoca in altri la rappresentazione del suo volere (o desiderare). Io sottolineo questo, perchè nella cosa io concordo con HOELDER, ma vorrei anche assicurare la formulazione contro attuali e futuri avversarii (cfr. l'osservazione della Redazione, l. cit., p. 178). — Quando ora KARLOWA (op. cit., p. 79, nota 1) si vede costretto « ad osservare proprio in contrario che per conseguenza il giudizio (come è) inteso da HOELDER neppure per il giudicante è obbligatorio e produttivo di effetti giuridici in verità sarebbe il volere, col quale il giudizio sarebbe stato emesso, che avrebbe forza obbligatoria per il giudicante » — ciò è certamente esatto in sé, ma anche dallo stesso HOELDER detto e riconosciuto con tutta evidenza.

ridiche: il desiderio delle stesse e la dichiarazione di questo desiderio. Ma allora, per la possibilità della divergenza fra dichiarazione e desiderio (72), la prova di questa differenza potrebbe impedire l'avverarsi delle conseguenze giuridiche (73) — e queste ultime in tal caso dipenderebbero di nuovo da una circostanza, per conoscere la cui esistenza gl'interessati avrebbero a disposizione soltanto singoli mezzi fallaci. Oppure l'ordinamento giuridico si accontenta della dichiarazione; allora l'esistenza effettiva del desiderio è indifferente per l'entrata in vigore delle conseguenze giuridiche. In tale caso sarebbe da negare che queste ultime fossero escluse, qualora le circostanze concomitanti facessero conoscere la mancanza del desiderio anche agli interessati.

Ma l'ordinamento giuridico può procedere e procederà anche in un'altra direzione. Se dovessero verificarsi soltanto i mutamenti giuridici, rispetto ai quali sia stato o concepito e dichiarato o soltanto dichiarato un desiderio mirante a quegli scopi, l'ordinamento giuridico verrebbe a trovarsi nella situazione di dover sovente lasciar che si attuassero

(72) Più esattamente: fra la rappresentazione suscitata su l'esistenza del desiderio e la realtà, nella quale (*realtà*) il desiderio non esisteva.

(73) Dovrebbe essere a questo proposito del tutto indifferente se l'ingannevole rappresentazione è stata provocata con o senza intenzione. Quando WINDSCHEID, op. cit., § 75, N. 1, considera la riserva mentale come insignificante soltanto per questo che « un processo interiore non (potrebbe) essere provato », cioè, a mio parere, non è né vero in sé né conseguente di fronte all'ammissione della prova d'un errore (cioè: *al fatto che è ammissibile dar la prova d'un errore*). Perché un errore intenzionale deve potersi provare meno che uno non intenzionale? Ci s'immagini (*si faccia l'ipotesi*) che qualcuno su la riva d'un fiume faccia un segno ad un barcaiolo di venire a questa sponda. Non si potrà, dalle dichiarazioni rese prima od in pari tempo dall'autore (*del fatto*) ai suoi compagni, del pari che dalle altre circostanze del caso, raggiungere la piena convinzione giudiziale che il cenno (*da lui fatto*) doveva essere soltanto un cattivo scherzo? Neppure si deve credere che a causa della difettosa volontà si possa bensì considerare il contratto come non concluso, ma si possa pur sempre venire in aiuto a colui ch'è stato tratto in inganno mercè una pretesa comunque vogliasi costruita al risarcimento del danno. Questa scappatoia fallirebbe del tutto là, dove, ammessa la nullità del negozio, si presentasse un danno non risarcibile — p. es. nel caso d'una dichiarazione che si potesse provare inventata (*nachweisbar erlogene*) d'una volontà di contrarre matrimonio. Oppure deve eventualmente la moglie non essere moglie in senso giuridico e devesi accontentare d'una pretesa ad un risarcimento del suo eventuale danno pecuniario, se il suo sposo vien fuori alcuni giorni o settimane dopo il matrimonio asserendo, e potendo dimostrare in maniera convincente, che egli non aveva mai avuto la intenzione di sposarla, e che egli aveva dichiarato bugiardamente tale volontà davanti all'ufficiale di stato civile e davanti a lei, unicamente allo scopo di poter vivere durante un certo tempo con lei come marito?

alcuni dei suoi imperativi ed altri no, anche se volesse far attuare quelli e questi soltanto congiuntamente. Con ciò verrebbe a separarsi quello che l'ordinamento giuridico non vuol vedere separato. Per evitare ciò, l'ordinamento giuridico dirà: se alcuno ha dichiarato di volere l'una cosa, questa cosa deve bensì avvenire, ma (*devono avvenire*) poi anche la seconda e la terza. Chi si fa dare una cosa in pegno dal proprio debitore, è possibile che desideri soltanto una garanzia per mezzo della detenzione del pegno, fors'anche (*desideri*) oltre a ciò il suo proprio obbligo ad una futura restituzione della cosa. È possibile altresì che colui che dà la cosa in pegno non desideri anche un di più ed (*è possibile*) che in nessuno dei due sia destata anche un'erronea rappresentazione riguardo al desiderio dell'altro. E tuttavia (all'infuori della responsabilità per dolus e culpa, la quale ultima può essere certamente esclusa con speciale pattuizione) con la consegna del pegno entrano tosto in vigore anche gli imperativi, che procurano la tutela possessoria ed il diritto reale di pegno del creditore, a prescindere interamente da ciò, che quest'ultimo ottiene anche la facoltà di alienazione (74).

Quest'osservazione conduce ad un ultimo passo. Se l'ordinamento giuridico fa dipendere dalla dichiarazione del desiderio di una determinata mutazione giuridica l'entrata in vigore di ulteriori conseguenze giuridiche non desiderate, esso (*ordinamento*) può anche determinare come mezzo per il raggiungimento di effetti giuridici un'attività, la quale senza questa determinazione non potrebbe assolutamente essere concepita come la dichiarazione del desiderio d'una mutazione giuridica. E di nuovo si offrono qui due possibilità. O l'ordinamento giuridico dichiara condizione per l'avverarsi d'una mutazione giuridica l'intrapresa di un'attività (die Vornahme einer Handlung), la quale a prescindere da questa determinazione non avrebbe nessun senso intelligibile e conseguentemente quasi mai (kaum jemals) potrebbe presentarsi. Per colui, che la intraprende, l'attività di tal fatta ha significato soltanto per le sue conseguenze giuridiche. A questa specie appartengono i negozi strettamente formali. Considerato estrinsecamente, il precetto suona: se alcuno si è attenuto a questa o quella forma, deve (*accadere che*) ecc. Ma secondo il suo scopo esso (*precetto*) significa che chi desidera il verificarsi di una certa mutazione giuridica, si può servire di quella forma che ne è condizione come del solo mezzo creato a quello

(74) Istruttivi esempi di negozi, alle ricche conseguenze giuridiche dei quali le parti solo nei più rari casi possono pensare all'atto della conclusione degli stessi, in KOHLER, op. cit., p. 108.

scopo (75). Con ciò è alla vita del diritto accordata la leva, il cui uso mette in moto gli imperativi. Accade qui come nella fiaba. Solo chi conosce la parola magica, può evocare lo spirito. Se egli ne desidera la venuta, pronuncerà la parola. Ma anche colui, che fa ciò incautamente o senza conoscenza dell'effetto, fa apparire lo spirito (76).

Una seconda possibilità consiste in questo, che l'ordinamento giuridico connetta le sue conseguenze giuridiche ad attività, le quali anche a prescindere dallo loro giuridica efficacia hanno un significato (77). In particolare appartengono a queste le attività, le quali hanno lo scopo di procacciare un bene e con le quali oramai l'ordinamento giuridico collega la tutela di questo bene. L'occupazione d'una cosa avrebbe sempre uno scopo ed un significato, anche se non le fosse connessa una conseguenza giuridica di nessuna specie. Poiché chi s'impadronisce della cosa, si assicura con ciò la possibilità del suo esclusivo godimento. Se ora l'ordinamento giuridico connette all'occupazione la propria tutela possessoria e — quando la cosa era nullius — la tutela della proprietà, non viene richiesta con ciò un'attività di altra specie (78). Quest'ultima (*cioè, l'occupazione*) esattamente come prima consiste nell'impadronirsi della cosa, solo che ora a causa delle sue conseguenze è anche giuridicamente rilevante. È possibile che ora l'occupante intraprenda l'occupazione proprio per queste conseguenze giuridiche e con la piena consapevolezza di queste. Ma rimane del pari possibile altresì il contrario, e tuttavia l'impadronirsi della cosa non cessa per questo d'essere un'occupazione anche

(75) l. 38 § 17 de v. o. 45, 1: « inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest ».

(76) Cfr. i casi in KOHLER, op. cit., pp. 115, 126, 129, 130.

(77) Egregiamente anche BRINZ, op. cit., II, p. 1389, così distingue i negozi giuridici: « mentre d'una parte (*di essi negozi*) si può dire, che la stessa sia stata creata soltanto dal diritto e che senza questo non sia pensabile (come i negozi solenni della mancipatio ed in jure cessio) le attività naturali della occupatio e traditio sono pensabili fino ad un certo (*punto*) senza il diritto e prima di questo ».

(78) Ma l'ordinamento giuridico determina però quale stadio dell'attività naturale deve essere un'occupazione nel senso giuridico, e richiede anche per questa i generali requisiti d'un negozio giuridico, quindi capacità d'agire ed anzi particolarmente capacità negoziale. Per questo è perfettamente esatto ciò che dice BRINZ, op. cit., p. 1389: « il come dei negozi giuridici (è) interamente determinato dal diritto, pur se fosse dichiarato sufficiente anche per il diritto che quella forma e figura fosse la stessa, ch'essi avessero eventualmente da natura ».

nel senso giuridico (79). Anche qui poi l'attività naturale è l'unica condizione preliminare per l'avverarsi delle conseguenze giuridiche: un desiderare o un volere indirizzato a queste ultime sarà indifferente anche in tali casi. Io inclino a credere che l'ordinamento giuridico per la maggior parte dei suoi negozi giuridici non richieda null'altro che la dichiarazione d'un desiderio d'una situazione d'importanza economica o sociale (80) ed a ciò connetta tosto i suoi imperativi, senza andar a ricercare l'esistenza, vuoi del desiderio di queste conseguenze giuridiche, vuoi dell'esatta rappresentazione di queste da parte dell'agente.

Questi cenni possono bastare. Il loro unico scopo era (*quello di fornire*) la prova, che secondo la teoria qui difesa non appartiene in nessun modo al concetto di negozio giuridico una volontà della parte indirizzata all'effetto giuridico del (*negozio*) medesimo (l).

13. (*Coincidenza di delitto e negozio giuridico*). — Ed oramai potrà anche, in terzo luogo, essere determinato esattamente il rapporto fra delitto e negozio giuridico. Se il delitto contiene sempre un'antigiuridicità (*Normwidrigkeit*), quindi qualcosa di non desiderato dall'ordinamento giuridico e pertanto da esso vietato (81), e se d'altra parte il negozio giuridico è il mezzo, che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dei singoli per conseguire effetti giuridici desiderati: apparisce chiaro a tutta prima, che ragionevolmente (82) l'ordinamento giuridico,

(79) Quando SAVIGNY, *Sistema*, III, p. 6 (seguito alla lettera da KELLER, *Pandette*, § 49) esclude l'occupazione dai negozi giuridici « come indirizzata immediatamente ad altri, non giuridici fini, così che l'effetto giuridico ... rientra nella coscienza come subordinato »: il fenomeno è riconosciuto molto esattamente, ma ne è tratta una falsa conclusione (k). Cfr. LOTMAR, *Causa*, p. 17.

(80) Così nella conclusione del matrimonio l'intenzione dei contraenti di essere reciprocamente coniugi. Perciò si parla dunque di nubere anche in un matrimonio giuridicamente nullo (l. 16 pr. de ritu nupt. 23, 2: « cavetur, ut si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent » — l. 42 § 1 eod.: « si ... nupsisset, nuptiae non erunt »); parimenti di nuptiae (l. 18, l. 34 § 3 eod.), di uxorem ducere (l. 39 § 1: « Si quis ex his, quas ... prohibemur uxores ducere, duxerit »; l. 63, l. 66 pr., l. 68 eod.); di matrimonium (l. 65 § 1 eod.), e da noi di matrimonio (§ 171 del Cod. Penale: « Un coniuge, il quale contrae un nuovo matrimonio, prima che ... fosse stato sciolto il precedente »).

(81) Evidentemente è da parlare qui soltanto dei delitti, che consistono nella trasgressione d'un divieto.

(82) Una contraddizione logica, come SCHLOSSMANN, *Contratto* (*Vertrag*), p. 130, cerca di dedurre, non vi sarebbe del resto in ciò che proprio la stessa azione fosse delitto e negozio giuridico. Una permissione (*Erlaubtsein*) dell'attività non appartiene proprio al concetto del negozio giuridico, bensì soltanto l'esistenza

quella stessa azione, ch'esso vieta, non la determinerà quale mezzo per il raggiungimento di effetti giuridici. Altrimenti esso (*ordinamento*) inviterebbe in pari tempo proprio a (*fare*) ciò, che non gli è gradito, e farebbe desiderabile da parte dell'agente la violazione delle norme con l'annettervi conseguenze giuridiche nell'interesse del medesimo. La fattispecie (*der Thatbestand*) d'un delitto quindi non coinciderà mai con quella d'un negozio giuridico — e neppure accadrà mai che un'antigiuridicità costituisca un elemento necessario nell'atto del negozio giuridico.

Ma viceversa è ben possibile che l'attività, la quale l'ordinamento giuridico designa come un mezzo per ottenere effetti giuridici (*attività che esso ordinamento*) conformemente a ciò di regola permette, per il sopravvenire di determinati momenti ulteriori diventi ormai sgradita all'ordinamento giuridico e quindi soggiaccia ad un divieto. In tal caso il negozio giuridico può cessare di essere tale: l'ordinamento giuridico non vieta allora solamente l'attività così qualificata, esso le sottrae anche le conseguenze giuridiche, che ne farebbero un negozio giuridico (83). Ma l'ordinamento giuridico può anche trattare l'attività, perchè ed in quanto essa costituisce la fattispecie d'un negozio giuridico, continuamente come tale, e, tuttavia, questo (*ordinamento*) a causa della sua ulteriore qualificazione (*può*) considerare in pari tempo tale attività come un delitto e addossarle le conseguenze giuridiche relative. È, per conseguenza, possibile che si sia incorsi in un delitto con la conclusione di un (valido) negozio giuridico; anzi è perfino pensabile che un negozio giuridico costituisca il momento costitutivo nella fattispecie d'un delitto, cioè che si sia potuto incorrere in un determinato delitto soltanto con l'intraprendere un (valido) negozio giuridico (84).

d'una facoltà cioè d'una potestà giuridica. Ma « licere e posse (*Dürfen und Können*) sono », come SCHLOSSMANN altrove (p. 245) riconosce, « concetti del tutto distinti » (m). Annettere ad un'attività conseguenze giuridiche e considerare quindi quella come mezzo per produrre queste ultime e poi vietare l'azione a causa di queste conseguenze giuridiche, significherebbe (*fare*) come il cavaliere Barbablu, cioè dapprima consegnare la chiave e con ciò il mezzo di aprire la stanza e poi vietare di aprirla.

(83) Esempii ne offre ogni *lex plus quam perfecta* del pari che ogni *lex perfecta*, nel caso che in quest'ultima accanto al « tu non puoi » si possa constatare anche un « tu non devi ».

(84) Un esempio di ciò l'offre la vietata *acceptilatio* dell'*adstipulator*, di cui

Il fenomeno, che una certa fattispecie operi come negozio giuridico e tuttavia in connessione con ulteriori fatti diventi in pari tempo un delitto, non è in nessun modo un (*fenomeno*) eccezionale. Ogni vera *lex imperfecta* ci dà un esempio per la (*della*) possibilità del coincidere d'un negozio giuridico valido e d'una illiceità priva di conseguenze, ogni *lex minus quam perfecta* (*ci offre un esempio*) della (*letteralm.: per la*) possibilità d'un coincidere d'un negozio giuridico e d'un delitto punibile. Anzi, il comunissimo delitto minacciato di una pena pubblica, il furto, racchiude, se non concettualmente (*wenn nicht begrifflich*), pure nella quantità di gran lunga maggiore dei casi, un negozio giuridico. L'impadronirsi di fatto d'una cosa con l'intenzione di farla propria (*in der Absicht der Aneignung*) è un negozio giuridico; sono dunque dipendenti da quest'azione gl'imperativi, che fondano la tutela del possesso. Ma se a ciò si aggiunge, che la cosa caduta in possesso sia una (*cosa*) altrui e che il possessore l'abbia sottratta all'altrui possesso (*aus fremdem Gewahrsam*), l'attività nel suo insieme (*die Gesamthandlung*) per la colpevolezza dell'agente è in pari tempo un furto punibile. Ma il negozio giuridico in questa fattispecie rimane un negozio giuridico e continua ad operare come tale (85). Per questo anche le singole questioni, tanto relativamente al negozio giuridico, quanto relativamente al delitto, sono da sottoporsi separatamente alle disposizioni vigenti in materia. Se taluno fa prendere attraverso un terzo una cosa altrui che sia in altrui possesso (*lässt sich Jemand eine fremde Sache aus fremdem Gewahrsam durch einen Dritten wegnehmen*), egli acquista un possesso secondo le regole dell'acquisto del possesso per mezzo d'un rappresentante. Ma il delitto, in questo caso, se vi è colpevolezza anche di colui che ha sottratto la cosa (*bei Mitschuld des Wegnehmenden*) consiste per quest'ultimo nell'essere egli l'agente principale (*del reato: in Thäterschaft*), per l'altro nell'istigazione (*in Anstiftung*) — che se invece colui che ha sottratto la cosa era incolpevole, egli per ciò che si riferisce al delitto apparisce soltanto come il mezzo dell'esecuzione (*als das Mittel der Begehung*) e l'altro sarà punito come autore.

p. 369

al secondo capitolo della *lex Aquilia*. *GAJ.* III, § 215. Cfr. nel diritto odierno § 266 comma N. 2; §§ 301, 302 del Codice penale. — L'alienatio in fraudem creditorum appartiene invece alla classe anteriormente veduta di casi, poichè la vietata alienazione può bensì essere (e per lo più sarà) un negozio giuridico, ma non ha bisogno di esserlo (*aber nicht zu sein braucht*). l. 3 § 1, l. 4 quae in fraudem 42, 8.

(85) Riconosciuto da BRUNS, *op. cit.*, p. 364.

Il negozio giuridico può rimanere un negozio giuridico e pur tuttavia in unione con altre circostanze costituire la fattispecie d'un delitto. Casi di tal natura sono così numerosi, che la loro possibilità poteva essere difficilmente disconosciuta. Anche SCHLOSSMANN (86) porta parecchi esempi del coincidere d'un negozio giuridico e d'un delitto — esempi, però, di natura in parte assai problematica. Ma quando egli in base a questi anche qui di nuovo (87) arriva alla conclusione, che l'intera categoria del negozio giuridico sia da rigettarsi come inservibile (88), contro tale conclusione, a mio parere del tutto ingiustificata e precipitata, è da opporsi una decisa protesta. La giustificazione del concetto di negozio giuridico e della sua relazione col (*con quello di*) delitto è stata, io spero, messa in chiaro a sufficienza nelle precedenti considerazioni. L'argomentazione di SCHLOSSMANN riposa sopra un totale disconoscimento di ciò ch'è un negozio giuridico. Una testimonianza di ciò l'offre anche, in ispecie, l'ultimo degli esempi, del quale SCHLOSSMANN si serve per la sua dimostrazione e la cui discussione dev'essere lasciata (*überleiten soll*) al nostro ultimo compito: distinguere il negozio giuridico, come già lo si è differenziato dal delitto, pur anche dai rimanenti fatti giuridici.

p. 370

14. (*Distinzione del negozio giuridico dai rimanenti fatti giuridici*). — « Quale giurista » — chiede SCHLOSSMANN, — « che abbia cura del proprio nome, si arrischierebbe a designare l'appiccato incendio come un negozio giuridico? Eppure egli sarebbe autorizzato a farlo secondo tutte le definizioni del negozio giuridico (89). La distruzione della cosa prodotta dall'incendio ha fatto cessare anche la proprietà su la cosa, e poichè nell'incendio doloso è sempre presente l'intenzione indirizzata alla distruzione della cosa e quindi anche della proprietà su la cosa, noi abbiamo insieme tutti i contrassegni richiesti per la definizione del negozio giuridico ».

(86) *Contratto* (Vertrag), p. 130.

(87) Come nella precedente opera di SCHLOSSMANN, *Per la dottrina della coazione* (Zur Lehre vom Zwang), pp. 11 segg.

(88) *Contratto* (Vertrag), p. 139: « Per la scoperta dell'origine scolastica delle categorie del negozio giuridico e della dichiarazione di volontà (si è) tolto a queste il loro posto nel sistema ».

(89) Quest'asserzione è assolutamente inconcepibile. Non soltanto la definizione di BRINZ, ma anche quella degli scrittori citati alla nota 63, sembra, a quanto pare, essere rimasta sconosciuta a SCHLOSSMANN. Vero è che per lui « sarebbe un'impresa completamente infruttuosa », « intraprendere una disamina, anzi soltanto una menzione delle diverse opinioni relative al concetto del negozio giuridico ».

L'errore è del tutto appariscente (*ganz eclatant*). La distruzione della cosa ch'è insita all'appiccato incendio appunto per questo non è un negozio giuridico, perchè non l'azione della distruzione, bensì il fatto dell'avvenuta distruzione (*die Thatsache des Zerstörtseins*) costituisce il presupposto per il venir meno della proprietà. Se non esiste più il bene corporeo, ch'era tutelato dall'ordinamento giuridico, esso ordinamento non manterrà più nemmeno la propria tutela. Il modo come sia stato distrutto il bene è indifferente per il verificarsi di questa mutazione giuridica. Se l'incendio della cosa sia stato prodotto dal fulmine oppure da una bestia oppure da un pazzo, se l'incendio possa essere fatto risalire all'attività d'un uomo responsabile e se egli ne sia o no colpevole: tutto questo è indifferente per la conseguenza giuridica della distruzione della proprietà. Ciò ch'è caratteristico per il fatto giuridico, che noi chiamiamo negozio giuridico, riposa invece su ciò, ch'esso (*fatto*) consiste in un'attività umana. Soltanto allora noi parliamo d'un negozio giuridico, quando l'ordinamento giuridico fa dipendere il sorgere od il venir meno dei suoi imperativi da ciò, che la condizione preliminare determinata da esso (*ordinamento: von ihr*) s'è verificata per mezzo della libera attività d'un uomo capace di agire.

p. 371

Con ciò è determinato anche il momento, il quale rende riconoscibile il negozio giuridico fra quei fatti giuridici, che rimangono dopo che si sia distinto (*da esso negozio*) il comportamento antiggiuridico. La forma del negozio giuridico consiste sempre in un'attività; ogni negozio giuridico presuppone quindi, per la sua intrapresa, capacità di agire (90). Tutti i fatti giuridici, nei quali non è un'attività il requisito essenziale per l'avverarsi d'una conseguenza giuridica, escono quindi dal concetto del negozio giuridico. Non è neppure meramente una ragione estrinseca, che ci induce a separare il negozio giuridico da questi altri fatti giuridici. Ciò avviene non soltanto allo scopo d'una migliore sistemazione, per non dovere discutere di nuovo il requisito della capacità di agire e della sua importanza a proposito di ogni singolo fatto, che noi chiamiamo negozio giuridico. La giustificazione di ciò (*ciòè: per tale distinzione del negozio dagli altri fatti giuridici*) noi la desumiamo piuttosto dagli scopi, che l'ordinamento giuridico persegue col porre in essere (*bei der Aufstellung*) i suoi negozi giuridici. Questi ultimi devono essere il mezzo, ch'è messo a disposizione

(90) Nella specie, capacità negoziale.

dei singoli affinché essi possano ottenere effetti giuridici. Ma questo mezzo viene accordato soltanto a coloro, ai quali l'ordinamento giuridico attribuisce anche la capacità di servirsene. Non per rispetto alla disposizione di diritto positivo, secondo la quale viene richiesta capacità di agire per questo e quel fatto giuridico, che consiste in un agire umano, noi abbracciamo questi sotto la comune denominazione di negozi giuridici. Noi procediamo inversamente. Se noi troviamo che la condizione preliminare dichiarata dall'ordinamento giuridico per certe conseguenze giuridiche dev'essere il mezzo per il conseguimento di queste ultime, noi ne deduciamo la conclusione, che per usare di questo mezzo occorra (*la*) capacità di agire — nei negozi obbligatori in oltre (*la*) capacità di obbligarsi, in quelli consistenti nell'alienare (*bei den veräußernden*) la capacità di disporre.

p. 372

Non può annoverarsi quindi fra i negozi giuridici nessun fatto giuridico, il quale (come la distruzione d'un bene materiale) può bensì essere realizzato anche per mezzo di un'attività umana, ma non presuppone necessariamente una tale attività. Non rientra neppure fra i negozi giuridici nessun fatto giuridico, il quale può bensì secondo le leggi della natura essere compiuto soltanto per mezzo d'un agire umano, ma non richiede il fatto di un (*soggetto*) capace di agire, (*non richiede*) pertanto un'attività (*giuridica*). Un esempio di questa specie l'offre la procreazione (91). Ma finalmente non ogni presupposto non vietato d'una conseguenza giuridica, se pur consista in una vera attività, racchiude l'attribuzione d'una facoltà e quindi la produzione d'un negozio giuridico. Questo si ha allora soltanto, quando l'attività apparisce in pari tempo come il mezzo accordato dall'ordinamento giuridico allo scopo di produrre a piacimento queste conseguenze (*zum Zwecke der beliebigen Hervorrufung dieser Folgen*). Non appartengono per conseguenza ai negozi giuridici le dichiarazioni (*se anche giuridicamente rilevanti*) d'una convinzione (92)

p. 373

(91) l. 8 pr. de his qui sui 1, 6: « ... sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur ... ». Qui entrerebbe inoltre la perdita della proprietà per *inaedificatio*, *satio*, *plantatio* ecc., in quanto che questo fatto giuridico non potrà avverarsi altrimenti che per mano d'uomo.

(92) L'ordinamento giuridico designerà, com'è ragionevole, quale mezzo per ottenere un risultato giuridico soltanto l'espressione d'un desiderio, non quella d'una convinzione. Esso non potrà dire « se tu vuoi questa o quella conseguenza giuridica, tieni questo o quello per vero e dichiara questa tua convinzione » — ed altrettanto poco: « se tu dichiari questo come tua convinzione, è lo stesso come se tu (*la*) nutri (*tale convinzione*) ». Ma è da guardare però, se con la dichiarazione d'una convinzione non sia in pari tempo unita l'espressione d'un desiderio, che è suffi-

e fra queste in specie la sentenza del giudice (93). Anche se l'ordinamento giuridico connette specialmente alla sentenza di condanna determinati nuovi imperativi, esso (*ordinamento*) tuttavia non pone a disposizione del giudice la condanna come un mezzo per questo scopo. Al contrario, l'ordinamento giuridico comanda al giudice di dichiarare il diritto secondo la propria convinzione, senza preoccuparsi delle conseguenze del suo giudizio. Ma di qui segue che l'aggiudicazione (*die Adjudication*) deve certamente essere detta un negozio giuridico. In essa infatti l'ordinamento giuridico pone a disposizione del giudice una forma, della quale egli, se, a tenore del giudizio conforme al suo dovere, tiene per desiderabili le conseguenze giuridiche di quella (*forma*), può e deve far uso per il raggiungimento delle stesse. La nota questione, se la sentenza possa o non possa (94) essere chiamata un negozio giuridico, dovrebbe essere, conformemente a ciò, decisa in questo senso: la sentenza non è mai un negozio giuridico; l'aggiudicazione, al contrario, è un negozio giuridico, ma non è una sentenza (95) (*n*).

p. 374

ciente all'ordinamento giuridico per l'avverarsi delle sue conseguenze giuridiche ed è un negozio giuridico. Così per esempio il riconoscimento come contratto di riconoscimento racchiude un desiderio di tale specie, parimenti la formale professione (*die förmliche Ablegung*) d'una confessione religiosa (*racchiude*) l'espressione del desiderio d'essere considerato d'ora in poi come un membro di questa comunità religiosa.

(93) La sentenza definitiva è, oppure (poichè essa rimane una sentenza, anche se sia stata pronunciata contro coscienza), quanto meno, apparisce come l'espressione della convinzione giudiziaria, che allo stato degli atti un obbligo è imposto oppure no al convenuto (*letteralmente: colpisce oppure non colpisce il convenuto: den Beklagten trifft oder nicht trifft*). Nel primo caso la norma che aveva per destinatario il convenuto è in pari tempo ripetuta e rafforzata. Per questo la sentenza di condanna opera in pari tempo esecutivamente (sopra, Cap. V, nota 27). Ma non per questo la sentenza si trasforma in un negozio giuridico, per la ragione indicata nel testo.

(94) Per la negativa: WINDSCHEID, *Pandette*, § 69, N. 1 sotto 1), KÖPPEN, *Annali per la Dogmatica* (Jahrb. für Dogmatik), XI, p. 144, BEKKER, op. cit., p. 32; ZIMMERMANN, op. cit., p. 130, nota 164; per l'affermativa: ARNDTS, *Pandette*, § 63, nota 1.

(95) Sostanzialmente concorde: EISELE, *Compensazione* (Compensation) (1876), p. 257.

NOTE DEL TRADUTTORE

a) (*Facoltà e pretesa*). — Con questo paragrafo, essenzialmente, incominciano a porsi in luce i punti, nei quali, come rispetto alla pretesa, così non so convenire col THON riguardo al concetto di facoltà. Non contesto la logica del nostro A.: il quale, dopo avere, segnatamente nei due Capitoli precedenti, sostenuto con vigore le opinioni, che la pretesa non nasce se non dopo la trasgressione della norma tutelatrice del diritto soggettivo, e che il godimento va escluso dal contenuto di quest'ultimo, adesso deve scindere — intanto dalla tutela, dal diritto soggettivo, e dalla pretesa, — la facoltà, per affermarne poi, come presto si vedrà, la natura giuridica di *posse*, e farne tale *genus*, di cui lo stesso negozio non sarebbe che una *species*. Discuterò più oltre, con la consueta brevità, anche questi ultimi punti. Qui basta osservare che io parto da un altro punto di vista, e che quindi è (od a me sembra) logico che io giunga ad altre conclusioni.

Vero è che io pure credo col THON (anche senza arrivare alle esagerazioni posteriori di certo c. d. positivismo o formalismo giuridico) che la concezione giuridica, per essere scientificamente precisa, debba essere una concezione puramente formale della fenomenologia sociale. Ma, se da ciò discende che il contenuto delle singole facoltà concesse al titolare d'un diritto soggettivo (poniamo, il coltivare a grano oppure a patate il proprio fondo, il riscuotere l'affitto a mesi od a trimestri, e via discorrendo) è escluso dalla considerazione giuridica, — s'intende, quando non vi siano particolari norme in proposito, come p. es. limiti relativi alle colture dei fondi rustici od ai patti delle locazioni, — non ne discende niente affatto, a parer mio, che le facoltà sieno qualche cosa di diverso dal contenuto del diritto soggettivo. Al contrario, questo è — od a me sembra, — nient'altro che il fascio delle facoltà, più o meno ampie, più o meno rilevanti e determinate, assicurate dalla tutela giuridica a chi ne è il titolare. Può essere, anzi è senz'altro, superfluo, ed antiscientifico perchè contrario a quell'economia del pensiero che è, secondo me, uno dei caratteri e dei fini essenziali della scienza, il fare di ognuna di coteste varie facoltà un diritto soggettivo per sè stante. Ma se la denominazione ed il concetto di diritto soggettivo devono essere riservati a quei soli diritti «nominati», come li chiamano i Francesi, che sono veri e propri istituti giuridici (diritto di proprietà, di usufrutto, di credito ecc. ecc.), con ciò non si vuol significare che ognuno di questi non risulti, appunto, da un insieme di facoltà e di pretese.

Dico: di facoltà e di pretese, perchè, a mio parere, il concetto di diritto soggettivo ha appunto queste due per sue note imprescindibili. La pretesa (come s'è già osservato più volte anche qui, nelle note al Cap. V) rappresenta il momento intersoggettivo del diritto, il suo aspetto, a dir così, rivolto all'altro od

a p. 337 testo tedesco, 327 trad.

agli altri soggetti del rapporto. E la facoltà? La facoltà, almeno secondo il mio avviso, altro dei componenti il diritto soggettivo, ne rappresenta l'altra faccia, quella soggettiva, cioè la possibilità o meglio l'insieme delle possibilità accordate e garantite dall'ordinamento giuridico al soggetto, di comportarsi discrezionalmente, di agire e di non agire, entro i limiti del proprio diritto. Nessun dubbio che anche questa *facultas agendi* (nel quale genitivo è da comprendersi, oltre che l'attività positiva, anche la lecita omissione di agire) è attribuita, per il solito principio del primato logico del diritto obbiettivo, dalla *norma agendi*. Anzi, se ciò che questa accorda immediatamente è essa *facultas*, si comprende, pur senza poterla dividere, l'opinione avversaria, che mette sopra lo stesso piano la facoltà e la potestà: l'una e l'altra, infatti, hanno questo carattere comune, di essere anzitutto situazioni del soggetto di fronte all'ordinamento giuridico, situazioni, cioè, le quali risultano immediatamente da un'investitura di quest'ultimo. Ma tale carattere comune (che ha la sua radice nel consueto principio logico anche d'anzì rammentato) non ci deve trarre in inganno. Perché, se facciamo capo a quello ch'è almeno secondo me, il concetto fondamentale, il concetto-chiave dell'ordinamento giuridico, cioè quello di rapporto, ci accorgiamo tosto che, di fronte ad un rapporto puntualmente individuato, la facoltà ed il *posse* non appaiono più su lo stesso piano: ogni facoltà vera e propria non è che una sottospecie della liceità, situazione nel rapporto giuridico, tutelato dalla norma che accorda, appunto, al soggetto l'uso discrezionale della varie facoltà costituenti il contenuto dell'uno o dell'altro diritto soggettivo; il *posse*, invece, se può e deve tenersi distinto dal *licere* (e che così lo si debba considerare lo proverebbero, se non altro, i casi d'interferenza fra i due), il *posse*, dico, ha come suo carattere specifico quello di rappresentare una situazione anteriore al rapporto puntualmente considerato, situazione che, come ogni altro fatto giuridico, ne è la sorgente empirica.

Ancora: nel parlare della pretesa ho sostenuto ch'essa è l'individuazione della tutela; anche questo principio si spiega — come ora si vede meglio, — col far capo al concetto fondamentale di rapporto. Se il diritto è un apprezzamento dei comportamenti in termini intersoggettivi (la ben nota, ed anche qui ricordata, *proportio* dantesca), dei due componenti di ogni diritto soggettivo quello che fa maggiore spicco è, appunto, la pretesa, che ne è il momento intersoggettivo. La pretesa è l'aspetto, se anche non sempre minaccioso, quanto meno costantemente rivolto all'altro od agli altri soggetti del rapporto; la facoltà, invece, non li riguarda, non li interessa se non, tutt'al più, mediatamente. Ed ecco, secondo me, perchè sopra il differente peso, o prevalere, dell'uno o dell'altro di questi due momenti, facoltà e pretesa, si potrebbe fondare la distinzione fra le categorie, se pure empiriche, dei diritti di obbligazione e dei diritti reali, o, più generalmente, dei c. d. diritti relativi ed assoluti, comprendendo cioè tra questi, accanto ai diritti reali, quelli di personalità: nei diritti relativi predomina (ha maggior peso) la pretesa (perchè l'oggetto del rapporto s'identifica con la prestazione del soggetto passivo), nei diritti assoluti ha maggior peso l'insieme delle facoltà (perchè di fronte al soggetto attivo dei rapporti, dei quali essi diritti rappresentano una delle situazioni, si trova la massa indeterminata degli altri soggetti, e perchè l'oggetto dei rapporti stessi è il bene, vale a dire l'insieme delle utilità che il titolare dei diritti assoluti può trarre, sia dalle cose, sia dalle energie della propria persona).

Così a me pare si possa, se pure sommariamente, accennare la relazione fra i concetti di facoltà, tutela giuridica, diritto, e pretesa. Se, infatti, come vuole il

THON, il diritto soggettivo non comprende come sua nota imprescindibile la facoltà, e non comprende neppure la pretesa, ma non risulta se non dalla prospettiva di pretese nel caso di violazione delle norme che lo tutelano, a che si ridurrebbe il concetto di tale fenomeno giuridico? A quello d'una situazione priva di effettivo contenuto, perchè tale contenuto non glielo darebbe se non l'altrui comportamento anti-giuridico, che ne sveglierebbe il titolare (cfr. *Introduzione*).

b) (*Facoltà, posse, licere*). — Dopo la nota precedente, non v'è bisogno di lunghi discorsi per spiegare la ragione, per la quale, su questo punto, io mi sento molto più vicino a BRUNZ che non a THON. Il primo, a parer mio, ha veduto bene, con l'identificare facoltà (*Befugnis*) e liceità (*das rechtliche Dürfen*), e ciò perchè quella designa appunto, secondo me, la situazione, tutelata dal diritto obbiettivo, di discrezionalità assoluta in cui si trova il soggetto attivo del rapporto giuridico. Il voler identificare, invece, come fa THON, la facoltà col *posse*, importa un'estensione del concetto di facoltà (posto che, come lo stesso THON ammette, questa è, quanto meno, anche una liceità), estensione non scevra d'inconvenienti. Ne deriva infatti, anzichè una maggior precisione, una confusione di concetti, che certamente non giova a quei fini di rappresentazione chiara ed economica della realtà, propri del pensiero scientifico. Perché in tale concetto di facoltà (*Befugnis*), così allargato, bisognerà comprendere, oltre più o meno svariate liceità accordate dall'ordinamento giuridico al soggetto attivo del rapporto, le situazioni, anteriori al rapporto, di potestà idonee a crearlo. Situazioni che, come si vedrà subito, possono anche prescindere dalla liceità del comportamento soggettivo. E, come si vedrà poi, tra tutte queste situazioni soggettive, non si saprà più scorgere il carattere peculiare di quelle che dogmaticamente e praticamente sono le più importanti, i negozi giuridici.

c) (*Ancora dell'interferenza fra licere e posse*). — Come si diceva dianzi, ecco subito a questo punto verificarsi uno degl'inconvenienti di un eccessivo allargamento del concetto di facoltà. Se questa s'identifichi con la liceità, ma soltanto con essa, e non anche col *posse*, nei casi addotti dal THON in questo paragrafo si vedrebbe non più che un'interferenza fra *licere* e *posse*: attività vietate in quanto colpite da sanzioni, ma ciò non di meno negozi riconosciuti validi dall'ordinamento giuridico. Il che — non si nega — può apparire un'incongruenza di questo, ma spiegabile ed in fondo giustificabile per ragioni di ordine pubblico, cioè per motivi dipendenti da quei fini, lato sensu politici, ai quali mira ogni ordinamento. Quando, invece, il concetto di facoltà si allarghi, secondo la veduta del THON, ad abbracciare anche il *posse*, si giunge a stabilire quel principio, — «*die Befugnis kann ... vorhanden, aber der Gebrauch derselben verboten sein*», — che apparisce, più che un'incongruenza dell'ordinamento giuridico, un vero illogismo, perchè si ammette che il diritto, starei per dire, con una mano accordi al soggetto una facoltà, e con l'altra gli faccia energicamente cenno di astenersi dal farne uso. Nella realtà delle cose avviene piuttosto il contrario: perchè non è già che il diritto da un lato conceda una certa facoltà di agire, dall'altro vieti di usare la facoltà (astrattamente) concessa; ma, invece, il diritto vieta, con le sue sanzioni, un certo modo di agire, e quando, ciò nonostante, quell'attività vietata, ma non impossibile, sia stata realizzata, producendo certi effetti, essa attività è, bensì, colpita di regola dalle minacciate sanzioni, anche se, per ragioni di ordine pubblico,

a p. 343 testo tedesco, 331 trad.

a p. 344 testo tedesco, 333 trad.

si lascino sussistere nel mondo giuridico quegli effetti, senza colpire anche questi ultimi, come pur sarebbe possibile e come pur avviene in certi casi (p. es. nei negozi impugnabili rammentati anche dal THON) con l'altra sanzione d'invalidità, con la quale il diritto obbiettivo tutela direttamente sè stesso. Tutto questo, che si chiarisce quando si tenga distinto il *licere* dal *posse*, riesce, a parer mio, più difficile da spiegarsi quando, come fa il nostro A., *licere* e *posse* si confondano nel medesimo concetto di *Befugniss*.

a p. 344 testo tedesco, 333 trad.

d) (*Facoltà e dovere giuridico*). — Anche questa osservazione del THON, con gli esempi ch'egli ne dà per illustrarla, a me sembra altro degl'inconvenienti, derivanti dall'eccessiva estensione attribuita dal nostro A. al concetto di *Befugniss*, e dal modo imperfetto, o quanto meno non limpido, in cui da lui è intesa la relazione in cui esso si trova col concetto fondamentale di rapporto giuridico. La facoltà e la pretesa sono, come io credo ed ho detto più volte, le note componenti la situazione del soggetto attivo (diritto soggettivo) di ogni rapporto, puntualmente considerato. Il *debere* (prestazione, qualunque ne sia il contenuto) designa la situazione complementare, ma concettualmente antitetica, a quella di *licere*, cioè la situazione del soggetto passivo del rapporto stesso. Se un soggetto deve agire in un determinato modo, — deve consegnare la cosa ch'egli ha venduta, deve procedere ad una cessione, deve concludere il matrimonio a tenore della precedente promessa, — ciò significa che un altro soggetto ha una pretesa complementare a tale suo comportamento: il primo è il soggetto passivo, non già attivo, di quel rapporto puntualmente considerato. Ma, se c'è antitesi fra *licere* e *debere*, non c'è, invece, fra *debere* e *posse*. Che il contenuto d'un obbligo sia — non già l'esercizio d'una facoltà, — bensì (come, con soverchia estensione del concetto, il THON intende la *Befugniss*) il compimento di quel tipico *posse*, ch'è il negozio, è cosa normalissima (in ispecie quando, p. es., il pagamento o, in genere, l'adempimento della prestazione obbligatoria sia compreso fra i negozi) o, quand'anche ciò non si ammetta (ed io stesso inclino per la negativa), cosa che, ad ogni modo, non ripugna minimamente alla logica. E, come non vi ripugna un tale *debere*, che abbia per contenuto (o, se si vuole, per conseguenza) un *posse*, neppure vi ripugna un *debere*, che abbia un *posse* quale presupposto, sia esso un negozio, sia esso un ufficio. L'ufficio, infatti, come io lo intendo, è altra delle situazioni che in sè, puntualmente considerate, sono preliminari al rapporto, e designano una relazione del soggetto con l'ordinamento giuridico, o meglio una sua qualifica (un *esse*, anziché un *habere* o un *debere*), derivante da un'investitura dell'ordinamento medesimo. L'esercizio dell'ufficio consisterà poi, sia in diritti da far valere, sia in doveri da adempiere, a seconda della situazione nella quale il soggetto, in quanto è investito dell'ufficio, si troverà di fronte agli altri soggetti dei varî rapporti giuridici.

a p. 346 testo tedesco, 334 trad.

e) (*Le autorizzazioni e gl'imperativi*). — Dopo avere combattuto il nostro A. in parecchie delle precedenti note, tanto più sono lieto di dichiararmi qui, ancora una volta, d'accordo con lui. La natura imperativistica del diritto, che il THON tanto energicamente ha affermato numerose volte, non è messa in forse dal fatto che si riconosca come il diritto medesimo autorizzi i soggetti a produrre effetti giuridici. Il vero è che la forza imperativa del diritto si scorge pur sempre nel comando che essi effetti sieno riconosciuti come validi, ed in modo più particolare nella disciplina dei rapporti, ai quali, più o meno immediatamente, dovranno es-

sere ricondotte le attività dei soggetti per individuarne la figura giuridica. I veri e propri negozi giuridici, ai quali — se io non erro, — sembra che il nostro A. rivolga la sua speciale attenzione in tutto questo Capitolo, non sono, per fermo, fonti di diritto obbiettivo, perchè dai negozi sorgono obbligazioni, cioè rapporti fra le parti, ma non scaturiscono norme di condotta per gli altri soggetti. Ma, intesi in sè e per sè, come dichiarazioni di volontà miranti a fini riconosciuti dal diritto, — a prescindere, cioè, dalla valutazione giuridica dell'attività dei soggetti che li hanno posti in essere, la quale attività potrà venire qualificata come lecita (e magari anche, nei rammentati casi d'interferenza fra *licere* e *posse*, come illecita), e, se lecita, come esercizio d'un diritto di proprietà, di credito, di personalità, — essi negozi, se non sono fonti, acquistano vigore di forme di diritto obbiettivo. Il quale, come si è già accennato, si potrà difendere dalle figure comunque abnormali di tali dichiarazioni con la sanzione della loro invalidità. Ma, quando li ammetta come validi negozi, accorda ad essi l'efficacia di fatti giuridici atti a produrre determinati rapporti; efficacia, s'intende, subordinata a quella delle norme vere e proprie, in quanto la volontà agisce entro i limiti, nella cornice, a dir così, di tali norme. Tale efficacia si riduce, come osserva il THON, — ma non è poco, — a produrre l'entrata in vigore o l'estinzione d'imperativi giuridici, cioè delle norme. Una siffatta efficacia, che indubbiamente spetta al *posse*, nella sua più importante figura di negozio, spetta poi anche al *licere*, cioè alle semplici facoltà di diritto?

f) (*Natura giuridica dell'occupazione*). — Il problema, accennato qui dal THON, è assai meno facile da risolversi di quanto potrebbe sembrare a primo aspetto. Qual'è, infatti, la natura giuridica dell'occupazione? Indubbiamente, l'importanza della stessa consiste soltanto nelle conseguenze, che l'ordinamento giuridico le annette. Sotto un certo aspetto la si può considerare un fatto giuridico: ma quale fatto? Un fatto dell'uomo, o — se si allarga l'angolo visuale, fino a comprendere l'intero campo giuridico, quindi anche il diritto internazionale, e conseguentemente l'occupazione, bellica o pacifica, produttiva in questo di così notevoli effetti, — la si potrà dire un fatto del soggetto, cioè un suo atto. Se l'ordinamento non lo vieta, anzi lo considera idoneo a raggiungere effetti da esso tutelati, lo si potrà qualificare un atto lecito. Ma non basta. L'occupazione può dirsi propriamente un negozio? Anche a prescindere dalla questione della capacità negoziale di chi compie tale atto, si pensi ai soli, e soliti, casi privatistici di occupazione: la caccia, la pesca, l'invenzione del tesoro. Non sembra che, in questi casi, segnatamente nell'ultimo, manchi — per poter configurare l'occupazione come negozio, — un elemento, che la dogmatica non può non considerare come essenziale per questo concetto: cioè, l'elemento intenzionale? Intento, che basterà sia pratico, non propriamente giuridico, ma pur sempre intento di raggiungere certi effetti, che l'ordinamento giuridico riconosce degni di tutela. Se l'atto dell'occupazione non è, giuridicamente, un negozio, un *posse*, non resta, evidentemente, che qualificarlo come un *licere*, l'esercizio, cioè, d'una facoltà che, come tale, rientra nella situazione del soggetto attivo d'un rapporto. Di quale? Non già d'un rapporto giuridico reale, posto che questo ha in quel fatto od atto, cioè nell'esercizio d'essa facoltà, la propria sorgente empirica. Ed allora non rimane che qualificare l'occupazione come una facoltà che rientra nel generalissimo diritto assoluto di personalità. Soluzione — non giova nasconderlo, — che, se non è contraddittoria alle premesse, apparisce tuttavia molto vaga. Questo esempio, forse scelto a bella posta dal THON, potrebbe far propendere per l'accettazione

a p. 346 testo tedesco, 334 trad.

della sua specifica tesi su la *Befugniss*, comprendente, tutt'insieme, *licere e posse*, facoltà e potestà. Se non che a tale soluzione pare a me non si debba acconsentire, per l'utilità scientifica che presenta la distinzione fra le situazioni nel rapporto e quelle preliminari al rapporto, e per i caratteri differenziali (se pure empirici), che presentano; da un lato, i negozi, i quali (questi sì) costituiscono il presupposto per l'entrata in vigore o per l'estinguersi d'imperativi giuridici, d'altro lato, invece, le comuni facoltà o liceità, che rientrano, come io credo, nei vari diritti soggettivi, e ne rappresentano l'esercizio, comportamenti attivi od omissivi, che a me pare non abbiano, quanto meno non abbiano tutti e necessariamente, tale funzione, che sarei per dire di acciarino o di spegnitoio d'imperativi giuridici, ma riposano, invece, tranquillamente all'ombra di questi.

a nota 50.

g) (*Natura giuridica dei c. d. diritti di libertà*). — Senza ritornare a lungo su quanto è stato osservato in argomento anche in queste note, ed a prescindere dal valore politico delle c. d. libertà civili, pare a me che la proclamazione delle stesse, gloria del movimento costituzionale ch'ebbe il suo cùlmine nel secolo scorso, abbia avuto questo specifico significato giuridico, di elevare a diritti soggettivi pubblici comportamenti, la cui liceità, prima di allora, o era condizionata ad autorizzazioni accordate di volta in volta dal potere, o, quanto meno, poteva essere legittimamente limitata o revocata con provvedimenti amministrativi. Negli Stati a costituzione rigida, come osserva giustamente il THON, il fatto che le libertà civili sieno garantite dalla Costituzione implica la conseguenza giuridica che un divieto revocante quelle libertà, per essere conforme al diritto, debba avvenire soltanto nelle forme prescritte nei mutamenti costituzionali. Ma anche negli Stati a costituzione flessibile, nei quali, cioè, come fanno anche i principianti di diritto, le stesse norme costituzionali possono venire modificate col procedimento della ordinaria legislazione, quei diritti soggettivi pubblici, appunto perchè tali, danno luogo a specifiche pretese dei soggetti che ne sono stati investiti, pretese tutelate dal diritto obbiettivo (nella sua più solenne forma costituzionale) contro ogni semplice provvedimento amministrativo, che, quando volesse revocarli o comunque modificarli, sarebbe illegittimo. Questa è, secondo la più ortodossa dottrina costituzionale, una delle caratteristiche del c. d. Stato di diritto, e soltanto il più astratto formalismo può asseverare che ogni Stato è uno Stato di diritto. Storicamente, cioè nella realtà della storia, non soltanto politica ma giuridica, Stato di diritto è soltanto quello, nel quale i cittadini possono legittimamente fare tutto ciò che non è espressamente vietato, perchè le loro libertà, anzichè essere alla discrezione del potere, sono elevate a veri e propri diritti soggettivi pubblici, tutelati cioè dalle leggi, generalmente dalle leggi costituzionali. Non si dimentichi la qualifica di Patti fra sovrano e popolo, che pensatori politici del secolo XIX^o solevano dare alle Costituzioni, nelle quali quelle libertà civili trovavano di regola la loro consacrazione.

a p. 349 testo tedesco, 336 trad.

h) (*Ancora facoltà e potestà*). — Quanto dice THON anche qui risente della sua larga, a mio avviso troppo larga, concezione della *Befugniss*. Perchè, da un lato, come già accennavo dianzi, non ogni facoltà propriamente detta mette in moto gl'imperativi del diritto: che, quando non ci sia un obbligo specifico impostomi dalla legge, io coltivo il mio campo od a patate od a fagioli, è, secondo me, una facoltà che rientra nel mio diritto di proprietà (il vero e proprio « godimento », di cui THON parlava nel Capitolo precedente, per escluderlo dal con-

retto di diritto soggettivo, è manifestamente altra cosa: è il fine economico, cui mira l'esercizio delle facoltà tutelate dal diritto obbiettivo); che io mi còrchi o resti alzato dopo una certa ora, che io rimanga a casa mia o vada a passeggio, sono facoltà che rientrano nel diritto di personalità, senza che, per questo, io abbia a scomodare gl'imperativi del diritto, che ne desti alcuni, che ne mandi a dormire altri. Quando, invece, io esercito un *posse*, allora si debbo fare appello al diritto obbiettivo; e perchè? Perchè io, pur nella cornice apprestata da questo, mi propongo uno specifico fine pratico, riconosciuto da esso diritto, creo, cioè, qualche cosa di nuovo — un fatto giuridico, idoneo a produrre, mediatamente od immediatamente, nuovi specifici rapporti, — nel mondo del diritto. Ma, come osserva giustamente THON a proposito dei precetti su la forma dei testamenti, tali precetti non possono dirsi se non lato sensu imperativi: gl'imperativi relativi alla successione stanno « weit tiefer und versteckter ». Giusto: ed è giusto anche quanto osservava GIOVANNI BRUNETTI quando, com'è noto, distingueva *norme giuridiche e regole finali* (cfr. il vol. con questo titolo; Torino, Utet, 1913). Se non che, il torto od almeno l'imperfezione del pensiero del THON e del BRUNETTI consiste, a parer mio, nel non aver tenuto in sufficiente considerazione il concetto fondamentale di rapporto giuridico: quivi, e quivi soltanto, si può parlare d'imperativi, perchè quivi c'è, non ci può non essere un obbligo complementare ad una pretesa. L'imperatività delle norme o regole relative alle situazioni preliminari al rapporto, in ispecie ai negozi, non si può intendere come tale se non in un senso assai lato: salvo casi particolari, nei quali cioè si possa essere tenuti a compiere un negozio (ed allora quest'attività rappresenterà il contenuto d'una prestazione complementare ad una pretesa altrui, ma il negozio, in sè e per sè, sarà poi disciplinato dalle regole relative a tale istituto giuridico), il negozio non rappresenta un'attività obbligatoria, bensì facoltativa del soggetto. Ma altro è il comportamento soggettivo (che, come si è veduto, può anche essere illecito, senza che da ciò derivi l'invalidità del negozio), altro il negozio come fatto, od atto, giuridico, mediamente od immediatamente produttore di rapporti. L'imperatività delle norme relative al negozio, in sè considerato, si manifesta, ma si esaurisce, nelle prescrizioni relative alla sua validità: la sanzione d'invalidità, con la quale, come si diceva precedentemente, il diritto obbiettivo difende sè stesso dall'ammettere fra le sue forme il negozio, è la riprova dell'imperatività, ma altresì la limitazione della portata imperativa, di tali norme o regole. (Se non temessi d'essere frainteso, vorrei, quasi, richiamare la distinzione, ben nota alla scienza delle finanze, fra le imposte, che devono pagare tutti i soggetti i quali si trovino in quelle determinate situazioni, e le tasse, che si devono pagare soltanto se si compiano certe attività).

i) (*Ancora: attività irrilevanti e indifferenti per il diritto*). — Dopo quanto s'è detto più e più volte, anche qui, basta un fugacissimo accenno, per dire che, naturalmente, io non posso essere d'accordo nemmeno in questo punto col THON. Il quale, se ha ragione, anche a parer mio, nel sostenere che giuridicamente rilevante è soltanto quell'attività lecita che, senza essere imposta, abbia conseguenze giuridiche, cioè appunto un negozio, ha torto invece, almeno a mio avviso, quando qualifica come indifferenti, anzichè come irrilevanti, tutti gli altri comportamenti leciti.

j) (*Rilevanza giuridica dell'illecito*). — Per esprimere il mio pieno consenso col THON su questo punto, basta che io ricordi ciò che più volte ho sostenuto an-

a nota 55.

a p. 356 testo tedesco, 342 trad.

che in queste note: e cioè, che il comportamento lecito, se non è mai indifferente, può essere, di fronte al diritto, rilevante od irrilevante, mentre l'illecito è sempre, di per sé stesso, rilevante, perchè, qualunque abbia poi ad esserne la conseguenza, esso designa un comportamento ch'è in antitesi col diritto obbiettivo.

a note 78-79

k) (*Ancora dell'occupazione*). — Per quanto ho sostenuto anche qui poco sopra (v. nota f a questo Capitolo), a me pare abbia ragione SAVIGNY, che lo stesso THON riconosce aver veduto molto esattamente il fenomeno. Ma — aggiunge il nostro A. — egli ne ha tratto una falsa conclusione: perchè ha escluso che l'occupazione sia un negozio giuridico. Ora ecco che, affinchè essa sia tale, il THON deve, conseguentemente, richiedere, come fa expressis verbis nella nota precedente, che l'occupante abbia la capacità (oltre la volontà) negoziale. E se tale capacità fa difetto? Si pensi (anche a prescindere dalla caccia, a cagione della licenza, per lo più richiesta dal diritto, ed accordata generalmente a soggetti di piena capacità giuridica) alla pesca, all'invenzione del tesoro, o magari all'umile esempio di occupazione, fatto da VITTORIO SCIALOJA, dell'atto, particolarmente fanciullesco, di raccogliere le conchiglie su la spiaggia del mare. Occorre anche in questi casi la capacità negoziale? E, se questa faccia difetto, l'occupazione andrà a profitto, poniamo, di chi abbia la patria potestà su l'occupante? Io che, pur palesemente dubbioso circa la natura giuridica dell'occupazione (cfr. sopra, la cit. nota f), inclino a negare, con SAVIGNY, ch'essa sia un negozio giuridico, connetterei tuttavia gli effetti giuridici a tale fatto, od atto giuridico lecito, che, anche se non è un negozio perchè, come dice SAVIGNY, non è immediatamente indirizzato agli stessi, è tuttavia dall'ordinamento giuridico considerato idoneo a raggiungerli: sono proprio tali effetti, che rendono l'occupazione un atto, non pure lecito, ma giuridicamente rilevante.

a p. 366 testo tedesco, 350 trad.

l) (*Scopo pratico ed effetti giuridici del negozio*). — Qui, a parer mio, ha perfettamente ragione THON. Non è affatto necessario che il soggetto si proponga un effetto giuridico perchè la sua attività sia dall'ordinamento considerata come un negozio. Ma è del tutto sufficiente ch'egli si sia proposto tale intento pratico, che l'ordinamento giuridico riconosca produttivo di effetti da esso ammessi e tutelati. Ciò è, del resto, coerente con quella generale concezione del diritto del THON, che ho cercato di mettere precedentemente in luce: cioè, con la concezione strumentale del diritto stesso. Però, almeno secondo me, è requisito imprescindibile del negozio cotesta volontà negoziale, se pur meramente pratica, cotesto intento di produrre, entro la cornice delle norme, qualcosa di nuovo, cui l'ordinamento connetterà poi certi effetti e conseguenze. Appunto perchè l'occupazione (penso, in ispecie, all'occupazione privatistica, ed in particolare all'invenzione del tesoro, di regola connessa ad un'attività casuale) manca di cotesto specifico elemento intenzionale, oltre che per le difficoltà inerenti al requisito della capacità, io propondo ad escludere l'occupazione dalla categoria (empirica) dei negozi giuridici.

a nota 82.

m) (*Ancora l'interferenza fra licere e posse*). — Se io non m'inganno, la chiave per spiegare il fenomeno, sul quale il nostro A. ritorna anche in questo paragrafo, — cioè l'interferenza fra *licere* e *posse*, — si trova proprio qui: come SCHLOSSMANN riconosce, « Dürfen und Können sind verschiedene Begriffe ». E sono tali, perchè, come già si è accennato, diversa è la loro relazione col concetto fondamentale di rapporto giuridico, del quale il *licere* (Dürfen) rappresenta una delle note, o situazione ivi compresa, il *posse* (Können) invece, un presuppo-

sto più o meno immediato. E diversa è, conseguentemente, la loro relazione con l'ordinamento giuridico, o, per dire più esattamente, col diritto obbiettivo. Il quale non può che vietare o, meglio, punire con le sue sanzioni la trasgressione della norma, che si realizza in un comportamento soggettivo contrario al *licere*; mentre si difende direttamente con la sanzione d'invalidità dalla trasgressione delle sue norme o regole, che si realizza, o tenterebbe di realizzarsi, in un *posse* non ammesso, cioè in un negozio, che, come tale, sarebbe a sua volta una forma, se non fonte, di diritto obbiettivo. Ma può anche accadere, come s'è veduto, — ed è proprio questo il fenomeno analizzato più particolarmente in questo paragrafo, — che l'ordinamento giuridico si limiti a colpire il comportamento contrario al *licere*, salvando tuttavia, per i suoi fini, il *posse* realizzato proprio mercè quel comportamento illecito. Quello che non può mai accadere, invece, come giustamente osserva il THON, — perchè nessuna ragione di opportunità politica, tratta cioè dai fini dell'ordinamento giuridico, potrebbe giustificare questo vero illogismo, — è che la fattispecie d'un delitto coincida con quella d'un negozio, nè che l'illiceità costituisca un elemento necessario del negozio.

n) (*Osservazioni riassuntive sul negozio giuridico*). — Ho lasciato per ultima questa nota di carattere più generale sul negozio giuridico, perchè le osservazioni fatte a proposito di questo e di quel punto mi consentono di non decampare, nemmeno per quest'argomento di tanta importanza dogmatica, dalla brevità che mi sono imposta nella stesura di tutte queste note. Una prima osservazione riassuntiva, che mi pare acquisti particolare rilievo alla fine di questo Capitolo, cioè di tutti gli sviluppi dati dal THON al suo pensiero per differenziare il negozio dagli altri fatti giuridici, riguarda la massima (a p. 350 del testo ted., 338 trad.), con la quale il nostro A. inizia il § 10, cioè quella parte del Capitolo più particolarmente dedicata al negozio: « Ausübung einer Befugnis ist das, was wir Rechtsgeschäft nennen ». È esatto ciò? Se la *Befugnis* s'intende semplicemente come *facoltà*, ciò è senza dubbio inesatto, perchè non ogni esercizio di una facoltà, o liceità, può chiamarsi un negozio. Occorre, dunque, intendere la *Befugnis* — secondo l'altra massima, che troviamo all'inizio del § 8 (p. 343 del testo ted., 332 trad.) — come « rechtliche Macht »; e soltanto come questa, cioè non come, tutt'insieme, un *licere* ed un *posse*, bensì solo come un *posse*. *Licere* e *posse* — ripetiamolo — sono concetti distinti, non coincidenti. E va pure ricordato che la liceità del comportamento di chi addiviene al negozio non soltanto non è, di questo, requisito sufficiente, ma non è nemmeno un requisito necessario. Dunque, il negozio è esclusivamente un aspetto del *posse*, come, del resto, lo indica la sua stessa denominazione. Ma non basta. Perchè, non il *posse* astrattamente inteso potrà essere considerato un negozio, ma il *posse* (mezzo accordato dall'ordinamento per raggiungere certi effetti giuridici) dev'essere accompagnato, o per meglio dire specificato nel caso particolare, dalla capacità negoziale e dalla volontà negoziale.

Superfluo richiamare, quanto a tali requisiti, le difficoltà già sollevate a proposito del fenomeno dell'occupazione. Piuttosto, ricordando i già dichiarati consensi e dissensi relativi al pensiero del THON, si può riassuntivamente osservare che, proprio perchè il negozio è tale mezzo accordato ai soggetti affinchè la volontà da essi manifestata di raggiungere un certo intento pratico previsto e tutelato dal diritto obbiettivo valga come forma, se non come fonte, di questo, oltre i rammentati requisiti del negozio si può sottolineare questo, che ne è, invece, un

a p. 374 testo tedesco, 356 trad.

necessario presupposto: l'esistenza di norme, che offrano (secondo una metafora più volte adoperata) la cornice, entro la quale il soggetto possa, a dir così, formare e colorire il suo quadro, cioè mirare al suo specifico intento pratico. La sentenza del giudice non è un negozio, perchè è soltanto la conferma, nel caso particolare, dell'imperatività del diritto obbiettivo, e l'attività del giudice, tanto se la sentenza sia costitutiva quanto se sia dichiarativa, è esercizio del suo ufficio, costantemente indirizzato all'applicazione del diritto obbiettivo, non ad intenti previsti bensì da questo, ma rimessi, quanto al loro raggiungimento, all'attività dei soggetti.

Questo argomento, che il nostro A. accenna proprio alla fine del paragrafo e del libro, negando il carattere di negozio alla sentenza, e attribuendolo, invece, all'aggiudicazione, offre lo spunto per la proposizione d'un problema: ammessa l'esistenza dei suoi specifici requisiti, si può parlare di negozio, inteso in sè e per sè, quando l'attività spiegata nel compierlo rappresenti l'esercizio d'un ufficio? Ma, posto che vi si dia una soluzione affermativa, da tale quesito ne sorgono subito altri due: si può parlare in ogni caso di negozio, sia quando si tratti di un'attività discrezionale, sia anche quando si tratti di un'attività obbligatoria, o vincolata, di chi esercita l'ufficio? E tutto questo tocca da vicino un problema, anzi più altri problemi, di natura molto più generale. Fin dove è, non soltanto logicamente consentito, ma rispondente ai fini della conoscenza scientifica, il trasportare concetti ed istituti elaborati dalla dogmatica del diritto privato nel campo del diritto pubblico? Anche ammesso che la conoscenza scientifica obbedisca alla legge dell'economia del pensiero, tenda cioè ad una rappresentazione riassuntiva della realtà considerata *a parte obiecti*, i concetti scientifici in tanto sono tali in quanto servono appunto a ridurre ad unità rappresentazioni di fenomeni, che convenga raggruppare sotto un determinato angolo visuale: nell'argomento, cui qui si accenna, fin dove si estendono tali ragioni di opportunità (salve restando, s'intende, le esigenze logiche) del trapianto del concetto di negozio dal diritto privato ai campi pubblicistici, e dove incomincia l'artificio, sterile per la pratica, e, peggio che inutile, dannoso alla stessa conoscenza scientifica?

INDICE

<i>L'opera scientifica di Augusto Thon</i> (Introduzione del traduttore)	Pag. v
<i>Prefazione</i> (dell'Autore)	» I
NOTE DEL TRADUTTORE: a) Spunti di terminologia; b) Teoria generale del diritto e diritto vigente; c) IHERING, Lo scopo nel diritto; dinamica e statica; d) Socialità del diritto	» 7

I.

La norma e le conseguenze giuridiche della sua trasgressione.

1. La norma	Pag. 11
2. Norma, la cui trasgressione non produce conseguenze giuridiche	» 14
3. Anche le conseguenze giuridiche della trasgressione d'una norma consistono soltanto nell'entrare in vigore di nuovi imperativi o nel venir meno d'imperativi fino allora vigenti	» 16
4. Nullità di negozi giuridici disapprovati	» 20
5. Prevenzione della trasgressione della norma	» 22
6. Conseguenze giuridiche della trasgressione della norma. Primo gruppo: precetti giuridici che hanno per iscopo la punizione. Concetto e fondamento giuridico della pena	» 25
7. Decadenza e pena privata	» 33
8. Valore attuale delle pene private. La teoria di WINDSCHEID	» 36
9. Decadenze a scopo di risarcimento	» 41
10. Secondo gruppo: precetti giuridici che hanno per scopo la compensazione. Prima forma: coazione all'adempimento	» 43
11. Adempimento non è risarcimento. HASSE e SCHLOSSMANN	» 46
12. Coazione all'adempimento per un divieto trasgredito	» 48

13. Seconda forma: risarcimento	Pag. 51
14. Concetto del danno e del risarcimento	» 52
15. Mezzi del risarcimento	» 55
16. Actiones poenales e rem persequentes	» 58
17. Complicazioni di pena e risarcimento	» 60
18. Terza forma: garanzia	» 63
19. Risultato	» 65

NOTE DEL TRADUTTORE: *a*) Una citazione di HEGEL; *b*) Ancora su la socialità del diritto; *c*) Avvertenza; *d*) Fondamento consuetudinario della potestà degli organi legislativi; *e*) Legge naturale e legge giuridica; *f*) Illiceità; *g*) Norme permissive: rinvio; *h*) Statuizione del diritto; *i*) Impulso di giustizia e diritto positivo; *j*) Precetto e sanzione; *k*) La forza ideale delle norme giuridiche; *l*) La buona fede nel diritto internazionale; *m*) La celebre formula imperativistica del THON; *n*) A proposito dei destinatari delle norme; *o*) Der Berechtigte; *p*) Negozio giuridico; *q*) Licere e posse, loro possibili interferenze; rinvio; *r*) Società e ordinamento giuridico; *s*) Avvertenza; *t*) Consenso dell'offeso; *u*) Tutela del possesso; *v*) Legittima difesa e diritto; *w*) Illiceità ed immoralità; *x*) Senso di legalità e senso di giustizia; *y*) Il fondamento della pena; *z*) Coscienza e criterio morale; *aa*) Infamia immediata ed excommunicatio latae sententiae; *bb*) Ragion fattasi, difesa privata, pene private; *cc*) Il valore del diritto; *dd*) Il concetto di comportamento; *ee*) Il diritto ed il fatto; *ff*) Concetto economico-giuridico di risarcimento; *gg*) Concetto di bene giuridico; *hh*) Contratto di assicurazione; *ii*) Chiarimento » 67

II.

Torto incolpevole.

1. Stato attuale della questione	Pag. 79
2. Le conseguenze giuridiche della trasgressione di una norma in parte susseguono ad un torto incolpevole, in parte no, — secondo i fini, ai quali l'ordinamento giuridico mira per mezzo di esse	» 83
3. Ogni punizione presuppone una colpa ed una responsabilità del trasgressore della norma. Dolus e culpa	» 84
4. La nullità di negozii giuridici riprovati non ha un eguale presupposto	» 90
5. Altrettanto poco (abbisogna di tale presupposto) il permesso d'impedire un'illeceità	» 92

6. Critica della teoria di MERKEL e di BINDING, che le norme non hanno per destinatari gli irresponsabili	Pag. 94
7. Coazione all'adempimento contro irresponsabili. Il suo scopo finale non è rivolto a piegare il volere	» 99
8. Nè ha a suo presupposto una colpa dell'obbligato	» 102
9. Prova fontale	» 104
10. Coazione all'adempimento rispetto a norme, emanate a scopo di risarcimento o garanzia	» 105

NOTE DEL TRADUTTORE: *a*) Il termine «Unrecht»; *b*) Unbefangenes Unrecht; *c*) Chiarimento; *d*) Su la volontà nei reati colposi; *e*) Chiarimento; *f*) Chiarimento; *g*) Tentativo di negozio: rinvio; *h*) Sul concetto di legittima difesa; *i*) Obbligazioni degli irresponsabili; *j*) Obbedienza alla norma; *k*) Precisazione d'una citazione delle fonti » 109

III.

Diritti pubblici e privati.

1. Una delimitazione dei diritti pubblici e privati non può essere eseguita sul fondamento di una diversità nella formazione o nel generale contenuto delle norme	Pag. 113
2. Neppure a seconda delle persone, alle quali le norme si rivolgono	» 114
3. Altrettanto poco (può farsi) a seconda degli interessi, alla cui tutela mirano le norme. Contro BRUNS	» 114
4. E nemmeno il torto privato è un torto mediato. Critica delle opinioni di HAELSCHNER e LENEL	» 118
5. Il carattere differenziale consiste nelle conseguenze giuridiche, che la trasgressione di una norma porta dietro a sè. Soltanto la possibilità di una specifica conseguenza giuridica (la pretesa) conferisce un diritto soggettivo, la qualità della pretesa decide fra un diritto pubblico ed uno privato	» 122
6. Tuttavia lo scopo pel quale è conferita la pretesa (pena o risarcimento) non è da utilizzarsi per la partizione	» 125
7. E neppure la circostanza, che l'avanzare la pretesa sia insieme un dovere. Vi sono diritti pubblici che non sono accompagnati, come tali, da prestazioni. Contro BRINZ	» 126
8. Determinazione del concetto di diritto privato. La sua caratteristica è la pretesa privata	» 131
9. Delimitazione dai diritti pubblici	» 133

10. Delitti perseguibili a querela di parte	Pag. 135
11. Diritti privati dello Stato	» 137
12. Obblighi dello Stato	» 139
13. Risultato	» 141
14. Diritto privato e diritto patrimoniale non coincidono	» 142
NOTE DEL TRADUTTORE: a) Diritto obbiettivo e diritto soggettivo; b) Carattere pubblicistico del diritto obbiettivo; c) La proprietà come funzione sociale; d) Consenso ed iniziativa della parte lesa; e) Criterio di distinzione dei diritti pubblici dai privati; f) Chiarimento linguistico; g) Liceità e possibilità giuridica; h) Diritti, doveri, ed uffici; i) Pretesa privata e violazione di norme privatistiche; j) La volontà statutale nel processo penale; k) Lo Stato come soggetto di diritti privati; l) Chiarimento; m) Ancora dello Stato di diritto; n) Chiarimento	
	» 144

IV.

I singoli diritti privati.

1. La tutela giuridica di beni personali. Analisi della stessa. Il diritto privato della personalità	Pag. 151
2. La tutela giuridica di beni reali	» 157
3. Reiezione della teoria di pretese contro chicchessia	» 158
4. Concetto e caratteristiche della proprietà	» 162
5. La tutela della proprietà consiste nel divieto del godimento di cose altrui, non nel divieto d'impedire il godimento del proprietario	» 166
6. Il concetto del diritto reale e l'attacco di SCHLOSSMANN contro di esso	» 170
7. La tutela delle norme di per sè non garantisce ancora nessun diritto soggettivo	» 173
8. La proprietà diventa un diritto soggettivo solo in quanto l'ordinamento giuridico conferisce al proprietario pretese allo scopo di realizzare i divieti che lo tutelano	» 175
9. Gli altri diritti reali e particolarmente il diritto di pegno	» 179
10. I diritti di famiglia	» 182
11. L'obbligazione. La concezione di essa in HARTMANN e SOHM. Il concetto di tensione è infruttuoso per la costruzione dell'obbligazione	» 186

12. L'obbligazione di contenuto negativo è un divieto, non un comando	Pag. 190
13. Contro WINDSCHEID	» 192
14. Definizione dell'obbligazione	» 194
15. Il momento dello scopo nel concetto di obbligazione	» 196
16. L'opinione di BRINZ	» 197
17. Generale dovere civile secondo NEUNER	» 198
18. Fonti dell'obbligazione. BINDING e SCHLOSSMANN	» 201
19. Il concetto del diritto ereditario	» 204
20. Risultati. Il concetto del diritto soggettivo privato	» 205
21. Le definizioni di IHERING e WINDSCHEID	» 207

NOTE DEL TRADUTTORE: a) Uccisione del consenziente; b) Sanzioni giuridiche e moralità; c) Sul concetto giuridico di proprietà; d) Diritti dell'enfiteuta e diritti del proprietario; e) Diritti degli uomini e tutela giuridica indiretta delle bestie; f) Diritti di garanzia; g) Diritti di famiglia; h) Avvertenza; i) Divieto e volontà; j) Latitudine del concetto di obbligazione; k) Diritto ereditario; l) Il carattere formale del diritto e la teoria di IHERING; m) Volontà e diritto soggettivo; n) Liceità semplici e libertà naturale	
	» 211

V.

La pretesa.

1. La concessione della pretesa sotto l'aspetto formale	Pag. 220
2. Attribuzione della pretesa per mezzo di riuro d'imperativi. Perseguimento del diritto per mezzo d'un procedimento privato	» 220
3. Attribuzione della pretesa per mezzo di emanazione di nuovi imperativi condizionati. Perseguimento del diritto davanti ad organi statuali	» 222
4. Possibili obiezioni contro la connessione fra diritto ed assistenza giudiziaria	» 224
5. La teoria di SOHM	» 229
6. Diritto ad una condanna?	» 236
7. Il diritto privato ed in particolare l'obbligazione secondo la concezione di SOHM	» 237
8. Connessione fra actio e diritto	» 239

9. Illiceità come presupposto della pretesa	Pag. 241
10. Illiceità come presupposto della prescrizione della pretesa	» 244
11. Il diritto di azione è accordato subito con la fondazione della pretesa. Contro WIDNSCHEID	» 246
12. La possibilità di produrre una fondata eccezione annulla la pretesa avversaria. La pretesa soggetta ad eccezione è, non una pretesa impedita, bensì (una pretesa) non mai nata oppure estinta	» 250
13. La pretesa sotto forma di eccezione. Categoria delle eccezioni « riconvenzionali ». In particolare la exceptio non adimpleti contractus	» 254
14. L'eccezione di compensazione secondo SCHWANERT ed EISELE	» 257
15. Ulteriori esempi. L'impugnazione nella difensiva	» 258
16. Eccepibilità non è impugnabilità	» 261
17. Non ogni contestazione sul fondamento di un diritto da contrapporsi è un addurre un'eccezione « riconvenzionale »	» 262
18. Prescrizione della pretesa	» 264
19. Pretese di persone prive di volere	» 266

NOTE DEL TRADUTTORE: a) Pretesa e diritto obbiettivo; b) Ancora sui giudici come destinatari di norme giuridiche; c) Doveri processuali delle parti?; d) Pretesa ed azione; e) Ancora... i colombi di San Marco; f) Avvertenza; g) Quando sorga la pretesa; h) Ancora pretesa ed azione; i) « Rechtsverfolgende Einreden »; j) Natura del c. d. ius retentionis; l) Pretese degli incapaci di volere » 271

VI.

Godimento.

1. Critica della teoria dominante. Il godimento di beni personali e reali viene soltanto protetto, non già accordato dal diritto	Pag. 279
2. Permettere non è compito del diritto	» 282
3. Godimento da parte di uomini incapaci di volere e privi di diritti	» 283
4. Posizione del diritto di fronte a modi immorali di godimento	» 286
5. Il dogma del diritto reale come di un'immediata signoria su la cosa. Significato del principio	» 289
6. Conseguenze della teoria dominante. L'acquisto dei frutti del conduttore	» 292

7. Rapporto del locatario col locatore e con terze persone riguardo alla cosa locata. La teoria di ZIEBARTH e di SOHM. È la detenzione nel proprio interesse un diritto reale?	Pag. 295
8. L'evoluzione della superficie a diritto reale	» 303
9. Conseguenza. Difficoltà contro la medesima, derivata dal modo di esprimersi delle fonti	» 305
10. Il significato dell'effettivo godimento per il diritto	» 306

NOTE DEL TRADUTTORE: a) Interesse e bene; b) Condizione pre-giuridica d'una comunità?; c) Comportamenti indifferenti per il diritto? d) « Umweg »; e) Liceità semplici; f) Un significato del permettere; g) Una citazione di SPINOZA; h) Il suicidio di fronte al diritto; i) Comportamenti non vietati e diritti soggettivi; j) Natura della locazione; k) Limiti obbiettivi al non uso della proprietà; l) Carattere strumentale del diritto, sia obbiettivo, sia soggettivo » 309

VII.

Facoltà e negozio giuridico.

1. La dottrina dominante	Pag. 318
2. La facoltà di disporre d'un diritto non è mai contenuto di questo diritto	» 319
3. Prova di questo principio. Separazione del diritto e della facoltà di disporre	» 320
4. Continuazione. Disposizioni su l'intero patrimonio	» 323
5. La facoltà. Sua distinzione dalla tutela giuridica, dal diritto e dalla pretesa	» 325
6. La facoltà è un posse giuridico	» 327
7. Designazioni di questa	» 330
8. Posse, licere e debere	» 332
9. La facoltà come la possibilità di produrre il presupposto per l'entrata in vigore o per l'estinguersi di singoli imperativi	» 333
10. Esercizio d'una facoltà è negozio giuridico. La usuale determinazione del concetto di negozio giuridico e triplice difficoltà contro la stessa	» 338
11. Negozio giuridico e delitto	» 342
12. Significato del negozio giuridico. In particolare, la volontà negoziale	» 344

13. Coincidenza di delitto e negozio giuridico Pag. 350
14. Distinzione del negozio giuridico dai rimanenti fatti giuridici . . . » 353

NOTE DEL TRADUTTORE: *a)* Facoltà e pretesa; *b)* Facoltà, posse, licere; *c)* Ancora dell'interferenza fra licere e posse; *d)* Facoltà e dovere giuridico; *e)* Le autorizzazioni e gli imperativi; *f)* Natura giuridica dell'occupazione; *g)* Natura giuridica dei c. d. diritti di libertà; *h)* Ancora facoltà e potestà; *i)* Ancora: attività irrilevanti e indifferenti per il diritto; *j)* Rilevanza giuridica dell'illecito; *k)* Ancora dell'occupazione; *l)* Scopo pratico ed effetti giuridici del negozio; *m)* Ancora l'interferenza fra licere e posse; *n)* Osservazioni riassuntive sul negozio giuridico » 357

FINITO DI STAMPARE
IL 5 SETTEMBRE 1939 - XVII
NELLE OFFICINE GRAFICHE
S T E D I V
PADOVA